

PRAVNI FAKULTET U NOVOM SADU
NOVI SAD FACULTY OF LAW
(SERBIA)



ZBORNIK RADOVA COLLECTED PAPERS

XLI 1 – 2 (2007)

NOVI SAD, 2007.

ZRPFNS, Godina XLI Novi Sad, br. 1–2 (2007)

UDK 3

PRAVNI FAKULTET U NOVOM SADU

Dosadašnji glavni urednici:

Prof. dr Vladimir Kapor (1966), prof. dr Nikola Vorgić (1967–1968),
prof. dr Miloš Stevanov (1969–1973), prof. dr Borivoje Pupić (1974–1976),
prof. dr Milijan Popović (1977–1983), prof. dr Stanko Pihler (1984–1988),
prof. dr Momčilo Grubač (1989–1991), prof. dr Jovan Munčan (1992–1997),
prof. dr Milijan Popović (1998–2003), prof. dr Rodoljub Etinski (2004–2007).

Za izdavača

Prof. dr Đorđe Popov
dekan Pravnog fakulteta u Novom Sadu

Upravnik Centra za izdavačku delatnost

Prof. dr Ranko Keča

Glavni i odgovorni urednik

Doc. dr Dragiša Drakić

Članovi Uredništva:

Prof. dr Ljubomir Stajić, prof. dr Damjan Korošec,
doc. dr Branislav Ristivojević, mr Radmila Dabanović, Marko Knežević

Sekretar Uredništva

Marko Knežević

Dizajn korica

Danica Bičanić

Kompjuterska obrada teksta

Goran Hajzler

Štampa:

„Krimel“ Budisava

Tiraž: 300 primeraka

SADRŽAJ

<i>Dr Aleksandar Đurđev, redovni profesor</i>	
Lokalna samouprava u Srbiji – od 1804. godine do tranzicije	7
<i>Dr Marijana Pajvančić, redovni profesor</i>	
Dinamičke kompetencije državne vlasti	21
<i>Dr Srđan Šarkić, redovni profesor</i>	
Osnivanje Senata u Carigradu	43
<i>Dr Mile Vranješ, redovni profesor</i>	
Problemi u finansiranju penzijskog i invalidskog osiguranja u Srbiji	55
<i>Dr Dragan Milkov, redovni profesor</i>	
O pojmu upravnog spora	77
<i>Dr Predrag Jovanović, redovni profesor</i>	
Radnopravni okviri industrijske demokratije u Srbiji	91
<i>Dr Ljubomirka Krkljuš, redovni profesor</i>	
Knez Milan Obrenović i Svetozar Miletić	109
<i>Dr Danica Popov, redovni profesor</i>	
Modifikacija pravnog posla ugovaranjem uslova	137
<i>Dr Ljubomir Stajić, redovni profesor</i>	
<i>Dr Milan Daničić, docent</i>	
Poslovna špijunaža kao faktor bezbednosnog menadžmenta korporacijskih sistema	155
<i>Dr Ištvan Feješ, redovni profesor</i>	
Razvoj krivičnog zakonodavstva od početka tranzicije do donošenja novog Krivičnog zakonika	171
<i>Dr Marija Salma, vanredni profesor</i>	
O evoluciji koncepta evropskog građanskog procesnog prava	187
<i>Dr Drago Divljak, vanredni profesor</i>	
Ugovor o finansijskom lizingu distribucija rizika i pravna zaštita interesa	199
<i>Dr Snežana Brkić, vanredni profesor</i>	
Krivičnopravna zaštita svedoka od zastrašivanja	217

<i>Dr Tatjana Lukić, docent</i>	
Borba protiv terorizma u okviru EU – primer Nemačke	227
<i>Dr Dragiša Drakić, docent</i>	
Krivično delo učestvovanja u tuči	245
<i>Dr Branislav Ristivojević, docent</i>	
O opštim oblicima krivice u Rimskom statutu	263
<i>Mr Gordana Drakić, asistent</i>	
Pravni propisi o agrarnoj reformi u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca	281
<i>Mp Petar Đundić, asistent</i>	
Regresna potraživanja stranih fondova socijalnog osiguranja i neka pitanja međunarodnog privatnog prava	313
<i>Mr Bojan Tubić, asistent</i>	
Postupak po tužbi za poništaj akata zajednica pred Sudom pravde Evropskih zajednica i Sudom prve instance	325
<i>Mr Maša Kulauzov, asistent</i>	
Položaj senatora i narodnih poslanika prema Ustavu Kraljevine Srbije od 1901. godine i Ustavu Francuske Treće republike od 1875. godine	345
<i>Mr Samir Aličić, asistent-pripravnik</i>	
Bonorum possessio secundum tabulas u Gajevim institucijama: forma ili način konvalidacije testamenta?	353
<i>Mr Atila Dudaš, saradnik u nastavi</i>	
Odgovornost za nesavesno vođenje pregovora u pravu Srbije, pravima nekih reformskih zemalja i savremenim pisanim izvorima lex mercatoria	369
<i>Milena Pavlović, asistent-pripravnik</i>	
Zločini mržnje u međunarodnom pravu	387
ODELJAK ZA INOSTRANE AUTORE	
<i>László Kohalmi, viši asistent</i>	
Kazna doživotnog zatvora u Krivičnom pravu Mađarske	411

TABLE OF CONTENTS

<i>Aleksandar Đurđev, Ph.D., Full Professor</i>	
The local autonomy in Serbia	7
<i>Marijana Pajvančić, Ph. D., Full Professor</i>	
Dynamic competences of state government	21
<i>Srđan Šarkić, Ph. D., Full Professor</i>	
On Foundation of The Senate in Constantinople	43
<i>Mile Vranješ, Ph. D., Full Professor</i>	
Problems in financing the pension and disability insurance in Serbia	55
<i>Dragan Milkov, Ph. D., Full Professor</i>	
On the notion of the administrative dispute	77
<i>Predrag Jovanović, Ph. D., Full Professor</i>	
Labor law framework of industrial democratisation in Serbia	91
<i>Ljubomirka Krkluš, Ph. D., Full Professor</i>	
Prince Milan Obrenović and Svetozar Miletić	109
<i>Danica Popov Ph. D., Full Professor</i>	
The condition as a modifacaton of contractual terms	137
<i>Ljubomir Stajić, Ph.D., Full Professor</i>	
<i>Milan Daničić, Ph.D., Assistant Professor</i>	
Business espionage like a factor of the security management corporational systems	155
<i>Ištván Feješ, Ph. D., Full Professor</i>	
The evolution of the serbian criminal legislation: from the beginning of the transition until the new criminal code	171
<i>Marija Salma, Ph. D., Associate Professor</i>	
On the evolution of the concept of European law of civil procedure	187
<i>Drago Divljak, Ph. D., Associate Professor</i>	
Financial Leasing Agreement - risk distribution and legal protection of interests	199
<i>Snežana Brkić, Ph. D., Associate Professor</i>	
Wittness protection from intimidation through criminal law	217

<i>Tatjana Lukić, Ph. D., Assistant Professor</i>	
Combat against Terrorism within Europe Union – regarding Germany	227
<i>Dragiša Drakić, Ph. D., Assistant Professor</i>	
The fighting crime	245
<i>Branislav Ristivojević, Ph.D, Assistant Professor</i>	
On general forms of culpability in the Rome statute	263
<i>Gordana Drakić, LL.M., Assistant</i>	
The law regulations on democratic land reform in the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes	281
<i>Petar Dundić, LL. M., Assistant</i>	
Recourse claims of foreign social insurance funds and some issues of private international law	313
<i>Bojan Tubic, LL. M., Assistant</i>	
Procedure for annulment of the Community acts before the Court of Justice of the European Communities an the Court of First Instance	325
<i>Maša Kulauzov, LL. M., Assistant</i>	
Position of Members of National Representative Body according to the Constitution of the Kingdom of Serbia of 1901 and the Constitution of French Third Republic of 1875 (Constitution de la IIIe République)	345
<i>Samir Aličić, LL. M., Assistant</i>	
<i>Bonorum possessio secundum tabulas</i> in the institutes of Gaius: a form or a method to validate a will?	353
<i>Attila Dudás, LL.M., Assistant</i>	
Liability for conducting negotiations in bath faith in the laws of Republic of Serbia, several SEE countries, PECL and in the UNIDROIT Principles of international commercial contracts	369
<i>Milena Pavlović, Assistant</i>	
Hate Crimes in International Law	387
SECTION FOR FOREIGN AUTHORS	
<i>László Kohalmi, Assistant</i>	
Life Imprisonment in Hungarian Penal Law	411

Izvorni naučni rad	342.25(497.11)
	352.07(497.11)

*Dr Aleksandar Đurđev, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

LOKALNA SAMOUPRAVA U SRBIJI – od 1804. godine do tranzicije –

Sažetak: Rad predstavlja kratak prikaz razvoja lokalne samouprave u Srbiji od nastanka srpske državnosti do kraja socijalističke ustavnosti. Sadrži dva dela i zaključna razmatranja. U prvom delu obrađen je nastanak i razvoj lokalne samouprave do Drugog svetskog rata sa vrstama lokalnih jedinica, njihovim funkcijama i organima. Drugi deo je sintetički pregled razvoja lokalne samouprave za vreme socijalizma i izgradnje komunalnog sistema na osnovama marksističkih naučnih saznanja. U zaključku je izvršen pokušaj upoređivanja dva sistema organizacija lokalnih zajednica.

Ključne reči: Lokalna samouprava, opština, komunalni sistem, demokratija, političko-teritorijalna organizacija, funkcije lokalnih jedinica.

I DEO

Opština, kao savremena jedinica lokalne samouprave, predstavlja značajnu političko-pravnu ustanovu koja prati nastanak i razvoj srpske državnosti. Koreni lokalne samouprave u Srbiji postoje i pre Prvog srpskog ustanka. Srpski narod je imao izvesnu lokalnu samoupravnost i za vreme turske vladavine. „Najdublja i najstarija idejna osnova samoupravne svesti kod Srba nalazi se u kulturološkoj matrici pravoslavlja, njegove institucije sabornosti i drugim običajima. Okupljanje i zborovanje pripadnika iste vere, njihovo zajedničko učešće u uređivanju onoga što je javni

život i javno dobro, nesporno predstavlja svojevrsni vid samoregulacije i samoupravnog praksisa“.¹ U socijalnom životu patrijarhalnih zadruga takođe, se nalazi deo samoupravnih tradicija u nas.

Narod je birao svoje seoske knezove, knežinske knezove (oborkneževe), održavao seoske zborove, knežinske i nahijske skupštine. Fermemnom iz 1793. godine, posle Svištovskega mira, formalno-pravno potvrđena je postojeća organizacija lokalne vlasti i njena samoupravna nadležnost. Međutim, povratkom janičara i uspostavljanjem vlasti dahija, zamiru svi dotadašnji nivoi lokalne samouprave.

Dva veka od Prvog srpskog ustanka je prilika da se, bar u najkraćim centrima, osvrnemo, ne samo na razvoj državnosti i ustavnosti, nego i na položaj opštine i razvoj lokalne samouprave u protekom vremenu. Razumljivo da je u centru interesa političke i pravne misli bila država, vlast, dinastija i političke borbe, ali istoj ravnim treba priključiti i opštinu kao osnov novih civilizacijskih vrednosti iz kojih je nastajala nacionalna država. Opština je bila i ostaje politički oblik i tlo suverenosti srpskog naroda i legitimite organa centralne vlasti. Zato i zaslužuje da bude posebno naznačena.

Nastanak i razvitak srpske državnosti i ustavnosti ne može se celovito razumeti bez analiziranja društveno-ekonomskih i političkih promena u okvirima lokalnih zajednica. Za to su potrebna dublja interdisciplinarna istraživanja sa opštinom kao glavnom predmetom proučavanja. Takvi projekti pretpostavljaju institucionalnu organizaciju (koje nemamo – jer je atrofisala) i negovane, usmerene, a pre svega mlade naučne kadrove (koji se ne stvaraju). Nedostaju instituti, centri, odeljenja, zavodi, obrazovni smerovi i programi koji bi kadrovske potencijale edukovali i usmeravali. Takođe nedostaje i bibliografija radova o opštini. Svakako da ove konstatacije mogu biti upozorenje i inspiracija mladim kadrovima u sretnija vremena. Političke partije se nedovoljno bave u svojim programima razvojem lokalne samouprave.

Proučavanje položaja lokalne samouprave, u protekla dva veka, moguće je, prema periodizacijama, u zavisnosti od argumentovanih opredeljenja svakog autora. Čini se primeren metodološki pristup dr Ružice Guzine na dva vremenska intervala: 1804–1839. i 1839–1914. To je svakako, istorijski posmatrano korektno, ali sa aspekta celovitosti nedovoljno, što i nije bila namera autorke. Budućim istraživačima ostavlja se sloboda i drugaćijih opredeljenja. Svakako da celovitost pristupa obuhvata i elaboraciju složene situacije lokalne organizovanosti i vreme svetskih

¹ Dr Ljubiša Mitrović, *Lokalna samouprava u Srbiji u svetu nacionalne tradicije i savremenosti*, Lokalna samouprava, br. 3/1998, Niš, str. 71.

ratova, stvaranja Kraljevine Jugoslavije, socijalističke Jugoslavije i savremenog etapa tranzicije.

Prema Ustavu iz 1835. godine Srbija je u političko-teritorijalnom smislu organizovana na okružja, srezove i opštine, dok je tokom Turskog ustava (1838.) organizovana na okruge, srezove, seoske i varoške opštine, a Beogradu se prvi put određuje poseban status. Interes poslenika u ovoj oblasti, u buduće, svakako pažnju treba usmeriti na istraživanje ustavnopravnog položaja Beograda od tadašnjih do današnjih vremena. Istovremeno, korišćenjem uporedno-pravnog metoda u izučavanju položaja glavnih gradova balkanskih država došli bi do novih saznanja korisnih za šire oblike regionalne integracije. U tome se mogu nazirati u buduće inicijative Balkanskog centra za lokalnu samoupravu.

Na osnovu Turskog ustava, donet je, pre donošenja zakona o opština, Zakon o uređenju okružnih načelstava i dužnostima sreskih načelnika.² Okruzi i srezovi bili su samo administrativno-teritorijal-ne jedinice i oblici dekoncentranije vlasti bez samoupravnih nadležnosti. Okrug, kome je upravljalo okružno načelstvo sastavljeno od okružnog načelnika, njegovog pomoćnika, blagajnika, drugih upravnih službenika i pripadnika policije, predstavljalo je značajniju instituciju od sreza.

Srezom je upravljalo sresko načelstvo koga su činili sreski načelnik, pisar i određeni broj pandura. Kao ispovata okružnog načelstva, sresko načelstvo se brinulo o čuvanju reda i mira u srezu i vršilo kontrolu nad radom opština.³

Ustavobraniteljski period razvoja srpske ustavnosti karakteriše straga centralizacija državne vlasti. Lokalna samouprava svodi se u to vreme na minimum. Više je predstavljala lokalnu upravu kao deo državne vlasti, nego realnu sadržinu lokalne samouprave.

Donošenjem prvog opštinskog zakona 1839. godine lokalna samouprava postaje sfera primarnog interesovanja svih političkih subjekata, kako pojedinca državnika, naučnika, publicista, tako i političkih partija u nastajanju. Ovim zakonom opštine su dobine veća ovlašćenja od mogućnosti njihove realizacije, a uticajima sreskih načelnika su ustvari stavljene pod policijsku kontrolu. U opštinama su postojala svega dva organa: opštinski odbor i opštinski sud. Zakonom o opština iz 1866. godine uvedeni su novi organi: opštinski zbor, opštinski sud i opštinski odbor, sa kmetom kao najvišim organom. Zakon je razlikovao seoske i varoške opštine. Normativnim rešenjima i njih-

² Ustrojenje okružnih načelstava i glavne dužnosti sreskih načelnika (12.V 1839.).

³ Ustrojenje okružnih načelstava i glavne dužnosti sreskih načelnika (12.V 1839.).

vom realizacijom miniziran je položaj, i značaj lokalne samouprave. „Osnovna kritika koja je dolazila od demokratskih snaga na zakon iz 1866. godine je bila da se izbor opštinskih organa vršio pod pristalom policije i što je, mimo odluke građana, državna vlast mogla da spaja ili razvoja opština“.⁴

Tokom čitave ustavnopravne istorije Srbije model državnog uređenja zauzimao je centralno mesto i pobudivao posebnu pažnju. U drugoj polovini XIX veka dolazi do konfrontacije dva međusobno suprotstavljenia modela: liberalističkog i monarho-centralističkog. Položaj opštine i lokalne samouprave u tome bilo je osnovno pitanje.

Sedamdesetih godina XIX veka Marković se zalaže da se u Srbiji izvrši „socijalni preobražaj iznutra, na osnovu narodnog suvereniteta i opštinske samouprave“.⁵ Kao protivnik vladalačkog ličnog režima, Marković je bio protiv centralizacije i birokratizacije, a za razvijanje i prenošenje vlasti na samoupravne organe lokalnih zajednica. Zakonom o opštinama iz 1866. godine lokalna samouprava je praktično ukinuta što je izazvalo političko nezadovoljstvo, skupštinske rasprave i bezuspješne inicijative za promenu postojećih zakonskih rešenja. U tome je naročito prednjačila liberalna opozicija. Celovitu analizu i kritiku normativnog položaja lokalne samouprave izvršio je Svetozar Marković, konstatujući da „...naša opština nije ni u čemu samostalna. Ona stoji neposredno pod tutorstvom policije“.⁶ Zalaganjem za opštinsku samoupravnost Marković nije negirao funkcije države i potrebu njene organizacije. Njegovo insistiranje za razgraničenje opštinskih i državnih funkcija je ustvari osnova savremene organizovanosti lokalnih zajednica u svetu.

Izmenama i dopunama Zakona o ustrojstvu opština 1875. godine bitno je poboljšan položaj lokalne samouprave. Opština dobija široku autonomiju, zadržavaju se postojeći lokalni organi (opštinski zbor, opštinski odbor, opštinski sud i kmet) i proširuje njihove nadležnosti i način odlučivanja. Teritorijalna organizacija opština prelazi u nadležnost građana i prestaje intervencija policije nad opštinskim organima.

Proglašenjem nezavisnosti 1878. godine vrše se izmene i dopune postojećih zakonskih rešenja kojim se praktično ukida opštinska samouprava. Ustavom iz 1888. godine lokalna samouprava ponovo je doživela afirmaciju. Srbija se deli na okruge, srezove i opštine, donose se dva zakona: o

⁴ Dr M. Ilić, *Opštinska vlast u Srbiji od 1804. do danas*, Lokalna samouprava br. 13–14, Niš 2006.

⁵ S. Marković, Radenik br. 22/1874.

⁶ Svetozar Marković, *Celokupno delo*, Beograd 1888.

opštinama (1889) i o uređenju okruga i srezova (1890). Dolazeći na vlast Radikalna stranka, preko skupštine donosi 1890. godine Zakon o uređenju okruga i srezova koji se u velikoj meri razlikuje od njenih političkih zalašanja iz vremena kada nije bila na vlasti. Okruzi i srezovi su organizovani na načelu dvostrukog koloseka. Okrug je od organa imao okružnu skupštinu, okružni odbor i okružnog načelnika, dok je srez imao sresku skupštinu i sreskog načelnika. Ovaj model samoupravne organizacije nastao je u periodu građanske demokratske revolucije. „Ona je pripadala tipu predstavnicike samouprave s načelom 'kabinetse vladavine', po ugledu na francusku samoupravu, sa samoupravom i državnim organima, pri čemu su ovi poslednji imali preovlađujući uticaj i odlučujuću ulogu“.⁷ Okruzi koncentrišu državnu i samoupravnu nadležnost. Državnim udarom 1894. godine враћa se Zakon o ustrojstvu opština iz 1866. godine i Zakon o okruzima i srezovima iz 1839.

Na osnovu Oktroisanog ustava iz 1901. donet je nov Zakon o opština 1902. godine kojim se opština određuje kao osnovna upravna i sudska jedinica sa postojećim opštinskim organima. Majskim preokretom 1903. godine potvrđen je postojeći Zakon o opština iz 1902. godine koji je doživeo četiri izmene i dopune (1903, 1904, 1905 i 1909.). Zakonom o uređenju okruga i srezova iz 1905. godine ne vrše se bitne izmene. Okrug se definiše kao najviša upravna jedinica sa okružnom skupštinom, okružnim odborom i okružnim delovođom. Srez se određuje kao srednje upravna jedinica čiji su organi: sreski načelnik, sreska skupština, sreski odbor i sreski delovođa. Model lokalne organizacije vlasti i samouprave ostao je na snazi sve do Prvog svetskog rata. Za vreme okupacije osvajačke snage su uspostavile poseban režim.

Ulazeći u sastav Kraljevine SRS, a kasnije Kraljevine Jugoslavije, Srbija gubi svoju državnu samostalnost. Administrativnim merama 1929. godine teritorija Jugoslavije je podeljena na 9 banovina, pri čemu je područje Srbije podeljeno na četiri banovine: Dunavsku, Moravsku, Vardarsku i Drinsku. Banovine su bile administrativno-teritorijalne jedinice čiji su organi bili ispostava centralne državne vlasti.

Dr Đorđe Tasić (1892–1943), pravnik, naučni radnik, „heroj misaonog uma u nas“⁸ u bogatom i raznovrsnom opusu posvetio je i opštini dva značajna članka. Prvi rad o opštinskoj samoupravi objavio je 1926. godine, a drugi, „Je li opština državna fikcija i ima li ona pravo na vršenje te

⁷ Dr Vojislav Simović, *Komunalni sistem i komunalna politika*, Naučna knjiga, Beograd 1966, str. 113.

⁸ Dr Miljan Popović, *Đorđe Tasić i prava čoveka*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 1993, str. 7.

funkcije ili je to fikcija“ godinu dana kasnije. U vreme strogog monarcho-centralizma oni su predstavljali tematski podstrek demokratskom razvoju opštinske samoupravnosti, koji nije imao uticaja u praksi.

Za vreme Drugog svetskog rada na nov način je dezintegrisana srpska državna teritorija. Jedan deo je darovan fašističkim saveznicima (Mađarskoj, Bugarskoj, Albaniji i NDH), a na ostatke prostora izvršen je neuspeo pokušaj uspostavljanja srpske kolaboracionističke države. Ovakvo stanje održavano je silom okupatora, bez ikakvog međunarodnog priznanja.

II DEO

Nakon primene jednog od prilagođenih ustava građanske samouprave, u Srbiji, kao federalnoj jedinici, posle oslobođenja, u okviru složene države, započeo je proces izgrađivanja države u celini, pa i lokalnih jedinica, na novim socijalističkim osnovama.

Prvi pravni propisi o administrativno teritorijalnoj organizaciji socijalističke Jugoslavije donele su republice već u toku 1945. godine. Tako je Zakon o administrativnoj podeli Srbije donet 1. 09. 1945. godine.⁹ Opštini Zakonom o narodnim odborima iz 1946. uveden je složen sistem administrativno-tehničkih jedinica: mesto (selo i manji gradovi), gradovi u okviru srezova, srezovni gradovi van srezova, okruzi i oblasti. Ovaj zakon nije poznavao termin opština nego je upotrebljavan narodni odbor kao jedinstven za organe državnog i lokalnog upravljanja u postojećim teritorijalnim zajednicama. U prvom periodu nastala je, znači, višestepena organizacija lokalnih zajednica sa delimično nasleđenom administrativno-teritorijalnom podelom.

Donošenjem drugog Opštег zakona o narodnim odborima iz 1949. godine izvršene su karakteristične promene: uvedene su oblasti kao vrste administrativno-tehničke jedinice, napravljena je razlika između gradova u sastavu sreza i gradova van sastava srezova, glavni gradovi republika se izuzimaju iz sastava oblasti i jača samostalnost narodnih odbora u poslovinama lokalnog značaja tako da postaju organi lokalne samouprave.

Osnovnim zakonom o upravljanju državnim privrednim preduzećima i višim privrednim udruženjima od strane radnih kolektiva 1950.¹⁰ iz osnova je promenjen položaj i uloga narodnih odbora koji prestaju da budu organi administrativnog upravljanja privredom. Paralelno s tim izvršenim teritorijalnim promenama smanjen je i broj i vrsta teritorijalnih

⁹ Službeni glasnik NR Srbije, br. 28/1945.

¹⁰ Službeni list FNRJ, br. 43/1950.

jedinica i pojednostavljen je sistem lokalnog samoupravljanja. Okruzi se ukidaju 1947, a oblasti 1951. godine.

Donošenjem trećeg Opštег zakona o narodnim odborima 1952. godine otvorena je nova etapa u razvoju narodnih odbora i lokalne samouprave. Opštine i srezovi postaju osnovni oblici političko-teritorijalnog organizovanja na lokalnom nivou. Menja se položaj, funkcije i karakter narodnih odbora. Narodni odbori od lokalnih organa državne vlasti u administrativno-teritorijalnim jedinicama postaju opšta predstavnička tela lokalnih zajednica tipa opštinskih i sreskih skupština. Ukipanjem mesnih narodnih odbora praktično je uveden dvostepeni sistem lokalne samouprave. Prvi put se formiraju opštine kao posebne vrste teritorijalnih jedinica.

U 1952. godini u Srbiji je formirano 2.206 opština, 47 gradskih opština, 7 gradova i 126 srezova. Sledeće godine broj opština je povećan na 2.255.

Opštim zakonom o uređenju opština i srezova iz 1955. godine¹¹ počinje faza izgradnje novog-komunalnog sistema. Opština postaje osnovica sveukupnog mehanizma socijalističke demokratije sa naglašenim privrednim funkcijama i ekonomskom samostalnošću. Sa značajnim privrednim nadležnostima i instrumentima raspodela opština izrasta u osnovnu društveno-ekonomsku zajednicu. U cilju uspešnog ostvarivanja svojih funkcija opštine se zaokružuju kao privredne i teritorijalne celine. Spajanjem manjih opština stvorene su teritorijalno prostorna i ekonomski složene zajednice sposobne da ostvaruju brojne funkcije koje su im normativno dodeljene. Funkcije opštine utvrđivane su zakonom, a konkretizacija je vršena i statutima opština.

Sa uvođenjem komunalnog sistema 1955. godine broj opština je svedena 737, a srezova na 42. Sve do uvođenja komunalnog sistema srez je bio osnovni faktor sistema lokalne samouprave, da bi kasnije evoluirao u svojevrsnu zajednicu samoupravnih opština, a potom 1966. godine i u potpunosti atrofirao.

Komunalni sistem počeo je da se razvija na principu monotipne organizacije opština. Razvoj komunalnog sistema pratio je izrazit ekonomski rast i intenzivan proces urbanizacije.

Nakon ustavnih promena iz 1963. godine opština je definisana kao osnovna društveno-politička zajednica čija se prava utvrđuju ustavom, zakonom i statutom opštine. Princip jednostopenosti dopunjena je otvaranjem ustavne mogućnosti za udruživanjem opština u regionalne i gradske zajednice.

¹¹ Službeni list FNRJ, br. 26/1955.

Organizacionu strukturu opštine činili su: skupština opštine, izvršno veće i opštinski organi uprave.

Ustavnom promenom iz 1974. godine naglašena je samoupravna priroda opština naročito uvođenjem delegatskog sistema, samoupravno-interesnog organizovanja i formiranjem osnovnih samoupravnih organizacija i zajednica.

Ustavom SFRJ iz 1974. godine učinjene su značajne promene u definisanju položaja opštine i njihovim međusobnim odnosima posebno u velikom gradu. Opštine u gradovima udružuju se, u skladu sa Ustavom, u gradske zajednice kao posebne društveno-političke zajednice kojima opštine, u zajedničkom interesu, poveravaju određeno prava i dužnosti. Na ove zajednice mogu se preneti određeni poslovi iz nadležnosti republika, odnosno autonomne pokrajine (član 119). Razvijajući postavke saveznog ustava, Ustavom Socijalističke Republike Srbije grad je definišan kao gradska zajednica opštine, ali i kao posebna samoupravna zajednica. U posebnom delu Ustava regulisan je položaj Beograda. „Grad Beograd je gradska zajednica opštine i posebna samoupravna društveno-politička zajednica – član 286).

**Pregled
političko-teritorijalne podele u Srbiji
za period 1946–1975.**

	Svega	Uže područje	Kosovo	Vojvodina
<i>1946. godina</i>				
Mesni narodni odbori	3.816	3.153	253	420
Gradovi u sistemi sreza	30	20	1	9
Srezovi	153	107	15	31
Gradovi u sistemu okruga	1	1	–	–
Okruzi	23	17	–	6
Oblasti	–	–	–	–
<i>1947. godina</i>				
Mesni narodni odbori	2.573	1.949	231	395
Gradovi	34	21	4	9
Srezovi	120	81	16	23
Oblasti	–	–	–	–
<i>1948. godina</i>				
Mesni narodni odbori	2.575	1.949	231	23
Gradovi	34	21	4	9
Srezovi	120	81	16	27
Oblasti	–	–	–	–

<i>1949. godina</i>				
Mesni narodni odbori	2.577	1.951	231	395
Gradovi u sistemu sreza	57	31	4	22
Gradovi van sastava sreza	35	21	4	10
Srezovi	122	82	16	24
Oblasti	7	5	1	1
<i>1950. godina</i>				
Mesni narodni odbori	2.582	1.972	239	371
Gradovi u sistemu sreza	57	31	4	22
Gradovi van sastava sreza	35	21	4	10
Srezovi	137	93	17	27
Oblasti	7	5	1	1
<i>1951. godina</i>				
Mesni narodni odbori	2.582	1.971	239	372
Gradovi u sistemu sreza	57	32	3	22
Gradovi van sastava sreza	37	22	5	10
Srezovi	137	93	17	27
<i>1952. godina</i>				
Opštine	2.206	1.624	195	387
Gradske opštine	47	25	6	16
Gradovi	7	3	1	3
Srezovi	126	84	17	25
<i>1953. godina</i>				
Opštine	2.255	1.653	195	407
Gradske opštine	47	25	6	3
Gradovi	7	3	1	3
Srezovi	126	84	17	25
<i>1954. godina</i>				
Opštine	2.255	1.653	195	407
Gradske opštine	47	25	6	16
Gradovi	7	3	1	3
Srezovi	126	84	17	25
<i>1955. godina</i>				
Opštine	737	443	82	212
Srezovi	42	24	5	13
<i>1956. godina</i>				
Opštine	737	434	82	212
Srezovi	42	24	5	13
<i>1957. godina</i>				
Opštine	737	434	82	212
Srezovi	41	24	5	12
<i>1958. godina</i>				
Opštine	501	275	65	161
Srezovi	37	21	5	11

<i>1959. godina</i>				
Opštine	501	275	65	161
Srezovi	37	21	5	11
<i>1960. godina</i>				
Opštine	240	155	28	57
Srezovi	21	15	—	6
<i>1961. godina</i>				
Opštine	240	155	28	57
Srezovi	21	15	—	6
<i>1962. godina</i>				
Opštine	240	155	28	57
Srezovi	21	15	—	6
<i>1963. godina</i>				
Opštine	217	140	28	49
Srezovi	14	9	—	5
<i>1964. godina</i>				
Opštine	217	140	28	49
Srezovi	14	9	—	5
<i>1965. godina</i>				
Opštine	217	140	28	49
Srezovi	9	9	—	—
<i>1966. godina</i>				
Opštine	185	110	22	44
Srezovi	9	9	—	—
<i>1967. godina</i>				
Opštine	181	115	22	44
Srezovi	9	9	—	—
<i>1968. godina</i>				
Opštine	179	113	22	44
<i>1969. godina</i>				
Opštine	179	113	22	44
<i>1970. godina</i>				
Opštine	179	113	22	44
<i>1971. godina</i>				
Opštine	179	113	22	44
<i>1972. godina</i>				
Opštine	179	113	22	44
<i>1973. godina</i>				
Opštine	179	113	22	44
<i>1974. godina</i>				
Opštine	179	113	22	44
<i>1975. godina</i>				
Opštine	180	114	22	44

Određivanje prostora opština spada u područje izučavanja političko-teritorijalnih sistema. Očigledna je povezanost između funkcionsanja teritorijalnih sistema, teritorijalno-političkih institucija u njima i mesta i uloge lokalnih zajednica, odnosno opština.

Kakav je uticaj tradicije i kako ona deluje na teritorijalno-političke sisteme. Ukoliko je data prostorna dimenzija, kao iskustveni standard, dovedena u pitanje kao istrošen model, zasluzuјe li zamenu kvalitetnjom i racionalnijom. Jer, evidentan je raskorak između prevazidjenih realnosti i imperativa alternativnih mogućnosti. U tom smislu treba i razmišljati o modelima politipske i monotipske administrativno-teritorijalne podele i određivanja mesta lokalnih zajednica.

Političko-teritorijalna podebla je bio uobičajen naziv za teritorijalnu organizaciju nižih (lokalnih) zajednica u okviru republika kao federalnih jedinica složene države. Zakonodavna terminologija posle Drugog svetskog rata koristila je termin „administrativna podala“, a nešto kasnije „administrativno-teritorijalna podebla“. Ovi pojmovi se posle 1952. godine identifikuju kao podebla teritorije republike na opštine i srezove, odnosno utvrđivanje područja opština i srezova na teritorijama republika. Donošenjem Ustava SFRJ iz 1963. godine utvrđivanje teritorija opština i srezova, odnosno njihovo prostorno definisanje naziva se političko-teritorijalnom podeblom.

Komunalni sistem je dozvoljavao mogućnost regionalizacije u okviru republike i pokrajina. Oblici regionalizacije razvijali su se putem međuopštinske saradnje i udruživanja opština u gradske i regionalne zajednice. Ustavom Socijalističke Republike Srbije iz 1974. godine opštine se udružuju u regionalne i gradske zajednice radi ostvarivanja trajne saradnje, planiranja, razvoja i usklađivanja svojih i donošenje zajedničkih planova i programa, kao i radi ostvarivanja drugih zajedničkih interesa. Udruživanje se vršilo na osnovu društvenih dogovora između zainteresovanih opština i Republike. Udruživanje opština u nove zajednice u pokrajinama uređeno je njihovim ustavima.

U Srbiji je bez pokrajina, u to vreme obrazovano osam međuopštinskih regionalnih zajednica u koje je udruženo 98 opština. To su: Niš sa 15 opština, Kraljevo sa 15 opština, Podrinskokolubarska sa 14 opština, Južnomoravska sa 13 opština, Šumadija i Pomoravlje sa 12 opština, Podunavska sa 11 opština, Titovo Užice sa 10 opština i Zaječar sa 8 opština.

Međuopštinske regionalne zajednice imale su samoupravni karakter, bez obeležja državne vlasti i demokratskim metodima (dogovaranjem i sporazumevanjem), doprinosile ostvarivanju, kako funkcija opština, tako i funkcija Republike. U pokrajinama nije došlo do formiranja međuopštinskih regionalnih zajednica.

Obrazovanje ovih zajednica izvršeno je društvenim dogovorom zaključenim između određenih opština i Republike Srbije. Zajednice su imale svoje statute u kojima su utvrđivane njihove funkcije, organi i način funkcionisanja.

Navedeni sistem u Srbiji primenjivan je do prelaska u novu – tranziciju fazu ustavnosti.

ZAKLJUČAK

Nakon dva veka postojanja, razvoja i promena, postavlja se pitanje koliko je, u kojoj meri, u kojem razdoblju i u kojim uslovima sistem lokalne samouprave bio optimalan, racionalan, efikasan, svrshodan? Konkretna analiza, pa i ocena, nije moguća bez sagledavanja obima i nivoa realizovanje funkcija sistema lokalnih zajednica.

Svakako da nije lako i jednostavno ocenjivati adekvatnost celine, faze ili delova sistema, funkcionisanje lokalnih zajednica, ili prepostavljati rezultate funkcionisanja njenog alternativnog (novog) sistema, bez kontinuiranog istraživanja.

Sistem lokalne zajednice i njegove funkcije mogu se posmatrati, analizirati i ocenjivati iz dva stanovišta: kao normativno postavljene (propisima regulisane) i kao zamišljene.

Sistem lokalne samouprave je efikasniji, prihvatljiviji i demokratičniji ukoliko podstiče motivaciju i mobilizaciju građana za učešće u političkim procesima. Ti politički procesi obuhvataju kontrolu nad materijalnim potencijalima koji služe zadovoljavanju zajedničkih potreba građana na lokalnom (i regionalnom) nivou kao i ukupnim kolektivnim aktivnostima. Mobilizacija građana na lokalnom nivou je uslov bržeg ukupnog društvenog razvoja. Odsustvo mobilizacije prouzrokuje krizu političke participacije kako na lokalnom nivou tako i u globalnoj zajednici.

Sistem lokalne samouprave na sme biti u funkciji konfrontacije političkih interesa, nego prevazilaženje interesnih razlika političkih subjekata na lokalnom nivou. Ukoliko se usaglašavanje interesa vrši u okviru sistema lokalne zajednice usklađivanje se pokušava ostvariti izvan njega što građani primaju kao nametanje. Efekti se manifestuju povećanjem tenzija i interesnih konfrontacija.

Jedna od strategijskih funkcija sistema lokalne samouprave je artikulacija različitih interesa i razrešavanje sukoba interesa. U južnoslovenskoj nauci o lokalnoj samoupravi malo se proučava pojам, sadržina i vrsta interesa. Redak izuzetak čini angažovanje prof. dr Pusića iz sedam-

desetih godina prošlog veka. Očigledno je potreba za koncipiranjem tipologije interesa na osnovu koje bi lakše sagledali interesnu strukturu društva. Interesi svakako mogu biti različiti, identični, suprotni, ali spoznajno evidentirani.¹² Bar u osnovnim crtama treba definisati ciljeve razvoja lokalnih sistema i sagledati efikasnost političkog sistema u celini. Svako odsustvo kako globalnih, tako i ciljeva razvoja lokalnih nivoa, pogoduje pojavi i održavanju socijalne apatije i odsustvo učešća građana u političkim procesima konjunktivne prirode (procesima saradnje).

Polazeći od konstruktivnih socioloških elemenata lokalnih zajednica kao što su: interesi, potrebe, veze, odnosi, informisanje i dr. upoređivanje modela sistema lokalnog organizovanja obezbeđenju produbljenja saznanja i realnije zaključivanje. Takav pristup je delimično prikazan u proučavanju lokalnih zajednica u Srbiji u proteklih dvesta godina.

¹² Dr E. Pusić, *Samoupravljanje*, Narodne novine, Zagreb 1968.

*Aleksandar Đurđev, Ph.D., Full professor
Novi Sad School of Law*

The local autonomy in Serbia – from 1804 until transition –

Abstract

The evolution of local autonomy in Serbia, from beginning of Serbian statehood until the end of socialist constitutionality, is briefly presented in the paper. In the first part of the paper the author analizes the beginning and development of local autonomy until The Second World War. Different kinds of local units with their functions and organs are also described. The second part of the paper consists of synthetic review of local autonomy evolution during the socialism and construction of communal system on a basis of marxisistic doctrinal knowledge. In the final conclusion the author tries to compare two various systems of organisation of local communities.

*Dr Marijana Pajvančić, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

DINAMIČKE KOMPETENCIJE DRŽAVNE VLASTI – osvrt na novi Ustav Republike Srbije –

Sažetak: *U radu se analizira sistem organizacije vlasti u novom Ustavu Republike Srbije iz aspekta dinamičkih kompetencija centralnih organa vlasti. Predmet analize su poslovi državne vlasti neposredno vezani za donošenje pravnih propisa i vođenje politike karakteristični po tome da u njihovom obavljanju sudeluje više organa državne vlasti sa različitim sadržajem i kvalitetom ovlašćenja. Kao indikatori dinamičkih kompetencija organa državne vlasti analiziraju se: donošenje i primena Ustava; zakonodavna aktivnost i implementacija zakona; uredbodavno zakonodavstvo; vođenje politike u najvažnijim oblastima (spoljna politika, nacionalna bezbednost, budžetska politika, evropske integracije). U ovom kontekstu poseban akcenat stavljen je ne samo na prirodu i sadržaj nadležnosti centralnih organa državne vlasti već i na njihove međusobne odnose, karakteristične upravo za ostvarivanje dinamičkih kompetencija državne vlasti.*

Ključne reči: *Ustav Republike Srbije; organizacija vlasti; poslovi državne vlasti; Narodna skupština; Vlada; predsednik Republike; Ustavni sud.*

Sistem vlasti, njegova osnovna svojstva¹ i najvažnije karakteristike mogu se analizirati iz ugla podele poslova i nadležnosti koji su ustavom povereni različitim organima. Državni (javni) poslovi i nadležnosti se razlikuju s obzirom na njihovu prirodu i svojstva i s obzirom na to kako

¹ Šire o organizaciji vlasti u novom Ustavu Srbije kod dr M. Pajvančić: *Srbija između ustava i ustavnosti*, tekst *Organizacija vlasti*, Beograd, 2005, str. 227 – 246.

se obavljuju (da li ih obavlja jedan organ ili se obavljuju u interakciji više organa).

Kada u obavljanju istovrsnih poslova vlasti sude luje više organa, svaki u skladu sa svojim ustavnim položajem i kompetencijama, može se smatrati da su to dinamični poslovi, jer u njihovom obavljanju sude luje više organa. Kada neki državni posao obavlja samo jedan organ u okviru svojih samostalnih nadležnosti, ovakvi poslovi mogu se smatrati statičnim jer ne prepostavljaju povezanost i međusobni uticaj više različitih organa vlasti.

U ovom prilogu biće osvetljeni dinamički poslovi i kompetencije organa vlasti osvrtom na rešenja u novom Ustavu Republike Srbije usvojenom novembra 2006. godine.

1. Donošenje i sprovođenje Ustava

Ustavotvorna vlast u Srbiji podeljena je između Narodne skupštine i građana. Ustav Srbije pripada grupi čvrstih ustava jer se revizija Ustava odvija po postupku koji je strožiji od zakonodavnog postupka.² Zavisno od toga koje odredbe Ustava se menjaju razlikuje se postupak odlučivanja o promeni Ustava. Ustavotvorna vlast Narodne skupštine ostvaruje se u različitim oblicima. Sadržaj ustavotvorne vlasti Narodne skupštine uključuje pravo narodnih poslanika (1/3 ukupnog broja) da *predlože promenu Ustava*,³ pravo narodnih poslanika da *podnesu amandmane* na predlog Ustava, pravo Narodne skupštine da *odlučuje o promeni Ustava*,⁴ da 2/3 većinom ukupnog broja poslanika *usvoji predlog za reviziju Ustava*,⁵ da *usvoji akt o promeni Ustava* 2/3 većinom ukupnog broja poslanika,⁶ da *odluči o raspisivanju ustavnog referendumu*⁷ (ako su predmet revizije odredbe Ustava za koje nije propisan obavezni ustavni referendum), da *raspiše obavezni ustavni referendum*⁸ (ako su predmet revizije odredbe za koje Ustav nalaže raspisivanje obavezognog referenduma), *proglašava Ustav*.⁹

² O postupku revizije Ustava Srbije videti dr M. Pajvančić: *Ustavno pravo – posebni deo*, Pravni fakultet, Novi Sad, 2007. str. 93 – 95.

³ Član 203 stav 1 Ustava.

⁴ Član 99 stav 1 tačka 1 i član 203 stav 2 Ustava.

⁵ Član 203 stav 3 Ustava.

⁶ Član 203 stav 6 Ustava.

⁷ Član 203 stav 6 Ustava.

⁸ Član 203 stav 7 Ustava.

⁹ Član 203 stav 9 Ustava.

Ustav *stupa na snagu* nakon što ga proglaši Narodna skupština. Na ovaj pravni akt primenjuju se, dakle, posebna ustavna pravila¹⁰ o stupanju na snagu, različita od opštih pravila o stupanju na snagu zakona i drugih opštih akata, koji se pre stupanja na snagu objavljuju, a stupaju na snagu po proteku *vacatio legis-a*.¹¹

O podeli ustavotvorne vlasti između Narodne skupštine i građana govore ustavne odredbe o pravima građana u postupku odlučivanja o reviziji Ustava. Građani imaju pravo da *podnesu predlog za promenu Ustava*, uz uslov da predlog svojim potpisima podrži najmanje 150 000 birača.¹² Pored toga, građani sudeluju u ustavotvornom postupku i na *ustavnom referendumu* (obaveznom ili fakultativnom zavisno od toga koji deo Ustava se menja). Na ustavnom referendumu oni *odlučuju* (potvrđuju akt) o promeni Ustava većinom glasova birača koji su izašli na referendum.¹³

Ustavotvorna vlast Narodne skupštine podleže ograničenjima koja propisuje Ustav. Ustav propisuje dva oblika *temporarne zabrane revizije Ustava*. Jedan vezuje za *vanredno ili ratno stanje*. Zabrana revizije Ustava u tom slučaju odnosi se na svaku Ustavnu odredbu, a vremensko dejstvo zabrane proteže sve dok traje vanredno stanje ili rat.¹⁴ Drugi oblik temporarne zabrane revizije Ustava vezuje za *neuspeh predloga za promenu Ustava*.¹⁵ Tada se zabrana revizije odnosi samo na pitanja sadržana u predlogu koji u Narodnoj skupštini nije dobio potrebnu 2/3 većinu glasova narodnih poslanika. U tom slučaju isto pitanje ne može biti predmet ustavne revizije u narednih godinu dana. Ustav, međutim, nema odredbu koja bi neuspeh ustavnog referendumu sankcionisala zabranom revizije Ustava u određenom vremenskom periodu.

U ustavotvornoj vlasti i *Vlada* sudeluje kao jedan od subjekata. Kvalitet njenih ustavotvornih ovlašćenja je ograničen. Ona ima pravo da, kao jedan od ovlašćenih predлагаča, *predloži reviziju Ustava*.¹⁶ Vlada, takođe, ima pravo da *podnese amandmane* na predlog Ustava. Nesumnjivo najvažnija aktivnost Vlade je vezana za *primenu Ustava* što, pored ostalog, uključuje pripremu predloga zakona neophodnih za primenu Ustava.

¹⁰ Član 203 stav 9 Ustava.

¹¹ Uporediti član 203 stav 9 i član 196 stav 1 Ustava.

¹² Član 203 stav 1 tačka 1 Ustava. Novi Ustav je postavio strožiji uslov povećanjem broja potpisa sa 100 000 na 150 000 birača.

¹³ Član 203 stav 8 Ustava.

¹⁴ Član 204 Ustava.

¹⁵ Član 203 stav 4 Ustava.

¹⁶ Član 203 stav 1 Ustava.

2. Zakonodavna aktivnost (usvajanje i primena zakona)

Zakonodavna aktivnost spada u poslove državne vlasti na kojima se angažuje više organa državne vlasti sa različitim sadržajem i kvalitetom ovlašćenja. Forma u kojoj se realizuje najveći deo zakonodavne aktivnosti jesu akti koje usvaja Narodna skupština. Od ovog osnovnog pravila postoji i izuzetak kada se zakonodavna aktivnost realizuje u formi uredbi sa zakonskom snagom.

a) Akti Narodne skupštine

a) U ustavnom sistemu Srbije Narodna skupština je *nosilac zakonodavne vlasti*.¹⁷ Zakonodavna delatnost i zakonodavni postupak nisu detaljno regulisani u Ustavu. Predmet regulative su samo najvažnija pitanja zakonodavne delatnosti i zakonodavnog postupka: zakonodavna inicijativa,¹⁸ proglašenje zakona,¹⁹ zakonodavni veto,²⁰ posebna većina koja se zahteva za usvajanje pojedinih zakona,²¹ objavljivanje zakona,²² stupanje na snagu zakona,²³ *vacatio legis* i uslovi pod kojima je moguće odstupiti od ovog pravila.²⁴

U vezi sa aktivnostima Narodne skupštine u zakonodavnom postupku Ustav uređuje dva osnovna pitanja: subjekte zakonodavne inicijative i većinu potrebnu za usvajanje zakona. Podnošenjem predloga zakona *ovlašćeni subjekti* (poslanik, Vlada, skupština autonomne pokrajine i najmanje 30 000 birača,²⁵ a Zaštitnik građana i Narodna banka samo u oblastima u kojima se prostiru njihove nadležnosti²⁶) pokreću zakonodavni postupak. Najveći broj zakona Narodna skupština *usvaja glasovima više od polovine narodnih poslanika*, uz uslov da sednici Narodne skupštine prisustvuju većina poslanika.²⁷ Od ovog opšteg pravila propisana su odstupanja. To su slučajevi kada Ustav za usvajanje zakona propisuje

¹⁷ Član 98 Ustava.

¹⁸ Član 107 stavovi 1 i 2 Ustava.

¹⁹ Član 113 Ustava.

²⁰ Član 113 stav 2 Ustava.

²¹ Član 105 stav 3 i član 105 stav 2 tačke 4 i 8 Ustava.

²² Član 196 stav 1 Ustava.

²³ Član 196 stav 4 Ustava.

²⁴ Član 196 stav 4 Ustava dopušta mogućnost odstupanja od opšteg ustavnog pravila da zakon, ili drugi opšti akt, stupa na snagu i pre proteka *vacatio legis* – a od 8 dana od dana objavljivanja *ako za to postoje naročito opravdani razlozi, utvrđeni prilikom njihovog donošenja*.

²⁵ Član 107 stav 1 Ustava.

²⁶ Član 107 stav 2 Ustava.

²⁷ Član 105 stav 1 Ustava.

nadpolovičnu većinu ukupnog broja poslanika²⁸ (npr. zakoni o referendumu i narodnoj inicijativi, budžetu, ljudskim i manjinskim pravima, teritoriji autonomnih pokrajina i jedinica lokalne samouprave, potvrđivanju međunarodnih ugovora, poveravanju autonomnim pokrajinama i jedinicama lokalne samouprave pojedinih pitanja iz nadležnosti Republike). Sva druga pitanja zakonodavnog postupka koji se odvija u Narodnoj skupštini bliže uređuje Poslovnik o radu Narodne skupštine i Zakon o Narodnoj skupštini.²⁹

Na sadržaj, dinamiku i plan zakonodavne delatnosti Narodne skupštine utiče nekoliko činilaca među kojima posebno: obaveze koje neposredno slede iz Ustava; obaveze usklađivanja zakona i drugih propisa sa novim Ustavom koje propisuje Zakon za sprovodenje Ustava; usaglašavanje zakona sa potvrđenim međunarodnim ugovorima; obaveze koje proističu iz programa Vlade za koji je Vlada dobila podršku u Narodnoj skupštini.

Kako Srbija još nije potpisala sporazum o pridruživanju EU na sadržaj, dinamiku i plan zakonodavne delatnosti još uvek ne utiču neposredno faktori vezani za proces pridruživanja EU, premda se prilikom pripreme i izrade zakona u nadležnim službama vrši sertifikacija sa stanovišta implementacije prihvaćenih međunarodnih obaveza i komplementarnosti sa pravom EU.

b) Prema Ustavu *predsednik Republike* nema pravo da predlaže zakone. U skladu sa pozicijom u ustavnom sistemu on ima druga prava u zakonodavnom postupku i ulogu u zakonodavnoj aktivnosti u skladu sa oblikom parlamentarnog sistema u kome šef države *izražava državno jedinstvo³⁰* i nema samo reprezentativne nadležnosti.

U zakonodavnoj delatnosti predsednik Republike učestvuje u postupku koji sledi nakon usvajanja zakona. On *donosi ukaz o proglašenju zakona* u roku koji je određuje Ustav³¹ (7 dana za zakone koji su usvojeni u hitnom postupku, a 15 dana za zakone usvojene u redovnom postupku). Predsednik Republike, međutim, nije i jedini ustavni organ koji ima pravo da donese ukaz o proglašenju zakona. Izuzetno, ukaz o proglašenju zakona može, pod ustavom utvrđenim uslovima, doneti i predsednik Narodne skupštine.³²

²⁸ Član 105 stav 3 i član 105 stav 2 tačke 4 i 8 Ustava.

²⁹ U momentu pisanja rada još uvek nije bio usvojen, a novi Ustav propisuje njegovo donošenje.

³⁰ Član 111 Ustava.

³¹ Član 113 stav 1 Ustava.

³² Predsednik Narodne skupštine donosi ukaz o proglašenju zakona ako to ne učini predsednik Republike. Član 113 stav 4 Ustava.

Ukaz o proglašenju zakona je akt deklaratorne prirode. U njemu se navodi naziv zakona, organ koji ga je doneo, sednica na kojoj je usvojen i datum kada je sednica održana. Činjenica da u ustavnom sistemu Srbije nema premapotpisa, sa jedne strane, i pravo zakonodavnog veta, sa druge strane, govorili bi u prilog zaključku da prava predsednika Republike u zakonodavnom postupku nisu samo protokolarne prirode.

Predsednik Republike ima pravo *suspenzivnog veta*. Pre proglašenja zakona on može vratiti zakon Narodnoj skupštini na ponovno odlučivanje. Ustav obavezuje predsednika Republike da, *u pismenoj formi, obrazloži*³³ zašto vraća zakon Narodnoj skupštini na ponovno odlučivanje. Imajući u vidu kvalitet i prirodu ove ustavne obaveze moglo bi se reći da je to specifičan instrument iniciranja svojevrsne prethodne kontrole ustavnosti zakona, jer upravo nesaglasnost zakona sa Ustavom može biti razlog da se on vrati na ponovno odlučivanje. Ustavni sistem Srbije poznaje prethodnu kontrolu ustavnosti od strane Ustavnog suda, ali samo poslanici imaju pravo pokretanja postupka prethodne ocene ustavnosti.³⁴ U prilog zaključku da kompetencije predsednika Republike u vezi sa proglašenjem zakona nisu samo nominalne, već da uključuju mogućnost ocene ustavnosti govor i njegovo pravo da *pokrene postupak naknadne kontrole ustavnosti*³⁵ zakona. Ako Narodna skupština usvoji zakon strožnjom većinom glasova,³⁶ a predsednik Narodne skupštine ga proglaši, predsednik Republike može, pred Ustavnim sudom, pokrenuti postupak ocene ustavnosti zakona na čiju neustavnost je pismeno upozorio Narodnu skupštinu zahtevajući ponovno odlučivanje o zakonu.

Ako Narodna skupština, većinom ukupnog broja poslanika, usvoji zakon koji je Predsednik Republike vratio na ponovno odlučivanje, on je *dužan da proglasi zakon*.³⁷ Ako to ne učini može *odgovarati za povredu Ustava*,³⁸ a *ukaz o proglašenju zakona*, u tom će slučaju *doneti predsednik Narodne skupštine*.³⁹

³³ Član 1143 stav 1 Ustava.

³⁴ Član 169 Ustava.

³⁵ Član 168 stav 1 Ustava.

³⁶ U vezi sa većinom glasova koja se zahteva prilikom ponovnog odlučivanja o zakonu koji je predsednik Republike vratio Narodnoj skupštini na ponovno odlučivanje, ustavne odredbe su nepotpune. Ustav nalaže strožiju većinu (apsolutna većina) prilikom ponovnog glasanja o zakonu, samo za zakone koji se usvajaju prostom većinom glasova narodnih poslanika, ali ne propisuje strožiju i za zakone koji se primarno usvajaju apsolutnom većinom glasova (uporediti član 113 stav 2 sa članom 105 stav 2 tačka 4 i članom 105 stav 3 tačke 1 do 7 Ustava).

³⁷ Član 113 stavovi 2 i 3 Ustava.

³⁸ Član 118 stav 1 Ustava.

³⁹ Član 113 stav 4 Ustava.

c) Vlada ima zadatok da *predlaže zakone*.⁴⁰ Ovaj posao Vlade prostiče iz njene najvažnije, ustavom utvrđene nadležnosti da *utvrđuje i vodi politiku*,⁴¹ jer su zakoni instrumenti pomoću kojih se politika vodi. Priprema zakona je složen posao jer od Vlade zahteva organizovanje i koordiniranje aktivnosti ministarstava koja, svako u okviru svog resora, rade na pripremi zakona. Vlada mora voditi računa da sadržaj zakona izražava njenu politiku i da dinamika zakonodavne politike sledi one prioritete koji su definisani u programu Vlade. Otuda poseban status Vlade u zakonodavnoj delatnosti i ovlašćenja koja su po sadržaju i kvalitetu drugačija, a po obimu veća u odnosu na druge ovlašćene predlagачe. Ona *daje mišljenje o predlozima* kada potiču od drugih predlagača.⁴² Najzad, Vlada kao *nosilac izvršne vlasti*⁴³ raspolaže i instrumentima za izvršenje zakona. Ona *donosi uredbe i druge akte radi izvršavanja zakona*⁴⁴ i ima generalno ustavno ovlašćenje da, na osnovu samog Ustava, *donosi uredbe za izvršenje zakona*. Uvid u izvršenje zakona omogućuje Vladi informacije o problemima u njihovoј primeni što može biti podsticaj za izmenu zakona.

b) Uredvodavno zakonodavstvo (zakonodavstvo pomoću uredbi)

U ustavnom sistemu Srbije *nema instituta delegiranog zakonodavstva* niti po osnovu generalnog ustavnog pravila koje ovlašćuje Vladu da donosi uredbe sa zakonskom snagom, niti po osnovu Ustavom ustanovljenog prava Narodne skupštine da, pod Ustavom utvrđenim uslovima, ovlasti Vladu da svojim uredbama reguliše zakonsku materiju.

Ustav jedino dopušta mogućnost, ukoliko su ispunjeni Ustavom propisani uslovi i u postupku koji je propisan Ustavom, da Vlada u vreme *vanrednog stanja* svojim *uredbama propisuje mere odstupanja od ljudskih i manjinskih prava*.⁴⁵ Mere odstupanja od ljudskih i manjinskih prava mogu se propisati uredbom Vlade, samo ako *Narodna skupština ne može da se sastane*. Za punovažnost ovih uredbi zahteva se *supotpis predsednika Republike*, što pokazuje da Vlada ne može da ih donosi samostalno. Ustav nalaže i obavezu podnošenja uredbi koje propisuju mere odstupa-

⁴⁰ Član 123 stav 1 tačka 4 i član 3 Zakona o Vladi (Službeni glasnik Republike Srbije br. 55/2005 i 71/2005).

⁴¹ Član 123 stav 1 tačka 1 Ustava i član 2 Zakona o Vladi.

⁴² Član 123 stav 1 tačka 4 Ustava.

⁴³ Član 122 Ustava i član 1 Zakona o Vladi.

⁴⁴ Član 123 stav 1 tačka 3 Ustava i član 2 stav 2 Zakona o Vladi.

⁴⁵ Član 200 stav 6 Ustava.

nja od ljudskih i manjinskih prava na *potvrdu Narodnoj skupštini* u roku od 48 sati od donošenja uredbe, odnosno čim Narodna skupština bude u mogućnosti da se sastane.⁴⁶ Ustav propisuje ograničenja i u pogledu sadržaja uredbi o merama odstupanja od ljudskih i manjinskih prava. Odstupanja su dopuštena samo *u obimu koji je neophoran*.⁴⁷ Odstupanja ne smeju dovesti do razlikovanja na osnovu rase, pola, jezika, veroispovesti, nacionalne pripadnosti ili društvenog porekla.⁴⁸ Režim odstupanja nije dopušten za apsolutno zaštićena prava koja Ustav taksativno navodi.⁴⁹ Uredbe Vlade o merama odstupanja od ljudskih i manjinskih prava za vreme vanrednog stanja imaju ograničeno vremensko dejstvo. Ako ih Narodna skupština ne potvrdi one *prestaju da važe* u roku od 24 sata od početka prve sednice Narodne skupštine održane po proglašenju vanrednog stanja,⁵⁰ odnosno, na osnovu opšte ustavne norme, prestaju da važe sa prestankom vanrednog ili ratnog stanja.⁵¹

3. Vođenje politike – oblasti, instrumenti i subjekti

Kompetencije organa vlasti vezane za vođenje politike biće analizirane u oblastima spoljne politike, bezbednosti, budžetske politike i evropskih integracija.

a) Vodenje spoljne politike

Formulisanje i vođenje spoljne politike je državna aktivnost u kojoj sudeluju Narodna skupština, Vlada i predsednik Republike, svako u okviru svojih nadležnosti i u skladu sa njima. Spoljna politika (*međunarodni položaj, odnosi sa drugim državama i međudržavnim organizacijama*) je nadležnost Republike i organa centralne vlasti.⁵² U ostvarivanju spoljne politike učestvuju i *autonomne pokrajine i jedinice lokalne samouprave*. One sarađuju sa odgovarajućim teritorijalnim i lokalnim zajednicama drugih država, u okviru spoljne politike Republike Srbije i uz poštovanje teritorijalnog jedinstva i pravnog poretku Republike Srbije.⁵³

⁴⁶ Član 200 stav 9 Ustava.

⁴⁷ Član 202 stav 1 Ustava.

⁴⁸ Član 202 stav 2 Ustava.

⁴⁹ Član 202 stav 4 Ustava.

⁵⁰ Član 200 stav 9 Ustava.

⁵¹ Član 202 stav 3 Ustava.

⁵² Član 97 stav 1 tačka 1 Ustava.

⁵³ Član 181 Ustava.

a) U skladu sa načelima na kojima počiva spoljna politika⁵⁴ i u skladu sa statusom međunarodnih ugovora i opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava u pravnom sistemu Srbije,⁵⁵ Narodna skupština potvrđuje međunarodne ugovore kada zakon propisuje obavezu njihovog potvrđivanja.⁵⁶ O ratifikaciji međunarodnih ugovora Narodna skupština odlučuje većinom ukupnog broja poslanika. Među nadležnostima Narodne skupštine Ustav ne navodi zaključenje već samo potvrđivanje međunarodnih ugovora, ali u odredbi kojom propisuje većinu potrebnu za donošenje odluke eksplicitno navodi i zaključenje i potvrdu međunarodnih ugovora.⁵⁷

b) Vlada takođe raspolaže ovlašćenjem da zaključuje međunarodne ugovore, uz uslov da sadržaj međunarodnog ugovora ne zadire u kompetencije zakonodavne vlasti. Pravo da zaključuje međunarodne ugovore zasnovano je na generalnom ustavnom ovlašćenju Vlade da utvrđuje i vodi politiku na osnovu i u okviru Ustava i zakona.⁵⁸ Ustav ne precizira da li ovlašćenja Vlade u ovom domenu uključuju samo unutrašnju ili i spoljnu politiku. Ustavna norma je opšta pa bi se stoga moglo razumeti da uključuje kako unutrašnju tako i spoljnu politiku. Poslove vezane za vođenje spoljne politike operativno vodi i Ministarstvo spoljnih poslova i druga ministarstva u okviru svojih nadležnosti. Ministarstvo spoljnih poslova⁵⁹ obavlja poslove državne uprave koji se, između ostalog, odnose na spoljnu politiku, učešće u zaključivanju, ratifikovanju i primeni međunarodnih ugovora, praćenje međunarodnih odnosa i dr. Ministarstvo odbrane⁶⁰ ostvaruje međunarodnu saradnju u oblasti odbrane i vojne saradnje; Ministarstvo unutrašnjih poslova⁶¹ ostvaruje međunarodnu saradnju u oblasti

⁵⁴ Član 16 stav 1 Ustava propisuje da spoljna politika Republike Srbije počiva na opštepriznatim principima i pravilima međunarodnog prava.

⁵⁵ Član 16 stav 2 Ustava propisuje da su opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori sastavni deo pravnog porekla Republike Srbije i neposredno se primenjuju.

⁵⁶ Član 99 stav 1 tačka 4 Ustava. U vreme rada na rukopisu Srbija nije, na osnovu novog Ustava usvojila zakon koji bliže reguliše ovu materiju, već je shodno primenjivan Zakon o zaključivanju i izvršavanju međunarodnih ugovora usvojen još 1978. godine u vreme kada je Jugoslavija bila federacija. Kada je, nakon referendumu u Crnoj Gori, maja 2006. godine, prestala da postoji Državna zajednica Srbija i Crna Gora, zakon je primenjivan na osnovu Ustavne povelje, koja je državama članicama dala mogućnost da prime- njuju savezni zakon do donošenja odgovarajućeg zakona.

⁵⁷ Uporediti član 99 stav 1 tačku 4 sa članom 105 stav 3 tačku 6 Ustava.

⁵⁸ Član 123 stav 1 tačka 1 Ustava i član 2 stav 1 Zakona o Vladi.

⁵⁹ Član 3 Zakona o ministarstvima.

⁶⁰ Član 4 Zakona o Vladi.

⁶¹ Član 5 Zakona o Vladi.

unutrašnjih poslova uključiv i međunarodnu pomoć; Ministarstvo ekonomije i regionalnog razvoja⁶² obavlja poslove državne uprave vezane za spoljnu trgovinu, predlaže i sprovodi mere u oblasti ekonomskih odnosa sa inostranstvom, zaključuje i prati primenu međunarodnih trgovinskih ugovora i dr.

c) Deo poslova u oblasti spoljne politike obavlja predsednik Republike. On *predstavlja Republiku Srbiju u zemlji i inostranstvu*⁶³ i obavlja protokolarne poslove u oblasti spoljne politike: *prima akreditivna i opozivna pisma stranih diplomatskih predstavnika*,⁶⁴ a na predlog Vlade ukazom *postavlja i opoziva ambasadore*.⁶⁵ Ustav ne definiše bliže sadržaj ovlašćenja koja predsednik Republike obavlja predstavljajući Srbiju u inostranstvu, ali to može biti propisano zakonom o predsedniku Republike⁶⁶ čije usvajanje Ustav nalaže. Ovlašćenja predsednika Republike da postavlja i razrešava ambasadore su ograničena. On ne uživa samostalnost prilikom odlučivanja o postavljanju i razrešenju ambasadora, već postupa na predlog Vlade. Ali u ustavnom sistemu Srbije nema instituta premapotpisa, pa je moguće pretpostaviti da predsednik Republike odbije predlog Vlade, što bi govorilo u prilog zaključku da ovo ovlašćenje šefa države ipak nije samo protokolarne prirode. U Ustavu nedostaje i pravilo o tome kako se postupa u slučaju da predsednik Republike ne prihvati predloge koje je podnela Vlada.

b) Nacionalna bezbednost

Odlučivanje o nacionalnoj bezbednosti i odgovornost za odluke donete u situaciji kada je ugrožen ustavni poredak je u rukama organa centralne vlasti, uz odlučujuću ulogu Narodne skupštine.⁶⁷ Među oblastima u kojima se prostire nadležnost Republike su i odbrana i bezbednost Republike Srbije i njenih građana; mere za slučaj vanrednog stanja; zaštita suverenosti, nezavisnosti, teritorijalne celovitosti i bezbednosti.⁶⁸ Ustav

⁶² Član 10 stav 2 Zakona o Vladi.

⁶³ Član 112 stav 1 tačka 1 Ustava.

⁶⁴ Član 112 stav 1 tačka 6 Ustava.

⁶⁵ Član 112 stav 1 tačka 5 Ustava.

⁶⁶ Član 121 Ustava.

⁶⁷ Šire o vanrednom stanju videti: dr M. Pajvančić *Vanredno stanje u ustavnom sistemu Srbije*, referat za VII Svetski Kongres Medunarodnog udruženja za Ustavno pravo, Atina 2007. [WWW. htp // enelsyn](http://enelsyn); dr M. Pajvančić *Odluka o proglašenju vanrednog stanja*, Glasnik advokatske komore Vojvodine br. 6/ 2004. str. 215 – 226; dr M. Pajvančić *Ustavnost vanrednog stanja*, Zbornik *Ustavnost i vladavina prava*, Beograd, 2000. str. 435 – 481; dr M. Pajvančić *Ustavni sistem vanredne prilike*, Republika, br. 115/1995. str. 7 – 12.

⁶⁸ Član 97 stav 1 tačke 1 i 4 Ustava.

razlikuje ratno⁶⁹ i vanredno stanje⁷⁰ ali definiše samo vanredno stanje kao *javnu opasnost koja ugrožava opstanak države ili građana.*⁷¹

a) Odlučivanje o najvažnijim pitanjima nacionalne bezbednosti je nadležnost *Narodne skupštine*. Kao najviše predstavničko telo ona *odlučuje o ratu i miru, proglašava ratno i vanredno stanje*⁷² U vezi sa ovim pravom Narodne skupštine beležimo još jednu od kontradiktornosti u Ustavu Srbije. Prilikom regulisanja većine potrebne za usvajanje ovih odluka Ustav eksplicitno navodi samo većinu potrebnu za donošenje *odluke o proglašenju i ukidanju vanrednog stanja*⁷³ kao i odluke kojom se za još 90 dana produžava vremensko dejstvo odluke o vanrednom stanju.⁷⁴ Odluku donosi većina ukupnog broja poslanika. Odluka o proglašenju rata u ovom kontekstu se ne pominje. Za usvajanje *odluke o proglašenju rata* Ustav ne propisuje kvalifikovanu većinu ma kako paradoksalno zvučalo. Odluka o proglašenju rata se donosi primenom opštег pravila prema kome Narodna skupština odlučuje prostom većinom (većina prisutnih poslanika uz uslov da sednici prisustvuje većina poslanika).⁷⁵ S obzirom da Ustav razlikuje rat i vanredno stanje postoje i razlike u obimu i kvalitetu ovlašćenja Narodne skupštine. One se ogledaju u vremenskom dejstvu odluka o proglašenju vanrednog stanja i rata. Vremensko dejstvo odluke o proglašenju vanrednog stanja ograničeno je Ustavom na najviše 90 dana i može biti produženo još 90 dana,⁷⁶ dok odluka o proglašenju rata nije vremenski ograničena.

Narodna skupština *odlučuje o merama odstupanja od ljudskih i manjinskih prava za vreme vanrednog stanja ili rata*⁷⁷ pod uslovima i uz ograničenja propisana Ustavom. Mere odstupanja mogu biti propisane samo u *obimu koji je neophodan*.⁷⁸ One ne smeju dovesti do razlikovanja na osnovu *rase, pola, jezika, veroispovesti, nacionalne pripadnosti ili društvenog porekla*.⁷⁹ *Apsolutno zaštićena prava*⁸⁰ koja Ustav taksativno nabrat

⁶⁹ Član 201 Ustava.

⁷⁰ Član 200 Ustava.

⁷¹ Član 200 stav 1 Ustava.

⁷² Član 99 stav 1 tačka 5 Ustava.

⁷³ Član 105 stav 2 tačka 2 Ustava.

⁷⁴ Član 200 stav 2 Ustava.

⁷⁵ Član 105 stav 1 Ustava.

⁷⁶ Član 200 stav 2 Ustava.

⁷⁷ Član 200 stav 4 i član 201 stav 3 Ustava.

⁷⁸ Član 202 stav 1 Ustava.

⁷⁹ Član 202 stav 2 Ustava.

⁸⁰ Među ovim pravima su: dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti (član 23); pravo na život (član 24); nepovredivost fizičkog i psihičkog integriteta (član 25); zabrana ropstva, položaja sličnog ropstvu i prinudnog rada (član 26); prava lica liшенog slobode (član 28); pravo na pravično suđenje (član 32); pravna sigurnost u kaznenom pravu (član 34); pravo na

ja izuzeta su od mogućnosti bilo kakvih odstupanja. Mere odstupanja imaju ograničeno vremensko dejstvo i prestaju da važe, po sili Ustava, sa pre-stankom vanrednog odnosno ratnog stanja.⁸¹ Ustav nalaže da se mere odstupanja od ljudskih i manjinskih prava, ako ih nije usvojila Narodna skupština, podnesu na potvrdu Narodnoj skupštini. Ako su mere preduzete za vreme vanrednog stanja one se podnose na potvrdu u roku od 48 sati od donošenja, odnosno čim Narodna skupština bude u mogućnosti da se sastane,⁸² a mere propisane za slučaj rata podnose se na potvrdu Narodnoj skupštini čim ona bude u mogućnosti da se sastane.⁸³ Vremensko dejstvo mera odstupanja od ljudskih i manjinskih prava za vreme vanrednog stanja ograničeno je na 90 dana, uz mogućnost produženja za još 90 dana,⁸⁴ dok vremensko dejstvo ovih mera za slučaj rata nije ograničeno.

Narodna skupština *usvaja strategiju odbrane*⁸⁵ i *odlučuje o upotrebi Vojske Srbije van granica Republike*.⁸⁶

O poziciji Narodne skupštine i njenoj ulozi za vreme vanrednog stanja i rata govore posebno ustavne odredbe koje nalažu da se Narodna skupština *sastane bez poziva*,⁸⁷ *zabranjuju raspuštanje Narodne skupštine* za vreme rata i vanrednog stanja,⁸⁸ *ponovo uspostavljaju punu nadležnost Narodne skupštine* koja je raspuštena⁸⁹ do okončanja rata odnosno vanrednog stanja.

b) Deo kompetencija šefa države obuhvata i poslove vezane za stvaranje o nacionalnoj bezbednosti. Predsednik Republike ne obavlja samostalno nadležnosti iz ove oblasti već zajedno sa Vladom i Narodnom skupštinom.

Predsednik Republike *komanduje Vojskom* u skladu sa zakonom i postavlja, unapređuje i razrešava oficire Vojske Srbije.⁹⁰ To je tradici-

pravnu ličnost (član 37); pravo na državljanstvo (član 38); sloboda misli, savesti i veroispovesti (član 43); prigovor savesti (član 45); sloboda izražavanja nacionalne pripadnosti (član 47); zabrana izazivanja rasne, nacionalne i verske mržnje (član 49); pravo na zaključenje braka i ravnopravnost supružnika (član 62); sloboda odlučivanja o rađanju (član 63); prava deteta (član 64) i prava na očuvanje posebnosti (član 78).

⁸¹ Član 202 stav 3 Ustava.

⁸² Član 200 stav 9 Ustava.

⁸³ Član 201 stav 5 Ustava.

⁸⁴ Član 200 stav 7 Ustava.

⁸⁵ Član 99 stav 1 tačka 9 Ustava.

⁸⁶ Član 140 Ustava.

⁸⁷ Član 106 stav 4 Ustava. Član 200 stav 3 Ustava vezuje ovo samo za vanredno stanje ne i za rat.

⁸⁸ Član 109 stav 4 Ustava. Član 200 stav 3 Ustava vezuje ovo samo za vanredno stanje ne i za rat.

⁸⁹ Član 109 stav 7 Ustava.

⁹⁰ Član 112 stav 2 Ustava.

onalno ovlašćenje šefa države, koje on obavlja nominalno. *Odlučivanje o statusnim i drugim pitanjima profesionalnih pripadnika Vojske Srbije* je u nadležnosti Ministarstva odbrane.⁹¹ U Srbiji je formiran *Savet za nacionalnu bezbednost* u čiji sastav ulaze predsednik Republike, predsednik i potpredsednici Vlade, ministri odbrane, policije, finansija. Ovo telo koordinira poslove vezane za nacionalnu bezbednost. Sve nadležnosti predsednika Republike vezane za komandovanje Vojskom i nacionalnu bezbednost u ovom trenutku nije moguće podrobnije sagledati, jer još nisu doneti ili nisu usklađeni sa Ustavom zakoni koji bliže uređuju ovu materiju (npr. Zakon o predsedniku Republike, Zakon o vojsci).

Kada Narodna skupština ne može da se sastane, predsednik Republike, zajedno sa predsednikom Vlade i predsednikom Narodne skupštine, proglašava rat i vanredno stanje⁹² i utvrđuje mere odstupanja od ljudskih i manjinskih prava,⁹³ a za vreme vanrednog stanja supotpisuje uredbu Vlade o merama odstupanja od ljudskih i manjinskih prava.⁹⁴

c) U oblasti nacionalne bezbednosti *Vlada*, takođe, obavlja određene poslove. Najvažniji među njima vezani su za civilnu kontrolu nad oružanim snagama, koju Vlada ostvaruje u okviru ustavnih ovlašćenja koja se odnose na nadzor nad radom organa uprave za čiji rad je Vlada odgovorna Narodnoj skupštini.⁹⁵

Opšta ustavna pravila o kontroli *Vlade nad radom ministarstava*,⁹⁶ o odgovornosti državne uprave prema Vladi,⁹⁷ o odgovornosti ministara za svoj rad i stanje u oblasti delokruga ministarstva prema Vladi i Narodnoj skupštini,⁹⁸ primenjuju se i na resor odbrane. Pravo kontrole rada državne uprave uključuje i pravo Vlade da, pod uslovima propisanim zakonom,⁹⁹ sama doneše propis ukoliko to nadležni organ državne uprave ne učini; pravo da *poništava i ukida propise državne uprave* koji su suprotni zakonu ili propisu Vlade¹⁰⁰ kao i pra-

⁹¹ Član 4 Zakona o ministarstvima.

⁹² Član 201 stav 2 i član 200 stav 5 Ustava.

⁹³ Član 201 stav 4 Ustava.

⁹⁴ Član 200 stav 6 Ustava.

⁹⁵ Član 7 stav 2 Zakona o Vladi.

⁹⁶ Član 123 stav 1 tačka 5 propisuje da *Vlada usmerava i usklađuje rad organa državne uprave i vrši nadzor nad njihovim radom*.

⁹⁷ Član 136 stav 1 Ustava.

⁹⁸ Član 125 stav 3 Ustava.

⁹⁹ Član 8 stav 2 Zakona o Vladi navodi sledeće uslove mogućnost izazivanja štetnih posledica po život ili zdravlje ljudi, životnu sredinu, privredu ili imovinu veće vrednosti.

¹⁰⁰ Član 8 stav 3 Zakona o Vladi.

vo predsednika Vlade da *zatraži od Narodne skupštine razrešenje ministra*.¹⁰¹ Ministar odgovara ne samo za sprovođenje politike i programa Vlade već i za *odluke ili mere koje je doneo ili propustio da doneše ili preduzme, kao i za izvršavanje obaveznih uputstava i posebnih zaduženja koja mu je odredio predsednik Vlade*.¹⁰²

Kada nastupe okolnosti koje ugrožavaju nacionalnu bezbednost, zbog čega se proglašava vanredno stanje, nadležnosti Vlade i njenog predsednika uključuju: Prvo, pravo predsednika Vlade da, u slučaju kada Narodna skupština ne može da se sastane, zajedno sa predsednikom Republike i predsednikom Narodne skupštine *proglaši vanredno stanje*.¹⁰³ Drugo, pravo Vlade da, u slučaju kada Narodna skupština ne može da se sastane, uredbom koju supotpisuje predsednik Republike, *propiše mere odstupanja od ljudskih i manjinskih prava*, uz obavezu da ovu uredbu podnese na potvrdu Narodnoj skupštini u roku od 48 časova od donošenja, ili kada Narodna skupština bude u mogućnosti da se sastane.¹⁰⁴ Vladine mere za vreme vanrednog stanja su vremenski ograničene. One prestaju da važe nakon 24 časa od početka prve sednice Narodne skupštine održane po proglašenju vanrednog stanja.

Nadležnosti Vlade u slučaju rata, što je takođe oblik ugrožavanja nacionalne bezbednosti obuhvataju: Prvo, pravo predsednika Vlade da, u slučaju kada Narodna skupština ne može da se sastane, zajedno sa predsednikom Republike i predsednikom Narodne skupštine *proglaši ratno stanje*.¹⁰⁵ Drugo, pravo predsednika Vlade da, u slučaju kada Narodna skupština ne može da se sastane, zajedno sa predsednikom Republike i predsednikom Narodne skupštine, utvrdi mere odstupanja od ljudskih i manjinskih prava, u granicama koje Ustav dopušta i izuzimajući apsolutno zaštićena prava.¹⁰⁶ Ove mere se podnose na potvrdu Narodnoj skupštini čim ona bude u mogućnosti da se sastane, a prestaju da važe sa prestankom ratnog stanja.

Kada je ugrožena nacionalna bezbednost i u slučaju kada Narodna skupština ne može da se sastane, odgovornost za odlučivanje u takvim okolnostima preuzimaju zajednički predsednik Vlade, predsednik Republike i predsednik Narodne skupštine.

¹⁰¹ Član 133 stav 3 Ustava.

¹⁰² Član 14 stav 3 Zakona o Vladi.

¹⁰³ Član 200 stav 5 Ustava.

¹⁰⁴ Član 200 stavovi 6 i 9 Ustava.

¹⁰⁵ Član 201 stav 2 Ustava.

¹⁰⁶ Član 201 stav 4 i član 202 Ustava.

c) Budžetska politika

Ustav propisuje da *Republika, autonomna pokrajina i jedinice lokalne samouprave imaju budžete*. U budžetu su prikazani prihodi i rashodi kojima se finansiraju njihove nadležnosti.¹⁰⁷ Zakonodavcu je delegirano pravo da utvrdi *rokove u kojima budžet mora biti usvojen* kao i da propiše *način privremenog finansiranja*.¹⁰⁸ Nadzor nad izvršavanjem svih budžeta poveren je *Državnoj revizorskoj instituciji*¹⁰⁹ kao samostalnom i najvišem državnom organu revizije javnih sredstava u Republici, koji je pod nadzorom Narodne skupštine i odgovara joj za svoj rad. Narodna skupština razmatra predlog završnog računa budžeta tek kada o tome pribavi mišljenje Državne revizorske institucije.¹¹⁰

U skladu sa ustavnim načelom socijalne pravde Ustav definiše *obaveze države u socijalnoj sfери* za koje se materijalna sredstva obezbeđuju u budžetu. Obaveze koje država preuzima su npr. *staranje o socijalnoj sigurnosti penzionera*,¹¹¹ *zdravstvena zaštita koja se alimentira iz javnih prihoda* za decu, trudnice, majke tokom porodiljskog odsustva, samohrane roditelje sa decom do sedme godine i stare,¹¹² *socijalna zaštita građanima i porodicama*¹¹³ kojima je potrebna pomoć društva radi savladavanja socijalnih teškoća i stvaranja uslova za zadovoljavanje osnovnih životnih potreba i dr. Način na koji je u Ustavu definisano pravo na socijalnu zaštitu izaziva dileme u pogledu subjekata na koje se to pravo odnosi. Dilema je da li pravo uživa svaki *građanin* i njegova porodica¹¹⁴ ili samo *zaposleni* i njegova porodica.¹¹⁵

Za monetarnu politiku u Republici Srbiji odgovara *Narodna banka*. Narodna banka¹¹⁶ je centralna banka. Njenim radom rukovodi guverner koga bira (i razrešava) Narodna skupština.¹¹⁷ Ustav garantuje samostal-

¹⁰⁷ Član 92 stav 1 Ustava.

¹⁰⁸ Član 92 stav 2 Ustava.

¹⁰⁹ Član 96 Ustava.

¹¹⁰ Član 92 stav 3 Ustava.

¹¹¹ Član 70 stav 2 Ustava.

¹¹² Član 68 stav 2 Ustava.

¹¹³ Član 69 Ustava.

¹¹⁴ Član 69 stav 1 Ustava.

¹¹⁵ Član 69 stav 2 Ustava.

¹¹⁶ O Narodnoj banci se donosi zakon koji bliže uređuje njene nadležnosti, organizaciju i način rada (član 95 stav 3 Ustava).

¹¹⁷ Član 99 stav 2 tačka 4 i član 105 stav 1 tačka 14 Ustava. Nedoslednost u Ustavu beleži se i u vezi sa izborom rukovodećih tela Narodne banke. Među nadležnostima Narodne skupštine ne navodi se pravo da bira Savet guvernera, već samo pravo da bira i razrešava guvernera, dok se pri regulisanju načina odlučivanja u Narodnoj skupštini navodi, pored izbora i razrešenja guvernera, i Savet guvernera.

nost Narodne banke, ali i odgovornost za rad pred Narodnom skupštinom koja nadzire njen rad.¹¹⁸

d) Evropske integracije

Za vođenje politike vezane za evropske integracione procese obrazuju se i posebna tela. Ovakva tela obrazovana su kako pri Vladi tako i u Narodnoj skupštini.

Vladino telo koje radi na poslovima evropskih integracija je *Kancelarija za evropske integracije*. Kancelarija za evropske integracije je osnovana uredbom Vlade¹¹⁹ kao *vladina služba*. Kancelarijom rukovodi direktor koga, na predlog predsednika Vlade, postavlja Vlada na period od pet godina. Direktor odgovara Vladi i predsedniku Vlade.

Poslovi koje obavlja Kancelarija odnose se na: strategiju pridruživanja i pristupanja Evropskoj uniji; praćenje i učešće u pripremama i pregovorima radi zaključivanja Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju EU i njegova primena; podsticanje i praćenje usklađivanja propisa republike Srbije s propisima i standardima EU i obaveštavanje EU i javnosti o tome; koordinaciju prevođenja zakonodavstva Srbije na engleski jezik; pružanje pomoći ministarstvima i posebnim organizacijama u usklađivanju propisa s propisima EU; praćenje izvršavanja obaveza koje ministarstva i posebne organizacije imaju u pridruživanju i pristupanju EU; usaglašavanje institucionalnih potencijala Republike Srbije i obrazovanja kadrova s potrebama pridruživanja i pristupanja EU; saradnju sa specijalizovanim pravnim institucijama; analizu ekonomskih aspekata usklađivanja s propisima i standardima EU; učešće u koordinaciji procesa programiranja tehničke pomoći EU; promociju aktivnosti u pridruživanju i pristupanju EU i saradnju sa specijalizovanim međunarodnim i domaćim ekonomskim institucijama. Kancelarija priprema i akte Vlade kojima Vlada nadzire, usmerava i usklađuje poslove ministarstava i posebnih organizacija vezane za pridruživanje i pristupanje EU kao i obaveštavanje javnosti o radu na pridruživanju i pristupanju EU.

U Narodnoj skupštini deluje *Odbor za evropske integracije* kao stalno radno telo. Odbor je formiran 2003. godine izmenom Poslovnika Narodne skupštine.¹²⁰ Odbor razmatra predloge zakona i drugih propisa sa stanovišta njihove prilagođenosti propisima Evropske unije i Saveta Evrope; razmatra planove, programe, izveštaje i informacije o postupku

¹¹⁸ Član 95 stav 1 Ustava.

¹¹⁹ Službeni glasnik Republike Srbije br. 65/2006.

¹²⁰ Član 68 b Poslovnika Narodne skupštine, Službeni glasnik Republike Srbije br. 57/2003. godine.

stabilizacije i pridruživanja Evropskoj uniji; prati ostvarivanje strategije pridruživanja; predlaže mere i pokreće inicijative za ubrzavanje realizacije strategije pridruživanja u okviru nadležnosti koje u tom procesu pripadaju Narodnoj skupštini; predlaže mere za uspostavljanje opšteg nacionalnog sporazuma o strategiji pridruživanja evropskim integracijama; razvija međunarodnu saradnju sa odborima parlamenta drugih zemalja u cilju boljeg razumevanja pridruživanja i integracije u Evropsku uniju.

3. Saradnja organa vlasti u ostvarivanju dinamičkih kompetencija vlasti

Kako je za dinamičke kompetencije organa vlasti karakteristično da ih obavlja više organa vlasti, ali da su njihove uloge kao i sadržaj i kvalitet ovlašćenja različiti, važno pitanje za ostvarivanje dinamičkih kompetencija je svakako saradnja i koordinacija među organima vlasti prilikom obavljanja dinamičkih kompetencija.

a) *Saradnja predsednika Republike i Vlade* ogleda se, između ostalog, prilikom ostvarivanja nadležnosti predsednika Republike koje su vezane za imenovanja i postavljenja (npr. ambasadori, vojne starešine i sl.), dodelu odlikovanja i državnih priznanja, pomilovanje i dr.

Prilikom obavljanja ovih nadležnosti koje predstavljaju tradicionalne poslove šefa države, predsednik Republike sarađuje sa drugim organima vlasti u prvom redu sa Vladom i vladinim institucijama, u čijim rukama je inicijativa i pravo da predlažu *imenovanje ambasadora, postavljanje i unapređenje vojnih starešina, pomilovanje¹²¹ osuđenika, dodelu odlikovanja*. Kapacitet i obim ovlašćenja predsednika Republike u ostvarivanju pomenutih nadležnosti nije lako odrediti, jer odsustvo premapotpisa u ustavnom sistemu Srbije govori u prilog tumačenju koje dopušta mogućnost da predsednik Republike odbije predlog Vlade.

Predsednik Republike ima pravo da *zatraži od Vlade da zauzme stav* o nekom pitanju iz njene nadležnosti.¹²² U tom slučaju Vlada je dužna da ga odmah obavesti o svom stavu.

¹²¹ Videti *Zakon o pomilovanju*, Službeni glasnik Republike Srbije br. 49/1995 i 50/1995.

¹²² Član 41 stav 1 Zakona o Vladi. Upravo u vreme pisanja rada Predsednik Republike se, budući da je najavljen talas poskupljenja životnih namirnica i troškova života, zatražio od Vlade da obavesti javnost o merama koje namerava da preduzme kako bi se zaštitili materijalno i socijalno najugroženiji građani.

b) Saradnja Narodne skupštine i Vlade realizuje se, pre svega, u radu Narodne skupštine. Poslovnik Narodne skupštine reguliše oblike i način ostvarivanja ove saradnje u cilju planiranja i koordiniranja aktivnosti.¹²³

Pri razmatranju bilo kog pitanja iz nadležnosti Narodne skupštine, predsednik Vlade ima pravo i dužnost da *predstavlja Vladu u Narodnoj skupštini*. Vlada određuje članove Vlade koji je, po pojedinom pitanju, predstavljaju u Narodnoj skupštini ili na sednici radnog tela (odbora). Poslovnik izričito propisuje da samo članovi Vlade mogu predstavljati Vladu na sednici Narodne skupštine ili odbora. Njihova ovlašćenja kada predstavljaju Vladu u radu Narodne skupštine ili njenih odbora, reguliše zakon. Na sednicama odbora Narodne skupštine mogu učestvovati i Vladini poverenici, koje odredi Vlada. Njihov je zadatak da daju stručna objašnjenja u vezi sa predlozima i materijalima koje Vlada dostavlja Narodnoj skupštini na razmatranje i usvajanje. Uz predlog zakona ili dokumenta koji podnosi Narodnoj skupštini Vlada obaveštava Narodnu skupštinu i o svojim predstavnicima i poverenicima u vezi sa određenim zakonom ili dokumentom. Narodna skupština, pre svega njen predsednik, ima obavezu da *obaveštava Vladu o sednicama* koje planira i pitanjima koja će biti na dnevnom redu odbora ili plenarnog zasedanja. To je neophodno kako bi Vlada mogla da realizuje svoje obaveze prema Narodnoj skupštini.

Vlada obaveštava Narodnu skupštinu o svom radu, posebno o vođenju politike, izvršavanju zakona, propisa i opštih akata Narodne skupštine, ostvarivanju plana razvoja i prostornog plana i o realizaciji budžeta.¹²⁴ Vlada podnosi izveštaj Narodnoj skupštini kada ona to zahteva ili po sopstvenoj inicijativi, a najmanje jednom godišnje. Na predlog odbora, Narodna skupština može, bez pretresa, odlučiti da zatraži izveštaj o radu Vlade, kao i izveštaj o vođenju politike, izvršavanju zakona, propisa i opštih akata u određenoj oblasti. Odmah po prijemu izveštaja Vlade, predsednik Narodne skupštine ga dostavlja poslanicima radi upoznavanja. Izveštaj se razmatra na sednicama odbora. Na predlog odbora, Narodna skupština može odlučiti da se izveštaj razmotri i na plenarnoj sednici Narodne skupštine. Ostvarivanjem ovog vida saradnje, Narodna skupština ima mogućnost permanentnog uvida u rad Vlade.

c) Pored saradnje koja se ostvaruje realizacijom nadležnosti (npr. proglašenje zakona, predlaganje kandidata za određene funkcije, ostavka i razrešenje predsednika Republike) *saradnja Narodne skupštine i pred-*

¹²³ Članovi 189 do 193 i 213 Poslovnika Narodne skupštine.

¹²⁴ Član 213 stav 1 Poslovnika Narodne skupštine.

sednika Republike ostvaruje se i prilikom polaganja zakletve, koju predsednik Republike polaže pred Narodnom skupštinom¹²⁵ kao i obaveštavanjem predsednika Republike o održavanju sednica Narodne skupštine.¹²⁶ Predsednik Republike ima pravo da, po pozivu, prisustvuje sednici Narodne skupštine i da se obrati poslanicima.

d) *Saradnja Narodne skupštine i Ustavnog suda*¹²⁷ ostvaruje se u domenu zaštite ustavnosti i zakonitosti i u skladu sa nadležnostima svakoga od ovih organa. Ustavni sud obaveštava Narodnu skupštinu o ostvarivanju ustavnosti i zakonitosti i problemima koji se u vezi sa tim javljaju. Ustavni sud dostavlja svoja mišljenja i ukazivanja na potrebu zakonodavnih reformi i preuzimanje drugih mera usmerenih na zaštitu ustavnosti i zakonitosti. Narodna skupština razmatra obaveštenja, mišljenja i ukazivanja Ustavnog suda.¹²⁸ Svoje razmatranje Narodna skupština zaključuje prelaskom na dnevni red ili usvajanjem zaključaka. Ukoliko Narodna skupština usvoji zaključke ona o tome obaveštava Ustavni sud.

Poseban vid saradnje između Narodne skupštine i Ustavnog suda ostvaruje se u *postupku ocene ustavnosti zakona*.¹²⁹ Ustavni sud dostavlja Narodnoj skupštini predlog za ocenu ustavnosti zakona kada on potiče od ovlašćenih predlagачa¹³⁰ kako bi ona mogla da odgovori na njega. Predlog za ocenu ustavnosti predsednik Narodne skupštine dostavlja Zakonodavnom odboru¹³¹ koji ga razmatra u roku koji ne može biti kraći od 15 dana. Ako Zakonodavni odbor smatra da predlog za

¹²⁵ Član 177 Poslovnika Narodne skupštine.

¹²⁶ Član 184 Poslovnika Narodne skupštine. Predsednik Narodne skupštine obaveštava predsednika Republike o održavanju sednica Narodne skupštine.

¹²⁷ Članovi 214 i 215 Poslovnika Narodne skupštine i članovi 62 do 65 Zakona o postupku pred Ustavnim sudom i pravnom dejstvu njegovih odluka, *Službeni glasnik Republike Srbije* br. 32/1991.

¹²⁸ Član 214 Poslovnika Narodne skupštine i član 62 Zakona o postupku pred Ustavnim sudom i pravnom dejstvu njegovih odluka. Postupak prethodne ocene ustavnosti, kao novi institut ustavnog sistema Srbije, i saradnja Narodne skupštine i Ustavnog suda koja se uspostavlja tim povodom, u vreme pisanja rada, još nisu bili regulisani u skladu sa novim Ustavom.

¹²⁹ Član 215 Poslovnika Narodne skupštine i član 64 Zakona o postupku pred Ustavnim sudom i pravnom dejstvu njegovih odluka.

¹³⁰ Status ovlašćenog predlagачa imaju organi državne vlasti, organi i organizacije kada ocene da su im prava ili interesi neposredno povredeni aktom čija se ustavnost osporava, organi teritorijalne autonomije i lokalne samouprave, grupa od najmanje 25 poslanika i Ustavni sud (član 168 stav 1 Ustava i član 4 Zakona o Ustavnom sudu i pravnom dejstvu njegovih odluka).

¹³¹ Zakonodavni odbor je stalno radno telo Narodne skupštine koje, u postupku donošenja zakona, razmatra formalnu usklađenost zakona sa Ustavom.

ocenu ustavnosti zakona ne treba prihvati, obaveštava Ustavni sud o svom stavu i razlozima na kojima se on temelji. Ako nađe da ima mesta preispitivanju osporenih zakonskih rešenja, predložiće Narodnoj skupštini da razmotri predlog za ocenu ustavnosti zakona kao i da doneše zaključak kojim obavezuje Vladu ili nadležno ministarstvo da pripremi izmene zakona. U tom slučaju Narodna skupština može zatražiti od Ustavnog suda da, do određenog roka, zastane sa postupkom kako bi se izmenio ili dopunio osporeni zakon.

*Marijana Pajvančić, Ph. D., Full Professor
Novi Sad School of Law*

DYNAMIC COMPETENCES OF STATE GOVERNMENT

Abstract

This paper discusses the system of government in the new Serbian Constitution with regard to its dynamics in the parliamentary governmental system. The focus is on so – called dynamic competences in the constitutional system established by the new Serbian Constitution (the relationship between the government and the parliament, the share of competences between them, rules of parliamentary trust and responsibility, and tasks of the head of the state regarding governance and other fields). The dynamic tasks and competences are competences which are performed by several state bodies (parliament, government, head of the state, constitutional court) during certain phases of the life of the state. Special attention is in following areas: constitution-making process and the enforcement of the Constitution; legislation; legislation by decrees; formation policy (external policy, national security, budget policy, European integration) and cooperation between parliament, government, head of the state and the constitutional court).

*Dr Srđan Šarkić, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

OSNIVANJE SENATA U CARIGRADU

Sažetak: Autor ispituje osnivanje Senata u Carigradu koje se vezuje za vladavinu cara Konstantina (306–337). Pošto je Carigrad (Konstantinopolj) dobio status nove prestonice na Istoku neophodno je bilo da dobije i Senat, jer bi u protivnom bio smatrana samo carskom rezidencijom. U radu se analiziraju svi izvorni tekstovi koji nas obaveštavaju o tom važnom događaju.

Ključne reči: Carigrad, Konstantin, Konstancije, Senat, Sinklit, Carstvo, reforme.

U sastav obimnih reformi cara Konstantina, koje su imale za cilj da zaustave propast Rimskog carstva, spada i osnivanje nove prestonice na Istoku, koja je i nazvana njegovim imenom (Konstantinopolj).¹ Značaj Istoka u novonastalim ekonomskim, političkim i vojnim uslovima uočio je bio i Dioklecijan (284–305), koji je, ostavivši zapadni deo imperije svom savladaru Maksimijanu, upravljao istočnim delom Carstva i obično boravio u Nikomediji. Pomeranje težišta države na Istok bilo je pre svega uslovljeno ekonomskim činiocima. Gušće nasenjeni Istok bio je privredno znatno jači od Zapada. S druge strane i vojni zadaci pred kojim se našlo Carstvo u prvoj polovini IV veka, zahtevali su i promenu centra uprave. Na donjem Dunavu varvari su sve češće i upornije nadirali, vršeći

¹ Zvaničan naziv je bio Konstantinopolj, Novi Rim (Κωνσταντινούπολις Νέα Ρώμη), mada se u nekim tekstovima sreće i izraz *Drugi Rim* (δευτερά Ρώμη). U nas je uobičajeno da se taj grad naziva Carigrad, pa ćemo i mi koristiti taj termin u toku daljih izlaganja.

pritisak i pokušavajući da pređu granicu Carstva. Država Sasanida u Perziji, koja je zamenila državu Parta, pokazala se kao mnogo opasniji protivnik na Istoku, nego što su to bili Parćani. Prema Istočnom carstvu (Vizantiji) stajala je kao ravnopravan, a često i kao nadmoćniji protivnik. Potreba za stvaranjem jednog centra, iz kojeg bi se podjednako dobro branila i severna i istočna granica bila je neophodna. Izgleda da je Konstantin bio svestan toga i da je još dok Istok nije bio pod njegovom vlašću, uočio geografske i strateške prednosti stare grčke kolonije Vizanta, na čijem mestu je odlučio da sagradi novu prestonicu. Zidanje je otpočelo već 324. godine, odmah nakon pobede nad Licinijem, kojom je Istok pao pod Konstantinovu vlast. Već 11. maja 330. godine grad je ceremonijalno osvećen uz prisustvo kako stare paganske svešteničke kolegije tako i hrišćanskog sveštenstva. Carigrad (Konstantinopolj) je bio zamišljen kao Novi Rim, koji je trebalo da zameni staru prestonicu kao novo državno središte. Novoosnovana prestonica je građena i uređivana po uzoru na staru. Tradicije koje su bile vezane za Rim i privilegije koje je ovaj uživao dodeljene su bile i Carigradu. Konstantin lično je nastojao svim sredstvima da uzdigne ugled grada, te ga je ukrašavao velelepnim spomenicima koji su skupljeni širom Carstva. Posebna pažnja je poklonjena izgradnji crkava. Mada u vreme izgradnje Carigrada Konstantin još uvek nije bio raskinuo sa paganskim kultovima, Carigrad je od osnivanja imao izrazito hrišćansko obeležje. I po još nečem se Carigrad razlikovao od Rima. Njegovo stanovništvo i po jeziku i po kulturi je bilo pretežno grčko, tako da će već u prvoj polovini VII veka grčki postati službeni jezik Carstva.

Ako su rimske tradicije bile vezivane i za Carigrad, izgleda sasvim logično da je i u novoj prestonici morao da se osnuje i novi Senat. Ustanova Senata, više od ma koje, bila je sastavni deo rimske tredicije. Ona je u Rimu postojala pre cara i carstva i njeno ime nalazilo se u zvaničnom nazivu Rimske države (*Senatus Populusque Romanus, Senat i Rimski narod*). I zaista, kako nas obaveštavaju izvori, Konstantin je u gradu na Bosforu osnovao Senat po uzoru na rimski. Na prvi pogled stvar izgleda sasvim jednostavno. Osnovana je nova prestonica i u njoj novi Senat, isti kao u Rimu. Međutim, pažljiva analiza tekstova zahteva opreznost, i nameće dva zaključka. Prvo, ono što izvori nazivaju Senatom, u Konstantinovo vreme pretstavlja samo grupu istaknutih senatora sa Zapada, koji prate Konstantina u novu prestonicu a još uvek ne Senat kao državnu ustanovu. Kada su toj grupi dodati neki članovi lokalnog veća (kurije) grada Vizanta i pojedini istaknuti provincijalci, tada već naziremo instituciju. Ali takav, tek nastali Senat, nije ravnopravan sa rimskim, već je u odnosu na njega Senat drugog reda. Učvršćivanje položaja carigradskog Senata i njegovo izjednačavanje sa rimskim dogodiće se posle Konstanti-

na, za vlade njegovog sina i naslednika na Istoku, Konstancija II (337–361). Ovakav zaključak, koji nameću izvori, naveo je neke istoričare da osnivanje carigradskog Senata stave u vreme vladavine Konstancija II.² Da bi proverili ove zaključke ispitajmo najpre izvore koji se odnose na pomenuti događaj.

Većina njih samo jednom jedinom rečenicom obaveštava o osnivanju Senata u Carigradu za Konstantinove vladavine. U priči Sozomena, učenog pravnika iz Gaze Palestinske, koji je između 439. i 450. napisao *Crkvenu istoriju*, to izgleda ovako: *On [Konstantin] osnova jedno drugo veće* (βούλευτήριον), *koga nazva Senat* (σύγκλητος) *i dodeli mu iste počasti i iste svetkovine koje već postoje u starom Rimu.*³ Filostorg, takođe crkveni istoričar, izjavljuje da je Konstantin, pre nego što je osnovao Carograd, ustanovio Senat (βολή σύγκλητος) i obezbedio snabdevanje građana u gradu (σιτήρεσιον).⁴ I takozvana *Uskršnja hronika*, delo nepoznatog sveštenika iz okoline patrijarha Sergija koje opisuje događaje od stvaranja sveta do 627. godine, povezuje osnivanje Carigrada sa stvaranjem Senata: *Konstantin... grad veliki, osnivanjem svetog i blaženog Senata je počastovao, naznavši ga Konstantinopoliski* (Κωνσταντίνος... πολιν μεγίστην λαμπράν καὶ ευδεμονα κτίσας σύγκλήτῳ τε τιμῆσας, Κωνσταντίνοπολιν κεκληλε).⁵ Hroničar Teofan, koji piše između 810. i 814. veli: *Osnova pobožni Konstantin u novom Rimu božansko veće i nazva ga Senat* (σύγκλητον ἔχειν ἐκελευσε).⁶ Anonimni pisac, koji verovatno živi za vlade Konstancija II, u uzgrednoj belešci posredno primećuje najpre da *Carograd može da ima sve istaknute stvari zahvaljujući Konstantinu*, a zatim da zapadna prestonica (Rim) *ima takođe vrlo velik Senat, sačinje od bogatih ljudi.*⁷ Crkveni istoričar Sokrat (oko 380 – pre

² Osnivanje Senata u Carigradu od strane Konstantina prihvata velika većina istoričara kao verodostojan podatak, mada ih ima koji i drugačije misle. A.H.M Jones, *The Later Roman Empire, 284–602*, Oxford 1964, vol. I, p. 83, n. 13; F. Enno, *History of the Byzantine Empire*, New York 1967, p. 19 i F. De Martino, *Soria della costituzione romana*, vol. V, Napoli 1971, p. 312, smatraju da je Senat u Carigradu osnovan za vlade Konstancija II. G. Dagron, *La naissance d'une capitale*, Paris 1974, p. 119 sq. pravi jasnu razliku između osnivanja i stvarnog konstituisanja Senata pod Konstantinom, odnosno Konstancijem II.

³ Sozomenos, *Historia Ecclesiastica* II, 3,6, ed. Bidez – Hansen, *Die griechischen christlichen Schriftsteller* (u daljem tekstu G.C.S.), Berlin 1960.

⁴ Philostorgus, *Historia Ecclesiastica* II, 9, ed. Bidez, G.C.S. Berlin 1913.

⁵ *Chronicon Paschale*, p. 529, ed. Dindorf, Bonn 1832.

⁶ Theophanes, p. 28, ed. C. De Boor, Lipsiae (Teubner) 1883.

⁷ *Expositio totius mundi et gentium* 50, ed. Rougé, Paris 1966, p. 187: *Constantinopolis autem omnia precipua habere potest propter Constantiū...* Ibid. 55 (ed. Rougé, p. 195): *Habet autem et senatum maximum virorum divitum.*

450) piše da je Konstantin načinio od Vizanta drugi Rim (δευτεραν
Ρωμην) iz čega se može pretpostaviti da je osnovao i Senat u njemu.⁸

U protivurečnosti sa svim pomenutim svedočenjima stoji obaveštenje paganskog istoričara Zosima (piše između 498. i 518) da je tek car Julijan (361–363) *gradu dodelio Senat kao u Rimu* (Εδώκε μέν τῇ πόλει γερουσιαν
έχειν ὥσπερ ἐν τῇ Ρωμῇ).⁹ Džouns nalazi da se u Zosimovoj rečenici radi o očiglednoj grešci,¹⁰ dok Dagron smatra da ona nije bez vrednosti, jer se njome suprotstavlja Julijan kao takmac Konstantinu i time posredno govorи u prilog značaju same ustanove.¹¹ Rečenica zaista, u tom svetlu ima svoju vrednost. Paganin Zosim, koji ne pokazuje, sasvim razumljivo, mnogo simpatija prema Konstantinu, želi da pripiše osnivanje jedne značajne ustanove Julijanu, poštovaocu paganskih kultova. Zosim je time istakao značaj senatske ustanove za konstituisanje prestonice, što je još eksplisitnije izraženo u 28. kanonu Halkedonskog sabora (četvrtog vaseljenskog od 451. godine): *Carigradu je priznat rang odmah iza Rima zato što pruža utočište istovremeno i caru i Senatu.*¹² Ali, Zosim nas nikako nije ubedio da je osnivač carigradskog Senata Julijan Apostata.¹³

Polazeći od izvornih obaveštenja moramo postaviti pitanje kakva je bila istinska uloga Konstantinova u osnivanju Senata. Odgovor možda treba tražiti u Konstantinovoj politici prema Senatu i senatorima pre osnivanja Carigrada, što znači da se treba malo vratiti u Rim, u vreme između 312. i 330. godine. Pobednik nad Maksencijem je izgleda voleo pompu. Da li samo zbog pompe ili ne, teško je reći, ali činjenica je da Konstantin stvara ustanovu carskih pratilaca (*comites*), razvrstanih u tri reda (*comites ordinis primi, secundi et tertii*).¹⁴ Službu carskih pratilaca,

⁸ Socrates, *Historia Ecclesiastica* I, 16, ed. J.P. Migne, *Patrologiae cursus completus, series graeca* (u daljem tekstu P.G.), vol. 67, Paris 1857 sq.

⁹ Zosimos, *Historia nova* III, II, 3, ed Mendelssohn, Leipzig (Teubner) 1887; Novije izdanje sa prevodom na francuski: Zosime, *Histoire nouvelle, livres I–IV*, texte établi et traduit par F. Paschoud, Paris (Belles Lettres) 1971–1979.

¹⁰ Jones, *Later Roman Empire*, p. 83, n.13.

¹¹ Dagron, *Naissance d'une capitale*, p. 120.

¹² K.J. Hefele – L. Leclercq, *Histoire des conciles*, II, 2, p. 815, Paris 1907–1952: τὴν βασιλείαν καὶ συγκλήτῳ τιμηθεῖσαν πολιν.

¹³ O.A. Ellissen, *Der Senat im öströmischen Reich*, Göttingen 1883, pp. 8–15 je protumačio Zosimovu vest kao pravno izjednačavanje Senata u Carigradu sa onim u Rimu, za vlade Julijana. Uz takvo mišljenje pristaju P. Vilems, *Rimsko javno pravno*, na srpski preveo Ž. Milosavljević, Beograd 1896, str. 617 i F. De Martino, *Storia*, vol. V, p. 312. Ovakvo stanovište ne možemo usvojiti ako imamo u vidu veliku zakonodavnu aktivnost Konstancija II na planu izjednačavanja senatskih ustanova.

¹⁴ Konstantinov biograf Evseviye iz Cezareje pominje tri reda *comites* (*Vita Constantini* IV, 1, ed. Heikel, G.C.S. Berlin 1902: κομῆτων δ'οι μέν πρωτον ταγματος ἡξιουντο οι δέ δευτέρου, οι δέ τριτου). Titula se prvi put javlja u natpisima iz Konstantinove vladavine. Jedan

da bi imala više sjaja i veze sa tradicijom, najčešće je dodeljivao članovima senatorskog staleža.¹⁵ Isto tako pristupio je i reformi Senata.¹⁶ Maksencije je proganjao senatore a Konstantin ih je, nakon povratka u Rim, obasipao pažnjom: *Završivši konačno s najlučim ratom car Konstantin sačekan na veliku radost rimskog Senata i naroda, Maksencijeve podlosti sazna, pisma zapleni, statue i slike zadobi. Senat mu je u znak zahvalnosti dodelio titulu prvog Avgusta...*¹⁷ Anonimni panegiričar, obraćajući se Konstantinu kaže: *Senatu si povratio pređašnji autoritet.*¹⁸

Senat je ušao u plan reforme carstva i Konstantin je vodio računa o mišnjelju senatora, što se jasno vidi iz rečenice retora Nazariusa: *Ti si najzad osetio, Rime, da si bio na čelu svih naroda, kada si dodao svojoj kuriji, najotmenije ljude iz svih provincija, kada je Senat dugovao svoj uvećani ugled manje svom imenu, a više činjenici, da sadrži cvet celoga sveta.*¹⁹ Iz jednog odlomka Amijana Marcelina može se zaključiti da mu je to kasnije Julijan prebacivao,²⁰ dok mu njegov biograf to pripisuje u zaslugu.²¹

Teško je reći zašto je Konstantin, ako imamo sve ove činjenice u vidu (prestanak progona senatora, uspostavljanje ugleda ustanove, njeno proširenje do razmera jedne skupštine) odlučio da nasuprot rimskom, osnuje na Istoku jedan suparnički Senat. Zosim nam daje jedno krajnje subjektivno i psihološko objašnjenje. Prema Zosimovoj priči, posle pobe-

zakon iz 338. godine (dakle, neposredno posle Konstantinove smrti) koji je u Teodosijevom kodeksu XII, 1,26 prvi puta pominje *ex comitibus cuius libet ordinis... honorarios.*

¹⁵ Što možemo videti iz natpisa: *Inscriptiones Latinae Selectae* 1213, 1216–18, 1223, 1227–28, ed. Dessau, Berlin 1892–1916; *Année Epigraphique* 1935, 4.

¹⁶ Detaljnije o tome videti Ch. Lécrivain, *Le Senat romain depuis Diocletian à Rome et à Constantinople*, Paris 1888, pp. 131 sq. i Jones, *Later Roman Empire*, pp. 106–107; 526–527.

¹⁷ Lactanius, *De mortibus persecutorum*, ed. Moreau, Paris 1954: *Confecto tandem acerbissimo bello cum magna senatus populique Romani laetitia susceptus imperator Constantinus Meximini perfidiam cognoscit, litteras deprehendit, statuas et imagines invenit. Senatus Constantino virtutis gratia primi nimiris titulum decretivit...* Sokrat u svojoj *Crkvenoj istoriji* (II,32) kaže da je Konstantin *najzad državu umirio* (Tá δέ δημόσια τελέως ἤσυχαζεν).

¹⁸ *Panegyriques latins*, IX, 20, ed. Galetier, II, p. 139, Paris 1949–1955: *Quibus senatu auctoritatem pristinam reddidisti. Cf. Vita Constantini I, 33, 35, 39, 40.*

¹⁹ *Panegyriques latins*, X,35, ed. Galetier, II, p. 195: *Sensisti, Roma, tandem arcem te omnium gentium et terrarum esse reginam, cum ex omnibus provinciis optimates viros curiae tuae pignerareris, ut senatus dignitas non nomine quam re esset illustrior, cum ex totius orbis flore constar.*

²⁰ Ammianus Marcellinus XXI, 10,8 (Loeb Classical Library), London – Cambridge, Massachusetts 1952, nam saopštava da je car Julijan nazvao Konstantina *inicijatorom svih promena starih zakona i običaja (novator turbatorque priscarum legum et moris antiquis...).*

²¹ *Vita Constantini* IV,1.

de nad Maksencijem i nakon povratka u Rim, u Konstantinovoj porodici došlo je do krvave drame. Konstantinov sin iz prvoga braka Krisp, kome je već bilo dodeljeno dostojanstvo Cezara, osumnjičen je da je imao vezu sa svojom mačehom Faustom (Konstantinovom drugom ženom) i ubijen bez ikakvih obzira. Nešto kasnije Konstantin je ubio i Fastu, našta ga je podsticala majka Jelena (Helena). No carevu dušu je razdirala griža savesti, i tada se pojavio jedan egipatski sveštenik koji ga je upoznao sa novom religijom (hrišćanstvom) koja daje oproštaj od svih vrsta grehova. Konstantin se tako odao hrišćanstvu odbacivši religiju svojih očeva. Ali, jedan drugi događaj presudno je uticao na cara. Kada je došao praznik *vicennalia* (proslava dvadesetogodišnjice vladavine), za vreme koga je vojska morala da se popne na Kapitol i izvrši označene obrede, Konstantin je iz straha od vojnika uzeo učešća u svetkovini. Egipatski sveštenik ga je zbog toga, za vreme trajanja same svečanosti opomenuo, Konstantin je napustio obred i time navukao gnev Senata i naroda. Pošto car nije podnosio opomene i uvrede bilo kakve vrste, potražio je grad koji će biti protivteže Rimu i gde će moći da osnuje sedište svoje carevine. Time je Konstantin odgovoran za uništenje Rimskog carstva.²² Međutim, ova priča se ne može prihvati jer se događaj sa Krispom zbio u proleće 326. godine, a odluka da se osnuje Carigrad je doneta već 324. godine.²³ Može li se Zosimova priča razumeti kao da je Konstantin htio da u Carigradu osnuje jedan čisto hrišćanski Senat nasuprot paganskom u Rimu. Takva prepostavka je malo verovatna,²⁴ a ni izvori nam ne dozvoljavaju zaključak da su svi carigradski senatori bili hrišćani. Verovatnija je prepostavka da je Konstantin želeo da nađe brojnije obveznike za senatorske poreze, da u jednom centru koncentriše svu aristokratiju Istoka i da utvrdi, imajući stalno u vidu značaj i prednosti istočnog dela carstva nad zapadnim, političku organizaciju novog carstva.²⁵

Izvori ne dozvoljavaju ni da jasno zaključimo da li je ono što zovemo carigradski Senat stvarna institucija, ili samo skup senatora koji su pratili Konstantina u Carigradu. Na osnovu izvora teško je reći da li su oni bili brojni. Paganski pisac i govornik Libanije, koji zaslužuje povere-

²² Zos. II, 29–30. Detaljan komentar ove Zosimove vesti daje F. Paschoud, *Zosime 2,29 et la version païenne de la conversion de Constantin*, *Historia XX/2-3* (1971), pp. 334–353. Cf. S. Šarkić, *Konstantin i hrišćanstvo u svetu paganskih izvora*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* (1981), str. 133–146.

²³ Amm. Marc. XIV,11,20.

²⁴ Takvu prepostavku je odbacio još Lécrivain, op. cit. p. 21.

²⁵ Istok je bio i gušće naseljen i privredno jači. Videti o tome F. Lot, *Fin du Monde Antique et le début du Moyen Age*, Paris 1927.

nje, pominje imena visokih rimskih funkcionera Ablabija (Ablabius) i Filipa (Philippus), koji su pratili Konstantina na Istok i prisustvovali prvoj sednici carigradskog Senata.²⁶ Ali, imena senatora koje srećemo kod ostalih pisaca, imaju očigledno legendarni karakter. Na jednoj listi nalazimo imena sledećih senatora: *Euphratas, Urbicius, Olybrius, Isidorus, Eustargius, Michael i Honoresius*, a izvor se poziva na svedočenja Eutihija, Eutropija, Eleusija, Troila i Hesihija.²⁷ Vrlo brzo imamo pomenu o o dvanaest senatora koji kao apostoli hrista, okružuju Konstantina. Ova lista se pominje u dve tradicije. Prva navodi imena Adasa, Protasiusa, Skombrusa, Filoksenusa (sva četvorica magistri), Dominusa, Probusa, Dariusa, Maurusa, Rodanusa, Salustiusa, Modestusa i Eubulusa (sva osmorica patriciji).²⁸ Glikas,²⁹ u drugoj tradiciji, i uz nekoliko varijanti carigradski *Sinaksar* (grčki σύναξάριον, od σύναξις = praznik, zbornik sa kratkim žitijima svetaca, raspoređenim po kalen-darskom redosledu), donose imena Olibriusa, Verusa, Urbikusa, Kalistratusa, Zotikusa, Eugenija, Eubula, Studiusa, Florencija, Marianusa, Severa i Isidora. *Sinaksar* je zamenio ime Eugenija Paulinom, Antemijem i Sampsonom.³⁰ Uticaj hrišćanske tradicije je očigledan kao i tendencija izvora da ustanove rimsko poreklo carigradskih senatora.³¹ Izgleda da je Konstantin, kako nas obaveštava Sozomen, postavio u novom gradu (prestonici) za senatore *ljude na glasu* (ανδρας ἐν λογῳ) koji su ga pratili iz Rima i ostalih delova carstva,³² a Zosim, koji ne govori direktno o Senatu, dodaje da je *sagrario kuće za neke članove Senata koji su ga bili sledili*.³³ Hesihije iz Mileta potvrđuje da je Konstantin sazidao kuće o svom trošku, i govori dalje o zgradji veća koju, u jednom odlomku koji se odnosi na Konstancijevu vladavinu zove Σέβατα (senati – upotrebljen je množinski oblik).³⁴ Na osnovu pomenutih izvora možemo zaključiti da se radi o grupi senatora koja je bila dovoljna da predstavlja rimski Senat u carevoj okolini.

²⁶ Libanios, *Orationes XLII*, 22–24, ed. Förster, I–XII, Teubner 1903.

²⁷ *Patria*, II, pp. 143–144, ed. Preger, Teubner 1901–1907.

²⁸ *Patria* II, p. 146.

²⁹ Glycas, *Corpus Scriptorum Historiae Byzantine*, Bonn 1828–1897, p. 463.

³⁰ *Synaxaire de Constantinople*, ed. Delehaye, Bruxelles 1902, p. 359.

³¹ Detaljnije o ovim pitanjima videti A. Piganiol, *L'Empire chretien*, Paris 1947, p. 51 i posebno P. Petit, *Les senateurs de Constantinople dans l'oeuvre de Libanios*, *Antiquité Classique* 26 (1957), p. 348.

³² Sozomenos, *Hist. Eccl.* II, 3,4.

³³ Zos. II, 31,3: κατασκευασας οικίας τισι τῶν ἐκ τῆς γερουσίᾳ σ' ακολουθησασί αὐτῷ...

³⁴ Hesychios, *Frag. 4, Fragmenta Historicorum Graecorum*, IV, p. 154, ed. Müler, Paris 1874–1912.

Izvesna protivurečnost nalazi se u dva najpouzdanija izvora koja su vremenski najbliža događajima. Izuzetno važan izvor *Vita Constantini* (Konstantinovo žitije), koji se pripisuje crkvenom istoričaru Evseviju iz Cezareje,³⁵ ne pominje nigde carigradski Senat, ali pominje *senatorsko dostojanstvo*, koje car izdašno dodeljuje u svojoj okolini na Istoku (nema razloga da sumnjamo u ovaj iskaz) i, nešto dalje, *članove Senata koji odaju poštovanje carevom mrtvačkom kovčegu u Carigradu*.³⁶ Uporedi li se ovaj odeljak sa malo daljim, u kojem Evsevije opisuje žalost u Rimu na vest o Konstantinovoj smrti i govori o Senatu kao ustanovi,³⁷ mora se zaključiti da ne postoje dva veća, već da jedinstveni Senat zaseda u Rimu sa svim pravima i da ima jedan ogrank u Carigradu, pored samog cara.

Možda najpouzdaniji izvor, poznat pod nazivom *Anonymus Valesianus*³⁸ govori o stvarnoj instituciji Senata, koju vrlo kratko definiše: *Tamo [u Carigradu] osnova Senat [Konstantin] drugoga reda i sjajnim ga nazva*.³⁹ Ovo jasno svedočenje znači da je carigradski Senat za Konstantina bio inferioran u odnosu na rimske senatori u Carigradu nisu imali dostojanstvo *clarissimi* (najsjajniji), kao oni u Rimu, već samo *clari* (sjajni). Sigurno da senatori sa dostojanstvom *clari* nisu senatori iz Rima koji prate Konstantina, jer su to sve bili visoki funkcioneri *comitatusa*, već prvaci stare kurije, gradskog veća Vizanta. Uzdizanje male kurije jednog provincijskog grada u prestonički Senat moralno je proći kroz fazu Senata drugog reda. Verovatno da u prilog ovoj tvrdnji možemo navesti jedan Zosimov tekst koji pominje dužnosti stvorene preturom za *dostojanstvo sjajnih* (οἱ ἐν λαμπρᾳ τυχῆ).⁴⁰ Izraz se odnosi na senatore, i ni na koga drugog, i ako mu se čuva bukvalno značenje grčki termin *λαμπρος*

³⁵ Da li je Evsevije autor Konstantinova žitija, vodila se duga diskusija među istoričarima, čiji je rezultat danas potvrđan odgovor. Detaljnije o tome vidi G. Ostrogorski, *Istorija Vizantije*, Beograd 1969, str. 44. nap. 3.

³⁶ *Vita Constantini* IV,1, navodi da je u velikoj deobi novca, zemlje i titula onima koji okružuju Konstantina, bilo i onih koji su imali senatorsko dostojanstvo (οἱ δε συγκλήτου τύχης). Isti izvor, na drugom mestu (IV, 67), govoreći o onima koji okružuju Konstantinovo telo upotrebljava izraz senatska ustanova (συγκλήτου βουλῆς). Sigurno da se radi o senatorima koji su pratili Konstantina na Istok.

³⁷ *Vita Constantini* IV, 69.

³⁸ Pod nazivom *Anonymus Valesii* danas se podrazumevaju dva latinska istorijska fragmenta, koje je 1636. godine priredio francuski humanista H. Valesijus. Prvi fragment, naveden u tekstu, potiče iz IV veka i obuhvata godine 293–337 (dakle, Konstantinovu epohu). Drugi je iz VI veka i opisuje događaje od 474. do 526 (vreme Odoakara i Teodorija).

³⁹ *Anonymus Valesianus* VI, 30, ed. T. Mommsen, *Monumenta Germaniae Historica, auctores antiquissimi* IX, 1, Hanover – Berlin 1892: *Ibi [u Carigradu] senatum constituit [Konstantin] secundi ordinis, claros vocavit.*

⁴⁰ Zos. II, 38,3.

(sjajan) postaje striktni ekvivalent za latinski izraz *claros*, kao što je λαμπροτάτοι kod istog pisca ekvivalent za *clarissimi* (najsjajniji),⁴¹ pošto su to superlativi pomenutih prideva.

Dovedemo li tekstove u sklad, možemo zaključiti da se carigradski Senat sastojao od članova stare kurije Vizanta, ali pojačan rimskim senatorma koji su sledili Konstantina u novoj prestonici. Sasvim je izvesno, što nam sugerira i *Anonymus Valesianus*, da postoji nekakva razlika u dostojanstvu između vizantskih kurijala i rimskih senatora. Izjednačavanje je moglo da se obavi samo pod uslovom da se rimski senatori trajno nastane u Carigradu, te da veće izgubi svoj lokalni polijadski karakter. Proces izjednačavanja iziskivao je bar jednu generaciju. Potvrdu nalazimo u činjenici da je 355. godine carigradski senator imao dostojanstvo *clarissimus*, kada se paganski govornik Temistije obraća veću *najsjajnijih očeva* (τὴ συνοδῷ τῶν λαμπροτάτων πατέρων).⁴² Ali, izjednačavanje senatorskog dostojanstva ne znači i izjednačavanje veća. Senat u Rimu, koji ima svoju tradiciju, uvek je rimski Senat. Senat u Carigradu je *Konstantinov Senat*.⁴³ Jasna potvrda nalazi se i kod Temistija, kada kaže da je *Konstantin dodelio titulu Senata gradskom veću* (Κωνσταντίου εστὶ γεννημα καὶ θρεψμα ἡ γερουσια),⁴⁴ a zatim nastavlja svoju retoriku nazvavši taj Senat Konstantinovim detetom, koga on poverava svom sinu (Konstanciju II) da o njemu vodi brigu i da bdi nad njim kao brat.⁴⁵

Sasvim je razumljivo što Senati u Rimu i Carigradu nisu bili odmah izjednačeni. Osnivanje Senata u Carigradu bila je velika „ustavna inovacija“.⁴⁶ Konstantin, koji je stvarao hrišćanski Rim, nije se usudio da ga odmah izjednači sa starom prestonicom, pa tako ni carigradski Senat nije bio ravan rimskom, već mu je bio inferioran.⁴⁷ Pristalice paganskih kulto-

⁴¹ Zos. II, 38,4.

⁴² Themistios, *Orationes*, ed. Dindorf, Leipzig 1832, p. 21.

⁴³ Cf. Dagron, *Naissance*, p. 123.

⁴⁴ Them. *Orat.* IV, 55 B.

⁴⁵ Them. *Orat.* IV, 55 a-b; VI, 82 d; IX, 128 c; XV, 191 a.

⁴⁶ J. Bury, *History of the Later Roman Empire from the Death of Theodosius I to the Death of Justinian*, New York – London 1958, vol. I, p. 18. Bjuri takođe smatra da ni sam Konstantin nije verovao mnogo u uspeh sopstvene inovacije i da je Senat u Carigradu više ličio na senate nekih drugih istočnih gradova, na primer Antiohije, nego na *Senatus Romanus*.

⁴⁷ Cf. E. Stein, *Histoire du Bas Empire I-II*, Paris – Bruxelles – Amsterdam 1949–1959, vol. I, p. 127. Da je carigradski Senat po svom rangu iza rimskog ističu i Piganiol, *Empire chretien*, p. 387 i Jones, *Later Roman Empire*, p. 83, n. 13, stavljajući svedočenje *Anonymusa Valesianusa* iznad Temistijevog. Značaj svedočenja *Anonymusa Valesianusa* istakao je još Lécrivain, *Sénat*, p. 218, stavljajući ga iznad Sozomena i njegovog obaveštenja da je Konstantin dodelio iste počestti carigradskom Senatu, kakve je već imao rimski (Sozom. *Hist. Eccl.* II,3, 6).

va još nisu isčezle, što potvrđuje reakcija za vlade Julijana (361–363), i zato je oprezni Konstantin morao da o njima vodi računa.

Senat u Carigradu je strogo vezan za carevu ličnost. Kao i grad, i njega je osnovao car, stoga je on još uvek Konstantinov Senat, kao što je grad Konstantinov grad. On će postati carigradski Senat tek od vremena kada carev boravak u gradu postane definitivan, a to znači od vremena Teodosija I. Carigradski Senat je carska institucija od trenutka u kojem Carigrad postaje prestonica, a prestaje biti samo rezidencija.⁴⁸

⁴⁸ Značaj Carigrada porastao je znatno, najpre deobom od 365. godine između Valentinijana i Valensa i sa odlaskom starijeg brata u Mediolanum (Milano), a mlađeg Valensa u Carograd (Amm. Marc. XXVI, 5,4). Značaj Carigrada kao prestonice biće definitivan od Teodosija I pa nadalje.

*Srđan Šarkić, Ph. D., Full Professor
Novi Sad School of Law*

On Foundation of The Senate in Constantinople

Abstract

The big number of historians consider that the Senate in Constantinople was founded in 324, during the rule of Emperor Constantine (305–337). Constantinople became the new capital of the Eastern Roman Empire and it was logical that it has its own Senate. At the beginning it was only a small group of senators from Rome who followed the Emperor to the new capital. But later on, under the rule of Constantine's son and successor Constantius II, the Senate in Constantinople became a very important institution.

*Dr Mile Vranješ, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

PROBLEMI U FINANSIRANJU PENZIJSKOG I INVALIDSKOG OSIGURANJA U SRBIJI

Sažetak: *Predmet analize ovog rada je da analizira penzijsko i invalidsko osiguranje i probleme njegovog finansiranja u Srbiji.*

Postojeći stavovi i ocene o toj temi ne pretenduju da su jedino mogući i apsolutno prihvatljivi. Treba ih shvatiti kao skroman pokušaj objašnjenja problema finansiranja penzijskog i invalidskog osiguranja u Srbiji.

Ključne reči: *Finansiranje, penzijsko i invalidsko osiguranje, sistem tekućeg finansiranja, sistem akumulacije kapitala, doprinosi za penzijsko i invalidsko osiguranje.*

1. Uvod

Pravni propisi kojima se uređuju prava i obaveze iz penzijskog i invalidskog sistema u Srbiji jesu Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju¹ i statuti republičkih fondova za penzijsko i invalidsko osiguranje. Prema Zakonu o penzijskom i invalidskom osiguranju, sistem penzijskog i invalidskog osiguranja u Srbiji čine:

1. obavezno penzijsko i invalidsko osiguranje – **osiguranje** na osnovu tekućeg finansiranja;
2. dobrovoljno penzijsko i invalidsko osiguranje – **osiguranje** na osnovu akumulacije kapitala.

¹ Vid.: *Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju*, „Službeni glasnik RS“, br. 34/03, 64/04 – odluka USRS, 84/04 – dr. zakon, 85/05, 101/05 – dr. zakon.

Na osnovu iznetog proizlazi **činjenica** da u Srbiji ne postoji obavezno penzijsko i invalidsko osiguranje na osnovu akumulacija kapitala, to jest drugi stub penzijskog osiguranja. Osnovne karakteristike drugog stuba penzijskog osiguranja prema modelu Svetske banke su: privatni fond; obaveznost ulaganja; štednja; kapitalizacija doprinosa; država definiše doprinose; rizik snosi uplatilac (zaposleni).

Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju normativno uređuje „prvi stub“ penzijskog i invalidskog osiguranja: obavezno penzijsko i invalidsko osiguranje na osnovu tekućeg finansiranja. Osnovne karakteristike „prvog stuba“ penzijskog osiguranja prema modelu Svetske banke su: državni fond; obaveznost ulaganja; udruživanje; tekuće finansiranje; država definiše doprinose; rizik snosi država. *Zakon o dobrovoljnim penzijskim fondovima i penzijskim planovima*² uređuje treći stub penzijskog i invalidskog osiguranja: dobrovoljno penzijsko i invalidsko osiguranje na osnovu akumulacije kapitala. Osnovne karakteristike trećeg stuba penzijskog osiguranja prema modelu Svetske banke su: privatni fond; dobrovoljnost ulaganja; štednja; kapitalizacija uplata; država definiše podsticaje; rizik snosi uplatilac.

Obavezno penzijsko i invalidsko osiguranje na osnovu tekućeg finansiranja, zadržalo je u potpunosti elemente javnog finansiranja i ono se institucionalno ostvaruje preko Republičkog fonda penzijskog i invalidskog osiguranja zaposlenih, Republičkog fonda penzijskog i invalidskog osiguranja samostalnih delatnosti i Republičkog fonda penzijskog i invalidskog osiguranja poljoprivrednika.

Dakle, u Srbiji postoje tri republička fonda penzijskog i invalidskog osiguranja, što predstavlja specifičnost našeg penzijskog i invalidskog sistema u odnosu na druge savremene zemlje, u kojima postoji samo jedan državni fond (zavod) penzijskog osiguranja. No, od 1. januara 2008. godine i u Srbiji će postojati samo jedan javni fond i to Republički fond za penzijsko i invalidsko osiguranje. Finansijsko poslovanje tog fonda obavljaće se putem tri podračuna: podrčun osiguranika zaposlenih, podrčun osiguranika samostalnih delatnosti i podrčun osiguranika poljoprivrednika. Ovakav način finansijskog poslovanja obuhvataće period od tri godine (1.1. 2009 – 1.1. 2011), a nakon toga ustanoviće se jedan objedinjen račun.³

² Vid.: Zakon o dobrovoljnim penzijskim fondovima i penzijskim planovima, „Službeni glasnik RS“, br. 85/05.

³ Vid.: čl. 63. Zakona o izmenama i dopunama Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju, „Službeni glasnik RS“, br. 85/05.

Prema slovu Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju navedeni republički fondovi penzijskog i invalidskog osiguranja su organizacije obaveznog socijalnog osiguranja sa statusom pravnog lica u kojima se ostvaruju prava iz penzijskog i invalidskog osiguranja i obezbeđuju sredstva za ovo osiguranje i kojima upravljaju osiguranici i korisnici prava kao članovi fonda.

Javno penzijsko i invalidsko osiguranje u Srbiji pokriva različite kategorije rizika u koje se ubrajaju: starost, invalidnost, smrt i telesno oštećenje.⁴ U poslednjih nekoliko godina u Srbiji rashodi po tim osnovama značajno su se povećali. Razlog tome je činjenica što sadašnje generacije penzionera primaju penzije u iznosu većem od iznos uplaćenih doprinosa za penzijsko i invalidsko osiguranje. Tome treba dodati i podatak da je penzijsko i invalidsko osiguranje u Srbiji sveobuhvatno s ciljem da se svom stanovništvu osigura minimalni dohodak.

Sistem finansiranja penzijskog i invalidskog osiguranja u Srbiji zasniva se uglavnom na doprinosima za obavezno penzijsko i invalidsko osiguranje, čija visina zavisi od visine ostvarenog dohotka: Međutim, ako sredstava doprinosa za obavezno penzijsko i invalidsko osiguranje nisu dovoljna za finansiranje izdataka penzijskog i invalidskog osiguranja, nedostajuća sredstva se obezbeđuju iz budžeta Republike. Taj manjak sredstava danas postoji u Republičkom fondu penzijskog i invalidskog osiguranja zaposlenih i u Republičkom fondu penzijskog i invalidskog osiguranja poljoprivrednika.

2. Sistem tekućeg finansiranja

Suština sistema tekućeg finansiranja (sistem tekućeg usklađivanja doprinosa ili sistem međugeneracijske solidarnosti – pay-as-you-go system) jeste da se tekućim prihodima – doprinosima za javno penzijsko i invalidsko osiguranje trenutno zaposlenih lica i poslodavaca moraju finansirati tekući rashodi penzijskog i invalidskog osiguranja, odnosno penzijske i invalidske naknade (penzija i druge naknade). Ovaj sistem funkcioniše tako što članovi sistema i njihovi poslodavci plaćaju doprinose za javno penzijsko i invalidsko osiguranje iz zarada i na zarade. Penzioneri, članovi sistema, ostvaruju pravo na penziju delimično utemeljeno na doprinosima za penzijsko i invalidsko osiguranje koje uplaćuju zaposlena lica i poslodavci, i iz tih sredstava se isplaćuju penzijske i invalidske nadoknade, kao npr. penzije licima koja više ne rade. Ekonomski je

⁴ Vid.: član 3. Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju.

princip da visina prava penzijskog i invalidskog osiguranja zavisi od dužine obima ulaganja sredstava doprinosa za penzijsko i invalidsko osiguranje. Sredstva prikupljena ovim putem ne zadržavaju se već se odmah isplaćuju korisnicima penzijskih i invalidskih naknada, zbog čega nema ovde akumulacije kapitala, odnosno kapitalizacije doprinosa za javno penzijsko i invalidsko osiguranje. U sistemu tekućeg finansiranja penzijskog i invalidskog osiguranja postojeće generacije zaposlenih obezbeđuju penzije ranijim generacijama uplatom doprinosa za javno penzijsko i invalidsko osiguranje na zarade i iz zarada, odnosno aktivne generacije uplaćuju doprinose za javno penzijsko i invalidsko osiguranje u korist prethodne generacije za podmirenje njenih troškova. Svaki naraštaj penzionera finansira se uplatama onih koji rade, a ne iz povraćaja na uložena sredstva.⁵ Preferencije za sistem tekućeg finansiranja izražavaju posebno stariji zaposlenici. Takođe država ima interes za ovaj sistem jer joj on obezbeđuje socijalni mir i političku stabilnost.

Za ocenu sistema tekućeg finansiranja penzijskog i invalidskog osiguranja, to jest sistema međugeneracijske solidarnosti bitna su dva pokažatelja:

- stepen zavisnosti,
- stepen prosečne zamene.

Stepen zavisnosti predstavlja odnos broja zaposlenih lica i broja korisnika penzijskog i invalidskog osiguranja. Taj odnos može biti povoljan i nepovoljan. On je povoljan ako je broj zaposlenih lica tri ili više puta veći od broja korisnika penzijskog i invalidskog osiguranja. On je nepovoljan ako je broj zaposlenih lica dva puta ili manje od dva puta veći od broja korisnika penzijskog i invalidskog osiguranja. Povoljan odnos broja zaposlenih lica i broja korisnika penzijskog i invalidskog osiguranja obezbeđuje dugoročnu i kratkoročnu održivost sistema tekućeg finansiranja. Nepovoljan odnos broja zaposlenih lica i korisnika penzijskog i invalidskog osiguranja obezbeđuje kratkoročnu održivost i donju granicu dugoročne održivosti sistema tekućeg finansiranja.

U tom kontekstu, ako u jednoj zemlji imamo povoljan odnos radno aktivnog stanovništva i penzionera, to jest imamo tri ili više zaposlenih lica na jednog penzionera, sistem tekućeg penzijskog i invalidskog osiguranja funkcioniše bez problema, jer se iz doprinosa za obavezno penzijsko i invalidsko osiguranje koje plaćaju generacije koje rade mogu isplaćivati penzije aktuelnim penzionerima. No, ako u jednoj zemlji imamo nepovoljan odnos radno aktivnog stanovništva i penzionera, to jest imamo dva ili manje od dva zaposlena lica na jednog penzionera, sistem

⁵ Harvey S. Rosen: *Javne financije*, Institut za javne financije, Zagreb, 1999, str. 198.

tekućeg finansiranja penzijskog i invalidskog osiguranja funkcioniše sa problemima, jer se iz doprinosa za obavezno penzijsko i invalidsko osiguranje koje plaćaju generacije koje rade ne mogu isplatiti penzije aktuelnim penzionerima. Zbog toga sistem tekućeg finansiranja penzijskog i invalidskog osiguranja ne može da opstane bez ozbiljnih transfera iz budžeta. Stalan rast transfera iz budžeta u finansiranju penzijskog i invalidskog osiguranja bio je izvor stalne nestabilnosti i neizvesnosti budžetske politike. U zapadnoevropskim zemljama odnos zaposlenih prema penzionerima iznosi manje od 3 prema 1.⁶

Dugoročni i kratkoročni problem u sistemu penzijskog i invalidskog osiguranja proizlazi iz činjenice što se u većem broju zemalja beleži starenje stanovništva koje podrazumeva povećanje stepena zavisnosti tokom vremena. Nepovoljna demografska struktura društva koja se ogleda u porastu udela starijih lica u ukupnom stanovništvu danas je prisutna u najvećem broju zemalja današnjeg sveta. Ako u jednoj zemlji nema mладог stanovništva, postavlja se pitanje ko će onda sutra raditi i ko će sutra plaćati doprinose za obavezno penzijsko i invalidsko osiguranje.

No međutim, dobra strana sistema tekućeg finansiranja penzijskog i invalidskog osiguranja izražava se kroz njegovu otpornost na inflaciju, budući da osnovica za plaćanje doprinosa za penzijsko i invalidsko osiguranje (dohodak) raste u slučaju inflacije.

U Srbiji postoje negativna demografska kretanja, jer stopa fertiliteta⁷ u Srbiji 2005. godine iznosila je 1,5, što predstavlja nisku stopu, odnosno donji prag za održavanje trenutnog nivoa populacije i ona poslednjih godina konstantno pada. U Srbiji se rađa 1,4 dece po porodici, što je ispod proseka u evropskim zemljama, i godišnje za oko 30.000 više ljudi umre nego što se rodi.⁸ Ovaj autor smatra da je ovako stanje dobrom delom posledica loše populacione politike u nas. Da je situacija zabrinjavajuća kada je reč o ovom gorucem problemu u našoj zemlji, pokazuje i nJAVA Vlade Republike Srbije da će se u budžetu za 2008. godinu obezbediti više novca za podsticaj rođanja i to kroz jednokratnu isplatu roditeljskog dodatka, isplatu 100 % plate za vreme trudničkog bolovanja, naknade za drugo i treće dete i veća izdvajanja za veštačku oplodnju.

⁶ U SAD danas na jednog penzionera dolazi 3,4 zaposlena lica, dok će do 2030. godine (kada će u redovnu penziju otići brojna generacija rođena posle Drugog svetskog rata) na svakog penzionera biće samo dva zaposlena. Prema Harvey R. Rosen, op. cit. str. 210.

⁷ Stopa fertiliteta se izračunava kao broj dece po ženi u toku životnog veka (ukupan broj živorodene dece na jednu ženu u periodu fertiliteta, žena od 15 do 49 godina starosti) a uzima se da je nivo 2,1 donji prag za održanje trenutnog nivoa populacije.

⁸ Vid.: Više novca za podsticaj rođenja, Politika, Beograd 3. oktobar 2007.

Dabome, treba imati u vidu realne mogućnosti i domete tih mera u funkciji podsticaja rađanja. Naime, bez sadejstva fiskalne politike sa drugim parcijalnim ekonomskim politikama, teško da se može voditi dobra populaciona politika. Na drugoj strani, aktivno trajanje života u Srbiji, bez raspoloživih podataka o Kosovu i Metohiji, povećalo se i za 2005. godinu i iznosi 70 godina za muškarce i 75,4 godina za žene, dok se u poslednjih 40 godina očekivano trajanje života povećalo za oko 7 godina za muškarce i za oko 10 godina za žene.⁹ Iz svega do sada iznetog proizlazi konstatacija da je u Srbiji prisutno ubrzano starenje stanovništva. Naredni podaci dovoljno jasno i uverljivo pokazuju ubrzano starenje stanovništva u Srbiji.

Tabela 1. Podaci o prosečnoj starosti i očekivanom trajanju života stanovništva

Godina	Prosečna starost stanovništva (ukupno)	Očekivano trajanje života	
		Muškarci	Žene
1953	29,4	58,7	60,4
1961	30,5	62,4	64,9
1971	32,4	66,2	70,0
1981	33,7	67,8	72,6
1991*	37,5	69,0	74,1
2000	39,8	69,6	74,8
2001	39,9	69,6	74,9
2002	40,2	69,7	75,0
2003	40,3	69,9	75,1
2004	40,4	69,9	75,4
2005	40,6	70,0	75,4

Izvor: RZS

* Podaci od 1991. godine pa nadalje ne odnose se na KiM

Posebno je značajno ukazati na ovom mestu da kretanje stope fertiliteta i očekivano trajanje života deluju negativno na stopu zavisnosti (odnosno broja penzionera i aktivnih osiguranika). Prema raspoloživim podacima u Republičkom fondu za penzijsko i invalidsko osiguranje zaposlenih, stopa zavisnosti – osiguranici i korisnici penzija – kretala se od 0,39 (1990) do 0,71 (2006). Ovaj odnos pokazuje konstantan ubrzani rast stope zavisnosti koja svoju vrednost udvostručuje u poslednjih petnaest godina. Pošto je vrednost zavisnosti od 0,3 optimalna, a oko 0,5 predstavlja donju granicu održivosti (tri odnosno dva zaposlena na jednog penzionera) može se konstatovati da je stopa zavisnosti u Srbiji na drastičnom nivou. Dok u zemljama tržišne privrede na jednog penzionera dolaze tri zaposlena, u Srbiji

⁹ Vid.: Bearing point, Penzijska reforma u Srbiji – pregled mogućih rešenja za stvaranje održivog penzijskog sistema za buduće generacije, oktobar 2004. godine.

na jednog penzionera danas dolazi 1,41 zaposlenih. Broj osiguranika u ovom fondu se u 2006. godini u odnosu na 1990. godinu smanjio za 689.000 osiguranika, dok se broj korisnika penzija u 2006. godini u odnosu na 1990. godinu povećao za 213.690 korisnika. Kod Republičkog fonda penzijskog i invalidskog osiguranja samostalnih delatnosti situacija je potpuno suprotna. Naime, stopa zavisnosti se kretala od 0,22 u 1990. godini do 0,14 u 2006. godini, što pokazuje pad stope zavisnosti, koja je za poslednju jednu i po deceniju gotovo dvostruko smanjila svoju vrednost. Broj osiguranika u ovom fondu se u 2006. godini u odnosu na 1990. godinu povećao za 255.228 osiguranika, dok se broj korisnika penzija u 2006. godini u odnosu na 1990. godini povećao za 30.006 osiguranika penzija. To pokazuje izuzetno povoljnu demografsku strukturu u ovom Fondu, jer je veliki broj osiguranika u odnosu na broj penzionera koji povlače sredstva, što dovodi do velikih sredstava. Kod Republičkog fonda penzijskog i invalidskog osiguranja poljoprivrednika, situacija je u mnogome drugačija u odnosu na prethodna dva fonda, jer se stopa zavisnosti kretala od 0,02 u 1990. godini do neverovatnih 0,69 u 2006. godini, što pokazuje izuzetno ubrzani rast stope zavisnosti, koji je za poslednju jednu i po deceniju, čak, trideset puta povećao svoju vrednost. Broj osiguranika u ovom fondu se u 2006. godini u odnosu na 1990. godinu smanjio za 360.084 osiguranika, dok se broj korisnika penzija u 2006. godini u odnosu na 1990. godinu povećao za 213.690 korisnika penzija.

U vremenima koja su pred nama nepovoljna demografska kretanja u Srbiji doći će još više do izražaja jer se za nekoliko godina očekuje penzionisanje velikog broja građana rođenih u godinama neposredno posle Drugog svetskog rata.

Stopa zavisnosti u Srbiji spektakularno se pogoršava. Njena vrednost u Republičkom fondu penzijskog i invalidskog osiguranja zaposlenih u 2006. godini iznosila je 1,41. Ovaj Fond ima dominantnu ulogu u odnosu na ostala dva fonda jer se iz njega, s jedne strane, isplaćuje penzijska naknada za oko 80 % korisnika i, s druge strane, njegovi prihodi i rashodi čine 90 % ukupnih prihoda i rashoda sva tri fonda. Ovo je jedan od najnizih iznosa u svetu na koji nisu uticali samno demografski razlozi već i ekonomska kriza tokom devedesetih godina. Ovo poslednje imalo je za posledicu ogroman porast broja nezaposlenih i evaziju doprinosa za penzijsko i invalidsko osiguranje kao i povoljan uslova za ostvarivanje starosnih i invalidskih penzija. Rezultiralo je, takođe, povećanjem broja penzija ostvarenih pod povoljnim uslovima, natprosečnim udelom invalidskih penzija, te ispodprosečnim udelom starosnih penzija u odnosu na ukupan broj penzionera. Podaci sadržani u narednim tabelama dovoljno jasno i uverljivo svedoče o svim ovim tvrdnjama.

Tabela 2.

REPUBLIČKI FOND ZA PENZIJSKO I INVALIDSKO OSIGURANJE ZAPOSLENIH

OSIGURANICI I KORISNICI PENZIJA

Godina	Osiguranici (zaposleni) -godišnji prosek	Indeks	Korisnici penzija (stanje u decembru)								Br. osigur. na 1 penzionera	Br.penzionera na 1 osiguranika. (Stopa zavisnosti)
			Starosne	Indeks	Invalidske	Indeks	Porodične	Indeks	U k u p n o	Indeks		
1990	2,481,000	97	338,340	111	395,634	105	237,488	102	971,462	142	2,55	0,39
1991	2,296,000	93	395,594	117	419,198	106	247,790	104	1,062,582	109	2,16	0,46
1992	2,194,000	96	407,645	103	428,344	102	256,844	104	1,092,833	103	2,03	0,50
1993	2,112,000	96	414,530	102	423,775	99	263,645	103	1,101,950	101	1,92	0,52
1994	2,048,000	97	438,321	106	416,728	98	267,433	101	1,122,482	102	1,82	0,55
1995	1,988,000	97	470,207	107	415,741	100	277,444	104	1,163,392	104	1,71	0,59
1996	1,935,000	97	505,806	108	415,755	100	284,548	103	1,206,109	104	1,60	0,62
1997	1,988,000	103	531,170	105	418,170	101	293,852	103	1,243,192	103	1,60	0,62
1998	1,982,000	100	534,684	101	414,486	99	302,224	103	1,251,394	101	1,58	0,63
1999	1,942,000	98	540,494	101	412,392	99	310,429	103	1,263,315	101	1,54	0,65
2000	1,883,000	97	544,978	101	403,791	98	315,406	102	1,264,175	100	1,49	0,67
2001	1,890,000	100	551,736	101	387,321	96	301,244	96	1,240,301	98	1,52	0,66
2002	1,847,000	98	561,229	102	389,872	101	304,713	101	1,255,814	101	1,47	0,68
2003	1,789,000	97	559,072	100	381,799	98	307,791	101	1,248,662	99	1,43	0,70
2004	1,799,000	101	559,899	100	370,983	97	310,200	101	1,241,082	99	1,45	0,69
2005	1,782,000	99	574,071	103	359,219	97	306,283	99	1,239,573	100	1,44	0,70
2006	1,792,000	101	607,533	106	350,166	97	309,875	101	1,267,574	102	1,41	0,71

Izvor:

Statistika fonda (od 2001 godine samo korisnici kojima se isplaćuje penzija). Podaci o broju zaposlenih od RZZZstatistiku

Tabela 3.

Promene u broju osiguranika i penzionera u RFPIO Samostalnih delatnosti

Godina	Osiguranici*	Indeks	Korisnici penzija (stanje u decembru)							Br.osiguranika na 1 penzionera	Br.penz. na 1 osiguranika (Stopa zavisnosti)
			Starosni penzioneri	Indeks	Invalidski penzioneri	Indeks	Porodični penzioneri	Indeks	Ukupno penzionera		
1990	77,997	103	6,396	104	5,907	109	4,872	107	17,175	4,54	0,22
1991	93,614	120	6,683	104	6,425	109	5,113	105	18,221	5,14	0,19
1992	149,878	160	9,741	146	8,674	135	7,784	152	26,199	5,72	0,17
1993	165,447	110	9,945	102	8,930	103	8,225	106	27,100	6,10	0,16
1994	238,044	144	10,034	101	9,086	102	8,536	104	27,656	8,61	0,12
1995	230,051	97	10,332	103	9,456	104	8,925	105	28,713	8,01	0,12
1996	209,696	91	11,756	114	11,128	118	9,525	107	32,409	6,47	0,15
1997	200,931	96	12,734	108	13,088	118	10,148	107	35,970	5,59	0,18
1998	209,597	104	13,237	104	13,632	104	10,579	104	37,448	5,60	0,18
1999	210,872	101	13,563	102	13,899	102	11,000	104	38,462	5,48	0,18
2000	214,111	102	13,855	102	14,158	102	11,324	103	39,337	5,44	0,18
2001	211,538	99	15,018	108	14,459	102	11,730	104	41,207	5,13	0,19
2002	219,784	104	15,684	104	15,010	104	12,211	104	42,905	5,12	0,19
2003	252,227	115	15,744	100	15,204	101	12,524	103	43,472	5,80	0,17
2004	251,747	100	15,805	100	15,295	101	12,838	103	43,938	5,73	0,17
2005	287,076	114	16,542	105	15,524	101	13,159	103	45,225	6,35	0,16
2006	333,225	116	18,024	109	15,684	101	13,473	102	47,181	7,06	0,14

Izvor: Statistika fonda

* od 1999. god.podaci o broju osiguranika dati su bez podataka o osiguranicima sa područja Kosova i Metohije

Tabela 4.

Promene u broju osiguranika i penzionera u RFPIO Poljoprivrednika

Godina	Osiguranici*	Indeks	Korisnici penzija (stanje u decembru)							Br. osiguranika na 1 penzionera	Br.penz. na 1 osiguranika. (Stopa zavisnos.)
			Starosni penzioneri	Indeks	Invalidski penzioneri	Indeks	Porodični penzioneri	Indeks	Ukupno penzionera		
1990	692,622	91	13,849	126	757	266	997	350	15,603	44,39	0,02
1991	643,099	93	25,114	181	982	130	1,656	166	27,752	23,17	0,04
1992	628,130	98	44,803	178	1,784	182	3,062	185	49,649	12,65	0,08
1993	636,545	101	75,490	168	2,333	131	5,218	170	83,041	7,66	0,13
1994	656,875	103	103,004	136	2,935	126	7,284	140	113,223	5,80	0,17
1995	623,403	95	123,356	120	3,557	121	9,453	130	136,366	4,57	0,22
1996	595,276	95	144,237	117	5,465	154	11,935	126	161,637	3,68	0,27
1997	562,204	94	159,890	111	7,143	131	14,111	118	181,144	3,10	0,32
1998	552,550	98	161,515	101	7,717	108	14,970	106	184,202	3,00	0,33
1999	481,087	87	171,140	106	8,529	111	16,529	110	196,198	2,45	0,41
2000	461,904	96	179,654	105	9,517	112	18,118	110	207,289	2,23	0,45
2001	441,705	96	183,884	102	10,394	109	19,202	106	213,480	2,07	0,48
2002	419,253	95	182,057	99	10,942	105	19,779	103	212,778	1,97	0,51
2003	387,433	92	182,077	100	11,242	103	20,119	102	213,438	1,81	0,55
2004	368,207	95	187,585	103	11,756	105	21,706	108	221,047	1,66	0,60
2005	353,374	96	189,417	101	11,949	102	22,812	105	224,178	1,58	0,63
2006	332,538	94	193,519	102	12,086	101	23,688	104	229,293	1,45	0,69

Izvor: Statistika fonda

* od 1999. god.podaci o broju osiguranika dati su bez podataka o osiguranicima sa područja Kosova i Metohije

Tabela 5.

**REPUBLIČKI FOND ZA PENZIJSKO I INVALIDSKO OSIGURANJE ZAPOSLENIH
KORISNICI PENZIJA PREMA KATEGORIJI PENZIJE**

stanje u decembru

KATEGORIJA PENZIJE	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Po opštim propisima	1,015,620	1,052,973	1,059,546	1,114,532	1,112,786	1,110,380	1,103,838	1,138,097
Borci pre 9.9.43.	34,564	32,638	30,318	28,074	26,443	25,818	23,438	21,698
Borci posle 9.9.43.	95,945	91,248	86,993	82,605	79,214	75,560	83,484	77,077
Nosioci spomenice 1941.	3,485	3,195	3,016	2,844	2,733	2,571	2,295	2,054
Borci na odgovornim dužn.	1,465	1,317	1,205	1,193	1,170	1,120	994	890
SMIP	194	121	125	142	194	195	213	212
SMUP	2,131	2,027	1,949	1,869	1,767	1,644	1,646	1,512
RMUP	17,095	17,360	18,242	19,264	19,251	18,829	19,034	21,474
Administrativne	1,431	1,397	1,368	1,300	1,286	1,275	1,246	1,214
Akademici	74	68	64	62	57	55	50	76
Izuzetne	697	679	647	580	525	469	372	426
Rudari	3,692	3,563	3,468	3,349	3,236	3,166	2,963	2,844
S VEGA	160,773	153,613	147,395	141,282	135,876	130,702	135,735	129,477
U K U P N O	1,176,393	1,206,586	1,206,941	1,255,814	1,248,662	1,241,082	1,239,573	1,267,574

Izvor: Statistika fonda.

Tabela 6. Republički fond za penzijsko i invalidsko osiguranje samostalnih delatnosti – korisnici penzija prema kategoriji penzije
stanje u decembru

KATEGORIJA PENZIJE	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Borci pre 9.9.1943.	359	341	313	297	282	273	255	235
Borci posle 9.9.1943.	203	184	181	172	164	160	146	131
od 1944.	1,973	1,955	1,937	1,907	1,846	1,748	1,646	1,536
od 1945.	316	312	293	287	267	246	236	212
UKUPNO	2,851	2,792	2,724	2,663	2,559	2,427	2,283	2,114

Izvor: Statistika fonda.

Tabela 7. Republički fond za penzijsko i invalidsko osiguranje poljoprivrednika – korisnici penzija prema kategoriji penzije
stanje u decembru

KATEGORIJA PENZIJE	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Borci pre 9.9.1943.	1,048	981	906	794	735	696	685	618
Borci posle 9.9.1943.	17	17	16	15	16	15	13	11
od 1944.	10,712	10,344	9,804	8,960	8,420	8,112	8,079	7,430
od 1945.	1,660	1,614	1,549	1,415	1,336	1,307	1,314	1,238
UKUPNO	13,437	12,956	12,275	12,956	10,507	10,130	10,091	9,297

Izvor: Statistika fonda.

Tabela 8. Nezaposlenost u Srbiji (zvanično registrovani nezaposleni)

Godina:	1989.	1990.	1991.	1992.	1993.	1994.	1995.	1996.	1997.
Ukupna nezaposlenost	560.800	614.800	654.360	682.901	675.632	667.842	720.336	766.064	729.369
Nezaposlenost žena	293.900	319.300	341.180	365.086	370.458	370.356	396.515	419.428	412.819
Godina:	1998.	1999.	2000.	2001.	2002.	2003.	2004.	2005.	2006.
Ukupna nezaposlenost	780.436	694.556	731.436	780.632	904.532	944.939	859.728	895.697	916.257
Nezaposlenost žena	473.823	396.639	416.246	435.044	496.431	513.283	466.988	486.378	494.240

Izvor: Nacionalna služba za zapošljavanje, Učešće po nivou obrazovanja (1989-2003), Beograd, 10.08. 2004. godine
i Nacionalna služba za zapošljavanje, Izveštaj o radu, Nezaposlena lica prema stručnoj spremi (2004-2006).

Zanimljivo bi bilo osvrnuti se na strukturu prihoda i rashoda republičkih fondova za penzijsko i invalidsko osiguranje zaposlenih, samostalnih delatnosti i poljoprivrednika. Utom smislu u narednim tabelama se daje taj pregled:

Tabela 9. Struktura prihoda i rashoda Republičkog fonda PIO zaposlenih

Prihod/rashod/godina	2003.	2004.	2005.	2006.
1. Socijalni doprinosi	53,0	58,7	57,2	59,8
2. Dotacije i transferi	37,2	36,7	37,6	36,7
3. Drugi prihodi	0,9	0,0	0,0	0,0
4. Transferi između budžetskih korisnika na istom nivou	0,8	1,8	2,00	1,9
5. Ostali prihodi	8,9	3,8	3,2	1,6
Ukupni prihodi	100,0	100,0	100,0	100,0
1. Rashodi za zaposlene	0,7	0,8	0,9	0,9
2. Korišćenje robe i usluga	1,2	0,8	0,7	0,7
3. Otplata kamata	0,0	3,6	2,4	3,4
4. Otplata glavnice	0,2	1,6	0,3	0,4
5. Prava iz soc. osiguranja	97,6	92,9	95,6	94,4
6. Ostali rashodi	0,3	0,3	0,4	0,2
Ukupni rashodi	100,0	100,0	100,0	100,0

Izvor: Bilten javnih finansija broj 5 za mesec januar 2005. godine str. 44, i broj 36. za mesec avgust 2007. godine, str. 60, Republika Srbija, Ministarstvo finansija, Beograd. Obračun autora.

Tabela 10. Struktura prihoda i rashoda Republičkog fonda PIO samostalnih delatnosti

Prihod/rashod/godina	2003.	2004.	2005.	2006.
1. Socijalni doprinosi	73,5	79,6	65,7	83,6
2. Dotacije i transferi	1,8	1,2	0,0	0,0
3. Drugi prihodi	0,5	0,3	0,1	6,9
4. Transferi između budžetskih korisnika na istom nivou	0,6	0,3	0,1	0,1
5. Ostali prihodi	23,6	18,6	34,1	9,4
Ukupni prihodi	100,0	100,0	100,0	100,0
1. Rashodi za zaposlene	1,9	2,2	1,7	2,3
2. Korišćenje robe i usluga	2,2	1,3	1,0	1,5
3. Otplata kamata	0,0	0,0	0,0	0,0
4. Otplata glavnice	0,0	0,0	0,0	0,0
5. Prava iz soc. osiguranja	95,1	93,9	79,3	95,1
6. Ostali rashodi	0,8	2,6	18,0	1,1
Ukupni rashodi	100,0	100,0	100,0	100,0

Izvor: Bilten javnih finansija broj 5 za mesec januar 2005. godine, str. 45, i broj 36 za mesec avgust 2007. godine, str. 61, Republika Srbija, Ministarstvo finansija, Beograd. Obračun autora.

Tabela 11. Struktura prihoda i rashoda Republičkog fonda PIO poljoprivrednika

Prihod/rashod/godina	2003.	2004.	2005.	2006.
1. Socijalni doprinosi	20,5	13,0	14,9	12,7
2. Dotacije i transferi	78,9	86,6	81,1	86,7
3. Drugi prihodi	0,0	0,0	0,0	0,0
4. Transferi između budžetskih korisnika na istom nivou	0,0	0,0	0,0	0,0
5. Ostali prihodi	0,6	0,1	4,0	0,6
Ukupni prihodi	100,0	100,0	100,0	100,0
1. Rashodi za zaposlene	0,1	0,1	0,0	0,0
2. Korišćenje robe i usluga	4,1	3,2	2,0	1,7
3. Otplata kamata	0,0	0,0	0,0	0,0
4. Otplata glavnice	0,0	0,0	0,0	0,0
5. Prava iz soc. osiguranja	95,8	96,7	94,5	98,3
6. Ostali rashodi	0,0	0,0	3,5	0,0
Ukupni rashodi	100,0	100,0	100,0	100,0

Izvor: Bilten javnih finansija broj 5 za mesec januar 2005. godine, str. 46, i broj 36 za mesec avgust 2007. godine, str. 62, Republika Srbija, Ministarstvo finansija, Beograd. Obračun autora.

Izneti podaci dovoljno jasno i uverljivo pokazuju da se u Fondu penzijskog i invalidskog osiguranja zaposlenih po osnovu naplate doprinosa za penzijsko i invalidsko osiguranje nalazi svega nešto više od polovine ukupnih prihoda Fonda, dok učešće transfera iz budžeta Republike iznosi nešto manje od 40 % ukupnih prihoda fonda. U republičkom fondu penzijskog i invalidskog osiguranja samostalnih delatnosti četvrtina ukupnih prihoda prikupljena je naplatom doprinoса за penzijsko i invalidsko osiguranje i još sa tendencijom stalnog povećanja, dok je učešće ostalih prihoda skromno. U Republičkom fondu penzijskog i invalidskog osiguranja poljoprivrednika prihodi koji se prikupe od doprinosa za penzijsko i invalidsko osiguranje vrlo su skromni i imaju tendenciju smanjivanja, dok transfer iz budžeta Republike iznosi, čak 80-87 % ukupnih prihoda Fonda. Dakle, i Republički fond penzijskog i invalidskog osiguranja zaposlenih i Republički fond penzijskog i invalidskog osiguranja poljoprivrednika ne bi mogli dugo da opstanu bez transfera iz budžeta.

Takođe, zanimljivo bi bilo osvrnuti se i na odnos rashoda i uplaćenih doprinosa republičkih fondova za penzijsko i invalidsko osiguranje u Srbiji, što i prikazujemo u narednoj tabeli i to za Republički fond za penzijsko i invalidsko osiguranje zaposlenih.

Tabela 12. Odnos rashoda i uplaćenih doprinosa Republičkog fonda penzijskog i invalidskog osiguranja zaposlenih (u mil. Dinara)

Godina	Rashod za penziju*	Stvarni doprinosi **	Pokrivenost rashoda doprinosima
2003	124.478	78.620	63,16 %
2004	147.027	99.079	67,39 %
2005	181.379	120.393	66,38 %
2006	213.701	147.077	68,82 %

Izvor. MFIN

* Rashodi za penzije odnose se na sredstva za isplatu 12 penzija godišnje. Isključeni su: veliki dug, javni dug i kompenzacija sa Fondom za razvoj.

** Stvarni doprinosi ne obuhvataju doprinose po osnovu kompenzacije.

Izneti podaci dovoljno jasno i uverljivo pokazuju da u Republičkom fondu penzijskog i invalidskog osiguranja zaposlenih, ponovimo dominantnom fondu, doprinosima za penzijsko i invalidsko osiguranje pokriva se oko dve trećine rashoda za penzije, tako da doprinosi za penzijsko i invalidsko osiguranje ne mogu da obezbede uredno finansiranje penzija, zbog čega su nužni transferi iz budžeta Republike kako bi se pokrio taj manjak sredstava. Drugim rečima, suočeni smo sa problemom pokrivenosti rashoda doprinosima u javnom penzijskom i invalidskom osiguranju Srbije, kako kod Republičkog fonda penzijskog i invalidskog osiguranja zaposlenih tako i, posebno, kod Republičkog fonda penzijskog i invalidskog osiguranja poljoprivrednika. Međutim, u tom domenu, u 2006. godini je u odnosu na prethodne godine, došlo do većeg rasta uplaćenih doprinosa za penzijsko i invalidsko osiguranje nego što je rast rashoda (penzija) penzijskog i invalidskog osiguranja, što je dovelo do pada transfervnih sredstava iz budžeta Republike Srbije u prihodima Republičkog fonda za penzijsko i invalidsko osiguranje zaposlenih, a što svakako ohrabruje. Može se očekivati da se ovakve tendencije nastave u vremenima koja su pred nama. Dokaz za ovu tvrdnju jeste očekivani rast zarada, povećanje zaposlenosti i smanjenje sive ekonomije, efikasniji sistem naplate, izveštavanja i poboljšanja kontrole naplate doprinosa za penzijsko i invalidsko osiguranje i dr.

No, da je zaista došlo do umerenog pada ukupnih rashoda kao i rashoda Republičkog fonda penzijskog i invalidskog osiguranja zaposlenih u BDP-u i s tim u vezi i do pada učešća transfera iz budžeta Republike u BDP-u, a što je u skladu sa kretanjima podataka u napred navedenoj tabeli, pokazuju podaci u sledećoj tabeli. No, Srbija za razliku od zemalja EU-27 ubira veliki procent BDP – doprinosima sa počekom sprovodenja penzijske reforme de se očekuje da će se ideo obaveznih doprinosa u BDP-u početi smanjivati.

Tabela 13. Prihodi i rashodi fonda PIO zaposlenih i sva tri fonda zajedno kao % BDP-a

	2004	2005	2006
Prihodi PIO fonda zaposlenih	12,8	12,6	12,3
Doprinosi fonda PIO zaposlenih	6,9	6,9	6,9
Doprinosi po osnovu kompenzacijaa	0,6	0,3	0,4
Transferi iz budžeta	4,7	4,7	4,5
Rashodi PIO fonda zaposlenih	12,8	12,6	12,2
Prava iz fonda PIO zaposlenih	11,9	12,1	11,5
Redovne penzije	9,6	9,7	9,6
Javni i veliki dug	0,5	0,5	0,2
Ostali rashodi	2,0	1,7	1,3
Ukupni prihodi sva tri fonda	14,1	13,8	13,8
Ukupni rashodi sva tri fonda	14,0	13,8	13,4
Ukupni transferi sva tri fonda	5,3	5,3	5,2

Izvor: MFIN

Osnovni problem penzijskog i invalidskog osiguranja u Srbiji povezan je sa visokim koeficijentom zavisnosti, odnosno brojem penzionera na jednog zaposlenog. Taj je odnos dospitao (za sva tri fonda) svoju kritičnu tačku od 1 : 3 već 1990. godine, da bi se 2006. godine sveo na nepodnošljivih 1: 1,63. Smanjenje broja aktivnih osiguranika na jednog penzionera posledica je pada registrovanog broja zaposlenih kao i rasta broja penzionera. Smanjenje registrovanog broja zaposlenih posledica je procesa tranzicije, kao i drugih problema u našoj privredi u proteklom periodu. Broj penzionera rastao je i zbog toga što su se kroz sistem penzionisanja pokušavali rešavati i drugi problemi, pre svega problemi viškova radne snage. Navedeni nepovoljni odnosi doprineli su izbegavanju plaćanja doprinosa za obavezno socijalno osiguranje zbog sive ekonomije.

Zanimljivo bi bilo osvrnuti se na strukturu korisnika penzija u Srbiji, odnosno koliko među ukupnim brojem penzionera ima onih koji primaju starosnu penziju. Prema napred datim podacima vidi se da je među ukupnim brojem penzionera u 2006. godini samo njih 47,93 % primalo starosnu penziju, a da je na tzv. beneficirane penzija (od čega su više od 50 % borci NOR-a i pripadnici bivše JNA) otpadalo 9,12 %.

Iako su stope doprinosa za penzijsko i invalidsko osiguranje relativno visoke (ukupno iznose 22 % - iz zarada 11 % plaćaju radnici, a 11 % plaćaju poslodavci na zarade zaposlenih), one su u Republičkom fondu penzijskog i invalidskog osiguranja zaposlenih u 2006. godini osiguravale samo 68,82 % prihoda, dok je ostatak pokriven dotacijama iz budžeta Republike zajedno s gotovo beznačajnim iznosom kapitalnih i poreskih prihoda.

Zbog navedenih trendova koji su opisni u proteklom periodu, beležen je stalni rast transfera iz budžeta Republike, i to po nekoliko puta ne računajući poslednje tri godine kada su se ustalili i čak smanjili, što je bio izvor stalne nestabilnosti i neizvesnosti budžetske politike. U takvim okolnostima, bez obzira na sve korekcije i revalorizacije, pogoršavao se odnos penzija i prosečnih zarada, koji je danas 52 %, a ako se računa i 230.000 poljoprivrednih penzionera, čija je prosečna penzija oko 6.000 dinara, onda je učešće penzija u zaradama još manje, svega 46 %.

Ovako dramatično stanje u penzijskom i invalidskom osiguranju u Srbiji zahtevalo je i zahteva radikalnu reformu, koja je otpočeta u 2001. i nastavljena u 2003. i 2005. godini. Dodajmo tome da je Vlada Srbije osnovala ovih meseci Savet za reformu penzionog sistema kako bi u narednim godinama trebalo da uspostavi održivi sistem poboljšanja životnog standarda penzionera. Njezini osnovni ciljevi povezani su sa zaustavljanjem relativnog rasta penzija u BDP-u radi konkurentnosti naše privrede i sa diverzifikacijom izvora prihoda starijeg stanovništva tako da se ono ne naslanja samo na penzijska primanja od države nego da ostvaruje i dodatne prihode od namenske štednje i drugih ulaganja.

Predlozi za reformu penzijskog i invalidskog sistema u Srbiji bili su više-manje isti kao i oni kod mnogih takvih reformi u drugim zemljama. Dabome, pri tome, pristupilo se izmenama onih elemenata penzijskog i invalidskog sistema koji su se najlakše mogli promeniti. Činjeno je to postepeno u okviru reforme tog sistema u toku 2001., 2003. i 2005. godine. Reforma penzijskog i invalidskog osiguranja obuhvatala je kako rashodnu stranu tog sistema (prava penzijskog i invalidskog osiguranja) tako i prihodnu stranu tog sistema (doprinose). Ne ulazeći u prikazivanje konkretnih promena u penzijskom i invalidskom osiguranju izvršenih 2001., 2003. i 2005. godine, u ovom radu ukazuјemo samo na njihov zajednički imenitelj. U tom smislu, pomerena je starosna granica za starosnu penziju na 65 godina za muškarce i 60 godina za žene. Za osnovicu pri obračunu penzija više se ne uzima najpovoljniji period od 10 godina uzastopnih godina nego plate kroz celi životni vek. Izvršene su određene korekcije uslova za sticanje invalidske penzije i načina utvrđivanja invalidnosti. Promenjen je način izračunavanja penzija i ograničen je njihov rast. Povećana je starosna granica za sticanje porodične penzije u skladu sa povećanjem starosne granice za penzionisanje. Izmenjena je organizaciona struktura penzijskog i invalidskog osiguranja. Donet je Zakon o doprinosima za obavezno socijalno osiguranje i Zakon o uplati doprinosa za penzijsko i invalidsko osiguranje za pojedine kategorije oseguranika. Donet je Zakon o

javnom dugu Republike Srbije po osnovu neisplaćenih penzija i novčanih naknada. Uveden je treći stub u penzijskom i invalidskom sistemu – dobrovoljno penzijsko i invalidsko osiguranje koje se bazira na dobrovoljnoj kapitalizovanoj štednji i koji uživa punu podršku poreske politike.¹⁰ Donet je Zakon o dobrovoljnim penzijskim fondovima i penzijskim planovima. Uneti su još neki drugi, manje važni elementi.

Iako će se efekti navedenih promena u penzijskom i invalidskom sistemu u Srbiji moći sagledati u punoj meri tek kroz nekoliko godina, već sada su vidljivi ti efekti. Naime, broj penzionera nije rastao u velikoj meri. No, pad zaposlenosti (uplatioca doprinosa) mnogo je veći (stopa zavisnosti za Republički fond penzijskog i invalidskog osiguranja zaposlenih već nekoliko godina se kreće iznad vrednosti 1,4), što je rezultat transformacije privrede i restrukturiranja velikih sistema. To se nije u velikoj meri negativno reflektовало на finansiranje penzijskog i invalidskog osiguranja, jer je zbog povećanja osnovice doprinosa (rast zarada) povećana naplata doprinosa za penzijsko i invalidsko osiguranje. Došlo je do smanjenja sive ekonomije u ovoj oblasti, i prvih efekata primene formule za indeksaciju penzija (usled nižeg rasta troškova života). Takođe, došlo je do znatno većeg rasta uplaćenih doprinosa za penzijsko i invalidsko osiguranje nego što je rast rashoda penzijskog i invalidskog osiguranja, a to je dovelo do pada učešća transfera iz budžeta Republike u prihodima republičkih fondova penzijskog i invalidskog osiguranja. Umeren je i pad rashoda republičkih fondova penzijskog i invalidskog osiguranja, što je dovelo do pada učešća transfera iz budžeta Republike u BDP-u. Međutim, problem je u tome što Srbija, za razliku od nekih zemalja članica EU, ubira veliki procenat BDP-a doprinosima za penzijsko i invalidsko osiguranje. Od reforme penzijskog i invalidskog osiguranja očekuje se da će ideo obaveznih doprinosa za penzijsko i invalidsko osiguranje početi da se smanjuje.

Međutim, do najkrupnije promene u penzijskom i invalidskom sistemu u Srbiji nije došlo, jer nije uveden drugi stub individualizirane kapitalizovane štednje, kako to inače i predlaže Svetska banka još od 1994. godine.

Suština sistema akumulacije kapitala jeste da od uplaćenih doprinosa stvara se kapital u meri potrebnoj za finansiranje izdataka nastalih kasnije u vezi sa uplaćenim kapitalom. Drugi stup bio bi obavezan za sve zaposlene mlađe od 40 godina s tim da se u njega mogu uključiti i starija zaposlena lica ako žele i u čije bi se fondove od sa-

¹⁰ Iste korake koje se preduzimaju i u drugim zemljama u ovakvim prilikama spominje J. Stiglitz u svojoj knjizi *Public Economics*, McGraw-Hill, 1988, str. 285-287.

dašnjeg doprinosa uplaćivalo 7 %. Sistem akumulacije kapitala kao način finansiranja penzijskog i invalidskog osiguranja ima svojih dobrih i loših strana. Dobre strane tog sistema su što se akumulacijom kapitala mogu ostvariti veće penzije i druge naknade iz penzijskog i invalidskog osiguranja. Sistemu akumulacije kapitala i preferiraju posebno mlađi zaposlenici. Loše strane tog sistema su da nije stabilan u uslovima inflacije, da nosi sa sobom veći finansijski rizik, da je skup zbog troškova upravljanja i nadzora. Čini se da će tržišna konkurenčija i nadzor nad poslovanjem organizacija obaveznog privatnog penzijskog i invalidskog osiguranja na bazi individualne kapitalizirane štednje te slabosti onemogućiti.

Uvođenje sistema individualizirane kapitalizovane štednje, to jest obavezno penzijsko i invalidsko osiguranje na principima individualnih računa i kapitalizirane štednje, uz postojeći sistem dobrovoljnog penzijskog i invalidskog osiguranja, doveo bi do toga da sadašnji sistem tekućeg finansiranja penzijskog i invalidskog osiguranja u Srbiji, to jest sistem međugeneracijske solidarnosti, ima mnogo manju ulogu nego danas.

Nema sumnje da demografska situacija u Srbiji, a i ona koja se može predvideti za dogledno vreme, ne dopuštaju velika oklevanja u sprovodenju reforme penzijskog i invalidskog osiguranja. Ne treba, međutim, potceniti zagovornike koji upozoravaju na neke nepovoljne okolnosti radikalne reforme penzijskog i invalidskog sistema, pre svega kroz uvođenje sistema individualizirane kapitalizovane štednje (obaveznog privatnog penzijskog i invalidskog osiguranja). Isto tako, skreće se pažnja i na velike tranzicijske troškove sprovodenja reforme, koji se procenjuju na milijardu dinara godišnje i koji bi ograničavali stopu doprinosa za kapitalizirani sistem, kao i na kriznu privrednu stagnaciju u Srbiji, te na to da nije pravi trenutak za sprovodenje ovako složene i skupe operacije. Isto tako, kao problem izdvaja se pitanje kako nadoknaditi ionako oskudna sredstva koja se preusmeravaju iz prvog u drugi stub osiguranja pošto postojeće institucije nisu dovoljno jemstvo za uspešno funkcionisanje penzijskih fondova, a njihov bi kolaps mogao izazvati nesagledive posledice. Isto tako, skreće se pažnja i na nedovoljnu razvijenost finansijskog tržišta koju sprečava zadovoljavajuću diverzifikaciju rizika, a i na neželjenu jednostavnost srpskog tržišta kapitala koju onemogućava uspešno funkcionisanje više obaveznih penzijskih fondova ostavljajući sistem otvorenim za stalne oligopolističke pretnje. Međutim, tačna je i ona tvrdnja koja kaže da samo hrabri stižu do cilja.

3. Zaključak

Sprovedena analiza pokazala je svu složenost problematike finansiranja penzijskog i invalidskog osiguranja u Srbiji. Naime, osnovni problemi penzijskog i invalidskog osiguranja u našoj zemlji povezani su s visokim koeficijentom zavisnosti, odnosno brojem penzionera na jednog zaposlenog, a koji danas iznosi svega 1:1,4. Smanjenje broja aktivnih osiguranika na jednog penzionera posledica je, s jedne strane, pada registrovanog broja zaposlenih i, s druge strane, rasta broja penzionera, čemu su doprineli razni činioци. Zbog toga naš sadašnji sistem tekućeg finansiranja penzijskog i invalidskog osiguranja, ne može uspešno da funkcioniše, jer sredstva prikupljena doprinosima za javno penzijsko i invalidsko osiguranje nisu dovoljna za isplatu penzija, pa su nužni transferi iz budžeta Republike koji pokrivaju taj manjak sredstava.

Ovakvo dramatično stanje u penzijskom i invalidskom osiguranju Srbije zahtevalo je i zahteva, reforme našeg penzijskog i invalidskog sistema. Reforma penzijskog i invalidskog sistema, koja je 2001. godine otpočela u Srbiji a nastavljena 2003. i 2005. godine, imala je za cilj zaustavljanje relativnog rasta penzija u BDP-u i jačanje konkurentnosti naše privrede. Usvojena nova zakonska rešenja u penzijskom i invalidskom sistemu već daju pozitivne efekte. Međutim, njih treba shvatiti kao prvu fazu reforme penzijskog i invalidskog sistema u Srbiji.

Cilj reforme penzijskog i invalidskog sistema jeste i diferzifikacija izvora prihoda starijeg stanovništva, kako se ono ne bi oslanjalo samo na penzije od države nego da oni ostvaruju i dodatne prihode od namenske štednje i drugih ulaganja, koji se ostvaruje uvođenjem sistema akumulacije kapitala. Ako i u narednim godinama demografska situacija bude ovako dramatična, dovešće do uvođenja sistema akumulacije kapitala. Dabome, uvođenje sistema akumulacije kapitala kao načina finansiranja penzijskog i invalidskog osiguranja, uz prethodno obezbeđivanje neophodnih preduslova za to, trebalo bi da obezbedi stabilniji sistem finansiranja penzijskog i invalidskog osiguranja u Srbiji. Sistem tekućeg finansiranja javnog penzijskog i invalidskog osiguranja u Srbiji će tada imati mnogo manju ulogu nego danas.

*Mile Vranješ, Ph. D., Full Professor
Novi Sad School of Law*

PROBLEMS IN FINANCING THE PENSION AND DISABILITY INSURANCE IN SERBIA

Abstract

The performed analysis has shown all complexity of problematic in financing of the pension and disability insurance in Serbia. Namely, the basic problems of pension and disability insurance in our country are connected with a high coefficient of dependence, i.e. the ratio of a number of pensioners on one employed which is today only 1:1.4. The reduction of number of active insured in relation to one pensioner is a consequence of a fall of registered number of the employed on the one side, and, the increase of number of pensioners on the other side, which is a consequence of different factors. Therefore our present system of current financing of pension and disability insurance, is not able to function successfully, for the financial means collected by fees for public pension and disability insurance are not sufficient for paying pensions and the transfers from the budget of the Republic are necessary to cover this shortage of the financial means.

Such dramatic state in pension and disability insurance of Serbia has demanded and still demands reforms of our pension and disability system. The reform of pension and disability system, which started in 2001 in Serbia and continued in 2003 and 2005, has an aim to stop the relative growth of pensions in GSP and to strengthen the competitiveness of our economy. The adopted new legal solutions in pension and disability system are already giving positive effects. However, they have to be considered as a first phase in the reform of pension and disability system in Serbia.

The goal of the reform of pension and disability system, however is also a diversification of sources of income of elder population, so that they do not only rely to pensions given from the state but to realize also additional incomes from restricted savings and other investments, which are realized by introduction of a system of accumulation of capital. If the demographic situation in Serbia continues to be such dramatic in the coming years, it will lead to introduction of the system of accumulation of capital. Naturally, the introduction of the system of accumulation of capital as a way of financing the pension and disability insurance, with previously provided necessary preconditions for this, should ensure more stable system of financing of pension and disability insurance in Serbia. The system of current financing of public pension and disability insurance in Serbia will have much smaller role than it has today.

*Dr Dragan Milkov, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

O POJMU UPRAVNOG SPORA

Sažetak: Upravni spor je vid sudske kontrole uprave. Predmet kontrole u upravnom sporu je osnovna delatnost uprave, tj. zakonitost vršenja upravne funkcije. Određenje upravnog spora se zasniva na definisanju spora uopšte, a zatim je potrebno pronaći kriterijume koji bi ovom sporu dali atribut „upravni“. Spor najčešće podrazumeva konflikt između dve strane, ali to ne mora uvek biti slučaj. Za postojanje spora je dovoljno nerazrešeno pravno pitanje. Polazeći od toga da pojam upravnog spora mora da odgovara potrebama svakog konkrentnog pravnog sistema, ne može se dati bilo kakva apstraktna definicija koja bi mogla da se koristi univerzalno. Prema našim važećim propisima, a srpska pravna teorija se u velikoj meri naslanja na pozitivno pravo, upravni spor se može odrediti kao sudska kontrola zakonitosti konačnih upravnih akata.

Ključne reči: kontrola uprave, pravna kontrola uprave, sudska kontrola uprave, upravni spor.

1. Uvodne napomene

Upravni spor predstavlja vid sudske kontrole uprave. Nakon što se upotrebi redovno pravno sredstvo u upravnom postupku (žalba), nezadovoljna stranka može da se obrati sudu i zatraži od njega da definitivno otkloni sumnju o zakonitosti upravnog akta. Ovakav vid sudske kontrole uprave postoji u skoro svim zemljama, jedino postoje razlike u pogledu predmeta spora, sudova nadležnih za rešavanje i ovlašćenja.

Upravni spor se u teoriji različito određuje, a njegov pojам se u zakonodavstvu retko definiše na precizan način. Ono u čemu se svi autori

slažu i gde ne postoje nikakve razlike, jeste da je u pitanju vid sudske kontrole uprave. Međutim, kada treba odrediti o kojoj vrsti sudske kontrole uprave je reč, onda nastaju brojne razlike. Pri tome, treba imati u vidu da pojam upravnog spora uvek odgovara potrebama određene zemlje, tako da apstraktne teorijske rasprave najčešće nemaju praktičnu vrednost, već jedino mogu da ukažu na različite aspekte ovog pitanja. S druge strane, različita shvatanja o pojmu upravnog spora imaju i svoju istorijsku dimenziju.

Pre određivanja pojma upravnog spora potrebno je ukazati na opšte karakteristike sudske kontrole uprave. S druge strane, pojam upravnog spora se sastoji od dva elementa: od pojma spora i onoga što ovom sporu daje specifična obeležja na osnovu kojih određeni spor dobija atribut „upravni“. Pojam spora se može apstraktno odrediti, bez obzira na to kakav je spor u pitanju. Međutim, nakon toga je neophodno pronaći kriterijume po kojima se upravni spor može odvojiti od bilo koje druge vrste spora. To su one specifičnosti koje jednom sporu daju posebna obeležja, ona koja ga čine upravnim.

2. Sudska kontrola uprave

Sudska kontrola uprave predstavlja zajednički naziv za kontrolu koju u odnosu na organe uprave vrše sudovi. To znači da je sud aktivan subjekat (kontrolor), a uprava pasivan (kontrolisani) subjekat. Osnovna ideja vezana za uvođenje ovog vida kontrole uprave sastoji se u poveravanju jednom državnom organu koji je nezavisan od političke i upravne vlasti da definitivno raspravi sporove proistekle iz vršenja delatnosti uprave. Glavna funkcija sudske kontrole uprave jeste da obezbedi (kroz kontrolu zakonitosti) zaštitu prava građana u odnosu na upravu. To je i glavni razlog što se uvođenje sudske kontrole uprave vezuje za razvoj liberalizma. „Sudska kontrola je mogla da doživi svoju ekspanziju počev od trenutka kada je dopušteno podvrgavanje političke vlasti i uprave principima prirodnog prava i zakonima“.¹ Do perioda kada je uprava podvrugnuta pravu, nakon Francuske revolucije, nije moglo biti ni govora o sudskoj kontroli uprave. Uprava je sprovodila svoju sopstvenu volju, odnosno volju vladara koji joj je bio na čelu, a ne zakone. Stoga se nije ni mogla vršiti kontrola zakonitosti pre nego što je uprava počela da sprovodi zakone.

Za sudsку kontrolu uprave karakteristično je, najpre, da se, za razliku od političke i upravne kontrole uprave, nikada ne može vršiti sponta-

¹ Ch. Debbasch, Science Administrative, str. 563.

no, odnosno po sopstvenoj inicijativi suda. U tom smislu je sudska kontrola uprave limitirana i vezana za spoljni podsticaj. To znači da sud može upravu kontrolisati samo ako neko u odgovarajućoj formi postavi takav zahtev, pri čemu i podnositelj zahteva najčešće mora biti za to legitimisan, odnosno mora mu aktom uprave biti povređeno neko pravo ili pravni interes. Bez spoljnog podsticaja, sud ne može vršiti kontrolu.

Predmet sudske kontrole uprave jeste isključivo zakonitost rada uprave, što znači da sudovi mogu ocenjivati samo saglasnost delatnosti uprave sa pravnim normama. Sud se nikada ne može upuštati u pitanje celishodnosti, efikasnosti, pravičnosti i sl. To znači da su ovlašćenja suda u odnosu na upravu ograničena i vezana samo za pitanje ocene zakonitosti, a vršenje diskrecione ocene izmiče sudskej kontroli. To je polje slobode koje je zadržano isključivo za upravu.

Najzad, sudska kontrola uprave je, posmatrano u odnosu na ostale vidove kontrole uprave, najviše formalizovana. Dok se neki drugi vidovi kontrole uprave mogu vršiti jednostavno, bez posebnih i unapred predviđenih formalnosti, bez precizno utvrđene procedure, sudska kontrola uprave je potpuno precizno regulisana. To nije slučajno, ako se ima u vidu da je sudska kontrola uprave normativno uređena uglavnom po modelu parničnog postupka, pa je, samim tim, zadržala i bitna obeležja koja inače važe za sudske postupke.

Sudska kontrola uprave se može posmatrati u širem i u užem smislu.

U širem smislu, pod sudscom kontrolom uprave se podrazumeva svaki vid sudske kontrole gde je uprava kontrolisani subjekat, bez obzira na predmet kontrole. U užem smislu, sudska kontrola uprave predstavlja samo takvu kontrolu čiji je predmet zakonitost vršenja upravne funkcije.

Posmatrano u širem smislu, uprava može da dođe u poziciju da bude objekat sudske kontrole različitim povodima i u različitim situacijama. Pre svega, upravu mogu da kontrolišu sudovi opšte nadležnosti, kao i ustavni sud. No, ni u jednom slučaju se ne radi o kontroli vršenja upravne funkcije, već se uprava javlja kao predmet sudske kontrole isto kao i svi drugi subjekti. Drugim rečima, ovde je reč o sudskej kontroli uprave samo u formalnom smislu, jer je kontrolisani subjekat uprava, a ne i u materijalnom smislu, koji podrazumeva kontrolu upravne funkcije.

Sudovi opšte nadležnosti mogu upravu imati kao predmet kontrole u dva slučaja. S jedne strane, moguće je da sud odlučuje o krivičnoj odgovornosti službenih lica organa uprave, vezano za krivična dela učinjena u vršenju službene dužnosti. Za krivična dela koja službena lica organa uprave učine van vršenja svoje službene dužnosti, važe opšta pravila o krivičnoj odgovornosti. S druge strane, sudovi u parničnom postupku mogu da odlučuju o odgovornosti za štetu nanetu u vršenju službene

dužnosti. Ta šteta mora biti prouzrokovana nezakonitim ili nepravilnim radom uprave, tj. mora proizlaziti iz nezakonitog upravnog akta ili nezakonite upravne radnje. O tome može da odlučuje i sud nadležan za rešavanje upravnih sporova, ako proceni da podaci postupka pružaju dovoljno pouzdan osnov. U protivnom, stranke se upućuju na parnicu.

Ustavni sud kontroliše ustavnost i zakonitost opštih pravnih akata, pa u tom sklopu predmet kontrole mogu biti i podzakonski propisi organa uprave (pravilnici, naredbe i uputstva). I ovaj vid kontrole nije specifičan samo za upravu, jer ustavni sud kontroliše i sve druge opšte pravne akte.² Pored toga, u našem ustavnom i pravnom sistemu postoji i specifična ustavna žalba. „Ustavna žalba se može izjaviti protiv pojedinačnih akata ili radnji državnih organa ili organizacija kojima su poverena javna ovlašćenja, a kojima se povređuju ili uskraćuju ljudska ili manjinska prava i slobode zajemčene Ustavom, ako su iscrpljena ili nisu predviđena druga pravna sredstva za njihovu zaštitu“.³ Budući da odluke kojima se povređuju slobode i prava građana mogu da donesu i najčešće donose organi uprave, u pitanju je takođe jedan vid sudske kontrole uprave.

U užem smislu, pod sudsakom kontrolom uprave podrazumeva se samo kontrola koju sudovi vrše u odnosu na upravnu funkciju. To znači da se, ovako opredeljena, sudska kontrola uprave sastoji u kontroli zakonitosti upravnih akata i vršenja upravnih radnji. Ta kontrola se vrši u posebnom upravno-sudsakom postupku koji se naziva upravnim sporom.

3. Pojam spora

Uobičajeno je da se spor posmatra kao situacija u kojoj postoji sukob između dve strane. „Prema klasičnoj koncepciji, spor koji se iznosi pred sud proizlazi iz suprotstavljanja dve strane koje, u nemogućnosti da pomire svoje odgovarajuće zahteve, traže od suda da to razreši: spor se, dakle, definiše kao konflikt između dva subjekta prava, „Parteistreitigkeit“.⁴ Tako je jedna velika grupa autora smatrala da je postojanje osporavanja („contestation“) bitan element spora, pri čemu su mnogi smatrali i da je postojanje dve suprotstavljenje strane neophodno za spor. Ovakvo shvatanje je bilo predmet kritike čiji je najizraženiji autor bio Leon Digi

² v. Ustav Republike Srbije, član 167.

³ Ustav, član 170.

⁴ J.M.Auby, R. Drago, *Traité de contentieux administratif*, I, LGDJ, Paris, 1962., str. 3.

(Léon Duguit). Tako se, uz priznanje da se u praksi pred sudom najčešće javljaju ovakvi sporovi (sa međusobno suprotstavljenim strankama), isticalo da se jednakomogu u sporu pojaviti pitanja koja nisu vezana za suprotstavljene zahteve stranaka i koja se javljaju jednostavno u formi jednostrane pretenzije ili zahteva. Najbitnije je, smatrao je Digi, da postoje jedno pravno pitanje koje treba razrešiti. Takve situacije, u kojima se javlja pravno pitanje koje treba razrešiti, ne moraju se, naravno, vezivati samo za slučajevе u kojima postoje dve suprotstavljene strane.

U suštini posmatrano, u najvećem broju slučajeva spor podrazumeva slučajevе u kojima dolazi do konflikta između dve suprotstavljene strane, ali je moguće postojanje spora i ako ovaj uslov nije ispunjen. Dovoljno je da neka pretenzija nailazi na otpor, bez obzira na to da li taj koji se suprotstavlja predstavlja, formalno posmatrano, drugu stranu pred sudom. Nerazrešeno pravno pitanje je dovoljno za postojanje spora, a to ne mora podrazumevati dve sukobljene stranke.

4. Pojam upravnog spora u pravnoj teoriji

Pojam upravnog spora se u pravnoj teoriji definiše uz pomoć različitih kriterijuma, a ponekad se vrši i njihova kombinacija. Pri tome treba istaći da su se ovim problemom najviše bavili francuski autori, autori iz zemlje koja je prva stvorila upravni spor, dok se u germanskim zemljama ovom pitanju nije posvećivala veća pažnja. U austrijskoj i nemačkoj teoriji se pojam upravnog spora određuje spram predmeta, pri čemu je opšteprihvaćeno da je to zakonitost upravnog akta.⁵

Pravna teorija nije uspela da pronađe jedinstven kriterijum pomoću kojeg bi se odredio pojam upravnog spora. Jedno od najstarijih i ranije dominantnih shvatanja je shvatanje grupe autora koji određuju upravni spor spram karaktera organa nadležnog za rešavanje. Tako se ističe da je upravni spor takav spor koji se rešava pred *upravnim sudom*.⁶ Ovo shvatanje nije netačno, ali je neprecizno i, smatram, postavljeno tako da se zapada u začarani krug. Tačno je da u nekim zemljama upravne sporove rešava upravni sud, ali takvi sporovi stižu baš pred ovaj sud zato što ispunjavaju neke druge kriterijume, koji im daju atribut „upravni“. Inače, upravni sud se određuje kao takav sud koji rešava upravne sporove! Prema tome, nije sud taj koji daje karakter sporu, nego je posebna vrsta sporova ta koja određuje poseban karakter suda.

⁵ v. W. Antoniolli, Allgemeines Verwaltungsrecht, Manz, Wien, 1954., str. 292.

⁶ M. Waline, Cours de droit administratif, 1946-1947, Paris, str. 83.

Prema drugoj koncepciji, kriterijum za određivanje upravnog spora tiče se stranaka u sporu, pa se kao upravni spor određuje svaki spor u kojem je *jedna od stranaka uprava* ili ponekad i šire, javni organ.⁷ Ovo shvatanje je nepouzdano i neprecizno iz više razloga. Prvo, sporovi u kojima se uprava javlja kao stranka mogu biti i privatnopravnog karaktera. Organi uprave ne vrše samo upravnu delatnost, već i druge delatnosti, od kojih nisu sve podvrgele režimu upravnog prava, pa se ni njihova kontrola ne vrši u upravnom sporu. S druge strane, ima upravnih sporova u kojima se kao stranka ne javlja uprava, odnosno u kojima je predmet spora upravni akt koji je doneo subjekat koji ne pripada državnim organima, ali koji ima ovlašćenje da autoritativno istupa. Ovakvo formalno opredeljivanje pojma upravnog spora zbog svoje nepreciznosti ne može imati veću praktičnu vrednost.

Sledeće shvatanje upravnog spora se vezuje za njegov *predmet*. Veliki broj autora pod upravnim sporom podrazumeva spor koji se tiče vršenja *javne službe*.⁸ Ovakvo teorijsko shvatanje je imalo i svoju podlogu u jurisprudenciji, odnosno u odlukama francuskog Državnog saveta. Veliki broj francuskih autora je isticao da u upravni spor spadaju svi sporovi, bez obzira na karakter, koji su vezani za organizaciju i funkcionisanje upravnih javnih službi.⁹ Neki autori to čine još šire, tako što spor vezuju za delatnost uprave,¹⁰ bez obzira na to kakvog je karaktera sud pred koji se spor iznosi.

Ovako široko i neprecizno određivanje pojma upravnog spora relativno brzo je naišlo na suprotstavljenja shvatanja, ali i na pokušaje da se ovakva definicija bar suzi. Razmišljanja su se kretala, pre svega, u pravcu isticanja da kontroli u upravnom sporu nisu podvrgele sve javne službe, kao i da predmet kontrole ne predstavlja sve što se odnosi na javne službe. Tako je isticano da treba razlikovati pojedine akte i operacije uprave - šta je od toga upravnog karaktera, a šta nije - jer se uočilo da postoje akti i radnje uprave koji imaju upravni karakter i drugi koji imaju identičan karakter aktima i radnjama pojedinaca, dakle privatnopravni karakter.¹¹ Ostaje, međutim, problem kako razlikovati i odvojiti ove dve kate-

⁷ v. A. de Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, treće izdanje, LGDJ, Paris, 1963., str. 321.

⁸ J. Appleton, *Traité élémentaire de contentieux administratif*, Paris, 1927., str. 1. „(...) Pod upravnim sporom se podrazumevaju svi sporovi proistekli iz funkcionisanja javnih službi.“ (R. Odent, *Contentieux administratif*, I, *Les cours de droit*, Institut d'Etudes politiques, Paris, 1965/66., str. 31.)

⁹ R. Odent, *Contentieux*, I, str. 285-286.

¹⁰ P. Duez – G. Debeyre, *Traité de droit administratif*, Paris, 1952., str. 233; R. Bonnard, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, Paris, 1934., str. 138.

¹¹ Bénoit, isto, str. 389.

gorije akata da bismo znali šta potпадa pod kontrolu koju vrše upravni sudovi.

Jedan broj autora upravni spor određuje i *prema karakteru prava* o čijoj primeni je reč, tj. prema tome „da li je spor vezan za pitanje koje spada u javno ili privatno pravo”,¹² odnosno da li su pravna pravila koja su vezana za spor pitanja koja spadaju u upravno pravo. U tom okviru ističe se da celokupna delatnost javnih službi nije bitna za upravni spor, već se mora praviti razlika između javnih i privatnopravnih aktivnosti javnih službi. Sporovi povodom ovog drugog ne spadaju u upravni spor. Ovakav metod „vodi, u principu, tome da upravni sud odlučuje o aktima i radnjama uprave koji su podvrgnuti režimu upravnog prava, a redovni sudovi o aktima i radnjama podvrgnutih režimu privatnog prava”.¹³

U celini posmatrano, može se reći da je francusko „pozitivno pravo formirano klizanjem kriterijuma sa javne službe ka novom kriterijumu koji se zasniva na razlikovanju između javnog i privatnog upravljanja.”¹⁴ Otprilike do početka drugog svetskog rata u francuskoj jurisprudenciji je dominirao kriterijum javnih službi, a tada je polako napušten da bi se formulisalo razlikovanje između javnog i privatnog upravljanja. Ne potпадa pod kontrolu upravnih sudova sve što rade javne službe. „Pod upravno sudstvo spadaju, u stvari, samo one javne službe koje funkcionišu po pravilima javnog prava i pod uslovom da predmet spora nije akt donet po pravilima privatnog prava (...).”¹⁵ Predmet upravnog spora su, dakle, samo akti i radnje doneti u domenu primene pravila upravnog prava. To znači da treba razlikovati aktivnosti javnih organa, kako to Benoa ističe, s jedne strane, „javnog upravljanja” i, s druge strane, „privatnog upravljanja”. Ovaj autor pod javnim upravljanjem podrazumeva akte i materijalne radnje koji se vrše po pravilima upravnog prava. „Javno upravljanje, kao ono koje je uređeno pravilima upravnog prava i koje spada u nadležnost upravnih sudova, čine: a) jednostrane odluke upravnih subjekata, što podrazumeva odluke koje se odnose na organizaciju i funkcionisanje javnih službi, odluke koje se odnose na pojedinice, posebno policijske odluke, opšti status javnih službenika, pojedinačne odluke koje se odnose na funkcionere; b) upravni ugovori (...) c) odgovornost za štetu upravnih javnih službi”.¹⁶

¹² Laubadère, *Traité*, str. 390.; G. Vedel, *Droit administratif*, drugo izdanje, PUF, Paris, 1961., str. 312.

¹³ Isto.

¹⁴ Bénoit, isto, str. 403.

¹⁵ Isto, str. 407.

¹⁶ Isto, str. 416.

Postoje, međutim, i francuski autori koji smatraju da nijedna konцепција isključivo upotrebljena nije dovoljna da se definiše upravni spor. Tako Obi (Auby) i Drago (Drago) daju široku definiciju koja obuhvata i formalne i materijalne elemente, uz kombinaciju pozitivnog i negativnog pristupa. „Pod upravnim sporom se podrazumeva, s jedne strane u organskom smislu, onaj spor u kojem je sa jedne strane javni organ, osim u slučaju ako se spor tiče neupravne aktivnosti tog organa i, s druge strane, u materijalnom smislu, upravni spor je onaj koji se tiče upravne delatnosti bez obzira na to ko su stranke u sporu”.¹⁷

Naši autori su problemu upravnog spora prilazili uglavnom na sličan način kao što se to čini u pravnoj teoriji Francuske i germanskih zemalja, pri čemu postoje i određene razlike. Tako je Lazo M. Kostić isticao da upravni spor predstavlja pravnu kontrolu upravnih akata.¹⁸ „Pitanje zakonitosti jednog upravnog akta, to je predmet administrativnog spora”.¹⁹

Nikola Stjepanović je i pored napomene da „neka opšta definicija upravnog spora ne bi ovde bila od neposredne praktične koristi”,²⁰ to ipak učinio, mada uz poziv na Zakon o upravnim sporovima. U tom smislu on je dao dva pojma upravnog spora. Jedan uži, a drugi širi. „Upravni spor po Zakonu o upravnim sporovima (...) je takav spor koji se vodi o zakonitosti donetog ili pretpostavljenog upravnog akta kod nadležnog suda, bez obzira na to čiji je akt osporen i ko pokreće taj spor. Ovo je uži pojam upravnog spora u nas, spor koji se jedino tako naziva, iako bi se mogao kvalifikovati kao upravni spor svaki spor u vezi sa upravno-pravnim odnosom, povodom upravnog akta, pred sudom ma koje vrste i stepena”.²¹

Slavoljub Popović je, polazeći od teorijskog razlikovanja pojma upravnog spora u formalnom i materijalnom smislu, odredio upravni spor kao takav spor u kojem se rešava o pitanju koje spada u upravno pravo. „Našem pravu stoga je bliže drugo gledište, po kome postoji upravni spor, ako je pravno pitanje koje je u sporu – pitanje upravnog prava. Naime, Zakon o upravnim sporovima vezuje pojam upravnog spora za **pojam upravne stvari**”.²²

¹⁷ Auby, Drago, isto, str. 8.

¹⁸ L.M. Kostić, Administrativno pravo Kraljevine Jugoslavije, treća knjiga, str. 56.

¹⁹ Isto, str. 87.

²⁰ N. Stjepanović, Upravno pravo u SFRJ, Privredni pregled, Beograd, 1978., str. 786.

²¹ Isto, str. 788.

²² S. Popović, B. Marković, M. Petrović, Upravno pravo, opšti deo, prvo izdanje, Savremena administracija, Beograd, 1992., str. 762.

Pavle Dimitrijević je u skladu sa svojim shvatanjem pojma uprave određivao i pojam upravnog spora. Naime, on je smatrao da je upravni spor „spor o zakonitosti vršenja uprave”.²³ Ovaj autor je smatrao da je upravni spor takav spor „u kome se rešava o zakonitosti rada organa koji je doneo upravni akt (odnosno vršio upravu)”,²⁴ dok je sudsku odluku u upravnom sporu posmatrao kao određivanje „sekundarne dispozicije” za donosioca nezakonitog akta, odnosno kao konstataciju da nije bilo nezakonitosti. Time sudski organ učestvuje „u konačnom oblikovanju ‘primarne dispozicije’ koju je odredio izdavalac upravnog akta za lice na koga se akt odnosi”.²⁵

Najzad, treba navesti i jednog od mlađih srpskih autora upravnog prava, koji je nastojao da odredi pojam upravnog spora na nešto drugačiji način nego što je to uobičajeno. Naime, Zoran Tomić je pošao od toga da upravni spor mora imati „osoben upravni supstrat”, tako da se pojam upravnog spora može ispravno odrediti „kroz preciziranje predmeta tog spora i razloga pokretanja, odnosno njegove svrhe”.²⁶ Tako Tomić smatra da se upravni spor može definisati „kao pravno respektujuća (priznata) situacija, nastala podnošenjem tužbe protiv određenog konkretног rezultata upravnog rada – upravnog akta (pravne pojedinačne autoritativne odluke donesene u tzv. upravnoj stvari kroz upravni postupak), za koji legitimisani tužilac nalazi da je nezakonit i traži njegovo definitivno eliminisanje iz pravnog poretka. Upravnim sporom (prema našem Zakonu o upravnim sporovima) smatra se i situacija nastupila podnošenjem tužbe usmerene na traženje od suda da naredi preuzimanje upravnog rada (upravnog akta) za koji tužilac tvrdi da je tom prilikom nezakonito izostao od strane nadležnog organa”.²⁷

5. Upravni spor u zakonodavstvu

Kao i mnogi drugi pojmovi u upravnom pravu, tako i upravni spor spada u pojmove koji su retko definisani propisima pojedinih zemalja.²⁸ Takva definicija ne postoji ni u Francuskoj, a ni u germanskim i anglosaksonskim zemljama.

²³ P. Dimitrijević, *Osnovi upravnog prava*, Pravni fakultet u Beogradu, 1983., str. 339.

²⁴ Isto, str. 340.

²⁵ Isto

²⁶ Z. Tomić, *Upravno pravo*, Nomos, Beograd, 1991., str. 525.

²⁷ Isto, str. 525-526.

²⁸ „Upravni spor nikada nije definisan zakonom, niti su nabrojane materije koje ga čine”. (R. Odent, isto, str. 63).

Naš pozitivno-pravni pojam upravnog spora predviđen je u Zakonu o upravnim sporovima. Naš zakonodavac se opredelio za materijalno određenje pojma upravnog spora. Naime, već u prvom članu ovog zakona je predviđeno da je upravni spor „o zakonitosti akata kojima državni organi i preduzeća ili druge organizacije koje vrše javna ovlašćenja rešavaju o pravima ili obavezama fizičkih lica, pravnih lica ili drugih stranaka u pojedinačnim upravnim stvarima“.²⁹ Istim propisom (član 6) data je i definicija upravnog akta, po kojoj je upravni akt svaki akt kojim državni organ ili nedržavni subjekat u vršenju javnih ovlašćenja rešava o određenom pravu ili obavezi određenog pojedinca, pravnog lica ili druge stranke u upravnoj stvari.

Prema tome, predmet upravnog spora je kod nas zakonitost upravnog akta, pri čemu se upravni akt vezuje za upravnu stvar. Međutim, zakonodavac nije odredio ovaj materijalni kriterijum za razlikovanje upravnih akata od drugih pravnih akata, pa je to ostalo kao zadatak pravne doktrine.

Pored upravnog akta, predmet upravnog spora može biti i čutanje uprave. Naime, upravni spor se može pokrenuti i kad nadležni organ o zahtevu, odnosno o žalbi stranke nije doneo odgovarajući upravni akt.³⁰ U tom slučaju se pretpostavlja da je žalba stranke odbijena, odnosno nastaje situacija kao da je donet negativan upravni akt. Međutim, sud faktički ne raspravlja o fiktivnom negativnom upravnom aktu, već o razlozima nedonošenja upravnog akta i osnovanosti tužbe, te ako nađe da je tužba osnovana, presudom će uvažiti tužbu i odrediti da nadležni organ doneše rešenje (član 41, stav 5).

Tužba za pokretanje upravnog spora zbog čutanja uprave služi u prvom redu tome da stranka realizuje svoje pravo na izdavanje upravnog akta. Stranka ima pravo da joj bude izdat upravni akt (pozitivan ili negativan), pa ako to izostane, može da se obrati sudu. Međutim, smisao podnošenja tužbe zbog čutanja uprave time se ne iscrpljuje, jer stranka ima interes i da o njenom zahtevu bude pozitivno rešeno, ukoliko se, naravno, zahtev zasniva na zakonu. Stranka ne pokreće upravni postupak, pa ni upravni spor, radi toga da o njenom zahtevu bude rešeno, nego da bude *pozitivno* rešeno. Stranka hoće da stekne neko pravo ili da joj bude umanjena, odnosno ukinuta neka ranije nametnuta obaveza. Stoga se ne bi moglo reći da je cilj pokretanja upravnog spora zbog čutanja uprave samo u tome da se obezbedi donošenje upravnog akta. Cilj je i u tome da stranka ostvari i zaštititi svoja prava i pravne interese ukoliko to nije uspela

²⁹ Zakon o upravnim sporovima, „Službeni list SRJ“, br. 46/96., član 1.

³⁰ Zakon o upravnim sporovima, član 8.

pred nadležnim organima uprave.³¹ Uostalom, nijedan upravni spor se ne vodi samo zato da bi sud doneo presudu, nego zato da bi sud doneo takvu presudu koja će omogućiti da stranka ostvari i zaštititi svoja prava i pravne interese. Zašto bi u tom pogledu spor zbog čutanja uprave bio izuzetak? Ovaj smisao tužbe za pokretanje upravnog spora zbog čutanja uprave još je vidljiviji u onim zemljama u kojima sud više uopšte ne vraća predmet organu uprave na ponovno odlučivanje, nego mora sam da reši u sporu pune jurisdikcije (kao npr. u Austriji).

Konačno, predmet upravnog spora može biti i nešto što inače u materijalnom smislu ne spada u upravni spor. To je pitanje povraćaja stvari i naknade štete. Ovo ubičajeno predstavlja predmet parničnog postupka, a ne upravnog spora. No, ukoliko je to povezano sa upravnim aktom o kome sud odlučuje u upravnom sporu, racionalno je da se nakon odluke o aktu odluči i o ovim pitanjima. Međutim, to nikada nije osnovni predmet upravnog spora, već uzgredni. O pitanjima koja se tiču povraćaja oduzetiih stvari i naknade štete sud nikada ne može samostalno rešavati u upravnom sporu. Sud uvek rešava o zakonitosti nekog konačnog upravnog akta ili čutanja uprave, a pored toga, može, uzgredno, odlučivati i o povraćaju stvari, odnosno naknadi štete. Razlog što se u upravnom sporu odlučuje o nečemu što inače spada u parnicu (naknada štete i povraćaj stvari) tiče se povezanosti sa nekim upravnim aktom. Naime, šteta je nastala kao posledica nekog upravnog akta, odnosno neke stvari su oduzete upravnim aktom. Stoga je racionalno, nakon što se odluči o zakonitosti upravnog akta kojim je ovo izazvano, da se odluči i o posledicama tog akta. Međutim, u ovom pogledu nikada ne postoji automatizam. Prepostavka za korišćenje ove zakonske mogućnosti jeste da sud proceni da utvrđeno činjenično stanje pruža pouzdan osnov za odlučivanje. U protivnom, uputiće tužioca da svoj zahtev ostvari u parnici.

6. Pojam upravnog spora

Pojam upravnog spora mora da odgovara potrebama svakog konkretnog pravnog sistema i teško je dati bilo kakvu apstraktnu definiciju koja bi mogla da se koristi univerzalno. U tom smislu, i definicija upravnog spora koja bi odgovarala potrebama našeg pravnog sistema ne sme da se udalji od pozitivnog prava. Teorijska definicija može samo da bude sažetija u odnosu na pozitivno-pravni pojam, ali i ona mora da sadrži sve neophodne i dovoljne elemente.

³¹ Drugačije o tome Z. Tomić, navedeno delo, str. 535-536.

Imajući u vidu važeće pravo Srbije, može se reći da pojam upravnog spora obuhvata sledeće elemente:

- upravni spor predstavlja vid sudske kontrole uprave;
- u upravnom sporu se kontroliše vršenje upravne delatnosti;
- predmet upravnog spora je zakonitost upravnog akta;
- upravni akt koji se kontroliše mora biti konačan u upravnom postupku.

Ako se svi ovi elementi uzmu u obzir, onda se može reći da je upravni spor *sudska kontrola zakonitosti konačnih upravnih akata*. Ovo bi bio opšti pojam upravnog spora, pri čemu se kao predmet upravnog spora može uzgredno javiti i pitanje povraćaja stvari i naknade štete, ali samo ako je to povezano sa zakonitošću nekog konačnog upravnog akta. Najzad, upravni spor može da se vodi i ako nije donet upravni akt, u slučaju čutanja uprave, pri čemu se postupa isto kao da je donet negativan konačan upravni akt.

*Dragan Milkov, Ph. D., Full Professor
Novi Sad School of Law*

On the notion of the administrative dispute

Abstract

Judicial review of administration is the control of administration exercised by the courts. Judicial review is a procedure by which courts supervise the exercise of public administration. The object of this control is the legality of the main activity of the administration, i.e. administrative power. The notion of the judicial review of administration is based primarily on two elements. First element is conflict between citizen and administration. A person who feels that an exercise of administrative power is unlawful, perhaps because it has violated his or her rights, may apply to the court for judicial review of the decision. There is no universal definition of the judicial review of administration which could be applied in all countries. Taking into account actual Serbian laws, we could say that the judicial review of administration is the control of individual administrative decisions, concerning rights and obligations of the concrete persons.

*Dr Predrag Jovanović, redovni profesor
Pravnog fakultet u Novom Sadu*

RADNOPRAVNI OKVIRI INDUSTRIJSKE DEMOKRATIJE U SRBIJI¹

Sažetak: Radnopravne okvire industrijske demokratije, prevashodno, čine kolektivna prava zaposlenih i poslodavaca (pravo na strukovno organizovanje i delovanje, pravo na kolektivno pregovaranje, saodlučivanje zaposlenih kod poslodavca, prava u vezi sa rešavanjem kolektivnih radnih sporova – mirnim putem i putem pritiska. U radu se izdvajaju aktuelni aspekti navedenih okvira u Srbiji.

Ključne reči: Industrijska demokratija, sindikalne slobode, sindikati, socijalni dijalog, kolektivno pregovaranje, participacija u upravljanju.

1. Uvod

Vreme tranzicije u Srbiji je u toku. U ekonomskom smislu, tranzicija je proces transformacije, prevođenja društvene i državne svojine u privatnu. U političkom smislu, tranzicija je proces jačanja ukupne demokratičnosti društva. U pravnom smislu, tranzicija je proces harmonizacije našeg prava sa međunarodnim i evropskim pravom, te obezbeđivanja normativnih okvira za ostvarivanje ekonomske i političke strane tranzicije.

Jedan od krupnih ciljeva tranzicije jeste jačanje političke demokratije, na temelju odgovarajućeg normativnog uobičavanja, efikasnog funk-

¹ Ovaj tekst je rezultat rada u 2007. godini na projektu *Srpsko i evropsko pravoteorijski, sociološki, istorijski, pozitivnopravni i ekonomski aspekti*, čiji je nosilac Pravni fakultet u Novom Sadu, a u okviru projektne teme *Radnopravni okviri harmonizacije našeg prava i evropskog prava*.

cionisanja i zaštite građanskih i političkih sloboda i prava. Paralelno sa tim radi se i na izgradnji odgovarajućeg normativnog okvira za utemeljenje i funkcionisanje industrijske demokratije. Glavne koordinate tog normativnog okvira čine kolektivna prava zaposlenih i poslodavaca (sindikalne slobode i prava zaposlenih i poslodavaca; pravo na kolektivno pregovaranje predstavnika zaposlenih i poslodavaca; pravo zaposlenih na učešće u upravljanju preduzećem; prava zaposlenih i poslodavaca u vezi sa rešavanjem kolektivnih radnih sporova – mirnim putem i putem pritiska). Mi čemo se ovom prilikom zadržati na onim kolektivnim pravima koja po svojoj funkcionalnoj dimenziji i redovnom toku stvari rezultiraju industrijskom demokratijom, ili bar otvaraju prostore za tu demokratiju. Polazimo od teze da su kolektivna prava, uglavnom, normativna stvarnost, a industrijska demokratija budućnost koja je počela. Prava u vezi rešavanja industrijskih sporova koriste se u ekscesnim prilikama, tj. onda kada se, zapravo, funkcionalna dimenzija sindikalnih prava, socijalnog dijaloga i kolektivnog pregovaranja, te participacije zaposlenih ne odvija na definisani, i shodno tome potrebni način.

U svakom slučaju, politička i industrijska demokratija su komplementarna polja iskazivanja ukupne demokratičnosti jednog društva.² Ukupna demokratičnost, dakle, ne može se iskazivati samo kao oblik građanskog predstavljaštva zasnovanog na partijskom pluralizmu i na njemu zasnovanoj ustavnoj strukturi države, već je potrebno sa njom povezati i demokratiju u industrijskim odnosima zasnovanoj na radničkom predstavljaštву u okviru i preko svih institucionalnih formi za odlučivanje o uslovima rada.

Tranzicija u Srbiji je išla dosta specifičnim putevima. Redovni putevi tranzicije, u političkom smislu, kako je već rečeno, podrazumevaju postepenu i mirnu izgradnju demokratskih institucija za izražavanje političkih interesa u okviru višepartijskog sistema. U ekonomskom smislu, tranzicija znači „prevodenje“ državne i društvene svojine u privatnu, sa čitavom lepezom procesa u vezi organizacionog prestrukturiranja privrede i drugih delatnosti, liberalizacije tržišta itd. Međutim, naša tranzicija je išla ne samo „redovnim“ putevima koji vode preko mirne ekonomske,

² Ukupna demokratičnost, između ostalog, jeste odlučujući kriterijum za pridruživanje i učlanjenje pojedinih zemalja u EU. Cilj je da se obezbedi sličnost u „socijalno-političkoj supstanci“ između EU i zemlje koja pretenduje na učlanjenje. Socijalno-politička supstanca EU je bazirana na principu nedeljivosti ljudskih prava (podvučen naročito u Deklaraciji o ljudskim pravima, koju je usvojio Evropski savet 29. juna 1991. godine), tj. na jednakom naglašavanju građanskih i političkih prava, sa jedne strane, i ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava, sa druge strane. Na ovoj drugoj strani nalaze se i gore navedena kolektivna prava zaposlenih i poslodavaca.

političke i socijalne transformacije (brže ili sporije), mi smo išli i „vandrednim“ putevima ili stranputicama (ratovi, sankcije, bombardovanja...). U svakom slučaju, za proteklih sedamnaest godina tranzicije, nije se puno odmaklo na putu ka industrijskoj demokratiji. Svojevrsnu kočnicu na tom putu predstavljali su i problemi u funkcionisanju navedenih kolektivnih prava zaposlenih i poslodavaca.

Industrijska demokratija je immanentna industrijski razvijenim sredinama. Ona označava izvesne odnose u koje stupaju najvažniji akteri industrijskih odnosa – posednici kapitala i radnici. Ovi odnosi se tiču demokratskog rešavanja uslova rada i uspostavljanja „ljudskih odnosa“ (*human relations*) u industriji. To se postiže preko socijalnog dijaloga, kolektivnog pregovaranja, učešća radnika u upravljanju preduzećem, a u eksčnim slučajevima preko mirnog rešavanja sporova (mirenje, posredovanje, arbitraža).

U teoriji i praksi industrijske demokratije, izraz „industrijska“ uglavnom se koristi kao figurativna oznaka za ukupnu privredu, a kod pojedinih autora označava i odnose u vanprivrednim delatnostima. U svakom slučaju, odnosi između posednika kapitala i zaposlenih u vanprivrednim delatnostima ne mogu se izuzeti iz jednog postojećeg sistema industrijske demokratije. Između ostalog, ovo i zbog toga jer se pomenuta kolektivna prava, kao normativni okvir za industrijsku demokratiju, odnose na sve zaposlene i poslodavce – i u privredi i u vanprivredi. Samim ostvarivanjem tih prava uspostavlja se industrijska demokratija. Zato ćemo ovom prilikom koristiti pojам industrijske demokratije u njegovom širem značenju.

Sem toga, treba dati još jednu napomenu. Osnovno pitanje industrijske demokratije jeste pravo na učešće u upravljanju (participacija zaposlenih u upravljanju). Ali i u vezi sa ovim, pojам industrijske demokratije ćemo koristiti u širem značenju. Zapravo, pravni sadržaj industrijske demokratije je omeđen pomenutim kolektivnim pravima. Mislimo da bi se pojам industrijske demokratije značajno sadržinski reducirao ukoliko bi se vezivao samo za participaciju zaposlenih u upravljanju. Na primer, ne može biti i neće funkcionisati ni učešće zaposlenih u upravljanju ni industrijska demokratije bez demokratske organizacije i strukture glavnih aktera te demokratije (socijalnih partnera), njihovih međusobnih demokratskih odnosa i dijaloga. Pitanje je da li socijalni partneri (država, strukovne organizacije zaposlenih i poslodavaca) mogu biti glavni akteri industrijske demokratije, ako sami po sebi nisu demokratske organizacije, ako njihov dijalog i međusobni odnosi nisu demokratski itd. Nedvosmisleno ovde se može dati određan odgovor.

Ipak i pre svega, od toga kakav stav imaju zaposleni i njihovi sindikati prema industrijskoj demokratiji, u najvećoj meri zavisi hoće li te demokratije biti ili neće. Teško je pretpostaviti da će industrijsku demokratiju njima „nametnuti“ država ili poslodavci. Međutim, i među poslodavcima već odavno (oko 150 godina unazad) postoji „raspoloženje“ da se na dobrovoljnoj osnovi izglađuju industrijski sukobi i sporovi. Tu leže koreni tzv. „human relations“ pristupa problemima odnosa u oblasti rada. Jer, poslodavci iz ekonomskih razloga (veća produktivnost) i socijalnih razloga (industrijski mir) uključuju radnike i njihove sindikate u odnose dogovaranja i saodlučivanja o nekim pitanjima vezanim za uslove rada. Alternativa ovakvom pristupu su direktnе akcije zaposlenih (štrajkovi), koje rezultiraju kraćim ili dužim prekidima rada i ogromnim brojem izgubljenih radnih sati, sa jedne strane, i socijalnim nemirima, sa druge strane, a koji, u krajnjoj liniji, provociraju intervenciju države. Država će, dalje, sa svoje strane, uz lepezu ekonomskih i socijalnih interesa, u industrijske odnose ugraditi i političke interese, više ili manje. Tako se otvara realna mogućnost tzv. politizacije industrijskih odnosa, što može pogodovati ili ne pogodovati njenom razvoju, zavisno od niza postojećih društveno-političkih i ekonomskih okolnosti.

Poslednjih godina, naročito sa porastom apatije i među zaposlenima i među nezaposlenima, a koje najdirektnije pogadaju problemi tranzicionih tokova (gubitak zaposlenja i teško nalaženje novog posla), sve češće se pokreću pitanja u vezi pozicije i uloge koju imaju sindikati kao radničke organizacije koje su najpozvanije da štite interes svoga članstva.

2. Aktuelna pitanja sindikalnih prava i delovanja sindikata

Pravo na sindikalno organizovanje je osnovno kolektivno pravo zaposlenih.³ Od toga kako funkcioniše ostvarivanje ovog prava, zavisi i ostvarivanje drugih kolektivnih prava i ukupnog sistema industrijskih odnosa (socijalni dijalog, kolektivno pregovaranje, rešavanje industrijskih konflikata itd.). U normativnoj sferi, sindikalne slobode i prava su definisane, uglavnom, u duhu međunarodnih standarda. Ali, njihova funkcionalna dimenzija, koja se ispoljava u okviru i preko delovanja sindikalnih organizacija, zavređuje posebnu pažnju. Ova dimenzija je posebno naglašena u uslovima tranzicije.

³ Prema praksi normativnog regulisanja sindikata ili tredjuniona u svetu, oni mogu biti organizacije ne samo radnika već i poslodavaca. Uobičajena je upotreba ovog naziva kada su u pitanju organizacije radnika i u ovom radu o njima ćemo govoriti.

U praksi tranzicije velikog broja zemalja, kao i naše, došlo je do marginalizacije sindikalnog delovanja. Mnogo razloga je doprinelo tome. Neki razlozi su vezani za objektivno okruženje (nastalo usled tranzicionih promena), a neki za same sindikate, njihove međusobne odnose, organizaciju, programska opredeljenja itd. Sama tranzicija, u ispoljavanju svoje (gore pomenute) i ekonomске i političke strane, dovela je do posledica koje bitno otežavaju rad sindikata. Prvo, privatizacioni procesi su značajno reducirali članstvo u sindikatima (praksa pokazuje da jačanje privatnog sektora i rast sindikalnog članstva stoje u obrnutoj proporciji). Zatim, intenziviranje proizvodnje, jačanje produktivnosti po osnovu podizanja tehničko-tehnološkog nivoa rada, rezultiralo je otpuštanjem radnika i drastičnim rastom broja nezaposlenih.⁴ Dalje, jačanje političkog i sindikalnog pluralizma, što jeste tranziciona neminovnost u sferi jačanja političke i industrijske demokratije, „nenaviknute“ sindikate tom pluralizmu dovodi u nova iskušenja i probleme. U kontekstu rečenog, ukazaćemo na neka aktuelna pitanja sindikalnog delovanja.

Počećemo sa konstatacijom da su nastajanje i razvoj industrijske demokratije istorijski nerazdvojno povezani sa ostvarivanjem i zaštitom sindikalnih sloboda i prava. Respektovani i autonomni sindikati su uvek bili, a i danas u tranziciji to jesu, praktični zahtev industrijske demokratije.

Sindikati unose demokratiju u industriju izgrađujući sebe kao demokratsku organizaciju radnika i kao protivtežu i partnera naspram države, poslodavaca i njihovih organizacija. Kao glavni i legitimni predstavnici interesa radnika, oni moraju ostati nezavisni i biti u ulozi „opozicije“ u industrijskim odnosima. U protivnom njihova legitimnost se gasi. Šta više, za razliku od „opozicije“ u političkom životu, koja pre ili kasnije može doći na vlast, sindikat se mora pomiriti sa istorijskom ulogom „večitog opozicionara“. Sindikat po definiciji - kao strukovna, a ne politička organizacija, se ne bori za vlast. Ovo je aksiom sindikalnog delovanja. Sa ovim ne treba mešati činjenicu da su moguće izvesne programske podudarnosti pojedinih političkih partija (naročito leve orijentacije – radničke, socijal-demokratske, socijalističke partije) i sindikalnih programa. To može poslužiti i kao osnov eventualne part-

⁴ Prema nekim grubim analizama, u Srbiji ima preko milion evidentiranih nezaposlenih lica. Pritom, više od 170.000 radnika je izgubilo posao usled privatizacionih procesa i prestrukturiranja privrede, a očekuje se da još oko 200.000 radnika ostane bez posla, usled istih procesa (Dokumenti Saveza samostalnih sindikata Srbije, Beograd, 2007, str.4.).

nerske saradnje ili međusobnog „lobiranja“ u političkoj, odnosno sindikalnoj sferi delovanja. Sem toga, u praksi je teško izbeći da članovi pojedinih sindikata, kao politička bića, ne budu i politički angažovani u okviru i preko određenih političkih partija. Konačno, postoje istorijske činjenice o uspešnoj „simbiozi“ sindikalnih i političkih programa, a koja je istovremeno usmerena na ostvarivanje i sindikalnih (prema poslodavcima) i političkih (prema vlasti) ciljeva (nastanak Laburističke partije u Velikoj Britaniji).⁵ Ipak, ove simbioze su karakteristične, obično, u fazama nastajanja pojedinih sindikata ili partija. Primer nastajanja Laburističke partije u Engleskoj, kao masovne radničke političke partije, je rezultat veoma uspešnog zajedničkog delovanja tadašnjih sindikata i tadašnje „levice“ u odnosima sa poslodavcima (kapitalistima). Ukoliko se „sindikalno-politička saradnja“ nastavi, i nakon osnivanja partije ili sindikata, onda to funkcioniše po principu jasne podele uloga. Političke partije prihvataju punu autonomiju sindikata u ostvarivanju njihovih programskih ciljeva. To daje perspektivu njihovoj partnerskoj saradnji. I u našim uslovima tranzicije i sindikalnog pluralizma bilo je primera izvesnog „zbližavanja“ sindikalnih i političkih organizacija. Ali, njihovo partnerstvo tj. uloge nisu bile jasno podeljene (dolazilo je do preplitanja), zbunjivanja članstva, te rezultati tog zbližavanja nisu tako impozantni, o čemu svedoče činjenice o ukupnom opadanju članstva, nerazvijenog socijalnog dijaloga i kolektivnog pregovaranja, rudimentalnim formama participacije zaposlenih u upravljanju itd.

Postoji i praksa, u zemljama sa razvijenom i stabilnom industrijskom demokratijom, da sindikati, sami po sebi, mogu imati i izvesne političke ciljeve i aktivnosti. Opet u Engleskoj, prema Zakonu o sindikatima i radnim odnosima iz 1992. godine, sindikati mogu imati određene političke ciljeve, shodno strogim pravilima i uslovima predviđenim statutom, a koji se preispituju svake desete godine. U ove svrhe

⁵ Interesantno je ukazati na okolnosti koje su uticale na osnivanje Laburističke partije. Ona je osnovana na samom početku XX veka. Pre toga, krajem XIX veka, u Velikoj Britaniji radnički pokret nije imao značajnijih uspeha u direktnim štrajkačkim akcijama. Posle jednog neuspelog štrajka u železničkoj kompaniji Taf Vejl, ova kompanija je tužila predstavnike sindikata (čije je članstvo štrajkovalo), jer sindikatima tada nije priznavano svojstvo pravnog lica, a sud ih je osudio za naknadu štete. Ova iznenadujuća odluka suda ubrzala je političko zbližavanje sindikata (tredjunaiona) i političkih organizacija „levice“. Rezultat toga je osnivanje Komiteta za radničko predstavništvo 1900. godine, čiji je zadatak bio da putem parlamentarnih izbora obezbedi odgovarajuće radničko parlamentarno predstavništvo. Taj Komitet je 1906. godine transformisan u Laburističku partiju. Kasnije, veliki broj sindikata biva kolektivno uključen u ovu pariju.

oni mogu osnivati i tzv. političke fondove za finansiranje takvih aktivnosti.⁶

Zatim, kao što je višepartijski sistem, u političkom životu, najviši domet i merilo političke demokratije, tako je i sindikalni pluralizam imanentan industrijskoj demokratiji. Ako su politička i industrijska demokratija neodvojive strane ukupne demokratičnosti društva, onda i akteri ovih dveju demokratija moraju da dele istu sudbinu političkih i socijalnih transformacija društva (pluralizam nosilaca političkih, ekonomskih i socijalnih interesa). Tranzicija upravo to i zahteva. Naposletku, industrijsaka demokratija, po svojim aksiološkim vrednostima, podrazumeva sindikalni pluralizam. Teze o sindikalnom unitarizmu ili monizmu, koje se još uvek zagonjavaju, suprotne su demokratskim zahtevima u pogledu konkurenkcije sindikalnih programa, sindikalnog delovanja i sindikalne reprezentativnosti.⁷ Kao protiv-argument ovome često se ukazuje na evropski centralizam u sindikalnom organizovanju, a što zaista može da učvrsti sindikalnu monolitnost. Međutim, uslov za to jeste stabilno društveno-ekonomsko i političko uređenje, te da je sindikat zaista jak, nezavisan i autonoman u odnosu na vlast i poslodavce. Sa druge strane, postoje i primeri uspešnog sindikalnog delovanja po principu sindikalnog decentralizma (SAD, Japan), a koji je primereniji potrebi, ako ona postoji, za oslobođanjem od pritska sindikalnih centrala koje, manje ili više, mogu biti „u vezi“ sa političkim i stranačkim organizacijama.

U našim uslovima tranzicije danas, sindikalni pluralizam kakav mi imamo, pokazao je više negativnih nego pozitivnih strana. To, na prvi pogled, čini opravdanim teze o sindikalnom monizmu. Ukazaćemo na neke negativne strane.

Početak tranzicionih procesa kod nas obeležili su počeci političkog pluralizma. Kao što smo rekli, promene u pravcu jačanja političke demokratije su nezamislive bez promena u pravcu jačanja industrijske demokratije. I odgovarajući normativni okviri za to počinju da se ustanovljavaju krajem osamdesetih i početkom devedesetih godina prošlog veka. Te normativne okvire označavaju amandmani na Ustav SFRJ iz 1988. godine, Zakon o osnovnim pravima iz radnog odnosa iz 1989. godine, a na temelju ovih akata, zatim i propisi koji su za svoj predmet regulisana imali određena kolektivna prava zaposlenih (propisi o kolektivnim ugovorima, o štrajku i drugi).

⁶ Gillian S. Morris and Timothy J. Archer, *Collektive Labour Law*, Oxford and Portland, Oregon, 2000, str. 116, 117.

⁷ Praksa unitarnog sindikalizma je pokazala i svoje dobre i svoje loše strane, ali je zapamćena po lošim, i kod nas i u svim socijalističkim istočnoevropskim zemljama, (Solomon M. Schwarz, *Labor in the Soviet Union*, Praeger-New York, 1960, str.303.).

Začeci političkog pluralizma značajno su uticali i na pojavu sindikalnog pluralizma. Na sindikalnoj sceni, pored Saveza samostalnih sindikata Srbije („stari sindikat“), javljaju se „novi sindikati“. Početkom devedesetih godina formira se Ujedinjeni granski sindikat „Nezavisnost“, a krajem devedesetih godina rađa se još jedan sindikat – Asocijacija slobodnih i nezavisnih sindikata. Formirano je još dosta drugih manjih sindikalnih organizacija, ali pomenute tri asocijacije su najznačajnije na sindikalnoj sceni Srbije.

Osnovna negativna strana našeg sindikalnog pluralizma jeste umanjenje ukupne sindikalne moći i prema spolja – prema poslodavcima i državi (marginalizovanje socijalnog dijaloga i kolektivnog pregovaranja), i prema unutra – prema sopstvenom članstvu (opadanje članstva). Ovo zbog toga jer su različiti sindikati različito videli tranzicionu stvarnost i ulogu sindikata u njoj. Neki su više a neki manje se vezivali za političke strukture te stvarnosti, a ozbiljne saradnje među njima samima nije bilo. Jednim delom to je i posledica dotadašnjeg sindikalnog unitarizma i shvatanja da sindikat malo toga može da uradi sam, bez pomoći političkih struktura.⁸ Sindikati kao da nisu dorasli tranzicionoj stvarnosti (uz odsustvo pravilnog razumevanja te stvarnosti) i potrebi da uspešno amortizuju socijalno nezadovoljstvo koje neminovno prati vlasničke i socijalno-političke promene.⁹ Ključno pitanje razumevanja stvarnosti, za sindikat kao interesnu organizaciju, jeste razumevanje interesne pozicije u kojoj se nalaze sami sindikati i njihovo članstvo. Naime, tranziciju karakteriše obilje ekonomskih, socijalnih i političkih interesa (interesi privrednih subjekata, države, političkih stranaka, sindikata). Interesna sprega, u uslovima tranzicije, između predstavnika vlasti i predstavnika kapitala je dosta logična, jer radi se o transformaciji društvene (radničke) svojine u privatnu. Izgrađuju se, umesto društveno-svojinskih, pravno-svojinskih, kapitalistički odnosi. Država je ta koja definiše, organizuje i sprovodi procese transformacije i izgradnje navedenih odnosa. U susret takvim procesima i odnosima, po interesnoj logici, naravno da će brže ići i koperativniji biti vlasnici kapitala (poslodavci) nego radnici. Tog „prirodnog savezništva“ vlasti i kapitala sindikati moraju biti svesni. Dakle, u

⁸ U predtranzpcionom periodu, kod nas, sindikati su bili i normativno i praktično vezani za političke strukture (partiju i državu). Propisima je sindikat bio definisan kao drštveno-politička organizacija, a praktično i funkcionalno najtešnje povezan sa Savezom komunista Srbije.

⁹ U zemljama sa razvijenim industrijskim odnosima i demokratijom sindikati su svoju poziciju postepeno i dugo izgrađivali isključivo na partnerskoj i interesno-ekonomskoj osnovi, bez ideološkog programskog i praktičnog usmeravanja, i tako izgradili ulogu autonomnog, sposobnog i respektovanog aktera industrijskih odnosa.

uslovima sindikalnog pluralizma, „prirodni saveznici“ mogu biti samo sindikati međusobno, a prema vlasti i poslodavcima mogu biti samo partneri. Pritom, partnersko poštovanje sindikata, od strane države i poslodavaca, je direktno proporcionalno stepenu „savezništva“ i jedinstva među sindikatima.

Prema tome, ukoliko ranija iskustva dovoljno ne opominju, onda drastično pogoršanje makroekonomskih prilika (velika nezaposlenost, problemi privatizacije, neredovna isplata i pad realnih zarada), prosto nalažu otvorenu, ili makar prečutnu, saradnju svih sindikata, paralelno i na svim nivoima (od fabričkog do nacionalnog), uz istovremenu izgradnju partnerskog i jedinstvenog nastupa prema poslodavcima i državi.

Uz pomenuta aktuelna pitanja međusindikalnih odnosa i odnosa sindikata prema ostalim socijalnim partnerima, odavno se postavljaju i pitanja tzv. birokratizacije sindikata i njihovog (kao takvih) mesta u industrijskim odnosima. Već smo podvukli dva osnovna postulata sindikalnog delovanja : (a) sindikati su jedini legitimni predstavnici interesa radnika; (b) oni moraju ostati nezavisni i u ulozi opozicije u undustrijskim odnosima (organizovane opozicije - kao najvišeg dometa industrijske demokratije). Birokratizacija sindikata, po sebi, može da ugrozi opravdanost pomenutih postulata.

Uopšte, birokratizacija je proces imantan savremenim društvima. Deo društva su i sindikati, te birokratizacija kao opšti proces zahvata i njih. Pod birokratizacijom sindikata može se smatrati opadanje demokratičnosti u njihovom radu. To je proces u kome sindikalno rukovodstvo stiče visok stepen samostalnosti u artikulisanju interesa i donošenju odluka, u odnosu na članstvo koje predstavljaju. U drastičnim slučajevima, opšti sindikalni (radnički) interesi interpretiraju se kroz prizmu posebnih interesa rukovodećih struktura.

Pojavi birokratizacije sindikata pogoduje i mnoštvo objektivnih faktora. Najveći broj tih faktori vezan je za samu činjeničnu podlogu sindikalnog delovanja. Naime, činjenica je da se od sindikata zahteva da budu veliki, jaki i finansijski samostalni, a za to su potrebni odgovarajući kadrovi i sredstva. Što se tiče kadrova, izvesno je da obrazovna struktura sindikalnog članstva nije na zavidnom nivou, a što se tiče sredstava – članarina u većini sindikalnih organizacija nije veliki izvor (nedostatak posla – mala stvarana zaposlenost, neredovne isplate zarada, male zarade itd.). Naime, više i visoko obrazovanih članova sindikata je relativno malo, pogotovo na rukovodećim pozicijama. Još uvek je rašireno shvatanje da je sindikalni rad „drugorazredni posao“. Prema tome, hteli ili ne sindikati se okreću profesionalizaciji rukovod-

stva, tj. „menadžerskom“ načinu rukovođenja (što posebno važi za najviše nivoe sindikalnog organizovanja). Ovakav način rukovođenja, računa se, može da obezbedi potrebnu stručnost i znanje u prepoznavanju i definisanju interesa članstva, u komunikacijama sa ostalim socijalnim partnerima, ali i odgovarajuće finansijske izvore neophodne za funkcionisanje sindikata. Dakle, ova nužnost u sindikalnom delovanju ne može biti osporavana. Ali od te nužnosti do „nelojalne kooperacije“ sa poslodavcima ili državom postoji samo jedna prepreka koja se zove etički odnos rukovodioca prema interesima sindikalnog članstva i njegova moralna čistota. Nije retkost da pomenutu „nelojalnu kooperaciju“ priželjkuju i podržavaju (raznim privilegijama) i same poslodavačke i političke strukture, zavisno od postojećih ekonomskih, socijalnih i političkih interesa. Tako sindikati (sindikalne centrale) umanjuju ulogu opozicionara.

Naravno, rečeno se ne odnosi samo na više nivoe sindikalnog organizovanja. To je problem sindikata i na nivou poslodavca. Izvorište tog problema, pre svega, jesu finansijski odnosi između sindikalnih predstavnika i poslodavca, ili bolje rečeno - njihova zloupotreba. To je lako izvodljivo, jer finansijska zavisnost sindikata od poslodavaca, na ovom nivou organizovanja, je maksimalno izražena. Gotovo celokupna materijalna osnova sindikalnog delovanja kod poslodavca obezbeđena je sredstvima poslodavca (prostorije, oprema, zarada i druge novčane naknade sindikalnih predstavnika). Pomenuti problemi, na ovom nivou sindikalnog delovanja, imaju posebnu specifičnu težinu, jer oko 95% sindikalnog članstva je obuhvaćeno tim nivoom.

Navedeni problemi „birokratizacije“ sindikata i njegove „nelojalne kooperacije“ sa poslodavcima, najčešće rezultiraju gubljenjem članstva i atributa demokratičnosti, a koju demokratičnost inače deklarišu kao cilj svog postojanja.

Sem izdvojenih aktuelnih problema međusindikalnog delovanja i odnosa prema poslodavcima, a koji slabe ukupnu sindikalnu moć, postoje i problemi, kod pojedinih sindikata, vezani za njihovu unutrašnju organizaciju. To možda principijelno i nije tako važno, jer se može uzeti kao unutrašnja stvar određenog sindikata koja, u krajnjoj liniji i putem borbe za reprezentativnost na sindikalnoj sceni, obezbeđuje ili gasi aktivnu legitimaciju tim sindikatima da predstavljaju interes zaposlenih. Ipak i ta pitanja imaju svog odraza na ukupnu sindikalnu moć, pogotovu kada se radi o masovnim i jakim sindikalnim organizacijama.

Zapravo, najvažnija unutrašnja pitanja svake organizacije (i političke i strukovne) vezuju se za njenu programsku, statutarnu, kadrovsку i

finansijsku stranu. To je jako širok prostor za odgovarajuće analize, u koje mi ovom prilikom ne možemo da ulazimo, iako i ta pitanja imaju izuzetan značaj za funkcionisanje sindikata i ostvarivanje sindikalnih sloboda i prava zaposlenih. Međutim, to su „večita“ pitanja strukovnog organizovanja radnika i nisu nikakva specifična aktuelnost tranzicionih procesa. Ono što ipak ovde treba pomenuti, jer značajno može da oslabi sindikalnu moć, jeste pojava unutrašnjeg organizacionog sindikalnog cepanja. Ovo se naročito odnosi na našu najmasovniju, te po tome i naj-odgovorniju sindikalnu organizaciju – Savez samostalnih sindikata Srbije.¹⁰ Kao što je poznato, ovaj sindikat je organizovan i po teritorijalnom i po granskom principu. U uslovima tranzicije, pripisuje se ovom Sindikatu „iznutra“ - da većina navedenih problema sindikalnog delovanja dobija na težini zahvaljujući teritorijalnom principu organizovanja. Drugim rečima, opštinski, gradski, pokrajinski i republički okviri sindikalnog organizovanja omogućuju neposredniju implementaciju, u te okvire, uticaja političkih i poslodavačkih struktura, što doprinosi nastajanju navedenih problema („birokratizacija“ sindikata; „nelojalna kooperativnost“ sa drugim socijalnim partnerima itd.). Primarna zamisao korišćenja dva principa sindikalnog organizovanja bila je da se ojača sindikalna efikasnost. Ta efikasnost prema socijalnim partnerima (naročito prema državi) može bolje biti ostvarena preko teritorijalnog principa, a prema sopstvenom članstvu preko granskog principa (organizaciono približivanje članstvu, jačanje sindikalne solidarnosti itd.).

Međutim, pritisnuti problemima koje tranzicioni procesi rađaju, sindikalno jedinstvo i monolitnost počinje da se narušava upravo po granskoj liniji, sa tendencijom da se pojedini granski sindikati (statutarno i finansijski) isključe iz okvira matične organizacije i postanu novi „samostalni“ sindikati, ili priključe drugim sindikalnim organizacijama. Istina, činjenica je da su granski sindikati, u uslovima tranzicije, pokazali odgovarajuću efikasnost (naročito u javnom sektoru). Tako, na granskom nivou imamo efikasnije kolektivno pregovaranje, dok, na primer, još uvek nemamo zaključen opšti kolektivni ugovor (što je vezano za teritorijalni princip sindikalnog delovanja). Ali, smatramo da to ne treba koristiti kao razlog za dalje sindikalno usitnjavanje. Jer, do istih procesa je dolazi-lo i u drugim zemljama u tranziciji, a koji se sada u tim zemljama ocenjuju kao štetni za sindikalni pokret.

¹⁰ Prema podacima Saveza samostalnih sindikata Srbije, sada je u Srbiji između 45% i 50% od ukupnog broja zaposlenih (oko dva miliona) učlanjeno u neku sindikalnu organizaciju. U Savez samostalnih sindikata Srbije učlanjeno je 50% svih sindikalno organizovanih radnika, ili oko 500.000 radnika (Dokumenti XIII kongresa Saveza samostalnih sindikata Srbije, Beograd, 2007, str.7.).

3. Neka aktuelna pitanja kolektivnog pregovaranja i socijalnog dijaloga

Kao i kod sindikalnih sloboda i prava, u uslovima tranzicije i kriznim uslovima, i u oblasti kolektivnog pregovaranja određena pitanja dobijaju na značaju, ponekad sa pozitivnim a ponekad sa negativnim predznakom. Ovo je činjenica koja se ne prepoznaće samo danas i u našim postojećim uslovima tranzicije. To važi i za mnogo razvijenije sisteme kolektivnog pregovaranja, koji u kriznim uslovima menjaju svoju fizionomiju. Na primer, američki model pregovaranja,¹¹ u uslovima prosperiteta i rasta nadnica, dominantnu ulogu obezbeđuje predstavnicima kapitala – poslodavcima. To je bilo tipično za vreme prosperiteta pre osamdesetih godina prošlog veka. Početkom osamdesetih godina menja se situacija na svetskom tržištu. Japan se uporno probija kao svetska ekonomska velesila, koja počinje da konkuriše američkoj privredi. Tome je prethodila i tzv. velika naftna kriza. Sve skupa ovo u Americi uslovljava postepeno intenziviranje procesa rada, uz istovremeno ograničavanje rasta nadnica. Posledica je ugrožavanje socijalnog mira. U takvim uslovima iskusni sindikati, kao respektovani faktori industrijskih odnosa, najpre, menjaju fizionomiju kolektivnog pregovaranja. Oni nastupaju snažno i jedinstveno, naročito na granskim nivoima (vankompanijsko pregovaranje). To reducira prostor za kolektivno pregovaranje na nivou kompanije, gde je, po pravilu, pregovaračka moć sindikata znatno manja. Zatim, obogaćuje se predmet kolektivnog pregovaranja novim pitanjima, koja su do tada smatrana neprikladnom interesnom sferom poslodavca (informisanje i konsultovanje zaposlenih o poslovnim planovima, participacija u odlučivanju kao i u profitu itd.). Konačni rezultat ovoga je poboljšanje položaja zaposlenih. To je primer kako krizni uslovi rađaju motive i interes za jačanje industrijske demokratije.

Nama za utehu, ima i primera kada krizni uslovi vode u suprotnom pravcu. Ti primeri se vezuju za evropske (naročiti skandinavske) uslove i modele kolektivnog pregovaranja.¹² Ove modele, u uslovima prosperiteta, karakteriše centralizovano pregovaranje, koje ublažava konkurenčiju na kompanijskom nivou i značajno smanjuje varijacije u položaju zaposlenih na tom nivou. To je duh „socijalnog kapitalizma“. Međutim, krizni uslovi dovode do suprotnih efekata. Tako, nakon kriznih osamdesetih godina (i

¹¹ O tome: Allan Morrison, editor, *Fundamentals of American Law*, New York, 1996, p.552.

¹² Vidi: Peter Wahlgren, editor, *Stability and Change in Nordic Labour Law*, Stockholm, 2002, p.116.

iz istih razloga kao i u Americi), jačaju procesi decentralizacije kolektivnog pregovaranja. Pregovaranje se „spušta“ sa nacionalnog i granskog na lokalni i kompanijski nivo. Ovo, dalje, rezultira razlikama u primanjima i ukupnom položaju zaposlenih, zaoštrava se konkurenca među samim radnicima i njihovim poslodavcima, reduciraju modaliteti participacije zaposlenih u upravljanju. Sve u svemu, slabi pozicija i pregovaračka moć zaposlenih, češće se pribegava štrajkovima itd. Dakle, sindikati i kolektivno pregovaranje, na taj način, slabe svoju poziciju faktora u regulisanju industrijskih odnosa. Odličan indikator toga jeste značajno opadanje sindikalnog članstva u evropskim zemljama u to vreme, čije se posledice i danas osećaju.

Što se tiče Srbije u tranziciji, a imajući u vidu navedene i moguće tendencije u oblasti kolektivnog pregovaranja u kriznim uslovima, logično je očekivati da smo bliži evropskim tendencijama. I zaista, i kod nas izostaju najvažniji nivoi „centralizovanog“ kolektivnog pregovaranja. Još uvek, kao što rekosmo, nemamo opšti kolektivni ugovor. Ali, za razliku od navedenog evropskog iskustva, to ne dovodi do jačanja „kompanijskog“ kolektivnog pregovaranja, ili, blaže rečeno, pregovaranje na nivou poslodavca ne rezultira onim brojem i kvalitetom kolektivnih ugovora koji bi izašli u susret svim upućujućim normama važećeg radnog zakonodavstva i zadovoljili potrebe prakse za autonomnim regulisanjem uslova rada. Kolektivno pregovaranje na nivou poslodavca često izostaje iz tri razloga. Prvo, nepostojanje respektovanog sindikata. Nije redak slučaj da su sindikat i sindikalni aktivisti previše „kooperativni“ sa poslodavcem i da predstavljaju samo „tampon zonu“, koja treba da amortizuje pritiske i zahteve radnika usmerene ka poslodavcu.

Drugo, mnogi poslodavci, objektivno, nisu u stanju da ispoštuju prava zaposlenih koja su utvrđena zakonom, a kamoli da ih dalje „obogaćuju“ po principu „favor labore“ u svojim kolektivnim ugovorima. Hierarchy kolektivnih ugovora utemeljena je, upravo, na tom principu. Najveći obim i kvalitet prava treba očekivati u kolektivnim ugovorima na nivou poslodavca. Zato ih poslodavci „izbegavaju“. Treće, sama zakonska rešenja (čl. 3. Zakona o radu) omogućuju poslodavcu da „zaobiđe“ kolektivni ugovor, odnosno da ga zameni svojim jednostranim opštim aktom (pravilnikom o radu).¹³

Najbolja preventiva navedenih aktuelnih problema u oblasti sindikalnog delovanja, te i kolektivnog pregovaranja, jeste afirmacija socijalnog dijaloga. Socijalni dijalog predstavlja predvorje za autonomno krei-

¹³ U vezi sa tim vidi naš rad: Pitanje supstitucije kolektivnog ugovora opštim aktom poslodavca, „Radno i socijalno pravo“, br.1/2003.

ranje radnog i socijalnog zakonodavstva i ukupne socijalne politike i jeste najvažniji impuls demokratizaciji industrijskih odnosa. Za to postoje i odgovarajuće institucionalne forme (socijalno-ekonomski saveti), ali i čitavu oblast kolektivnog pregovaranja treba shvatiti kao prostor za afirmaciju socijalnog dijaloga.

Osnovni problemi u vezi sa socijalnim dijalogom tiču se debalansa moći među socijalnim partnerima i poimanja same uloge i značaja tog dijaloga.

Najpre sve ono što je napred rečeno o sindikalnoj sceni u Srbiji i o problemima u vezi kolektivnog pregovaranja, odraz je, zapravo, pomenu-tog debalansa moći.

Zatim, postoji i problem pristupa socijalnom dijalogu. Treba reći da socijalni dijalog daje najveće efekte upravo zahvaljujući svojoj širini, razuđenosti i demokratičnosti. On treba da prožima sve nivoe: od preduzeća do nacionalnog nivoa. Sem toga, iako se naziva „dijalogom“, ova forma demokratskog delovanja uključuje sve zainteresovane aktere u društvu – počev od preduzeća i lokalnih zajednica do najvišeg državnog nivoa. Prema tome, socijalni dijalog ima širok demokratski sadržaj, mnogo širi od tripartizma sa kojim se često poistovećuje. Tripartizam je, u stvari, jedan od metoda funkcionalanja socijalnog dijaloga, a koji uvek podrazumeva učešće države. Ali socijalnog dijaloga može biti i bez učešća države. Uzmimo za primer socijalni dijalog kod kolektivnog pregovaranja. Druga je stvar što je u našoj praksi rudimentalnog socijalnog dijalogu država gotovo nezaobilazna, što inicijative za socijalni dijalog po pravilu dolaze „odozgo“ - tripartitni socijalni dijalog, itd. To je možda i razlog što se ne uočava dovoljno jasno razlika između socijalnog dijaloga i tripartizma.

Tzv. tripartitni socijalni dijalog je naša praksa i plod debalansa moći onih koji učestvuju u tom dijalogu. Država prosto ne može da odoli iskušenju da „podiže“ svoje socijalne partnere i daje pečat fizionomiji i demokratskoj strukturi socijalnog dijaloga. To je, recimo, objektivna datost.

Ali, našem socijalnom dijalogu nedostaju i neke „subjektivne komponente“. Tu mislimo na izostajanje dobre volje, poverenja i razumevanja. Bez ovoga nema uspešnog socijalnog dijaloga. I na ovom „subjektivnom planu“ u uslovima „objektivnog debalansa moći“ najodgovorniji za izgradnju poverenja i razumevanja je onaj ko je najjači - država. Ispružena ruka saradnje nije znak slabosti, nego dobre volje, demokratičnosti i odgovornosti za sudbinu promena koje su u toku u sferi industrijskih odnosa.

4. Stagnacija u saodlučivanju zaposlenih

U principu, participacija zaposlenih u upravljanju je neodvojivo i uzročno-posledično povezana sa gore navedenim kolektivnim pravima zaposlenih i deli njihovu sudbinu. Moglo bi se reći, u slučaju autonomnog regulisanja ovog pitanja, da je kolektivno pregovaranje metod a participacija cilj. U svakom slučaju, i bez obzira na metod regulisanja participacije (kogentno ili autonomno, odnosno i jedno i drugo) ne treba suprotstavljati participaciju socijalnom dijalogu i pregovaranju. Ne postoji među njima ciljna suprotnost, već komplementarnost. Participacija ne može da znači zamenu niti prevazilaženje socijalnog dijaloga i kolektivnog pregovaranja, i obrnuto. Šta više, institucionalizovane forme participacije zaposlenih (savet zaposlenih) mogu da posluže i kao platforma ili „produžena ruka“ za nastavak socijalnog dijaloga sa poslodavcem.

Od svih kolektivnih prava zaposlenih, participacija u upravljanju je najmanje obuhvaćena kako kogentnim tako i autonomnim pravom. Zato se ovde iskazuju najveće potrebe za dogradnjom i kogentnog i autonomnog prava, uz istovremeno uvažavanje odgovarajućih standarda međunarodnog i evropskog prava. Izgleda da te potrebe izmiču pažnji svih socijalnih partnera. To ne čudi kada su u pitanju poslodavci. Jer, zašto bi žurili da svoju poziciju „privilegovanog apsolutnog autoriteta“ po osnovu vlasništva, na ovaj način negiraju. Ali čudi nedovoljna zainteresovanost države i sindikata. Država inače treba da se stara o harmonizaciji našeg prava sa međunarodnim i evropskim pravom (uslov za pridruživanje i učlanjenje u EU), a sindikatima bi ovo bila još jedna jaka poluga da osnaže svoju sindikalnu moć i partnerstvo, sa jedne strane, i poboljšaju „imidž“ zaštitnika radničkih prava, sa druge strane.

Pošto je participacija kolektivno pravo zaposlenih, to je ovom pitanju, kao i ostalim kolektivnim i individualnim pravima zaposlenih, mesto u radnom zakonodavstvu. Bilo je u našoj tranziciji i tu lutanja. Ovo pitanje je ranije regulisano Zakonom o preduzećima, koji po svojoj prirodi treba da reguliše poziciju kapitala a ne radne snage. Važeći Zakon o privrednim društvima sa pravom se ne osvrće na ovo pitanje. Na žalost, skoro da se isto može reći i za važeći Zakon o radu.¹⁴

Ako participaciju shvatimo u najširem smislu, onda je njena sadržina u Zakonu o radu svedena samo na nekoliko odredaba koje govore o informisanju, konsultovanju i obrazovanju saveta zaposlenih. Naime, shodno ovom Zakonu, zaposleni neposredno, odnosno preko svojih pred-

¹⁴ „Sl.gl.RS“, br.24/2005.

stavnika, imaju pravo na konsultovanje, informisanje i izražavanje svojih stavova o bitnim pitanjima u oblasti rada. Zaposleni ili njihov predstavnik, ako postupaju u skladu sa zakonom i kolektivnim ugovorom, zbog ovih aktivnosti, ne mogu biti pozvani na odgovornost, niti stavljeni u nepovoljniji položaj u pogledu uslova rada (čl.13, st.1. i 2.). Predviđena je i zaštita predstavnika zaposlenih od otkaza ugovora o radu (čl.183.st.1. tačka 5; čl.188.st.1.tačka 1. i st.2.). Pored ovoga, Zakon o radu utvrđuje obavezu poslodavca da povodom donošenja određenih odluka zatraži mišljenje sindikata,¹⁵ a ukoliko nije obrazovan sindikat, onda mišljenje treba da zatraži od predstavnika koga odrede zaposleni (čl.16. st.1. tačka 5.). Konačno, i pitanju saveta zaposlenih u Zakonu je posvećen jedan član (čl.205.). Predviđeno je da zaposleni mogu obrazovati savet zaposlenih kod poslodavca koji ima više od 50 zaposlenih, u skladu sa zakonom. Za sada u Srbiji nema zakona koji reguliše pitanje saveta zaposlenih. Ipak, ovu ideju da se pitanje saveta zaposlenih reguliše zakonom, a ne kolektivnim ugovorom – kao po ranijem Zakonu o radu iz 2001. godine, treba podržati. Na sindikatu je da insistira na donošenju odgovarajućih zakonskih okvira (u pitanju je suštinski interes zaposlenih), u kojima će, naravno, biti i određenog prostora za autonomnu regulativu.

Pitanju participacije, u širem smislu, posvećena je odgovarajuća pažnja i u Zakonu o bezbednosti i zdravlju na radu iz 2005. godine.¹⁶ Među opštим obavezama poslodavca, u vezi sprovođenja mera bezbednosti i zdravlja na radu, predviđena je i obaveza da obaveštava zaposlene i njihovog predstavnika o uvođenju novih tehnologija i sredstava za rad, kao i o opasnostima od povreda i oštećenja zdravlja koja mogu da nastanu njihovim uvođenjem (čl.15.st.1.tačka 3.). Istu obavezu imaju dva ili više poslodavaca koji u obavljanju svojih poslova dele radni prostor (čl. 19.). Zakonom je predviđen i Odbor za bezbednost i zdravlje na radu (čl.44. i 45.). Odbor je institucionalna forma učešća zaposlenih u donošenju odluka, u vezi sprovođenja odgovarajućih mera bezbednosti i zaštite zdravlja na radu.

Treba još jednom podvući potrebu da već sada, u tranziciji, valja raditi na dogradnji i izgradnji propisa u vezi participacije zaposlenih u duhu evropskog prava (postoji veći broj direktiva posvećen toj temi), iako još nismo učlanjeni u EU i formalno nemamo takvu obavezu.

¹⁵ Kod donošenja programa rešavanja viška zaposlenih; donošenja odluke o uvođenju noénog rada; kod promene poslodavca, a iz razloga ublažavanja socijalno-ekonomskih posledica.

¹⁶ „Sl.gl.RS“, br.101/2005.

*Predrag Jovanović, Ph. D., Full Professor
Novi Sad School of Law*

Labor law framework of industrial democratisation in Serbia

Abstract

Serbia is in transition. It means that economical, political processes as well as legal transformations are underway. The legal aspects of transition go together with the need for harmonisation of our law with the international and European law, as well as provision for enactment framework for economic and political transition realisation.

The basic need of transition is the strengthening of the overall society democratisation and within that the industrial democratisation. The industrial democratisation legal frameworks are given through defining and collective law operating of the employees and the employers(syndicate freedom and law; social dialogue; collective bargaining; participation employees; peaceful settlement of industrial conflicts). In this piece of work there have been singled out and analysed current issues of the aforementioned collective laws, not least from the position of the employees and their role in the industrial democratisation.

*Dr Ljubomirka Krkljuš, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

KNEZ MILAN OBRENOVIĆ I SVETOZAR MILETIĆ

Sažetak: Vreme delatnosti Svetozara Miletića, najvećeg srpskog političkog tribuna XIX veka severno od Save i Dunava se delimično poklapalo sa vremenom vladavine Mihaila i Milana Obrenovića. U svojoj političkoj borbi Miletić se zalagao za građanske slobode i prava i nacionalno oslobođenje i ujedinjenje srpskog naroda. Pošto je smatrao da se ono može ostvariti revolucionarnim putem, na integralan način, sa Srbijom kao stožerom, razumljivo je što je posvećivao mnogo pažnje zbivanjima u Srbiji, kritikujući često srpsku politiku, i spoljašnju i unutrašnju. Posvetio je mnogo pažnje ustavnim rešenjima 1869, a najviše se bavio srpskom politikom u vreme istočne krize i srpsko-turskih ratova. Optuživao je kneza Milana zbog oklevanja da uđe u rat. U Miletićevu političkoj delatnosti Srbija, njeni politički činioci i vlastaoci su imali važno mesto, a u svojoj kriticnosti je Miletić uvek imao na umu interes celokupnog srpskog naroda.

Ključne reči: Svetozar Miletić, Mihailo i Milan Obrenović, građanska prava i slobode, sloboda štampe, Ustav 1869, srpsko nacionalno pitanje, Srbija – stožer i Pijemont srpskog oslobođenja i ujedinjenja, Istočna kriza, srpsko-turski ratovi, Turska, Austrougarska.

O Miletićevoj ulozi u istoriji srpskog naroda i njegovog političkog života napisao je njegov sledbenik i saradnik Giga Geršić: „Ko dakle, hoće da ocrti i karakteriše život i rad toga čoveka, taj upravo ima zadatak da proprati i prede celu političko-društvenu istoriju prekosavskog Srpstva, pa donekle i celoga Srpstva, kroz skoro punih četrdeset godi-

na”¹. Po oceni Čedomira Popova Svetozar Miletić je bio najveći srpski politički tribun i mislilac XIX koji se pojavio severno od Dunava i Save.²

Duboka vezanost pojedinih delova srpskog naroda postala je od godine 1848. još vidljivija. Naročito je srpski pokret u Ugarskoj imao snažan uticaj na Srbe u Kneževini, i na polju njenih međunarodnih odnosa i politike, ali i unutrašnjih odnosa. „On je [pokret] našu kneževinu proveo kroz pravi proces svakovrsnih ménâ: nadanja i strahovanjâ, dodirâ i odnošajâ. Učešće Srba iz kneževine u sudbini Srba ugarskih bilo je toliko, da se svaki uspeh i svaki poraz na levoj obali Save i Dunava osećao duboko u samom srcu Šumadije”, napisao je Jovan Ristić.³ U to vreme se u punoj meri pokazalo da između delova jednog naroda postoji najtešnja uzajamna veza, u kojoj periferija zavisi od centra, ali i centar od periferije.⁴ Toga je Miletić bio duboko svestan i u njegovoj političkoj delatnosti se to upečatljivo pokazuje.

Period posle 1860. godine, vreme druge vladavine Mihaila Obrenovića, bilo je podjednako značajno i za ovostrane i za onostrane Srbe. U Habzburškoj monarhiji je tada konačno minulo doba apsolutizma „kad se za narod nije raditi dalo” i započeo period političkog organizovanja Srba u Južnoj Ugarskoj i intenzivne političke delatnosti samog Miletića. Već od početka šezdesetih godina je on počeo da se pokazuje kao najsnažnija figura u političkom životu tamošnjih Srba, da bi vremenom postao njihov neprikosnoveni vođa. Vreme političke delatnosti Svetozara Miletića poklapalo se tako, potpuno ili delimično, sa vremenom vladavine dvojice Obrenovića: Mihaila i Milana Obrenovića. Pitomac kneza Mihaila, Miletić je od njega primio stipendiju, koja mu je znatno olakšala studije, ali, kako sam navodi, pod unapred iskazanim

¹ G. Geršić, † Dr. Svetozar Miletić, *Uspomene i refleksije o njegovu životu i radu*, U Beogradu 1902, 7. Mada je Miletić osnovne linije svoje političke misli i političke akcije jasno obeležio još u svojim mlađim godinama, u toku srpskog pokreta 1848-1849, a početkom 1861. upečatljivo izneo u znamenitom *Tucindanskom članku*, one će kao jasno artikulisan politički program biti formulisane u njegovim istupanjima na Blagoveštenском saboru 1861. godine. Toga se programa on dosledno držao u toku svoje intenzivne i žestoke politike borbe sledeće dve decenije. Njegovi stavovi će biti i temelj političkog programa prve srpske političke stranke u Južnoj Ugarskoj, Srpske narodne slobodoumne stranke 1869. godine

² Svetozar Miletić, *Sabrani spisi I-III*, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Beograd 1999-2002 (priredili Čedomir Popov i Dejan Mikavica), u daljem tekstu *Sabrani spisi*, III, 11.

³ Jovan Ristić, *Spolašnji odnošaji Srbije novijega vremena*, Prva knjiga 1848-1860, U Beogradu 1887, 12.

⁴ G. Geršić, nav. delo, 31.

uslovom: „da mu politično mnjenje i vladanje uvek bude slobodno”. Posvetivši svoju disertaciju knezu, Miletić mu je zahvalio i izrazio uveravanje „da će za najsvetiju dužnost smatrati da se narodu oduži za ono, što je knez njemu učinio.”⁵ Nema sumnje da je Miletić deo ovog obećanja ispunio – učinio je sve što su njegove moći dopuštale i što je on smatrao za celishodno da se oduži svome narodu. Knez Mihailo mu je predložio još 1861. da pređe u Srbiju i prihvati ministarski položaj, ali je Miletić odbio, sa obrazloženjem, da mu je dužnost da nastavi svoju političku aktivnost u onom delu srpskog naroda u kojem se rodio.⁶ Međutim, njegovi politički odnosi sa knezom Mihailom i, docnije knezom Milanom prolazili su kroz različite faze i nisu uvek bili dobri. Miletić je zaista sačuvao svoju političku nezavisnost i kritičnost prema političkim zbivanjima u Srbiji, na koja su njihovi vladaoci u to vreme imali, razumljivo, znatan, a ponekad odlučujući upliv.⁷

Miletićevi politički stavovi su predstavljali priordan izraz nacionalnih i liberalnih ideja, koje su od 1848. zavladale evropskim zemljama i njihovim političkim pokretima. Svoje političko uverenje je on ovako izrazio: „Dve su ideje, koje danas Evropu pokreću, kao dva pola, među kojima se moralni svet evropski okreće. Te su dve ideje: sloboda i narodnost, načelo pravne jednakosti ljudi, i pravne jednakosti naroda... Po prvom načelu građani države jedne na to idu, da ukinu tutorstvo državne vlasti nad sobom, da ili državnu vlast sami u svoje ruke dobiju, obnavlajući je od vremena na vreme iz svoje sredine u republikanskoj formi države, ili da je ograniče i kontrolišu u ustavnoj monarhijskoj formi države. Po drugom načelu narodi za tim idu, da se po krvi i jeziku, po etnografskom položaju svom sjedine, i po tome da državi unutrašnji oblik daju.“⁸ Vek u kojem je živeo je Miletić označio kao vek narodnosti.

Osnovne tačke Miletićevog političkog programa bile su prema tome: građanska prava i slobode i nacionalna sloboda i ujedinjenje. Princip narodnosti, odnosno srpsko nacionalno pitanje, moguće je po njegovom mišljenju ostvariti na integralan način, revolucionarnim putem,

⁵ Vasa Stajić, *Svetozar Miletić, Život i rad*, Novi Sad 1926, 133; Nikola Petrović, *Svetozar Miletić (1826-1901)*, Nolit MCMLVIII, 48.

⁶ Nikola Petrović, *Svetozar Miletić (1826-1901)*, 169.

⁷ Nikola Petrović, *Svetozar Miletić (1826-1901)*, 170-171.

⁸ „Pogled na opšti položaj u Evropi”, *Zastava* 16. marta 1869, br. 33, Svetozar Miletić, *Sabrani spisi I-III*, Beograd 1999-2002 (priredili Čedomir Popov i Dejan Mikavica) Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, II/2, Beograd 2001, 96. Većina članaka koje sadrže ovi *Sabrani spisi* nije potpisana. U pogledu njihovog autorstva smo se potpuno oslonili na atribuciju koju su dali priređivači.

izvan okvira Austrije i protektorata Rusije, sa Srbijom kao stožerom. Miletić je nacionalno pitanje Srba u Habzburškoj monarhiji, odnosno Južnoj Ugarskoj posmatrao kao sastavni deo opštег nacionalnog oslobođenja, dakle van Austrougarske, a njega kao sastavni deo Istočnog pitanja. Tako Istočno pitanje postaje polazna i središnja tačka u rešavanju srpskog nacionalnog pitanja. Svoje poglede na to je Miletić podrobno izložio u raspravi koja je u deset nastavaka objavljena u *Srpskom dnevniku* 1863. godine.⁹ Rešenju Istočnog pitanja prepreke su po Miletiću, Austrija i Turska, a naročito Austrija, koja se, pošto je izbačena iz Italije i Nemačkog saveza, okreće ka istoku. Miletić je smatrao da će Srbija, kao Pijemont, moći oslobiti srpski narod, prvo onaj u Turskoj, Bosni i Hercegovini, Vojnoj Krajini i Dalmaciji i ujediniti se sa Crnom Gorom u jednu političku i državnu celinu. „Srbija je Pijemont srpski za Tursku. U njenoj današnjoj skučenosti leži poglaviti uzrok unutrašnji sukoba i nemira – koji će tek tada prestati, ili koji će bar tek onda opasnost svoju za narod i zemlju izgubiti, kad Srbija snažna postane“, zaključuje Miletić u nizu članaka objavljenih u *Srpskom dnevniku* početkom 1864. godine.¹⁰ Miletić je tesno vezivao ideju narodnosti i ideju ustavne slobode. Unutrašnje uređenje države treba da bude liberalno i demokratsko, sa modernim demokratskim ustanovama, zasnovano na ustavnosti i parlamentarizmu.

Tako su ove osnovne tačke Miletićeve politike i njeni ciljevi, uključujući tu kao bitan element i odnos prema Srbiji, utvrđeni već šezdesetih godina. Politiku Srbije, njenih vladalaca i njenih političara Miletić je u sledećem periodu posmatrao i procenjivao u svetu postizanja ovih osnovnih ciljeva. Put i sredstva njihovog ostvarenja zavisili su od mnogih faktora, unutrašnjih i spoljašnjih: odnosâ u samoj Monarhiji, međunarodnih prilika – odnosâ snaga velikih sila i njihovih interesa, kao i stanja u samoj Srbiji. Ukoliko je u Miletićevim pogledima dolazilo do nekih promena, one su uvek bile u funkciji ispunjenja čvrsto utvrđenih ciljeva, ujedinjenja i slobode, pojedinca i naroda. Miletić je smatrao da se oni mogu postići samo zajedničkom akcijom svih delova srpskog naroda, čiji će centar i stožer biti Srbija.

I Miletićeva politička delatnost, pa u njenom sklopu i odnos prema Srbiji se može podeliti u nekoliko etapa. Prvu bi činio period od 1860. do

⁹ „Istočno pitanje”, *Sabrani spisi* I, Beograd 1999, 419-448.

¹⁰ „Pogled na opšti položaj u Evropi”, *Sabrani spisi* I, Beograd 1999, 498; Vasilj Popović, *Istočno pitanje, Istoriski pregled borbe oko opstanka Osmanlijske carevine na Levantu i na Balkanu*, Beograd 1996, 182; Čedomir Popov, *Svetozar Miletić i srpsko nacionalno pitanje*, Nastava istorije, Časopis Saveza istoričara Jugoslavije, Novi Sad, br. 1, Godina I (1995), 49-63; Nikola Petrović, *Svetozar Miletić*, 91-94.

1869. godine, drugu vreme od te godine do Miletićevog zatvaranja 1876. godine a treći period posle njegovog izlaska iz zatvora 1879. godine. Tako se vreme vladavine kneza Milana Obrenovića poklapa samo delimično sa vremenom političke aktivnosti Svetozara Miletića, pogotovu ako se ima na umu da Miletić posle 1882. godine više nije učestvovao u političkom životu.

Namenivši Srbiji ulogu stožera i Pijemonta srpskog ujedinjenja, razumljivo je što je Miletić polagao velike nade u njene vladaoce. Još u vreme vladavine kneza Mihaila započeo je energičnu borbu za ostvarenje ovih ciljeva. On piše u *Srpskom dnevniku* 20. septembra 1861. godine: „Od više godina pazimo mi bistrim okom na Srbiju, pratimo pažljivo njezin politički razvitak, radujemo se svakom i najmanjem napretku njezinom, jer korak, koji Srbija unapred učini, držimo da je učinilo celo srpstvo, njezina slava to je i naša slava, njezina budućnost je celoga naroda srpskog, pa zato drži i tvrdo veruje, da je jedino Srbija pozvana, da bude ono što je nužno, da se oživotvore sve više ideje, za kojima je celo srpstvo oduševljeno.”¹¹ Poklonivši puno poverenje planovima kneza Mihaila o pokretanju oslobođilačke borbe protiv Turske, Miletić je, zajedno sa Ujedinjenom omladinom srpskom očekivao od njega i preduzimanje konkretnih koraka.¹² Miletić naglašava da oslobođenje Srba u Turkoj ne iziskuje samo snagu vlade, nego i naroda, što se može ostvariti samo odgovornošću ministara i kontrolom vlade od strane skupštine i javnog mnjenja. Vlada ne mora biti slaba, ako su narodu obezbedena politička prava. Sve vlade u Srbiji su zahtevale više vlasti radi poziva Srbije u Turkoj, ali nijedna tu vlast još u tu svrhu nije iskoristila. „Vreme je”, piše Miletić, „da vlada već jedanput ili sa spoljašnjim radom, ili sa unutrašnjim ustrojstvom zemlje na osnovu slobodniji ustanova počne. Ovako pak, bez vojevanja za slobodu braće svoje, i bez unutrašnjeg slobodnjeg života – Srbija je toliko godina bila samo kovnica unutrašnji spletaka, partaja i pobuna”. Miletić je, prema tome smatrao da unutrašnje političke slobode i borba za nacionalno oslobođenje ne mogu biti odvojene. Mada je kritikovao unutrašnje prilike u Srbiji, nepoštovanje načela istaknutih na Svetozarejskoj skupštini, samovolju i zloupotrebe vlasti, zabranu *Srpskog dnevnika* u Srbiji, Miletić je krivicu je pripisivao ministru Hristiću i vlasti. Karakteristično je da je u većini napisa odgovornost za stanje u Srbiji pripisivao vlasti, ne pominjući izričito kneza, jer je tada još vladalo veliko uzdanje u kneževe namere da povede oslobođilački rat

¹¹ „Prilike u Srbiji”, *Srbski dnevnik*, 29. septembra 1861, br. 93, *Sabrani spisi I*, 302.

¹² Vasilj Popović, nav. delo, 181.

protiv Turske.¹³ Međutim, ubrzo su rođene sumnje u iskrenost kneževe spoljne politike i Mihailov glas velikog nacionalnog vladaoca počinje da opada kod gotovo cele inteligencije.¹⁴

Posle atentata na kneza Mihaila, Miletić je u *Zastavi* 9. juna 1868. izrazio svoje gnušanje zbog tog zločina i odlučno odbio svako eventualno pripisivanje odgovornosti za to delo Omladini i Narodnoj stranci, poričući i optužbe u vezi sa Karađorđevićem. U tom članku je o odnosu srpske Slobodnjačke (liberalne) stranke rekao sledeće: „Srpska, osobito mlada slobodnjačka stranka, položila je sve svoje uzdanje u kneza Mihaila, i povratak kneza Miloša na kneževski prestol nije kao cel, no samo kao most kneževstvu Mihaila smatrala: ova je stranka imala i ima program: iznutra ustav sa ustanovama, koje ličnu, društvenu i političnu slobodu građana i naroda ujemčavaju; spolja oslobođenje sviju Srbalja od turskog jarma, i njino ujedinjenje. Unutrašnju slobodu smatrala je za uslov spoljašnjeg oslobođenja i ujedinjenja, jer je držala i drži, da zato nije dovoljno samo fizično, nego i duhovno i moralno oružje svesti i oduševljenja za slobodu celog naroda srpskog.”¹⁵



Posle promene na srpskom prestolu nije u Miletićevom odnosu prema Srbiji došlo do velikih promena. Naime, osnovni politički zadaci i ciljevi koje je Srbija po njegovom mišljenju bila predodređena da ostvari, nisu se izmenili. Prvi tekst u kojem je Miletić pomenuo kneza Milana Obrenovića nastao je povodom njegovog izbora za kneza Srbije. On je ocenio da je Velika narodna skupština donela važnu odluku, izabравши kneza u ličnosti mladoga Milana Obrenovića. U tekstu je više pažnje

¹³ „Najnovija mera ministra Hristića protiv ‚Dnevnika’, *Srpski dnevnik*, 31. marta 1864, *Sabrani spisi* I, 586-590. Čak i u slučaju tzv. „propasti Velikog suda”, u članku „Zakon” i „najviša volja” u Srbiji” Miletić je krivio vladu, navodeći da je zakon o tome doneo Savet, napominjući samo da je donet „sa odobrenjem kneza”. Tek 1875. je Miletić u članku „Stoglava aždaja reakcije u Srbiji” izjavio da je osuda najviših sudija bila nezakonita i neosnovana i da je od tog doba „pomračeno sunce nad knezom Mihailom”. (*Zastava*, 12/24. februara 1875, br. 28, *Sabrani spisi* III, 262)

¹⁴ Slobodan Jovanović, *Druga vlasta Miloša i Mihaila 1858-1868*, Geca Kon, Beograd, 240-242; Grgur Jakšić i Vojislav Vučković, *Spoljna politika Srbije za vlade kneza Mihaila, Prvi balkanski savez*, Beograd 1963, 416-418.

¹⁵ „Katastrofa u Srbiji, srpska omladina i ‚Zastava’”, *Zastava* 9. juna 1868, br. 46, *Sabrani spisi* II/1, 477. Za učešće u zaveri protiv kneza Mihaila optužen je Vladimir Jovanović, saurednik *Zastave*, ali to nije bilo dokazano i on je oslobođen posle sedam meseci pritvora. Ugarske vlasti su na taj način nastojale da se obračunaju sa Miletićem i Omladinom. (Slobodan Jovanović, *Vlada Milana Obrenovića*, knjiga prva (1868-1878), Beograd 1926, 41)

posvetio sastavu regentstva (namesništva), s obzirom na to da će ono vršiti vlast do kneževog punoletstva. Miletić je procenio da bi rad i odluke Velike narodne skupštine imale veću težinu i značaj da ona nije delovala u uslovima opsadnog stanja i rada prekih sudova. Govoreći o namesnicima, Miletić je naročito pozitivno ocenio Jovana Ristića kao liberala, čiji su politički stavovi već poznati javnosti.¹⁶

U sledećem periodu je Miletić dosta pisao o Srbiji, ocenjujući njenu politiku kao delo Namesništva i vlade, i ne pominjući pri tom maloletnog kneza, koji na nju nije ni mogao imati bilo kakvog uticaja. U opširnom članku napisanom na samom početku 1869. „Srbija i politika ‚slobodni ruku’” on je ponovo pokrenuo pitanje koje je za njega bilo uvek najvažnije: pitanje konačnog oslobođenja. „Čim bi bolje mogli početi novu godinu, u koju danas stupamo, nego pogledom na Srbiju, na ovu oružnicu srpsku, na ovaj Pijemont hrišćanski naroda na Istoku?” Analizirajući evropske i međunarodne prilike, on je ponovo istakao ulogu Srbije u oslobođenju Srba i naglasio da je ono u interesu same Srbije, jer jedna država mora biti veća nego što je to sada Srbija, da bi se stvorili uslovi za razvitak državnih ustanova i naroda.¹⁷

U to vreme je došlo i do formalnog konstituisanja Srpske narodne slobodoumne stranke. U Bečkerečki program Srpske narodne slobodoumne stranke je unesena odredba da treba sprečavati svaku politiku, koja bi išla za održavanjem Turske ili za osvajanjem hrišćanskih zemalja Otomanske carevine, a zastupati načelo nemešanja stranih sila i pomagati oslobođenje hrišćanskih naroda.¹⁸

Kako je svakom prilikom isticao da srpsko oslobođenje u velikoj meri zavisi od međunarodnih okolnosti, on upozorava na to da čak i Rusija, kao velika sila u koju su Srbi polagali velike nadе, može imati i neke posebne planove i interes. Zato on mnogo polaže na slogu i saradnju Srbije i Crne Gore i apeluje na obe zemlje da svoje eventualne međusobne razmirice razreše.¹⁹

Miletić je kritikovao srpsku vladu i namesništvo, u vezi sa spoljnom, nacionalnom, ali i unutrašnjom politikom. Povodom predstojećih

¹⁶ „Izbor Milana Obrenovića za kneza Srbije”, *Zastava* 23. juna 1868, br. 50, *Sabrani spisi* II/1, 484-485; Živ. Živanović, *Politička istorija Srbije u drugoj polovini devetnaestog veka I* (1858-1878), Beograd 1923, 208-212; Slobodan Jovanović, *Druga vlast Miloša i Mihaila*, Beograd, Geca Kon, 265-275.

¹⁷ „Srbija i politika ‚slobodni ruku’”, *Zastava*, 1. januara 1869, br. 1, *Sabrani spisi* II/2, 11-16.

¹⁸ Nikola Petrović, *Svetozar Miletić i Narodna stranka, Grada 1860-1885*, I, Sremski Karlovci 1968, 588; *Istorijski srpskog naroda*, V/2, Beograd 1881, 169.

¹⁹ „Srbija i Crna Gora”, *Zastava*, 7. marta 1869, br. 29, *Sabrani spisi* II/2, 93.

ustavnih reformi u Srbiji napisao je nekoliko obimnih tekstova. Istakao je da su reforme neophodne. Izostanak ustavnih reformi za vreme Mihailove vladavine Miletić je pripisao vladajućoj koteriji, koja je nastojala da se održi na vlasti, a ne samom knezu. „Treba narod srpski baš za predstojeći veliki boj i duhovno oružati, a zato nisu danas dovoljne samo gusle, nego se ištu i slobodoumne ustanove, koje su dostoje naroda, koji je gotov za slobodu krv svoju prolići, i život žrtvovati. Ne nadima se grud tako, ne leti se tako slatko u opasnost smrti, ako se ide sa straom, da bi i sama pobeda samo ime tiraniji promenila.” Podrobno je razradio najvažnije ustavno pitanje – zakonodavnu vlast, strukturu narodnog predstavništva i njegovu nadležnost, zastupajući i obrazlažući prednost jednodomne narodne skupštine. Skupština po njegovom mišljenju treba da dobije punu zakonodavnu vlast. Miletić je u članku veliku pažnju posvetio i izbornom sistemu, kao sredstvu da u skupštinu uđu pravi predstavnici naroda.²⁰

U vezi sa donošenjem ustava je nastao i članak „Je li potreba da se Srbiji da nov ustav?” Na ovo pitanje je Miletić dao pozitivan odgovor, ističući da Srbija ustvari i nema ustav, ne prihvatajući da je tzv. *Turski ustav* pravi ustav. On naglašava da „Ustav ima da izrazi svest naroda o sebi samom, kao o društvu slobodnih ljudi, – ima da opredeli opšte osnove po kojima će se donositi, primenjivati i izvršavati zakoni u zemlji, – i da osvešta onu zajedninu osećanja, misli, uverenja i težnja, što se zove duh naroda, – da bude, takoreći, spoljašnji oblik u kom se izjavljuje volja sviju slobodno udruženih, opšta volja. Ustav ne stvara prava i vlast; on samo ujamčuje prirodno pravo čoveka, i označuje u kojoj formi da se izvršuje vlast, kojoj je jedini izvor društvo slobodnih ljudi.”²¹ Ako se tako shvati priroda ustava, ustav koji treba doneti neće biti nov, nego prvi. Donošenje ustava će tako značiti i izraz i emancipaciju od turske vrhovne vlasti i izraz državne samostalnosti. Ustav treba da doneše Velika narodna skupština potpuno samostalno, jer je ona izraz narodne suverenosti.

Izgubivši međutim, ubrzo nadu da će vlada i namesništvo pristupiti dubljim političkim reformama, Miletić se razišao s njima, kao i ranije sa knezom Mihailom. Isto tako kritičan je bio prema njihovoj spoljnoj politici, zaključujući da su se sasvim odvojili od Rusije i podredili austrijskom, odnosno mađarskom uticaju. Januara 1971. je Miletić oštro kriti-

²⁰ „Reforme u Srbiji”, *Zastava*, 6. aprila 1869, br. 42, 9. aprila 1869, br. 43 i 11. aprila 1869, br. 44, *Sabrani spisi II/2*, 116-133.

²¹ „Je li potreba da se Srbiji da nov ustav?”, *Zastava*, 27. maja 1869, br. 63, 9. *Sabrani spisi II/2*, 181-184.

kovao vladu Namesništva, i naročito, Milivoja Blaznavca. Srbija nije, pisao je Miletić, „domena i vlasništvo vlastodržaca u Srbiji”, nego nada i uzdanica celog srpskog naroda, pa prema tome svaki Srbin, ma gde živeo, ima pravo da vodi računa o politici srpske vlade. Tvrđio je da posle atentata na kneza Mihaila nije po važećim propisima bilo naslednika, mada je Velika narodna skupština, „izborom ili potvrdom” o tome izjasnila svoju volju. Zaključio je da odredbe o nasleđivanju prestola, koje su unete u ustav mogu imati nepovoljne ishode i dovesti na srpski presto čak i nekog stranca. Istaže da bi analogno tumačenje ovih odredaba, koje se odnose na pripadnike šire porodice kneza Miloša moglo da se primene i na širu porodicu kneza Milana, u kojoj je sada i porodica jednog od regenata (Blaznavca).²² Namesništvo i vlada u Srbiji nisu ostali ravnodušni prema ovim kritikama. Miletić je napadan svim sredstvima.²³ Benjamin Kalaj u svom dnevniku navodi da je Blaznavac u više navrata čak izjavljivao da Miletića treba obesiti i da se nada da će ga neko ubiti.²⁴

U članku „Srbija između Rusije i Crne Gore”, napisanom pred Uskrs 1871. godine, Miletić je ponovo pokrenuo pitanje konačnog oslobođenja i zamerio Srbiji što stalno odlaže pokretanje toga procesa, jer „godine po godinama, prilike za prilikama protiču, – a Srbija od proleća do jeseni, od jeseni do proleća odlaže!”²⁵ Ukazao je na to da je za pokretanje akcije neophodno da to odluci srpski narod, jer dok u narodu ne bude postojalo jednodušno uverenje da je oslobođenje i ujedinjenje srpsstva u njegovom interesu, dotle će se vlada izgovarati, pozivajući se na ravnodušnost naroda. Međutim, da bi se mogla povesti akcija, nužna je sloga u zemlji i političkim krugovima. Vlada ne samo da to nije postigla, nego namerno podstiče neslogu među političkim strankama. Ustav daje svu vlast knezu i vradi, skupština je ponižena do pukog oruđa izvršne vlasti. Ne postoji sloboda štampe. Pored tih uslova, za odlučnu akciju je neophodan sporazum sa Rusijom i Crnom Gorom, a njega nema. I ovom prilikom je Miletić kritikovao vladu i njenog „načelnika” i zbog načina dolaska na presto kneza Milana.²⁶ Nasledstvo kneževskog dostojanstva nije uopšte postojalo u sporednoj liniji. Pozivom na vojsku i uvođenjem op-

²² „Srbija i – Blaznavac”, *Zastava*, 3. januara 1871, br. 2, *Sabrani spisi II/2*, 604-606.

²³ Slobodan Jovanović, *Vlada Milana Obrenovića*, knjiga prva (1868-1878), Beograd 1926, 138; Nikola Petrović, *Svetozar Miletić (1826-1901)*, 174.

²⁴ Andrija Radenić, *Dnevnik Benjamina Kalaja 1868-1875*, Beograd-Novi Sad 1976, 16, 205, 299.

²⁵ „Srbija između Rusije i Crne Gore”, *Zastava*, 28. marta 1871, br. 37, *Sabrani spisi II/3*, 62-66.

²⁶ Reč je o Milivoju Petroviću Blaznavcu, koji je uz pomoć vojske doveo na presto kneza Milana.

sadnog stanja je pomučen slobodan izbor naroda na Velikoj narodnoj skupštini. Presudnu ulogu su odigrali lični interesi i pogodovanje austro-ugarskoj politici na Balkanu. U vezi s tim pominje i crnogorskog kneza Nikolu i njegov ugovor sa Mihailom: „Kad je već postupila nasuprot, ako ne reči, a ono duhu, smislu i celi ugovora između knezova Mihaila i Nиколе, gde je ovaj zaista sa samopregorevanjem žrtvu na oltar opšte otadžbine prineo – kad je, velimo, srpska vlada već nasuprot tome Milana, kao ,Obrenovićev ogranač’, na prestol srpski popela – zašto ne ogradi taj prestol [...] crnogorskim knezom Nikolom, kojega je kraj i pleme tako divne usluge Srpstvu učinilo, i narodu srpskom pred celim svetom obraz osvetljalo, nego Srbima iz Ugarske, sa ,madarskim plemićima’, kojima je dosta, što im je u deo palo toliko blago, koje je knez Miloš toliko godina ponajviše ,monopolom trgovine’ u Srbiji stekao?²⁷ Pitamo zašto?” Odgovor je Miletić nalazio u ličnim interesima, ali i u pogodovanju austro-ugarskoj politici na Balkanu.

U članku „Srpska vlada i pojavi u Bosni” Miletić je ponovo kritikovao vladu u Srbiji. „Pravo zahtevati od vlade u Srbiji, da radi u duhu i pravcu politike narodnog oslobođenja i ujedinjenja ima svaki član naroda ma gde on bio već po svom rođenju, pa i mi to ne damo sebi oduzeti, niti ćemo se obazreti na savet regenstva u Srbiji, da samo ,gledamo katihizis’. Kritikovao je stav namesništva da treba biti u prijateljskim odnosima sa susednim vladama, ako te vlade svim sredstvima rade da spreče ispunjenje pravog zadatka Srbije. Ne postoje dobre veze ni sa Rusijom, ni sa Crnom Gorom, ni sa Bugarima. Krivci za to su prošla i sadašnja vlada u Srbiji, koje su dovele do izolovanosti i usamljenosti Srbije. „Još je bilo nešto simpatije u narodu u Bosni i Hercegovini i nešto uzdanja, ali se to vezivalo na osobu kneza Mihaila a ne sistem i politiku njegove vlade”.²⁸

Miletić je tada opširno pisao i o promenama u odnosima između velikih sila. On je slutio da se bliži rešenje Istočnog pitanja i objašnjavao kakvi su u tome interesi Austrougarske. Procenio je da se posle Mihailove smrti Namesništvo kolebalo u svom odnosu prema Ugarskoj. Povodom presude peštanskog najvišeg suda u procesu protiv bivšeg kneza Aleksandra Karadordjevića, Miletić je osuđivao postupke srpske vlade, koja je smatrala da će osuda Karadordjevićeva od strane stranog suda imati veću težinu od osude srpskog suda, te će tako zauvek ukloniti takmaca vladajućoj dinastiji. „Srpska vlada zaista beše ponizila Srbiju do

²⁷ Misli se na Bajiće i Nikoliće, muževe Miloševih kćeri.

²⁸ „Srpska vlada i pojavi u Bosni”, *Zastava*, 26. maja 1871, br. 60, *Sabrani spisi II/3*, 124.

proste skutonoše austro-ugarske politike”. „Ali presuda Karađorđevića treba državnicima u Srbiji da služi za pouku u udešavanju politike prema mađarskoj vladji”.²⁹ Spoznajući planove mađarskih državnika, mogli su lako uvideti kuda smera mađarska politika. Konačan dokaz bio je ishod parnice protiv Karadorđevića. On je bio, veli Miletić, iskra u već nagomilani barut nepoverenja, čiji je ishod bio knežev put u Livadiju u posetu ruskom caru. Povodom te kneževe i Blaznavčeve posete, Miletić je izrazio izvesnu sumnju u pogledu njenih motiva, podozrevajući da je ona učinjena radi ličnog prestiža i utakmice sa Crnom Gorom.

Godine 1871. je Miletić sa svojim istomišljenicima pokušao poslednji put da uspostavi saradnju omladinskog pokreta sa srpskom vladom radi stvaranja velike nezavisne države na Balkanu. Njihov plan je bio da se prvo stvori velika nezavisna država na Balkanu, sastavljena od slovenskih pokrajina Crne Gore, Bosne i Hercegovine, Srbije i Bugarske. U jesen te godine je planirano da se pokrene ustank u Hercegovini i da se odatle proširi na Bosnu. Plan je saopšten namesnicima i od njih je traženo da u određenom trenutku službena Srbija uđe u otvorenu akciju. U tome je trebalo da učestvuje i Crna Gora.³⁰ U vezi s tim planom Miletić ukazuje na to da je za njegovo ostvarenje potrebna puna unutrašnja politička sloga. Namesništvo, naprotiv, podstiče neslogu među političkim strankama.³¹



U članku „Da li je ‚obrt politike’ u Beogradu?” Miletić je, govoreći o promeni srpske spoljašnje politike istakao da je za u tom trenutku za Srbe od većeg interesa spoljašnja politika nego unutrašnja i zaključio: „Spoljašnju akciju dakle što pre dok Bosanaca nije nestalo, dok se Bosna i Hercegovina ‚kulturnim Arnautima’ nije napunila, dok u Srbiji narod još mekušniji postao nije, dok je još na granici Srpstva čila mišica srpska”. Smatra da smetnja tome poduhvatu ne treba da budu dinastički interesi. Njega bi trebalo rešavati posle konačnog oslobođenja od Turaka. Članak zaključuje: „Zato što pre svezu između Srbije i Crne Gore, i akciju protiv Turske”.³²

²⁹ „Presuda A[leksandra] Karadorđevića”, *Zastava*, 30. maja 1871, br. 62, *Sabrani spisi* II/3, 134.

³⁰ Milorad Ekmečić, *Ustanak u Bosni 1875-1876*, Beograd 1996, 72; Nikola Petrović, *Svetozar Miletić (1826-1901)*, 154-155.

³¹ Vaso Vojvodić, *Ujedinjena omladina srpska o pripremanju ustanka na Balkanu 1871-1872. godine*, u Zborniku radova *Ujedinjena omladina srpska*, Novi Sad 1968, 305-314.

³² *Zastava*, 16. jula 1871, br. 82, *Sabrani spisi* II/3, 198-199.

U veoma opširnom tekstu pod naslovom „Srbija” Miletić je analizirao stanje u Srbiji.³³ Ukazao je na svemoć vlade i nepostojanje građanskih prava, u prvom redu slobode štampe. Pominje i brojnost birokratije: „Srbija je takoreći domena, spajiluk za izdržavanje činovnika”. Skoro sva inteligencija je u državnoj službi. Izlaz je video u obrazovanju liberalne stranke, koju će činiti ljudi koji ne zavise od vlade i vlasti.

Po njegovom mišljenju Srbija ima najviše značaja i važnosti za Srpsstvo u oslobođenju srpskog naroda i njegovom ujedinjenju. To je jedino polje na kojem bi se mogla postići sloga celog srpskog naroda. Uslov sigurnog oslobođenju Bosne i Hercegovine je sporazum između Srbije i Crne Gore. „Ima ji, koji kažu, da vlada srpska ništa spola preduzimati, i na kocku metuti ne može, dok je knez maloletan, da i druga regentstva nisu tako što preduzimala. No u ustavu nema prepone tome, i ne vidimo, zašto bi regentstvo zgodne prilike propušтало samo zbog maloletnosti kneza, pa ne znamo otkuda bi knez imao pravo, zemlju i narod rizikati, a da narod za vreme maloletstva kneževa nema pravo rizikati što, pa ma to naposletku i knežev venac bio.

U istoriji imamo više primera, da se za vreme regentstva najvažnija i najrizičnija dela obavljaju. Samo regentstvo u svom nastupnom proglašu obrekoše onda, kad behu na tri godine izabrani, pa evo i peta godina nastala, i nemacko-pruski rat prođe, a Srbija ostade ista, kolika je i bila. Mi baš naprotiv mislimo, da se za vreme maloletstva kneževa mnogo manje po kneza rizika, nego kad se što tu njegovim imenom rizično preduzme, jer bi neuspešan rad išao na račun i opasnost maloletnog kneza, nego na račun oni, koji njegovo pravo vrše, pa i odgovornost za to nose. Ko dakle i tu da ne dođe na misao, da birokracija više svoje stolice, nego knežev presto čuva?”

Dalje je Miletić dao svoje mišljenje o najvažnijim ustavnim pitanjima. Kritikovao je rešenja postojećeg ustava, u prvom redu uređenje zakonodavne vlasti i nepotpunu zakonodavnu vlast narodne skupštine i ograničeno budžetsko pravo, pitanje politike odgovornosti ministara, strukturu narodne skupštine, građanska prava i slobode i njihove ograničenosti, u prvom redu slobode štampe, o čemu veoma detaljno raspravlja.

O značajnim promenama na planu međunarodnih odnosa Miletić je raspravljaо u članku „Austro-Madarska i istok”. On je ukazao na promene koje su se desile u samoj Austro-Ugarskoj. Istakao je da će nesposobnost Austrije da se sporazume sa slovenskim narodima biti razlog njene konač-

³³ Članak je objavljen u *Zastavi* u pet nastavaka, septembra 1871, a 1872. u *Letopisu Matice srpske*, u svesci 114, str. 78-113 pod naslovom „O ustavu i ustanovama u Srbiji”. Svetozar Miletić, *Sabrani spisi* II/3, 278-306.

ne propasti. Austrijska politika je oterala zapadne Slovene u naručje, u koje je oterala i kneza Milana. Komentarišući put kneza Milana u Livadiju u posetu ruskom caru, Miletić konstatiše da je razlog tome to što je srpska vlada naposletku uvidela da ju je austrougarska diplomatiјa uopšte, a i ugarska vlada posebno, obmanjivala i zavaravala. Srbiji je obećava-na Bosna i Hercegovina, a ustvari su kovani planovi za njihovo osvajanje. No kako je dinastičko pitanje bilo poglavita poluga prijateljstva i veze između Austro-Ugarske, a osobito Ugarske i srpske vlade, ishod Karadorđevićeve parnice je zadao poslednji udarac tome prijateljstvu.³⁴ Srpsko-mađarsko prijateljstvo je dovelo do opadanja simpatija južno-slovenskih naroda prema Srbiji i porasta ugleda Crne Gore i njene dinastije. „... pokaza se da rečena plemena upiru svoje oči na malenu, ali junaci odvažnu, za oslobođenje i ujedinjenje srpskih plemena u Turskoj oduševljenu, i na prijateljstvo Rusije naslonjenu Crnu Goru.“ Bilo je krajnje vreme da se ruskom caru pokloni knez, i još više – Blaznavac. Ako je pak svrha toga puta bila da se postigne dinastički prestiž i utakmica sa Crnom Gorom i umanjivanje veza Rusije i Crne Gore, to neće dovesti do uspeha. „Naslon na Rusiju može samo onda imati beričetni posljedica po opštu cel naroda, ako se osniva na međusobnom sporazumljenju kako Srbije i Crne Gore, tako uopšte srpski, pa i drugi srodnici plemena na Balkanskom poluotoku – inače naslon taj, i takmica u traženju tog naslona ne bi bio stub, nego nadgrobni kamen samostalnosti i slobode srpske.“ Svrha putovanja u Livadiju treba da bude učvršćenje sloge između Srbije i Crne Gore, u cilju oslobođenja Srba i drugih naroda na Balkanskom poluostrvu.

Miletić je jasno uočavao i objašnjavao kakvi su interesi Austro-Ugarske u rešenju istočnog pitanja. On upozorava na to da postoje svi znaci da se rešenje istočnog pitanja približava. Slikovito je objasnio kakve su interese za očuvanje Turske imale velike sile. „Ako ćemo uporediti Tursku sa starim čovekom, koji ima neke materijalne obaveze prema nekome za svoga života, onda ćemo Englesku uzeti kao ‚nekog’ koji se stara da taj stari čovek što duže živi, kako njegove obaveze zbog kojih onaj ima koristi, ne bi prestale. Austrougarsku pak prema takoj prispolobi možemo smatrati kao onoga, koji nema istina nikakvi prava, ali bi opet hteo, – i nada se da će mu se želja ispuniti – da bude naslednik starčev. Stoga mu nije stalo do života starčeva, ali opet voli i to, nego da po smrti pravi naslednici zauzmu ostavinu. Dok starac živi, nada se ovaj, da se i pravim naslednicima može šta desiti, i onda on dolazi na red.“³⁵

³⁴ *Zastava*, 20. oktobra 1871, br. 123 i 22. oktobra 1871, br 124, *Sabrani spisi II/3*, 328-335.

³⁵ „Čudni znaci“, *Zastava*, 10. decembra 1872, br. 146, *Sabrani spisi II/3*, 805-808.

U početku vladavine Namesništva je postojala nada da će oni pristupiti političkim reformama.³⁶ Posle izvesnog vremena, Miletić je i prema politici Namesništva zauzeo kritičan i opozicioni stav, kao i ranije prema knezu Mihailu. Došlo je do razlaza između Vojvođana i liberala u Srbiji, koji se više nisu slagali u oceni unutrašnje politike Srbije. Slobodan Jovanović je osnovne Miletićeve zamerke namesničkom režimu video u sledećem: prvo, on nije verovao u iskrenost namesničkog liberalizma, imajući tu pre svega kao dokaz Ustav od 1869. godine i njegova rešenja: uređenje zakonodavne vlasti, slobodu štampe, zakon o odgovornosti ministara. Namesničku ustavnost je ocenjivao kao lažnu ustavnost, a namesnički liberalizam kao lažni liberalizam. Drugo, on se nije slagao sa namesničkom spoljnom politikom. Imao je utisak da se namesništvo potpuno odvojilo od Rusije i podredilo austrijskom, odnosno mađarskom uticaju. Činilo mu se da namesništvo interese Srbije stavlja iznad interesa Srpskog naroda. On pak, smatra da ne leži spas Srpskog naroda u Srpskoj državi.³⁷



Krajem 1872. godine je u *Zastavi* objavljen članak „Obzor na godinu 1872”, u kojem je dat kratak pregled političkih zbivanja u protekloj godini. Te je godine knez Milan stupio na vladu. Zbog njegovog puta u Livadiju se Austro-Ugarska osvetila zabranom učešća Srba iz Južne Ugarske u proslavi koja je povodom kneževog punoletstva organizovana, u čemu je nedostojnu ulogu odigrao generalni konzul Kalaj, a dvojica Srba bez ikakve krivice dospeli u zatvor. Pominje se srpsko potraživanje malog Zvornika sa Sakarom, uz napomenu da je za uspeh u svakom poduhvatu nužna sloga Srbije i Crne Gore.³⁸

Početkom sledeće godine je, takođe u *Zastavi*, sada opširnije, data rekapitulacija političkih događaja protekle godine.³⁹ Miletić ne ocenjuje povoljno srpsku politiku u toj godini. Oslobođenje i ujedinjenje onostranog srpskog naroda je još otvoreno pitanje. Prvi uslov za ostvarenje tog cilja, sloga Srbije i Crne Gore nije razvijena u poželjnoj meri. Mada se u Srbiji još uvek gleda Pijemont srpskog naroda, uzalud se u njoj traže Kavuri. Postoji neki mali napredak na privrednom polju, ali je uočljiv i razvitak plutokratije, što zemlji ne obećava neku sreću. Na polju politike se nije

³⁶ Slobodan Jovanović, *Vlada Milana Obrenovića*, knjiga prva (1868-1878) , Beograd 1926, 49.

³⁷ Isto, 135-139.

³⁸ *Zastava*, 30. decembra 1872, br. 153, *Sabrani spisi* II/3, 825-830.

³⁹ „Naš narod u god. 1872”, *Zastava*, 14/26. januara 1873, br. 6, *Sabrani spisi* III, Beograd 2002, 25-29.

desilo ništa vredno pomena. „Čin punoletstva kneza Milana i primanje vlade, što takođe spada na ovu godinu koju pregledamo, za nas je značajan samo po tome, što sad neće maloletnost i privremenost namesništva služiti za kišobran od prekora i za izgovor neveštoj i mlakoj politici srpskih državnika. Sam taj čin – primanje vlade, ne obeležava u politici Srbije nikakvu ‚menu’, te stoga ne može imati više značaja sve dotle, dok mu dela to ne dadu.”⁴⁰ Miletić očigledno nije gajio preterane nade u promenu srpske politike, koja bi mogla nastupiti kneževim punoletstvom, imajući u vidu da su na vlasti ostali isti ljudi. Vladu je obrazovao Blaznavac, ministar inostranih poslova je bio Ristić, a resor unutrašnjih poslova je pripao Radivoju Milojkoviću, koji ge je i do tada držao. Posle iznenadne Blaznavčeve smrti vlast je još neko vreme prepustena Jovanu Ristiću.⁴¹

U opširnom članku „Položaj Srbije na istoku” Miletić je analizirao međunarodne prilike, položaj Srbije i njenu spoljnu politiku.⁴² „Kad se knez Mihailo u Srbiju vratio, a naročito kada je stupio na vladu, on je bio sa Ugarskom, sa mađarskim državnicima u dobrom sporazumljenju, u prijateljskom odnošaju, jamačno ne toliko zbog ličnih sveza, ili obaveza, ili zbog svoji aristokratski osećaja, koliko zbog toga, što je mislio, i verovao da će Ugarska, da će mađarski državnici, da će mađarski narod, biti prijatelj Srbiji, srpskom narodu, i da neće biti prečaga, nego moralna poluga onakom rešenju Istočnog pitanja, kakvo je u interesu neposredno hrišćanski naroda na istoku, posredno i samoj Ugarskoj, i narodima od Karpata do Adrije”.

Mađari su knežev put u Livadiju tumačili kao reakciju na ishod parnice protiv Aleksandra Karađorđevića, kao da sami nisu za to dali nikakav povod. „Promena dakle, odnošaja Srbije prema Austrougarskoj, a naročito prema Ugarskoj, bila je nužna posledica ne samo unutrašnje Slavenima protivne austrougarske politike, nego i spoljašnje posle francusko-nemačkog rata, i inauguiranja politike prema Turskoj i Istoku”, zaključio je Miletić svoju analizu.

U vezi sa putovanjem Jovana Ristića u Beč, aprila 1873. i komentara mađarske štampe o tome putovanju i njegovim motivima, Miletić je u članku „Ristićev put u Beč” ponovo načinio kratku analizu međunarodnih odnosa i položaja Srbije među velikim silama, Austrougarskom i Rusijom. Madarski list je ovu posetu uglednog srpskog državnika protumačio

⁴⁰ Knez Milan je napunio osamnaest godina i preuzeo vlast avgusta 1872. godine.

⁴¹ Čedomir Popov, *Vladavina kneza Milana Obrenovića (do 1875)*, *Istorija srpskog naroda V-1*, Beograd 1981, 341.

⁴² *Zastava*, 1/13. aprila, br 39 i 4/16. aprila 1873, br. 40, *Sabrani spisi III*, 109-114.

kao priznanje i uviđanje Srbije da je upućena na Austrougarsku i da bez nje ne može preduzeti nijedan korak unapred. Miletić pak, osporava da je ovo putovanje značilo dezavuisanje i pokajanje zbog kneževog puta u Livadiju, u posetu ruskom caru. Kada je o Ristiću reč, nema sumnje u njegovu naklonost prema Rusiji, ona može biti možda samo preterana. Njegov put u Beč je, po Miletićevom mišljenju, sasvim u skladu sa ruskim politikom. Na kraju on zaključuje da kod Srba ne postoji ni priateljstvo ni neprijateljstvo prema drugim narodima i državama: merilo srpskih simpatija i antipatija je oslobođenje i ujedinjenje srpskog naroda i drugih slovenskih plemena na istoku. Uveren je da pored srpske, odnosno južnoslovenske države može postojati celokupnost, samostalnost, pa i nezavisnost mađarske države. Dok se god to ne priznaje, dok se ukrštaju interesi srpskog i mađarskog naroda, ne može biti izmirenja duhova i priateljstva između Srbije i Austrougarske. Kada mađarski državnici budu smatrali da Istok treba da pripadne istočnim narodima, to će značiti kraj nepoverenja i nesporazuma.⁴³

O kneževom putovanju u Carigrad je Miletić pisao i u članku „Da uskrsne narod srpski i rastoče se svi vrazi njegovi!“ Kritikovao je knežev planirani put u Carigrad, na poklonjenje sultanu, ocenjujući ga kao sramotu i grehotu. To bi značilo kneževu odricanje od onog zadatka, koji od njega očekuju hričanski narodi od Srbije. Mada u Srbiji još nema prave ustavnosti, a još manje parlamentarne odgovornosti ministara, za ovakve poteze, kao što je put u Carigrad, odgovoran je knez narodu, srpskom javnom mnjenju i dostojanstvu srpskog naroda.⁴⁴ Miletić izražava i sumnju u eventualni ruski uticaj na ovu odluku. Ako je on postojao, namera mu je bila da se u narodu diskredituje srpska dinastija, da bi se načinilo mesto za ruske cariće. Ako ruska vlada neće da pomogne Srbiji i Slovenima, nema pravo ni da ih ponizava u očima sveta i srpskog naroda. Srbi mogu i sami da se oslobole, a Rusija treba i sama da se oslobodi „svoji Nemaca, velikaša i činovnika, a naročito od „samodržavlja““. Ruskom dvoru se ne treba ropski podavati, zaključio je Miletić. Rusiji je Srbija možda potrebnija, nego ona Srbiji.

Mada kritičan prema kneževim postupcima, Miletić je ipak još uvek odgovornost za neke postupke češće pripisivao vlasti i ministrima nego samom knezu. Za otpuštanje iz službe kapetana Save Gruića, zbog njegove objavljene kritike vojne organizacije, *Zastava* piše: „No nije uvreda, kao što nam nije ni namera uvrede, kad kažemo da je knez još tako mlad da se puna ne samo politična, nego i moralna odgovornost za postupak

⁴³ *Zastava*, 8/20. aprila 1873, br. 42, *Sabrani spisi* III, 115-119.

⁴⁴ *Zastava*, 15/27. aprila 1873, br. 44, *Sabrani spisi* III, 120-124.

prema Savi Grujiću, samo na ministra obaliti može, premda se i to ne može pretajiti, da je stvar koliko načelno, i po posljedicama zamašna, ipak prosta, da je sam osećaj, i svaćaj ljudskog dostojanstva, srpskog ponosa i „oficirske časti“ dovoljan sudija“. U vezi sa istim slučajem, kao i osudama urednika *Javnosti* i Svetozara Markovića, Miletić je kritikovao nepostojanje slobode štampe u Srbiji.⁴⁵

Miletić je razmatrao političko prilike u Srbiji poslednje godine, posle formiranja mladokonzervativnog Marinovićevog kabineta 22. oktobra, u članku pod naslovom „Stanje u Srbiji“.⁴⁶ U njemu se osvrnuo i na neke spoljnopolitičke događaje, a i na unutrašnje političke odnose. Ocenio je da nema nijedne države u Evropi gde je zakon o štampi dao toliko maha vlasti za političke progone štampe i gde na tom polju ima toliko zloupotreba. Osudio je način na koji je došlo Ristićevog pada i do sменe vlade, ukazujući na to da vladalac treba da se uzdigne nad političkim strankama i stranačkim strastima, te da vlade ne formira prema ličnoj naklonosti ili obara zbog lične mržnje, nego u državnom interesu. Naročito oštro je kritikovao vladine spoljnopolitičke poteze. Ponovo je istakao da je knežev put u Carigrad povodom pitanja Malog Zvornika bio poniženje kneza pred sultanom, a Srbije pred ostalim svetom. Osudio je i brojna kneževa putovanja sa velikom svitom i postavio pitanje ciljeva i opravdanosti te „skupocene promenade“ po Evropi. Ta putovanja nisu ni doprinela nekom diplomatskom uspehu, jer knez često nije ni bio priman od državnika koje je želeo da poseti. Krivicu za to on ne pripisuje toliko knezu, jer putovanja nisu privatne prirode. Ministar predsednik koji ga prati je odgovoran za spoljašnju i unutrašnju politiku Srbije, što se kneza tiče, „ipak je mlad, neuk i neiskusan, kome se taštine oprostiti, a samovolje ustavom i zakonima zakratiti mogu. Odgovorno je ministarstvo – odgovoran je Marinović, koji stvara stanje, koje ako i ne namerno, ali u posljedicama svojim vodi katastrofi, koja Srbiju može naćiniti provincijom Austrougarske, ili sekundogeniturom koga suseda, uz masniju apanažu za „putoljubivoga“ kneza, a možda i – neki velikaša u Srbiji.“

U članku „Vlade u Srbiji“ Miletić je zaključio da Srbija nije parlamentarna zemlja, gde bi vlast bila politički odgovorna narodnoj skupštini i gde bi vlast koja je izgubila poverenje narodnog predstavništva bila otpuštena sa vlasti. Ona nije u pravom smislu ni ustavna

⁴⁵ *Zastava*, 9/21. januara 1874, br. 4, *Sabrani spisi* III, 186-189; „Sloboda štampe u Srbiji“, *Zastava* 3/15. marta 1874, *Sabrani spisi* III, 190-193.

⁴⁶ *Zastava*, 27. oktobra/8. novembra 1874, br. 127 i 30. oktobra/11. novembra 1874, *Sabrani spisi* III, 227-233.

zemlja, tj. zemlja gde obe strane, vladalac i skupština imaju jednakopravo u donošenju zakona. Mada se isticalo da je knez Milan, vaspitan u Francuskoj, doneo i razvio duh ustavnosti, Miletić se pita, povodom poslednjih promena vlade u Srbiji, šta je razlog što knez zaobilazi ljude, koji uživaju poverenje skupštinske većine. „Mi držimo da je vreme da se vladatelji Srbije više oslanjaju na mišljenje, i želju svoga, pa i ostalog srpskog i slavenskog naroda, nego na milost i nemilost nekih stranih sila, ili njini agenata, koji ako i mogu privremeno spoljašnju akciju sprečiti, ali ne mogu bar unutri ništa učiniti, ili smetati, kad je i dok je vladatelj s narodom suglasan, dok je ne samo Srbija kao zemlja i narod, nego i vlada obgrljena rukama prijateljstva srodnih plemena.” Miletić je odbio prebacivanja da postoji težnja da se iz Novog Sada zapoveda Srbiji i njenoj vlasti, ali i napomenuo da izvan Srbije živi skoro trećina srpskog naroda, čiji su preci došli ovamo s namerom da pripomognu oslobođenju stare otadžbine, te imaju i pravo i dužnost da razmišljaju o uslovima opstanka i razvitka srpskog naroda u celini, jer se to ne tiče isključivo Srbije.⁴⁷

U članku „Stoglava aždaja reakcije u Srbiji” Miletić je kritikovao konzervativnu stranku Marinovića i Garašanina. Umesto „lojalne i miroljubive” u spoljnoj politici i „konzervativne ili konzervativno-liberalne” u unutrašnjoj, Miletić je označavao kao „servilnu” spolja, a reakcionarno vlastoljubivu iznutra. Reakcija je i samog kneza nagovorila da pozove nekolicinu skupština, i ukori i njih i skupštinu, što brojnim interpelacijama otežava posao vlasti. U ustavnoj monarhiji je vladalac neprikošoven, neodgovoran, a posledica, jamstvo a i uslov te neprikošnovnosti i neodgovornosti je da se knez ne meša, i da ga stranke ne mešaju u partijske stvari i razmirice. „Neustavno je vlastaoca uvlačiti u diskusiju, bilo u skupštini, bilo van nje. Vladalac valja da stoji nad strankama, ili samo da motri, kakav pravac preteže na vagi – na vagi narodnog predstavništva, i je li ovaj suglasan pravcu i struji u samom narodu, i da prema tome udešava vršenje oni prava, koje mu vršiti pristoji, i to ne lice k licu Narodnoj skupštini ili njenom pozvanom ali „nezvanom” odlomku, nego putem odgovornog ministarstva. [...] Koji je još ustavni vladalac u Evropi pozvao pred se poslanike narodne ad audiendum verbum regium – na čitanje bukvice, i davanje ukora.” Među njima je bio i Adam Bogosavljević, a knez im je objašnjavao „da administrativna dela vlade ne podleže kontroli Skupštine”. Pominje slučaj kneza Mihaila i konstatuje da je upravo to bio pogrešan, prvi „kobni” korak Mihailov. „I zar se sme savetovati mladome knezu ono,

⁴⁷ „Vlade u Srbiji”, *Zastava* 9/21. februara 1875, br. 17, *Sabrani spisi III*, 257-259.

što je knezu Mihailu moglo proći, osobito u vremenu, kad još nije bilo ustavnosti sa ministarskom odgovornosti? ”⁴⁸

Sličan je ton članka pod naslovom „Kob nad Srbijom”, gde je Miletić izložio svoje poglede na karakter monarhijske ustavne vlasti i parlamentarizma. Monarhijska je vlast neodgovorna i neprikosnovena, ali su zato ministri odgovorni, za državna dela podležu javnom, a i državnom суду, bez obzira na to, da li ih vrše pod imenom i sa potpisom vladara, ili u svoje ime. Ocenjujući unutrašnju politiku u Srbiji, on zaključuje da Srbija nije parlamentarna zemlja, a nije u pravom smislu ni ustavna država. U Srbiji postoji jedna koterija koja je uzela vlast i „prestol pod zakup”. Ona nema dovoljnog oslonca u narodu, te se oslanja na strane sile, poglavito na austrogarskog generalnog konzula, a mađarskog prokonzula nad Srbijom: „Obrenovići su i u spoljašnjoj i u unutrašnjoj politici zaostali iza onoga očekivanja, što je srpski narod u Srbiji i Turskoj u nji položio [...] Knez Milan takođe predaje se u ruke koterije, koja hoće da uguši svaki slobodan razvitak u Srbiji, i oko Srbije, i kojoj je mađarski prokonzul protektor. Ta koterija navela je i u spoljašnjoj politici kneza Milana na tanak led. Da zaglavi fijasko i poniženje Srbije, i kneza u Carigradu, rastrubi u Bukureštu učinjen neki savez među Romanijom i Srbijom, a kad tako, a ono romanski oficirski list „Pres“ pre negde, jamačno povodom beogradske razmirice sa pruskim konzulom, reče: da nema ništa tražiti s one strane Dunava, da ona pripada Zapadu, da Istok počinje s one strane Dunava, i po tome da je se istočno pitanje išta ne tiče. Rastrubi se takođe iz Beograda, da će crnogorski knez Nikola pooditi Bukurešt, i tim putem i Beograd, a od svega toga na Cetinju nije ni pomena bilo, nego je sve to bio Marinovićev ‚humbug‘. I kad mi tako što knezu Miljanu pred oči iznosimo, onda smo mi ‚neprijatelji knezu i Srbiji‘”.

Miletić je odbio optužbe da je ovakvo pisanje *Zastave* neprijateljsko i istakao da „nekorektan“ i neustavan postupak knežev, kao što je slučaj zastrašivanja narodnih poslanika *Zastava* ima i pravo i dužnost da kritikuje, pogotovo ako se to u dotičnoj zemlji ne može. I u ovom slučaju je Miletić najveću odgovornost za ovaj postupak pripisao kneževim savetnicima, ističući da samom knezu nedostaje iskustvo, što se stiće sa godinama. Zaključio je da je knez Milan pao u zamke svojih udvorica, koji se ne stide da se kao zreli ljudi dive mudrosti dvadesetogodišnjeg kneza. Naglašava da kritika kneza nije gest neprijateljstva prema njemu i zaključuje

⁴⁸ „Stoglava aždaja reakcije u Srbiji“, *Zastava* 12/24. februara 1875, br. 18, *Sabrani spisi* III, 260-264.

da je krajnje vreme da knez kao ustavni vladalac povrati saglasnost između narodne skupštine i vlade.⁴⁹

U članku pod naslovom „Nasledstvo prestola u Srbiji” se Miletić bavio još jednim pitanjem ustavnog uređenja Srbije – nasleđivanjem prestola. Povodom predloga grupe poslanika o izmenama ustava, Miletić je izneo svoje mišljenje o predloženoj izmeni odredaba o nasleđivanju prestola. Po postojećim ustavnim odredbama presto Srbije u slučaju da knez umre bez naslednika, nasleđuju potomci Miloševih kćeri. U izmenama koje je predložila grupa poslanika se ove odredbe menjaju tako što se predviđa da će sam knez odrediti naslednika, ako ostane bez poroda, a ako umre pre donošenja ove odluke, narod slobodno bira vlastaoca. Miletić je smatrao da je ovo rešenje načelno ispravno, ali da nerедовне prilike koje nastaju u takvim situacijama zahtevaju da nasledni red bude unapred uzakonjen. Podsećajući na ugovore kneza Mihaila sa crnogorskom knezom Nikolom, Miletić se pita ne bi li u slučaju izumiranja dinastije Obrenovića bilo dobro rešenje da srpski presto nasledi crnogorska loza Petrovića. Time se otklonila i jedna smetnja ujedinjenju srpskog naroda na Balkanu – postojanje dveju dinastija.⁵⁰

Povodom austrougarskih pritisaka da se raspusti srpska narodna skupština, Miletić je marta 1875. pisao o odnosu Austrougarske prema Srbiji je zaključio da je tačna njegova ocena da se ide na to da austrougarski konzul postane prokonzul u Srbiji. U svojim političkim potezima knez mora uvažavati raspoloženje naroda i imati više poverenja u narodnu skupštinu. „...ko pred srpskim prestolom u Beogradu više vredi: Kalaji i Marinović, ili narod srpski i Narodna skupština?“, pita se Miletić.⁵¹



U vreme Hercegovačkog ustanka i otvaranja Istočne krize je Miletićeva politička aktivnost bila najživljia, a njegova očekivanja od Srbije i srpske vlade najveća. Proteklih petnaest godina je cilj Miletićeve nacionalne politike bio da Balkan pripadne balkanskim narodima, koji svoje nacionalno oslobođenje treba da postignu zajedničkom oružanom borbom, samostalno, a bez uplitavanja evropskih velesila. Stoga je razumljivo što je Miletić događajima u Hercegovini i njihovim mogućim posledicama posvetio izuzetno veliku pažnju.

⁴⁹ „Kob nad Srbijom”, *Zastava* 26 februara/10. marta 1875, br. 24, *Sabrani spisi* III, 278-282.

⁵⁰ „Nasledstvo prestola u Srbiji”, *Zastava* 9/21. marta 1875, br. 29, *Sabrani spisi* III, 296-298.

⁵¹ „Knez i skupština“, *Zastava* 12/24. marta 1875, br. 30, *Sabrani spisi* III, 302.

U početku Hercegovačkog ustanka je bio rezervisan, podozrevajući da u njegovom izbijanju ima austrijskog učešća. Smatrao je da ima dosta indicija koje su potvrđivale tu sumnju, kao što je bila koncentracija austrijskih trupa na bosanskoj granici, vesti o prelasku dvadesetak preobučenih austrijskih štapskih oficira u Bosnu i Hercegovinu sa specijalnim zadatkom, kao i pisanje nekih bečkih listova da su dva pobunjena mesta istakla austrijsku zastavu.⁵² U početku ustanka je procenio da je pobuna u Hercegovini „mesne ili pokrajinske prirode“ i da se iz nje neće zatalasati Istočno pitanje, s obzirom na tadašnju konstelaciju u Evropi i na Balkanskom poluostrvu i na trojecarski savez.⁵³ Miletić je povodom toga ponovo naglasio da je protiv rešenja Istočnog pitanja posredovanjem velikih sila, a posebno Austro-Ugarske, jer bi prisajedinjenje Bosne i Hercegovine Austro-Ugarskoj bilo prava nesreća za srpski narod. Plašio se intervencije i okupacije ovih zemalja, bez kojih srpskoj državi na jugoistoku nema budućnosti, ni trajnog opstanka i razvitka.⁵⁴ Njegovo dvoumljenje na početku Hercegovačkog ustanka bilo je opravdano, jer su i međunarodna situacija i prilike u Srbiji bile nepovoljne, nepovoljnije nego 1866, ili 1870-1871, kada je Miletić forsirao oružanu akciju na Balkanu. Srbija nije bila vojnički pripremljena za rat. Nije pridobila saveznike za masovni oružani ustank na Balkanu. Rat je započinjao u senci aspiracija Austro-Ugarske prema Bosni i Hercegovini i pogadanja između Rusije i Austro-Ugarske o podeli interesnih sfera na Balkanu, čemu je uskoro i usledio sporazum u Rajhštau.⁵⁵

Miletičevi odnosi sa srpskom vladom su u to vreme bili krajnje pogoršani. Početkom 1875. *Zastava* je ponovo bila zabranjena u Srbiji. U vreme kada su stizale najdramatičnije vesti o borbama u Hercegovini, stigao je i glas iz Beča o kneževoj veridbi. Miletić je u *Zastavi* oštrim i podrugljivim rečima napadao kneza Milana što se u vreme izbijanja ustanka sprema za ženidbu. Kneževu ženidbu je Miletić ocenio kao nečuveno vređanje srpskih osećanja i pisao da se „ovo ne zove *obručiti*, nego *obrukati* vladaoca srpskog“. Nije mogao da razume što se knez sprema za ženidbu u tako sudbonosnom trenutku. Uočava čudnu kob Obrenovića, da ih udvorice sa jedne iste strane hvataju u svoje mreže, a ženske neprilike u toj kobi igraju takvu

⁵² „Hercegovačka pobuna“, *Zastava* 9/21. jula 1875, br. 79, *Sabrani spisi* III, 416; Nikola Petrović, *Svetozar Miletić (1826-1901)*, 205-206.

⁵³ „Hercegovački ustank i Crna Gora“, *Zastava* 16/28. jula 1875, br. 82, *Sabrani spisi* III, 429-431.

⁵⁴ „Hercegovina iistočno pitanje“, *Zastava* 23. jula/4. avgusta 1875, br. 85, *Sabrani spisi* III, 434-437; „Varnica ili plamen?“, *Zastava* 25. jula/16. avgsta 1875, br. 86, *Sabrani spisi* III, 438-442.

⁵⁵ Nikola Petrović, *Svetozar Miletić*, 208.

ulogu. I kneza i narod je Marinović obrukao kneževim putovanjem u Beč, radi cilja nepriličnog u tadašnjim okolnostima. Miletić čak pominje i nevestin veliki miraz: „On [knez] je našao „pupilu“ sa nekoliko, ako je istina, miliona rubalja! On, kao, što „Pančevac“ reče, volije Nataliju nego bataliju. Srpsku pupilu, Hercegovinu i Bosnu, on ostavlja srpskom narodu na dušu. Srbi u Srbiji - gde vam je obraz srpski, gde ponos junački?“⁵⁶

Miletić je negodovao protiv obrazovanja liberalno-konzervativne vlade, takozvanog konzervativnog ministarstva, formiranog pred kneževom venčanje. Njeno formiranje je Miletić smatrao kao potpuni debakl srpskih liberala. Liberali, koji su se 1858, u jednoj revolucionarnoj situaciji, kada je zbačen i proteran knez Aleksandar Karađorđević, bacili u naručje Milošu Obrenoviću, plašeći se ustanka nezadovoljnih seljačkih masa, našli su se u vreme vladavine namesništva na potpuno reakcionarnim pozicijama. Najzad su pristali na ponižavajuće učešće u jednoj vladu čiji je zadatak bio da utiša nezadovoljstvo koje su izazvali Milanovi ženidbeni planovi.⁵⁷

Miletićev pisanje je u Srbiji imalo znatnog odjeka, jer je *Zastava* u to vreme smatrana za najvažniji list u srpskom.⁵⁸

Miletić je promenio mišljenje o Hercegovačkom ustanku i ratu s Turskom krajem avgusta, ohrabren junaštvom hercegovačkih ustanika i opštim oduševljenjem za rat u srpskoj javnosti. Na izborima za srpsku narodnu skupštinu su pristalice rata s Turskom doobile sedamnaest, sve ostale mandate. Od tada do svog hapšenja, Miletić se odlučno zalagao za rat. Njegova borba je tekla na više koloseka: u *Zastavi*, u različitim političkim kontaktima, prikupljanjem pomoći ustanicima, ali i u parlamentarnim istupanjima u ugarskom saboru, gde se borio za pravično rešenje Istočnog pitanja. On kliče: „Dakle – „Rat s Turcima!“, zahtevajući da to bude „rat ozbiljan, složen i odlučan“ i izjavljuje da je spreman da pred sadašnjim i budućim pokoljenjima podeli moralnu odgovornost za odluku koju treba doneti. On smatra da su sazreli uslovi za oružanu akciju na Balkanu.⁵⁹ Srbiji ne preostaje drugo, nego Porti staviti alternativu: ili slobodu Bosne i Hercegovine, ili Bugarske – ili rat.⁶⁰ Što se tiče austrou-

⁵⁶ „Marinović i kneževa ženidba“, *Zastava* 30. jula/11. avgusta 1875, br. 88, *Sabranii spisi* III, 443-446.

⁵⁷ Nikola Petrović, *Svetozar Miletić*, 206.

⁵⁸ Slobodan Jovanović, *Vlada Milana Obrenovića*, knjiga prva (1868-1878), Beograd 1926, 291.

⁵⁹ „Dakle – rat s Turcima!“, *Zastava* 3/15. avgusta 1875, *Sabranii spisi* III, 447-451; „Ustanak, srpska vlast, Klek“, *Zastava* 8/20. avgust 1875, br. 92, *Sabranii spisi* III, 456-459; Nikola Petrović, *Svetozar Miletić*, 207.

⁶⁰ „Hercegovina i diplomacija“, *Zastava* 6/18. avgusta 1875, br. 91, *Sabranii spisi* III, 455.

garskih Srba, obećava da će oni izvršiti svoju čovečansku i nacionalnu dužnost i da ih u tome neće moći spreciti ni Dunav, ni Sava, ni „Tisa”.⁶¹ Apelovao je na njih da pomognu ustanike dobrovoljcima i novčanim prilozima. Naročito se obraćao penzionisanim oficirima, Srbima, da svojim stručnim vojničkim znanjem priteknu u pomoć pobunjenoj raji u Bosni i Hercegovini.⁶²

Zajedno sa liberalima u Srbiji, Miletić i narodnjaci u Vojvodini su burno tražili da Srbija zarati. Javno mnjenje u Srbiji i Crnoj Gori je bilo ratoborno. Miletić je smatrao da će odluka o pokretanju rata biti odlučujuća ne toliko za sudbinu Srbije, koliko za sudbinu kneza.⁶³ „Izbor je slobodan”, piše Miletić, „Dok je Srbije, biće i knezova, – ali da knez Srbije bude Andrašijev namesnik, Rauh Srbije – to pravo, i ime, korist i ponos srpskog naroda u Srbiji podnosići ne može i neće! Ako knez Milan neće, širok mu je svet – ima ko hoće. „Eno Nikole – eto rata s Turcima!”.⁶⁴ Rezigniran zbog oklevanja da se rat započne, Miletić je ocenio: „No čega srpski Pijemont nema, to je vladalaca, koji bi se srodili sa idejom oslobođenja i ujedinjenja svoga plemena, kao što su bili sardinski kraljevi, i državnika, koji bi se u plemenitom i rodoljubivom surevnovanju naticali u postizavanju te celi, ma i raznim putevima. U Srbiji je ovlađa dinastička dvorska politika. Knez drži, da je Srbija ‚domena’, imovina za njegovo izdržavanje. Njemu je dosta Pijemont bez Italije – Srbija bez oslobođenja i ujedinjenja ostale braće. Ostalo mu je šimera, ili kako se sam izrazio: utopija”.⁶⁵

Krajem godine je Miletić ocenio da je došao odsudni čas i da je krajnje vreme, da se srpski narod u Srbiji prene i uoči opasnost u kojoj se nalazi, jer je srpstvo na raskršću i na dnevnom redu je pitanje o biću ili nebiću srpskog naroda. „Sad ili nikad”, uzvikuje on.⁶⁶

⁶¹ Kalman Tisa, predsednik ugarske vlade.

⁶² Nikola Petrović, *Svetozar Miletić*, 210-211; „Pomoć, braćo, pomoć!”, *Zastava*, 19. septembra/1. oktobra 1875, br. 116, *Sabrani spisi* III, 501-502.

⁶³ „Knez Milan na raskršću”, *Zastava*, 17/19. avgusta 1875, br. 97, *Sabrani spisi* III, 469.

⁶⁴ „Srbija na raskršću”, *Zastava* 13/25. avgusta 1875, br. 95, *Sabrani spisi* III, 460-465; „Knez Milan na raskršću”, *Zastava* 17/29. avgusta 1875, br. 97, *Sabrani spisi* III, 466-469; „Neće li Milan – eno Nikole i – ‘eto rata s Turcima’! ”, *Zastava* 24. septembra/6. oktobra 1875, br. 119, *Sabrani spisi* III, 513-515; „Mit ili rat?”, *Zastava* 11/23. marta 1876, br 40, 568- 572.

⁶⁵ „Balkanski Pijemont”, *Zastava* 12/24. oktobra 1875, br. 129, *Sabrani spisi* III, 516-519.

⁶⁶ „Srpstvo na raskršću”, *Zastava* 21. decembra 1875/2. januara 1876, br. 169, *Sabrani spisi* III, 544-548; „Sad il’ nikad! – knezovima srpskim”, *Zastava* 24. februara/7. marta 1876, br. 31, *Sabrani spisi* III, 563-567.

Početkom maja 1876. je obrazovana u Srbiji nova vlada pod predsedništvom Stevče Mihailovića, u koju su ušli istaknuti liberalni pravaci: Jovan Ristić, Jevrem Grujić i Vladimir Jovanović. Miletić je krajem maja došao u Beograd u nameri da pomogne politiku srpske vlade i izrazi svoju podršku nameravanom koraku – ratu sa Osmanlijskim carstvom.⁶⁷ Posle duže audijencije kod kneza Milana je napisao članak pod naslovom: „Bratu brat, a Turčinu rat”.⁶⁸

U ovim sudbonosnim i dramatičnim prilikama je u Miletićevoj politici nacionalno oslobođenje dobilo ubedljivo prvenstvo nad pitanjima unutrašnjeg uređenja i unutrašnjih sloboda, koje inače nikada ranije nije razdvajao. Posledica svih ovih Miletićevih akcija, intenzivne agitacije u korist rata protiv Turske i posete Beogradu, bila je snažan pritisak mađarskih vlasti na njega. Mađarska vlada je od Srba, svojih podanika zahtevala bezuslovnu neutralnost u slučaju srpsko-turskog rata, pod pretnjom najstrožih mera.⁶⁹ Osamnaestog juna 1876. je počeo rat između Srbije i Osmanlijske carevine, a 5. jula je uhapšen Svetozar Miletić. Na slobodu je pušten tek posle završetka rata i zaključenja Berlinskog kongresa, 15. novembra 1879. godine. Slobodan Jovanović je ocenio da je Miletićev hapšenje bilo razlog što je učešće Vojvodana u ratu bilo nedovoljno, nimalo u skladu sa propagandom koja je vođena. Obezglavljeni Miletićevim zatvaranjem, nisu bili u stanju da organizuju ozbiljniji dobrovoljački pokret.⁷⁰



Teški uslovi ovog tamnovanja i ozbiljno narušeno zdravlje uticali su na Miletićevu političku delatnost posle izlaska iz zatvora. Sledećih nekoliko godina, koliko je još bio aktivan u političkom životu, on nije prestao da se bavi i prilikama u Srbiji. Međutim, onog oštrog, beskompromisnog kritičkog tona, koji je obeležavao njegove ranije napise nije bilo. Kroz njih se provlači ton opreznosti, popustljivosti i lojalnosti. Miletić napominje u jednom članku da su srpski knez, vlada i vojska u odsudnom času razvili zastavu oslobođenja, te je time spasena čast srpskom imenu, mada rezultati nisu bili ravni želji i podnetim žrtvama. Time je položaj lista *Zastava* olakšan, mada se ona ne odriče prava da ukazuje na neke propuste i mane, „glasom prijateljske opomene”.⁷¹ *Zastava* će se

⁶⁷ Nikola Petrović, *Svetozar Miletić*, 212.

⁶⁸ *Zastava* 21. maja/2. juna 1876, br. 77, *Sabrani spisi* III, 595-598; Vasilj Popović, *Istočno pitanje*, 188.

⁶⁹ Nikola Petrović, *Svetozar Miletić*, 213.

⁷⁰ Slobodan Jovanović, *Vlada Milana Obrenovića*, knjiga prva (1868-1878), 324.

⁷¹ „Amnestija i sloboda prese u Srbiji”, *Zastava* 6/18. januara 1876, br. 3, 625-627.

u sledećem periodu zadovoljiti „širenjem načela prave ustavnosti, javnom kontrolom, i objektivnom kritikom javnog rada državnih organa u Srbiji sa gledišta opštih interesa Srpskog naroda”, ostavljajući pojedine stranačke interese strankama i njihovim organima.⁷²

Poslednji tekst o Milanu Obrenoviću je Miletić napisao povodom njegovog proglašenja za kralja. Izrazio je tople želje da ova odluka bude korisna i Srbiji, kao i srpskom narodu na Balkanskom poluostrvu. Napisan uzdržanim tonom, uz ogradu da se radi o jednom unutrašnjem pitanju, koje se tiče srpskog naroda u Srbiji, njihovih prvaka i njihove štampe, članak ipak sadrži i određene kritične tonove. Zamera se na brzini kojom je ceo postupak tekao i ukazuje na to da takve odluke spadaju u nadležnost Velike, a ne obične narodne skupštine, te da prema tome postupak nije bio u skladu sa ustavom. S druge strane, Miletić smatra da za to nije bilo vreme, s obzirom na Bontuovu aferu i pad generalne unije, što će Srbiji naneti veliku štetu. Postavlja na kraju pitanje da li će uspostavljanje kraljevstva biti u korist ili na štetu Srbije.



U Miletićevim analizama i kritikama srpske politike, unutrašnje i spoljašnje, i kneževih postupaka i učešća u toj politici vidljiva je njemu svojstvena odlučnost i oština. Mada je često, vrlo jakim izrazima, kritikovao samog kneza Milana, on je češće, kao iskusan političar, stavljao naglasak na opšte prilike, na uticajne političke faktore i na ustavne i zakonske okvire političkog života u Srbiji. Češće nego knezu, Miletić je namesnicima i vlasti zamerao zbog nekih političkih poteza, pogotovo u vreme kneževe maloletnosti, kada on nije ni mogao biti odgovoran za politiku koja je vođena. I kasnije, on najčešće odgovornost u većoj meri pripisuje kneževoj okolini, nego njemu samom.

U Miletićevoj političkoj aktivnosti u celini, pa i u njegovom odnosu prema Srbiji, najviše mesto je uvek pripadalo njenoj oslobođilačkoj misiji. U periodu vladavine Mihaila i Milana, najveća njegova pažnja je bila posvećena ovome cilju. U Srbiji je on video stožer, Pijemont ujedinjenja, državu koja je mogla, s obzirom na svoj položaj, razvoj, veličinu i druge okolnosti uspešno odigrati tu važnu ulogu. Mada je često pominjao kneza Crne Gore, Nikolu Petrovića, Miletić je bio svestan da Crna Gora ne može biti centar srpskog ujedinjenja. Stoga je od srpskog kneza nestrpljivo očekivao da počne da radi na oslobođenju i ujedinjenju srpskih zemalja.

⁷² „Stranke u Srbiji i naš položaj”, *Zastava* 647-652.

Miletić je veoma podrobno, stručno i argumentovano analizirao i kritikovao najvažniji politički događaj u Srbiji koji se dogodio u njegovo vreme: donošenje Namesničkog ustava. Kao praktično jedinu njegovu pozitivnu odliku Miletić je ocenio samo donošenje ustava, mimo Turske, koje je ocenio kao važan korak na putu Srbije ka državnoj nezavisnosti. Što se tiče ostalih rešenja, on ih je smatrao nedovoljno liberalnim i demokratskim. Međutim, bio je mišljenja, da se i uz takav ustav moglo vladati drugačije, liberalnije i demokratskije. Njegove kritike politike Namesništva, kneza i vlade u Srbiji su se odnosile na poštovanje ustava i građanskih prava i sloboda, u prvom redu slobode štampe. Smatrao je da u državi treba da postoji politička odgovornost vlade. Kritikovao je brojnost i snagu birokratije u Srbiji.

Miletić je u nizu svojih napisa jasno izrazio svoj stav o obliku vladavine, dajući prednost republikanskom obliku vladavine nad monarhiskim. Političaru takvih uverenja, koji je smatrao i uvek isticao da je narod nosilac suverenosti, republikanski oblik vladavine je nužno morao biti bliži. Međutim, govoreći o tome, Miletić je skoro uvek pominjao i da se narod u Srbiji opredelio za monarhiju. Vezano s tim bilo je i pitanje dinastije. U pogledu načina dolaska na presto kneza Milana Miletić je izražavao ozbiljne rezerve, zamerajući srpskim političkim vođama, u prvom redu Blaznavcu, da ovaj izbor nije bio demokratski. Kritikovao je ustavno i zakonska rešenja o nasleđivanju prestola, pominjući sa negodovanjem mogućnost da na srpski presto dođu potomci madarskih plemića. Isticao je pri tom uvek mogućnost koju je smatrao za pogodniju: da srpski presto nasledi knez Nikola i njegovi potomci. Time bi se, smatrao je Miletić, otklonila i jedna značajna prepreka ujedinjenju srpskih zemalja – postojanje dveju dinastija.

U vreme Istočne krize, pak, uvidajući da je reč o sudbinskim događajima, koje je on sam odavno i predviđao i priželjkivao, Miletić je u mnogo manjoj meri nego ranije, osuđivao nedemokratske pojave u unutrašnjem političkom životu Srbije, ističući da je sada vreme da se sve snage posvete ostvarenju nacionalnog cilja.

U Miletićevoj političkoj delatnosti i publicističkoj aktivnosti Srbija i njeni politički činioци, uključujući tu, prirodno i njene vladaoce, imali su uvek veoma važno mesto. U svojim analizama njihove politike, Miletić je bivao kritičan, pa i žestok, ali imajući uvek u vidu opravdanost i celishodnost pojedinih poteza, sa stanovišta koristi celokupnog srpskog naroda, čiji je Srbija nesumnjivo bila centar i stožer.

*Ljubomirka Krkljuš, Ph. D., Full Professor
Novi Sad School of Law*

Prince Milan Obrenović and Svetozar Miletić

Abstract

The period of political activity of Svetozar Miletić, the greatest Serbian political tribune and thinker of the XIX century in territories north of the Sava and Danube rivers, partially coincided with the reign of princes Mihailo and Milan Obrenović. Political views of Miletić were identical to liberal and national political ideas prevailing in Europe since 1848. His political program was mainly based on the ideas of civil rights and liberties as well as on the idea of national liberation and unification.

Miletić developed the doctrine of nationhood in relation to the ideas of constitutional freedoms, organization of government based on constitutionality and parliamentarism, and respect for civil rights and liberties. Miletić's views on the politics of Serbia, its rulers and politicians were shaped by estimating the achievement of the fundamental goals. It was his view that these goals might be achieved only through common action of the Serbian people led by the Serbian state.

Attitude of Miletić toward Serbia and his expectations did not change substantially after the succession on the Serbian throne. During the period of Regency, Miletić was often critical of both internal and foreign affairs of Serbia. He constantly emphasized the role of the Serbian state for liberation of Serbian people as well as that it was in the interest of the Serbian state, since a state must be larger than Serbia was at that time in order to facilitate the development of governmental institutions and the nation itself.

Miletić discussed the new Constitution in several extensive writings in which he elaborated on the most important constitutional issues. He thought that the Constitution of 1869 did not introduce either parliamentarism or constitutionality into the Serbian system. Also, he often criticized the absence of freedom of press in Serbia.

Having anticipated the forthcoming solution for the “Eastern question”, Miletić extensively discussed the foreign affairs of Serbia and its relations with Great Powers, primarily with Austro-Hungary and Russia. As the “Eastern crisis” was escalating his expectations from Serbia grew stronger and this period was marked by his most intensive political activity. Hungarian authorities arrested Miletić immediately after the war broke out and he was released after the war had ended. Due to his poor health he was politically active only for a few more years.

Serbia and its political factors, including its sovereign, took up a very prominent place in the political activity and writings of Miletić. His analysis of their politics was quite critical though he had understanding for the practical aspects and justifiability of certain undertakings on the basis of the interest of the Serbian people as a whole.

*Dr Danica Popov, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

MODIFIKACIJA PRAVNOG POSLA UGOVARANJEM USLOVA

Sažetak: Jedan od načina modifikacije pravnog posla je ugovaranje uslova, čime se redovna pravna dejstva pravnog posla vezuju za neku buduću i neizvesnu činjenicu ili okolnost. Uslov se u pravnoj teoriji obično definiše kao buduća neizvesna činjenica ili okolnost od čijeg nastupanja (pozitivan uslov) ili nenaступanja (negativan uslov) zavisi nastanak (odložni uslov) ili prestanak (raskidni uslov), redovnih pravnih dejstava pravnog posla. Definicija u Zakonu o obligacionim odnosima, je delom izmenjena u odnosu na navedenu, jer se ne zahteva da neizvesna činjenica bude i buduća i pogrešno se uzima da od uslova zavisi nastanak ili prestanak pravnog posla umesto, nastanak ili prestanak pravnog dejstva pravnog posla. Pored podele na pozitivne i negativne, odložne i raskidne, uslovi se prema načinu na koji nastaju dele na, kazuelne, potestativne i mešovite. U pogledu pravnog dejstva pravnog posla razlikuju se tri slučaja. Prvi slučaj, pravno dejstvo pravnog posla pre nastupanja uslova, kada postoji neizvesnost u pogledu njegovog ostvarenja (*conditio pendent*), drugi pravno dejstvo pravnog posla posle nastupanja uslova (*conditio existit*) i slučaj neostvarivanja ili osujećenja uslova. U prvoj fazi, iščekivanja da uslov nastupi ili nenađe različito je pravno dejstvo u slučaju odložnog i raskidnog uslova. Dok se ne ostvari odložni uslov pravno dejstvo pravnog posla uopšte ne nastaje, a kod raskidnog pravnog posao proizvodi pravno dejstvo kao da uslov nije ugovoren. Kada se uslov ostvari pravne posledice nisu iste u slučaju odložnog i raskidnog uslova. Kada se ostvari odložni uslov pravni posao počinje da proizvodi pravno dejstvo, ali je sporan trenutak od kada dejstvo pravnog posla nastaje. Moguća su dva rešenja. Prema jednom pravni posao proizvodi pravna dejstva od momenta zaključenja pravnog posla, a prema drugom od mo-

menta ostvarenja uslova. Zakonom o obligacionim odnosima prihvaćeno je stanovište da odložni uslov deluje retroaktivno, od zaključenja pravnog posla, a raskidnu uslov deluje od trenutka nastupanja uslova, pro futuro. Odložni uslov prema pomenutom Zakonu, ima retroaktivno dejstvo samo ukoliko nije drugačije određeno zakonom ili voljom stranaka, ili ako priroda posla ne upućuje na neko drugo rešenje iz čega se može zaključiti da dejstvo odložnog uslova ima dispozitivni karakter.

Neostvarivanje uslova u slučaju odložnog uslova ima za posledicu, kao da pravni posao nije bio zaključen, a u slučaju raskidnog uslova nastupaju pravne posledice kao da uslov nije ni ugovoren. U slučaju osućećenja uslova, ako jedna od strana koju tereti uslov, protivno načelu savesnosti i poštenja osujeti njegovo ostvarenje smatra se kao da uslov ostvaren, Smatra se da uslov nije ostvaren ako njegovo ostvarenje protivno načelu savesnosti i poštenja prouzrukuje strana u čiju korist je on ugovoren. Nevažećim se smatraju uslovi koji su nedozvoljeni, nemoralni ili nemogući.

Ključne reči: uslov, vrste uslova, odložni uslov, raskidni uslov, protestativni uslov, dejstvo uslova, osućećenje uslova, nedozvoljen i nemoguć uslov.

Pojam uslova

Pravni poslovi se zaključuju sa ciljem da proizvedu očekivana pravna dejstva. U izvesnim slučajevima strane u pravnom poslu redovna dejstva pravnog posla modifikuju, menjaju, i prilagođavaju svojim potrebama. Strane u pravnom poslu mogu se dogovoriti da dejstvo pravnog posla odlože ili da ona prestanu čineći ga zavisnim od neke okolnosti. Pravni posao se može modifikovati ugovaranjem: uslova, roka ili naloga.

Uslov je buduća neizvesna činjenica ili okolnost od čijeg nastupanja ili nenastupanja zavisi nastanak ili prestanak redovnih pravnih dejstava pravnog posla. Kada ga stranke ugovore uslov postaje sastavni deo pravnog posla i sa njim čini nerazdvojnu celinu. Kod uslovnog pravnog posla, pravni posao nastaje već prilikom zaključenja pravnog posla, ali dejstvo pravnog posla stranke čine zavisnim od nastupanja ili nenastupanja uslova. U slučaju uslova volja strana u pravnom poslu se modifikuje dodavanjem klauzule o okolnosti ili događaju za koji se vezuje pravno dejstvo pravnog posla. Uslov je sporedna ili akcesorna odredba koja ima za posledicu da izjava volje zavisi od nekog budućeg događaja. Iako je uslov označen kao dodatak uz glavnu izjavu volje pogrešno je shvatanje da kod

uslovljenog pravnog posla postoje dve izjave volje nezavisne jedna od druge. Kod uslovljenog pravnog posla postoji samo jedna izjava volje, ali je ona dodavanjem uslova izmenjena. Neki autori su mišljenja da je dodavanjem uslova volja oslabljena u svom intenzitetu, u svojoj snazi, s tim da to slabljenje ne utiče na postojanje volje kao jedne punovažne volje.¹ U pravnoj teoriji se u slučaju ugovaranja uslova postavlja pitanje, šta je to u stvari uslovljeno, da li je uslovljena volja kao takva ili samo njen dejstvo. Iako su mnogi pravnici tvrdili i dokazivali, da je kod uslovnih poslova sama volja uslovljena, da je u pitanju egzistencija volje,² ipak preovlađuje mišljenje, koje je još Savinji branio, da je kod pravnih poslova sa uslovom, u stvari uslovljeno pravno dejstvo volje, a ne sama volja. Postojanje volje nije ničim uslovljeno, niti dovedeno u pitanje. Volja kao takva postoji, ali je njen pravno dejstvo uslovljeno.³

Uslov može biti ugovoren tako da nameravano pravno dejstvo pravnog posla ne nastane odmah (odložni, suspenzivni uslov) ili da se već nastalo pravno dejstvo prekine (raskidni, rezolutivni uslov).

Ne smatra se uslovom u pravnom smislu:

1. Uslov koji se ne nalazi u pravnoj sferi. Reč uslov u svakodnevnoj upotrebi i u drugim naukama može imati različita značanja, koja treba razlikovati od uslova u pravnotehničkom smislu. Ovakav uslov se ne smatra načinom modifikovanja pravnog posla, koji utiče na dejstvo pravnog posla.

2. Pravni uslov (*conditio iuris*) je okolnost od koje zavisi punovažnost pravnog posla utvrđena zakonom, a ne voljom stranaka. Još je u rimskom pravu za *conditio iuris* važilo pravilo da „dolaze spolja“ - „*conditiones, quae extrices veniunt*“ (*Digestae* 35,1,9.) Nije potrebno ugovarati kao uslov za punovažnost pravnog posla neku okolnost koja se zahteva na osnovu zakona, jer pravni uslov važi i kada ga stranke posebno ne ugovore.

3. Nastupeli uslov ne smatra se uslovom u pravnotehničkom smislu jer uslov mora biti buduća činjenica. Činjenica koja je nastupila ne može biti uslov. Strane u pravnom poslu kao uslov mogu ugovoriti ne samo buduće činjenice i okolnosti nego i sadašnje pa i one koje su se već ostvarile, samo ukoliko su im ostale nepoznate, tj. strane ih iz neznanja ili neobaveštenosti smatraju budućim i neizvesnim. Neizvesnost treba da bude subjektivna, a ne objektivna⁴. Na primer: stranka kupuje kuću pod

¹ L. Marković, *Gradansko pravo*, Beograd 1912, str. 241.

² A. Đorđević, *Sistem privatnog (gradanskog) prava*, Beograd, 1996, reprint izdaje, str. 421.

³ L. Marković, op cit, str. 241.

⁴ L. Marković, op cit, str. 242.

uslovom da joj banka odobri kredit, verujući da je odobren, iako nije odobren. U ovom slučaju uslov nije ni buduća ni neizvesna okolnost, ali je to strankama nepoznato.

4. Nužni uslov (*conditio necessaria*) se ne smatra uslovom, jer se nastupanje pravnog dejstva pravnog posla čini zavisnim od neke okolnosti ili činjenice koja se mora ostvariti. Nužnom uslovu nedostaje neizvesnost kao bitan element uslova. S obzirom da je u ovom slučaju nastupanje uslova izvesno i sigurno ne radi se o uslovu nego o roku. Ako bi izvestan nužan događaj bio postavljen kao odložni uslov, to bi bio bezuslovan pravni posao. Ako bi se takva činjenica ugovorila kao raskidan uslov, ne bi uopšte ni bilo pravnog posla, jer je raskidni uslov upravljen na prestanak prava. Pošto je događaj izvestan, to znači da je i prestanak unapred određen pa se ne radi o uslovljenom pravnom poslu. Iako se nužni uslov ne smatra uslovom u pravno tehničkom smislu nego rokom jer je njegovo nastupanje izvesno, postojeće uslov, a ne rok ako se pravno dejstvo pravnog posla učini zavisnim od redosleda ostvarenja više budućih događaja jer je neizvesno kada će koji od njih nastupiti.

5. Nedozvoljen i nemoralan uslov je onaj koji nije u skladu sa zakonom i moralom društva. Prema Zakonu o obligacionim odnosima, ugovaranje nedozvoljenog i nemoralnog uslova čini pravni posao ništavim. U ovom slučaju nije samo uslov ništav, nego je ništav pravni posao u celini jer je uslov sastavni deo pravnog posla. Pravni posao koji sadrži ovakav uslov neće proizvesti pravno dejstvo i smatraće se kao da nije ni zaključen.

6. Nemoguć uslov (*conditio impossibilis*) je ona činjenica ili okolnost koja se uopšte ne može ostvariti. Nemoguć uslov je faktički i pravno neostvariv. Prema Zakonu o obligacionim odnosima, „ugovor zaključen pod nemogućim odložnim uslovom je ništav, a nemoguć raskidni uslov smatra se nepostojećim.“⁵ Nedozvoljen raskidni uslov i nemoguć raskidni uslov nemaju isto dejstvo, jer nemoguć raskidni uslov smatra se kao da nije ni ugovoren, a pravni posao nastavlja da važi, dok nedozvoljen odložni uslov i nemoguć odložni uslov imaju isto pravno dejstvo, tj. čine pravni posao ništavim.

7. Protivrečan i nerazumljiv uslov se ne smatraju uslovom u pravno-tehničkom smislu, i čine pravni posao ništavim, ukoliko se tumačenjem ne iznađe njegov pravni smisao.

Uslov treba razlikovati od *clausula rebus sic stantibus* jer se uslovjavati mogu samo neki pravni poslovi, dok se *clausula rebus sic stantibus*

⁵ Zakon o obligacionim odnosima, član 75. stav 2.

ugovara i kod nekih vanugovornih odnosa kao i u materiji naknade štete. Uslov se može vezati i za ponašanje odnosno, radnju jedne od strana u pravnom poslu; potestativni uslov, što kod pomenute klauzule nije slučaj.

Prema Zakonu o obligacionim odnosima, uslov se definiše na sledeći način: „ugovor je zaključen pod uslovom ako njegov nastanak ili prestanak zavisi od neizvesne činjenice.“⁶ Ova definicija uslova nije potpuna u odnosu na gore navedenu, jer: a) neizvesna činjenica treba da bude buduća; i b) pogrešno se navodi da od uslova zavisi nastanak ili prestanak pravnog posla, umesto, nastanak ili prestanak pravnog dejstva - redovnog pravnog dejstva pravnog posla. Zakonodavac se znači svesni ili ne opredelio za stav da se ugovaranjem uslova uslovljava postojanje, egzistencija ugovora, a ne kao što smo pomenuli, pravna dejstva pravnog posla.

Okolnost na koju je uslov upravljen može biti bilo kakav faktički događaj, ali i neka pravna činjenica. Bitno je da ta okolnost bude neizvesna. Da li je neka činjenica ili okolnost neizvesna procenjivaće se po subjektivnom kriterijumu, vodeći računa da su one neizvesne za ugovorne strane. Iz ovoga se može zaključiti da se kao uslov može ustanoviti ne samo budući događaj nego i neka prošla ili sadašnja činjenica za koju strane nisu znale da je nastupila. Mišljenje da uslov mora biti buduća neizvesna činjenica ili okolnost je bila prisutna u pravnoj teoriji koju su zastupali *Pothier, Savigny, Puchta, Capitant, Derenburg* i dr. U našoj predratnoj pravnoj teoriji ovo shvatanje uslova prihvaćeno je u radovima A. Đorđevića i Đ. Pavlovića.

U našoj savremenoj teoriji i dalje preovlađuje mišljenje da neizvestan događaj treba da bude buduć, jer „ne postoji uslov u pravno tehničkom smislu ako se sudbina pravnog posla učini zavisnom od jedne već postojeće okolnosti koja je samo nepoznata strankama, koju stranke iz neznanja drže za buduću i neizvesnu. Ovde postoji neizvesnost ali ne u objektivnom nego u subjektivnom smislu i od dve stvari jedna; ili će se smatrati da događaj nije ni bio predviđen, da je posao zaključen bez uslova; ili će se smatrati da nema pravnog posla, da nije ni bio zaključen“.⁷ Kao uslov može biti ugovorena samo okolnost koja je objektivno neizvesna. Objektivno neizvesna okolnost može biti samo buduća okolnost. Uslov nije samo neizvesna činjenica, nego buduća i neizvesna okolnost.⁸ Prema D. Stojanoviću,“ ako su stranke u jednom pravnom poslu nastanak ili dalje postojanje pravnih dejstava, učinile zavisnim od

⁶ Zakon o obligacionim odnosima, član 74. stav 1.

⁷ Uslov, Leksikon građanskog prava, Beograd, 1996, str. 790.

⁸ M. Vedriš, Obvezno pravo, Zagreb, 1978, str. 250.

budućeg objektivno neizvesnog događaja, taj budući neizvesni događaj, koji može predstavljati radnju, propuštanje ili drugu činjenicu je uslov“.⁹

Definicija uslova u Zakonu o obligacionim odnosima, „kao neizvesna okolnost“, pri čemu nije precizirano o kakvoj se neizvesnosti radi, subjektivnoj ili objektivnoj, znači da se kao uslov može uzeti i već nastali uslov (*conditio in praesens vel preteritum collata*), povodom kojeg u pravnoj teoriji postoji opte prihvaćen stav da se ovde ne radi o uslovu u pravno tehničkom smislu. Neizvesnost je ovde samo subjektivnog karaktera, jer jer okolnost od koje zavisi punovažnost pravnog posla je već nastala ili nije nastala. *Conditio in praesens vel preteritum collata*, je „nepravi“ uslov, jer je esencijalno svojstvo uslova u pravno tehničkom smislu reči da punovažnost pravnog posla zavisi od budućeg neizvesnog događaja. Pošto uslov treba da nastupi u budućnosti, *conditio in praesens vel preteritum collata*, se sa pravom suprotstavlja uslovu. Ovaj „nepravi“ uslov koji se odnosi na sadašnje ili prošle oklonosti, ima sa uslovom u pravno tehničkom smislu reči, zajedničko samo to, da je punovažnost pravnog posla dovedena u zavisnost od okolnosti koja je za jednog učesnika pravnog posla neizvesna.¹⁰

Protivnik ovakvog mišljenja bio je Windscheid za kojeg „Okolnost za koju je uslov vezan može postojati bilo u prošlosti bilo u budućnosti. Ako je postojala u prošlosti ili postoji u sadašnjosti ona za učesnike u pravnom poslu teba da bude neizvesna tj. subjektivno nepoznata.“¹¹ I u anglosaksonskom pravu ima pristalica ovog shvatanja. Prema Holmsu, „Za ugovore i pogodbe među stranama kojima oni utanačuju svoje buduće radnje nije bitno da su ona objektivno istinita nego da je to ono što ugovorne strane znaju. Svaka sadašnja činjenica za koju one ne znaju isto je toliko neizvesna u smislu svrhe u koju se utanačenje obavlja u sadašnjem trenutku , kao što je to i bilo koja buduća činjenica“.¹²

Austrijski građanski zakonik prihvatio je stanovište po kojem uslov može biti i činjenica ili događaj koji se „već pre zaključenja ugovora dogodio“. U ovakvim slučajevima uslov se posle zaključenja ugovora samo mora ponoviti ako se sastoji u radnji onoga koji trba da pribavi pravo i ako ga on može ponoviti.¹³

⁹ D. Stojanović, *Uvod u građansko pravo*, Beograd, 2000, str. 291.

¹⁰ Komentar Zakona o obligacionim odnosima, redaktori, S. Perović, D. Stopjanović, knjiga prva, Beograd , 1980, str. 296.

¹¹ Windscheid, *Pandekten*, 9 ed. 1906,str.457.

¹² R.Paund, *Jurisprudencija*, Beograd , Podgorica, 2000, str. 6

¹³ Austrijski građanski zakonik, paragrafi, 899 i 701.

Vrste uslova

Postoje različiti kriterijumi za podelu uslova. Prema načinu na koji se ostvaruju uslovi se dele na *pozitivne i negativne*. Pozitivan uslov je onaj čijim nastupanjem, nastaje ili prestaje pravno dejstvo pravnog posla. Negativan uslov je onaj čije nenastupanje dovodi do nastanka ili prestanka pravnog dejstva pravnog posla. Pozitivni i negativni uslovi mogu biti odložni (od čijeg nastupanja ili nenastupanja zavisi nastanak pravnog dejstva pravnog posla) ili raskidni (od čijeg nastupanja ili nenastupanja zavisi prestanak pravnog dejstva pravnog posla).

Prema načinu na koji nastaju uslovi se dela na: *kazuelne, potestativne i mešovite*. Ova podela datira iz rimskog prava. U Justinianovim Konstitucijama, razlikuju se: *conditio causalis, vel potestativa, vel mixa*.¹⁴ Francuski *Code civil*, prihvata ovu sistematizaciju uslova (čl. 1169–1171.) nasuprot Nemačkom građanskom zakoniku koji je posebno ne reguliše.

Kazuelni ili slučajni (*casus*) su oni uslovi čiji nastanak zavisi od nekog slučajnog događaja. Na primer: zaključi se ugovor o prodaji letine ukoliko ne propadne usled neke elementarne nepogode.

Potestativni uslov postoji u slučaju kada nastupanje buduće, neizvrsne okolnosti zavisi od volje strana u pravnom poslu. Drugačije se naziva „voljni“ uslov – *conditio si voluere*. Na primer: ugovori se kupovina neke stvari pod uslovom da ona odgovara kupcu (kupovina na probu); ili jedna strana se obaveže da će prodati kuću ukoliko se preseli u drugi grad i sl. U pravnoj teoriji se postavljalo pitanje valjanosti potestativnog uslova, s obzirom da zavisi od volje strana u pravnom poslu.

U teoriji XIX veka negirala se mogućnost ugovaranja potestativnog uslova. *Savigny*, ga je priznavao samo kod ugovora o kupoprodaji na probu (kupovina pod uslovom da stvar ima ugovorana svojstva), jer se ovde uslov odnosi na svojstva stvari koja se kupuje, i kupac jednostranom izjavom volje utiče na nastupanje uslova.

K.Larenz,¹⁵ smatra da se kod potestativnog uslova ne radi o uslovu. Ko izjavi da zaključuje jedan ugovor o kupoprodaji pod uslovom da ga naknadno odobri, taj je u stvari odluku o tome da li će ugovor važiti zadražao, tj. Samo je objavio nameru da će zaključiti ugovor, a nije ga zaključio. Njegova izjava o tome da li ugovor odobrava, posmatrano sa njego-

¹⁴ *Justinian Constitutiones*, (C 6,51,1,7). Ove vrste uslova definišu se na sledeći način: *quarum eventus ex fortuna vel ex honoratae personae voluntate vel ex utroque pendet*.

¹⁵ K. Larenz, Allgemeiner Teil des deutchen Burgerlichen Rechts, 5 Aufl. 1980.

vog aspekta je akt odluke, kojim ugovorne odredbe stupaju na snagu. Njegova početna samo „uslovno“ data izjava je pripremnog karaktera. Njom je učvršćen sadržaj ugovora, ali da li će stupiti na snagu zavisi od volje i odluke jedne strane. Ako ona ovaj ugovor konačno odobri, to ne znači ostvarenje jedne okolnosti od čijeg nastupanja zavisi dejstvo ugovora kao kod uslova, već se faktički radi o aktu zaključenja samog ugovora.¹⁶

Prema *Code civil* (čl. 1174) ugovorna obaveza je ništava ukoliko je ugovorena pod potestativnim uslovom na strani onoga ko se obavezuje. Smiso ovog pravila, njegov domaćaj, preciziran je u francuskoj teoriji i praksi u više pravaca. Prvo, van njegovog domaćaja ostaju svi dvostrano obavazni ugovori, pošto sekod njih svaka stranka pojavljuje i u funkciji poverioca i u funkciji dužnika. Kod ovih ugovora, dakle potestativan uslov važi i ne čini obavezu ništavom.¹⁷ Ovo pravilo je ograničenog dometa u slučaju dvostrano teretnih ugovora, a ne odnosi se na raskidni potestativni uslov, ali pravilo važi za ugovor o poklonu, koji ne može biti učinjen pod raskidnim potestativnim uslovom na strani poklonodavca po pravilu, *donner et retenir ne vaut pas.*¹⁸

Savremena prava priznaju mogućnost ugovaranja potestaivnih uslova kod dvostrano obaveznih ugovora pod uslovom da važe ako ih jedna strana ugovornica želi. Ovakav uslov ostavlja ovlašćenoj stranci pravo opcije da jednostranom izjavom volje ugovor osnaži, tako da počne da proizvodi pravno dejstvo. Pravno stanje zasnovano na osnovu ugovora sa potestativnim uslovom znači samo, da je lice koje je ovlašćeno na vršenje opcije (stranka koja je ugovorila voljni uslov) u mogućnosti da ugovor, sa utvrđenim sadržajem stavi na snagu. Potestativni raskidni uslov se po pravnom dejstvu može izjednačiti sa odustanicom, a kod ugovora sa trajnim prestacijama sa pravom otkaza.¹⁹

U pravnoj teoriji ima mišljenja da de potestativni uslovi dele na običan potestativni uslov i čist (pravi) potestativni uslov. Običan potestativni uslov sastoji se u nekoj radnji ili uzdržavanju učesnika pravnog posla, pa utoliko zavisi od njegove volje, koja je determinisana ozbiljnim materijalnim i moralnim interesima subjekta u pitanju. Na primer, prodajem kuću ukoliko se preselim u drugi grad. Za razliku od ovog,

¹⁶ K. Larenz, citirano prema D. Stojanović, *Uvod u građansko pravo*, Beograd, 1988, str. 286-287.

¹⁷ Jean Carbonier, *Droit civil*, II Paris, 1964, str. 482.pisac navodi da je ovo preciziranje izvršila francuska sudska praksa.

¹⁸ J. Carbonnier, op cit,str. 483.

¹⁹ Opširnije, Komentar Zakona o obligacionim odnosima, redaktori, S.Perović i D. Stojanović, Kragujevac,1980. knjiga I str.299.

čist potestativni uslov, zavisi od nahošenja učesnika u pravnom poslu, od njegove arbitrerne diskrecione volje. Na primer, obavezujem se da će vam idućeg meseca, kad primim platu dati na zajam sto dinara, ako budete hteli. Ova potpodela je od praktičnog značaja, pošto neke vrste čistih potestativnih uslova ne važe i povlače ništavost obaveze. Na primer, kada bi se reklo, obavezujem se, kada primim narednu platu da vam dam sto dinaara na zajam „ako budem hteo“, „ako nađem za shodno“.²⁰ Čist potestativan uslov, ako je odložan i ako je čisto potestativan na strani dužnika, koji se ne pojavljuje istovremeno i kao poverilac, ne važi i povlači ništavost obaveze, To je smisao člana 1174. Francuskog građanskog zakonika, preciziran u sudskoj praksi i teoriji. Važi prema tome čist potestativan uslov koji zavisi od volje poverioca.

Mešoviti uslov je onaj čije nastupanje zavisi kako od slučaja tako i od volje učesnika u pravnom poslu ili nekog trećeg lica.

Podela uslova prema dejstvu vrši se u zavisnosti od toga da li uslov odlaže dejstvo pravnog posla u kom slučaju postoji *odložni* (suspenzivni) uslov, ili prekida već nastalo dejstvo pravnog posla, *raskidni* (rezolutivni) uslov.

U slučaju ugovaranja odložnog uslova pravno dejstvo pravnog posla se odlaže do nastupanja (pozitivan uslov) ili nenastupanja (negativan uslov) neke buduće neizvesne okolnosti. Pravni posao zaključen pod odložnim uslovom ne proizvodi pravno dejstvo dok uslov ne nastupi. Do nastupanja uslova pravni posao „visi“, „lebdi“ – *pendente conditione*. Titular ovako uslovljenog prava ima jedno „pravo u nastajanju“, „pravo u očekivanju“, - pravnu moć koja treba da se transformiše u subjektivno pravo kada se uslov ostvari.

Pravni posao sa raskidnim uslovom proizvodi pravna dejstva, do nastupanja uslova. Dok uslov ne nastupi, postoji stanje iščekivanja. Nastankom uslova pravni posao prestaje da proizvodi pravna dejstva. Na primer: jedno lice daje u zakup poslovnu prostoriju dok se nalazi u inostranstvu. Raskidni uslov može biti pozitivan ili negativan u zavasnosti od toga da li pravno dejstvo pravnog posla prestaje usled nastupanja (pozitivan) ili nenastupanja (negativan) buduće neizvesne činjenice ili okolnosti.

U pogledu dejstva odložnog i raskidnog uslova treba razlikovati tri slučaja: a) stanje pravnog posla do nastupanja uslova, dok postoji neizvesnost u pogledu ostvarenja uslova (*conditio pendent*); b) pravni posao posle ostvarenja uslova, kada je izvesno da je uslov nastupio (*conditio exist*); v) neostvarivanje ili osućeњe uslova.

²⁰ O. Stanković, V. Vodinelić, Uvod u građansko pravo, Beograd, 1995, str. 188.

Pravni posao pre nastupanja uslova

Pravno dejstvo pravnog posla pre nastupanja uslova različito je u slučaju odložnog i raskidnog uslova.

Dok se ne ostvari odložni uslov pravno dejstvo pravnog posla uopšte ne nastaje. Pravo koje je predmet pravnog posla (svojina ili potraživanje) i dalje pripada prenosiocu, a sticalac još ne postaje imalač prava. Uslovno preneto pravo još nije stećeno. To znači da prenosilac ima pravo da stvar i dalje upotrebljava, pribira plodove, tužbama štiti svoje pravo pa i da raspolaže njime s tim što dejstvo raspolaganja zavisi od ostvarenja uslova. Prenosilac ne sme da ugrožava uslovno pravo sticaoca, jer u slučaju ostvarenja uslova duguje naknadu štete. Uslovni sticalac nije titular prava dok se uslov ne ostvari. On ima samo pravnu nadu, pravo u očekivanju, pravo u začetku.²¹ U ovom slučaju pravo još nije nastalo nego postoji pravno stanje koje će prerasti u pravo kada se uslov ostvari. Do nastupanja uslova sticalac još nije titular prava pa ne može da vrši pravo (da naplati potraživanje u slučaju cesije, ne može upotrebljavati stvar, pribirati plodove, podizati tužbe za zaštitu svojine i državine), ali može da preduzima radnje za zaštitu tog uslovnog prava (prekinuti rok zastarelosti, rok za održaj i sl.). Uslovni sticalac može i da raspolaže pravom koje još nije stekao sa svim rizicima vezanim za neizvesnost nastupanja uslova. Pravno stanje obavezuje obe strane, uslovnog poverica i uslovnog dužnika. Uslovni poverilac ne može da zahteva ispunjenje potraživanja, a uslovni dužnik nije obavezan da ispunji obavezu. Ukoliko dužnik ispunji obavezu u fazi neizvesnosti nastupanja uslova (*pendente conditione*) može tužbom iz neosnovanog obagaćenja tražiti od poverioca da mu ispunjenje vrati natrag.²²

Za razliku od odložnog uslova pravni posao do nastupanja raskidnog uslova proizvodi pravna dejstva, kao da uslov nije ugovoren. Na primer: u slučaju prodaje sa raskidnim uslovom (*pactum reservati dominii*), kupac postaje vlasnik, s tim da njegovo pravo svojine prestaje nastupanjem uslova. Iako na prvi pogled izgleda da nema neizvesnosti u pogledu postojanja pravnog posla modifikovanog raskidnim uslovom, neizvesnost ipak postoji, ali u vezi sa trajanjem pravnog posla.

Pravni posao posle ostvarenja uslova

Kada nastupi uslov pravne posledice pravnog posla se razlikuju u zavisnosti od toga da li je ugovoren odložan i raskidni uslov. Zakonom o

²¹ Jean Carbonnier, *Droit civil*, tom 1 str. 146.

²² I. Čepulić, Sistem općeg privatnog prava, Zagreb, 1925. str.109.

obligacionim odnosima, predviđena su različita dejstva pravnog posla u slučaju ostvarenja odložnog u odnosu na raskidni uslov.

Kada se ostvari odložni uslov, pravni posao počinje da proizvodi pravno dejstvo. Neizvesna pravna situacija, postaje izvesna, a pravno stanje prerasta u subjektivno pravo. Pravni posao počinje da dejstvuje. Ono što je diskutabilno u pravnoj teoriji i legislativi je trenutak od kada počinje dejstvo pravnog posla u slučaju nastupanja odložnog uslova. Postoje dva rešenja. Prema jednom, pravni posao proizvodi pravno dejstvo od momenta zaključenja pravnog posla, a prema drugom, od momenta ostvarenja uslova.

Prema rešenju koje je prihvaćeno u Zakonu o obligacionim odnosima, odložni uslov deluje retroaktivno, od zaključenja pravnog posla. „Ako je zaključen pod odložnim uslovom, pa se uslov ispunji, ugovor deluje od trenutka njegovog zaključenja, osim ako iz zakona, prirode posla ili sporazuma stranaka ne proističe nešto drugo.“²³ Slično rešenje o retroaktivnom dejstvu odložnog uslova prihvaćeno je u *Code civil* (član 1179 i 1183), prema kome uslov deluje od trenutka zaključenja ugovora, s tim što strane imaju pravo da odrede neki drugi trenutak za početak važenja pravnog posla.

Retroaktivno dejstvo odložnog uslova ima za posledicu dejstvo pravnog posla od zaključenja, što znači da sva raspolažanja koja je u međuvremenu vršio prenosilac gube važnost. Kod sticanja stvarnih prava to znači da sticalac prava svojine na nekoj stvari pod odložnim uslovom postaje vlasnik od trenutka zaključenja pravnog posla, a ne od nastupanja uslova.

Prema drugom mišljenju, uslov ne bi trebalo da deluje retroaktivno nego samo za budućnost, jer je uslov buduća i neizvesna okolnost. Povratno dejstvo uslova nije u skladu sa potrebama pravnog saobraćaja niti odgovara volji stranaka. Kod uslovljenih pravnih poslova razlikuju se dva dejstva: glavno, na koje je izjava volje upravljena i uzgredno dejstvo kojim se modifikuje i obezbeđuje glavno dejstvo. Glavno dejstvo nastupa od ostvarenja uslova, a sporedno čim se izjava volje učini, što znači da uslov nema retroaktivno dejstvo.²⁴ Ovakvo rešenje bilo je prihvaćeno i u Opštem imovinskom zakoniku za Crnu Goru.²⁵ Nemački građanski zakonik takođe usvaja ovu soluciju. U § 158. predviđeno je da dejstvo pravnog posla nastupa od trenutka ispunjenja odložnog uslova. Švajcarski

²³ Zakon o obligacionim odnosima, član 74.(2).

²⁴ Lazar Marković, Građansko pravo, prvi deo, Beograd, 1912, str. 249.

²⁵ Pošto se ispunji odložni uslov, uzimlje se da je dug, koji potječe iz ugovora, tek tim časom dobio svoju snagu, ako sam ugovor ili druge prilike ne pokazuju da je drugojačija bila namjera ugovorilaca (član 568).

zakonik o obligacijama usvaja rešenje prama kojem odložni uslov deluje od nastupanja uslova, znači nema retroaktivno dejstvo, (član 154), osim ukoliko to stranke ne žele i ugovore drugačije (član 151). Pristalica shvatanja da odložni uslov ne deluje retroaktivno polaze od toga da to nije bila volja stranaka niti je u skladu sa potrebama pravnog prometa. Oni ističu da, kod uslovljenih pravnih poslova postoje dva dejstva: glavno, na koje je izjavljena volja upravljena, i uzgredna dejstva, koja modifikuju i obezbeđuju to glavno dejstvo. Glavno dejstvo nastupa od momenta ostvarenja uslova, dok sporedna dejstva nastupaju čim se izjava volje učini, što znači da uslov nema povratno dejstvo.²⁶ Prof. L. Marković, smatra da se razlozi navedeni u prilog ovog mišljenja ne mogu održati s obzirom na prirodu uslova i prezimptivnu volju stranaka. On smatra da bi mnogo bolje i pravilnije bilo postaviti načeo da u srpskom pravu, (s obzirom da Građanski zakonik za Kneževinu Srbiju, ne sadrži nikakve opšte propise o uslovima), ispunjenje uslova nema povratno dejstvo, osim u slučaju kada su to stranke izričito ugovorile.²⁷ Prema prof. V. Spajiću, „je potrebno da i u našem pravu postavimo načelo da od ispunjenja odnosno neispunjerenja uslova zavisi početak ili prestanak dejstva pravnog posla i da uslov ne deluje povratno, osim u slučaju kada su to stranke hteli, jer je to logično rešenje kod uslovnih izjava volje.“²⁸

Prema rešenju koje je prihvaćeno u Zakonu o obligacionim odnosima retroaktivno delovanje odložnog uslova važi „ukoliko nije drugačije određeno zakonom ili voljom stranaka odnosno ako priroda posla ne upućuje na drugo rešenje“ (član 74). Tumačenjem ove zakonske odredbe proizlazi da dejstvo odložnog uslova ima dispozitivan karakter.

Pravni posao modifikovan raskidnim uslovom proizvodi pravno dejstvo od zaključenja i u tom pogledu nema neizvesnosti. U slučaju ugovora o prodaji sticalac postaje vlasnik po opštim pravilima o sticanju prava svojine, kao da uslov nije ugovoren. Ono što je kod raskidnog uslova neizvesno je dokle će pravna dejstva pravnog posla postojati. Raskidni uslov odlaže prestanak pravnog posla. Nastanak uslova ima za posledicu prestanak pravnog posla ili gubljenje stečenog prava. U pogledu pravnog dejstva raskidnog uslova postavlja se pitanje, da li i on kao odložni ima retroaktivno dejstvo ili deluje *pro futuro*. Naše zakonodavstvo je prihvetilo rešenje da raskidni uslov deluje za ubuduće. „Ako je zaključen pod raskidnim uslovom, ugovor prestaje da važi kada se uslov ispunji.“²⁹ To znači da stečeno pravo svojine prestaje, a uspostavlja se pravo prethodni-

²⁶ Č. Marković, Kradansko pravo, prva knjiga, Beograd, 1928, str. 248.

²⁷ L. Marković, Gradansko pravo, prva knjiga, Beograd, 1912, str. 250.

²⁸ V. Spajić, Gradansko pravo, opšti dei i stvarno pravo, Sarajevo, 1971, str. 296.

²⁹ Zakon o obligacionim odnosima, član 74.stav 3.

ka. Sa izgubljenim pravom gube se i sva raspolaganja koja je stacialac činio. Plodove koje je stvar dala do nastanka rskidnog uslova i dalje zadržava sticalac.

U Zakonu o obligacionim odnosima, član 74. prihvaćeno je stanovište o retroaktivnom dejstvu samo odložnog ali ne i raskidnog uslova, s tim da retroaktivno dejstvo odložnog uslova važi pod određenim pretpostavkama „ukoliko nije drugačije određeno zakonom ili voljom stranaka odnosno ako priroda posla ne upućuje na drugo rešenje“. Očigledno je iz formulacije ove odredbe Zakona da retroaktivno dejstvo odložnog uslova ima dispozitivan karakter i da zakon to pitanje uređuje dopunskom normom.

Neostvarenje ili osućećenje uslova

Ako se odložni uslov ne ostvari smatra se kao da pravni posao nije zaključen. Raspolaganja koja je u međuvremenu vršio prenosilac prava važe, tj. konsolidovana su, a raspolaganja pribavioca ne važe i smatra se kao da ih nije ni bilo. U slučaju nenastupanja odložnog uslova pravne radnje preduzete u očekivanju da uslov nastupi su bez pravnog dejstva i moraju se vratiti na početak pravnog posla, retroaktivno.

U slučaju neostvarenja raskidnog uslova nastupaju pravne posledice kao da uslov nije ni ugovoran, što znači da pravni posao ima pravnu važnost.

Ako jedna od stranaka koju tereti uslov u pravnom poslu protivno načelu savesnosti i poštenja osuđjeti njegovo ostvarenje smatra se, kao da je uslov ostvaren (fikcija nastupanja uslova). Smatra se da uslov nije ostvaren (fikcija neispunjena), ako njegovo ostvarenje protivno načelu poštenja i savesnosti, prouzrokuje strana u čiju je korist određen.³⁰ Izraz „smatra se“ koji se koristi u Zakonu o obligacionim odnosima, trebalo bi tumačiti kao fikciju, jer u ovom slučaju nema nikakvog opravdanja izraz „smatra se“ tumačiti kao prezumciju. Naime u legislativnoj tehnici uobičajeno je da se prezumcija izražava rečima „smatra se“, a za fikciju se koristi pojam „uzima se“.³¹

Fikciju nastupanja uslova poznavalo je i rimsко pravo. *"In iure civili receptum est, quotiens per eum, cuius interest conditionem non impleri, fiat quo minus impleatur, perinde haberis, ac si impleta condicio fuisset. Quibus exemplis spipulationes, quoque committuntur, cum per promissorem factum"*

³⁰ Zakon o obligacionim odnosima, član 74. stav 4.

³¹ M. Živanović, R. Momčilović, Modifikacije pravnih poslova, Banja Luka, 1998, str.37.

esset, quo minus stipulator condicioni pareret" (*Ulpian, D 50,17,161*). U građanskom pravu prihvaćeno je pravilo, da onaj ko ima koristi da se uslov ne ispuni pa spreči njegovo ispunjenje, treba uzeti kao da je uslov ispunjen. Na isti način se postupa i kod obaveza u slučaju da dužnik učini nešto zbog čega poverilac ne može da ispuni uslov. Ova fikcija prihvaćena je i u pravima kao što su, nemačko (par. 162 Nemačkog građanskog zakonika), francusko (član 1178 *Code civil*), švajcarsko (član 156 Švajcarskog Zakonika o obligacijama), grčko (Grčki građanski zakonik, čl. 93), kao i anglo-američkom pravnom sistemu. Ovaj princip usvojen je i u austrijskom pravu iako Austrijski građanski zakonik ne poznaje ovu fikciju.

Fikcija ispunjenja uslova ima za cilj da se spreče ponašanja koja su protivna načelu savesnosti i poštenja u pravnom prometu. Ako su posledice sprečavanja ostvarenja uslova takve da se pravni posao ne može realizovati, nesavesna strana duguje naknadu štete. U tom slučaju potrebno je najpre utvrditi da je nastupanje uslova protivno načelu savesnosti i poštenja izazvao dužnik ili poverilac u pravnom poslu. Dokaz ove činjnice pada na onu stranu koja se na ovu fikciju poziva. U protivnom neće se smatrati da je uslov ostvaren odnosno da nije došlo do njegovog ostvarenja. Kao trenutak ispunjenja ili osuđenja uslova uzima se onaj u kojem je ispunjenje uslova sprečeno ili izazvano protivno načelu savesnosti i poštenja. Ovo je posledica teorije *Venire contra factum proprium*, "niko ne sme da dođe u protivrečnost sa svojim ranijim ponašanjem, ako se time vredaju interesi drugog lica i ako je takvo protivrečno ponašanje u neskladu sa načelom savesnosti i poštenja i dobrim običajima".³²

Fikcija ispunjenja odnosno neispunjerenja uslova ne primenjuje se na potestativne uslove i na uslove (*conditio iuris*) koje su ustanovljeni na osnovu zakona.

Dopuštenost uslova u građanskom pravu

Uslov kao način modifikacije pravnog posla može se načelno ugovoriti kod svih pravnih poslova, ali nisu svi pravni poslovi pogodni za njihovo ugovaranje, a ima i takvih kod kojih je njihovo ugovaranje nedozvoljeno.

Uslov se najčešće ugovara kod pravnih poslova kojima pravni subjekt ima pravo da slobodno raspolaže svojim pravima, kao što su ugovor o poklonu, testamentu i sl. Ima i takvih pravnih poslova, koji se ne mogu

³² Levai Endre, Osuđenje nastanka uslova u pravnom poslu, Glasnik advokatske komore Vojvodine, Novi Sad, 3/ 1976, str. 7.

uslovjavati jer je to u suprotnosti sa impreativnim normama, javnim poretkom i moralnim shvatanjima društvene zajednice. Na primer, ne može se zaključiti brak pod uslovom, odricanje od nasleđa ne može biti uslovljeno, postavljanje uslova prilikom određivanja testamentalnog naslednika smatra se kao da ne postoji, pravo preče kupovine se na može uslovjavati kao ni okupacija, kompenzacija itd.

Nevažećim se smatraju uslovi koji su nedozvoljeni, nemoralni, i nemogući.

Ništav je ugovor u kojem je postavljen odložni ili raskidni uslov protivan prinudnim propisima, javnom poretku i dobrim običajima. Što se tiče *nemogućeg* uslova pravi se razlika između nemogućeg odložnog i nemogućeg raskidnog uslova. Nemogući odložni uslov čini zaključeni ugovor ništavim. Nemoguć raskidni uslov smatra se *nepostojećim*. To znači da će ugovor, sa raskidnim uslovom, biti pravno valjan, a uslov se uzima da ne postoji, tj. kao da nije ni bio ugovoren.³³

Kod pravnih poslova *mortis causa*, pravila su drugačija. Prema Zakonu o nasleđivanju Republike Srbije, uslovi protivni prinudnim propisima, javnom poretku ili dobrim običajima smatraju se *nepostojećim*. Za razliku ugovora obligacionog prava koji su u ovom slučaju ništavi, zaveštanje (testament), proizvodi pravno dejstvo kao da uslov ne postoji. *Nepostojećim* se smatraju i nemogući, nerazumljivi i protivrečni uslovi, kao i uslov koji je ostvaren pre ostaviočeve smrti ako iz zaveštanja ne sledi da uslov treba ponoviti.³⁴

Zaključak

Uslov u pravno tehničkom smislu predstavlja način da se redovna pravna dejstva pravnog posla modifikuju tako, da odgovaraju potrebama ugovornih strana. Pod pojmom uslova, podrazuma se buduća neizvesna činjenica ili okolnost od čijeg nastupanja ili nenastupanja zavisi nastanak ili prestanak redovnih pravnih dejstava pravnog posla. Uslov mora biti neizvesna činjenica, ali u pogledu svojstva uslova da bude, buduća činjenica u pravnoj teoriji su se izdiferencirala različita mišljenja. Prema jednima uslov je neizvestan, ali ne obavezno i budući događaj jer i nastupeli događaj za koje strane u pravnom poslu nisu znale da je nastupao može biti uslov u pravno tehničkom smislu (subjektivna teorija o pojmu uslova). Drugi su mišljenja da uslov mora biti budući događaj, jer neizvestan

³³ Zakon o obligacionim odnosima, član 75.

³⁴ Zakon o nasleđivanju, član 120.

ne može biti događaj koji je već nastupio (objektivno shvatanje uslova). Zakon o obligacionim odnosima, (član 74. stav 1), prihvatio je subjektivnu koncepciju definišući uslov na sledeći način: "Ugovor je zaključen pod uslovom ako njegov nastanak ili prestanak zavisi od neizvesne činjenice." Tumačenjem ove zakonske definicije uslova proizilazi da od ostvarenja uslova zavisi nastanak ili prestanak pravnog posla, iz čega se može zaključiti da se ugovaranjem uslova, zapravo uslovljava nastanak ili prestanak pravnog posla kao takvog, iako se zapravo uslovljava nastanak ili prestanak pravnog dejstva pravnog posla. Kada se uslov ugovori treba razlikovati fazu iščekivanja- neizvesnosti, dok uslov ne nastupi od one koja nastaje trenutkom ostvarenja uslova. Dejstva nastupelog uslova su različita u slučaju odložnog, koji prema Zakonu o obligacionim odnosima, ima za posledicu da pravni posao počinje da proizvodi pravno dejstvo od momenta zaključenja pravnog posla (retroaktivno dejstvo), u odnosu na raskudni uslov koji ima za posledicu prestanak pravnog posla od nastupanja uslova. U pravnoj teoriji ima različitih mišljenja u pogledu pravnog dejstva odložnog uslova što je prikazano u ovom radu. Predmet ovog rada su pored navedenih pitanja i slučajevi neostvarenja kao i osuđenja uslova. Neostvaren odložni uslov, ima za posledicu, kao da pravni posao nije zaključen, a u slučaju neostvarenja raskidnog uslova nastupaju pravne posledice kao da uslov nije ni ugovoren. Situacija u pogledu osuđenja uslova je drugačija. Ako jedna od strana u pravnom poslu koju tereti uslov, protivno načelu savesnosti i poštenja osuđeti njegovo ostvarenje smatra se, kao da je uslov ostvaren (fikcija nastupanja uslova), a ako osuđenje uslova protivno načelu savesnosti i poštenja prouzrokuje strana u čiji je korist uslov ugovoren smatra se da uslov nije ostvaren (fikcija neispunjena uslova).

*Danica Popov, Ph. D., Full Professor
Novi Sad School of Law*

The condition as a modificaton of contractual terms

Abstract

The condition is provision which makes the existence of a right depends on the happening of an event. The right is than conditional, as opposed to an absolute right. The true condition is where the event on which the existence of the right depends is future and uncertain. A condition precedent is one which delays the vesting of the right until the happening of an event. A condition subsequent is one which destroys or divests the right upon the happening of an event. The condition means provision that does not form part of a contractual obligations but operates either to suspend the contract until a specified event has hapend (a condition precedent) or to bring it to an end in certain specified circumstances (a condition subsequent). Condition is sharply distinguished from the actual terms of contract, and is taken to mean, not part of the obligation itself, but an external fact upon which the existance of the obligation depends. The operation of a contract may thus be postponend until some event takes place, or the occurrence of this event may cancel a contract which has already started to function. Contition may be precedent or subsequent. If a condition precedent appered, the contract come in to force retroactively. If a contract has come into existance but is to terminate upon the occurrence of some event, it is said to be subject to a condition subsequent. According to above mentioned the paper explanes difrent kinds of conditions giving some proposals for legal interpretation of provisions of the Obligation Act.

*Prof. dr Ljubomir Stajić, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu
Doc. dr Milan Daničić,
Visoka škola unutrašnjih poslova, Banja Luka*

POSLOVNA ŠPIJUNAŽA KAO FAKTOR BEZBEDNOSNOG MENADŽMENTA KORPORACIJSKIH SISTEMA

Sažetak: *U ovom radu predstavljen je proces prikupljanja informacija i njihovo korišćenje u korporacijske svrhe koji se drugačije još naziva i poslovna špijunaža. Vrste informacija koje se prikupljaju su informacije sa potencijalnom vrednošću u procesima donošenja poslovnih odluka u pogledu integracija, tržišta, berzanskog poslovanja, saradnje sa drugim korporacijama i slično. Prikupljene informacije se analiziraju s namerom da se proizvede upotrebljiv proizvod (korisna informacija). Taj upotrebljiv proizvod odnosi se na poslovnu špijunažu.*

Prikupljanje podataka ima svoj značaj i vrednost. Obim vrednosti zavisi od njene vremenske i funkcionalne primene i upotrebe. Ukoliko se ne koristi pravilno i blagovremeno, špijunaža ima malu vrednost. Ona je neophodna pomoć u donošenju pravilnih strategijskih odluka u pogledu planova korporacija na tržištu i u njihovom daljem razvoju. Nekada može da ima odlučujući uticaj za opstanak preduzeća u budućnosti.

U svakom slučaju ona je od vitalnog značaja za proces uspešnog donošenja odluka. Može se sprovoditi skupljanjem informacija raznovrsnim metodama i iz različitih izvora.

U radu su opisani ne samo metode nego i interni i eksterni izvori informacija kao subjekti poslovne špijunaže. Poslovna špijunaža je danas funkcija menadžmenta i smatra se delom bezbednosne funkcije.

Ključne reči: poslovna špijunaža, menadžment, bezbednost, informacija

Uvod

U današnjim uslovima informacije može da prikuplja bilo ko. U stvari, svakodnevno se to i čini. Ljudi različitih profesija i iz različitih motiva legalno prikupljaju i koriste informacije s raznih izvora. Menadžerima su informacije deo svakodnevnog posla i služe im za donošenje poslovnih odluka. Informacije se prikupljaju radi povećanja znanja i razumevanja pojedinaca i organizacija u obavljanju njihovog svakodnevnog posla. Osmišljeno prikupljanje informacija namenjeno specifičnim ciljevima i rezultatima, zahteva određenu formu i strukturu. Efektivna upotreba informacija podrazumeva njihovo savesno prikupljanje, analizu, distribuciju i primenu.

U daljem tekstu biće reči o procesu prikupljanja informacija i njihovom korišćenju u korporacijske svrhe da bi se izvela poslovna špijunaža. Najčešće se prikupljuju informacije koje imaju potencijalnu vrednost u procesima donošenja poslovnih odluka u pogledu integracija, tržišta, berzanskog poslovanja, saradnje sa drugim korporacijama i slično. Tako prikupljene informacije analiziraju se s namerom da se dobije upotrebljiv proizvod (korisna informacija). Taj upotrebljiv proizvod odnosi se na poslovnu špijunažu.

Prikupljanje podataka (špijunaža) ima svoj značaj i vrednost. Obim vrednosti zavisi od njene vremenske i funkcionalne primene i upotrebe. Ukoliko se ne koristi blagovremeno i pravilno, špijunaža gubi vrednost. Ona se koristi kao pomoć pri donošenju ispravnih strategijskih odluka u pogledu planova korporacija na tržištu i u njenom daljem razvoju. Neka-da može imati odlučujući uticaj za opstanak preduzeća.

Prikupljanje informacija je korisna delatnost u mnogim oblastima poslovanja. U svakom slučaju ona je izuzetno značajna za proces uspešnog donošenja odluka. Može se sprovoditi prikupljanjem informacija različitim metodama i iz različitih izvora. Metode i izvori kao i prikupljanje podataka, razmatraju se zajedno sa procesima realizovanja poslovne špijunaže. Osim toga, od značaja je i poznavanje vrsta i metoda konkurenatske špijunaže.

Poslovna špijunaža

Na početku treba reći koliko je važno razlikovati legalno od ilegalnog prikupljanja informacija za potrebe poslovodstva korporativnih sistema. Naravno, u praksi su zastupljena oba načina prikupljanja informacija. Metode koje se pri tom koriste razlikuju se, između ostalog, i po tome što kad

je reč o ilegalnom prikupljanju govorimo o neetičkom i kriminalnom tajnom prikupljanju dok s legalnim prikupljanjem to nije slučaj. Naravno, ilegalno prikupljanje je povezano sa agresivnošću i kršenjem zakona i normalne poslovne etike i može se loše završiti po „špijune“ i njihove poslodavce. Ovom prilikom zadržaćemo se na legalnom prikupljanju podataka za potrebe rukovođenja preduzećima i korporacijama. U literaturi se za poslovnu špijunažu koriste različiti termini, na primer, konkurentska špijunaža, korporativna špijunaža i drugi. U stvarnosti ovi termini se odnose na iste procese ili proizvode.

Bez obzira na to kako se definiše, poslovna špijunaža se sprovodi i koristi s ciljem da preduzeću pruži konkurenstvu prednost na tržištu. Sprovođenje je ključna reč. Špijunaža se ne dešava sama od sebe. Mora da se sproveđe, ali nema ništa mistično u njenom određenju. Poput svega drugog što ima vrednost, zahteva sposobnost i naporan rad. Sprovođenje poslovne špijunaže ne razlikuje se od sprovođenja bilo kog drugog posla. Ona podrazumeva određene procese, obučene radnike, pažljive analize, i odgovarajuću primenu i implementaciju. Koliko je umetnost toliko je i nauka. Vrednost špijunaže zavisi od toga kako, kada, gde i pod kojim uslovima se koristi.

U osnovi, poslovna špijunaža se sprovodi svakoga dana. Ljudi prikupljaju relevantne poslovne informacije, analiziraju ih u određenom kontekstu, i na taj način ih čine korisnjim u procesu donošenja odluka. Takav prerađeni proizvod-informacija se onda primenjuje ili koristi pri odlučivanju, izradi boljih planova, ili u neke druge svrhe.

Poslovna špijunaža nije samo prost zbir prikupljenih informacija ili podataka. Prikupljanje informacija, čak i velikog broja informacija, ne čini poslovnu špijunažu. Ključ nije u obimu informacija. Relevantne informacije koje se analiziraju u okviru konteksta specijalnih potreba vode ka kreiranju špijunaže. Ponekad se informacije i podaci mogu vrednovati kao špijunaža iako nisu temeljno analizirani. Podaci mogu biti korisni za špijunažu u onom obliku u kojem se prikupe. Generalno, to nije slučaj. Da bi bili korisni za špijunažu većina informacija i podataka, mora se analizirati i primeniti u kontekstu onoga što je poznato. Da bi analize bile efektivne, taj zadatok treba da odraduje kvalifikovani analitičar, ili stručnjak za oblast koja je predmet analize. Svi prikupljeni podaci i informacije imaju veću vrednost ukoliko su transformisani kroz vične analize u rezultate koji su korisni.

Zašto je poslovna špijunaža dragocena? Špijunaža je oruđe koje pomaže liderima, direktorima, menadžerima i stručnjacima da bolje razumeju svoje radno okruženje, tržište i konkurente. Postojanje špijunaže može da bude korisno u pozicioniranju bilo kog preduzeća u pogledu brzog reagovanja na izazove i promene unutar tržišta.

Kada se neformalni i rutinski proces, koji je upravo opisan, realizuje sistematično, kažemo da je to proces poslovne špijunaže. Ukoliko se taj proces na pravi način implementira on doprinosi znanju koje koriste menadžeri i direktori preduzeća prilikom donošenja odluka. Znanje koje se prikupi o konkurentima i o tržištu je neophodan dodatak u poslovanju svakog preduzeća kako bi ono bilo što konkurentnije. Sve informacije i saznanja o radu o konkurenatske firme ili tržišta može preduzeću da obezbedi strategijsku prednost.

Stara izreka znanje je moć, više je nego tačna. Bolje poznavanje tržišta i konkurenčije u okviru toga tržišta može da predstavlja komparativnu prednost.

U pojedinim slučajevima, informacije o radu drugih su jedina prednost koju neko preduzeće ima. Da bi bilo uspešno na bilo kom tržištu preduzeće mora da se razlikuje od svojih konkurenata. Mora da proizvodi bolju robu, da pruža kvalitetnije usluge, da ponudi niže cene, ili da smanji troškove proizvodnje. Pravovremena i proverena špijunaža može da pomogne preduzeću da stekne prednost u bilo kojoj od pomenutih oblasti. Znanje mu u tome itekako pomaže, posebno ako se na pravi način koristi.

Poznavanje i razumevanje konkurenata i tržišta neophodno je na putu do uspeha. Bez tog znanja i razumevanja kompanija može da ostvaruje dobre rezultate u kratkom periodu ali se uspeh neće dugo održati. Poznavanje tržišta i konkurenčije je posebno bitno za dugoročno strategijsko planiranje.

Šta je poslovna informacija?

U drugom izdanju Websterovog rečnika informacija se definiše kao znanje koje se saopštava i prima, a odnosi se na tačno određenu činjenicu ili okolnost. U nastavku tog tumačenja, informacija se definiše kao znanje do koga se dolazi kroz proces učenja, komunikacije, istraživanja itd.

U eri elektronskih i digitalnih uređaja, ljudi i preduzeća su preplavljeni informacijama. Više nego bilo kada u ljudskoj istoriji, informacije su u izobilju dostupne sve većem broju ljudi, preduzećima, vladama i institucijama. Postoji veliki broj informacija što zadatku u vezi sa korišćenjem čini toliko kompleksnim, da se uvode nove discipline kao što je, na primer, rukovođenje znanjem. Ova relativno nova disciplina traga za boljim formama rukovođenja, unutar preduzeća, organizacija ili njenih ljudi. Cilj rukovođenje znanjem je da se pomogne preduzeću da se snade u tome šta zna i ko šta zna.

Upravo zbog tolikog broja informacija, teško je odrediti koje su informacije korisne, a koje nisu. Štaviše, korisne informacije se gube u moru raznih dostupnih informacija. Praktično, ukoliko je informacija potrebna, a nije dostupna kada je potrebna, može postati beskorisna.

Informacija je sama po sebi korisna, bilo da jeste bilo da nije špijunaža. Činjenice i procene mogu samo da budu interesantne, ali kada se kombinuju s drugim podacima, dovedu u određeni kontekst i analiziraju njihova vrednost se može povećati. Takva informacija postaje korisna iz aspekta korišćenja špijunaže.

Ukoliko se ne analizirana u tačno određenom kontekstu i ne primeni na datu situaciju ili stanje informacija nema svoju punu vrednost ili potencijal. Kada se informacija stečena o nekome ili nečemu analizira ona može da proizvede mnogo korisniji proizvod jer nudi odgovore na pitanja koja su do tada bila bez odgovora. Kada se to dogodi, takav proizvod ima pravu vrednost, tj. on spada u špijunažu. Ovaj proizvod je špijunaža. U kontekstu poslovanja, posedovanje više znanja o nekom predmetu, odluci ili problemu, ima veće šanse za donošenje boljih odluka u rukovođenju korporacijom.

Kako se dolazi do informacija?

Informacije ne padaju same od sebe nikom u krilo. U stvari, mogu da padnu u krilo ako se uzme u obzir koliko su danas prisutne, ali generalno to nije slučaj, posebno sa korisnim informacijama. Informacije treba steći i razviti. Prikupljanje informacija je i jednostavno i kompleksno. Dobijene iz javnih izvora, npr., iz novina ili literature, zahtevaju samo kupovinu ili pozajmljivanje, a potom traženje korisnih informacija, kroz sadržaj ovih medija. Ovaj proces zahteva vreme, ali je zato jednostavan. Osim toga, većina dostupnih informacija su neodređene i uopštene i nedovoljno precizne da bi zadovoljile nečije potrebe.

Da bi se došlo do nekih vrlo korisnih podataka, obično treba koristiti posebne izvore. Postoje izvori koji su visoko rangirani u smislu velikog broja podataka do kojih neko želi da dode. Ovi izvori su u osnovi fokusirani na uzak spektar predmeta. Tako na primer, ukoliko se traži pouzdanoć informacija, može da bude korisno, pa čak i neophodno, da se pronađe izvor koji sadrži sve podatke.

Kada se traga za informacijama, neophodno je znati vrstu informacije koja nam treba. Pošto su danas mnoge informacije skoro trenutno dostupne određivanje vrste informacije koja je potrebna, a potom njen spajanje sa

izvorom koji bi mogao da pruži tu informaciju, predstavlja efikasan i jednostavan pristup. Na primer, kada se traže informacije o preduzećima koja se nalaze na listi berze, dobro mesto sa kojeg bi trebalo startovati jeste broker na berzi ili komisija berze. I jedan i drugi imaju pristup mnogim informacijama o preduzećima koja se nalaze na berzi.

Kada se traga za informacijama u vezi sa poslovanjem, postoje dva mesta od kojih treba da počne potraga. Prvo je unutrašnje, interno, u okviru preduzeća, a drugo eksterno, bilo koji izvor izvan tog preduzeća, a njih ima mnogo.

Interni izvori (izvori u okviru preduzeća)

U okviru bilo koje veće međunarodne kompanije, postoje mnogi potencijalni izvori zahvaljujući kojima se stiču poslovne informacije.

- *Biblioteka preduzeća.* - Mnoga velika ili srednja preduzeća imaju, malu, internu biblioteku, gde se stiču i drže publikacije o poslovanju. Ovo je najčešće pouzdano mesto za start ukoliko se traže osnovne poslovne informacije. Biblioteke preduzeća obično sadrže aktuelne poslovne publikacije i žurnale. Ponekad i bibliotekar može da pruži pomoć u potrazi za određenim izvorom informacija.

- *Drugi zaposleni.* - Svako preduzeće sa više od jednog radnika, ima ljude kojima je dozvoljen pristup korisnim poslovnim informacijama. Razgovor sa njima može da da dobre rezultate. Radnici obično znaju više o konkurenciji ili nekom tržištu, nego što znaju o svom preduzeću. Unutar svakog preduzeća rade radnici sa različitim iskustvom, pogledima i perspektivom. Ukoliko ih upitate, oni su često voljni da podele sa vama to što znaju. Mnogo toga što treba da znate o konkurenciji ili drugim preduzećima i tržištima, možda već postoji u okviru vaše organizacije. Informacije o konkurenciji i tržištu su važne mnogim radnicima u okviru preduzeća. Zbog toga oni skupljaju infomacije za sopstvene potrebe. Jedno upozorenje: neki radnici mogu da poseduju osetljive privatne informacije o bivšim kolegama. Odavanje takvih informacija je u većini slučajeva neetički i nelegalan čin. Kada se intervjuju radnici, treba ih upozoriti, da ne nude bilo kakve informacije lične prirode o drugim preduzećima za koja su radi. Ukoliko u tom pogledu postoji sumnja, onaj koji intervjuje ili koga intervjuju, treba da proveri pravni osnov za obelodanjivanje takvih informacija.

Radnici preduzeća treba da postanu deo mreže za prikupljanje podataka. Špajunaža ne može imati efekat ukoliko je izolovana. Znanje i uče-

nje proističu iz interakcije sa drugima. Veoma je važno i korisno raditi sa različitim internim grupama, koje imaju iste ciljeve, znanje i metode učenja. Stručnjak za bezbednost treba da razvije interne izvore informacija i što je moguće više da ih integriše u mrežu informacija, da bi se pomoglo kreiranje snažnog okruženja za učenje.

To ne znači da treba uspostaviti ilegalnu špijunsku mrežu. Zato na to treba ukazati radnicima tokom njihovog intervjeta, i objasniti im koja je svrha prikupljanja informacija. Prikupljanje informacija i sprovođenje poslovne špijunaže radi se samo legalnim sredstvima. To je proces poslovanja koji treba ostvariti na etički način.

Mrežu prikupljanja podataka treba razgranati tako da se ne optereći administrativni aparat. Proces sprovodenja poslovne špijunaže treba da bude na pravi način strukturiran, a informacije se ne smeju opterećivati prinudom. Kvalifikovani menadžer organizacije za poslovnu špijunažu, mora da zna da rukovodi mrežom prikupljanja informacija na neformalan i nestrukturiran način, a ipak da obezbedi da deluju u duhu vrednosti tog preduzeća. Da bi bila što korisnija, mreža internog prikupljanja informacija, treba da se razvija unutar celokupnog preduzeća, a ne samo da se ograniči na discipline koje se odnose na procese poslovne špijunaže. Stručnjak za bezbednost ili neki drugi član tima, na ovaj način treba da ode dopre dalje od tradicionalnih organizacija za strateško planiranje.

Ova mreža treba da sadrže sledeće subjekte:

- *Sektor razvoja poslovanja.* - Organizacija za poslovni razvoj poseduje poslovne informacije i veliki je korisnik poslovne špijunaže. Njena je odgovornost da razvija novo poslovanje u preduzeću, tako da stručnjaci za razvoj poslovanja provedu što više vremena učeći o tržištu i konkurenциji. Uspešno razvijanje novog poslovanja zahteva razumevanje toga kako tržište funkcioniše i šta ima konkurenca da ponudi u okviru tog tržišta. Poznavanje snage, slabosti i namera konkurenata može u određenoj situaciji biti prednost. Ovo je posebno za ona tržišta gde je konkurenca na najvišem nivou i gde su male razlike koje dele jedno preduzeće od drugog. Razvoj poslovanja je ujedno i korisnik konkurentske špijunaže ali i obilan izvor poslovnih informacija i poslovne špijunaže.

- *Izvršno rukovodstvo.* - Oni su ključni korisnici poslovne špijunaže. U zavisnosti od toga oni vode preduzeće i određuju strategijski plan, pristupa poslovnoj špijunaži i time doprineti da bolje razumeju celokupno tržište. Direktori su odlični izvori za pružanje poslovnih informacija i poslovnu špijunažu. Svakodnevno su u interakciji sa direktorima drugih

preduzeća. Oni ovo obavljaju direktno ili kroz strukovne asocijacije. U tom procesu stalno uče i posmatraju. Ono što uče i posmatraju često ima konkurentsku vrednost. Da bi takva informacija bila korisna treba da se podeli unutar preduzeća. Iz toga proističe da izvršno rukovodstvo treba da bude povezano sa mrežom prikupljanja podataka.

- *Informartički administratori:* - Njih čine zaposleni koji mogu da daju važan doprinos procesu poslovne špijunaže. U osnovi oni pružaju podršku sistemu informacija i mogu da obezbede informacije koje se nalaze na kompjuterskim sistemima i drugim dostignućima visoke tehnologije. Danas preduzeća razvijaju i koriste programe upravljanja posredstvom računara. Programi upravljanja mogu da budu korisno mesto da se prikupe informacije posebno kada je reč o informacijama koje su u vezi sa tehnologijom. Mnogi ovakvi programi počinju time što se usredsređuju na mogućnosti tehnologije i veštine pojedinih radnika. Zaposleni unutar preduzeća, posebno oni sa eksertskim sposobnostima i znanjem najčešće su dobar izvor za sticanje novih informacija o konkurenčiji. Zaposleni sa unapređenim ili jedinstvenim poznavanjem tehnologije i tehnoloških dostignuća neretko mnogo znaju o tome šta rade njihove kolege u drugim preduzećima. Mogu da znaju šta rade druga preduzeća, i znaju ljudе u tim preduzećima koji raspolažu korisnim informacijama.

- *Pravni sistem:* - Kadar za pravni sistem preduzeća je stalni član interne mreže informacija i procesa poslovne špijunaže. Takav kadar treba da služi i kao savetnik timu za poslovnu špijunažu iz sledećih razloga: 1) da bi se timu pružio pravni vodič i da bi pomogao da se razvije pravna, etička i korisna direktiva koju treba da slede članovi tima, 2) da bi se ponovo razmotrila praksa delovanja tima odnosno programa u pogledu pravnih odluka, 3) da bi se povećalo samopouzdanje izvršnog rukovodstva, koje će lakše prihvati veće rizike ukoliko zna da je pravo deo tog procesa ili da bar podržava te procese. 4) da bi se pružili direktni pravni saveti, ukoliko je potrebno. 5) da bi se pomoglo u analizi informacija i pružila pravna perspektiva u pogledu pitanja koja se odnose na konkurenčiju. Pravni odsek i advokati takođe imaju potrebu za poslovnom špijunažom, pošto rade na kompleksnim pravnim pitanjima ili aktuelnim pravnim slučajevima koji uključuju aktivnosti kao što su npr., falsifikovanje novca, povredivanje, narušavanje patenta ili marke, ili podrška u vezi sa parnicama, tako da i oni imaju koristi od toga da znaju više o ovim pitanjima unutar konteksta konkurenčije; 6) da bi se delile informacije koje se nauče, kroz pravni sistem.

• *Bezbednosni menadžment:* - Pošto stručnjaci za bezbednost provode mnogo vremena i napora u zaštiti informacija preduzeća, oni po prirodi posla poznaju metode na osnovu kojih prikupljaju ove informacije. Deljenje ovih metoda sa članovima tima za špijunažu jedan je od načina na koji stručnjaci za bezbednost mogu da doprinosu procesu. Stručnjaci za bezbednost su posebno korisni u pogledu razvijanja odbrambenih mera koje se koriste za borbu protiv napora konkurenциje kad je reč o špijunaži protiv njihovog preduzeća. Pošto je bezbednost obično „vlasnik“ programa preduzeća za zaštitu informacija, treba organizovati sastanke za ključne članove (ukoliko ne može za sve), o bezbednosnoj kulturi. Tokom tih sastanaka treba istaći mere odbrane u pogledu zaštite poverljivih informacija. Obuka ima dve svrhe:

1. Pomaže zaposlenima da postanu svesni napora u pogledu prikupljanja informacija od njih. Zaposleni treba da shvate da mogu da budu na meti onih koji nelegalno tragaju za informacijama. Bezbednosni trening treba da pomogne zaposlenima da ne upadnu u zamke koje im se postavljaju kako bi se od njih dobole poverljive informacije, od strane ljudi koji te informacije ne treba da znaju.

2. Obuka može da pomogne zaposlenima da usavrše metode dobijanja informacija koje mogu da imaju potencijalnu konkurentsku vrednost. Ukoliko se program za zaštitu informacija ugradi na pravi način (sa naglaskom na bezbednosnu kulturu zaposlenih) poslužiće i kao obrambeni i kao ofanzivni mehanizam. Ovde takođe treba upozoriti na činjenicu da trening mora da obuhvati i način na koji zaposleni mogu da pomognu u legalnom procesu prikupljanja informacija.

• *Menadžment marketinga i prodaje:* - Menadžeri prodaje su veliki korisnici obaveštajnih podataka i imaju direktnu korist od njihovog primanja. Osim toga, oni su bliski i sa konzumentima, jer su svakog dana sa njima u saradničkoj vezi. Ta veza ih čini potencijalnim korisnim izvorima u pogledu poslovnih informacija i špijunaže.

• *Timovi za integracije:* - Ovi timovi koriste, razvijaju i imaju pristup poslovnim informacijama. Neke informacije imaju vrednost kao obaveštajni podaci ili su korisni u poslovnoj špijunaži. Kada procenjuju ciljna preduzeća, timovi za integracije provode mnogo vremena analizirajući konkurenčiju i njihova tržišta. Timovi za integracije blisko sarađuju sa organizacijama za strateško planiranje. U procesu prikupljanja podataka za sopstvenu upotrebu, oni stiču informacije koje mogu da budu korisne i za druge.

• *Ljudski resursi:* - Stručnjaci u oblasti ljudskih resursa, poznaju određene eksperte. Oni blisko sarađuju sa ljudima i organizacijama i

poseduju informacije koje su povezane sa talentima i sadašnjim i budućim menadžerima. Oni mogu da budu korisni timu za špijunažu prilikom identifikovanja potencijalnih izvora informacija.

- *Nabavljači i dobavljači.* - Nabavljači i dobavljači imaju informacije o konkurentima i tržištu zahvaljujući svakodnevnim kontaktima sa snabdevačima. Preko snadbevača oni imaju uvid u kupovinu i akcije koje preduzimaju konkurenti, a kada to iskombinuju sa drugim informacijama mogu da otkriju taktičku ili stratešku inicijativu na tržištu. Postojanje stručnjaka za nabavku, koji su deo interne mreže informacija često se pokazuje kao korisno.

- *Spoljni izvori.* - Pored toga što postoje mnogi dostupni i korisni interni izvori za poslovne informacije i špijunažu, postoje i spoljni izvori koji mogu da budu korisni i pouzdani kao i interni izvori. Poslovne kolege koje rade na istim poslovima često su dostupni za učešće u diskusijama o tržištu i konkurenciji. Iako ne mogu da dele informacije o svojim preduzećima, mogu da ponude informacije koje su naučili o zajedničkim konkurentima.

Učešće radnika u internoj mreži informacija kao i podrška kolektiva tom procesu podjednako je vredna za svakog radnika kao i za preduzeće. Veoma je važno demonstrirati radnicima zbog čega treba da učestvuju i koje koristi imaju od učestvovanja u ovim mrežama. Bazirano na poslovnoj politici i kulturi preduzeća, radnike treba ohrabriti da učestvuju za sopstvene interese kao i za dobro preduzeća. Radnici treba da razumeju na koji način mogu da doprinesu u procesu prikupljanja informacija. Takođe, treba da znaju da će nešto dobiti za uzvrat zbog podrške i participacije u tom procesu.

Kada se radnici jednom povežu sa internom mrežom prikupljanja informacija, veoma je važno da tako i ostane. Koristan način da se ovo postigne jeste da se taj uspeh podeli sa njima. Kada radnik doprinosi tom procesu a doprinos rezultira uspehom, treba ih obavestiti o tome. Pokažite im kako su informacije koje su pružili, uticale na uspeh u poslovanju. Kad god je pogodno, treba im dati do znanja da je više rukovodstvo svesno njihovog doprinosa. Takve informacije doprineće da radnici osete da su povezani sa svojim rukovodstvom. To bi trebalo da ih motiviše da budu uključeni. Neke od pogodnosti za radnike kad je reč o participaciji u mreži informacija su :

- Participacija u mreži pomaže da se ostvari bolje sporazumevanje o svemu šta se dešava u organizaciji.
- Učešće ih stavlja u pripravno stanje za druge projekte na kojima se radi.

- Participacija čini da postanu svesni dostupnih izvora.
- Oni mogu da nauče gde tim za prikupljanje informacija dobija informacije i pomoću toga da razvijaju nove izvore za sebe.
- Mogu da nauče koje vrste informacija se prikupljaju i analiziraju.
 - Mogu da nauče o asocijacima i konferencijama i koji članovi tima mogi ili ne mogu da prisustvuju raznim sastancima ili konferencijama.
 - Biće u mogućnosti da nauče da razviju izvor informacija koji može da im bude itekako koristan u poslu koji obavlja.

Eksterni izvori

Dodatni eksterni izvori koji mogu da budu vredni su:

- *Profesionalne (strukovne) asocijacije.* - Profesionalne asocijacije su korisni izvori informacija. Prikupljanje informacija od njih će možda zahtevati članstvo u asocijaciji. Za uzvrat njenim članovima dostupni su relevantne poslovne informacije. Ograničene informacije u pogledu preduzeća mogu takođe da budu dostupne.
- *Posrednici informacija.* - Ovi posrednici su pojedinci, organizacije ili kompanije koje prikupljaju i prodaju informacije. Oni se mogu specijalizovati za posebne vrste informacija (npr., finansijske, političke, bezbednosne i druge). Za informacije koje prikupljaju oni imaju sopstvene izvore. Informacije se sortiraju, obrađuju a zatim čine dostupnim kupcima uz određenu cenu.
- *Pružaoci usluga.* - Agencije koje obavljaju istraživanja tržišta i javnog mnjenja su takođe davaoci informacija. Informacije koje oni pružaju prikupljaju se iz raznih izvora obuhvataju procene koje su napravile specijalne organizacije u procesu istraživanja.
- *Javni izvori.* - Izvori javnih informacija¹ dostupni su svima i uglavnom su besplatni ili je njihova cena veoma niska. Javne biblioteke, mediji i internet, omogućavaju širok spektar poslovnih, ekonomskih, pravnih i kulturnih informacija, koje mogu da budu korisne o drugim preduzećima, poslovima, segmentima tržišta ili o nacionalnoj ekonomiji.

¹ Javne informacije se odnose na sve informacije koje se mogu pravno i etički identifikovati, locirati a zatim im pristupiti.

- *Kandidati za posao.* - Kandidati za posao su još jedna vrsta potencijalnih izvora za prikupljanje informacija koje mogu da budu korisne u razvijanju mreže za prikupljanje informacija. Prikupljanje relevantnih informacija postiže se na najbolji način u procesu intervjuisanja za posao. Tokom tog procesa, kandidat je često voljan da razgovara o tome gde je radio i na čemu je radio, da bi demonstrirao svoje sposobnosti i potencijalne vrednosti. Tokom intervjeta, kandidati će dati sve od sebe da prodaju svoju uslugu, što ponekad znači da daju više informacija nego što bi trebalo. Veoma važan deo u pogledu prodavanja sebe potencijalnom poslodavcu jeste da ga ubedite da ste vi najbolja osoba za taj posao. Jedan od načina da se to i ostvari jeste da se koriste primeri nečije uloge u razvijanju nove tehnologije ili proizvoda.

Proces prikupljanja informacija

Kao deo sistemskog pristupa u prikupljanju informacija, proces prikupljanja se mora dobro definisati. Uspostavljanje procesa treba da bude dobro osmišljeno, sa tačno definisanim ciljevima i pravilima delovanja. Osim toga, podrška izvršnog rukovodstva nephodna je iz sledećih razloga:

- *Kredibilitet i prepoznatljivost.* – Da bi bili uspešni procesi prikupljanja informacija moraju imati veze sa ljudima koji ih primaju i koriste. Saznanje da organizacija ima punu podršku izvršnog rukovodstva je osnova za kredibilitet. Konačno, izvršno rukovodstvo je recipijent proizvoda koje je sprovela organizacija za poslovnu špijunažu. Proizvod (informacija) se koristi da se uobičae kratkoročni i dugoročni poslovni planovi preduzeća. Ukoliko se planovi, koji su podneseni na osnovu špijunaže, uspešno implementiraju, izvršno rukovodstvo ima koristi, kao i čitava kompanija.

- *Angažovanje izvora.* - Izvršno rukovodstvo odlučuje o tome da li u procesima špijunaže treba da angažuje izvore. Da bi rukovodstvo angažovalo izvore mora da bude ubedeno da će se ta investicija vratiti. Gledano kratkoročno, ograničeni rezultati su prihvatljivi. Gledano dugoročno, kvantitativni rezultati su merilo uspeha i to je ono što će se tražiti.

- *Odgovornost.* - Uspeh ili neuspeh u pogledu špijunaže uvek je vezan za rukovodstvo. Ukoliko su nastojanja špijunaže uspešna i ona efektivno podržava ciljeve preduzeća, rukovodstvo će biti zadovoljno i imaće od toga koristi. Ukoliko nije uspešno, rukovodstvo će biti nezadovoljno i ve-

rovatno će u tim procesima napraviti neke promene pre nego što ga eliminiše. Ukoliko procesi špijunaže ne proizvode rezultate, reakcija rukovodstva na to bi trebalo da promeni proces, a ne da ga eliminiše. Pravilno implementirani procesi špijunaže mogu da doprinesu poboljšanju poslovne politike preduzeća.

Zaključak

U današnjim uslovima bilo ko može da prikupi informacije. Menadžeri koriste informacije kao deo svakodnevnog posla pri donošenju rutinskih poslovnih odluka. Informacije se prikupljaju u funkciji povećavanja znanja i razumevanja pojedinaca i organizacija u obavljanju njihovog svakodnevnog poslovanja. Prikupljanje podataka („špijunaža“) ima svoj značaj i vrednost. Obim vrednosti zavisi od njihove vremenske i funkcionalne primene i upotrebe. Ukoliko se ne koristi pravilno i blagovremeno, špijunaža nema vrednosti. Ona se koristi kao pomoć u donošenju ispravnih strategijskih odluka u pogledu planova korporacija na tržištu i njenom daljem razvoju. Nekada može imati odlučujući uticaj na opstanak preduzeća u budućnosti.

Treba razlikovati legalno od ilegalnog prikupljanja informacija za potrebe poslovodstva korporativnih sistema. U praksi su zastupljena oba načina za prikupljanje informacija. Metode koje se pri tom koriste razlikuju se, između ostalog, i po tome što kada je u pitanju ilegalno prikupljanje govorimo o neetičkom i kriminalnom tajnom prikupljanju dok sa legalnim to nije slučaj.

Poslovna špijunaža se koristi da bi preduzeće steklo konkurenstvu prednost na tržištu. Sprovodenje je ključna reč. Špijunža se ne dešava sama od sebe. Kao sve drugo što ima vrednost, ona zahteva sposobnost i naporan rad. Sprovodenje poslovne špijunaže ne razlikuje se od bilo kog posla. Ona podrazumeva određene procese, obučene radnike, pažljive analize, i odgovarajuću primenu i implementaciju. Vrednost poslovne špijunaže zavisi od toga kako, kada, gde i pod kojim uslovima se koristi.

U osnovi, poslovna špijunaža se sprovodi i koristi svakog dana. Ljudi prikupljaju relevantne poslovne informacije, analiziraju ih u određenom kontekstu, i na taj način ih čine korisnim u procesu donošenja odluka. Takav prerađeni proizvod-informacija se onda primenjuje ili koristi pri odlučivanju, izradi boljih planova, ili za neke druge svrhe.

Špijunaža je oruđe koje pomaže liderima, direktorima, menadžerima, i stručnjacima da bolje razumeju svoje radno okruženje, tržište i konkurente. Postojanje špijunaže može da bude korisno u pozicioniranju

bilo kog preduzeća u pogledu brzog reagovanja na izazove i promene unutar tržišta.

Prikupljanje informacija je ujedno i jednostavno i kompleksno.

Da bi se došlo do određenih korisnih podataka, obično treba koristiti posebne izvore.

Kada se traga za informacijama, treba znati vrstu informacije koja je potrebna. Pošto se danas brzo dolazi do velikog broja informacija određivanje vrste informacije koja je potrebna, a potom njeno spajanje sa izvorom koji bi mogao da pruži tu informaciju, nezaobilazan je pristup.

Kada se traga za informacijama u vezi sa poslovanjem, postoje dva mesta od kojih treba da počne potraga. Prvo je unutrašnje, interno, u okviru preduzeća, a drugo eksterno, tj., bilo koji izvor izvan preduzeća.

Kao deo sistemskog pristupa u prikupljanju informacija, proces prikupljanja se mora dobro definisati. Uspostavljanje procesa treba da bude dobro osmišljeno, sa tačno definisanim ciljevima i pravilima delovanja. Osim toga, nephodna je podrška izvršnog rukovodstva.

*Ljubomir Stajić, Ph.D., Full professor
Milan Daničić, Ph.D., Assistant Professor*

Business espionage like a factor of the security management corporational systems

Abstract

In this text is presented a process of collecting information and their usage in corporational aims, that are also called business „espionage“. Types of information which are collected are information that have potential worth in process of making business decisions that are connected to intergration, market, stock market, collaboration with other corporations, etc. The collected information are analised with the intention to manufacture the usable product (worth information). That usable product refers to business espionage.

Collecting information has its mean and value. The volume of worth depends on its time and functional usage. If it is not used correctly and immediately, espionage has low value. It is used as a help in making correct strategic decisions, in refer to plans cf corporation on the market and its development. Sometimes, it can have the biggest affect on existence of corporation in future.

Anyway, it is of vital importance for process of successful making decisions. It can be executed by collecting information by different methods and from different sources.

In this text are described methods and internal and external information sources like subjects of the business espionage. The business espionage is today a function of management and is considered as a part of securityfunction.

Key words: the business espionage, management, security, information.

*Ištván Feješ, Ph. D., Full Professor
Novi Sad School of Law*

THE EVOLUTION OF THE SERBIAN CRIMINAL LEGISLATION: FROM THE BEGINNING OF THE TRANSITION UNTIL THE NEW CRIMINAL CODE

Abstract: *The transition process that ensued following the changes of 2000 has intensified legislative activity in the field of criminal legislation. There are a number of reasons for such an intensification of activity. Following long-term isolation, the country has been greatly lagging behind in relation to other countries in transition, and in that sense, has been striving to become involved in European integration, fulfill commitments of international agreements, combat an ever stronger and more aggressive organized crime, all the more frequent tendencies of crime and other negative social phenomena. The criminal laws have been amended numerous times and a new Criminal Code has been enacted. In this paper, we will focus on the key novelties in the development of criminal legislation in the period of transition and the new Criminal Code.*

Keywords: *Criminal legislation, transition, Criminal Code, Serbia.*

I. A short history of the criminal legislation

In the first segment of the paper we shall focus on the development of criminal law in Serbia from the beginning of the transition process up to the enactment of the new Criminal Code. The second segment is devoted to the new Serbian Criminal Code.

In order to fully grasp the nowaday situation regarding legislative competence in Serbia, a short historical overview is necessary.

Significant decentralization was carried out in the former Socialist Federative Republic of Yugoslavia (SFRJ) with the Constitution of 1974. This was

also reflected in the distribution of legislative competence in criminal law. Criminal law, which was previously solely in federal competence up to that time, was divided between the federal legislature, the republics, and the provinces. General criminal law and small segments of the Special Part remained under the jurisdiction of the federation¹, while the rest was transferred to the republics and provinces.

After the collapse of SFRJ, the Federal Republic of Yugoslavia (SRJ) inherited this divided competence in criminal law. Its criminal law was also not codified into a single uniform legal act, but was instead composed of a number of elements: the Criminal Law Act of SRJ, which was actually the former Criminal Law Act of SFRJ, the criminal laws of the Member Republics and criminal acts regulated by secondary legislation.

General criminal legislation contained practically the entire criminal law of SRJ². While regarding the Special Part, this Act only regulated crimes of importance to the State as a whole (e.g. crimes against the constitutional order, humanity and international law, etc.), while other crimes were regulated by the criminal laws of the Republic of Serbia and the Republic of Montenegro.³ Additionally, other laws regulated a certain number of crimes.

This process of particularization continued under the State Union of Serbia and Montenegro. The Constitutional Charter of the State Union did not, under the common functions of the State, *mention legislative competence in the area of criminal law*. SRJ federal laws, which were not listed to be under the competence of the State Union, were implemented as laws in the Republics (Art. 64 of the Constitutional Charter). Consequently, the former federal Criminal Law Act of SRJ has become a segment of the internal law of the Member Republics. In accordance with this, the National Parliament of the Republic of Serbia changed the name of the former federal Criminal Law Act, from Criminal Law Act of SRJ to Basic Criminal Law.⁴ Therefore, the criminal legislation in Serbia was composed of the *Basic Criminal Law Act* (that contained General Part and a segment of the Special Part), the *Criminal Law Act of the Republic of Serbia* (a small segment of the General part and the bulk of the Special part) and the

¹ In Serbia the body of Criminal Law is divided on General and Special Part. General Part contains different general definitions like what a crime is, the system of sanctions, rules related to rehabilitation and limitations of actions, etc. The Special Part contains the elements and sanctions for specific crimes. But it has to be noted, the two parts co-exist, they cannot be used independently.

² Official Gazette of SRJ, No. 35/1992, along with later amendments: 16/1993; 31/1993; 37/1993; 24/1994; 61/2001

³ By that time, real autonomy of the autonomous provinces had been revoked. Their criminal laws were no longer in effect and criminal-legal and other legislative was lost.

⁴ *Službeni Glasnik Republike Srbije*(Official Journal of the Republic of Serbia) br.39/2003

crimes regulated by separate acts without any distinct systematization. This was also the case with Montenegro.

On May 21, 2006 as a result of the Referendum held in Montenegro, the State Union of Serbia and Montenegro ceased to exist and both Serbia and Montenegro become independent states.

On October 6, 2005 the new Criminal Code of the Republic of Serbia⁵ was enacted and come into force on January 1, 2006. Today, the body of criminal legislation in Serbia is comprised of the Criminal Code from 2005, and crimes that are embedded in separate acts, regulating primarily some other fields of law. However, the number of these incriminations has now been reduced significantly; a lot of provisions that were previously contained in the separate laws are now incorporated into Criminal Code.

II. The evolution of criminal legislation in Serbia following the beginning of transition up to the enactment of the new Serbian Criminal Law Act

1. Changes of essentially importance up to the enactment of the new Criminal Code

Despite many amendments to criminal laws *only one* seems to have been of principal importance: the long-awaited elimination of the death penalty from the criminal law of Serbia on March 1, 2002.⁶ By revoking a type of punishment, which is considered to be archaic and outdated in modern Europe, one of the most significant obstacles for bringing the Yugoslav criminal law closer to that of Europe's was removed. The elimination of the death penalty also carried great political consequences, as failure to do so would have prevented Yugoslavia from joining the Council of Europe. The abolition of the death penalty also served to fulfill international treaty obligations, namely to ratify The Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights.⁷

From the standpoint of legal practice, the removal of the death penalty was not of a particular importance. According to the Criminal Law Act of the Republic of Serbia, death penalty could only be pronounced for two crimes: first-degree Murder and Aggravated Robbery and Theft.⁸ The SRJ Constitution of 1992 prohibited the death penalty for crimes regulated by Federal Law (Art.

⁵ Official Gazette of the Republic of Serbia, No. 85/2005.

⁶ *Službeni Glasnik Republike Srbije* (Official Journal of the Republic of Serbia) br. 10/2002

⁷ Ratification Law of the Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, aiming at the abolition of the death penalty, *Službeni list SRJ_Medunarodni ugovori*, br. 4/2001

⁸ Art. 47 (2) and Art. 169 (2) Criminal Law Act of the Republic of Serbia

21(2)). For this reason, capital punishment, which was once the penalty for a great number of crimes⁹, was removed from the federal criminal law in 1993¹⁰ and replaced by a twenty-year prison sentence. Interestingly enough, the lawmakers back then were more prone to listen to arguments from professionals who pointed to the significant shortcomings of long-term or life prison sentences; therefore they replaced the death penalty with a twenty-year prison sentence. This was an exception to the general maximum of fifteen years (therefore, there could be no sentence between fifteen and twenty years, e.g. seventeen years).

When the SRJ Criminal Law Act was enacted in 2001¹¹, lawmakers no longer wished to take professional advice into consideration, but succumbed to pressure from the public, which demanded harsher sentences. Specifically, the twenty-year prison sentence was replaced with a forty-year sentence with the general maximum prison sentence remaining fifteen years (no sentence between fifteen and forty years was possible).

However, the Criminal Law Act of the Republic of Serbia *retained* the death penalty for qualified types of murder and robbery. On March 1, 2002, with the previously mentioned amendments, lawmakers also removed the death penalty for these crimes and replaced it with a forty-year prison sentence. Thereby, the lawmakers removed a truly absurd and unacceptable legal dilemma. As previously mentioned, the SRJ Constitution of 1992 prohibited the death penalty for crimes regulated by federal law. However, the Constitution of the Republic of Serbia, which was passed *before* the SRJ Constitution and with which it *was never brought into accord*, did not *regulate* any such prohibition. According to this, the death penalty could be pronounced for crimes regulated by the Criminal Law Act of the Republic of Serbia. This did not contradict the Constitution of the Republic of Serbia but did evidently contradict the Constitution of the SRJ. We should also mention that up until the democratic changes of 2000, there were conflicts between numerous key segments of the legal system. (One can even pose the question as to whether under such conditions one should even use the term “system”.)

In Montenegro, the death penalty was removed from the criminal law on June 26, 2002.¹² The death penalty for crimes of first-degree murder and aggravated forms of robbery and theft¹³ was replaced with a forty-year prison sentence.

⁹ However in practice this punishment was no longer in use. It was in a state of factual abolishment.

¹⁰ Official Gazette of SRJ, No. 37/1993

¹¹ Official Gazette of SRJ, No. 61/2001

¹² Official Gazette of the Republic of Montenegro, No. 30/2002

¹³ Art. 30 and Art. 148 Criminal Law of the Republic of Montenegro

2. Other important changes

2.1. Among the amendments to the *Criminal Law Act of SRJ* in 2001, it is worth mentioning that the overall minimum prison sentence was raised from fifteen to thirty days. From a technical-legal standpoint, this was done in a rather poor manner, as regulations from the General Part regarding this issue were not harmonized with this change. Therefore, by applying the rules of mitigation of penalty, one could still pronounce a fifteen-day prison sentence, which is less than the overall minimum.

2.2. With the March 1, 2002 amendments to the *Criminal Law Act of the Republic of Serbia*, besides the removal of the death penalty, a number of other significant changes to the special Part were made. Numerous new crimes and a completely new chapter was added.¹⁴ The new crimes were: Infringement upon Free Movement and Settlement, Internecine Violence, Transmission of Especially Contagious Diseases, Pharmaceutical Fraud, Failing to Prevent Disorder at Sporting Events or Other Public Gatherings, and Failing to Undertake Measures in Order to Prevent Sexual Abuse of Persons Deprived of Freedom.

The most significant change was the introduction of the completely new Chapter 21A, which regulates crimes concerning corruption. It included the following crimes: Corruption in Administrative Bodies, Corruption in the Judiciary, Corruption in the Public Health System, Corruption in the Educational System, Corruption of Privatization Procedure, Corruption of Public Purchase, Unrestricted Management of Public Funds, Abuse of the Function of Defendant or Holder of Power of Attorney, and Fixing the Results of Sports Competition.

This type of casuistry in our criminal legislation is unusual to say the least. Furthermore, there is an evident lack of systematization and harmonization, as in certain cases the newly regulated crimes overlap with the already existing ones. This issue also came across during the adoption of the new Criminal Code and this chapter, was therefore, erased.¹⁵

2.3. During the state of emergency following the assassination of the Prime Minister Zoran Đindić, an intense campaign against crime (particularly organized crime) was initiated. On April 11, 2003 the National Parliament passed the Amendment to the *Criminal Law Act of SRJ* (which is a Republic law by this time) and the *Criminal Law Act of the Republic of Serbia*. The amendments served to strengthen the punishment policy. However, this was to be expected considering the circumstances under which they were passed.

¹⁴ These changes were added to the Criminal Law of the Republic of Montenegro on June 26, 2002, Official Gazette of the Republic of Montenegro, No. 30/2002

¹⁵ Because of the overlapping of these crimes, with the erasing of this chapter, does not entail the decriminalization of certain types of behaviour.

a) The Criminal Law Act of SRJ was renamed to the *Basic Criminal Law Act* and certain changes were made.¹⁶ Two legal institutes which served to strengthen punishment policy and which were previously abolished in 1990¹⁷ since even then they were thought to be unsuitable and were not used by the courts, were re-implemented into the General Part of the criminal legislation. The practice of *confiscating property* was reinstated. It could be pronounced for persons who committed crimes that include elements of organized crime and who received a prison sentence of four years or more.¹⁸ This new sanction did not carry supplementary provisions, which were necessary considering its severity and the consequences for families or persons supported by the convicted person. Furthermore, one could legitimately pose the question as to why confiscation was only being applied to this category of perpetrators and not to any others. The category of ‘*the particularly aggravated case*,’ which enabled severe penalties to be pronounced, was reinstated as well. These two particularly repressive institutes were left out from the new Criminal Code.

In addition to these “changes,” lower requirements for the classification of “repeating offenders” were introduced into the *General Part*, thereby harshening the punishment policy. In the special Part, harsher penalties were introduced for numerous offences. As an indication of a tougher crackdown on Drug Abuse, the *Unauthorized Production and Trafficking of Narcotics* was renamed to *Unauthorized Production, Possession and Trafficking in Narcotics*. A complete description of the offense is given as if a new offence was introduced, even though it was basically formulated in the same way as the previous, except for one new paragraph that criminalized drug possession. It is also worth mentioning that harsher penalties were introduced for these offenses. For example, with prison sentences ranging from one to ten years in the original form, the minimum sentence for the same crime was five years (Art. 245 (1)).

b) The *Criminal Law Act of Serbia* was further modified during the same session of the Parliament. In addition to harsher penalties relating to numerous crimes, a certain number of new crimes were introduced into the special Part, along with a completely new chapter, which finally enabled the eradication of

¹⁶ Official Gazette of the Republic of Serbia, No.39/2003

¹⁷ Official Gazette of SFRJ, No. 38/1990

¹⁸ Confiscation of property could be justified on the grounds of various manoeuvres of money laundering, whereby it is very difficult to prove the origin of property acquired through organized crime. However, in all likelihood, we are dealing with something else. International acts on organized crime have more than on one occasion mentioned the practice of confiscation, but in actuality referring to the taking away of instrumenta cleres and illegally acquired property and confiscation itself. This was perhaps misinterpreted by the lawmakers and perhaps serves to explain why there are no supplementary provisions on confiscation, since the taking away of objects and property-use is regulated by the Criminal Code.

certain new forms of crime by criminal-legal means. The *new crimes* were: Taking of human organs or body parts by force, Exploitation of minors for pornography, Trafficking in human beings, Destruction of or damaging specially protected natural resources, Damaging dikes, barriers or any other objects intended for preventing the emission of mining or industrial wastes, and Damaging or destruction of objects or devices intended for the protection of the environment.

Two already existing crimes were *redefined*. A new title, Vehicle Theft, and a new definition of this offense was given under Article 174. In addition to the basic *Taking of vehicles* for the purpose of driving, this provision now also criminalized vehicle theft and instituted a considerably harsher penalty of three to five years (instead of the previous one-year prison sentence). This new crime was not entered into the new Criminal Code.

A new description and title was also given for Article 183, now titled Unauthorized Use of Copyright or Other Related Rights. Criminalization has been extended to the distribution or renting of copyrighted work, which the perpetrator was aware, was copyrighted and by so doing gained illegal property benefit. Harsher prison sentences were also introduced: from one to five years instead of the previous maximum of one year.

A completely new Chapter XVIA, entitled *Crimes against the Security of Computer Data*, was added to the specific part with seven new crimes: Unauthorized Use of a Computer and Computer Network, Computer Sabotage, Creation and Spreading of Computer Viruses, Computer Fraud, Hindering the Processing of Data or Network Data Transfer, Unauthorized Access to a Restricted Computer or a Computer Network, and Preventing or Limiting Access to a Public Computer Network.

III. The New Criminal Code of the Republic of Serbia

1. Introduction

Besides the change of criminal laws, already during the existence of SRJ, a new Criminal Code was in preparation. In February 2000, after years of work, the Draft Criminal Code of SRJ was completed. However, the FR Yugoslavia ceased to exist, and the new criminal code was subsequently never adopted.

Nevertheless, due to significant changes in society, the appearance of new forms of crimes, the hypertrophy of supplementary legislation and the fulfillment of obligations of international agreements,¹⁹ as well as the need to replace

¹⁹ See: Z. Stojanović, *Osnovne koncepcije u predlogu krivičnog zakonika Srbije I krivičnom zakoniku Crne Gore* (Basic Conceptions in the Draft Criminal Code of Serbia and the Criminal Code of Montenegro), *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, No. 1/2005, pp. 5.

the two existing criminal laws with one uniform criminal code, the work on codification continued, and on October 6, 2005, the new Criminal Code of the Republic of Serbia²⁰ was enacted that come into force on January 1, 2006.

2. The foundations of the new Criminal Code

The new Criminal Code aims first and foremost to protect individual rights, while from the sphere of universal rights, protects only those upon which the realization of individual property depends. Nevertheless, the Criminal Code is not consistent in this regard. The criminal-legal protection of certain rights endemic of socialist criminal law (military, state, etc.) has not changed much.

Serbia has in the past few years witnessed a growing tendency towards the strengthening and broadening the criminal-legal repression. The Criminal Code is not significantly more liberal in that sense.²¹ The number of new crimes has surpassed the number of abolished ones. Despite the fact that the contemporary criminal law is all-encompassing and often has difficulties in functioning, there is an evident domination of the idea to protect more and more rights. One of the main reasons for this is the widely accepted (but incorrect) notion that only criminal-legal measures can protect rights of social importance.

Some new solutions aim to change the punishment policy. They are geared towards lessening the frequency of probations, which is the most common sanction, and increasing the number of fines. This clearly takes into consideration the fiscal interests of the state. The tendency now is to broaden the scope of application of fines, as opposed to probation, as well as to, in regulating punishment in the Special Part, take into account proportionality along the lines of strengthening retributivism reflected by a certain amount of neo-classical influence. Still, considering *regulated punishments*, it cannot be said that the new Criminal Code is any more repressive, but is certainly not more lenient than the previous legislation.²²

One of the main features of the new Criminal Code is that it contains numerous solutions that have been proven as good. Therefore, there is continuity with the previous criminal law legislation.

3. Structure of the new Criminal Code

The classical division of criminal law into General Part (Chapters I-XII, Art. 1-112) and Special Part (Chapters XIII-XXXVI, Art. 113-432) has been maintained.

²⁰ Official Gazette of the Republic of Serbia, No. 85/2005.

²¹ This is in accordance with the continuous trend of expansion of contemporary criminal law.

²² Z. Stojanović, op.cit, pp. 10

4. The most important novelties in the General and Special Part

The content of the General Part is by its very nature the more stable segment of criminal law. Generally speaking, the previous solutions have been maintained. Despite the lack of revolutionary changes, there are still a few important novelties.

4.1. The general concept of a crime is defined differently. This is a crime “*that is pursuant to the Law prescribed as a crime, that is illegal and perpetrated*” (Art. 14 of the new Criminal Code²³). Such a definition more consistently implemented the *objective-subjective comprehension* of the concept of a crime. Previous solutions, pursuant to which objective elements of the concept of a crime (“Crime” – Art. 8 of the old Criminal Law) and subjective elements (“Criminal Responsibility” – Art. 11 of the old Criminal Law) were singled out and defined separately gave grounds for a crime to be understood from a purely objective standpoint, which although present in judicial practice, is not supported by theorists. The general definition lacked the element of *social threat* as an *independent* element. The possibility of exception of a crime because of significant social threat still remains, although the title has been changed (Act of minor importance – Art. 18), as well as the conditions for its application. Now it is possible to pronounce a prison sentence of up to three years or a fine.

4.2. The provisions on *Force* and *Threat* are also new. Absolute force excludes the existence of a crime as there is no subjective element (Art. 12). A person who applies force is an indirect perpetrator (Art. 21(3)). Relative force or threats give grounds for a lesser sentence.

4.3. The approach regarding *legal error* is new as well. An irremovable error excludes the existence of a crime, while a removable can be a base for a lesser sentence (Art. 29).

4.4. *Preparatory Actions as general institutes* are excluded, since from the standpoint of general institutes, they do bring up significant problems. They cannot be encompassed by the general definition of the crime. Furthermore, the criminal policy justification for their sanctioning is also disputable. They were common mainly in the legislation of former socialist states. The new Criminal Code is not fully consistent in this respect, since regarding crimes against the constitutional order and security it sanctions preparation as well, albeit in a specific manner. A compromise was made somewhere in between sanctioning preparatory actions as a general institute and as a special crime.

4.5. The institute of *Organized Criminal Enterprise* as a form of complicity has been left out. This form was characteristic of socialist criminal law and

²³ Hereinafter, unless otherwise expressly stated, statutory articles shall refer to the new Criminal Code.

applied particularly in cases of political crimes. This represented a violation of the *nullum crimen sine culpa* principle since the organizer was responsible for the actions of others and not his own. Punishing criminal ringleaders can be carried out without any problems by way of aiding and abetting and co-perpetration. The Organization of Criminal Enterprises is an independent crime provided for in Art. 346.

4.6. The provision on *Co-Perpetration* is more precisely defined. Until now it was disputed when co-perpetration occurs. Now it exists if more persons directly execute a crime together or with other act (not directly executing the crime) having criminal intent a person takes part in the realization of a common decision and significantly contributes in its execution (Art. 33).

4.7. The *system of punishment* is a relatively dynamic segment of the General Part. Certain changes in the Criminal Code should be pointed out:

a) *The general maximum prison sentence* has been raised from the previous fifteen years to twenty years (reflecting the retributive orientation). Now a sentence in between fifteen and twenty years (e.g. sixteen or seventeen years) can be pronounced, which was not possible before. The general maximum sentence has been raised in a small number of crimes in the Special Part. Exceptionally, for the gravest offences, the possibility of pronouncing a prison sentence from thirty to forty years is provided for. This sentence can be given alternatively only with a prison sentence of up to twenty years. It is debatable why for the gravest crimes a sentence between thirty and forty years is stipulated²⁴ and not some other sanctions like a prison sentence for life, which many countries use instead of the death penalty. The overall minimum remains thirty days (Art. 45).

b) Two new sentences have been introduced: *labor in the interest of the public and the taking away the driving license*.²⁵ Work in the interest of the public has an important re-integrative function and stems from positive foreign experiences. Taking away driving license can be pronounced if the perpetrator utilized the motor vehicle in order to *execute* or *prepare* a criminal act (Art. 53). Conditions for pronouncing similar security measures are completely different, and thereby they cannot be pronounced together. For this reason, the codifiers considered it is justified to have an independent punishment in existence.

c) Regarding the fines, a measurement system of *daily installments* has been accepted. Still, the system of prescribing fixed amounts has been maintained as a subsidiary option. The fine is pronounced in a fixed amount if the level of daily amounts cannot be determined by the free evaluation of the court

²⁴ In the new Criminal Code of Montenegro the most severe sentence 30 years prison sentence.

²⁵ This sentence is not provided for in the Criminal Code of Montenegro.

or if the gathering of such information would considerably extend the duration of the criminal proceeding (Art. 50(1)).

4.8. Conditions for the existence of the extended-crime have been codified (Art. 61). This construction is “invented” by the practice, claiming that it is in favor of the accused and was being applied without any basis in the law. Only the Law on Criminal Procedure mentioned the extended criminal act when regulating the re-initiation of proceedings, but without stipulating any condition for the application of this construction.

4.9. Another novelty is the possibility for *settlement between the victim and the executor of the crime*. However, even if the settlement is reached the court can acquit the executor from the sanction but not from the criminal responsibility (Art. 59).

4.10. Provisions on the *harshening the sentences*, the institute of a *particularly aggravated case and the confiscation of property*, entered into the criminal legislation in 2003, are now abolished. All these provisions were particularly problematic and served to strengthen the criminal repression.

4.11. Probation is still an independent criminal sanction. Changes have been geared towards narrowing its scope of application. Probation cannot be pronounced if a fine has already been determined. If the perpetrator commits another crime, probation can be given only once more. It cannot be given if more than five years have passed after the decision on a prison sentence for a crime with intent has been pronounced.

4.12. Another change is that the subject-matter (both substantive and procedural) relating to minors has been put in a separate law.

4.13. The responsibility of legal persons is still not regulated by the Criminal Code. Among theorists, there is a stance that this could be a separate subject of criminal law.²⁶

B. Some important changes in the Special Part

In comparison to the General Part, the Special Part is a much more dynamic area in contemporary criminal legislation. The Special Part of the Criminal Code had undergone many changes. In the second half of the previous century, crime has gone through a tempestuous development. A significant number of new forms were introduced, while the older forms underwent transformation. This has resulted in the regulation of numerous new crimes and the elimination of certain unnecessary ones. A large number of smaller changes and reformulations have been carried out, clearing up and giving precision to the de-

²⁶ See Z. Stojanović, op. cit., pp. 20.

scriptions of certain crimes and thereby on the whole facilitating the implementation of the Criminal Code in practice. Very few crimes have retained their old descriptions.

There are some new chapters (crimes against the environment, intellectual property, security of computer information and against state bodies); some chapters have been erased (crimes of corruption). Nevertheless, with respect to the new chapters, it is necessary to point out that they contain mainly previously existing crimes. These are simply new organizational units, while there is much less substantive change. Crimes in the Special Part have been grouped differently. Their order has been altered as well. At the beginning are chapters that protect individual rights, while subsequently crimes by which universal rights are protected. This serves as a manifestation of the strive to primarily protect the fundamental human rights with the Criminal Code, as well as other values, but only in the function of exercising these individual rights. It is important to emphasize that the idea of decriminalization was not supported and was therefore implemented to a lesser extent. Proposals and opinions given during the public discussion and parliamentary procedure offered a completely different course: the introduction of numerous new crimes.

The codifiers attempted to introduce into the new Criminal Code numerous crimes from supplementary legislation²⁷, which was regulated to a large extent without any concept or systematic approach, and more than often was of a poor legal-technical quality.

Owing to the great number of changes, it is not possible to cover them all, but instead we shall focus on the more important ones.

1. *New chapters* in the Special Part

The new chapters are:

a) Crimes Against Intellectual Property (Chapter X, Arts. 198-202) comprised of the following: Infringement of the Moral Rights of Authors and Interpreters (Art. 198), Unauthorized use of Copyrighted Work or Objects of Other Related Rights (Art. 199), Unauthorized Removal or Alteration of Electronic Information on Copyright or Other Related Rights (Art. 199), Infringement of Patent Rights (Art. 201), Unauthorized Use of Someone Else's Design (Art. 202)

These crimes are only partially new. Most of them have been taken from the Law on Copyright and the old Criminal Law Act of the Republic of Serbia.

b) Crimes Against the Environment (Chapter XXIV, Arts. 260-277). This is one of the largest chapters of the Criminal Code comprised of the following crimes: Environmental Pollution (Art. 260), Failure to Take Measures of Environmental Protection (Art. 261), Illegal Construction or Engagement of Objects or Plants which Pollute the Environment (Art. 262), Damaging Objects or De-

²⁷ The Criminal Code now contains crimes from 19 other laws.

vices for Environmental Protection (Art. 263), Damaging the Environment (Art. 264), Destroying, Damaging or Trafficking Protected Natural Resources (Art. 265), Trafficking Hazardous Material into Serbia and Unauthorized Processing, Holding or Storing of Hazardous Material (Art. 266), Unauthorized Construction of Nuclear Plants (Art. 267), Infringement of the Right to Information on the Status of the Environment (Art. 268), Killing or Torture of Animals (Art. 269), Transmission of Contagious Diseases Among Plants and Animals (Art. 270), Veterinary Malpractice (Art. 271), Production of Harmful Means for Animal Treatment (Art. 272), Devastation of Forests (Art. 274), Forest Theft (Art. 275), Illegal Gaming (Art. 276) and Illegal Fishing (Art. 274.)

This new chapter also contains only somewhat new crimes. Most of them existed previously and have been re-grouped from other chapters of the old legislation, while a segment stems from supplementary legislation.

c) Crimes against the Security of Computer Information (Chapters XXVII, Arts. 298-304)

This chapter is actually not new. Along with the changing of the title of one criminal act (title “Hindering the Processing of Data or Network Data Transfer” has been replaced with “Damaging of Computer Data and Programs”), the provisions of the Amendment of the Criminal Law Act of 2003 have been entered.

d) Crimes against state bodies (Chapter XXIX, Arts. 322-330)

This chapter does not contain any *new crimes*. It was created based on the re-grouping of previously existing ones.

2. The new Special Part also contains a significant number of new *crimes*, of which we shall focus on only a few:

a) A new crime is the new *privileged* form of a murder: a Mercy Killing.²⁸ There was a certain degree of resistance for the introduction of this crime by the lawmakers and theorists despite its presence in a large number of foreign criminal laws (Art. 117).

b) Torture is another new crime. The introduction of this crime is supposed to provide greater protection of fundamental human rights. Besides this, the international community has given particular significance to the prevention of torture, which was a justification in introducing it into the Criminal Code. In contrast to international conventions, the perpetrator can be any person (Art. 137).

c) The ratification of the Rome Statute has presented the obligation of introducing the institute of commander’s responsibility which is debatable from the standpoint of criminal law standards of civil law legal systems. The problem was resolved with the introduction of a new crime called as ‘*Failure to Prevent*

²⁸ This crime is not at all new to Serbian legislation. It existed previously in the Criminal Code of the Kingdom of Yugoslavia from 1929.

the Committing of Criminal Acts Against Humanity and Other Rights Protected by International Law.’ The perpetrators of this crime can only be military commanders who fail to undertake proper measures in order to prevent certain international crimes being committed by subordinates (Art. 384).

d) Crimes against sexual freedom contain a number of significant changes. The criminal act of *Rape* has been constructed differently. Now both male and a female can be passive and active subjects. The act has been expanded to include anal and oral sex (Art. 178).

e) The explicit repression regarding the prevention of unauthorized production, possession and trafficking in narcotics has been retained, but assuaged to a certain extent with the latest change. Now there is an *elective basis for indemnity* in case drugs are being carried for personal use (Art. 246).

f) The novelty regarding criminal acts for breach of state secrecy is that information or documents having connected with serious violations of human rights, that threaten the constitutional order or the security of the State or that relate to the covering up crimes for which a prison sentence of five years or more can be pronounced cannot be secret (Art. 316).

It is interesting that some recently introduced criminal acts have been evaluated as poor and unnecessary by theorists and practitioners and therefore left out from the new Criminal Code. An example is the chapter on corruption. This of course does not entail decriminalization, but simply means that the description of the act already coincided with what previously existed, along with certain other shortcomings.²⁹ Also the criminal act of car theft is omitted.

IV. Critical Assessment

The democratization process initiated in October 2000 has finally enabled, then Yugoslavia, the last country in the region, to embark on the difficult road of transition. This is a long process, which besides encompassing numerous social, economic and political changes also include the harmonization of its legal system with European standards. The latter particularly relates to criminal law. Nevertheless, there have been no thorough reforms in this field. Up until the enactment of the new Criminal Code, of the previously mentioned changes, only the abolition of the death penalty is of principal significance. The rest are only of a cosmetic nature or simply to satisfy the daily needs of crime prevention policy. Amendments have often been rash, under the influence of imminent fear of certain crimes, and discordant with other regulations.

²⁹ Introducing this chapter into the Criminal Code made evident that State was using it as an ‘alibi’, to show that it is undertaking serious measures in combating corruption.

It can be said that the new Criminal Code contains a number of new and important changes, but it also retained previous solutions which have been proven as good in practice. Therefore, there is no radical movement away from previous criminal legislation. The new Criminal Code is not a revolution in criminal legislation, but merely a step forward in its evolution. In addition to other positive changes, fortunately certain previous solutions of a particularly repressive character, which were introduced (more accurately re-introduced) under a fear of a growing organized crime, such as the institute of a particularly aggravated case and confiscation of property, have been eliminated from the new Criminal Code. The situation is the same regarding the institute of toughening the sentences. The efficiency of the fight against certain forms of crime (e.g. organized crime) cannot be an exclusive base or basic idea that leads the law-makers as it will undeniably result in the erosion of idea of the rule of law and significantly restrain the rights and freedoms of citizens. The self-restraint of the State and the notion that not every measure, no matter how efficiently it can be used for fighting against crimes, even those crimes that threatens the fundamental values upon which the society is based, represents a more important feature of the rule of law and serves the protection of human rights. In achieving the goal, an efficient fight against crime, cannot justify the application of whichever tool in its achieving.

A significant shortcoming in the new Criminal Code is the overly large system of incrimination with the ever-growing tendency for expansion,³⁰ the overly broad determination of the punishable zone and explicit repressiveness. According to general evaluation, Serbian criminal law is amongst the most repressives in Europe.³¹

Bringing punishability to optimal levels through the reduction of the number of incriminations, as well as optimizing the severity of criminal-legal repression has been left to the future reformers of the Serbian criminal legislation.

³⁰ The number of new crimes is greater than the number of abolished ones.

³¹ See Dj. Ignjatović, *Karakter i motivi izmena krivičnog zakonodavstva Srbije* (Character and motives behind the amendments to the criminal legislation of Serbia), *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, No. 1/2005, pp. 35

*Dr Ištvan Feješ, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

Rezvoj krivičnog zakonodavstva od početka tranzicije do donošenja novog Krivičnog zakonika

Rezime

Rad se satoji od četiri dela.

U prvom delu autor ukratko prikazuje proces podele krivičnopravne zakonodavne nadležnosti između nekadašnje Federacije i saveznih država i postepenog prenosa te nadležnosti na savezne države. Dat je i pregled strukture krivičnog prava do donošenja novog Krivičnog zakonika Srbije.

Drugi deo je posvećen evoluciji krivičnog zakonodavstva u Srbiji od početka tranzicije do donošenja novog Krivičnog zakonika Srbije.

U trećem delu je sažeto prikazan novi Krivični zakonik Srbije sa osvrtom na najvažnije novine kako u opštem tako i u posebnom delu.

Četvrti deo sadrži sumaran kritički osvrт na proces evolucije krivičnog prava u Srbiji od početka tranzicije i na novi Krivični zakonik Srbije.

*Dr Marija Salma, vanredni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

O EVOLUCIJI KONCEPTA EVROPSKOG GRAĐANSKOG PROCESNOG PRAVA

Sažetak: Rad je posvećen evoluciji formalnih izvora evropskog civilnog procesnog prava. Polazi se od Tamperškog sporazuma koji je imao za cilj da države članice EU pojednostavije postupak radi priznanja i izvršenja sudskih i arbitražnih odluka. Slede, Bečki i Amsterdamski sporazum, kao i sporazum iz Nice. Prikazan je i odnos između Haškog sporazuma o priznanju i izvršenju sudskih i arbitražnih odluka, novog Briselškog, kao i Lugaškog sporazuma.

Data je i tipologija formalnih izvora EU.

Ključne reči: civilno procesno pravo, evolucija ,sporazum, formalni izvori.

I Uvodne napomene

Od vremena Maastricht-skog sporazuma (1993), pored ranijeg zajedničkog ekonomskog prostora, povećan je domen zajedničkog normativnog prostora u Evropskoj Zajednici (EZ) odnosno, u Evropskoj Uniji (EU).

Osnovna novina je u slobodi kretanja rada, usluga i kapitala na prostoru punopravnih članica Evropske Unije. Ove slobode se ne mogu ostvarivati bez novog koncepta pravosudne funkcije. Pravosudni put se više ne može svesti samo na unutrašnje sporove, niti na tome shodne konstrukcije, u smislu klasičnih pravila međunarodnog privatnog prava. Tome doprinosi integracija nacionalnih pravosudnih organa u mrežu međunarodne pravosudne saradnje.

Promene su ostvarene i u konceptu materijalnog i procesnog prava. U materijalnom pravu EU, u domenu zajedničkog prava, formulisana je tipologija normi Saveta i Evropskog Parlamenta. Najvažnije su *smernice* (Richtlinien, directives), koje služe harmonizaciji unutrašnjeg, nacionalnog prava, koje se ne primenjuju neposredno, i *uredbe* (Verordnungen, regulations) koje se primenjuju neposredno, bez postupka državne ratifikacije od

strane nacionalnih sudova, a na osnovu ugovora o punopravnom učlanjivanju u Evropsku Uniju. Toj promeni u domenu zajedničkog civilnog prava trebalo je da se prilagodi i procesno pravo, i stvorilo se sa novim normativnim podlogama evropsko procesno pravo, naročito u oblasti nadležnosti u civilnim stvarima, kao i u novom poimanju „stranog elementa“, u postupku priznanja i izvršenja „stranih“ sudskeih odluka.

Da bi smo sagledali današnji koncept evropskog civilnog procesnog prava neophodno je ukazati na evoluciju formalnih izvora evropskog procesnog prava, vezanu za razvoj zajedničkog materijalnog prava (Gemeines Recht, *acquis communautaire*).

II Evolucija koncepta u formalnim izvorima Evropskog građanskog procesnog prava

1. Program iz Tampere-a (Tamperški program)

Tamperški sporazum (15.-16. oktobar 1999.g.) je imao za cilj da države članice EU razviju kontakte i rasprave kako bi pojednostavile postupak radi priznanja i izvršenja sudskeih i arbitražnih odluka u korist građana. U dužem vremenskom periodu u tom pogledu je postojala mogućnost saradnje samo kroz međunarodne bilateralne sporazume.¹

Rezultat tamperškog sastanka je izgradnja *pojma evropskog pravnog prostora*. Radi se o takvom prostoru gde će ovlašćenja suda i uprave biti tako izgrađena da će omogućiti lakšu pravosudnu zaštitu građana na prostoru Evrope. Sledеća novina je u *olakšavanju priznanja i izvršenja sudskeih odluka i odluka drugih organa*.²

2. Bečki Akcioni program

Do razrade ciljeva sa Tamperškog sastanka na vrhu, koji su bili formulisani u IV. Naslovu Ugovora o Evropskoj Ekonomskoj Zajednici, je

¹ Schmidt, Uwe, *Europäisches Zivilprozessrecht in der Praxis*, München, Beck Verlag, 2004, tač. 1-2. Kengyel Miklós-Harsági Viktória, *Európai polgári eljárásjog (Evropsko gradansko procesno pravo)*, Osiris, Budapest, 2006, str. 35. Christoph Brenn, *Europäischer Zivilprozess, Leitfaden für das grenzüberschreitende Verfahren in Österreich*, Wien, Manz Verlag, 2005. Kohler Christian, *Der Europäische Justizraum für Zivilsachen und das Gemeinschaftskollisionsrecht*, IPRax - Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, 2003, tač. 401-402. József Lichtenstein, *Cooperation judiciaire dans le domaine des affaires civiles et commerciales dans l'Union Européen*. In: Blin Eric, *Méchanisme de decisions dans une Europe élargie*, Szeged, 2004, Pólay Elemér Alapítvány, 59-67.

² V. Tenreiro-Seoane, in: Storne, 2003, tač. 462.

došlo na Bečkom sastanku gde je formulisan Akcioni program (1999).³ Rezultat bečkog Akcionog plana je pojednostavljenje izvršenja odluka državnih organa i sudova. To se ostvaruje putem usaglašavanja kolizionih normi koje se vezuju za nadležnost državnih organa. Na taj način se ot- klanjaju prepreke radi nesmetanog ostvarivanja građanskog procesnog prava na evropskom pravosudnom prostoru. U tom cilju treba unaprediti pravosudnu saradnju, a i upoznati pravosudne sisteme pojedinih članica. To naročito važi za ljudska prava i za one oblasti koje imaju uticaj na svakodnevni život građana. Bečkim Akcionim programom su uspostavljeni tačni rokovi radi ostvarivanja konkretnih ciljeva. Oni iznose od 2 do 5 godina.⁴

3. Amsterdamski Sporazum – promena paradigme

Naučna literatura smatra da je najveći rezultat Amsterdamskog sporazuma *uspostavljanje novih osnova saradnje u oblasti unutrašnjih poslova i pravosuđa*.⁵ Ovaj sporazum je nesumnjivo doprineo evropeizaciji građanskog procesnog prava. Osnovi pravosudne saradnje su prvi put predviđeni u Maastricht-skom sporazumu, ali promenjeno je mesto, a samim tim i značaj odredaba o pravosudnoj saradnji: ove odredbe su umesto dotadašnjeg trećeg stubišta prebačene u prvo stubište unijiskih osnova. Pre Amsterdamskog sporazuma pravosudna saradnja se mogla zasnivati samo na osnovu međunarodnih sporazuma zaključenih između država članica. Promenu paradigmе označio je čl. 61. tač. c) Amsterdamskog sporazuma, koji je u oblasti pravosudne saradnje i unutrašnjih poslova predviđao povećanje zajedničkih normativnih kompetencija (donošenje evropskih propisa) u domenu tzv. sekundarnog evropskog prava. Ranije generalne klauzule koje su predviđale u oblasti pravosudne delatnosti harmonizaciona očekivanja (u pogledu unutrašnjih, nacionalnih zakona vezanih za pravosuđe), upotpunjene su značajnim konkretnim odredbama.⁶

³ V. Aktionsplan des Rates der Kommission zur bestmöglichen Umsetzung der Bestimmungen des Amsterdamer Vertrags über den Ausbau eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts vom Rat (Justiz und Inneres), am 3. Dezember 1998, Abl. EG 1999, C 19., 1-15.

⁴ V. Kengyel Miklós-Harsági Viktória, Európai polgári eljárásjog (Evropsko građansko procesno pravo), Osiris, Budapest, 2006, str. 36.

⁵ V. Kengyel Miklós-Harsági Viktória, Európai polgári eljárásjog (Evropsko građansko procesno pravo), Osiris, Budapest, 2006, str. 36. tač.12. Horváth Zoltán, Kézikönyv az Európai Unióról, Budapest, HVG Orac, 2005.g., str. 107.

⁶ V. Kengyel Miklós-Harsági Viktória, Európai polgári eljárásjog (Evropsko građansko procesno pravo), Osiris, Budapest, 2006, str. 36. tač.12.

4. Sporazum iz Nice (Nizza)

Sporazum iz Nice je stupio na snagu 1. februara 2003. godine. On je uneo novine na planu saradnje u oblasti pravosuđa, jer u pogledu donošenja pravnih propisa EU više nije bilo potrebe za konsenzusom, ti propisi su se mogli doneti većinom glasova članica Saveta. Izuzetak predstavlja uređenje porodičnih odnosa, gde je potrebna saglasnost i glas svih članica (konsensus).⁷

5. Odnos između Haškog sporazuma o priznanju i izvršenju sudske i arbitražne odluke iz 1969. novog Briselškog (Brüssel) sporazuma iz 2001/2002. g. i Lusanškog (Lugano) sporazuma o sudske nadležnosti i izvršenju u civilnim i trgovackim sporovima iz 1988. godine (sa izmenama iz 2001.g.)

Haška konvencija o priznanju i izvršenju stranih sudske i arbitražne odluke iz 1969. godine je omogućavala priznanje i izvršenje stranih sudske odluke po principima klasičnog međunarodnog i međunarodnog privatnog prava. Radi priznanja je bilo bitno da se konvencija usvoji, da se zaključi *bilateralni sporazum* između datih zemalja i da se izvrši *ratifikacija*. No, u postupku pojedinačnog priznanja i izvršenja mogla se istaći *primedba javnog poretku*. Izmene starog teksta Briselškog (1968) i Lusanškog sporazuma (1988), oba doneta u 2001. g., pri čemu je novi briselški sporazum stupio na snagu 1.3.2002. godine, unose bitne novine, u oblasti priznanja i izvršenja inostranih odluka sudova i to sa važenjem u svim punopravnim članicama Evropske Unije, kao i u oblasti zajedničkih odredaba u domenu nadležnosti sudova u građanskim sporovima i u oblasti trgovinskih sporova. Više *nije potrebno* ni zaključivanje bilateralnih sporazuma o priznanju (bar za članice EU). Zatim, ni kod priznanja, ni kod izvršenja stranih odluka nije potreban *poseban postupak radi priznanja* i odluka o priznanju, strane odluke se *neposredno izvršavaju*, ali se *izvršenje može odbiti ako je odluka protivna javnom poretku zemlje izvršenja*, ili ako je očigledno protivrečna.⁸

⁷ V. Kengyel Miklós-Harsági Viktória, Európai polgári eljárásjog (Evropsko građansko procesno pravo), Osiris, Budapest, 2006, str. 36. tač.13.

⁸ Verordnung (EG) Nr. 44/2001 vom 22. 12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Annerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, Abl 2001, L 12,1, stupio na snagu kao direktno primenljivo pravo 1.3.2002. i to za sve članice (EU GVÜ, Europäisches Gerichtsstandsbereinkommen, Brüssel) osim Danske, kojim je ukinut Lusanški sporazum (Lugano-Übereinkommen) o

III Formalni izvori evropskog građanskog procesnog prava

1. Uopšte o tipologiji formalnih izvora EU

Od formalnih izvora najznačajnije su uredbe, smernice i odluke.

Uredbe (Verordnungen, regulations, rendeletek). Uredba ima karakter opštег akta i neposredno se primenjuje u svim državama članicama. Do donošenja uredbi dolazi ako je neophodno neki odnos tačno urediti na nivou Evropske Zajednice. Iz uredbe mogu da nastanu prava i obaveze kako za članice države, odnosno njihove organe, a tako i za pojedince. Uredbe se automatski smatraju sastavnim delom nacionalnog prava, i one se neposredno primenjuju u tim pravima od strane nacionalnih sudova. Pod neposrednom primenom se podrazumeva primena uredaba u državama članica bez posebnog državnog akta (bez ratifikacije) i bez ikakve odluke o njegovom sprovođenju.⁹

Smernice (Richtlinien, directives, irányelkek). Evropska Unija preko smernica, koje takođe imaju karakter opštih pravnih akata „navigira“ nacionalnim zakonodavstvom i to na taj način što daje zajedničke osnove, okvire, ciljeve za nacionalno zakonodavstvo. Određuju se ciljevi koji se žele postići u državama članica, ali forma i sredstvo za njihovo ostvarivanje je prepušteno nacionalnim organima i zakonima država članica. Istovremeno ove norme sadrže i rokove za ugradnju ciljeva u nacionalne pravne sisteme.

Ove norme služe za harmonizaciju nacionalnog zakonodavstva. Saglasno tome, ove norme se ne primenjuju neposredno, već preko harmonizovanih nacionalnih propisa. Ali, mogu imati i neposrednu primenu, posebno onda, kada zemlja članica nije izvršila blagovremenu harmonizaciju, i to na osnovu odluke Evropskog Suda.

Odluke. Ugovorom o Evropskoj zajednici je određeno da je odluka obavezna za članicu na koju je adresovana. Odluka ima karakter individualnog, a ne opštег akta. One, dakle, nemaju opštu primenu i obavezuju samo adresata. Adresati mogu biti fizička lica, pravna lica, a i same države članice.¹⁰

Predlozi i zaključci su takve vrste orijentira koji nemaju pravnu obaveznost. Zaključci Saveta služe da bi se njegova politika učinila članicama predvidljivom, i da bi se sa njom članice mogle upoznati. Često se

istoj materiji. No, lujanški sporazum nadalje važi u Švajcarskoj, Norveškoj i u Islandu. V. <http://www.i4j.at/new/aktuell15a.htm> od 17. 4.2006.

⁹ Várnai Ernő-Papp Mónika, Az Európai Unió joga, Budapest, Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, 2005, str. 204.

¹⁰ V. Geiger Rudolf, EUW/EGW Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, München 2004, Beck, čl.249., tač. 19.

donose u postupku stvaranja prava. U takvim slučajevima mogu imati formu zelene knjige.¹¹

Praksa Evropskog suda pravde. Unija nema samostalne sudove, odvojene od nacionalnih. Zajedničko evropsko pravo se oživljava putem *nacionalnih sudova*. I u međunarodnim pravnim stvarima postupaju nacionalni sudovi. Radi uspostavljanja *jedinstvene primene* prava, Evropski sud pravde vrši kontrolu putem *pravnih lekova*. Radi jedinstvenog tumačenja i primene prava, države članice su sastavile *protokol o tumačenju* uz briselški sporazum iz 1971. godine. Ovim je proširena nadležnost Evropskog suda pravde na primenu Sporazuma o Evropskoj zajednici. Na ovaj način se omogućilo da sudovi članica država mogu da se obrate Evropskom sudu pravde i da zatraže tumačenje pojedinih odredaba Briselškog sporazuma i to kako u primeni primarnog, tako i u pogledu primene sekundarnog prava. Saglasno čl. 68. i 234. Ugovora o osnivanju Evropske zajednice ustanovljen je institut prethodnog postupka za donošenje odluka, u okviru kojeg dolazi do tumačenja pravnih akata. Evropski sud pravde je do 2002. godine doneo više od 100 odluka. Najznačajniji cilj tumačenja je postizanje jedinstvene primene zajedničkog prava u državama članicama. Najznačajniji primjenjeni metodi tumačenja su: *jezičko*, *sistematsko* i *istorijsko*. U evropskom građanskom procesnom pravu se najčešće koristi izraz *autonomno tumačenje* koje znači takvu primenu navedenih metoda tumačenja zajedničkog prava, kojom se isključuje nacionalno pravo, odnosno otklanja se uticaj nacionalnog prava. *Karakter odluka* Evropskog suda pravde odstupa od prirode odluka nacionalnih sudova. U prethodnom postupku radi donošenja odluka zadatak Evropskog suda pravde nije u tome da rešava o konkretnim pravnim stvarima, već u tome da reši apstraktno pitanje tumačenja – u svetlu datog pravnog spora. Odluka Evropskog suda nema opšte dejstvo, već deluje samo u konkretnoj pravnoj stvari, povodom koje je podnet zahtev.

2. O sadržaju Lugarškog sporazuma o sudskej nadležnosti i o prinudnom izvršenju u građanskim i trgovackim stvarima od 27. septembra 1968 sa izmenama prema Sporazumu o pristupanju od 29. novembra 1996 (Eu GÜ BGBI III 1998/209) kao i Lugarškog sporazuma od 16. septembra 1988 (BGBI 1996/448=Abl EG L 319, 9 ff).

Više puta izmenjen i dopunjjen Lugarški sporazum o sudskej nadležnosti i prinudnom izvršenju u građanskim i trgovackim stvarima ima osam glavnih poglavља (naslova). *Preambula* sadrži ciljeve koje su visoki potpi-

¹¹ Gebauer Martin-Wiedmann, Thomas, *Zivilrecht unter europäischem Einfluss, richtlinienkonforme Auslegung des BGB und anderer Gesetze – Erläuterung der wichtigsten EG Verordnungen*, Stuttgart. Boorberg, 2005, str.20.

snici imali u vidu prilikom potpisivanja, među kojima je najvažniji - obezbeđenje efikasnije pravne zaštite građana, uključiv i regulisanje međunarodne sudske nadležnosti. *Prvo poglavlje* (čl. 1) se odnosi na *domen primene* ovog sporazuma (prema vrstama sporova). Isteće se, da se primenjuje u *građanskim i trgovackim stvarima*. Ne proteže se na status lica, na pravnu i poslovnu sposobnost, ni na zakonsko zastupanje fizičkih lica, na bračno imovinske odnose, na naslednopravne odnose, uključiv i testamentalno nasleđivanje. Nadalje, domen primene se ne proteže na stečaj, na poravnanje i slične postupke, na socijalno osiguranje kao ni na izbrane sudove.

Drugo poglavlje se odnosi, najpre, na *opštu sudsку nadležnost*, sa primarnom nadležnošću sudova prema sedištu tužene strane (čl. 2), a zatim se regulišu *specijalne nadležnosti*, kao što su elektivna nadležnost, pomorske pravne stvari, pravo osiguranja, potrošačko pravo (čl. 5-15). Reguliše se i *isključiva nadležnost* (čl. 16), *kontraktualna nadležnost* (čl. 17), ispitivanje nadležnosti i dopuštenosti postupka (čl. 19-20), uključiv i službeno vođenje postupka u tom delu, litispendenciju i odnos prema postupku sa kojim je tekući postupak u vezi, odluke suda vezano za obezbeđenje dokaza (čl. 21-24).

Treće poglavlje se odnosi na *priznanje i izvršenje odluka*. Između ostalih definišu se odluke koje se mogu priznati i izvršiti. Pod odlukom se podrazumevaju odluke sudova država članica ovog sporazuma, bez obzira da li se označavaju kao presude, rešenja, naredba za prinudno izvršenje, uključiv i rešenje kojim se konstatuju troškovi izdati od notarijata. (Čl. 25). Odluke donete u jednoj od država članica *priznaće* se i u drugoj državi članici, potpisnici ugovora bez posebno vođenog postupka priznanja. (Čl. 26). Neće se priznati strana odluka ako vreda javni poredak (čl. 27). Sporazum nadalje sadrži odredbe o preprekama za priznanje (čl. 28-30). Što se tiče izvršenja stranih sudske odluke u građanskim i trgovackim stvarima, Sporazum sadrži odredbe o pojmu inostranih odluka (čl. 31), o nadležnosti sudova (čl. 32) o postupku povodom predloga za izvršenje (čl. 33-34), o odluci suda (čl. 35), o pravnom leku povodom odluke suda o izvršenju (čl. 36-41). Sledeće odredbe se odnose na izvršenje odluka donetih na osnovu isprava (čl. 46-49).

Četvrto poglavlje sadrži posebne odredbe o *izvršenju na osnovu javne isprave* (čl. 50) i sudske poravnanje (čl. 51). Na osnovu odredaba sporazuma javne isprave koje su sastavljene u jednoj državi članici, i prema pravilima te države su i izvršive, tj. predstavljaju izvršne isprave mogu na osnovu čl. 31 sporazuma poslužiti kao osnov izvršenja i u drugoj državi. Do odbijanja izvršenja takvih izvršnih isprava može doći samo onda, ako je ona protivna javnom poretku zemlje izvršenja.

Peto poglavlje je označeno kao „Opšti propisi,“ kojima se reguliše materija *prebivališta* fizičkih lica i *sedišta* pravnih lica. Ako je sporno, da li jedna stranka ima prebivalište pod suverenitetom ugovorne strane (evropske države), radi zasnivanja nadležnosti suda, sud će primeniti svoje pravo (*lex fori*). Ako jedna strana nema prebivalište na području suda pred kojim je pokrenut postupak, ako ima da odluči o tome da li stranka ima prebivalište na području druge države članice, primenjuje pravo date (druge) države članice. Što se tiče sedišta pravnih lica, shodno se primenjuju pravila o prebivalištu. Ipak, sud je dužan da primenjuje pravila o međunarodnom privatnom pravu. Isti je slučaj sa trustovima (čl. 52-53).

Šesto poglavlje sadrži *prelazne i završne odredbe* (čl. 54-54a).

Sedmo poglavlje se tiče *odnosa Laganškog sporazuma prema Briseljskom sporazumu*, kao i prema drugim sporazumima (čl. 54b-59). Između ostalog predviđa se derogacija bilateralnih ugovora.¹² Doduše, bilateralni sporazumi zadržavaju svoje važenje u vrstama sporova na koje se ne proteže ovaj Sporazum (čl. 56). Sporazum sadrži odredbe o važenju bilateralnih sporazuma sa trećim državama – nečlanicama EU, koje priznavaju dalje važenje tih bilateralnih sporazuma (čl. 59).

Najzad, osmo poglavlje sadrži završne odredbe koje se odnose na *ratifikaciju ovog sporazuma*, koja se ostvaruje potpisivanje ratifikacione isprave i uz njeno dostavljanje generalnom sekretaru Saveta Evropske zajednice (čl. 60-61). Prema čl. 62. ovaj sporazum stupa na snagu za datu državu po isteku tri meseca od dana dostavljanja ratifikacione isprave. Svaka država članica EZ je obavezna da se saglasi, da će poštovati ovaj sporazum (čl. 63). *Trajanje* važenja ovog sporazuma, kao i revizija su regulisani članovima 66-67, u kojima se predviđa principijelno neograničeno vremensko važenje ovog sporazuma, pri čemu svaka država članica može inicirati *reviziju* sporazuma. Čl. 68 se odnosi na *autentične jezike sporazuma* tj. jezike na kojima tekst sporazuma ima jednako važenje, u kome se utvrđuje da su to danski, nemački, engleski, finski, francuski, grčki, irski, islandski, italijanski, holandski, norveški, portugalski, švedski i španski.¹³

¹² Npr. francusko-švajcarski ugovor o sudskej nadležnosti i izvršenju sudskeih odluka od 15. juna 1869. g., špansko-švajcarski sporazum o uzajamnom priznanju i izvršenju sudskeih odluka zaključen u Madridu, 19.novembra 1896, nemačko-belgijski sporazum o uzajamnom priznanju i izvršenju sudskeih i arbitražnih odluka u civilnim i trgovačkim stvarima od 30. juna 1958, finsko-austrijski sporazum od 17. novembra 1986, i dr. Radi se o ukupno o 41. bilateralnom evropskom sporazumu koji se navedenim članom ukidaju.

¹³ V. <http://www.i4j.at/new/aktuell15a.htm> od 17. 4.2006.

IV O evropskim zajedničkim pravilima u oblasti priznanja i izvršenja odluka u porodičnim stvarima i o postupku utvrđivanja roditeljske odgovornosti prema zajedničkoj deci

Na osnovu uredbe EU br. 1347 od 2000. godine donete od strane Saveta Evrope 29. V 2000. godine o nadležnosti sudova za priznanje i izvršenje odluka u porodičnim stvarima i o postupku utvrđivanja roditeljske odgovornosti prema zajedničkoj deci stvorena su posebna zajednička evropska pravila u oblasti statusnih stvari. Ova Uredba, kao takva ima direktnu primenu pred nacionalnim sudovima.

Teritorijalni i personalni domen primene se ostvaruje s obzirom na to da li bračni drugovi imaju svoje prebivalište u jednoj od članica EU i da li imaju državljanstvo jedne od članica. Što se Ujedinjenog Kraljevstva i Irske tiče, domicil se izjednačava sa državljanstvom.

Pod *članicama* EU se ubrajaju sve članice sa izuzetkom Danske.

Vremensko dejstvo uredbe. Uredba se primenjuje na sve postupke započete nakon 28. januara 2000. godine.

Međunarodna nadležnost u bračnim stvarima. Pojam bračnih stvari. U bračne stvari se ubrajaju svi oni postupci koji imaju za predmet razvod braka, raskid bračne zajednice bez ukidanja bračne veze (*separatio ex toro et ex mensa*), postupak radi proglašenja braka nevažećim i radi poštaja braka.

Pod *sudskim postupcima* se podrazumevaju i upravni postupci koji u datoj državi članici ispunjavaju u ovim pravnim stvarima istu funkciju kao i sud.

U *austrijskom* (evropskom porodičnom) procesnom pravu nema postupka *separatio ex toro et ex mensa*, u bračnim stvarima rešava sud (nema nadležnosti uprave), a na tužbe radi utvrđivanja postojanja ili nepostojanja braka primenjuju se nacionalna pravila.¹⁴

Austrijski parnični postupak je, pod uticajem zajedničkih evropskih procesnih normi, doživeo duboke reforme naročito počev od 2002 godine, u tzv. civilnim spoznajnim postupcima, uvođenjem obavezognog pokretanja postupka u određenim pravnim stvarima, obavezognog zakazivanja pripremnog ročišta, proširivanjem nadležnosti sudova za rešavanje povodom platnog naloga. Uvedena je nova koncepcija presude zbog propuštanja. U okvirima međunarodnog građanskog sudskog postupka su se imale u vidu tri uredbe Saveta Evrope: (1) Uredba Saveta br. 44/2001 od 22. decembra

¹⁴ Za austrijsko evropsko procesno pravo v. Dr. Walter Rechberger, MMg Dr. Daphne-Ariane Simotta, *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts – Erkenntnisverfahren*, 6. izdanje, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2003, str. 62.

2000. godine o sudskoj nadležnosti radi priznanja i izvršenja odluka u civilnim i trgovačkim stvarima. (2) Uredba Saveta Evrope br. 1347/2000 od 29. maja 2000. godine o nadležnosti za priznanje i izvršenje odluka u bračnim stvarima i u postupku povodom roditeljske odgovornosti za zajedničku decu. (3) Uredba Saveta Evrope br. 1348/2000 od 29. maja 2000. godine o dostavljanju sudskih i vansudskih podnesaka odn. dokumenata u civilnim i trgovinskim stvarima u zemljama punopravnim članicama.¹⁵

V Zaključne napomene

Posle Maastricht-skog sporazuma (1993) kojim su se stvorili fundamentalni EU u uporednom i evropskom građanskom procesnom pravu su se počeli razlikovati nacionalno i evropsko građansko procesno pravo. Umesto dotadašnjeg međunarodnog privatnog procesnog prava počelo se primenjivati evropsko građansko procesno pravo. Osnovna konceptualna razlika je u sledećem. Razlika između međunarodnog privatnog procesnog prava i evropskog građanskog procesnog prava je u tome što je klasično međunarodno privatno procesno pravo bilo zasnovano pre svega na bilateralnim međunarodnim sporazumima, u oblasti uzajamnog priznanja i izvršenja stranih sudske i arbitražnih odluka, i to pod uslovom nacionalne ratifikacije tog sporazuma. Tim putem se ovaj evropski sporazum (Luganški i Briselski) inkorporiše u nacionalno zakonodavstvo. Novo evropsko građansko procesno pravo je zasnovano na direktnoj primeni modifikovanog Luganškog (Briselskog) sporazuma od strane nacionalnih sudova, bez postupka ratifikacije. Uslov njene primene je da je data zemlja postala članica EU i da nema prepreke sa stanovišta javnog poretku zemlje izvršenja.

Prema sadašnjem stanju, a na osnovu gornjih izlaganja, možemo zaključiti, da su se zajednička evropska pravila u oblasti građanskog procesnog prava – evropsko građansko procesno pravo - doneta na području sudske nadležnosti, u oblasti priznanja i izvršenja sudske odluke u građanskim i trgovačkim stvarima, kao i u oblasti priznanja i izvršenja sudske odluke u bračnim stvarima (postojanja i razvoda braka, bez imovinskih odnosa) i brige o zajedničkoj deci. U ostalim pravnim stvarima su zadržana pravila klasičnog međunarodnog privatnog prava.

¹⁵ Dr. Walter Rechberger, MMg Dr. Daphne-Ariane Simotta, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts – Erkenntnisverfahren, 6. izdanje, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2003, str.3.

*Marija Salma, Ph. D., Associate Professor
Faculty of Law, University of Novi Sad*

On the evolution of the concept of European law of civil procedure

Abstract

After the adoption of the Treaty of Maastricht (1993), by which the foundations of the European Union had been laid, people started making difference between the European and national law of civil procedure. In cases involving element from other Member States of the European Union, the norms of European law of civil procedure are applied, instead of domestic rules of private international law. The main conceptual difference between the norms of private international law relating to civil procedure and European law of civil procedure is that traditional private international law is based, primarily, on bilateral treaties in the field of recognition and enforcement of foreign arbitral awards and judicial decisions, the application of which depends on the condition whether the ratification procedure on national level has been duly observed. In the same way, the Treaties of Lugano and Brussels have been incorporated into the national legislation by ratification procedure, too. However, although the new European law of civil procedure incorporates the substance of the norms the modified Treaty of Brussels, it is being applied directly, without a need to be ratified on national level. The conditions for such direct application are that the country involved is a Member State of the European Union and that there are no barriers with respect to the public policy of the country involved.

According to the current situation, one can conclude that common European rules in the field of law of civil procedure (i.e. European civil procedural law) are adopted in the field of jurisdiction of courts, recognition and enforcement of judicial decisions in civil and commercial matters, in matrimonial matters (existent marriage or divorce, excluding communal estate, etc.) and in the field of care for children. The traditional rules of private international law are still applied in other legal matters.

*Dr Drago Divljak, vanredni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

UGOVOR O FINANSIJSKOM LIZINGU DISTRIBUCIJA RIZIKA I PRAVNA ZAŠTITA INTERESA

Sažetak: U radu se razmatra pitanje distribucije rizika i mogućnosti za artikulaciju, a posebno pravnu zaštitu interesa, pre svega ugovornih strana, davaoca i primaoca lizinga, ali i javnih interesa i interesa pravne sigurnosti uopšte. Navedeno pitanje je kompleksno i proizilazi iz specifičnosti ugovora i njegove sadržine. Iako i primaocu lizinga pruža određene pravne mehanizme za zaštitu njegovih interesa, naše pravo pre svega, je konceptualno usmereno, da pravno zaštiti interes davaoca lizinga, a time i pruži odgovarajuće garancije stranim ulagačima, koje želimo privući u oblast finansijskog lizinga. Takav pristup ne mora nužno da znači bitnu manjkavost u regulisanju, posebno ako se to pitanje posmatra u širem kontekstu.

Ključne reči: finansijski lizing, ugovor, distribucija rizika, pravna zaštita interesa, javni interesi, pravna sigurnost, davalac lizinga, primaoc lizinga, pravno regulisanje

Ugovor u finansijskom lizingu, ko savremenim oblik privrednog poslovanja je nastao kao odgovor na promenjene ekonomске prilike nastale ubrzanim privrednim razvojem, sredinom XX veka. U okviru različitih vrsta lizinga, najvažnije mesto pripada sigurno ugovor o finansijskom lizingu. Radi se o najznačajnijem i najsloženijem oblik lizinga. I za njega važi da se radi o netipičnom, kompleksnom, tj. hobridnom ugovoru, koji u sebi sadrži elemente do tada poznatih, klasičnih ugovora.

I naš zakonodavac, rukovođen bitnim praktičnim razlozima, nije mogao izbeći da za predmet svoje regulacije postavi navedeni ugovor. Osnovni razlog za ovakvo postupnje ogleda se u potrebi unapređenja poslova finansijskog lizinga u našoj zemlji i njegovog regulisanja pravilima kojim će se istovremeno odgovoriti zahtevima pravne sigurnosti, ali i potrebama savremenog poslovnog prometa. Adekvatnost pravnog regulisanja ovog ugovora u ovom pogledu, nije lako postići, jer on prepostavlja i optimalnu zaštitu svih involviranih interesa u ovom poslu i uspostavljene poželjnog balansa između njih.

U radu koji sledi, domaću zakonsku regulativu analiziraćemo upravo u kontekstu pitanja distribucije rizika i mogućnosti za artikulaciju, a posebno pravnu zaštitu interesa ,pre svega ugovornih strana, davaoca i primaoca lizinga, ali i javnih interesa i interesa pravne sigurnosti uopšte, naravno pri tom uzimajući u obzir uporednopravna iskustva, kao i mero-davne međunarodne izvore. Koorespondentno sa napred navedenim je pitanje autonomije volje u ovom ugovoru, naročito u kontekstu zaštite javnih interesa, pa će i ono biti predmet naše analize. Naravno pri tome prethodno se mora utvrditi i konceptualni pristup našeg zakonodavstava ovom ugovoru, te ni to pitanje neće biti izostavljeno.

1. Konceptualni pristup

Finski lizing je višežnačni pojam, kako sa ekonomskog ,tako i sa pravnog stanovišta. On je istovremeno i investiciona delatnost i specifičan kreditni odnos, i složena poslovna transakcija i ugovor. Takva višedimenzionalnost otežava ne samo pravnu regulaciju, jer je može usmeriti u različitim pravcima, ali i pravnu analizu.

Uzimajući u obzir kompleksnosti posla finansijskog lizinga, on se može definisati kao sveukupnost ekonomskih i pravnih odnosa, povezanih sa realizacijom ugovora o lizingu, kao što je to učinjeno u nekim pravima.¹ Ipak, najčešće se lizing posao svodi na ugovor o finansijskom lizingu i pravne odnose koji nastanu pri njegovoj realizaciji. I pored različitih varijacija u njegovoj sadržini, bitne odrednice koje ga definišu i odvajaju od drugih vrsta lizinga uglavnom su standardizovane, kako u poslovnoj praksi, tako i uporednom i međunarodnom pravu. U tom pogledu, i u našem pozitivnom pravu nema posebnih odstupanja Bitna odrednica finansijskog lizinga, a kojim se on razlikuje od operativnog lizin-

¹ Vidi čl. 2. Zakona o finansijskom lizingu Rusije iz 1998. godine, a dopunjjen i izmenjen 2002. godine.

ga jeste kompleksnost transakcije. Ona se ogleda, kako u subjektima ugovora i u pogledu ugovornih odnosa koji ga čine. Prvo, u ovom poslu, uvek se javljaju tri strane i to: isporučilac predmeta lizinga, davalac lizinga i primalac lizinga. Koncept trostrukog odnosa prihvaćen i u međunarodnim dokumentima.² U našem pravu je čak izričito utvrđeno ugovor u kome su davalac lizinga i isporučilac isto lice ne smatra se ugovorom o finansijskom lizingu u smislu ovog zakona.³ Ovakav praksa nije svugde prihvaćena.⁴ Drugo, ovaj posao uključuje u sebi dva ugovora i to ugovor o isporuci i ugovor o lizingu, koji svojom uzajamnom povezanošću čine celinu posla finansijskog lizinga. Kod prvog ugovora davalac lizinga sa isporučiocem predmeta lizinga određenim od strane primaoca lizinga zaključuje ugovor na osnovu koga stiče pravo svojine na predmetu lizinga, prema specifikaciji primaoca lizinga i pod uslovima koje, ukoliko se odnose na interes primaoca lizinga, odobrava primalac lizinga, S druge strane, sam ugovor o lizingu sadrži obavezu davaoca lizinga, da nakon zaključenja ugovora o isporuci opreme, na primaoca lizinga prenese ovlašćenje držanja i korišćenja predmeta lizinga na ugovoren vreme, a primalac lizinga se obavezuje da mu za to plaća ugovorenu naknadu u ugovorenim ratama.

Osim ovih bitnih odrednica predmetnog ugovora ,finansijski i operativni lizing se razlikuju i po drugim elementima. Karakteristično za finansijski lizing je da je rok na koji se zaključuje ovaj ugovor duži u odnosu na dužinu trajanja operativnog lizinga jer se određuje tako da obuhvata veći dio ekonomskog veka trajanja predmeta lizinga.⁵ Kod ugovora o operativnom lizingu, predmet lizinga se nakon isteka ugovora, uvjek vraća u državinu davaocu lizinga, pa je samim tim i iznos lizing naknada koju primalac lizinga plaća, uvjek niži u odnosu na iznose naknada u poslu finansijskog lizinga. Sa tog aspekta, ugovor o operativnom lizingu, po svojoj pravnoj prirodi je vrlo blizak ugovoru o zakupu. Isto tako, operativni i finansijski lizing imaju različit računovodstveni tretman.⁶

² Čl. 1. UNIDROIT Konvencija o međunarodnom finansijskom lizingu iz 1988. godine iz Otave. Cuming, R., Legal Regulation of International Financial Leasing –The 1988 Ottawa Convention, str., 45-46, Arizona Journal of International and Comparative Law, 1989-1990, vol. 7, str. 45-46.

³ Član 13. st. 1. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

⁴ U predlogu Zakona o finansijskom lizingu Crne Gore, davalac lizinga i isporučilac može biti isto lice.

⁵ Minimalni rok na koji se ugovor o lizingu zaključuje ne može biti kraći od dve godine od dana zaključenja ugovora. Vidi čl. 3. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

⁶ U Međunarodnom računovodstvenom standardu br. 17

Predmet finansijskog lizinga po pravilu je pokretna nepotrošna stvar (oprema, postrojenja, vozila i sl.). Tako je postupljeno i u našem pravu. Ovakvo opredeljenje predmeta ugovora o lizingu proizilazi iz namere da se ovim načinom finansiranja, omogući slobodan promet svih stvari koje spadaju u kategoriju „nepotrošnih“. Iako praksa zaključivanja ovih ugovora pokazuje da su predmet tih ugovora, najčešće, pokretne stvar, ipak u nekim pravima su kao predmet ugovora o finansijskom lizingu, označene su i nepokretnosti, (zemljišta, zgrade i sl).⁷

Uporedno-pravno posmatrano, nije previše rasprostranjena praksa da se zakonom reguliše posao lizinga, što to važi i za finansijski lizing. Moderna lizing praksa raspolaže s jednoobraznim formularima ugovora koji se unapred objavljuju u obliku opštih uslova poslovanja, i koje se koristi kao najznačajnije izvor prava u ovoj oblasti. Međutim, pristup zemalja u tranziciji je drugačiji, jer je pravno regulisanje ove materije kod ovih zemalja sve intenzivnije. Pri tome se iskazuju dva koncepta.. Jedan deo zemalja se opredeljuje da zakonskim putem reguliše samo finansijski lizing,⁸ dok su druge usmerene ka regulisanju lizinga uopšte.⁹ U pravu Rusije oba koncepta su se smenjivala u zakonodavnoj praksi.¹⁰ Na međunarodnom planu od značaja je UNIDROIT Konvencija o međunarodnom finansijskom lizingu iz 1988. godine iz Otave.¹¹ Donošenje ovo konvencije je imalo za cilj da uspostavi opšte pravne okvire za međunarodni finansijski lizinga, s time i pruži podsticaj za njegovo regulisanje i u nacionalnim okvirima.¹²

Ugovor u finansijskom lizingu je nova kategorija i našeg pozitivnog ugovornog prava. Naše pravo spada u prvu kategoriju zemalja, po napred iznetoj klasifikaciji. Formalizovanje ovog koncepta je ostvareno u maju 2003 godine donošenjem Zakona o finansijskom lizingu, koji je izmenjen u julu 2005. godine. Donošenjem ovog zakona a oblast je prvi put, u kompletnejoj formi, pravno obuhvaćena, jer je lizing, doduše fragmentarno i oskudno regulisan i ranijim propisima o spoljnotrgovinskom poslovanju. Ovakva koncepcija našeg zakonodavca, prema kojem se putem specijalnog zakona uređuje samo jedan oblik lizinga, podrazumeva da za

⁷ Takav pristup je predviđen u predlogu Zakona o finansijskom lizingu Crne Gore .

⁸ ibid

⁹ U ovu grupu spadaju bugarsko i makedonsko pravo.

¹⁰ Zakon o lizingu iz 1998. godine je izmenama i dopunama iz 2002. godine preimenovan u Zakon o finansijskom lizingu.

¹¹ Unidroit Convention of International Financial Leasing. Usvojena je 1998. godine a stupila na snagu 1995. godine.

¹² Više o konvenciji .Cuming, R., op. cit; International Fianancial Leasing, Commonwealth Law Bulletinn, 1987.

druge oblike lizinga i dalje važe pravila našeg obligacionog prava, zavisno od prirode konkretnog ugovora.¹³ Njime se u prvi plan stavlja investiciona komponenta finansijskog lizinga, odnosno polazi se od toga da je odnosna regulativa u stvari pre svega sastavni deo investicionog zakonodavstva, tj. zakonodavstva koji uređuje pitanja vezana ulaganja i finansiranje privrede, a posebno stranih ulaganja. Ovim zakonom uređuju se posao finansijskog lizinga, ugovor o finansijskom lizingu, prava i obaveze subjekata u poslu finansijskog lizinga i registar finansijskog lizinga.¹⁴ Sama sadržina zakona ukazuje na ambiciju zakonodavstva da oblast njegove primene bude što šira, obuhvatajući ne samo statusna pitanja vezana za finansijski lizing, kao što je to praksa regulative jednog dela regulative razvijenim evropskim zemljama.¹⁵

Kao i u drugim zemljama, ekonomске potrebe su nalagale da ova vrsta lizinga postane predmet zakonskog regulisanja i u našem pravu. One se u suštini svode na ekonomске prednosti koje ovaj posao podrazumeva za subjekte koji u njemu učestvuju, ali za i za samu državu jer se finansijski lizing javlja kao novi instrument podsticaja privrednim aktivnostima i razvoju privrede uopšte. U prvom planu je najčešće njegova funkcija finansiranje investicija, i to prvenstveno u osnovna sredstva, u nabavci opreme ili čitavih postrojenja. Stoga pravna regulacija ima za celj da omogući i podstakne novi oblik dolaženja do navedene opreme, i to prvenstveno malim i srednjim preduzećima, za koja je karakterističan manjak sopstvenog kapitala i otežan pristup kreditima.

Finansijski lizing, postao je široko prihvaćen i često primenjivan posao, prilagođen potrebama savremenog poslovnog prometa. Imajući u vidu sve navedene pogodnosti finansijskog lizinga, razumljivo je što je ovaj instrument finansiranja poslovanja u svetu veoma razvijen.¹⁶ Iako je on namenjen, prvenstveno, malim i srednjim preduzećima, za koja je karakterističan manjak sopstvenog kapitala i otežan pristup kreditima, lizing je danas prisutan i u oblastima kao što su avionski saobraćaj (lizing putničkih aviona) ili petrohemijska industrija (lizing naftnih izvora).

¹³ U obzir pre svega dolaze odredbe o zakup, prodaji sa obročnim otplatama cene i sl.

¹⁴ Član 1. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

¹⁵ Ovakva praksa je registrovana u pravu Francuske, Belgije i Portugalije.

¹⁶ U mnogim zemljama, putem lizinga se realizuje više od četvrtine svih nabavki osnovnih sredstava, a samo u zemljama u razvoju godišnje se na ovaj način finansira nabavka nove opreme i vozila u vrednosti od preko 40 milijardi dolara. Prema podacima iz Sjedinjenih Američkih Država, gde je lizing i nastao pedesetih godina prošlog veka, oko 80% svih kompanija koristi upravo lizing kao jedan od glavnih izvora prilikom nabavke nove tehnologije.. Procenjuje se da je oko 16% ukupne nabavke opreme u SAD finansirano putem lizinga . O ekonomskom značaju lizinga; International Financial Leasing, Commonwealth Law Bulletinn, 1987., str. 269.

Saglasno komparativnim iskustvima, i u našoj zemlji ovaj posao doživljava značajnu ekspanziju, koja je u potpunosti opravdala njegovo inkorporiranje u naš pravni sistem.¹⁷

2. Pravna zaštita javnih interesa i interesa pravne sigurnosti

Pravna zaštita javnih interesa i interesa pravne sigurnosti je višedimenzionalan problem, saglasno prirodi finansijskog lizinga i kompleksnošću kompleksnošću sadržine navedenih interesa. Ona se manifestuje na više načina i usmerava se u različitim pravcima, a iskazuje na direktn i indirektn način.

U prvom redu, javni interesi i interesi pravne sigurnosti se štite ,direktnim putem po osnovu statusnih odredbi odnosnog zakona i odredbi o kontroli i nadzoru rada davalaca lizinga. Važan segment u tom pogledu su i pravila o registru finansijskog lizinga.

Obezbeđenje sigurnosti u lizing poslovanju se prvo pokušava ostvariti statusnim odredbama o davaocu lizinga. U prvom redu u njih spadaju odredbe o osnivanju društva koji se bavi finansijskim lizingom. To se postiže odredbama o minimumu osnivačkog kapitala¹⁸ i pri čemu je dužan obezbediti stalni integritet vrednosti tog kapitala, tokom poslovanja. Istom cilju služi i odredba da davalac lizinga može da obavlja isključivo delatnost finansijskog lizinga,¹⁹ kao propisivanje obaveze pribavljanja dozvole za obavljanje takve delatnosti.

U ovom postupku uloga Narodne banke Srbije je izrazito snažna.²⁰ Ona bliže propisuje uslove i način dokazivanja ispunjenosti uslova. Pri

¹⁷ Nakon usvajanja zakona o finansijskom lizingu vidljivo je da se lizing kod nas razvija izuzetno brzo, čak brže nego u drugim susednim državama. U 2003. godini je postojalo svega 7 lizing društava, da bi se dans njihov broj povećao na preko 20. U godini donošenja zakona, ukupna vrednost lizing ugovora je premašivala 40 mil eura. Početkom 2004. godine ona je povećanja na oko 100, a da bi na kraju godine iznosila oko 300 mil.eura.

¹⁸ Tako se zahteva minimalni uplaćeni novčani deo osnovnog kapitala od 100.000 eura. Član 2. st., 1 Zakona o izmenama i dopunama Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

¹⁹ Član 2. st. 1 Zakona o izmenama i dopunama Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

²⁰ Zahtev za izdavanje dozvole za obavljanje poslova finansijskog lizinga osnivači privrednog društva podnose Narodnoj banci Srbije, uz podnošenje odgovarajuće dokumentacije : 1) osnivački akt društva;2) dokaz da je na privremeni račun kod banke uplaćen novčani deo osnovnog kapitala;3) dokaz o kadrovskoj i tehničkoj sposobljenosti za obavljanje poslova finansijskog lizinga;4) program rada privrednog društva za period od tri godine;5) spisak lica predloženih za članove organa upravljanja, odnosno predloženih lica

razmatranju zahteva i dokumentacije, ona ocenjuje i poslovnu reputaciju osnivača privrednog društva i predloženih članova organa upravljanja, odnosno lica s posebnim ovlašćenjima i odgovornostima i propisuje kriterijume za ocenu poslovne reputacije.

Drugi set odredbi se tiče nadzora i kontrole nad radom već osnovanih društava koji se bave poslovima finansijskog lizinga. Prvo se to čini obavezom podnošenja odgovarajućih podataka.²¹ Drugo, putem davanja saglasnosti na članove odgovarajućih organa ovih društava. Pravna sigurnost u ovoj oblasti se pokušava postići propisivanjem i posebnih zahteva i obaveza u poslovanju lizing društva.²² Ona propisuje i minimalne uslove na osnovu kojih davalac lizinga zaključuje ugovore o lizingu u skladu sa ovim zakonom, kao i način iskazivanja lizing naknade i drugih troškova koji nastaju zaključenjem ugovora o lizingu.

Značajan segment pravne sigurnosti, možda i najbitniji, se ostvaruje putem funkcije nadzora i kontrole nad radom lizing društava. U tom smislu je doneta značajna podzakonska regulativa, koja ima za cilj obavljanje nadzora davalaca finansijskog lizinga i blagovremeno uočavanje negativnih trendova.²³ Nadzor obuhvata: posrednu kontrolu izveštaja i druge dokumentacije, kao i drugih podataka koje davalac lizinga dostavlja Narodnoj banci Srbije, odnosno kojima Narodna banka Srbije raspolaže, ali i neposredan uvid u poslovne knjige i drugu dokumentaciju davaoca lizinga. Ako su u postupku nadzora utvrđene nezakonitosti i nepravilnosti, prema davaocu lizinga preduzimaju se mere koje se mogu sastojati i meri upućivanje pismene opomene; upućivanju nalogodavnog pisma, uz mogućnost izricanja novčane kazne ali i izdavanju naloga za otklanjanje utvrđenih nepravilnosti, uz mogućnost izricanja novčane kazne davaocu lizinga, kao i članovima njegovih organa upravljanja, odnosno licima s posebnim ovlašćenjima i odgovornostima, pa sve do oduzimanja dozvole za obavljanje poslova finansijskog lizinga.²⁴ Privredno društvo kome je

s posebnim ovlašćenjima i odgovornostima, preporuke o stručnim i profesionalnim kvalitetima tih lica, dokaz da ta lica nisu osuđivana za krivična dela koja ih čine nepodobnim za obavljanje ovih funkcija, kao i dokaz da im nije izrečena mera zabrane obavljanja delatnosti.

²¹ Tako je davalac lizinga je dužan da Narodnoj banci Srbije dostavlja godišnji izveštaj o poslovanju, sa finansijskim izveštajem i mišljenjem ovlašćenog revizora, ali i da je obavesti o statusnim i drugim promenama.

²² Tako Narodna banka Srbije može da propiše obavezu davaocima lizinga da na posebno otvorenom računu kod banke drže sredstva rezerve.

²³ Njima se daju i bliži uslovi i način obavljanja nadzora, regulisanje postupka neposrednog i posrednog nadzora i definisanje kriterijuma za izricanje korektivnih mera i al.

²⁴ Najstroža sankcija u ovom pogledu se izriče, ako: je dozvola izdata na osnovu neistinitih i netačnih podataka osnivača privrednog društva; davalac lizinga prestane da

oduzeta dozvola za obavljanje poslova finansijskog lizinga ne može zaključivati nove ugovore o lizingu, a prava i obaveze iz ugovora o lizingu zaključenih do dana tog upisa ostaju nepromjenjeni.

Adekvatan nivo pravna sigurnosti svih učesnika u poslu finansijskog lizinga se pokušava postići i putem ostvarivanja načela javnosti. Tom cilju služe pravila vezana za registraciju posla finansijskog lizinga. Registar finansijskog lizinga je javni registar u koji se, u skladu sa ovim zakonom, upisuju podaci o ugovorima o lizingu zaključenim između fizičkih i pravnih lica. Registrar vodi Agencija za privredne registre preko Registratora.²⁵ Podaci koji se upisuju i čuvaju u registru su javni. Stoga je omogućeno je trećim licima da se upoznaju sa podacima koji su upisani u registar, pa se ne mogu pozivati na okolnost da im odnosni podaci nisu bili poznati. U tu svrhu, organizacija koja vodi registar, na zahtev zainteresovanog lica, izdaje overen izvod o podacima koji se čuvaju u registru, kao i izvod kojim se potvrđuje da registar ne sadrži podatke o finansijskom lizingu na određenoj stvari.²⁶

Obaveza upisa u registar se odnosi na ugovor o lizingu, njegove izmene i dopune, kao i prestanak ugovora. Za štetu koju treće savesno lice pretrpi usled neispunjerenja obaveze upisa davalac lizinga i primalac lizinga solidarno odgovaraju.²⁷ U registra se naročito upisuju podaci o identitetu davaoca lizinga i primaoca lizinga, precizno određenje predmeta lizinga, rok na koji je ugovor o lizingu zaključen.²⁸

Posrednim putem javni interesi i interesi pravne sigurnosti se štite ograničenjem u primeni autonomije volje ugovornih strana.

U ugovornom pravu, nema prepreke da ugovorne strane svoje odnose urede kako žele, jer one najbolje znaju koja pravna forma odgovara

ispunjava uslove potrebne za izdavanje te dozvole; davalac lizinga ne dostavlja propisane izveštaje, dokumentaciju i druge podatke o svom poslovanju na propisani način i u propisanim rokovima ; davalac lizinga ne omogući vršenje nadzora nad njegovim poslovanjem; se utvrđi da je novčani deo osnovnog kapitala davaoca lizinga manji od onog koji je propisan ovim zakonom; u ostavljenom roku davalac lizinga nije sproveo mere koje mu je naložila Narodna banka Srbije, odnosno ako nije otklonio razloge za uvođenje tih mera.

²⁵ Registratora imenuje i razrešava Upravni odbor Agencije, uz prethodnu saglasnost Vlade Republike Srbije. Registrator ima ovlašćenja i obaveze da: se stara o zakonitom, sistematičnom i ažurnom vođenju Registra. Registrator se imenuje na period od četiri godine, s tim što isto lice može biti ponovo imenovano. Član 4. i 5. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

²⁶ Član 46. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

²⁷ Član 49. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

²⁸ Član 50. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine. Isto tako, zahtev za upis zabeležbe spora radi zaštite prava i interesa u vezi sa predmetom finansijskog lizinga ili ugovorom o finansijskom lizingu može podneti svako zainteresovano lice. Član 47. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

njihovim interesima. Na osnovu principa autonomije volje, nastao je i ugovor i finansijskom lizingu, kao kombinacija elemenata različitih, do tada postojećih tipičnih ugovornih odnosa. Postavlja se pitanje koliko inkorporacija ovog ugovora u nacionalne pravne sisteme ostavlja slobodu ugovornim stranama da međusobno redistribuiraju svoja prava, bez intervencije javnog poretka. Sama potreba da se samo ova vrsta lizinga reguliše posebnim zakonom, a da se ostali oblici lizinga regulišu postojećim pravilima obligacionog prava, sugerira ukazuje na izraženije prisustvo javnih interesa kod ovog ugovora, što je i logično jer se radi o posebnoj vrsti investicionog ugovora. Ta činjenica i bitno određuje i stepen uvažavanja principa autonomije volje kod ovog ugovora. Njihovo prisustvo dovodi do reduciranja principa autonomije volje, i to kako u pogledu forme, tako i u pogledu sadržine ugovora..

Princip autonomije volje ugovornih strana redukuje u korist primene principa pravne sigurnosti, već i u pogledu forme ugovora, jer zakonom je ustanovljena obaveznost pismene forme.²⁹

Osim forme ugovorne strane su zakonom ograničene u pogledu sadržine i minimalnog roka trajanja ugovora. Zakonom se određuje opšti okviri posla finansijskog lizinga, o u pogledu elemenata ugovora. Tako se zakonom utvrđuju bitni³⁰ i fakultativni elementi datog ugovora.³¹ I pored svega, ipak je, zakonom ostavljeno ugovornim stranama da u formi fakultativnih elemenata ugovora postignu dogovor i o drugim pitanjima, koja nisu utvrđena zakonom. Naravno, u ovom domenu, praktična važnost ovog pravila je limitirana značajem pitanja koja se na ovaj način koja se na ovaj način mogu regulisati, koja svakako nisu pitanja prvog reda.

Pored navedenog, pitanje autonomije volje se suštinski izražava putem prava ugovornih strana da svojom voljom derrogiraju i menjaju zakonom utvrđenu distribuciju i sadržinu prava i obaveza. U našem pravu, ovakvih odredbi, dispozitivnog karaktera, tj. odredbi koje će se primeniti

²⁹ Čl. 6. st. 2. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

³⁰ Ugovor obavezno mora sadržavati : precizno određenje predmeta lizinga, iznos naknade koju plaća primalac lizinga, iznos pojedinih rata naknade, njihov broj i vreme plaćanja, kao i rok na koji je ugovor zaključen. Član 6. st. 1. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

³¹ Pored bitnih elemenata, ugovor o lizingu može da sadrži i sledeće elemente: место, време i начин испоруке предмета лизинга, својина на предмету лизинга, страна која је обавезна да осигура предмет лизинга и ризици од којих треба да буде осигуран, начин престанка уговора, опција куповине или производња уговора, трошкови транспорта предмета лизинга, његова монтажа, демонтажа и текуће одржавање, замена делова, сервис и техничко-технолошко унапређење, обуčавање осoblja primaoca лизинга за коришћење предмета лизинга и друге елементе о којима уговорне стране постигну сагласност. Član 6. st. 2. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

samo ukoliko drukčije nije ugovoren, nema u većem broju.. Ipak, ova mogućnost postoji i manifestuje se u jednom broju zakonskih odredbi.

Ona je logično prisutna po pitanju optiranja primaoca lizinga ili osiguranja predmeta lizinga. Naime, naš zakon je ugovornim stranama ostavio slobodu da predvide pravo primaoca lizinga da, po prestanku ugovora, otkupi predmet lizinga ili produži ugovor o finansijskom lizingu, tzv. pravo opcije. Najzad, obaveza osiguranja predmeta lizinga je na strani primaoca lizinga, koja se ugovorom može drukčije predvideti.

Primena prinica autonomije volje je, logično, najmanje prisutna u oblasti ograničenja i isključenja odgovornosti.³² Međutim, i i ovde postoje izuzeci. Tako je moguće je ugovorom drugačije urediti pitanje odgovornosti za materijalne nedostatke. Ako drukčije nije ugovoren, primaocu lizinga ne odgovara davalac lizinga koji je druga ugovorna strana ugovora o finansijskom lizingu, već isporučilac koji se sa primaocem lizinga ne nalazi u ugovornom odnosu.³³ Slično je moguće postupiti u kod pitanja isključenja odgovornosti za štetu prouzrokovanoj predmetom lizinga.³⁴ Isto tako, čak se i pitanje raskida ugovora zbog neplaćanja lizing naknade može ugovorom drukčije urediti, ali sve u granicama prinudnih propisa, javnog poretku i dobrih običaja.³⁵

3. Distribucija rizika i pravna zaštita primaoca i davaoca lizinga

Izuzetno važno pitanje vezano za ugovor o finansijskom lizingu odnosi se pitanje distribucije rizika i mogućnosti za artikulaciju, a posebno pravnu zaštitu interesa ugovornih strana, davaoca i primaoca lizinga. Navedeno pitanje je kompleksno i proizilazi iz specifičnosti ugovora i njegove sadržine. Zahtevnost u njegovom postizanju proizilazi i iz njegove već spomenute dugoročnosti.³⁶ Trajnost ugovora jača dozu neizvesnosti u pogledu izvršenja ugovornih obaveza i akcentira pitanje snošenja rizika i odgovornosti.

Davalac lizinga je lice koje, uz zadržavanje prava svojine na predmetu lizinga, prenosi na primaoca lizinga ovlašćenje držanja i korišćenja

³² Tako je striktno utvrđeno da odgovornost davaoca lizinga za pravne nedostatke predmeta lizinga ne može biti ugovorom ograničena ili isključena. Član 21. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

³³ Član 16. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

³⁴ Član. 17. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

³⁵ Član. 29. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

³⁶ Član 3. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

na predmetu lizinga, na ugovoreno vreme i uz ugovorenu naknadu.³⁷ Ovakav položaj davaoca lizinga, uz poslovanje sa većim brojem lica uz angažovanje značajnih sopstvenih sredstava za nabavku predmeta lizinga, čini njegovu poziciju nestabilnom i rizičnom.³⁸ Sve to zahteva da davaoci lizinga budu ekonomski snažan da odgovore svim potrebama obavljanja ove specifične delatnosti, što se obezbeđuje minimumom visine osnivačkog kapitala. Naravno, davalac lizinga može umanjiti rizike u svom poslovanju ugovornim sredstvima obezbeđenja ili pažljivim izborom svojih partnera. Međutim, kako i za državu posao finansijskog lizinga ima važnost, ona može kreirati i posebne zakonske instrumente njegov zaštite, da bi tako stimulisala osnivanje i rad lizing društava.

Sa aspekta pravne zaštite interesa, izuzetno važno pitanje je ono vezano za rizik za slučajnu propast ili oštećenje predmeta lizinga.

Distribucija rizika u ovoj oblasti ilustruje odnos zakonodavca u pogledu pretežne usmerenosti u pogledu zaštite interesa ugovornih strana u poslu finansijskog lizinga. U našem pravu, regulativa je usmerena da prvenstveno obezbedi interes davaoca lizinga, što je i logično jer se ovaj zakon smatra sastavnim delom investicionog zakonodavstva, koji je pre svega usmeren da pruži garancije stranim ulagačima, pa i onim u oblasti finansijskog lizinga. To znači da rizik za slučajnu propast ili oštećenje predmeta lizinga snosi primalac lizinga. Rizik prelazi na primaoca lizinga u trenutku preuzimanja predmeta lizinga, ako drukčije nije predviđeno ugovorom.³⁹ Položaj primaoca lizinga se pokušava popraviti odredbom po kojoj je primalac lizinga dužan da osigura predmet lizinga od rizika koji su predviđeni ugovorom, ako drukčije nije predviđeno ugovorom.⁴⁰ Obaveza osiguranja, naravno, međutim, ne utiče bitno na poravnanje njegove pozicije, posebno ako se to učini o njegovom trošku.

Postavlja se pitanje koliko je ovakva zakonska distribucija rizika i zaštite kao odgovarajuća i pravična. Na prvi pogled, pravično je da se zakonom interveniše u korist ekonomski slabije strane, a to je svakako primalac lizinga. A odmah se postavlja pitanje dokle ta zaštita treba da ide, a da ne ugrozi zainteresovanost davaoca da se bavi tom delatnošću, a time

³⁷ Član 10. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

³⁸ Prvi rizik s kojim se susreće davalac lizinga je rizik vezan za nabavku opreme koja je predmet ovog ugovora. U tom pogledu treba spremnuti i takozvanu "buy back" garantiju (ugovor sa klijentom o otkupu mašine, opreme u slučaju da klijent ne plaća lizing), jer da bi zaštiti svoj interes lizing firme odbijaju da uđu u rizičan posao, nabavke opreme od isporučioца i nepouzdanih zemalja, koje po osnovu ove klauzule mogu ponovo da proda. U suprotnom, ponuđena "buy back" garantija je sigurnija, lizing kuća je prihvata i lizing se odobrava.

³⁹ Član 32 . Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

⁴⁰ Član 34 . Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

posledično i interesa samog primaoca da upravo putem lizinga dođe potrebne stvari i opreme. Sve to govori da ovom pitanju treba prići kompleksnije. Naime, adekvatnost i pravičnost ne podrazumeva samo apriornu pravnu zaštitu ekonomski slabije strane u ugovoru, već i upodobljavanje njihovog položaja i u oblasti zaštite u korelaciji sa čivom finansijskog angažmana i stepenom rizika i odgovornosti u datom poslu. To znači da se asimetrija u tome pogledu, mora na neki način izraziti i putem zakonske zaštite. Tako posmatrano, navedane zakonska odredba može biti načelno odbranjiva. Međutim, i ovde važi pravilo da stvarnu sliku o stepenu pravne zaštite interesa kod finansijskog lizinga ne mogu dati samo formalne odredbe zakona, već njihova primena u poslovnoj i sudskoj praksi. Ona će dati konačan sud i o postojanju ravnopravnosti u pogledu zakonske zaštite interesa navedenih ugovornih strana kod ugovora o finansijskom lizingu.

Jedno od najznačajnijih instrumenata zaštite davaoca lizinga se odnosi na mogućnost da, u slučaju raskida ugovora, zbog neispunjerenja obaveza od strane primaoca lizinga, predmet povrati na efikasan i pravno siguran način. Na osnovu punovažno zaključenog ugovora o finansijskom lizingu, davalac lizinga ima mogućnost da podnese predlog za izvršenje nadležnom суду, uz podnošenje odgovarajuće dokumentacije. Na taj način, izbjegнута је у пракси уobičajena procedura, односно изbjegнуто је pokretanje parničnog postupka i sve njegove negativne posledice naročito sa aspekta dužine trajanja i visokih troškova za stranke. U tom se sastoji vrlo značajan segment zaštite davaoca lizinga. Taj posebni skraćeni postupak karakterišu kratki rokovi postupanja.⁴¹ Navedeni postupak je od velikog praktičnog značaja i njime se uklanja najbitnija prepreka za obavljanje lizing poslova našoj zemlji, a koja se sastoji u složenom i dugo-trajnom postupku ostvarivanja svojih prava.

Osim napred navedenih, davaocu lizinga su obezbeđeni i drugi mehanizmi zaštite, relativno manjeg značaja. Tako je davalac lizinga zaštićen i u slučaju korišćenja predmeta lizinga suprotno ugovoru ili nameni predmeta lizinga, od strane primaoca lizinga. U tom slučaju, primalac lizinga odgovara za štetu prouzrokovanoj korišćenjem predmeta lizinga protivno ugovoru ili nameni predmeta lizinga, bez obzira da li je predmet

⁴¹ Sud je obavezan da o zahtevu odluči u roku od tri dana od dana podnošenja zahteva. Isti rok važi i za sprovođenje postupak oduzimanja predmeta, računajući od dana donošenja rešenja kojim se usvaja zahtev. Protiv rešenja o oduzimanju predmeta lizinga od primaoca lizinga ili lica u čijoj se državini predmet lizinga nalazi, primalac lizinga može, u roku od tri dana od dana prijema rešenja, uložiti prigovor da je izvršio obavezu isplate, o čemu mora podneti pismene dokaze. Navedeni prigovor ne odlaže izvršenje. Član 30. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

lizinga koristio on, lice koje radi po njegovom nalogu ili drugo lice kome je on omogućio da koristi predmet lizinga.⁴² Takođe primalac lizinga odgovara za štetu prouzrokovanoj neodržavanjem predmeta lizinga u ispravnom stanju.⁴³

Zakonski je utvrđena zaštita davaoca lizinga, i u slučaju stečaja primaoca lizinga. Po ovom osnovu zaštite, davalac lizinga ima pravo na izdvajanje predmeta lizinga (izlučno pravo) iz stečajne mase primaoca lizinga, u skladu sa zakonom kojim se uređuje stečajni postupak lizinga o pokretanju stečajnog postupka.⁴⁴ Davaocu lizinga zakonski sleduju određena prava i zbog neplaćanja lizing naknade.⁴⁵ On se mogu sastojati u raskida ugovora.⁴⁶ Raskid ugovora zbog neplaćanja lizing naknade može se ugovorom drukčije urediti, u granicama primudnih propisa, javnog poretku i dobrih običaja. Davalac lizinga koji raskine ugovor zbog neplaćanja lizing naknade ima pravo na povraćaj predmeta lizinga, kao i pravo na naknadu pretrpljene štete.⁴⁷

S aspekta stepena pravne zaštite, položaj primaoca lizinga⁴⁸ je takođe osetljiv. On se najčešće posmatra kao ekonomski slabija ugovorna strana u poslu finansijskog lizinga, na koju se prenose svi rizici i koristi prava svojine, ali bez prenosa prava na vlasništvo.⁴⁹ Ovakva pozicija u bitnom determiniše poziciju primaoca lizinga i u kontekstu pravne zaštite njegovih interesa i u našem pravu.

Osim, što se već ranije spomenutim odredbama zakona statusnog karaktera, štite interesi i primaoca lizinga, postoje i druga zakonska pravila koja idu u tom pravcu. Generalno, u trostrukom odnosu između subjekata finansijskog lizinga, primalac lizinga je zaštićen u situaciji, kada dođe do naknadnih izmena ugovora zaključenog između davaoca lizinga i

⁴² Član 25. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

⁴³ Član 26. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

⁴⁴ Primalac lizinga i sud nadležan za sprovođenje stečajnog postupka, dužni su da bez odlaganja obaveste davaoca. Član 15. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

⁴⁵ Član 28. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

⁴⁶ Davalac lizinga može da raskine ugovor ako primalac lizinga zadoci sa isplatem prve rate. To pravo ima i ako posle isplate prve rate primalac lizinga zadoci sa isplatem jedne ili više uzastopnih rata čiji ukupan iznos dostiže četvrtinu ukupne naknade, s tim da alternativno može tražiti isplatu ostatka naknade zajedno sa kamatom. Izuzetno, lizinga može da raskine ugovor u pogledu svih budućih obaveza isplate, ako je iz datih okolnosti očigledno da ni one neće biti ispunjene.

⁴⁷ Član 29. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

⁴⁸ Primalac lizinga je pravno ili fizičko lice na koga davalac lizinga prenosi ovlašćenje držanja i korišćenja predmeta lizinga, na ugovoren vreme i uz ugovorenu naknadu. Član 11. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

⁴⁹ Mesmann, S., International Business Transactions, Budapest, str. 525.

isporučioca, na osnovu kojeg je davalac lizinga stekao pravo svojine na predmetu lizinga, a na čiju se sadržinu sam saglasio. Naime, naknadne izmene tog ugovora neće proizvoditi dejstvo prema primaocu lizinga, osim ako on na njih ne pristane⁵⁰

Međutim, pravni mehanizmi zaštite interesa primaoca lizinga su prevashodno vezana za predmet lizinga. Prvo, primalac lizinga je zaštićen i u slučaju neisporuke robe od strane isporučioca predmeta lizinga. Naime, ako isporučilac primaocu lizinga ne isporuči predmet lizinga, ili ako ga isporuči sa docnjom, ili ako predmet lizinga ima materijalni nedostatak, primalac lizinga može, u skladu sa zakonom kojim se uređuju obligacioni odnosi, odbiti prijem isporuke ili raskinuti ugovor o lizingu i ima pravo na naknadu štete. U tom slučaju, davalac lizinga može ipak, održati ugovor ako bez odlaganja sam isporuči predmet lizinga primaocu lizinga, pod uslovima predviđenim ugovorom o lizingu. Do ispunjenja obaveze isporuke koja je u svemu u skladu sa ugovorom o lizingu, primalac lizinga ima pravo da obustavi isplatu naknade koju bi, na osnovu ugovora o lizingu, bio dužan da plaća davaocu lizinga. Ako raskine ugovor, primalac lizinga ima pravo na povraćaj naknade koju je platio u skladu sa ugovorom o lizingu, umanjenu za iznos koji predstavlja naknadu za korist koju je primalac lizinga imao od predmeta lizinga (razuman iznos).⁵¹ Viši stepen njegove sigurnosti se postigao i propisivanjem solidarne odgovornosti isporučioca i davaoca lizinga, ako je davalac lizinga izvršio izbor isporučioca, za slučaj neisporuke predeta lizinga ili postojanja materijalnih nedostataka na njemu.⁵²

Isto tako, njegovi se interesi štite u slučaju materijalnih nedostataka predmeta lizinga. Za njih primaocu lizinga odgovara isporučilac, ako drukčije nije ugovorenno.⁵³ S druge strane, davalac lizinga ne odgovara primaocu lizinga za štetu prouzrokovanoj predmetom lizinga, osim ako je primalac lizinga pretrpeo štetu usled toga što se oslonio na stručnost davaoca lizinga ili ko je davalac lizinga imao učešća u izboru isporučioca ili specifikaciji predmeta lizinga, ako drukčije nije ugovorenno.⁵⁴

Primalac lizinga je zaštićen i u slučaju pravnih nedostataka predmeta lizinga. Oni postoje ako na predmetu lizinga postoji pravo trećeg lica koje isključuje, umanjuje ili ograničava neometanu državinu primaoca lizinga, a

⁵⁰ Član 37. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

⁵¹ Član 24. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

⁵² Član 39. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

⁵³ Član 16. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

⁵⁴ Član 17. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

o čijem postojanju primalac lizinga nije obavešten, niti je pristao da uzme predmet lizinga opterećen tim pravom.⁵⁵ Uz ispunjenje određenih pretpostavki, on ima pravo na raskid ugovora i naknadu štete.⁵⁶

Zaključak

Ugovor u finansijskom lizingu, ko savremeni oblik privrednog poslovanja, je nova kategorija i našeg ugovornog prava. Temelj razvoja finansijskog lizinga u Srbiji postavljen je donošenjem Zakona o finansijskom lizingu u maju 2003. godine. Na ovaj način je domaća pravna regulacija u oblasti lizinga u kvalitativnom smislu podignuta na znatno viši nivo. Pozitivnim se može oceniti i činjenica da navedeni zakon ima intenciju da bude u osnovi kompatibilan sa rešenjima iz UNIDROIT Konvencije o međunarodnom finansijskom lizingu iz 1998. godine.

Izuzetno važno pitanje vezano za ugovor o finansijskom lizingu je pitanje distribucije rizika i mogućnosti za artikulaciju, a posebno pravnu zaštitu interesa, pre svega ugovornih strana, davaoca i primaoca lizinga, ali i javnih interesa i interesa pravne sigurnosti uopšte. Navedeno pitanje je kompleksno i proizilazi iz specifičnosti ugovora i njegove sadržine. Zahtevnost u njegovom postizanju proizilazi i iz njegove stvarne dugoročnosti.

Pravna zaštita javnih interesa i interesa pravne sigurnosti je obezbeđena na standardnom nivou, korišćenjem različitih instrumenata, usmernih u različitim pravcima.

Iako i primaocu lizinga pruža određene pravne mehanizme za zaštitu njegovih interesa, naš Zakon o finansijskom lizingu pre svega, je konceptualno usmeren, da pravno zaštititi interes davalaca lizinga, a time i pruži odgovarajuće garancije stranim ulagačima, koje želimo privući u oblast finansijskog lizinga. Takav pristup ne mora nužno da znači bitnu manjkavost u regulisanju, posebno ako se to pitanje posmatra u širem kontekstu.

⁵⁵ Član 18 . Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

⁵⁶ Ako treće lice polaze navedeno pravo na predmet lizinga, primalac lizinga je dužan da obavesti davaoca lizinga o tome i da ga pozove da u razumnom roku osloboди predmet lizinga od prava ili pretenzije trećeg lica. Ako davalac lizinga ne postupi po navedenom zahtevu primaoca, u slučaju oduzimanja predmeta lizinga od primaoca lizinga, ugovor o lizingu se raskida ako drugačije nije predviđeno ugovorom. primalac lizinga ima pravo na naknadu pretrpljene štete. Ako je primalac lizinga u trenutku zaključenja ugovora o lizingu znao za mogućnost da predmet lizinga bude oduzet ili da njegova neometana državina bude smanjena ili ograničena, nema pravo na naknadu štete, ako do toga dođe. Član 19. i 20. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

Naime, adekvatnost i pravičnost ne obuhvata samo apriornu pravnu zaštitu ekonomski slabije strane u ugovoru, već i upodobljavanje njihovog položaja i u oblasti zaštite u korelaciji sa nivom finansijskog angažmana i stepenom rizika i odgovornosti u datom poslu. To znači da se asimetrija u tome pogledu, mora na neki način izraziti i putem zakonske zaštite. Međutim, i ovde važi pravilo da stvarnu sliku o stepenu pravne zaštite interes kod finansijskog lizinga ne mogu dati samo formalne odredbe zakona, već njihova primena u poslovnoj i sudskoj praksi. Ona će dati konačan sud i postojanju ravнопрavnosti u pogledu zakonske zaštite interesa ugovornih strana kod ugovora o finansijskom lizingu.

*Drago Divljak, Ph. D., Associate Professor
Novi Sad, Faculty of Law*

Financial Leasing Agreement - risk distribution and legal protection of interests

Abstract

The paper deals with the issue of risk distribution and possibilities for articulation, in particular with legal protection of interests, primarily of contracting parties, lessee and lessor, but also of public interests and interests of legal security in general. The above-mentioned question is complex and it is the result of specific properties of such agreements and their contents. The fact that it is highly demanding to fulfil it is the result of its actual long-rangeness.

The foundation of financial leasing in Serbia has been established by enactment of the Financial Leasing Act in May 2003. Legal protection of public interests and interests of legal security in the above-mentioned Act has been provided at a standard level, using different instruments directed in different directions. Although it grants the lessee certain legal mechanisms for protection of his interests, our law is, primarily conceptually directed to protect legally the interests of lessors and provide the appropriate guarantees to foreign investors, who we wish to attract in the field of financial leasing. Such an approach does not have to imply necessarily a significant shortcoming in regulation, in particular if the subject issue is seen in a wider context. Namely, the adequacy and equitability do not only imply the a priori legal protection of economically weaker party of the contract, but also bringing of their position in the field of protection in correlation with the level of financial involvement and rate of risk and liability in the relevant transaction. This means that asymmetry in this respect has to be expressed in some way through legal protection as well. However, the rule that is valid here as well says that the actual picture on the extent of legal protection of interests in financial leasing cannot be reflected only in formal provisions of the law but much more in their implementation in business and judicial practice. It will also make the final judgement on the existence of equality with respect of legal protection of interests of the above-mentioned contracting

*Dr Snežana Brkić, vanredni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

KRIVIČNOPRAVNA ZAŠTITA SVEDOKA OD ZASTRAŠIVANJA

Sažetak: U radu se ukazuje na brojne pravne mehanizme zaštite svedoka od zastrašivanja. U fokusu pažnje je krivičnopravni aspekt te zaštite. Pod njim se podrazumeva primena sredstava krivičnog materijalnog prava u funkciji zaštite svedoka. Takav oblik zaštite se može ogledati u propisivanju pojedinih vrsta krivičnih dela, u propisivanju pojedinih vrsta krivičnih sankcija i u uticaju sile ili pretnje na krivičnu odgovornost davaoca lažnog iskaza.

Ključne reči: zaštita svedoka, krivično delo, krivična sankcija, sila i pretnja

Subjektivno pravo na zaštitu svedoka od zastrašivanja može se štititi raznim pravnim mehanizmima. Za razliku od programske zaštite svedoka, koja počiva na merama fizičko-tehničkog karaktera, ovde se radi o raznim oblicima pravne odgovornosti. S toga bi oni zajedno sa krivičnom procesnom zaštitom činili jednu vrstu pravne zaštite svedoka. Ovde bi spadali disciplinska, krivičnopravna i građanskapopravna zaštita svedoka. Neki njeni oblici se nadovezuju na procesnu zaštitu svedoka, a neki su nezavisni od toga da li je prethodno bila uspostavljena procesna zaštita. U fokusu ovog rada biće nam samo krivičnopravna zaštita svedoka.

Pod krivičnopravnom zaštitom svedoka od zastrašivanja podrazumevamo primenu sredstava krivičnog materijalnog prava u funkciji zaštite svedoka. Ovaj oblik zaštite se može ogledati u propisivanju pojedinih vrsta krivičnih dela; u propisivanju pojedinih vrsta krivičnih sankcija i u uticaju sile ili pretnje na krivičnu odgovornost davaoca lažnog iskaza.

I. PROPISIVANJE POJEDINIХ VRSTA KRIVIČNIH DELA

1) Inkriminisanje zastrašivanja svedoka

Zastrašivanje svedoka može biti inkriminisano kao posebno krivično delo ili se odgovornost za to može zasnovati na opštim pravilima o podstrekavanju na krivično delo davanja lažnog iskaza. Ovo poslednje rešenje je manje efikasno, jer zbog akcesorne prirode saučesništva uspostavlja odgovornost podstrekavača samo ako je podstrekavanje bilo uspelo.

Posebno krivično delo može imati razne nazive, ali se u svakom slučaju nalazi u grupi krivičnih dela protiv pravosuđa. To znači da je zaštitni objekt takvih dela samo pravosuđe, odnosno nesmetano i zakonito obavljanje pravosudne funkcije.¹ Ova krivična dela mogu imati za posledicu onemogućavanje ili otežavanje rada pravosudnih organa.

Radnja izvršenja ovih krivičnih dela je obično alternativno određena, kao podmićivanje ili kao prinuđavanje svedoka, pri čemu su ugroženi istom, a ponegde i različitim kaznama. Negde se pominje samo radnja podstrekavanja ili navođenja, koja po sebi podrazumeva obe vrste sredstava uticanja na svedoke. Radnja treba da je preduzeta prema svedoku, oštećenom, veštaku, tumaču ili drugom učesniku nekog postupka (krivičnog, parničnog, disciplinskog i sl.). Ranija zakonodavstva su se često ograničavala na inkriminisanje upotrebe sile ili pretnje prema navedenim licima samo u cilju davanja lažnog iskaza. Napredak predstavljaju savremena rešenja, koja uzimaju u obzir i nameru nedavanja iskaza. Ova krivična dela su ugrožena kaznom zatvora različitog trajanja: najniža propisana kazna je zatvor do jedne godine; najčešća kazna je zatvor do tri ili do pet godina, a najteža kazna posle zatvora do sedam godina je zatvor do petnaest godina. Negde je uz kaznu zatvora alternativno ili kumulativno propisana i novčana kazna. Neka zakonodavstva predviđaju i kvalifikovane oblike ovog dela: npr. ako je učinjeno od strane organizovane grupe, ako se radi o primeni nasilja opasnog po život i zdravlje, ako je na lažni iskaz navođeno dva ili više lica, ako je delo učinjeno pod otežavajućim okolnostima, i sl.

Ilustrovaćemo to nekim primerima.

1) U Srbiji sve do nedavno nisu bili inkriminisani akti zastrašivanja i nasilja prema svedocima ni kao samostalno krivično delo, ni kao kvalifikovan oblik nekog krivičnog dela koji bi bio ugrožen težom kaznom. Takve radnje su se eventualno mogle podvesti pod krivično delo prinude,

¹ O. Perić, Z. Stojanović, Krivično pravo. Posebni deo, Beograd, 1999, s. 232; Ž. Jovanović, D. Jovašević, Krivično pravo. Posebni deo, Beograd, 1995.

za čiji osnovni oblik je bila propisana novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine, i krivično delo ugrožavanja sigurnosti, čiji je osnovni oblik bio ugrožen novčanom kaznom ili zatvorom do godinu dana. Napredak predstavlja novi Krivični zakonik Srbije,² koji je dosadašnje krivično delo sprečavanje dokazivanja iz čl. 207. KZS preformulisao u delo sprečavanje i ometanje dokazivanja iz čl. 336. KZS. Prema st. 1. tog člana, ko svedoku ili veštaku ili drugom učesniku u postupku pred sudom ili drugim državnim organom učini ili obeća poklon ili drugu korist, ili prema njemu primeni silu ili pretnju u nameri da to lice davanjem lažnog iskaza ili nedavanjem iskaza³ utiče na ishod postupka, kazniće se zatvorom od šest meseci do pet godina. Predviđena kazna je stroža od one propisane za ostale oblike ovog krivičnog dela (novčana kazna ili zatvor do jedne godine odnosno zatvor do tri godine).

Krivično delo sprječavanja dokazivanja iz čl. 390. KZ CG, međutim, ne poznaje pomenuti oblik uticanja na svedoke, niti je zastrašivanje svedoka inkriminisano u okviru nekog drugog krivičnog dela.

2) U Francuskoj je prema KZ iz 1810. podstrekavanje na lažno svedočenje bilo raspravljano samo prema opštim pravilima o saučesništvu. Prema tim pravilima, međutim, saučesništvo je kažnjivo samo ako je učinjeno glavno krivično delo, kao svršeno ili pokušano. Zbog toga podstrekač nije mogao odgovarati ako glavno krivično delo nije učinjeno. Ovaj propust je ispravljen zakonom od 28.06.1949., kada je navođenje na krivokletstvo izdvojeno kao samostalno krivično delo. Time je omogućeno kažnjavanje i neuspelog podstrekavanja na lažno svedočenje, dakle ako je svedok ipak govorio istinu. Smatra se da ta neminovnost kažnjavanja može navesti podstrekača da odustane od svoje namere. Delo je inkriminisano u čl. 434-15. KZ a sastoji se od obećanja, ponuda, poklona, ili preduzimanju pritisaka, pretnji, nasilja, podvala ili lukavstva u toku nekog postupka ili u vezi sa nekim zahtevom ili odbranom pred sudom, sa ciljem da bi se neko lice navelo bilo da sačini ili da lažni iskaz, izjavu ili uverenje, bilo da se uzdrži od sačinjavanja ili davanja iskaza, izjave ili uverenja. Bez obzira da li je navođenje bilo uspelo ili neuspelo, propisana je kazna zatvora od tri godine i novčana kazna.⁴ Smatra se da su za postojanje ovog krivičnog dela potrebna tri uslova:

² Sl. gl. RS 85/2005.

³ U radnoj verziji nacrtu KZS od 26.06.2004. stajala je samo namera da se na ishod postupka utiče davanjem lažnog iskaza. Naravno da je sadašnje rešenje bolje, jer se zastrašivanje svedoka često vrši i radi toga da se neko uopšte ne bi pojavio kao svedok.

⁴ Istom kaznom je ugrožena svaka pretnja ili zastrašivanje prema nekom licu da bi se žrtva navela da ne prijavi krivično delo ili da prijavu povuče (čl. 434-5).

Prvi uslov je da je sama radnja navođena smeštena u okviru onoga što prethodi sudskom postupku ili u sam sudski postupak, koji ne mora biti isključivo krivični. Ta radnja može biti preduzeta i u toku policijske istrage i nakon nje. Može se preduzeti čak i pre započinjanja istrage, sa ciljem da se oteža ili onemogući njen početak, odnosno da se spreči podizanje optužbe.

Drugi uslov je da je radnja podstrekavanja preduzeta sa ciljem da neko lice da lažni iskaz ili da dode do nedavanja izjave. Do širenja krivičnopravne zaštite i u cilju nedavanja izjave došlo je tek 1994. Sudska praksa je veoma bogata primerima podstrekavanja na lažno svedočenje. Tako je npr. jedan službenik bio kažnjen jer je primorao svedoka da porekne svoj istinit iskaz, dok je u drugom slučaju svedok bio primoran da prečuti određene važne činjenice.⁵

Treći uslov je da se podstrekavanje izvrši upotrebom sile ili pretnjom. Dolaze u obzir sve vrste pretnje. Tako je npr. u jednom slučaju poslodavac izjavio da će otpustiti zaposlenog koji je trebao da svedoči u jednom postupku, ukoliko ne bude dao iskaz određene sadržine.⁶

Čl. 434-16. KZ Francuske predviđa još jedno krivično delo koje se ogleda u objavlјivanju pre donošenja konačne sudske odluke komentara usmerenih na vršenje pritisaka u cilju uticanja na izjave svedoka ili odluku istražnih ili sudećih sudova. Za to delo je propisana kazna zatvora od šest meseci i novčana kazna. Kad je ovo delo učinjeno putem štampanih ili audio-vizuelnih sredstava javnog informisanja, primenjuju se odredbe posebnih zakona koji uređuju ove oblasti u vezi sa utvrđivanjem odgovornih lica.

Osim pomenutih krivičnih dela, u francuskom pravu je sprečavanje svedoka da da iskaz predviđeno i kao teži oblik nekih krivičnih dela. Tako npr. ako se radi o primeni sile prema nekom licu koja je prouzrokovala nemogućnost obavljanja posla duže od osam dana, učinilac se teže kažnjava ako su napadnuti svedok, oštećeni ili civilna stranka, sa namenom da budu sprečeni da u postupku iznesu određene činjenice, podnesu tužbu, svedoče na sudu, ili da na taj način budu kažnjeni što su obelodani li određene činjenice, podneli tužbu ili svedočili. U ovom slučaju predviđena je kazna zatvora od pet godina i novčana kazna. Sa druge strane, razni oblici nasilja, koji nisu doveli do nemogućnosti obavljanja posla u

⁵ Crim. 10 décembre 1958, Bull. crim. no. 740; Crim. 29 mai 1977, Bull. crim. no. 115, naved. prema J. Pradel, *La protection du témoins contre les pressions. Aspects du droit pénal français*, Revue internationale de criminologie et de police technique 2/1996, s. 162.

⁶ Ibidem, s. 163.

trajanju dužem od osam dana, takođe se teže kažnjavaju ako su u pitanju svedoci, oštećeni ili tužioci, a prekršaj dobija karakter krivičnog dela. Isto tako, ako je svedok žrtva ubistva, predviđena kazna od trideset godina zatvora ustupa mesto doživotnom zatvoru.⁷

3) U čl. 309. ruskog KZ inkriminisana je prinuda prema svedoku, oštećenom, veštaku ili prevodiocu radi davanja lažnog iskaza, mišljenja odnosno prevoda, kao i radi izbegavanja davanja iskaza, ukoliko je izvršena zajedno sa ucenom, pretnjom ubistvom, prouzrokovanjem oštećenja zdravlja, uništenjem ili oštećenjem imovine tih lica ili njima bliskih lica. Propisana je novčana kazna u iznosu od dve stotine do pet stotina minimalnih iznosa cene rada, ili ličnog dohotka ili drugog dohotka osuđenog od dva do pet meseci, ili izolacija u trajanju od tri do šest meseci, ili lišenje slobode u trajanju do tri godine. Lakši oblik ovog dela postoji ako je učinjeno primenom nasilja koje nije opasno po život ili zdravlje navedenih lica. Najteži oblik je ugrožen kaznom lišenja slobode od tri do sedam godina a postoji kad je učinjen od strane organizovane grupe ili uz primenu nasilja koje je opasno po život ili zdravlje navedenih lica.⁸

4) U čl. 293. KZ Bugarske je za navođenje na davanje lažnog iskaza predviđena kazna lišenja slobode do jedne godine ili popravni rad, a ukoliko je na lažni iskaz navodeno dva ili više lica to predstavlja teži oblik ovog dela za koji je predviđena kazna lišenja slobode do tri godine.⁹

5) Prema čl. 261. KZ Rumunije, pokušaj da se neko lice silom ili potplaćivanjem navede da da lažan iskaz u građanskom, disciplinskom ili nekom drugom postupku u kome se saslušavaju svedoci, veštaci ili tumači kažnjava se zatvorom od tri meseca do dve godine ili novčanom kaznom. Takođe sprečavanje učestvovanja navedenih lica u nekom postupku, koje je učinjeno silom ili pretnjom prema njima, njihovom bračnom drugu ili bliskom srodniku, kažnjava se zatvorom od šest meseci do sedam godina.¹⁰ Pokušaj ovog dela je kažnjiv.

6) Čl. 307. KZ Kine predviđa da će svako ko primenom sile, pretnje, podmićivanjem ili na drugi način, utići na svedoka da ne da iskaz u određenom postupku, ili da da lažan iskaz, biti kažnjen zatvorom u trajanju do tri godine. Istom kaznom kažnjava se i preuzimanje bilo kog vida odmazde prema svedoku. Teži oblik ovih dela postoji ako su učinjena pod

⁷ Ibidem, s. 163.

⁸ Krivični zakonik Ruske Federacije od 01.01.1997, prevod, Beograd, 1998, s. 84.

⁹ Naved. prema N. Delić, Krivično delo davanje lažnog iskaza, neobj. dokt. disertacija, Beograd, 2001, s. 31.

¹⁰ Naved. prema N. Delić, op. cit., s. 32.

otežavajućim okolnostima, a propisana je kazna zatvora od tri do sedam godina.¹¹

7) Prema čl. 117. KZ Novog Zelanda, kaznom zatvora do sedam godina kažnjava se svako ko odvrati ili pokuša da odvrati neko lice pretnjama, podmićivanjem ili drugim sredstvima korupcije, od davanja dokaza u građanskom ili krivičnom predmetu.¹²

8) Engleska pravna komisija je sedamdesetih godina konstatovala da je čest uzrok krivokletstva sasvim realan i opravdan strah svedoka od nasilja kojim mu preti okrivljeni, njegovi rođaci i prijatelji. U tom kontekstu predlaže se inkriminisanje zastrašivanja i podmićivanja svedoka kao posebnog krivičnog dela sa strogim sankcijama.¹³ Do realizacije ovog predloga je došlo 1994., kada je zastrašivanje svedoka predviđeno kao posebno krivično delo kažnjivo sa kaznom zatvora do pet godina i/ili novčanom kaznom. Ta je kazna predviđena u postupku za tzv. optuživa krivična dela. U sumarnom postupku je propisana kazna zatvora do šest meseci i/ili novčana kazna.¹⁴

9) Upotreba sile ili pretnje radi zastrašivanja svedoka inkriminisana je kao samostalno krivično delo i u: Armeniji (novčana kazna ili lišenje slobode do tri meseca ili kazna zatvora do dve godine); Republici Srpskoj (kazna zatvora od tri meseca do tri godine; Finskoj (novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine); Hrvatskoj i BiH¹⁵ (kazna zatvora od šest meseci do pet godina). Navođenje na krivokletstvo (koje bi moglo biti i zastrašivanjem) inkriminisano je u Švedskoj i Nemačkoj (novčana kazna ili kazna zatvora do dve godine).¹⁶

2) Inkriminisanje odavanja podataka o zaštićenom svedoku

Za razliku od zastrašivanja svedoka koje je danas u mnogim zakonodavstvima inkriminisano kao posebno krivično delo, to nije slučaj i sa odavanjem podataka o zaštićenom svedoku. Ako su podaci o zaštićenom

¹¹ Naved. prema N. Delić, op. cit., s. 33.

¹² Naved. prema N. Delić, op. cit., s. 84.

¹³ Leid Before Parliament by the Lord High Chancellor Pursuant to section 3 of the Law Commission Act 1965, London, 1979, s. 2, naved. prema N. Delić, op. cit., s. 64.

¹⁴ Vid. čl. 51. Criminal Justice and Public Order Act 1994.

¹⁵ Ali za zastrašivanje svedoka u krivičnom postupku koji se vodi po zakonu BiH, predviđena je kazna zatvora od jedne do deset godina (čl. 241. KZ BiH). Organizacija Human Rights Watch je zaključila da nepovoljnu situaciju svedoka može promeniti strogo krivično gonjenje onih za koje se sumnja da zastrašuju svedoke (vid. Sudjenje ratnih zločina na sudovima u Bosni i Hercegovini – napredak i prepreke, www.oscebih.org/documents, dostupno 01.04.2005).

¹⁶ Vid. čl. 337. KZ Armenije; čl. 366. st. 2. KZ RS; čl. 9. KZ Finske; čl. 304. st. 1. KZ Hrvatske; čl. 236. KZ BiH; čl. 10. KZ Švedske; čl. 160. KZ Nemačke.

svedoku proglašeni za službenu tajnu i ako ih neovlašćeno otkriva službeno lice, radilo bi se o krivičnom delu odavanja službene tajne, koje je ugroženo kaznom zatvora od tri meseca do pet godina. Ako je delo učinjeno u pogledu naročito poverljivih podataka, predviđena je kazna zatvora od jedne do osam godina.¹⁷ Problem je, međutim, u slučaju kada podatke odaje lice koje se ne može smatrati službenim licem. Njegova radnja se može podvesti pod delo povrede tajnosti postupka, koje poznaju mnoga prava, a koje je redovno ugroženo veoma blagom kaznom - novčanom kaznom ili kaznom zatvora do jedne godine, a negde i kaznom zatvora do tri meseca.¹⁸ Delo se ogleda u neovlašćenom otkrivanju onoga što se saznao u sudskom, prekršajnom, upravnom ili drugom zakonom propisanom postupku, a što se po zakonu ne može objaviti ili je odlukom suda ili drugog nadležnog organa proglašeno kao tajna.¹⁹ Istom kaznom se kažnjava i ko bez dozvole suda objavi tok krivičnog postupka koji se vodi protiv maloletnika ili odluku koja je u tom postupku donesena ili ko objavi ime maloletnika protiv kojeg je postupak vođen ili podatke iz kojih se može saznati o kom se maloletniku radi.²⁰

Napredak predstavljaju zakonodavstva koja su posebno inkriminisala neovlašćeno otkrivanje podataka o identitetu zaštićenog svedoka. Od trinaest pregledanih krivičnih zakona, primere za to smo našli samo u tri: Srbiji, Republici Srpskoj i Rumuniji.

U Srbiji to predstavlja kvalifikovani oblik krivičnog dela povrede tajnosti postupka. Radnja krivičnog dela se ogleda u neovlašćenom otkrivanju podataka o identitetu ili ličnih podataka lica zaštićenog u krivičnom postupku ili posebnim programom zaštite. Predviđena je kazna zatvora do tri godine. Najteži oblik postoji ako su nastupile teške posledice po zaštićeno lice ili je krivični postupak bio onemogućen ili u znatnoj meri otežan, a kažnjava se kaznom zatvora od šest meseci do pet godina.²¹

U Republici Srpskoj postoji posebno krivično delo odavanje identiteta zaštićenog svedoka. Učinilac krivičnog dela može biti sudija ili drugo službeno lice koje je učestvovalo u saslušanju zaštićenog svedoka u krivičnom postupku. Radnja se ogleda u činjenju dostupnim neovlašćenoj

¹⁷ Čl. 369. KZ Srbije; čl. 425. KZ CG; čl. 355. KZ RS predviđa kaznu zatvora od tri meseca do tri godine za osnovni oblik dela.

¹⁸ Čl. 305. KZ Hrvatske.

¹⁹ Čl. 391. st. 1. i 2. KZ CG; čl. 291. st. 1. i 2. KZ Slovenije; čl. 305. st. 1. i 2. KZ Hrvatske; čl. 353d. ZKP Nemačke; čl. 369. KZ Makedonije i čl. 237. KZ BiH.

²⁰ Čl. 369. KZ Makedonije, čl. 237. KZ BiH i čl. 353d. KZ Nemačke poznaju samo prvi oblik ovog krivičnog dela.

²¹ Čl. 337. st. 3. i 4. KZ Srbije.

osobi podataka o identitetu zaštićenog svedoka. Predviđena je kazna od šest meseci do pet godina.²²

U Rumuniji su slične radnje kažnjive zatvorom od jedne do pet godina, a u težim slučajevima od pet do deset godina.

II. PROPISIVANJE POJEDINIХ VRSTA KRIVIČNIH SANKCIJA

U literaturi se mogu naći i predlozi za ustanovljenjem novih vrsta krivičnih sankcija, kojima se istovremeno štite i žrtve krivičnog dela nasilja u porodici. Tako se predlažu nove mere bezbednosti: zabrana kontaktiranja i mera obaveznog podvrgavanja psihološkom savetovanju ili tretmanu za nasilnike u porodici. Ove mere bi mogle biti izrečene uz kaznu zatvora i novčanu kaznu i kao uslov prilikom izricanja uslovne osude.²³ Cilj prve mere je sprečavanje daljeg nasilničkog ponašanja učinioца kada okolnosti ukazuju na opasnost od ponovnog vršenja istog krivičnog dela. Druga mera bi bila usmerena na promene u ponašanju učinioца i razvijanje novih veština komunikacije, uključujući metode za prepoznavanje stresnih situacija i adekvatno reagovanje na njih, uz učenje novih strategija za rešavanje problema. Danas se u takvim psihološkim savetovanjima daje prednost kognitivno-bihevioralnom pristupu koji je usmeren na promenu ličnih obeležja kao što su osećanja, vrednosti, stavovi i ponašanja koji su procenjeni kao neprilagođeni. To treba da promeni način razmišljanja pojedinca, da ga podstakne da razmisli pre nego što nešto uradi, da predvidi posledice svog ponašanja i da umesto nasilnog ponašanja osmisli druge načine rešavanja problema.²⁴

Naš zakonodavac nije usvojio ovaj predlog. On je delimično usvojen u KZ Hrvatske. U čl. 71. tačka e) dodata je još jedna posebna obaveza u okviru uslovne osude sa zaštitnim nadzorom – sudelovanje u postupku psihosocijalne terapije u specijalizovanim ustanovama u okviru nadležnih državnih tela radi otklanjanja nasilničkog ponašanja. Osnovna je svrha zaštitnog nadzora da se osuđeni ne isključi iz društva, već da uz pomoć i nadzor društvene zajednice dobrovoljno, ličnim postupcima, radom i odnosom prema posledicama svog ponašanja razvije svest o štetnosti određenih ponašanja i odgovornosti za njih.

²² Čl. 368. KZ RS

²³ Predlog Viktimoškog društva Srbije, u: V. Nikolić-Ristanović, *Porodično nasilje u Srbiji*, Beograd, 2002, s. 134-136.

²⁴ Više o tome M. Ajduković, *Psihosocijalne intervencije s počiniteljima nasilja u obitelji*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu 1/2004, s. 171.

U francuskom pravu takođe postoji posebna vrsta probacije, koja sadrži obavezu osuđenog da se podvrgne merama nadzora i podrške radi izbegavanja recidivizma. Pri tome mu se može odrediti i obaveza da ne posećuje i ne kontaktira sa određenim licima ili određenim kategorijama lica (posebno maloletnicima), označenim od strane suda.²⁵

III. UTICAJ SILE I PRETNJE NA KRIVIČNU ODGOVORNOST DAVAOCA LAŽNOG ISKAZA

Već je navedeno da zastrašivanje svedoka može imati za posledicu i davanje lažnog iskaza. Postavlja se pitanje da li primena sile i pretnje prema svedoku u tom cilju može uticati na njegovu krivičnu odgovornost. S obzirom na prirodu krivičnog dela davanje lažnog iskaza, isključena je mogućnost njegovog izvršenja pod dejstvom apsolutne sile. Ono se, međutim, može izvršiti pod dejstvom kompulzivne sile i pretnje. Kompulzivna sila predstavlja upotrebu fizičke, mehaničke ili druge snage da bi se iznudilo određeno ponašanje nekog lica koje je suprotno njegovoj volji. Pretnjom se jednom licu stavlja u izgled zlo koje će snaći njega ili njemu blisko lice ukoliko ono ne doneše odgovarajuću odluku. Da bi pretnja mogla uticati na volju nekog lica, ona treba da bude ozbiljna i moguća. Dakle, kompulzivnom silom se ostvaruje zlo, a pretnjom se ono samo stavlja u izgled.

Opšteprihvaćeno je mišljenje da primena kompulzivne sile ili pretnje prema svedoku isključuju postojanje krivičnog dela davanja lažnog iskaza preko ustanove krajnje nužde, ako su ispunjeni svi uslovi za nju. Smatra se da u svim ostalim slučajevima tu činjenicu treba ceniti kao olakšavajuću ili ublažavajuću okolnost pri odmeravanju kazne,²⁶ a prema nekim i kao fakultativnu okolnost za oslobođenje od kazne.²⁷

²⁵ Čl. 131-36-2. KZ Francuske.

²⁶ N. Srzenić i dr., Krivično pravo Jugoslavije. Opšti deo, Beograd, 1996, s. 190; E. Sahiti, Svedok i njegov iskaz kao dokaz u krivičnom postupku, neobj. dokt. disertacija, Priština, 1990, s. 145.

²⁷ N. Delić, op. cit., s. 326.

*Snežana Brkić, PH. D., Associate Professor
Novi Sad, Faculty of Law*

Witness protection from intimidation through criminal law

Abstract

Essence of this paper are measures of witness protection from intimidation through criminal law. At first, there are measures of proscribing some kinds of criminal offences which are related to the intimidation of witnesses. The second part pays attention on introducing some special kinds of criminal sanctions. The third part describes the role of force and threat to the criminal responsibility of witnesses who are lying.

Key words: witness protection, criminal offence, criminal sanctions, force and threat

*Dr Tatjana Lukić, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

BORBA PROTIV TERORIZMA U OKVIRU EU – PRIMER NEMAČKE

Sažetak: Teroristički napad 11.09.2001. godine na SAD imao je za posledicu u Nemačkoj sprovođenje brojnih političkih, zakonodavnih i organizacionih reformi, a sve u cilju obezbeđenja efikasnog suprotstavljanja terorizmu. U ovom radu autor se bavi novim zakonskim rešenjima koja su doneta na osnovu nove strategije za borbu protiv terorizma u Nemačkoj sa posebnim akcentom na upotrebi tajnih istražnih mera i novih tehnologija u vršenju nadzora, kao i njihovim odnosom sa osnovnim ljudskim pravom na privatnost.

Ključne reči: terorizam, krivični postupak, osnovna ljudska prava

Istorijski posmatrano, iskustvo Nemačke u borbi protiv terorizma najvećim delom se svodilo na borbu protiv domaćih terorističkih grupa. Još od 70-ih godina prošlog veka Nemačka je pokazala i volju i sposobnost da se bori protiv „domaćih terorista“. Posle napada 11. Septembra 2001. godine na SAD, mnogima je postalo jasno da novi oblici terorizma imaju transnacionalni karakter i da dotadašnji pristup u borbi sa terorizmom nije dovoljan. Nemačka teritorija je korišćena kao uporište za tajno organizovanje terorista. Čak trojica terorista koji su izveli napad 11.09.2001. godine na SAD su živeli u Hamburgu i u drugim gradovima Nemačke koristeći prednosti političkog azila i nizak nivo kontrole lokalnih vlasti.¹

¹ Bundesamt fuer Verfassungsschutz: Aufgaben, befugnisse, Grenzen, 2002, str.62 (http://www.verfassungsschutz.de/de/publikationen/allgemeine_infos/abg.abg.pdf)

Od terorističkog napada 11.09.2001. godine Nemačka je sprovela čitav niz političkih, zakonodavnih i organizacionih reformi na osnovu novo postavljene strategije za borbu protiv terorizma.

Ključni elementi Nemačke protiv-terorističke strategije od 11.09.2001. godine su²:

- *Identifikacija terorista i njihovih pomagača, njihovo izvođenje pred organe pravosuđa i eliminisanje njihove infrastrukture u Nemačkoj i u inostranstvu.*
- *Pružanje pomoći drugim državama u borbi protiv terorizma.*
- *Označavanje socijalnih, ekonomskih i kulturnih korena terorizma.*
- *Zaustavljanje širenja oružja za masovno uništavanje.*
- *Pronalaženje multilateralnog ozakonjenja bilo koje vojne akcije kroz UN.*

Nemačka je dala veliki značaj zaštiti građanskih prava i sloboda svim stanovnicima Nemačke, ali i strancima, što svakako nije značilo nedostatak političke volje za borbu protiv terorizma. Ipak, ovakav stav zakonodavstva je otežao, a u nekim slučajevima i onemogućio hvatanje i krivično gonjenje značajnih osumnjičenih terorista.

Implementacija novih mera u zakonodavstvo Nemačke³

Nemačka vlada je preduzela brojne mere posle 11.09.2001. koje su se odnosile na promene u zakonodavstvu, izvršnoj vlasti, finansijama i oblasti bezbednosti. Prvi korak je bio identifikacija slabosti u zakonodavstvu kojim je omogućeno pojedinim teroristima da žive i tajno osnuju terorističke celije i to neprimećeno od srane državnih organa.

Nemačka je prvo usvojila dva „anti-teoristička paketa“. Prvi, koji je odobren Novembra 2001. godine je pronašao pravne praznine u nemačkom zakonodavstvu kojim je teroristima omogućeno da žive i zarađuju novac u Nemačkoj. Značajne promene su obuhvatale sledeće:

1. Kao prvo, ukinut je krivično-procesni imunitet religijskih grupa. Samim tim je omogućeno vođenje istraga, kao i primene mera nadzora i snimanja telefonskih i drugih razgovora i komunikacija drugim tehničkim sredstvima, tajno praćenje i optičko snimanje lica od strane nadležnih organa.

² Ovi ključni elementi su izneti u govoru nemačkog Kancelara Garharda Šredera od 30. oktobra 2002. godine na 58. zasedanju Generalne skupštine UN (http://www.bmi.bund.de/top/sonstige/Schwerpunkte/Innere_Sicherheit/Terrorismus/ix9470_93173.htm)

³ Sve izmene zakonodavstva preuzete sa sajta Ministarstva unutrašnjih poslova Nemačke http://www.bmi.bund.de/top/sonstige/Schwerpunkte/Innere_Sicherheit/Terrorismus/ix9470_93173.htm i sajta Vlade Nemačke <http://www.bundesregierung.de/artikel>

2. Drugo, donete su nove odredbe zakona kojima se omogućava krivično gonjenje i suđenje u Nemačkoj i teroristima koji pripadaju nekoj stranoj terorističkoj organizaciji koja deluje samo u inostranstvu.

3. Mogućnost terorista da uđu i da prebivaju na teritoriji Nemačke je ograničena.

4. Pojačano je obezbeđenje na graničnim prelazima i aerodromima (bezbednost leta je povećana u smislu da je u avionima obavezno prisustvo naoružanog službenog osoblja, a da je pilotska kabina obezbeđena nepropusnim materijalom za metke).

Drugi „antiteroristički paket“ je imao za cilj da omogući efikasnu komunikaciju i saradnju službi bezbednosti i organa pravosuda na svim nivoima u državi. Doneti su novi zakoni kojima se obaveštajnim službama,⁴ policijskim organima i organima pravosuda daju znatno veća ovlašćenja u prikupljanju i obradi informacija, kao i mogućnost komunikacije i razmene informacija međusobno na svim državnim nivoima.

Na području finansija, Oktobra 2001. godine su usvojene nove mere protiv pranja novca. U okviru Ministarstva unutrašnjih poslova formirano je posebno odeljenje zaduženo za prikupljanje i obradu informacija koje se odnose na sumnjive finansijske transakcije, a sve radi efikasnijeg postupka oduzimanja nezakonito stečene imovine. Nadležni državni organi su novim zakonskim propisima dobili šira ovlašćenja koja se odnose na mogućnost pristupa, odnosno ostvarivanja uvida u finansijske baze podataka fizičkih i pravnih lica za koja postoje osnovi sumnje da se bave pripremom ili da su izvršila krivična dela u vezi sa terorizmom ili da pripadaju nekoj terorističkoj grupi. Takođe je formirana i posebna nezavisna federalna jedinica u okviru federalne policije u čijoj nadležnosti je nadzor i praćenje sumnjivih finansijskih transakcija. Mere za sprečavanje pranja novca sada obuhvataju i proveru elektronske baze podataka banaka kojima se same banke proveravaju da li pravilno i zakonito posluju u smislu provere i zaštite svojih klijenata.

⁴ Najznačajnije obaveštajne službe u Nemačkoj koje se bave prikupljanjem podataka u vezi sa terorizmom su: Federalna služba bezbednosti (BND) – koja je strogo ograničena na prikupljanje informacija iz inostranstva; Federalni Biro za zaštitu Ustava (BfV) – prikuplja isključivo obaveštajne podatke sa domaće teritorije; Vojna kontra-obaveštajna služba (MAD) – je zadužena za prikupljanje obaveštajnih podataka u vezi sa terorizmom čiji osnovni cilj je da se obezbedi spremnost Nemačke vojske. Osim toga značajnu ulogu u prikupljanju i razmeni informacija u vezi sa terorizmom imaju i Federalni biro za vodenje krivičnih istraživačkih radova (BKA) i Federalna carinska služba (BGS).

Pod koordinacijom Federalnog bankarskog biroa za nadzor, banke i druge finansijske institucije moraju da vrše kontrolu svih finansijskih transakcija za koje se sumnja da su u vezi sa nezakonitim aktivnostima. U okviru Federalnog biroa za vođenje krivičnih istraga formirana je posebna Centralna obaveštajna jedinica koja je zadužena za prikupljanje podataka o pranju novca i koja predstavlja kontaktnu tačku za saradnju Nemačke sa drugim državama u vezi sa pranjem novca. Inače, Nemačka je prva evropska zemlja koja je implementirala u svoje zakonodavstvo Uputstvo EU za borbu protiv pranja novca, kao i direktive FATF-a.⁵

Kreditni sektor za ekonomiju je propisao pravila prema kojima se banke obavezuju da podatke o svojim klijentima otkriju Federalnom Institutu za nadzor kreditnog sektora⁶ koji će ove podatke pohranjivati u posebnu bazu podataka, a koje može dati na uvid drugim državnim institucijama na njihov zahtev. Banke su takođe obavezne da uvedu posebne programe za nadzor radi otkrivanja sumnjivih finansijskih transakcija.

Što se tiče ostalih novina, donet je i nov Zakon o bezbednosti avio-saobraćaja u kome je novina ta da se određenim vojnim jedinicama dozvoljava da sruše otet avion pod određenim uslovima, ukoliko on predstavlja opasnost po bezbednost državne teritorije. Novim imigracionim zakonom su predviđeni lakši-manji uslovi za deportaciju sumnjivih stranaca i pooštreni su uslovi za sticanje državljanstva. Jula 2004. godine Ministar unutrašnjih poslova je uneo ključne organizacione izmene: 1. u centralnu bazu podataka biće unete sve raspoložive informacije koje se odnose na radikalne Muslimane za koje se sumnja da su teroristi; 2. formiran je zajednički koordinacioni centar u čiji sastav ulaze predstavnici BKA, BND, BfV i MAD-a, a koji su zaduženi sa naručujući saradnju u prevenciji terorističkih akata.

Nemačka veoma veliku pažnju pridaje krivičnopravnoj zaštiti od terorizma. Iz ovog razloga sva rešenja krivičnog procesnog prava idu u pravcu efikasnog krivičnog gonjenja i prevencije ovih krivičnih dela, a u okviru opšte prihvaćenih pravnih pravila. Krivično zakonodavstvo Nemačke predviđa mogućnost krivičnog gonjenja u Nemačkoj i onih lica koja su izvršila krivično delo terorizma i van područja državne teritorije Nemačke i u slučaju da nisu neposredno umešani nemački državljan i organizacije.

⁵ Financial Action Task Force on Money Laundering, http://www.bundeskriminalamt.de/profil/_zentralstellen/fiu/fiu_jahresbericht_2002.pdf

⁶ C. Schroder, Germany Prepares Extension of Anti- Money Laundering Law, <http://bundesfinanzministerium.de/Finanz-und-Wirtschaftspolitik/Terrorismusbekaempfung-.833.12650/Massnahmen-zur-Bekämpfung-der-Terrorismusfinanz.htm>

Zaštita osnovnih ljudsih prava i efikasnost borbe protiv terorizma

Uprkos velikim reformama u Nemačkom zakonodavstvu, kao rezultat isticanja potrebe zaštite građanskih sloboda, pravosudni organi i obaveštajne službe su se susrele sa još većim birokratskim teškoćama i većim ograničenjima nego u bilo kojoj drugoj zemlji. Od ovih organa je zahtevano da rade na što transparentniji način. Najveća pažnja je data zaštiti prava na privatnost i ličnih podataka. Ova prava su proširena i na strance sa prebivalištem u Nemačkoj. Policiji je zabranjeno da prikupljaju podatke i mogu da započnu istragu samo u slučaju osnovane sumnje da je izvršeno krivično delo. Tako da ne postoje nikakve zakonske mogućnosti da se protiv „opasne osobe“ preduzmu neke posebne mere, osim ako je ona izvršila prekršaj ili prestup. Podaci koji prikupe obaveštajne službe tajnim merama se ne mogu koristiti kao dokaz na суду.

Državne vlasti su u Nemačkoj uhapsile, obavile informativne razgovore i izvršile pretres stana i lica u velikom broju slučajeva, ali su morali osumnjičena lica da puste na slobodu zbog nedostatka dokaza. Takođe su visoko postavljeni zahtevi kod dokazivanja imovine koja je stečena izvršenjem krivičnog dela imali za posledicu da je ogromna količina imovine ostala nekonfiskovana.

Takođe je jedan od problema nemogućnosti efikasne borbe protiv terorizma organizacija nadležnih državnih organa. Naime, ne postoji ni jedan centralni organ koji bi kontrolisao i koordinisao akтивnosti (primenu najrazličitijih antiterorističkih mera i radnji) koje nadležni organi preduzimaju prema okriviljenom licu. Decentralizacija je prisutna i u radu obaveštajnih službi, bez ikakve međusobne saradnje. U ovakvim organizacionim uslovima, postoji velika opasnost da se relevantne informacije izgube. Saradnja je moguća samo u određenim slučajevima, nakon odobrenja formalno postavljenog zahteva za takvom saradnjom.

Da bi izbegli problemi koji nastaju zbog decentralizacije organa nadležnih za borbu protiv terorizma, u Nemčkoj je formiran Informacioni odbor koji treba da omogući razmenu informacija i interakciju (saradnju) između državnih organa u pojedinim istragama. Takođe je ustanovljen i Koordinacioni centar koji ima zadatak da unapredi saradnju između federalnih i lokalnih vlasti.

Pravo na privatnost i zaštita ličnih podataka

Član 10. Ustava Nemačke propisuje pravo na nepovredivost pisama, pošiljki i telekomunikacija. Ograničenje ovog prava je moguće samo zakonom i to u slučajevima kada je neophodno zaštiti osnovna prava i slobode i u slučaju kada interesi bezbednosti zemlje to nalažu. U takvim slučajevima je moguće ograničiti pojedina prava i slobode pojedinaca bez da se lica pogodena ovim merama moraju o tome obavestiti, a kontrola zakonitosti aktivnosti kojima se prava pojedinaca ograničavaju je povarena posebnom telu koje imenuje Parlament.

Ustavni sud Nemačke je 1983. godine je povodom jednog konkretnog slučaja doneo odluku da lice pogodeno merom kojom se ograničava neko njegovo osnovno pravo ili sloboda ima pravo da o tome bude obavešteno, osim u onim slučajevima kada je pretežniji opšti interes da o tome ne budu obavešteni.

Nemačka je zemlja koja ima veoma strog Zakon o zaštiti ličnih podataka u EU. Prvi takav propis koji je u svetu donet je donet upravo u Nemačkoj državi Hesen 1970. godine. 1977. godine donet je Federalni zakon o zaštiti podataka koji je u nekoliko navrata menjan i dopunjavan.⁷ Poslednje izmene su bile 2002. godine kada je ovaj zakonski propis uskladen sa Direktivom EU o zaštiti ličnih podataka.⁸ Opšti cilj ovog zakona je da zaštiti pojedince od neovlašćenog korišćenja njihovih ličnih podataka. Ovim zakonom je predviđeno prikupljanje, obrada i korišćenje ličnih podataka od strane federalnih i lokalnih vlasti, kao i nedržavnih organa ukoliko oni obraduju i koriste lične podatke pojedinaca u komercijalne i profesionalne svrhe.

Izmenama Zakona o zaštiti ličnih podataka 2001. godine regulisano je pitanje razmene informacija o ličnim podacima sa nadležnim organima u inostranstvu, pitanje video nadzora, anonimnost i pseudonimnost, kao i pitanje „osetljivih“ ličnih podataka (koji se odnose na rasu i etničko poreklo, političko opredeljenje, zdravstvene podatke i seksualno opredeljenje). Takođe je ovim izmenama predviđeno da sve kompanije moraju imenovati jedno lice koje će biti zaduženo za zaštitu ličnih prava ukoliko se bave prikupljanjem i obradom lučnih podataka. Takođe su kompanije obavezne da ove baze ličnih podataka registruju kod federalnih organa zaduženih za baze ličnih podataka, kao i da je potrebna saglasnost pojedinaca o otkrivanju (javnom iznošenju) njegovih ličnih podataka.

⁷ Federalni zakon o zaštiti podataka (BDSG) 27.01.1977. (Bendesgesetzblatt, Part I, No.7, 01.02.1977), <http://www.detenschutz-berlin.de/gesetze/bdsg/bdsgeng.htm>

⁸ Bendesgesetzblatt, Part I, No.3, 2003, <http://www.detenschutz-berlin.de/recht/de/bdsg/bdsg03.htm>

Federalna komisija za zaštitu baze podataka⁹ je nezavisna državna institucija koja vrši nadzor nad sproveđenjem Federalnog zakona o zaštiti ličnih podataka. Osnovni zadatak ove agencije je da prima pritužbe i da povodom istih istražuje, kao i da podnosi preporuke Parlamentu i drugim državnim telima. Ova agencija koja ima oko 70 zaposlenih primi godišnje u proseku oko 4500 žalbi (usmeno i pismeno) i sprovede oko 45 istraga. Svaka pokrajina i Nemačkoj ima svoju posebnu regulativu koja se odnosi na zaštitu ličnih podataka, a takođe i svaka pokrajina ima i po jedno lice koje je postavljeno na mesto zaštitnika ovih prava koji vrši nadzor nad primenom propisa.

Drugi važan zakon u Nemačkoj koji se odnosi na ovu oblast je G-10 zakon koji propisuje ograničenja tajnosti pojedinih komunikacija. Izmenama iz 2001. godine ovim zakonom je propisana obaveza svih provajdera da nadležnim državnim organima stave na raspolažanje sva sredstva radi vršenja nadzora i snimanja komunikacija.¹⁰ Na ovaj način je pokušano da se reši problem koji je postojao u praksi u slučajevima kada je lice zaduženo za zaštitu ljudskih prava uporno odbijalo zahtev policije da im se omogući da vrše nadzor i snimanje komunikacija putem *e-mail/a*, kao i pohranjivanje podataka do kojih se došlo na ovaj način u posebnu bazu podataka. Ovakvo zakonsko rešenje je u skladu sa 38 preloga ENFOPOL-a koji su doneti na nivou EU.

Maja 2002. godine u Evropskom parlamentu su bili izglasane izmenе i dopune čitavog niza propisa koji se odnose na privatnost telekomunikacija, a koje su počele da se primenjuju od Oktobra 2003. godine.¹¹ Ovim izmenama nisu bila predviđena nikakva ograničenja u pogledu toga koliko dugo vlade članica EU mogu da zadrže lične podatke koje koriste u krivičnim istragama i da zahtevaju od ISP/a da produži vreme pohranjivanja informacija koje se odnose na telefonske i *online* komunikacije. Federalni Ustavni sud je postavio stroga ograničenja u vezi sa zadržavanjem ličnih podataka mimo onih svrha koje su određene ustavom i zakonom. Iz ovih razloga Nemačka je veoma nerado prihvatile nove evropske propise koji predviđaju mogućnost zadržavanja podataka i do dve godine.¹² Ipak, Evropska Unija i Nemački parlament podneli su brojne predloge kojima se zahteva ne samo od ISP-a, nego i od svih telekomunikacija-

⁹ BfD – Bundsbeauftragter fur den Datenschutz, <http://www.bfd.bund.de>

¹⁰ Videti: World Socialist Web Site

¹¹ T.McMahon, European Parliament Accepts Privacy Law, EuropeMedia.net (30.05.2002), <http://wwweuropemedia.net/shownews.asp?ArticleID=10749>

¹² Answers to a questionnaire on traffic data retention, Council of the European Union, November,20,2002 , <http://blubb.at/kuhm/temp/20112002tidy.html>

skih i mulimedialnih servisa, odnosno od provajdera da sistematski zadržavaju sve podatke bez ikakve sumnje najmanje 6 meseci. Nedavno je i radna grupa EU zadužena za saradnju u krivičnim stvarima, inicirala predlog za obavezno zadržavanje takvih podataka za potrebe izvršne vlasti u periodu od 12-36 meseci. Ovom predlogu Nemačka se žestoko usprotivila smatrajući da se time značajno ograničava sloboda govora, pristup informacijama i pravo na privatnost komunikacija.

Oktobra 2001. godine u Nemačkoj je donet zakon kojim je predviđeno da kompanije fiksne i mobilne telefonije imaju obavezu da instaliraju najkasnije do januara 2005. godine potrebnu tehnologiju kojom će se omogućiti policijskim organima i organima službi bezbednosti pristup većini komunikacija u Nemčkoj.¹³

Nadzor i snimanje žičanih komunikacija su takoće regulisani zakonom G-10. Prema ovom zakonu, za nadzor ovih komunikacija neophodna je naredba suda u krivičnim slučajevima.¹⁴ Jula 1999. godine Ustavni sud Nemačke doneo je odluku kojom se dozvoljava nadzor i snimanje međunarodnih žičanih komunikacija i bez posebnog naloga nadležnih vlasti (prikriveni metod) od strane obaveštajne službe BND-a u preventivne svrhe, a da bi se sprečili teroristički akti, kao i ilegalan promet narkotika i oružja.¹⁵ Nedavno je zakon poznat kao tzv. *Grosser Lauschangriff* (veliki napad prisluškovanjem) bio osporavan pred Ustavnim sudom Nemačke, jer je ovim propisom dat čitav niz dodtanih ovlašćenja policiji da nadziru potencijalne izvršioce krivičnih dela. Nakon 6 godina žestoke političke debate, 2/3 većinom u nemačkom Parlamentu je izglasana izmena člana 13. Ustava (aprila 1998.) kojom je legalizovano ovlašćenje policije da postavlja prislučne uređaje u privatne stanove pod uslovom da za to postoji naredba suda. Ova izmena je bila priprema za donošenje Zakona za borbu protiv organizovanog kriminala koji je počeo da se primenjuje 1999. godine.¹⁶ Marta 2004. Ustavni sud nemačke doneo je odluku¹⁷ prema kojoj značajni deo pomenutog zakona¹⁸ krši ustavom zagarantованo pravo čoveka na ljudsko dostojanstvo i nepovredivost stana (čl.1. i čl.

¹³ Telekommunikations-überwachungsverordnung-TKUV, 22.01.2002,BGBI.I Nr.5,458, <http://217.160.60.235/BGBL/bgb1f/bgb102005s458.pdf>

¹⁴ Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (GG10,Art.10), 13.08.1968. (G10 BGBI.I, 949)

¹⁵ <http://www.uni-wuerzburg.de/dfr/bv093181.html>

¹⁶ <http://www.spiegel.d/netzwelt/politik/0,1518,247029,00.html>

¹⁷ BVerfG,1 BvR 2378/98 ,03.03.2004, Absatz-Nr.(1-373), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20040303_1bvr237898.html

¹⁸ Net Lexicon, <http://www.lexikon-definition.de/Grosser-Lauschangriff.html>

13. Ustava).¹⁹ Prema stanovištu Ustavnog suda izvesne komunikacije su apsolutno zaštićeno područje privatnosti u kome mogu građani slobodno privatno komunicirati bez straha da će biti prisluškivani.²⁰ U područje potpuno zaštićene komunikacije spada komunikacija sa bliskim članovima porodice, sveštenikom i braniocem, osim ako se ona odnosi na učinjena ili planirana krivična dela. Ipak, da bi se opravdao nadzor i snimanje komunikacija između potencijalnog osumnjičenog i „osobe od poverenja“ nadležni organi moraju pokazati da postoji opravdan razlog i čvrsti dokazi koji upućuju na to da je sadržaj ovih razgovora ne spada u sferu privatnosti i da se radi o naročito opasnom krivičnom delu.²¹ Ukoliko se prisluškuje razgovor za koji se utvrdi da spada u apsolutno zaštićenu sferu privatnosti, odmah se prisluškivanje mora prekinuti, a sav snimljeni materijal uništiti.

U Nemačkoj je 2001. godine Parlament usvojio novi zakon koji daje ovlašćenje policiji i pravosudnim organima da ostvare pristup telekomunikacijskim podacima za istraživanje teških krivičnih dela (kao dopuna i nezavisno od nadzora i snimanja žičanih komunikacija). Ovaj zakon je počeo da se primenjuje 2002. odine i njime se zahteva od telekomunikacijskih provajdera da otkriju podatke koji se odnose na vreme i dužinu trajanja razgovora, mesto i broj telefona sa koga je obavljen razgovor.²² Praksa je pokazala da u najvećem broju slučajeva nadzora i snimanja žičanih komunikacija, nadležni organi po prestanku mere nisu obavestili o istoj lice pogodeno merom, što je suprotno zakonskim propisima.²³ Zbog toga su državni organi nadležni za zaštitu ljudskih prava zahtevali od državne vlasti da upravlja i vodi nezavisnu naučnu procenu radi kontrolisanja ekspanzije nadzora i snimanja komunikacija i da te mere prekine u slučajevim kada je to neophodno, kao i da pojača sudsku kontrolu primene ove mere.

Aprila 1998. godine donet je zakon kojim je Federalnoj policiji dozvoljen slobodan pristup bazama podataka širom zemlje radi uspešnog sprovoćenja istrage. Mesec dana kasnije paravojnim policijskim snagama

¹⁹<http://www.bundesregierung.de/en/Federal-Government/Function-and-constitutional-ba-,10222/I.-Basic-rights.htm>

²⁰ C.Schroder, Wiretap in Germany, German American Law Journal;American Edition,11.03.2004., <http://www.recht.us/amlaw/2004/03/11>

²¹ University College of London, Faculty of Laws, Institute of Global Law,German Legal News – Constitutional Law, http://www.ucl.ac.uk/laws/global_law/legal-news/german/index.shtml?constitution

²² Federal Bulletin, BGBl I 2001,3879, <http://217.160.60.235/BGBl/bgbl1f/b101073f.pdf>

²³ Dreiviertel aller Lauschangriffe rechtswidrig, <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,229958,00.html>

na granicama je dozvoljeno da bez postojanja ikakve sumnje proveravaju lične podatke i prtljag lica.²⁴

U nemačkom zakonodavstvu u svim propisima koji se odnose na korišćenje ličnih podataka, sadržane su i odredbe o poštovanju ličnih podataka u skladu sa pravom na privatnost. Tako npr. novi Zakon o telekomunikacijama sadrži čitavo poglavlje koje se odnosi na zaštitu ličnih podataka.²⁵

Zakon o informacijskim i komunikacijskim servisima iz 1997. godine predviđao je zaštitu podataka koji se koriste u okviru kompjuterske mreže.²⁶ Uprkos ovoj zakonskoj zaštiti septembra 2001. godine izvršeno je istraživanje korisnika kompjuterske mreže koje je pokazalo da dva od svakih pet građana Nemačke koji imaju kompjutere, a koji su stariji od 14 godina, ne koriste Internet jer su zabrinuti za bezbednost svojih podataka.²⁷ Ovim zakonom su takođe predviđeni uslovi za stavljanje digitalnog potpisa (danasa oko 200000 zaposlenih su ovlašćeni na stavljanje digitalnog potpisa) koji na sudu ima istu dokaznu snagu kao i svojeručni potpis.²⁸

Posle terorističkog napada na SAD 11.09.2001. godine u Nemačkoj je donet Protivteroristički zakon²⁹ koji je počeo da se primenjuje od Januara 2002. godine, a kojim su značajno izmenjeni neki do tadašnji propisi. Najznačajnije novine se odnose, između ostalog, na formiranje zakonskih osnova za biometričku identifikaciju lica u pasošima i ličnim kartama, a kojima se nadležnim vlastima olakšava razmena informacija. Takođe je predviđeno uvođenje najsavremenijih tehnologija za uzimanje otiska prstiju i prepoznavanje lica.

U Krivični zakon Nemačke je takođe uvedena mogućnost korišćenja tzv. IMSI – potražnog sistema kojim se omogućava pronalaženje i praćenje lica putem korišćenja mobilnog telefona. Zakon koji je počeo da se primenjuje 14.08.2002. godine predviđa ovlašćenje nadležnih pravosudnih organa da pribavljaju na osnovu sudskog naloga, i u vremenskom

²⁴ New Powers for the Border Police: Checks Anywhere at Any Time, Fortress Europe, FECL 56(1998)

²⁵ Telecommunications Carriers Data Protection Ordinance (12.07.1996, Federal Law Gazette, I, 982), Federal Ministry of Posts and Telecommunications,
<http://www.datenschutz-berlin.de/gesetze/medien/tdsve.htm>

²⁶ Federal Act Establishing the General Conditions for Information and Communications Services – Information and Communication Services Act, 13.06.1997,
<http://www.datenschutz-berlin.de/gesetze/medien/iukdge.htm>

²⁷ Data Theft terror: German PC Owners Refuse to Surf, Deutsche Presse-Agentur, 23.09.2001.

²⁸ R. Perera, German Federal Employees Get Digital Signatures, <http://www.cnn.com/2002/TECH/ptech/01/21/german.government.idg/index.html>

²⁹ http://www.bmi.bund.de/Annex/de_15999/Terrorismusbekaempfungsegsetz_PDF-Datei.pdf

periodu koji je u toj naredbi određen, ali ne duže od šest meseci, podatke koji se odnose na kretanje pojedinaca i telefonske brojeve koje je lice protiv koga je mera određena koristio.³⁰

Pravo na privatnost i korišćenje najnovijih tehničkih sredstava za realizaciju posebnih istražnih mera nadzora – Odluka Nemačkog ustavnog suda i regulativa koja se odnosi na vršenje nadzora GPS sistemom

U odluci Ustavnog suda Nemačke od 12.04.2005. godine izražena je zabrinutost tog suda u vezi sa velikim napretkom tehnologije koja se primenjuje prilikom vršenja mere nadzora, a koja sve više narušava osnovna ljudska prava.³¹ Ustavni sud je zahtevao od različitih istražnih organa na svim državnim nivoima da koordiniraju svoje aktivnosti i da nadležnoj sudskej vlasti predoče sve mogućnosti nadzora (metode i tehnologije koje se koriste) kada sudska vlast treba da donese odluku o primeni takve jedne mere. Такође, Ustavni sud je upozorio nemački Parlament da prati napredak u razvoju tehnologije koja se koristi u vršenju nadzora i snimanja lica i stvari radi blagovremenog ustanovljavanja najrazličitijih zakonskih garancija licima pogodenih ovom merom kojima bi se zaštitili lični podaci postavljanjem ograničenja u korišćenju najnovijih naprednih tehnologija. Međutim, i dalje je ostalo mnogo nerazjašnjenih pitanja od kojih je svakako najvažnije kako da se izbegne preklapanje nadležnosti policajskih i obaveštajnih organa u primeni ovih mera, jer se u Zakonu o krivičnom postupku Nemačke propisuju uslovi za primenu ove mere u represivne svrhe, a obaveštajne službe je primenjuju u preventivne svrhe i informacije do kojih dođu primenom ove mere obaveštjane službe se ne mogu koristiti kao dokaz u postupku, već samo u operativne svrhe policijskih organa.

Povod za donošenje ove odluke Ustavnog suda Nemačke je bila žalba koju je podnelo lice, koje je inače član tzv. Anti-imperijalističkog jezgra koje se razvilo iz jednog dela tzv. Crvene armije, a koje je osuđeno pred nadležnim sudom za krivično delo pokušaja ubistva izvođenjem čitavog niza terorističkih aktivnosti postavljanjem bombi. On je u svojoj žalbi osporavao zakonitost korišćenja GPS tehnologije u vršenju nadzora i snimanja njegovog kretanja. Naime, Federalna policija (Bendeskriminamt) i Agencija za zaštitu Ustava (Verfassungsschutz) u dve nemacke

³⁰ Tätigkeitsbericht – 2001/2002, 54-55, <http://www.bfd.bund.de/information/19tb0102.pdf>

³¹ BvR 581/01; www.bverfg.de/entscheidungen/

pokrajine su vodili istragu protiv ovog lica i saokriviljenog zbog osnovane sumnje da su izvršili krivično delo terorizma i da pripremaju drugi teroristički akt. Tokom ove istrage policija je vršila meru tajnog praćenja i optičkog snimanja ovih lica, nadzor i snimanje telefonskih i drugih razgovora i komunikacija drugim tehničkim sredstvima, a u njihova vozila su postavili i uređaje za praćenje GPS (Global Positioning System) sistemom nakon što su okriviljeni i saučesnik otkrili i onesposobili u svom prevoznom sredstvu elektronski biper (mnogi jednostavniji uređaj za praćenje vozila).

GPS sistem je savremen i pomoću njega se ostvaruje praćenje kretanja, utvrđivanje lokacije vozila i brzine kojom se kreće. Osim toga, svi ovi podaci se beleže i čuvaju zahvaljujući ovom sistemu. Na ovaj način se istražiteljima pruža mogućnost da stvore kompletnu sliku kretanja vozila u prošlosti i sadašnjosti za razliku od bipera kojim se omogućava prikupljanje podataka samo u sadašnjem trenutku i to pod uslovom da znaju poziciju gde se vozilo nalazi da bi sa njim uspostvili signal za praćenje.

U žalbi se navodi kako je povređena odredba čl. 100(c)(1)(b) Zakonika o krivičnom postupku koja se odnosi na upotrebu tehničkih sredstava za vršenje nadzora. Naime, ovom odredbom se istražiteljima omogućava korišćenje „tehničkih sredstava“ radi vršenja vizuelnog nadzora lica osumnjičenih da su izvršila teška krivična dela, a podnositac žalbe je tvrdio da zakonska odredba nije dovoljno precizna i da se pod ovu odredbu ne može podvesti i mogućnost korišćenja GPS sistema kojim se omogućava stvaranje kompletne slike o svim kretanjima lica u jednom vremenskom intervalu bez ikakvih praznina. Takođe je u žalbi navedeno da zakonodavstvo, ukoliko dozvoljava primenu ovog sistema, mora obezbediti veću zaštitu licu pogodenom ovom merom. Ukoliko bi se tumačenjem pomenute zakonske odredbe dozvolilo korišćenje ovog sistema za praćenje, time bi se dozvolilo kršenje osnovnog ljudskog prava na ličnost i na samostalnost, kao i pravo na privatnost koja je zagarantovana ne samo Ustavom Nemačke nego i Evropskom konvencijom o ljudskim pravima. Umesto postojećeg rešenja, kako je navedno u žalbi, u Zakoniku o krivičnom postupku bi trebalo propisati mnogo veće proceduralne zahteve – uslove kada su u pitanju izuzetno napredne tehnologije. Vrhovni sud Nemačke je ovu žalbu odbio kao neosnovanu potvrđio presudu I – stepenog suda.

Podržavajući korišćenje GPS tehnologije, Vrhovni sud je odbacio mišljenje nižih sudova da je GPS tehnologija funkcionalno ekvivalentna elektronskom biperu čije korišćenje je predviđeno čl.100(c)(1)(b) ZKP-a. Korišćenje elektronskog bipera zahteva poznavanje približne lokacije vozila u vremenu kada se njegovo kretanje prati, za razliku od GPS tehnologije.

nologije koja je mnogo savremenija i kojom se postiže praćenje kretanja vozila u određenom vremenskom intervalu nezavisno od toga da li ovlašćena lica koja sprovode meru znaju približnu lokaciju na kojoj se vozilo nalazi ili ne, i vremenski kontinuirano bez ikakvih prekida kao što je to slučaj sa elektronskim biperom. Sud je ovaj sistem okvalifikovao kao „sredstvo za vršenje nadzora“ čime je njegova upotreba dozvoljena prema čl.100 ZKP-a, jer isto kao i biper ovom tehnologijom se određuje lokacija lica ili vozila koje se nadzire. Takođe je istaknuto da se primenom ovog sistema znatno manje zadire u zonu privatnosti pojedinaca u poređenju sa merom nadzora i snimanja razgovora i da, ukoliko se upotrebom GPS tehnologije ostvari svrha primene mere nadzora, za primenom drugih mera kojima se znatno više zadire u sferu privatnosti neće biti potrebe. Osim toga, ZKP-om je propisano da se ove mere koriste samo u istragama povodom teških krivičnih dela i kada se na drugi način ili drugim istražnim merama i ranjama ne može, ili bi bilo znatno otežano vođenje istrage.

Najspornije u pomenutom slučaju je bilo pitanje pravilne primene GPS tehnologije na slučaj tzv. dugoročnog praćenja. Naime, Istraga je u konkretnom slučaju započela četiri godine pre nego što je izvršena izmena ZKP-a, tačnije čl.163 (f) u koji je ovim izmenama predviđana obaveza nadležnih istražnih organa da, ukoliko postoji potreba za primenom posebne istražne mere dugoročnog praćenja lica, pre početka primene ove mere dobiju odobrenje nadležnog sudskog organa. Međutim, u vreme kada su nadležni organi počeli da primenjuju ovu meru nije postojao ovaj zakonski uslov, pa se kao sporno pitanje pred Vrhovnim sudom povodom ovog konkretnog slučaja postavilo pitanje retroaktivnog važenja ove zakonske odredbe, s obzirom da bi ona bila povoljnija za osuđeno lice. Vrhovni sud je povodom ovog pitanja zauzeo stanovište prema kome ova izmena ZKP-a nije bila obavezna prema Ustavu, nego je Skupština koristeći svoje pravo, izvršila samoinicijativno izmenu ZKP-a, a u cilju povećanja proceduralnih garancija privatnosti lica pogodjenih posebnim istražnim merama, pa ova izmena ne može imati retroaktivno dejstvo, već važi samo za buduće slučajeve.

Najznačajnije pitanje sa kojim se u ovom konkretnom slučaju suočio Vrhovni sud je bilo pitanje zajedničkog uticaja – dejstva kombinovanjem više različitih sredstava za vršenje nadzora, kao što su nadzor i snimanje žičanih komunikacija i GPS tehnologija. U ovom konkretnom slučaju istražni organi su koristili ne samo GPS tehnologiju, nego su prema istom licu vršili nadzor i snimanje telefonskih i drugih razgovora i komunikacija drugim tehničkim sredstvima, kao i tajno praćenje i optičko snimanje lica. Svim ovim merama koje su bile primenjene prema jednom licu se sticao kompletan uvid u njegove dvadesetčetvorocasovne aktivnosti. Ovo

je posebno istaknuto u žalbi kao protivzakonito odredbama Ustava kojima je zagarantovano pravo na ličnost,³² čime se štiti privatnost i dostoјanstvo građana. U žalbi je istaknuto da istivremenom primenom više mera kojima se zadire u privatnost građana, ukoliko ne postoji zakonski instrumenti za zaštitu lica pogodenih ovim merama kao što je npr. sudska procena celishodnosti primene ovih mera i njegova konačna odluka o primeni tih mera koja treba da se donese pre početka njihove primene, a osuđujuća odluka se donese na osnovu materijala do koga se došlo upravo primenom ovih mera, krši se pravo na pravično suđenje. Međutim, Vrhovni sud je odbacio ove argumente u jednom delu jer je preklapanje, odnosno istovremena primena pomenutih mera bila veoma mala. Kao prvo, GPS tehnologiju su istražni organi počeli da koriste tek onda u istrazi kada se pokazalo da je lice pogodeno merom tajnog praćenja elektronskim biperom veoma vešto u promeni vozila, a radi izbegavanja nadležnih organa da mu uđu u trag, kao i onesposobljavanju lokatora za praćenje biperom. Samo vikendima su istražni organi ovu tehnologiju kombinovali sa tajnim praćenjem i optičkim snimanjem lica. A mera nadzora i snimanja komunikacija je korišćena minimalno, a osim toga, lice pogodeno ovom merom je telefon koristio samo kada mu je to bilo neophodno jer je sumnjao da ga prisluškuju.

Ono što je još važnije jeste to da je Vrhovni sud istakao da je već sam Zakonik o krivičnom postupku postavio granice kumulativnoj primeni različitih tehnika nadzora na taj način što je propisana obaveza da sudija proceni, odnosno uzme u obzir kolike su mogućnosti svakog tehničkog sredstva koje se koristi i koliko svaki od tih sredstava doprinosi ostvarenju svrhe istrage. U Zakoniku je posebno istaknuta obaveza poštovanja principa supsidijarnosti prema koje je primena posebnih tajnih istražnih mera uslovljena činjenicom da su redovne istražne radnje neadekvatne, odnosno ako se njima ne može uspešno sprovesti istraga ili bi ona bila značajno otežana, što procenjuje sud ukoliko se radi o dugoročnoj primeni tajnih istražnih mera.³³ Princip supsidijariteta takođe podrazumeva i da se prilikom izbora tajnih istražnih mera uvek ide od onih kojima se najmanje zadire u zonu privatnosti (tzv. lakših mera) pa prema težim merama, samo ukoliko se lakšim ne može ostvariti cilj istrage. Na ovaj način se izbegava tzv. „totalan nadzor“ koji je svakako u suprotnosti sa Ustavom.

Ovaj konkretan slučaj je u Nemačkoj otvorio veoma značajno pitanje preklapanja nadležnosti i mogućnost istovremene primene velikog

³² Ustav Nemačke, čl. 2(1), www.bundestag.de/htdocs_e/info/gg.pdf

³³ StPO Section 100a, 110a, www.iuscomp.org/gla/statutes/StPO.html

broja različitih mera tajnog nadzora prema jednom istom licu od strane više nadležnih organa kako u preventivne, tako i u represivne svrhe (policijski organi, službe bezbednosti i pravosudni organi). Najveći problem u praksi predstavlja činjenica da usled decentralizacije vlasti izostaje koordinacija i međusobno obaveštavanje o primeni tajnih mera nadzora, pa je sasvim realno za očekivati da ni sami organi gonjenja kada podnesu sudu obrazloženi predlog za primenu mere tajnog nadzora ni sami ne znaju da li takvu meru primenjuje već neka služba bezbednosti ili policijski organi u svojoj operativnoj delatnosti prema istom licu, a čime bi se svakako kršilo osnovno ljudsko pravo na privatnost koje je Ustavom garantovano.

Zaključna razmatranja

Izazov koji terorizam postavlja pred krivično procesno pravo je istovremeno izazov ravnoteži u odnosu pojedinca i države koji su uspostavile sve savremene pravne države. Efikasna prevencija i represija terorizma moguća je samo uz primenu novih metoda otkrivanja i dokazivanja i istraga kojima se povećava obim ovlašćenja nadležnih državnih organa, ali se time svakako povećava i granica zadiranja u osnovna ljudska prava. Zbog toga kod krivičnih dela terorizma postoji stalno osciliranje između zahteva za efikasnom akcijom državnih represivnih organa i zahteva njenog usmeravanja u pravne okvire određene ustavnim normama o zaštiti prava građana. Upravo problem koji terorizam postavlja pred krivično procesno pravo paradigmatski prikazuje između tendencije zaštite osnovnih prava i tendencije za efikasnošću u krivičnom postupku. Poštovanje prava čoveka je jedna od osobina dobre strategije kontrole kriminaliteta. Ona je izraz težnji za vladavinom prava u kojoj državni organi sami sebe ograničavaju preduzimajući isključivo one mere koje su istovremeno i legalne i legitimne. Dakle, to samoograničavanje i svest da se u procesu suprotstavljanja najtežim ugrožavanjima fundamentalnih vrednosti na kojima zajednica počiva ne mogu koristiti sva sredstva, pa čak i kada bi se time postigla veća efikasnost u borbi protiv kriminaliteta, predstavlja jednu od bitnih karakteristika pravne države. Zbog toga se mere koje zadiru u osetljivu oblast prava čoveka na privatnost moraju tako pravno urediti da se svedu na izuzetak i primenjuju samo u skladu sa jasnim zakonskim ograničenjima. Ovo je deo pravičnog suđenja u kome se pojedincu, kome nasuprot stoje državni organi i službe, treba omogućiti da svoja prava i interesu zaštiti u pravičnom postupku.

Nemački pristup u borbi protiv terorizma je uslovjen u velikoj meri i njenim geografskim položajem, s obzirom na to da se ona nalazi u srcu Evrope i da je članica Evropske Unije. Nemačka ima dve granice: svoju i granicu EU u okviru koje ona vidi svoju ekonomsku i sigurnu budućnost. Procedure i nadležnost Evropske Unije u pogledu borbe protiv terorizma imaju direktnе implikacije na stanje i u državama članicama. Zbog toga je Nemačka uskladila svoje zakonodavstvo sa brojnim propisima i protiterorističkim merama koji su usvojeni na nivou EU kao što su npr. jedinstvena definicija terorizma i terorističke organizacije, jedinstveni sistem krivičnih sankcija, kontrola granica u okviru Šengenskog sistema, Evropski nalog za hvatanje i predaju i Nalog EU za konfiskaciju i oduzimanje imovine.

*Tatjana Lukić, Ph.D., Assistant Professor
Law Faculty, Novi Sad*

Combat against Terrorism within Europe Union – regarding Germany

Abstract

After the attacks of September 11, 2001, it became apparent to many within and outside Germany that its traditional approaches were ill-suited to dealing with the new threat of transnational terrorism. Terrorists' use of German territory to hatch the 9/11 plot served as a wake up call for many. Three of the hijackers lived and plotted in Hamburg and other parts of Germany for several years, taking advantage of liberal asylum policies and the low levels of surveillance by authorities.

The German response to the 9/11 terrorists attacks to the US was immediate and unprecedented in scope for that country. Germany has introduced a number of policy, legislative and organisational reforms since 9/11 to make the country less hospitable to potential terrorists. Despite these reforms, critics point to continuing problems hampering Germany's domestic efforts. Germany law enforcement and intelligence communities face more bureaucratic hurdles, stricter constraints and closer oversight than those in many other countries. In this article the author examine the German domestic efforts in fight against terrorism whitch expanded across a wide spectrum of reforms.

Germany attaches very great importance to the fight against terrorism. For this reason, considerable weight is given to effective criminal prosecution and successful prevention within rule-of-law standards. In this article the author also deals with new measures whitch are implemented in legislation in Germany witch refers to restraining some fundamental human rights.

*Dr Dragiša Drakić, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

KRIVIČNO DELO UČESTVOVANJA U TUČI

Sažetak: *U uvodnom delu rada autor ukazuje na kriminalno-političku opravdanost odnosne inkriminacije.*

Centralni deo rada može se podeliti na nekoliko većih celina. Najpre se detaljno razmatraju elementi bića predmetnog krivičnog dela: radnja, posledica, objektivni uslov inkriminacije. Potom autor pravi razliku između situacije kada se učinilac svesno i voljno uključio u tuču i situacije kada se protiv svoje volje našao u istoj. Nakon toga, raspravlja se o mogućnosti i domašaju primene instituta nužne odbrane u okviru odnosne problematike. Posebnu pažnju autor u sledećem poglavlju posvećuje analizi situacije, kada se učinilac uključio u tuču nakon nastupanja objektivnog uslova inkriminacije, odnosno, kada je istupio iz tuče pre nastupanja istog. Na kraju, autor ukazuje na razliku između krivičnog dela učestovanja u tuči i krivičnog dela ugrožavanja opasnim oruđem pri tuči ili svađi.

Ključne reči: *učestovanje u tuči, radnja, posledica, objektivni uslov inkriminacije, nužna odbrana, ugrožavanje opasnim oruđem pri tuči ili svađi.*

Pod tučom se podrazumeva fizičko obračunavanje između dva ili više lica.¹ One se razlikuju prema broju učesnika tuče, upotrebljenim sredstvima, intenzitetu ličnog angažovanja svakog pojedinog učesnika, kao i mogućim posledicama. Iz toga se može zaključiti da se tuče međusobno razlikuju po stepenu svoje društvene opasnosti. Tako, postoje fizički obračuni u kojima učestvuju dve osobe i koji obuhvataju najlakše napade na telesni integritet, ali i takvi u kojima učestvuje

¹ Dakle, svada ili obična prepirkka ne mogu se smatrati tučom.

veliki broj lica, koja u tuči koriste oružje ili opasno oruđe, i usled kojih nastupa smrt ili teško telesno povređivanje jedne ili više osoba. Upravo od stepena društvene opasnosti, koji zavisi od napred navedenih parametara, zavisi i položaj jedne tuče u sistemu kaznenih delikata. Ona najčešće predstavlja prekršaj protiv javnog reda i mira. Samo tuče koje u sebi i sa sobom nose visok potencijalitet opasnosti mogu biti krivična dela.² S tim u vezi, krivično delo učestvovanja u tuči, prema našem Zakoniku, vrši onaj „ko učestvuje u tuči u kojoj je neko lišen života ili je drugom nanesena teška telesna povreda“.³

U teoriji krivičnog prava postoje dva različita shvatanja o tome, šta je razlog ovog inkriminisanja, odnosno, osnov krivične odgovornosti pojedinog učesnika. Prema jednom shvatanju, kako se u tuči najčešće ne može utvrditi ko je prouzrokovao tešku posledicu (u našem pravu - smrt ili tešku telesnu povredu), to razlog kažnjavanja učesnika tuče leži u prepostavci da je svaki od njih prouzrokovao istu (tešku posledicu). No, kako za tako nešto najčešće ne postoji dokaz, svi oni se kažnjavaju kao učesnici tuče u kojoj je nastupila teška posledica, a ne za ubistvo odnosno tešku telesnu povredu. Ukoliko se u krivičnom postupku ipak utvrdi ko je počinio ubistvo ili tešku telesnu povredu, ostali učesnici neće biti kažnjeni za samo učestvovanje u tuči, jer je otpala prezumpcija prouzrokovanja teške posledice i, samim tim, osnov njihove odgovornosti i kažnjivosti. Prema drugom shvatanju, koje je i vladajuće u teoriji krivičnog prava danas, osnov odgovornosti za tuču iz koje je rezultirala teška posledica ogleda se u pojačanoj društvenoj opasnosti ovakve tuče. Naime, učesnik se ne kažnjava zbog nastupanja teške posledice, već zato što je svojom delatnošću stvorio a zatim i uvećao opasnost na koju se, kao logičan i očekivan sled, nadovezala teška posledica. Drugim rečima, svaki učesnik tuče je značajno doprineo nastupanju smrti ili teške telesne povrede, iako je sam nije neposredno prouzrokovao. Stoga će učesnici tuče odgovarati za ovo delo i kada se u krivičnom postupku utvrdi ko je izvršio ubistvo ili tešku telesnu povredu. U

² Iz tog razloga neki autori odnosno krivično delo kvalifikuju kao „opasna tuča“, da bi na taj način izvršili razgraničenje u odnosu na druge tuče koje nisu opasne i samim tim ne predstavljaju krivična dela. Tako npr, J. Tahović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 1957, str.358. Ipak, kako je svaka tuča u većoj ili manjoj meri opasna, ono što jednoj tuči daje kvalitet krivičnog dela, kao najtežeg kaznenog delikta, je njena velika društvena opasnost. Stoga se jedino „naročito opasna tuča“ može oglasiti krivičnim delom.

³ Za ovo delo propisana je novčana kazna ili zatvor do tri godine. Vid. član 123 Krivičnog zakonika Srbije, Službeni glasnik Republike Srbije, br.85, Beograd, 6.oktobar, 2005. Raniji Krivični zakon Srbije za ovo delo je u članu 55 propisivao jedino kaznu zatvora od tri meseca do tri godine, ali nije predviđao mogućnost novčanog kažnjavanja.

našem krivičnom zakonodavstvu tuča je inkriminisana u skladu sa ovim drugim shvatanjem.

Dakle, kriminalno-političko opravdanje ove inkriminacije ogleda se u tome, što tuča u kojoj učestvuje više lica po pravilu dovodi do težeg zadiranja u vrednija pravna dobra, dakle, predstavlja „predvorje“ mogućeg vršenja težeg krivičnog dela, te odnosnom inkriminacijom treba pre svega na generalno-preventivnom planu uticati na druge da se uzdrže od ovakvih aktivnosti. Kako je u pitanju krivično delo sa apstraktom opasnošću kao posledicom, smisao inkriminacije je da se stane na put masovnim fizičkim obračunima kao tipičnim nosiocima opasnosti za život i telesni integritet.⁴ Ipak, i danas se kao zakonodavni motiv inkriminisanja navode teškoće dokazivanja u pogledu prouzrokovanja teške posledice. S tim u vezi, „kako kažnjavanje zbog delikta povrede najčešće nije moguće, najmanje što treba sankcionisati je učestvovanje u tuči unutar koje je nastupila teška posledica“⁵.

Videli smo da se odnosno krivično delo sastoji u učestvovanju u tuči u kojoj je neko lišen života ili je nekom naneta teška telesna povreda. U daljem tekstu ćemo detaljnije razmotriti elemente koji ulaze u zakonski opis dela.

a) Radnja krivičnog dela je učestvovanje u tuči. Pod tučom se u smislu ovog dela podrazumeva međusobni fizički obračun između najmanje tri lica. Da više od dve osobe moraju učestvovati u tuči nesporno je, kako u teoriji krivičnog prava, tako i u sudskoj praksi.⁶ Naime, kada bi u tuči u kojoj je nastupila smrt ili teška telesna povreda učestvovalo samo dve osobe, tada bi se znalo ko je izvršio ubistvo odnosno tešku telesnu povredu. Nasuprot tome, izvršilac predmetnog dela može biti samo ona osoba za koju u krivičnom postupku nije dokazano da je počinila navedene teške posledice. No, međusobno fizičko obračunavanje između više od dve osobe nije dovoljno za postojanje ovog dela, ako u tuči nije nastupila smrt ili teška telesna povreda. To važi čak i onda kada je u ovakvoj tuči neko pretrpeo laku telesnu povredu.⁷

⁴ S tim u vezi, „pošto prilikom preuzimanja radnje učestvovanja u tuči – apstraktno – postoji opasnost od težeg povređivanja, učinilac se kažnjava i ako se utvrdi da on nije prouzrokoval nastupelu tešku posledicu“, G.Arzt, U.Weber, *Strafrecht – Besonderer Teil*, Bielefeld, 2000, s.166.

⁵ J.Eisele, *Die "unverschuldete" Beteiligung an einer Schlägerei*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 110, Heft 1, Berlin – New York, 1998, s. 71.

⁶ Međutim, sporno je da li ove osobe moraju, da bi odgovarale za ovo delo, učestvovati u tuči od njenog početka pa sve do nastupanja teške posledice. Vid. o tome u kasnijem izlaganju.

⁷ Tada će onaj ko je prouzrokoval laku telesnu povredu odgovarati za istoimenno krivično delo, a ostali učesnici tuče za prekršaj protiv javnog reda i mira. Međutim, može se dogoditi da je u tuči između najmanje tri lica nastupila, kako smrt odnosno teška tele-

Pod tučom, u smislu ovog dela, uobičajeno se dakle u našoj teoriji krivičnog prava podrazumeva „međusobni fizički obračun“, ali se sadržina ovog pojma po pravilu bliže ne određuje. Na prvi pogled, iz ovakve kvalifikacije pojma tuče, proizilazi da je neophodan uslov njenog postojanja da su svi učesnici tuče telesno aktivni, to jest da udaraju one druge, a da je ovakav fizičko-telesni neposredni kontakt nužno praćen i međusobnim telesnim povređivanjima.⁸ Ipak, smatramo da se stvari moraju drugačije posmatrati. Kao prvo, za pojam tuče nije potreban dodir tela učesnika, pošto se fizičko obračunavanje može vršiti i između lica koja se međusobno nalaze na izvesnom prostornom rastojanju.⁹ Tako, može se dogoditi da se dve suprotstavljenе grupe ljudi gađaju kamenjima, a da uopšte i ne dođe do njihovog međusobnog neposrednog telesnog kontakta, pri čemu neko od njih zadobije tešku telesnu povredu. Kao drugo, smatramo da za pojam tuče nije uvek neophodno ni aktivno fizičko angažovanje. S tim u vezi, tu je potrebno razlikovati dve različite situacije. Naime, kada u tući učestvuju tri osobe, tada je za postojanje dela neophodno da su sva trojica učesnika telesno aktivni – nasilni.¹⁰ Stoga, ne postoji učestvovanje u tući kada se dvojica učesnika međusobno udaraju, a treći samo psihički „saučestvuje“.¹¹ Isto se može reći i za situaciju, kada se treća osoba samo brani ili je pak potpuno pasivna i nema nameru da pruži bilo kakav otpor drugom(im) učesniku (cima). Jer, jedini dokaz volje da se učestvuje u tući je otpor treće osobe. Kada je u pitanju situacija da u tući učestvuju četiri ili više osoba, tada je dovoljno i, moglo bi se reći, „psihičko saučestvovanje sa neprijateljskom voljom“.¹² Takvo bi npr. moglo biti izvlačenje noža ili sprečavanje da se nekom od učesnika ukaže pomoć.¹³ Iz prethodnog se, dakle, može zaključiti da najmanje tri osobe moraju biti telesno aktivne da bi postojalo krivično delo učestvo-

sna povreda, tako i laka telesna povreda. Tada će osoba koja je u tući nekom nanela laku telesnu povredu, a nije istom prilikom izvršila i ubistvo odnosno tešku telesnu povredu, odgovarati samo za krivično delo učestvovanja u tući, a ne i za laku telesnu povredu, jer postoji prividni idealni sticaj po odnosu konsumpcije, odnosno inkluzije. Tako, oslanjajući se na odluku Vrhovnog suda Srbije br.656/92, Z.Stojanović, O.Perić, *Krivično pravo – posebni deo*, treće izdanje, Beograd, 1999, str.88.

⁸ S tim u vezi, postoji shvatanje da je tuča „aktivno fizičko obračunavanje između više od dve osobe koja je praćena međusobnim telesnim povređivanjima“. Tako, K.Lackner, K.Kühl, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, München, 2001, s.865.

⁹ Tako, J.Tahović, *ibid*.

¹⁰ Tako, J.Eisele, *ibid*, s.72.

¹¹ Od toga može postojati jedan izuzetak. Vid. na kraju rada, pod g).

¹² J.Eisele, *ibid*, s.73.

¹³ Tako, H.Tröndle, T.Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 50.Auflage, München, 2001, s.1347. No, u ovakvim slučajevima, pod određenim okolnostima, pome-nute delatnosti mogle bi predstavljati i radnje saučesništva. Vid. o tome u kasnijem izla-ganju.

vanja u tuči, a da ostali učesnici mogu i psihički-duševno sudelovati u izvršenju dela. Stoga je pravilnije da se „tuča“ u smislu ovog dela definise kao „međusobni obračun više od dve osobe koje postupaju sa neprijateljskom voljom“¹⁴ u vreme i na mestu tuče.¹⁵

S tim u vezi, više uzastopnih tuča¹⁶ pripadnika suprotstavljenih grupa, koje se vremenski ne podudaraju, ne mogu se kumulirati i kvalifikovati kao jedno krivično delo učestvovanja u tuči, ukoliko je samo u jednoj od njih nastupio objektivni uslov inkriminacije. Ili, preciznije, ako je neka osoba učestvovala u jednoj ili više vremenski odvojenih tuča, ali ne i u onoj u kojoj je nastupila zahtevana teška posledica, ta osoba ne može biti počinilac krivičnog dela učestvovanja u tuči. Od ove situacije potrebno je razlikovati slučaj, kada postoji više pojedinačnih tuča koje se, međutim, vremenski, prostorno, kao i smisleno, podudaraju. Tako, moguće je zamisliti situaciju da se prvobitni verbalni pa i fizički sukob između dve veće suprotstavljenе grupe transformiše u više pojedinačnih sukoba brojčano manjih grupa. Tada svaki pojedinačni učesnik tuče poseduje osećaj zajedništva, solidarnosti kao i pripadništva jednoj od te dve suprotstavljenе grupe, bez obzira na to što postoji više manjih fizički odvojenih obračuna. Ova neprijateljska volja prema ma kojem pripadniku druge skupine, kao i činjenica da se svi pojedinačni obračuni prostorno-vremenski podudaraju, opravdavaju zaključak da sve pojedinačne tuče grade jedno jedinstveno krivično delo. S tim u vezi, za ovo delo odgovara i onaj učesnik manje tuče u kojoj neposredno nije prouzrokovana smrt ili teška telesna povreda.

Može se zaključiti da radnja izvršenja odnosnog krivičnog dela može biti trojaka. Ista se najpre može ispoljiti u fizičkom angažovanju koje je neposredno usmereno na povredu telesnog integriteta drugog (npr. udaranje, šamaranje, povlačenje za kosu).¹⁷ Druge dve radnje ogledaju se u psihičkom učestvovanju u tuči. Psihičko učestvovanje u pravom smislu reči ogleda se u psihičkom angažovanju na mestu i u vreme tuče koje je preduzeto sa neprijateljskom voljom – voljom da se nanese zlo nekom od učesnika (npr. informisanje pripadnika sopstvene grupe o tome gde se nalazi nož koji je u tuči nekom ispaо iz džepa, kao i davanje korisnih

¹⁴ J. Eisele, ibid, s.71.

¹⁵ Za postojanje dela nije od značaja, da li je tuča nastala iznenada ili je ranije pripremana, da li se vrši na javnom mestu ili ne, kao i kojim sredstvima se vrši obračunavanje. Tako, J. Tahović, ibid, str.358.

¹⁶ Pod uzastopnim tučama ovde se ne podrazumeva situacija kada se dve suprotstavljenе grupe samo na trenutak rastave, da bi npr. učesnici malo odahnuli i „konsolidovali svoje redove“, a potom nastavili fizički obračun.

¹⁷ To je najčešći oblik radnje izvršenja krivičnog dela učestvovanja u tuči.

informacija uopšte koje imaju za cilj da protivnik u tuči „izvuče deblji kraj“). S druge strane, radnja „nepravog“ psihičkog angažovanja predstavlja u stvari fizičku aktivnost koja, međutim, nije neposredno usmerena na povredu telesnog integriteta drugog, već ima za cilj da se stvori, odnosno, održi ili poveća opasnost već postojećeg neposrednog fizičkog obračuna, a sve sa krajnjim ciljem – da se pričini zlo protivničkoj strani (npr. dodavanje noža pripadniku svoje družine, sprečavanje slučajnog prolaznika da razdvoji učesnike tuče).

Postavlja se pitanje, kako ovako određenu radnju izvršenja odnosnog dela razlikovati u konkretnom slučaju od radnje saučesništva? Kako je to veoma teško učiniti, postoje u teoriji krivičnog prava čak i takva shvatanja, da je bilo kakvo fizičko ili psihičko dejstvo sa voljom da se deluje protiv drugog, uz obavezno prisustvo na mestu tuče, dovoljno za egzistenciju radnje izvršenja.¹⁸ Tome se priklanja i jedan deo sudske prakse, koji zauzima stav da je svako telesno ili psihičko sudelovanje u radnji tuče za vreme prisustva na mestu borbe – izvršilaštvo, tako da bi saučesništvo bilo jedino moguće kao sudelovanje bez telesnog prisustva na mestu borbe.¹⁹

S tim u vezi, smatramo da se ovakvo shvatanje ne može u potpunosti prihvativiti. Naime, tačno je da napred opisano fizičko angažovanje na mestu i u vreme tuče uvek predstavlja radnju izvršenja odnosnog dela. Međutim, nije svako ranije navedeno psihičko angažovanje sa neprijateljskom voljom – učestvovanje u tuči. Ovo se naročito može reći za psihičko angažovanje u pravom smislu reči. Tako, na primer, nesprečavanje tuče od strane službenog lica koje je bilo dužno da spreči istu, sa ciljem da u tuči pretrpi zlo osoba sa kojom je od ranije u zavadi, predstavlja pomaganje nečinjenjem u izvršenju ovog dela.²⁰ Takođe, bodrenje pripadnika svoje grupe, bez neposrednog fizičkog angažovanja, najčešće će biti radnja pomaganja. Dalje, davanje korisnih informacija učesnicima tuče može biti i radnja izvršenja, ali i saučesnička radnja. Kada je u pitanju nepravno psihičko angažovanje, tu se uglavnom radi o radnji izvršenja, mada mogu postojati i izuzeci. To bi mogla biti situacija, kada pripadnik jedne od grupa koji posmatra tuču fizički onemogući slučajnog prolaznika da „osujeti“ tuču, iako je unapred bilo jasno da bi angažovanje „pomiritelja“ bilo isključivo verbalno i da je

¹⁸ Tako npr, K.Lackner, K.Kühl, *ibid*, s.866.

¹⁹ Vid. G.Arzt, U.Weber, *ibid*, s.166.

²⁰ No, mogu postojati i izuzeci. Kao prvo, službeno lice bi se, izuzetno, moglo pozvati na krajnju nuždu, ukoliko dokaže da bi njegovo angažovanje, koje bi bilo preduzeto u cilju razdvajanja učesnika tuče, verovatno njega dovelo u životnu opasnost. Kao drugo, ukoliko bi u navedenom primeru službeno lice u vreme vršenja svoje službe došlo na место tuče u društvu pripadnika jedne od suprotstavljenih grupa, njegova radnja nečinjenja mogla bi biti i izvršilačka radnja.

unapred bilo „osuđeno“ na neuspeh, to jest, niti je moglo dovesti do neutralizacije, niti do umanjenja stepena opasnosti fizičkog obračuna, koji je u tom trenutku dostigao svoj vrhunac eskalacije nasilja. Što se tiče oblika saučesništva, u svim navedenim, ali i u drugim, primerima u kojima je kažniva radnja preduzeta za vreme trajanja tuče, po pravilu će biti reč o radnji pomaganja. Kako se radnjom podstrekavanja stvara ili učvršćuje odluka da se izvrši krivično delo, to ona ovde po pravilu ne dolazi u obzir. No, i od ovog pravila postoje izuzeci. Naime, ako učesnici tuče privremeno prekinu fizički obračun, a osoba koja posmatra tuču nagovori ih da istu nastave, što se i dogodi, mogla bi biti preduzeta radnja podstrekavanja. Isto tako, može se dogoditi da podstrekač navede osobu, koja stoji po strani, koleba se, ali i dalje posmatra tuču, da se u istu uključi.

b) Drugi uslov za postojanje ovog krivičnog dela sastoji se u tome, da je neko u tuči liшен života ili je drugom naneta teška telesna povreda. U teoriji krivičnog prava i sudskoj praksi je opšte prihvaćeno da navedene teške posledice predstavljaju objektivne uslove inkriminacije. Kao takve, one ne ulaze u biće dela, niti čine sadržaj njegovog neprava. Stoga ne treba da budu obuhvaćene krivicom učinioца.²¹ Jedino što se ovde zahteva je to, da su odnosne teške posledice prouzrokovane za vreme trajanja tuče, to jest, da su one produkt tuče. Drugim rečima, između tuče i objektivnog uslova inkriminacije mora postojati uzročna veza u krivičnopravnom smislu. S tim u vezi, za postojanje dela nije neophodno da se dokazuje uzročnost između priloga svakog pojedinog učesnika i smrti odnosno teške telesne povrede.²² Kažnjava se jedino za učestvovanje u masovnim tučama kao tipičnim nosiocima opasnosti, koja (opasnost) se realizovala, odnosno, „materijalizovala“ u objektivnom uslovu inkriminacije. On predstavlja potvrdu visokog stepena opasnosti grupnih fizičkih obračuna. Iz toga proizlazi da ovo delo mogu izvršiti samo oni učesnici u tuči koji nisu izvršili ubistvo odnosno tešku telesnu povredu. Nasuprot tome, izvršilac ubistva ili teške telesne povrede odgovara samo za to krivično delo, jer je u pitanju prividni idealni sticaj po odnosu supsidijari-teta. No, ako se u krivičnom postupku ne može utvrditi ko je prouzroko-vao smrt odnosno tešku telesnu povredu, svi će akteri odgovarati za krivično delo učestvovanja u tuči. Ipak, treba istaći da je u praksi veoma teško dokazati uzročnost između radnje nekog od učesnika tuče i objek-

²¹ Drugačije C.Roxin, koji smatra da odnosne teške posledice ne predstavljaju objektivne uslove inkriminacije, jer nisu neutralne u odnosu na nepravo. Iz toga sledi, da „učinilac mora najmanje da predviđi da bi tuča mogla imati za posledicu smrt ili tešku telesnu povredu“. Vid. detaljnije, C.Roxin, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, München, 1997, s.897-899.

²² Tako, H.L.Günther, *StGB § 227, Juristen Zeitung* 12, Tübingen, 1985, s.585.

tivnog uslova inkriminacije. Naime, najčešće se dešava da se u tuči bori svako protiv svakog, tako da je teško dokazati da je radnja određene osobe neposredno imala za posledicu smrt ili tešku telesnu povredu, a naročito je teško dokazati prilog svakog pojedinca.²³ Stoga se u sudskoj praksi redovno događa da svi učesnici odgovaraju za krivično delo učestvovanja u tuči. Zbog toga neki autori i tvrde, da je jedini motiv kojim se zakonodavac rukovodio prilikom predviđanja odnosnog dela kao krivičnog upravo napred pomenuta teškoća dokazivanja²⁴ i, s tim u vezi, potreba da se, usled nemogućnosti da se krajnja posledica objektivno uračuna nekom od učesnika, na taj način osigura kazneni progon, odnosno, onemogući izbegavanje krivične odgovornosti.

Postavlja se pitanje, da li izvršilac ovog dela može biti učesnik koji je u tuči teško telesno povređen? Prema vladajućem shvatanju, ovakav učesnik ne može biti izvršilac odnosnog dela, jer teška telesna povreda treba, kako Zakonik kaže, da je „nanesena drugom“. Međutim, ukoliko su u tuči teško telesno povređena dva ili više lica, ili je neko lice povređeno a drugo lišeno života, tada i povređeni u tuči odgovara za ovo delo, jer je ostvaren uslov da je „neko lišen života ili je drugom nanesena teška telesna povreda.“²⁵ Ipak, iako ovakvo shvatanje može da proizade iz zakonske formulacije odnosne inkriminacije, smatramo da je ono neprihvatljivo. Naime, krivično delo učestvovanja u tuči je delo sa apstraktnom opasnošću kao posledicom. Kako krivica učinioца mora da obuhvati samo okolnost da se učestvuje u grupnom fizičkom obračunu, to ne postoje smetnje da za ovo delo bude odgovoran i onaj učesnik koji je jedini u tuči pretrpeo tešku telesnu povredu, jer ista nije posledica dela u užem smislu, već objektivni uslov inkriminacije. Zakonodavni motiv inkriminisanja odnosnog dela, primarno, nije da se spriči nastupanje smrti odnosno teške telesne povrede, već da se „stane na put“ posebno opasnim masovnim tučama, a preko toga i da se preduprede povrede najvređnijih pravnih dobara. Stoga, nas ne treba da interesuje ko je u tuči ili u vezi sa tučom pretrpeo tešku telesnu povredu, odnosno, ko je lišen života. Svakog kome se objektivno ne može uračunati teška posledica odgovara za krivično delo učestvovanja u tuči, pa i onaj učesnik tuče koji je jedini u tuči pretrpeo objektivni uslov inkriminacije.²⁶ I on je učestvovao u stvaranju jedne opasne situacije, a bio je toga svestan i to je hteo ili je

²³ Slično, G.Arzt, U.Weber, *ibid*, s.166.

²⁴ Vid. H.L.Günther, *ibid*, s.586.

²⁵ Tako, L.J.Lazarević, *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*, Beograd, 2006, str.395.

²⁶ Po prirodi stvari, to se ne odnosi i na onog učesnika koji je u tuči lišen života.

na to pristao. Ekskulpirati ovakvog učinioca značilo bi „nagraditi ga“, transformisati ga – od izvršioca do žrtve, samo zbog toga što je u tuči, u kojoj je i sam učestvovao, pretrpeo tešku telesnu povredu. Ovo ne bi trebalo da bude sporno, uprkos tome što je vladajuće shvatanje u našoj teoriji krivičnog prava, koje je „zavedeno“ nespretnom zakonskom formulacijom, drugačije. Zato bi bilo dobro da se odnosna zakonska odredba u tom delu izmeni, te da bude propisano, da ovo delo čini onaj „ko učestvuje u tuči u kojoj je nastupila smrt ili teška telesna povreda“.²⁷

Konačno, mogla bi se zamisliti i situacija, da su u tuči povređena ili lišena života dva ili više lica, a samo za neko od njih se zna ko je prouzrokovao smrt odnosno tešku telesnu povredu. Tada se onaj ko je počinio ove teške posledice može javiti kao mogući izvršilac i krivičnog dela ubistva odnosno teške telesne povrede i krivičnog dela učestvovanja u tuči.²⁸ Ipak, ovo ne bi bilo kriminalno-politički opravdano, te će se u ovakvim slučajevima uzeti da postoji samo jedno krivično delo. Drugim rečima, učestvovanje u tuči će ovde biti konsumirano ubistvom odnosno teškom telesnom povredom.

U našoj teoriji krivičnog prava se ističe da objektivni uslov inkriminacije može da nastupi, kako na nekom od učesnika tuče, tako i na svakoj drugoj osobi, kao što je na primer posmatrač tuče, slučajni prolaznik, lice koje je htelo da razdvoji zavađene strane i dr.²⁹ Međutim, nigde se ne govori o tome, da li ovo delo postoji i ako je objektivni uslov inkriminacije pričinjen radnjom koja nije protivpravna (npr. radnjom preduzetom u nužnoj odbrani), radnjom koja nije skriviljena (npr. radnjom koju je preduzelo neuračunljivo lice), ili je pak učesnik sam sebi ili drugom slučajno u tuči naneo tešku telesnu povredu ili prouzrokovao smrt. Takođe, treba raspraviti i situaciju kada je neki učesnik neskriviljeno „uvučen“ u tuču, jer se ova situacija razlikuje od slučaja kada je učesnik dobrovoljno priступio istoj. Postoji i potreba da se razmotri legitimnost primene instituta nužne odbrane u okviru odnosne problematike. Konačno, postavlja se pitanje, da li je izvršilac ovog dela i ona osoba koja se u tuču uključila nakon nastupanja objektivnog uslova inkriminacije, odnosno koja je istupila iz tuče pre nastupanja istog? O ovim pitanjima biće reči u daljem delu rada.

²⁷ S tim u vezi, prema našem KZ iz 1951. godine ovo delo je činio onaj „ko učestvuje u kakvoj tuči u kojoj je neko lišen života ili je nekom naneta teška telesna povreda“. Vid. čl. 143.

²⁸ Ovo jedino u odnosu na ona lica za koja se ne zna ko ih je lišio života, odnosno, ko im je naneo tešku telesnu povredu.

²⁹ Tako, npr. L.J.Lazarević, *ibid.*

S tim u vezi, ako je objektivni uslov inkriminacije prouzrokovana radnjom koja nije protivpravna, pre svega radnjom izvršenom u nužnoj odbrani, ne postoji smetnje da se primeni odnosna odredba. Ovo je vladajuće shvatanje u teoriji krivičnog prava i sudskej praksi.³⁰ Odvojeno je pitanje, koliki je obim primene prava na nužnu odbranu u ovakvim situacijama.³¹ Od ove situacije treba razlikovati slučaj kada je smrt ili teška telesna povreda počinjena od strane osobe koja nije sposobna za krivicu (neuračunljiva osoba). Ovde je najpre moguće, da je učinilac postupao sa umišljajem u odnosu na učestvovanje u tuči, a da je neuračunljivost nastupila kasnije – u odnosu na objektivni uslov inkriminacije.³² Kako je za postojanje dela dovoljno da se isti objektivno može uračunati nekom od učesnika tuče, to će se i ovde primeniti odredba o krivičnom delu učestvovanja u tuči. Kao i u prethodnom primeru, kada je objektivni uslov inkriminacije prouzrokovana radnjom koja nije protivpravna, tako će i ovde svi učesnici odgovarati za krivično delo učestvovanja u tuči. Ova situacija je, dakle, analogna situaciji kada se u krivičnom postupku ne može dokazati objektivna veza između radnje nekog od učesnika i objektivnog uslova inkriminacije. Drugačije prirode su slučajevi u kojima je neka osoba bila neuračunljiva još u trenutku nastupanja tuče i u odnosu na istu, a kasnije je u istom stanju prouzrokovala i objektivni uslov inkriminacije.³³ U ovakvim slučajevima, pošto ne postoji krivično delo u odnosu na takvog učesnika tuče, može se konstatovati da on i nije učesnik tuče u užem, krivičopravno-relevantnom, smislu. Kako objektivni uslov inkriminacije mora biti prouzrokovana radnjom nekog od učesnika ovakve tuče, moglo bi se zaključiti da isti – kao sastavni deo zakonskog opisa krivičnog dela učestvovanja u tuči – i ne postoji. Iz toga sledi da ovde i nije počinjeno krivično delo učestvovanja u tuči, već da postoji samo prekršaj protiv javnog reda i mira, dok će se neuračunljiva osoba u odnosu na tešku posledicu osloboditi od optužbe, jer delo koje je počinila nije

³⁰ Vid. K.Lackner, K.Kühl, ibid, s.866; H.Tröndle, T.Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, ibid, s.1346 i dr. O stavu sudske prakse po ovom pitanju vid. H.Braunschneider, *Die wichtigsten Entscheidungen für Ausbildung und Praxis – Strafrecht AT*, Köln, 2001, s.109-111.

³¹ Vid. o tome u kasnijem izlaganju.

³² To bi mogao biti slučaj kada bi se neka neurotična osoba svesno i voljno upustila u tuču, pa je u konkretnoj situaciji neki spoljni povod toliko dekompenzovao, da je kumulativno dejstvo jakih afekata straha i besa u sadejstvu sa konstelacijom ličnosti dovelo do njene „privremene duševne poremećenosti“ koja isključuje uračunljivost u odnosu na smrt odnosno tešku telesnu povredu.

³³ Situacija, da je neko bio neuračunljiv u vreme tuče i u odnosu na istu, a da je kasnije postao uračunljiv, te je u takvom stanju počinio ubistvo ili tešku telesnu povredu, ne može se zamisliti u praksi.

krivično, usled nedostatka krivice. Ipak, iako ovakav stav zvuči ubedljivo, njega ne bi trebalo prihvati, jer krajnji rezultat ne bi bio, kriminalno-politički i socijalno-etički, prihvatljiv. Konačno, ovakvo tumačenje ne bi odgovaralo ni smislu odnosne zakonske inkriminacije.³⁴ Stoga, pojam tuče ovde treba tumačiti u širem smislu. Shodno tome, kao učesnik tuče koji je prouzrokovao objektivni uslov inkriminacije treba se smatrati i onaj ko je bio neuračunljiv, kako u odnosu na samo učestvovanje u tuči, tako i u odnosu na odnosne teške posledice koje je u tuči prouzrokovao. To će omogućiti kažnjavanje zbog krivičnog dela učestvovanja u tuči ostalih učesnika.³⁵

Dalje, može se desiti da je neki učesnik tuče drugom u tuči slučajno naneo objektivni uslov inkriminacije. Situacija je još delikatnija ukoliko je neko samom sebi, zbog svoje nespretnosti ili konstitucije, naneo tešku telesnu povredu. Ovde se s pravom postavlja pitanje, da li ovakva tuča nosi u sebi i sa sobom dovoljan stepen opasnosti koji opravdava kažnjavanje za odnosno delo? Neki autori smatraju da u ovom poslednjem primeru učinjoca, koji je sam sebi naneo tešku telesnu povredu, ne treba kazniti, jer se on ponaša na način koji je rizičan samo za njega samog, a da za trećeg ne postoji veća opasnost.³⁶ Ističe se da bi njegovo kažnjavanje bilo nelogično, jer neko „avanzuje“ učinjoca samo zato što je postao žrtva dela.³⁷ Drugim rečima, ukazuje se da konstituisanje sopstvene kažnjivosti na osnovu sopstvene štete nije tipično za krivično pravo.³⁸ Ipak, ako se podje od opšte prihvaćenog stava da je učestvovanje u tuči krivično delo koje ima apstraktnu opasnost kao posledicu, onda se prethodno mišljenje mora odbaciti. Naime, objektivni uslov inkriminacije je granica koja se ne sme preći, a ako se ona pređe, to je dokaz krivičnopravnog potencijala jedne masovne tuče. Sama smrt, odnosno, teška telesna povreda ovde je, moglo bi se reći, apstraktna kategorija, jer nije važno koji učesnik tuče i kome, u tuči ili u vezi sa tučom, je istu naneo, na koji način je prouzrokovana, kojim sredstvima, da li je prouzrokovana sa krivicom ili bez nje. Stoga se za ovo delo odgovara i kada je neko samom sebi ili drugom slučajno u tuči naneo tešku telesnu povredu ili prouzrokovao smrt. Odnosna teška posledica, upravo suprotno, dokazuje pojačanu opštu

³⁴ Tako i G.Arzt, U.Weber, *Strafrecht – Besonderer Teil*, ibid, s.165.

³⁵ Eventualno, ukoliko su za to ispunjeni zakonski uslovi, neki od učesnika mogao bi biti podstrekč na krivično delo ubistva ili teške telesne povrede koju je ostvarila neučenljiva osoba, a izuzetno bi se mogla primeniti i konstrukcija posrednog izvršilaštva.

³⁶ Vid. o tome, H.L.Günther, ibid, s.586,587.

³⁷ Tako, H.L.Günther, ibid, s.586.

³⁸ Tako, H.L.Günther, ibid.

društvenu opasnost radnje učestvovanja u tuči. Svođenje prethodnog na rang samoubistva, odnosno, samopovređivanja koje se ne kažnjava³⁹, nije prihvatljivo. Jer, nije smisao odnosne inkriminacije da se kazni onaj ko je prouzrokovao smrt ili tešku telesnu povredu, već da se kazne učesnici tuče u kojoj su nastupile ove teške posledice. S tim u vezi, tvrdnja, da ne postoji krivično delo, ako se sopstveno lišavanje života ili samopovređivanje može isključivo svesti na rang „samougrožavanja“, odnosno, nepostojanja aspekta ugrožavanja trećih osoba⁴⁰, takođe se ne može prihvati. Naime, kako je radnja odnosnog dela – učestvovanje u tuči, a kako se tuča sastoji od napadačkih i odbrambenih radnji, to se može zaključiti da u tuči nužno dolazi i do samougrožavanja i do ugrožavanja trećih osoba. Stoga je pogrešno razlikovanje radnji učestvovanja u tuči na one koje su opasne samo za onoga ko ih preduzima i one koje su opasne samo za druge. To se može reći i za radnju kojom je neko sam sebi slučajno pričinio tešku telesnu povredu. I to je radnja jednog ukupnog dešavanja koje se naziva učestvovanje u tuči. U njoj se takođe ogleda pojačana društvena opasnost jednog masovnog fizičkog obračuna, koji zbog toga zaslužuje da se podigne na rang krivičnog dela.⁴¹

c) Naš zakonodavac ne pravi razliku između situacije kada je neko svesno i voljno učešće u tuči i situacije kada se neko neskrivljeno našao u istoj. Ni u našoj teoriji krivičnog prava ovom razlikovanju ne pridaje se značaj. Ipak, kako su u pitanju dva različita modaliteta mogućeg ulaska u masovni fizički obračun, smatramo da postoji potreba teorijskog razmatranja odnosnih situacija. Tako, u sudskoj praksi se događa da se neka osoba igrom slučaja, bez prethodne sopstvene krivice, nađe u tuči. Najpre, to može biti pripadnik jedne od sukobljenih grupa koji se, zbog napada protivničke grupe, nađe u situaciji da se brani od takvog napada i da na taj način uđe u tuču. Međutim, to može biti i pomiritelj – slučajni prolaznik, koji u pokušaju da razdvoji zavađene strane i sam bude uvučen u tuču. S tim u vezi, iako se ovim osobama ne može uputiti prekor što su se našli u tuči, oni se mogu prekoriti što se iz iste nisu povukli. Drugim rečima, svojstvo učesnika tuče stiče se sa prvim aktom sudeštanja i to nezavisno od toga, da li je učinilac neskrivljeno ili skrivljeno dospeo u tuču.⁴² I onaj ko je neskrivljeno ušao u tuču kažnjava se za odnosno delo, ako je kasnije uzeo učešće u masovnom fizičkom obračunu, jednakoj kao i onaj ko „nosi breme“ predkrivi-

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Ibid, s.587.

⁴¹ Slično mišljenje zastupaju i H.Tröndle, T.Fischer, ibid, s.1346.

⁴² Tako, J.Eisele, *Die 'unverschuldete' Beteiligung an einer Schlägerei*, ibid, s.77.

ce za izbijanje fizičkog obračuna. Jedino se nepostojanje ovakve predkrivice može uzeti kao olakšavajuća okolnost prilikom odmeravanja kazne. Može se reći i obrnuto, da skrivljeno prethodno ponašanje ne može konstituisati krivicu za odnosno delo ukoliko određena osoba nije kasnije ni na koji način, fizički ili psihički, sudelovala u tuči.⁴³ U suprotnom, to ne bi bilo kažnjavanje zbog učestvovanja u tuči, već kažnjavanje zbog nemoralnog ili nedopuštenog ponašanja pre početka tuče. Drugim rečima, krivica i kažnjivost za odnosno delo time bi se pomerili, od trenutka stvarnog učestvovanja u razračunavanju kroz fizičko ili psihičko sudelovanje, na trenutak prekorljivog ponašanja pre početka tuče. Na taj način bi se zona kažnjivosti proširila na ona ponašanja koja nemaju nikakve veze sa samim delom, što je u suprotnosti sa načelom zakonitosti, odnosno, krivice.⁴⁴

d) Ipak, (ne)skrivljeno prethodno ponašanje može imati uticaj na mogućnost primene instituta nužne odbrane u okviru odnosne problematike. S tim u vezi, smatramo da u nužnoj odbrani može postupati samo onaj ko se bez sopstvene prethodne krivice našao u tuči, pod uslovom da isti nije postao akter masovnog fizičkog obračuna. Dakle, njegovo angažovanje isključivo se svodi na odbijanje protivpravnog napada koji potiče od strane nekog učesnika tuče. Tako, moguće je da slučajni prolaznik, želeći da razdvoji zavađene strane, bude i sam napadnut. Ovde je najpre moguće, da u odbijanju protivpravnog napada slučajni prolaznik nekog liši života ili mu nanese tešku telesnu povredu. Polazeći od napred navedenog stava, da objektivni uslov inkriminacije može prouzrokovati isključivo učesnik tuče, a da se angažovanje odnosne osobe svodi jedino na odbijanje protivpravnog napada od sebe, na koji način on još ne stiče svojstvo učesnika, to se može zaključiti da ovde i ne postoji objektivni uslov inkriminacije kao sastavni deo zakonskog opisa krivičnog dela učestvovanja u tuči. Iz toga sledi da će učesnici tuče ovde odgovarati za prekršaj protiv javnog reda, a slučajni prolaznik će biti oslobođen optužbe ukoliko se dokaže da je delo počinio u nužnoj odbrani, odnosno, da njegovo ponašanje po načinu, vrsti i intenzitetu odgovara napadu. U suprotnom, smatraće se izvršiocem krivičnog dela ubistva, odnosno, teške telesne povrede, koje je počinio u prekoračenju nužne odbrane. Isto se može

⁴³ Postoje i suprotna shvatanja u teoriji krivičnog prava. Vid. o tome više, J.Eisele, *ibid*, s.83,84.

⁴⁴ S tim u vezi, provokacija koja je bila povod za fizički obračun, ili upućivanje na mesto obračuna da bi se pružila pomoć jednoj strani, ne mogu, sami za sebe, predstavljati radnju izvršenja odnosnog dela, ukoliko kasnije, za vreme tuče, nije preduzeta neka druga delatnost koja ima kvalitet sudelovanja u masovnom fizičkom obračunu.

reći i za slučaj u kojem isti u odbijanju protivpravnog napada nije drugog lišio života ili naneo tešku telesnu povredu, već je povredio neko manje vredno pravno dobro napadača. I tada će, dakle, učesnici tuče odgovarati za pomenuti prekršaj, odnosno krivično delo učestvovanja u tuči⁴⁵, a delo učinioca će se odvojeno ceniti, u okviru instituta nužne odbrane odnosno prekoračenja njenih granica.

Nasuprot tome, onaj ko je preko svog fizičkog ili psihičkog angažovanja postao učesnik tuče, bez obzira na to da li je ušao u tuču skrivljeno ili neskrivljeno, ne može se pozvati na nužnu odbranu ako u odbijanju protivpravnog napada povredi nečije pravno dobro. Ukoliko je na taj način lišio drugog života ili prourokovao tešku telesnu povredu, smatraće se izvršiocem odnosnih krivičnih dela, dok će ostali učesnici odgovarati za krivično delo učestvovanja u tuči. Iako ovakvo shvatanje nije u skladu sa vladajućim stavom u teoriji krivičnog prava i sudske praksi po ovom pitanju⁴⁶, smatramo da ga treba prihvati. Za to postoji dva razloga. Prvo, ovde ne postoji subjektivni element koji je strukturalno ugrađen u institut nužne odbrane – volja da se brani od napada. Drugim rečima, iako je radnja „napadnutog“ objektivno imala za posledicu odbijanje protivpravnog napada, ona nije bila motivisana sveštu te osobe da se brani. Jer, karakteristika tuče je da prvo bitno napadnuti prelazi u narednom momenatu u napad, ili barem to želi da učini. Stoga je ovde pogrešno da se u kontekstu instituta nužne odbrane analizira samo jedan izolovani, prostorno-vremensko-predmetni, isečak iz ukupnog dešavanja određenog fizičkog obračuna kao celine. Drugo, kako je svaki učesnik tuče saodgovoran za ugrožavanje pravnog poretku, to „odbrambena“ akcija učesnika, kojom se objektivno odbija protivpravni napad, ne može biti nužna odbrana. Ona je jedna protivpravna delatnost. Stoga se ovakva „odbrana“ protivi smislu i prirodi instituta nužne odbrane.⁴⁷

Iz prethodnog se može zaključiti da je obim primene instituta nužne odbrane u okviru masovnog fizičkog obračuna dosta ograničen, i svodi se na mogućnost da u nužnoj odbrani postupi onaj ko je bez svoje krivice uvučen u tuču, pod uslovom da se celokupno njegovo angažovanje svodi isključivo na akciju odbrane od protivpravnog napada za vreme dok on postoji. No, to onda i nije učesnik tuče. Učesnik tuče, kao i onaj ko je najpre postupao u nužnoj odbrani ali je kasnije prekršio uslov vremenske koincidencije napada i odbrane, na koji način je i sam postao učesnik

⁴⁵ Ovo pod uslovom da je smrt ili tešku telesnu povredu prouzrokovao neki učesnik tuče.

⁴⁶ Vid. npr. L.J.Lazarević, *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*, ibid, str.396.

⁴⁷ Smatramo da se ovakva situacija po svom učinku može poistovetiti sa situacijom kada se zloupotrebljava pravo na nužnu odbranu.

tuče, ne može ni pod kojim uslovima, za vreme i na mestu tuče, postupiti u nužnoj odbrani.

e) Konačno, potrebno je raspraviti još jedno sporno pitanje. Naime, s obzirom na to da neko može učestvovati u tuči tokom celog njenog trajanja, ili samo određeno vreme, postavlja se pitanje, da li je izvršilac ovog dela i ona osoba koja je napustila tuču pre nego što je nastupio objektivni uslov inkriminacije, odnosno, osoba koja se uključila u fizički obračun nakon nastupanja smrti ili teške telesne povrede. Ovo pitanje je veoma bitno, jer od odgovora na njega zavisi i određivanje istinske prirode krivičnog dela učestvovanja u tuči.

S tim u vezi, u našoj teoriji krivičnog prava i sudskej praksi je jednodušno prihvaćeno, da ukoliko se neko uključio u tuču nakon nastupanja objektivnog uslova inkriminacije ta osoba ne može biti izvršilac odnosnog dela, jer njegovo naknadno učestvovanje u fizičkom obračunu nije nikako moglo doprineti nastupanju smrti, odnosno, teške telesne povrede, koja je nastupila ranije.⁴⁸ Samim tim, ukazuje se, nije ispunjen uslov da je za postojanje ovog dela neophodno da između tuče i objektivnog uslova inkriminacije postoji uzročna veza.⁴⁹ Za razliku od ovog shvatanja, u nemačkoj teoriji krivičnog prava i sudskej praksi je prihvaćeno da se izvršiocem krivičnog dela učestvovanja u tuči smatra i ono lice koje se uključilo u tuču posle nastupanja smrti ili teške telesne povrede, ali se ovakav stav po pravilu bliže ne obrazlaže.⁵⁰

Mišljenja smo da treba prihvati drugo rešenje.⁵¹ Naime, kako odnosna inkriminacija nije zasnovana na prezumpciji mogućeg učestvovanja u ubistvu ili teškoj telesnoj povredi, već na društvenoj opasnosti same masovne tuče iz koje je proistekla smrt ili teška telesna povreda nekog lica, to je učestvovanje u tuči moguće i nakon nastupanja ovih teških posledica, pod uslovom da postoji vremenski i prostorni kontinuitet u fizičkom obračunavanju. Drugim rečima, za postojanje odgovornosti za ovo delo nije bitno što onaj ko se naknadno uključio u tuču nikako svojim ponašanjem nije mogao doprineti nastupanju smrti odnosno teške telesne povrede. Kako iste nisu posledice dela, već objektivni uslovi inkriminacije, to između radnje učestvovanja u tuči i ovih teških posledica ne treba i ne sme da postoji objektivna veza. Doduše, učesnici tuče su svojim ponašanjem doprineli stvaranju opasne situacije iz koje je proistekla smrt ili

⁴⁸ Tako, Z.Stojanović, O.Perić, *Krivično pravo – posebni deo*, ibid, str.88.

⁴⁹ Tako, L.J.Lazarević, ibid, str.394.

⁵⁰ Vid. npr. G.Arzt, U.Weber, *Strafrecht – Besonderer Teil*, ibid, s.166; H.Tröndle, T.Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, ibid, s.1347.

⁵¹ Tako i Đ.Dorđević, *Ugrožavanje života i telesnog integriteta učestvovanjem u tuči*, Pravni život br.9, Tom I, Beograd, 2001, str.82.

teška telesna povreda, ali to još nije dovoljno za konstituisanje uzročne veze između njihovog ponašanja i krajnje posledice. S tim u vezi, tuča, koja se, uprkos tome što je nastupila teška posledica, nastavlja, baš kao da se ništa nije dogodilo, nosi u sebi visok stepen društvene opasnosti. Kada se neko uključuje u takvu tuču, koja je čvrsto povezana sa mogućnošću nastupanja novih teških posledica, on mora podneti teret ovakvog svog angažovanja. Taj kontinuitet tuče, čija je društvena opasnost nakon nastupanja objektivnog uslova inkriminacije dostigla svoj vrhunac, kao i uključivanje u ovakvu tuču neke treće osobe nakon nastupanja istog, dokaz su kriminalnog potencijala ovakvog postupanja. Ponašanje ove osobe čini jednu jedinstvenu celinu sa radnjama drugih učesnika koje su preduzete, kako pre, tako i nakon nastupanja smrti, odnosno, teške telesne povrede, i nesumnjivo, uzete zajedno, predstavljaju izvorište apstraktne opasnosti po najvrednija pravna dobra.

To se može reći i za situaciju kada neko napusti tuču pre nastupanja objektivnog uslova inkriminacije.⁵² Iako nije učestvovao u tuči u trenutku nastupanja teških posledica, on je učestvovao u stvaranju jedne opasne situacije na koju se, kao logičan i očekivan sled, nadovezala smrt ili teška telesna povreda nekog lica. Stoga je on nesumnjivo odgovoran za odnosno delo koje ima apstraktnu opasnost kao posledicu.

f) Krivično delo učestvovanja u tuči može se izvršiti samo sa umišljajem, direktnim ili eventualnim. Potrebno je da je izvršilac bio svestan da učestvuje u fizičkom obračunu i da je to htio, ili na to pristao. Njemu se za odnosno delo može izreći novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine.

g) Od ovog dela potrebno je razlikovati krivično delo ugrožavanja opasnim oruđem pri tuči ili svadbi, koje takođe spada u grupu krivičnih dela protiv života i tela i može se počiniti samo sa umišljajem, a ima apstraktnu opasnost za posledicu. Njega čini onaj „ko se pri tuči ili svadbi maši oružja, opasnog oruđa ili drugog sredstva podobnog da telo teško povredi ili zdravlje teško naruši“⁵³. Postavlja se pitanje, da li će postojati ovo delo ili krivično delo učestvovanja u tuči kada se neko za vreme tuče maši oružja ili opasnog oružja? S tim u vezi, moguće je zamisliti situaciju da je došlo do fizičkog obračuna između dve osobe, a da je zatim jedna od njih izvadila nož iz džepa da bi ga upotrebila, ali do toga iz nekog razloga nije došlo. Ukoliko istom prilikom onaj ko se

⁵² Tako i nemačka krivičnopravna teorija i sudska praksa. U našoj teoriji krivičnog prava i sudskej praksi uglavnom je prihvaćeno suprotno stajalište. No, postoje i izuzeci. Vid. Z.Stojanović, O.Perić, ibid, str.88.

⁵³ Za njega je propisana novčana kazna ili zatvor do šest meseci. Vid. čl. 124 KZ.

mašio noža nije drugoj osobi naneo telesnu povredu, postojaće krivično delo ugrožavanja oružjem prilikom tuče. Isto se može reći i za slučaj kada se neka osoba za vreme tuče, u kojoj već učestvuju dva ili više lica, maši oružja ili opasnog oruđa. Ipak, ako je u ovakvoj tuči nastupila smrt ili teška telesna povreda nekog lica, tada će se odnosna osoba smatrati učiniocem krivičnog dela učestvovanja u tuči, pa i kada se njena uloga u tuči isključivo svela na pomenutu radnju⁵⁴. U takvoj situaciji krivično delo ugrožavanja oružjem ili opasnim oruđem će biti konzumirano krivičnim delom učestvovanja u tuči.

⁵⁴ Ovo pod uslovom da u odnosnoj situaciji ne postoji podstrekavanje na krivično delo ubistva ili teške telesne povrede, odnosno, pomaganje u ovim delima.

*Dragiša Drakić, Ph.D., Assistant Professor
Novi Sad Faculty of Law*

The fighting crime

Abstract

In the introductory part of the paper the author speaks about justification of the fighting crime in the aspect of criminal policy.

The analysis of the act of committing a fighting crime is carried out in the first part of the paper.

In the second part of the paper the author considers the objective condition that is necessary for the existing of the fighting crime (In the further text – objective condition). This objective condition consists of death or severe injury as a consequences of criminal act.

In the third part of the paper the author points out to the fact that is important to distinguish if there was any previous guilt for starting the physical fight. This distinction explains the situation of possible application of the lawful self-defence institute.

At the end of the paper following situations are analysed: when somebody joins the fighting after the objective condition has appeared and when somebody gives up the fight before its emergence.

*Dr Branislav Ristivojević, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

O OPŠTIM OBLICIMA KRIVICE U RIMSKOM STATUTU

Sažetak: Oblici krivice propisani Rimskim statutom se teško mogu jasno odrediti i smestiti u uobičajene kontinentalne krivičnopravne postavke o poretku oblika krivice. Ovo stoga što je Rimski statut, kao i celokupno međunarodno krivično pravo, rađen pod snažnim uticajem anglosaksonske porodice pravnih celina i njenih pravnih doktrina. Autor pokušava da uporedno-pravnom pretragom da odgovor na pitanje gde se mogu svrstati oblici krivice koje poznaje član 30. Statuta Međunarodnog suda pravde.

Ključne reči: Međunarodno krivično pravo, Rimski statut, oblici krivice, umišljaj, nehat, anglosaksonska krivično pravo, kontinentalno krivično pravo

UVOD

Značaj koji ima statut Međunarodnog krivičnog suda za međunarodno krivično pravo je izuzetan. On je prvi uspešan pokušaj u istoriji da se uvede jedan stalni svetski krivični sud sa jednakom nadležnošću za sve. On je dao neophodan podstrek da bi se međunarodno krivično pravo ustalilo i pretvorilo u novu celinu.¹ Daleko važnije od prethodnog jeste činjenica da Rimski statut jest prvi akt u istoriji međunarodnog prava koji nije samo pobrojao međunarodna krivična dela, već je dao njihove odredbe.² Statuti međunarodnih krivičnih tribunala za bivšu Jugoslaviju i

¹ Philippe Sands, *From Nuremberg To The Hague: The Future Of International Criminal Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, navedeno prema: Mark A. Drumbl, *Pluralizing International Criminal Justice*, Michigan Law Review, Vol 103, 2005, p. 1298.

² Ima mišljenja da su krivična dela u međunarodnom krivičnom pravu bila određena na zadovoljavajući način i pre Rimskog statuta i da je on u stvari bavio postojećim nor-

Ruandu, iako su jedni od retkih akata u međunarodnom krivičnom pravu koji su doživeli da budu primenjeni, nemaju odredbe krivičnih dela za koje sude. Na polju opštег dela krivičnog prava niti jedan akt međunarodnog prava, do Rimskog statuta, nije ni pobrojao oblike učestvovanja u ostvarenju krivičnog dela, osnove isključenja protivpravnosti, ili oblike krivice.³ Instituti opštег dela krivičnog prava, bez kojih bi svaki unutrašnji pravni poredak smatrao nezamislivim primenu krivičnog prava, u potpunosti su nedostajali, a samim tim nedostajao je i njihov sadržaj. „Rimski statut“ je prvi uspešan pokušaj da se napravi zaokružena celina odredbi, i materijalnog prava i postupka, sa ciljem da se gone crima*na* *iuris gentium*.⁴

To su razlozi zbog kojih „Rimski statut“ predstavlja prekretnicu u razvoju ove grane prava.⁵ Ne treba sumnjati da će se razvoj međunarodnog krivičnog prava, u suštini, svoditi na primenu prava pred Međunarodnim krivičnim sudom. Oni instituti međunarodnog krivičnog prava koji nisu našli mesto u Rimskom statutu i ona krivična dela koja su ostala van njegovog domašaja vremenom biti sklonjena i pasti u zaborav.⁶

Međunarodno krivično pravo nastaje u međureagovanju pravnih normi dve najveće porodice pravnih sistema na svetu, anglosaksonske i

mama: M Cherif Bassiouni, *Policy Perspective Favoring the Establishment of The International Criminal Court*, Journal of International Affairs, Vol 52, 1999, p. 801.

³ Opšta načela Rimskog statuta pokazuju da je potreban dalji rad da bi se razvio dovoljno jasan i razložen sistem međusobno razdvojenih pravila međunarodnog krivičnog prava: Kai Ambos, *General Principles of Criminal Law in the Rome Statute*, Criminal Law Forum, 1999; Vol. 10, p. 32.

⁴ Ida Caracciolo, *Applicable Law*, objavljeno u: William A. Schabas and Flavia Lantini, *Essays on The Rome Statute of The Interantional Criminal Court*, Il Sirente, Ripa Fagnano Alto, 2000, p. 211; Cassese smatra da je Statut značajan doprinos razvoju materijalnog, ali još više prava međunarodnog krivičnog postupka: Antonio Cassese, *The Statute Of International Criminal Court: Some Preliminary Reflections*, European Journal of International Law, Vol. 10, 1999, p. 146; Bivši tužilac tribunala u Hagu smatra da je Rimski statut vremenska oznaka u međunarodnog krivičnom pravu. Vreme će se u ovoj grani prava računati do Rimskog statuta i od njega: Richard J. Goldston, *Prosecuting Rape as a War Crime*, Case Western Reserve Journal of International Law, Vol 34, 2002, p. 285; Corel smatra da Statut sadrži zaokružen međunarodni krivični zakonik: Hans Corel, *International Criminal Law - How Long Will Some Miss The Missing Link?*, Case Western Reserve Journal of International Law, Vol. 37, 2005, p. 16.

⁵ Schabas kaže da su opšta načela krivičnog prava iz glave 3. Statuta zadivljujuće istraživanje u uporednom krivičnom pravu common law-a, romansko-germanske pravne celine, serijatskog prava i drugih režima kaznenog pravosuda: William A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 90.

⁶ Lyal S. Sunga, *The Crimes within the Jurisdiction of the International Criminal Court (Part II, Articles 5–10)*, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol. 6, 1998, p. 83.

kontinentalne uz nadmoćni uticaj prve. Stoga nije neobično da je norma člana 30. statuta Međunarodnog krivičnog suda, koja predviđa dva oblika krivice, data na taj način da nije u potpunosti jasno koji su to oblici krivice u pitanju. Njihovo svodenje na pojmove jedne ili druge porodice pravnih sistema, na prvi pogled, ne daje jasan odgovor koji su to oblici krivice.

Istraživanje koje će pokušati da pruži odgovor koji su oblici krivice u pitanju, sa osvrtom na pojmove kontinentalne porodice pravnih sistema, svakako ima svrhu.

Istraživanje će zanemariti sve ostale oblike krivice koje pominje Rimski statut jer oni nemaju opšti značaj, sa izuzetkom nehat predviđenog u odredbi člana 28. koja uređuje komandnu odgovornost. Odredba člana 28. jeste opšta odredba i važi za sva krivična dela, međutim Statut ne poznaje načelnu odredbu o nehatu. To onemogućava da se nehat iz člana 28. celovito i zaokruženo razmotri, već samo delimično.

OSNOVNI PROBLEMI

Za početak istraživanja dva oblika krivice koje predviđa člana 30. će dobiti nazine bliske kontinentalnom pravu, direktni i eventualni umišljaj:

„Član 30. Krivica. 1. Ukoliko nije drugačije određeno, biće krivično odgovoran i podložan kazni za krivična dela u nadležnosti Suda samo ko je elemente bića krivičnog dela izvršio sa direktnim ili eventualnim umišljajem. 2. U svrhu ovog člana, postupa sa direktnim umišljajem ko: a) U vezi sa radnjom krivičnog dela hoće da preduzme radnju; b) U vezi sa posledicom krivičnog dela, hoće da prouzrokuje posledicu ili je svestan da će se posledica pojavitи по redovnom toku stvari. 3. U svrhu ovog člana, eventualni umišljaj jeste svest da elementi bića dela postoje i da će se posledica pojavitи по redovnom toku stvari. Izrazi „zna“ i „znaјуći“ imaju isto značenje kao i izraz „eventualni umišljaj““⁷.

⁷ Article 30. **Mental element 1.** Unless otherwise provided, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court only if the material elements are committed with intent and knowledge. **2.** For the purposes of this article, a person has intent where: (a) In relation to conduct, that person means to engage in the conduct; (b) In relation to a consequence, that person means to cause that consequence or is aware that it will occur in the ordinary course of events. **3.** For the purposes of this article, "knowledge" means awareness that a circumstance exists or a consequence will occur in the ordinary course of events. "Know" and "knowingly" shall be construed accordingly.

Nezaokružen popis oblika krivice u članu 30.

Član 30. ne zaokružuje sve oblike krivice koje su mogući po Statutu. O tome govorи sam početak odredbe koji kaže „Ukoliko nije drugačije određeno...“. Statut ima dosta odredbi koje sadrže različite subjektivne elemente.

Genocid sadrži kao opšti element genocidnu nameru. Jedan od oblika genocida, stavljanje skupine u životne uslove sračunate da dovedu do uništenja, vrši se svrhovito ili namerno (deliberately). Zajednički zločinački poduhvat iz člana 25. se vrši sa „namerom da se osnaži zabranjena delatnost ili zabranjena svrha skupine“ (with the aim of furthering the criminal activity or criminal purpose of the group). Dobrovoljni odustanak se vrši „voljno“ (voluntarily). Ratni zločini su puni ovakvih primera. Namerno ubistvo (wilfull killing), namerno prouzorkovanje teških telesnih povreda (wilfull causing... ...serious injury... ...to body and health), verolomno ubijanje i ranjavanje (killing and wounding treacherously). Vojni nadređeni kod komandne odgovornosti odgovara i kada je trebalo da zna (should have known), a civilni i kada je svesno zanemario obaveštenja (consciously disregarded information). Actiones libere in causa je propisana u članu 31. i postoji kada je neko znao ili zanemario rizik da će se kao posledica trovanja upustiti u radnje koje čine dela u nadležnosti Suda (...knew or disregarded risk, that, as a result of intoxication, he or she was likely to engage in conduct constituting a crime within the jurisdiction of the Court). Oni subjektivni elementi koji opisuju umišljaj su suvišni u prisustvu opšte odredbe člana 30. Ovo stoga, što tim subjektivnim elementima „nije drugačije određeno“ od umišljaja koji već uređuje član 30.⁸

Kada bi Statut poznavao, u potpunosti, podelu na opšti i posebni deo, videlo bi se da se različiti subjektivni elementi pojavljuju, kako kod instituta opštег dela, tako i u posebnom delu, kod krivičnih dela u nadležnosti Suda.⁹ Pojmovi kojim se opisuju ti subjektivni elementi su različiti. Ovakvo bogatstvo rečnika koji opisuje subjektivne elemente krivičnih dela i drugih instituta je klasična odlika anglosaksonskog krivičnog prava.¹⁰ U kontinentalnoj pravnoj celini se koriste samo dva oblika krivice, umišljaj i nehat.

⁸ Donald K. Piragoff, *General Principles of Criminal Law, Mental element*, objavljeno u: Otto Triffterer, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, Nomos, 1999, p. 531.

⁹ Clark smatra da Statut poznaje podelu na opšti i posebni deo, ali ne određuje koji su to delovi: Roger S. Clark, *The Mental Element in International Criminal Law: The Rome Statute of the International Criminal Court and The Elements of Offences*, Criminal Law Forum, Vol 12, 2001, p. 314.

¹⁰ Sudija Jackson u odluci Moriset protiv Sjedinjenih država je kritikovao rad sudova u Sjedinjenim državama koji su u želji da naglase da čovek može biti kažnen samo ako je

Različito važenje oblika krivice prema različitim elementima bića krivičnog dela

Odredba kaže da će biti krivično odgovoran i podložan kazni za krivična dela u nadležnosti Suda samo „ko je elemente bića krivičnog dela izvršio sa direktnim ili eventualnim umišljajem“. U prosečnom kontinentalnom krivičnom zakonu reklo bi se da je podložan kazni ko „delo“ učini za umišljajem ili iz nehata. U ovoj odredbi je preovladao anglosaksonski uticaj u određivanju pojmove. Na kontinentu, po pravilu, celokupno krivično delo se ostvaruje sa umišljajem odnosno nehatom. Neće se praviti razlika između pojedinih elemenata bića krivičnog dela i oblika krivice sa kojim se ostvaruje svaki od tih elemenata, kako je to učinjeno u članu 30. Statuta. Kod Anglosaksonaca ovako nešto je uobičajeno i nije ništa neobično. Posledica je neuređenog stanja u njihovom krivičnom pravu i množine pojmove koji su se koristili za opisivanje subjektivnih elemenata bića krivičnog dela. Klasičan primer je američki „Uzorni krivični zakonik“, koji je po svemu sudeći bio uzor tvorcima Statuta, čije određenje umišljaja i nehata pravi razliku između tri vrste elemenata bića krivičnog dela: radnje, okolnosti i posledice.¹¹ Subjektivni odnos čoveka sa svakim od ovih elemenata bića krivičnog dela u Uzornom krivičnom zakoniku dat je različito.¹²

Odredba ne sprovodi dosledno podelu elemenata bića krivičnog dela. Kod direktnog umišljaja određuje se subjektivni odnos sa radnjom (conduct) i posledicom (consequence). Kod eventualnog umišljaja određuje se odnos sa okolnostima (circumstance) i sa posledicom (consequen-

kriv stvorili mnoštvo zbumujućih pojmove da opišu subjektivni element krivičnog dela: “The unanimity with which they have adhered to the central thought that wrongdoing must be conscious to be criminal is emphasized by the variety, disparity and confusion of their definitions of the requisite but elusive mental element. However, courts of various jurisdictions, and for the purposes of different offenses, have devised working formulae, if not scientific ones, for the instruction of juries around such terms as 'felonious intent,' 'criminal intent,' 'malice aforethought,' 'guilty knowledge,' 'fraudulent intent,' 'wilfulness,' 'scienter,' to denote guilty knowledge, or 'mens rea,' to signify an evil purpose or mental culpability. By use or combination of these various tokens, they have sought to protect those who were not blameworthy in mind from conviction of infamous common-law crimes.”: *Morrisette v. United States*, Supreme Court of the United States, 342 US 246 (1952)

¹¹ Wexler stoji na stanovištu da je odredba člana 30. data po ugledu na američki Uzorni krivični zakonik: Leila Sadat Wexler, *A First Look at the 1998 Rome Statute for a Permanent International Criminal Court: Jurisdiction, Definition of Crimes, Structure and Referrals to the Court*, objavljeno u : M. Cherif Bassiouni, *International Criminal Law*, Ardsley, New York, Transnationals Publishers, Vol. 3, 1999, p. 665, podnožna napomena 73.

¹² Model Penal Code, (MPC 2.02), navedeno prema: Harwey Wallace, Clifford Roberson, *Principles of Criminal Law*, Boston, Allyn & Bacon, 2001, p. 47.

ce). Nema nikakvog objašnjenja koji je subjektivni odnos ka „radnji“ kod eventualnog umišljaja i koji je subjektivan odnos ka „okolnostima“ kod direktnog umišljaja.¹³ Ovu nedoumicu uređuje opštom odredbom akt: „Elementi bića krivičnih dela“ u uvodu.¹⁴

Pojam „izvršio“ treba tumačiti u klasičnom smislu, kao ostvarenje elemenata bića krivičnog dela. Postoje mišljenja da ovaj pojam treba shvatiti kao „učinio“, odnosno da se on odnosi ne samo na izvršenje krivičnog dela, već i na sve ostale oblike i načine ostvarivanja dela u Statutu.¹⁵ Ovakva mišljenja su pogrešna, jeričko tumačenje člana 30. je sasvim jasno. Poreklo ovakvih mišljenja treba tražiti u nedovoljnoj uređenosti Statuta u pogledu ustrojstva.¹⁶

DIREKTNI UMIŠLJAJ

Drugi paragraf člana 30. određuje direktni umišljaj i počinje rečima „U svrhu ovog člana lice postupa sa direktnim umišljajem...“ što ostavlja mogućnost da se drugim odredbama Statuta daju druga značenja pojmu direktnog umišljaja. Isti je slučaj sa trećim paragrafom člana 30. koji daje odredbu eventualnog umišljaja. I ona važi samo u svrhu člana 30. Zanimljivo je da nigde u Statutu tako nešto nije učinjeno. Pitanje je zašto postoji ovakvo određenje, ako ga Statut nije iskoristio? Prepostavka je da je to zbog „Elemenata bića krivičnih dela“. Postoji mogućnost da taj element bića dela bude subjektivan. Ograničavajući određenje umišljaja iz člana 30. samo u svrhu tog člana, ostavljena je mogućnost da neki novi subjektivni element bude propisan, ili da bude propisan subjektivni ele-

¹³ „Krivična dela se propisuju na taj način da se svakom elementu dela mora izričito odrediti mens rea [oblik kricice]. Ukoliko se ne odredi oblik krvice za neki element, onda jedini mogući zaključak jeste da se za taj elemenat ne traži oblik krvice.“: Stephen Eriksson, *Treatment Under International Humanitarian Law: Criminal Accountability, State Responsibility, And Cultural Considerations*, Air Force Law Review, Vol. 55, 2004, p. 281.

¹⁴ *Elements of Crimes*, General Introduction, „Where no reference... ...to a mental element for any particular conduct, consequence or circumstance... ... relevant mental element, i.e., intent, knowledge or both set in article 30. applies.“: http://www.un.org/law/icc/asp/1stsession/report //english/part_ii_b_e.pdf, 6. februar 2006. godine.

¹⁵ Donald K. Piragoff, *General Principles of Criminal Law, Mental element*, objavljeno u: Otto Triffterer, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, Nomos, 1999, p. 528.

¹⁶ Ovaj zaključak, naročito, važi za oblike i načine ostvarenja krivičnog dela. U članu 25. samo su nabrojani oblici i načini ostvarenja krivičnog dela bez određena njihovog međusobnog odnosa ili stvaranja ustrojstva među njima i stvaranja njihovog odnosa sa krivičnim delima predvidenim u Statutu.

ment sa istim imenom, ali sa različitim sadržajem putem „Elemenata bića krivičnog dela“.

Izraz „radnja“ treba tumačiti u smislu činjenja i nečinjenja. Nema razloga da se tumači drugačije.¹⁷

Jezički sklop koji koristi engleski izvornik jasno upućuje na američko poreklo odredbe. Sklop „...hoće da preduzme radnju...“ koji u izvorniku glasi „...means to engage in conduct...“ prepisan je iz američkog „Uzornog krivičnog zakonika“, gde odgovarajuće određenje glasi „...njegov je svesni cilj da preduzme radnju...“ što u izvorniku glasi „...it is his conscious object to engage in conduct...“.¹⁸

Odredba opisuje i direktni umišljaj kada među elementima bića dela postoji i posledica. Ovo čini uz pomoć kako volje tako i svesti. Izvršilac „...hoće da prouzrokuje posledicu...“ ili je „...svestan da će se posledica pojaviti po redovnom toku stvari...“. Mogućnosti su ravnopravne jer ih vezuje veznik „ili“. Zanimljivo je da član 30. po pravilu koristi volju da odredi direktni umišljaj, a zatim u pogledu samo jednog od mogućih elemenata bića krivičnog dela, posledice, upotrebljava svest. U pitanju je slučaj kada iz određene radnje skoro sigurno sledi određena posledica. Na kontinentu bi to nazvali svešću o izvesnosti nastupanja posledice i svrstali bi ovakvu svest uvek u direktni umišljaj.¹⁹ Kada je izvršiočeva svest takva da je siguran da će se posledica pojaviti kao ishod njegove radnje, smatra se da postoji direktni umišljaj, jer nije moguće biti u nešto siguran, a ne hteti to isto.²⁰ U tom slučaju nema potrebe za delom odredbe koji govori o „svesti da će se posledica pojaviti po redovnom toku stvari“. Rečeno stanje svesti je pokriveno htenjem posledice.

Već je istaknuto da odredba, po anglosaksonskom običaju, pravi razliku između više elemenata bića dela i da su subjektivni odnosi ka ovim različitim elementima različiti. Odredba, takođe, pravi razliku i koje subjektivne elemente (volja, svest) koristi sa kojim elementom bića krivičnog dela. Tako odredba za određenje direktnog umišljaja koristi samo volju kod radnje, a kod posledice koristi i volju i svest.

¹⁷ Piragoff misli da se izraz odnosi po pravilu na činjenje, a na nečinje samo izuzetno: Donald K. Piragoff, *General Principles of Criminal Law, Mental element*, objavljeno u: Otto Triffterer, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, Nomos, 1999, p. 532.

¹⁸ Model Penal Code, (MPC 2.02), navedeno prema: Harwey Wallace, Clifford Roberson, *Principles of Criminal Law*, Boston, Allyn & Bacon, 2001, p. 47.

¹⁹ Piragoff pogrešno misli da je ovaj oblik svesti u kontinentanoj pravnoj celini odlika eventualnog umišljaja: Donald K. Piragoff, *General Principles of Criminal Law, Mental element*, objavljeno u: Otto Triffterer, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, Nomos, 1999, p. 534.

²⁰ Miloš Radovanović, *Krivično pravo SFRJ*, Beograd, Savremena administracija, 1976, str. 189.

EVENTUALNI UMIŠLJAJ

U trećem paragrafu člana 30. data je odredba eventualnog umišljaja uz korišćene opisa već iskorišćenih za direktni umišljaj.²¹ Eventualni umišljaj je „...svest da okolnosti postoje ili [svest] da će posledica nastupiti po redovnom toku stvari.“ što u izvorniku glasi „...awareness that a circumstance exists or a consequence will occur in the ordinary course of events.“. Kao i u slučaju direktnog umišljaja iskorišćen je američki Model Penal Code, gde istoimeni oblik krivice (knowledge) razlaže svest u odnosu na okolnosti i u odnosu na posledicu. U odnosu na okolnosti odredba Uzornog krivičnog zakonika kaže da je izvršilac „...svestan... ...da takve okolnosti postoje...“ što u izvorniku glasi „...aware... ...that such circumstances exist“. U odnosu na posledicu Uzorni krivični zakonik traži da je izvršilac „svestan da je praktično izvesno da će njegova radnja prouzrokovati posledicu“, što u izvorniku glasi „...aware that it is practically certain that his conduct will cause such a result“. Sličnost je očita na prvi pogled. Sasvim je jasno da značenje koje ima knowledge u „Uzornom krivičnom zakoniku“ jeste značenje koje treba pridati istoimenom obliku krivice iz člana 30. Rimskog statuta, a koji je za potrebe istraživanja nazvan eventualni umišljaj.

Značenje oblika krivice knowledge u Uzornom krivičnom zakoniku?²²

Ovaj zakonik je dao naglasak na svesti kao sastojku za određivanje oblika krivice koji Amerikanci zovu purpose, odnosno knowledge. Urednici zakonika, ne samo kod ovog oblika vinosti, nego i kod drugih, su kao glavni elemenat za njihovo određivanje upotrebili svest, za razliku od kontinentalnih shvatanja, gde je, pored svesti za određivanje oblika vinosti, jednako važna i volja.²³ Kod Amerikanaca postoji volja kao elemenat oblika krivice koji se zove purpose (intent), a koji bi kontinentalci nazvali direktni umišljaj, i više se ne pojavljuje.²⁴ Ovde je volja, čak, vrlo slična

²¹ Kai Ambos, *General Principles of Criminal Law in the Rome Statute*, Criminal Law Forum, 1999; Vol. 10, p. 22.

²² Odredba oblika krivice koji nosi naziv knowledge u Uzornom krivičnom zakoniku je, u stvari, indirektni umišljaj: Georg P. Fletcher, *Basic Concepts of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 122. Na kontinentu se pod indirektni umišljaj podvodi, na primer, slučaj nužne i uzgredne posledice. On se smatra direktnim umišljajem.

²³ Mihajlo M. Aćimović, *Subjektivni elemenat krivičnog dela u Američkom pravu*, Beograd, Savez Udruženja pravnika Jugoslavije, 1966 , str. 63.

²⁴ Aćimović je oblike krivice Uzornog krivičnog zakonika preveo kao namera, znaće, bezobzirnost i nehat. U originalu oni se zovu purpose, knowledge, recklessness i

shvatanju namere kao subjektivnog elementa bića pojedinih krivičnih dela. Posledica ovoga je da su za anglosaksonske pravnike razlika između oblika vinosti veća nedoumica nego za kontinentalne pravnike, jer potonji imaju jedan sastojak više za određivanje oblika vinosti.

Odredba člana 30. Rimskog statuta, kao posledica oslanjanja na Uzorni krivični zakonik, koristi samo jedan subjektivni element da opiše subjektivni odnos ka posledici i okolnostima dela. U pitanju je svest. Volja se uopšte ne pominje. Stoga, ona pati od istog problema od kojeg pate i oblici krivice Uzornog krivičnog zakonika.

Preklapanje sadržaja dva oblika krivice

Zanimljivo je da se koristi isto određenje kako za direktni tako i za eventualni umišljaj. „Svest da će se posledica pojaviti po redovnom toku stvari“ je način na koji se već određuje direktni umišljaj. Mišljenja da je „svest da će se posledice pojaviti po redovnom toku stvari“, u stvari, svest o izvesnosti posledice, su tačna. Opisano određenje svesti jeste direktni umišljaj. Kako je moguće da se koristi ponovo, u neizmenjenom obliku za eventualni umišljaj? Nameće se pitanje kako se razlikuje eventualni umišljaj od direktnog? Jedini mogući odgovor na ovo pitanje je sledeći. Odredba eventualnog umišljaja se, delimično, sastoји od sadržaja direktnog umišljaja. Većina pisaca stoji na stanovištu da stav 3. člana 30. ne uspeva da da samostalan sadržaj eventualnom umišljaju i da je on, u suštini, direktni umišljaj.²⁵

Čini nam se da stavovi većine imaju potporu u samom jeziku odredbe. Već je izведен zaključak da se koriste opisi već iskorišćeni za direktni umišljaj. Ipak treba reći da postoje i razlozi protiv ovog stava.

negligence. Aćimovićev nije želeo da prevodi nazive za ove oblike krivice sa uobičajenim nazivima koje koristi srpski jezik: direktni umišljaj, eventualni umišljaj, svesni nehat i nesvesni nehat jer se oni ne poklapaju u sadržaju. Da bi se lakše pratilo izlaganje u ovom radu, Aćimovićeva namera je direktni umišljaj, a Aćimovićeve znanje je eventualni umišljaj.

²⁵ Ambos misli da odredba ne ostavlja prostor za eventualni umišljaj: Kai Ambos, *General Principles of Criminal Law in the Rome Statute*, Criminal Law Forum, 1999; Vol. 10, p. 20; Werle i Jessberger ističu kako nije sigurno da odredba stava 3. člana 30. odražava dolus eventualis. Statut ostavlja mogućnost za različita tumačenja: Gerhard Werle and Florian Jessberger, *International criminal justice is coming home: The new German Code of Crimes Against International Law*, Criminal Law Forum, Vol. 13, 2002, p. 203. Pisci takođe navode i opredeljenje drugih po ovom pitanju. Da je u pitanju direktni umišljaj misle Leila N. Sadat, William A. Schabas i Thomas Weigand. Piragoff misli da je u pitanju dolus eventualis; Degan zauzima stav da član 30 ne sadrži dolus eventualis: Vladimir-Djuro Degan, *On the Sources of International Criminal Law*, Chinese Journal of International Law, Vol. 4, 2005, p. 60.

Zašto bi se tvorci Statuta, uopšte, trudili da daju dva različita imena ovim subjektivnim sadržajima i da daju dve različite odredbe, ako nisu žeeli da stvore dva različita oblika krivice? Namera tvoraca Statuta je nesumnjivo bila da stvore dva oblika krivice. Ukoliko je jedan od njih direktni umišljaj, drugi može da bude samo prvi, sledeći do njega, eventualni umišljaj. Treba naglasiti da nije cela odredba eventualnog umišljaja data sadržajem direktnog umišljaja. Prvi deo odredbe eventualnog umišljaja „...svest da okolnosti postoje...“ nije korišćen u odredbi direktnog umišljaja. Drugi deo jeste istovetan: „...svest... ...da će posledica nastupiti po redovnom toku stvari.“ i već je dat zaključak da on jeste direktni umišljaj. Šta može da bude prvi deo? On bi mogao da bude svaki oblik krivice koji ima svest o okolnostima dela, a to su kako, eventualni umišljaj, tako i svesni nehat. Sada nastupa već opisani problem koji vodi poreklo iz Uzornog krivičnog zakona. Odredba ne koristi volju, već samo svest, da opiše subjektivni odnos izvršioca ka delu. Kada bi u odredbi postojala volja, ona bi nam rekla da li je u pitanju eventualni umišljaj ili svesni nehat. Pitanje je da li se može učiniti nešto drugo da se odredba eventualnog umišljaja Rimskog statuta, bez ostatka svrsta u neki od oblika krivice?

Ako bi se krivična dela iz Rimskog statuta podelila na delatnosna i posledična, do neke mere bi bilo moguće dati odgovor. Rečeno je da Rimski statut pravi razliku između tri elementa bića krivičnog dela: radnja, okolnosti i posledica. Odredba eventualnog umišljaja govori o svesti ka „okolnostima“ i „posledici“, ali ne govori o svesti ka „radnji“. Ukoliko neko delo u Rimskom statutu jeste posledično krivično delo, onda je odgovor na pitanje jednostavan. Obzirom da član 30. govori o „svesti da će posledica nastupiti po redovnom toku stvari“ i da smo ovu svest svrstali u direktni umišljaj, jer je u pitanju svest o izvesnosti nastupanja posledice. Tada je odredba oblika krivice koji je na početku ovog dela rada nazvan eventualnim umišljajem, u stvari, direktni umišljaj. Nedoumica ostaje otvorena kada su u pitanju delatnosna krivična dela. Ova krivična dela se iscrpljuju u radnji. Pošto odredba eventualnog umišljaja ne govori o obliku svesti u odnosu na radnju, ne postoji nikakva smernica koja bi ukazala šta odredba stava 3. člana 30. znači u odnosu na delatnoscnu krivičnu dela. Ovo pitanje ostaje otvoreno. Treba naglasiti da nisu u pravu pisci koji misle da se odredba stava 3. člana 30. Rimskog statuta može svrstati, isključivo, u eventualni umišljaj (Piragoff) ili direktni umišljaj (Ambos, Weigand, Schabas, Degan, Sadat). U pravu su Werle i Jessberger koji ostavljaju mogućnost da se odredba može tumačiti na razne načine. U pravu je i Aćimović koji je u vezi sa odredbama oblika krivice u Uzornom krivičnom zakoniku, koji su bili uzor tvorcima Statu-

ta, napisao da je američkim pravnicima teže da daju puno značenje oblicima krivice nego kontinentalnim, jer potonji imaju jedan subjektivni elemenat više (volju) za određivanje oblika krivice.

NEHAT U RIMSKOM STATUTU

Posebno je zanimljivo da se Statut bavio samo određenjem pojma umišljaja, a ne i nehata, iako je nehat prisutan u Statutu u komandnoj odgovornosti i *Actiones libere in causa*. Nehat nije nepoznat ni primeni međunarodnog krivičnog prava.²⁶

Kroz komandnu odgovornost nehat može da ima isti primjenjeni značaj kao i umišljaj. Statut načelno polazi od prepostavke da je umišljaj glavni i skoro jedini mogući oblik krivice sa kojim se mogu izvršiti dela u nadležnosti Suda, a zatim putem nekoliko izuzetaka širi domašaj krivice za ta dela i na nehat. U tom slučaju je i pojam nehata morao imati svoje određenje, poput umišljaja. Ovo je veliki propust tvoraca Statuta, obzirom na mogući opseg primene nehata. Zahvaljujući doktrini komandne odgovornosti domašaj nehata će biti daleko veći, nego što se čini kada se pretražuju oblici krivice propisani krivičnim delima koje predviđa Statut.²⁷

Niti jedno od sudskeh veća Tribunal-a nije odgovorilo na jedno jednostavno pitanje. Kako se mogu najteži ratni zločini vojnika pripisati nehatnom propustu nadređenog da ih nadzire, kada je za izvršenje, npr. genocida, potreban ne samo umišljaj već i više od toga, genocidna name-ra? Na diplomatskoj konferenciji u Rimu na kojoj je utvrđivan tekst Statuta više poslanstava je ukazalo na logičku nemogućnost izvršenja genocida iz nehata.²⁸ Na kraju su svi učesnici diplomatske konferencije u Rimu postigli opštu saglasnost da su svesni i nesvesni nehat (recklessness i negligence) kao oblici krivice za najteže zločine u nadležnosti Suda ne-

²⁶ Odgovornost člana zajedničkog zločinačkog poduhvata za izvršeno krivično delo koje nije dogovoreno zajedničkim dogovorom, a neki od učesnika ga jeste izvršio, postoji ako je, prema okolnostima slučaja, bilo predvidljivo da takvo krivično delo može biti izvršeno, a učesnik u poduhvatu je voljno preuzeo taj rizik: Slučaj Tadić, Žalbeno veće, *Presuda*, para. 227-228.

²⁷ Otto Triffterer, *Mistake of fact or mistake of law*, objavljeno u: Otto Triffterer, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, Nomos, 1999, p. 567.

²⁸ U.N. Doc. A/CONF.183/C.1/L.10, p.1; navedeno prema: William A. Schabas, *Genocide*, objavljeno u: Otto Triffterer, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, Nomos, 1999, p. 109.

prihvatljivi.²⁹ Nauka međunarodnog krivičnog prava, takođe, drži nemogućim izvršenje genocida bez vrlo visokog stepena umišljaja. Rimski statut je ovo pitanje ostavio otvoreno jer se čini da je dozvolio da nadređeni odgovaraju za genocid izvršen od strane njihovih podređenih i kada nemaju nikakvu svest da je delo izvršeno.³⁰ Ovu nelogičnost najbolje uobičava Damaška kroz pitanje: **Da li je iko ikada čuo za nehatnog ratnog zločinca?**³¹ Ono što je sasvim moguće po odredbi člana 28. Rimskog statuta, nehatno saučestvovanje u krivičnom delu, krivično pravo ocenjuju kao neprihvatljivo.³²

Ima mišljenja da bi Statut trebalo da dozvoli mogućnost da se ratni zločini mogu izvršiti sa svesnim nehatom (recklessness). Ovo stoga, što je u vojnim delatnostma čest slučaj da se preuzme visoki rizik povrede zaštićenih vrednost i bez namere da se povreda zaista nanese. Ovakvi slučajevi bi mogli biti pokriveni rečenim oblikom krivice.³³ Ova mišljenja se ne mogu prihvati bez ostatka.

Različit sadržaj anglosaksonskih i kontinentalnih postavki oblika krivice

Naime, postoji razlika u shvatanju istih oblika krivice u različitim porodicama pravnih sistema. Umišljaj i nehat nemaju jednak obim i sadržaj u dve najveće i najvažnije porodice. Anglosaksonci prave veliku razliku između oblika vinosti, odnosno krivice, koji imaju svest i onih koji je nemaju. To je ista razlika koju kontinentalni pravnici prave između oblika krivice, odnosno vinosti, koji imaju volju i onih koje je nemaju. Granica umišljaja i nehata je drugačija kod Anglosaksonaca. Kod kontinentalaca

²⁹ Clark smatra da Statut poznaće podelu na opšti i posebni deo, ali ne određuje koji su to delovi Statuta: Roger S. Clark, *The Mental Element in International Criminal Law: The Rome Statute of the International Criminal Court and The Elements of Offences*, Criminal Law Forum, Vol 12, 2001, p. 334.

³⁰ William A. Schabas, *Genocide*, objavljeno u: Otto Triffterer, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, Nomos, 1999, p. 109; Kai Ambos, *General Principles of Criminal Law in the Rome Statute*, Criminal Law Forum, 1999; Vol. 10, p. 19.

³¹ Mirjan Damaška, *The Shadow Side of Command Responsibility*, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 49, No 3, 2001, str. 464-465.

³² „...unutrašnja prava... ...odbacuju koncept saučesništva iz svesnog nehata, naročito za saučesništvo u umišljajnim krivičnim delima... ...instituti unutrašnjeg prava odbacuju saučesništvo zasnovano na nesvesnom stvaranju rizika rezolutnije nego saučesništvo bazirano na svesnom.“: Mirjan Damaška, *The Shadow Side of Command Responsibility*, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 49, No 3, 2001, str. 463.

³³ Antonio Cassese, *The Statute Of International Criminal Court: Some Preliminary Reflections*, European Journal of International Law, Vol. 10, 1999, p. 154.

razlika se pravi na polju volje, a kod anglosaksonaca na polju svesti. Za anglosaksonske pravnike oblici vinosti odnosno krivice koji imaju svest ne mogu biti nehat. Za kontinentalca nehat su svi oni oblici vinosti, odnosno krivice kod kojih nema volje usmerene ka zabranjenoj radnji ili posledici. Iz ovoga sledi jedan jednostavan zaključak. Ono što kontinentalci nazivaju svesni nehat i ubrajaju u nehat Anglosaksonci ne smeštaju na isto mesto. Samo nesvesni nehat kontinentalnog pravnika je nehat za anglosaksonskog. Svesni nehat kontinentalnog pravnika nije nehat za anglosaksonskog.³⁴ Sa velikim oprezom može se svesni nehat kontinentalnog pravnika nazivati najnižim stepenom umišljaja za anglosaksonskog (recklessness).³⁵ Dokaz za ovu tvrdnju je Uzorni krivični zakonik kod kojeg oblici krivice za koje se odgovara bez da je posebno naglašeno jesu intention, knowledge i recklessness. Ova podela bi, na prvi pogled, odgovarala kontinentalnoj podeli na direktni umišljaj, eventualni umišljaj i svesni nehat. Ipak, ispravnije bi bilo ovu podelu uporediti sa podelom na direktni umišljaj, indirektni umišljaj i eventualni umišljaj. Negligence je oblik krivice za koji zakon mora izričito da naglasi da postoji odgovornost. Na kontinentu se odgovara za direktni i eventualni umišljaj bez naglašavanja, a za svesni i nesvesni nehat zakon mora izričito da naglasi odgovornost.

Prethodne stavove treba uzeti sa određenom merom zadrške. Glavni razlog je činjenica da i pored različitih ozakonjenja krivičnog prava koja postoje u anglosaksonskoj pravnoj celini, presude i dalje jesu izvor prava.

³⁴ „Moj mentor je okupio tri različite osobe, jednu iz Evrope... ...drugu iz Kine... ...treću iz Australije. Sve se dobro odvijalo do odredene točke, kada smo saznali da negligence, tj. usporediv pojam u civilističkom mišljenju, više ni na koji način nije usporediv s tim pojmom u common law. Dogodio se prekid u komunikaciji....“: Ivan Paden, *Rasprava*, objavljeno u: *Zapovjedna odgovornost*, Hrvatski helsinski odbor, Zagreb, 2003, str. 162; „A što se tiče nehata, nemara ili bilo čega, na subjektivnoj razini, problem je, zapravo, u tome što ovdje imamo posla s novim sustavom koji je na prvom mestu kreiran od strane common law pravnika... ...Mi kontinentalni pravnici imamo taj problem jer smo suočeni sa tehnikama, konceptima koje ne poznajemo, nemar ne postoji u našem pravu, to je koncept između dolusa i nehata, a o tome šta nehat znači mogli bismo održati cijeli novi seminar.“: Kai Ambos, *Rasprava*, objavljeno u: *Zapovjedna odgovornost*, Hrvatski helsinski odbor, Zagreb, 2003, str. 163-164.

³⁵ Fletcher smatra da oblici krivice iz Uzornog krivičnog zakonika koji se zovu recklessness i negligence odgovaraju kontinentalnim pojmovima svesnog i nesvesnog nehata: Georg P. Fletcher, *Basic Concepts of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 115; U vezi sa donjom granicom odgovornosti civilnog nadređenog prema članu 28. [Rimskog Statuta] Ambos drži da je u pitanju: „Namjerna slepoća [wilfull blindness] i stoga novi standard članka 28... ...nalazi se između znanja i nemara“: Kai Ambos, *Problematični aspekti načela zapovjedne odgovornosti s gledišta krivičnog prava*, objavljeno u: *Zapovjedna odgovornost*, Hrvatski helsinski odbor, Zagreb, 2003, str. 54.

Takođe, treba istaći da zakoni kod Anglosaksonaca često ne sadrže odredbe oblika vinosti, ali zato daju njihove nazine.³⁶ Sudovi su prisiljeni da sami, tumačeći zakone kroz presude, daju sadržaj odredbama oblika vinosti, krivice.³⁷ Tako se dolazi do stanja da su odredbe oblika vinosti-krivice nebrojene i niko ne može sa sigurnošću tvrditi koji oblik vinosti odnosno krivice važi za koje krivično delo.³⁸ Pravo većine država u SAD zahteva za nehatno lišenje života više od običnog nesvesnog nehata, ipak nekoliko država je zakonima učinilo kažnjivim nehatno lišenje života do kojeg je došlo nesvesnim nehatom.³⁹ U isto vreme na kontinentu je sasvim normalno da se nosi odgovarnost za lišenje života u nehatu, bilo svesnoom bilo nesvesnom.

Anglosaksonski i kontinentalni pravnici se ne bi saglasili ni oko donje granice zajedničkog zločinačkog poduhvata.⁴⁰ Za anglosaksonskog pravnika u pitanju je najniži stepen umišljaja (recklessness). Za kontinentalnog pravnika u pitanju je najviši stepen nehata, svesni nehat.⁴¹

³⁶ Wayne R. LaFave, *Criminal Law*, West Group, Saint Paul, 2000, str. 251.

³⁷ Wayne R. LaFave, *Criminal Law*, West Group, Saint Paul, 2000, str. 251; „Odlučujući o tome koje psihičko stanje mora postojati kod počinitelja kaznenog djela, sudovi su se igrali sa velikim brojem formulacija.“: Ruth Wedgwood, *Budućnost zapovjedne odgovornosti*, objavljeno u: *Zapovjedna odgovornost*, Hrvatski helsinski odbor, Zagreb, 2003, str. 33.

³⁸ „Dakako postoje različiti pojmovi, barem u američkom pravu, koji označavaju nehat: nehat, nemarnost, bezobzirnost, svjesno izbjegavanje znanja, namjerna namjera, namjerno izbegavanje“: Ruth Wedgwood, *Budućnost zapovjedne odgovornosti*, objavljeno u: *Zapovjedna odgovornost*, Hrvatski helsinski odbor, Zagreb, 2003, str. 33.

³⁹ Wayne R. LaFave, *Criminal Law*, West Group, Saint Paul, 2000, podnožna napomena broj 4, str. 247.

⁴⁰ „Profesor John Willis... kojega sam došao pitati da mi objasni pojам sile u common law pa me ismijao. „Mi se na bavimo pojmovima, to radite vi Evropljani, mi se bavimo činjenicama!“ Bojim se da će pravnici... ovog dela Europe imati velike poteškoće u nastojanju da u Haškom tribunalu, koji je velikim dijelom uređen angloameričkim common law-om, putem konceptualne analize postignu pravnu sigurnost za svoje klijente.“: Ivan Padén, *Rasprava*, objavljeno u: *Zapovjedna odgovornost*, Hrvatski helsinski odbor, Zagreb, 2003, str. 187-188.

⁴¹ Schabas pravilno uvida da se oblici krivice anglosaksonske i kontinentalne pravne celine ne poklapaju. Ipak, on greší kada misli da anglosaksonski oblik krivice recklessness obuhvata više stepena svesti o izvesnosti postojanja elemenata bića dela od potpune izvesnosti do svesti o mogućnosti: William Schabas, *Genocide in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 212. Prema Uzornom krivičnom zakoniku recklesness je svesno zanemarivanje suštinskog i neopravданog rizika da materijalni elemenat bića dela postoji, ili da će proistići iz postupanja izvršioca. Zanemarivanje rizika je rečnikom kontinentalnog prava svesni nehat. Problem je u tome što je prvi sledeći oblik krivice koji predviđa Uzorni krivični zakonik, knowledge, ima jako visoku donju granicu, pokriva donju granicu direktnog umišljaja, pa recklesness može da se protegne do direktnog umišljaja:

ZAKLJUČAK

Celokupan Rimski statut trpi snažan pritisak anglosaksonskih pravnih postavki koje su mu bile uzor. Član 30. ne samo da nije izuzetak već je i najbolji primer ove pojave. On, skoro, verno prenosi odredbu američkog Uzornog krivičnog zakona o oblicima krivice, i sa njom prenosi nedoumice koje pomenuti akt nije rešio.

Oblici krivice ne važe za celokupna krivična dela, već se pojedini delovi sadržaja odnose na pojedine elemente bića krivičnih dela. Ovo pravilo nije sprovedeno do kraja, tako da je kod drugog oblika krivice koji poznaje odredba člana 30. ispušten sadržaj oblika krivice upravo kod najvažnijeg elementa bića krivičnog dela-radnje. Kod posledičnih krivičnih dela ova činjenica će napraviti manje nedoumice, jer postoji određenje sadržaja oblika krivice za posledicu. Kod delatnosnih krivičnih dela nema nikakvog određenja sadržaja oblika krivice što će ostaviti prostor za sva moguća tumačenja.

Iako bi bilo sasvim prirodno da stepenovano po težini prvi naredni oblik krivice, posle direktnog umišljaja, bude eventualni, to ovde nije slučaj. Nakon direktnog umišljaja dolazi, opet, direktni umišljaj. Ova tvrdnja je sigurna samo u pogledu posledičnih krivičnih dela. U pogledu delatnosnih krivičnih dela ne može se sa sigurnošću reći koji oblik krivice dolazi nakon direktnog umišljaja.

Još jednom se pokazalo da anglosaksonske krivične pravne jasno zastaje za kontinentalnim na polju opštег dela krivičnog prava. Iako se ta razlika smanjuje tokom vremena putem preuzimanja kontinentlanih krivičopravnih postavki i ideja i dalje je ona jasna i jasno vidna. Prilikom rečenog preuzimanja anglosaksonci upodobljavaju kontinentalne pravne postavke svojim ili ih izlažu njihovom uticaju na taj način da im menjaju suštinu ili zahvat.

Najbolji primer jeste upravo Uzorni krivični zakonik. Donet je 1962. godine sa jasnom namerom da se izvrši ozakonjenje krivičnog prava u SAD, što je klasična odlika kontinentalnih zakonodavaca. Pri tome su kontinentalni pravni oblici punjeni anglosaksonskim sadržajem čime im je promenjena suština. Tako je uobičajeni kontinentalni poredak četiri oblika krivice (direktni umišljaj, eventualni umišljaj, svesni nehat i nesvesni nehat) tada preuzet u četiri odgovarajuća oblika (intent, knowledge, recklessness, negligence). Novi sadržaj koji im je dat dao im je i novi domaćaj.

Mihajlo M. Aćimović, *Subjektivni elemenat krivičnog dela u Američkom pravu*, Beograd, Savez Udruženja pravnika Jugoslavije, 1966., str. 69.

Posle skoro 40 godina Rimski statut postaje mesto novog susreta anglosaksonskih oblika krivice sa njihovim prauzorima kontinentalnog porekla. Ponovno sučeljavanje pokazuje da je poređenje anglosaksonske postavke oblika krivice u članu 30. Rimskog statuta sa svojim izvorima na kontinentu skoro nemoguće. Ovaj put je iver pao daleko od klade.

*Branislav Ristivojević, Ph.D., Assistant Professor
Law Faculty, Novi Sad*

On general forms of culpability in the Rome statute

Abstract

Classification of forms of culpability, which are recognised under Article 30 of the Roman Statute, into particular notions of Criminal Law is not simple as it might seem at first sight.

This task is additionally made difficult due to limited scope of the norm, incomplete and unfinished provision of Article 30 as well as the position of the interpreter of law.

The Statute does not have any round-up definition of the forms of culpability under Article 30 although this should be a general provision common to the entire Statute. The norm of Article 30 refers only to that Article and other articles of the Statute may prescribe forms of culpability. There is no statutory barrier to other articles of the Statute determining the forms of culpability and that has been done on a number of places. In this way, the meanings of several different forms of culpability, which have similar or the same names, are being confused. It should be pointed out that the only forms of culpability given the real tenor are those contained in Article 30. However, one can make only assumptions about the content of all the others.

In the process of legal norm-setting the Anglosaxon character is clearly recognised in underdeveloped and ambiguously defined norm. Comparison with some classical texts from Anglosaxon criminal law, such as the Model Penal Code, explicitly leads to that conclusion. One of the most evident merits of the Model Penal Code which was transferred to the Statute pertains to different determination of the content of forms of culpability according to distinctive elements of guilty knowledge.

If, in the process of interpretation, the norm is examined from different aspects, this results in different outcomes. Should the norm be examined from the Anglosaxon legal point of view, we have one outcome and if we adopt the continental approach, the other.

As a result, the basic postulate of the paper, according to which the first form of culpability recognised by Article 30 is a intent (*dolus directus*) and the second one is a knowledge (*dolus eventualis*), has been disputed. It has relied on logical interpretation of the Statute which lays down that the degree of culpability following the intent, according to its severity, is the knowledge.

The first form of culpability considered in Article 30 is certainly intent, however the second one cannot be exclusively classified under the knowledge. Those views which exclusively classify it into the first or second form of culpability are not acceptable.

The most appropriate solution seems to be the one which takes into account that the Statute recognises conduct and result criminal offences. Different content of the second form of culpability of Article 30, with regard to different elements of guilty knowledge, may leave room for different conclusions. With respect to result criminal offences, it is undisputable that the second form of culpability of Article 30 pertains to direct intent. Regarding the conduct criminal offence, Article 30 does not have any clear stipulations so that both intent and knowledge are possible.

Even though Article 30 does not make any references to negligence as the form of culpability, which may result in criminal offences set down in the Statute, the negligence is recognised by several doctrines the most important of which is command responsibility. By virtue of command responsibility, the same significance may be attached to negligence in the Roman Statute as to the intent. Therefore, it seems that, by an oversight, the Statute drafter failed to provide the definition of negligence in Article 30.

*Mr Gordana Drakić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

PRAVNI PROPISI O AGRARNOJ REFORMI U KRALJEVINI SRBA, HRVATA I SLOVENACA

Sažetak: *U radu su prikazani najvažniji pravni propisi koji su donešeni radi regulisanja sprovodenja agrarne reforme u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca. Razmotrena je i osnovna karakteristika koja je odlikovala proces sprovodenja agrarne reforme u posmatranom periodu - provizorno stanje, koje je nastalo kao posledica rešenja sadržanih u prikazanim pravnim propisima.*

Ključne reči: *agrarna reforma, pravni propisi, provizorno stanje, Kraljevina Srba, Hrvata i Slovenaca.*

Nakon stvaranja Kraljevstva Srba, Hrvata i Slovenaca, među osnovnim problemima u državi naročito se isticalo pitanje uređenja odnosa u oblasti agrara. Agrarni karakter novostvorene države, raznorodnost agrarnih odnosa u njenim pojedinim delovima kao i činjenica da je zemljoradnja predstavljala osnovnu egzistencijalnu delatnost većine stanovništva uticali su da agrarni problem dobije poseban značaj. Tome je, svakako, doprinelo i nezadovoljstvo narodnih masa koje je na selu poprimalo i revolucionarna obeležja. Navedeni razlozi opredelili su državne vlasti da rešavanju ovog kompleksnog problema pristupe neposredno nakon formiranja zajedničke države Srba, Hrvata i Slovenaca.

Izvođenje agrarne reforme, sveobuhvatne i kompleksne državne mере, trajalo je koliko i sama međuratna jugoslovenska država. U tom periodu, grubo posmatrano, možemo razlikovati dve faze. Prva faza obuhvata period od 1919. do 1931. godine, u toku kojeg je agrarna reforma sprovedena kao privremena mera. Drugu fazu predstavlja period od 1931. do

1941. godine i karakteriše je sprovođenje konačne likvidacije agrarne reforme.

U daljem tekstu ukazaćemo na najvažnije pravne propise koji su doneti radi regulisanja sprovođenja agrarne reforme u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca. Takođe, izložićemo i osnovne karakteristike agrarne reforme u periodu kada je država nosila naziv Kraljevina Srba, Hrvata i Slovenaca, a koje su proizašle kao posledica rešenja sadržanih u odnosnim pravnim propisima.¹

Nakon što je regent Aleksandar u svom *Manifestu* od 6. januara 1919. godine izrazio odlučnost u pogledu hitnosti rešavanja agrarnog pitanja, ukiđanja kmetstva i velikih zemljišnih poseda, obrazovana je odgovarajuća komisija koja je te planove trebalo da razradi i konkretizuje.² Već 25. februara 1919. godine vlada je prihvatile nacrt podnet od strane komisije i donete su *Prethodne odredbe za pripremu agrarne reforme* – prvi opšti akt kojim su bila utvrđena osnovna načela agrarne reforme.³ *Prethodne odredbe* su predstavljale i neku vrstu *programa* vlade po kojem je trebalo vršiti agrarnu reformu.

Ovim pravnim propisom bilo je proglašeno razrešenje svih preostalih feudalnih odnosa u onim krajevima države u kojima su takvi odnosi još postojali. Kmetovi su proglašeni za slobodne vlasnike zemlje koju su obradivali, a bivšim vlasnicima je država garantovala odštetu. Dalje, je bilo predviđeno da će se svi veliki posedi na teritoriji Kraljevstva Srba, Hrvata i Slovenaca eksproprijsati. Od eksproprijsanih površina zemlja bi se, potom, dodelila onim državljanima koji se bave zemljoradnjom, a zemlje nemaju uopšte ili je nemaju dovoljno. Prvenstvo prilikom dodeljivanja zemlje su, shodno *Prethodnim odredbama*, imali invalidi, udovice i siročad ratnika, zatim vojnici i dobrovoljci.

Prethodne odredbe su propisivale da će se naknadno, posebnim zakonom, definisati šta se smatra velikim posedom u skladu sa posedovnim i ekonomskim prilikama pojedinih krajeva zajedničke države. Međutim, odmah su bili proglašeni za velike posede: svi fideikomisni posedi i svi ostali posedi od „bar 100-500 jutara“ obradivog zemljišta prema pose-

¹ U radu ćemo izložiti najvažnije pravne propise koji su svojim rešenjima obeležili prvu fazu sprovođenja agrarne reforme u međuratnoj jugoslovenskoj državi. Pri tom se nećemo upuštati u detaljnu analizu i komentarisanje tih akata kao i rezultata njihove primene jer to prevazilazi okvire ovog rada.

² *Službene Novine Kraljevstva Srba, Hrvata i Slovenaca* br.2 od 28. januara 1919. godine.

³ Tekst *Prethodnih odredaba za pripremu agrarne reforme* u zbirci *Agrarna reforma uredbe, naredbe i raspisi izdanje Ministarstva za agrarnu reformu Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca u Beogradu*, u daljem tekstu AR-I, Zagreb 1920, 12-17.

dovnim i ekonomskim prilikama svoga kraja.⁴ Dalje je bilo propisano da će se veleposednicima davati odšteta za eksproprijano zemljište ali da će se pojedinosti precizirati posebnim zakonom. Dok se definitivno ne sproveđe deoba velikih poseda, bilo je propisano da će država agrarnim interesentima izdavati u privremeni zakup zemlju poseda koji su bili izričito proglašeni za velike.

Prethodnim odredbama za pripremu agrarne reforme bio je pravno utemeljen proces promene agrarnoposedovne strukture u Kraljevstvu Srbija, Hrvata i Slovenaca. Jedan od najvažnijih razloga za otpočinjanje tog procesa i njegovo normativno uređenje bilo je revolucionarno vreme koje se osećalo na selu posle Prvog svetskog rata. Tekst jednog od paragrafa *Prethodnih odredaba* bio je posebno namenjen smirivanju nezadovoljstva jer je predviđao isključivanje iz reda korisnika agrarne reforme svih onih koji budu osuđeni zbog pljačkanja, otimanja ili samostalnog deljenja tuđe zemlje.⁵

Ministarski savet je, zatim, 10. aprila iste godine izdao *Naredbu o delomičnom izvođenju Prethodnih Odredaba Ministarskog Saveta za pripremu agrarne reforme od 25. februara 1919. godine* radi obezbeđivanja kontinuiteta poljoprivredne proizvodnje na velikim posedima.⁶ Prilikom donošenja ove Naredbe vlada je zaobišla Privremeno narodno predstavništvo u nameri da što brže doneše akt koji bi doprineo daljem učvršćenju poretka. *Naredbom* je bilo predviđeno da se zemlja velikih poseda izdaje u privremeni zakup do 31. oktobra 1919. godine. Poverenici za agrarnu reformu, ustanovljeni ovim propisom kao organi agrarne reforme, morali su da upozore agrarne interesente, prilikom dodele zemlje, da se radi o privremenom zakupu. Istovremeno je trebalo da ih obaveste da će prilikom definitivne podele zemljišta, koja će „uslediti kasnije“, biti isključeni svi koji bi zemlju sami optimali ili nemarno obradivali površine koje su im dodeljene. *Naredba* od 10. aprila 1919. godine potvrdila je rešenost vlade da načela agrarne reforme proklamovana u februaru sprovede u delo što je dodatno umirilo sve one koji su čekali da im se dodeli zemlja.

Donošenjem *Prethodnih odredaba za pripremu agrarne reforme* i *Naredbe Ministarskog Saveta od 10. aprila 1919. godine* uspostavljeno je provizorno stanje u sprovodenju agrarne reforme. Zemlja je agrarnim interesentima izdavana u privremeni jednogodišnji zakup. Postojala je

⁴ Paragraf 9. *Prethodnih odredaba za pripremu agrarne reforme*

⁵ Paragraf 23. *Prethodnih odredaba za pripremu agrarne reforme*

⁶ Tekst *Naredbe o delomičnom izvođenju Prethodnih odredaba Ministarskog Saveta za pripremu agrarne reforme od 25. februara 1919. godine*, AP-I, Zagreb 1920, 18-22.

namera da se provizorno stanje okonča donošenjem zakona o agrarnoj reformi koji bi uredio sva pitanja njenog sproveđenja. Međutim, s obzirom na postojeće društvene i političke prilike i antagonizme to nije bilo jednostavno. Izvesni pokušaji da se, u Privremenom narodnom predstavništvu, najpre, formalno ozakone *Prethodne odredbe*, a potom, po napuštanju te ideje, raspravlja o projektu zakona o agrarnoj reformi, koji je pripremio resorni ministar, i da se taj tekst, eventualno, usvoji, su propali.⁷

Vlada i ministar za agrarnu reformu su nastavili sa izdavanjem pravnih propisa kojima su, u skladu sa potrebama, obezbedivali odgovarajuća rešenja, a ujedno i učvršćenje provizornog stanja u izvođenju agrarne reforme.

Tako je 21. jula 1919. godine doneta *Uredba o zabrani otuđenja i opterećenja zemljišta velikih poseda*.⁸ Ovim propisom je bilo određeno da se, radi osiguranja eksproprijacije, svi privatni veliki posedi koji su prelazili određene površine, navedene u 2. članu, ne mogu otuđivati i opterećivati osim sa odobrenjem ministra za agrarnu reformu. Zabranu otuđivanja i opterećivanja velikih poseda trebalo je da nadležne vlasti unesu kao zabeležbu u zemljišnim knjigama. Uredbom su od pomenute zabrane bili izričito izuzeti veliki posedi koji su bili u svojini države, opština, zemljišnih zajednica i imovnih opština. Ministar za agrarnu reformu bio je ovlašćen da, na molbu vlasnika poseda ili hipotekarnog poverioca, dozvoli da se izvesna površina, najviše do maksimuma, izdvoji od zabrane. Bilo je propisano da će se tako izdvojena površina vlasniku uračunati u maksimum koji će mu ostati nakon što država sprovede eksproprijaciju njegovog poseda. U *Uredbi* su bili taksativno navedeni slučajevi u kojima je ministar mogao izdati dozvolu za otuđenje zemljišta ali samo ako to nije štetilo pravilnom izvođenju agrarne reforme.

Uredba o zabrani otuđenja i opterećenja zemljišta velikih poseda doneta je, pre svega, sa ciljem da se obezbedi sproveđenje eksproprijacije i da se spriči izigravanje agrarne reforme putem otuđivanja zemljišta i drugim pravnim poslovima. Ona je uvela i jednu novinu definisanjem veličine poseda, koji su potpali pod udar agrarne reforme, u zavisnosti od kraja države u kojem se nalazio. Naime, u *Prethodnim odredbama za pripremu agrarne reforme* bilo je navedeno da će naknadno biti definisano šta se smatra velikim posedom. „Ta napomena o naknadnom definisanju velikog poseda izgleda, bar na prvi pogled, sasvim umesna, jer se u

⁷ M. Erić, *Agrarna reforma u Jugoslaviji 1918-1941*, Sarajevo 1958, 338.

⁸ *Službene Novine Kraljevstva Srba, Hrvata i Slovenaca* br.82 od 12. avgusta 1919. godine.

njoj pledira na osobenosti pojedinih krajeva Kraljevine SHS. Suština napomene o naknadnom definisanju velikog poseda bila je u tome da se u pogodnom momentu odstupi od načelne odluke prethodnih odredaba o eksproprijsanju svih poseda od 100 do 500 kj i da se tako, bar delimično, zaštite interesi veleposednika.⁹ Dakle, *Uredbom* od 21. jula 1919. godine izmenjena je načelna odluka *Prethodnih odredaba* o veličini poseda koji se eksproprišu, a uvedena je ustanova maksimuma na osnovu kog se određivalo da li neki posed mora da postane objekat agrarne reforme. U njoj su, naročito kada je reč o području Vojvodine, vrednosti maksimuma povećane čime su indirektno bili zaštićeni interesi velikih posednika.

Sledeći propis koji je bio značajan za sprovođenje agrarne reforme u Kraljevini SHS bila je *Uredba o izdavanju zemljišta velikih poseda u četvorogodišnji zakup*, doneta 3. septembra 1920. godine.¹⁰ Uredbom je ovlašćeno Ministarstvo za agrarnu reformu da, do definitivne podele velikih poseda, preuzme u svoju upravu površine zemljišta –oranice, livade i pašnjake– upisane u katastralne posedovne listove na ime velikih posednika, ako ih agrarni uredi svojim rešenjem odvoje od velikog poseda i proglose raspoloživim za svrhe agrarne reforme. Ministarstvo za agrarnu reformu je, potom, takve površine zemljišta izdavalо u privremeni – četvorogodišnji zakup agrarnim interesentima počev od 1. oktobra 1920, pa do 30. septembra 1924. godine. Ovaj rok se, shodno Uredbi, mogao produžavati „dok zemljište zakonitim putem ne pređe u svojinu zakupaca“.¹¹ Ovim rešenjima pravno je utemeljeno provizorno stanje u sprovođenju agrarne reforme, samim tim postalo je neizvesno dokle će reforma trajati i da li će agrarni interesenti napisletku dobiti zemlju u svojinu.

Veleposednici su, prema Uredbi, imali pravo da sami izaberu polovinu površine maksimuma zemljišta koji im je bio zagarantovan. U maksimum poseda uračunavale su se oranice, livade, voćnjaci, vinogradi i vrtovi kao i obradivo zemljište koje je veleposednik otudio posle 25. februara 1919. godine. Osim toga, velikim posednicima ostavljeni su dvorište i manji kompleksi šuma za potrebe ogreva i grade. Mogla im se ostaviti i površina iznad maksimuma, i to na osnovu obrazloženja ekonomskog veštaka, ako je to bilo neophodno potrebno radi održanja agrarne i mlekarske industrije, gajenja stoke, ergela, semena i proizvodnje

⁹ N. Gaćeša, *Agrarna reforma i kolonizacija u Bačkoj 1918-1941*, Novi Sad 1968, 53.

¹⁰ Tekst *Uredbe o izdavanju zemljišta u četvorogodišnji zakup* u zbirci AP-I, Zagreb 1920, 54-63.

¹¹ Paragraf 1. *Uredbe o izdavanju zemljišta u četvorogodišnji zakup*.

industrijskog bilja. Lista kultura za čije uzgajanje je ostavljano zemljište preko maksimuma bila je proširena, što je, dodatno, omogućavalo da veleposednici zadrže više zemljišta od maksimuma.¹² Sledеći ustupak u korist vlasnika velikih poseda sastojao se u tome što ako posed nije prelazio maksimum više od 10% moglo im se i to zemljište ostaviti na slobodno iskorišćavanje (paragraf 4.). Ministar za agrarnu reformu je, na osnovu Uredbe, bio ovlašćen da odredi izdavanje određenih površina velikih poseda u jednogodišnji zakup u slučajevima gde, s obzirom na obradu i dubrenje zemlje, nije bio nužan višegodišnji zakup.

Uredba o četvorogodišnjem zakupu sadržala je brojne odredbe o uslovima zakupa i o obavezama zakupaca. „Pošto je bilo malo vjerovatno da se zakupci neće ogriješiti o neku obavezu, održanje zakupnog ugovora zavisilo je uvijek od agrarnih vlasti. Time je obezbijeđena mogućnost političkog ucenjivanja agrarnih subjekata...“¹³

U Bačkoj i Banatu do kraja 1920. godine nisu se mogle primeniti odredbe *Uredbe o izdavanju zemljišta velikih poseda u četvorogodišnji zakup*, pa je zemlja agrarnim interesentima izdata samo u jednogodišnji zakup. Ministar za agrarnu reformu je naložio županijskim agrarnim uredima na tom području da pristupe reviziji svih poslova izvršenih u sproveđenju agrarne reforme do 1921. godine i naglasio da svaki dalji rad mora biti u skladu sa odredbama Uredbe.¹⁴

Vidovdanski ustav donesen sledeće 1921. godine u svom 43. članu je propisivao da će se eksproprijacija velikih poseda i njihova podela u svojinu licima koja zemlju obrađuju, urediti zakonom. Ovakvom ustavnom odredbom nije se diralo u provizorno stanje u sproveđenju agrarne reforme već je ostavljeno da se ono reguliše odgovarajućim zakonom.¹⁵

Skoro godinu dana nakon što je donet ustav, 18. maja 1922. godine ministar za agrarnu reformu Krsta Miletić podneo je Narodnoj skupštini projekat zakona o eksproprijaciji velikih poseda i kolonizaciji. Predlog zakona je sadržao vrednosti maksimuma utvrđene u *Uredbi o zabrani otuđivanja i opterećivanja* iz 1919. godine, sa nekim novim rešenjima koja su imala za cilj povećanje zemljišnog fonda reforme. Bila je određena i veličina površine zemljišta koja se može dati agrarnom interesentu.

¹² B. Lekić, *Agrarna reforma i kolonizacija u Jugoslaviji 1918-1941*, Beograd 2002, 108.

¹³ M. Erić, nav. delo, 347.

¹⁴ N. Gaćeva, nav. delo, 61-62.

¹⁵ *Službene Novine Kraljevine SHS* br.142A od 28. juna 1921. godine. Vidovdanski ustav, pored navedenog, sadržao je još članova koji su se odnosili na agrarnu reformu. U ovom radu nećemo ih navoditi i analizirati jer njihovo podrobnije tumačenje može biti predmet posebnog rada.

Predlog je, zatim, bio upućen posebnom odboru na razmatranje ali se nakon toga o njemu nije više raspravljalo.¹⁶

Sledeće godine, u junu, ministar Miletić je, sa ovlašćenjem vlade, podneo skupštini isti predlog dopunjena sa jednim članom kojim se dozvoljava da agrarni interesent otkupi zemlju, koja mu je dodeljenja, od veleposednika na osnovu međusobnog sporazuma. Projekat je ponovo naišao na opoziciju u parlamentu i, kao i prethodni, završio u skupštinskoj arhivi. Međutim, pomenutim članom bila je nagovuštena politika fakultativnog otkupa u agrarnoj reformi koja je narednih godina usledila.¹⁷

Dakle, kako projekat zakona o eksproprijaciji velikih poseda i kolonizaciji nije bio usvojen u skupštini, javila se u leto 1924. godine potreba da se reši pitanje o produženju privremenih zakupa svih poseda koji su na osnovu Uredbe od 3. septembra 1920. bili izdati do 30. septembra 1924. godine. Ministar za agrarnu reformu je slovom pomenute Uredbe iz 1920. godine bio ovlašćen da četvorogodišnji rok zakupa produži. On je to svojim rešenjem od 18. jula 1924. godine i učinio, tako da su svi dotadašnji privremeni zakupi produženi „do donošenja Zakona o eksproprijaciji velikih poseda i kolonizaciji, kojim će se rešiti definitivno pitanje otkupa preuzetih zemljišta i ista preći u svojinu onih, kojima su dodeljena, kao i do uvođenja istoga u život“.¹⁸

Donošenje ovog rešenja stavilo je tačku na očekivanja da će po isteku četvorogodišnjeg zakupa konačno doći do rešenja agrarnog pitanja putem donošenja jedinstvenog zakona. Provizorno stanje u sprovodenju agrarne reforme nastavljeno je sve do donošenja *Zakona o likvidaciji agrarne reforme na velikim posedima* u junu 1931. godine.¹⁹ „U ovom drugom periodu provizorija, koji je trajao sedam godina, agrarni interenti su i dalje dobijali zemlju kao zakupci. Naime, četvorogodišnji zakup je produžavan iz godine u godinu uz vrlo česte revizije i superrevizije agrarnih subjekata...“²⁰

Kako bi se, međutim, ipak primakla konačnom rešenju agrarnih odnosa, vlada je 1925. godine pokušala, u više navrata, da omogući fakultativni otkup agrarnog zemljišta od strane subjekata agrarne reforme. Konačno je članom 38 *Zakona o budžetskim dvanaestinama* od 31. jula 1925. godine bio ovlašćen ministar za agrarnu reformu da do donošenja

¹⁶ S. Šećerov, *Istorija jugoslovenske agrarne reforme i agrarnog zakonodavstva od 1919. do 1934. godine*, Rukopisno odeljenje Matice srpske M.14.029, 148. i dalje.

¹⁷ Isto, 156.

¹⁸ AR-II, 95.

¹⁹ Tekst *Zakona o likvidaciji agrarne reforme na velikim posedima* u zbirci G. Niketića *Zakonodavstvo o likvidaciji agrarne reforme*, Beograd 1932, 1-39.

²⁰ N. Gaćesa, nav. delo, 127.

zakona o eksproprijaciji velikih poseda i kolonizaciji može odobravati prodaju i gruntovni prenos nekretnina, koje su stavljeni pod udar agrarne reforme, a premašuju zakonske maksimume. „Ali i ova odredba nije mogla da pomeri likvidaciju agrarnih poslova u Kraljevini zato, jer je baš u to vreme izbila velika i teška poljoprivredna kriza. Cene zemljoradničkim proizvodima pale su i agrarni interesenti i kolonisti imaju i inače dosta potreba, koje nisu mogli dosada da zadovolje. A usled pada cene svojih proizvoda...nisu mogli da uđu u kupovinu svoje zemlje“.²¹

Sprovodenje agrarne reforme je na osnovu navedenih propisa nastavljeno sličnim tempom sve do proglašenja diktature kralja Aleksandra Karađorđevića 6. januara 1929. godine. Glavni zakonodavni posao oko likvidacije agrarnih odnosa odvijao se upravo u okvirima Šestojanuarskog režima. To je bio slučaj i sa donošenjem jedinstvenih zakona iz drugih oblasti državnog i društvenog života zajedničke države Srbija, Hrvatska i Slovenaca. Pored objektivne kompleksnosti agrarnog problema i privredne krize koja je zahvatila i Kraljevinu SHS, nesređene političke prilike i stalna previranja predstavljalje su ključnu prepreku za efikasnije sprovodenje agrarne reforme.

Kao osnovnu karakteristiku agrarne reforme u Kraljevini Srbija, Hrvatska i Slovenaca, kada analiziramo njenu pravnu regulativu, pored mnoštva propisa koji su doneti, možemo istaći provizorno stanje u njenom sprovođenju. Nakon donošenja *Prethodnih odredaba za pripremu agrarne reforme* usledilo je, u zavisnosti od agrarnih odnosa u pojedinim pokrajinama, donošenje različitih uredaba, naredaba, uputstava, rešenja i na osnovu njih sprovodenje agrarne reforme.

Ovi pravni propisi su regulisali aktuelne probleme ali su u osnovi predstavljali pripremu za donošenje konačnih zakona koji bi sveobuhvatno rešili agrarne odnose u zemlji. Država je, na taj način, davanjem veleposedničke zemlje u privremeni zakup agrarnim interesentima stvorila provizorno stanje koje se zbog društvenih i političkih prilika prolongiralo. Savremenici su u svojim raspravama isticali nedostatke provizorijuma u sprovodenju agrarne reforme i posledice koje je izazvao.²²

Nesumnjivo je da je izdavanje zemlje u privremeni zakup stvorilo nesigurnost kod agrarnih interesenata koji nisu znali hoće li konačno i postati vlasnici zemlje koju su obradivali. To se odrazilo na kvalitet njihovog obrađivanja dodeljene zemlje, što je za posledicu imalo smanjenje

²¹ S. Šećerov, *Pregled agrarnih odnosa u Jugoslaviji*, u zbirci Iz naše agrarne politike 1919-1929, Beograd 1930, 82.

²² Videti: S. Šećerov, *O otkupu agrarnih zemalja*, u zbirci Iz naše agrarne politike, Beograd 1930, 90 i J. Demetrović, *Agrarna reforma u Jugoslaviji*, Beograd 1933, 5-6.

proizvodnje. Provizorno stanje u sprovodenju agrarne reforme političke stranke su koristile da, prilikom borbe za vlast, raznim obećanjima da će sprovesti konačnu likvidaciju reforme čim stupe na vlast, pridobiju podršku narodnih masa.

Međutim, brojni pravni propisi i prelazno stanje u sprovodenju agrarne reforme stvoreno na osnovu njih u Kraljevini SHS imali su veliki značaj jer su proglašenje eksproprijacije velikih poseda i početak agrarne reforme uticali na stišavanje nezadovoljstva na selu čime su izbegnuti širi društveni nemiri i destabilizacija novostvorene jugoslovenske države.

*Gordana Drakić LL.M., Assistant
Novi Sad School of Law*

The law regulations on democratic land reform in the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes

Abstract

One of the most important issues in the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes was agrarian issue. Various and specific structure of land possession in different parts of the country and revolutionary mood in villages among the peasants, were the reasons which justified taking actions to organize and carry out democratic land reform in the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes.

The legal regulations were very important for proper execution of democratic land reform. The author explains the most important legal regulations that were passed in the course of the democratic land reform in the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes.

The main characteristic of the democratic land reform was the, so called, temporary situation, which was established through certain clauses of some legal regulations. The peasants received their lots only in several years lasting lease instead in ownership.

This temporary situation in the course of the democratic land reform in the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes lasted until the law which announced the liquidation of the democratic land reform on large land properties was passed in 1931.

*Mr Petar Dundić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

REGRESNA POTRAŽIVANJA STRANIH FONDOVA SOCIJALNOG OSIGURANJA I NEKA PITANJA MEĐUNARODNOG PRIVATNOG PRAVA

Sažetak: Ovaj rad se bavi nadležnošću domaćih sudova i problemom određivanja merodavnog prava u sporovima pokrenutim na osnovu regresnih tužbi stranih fondova socijalnog osiguranja. Međunarodna nadležnost srpskih sudova za sporove o regresnim potraživanjima stranih fondova socijalnog osiguranja se određuje na osnovu člana 53. Zakona o rešavanju sukoba zakona (odredbe o nadležnosti za sporove o vanugovornoj odgovornosti za štetu), i to bez obzira da li se tužba podnosi protiv štetnika ili njegovog osiguravača od odgovornosti. Što se tiče merodavnog prava, srpski sudovi su jednoglasni u stavu da na ovakve tužbene zahteve treba primenjivati pravo države u kojoj je osiguranje zasnovano. Međutim, u Zakonu o rešavanju sukoba zakona nema kolizione norme koja bi to omogućila. Takođe, tužba koju podnosi strani fond socijalnog osiguranja protiv štetnika ili njegovog osiguravača ne može biti tretirana ni kao tužba koja proistiće iz ugovora, te ne može biti primenjena koliziona norma iz Zakona o rešavanju sukoba zakona koja se odnosi na ugovore o osiguranju. Upravo suprotno, deliktni karakter ove tužbe zahteva primenu kolizione norme za delikte (član 28. ZRSZ) na sva pitanja u vezi sa ovakvim tužbama.

Ključne reči: regresno potraživanje, osiguranje, šteta, nadležnost, merodavno pravo

Lice kome je prouzrokovana šteta protivpravnom radnjom ili propuštanjem drugog lica ne mora uvek neposredno trpeti posledice te štete. Oštećeno lice može putem osiguranja prebaciti rizik nastupanja štete na

osiguravača. U odnosima sa inostranim elementom, činjenica da je oštećeni kod delikta zaštićen osiguranjem još ne znači da je izbegnut nastanak problema koji su predmet međunarodnog privatnog prava. Naime, isplatom odgovarajućeg iznosa naknade oštećenom, osiguravač, po pravilu, stiče pravo da taj izdatak naknadi od lica koje je odgovorno za prouzrokovanje štete. Ako odgovorno lice ima, na primer, prebivalište u inostranstvu ili je šteta nastupila u nekoj stranoj državi, sudske postupke može sa sobom doneti i pitanja međunarodne nadležnosti i određivanja merodavnog prava za ove tužbene zahteve.

U domaćoj sudske praksi se relativno često mogu susresti slučajevi u kojima inostrani fondovi socijalnog osiguranja zahtevaju naknadu izdataka koji su imali zbog toga što je domaći državljanin, na teritoriji Srbije, prouzrokovao štetu njihovom osiguraniku. Tužbu je moguće podneti protiv štetnika ili organizacije koja je osigurala odgovornost ovo lice. U sudske prakse i literaturi se tada govori o „regresnom potraživanju“ ili „regresnim zahtevima“ inostranih osiguravača. Bez obzira što je kod takvih tužbi reč o subrogaciji koja se u pravu osiguranja jasno razlikuje od regresa,¹ i u ovom radu će biti korišćeni izrazi regresno potraživanje ili regresna tužba, imajući u vidu njihovu rasprostranjenost. U nastavku rada će biti reči o nadležnosti domaćih sudova i načinu određivanja merodavnog prava u ovoj vrsti sporova.

Međunarodna nadležnost domaćih sudova u sporovima o regresnim potraživanjima stranih fondova socijalnog osiguranja

Kada je u pitanju međunarodna nadležnost u sporovima o regresnim potraživanjima stranih fondova socijalnog osiguranja, na prvi pogled izgleda nesporno da domaći sud svoju odluku o nadležnosti mora doneti primenom odredbe člana 53. Zakona o rešavanju sukoba zakona. Reč je o odredbi koja reguliše posebnu međunarodnu nadležnost za sporove o vanugovornoj odgovornosti za štetu. Srpski sud može odlučivati o ovakvim tužbenim zahtevima u slučaju da je šteta nastupila na teritoriji Republike Srbije, ili ako nadležnost proizilazi iz odredaba članova 46. (opšta međunarodna nadležnost) ili 50-52. istog zakona.² Isti kriterijumi

¹ Vidi, V. Marjanski, *Ugovor o osiguranju*, Novi Sad, 2007, str. 181, 182.

² Član 50. ZRSZ reguliše nadležnost koja se uspostavlja na osnovu pristanka tuženog da sudi domaći sud. Odredba člana 51. izjednačava apatride koji imaju prebivalište u Srbiji sa domaćim državljanima, ako nadležnost suda zavisi od državljanstva, a član 52. uspostavlja nadležnost prema srpskom prebivalištu za lica koja su domaći državljeni i

važe i u sporovima protiv zajednice osiguranja imovine i lica radi naknade štete trećim licima na osnovu propisa o neposrednoj odgovornosti te zajednice, kao i u sporovima o regresnim zahtevima po osnovu naknade štete protiv regresnih dužnika.³ Upravo ova odredba služi kao kriterijum za zasnivanje nadležnosti domaćih sudova za tužbene zahteve stranih fondova socijalnog osiguranja.

U tipičnim slučajevima koji se javljaju pred domaćim sudovima, strani fondovi isplaćuju odgovarajuću naknadu svojim osiguranicima za štetu koja im je prouzrokovana od strane naših državljana i to obično na teritoriji Srbije. Nakon isplate odgovarajućeg iznosa, na primer, za troškove lečenja osiguranika, strani fond zdravstvenog osiguranja pokušava da nadoknadi ove troškove od lica koje je odgovorno za nastupanje štete. Međutim, ako je štetnik osiguran od odgovornosti, najčešći je slučaj da tužba inostranog tužioca bude podneta neposredno protiv osiguravača štetnika, tj. protiv domaće organizacije koja obavlja delatnost osiguranja od odgovornosti. Stav 2. član 53. Zakona o rešavanju sukoba zakona izričito proširuje primenu kriterijuma za međunarodnu nadležnost kod vanugovorne odgovornosti za štetu i na slučajeva direktnih tužbi protiv osiguravača štetnika. U domaćoj literaturi se ovakvo rešenje povezuje sa odredbom člana 941. Zakona o obligacionim odnosima koja reguliše osiguranje od odgovornosti i nedvosmisleno uspostavlja pravo oštećenog lica na direktnu tužbu protiv osiguravača.⁴ Potrebno je istaći i da postoji drugačija, uža tumačenja pomenute odredbe Zakona o rešavanju sukoba zakona. Reč je o gledištu prema kojem se stav 2. član 53. Zakona odnosi samo na tužbe koje podnose neposredno oštećeni protiv osiguravača štetnika. Drugim rečima, „treća lica“ koja spominje navedena odredba nisu osiguravači oštećenog, već samo ona lica koja su direktno pretrpela štetu.⁵ Bez obzira na ispravnost ovakvog tumačenja, moglo bi se reći da odgovor na dato pitanje nema praktičan značaj. Naime, čak i ako primeni člana 53. Zakona o rešavanju sukoba zakona nema mesta u ovoj vrsti sporova, nadležnost domaćeg suda bi morala biti uspostavljena primenom člana 46. istog zakona. Opšta međunarodna nadležnost domaćeg suda, tj. nadležnost bez obzira na vrstu spora o kojem je reč, postoji kada tuženi

nalaze se u inostranstvu gde su upućeni na rad od strane državnog organa, preduzeća ili drugog pravnog lica.

³ Stav 2. član 53. ZRSZ.

⁴ Vidi, M. Vrhovšek, D. Kozar, *Osiguranje imovine i lica i pravo na regres*, Sudska praksa br. 11-12/1999, str. 74.

⁵ Vidi, B. Rajićić, *Regresni zahtevi inostranih organizacija socijalnog osiguranja prema domaćim organizacijama osiguranja imovine i lica*, Pravo i privreda br. 1-2/2001, str. 65.

ima prebivalište (kod pravnih lica – sedište) na teritoriji Srbije. Ako je tužbeni zahtev stranog osiguravača podnet protiv štetnika koji ima prebivalište na našoj teritoriji ili protiv njegovog osiguravača od odgovornosti sa sedištem u Srbiji, jasno je da bi domaći sud morao da postupa u ovakvom sporu. Kada je utvrđeno postojanje međunarodne nadležnosti suda u Republici Srbiji, stvarna i mesna nadležnost utvrđuju se primenom odgovarajućih propisa.⁶

Određivanje merodavnog prava u sporovima o regresnim potraživanjima stranih fondova socijalnog osiguranja

Domaći sudovi složno zaključuju da je za odnose iz socijalnog osiguranja merodavno pravo države u kojoj je osiguranje zasnovano, a da to važi i za regresne zahteve fondova socijalnog osiguranja, bez obzira da li se potraživanje ističe prema licu iz iste ili druge države. Obrazloženje se nalazi u tome što pravo na regres ovih lica izvire iz prava osiguranja.⁷ Reč je o stavu koji je zauzeo Savezni sud u jednoj od svojih odluka, još 1986. godine⁸, a kojeg se naši sudovi dosledno pridržavaju. Tako, na primer, u jednoj odluci Vrhovnog suda Srbije u sporu po tužbi nemačkog osiguravača, navodi se da su: „Privredni sudovi pravilno primenili materijalno pravo kada su visinu štete koja se sastoji od isplaćenih naknada za lečenje, bolovanje, hranarine, prevoz, rente (privremene penzije) i drugih davanja iz socijalnog, zdravstvenog i penzijskog osiguranja utvrdili prema iznosu stvarno isplaćenih troškova prema propisima SR Nemačke u kojoj je vršena isplata. Ovo sa razloga što štetu za tužioca predstavlja sve ono što je on morao da isplati svom osiguraniku prema propisima svoje zemlje. Otuda je pravilno stanovište nižestepenih sudova kada su utvrdili da tužiocima imaju pravo na visinu one štete koju su isplatili osiguraniku po propisima SR Nemačke, jer osiguranik ostvaruje prava iz zdravstvenog i penzijskog osiguranja po propisima zemlje u kojoj je radio. Dakle, osiguraniku tužioca pripadaju sva prava koja mu priznaju propisi SR Nemačke, bez obzira da li ta

⁶ O sudskej praksi u pogledu stvarne nadležnosti u sporovima o regresnom potraživanju stranih fondova socijalnog osiguranja vidi, M. Vrhovšek, D. Kozar, *op. cit.*, str. 74.

⁷ Vidi, Rešenje Višeg trgovinskog suda, Pž. 1567/2005 od 9. 3. 2005. godine. Cit. u bazi Paragraf.net.

⁸ Odluka Saveznog suda Gsz. 36/98 od 30. decembra 1986. godine. Bilten sudske prakse Saveznog suda. Citirano prema M. Vrhovšek, D. Kozar, *op. cit.*, str. 76. Vidi, takođe, M. Stanivuković, M. Živković, *Serbia and Montenegro*, u *International Encyclopaedia of Law* (R. Blanpain, ed.), str. 147.

prava postoje po jugoslovenskim propisima.⁹ Međutim, ovde domaća sudska praksa pokazuje i izvesnu nedoslednost. Naime, iako ističu merodavnost prava države u kojoj je osiguranje zasnovano, domaći sudovi se ipak pozivaju i na primenu člana 28. Zakona o rešavanju sukoba zakona. Pri tome, deliktni statut ima se primeniti, prema stanovištu sudova, samo na određena pitanja, kao što su „pitanje odgovornosti za štetu u okviru kojeg se rešavaju pitanja zastarelosti“¹⁰ ili pitanje „osnova i obima odgovornosti za štetu“¹¹

Rešenje pitanja određivanja merodavnog prava u sporovima o regresnim potraživanjima stranih fondova socijalnog osiguranja zavisi, u suštini, kao i pitanje međunarodne nadležnosti, od toga kakva je priroda prava koje osiguravač stiče time što je isplatio naknadu oštećenom, odnosno kakav je karakter odgovornosti štetnika. Domaći sudovi ne nude nikakva dodatna objašnjenja u vezi sa zaključkom o merodavnosti prava države u kojoj je osiguranje zasnovano. Zakon o rešavanju sukoba zakona jednostavno ne sadrži kolizionu normu koja bi vodila ovakvom zaključku. Jedina mogućnost jeste da se odgovornost štetnika prema osiguravaču oštećenog posmatra kao vid ugovorne odgovornosti. Ovakav zaključak bi mogao voditi primeni prava države prebivališta (sedišta) osiguravača, budući da je to koliziono rešenje za ugovore o osiguranju u našem pravu.¹² U našoj literaturi se i zaista mogu pronaći stavovi koji podržavaju ovakvo stanovište.¹³ Nije, međutim, jasno koji je to ugovor koji povezuje osiguravača oštećenog kao tužioca, sa jedne strane, i štetnika kao tuženog, sa druge. Isto važi i za slučaj da je osiguravač oštećenog podneo tužbu direktno protiv lica koje je sa štetnikom zaključilo ugovor o osiguranju od odgovornosti. Ni u jednom od ovih slučajeva ne postoji ugovor koji bi povezivao strane u sporu.

Upravo suprotno, kvalifikacija tužbenog zahteva osiguravača moraće biti, prema merilima domaćeg prava, imati deliktni karakter. Naime, u trenutku kada osiguravač isplati odgovarajuću naknadu oštećenom osiguraniku, dolazi do zakonske personalne subrogacije, tj. isplatom naknade iz osiguranja prelaze na osiguravača, do visine isplaćenje naknade, sva osiguranikova prava prema licu koje je po ma kom osnovu odgovorno za prouzrokovanje štete, i to neposredno na osnovu zakona.¹⁴ Pravilo o prelasku prava prema štetniku sa oštećenog na osigura-

⁹ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Prev. 28/94 od 28. 6. 1995. godine. Sudska praksa privrednih sudova br. 1/1996, str. 109.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Rešenje Višeg trgovinskog suda, Pž. 1567/2005 od 9. 3. 2005. godine, *op. cit.*

¹² Član 20. stav 1. tačka 13. ZRSZ.

¹³ Vidi, B. Rajićić, *op. cit.*, str. 65.

¹⁴ Član 939. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima.

vača koji je isplatio oštećenom naknadu iz osiguranja prisutno je, pored našeg prava, i u pravima brojnih stranih država, te se može smatrati jednim od načela imovinskog osiguranja.¹⁵ Pravo osiguravača koji je isplatio naknadu da podnese tužbu protiv lica koje je odgovorno za štetu ne proizlazi direktno iz njegovog odnosa sa štetnikom, već je reč o pravu koje je izvedeno iz prava osiguranika prema odgovornom licu.¹⁶ Drugim rečima, osiguravač potpuno zamjenjuje oštećenog u njegovom odnosu prema štetniku.¹⁷ Kao posledica toga, osiguravač ne može da ostvari pravo na naknadu štete u iznosu većem od štete koju je pretrpeo osiguranik, štetnik može prema ovom licu isticati sve prigovore koje bi mogao isticati prema oštećenom (osiguraniku) itd. Konцепцију prema kojoj se smatra da osiguravač ulazi u prava osiguranika na način da su ona za njega ista onakva kakva su postojala za osiguranika prihvata i naš Zakon o obligacionim odnosima, što se jasno može zaključiti iz odredbe koja reguliše zastarelost potraživanja osiguravača prema trećem licu.¹⁸ Prema toj odredbi, zastarelost potraživanja osiguravača počinje teći kad i zastarevanje potraživanja osiguranika prema licu koje je odgovorno za štetu i navršava se u istom roku.¹⁹ Iz svega iznetog proističe zaključak da ako je osnov odgovornosti lica koje prouzrokovalo štetu osiguraniku građanskopravni delikt, osnov odgovornosti štetnika prema osiguravaču mora biti identičan.

Sa pitanjem karaktera prava koja osiguravač stiče subrogacijom, tesno je povezano i pravo na direktnu tužbu protiv osiguravača koji je osigurao štetnika od odgovornosti. Iz činjenice da na osiguravača oštećenog prelaze sva prava koja oštećeni ima prema odgovornom licu proizilazi da osiguravač ima mogućnost podnošenja direktne tužbe protiv osiguravača odgovornog lica. U domaćoj sudskej praksi upravo su i najčešći slučajevi da inostrani fond socijalnog osiguranja podnosi tužbu direktno protiv domaće osiguravajuće organizacije koja obavlja delatnost osiguranja od odgovornosti. Pravo na podnošenje direktne tužbe protiv osiguravača je karakteristično za materiju obaveznog osiguranja vlasnika motornih vozila, ali se u srpskom pravu ovo pravo proširuje i na sve ostale oblasti osiguranja od odgovornosti. Oštećeno lice može zahtevati neposredno od osiguravača naknadu štete koju je pretrpelo dogadjajem za koji odgovara osiguranik, najviše do iznosa

¹⁵ P. Šulejić, *Pravo osiguranja*, Novi Sad, 1992, str. 319.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Vidi, M. Vrhovšek, V. Kozar, *op. cit.*, str. 72.

¹⁸ P. Šulejić, *op. cit.*, str. 325, 326.

¹⁹ Član 380. stav 6. ZOO.

osiguravačeve obaveze.²⁰ I u slučaju da inostrani osiguravač želi da ostvari regresno potraživanje direktno od osiguravača štetnika, a ne od samog lica koje je odgovorno za nastupanje štete, osnov za tužbe je isti – izvršeni delikt. Shvatanje o deliku kao osnovu prava na podnošenje direktnе tužbe protiv štetnikovog osiguravača od odgovornosti je dominantno u našoj sudskej praksi,²¹ mada je moguće pronaći i drugačija tumačenja.²²

Pod uslovom da se prihvati deliktina kvalifikacija tužbenog zahteva osiguravača prema štetniku (osiguravaču štetnika), spor u vezi sa regresnim potraživanjem stranog osiguravača mora biti rešen na osnovu prava na koje ukazuje koliziona norma za delikte iz Zakona o rešavanju sukoba zakona. Prema toj odredbi, za vanugovornu odgovornost za štetu je merodavno pravo mesta gde je radnja izvršena ili pravo mesta gde je posledica nastupila, u zavisnosti od toga koje je od ta dva prava povoljnije za oštećenog.²³ Ovako određeni deliktini statut definiše sva pitanja u vezi sa vanugovornom odgovornošću: koji je osnov odgovornosti štetnika, da li postoji uzročna veza između radnje i posledice, za koje vrste štete se može zahtevati naknada, da li je odgovornost štetnika, kada ih je više, solidarna ili individualna, da li je štetnik deliktino sposoban, utvrđivanje visine štete i načina njene naknade itd.²⁴ Prema tome, pravo merodavno na osnovu člana 28. stava 1. Zakona se ne primenjuje samo na pitanja osnova i obima odgovornosti, kao što se ističe u domaćim sudskeim odlukama. Ako koliziona norma upućuje na primenu domaćeg materijalnog prava, prema propisima Republike Srbije će se utvrđivati, na primer, da li je štetnik imao deliktinu sposobnost u vreme prouzrokovanja štete, da li je potraživanje osiguravača zastarelo itd.

²⁰ Član 941. stav 1. ZOO.

²¹ P. Šulejić, *op. cit.*, str. 405, 406.

²² Povodom saobraćajne nezgode koja se odigrala na teritoriji Savezne Republike Jugoslavije, a koju je skrvio osiguranik tužene osiguravajuće organizacije sa sedištem u Bosni i Hercegovini, Okružni sud u Novom Sadu je zaključio da se deliktina odgovornost može zasnovati samo u odnosu na štetnika, a ne i prema tuženom koji odgovara trećem licu samo u granicama utvrđenim u ugovoru koji je zaključio sa štetnikom. U nastavku obrázloženja, Sud navodi da oštećeni može ostvariti pravo na naknadu štete od tuženog samo ako ugovor o osiguranju koji su zaključili tuženi i štetnik važi za teritoriju SRJ, čime sugeriraže da je osnov odgovornosti tužene osiguravajuće organizacije ugovor. Vidi, Rešenje Okružnog suda u Novom Sadu, Gž. 191/2005 od 1. 9. 2005. godine. Cit. u bazi Paragraf.net. Smatramo da je ovakvo shvatanje neodrživo zbog toga što ne postoji ugovor koji bi povezivao osiguravača od odgovornosti i treće oštećeno lice.

²³ Član 28. stav 1. ZRSZ.

²⁴ M. Dika, G. Knežević, S. Stojanović, *Komentar Zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu*, Beograd, 1991, str. 99.

Da li primena domaćeg prava na regresno potraživanje osiguravača znači i da ovo lice može ostvariti pravo na naknadu samo u iznosu na koji bi oštećeni mogao dobiti na osnovu primene srpskih propisa o socijalnom osiguranju? Smatramo da je odgovor na ovo pitanje nesumnjivo negativan. Prema članu 939. Zakona o obligacionim odnosima, osiguravač može od štetnika zahtevati isplatu onog iznosa koji je prethodno isplatio osiguraniku (oštećenom). Samo utvrđivanje ovog iznosa je faktičko pitanje. Drugim rečima, osiguravač ima pravo da zahteva isplatu stvarno isplaćene naknade štete bez obzira na osnovu kojih propisa o socijalnom osiguranju je utvrđen ovaj iznos. Međutim, budući da je postojanje potraživanja osiguravača prema licu koje je odgovorno za nastupanje štete uslovljeno time da je ovo lice zaista isplatilo odgovarajuću naknadu oštećenom (osiguraniku), da bi osiguravač ostvario pravo na regresno potraživanje pred našim sudom, potrebno je da podnese odgovarajuće dokaze o tome da je isplatio naknadu, kao i dokaze o visini isplaćene naknade.

Regresna potraživanja stranih fondova socijalnog osiguranja i šteta nastala iz saobraćajnih nezgoda

Potrebljano je pomenuti da se regresni tužbeni zahtevi stranih fondova socijalnog osiguranja često javljaju kao posledica štete koju je njihov osiguranik pretrpeo u saobraćajnoj nezgodi na teritoriji Srbije. Saobraćajni delicti sa inostranim elementom su specifični po tome što se međodavno pravo za tužbene zahteve koji iz njih proisteknu u Srbiji određuje primenom Konvencije o zakonu koji se primenjuje na saobraćajne nezgode, od 1971. godine²⁵. I dok se kolizione norme iz ove konvencije primenjuju na pitanje da li oštećeni iz saobraćajne nezgode može podneti direktnu tužbu protiv osiguravača štetnika,²⁶ izričito su iz njenog polja primene izostavljene regresne tužbe i subrogacije koje se tiču osiguravača,²⁷ a posebno su pomenute i tužbe i regresne tužbe koje podnose institucije socijalnog osiguranja, odnosno tužbe koje su podnete protiv ovih institucija.²⁸ Prema tome, na tužbe povodom regresnih potraživanja stranih fondova socijalnog osiguranja povodom štete nastale iz saobraćajnih nezgoda primenjuje se član 28. Zakona o rešavanju sukoba zakona.

²⁵ „Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori“ br. 22/1976.

²⁶ Član 9. stav 1. Konvencije o zakonu koji se primenjuje na saobraćajne nezgode.

²⁷ Član 2. stav 5. Konvencije.

²⁸ Član 2. stav 6. Konvencije.

Još jedna specifičnost regresnih potraživanja u vezi sa štetom prouzrokovanim u saobraćajnim nezgodama se tiče zakonskog rešenja iz Zakona o osiguranju imovine i lica.²⁹ Ovim zakonom je propisano da domaća i strana pravna i fizička lica koja obavljaju poslove zdravstvenog, invalidskog i penzijskog osiguranja (fondovi, druga pravna i fizička lica) ne mogu prema organizaciji za osiguranje isticati regresne zahteve po osnovu osiguranja od odgovornosti za štetu koju upotrebotom motornog vozila osiguranik pričini trećim licima usled smrti, povrede tela, narušavanja zdravlja uništenja ili oštećenja stvari osim na stvarima koje je primio na prevoz i drugih obaveznih osiguranja, na ime isplaćenih naknada svojim osiguranicima.³⁰ Ova zakonska odredba je još uvek na snazi iako je veći deo nekada saveznog Zakona o osiguranju imovine i lica prestao da važi stupanjem na snagu Zakona o osiguranju RS.³¹ Reč je o normi imperativnog karaktera koja spričava inostrane fondove socijalnog osiguranja da ostvare regresno potraživanje u odnosu na domaće osiguravače od odgovornosti. Treba, međutim, imati u vidu da regresna tužba nije dozvoljena samo protiv osiguravača koji se bavi poslovima osiguranja od autoodgovornosti i drugih obaveznih osiguranja (na primer, osiguranjem od posledica nesrećnog slučaja). Isto tako, ova odredba ne zabranjuje inostranom osiguravaču da svoje potraživanje ostvari direktno u odnosu na lice koje je odgovorno za štetu.

U vezi sa primenom pomenute odredbe Zakona o osiguranju imovine i lica javlja se i pitanje njenog odnosa prema odredbama sporazuma o socijalnom osiguranju koji su na snazi u Republici Srbiji. Naime, Srbija je ugovornica brojnih bilateralnih sporazuma o socijalnom osiguranju. Mnogi od njih su zaključeni za vreme SFRJ ili čak FNRJ, a obavezuju Srbiju koja ostvaruje pravni kontinuitet u odnosu na bivšu Jugoslaviju, pa i u odnosu na državnu zajednicu Srbija i Crna Gora. Pojedine bilateralne konvencije o socijalnom osiguranju sadrže posebnu odredbu koja dozvoljava subrogaciju, tj. prelazak na osiguravača prava koja oštećeni ima prema štetniku, pod uslovima predviđenim u pravu države osiguravača.³²

²⁹ „Sl. list SFRJ“ br. 30/96, 57/98-ispr., 53/99, 55/99-ispr. i „Sl. glasnik RS“ br. 55/2004-dr. zakon i 70/2004-ispr. dr. zakona.

³⁰ Član 76. Zakona o osiguranju imovine i lica.

³¹ „Sl. glasnik RS“ br. 55/2004, 70/2004-ispr., 61/2005 i 81/2005-dr. zakon. Danom stupanja na snagu ovog zakona prestale su da važe sve odredbe Zakona o osiguranju imovine i lica, osim odredaba o obaveznom osiguranju (čl. 73 - 108, čl. 111. i 112) i odredaba o poveravanju javnih ovlašćenja (čl. 143 - 146).

³² Član 38. stav 1. Sporazuma između Savezne Republike Jugoslavije i Bosne i Hercegovine o socijalnom osiguranju („Sl. list SCG – Međunarodni ugovori“ br. 7/2003): „Ako lice koje prema pravnim propisima jedne države ugovornice prima davanja za štetu

Ako se u sporu protiv domaće organizacije koja se bavi osiguranjem od autoodgovornosti kao tužilac javi fond socijalnog osiguranja iz neke od ovih država, član 76. Zakona o osiguranju imovine i lica mora ustupiti mesto konvencijskoj odredbi. Ovo je u skladu sa hijerarhijom pravnih izvora u domaćem pravnom sistemu utvrđenom u članu 194. Ustava Republike Srbije. U takvim slučajevima bi, u skladu sa ugovornim odredbama, trebalo primeniti pravo države osiguravača, ali samo na pitanja koja se tiču subrogacije, odnosno na pitanja kao što su: da li dolazi do subrogacije na osnovu činjenice da je osiguravač isplatio odgovarajuća davanja oštećenom; u kom trenutku dolazi do subrogacije; kakav je njen obim i sl. Na ostala pitanja bi trebalo primeniti pravo koje je merodavno za vanugovornu odgovornost za štetu, do koga se dolazi primenom člana 28. Zakona o rešavanju sukoba zakona. U svim ostalim slučajevima, ako regresno potraživanje pokušava da ostvari fond penzijskog, invalidskog ili zdravstvenog osiguranja sa sedištem na teritoriji države sa kojom nije zaključen ovakav sporazum, tužbeni zahtev bi morao biti odbijen na osnovu imperativne norme iz člana 76. Zakona o osiguranju imovine i lica. Naravno, osiguravač uvek ima mogućnost da pokuša da potraživanje ostvari protiv lica koje je direktno odgovorno za nastupanje štete, umesto protiv osiguravača odgovornog lica.

Zaključak

Iz svega što je prethodno navedeno, moguće je izvesti nekoliko zaključaka:

1. Međunarodna nadležnost u sporovima o regresnim potraživanjima inostranih fondova socijalnog osiguranja određuje se na osnovu člana 53. Zakona o rešavanju sukoba zakona, bez obzira da li je tužba podneta protiv lica koje je neposredno odgovorno za štetu ili protiv njegovog osiguravača.

2. Pogrešno je stanovište sudske prakse prema kome se na odnose iz socijalnog osiguranja primenjuje pravo države u kojoj je osiguranje zasnovano, u kombinaciji sa članom 28. Zakona o rešavanju sukoba zakona. Tužba koju podnosi osiguravač protiv štetnika ili njegovog osiguravača je deliktnog karaktera, budući da tužilac subrogacijom zauzima u svemu

koja je nastala u drugoj državi ugovornici i ima, prema njenim pravnim propisima, pravo na naknadu štete od trećeg lica, tada pravo na tu naknadu prelazi na nosioca prve države ugovornice prema pravnim propisima koje on primenjuje.“ Gotovo identičnu odredbu sadrže ugovori o socijalnom osiguranju sa Austrijom, Luksemburgom, Makedonijom, Nemačkom, Turskom, Češkom, Holandijom i Hrvatskom.

položaj oštećenog u odnosu na lice koje mu je prouzrokovalo štetu. Iz ovoga proizilazi da se merodavno pravo u ovoj vrsti sporova u celini određuje primenom kolizione norme za delikte.

3. U sporovima o regresnim potraživanjima inostranih fondova povodom štete proistekle iz saobraćajnih nezgoda, potraživanje ne može biti ostvareno u odnosu na domaću organizaciju koja se bavi osiguranjem od autoodgovornosti. Izuzetak su osiguravači iz država sa kojima su zaključeni bilateralni ugovori koji dopuštaju takvu mogućnost. Međutim, i u takvim slučajevima se pravo države osiguravača primenjuje samo u pogledu pitanja koja se tiču subrogacije. Na ostala pitanja se primenjuje pravo merodavno za delikte.

*Petar Đundić, LL.M., Assistant
Novi Sad Faculty of Law*

Recourse claims of foreign social insurance funds and some issues of private international law

Abstract

This article deals with issues of international jurisdiction of Serbian courts and law applicable to recourse actions of foreign social insurance funds. Jurisdiction of Serbian courts for that kind of actions is usually determined by application of article 53 of Serbian PIL Code (jurisdiction in disputes on non-contractual liability for damages) both if action is brought against the person directly liable for damages or against his insurer. As for applicable law, there is a unanimous position in judicial practice that relations arising from social insurance including recourse actions of social insurance funds should be governed by the law of the State where insurance was established. However, there is no choice of law rule in PIL Code which would provide for this solution. Furthermore, recourse action brought by foreign social insurance fund cannot be characterized as action based on contract which prevents application of choice of law rule for insurance contracts (article 20 of PIL Code). Delictual character of recourse actions makes application of choice of law rule for delicts (article 28 of PIL Code) suitable for resolving such disputes.

*mr Bojan Tubić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

POSTUPAK PO TUŽBI ZA PONIŠTAJ AKATA ZAJEDNICA PRED SUDOM PRAVDE EVROPSKIH ZAJEDNICA I SUDOM PRVE INSTANCE

Sazetak: Postupak za poništaj akata Zajednice mogu da pokrenu institucije Zajednice, države članice i fizička i pravna lica. Status subjekata nije isti, jer ovi tzv. privatni tužioци moraju da dokažu, u svakoj situaciji, da je pogoden njihov pravni interes. Oni mogu da pokrenu postupak protiv odluka koje se odnose na njih tj. ukoliko ih one direktno pogadaju. Prema članu 230 Ugovora o osnivanju EZ, tužba se može podneti protiv regulativa, direktiva i odluka, jer one imaju obavezujući karakter. Upravo iz ovog razloga, preporuke i mišljenja nisu podobni za sudsку kontrolu zakonitosti. Akti koji se osporavaju moraju biti oni važeći u pravnom sistemu Zajednice i moraju biti objavljeni u Službenom listu Evropskih zajednica. Upravo od dana objavljivanja počinje da teče rok od dva meseca za pokretanje postupka. U nekim slučajevima, ovaj rok počinje da teče od trenutka obaveštavanja neke osobe o postojanju akta koji se na nju odnosi. Ukoliko se pronađu povrede prava Zajednice pri donošenju akta, on se proglašava ništavim i nestaje iz pravnog sistema Zajednice. Na ovaj način se postiže kontrola akata i doprinosi uspostavljanju jednog logičkog pravnog poretku Zajednice.

Ključne reči: tužba za poništaj, Savet, Evropski parlament, Sud pravde evropskih zajednica, Sud prve instance, Ugovor o osnivanju Evropske zajednice, privatni tužilac

Uvod

U svakom pravnom sistemu, pitanje sudova je od najveće važnosti. U sistemu Evropskih zajednica, pored nacionalnih sudova postoje Sud pravde Evropskih zajednica i Sud prve instance. Ovaj drugi je osnovan, kako bi se Sud pravde rasteretio, s obzirom na veliki broj slučajeva koje je rešavao. Stoga je bilo prirodno da mu se dodele određeni tipovi slučajeva, kao, na primer, oni vezani za pitanje konkurenkcije i službenika. Kasnije se njegova nadležnost proširila i na slučajeve direktnih tužbi koje podnose pojedinci, na osnovu članova 230, 232 i 288 Ugovora o osnivanju Evropske zajednice.

Jedna od nadležnosti ovih sudova je i ispitivanje zakonitosti akata koje donose druga tela ili institucije u sistemu Zajednica. Ovo se vrši u postupku koji se pokreće tužbom za poništaj nekog akta. Ova tužba za poništaj, koja se podnosi u cilju proglašenja da je neki akt nezakonit, propisana je u članovima 33 i 38 Ugovora o osnivanju Evropske zajednice za ugalj i čelik, članu 230 (pre je to bio član 173) Ugovora o osnivanju EZ i članu 146 Ugovora o osnivanju Evropske agencije za atomsku energiju. Ova kontrola je veoma važna s obzirom na široka legislativna ovlašćenja koja Ugovor o osnivanju daje političkim institucijama Evropske unije. U ovom radu razmotriće se osnovna pitanja vezana za uslove podnošenja ove tužbe, vremenske rokove, pravne posledice, a naročito pitanje subjektata koji mogu da pokrenu postupak za poništaj akata Zajednice.

Akti koji mogu biti predmet postupka za poništaj

Tužba se može podneti samo protiv akta koji postoji u pravnom sistemu Zajednice i tužilac mora precizno odrediti akt čiji poništaj traži. U članu 230 Ugovora o osnivanju EZ¹ se prvo navode vrste akata koje mogu da budu podobne za kontrolu. Tužilac mora precizno da naznači koji akt osporava, a ukoliko to ne uradi, tužba će biti proglašena nedopuštenom. Takođe, ona tužba koja je formalno upućena protiv nekog konkretnog akta, može biti upućena i protiv drugih akata koji su sa njim povezani na način da čine jednu celinu.² Takođe, tužba za poništaj nekog akta koji više nije na snazi ne mora da bude neosnovana. Ukoliko postoji takav interes i ukoliko tužilac podnese tužbu u predviđenim rokovima, ona će biti dopuštena. Ovo se može javiti u slučaju kada tužilac želi da spreči

¹ Duško Lopandić, *Osnivački ugovori Evropske unije*, Beograd, 2003, str. 170.

² Joined Cases 25 and 26/65 Simet and Feram v. High Authority (1967) ECR 33

ponavljanje navodnih nepravilnosti u budućim sličnim slučajevima.³ Ovo se može desiti i kada je osporavani akt već bio primjenjen u vreme kada je tužba podneta.⁴

Postupci se mogu podneti protiv akata koje su zajednički doneli Evropski parlament i Savet, protiv akata Komisija, akata Saveta i Evropske centralne banke, osim preporuka i mišljenja. Akti Evropskog parlamenta mogu da budu podložni reviziji ukoliko je predviđeno da imaju pravno dejstvo prema trećim stranama.

Dok regulative, direktive i odluke imaju obavezujuće dejstvo i u principu su podobne za reviziju, preporuke i mišljenja nemaju obavezujuće dejstvo⁵ i nisu podobne za sudsku kontrolu. U praksi se javilo pitanje da li su podobne za kontrolu neke mere koje usvoje Savet ili Komisija i koje proizvode pravne posledice, ali nisu donete u formi nekog obavezujućeg akta. Ovo je raspravljano u slučaju *ERTA*, gde je Komisija tražila poništaj određenih zaključaka koje je doneo Savet povodom pregovaračke pozicije država članica u vezi sa raspravama o sporazumu o evropskim transportnim putevima. Sud je izjavio da tadašnji član 173 (a sada 230) podrazumeva da su akti koji su pogodni za reviziju Suda, sve one mere koje usvoje institucije, a kojima je dato obavezujuće dejstvo. Dalje je Sud naglasio da ne bi bilo u saglasnosti sa ciljem ovog člana, tj. da obezbedi da pravo bude u saglasnosti sa članom 220 Ugovora o osnivanju Evropske zajednice, ukoliko bi se ograničila dostupnost ovog postupka samo na one mere iz člana 249.⁶ Tužba za poništaj mora da bude dostupna u odnosu na sve mere koje donose institucije a kojima je namenjeno obavezujuće dejstvo, bez obzira na njihovu prirodu ili formu u kojoj su doneti.

U slučaju Francuska protiv Komisije, Komisija je povukla svoj predlog za donošenje direktive o penzionim fondovima, nakon neuspjelog pokušaja da povodom ovog pitanja dobije saglasnost u Savetu. Nekoliko dana kasnije ona je objavila u Službenom glasilu jedno obaveštenje o istom pitanju, a koje je bilo veoma slično povučenom predlogu. Kada je Francuska tražila poništenje ovog obaveštenja, Komisija je tvrdila da ono nema obavezujuću prirodu, već da predstavlja jedan interpretativni dokument koji sadrži samo posledice pravila koja su navedena u samom ugovoru. Sud je, međutim, stao na stanovište da je priroda ovog obaveštenja bila imperativna i da je njen dejstvo bilo jače od pukog razjašnjenja primene odredaba ugovora. Na taj način, stvoren je akt koji je imao

³ Case 207/86 *Apesco v. Commission* (1988) ECR 2151

⁴ Case 53/85 *AKZO Chemie v. Commission* (1986) ECR 1965

⁵ Član 249 Ugovora o osnivanju evropske zajednice, op.cit.

⁶ Case 22/70 *Commission v. Council* (1971) ECR 263

sopstvene pravne posledice, a to ovlašćenje Komisija u konkretnom slučaju nije imala. Iz ovog razloga, Sud je poništio ovo obaveštenje.⁷

Privremena mera, koja omogućava nastanak konačne odluke u postupku koji se sastoji iz više delova, ne može da bude ispitivana u okviru člana 230 Ugovora o EZ.⁸

U slučaju „*Airport Transit Visas*“ tužilac je tražio poništaj zajedničkog akta koji je usvojio Savet, prema članu K.3(2) Ugovora o osnivanju Evropske unije iz Maastrichta (sada je to član 31 Ugovora o EU). Sud je odbacio argument vlade Ujedinjenog Kraljevstva da nema naležnost da raspravlja po ovom pitanju, pošto je sporni akt usvojen van okvira Ugovora o osnivanju EZ. Sud je na osnovu člana 46 Ugovora o EU mogao da primeni član 47, koji jasno govori da mere kao što je sporna zajednička tužba nemaju za cilj da utiču na Ugovor o osnivanju EZ. Sud je stoga tvrdio da je njegov zadatak da obezbedi da akti koji, prema mišljenju Saveta, spadaju pod član K.3(2) Ugovora o osnivanju Evropske unije, ne utiču na ovlašćenja poverena Zjednici na osnovu Ugovora o osnivanju EZ.⁹ Ova odluka je bila odlučujuća u sprečavanju država članica da koriste Ugovor o EU kako bi izbegle postupke donošenja odluka, koji su navedeni u Ugovoru o osnivanju EZ, u oblastima koje spadaju u njegov delokrug.

Osnovi za poništaj akata Zajednice

Na osnovu članova 33 Ugovora o osnivanju Evropske zajednice za ugalj i čelik, članu 230 (pre je to bio član 173) Ugovora o osnivanju EZ i članu 146 Ugovora o osnivanju Evropske agencije za atomsku energiju, akti neke od institucija Zajednice mogu biti poništeni iz sledećih razloga: nedostatka ovlašćenja, povrede osnovnih pravila postupka, kršenja ugovora ili nekog drugog pravnog pravila koje se odnosi na njihovu primenu ili zloupotrebe prava. Sudska kontrola se može odnositi samo na ispitivanje zakonitosti sporne mere a ne i na njegovu primenu.¹⁰ Prva tri osnova se mogu podvesti pod kršenje nekog višeg prava, jer prva dva čine deo ugovora ili opštih pravnih pravila. Sud pravde Evropskih zajednica i Sud prve instance mogu sami pokrenuti postupak pozivajući se na nedostatak nadležnosti i povrede osnovnih pravila postupka u pogledu usvajanja nekog akta. Ako prekršeno pravilo pred-

⁷ Case C-57/95 France v. Commission (1997) ECR I-1627

⁸ Case 60/81 IBM v. Commission (1981) ECR 2639

⁹ Case C-170/96 Commission v. Council (1998) ECR I-2763

¹⁰ Case C-84/94 United Kingdom v. Council (1996) ECR I-5755

stavlja stvar od javnog interesa, sudovi mogu imati čak i obavezu da istaknu odgovarajući osnov za poništaj, na sopstveni zahtev.¹¹ Tužbe u kojima se navodi kršenje ugovora ili nekih pravnih pravila koja se odnose na njihovu primenu, ili zloupotreba ovlašćenja, sudovi mogu razmatrati samo ukoliko ih pokrene tužilac.

Zajednica je ovlašćena da deluje samo u onim oblastima, koje su predviđene ugovorima. Svaki akt koji ona donese van te oblasti može da bude poništen. Ovo je takozvani „spoljni“ nedostatak nadležnosti. Ovde se javlja i pitanje podele nadležnosti u okviru donošenja odluka u samoj Zajednici. Takođe, može se desiti da se ovakav akt primenjuje na fizička i pravna lica u drugim oblastima, van teritorijalnog delokruga Ugovora.¹²

Osnovna procesna pravila obezbeđuju da su mere usvojene sa dužnom pažnjom, što može da utiče i na sadržinu same mере. Ukoliko je neko takvo pravilo prekršeno, tokom priprema ili usvajanja neke mere, to će predstavljati osnov za poništaj, samo ako sudovi Zajednica nađu da bi u odsustvu datih neregularnosti osporavana mera bila značajno drugačija, da neregularnost čini sudsku reviziju nemogućom, ili da zbog te neregularnosti koju sadrži, konkretni akt krši neko osnovno institucionalno pravilo. Ukoliko je neko proceduralno pravilo povređeno, ali to ne sprečava da ciljevi odredbe budu ostvareni, neće postojati značajan procesni nedostatak.¹³

U postupku donošenja odluka, neko telo ili institucija koja usvaja ili primenjuje neki akt je ponekad u obavezi da zatraži mišljenje nekog drugog tela. To su u slučaju zakonodavnih postupaka bili Savetodavni komitet i Savet prema Ugovoru o osnivanju Zajednice za ugalj i čelik i Evropski parlament, Ekonomsko-socijalni komitet i Komitet regionala, prema Ugovoru o osnivanju EU. U slučaju primene akata, to su Savetodavni komitet o restriktivnim aktivnostima i monopolima i neki drugi komitetti. Ovaj uslov da se konsultuje neko drugo telo predstavlja jedno od osnovnih procesnih pravila, jer on može uticati na suštinu usvojene mере. Dovoljno je da mišljenje bude dostavljeno pre nego što akt bude usvojen. Institucija koja je tražila mišljenje ne mora da ostavi određeni period između prijema mišljenja i usvajanja akta, kako bi mogla bolje da razmotri mišljenje. U skladu sa tim, na primer, regulativa koja je usvojena samo nekoliko dana pošto je Evropski parlament dao svoje mišljenje, biće zakonito usvojena.¹⁴

Pre nego što neki akt bude usvojen, njegovi adresati ili zainteresovana treća strana moraju biti saslušani. Ova obaveza da ih saslušaju insti-

¹¹ Case C-166/95P Commission v. Daffix (1997) ECR I-983

¹² K. Lenaerts, D. Arts, *Procedural law of the European Union*, London, 1999, str. 186

¹³ Case 282/81 Ragusa v. Commission (1983) ECR 1245

¹⁴ Case 114/81 Tunnel Refineries v. Council (1982) ECR 3189

tucije koje donose neki akt, propisana je ili Ugovorom ili sekundarnim zakonodavstvom Zajednice, ili proističe iz opšteg pravnog principa da osoba čiji će interesi biti pogodjeni odlukom koju donosi neki organ javne vlasti, mora imati mogućnost da iznese svoje mišljenje. Ova obaveza predstavlja jedan od osnovnih procesnih zahteva.

Iznošenje osnova, koje zahteva član 253 (bivši član 190) Ugovora o EZ, mora biti učinjeno na jasan i nedvosmislen način, kako bi zainteresovane osobe saznale razloge za donošenje neke mere. Na taj način se tim osobama omogućuje da brane svoja prava, a Sudu da vrši svoju nadzornu nadležnost.¹⁵ Konkretno rezonovanje mora biti kompatibilno sa sadržajem date mere. Neko minimalno, samo formalno iznošenje razloga nije dovoljno, jer ono ne obezbeđuje da zainteresovane strane i Sud efikasno proveravaju zakonitost nekog akta. Potrebno je izneti činjenice i pravna razmatranja, koja imaju odlučujuću važnost u postpuku donošenja odluke.

Nepravilnosti koje se odnose na objavljivanje nekog akta ne predstavljaju provrede osnovnih pravila postupka, jer one ne pogadaju sam akt.

Neki akt može da bude poništen zbog zloupotrebe ovlašćenja, tj. u slučaju kada neka institucija koristi svoja ovlašćenja za neku drugu svrhu od one koja joj je poverena.¹⁶ U primeni ovog principa, Sud pravde je prošao put od subjektivnog do objektivnog principa. Ovaj prvi podrazumeva da nije uvek neophodno znati stvarne osnove kojima se rukovodila data institucija. Kada se rezultat osporenog akta razlikuje od ciljeva za koje je neko ovlašćenje povereno, to može pružiti dovoljan osnov za poništaj osporavanog akta, zbog zloupotrebe ovlašćenja. Ovo predstavlja objektivan pristup. Takođe, nezakonit izbor postupka donošenja odluke, kako bi se izbegli drugi postupci, koji bi redovno trebali da se primene, takođe predstavlja zloupotrebu ovlašćenja.¹⁷ Ovaj osnov za poništaj akata, sudovi Zajednica koriste veoma retko.¹⁸

Subjekti koji mogu da pokrenu postupak za poništaj

Ovu tužbu mogu da podnesu institucije Zajednice, države članice i fizička i pravna lica kako bi se zaštitili protiv nezakonitih obavezujućih akata neke od institucija, pod uslovom da se ispune posebni uslovi dopuš-

¹⁵ Case C-350/88 Delacre and Others v. Commission (1990) ECR I-395

¹⁶ Case 817/79 Buyl v. Commission (1982) ECR 245

¹⁷ Case 2/57 Compagnie des Hauts Fourneaux de Chasse v. High Authority (1957, 1958), ECR 199

¹⁸ K. Lasok, T. Millett, *Judicial Control in the EU: procedures and principles*, Richmond, 2004, str. 115.

tenosti. Države članice, Savet i Komisija se nekad nazivaju „privilegovani tužioci“ i pretpostavlja se da imaju pravni interes za ispitivanje zakonitosti svih akata Zajednice. Oni ne moraju da dokazuju pravni osnov za podnošenje tužbe za poništaj. Nakon Mastrihta, Evropski parlament i Evropska centralna banka, a nakon Amsterdama, Finansijski sud imaju mogućnost da pokrene ove postupke kada je njihov cilj da zaštite ovlašćenja ovih institucija. Treću grupu subjekata čine fizička i pravna lica ili takozvani privatni tužioci. To su: pojedinci kompanije, udruženja i slični entiteti.

Pre izmena nastalih Ugovorom iz Mastrihta, član 230 nije sadržavao odrednicu vezano za Evropski parlament, tako da se nakon donošenja ovog ugovora pojavilo pitanje da li Parlament može da bude stranka u postupku. Sud je dozvoljavao da Parlament ima korist od odredaba koje se odnose na sve institucije. Zbog toga što nisu izmenjene odredbe ugovora, ovo pitanje je morao da reši Sud.

U slučaju „Stranka Zelenih“ protiv Evropskog parlamenta,¹⁹ tužilac, politička stranka, tražila je poništaj dve mere usvojene od strane Parlamenta o nadoknadi troškova koje su imale stranke koje su učestvovale na izborima 1984. godine. Ona je tvrdila da u svetu člana 164 (sada 220) Ugovora o osnivanju EZ nadležnost Suda na osnovu člana 173 (sada 230) ne može biti ograničena na mere koje usvajaju Savet i Komisija. Parlament nije osporavao dopuštenost tužbe, prihvatajući da Sud može, kao zaštitnik prava, ispitivati zakonitost i onih mera koje nisu doneli Savet i Komisija. Sud se složio sa stranama u sporu da je tužba dopuštena i doneo je nekoliko veoma važnih odluka o prirodi sistema ustanovljenog Ugovorom i o važnosti sudskega ispitivanja akata. Naglasio je da je Zajednica zasnovana na vladavini prava i da države članice i institucije Zajednice ne mogu da izbegnu kontrolu da li su mere koje oni donose u skladu sa Ugovorom. Ovaj Ugovor, koji se još naziva i osnovnom ustavnom poveljom ustanavlja kompletan sistem pravnih lekova i postupaka stvorenih da omoguće Sudu pravde da ispituje zakonitost mera koje usvajaju institucije. Iako član 230 spominje samo akte Saveta i Komisije, cilj Ugovora o osnivanju EZ je bio da se omogući direktna tužba protiv bilo koje mene koja ima pravno dejstvo. Razlog zbog kojeg Evropski parlament nije izričito naveden u članu 173 je taj što mu u originalnom tekstu Ugovor nije davao nikakva ovlašćenja da donosi mene koje imaju pravno dejstvo prema trećim stranama.

Postavlja se i pitanje da li Parlament može da pokrene postupak za poništaj nekog akta kojeg donešu druge institucije, iako to nije navedeno

¹⁹ Case 294/83 Les Verts v. European Parliament (1986) ECR 1339

u članu 230. U jednom slučaju koji je Parlament pokrenuo protiv Saveta, tražen je, na osnovu člana 230 Ugovora o osnivanju EZ poništaj odluke Saveta koja navodi postupke za vršenje poverenih ovlašćenja Komisiji. Savet je podneo prigovor nedopuštenosti na osnovu kojeg je Sud odlučio da Evropski parlament nema mogućnost da podnese tužbu za poništaj. On je smatrao da ne postoji paralela između mogućnosti da se bude tuženi i tužilac u ovoj vrsti sporova.²⁰ Nije bilo neophodno da Parlamentu bude dato pravo da pokrene postupak na osnovu člana 230, kako bi obezbedio da njegova ovlašćenja budu zaštićena. U slučaju neke povrede osnovnih proceduralnih zahteva neko drugi bi mogao da pokrene postupak za poništaj. Sud je primetio da je po članu 155 (sada 211) Ugovora o osnivanju EZ, Komisija imala posebnu odgovornost za zaštitu ovlašćenja Parlamenta i za podnošenje postupaka u tu svrhu, kada se to pokaže neophodnim. Takođe, svaka povreda ovih njegovih ovlašćenja tokom postupka koja vodi ka usvajanju nekog akta može biti ispitivana pred nacionalnim sudovima i pitanje može da se pokrene pred Sudom pravde Evropskih zajednica u postupku po prethodnom pitanju, na osnovu člana 234.²¹

Parlament je, ipak i nakon ove presude nastavljao sa daljim pokušajima da sebi obezbedi pravo zaštite sopstvenih interesa pred Sudom. U još jednom slučaju, Parlament je tražio, na osnovu člana 146 Ugovora o osnivanju Evropske agencije za atomsku energiju („Euroatom“) i tada još uvek člana 173 Ugovora o EZ, poništaj regulative Saveta koja je usvojena na osnovu Ugovora o „Euroatomu“, nakon nesreće u nuklearnoj elektrani Černobilu 1986. godine. Osporavana regulativa je bila zasnovana na jednoj odredbi Ugovora koja je davala ovlašćenje Savetu da donosi odluke kvalifikovanom većinom, nakon što konsultuje Parlament. Parlament je zahtevao od Komisije da promeni pravni osnov odredbi Ugovora o EEZ, koja zahteva pribegavanje postupku saradnje. Uvedena Jedinstvenim evropskim aktom, ova procedura bi dala Parlamentu značajnu ulogu u procesu donošenja odluka, ali je Komisija propustila da postupi u skladu sa zahtevom Parlamenta. Savet je ponovo istakao prigovor nedopuštenosti, tvrdeći da je već u sudskej praksi ustanovljeno da Parlament nema ovlašćenje da pokrene postupak za poništaj akata Zajednice, ni na osnovu tadašnjeg člana 173 Ugovora o EEZ ni na osnovu tadašnjeg člana 146 Ugovora o „Euroatomu“. Parlament je, međutim, istakao da se u ovom slučaju ne može osloniti na Komisiju da brani njegova ovlašćenja, jer se ove dve institucije nisu složile oko pitanja tačnog pravnog osnova osporavane regulative. Takođe, dodao je da je mogućnost da postupak pokre-

²⁰ Case 302/87 Parliament v Council (1988) ECR 5615

²¹ A. Arnul, *The European Union and its Court of Justice*, Oxford, 2003, str. 36

nu privatni subjekti zbog toga što su povređena ovlašćenja Parlamenta, u potpunosti hipotetička.²²

Sud je primetio da je već ranije odlučeno da Parlament ne može pokrenuti ovu vrstu postupaka, ali je priznao i da alternativna sredstva za zaštitu Parlamenta mogu ponekad biti neefikasna. Parlament se ne može osloniti na hipotetičku mogućnost da će postupci biti pokrenuti pred nacionalnim sudovima, ili da će neka država članica ili privatni subjekt tražiti poništaj neke mere za koju Parlament smatra da krši njegova ovlašćenja. Iako je zadatak Komisije da obezbedi poštovanje tih ovlašćenja ne može se očekivati da će ona pokrenuti ove postupke za koje smatra da su neosnovani. Postojanje svih ovih postupaka nije Parlamentu obezbedjivalo potpunu garanciju njegovih ovlašćenja, koja predstavljaju jedan od elemenata institucionalnog balansa stvorenog Ugovorom o EZ. Institucije su obavezne da međusobno poštuju nadležnost onih drugih, a svaka povreda te obaveze je podobna za sudsku kontrolu. Pošto je Sud, prema Ugovoru, odgovoran za poštovanje prava, on mora da bude u mogućnosti da garantiše poštovanje institucionalne ravnoteže i ovlašćenja Parlamenta. Iako Sud ne može da uključi Parlament u one institucije koje imaju automatsko pravo da pokrenu postupak za poništaj, on ima dužnost da obezbedi da odredbe Ugovora koje regulišu odnos između institucija budu u potpunosti poštovane i da Parlament, kao i druge institucije poseduje efikasan pravni lek protiv pretnji svojim ovlašćenjima. Činjenica da osnivački Ugovori ne sadrže odredbe koje Parlamentu poveravaju ovu mogućnost predstavlja proceduralnu prazninu, ali to ne može da utiče na jednu od osnovnih potreba da se obezbedi poštovanje institucionalne ravnoteže, koja je stvorena Ugovorima. Sud je zaključio da Parlament ima pravo da pokrene postupak za poništaj nekog akta kojeg su doneli Savet ili Komisija, u slučajevima gde je svrha postupka da zaštitи njegova ovlašćenja. U drugom slučaju ovakav postupak bi bio podvrgnut istim uslovima kao i postupci koje pokreću Savet ili Komisija. Među ovlašćenjima Parlamenta nalazi se i pravo da učestvuje u potpunosti, u skladu sa Ugovorom, u zakonodavnom postupku koji vodi ka usvajanju akta Zajednice. Pošto je u ovom konkretnom slučaju Parlament tvrdio da mu to nije omogućeno, njegova ovlašćenja su bila u pitanju i tužba je, stoga, proglašena dopuštenom.

Iz ovoga se vidi da je posle dve godine od donošenja one prve presude, Sud bio primoran da prihvati da su njegovi razlozi za uskraćivanje prava Parlamentu da pokrene postupak za poništaj neubedljivi. Ne može se očekivati da će Komisija braniti interes Parlamenta kada se ove dve

²² Case C-70/88 Parliament v. Council (1990) ECR I-2041

institucije nalaze u sukobu. U još jednom slučaju između Parlamenta i Saveta, Sud je u svojoj presudi iz 1992. godine odbacio argument vlade Ujedinjenog Kraljevstva da pravo Parlamenta na podnošenje tužbe nastaje samo kada on nije u saglasnosti sa Komisijom.²³

Iako Sud nije izričito odbacio svoju odluku iz svog ranijeg slučaja, jasno je da ove dve odluke ne mogu da budu pomirene. Međutim, u oba slučaja Sud je stao na isto stanovište da član 230 (tadašnji član 173) ne dozvoljava Parlamentu da pokrene postupak za poništaj. U drugom slučaju, Sud je stvorio novo pravo na tužbu, koje je slično, ali odvojeno od prava drugih institucija da pokrenu postupak za poništaj, kako bi sačuvao institucionalnu ravnotežu koja je stvorena osnivačkim Ugovorima i omogućio joj da ispunji svoj zadatok obezbeđivanja poštovanja prava.

U Maastrichtu, države članice su izmenile tekst tadašnjeg člana 173 kako bi dale dejstvo odlukama Suda u slučajevima „Stranka zelenih“ i „Černobil“. Ipak, te odluke su posmatrane u stručnoj javnosti sa određenom dozom kritike. Posledica presude u slučaju „Stranka zelenih“ je u tome što je Sud pravde evropskih zajednica, na sopstvenu inicijativu izmenio smisao člana 173 tako što je uveo odrednicu Evropski parlament. Države članice nisu napravile ove izmene u vreme kada su menjale druge odredbe Ugovora, kako bi Parlamentu dali šira ovlašćenja, a samo one mogu da menjaju Ugovor. Ovo menjanje drugih odredaba u vezi sa Parlamentom se odnosi na donošenje Jedinstvenog evropskog akta, koji je uveo postupak saradnje, dajući Parlamentu šira ovlašćenja u postupku donošenja odluka u Zajednici. Nije poznato zbog čega nije došlo do izmene tadašnjeg člana 173. Možda su države članice želele da pitanje parnične legitimacije Parlamenta ostave Sudu da ga on reši. Takođe, one su u Maastrichtu odluku Suda unele u tekst Ugovora.

Cilj ove odluke Suda je da obezbedi da nijedna institucija koja ima ovlašćenja da donosi akte koji utiču na prava drugih subjekata, ne može da izbegne sudske kontrole. Rezultat toga je da se obezbeđuje sudske pravne lek, kada Parlament prekorači granice svojih ovlašćenja. Uskoro se pokazalo koliko je to neophodno, jer je Sud doneo presudu po tužbi koju je protiv Parlamenta podneo Savet, uz podršku vlada Nemačke, Francuske i Ujedinjenog Kraljevstva, za poništaj budžeta iz 1986. godine i akta predsednika Parlamenta, koji je proglašio njegovo konačno usvajanje.²⁴ Sud je, citirajući slučaj „Stranke zelenih“ prihvatio dopuštenost tužbe i podržao tvrdnju Saveta da je Parlament prekršio budžetsku proceduru iz Ugovora, pokušavajući da jednostrano poveća određene kategorije po-

²³ Case C-295/90 Parliament v Commission (1992) ECR I-4193

²⁴ Case 34/86 Council v. Parliament (1986) ECR 2155

trošnje. Sud je još jednom pokušao da obezbedi da institucije deluju u granicama svojih ovlašćenja, što je jedan od osnovnih elemenata vladavine prava.

Učešće privatnih subjekata u postupku za poništaj akata Zajednice

Ugovor o osnivanju EZ dozvoljava privatnim subjektima samo da osporavaju akte koji predstavljaju, po svojoj suštini, ako ne po formi, odluke koje su ili upućene njima ili su direktno vezane za njih. Ugovor ne daje ovim tužiocima izričito pravo da osporavaju regulative ili direktive. Sud je zauzeo veoma restriktivan stav po pitanju učešća privatnih subjekata u ovim postupcima. Za njih je veoma teško da osporavaju neki akt koji nije njima upućen. Posebno su problematični kriterijumi za utvrđivanje postojanja odluke i ličnog interesa privatnog subjekta. Sudska praksa po ovim pitanjima nije u skladu sa nastojanjima da Sud proširi što više svoju nadležnost. Jedan od razloga je verovatno i nastojanje da se izbegne preveliki broj slučajeva koji bi se mogli pojaviti pred Sudom.

U praksi, kada se osporavana mera obeleži kao regulativa, tužilac mora prvo da dokaže da je ona po svojoj prirodi i suštini odluka. Sud prihvata da naziv nekog akta nije odlučujući i da kada se traži poništaj samo nekih odredaba akta, uzima se u obzir karakter tih odredaba, a ne akta u celini.²⁵ Ipak, akt koji se primenjuje na neku grupu, Sud smatra regulativom, čak iako je u praksi moguće utvrditi broj ili čak identitet onih koji su njome pogodeni.²⁶

Sud je stao na stanovište da mera koja je od ličnog interesa za osobe na koje se primenjuje mora da utiče na njihov pravni status zbog činjenične situacije koja ih razlikuje od drugih osoba i izdvaja kaoosobe na koje se ta mera odnosi.²⁷ Kada tužilac može da dokaže da je pogoden osporavano merom je propadnik neke zatvorene grupe, u vreme kada je mera usvojena, on uopšteno gledano može da dokaže pojedinačni interes.²⁸ Međutim, kada je grupa osoba, pogodena nekom merom, otvorenog tipa, mnogo je teže to dokazati.²⁹

Sud je, svestan strogosti svoje sudske prakse, počeo da pokazuje veću spremnost da dozvoli da postupak za poništaj pokrenu privatni tužiocici, koji imaju pravo da budu saslušani tokom administrativnog postupka koji

²⁵ Joined Cases 16 and 17/62 Producteurs de Fruits v Council (1962) ECR 471

²⁶ Joined Cases 789 and 790/79 Calpak v. Commission (1980) ECR 1949

²⁷ Case 26/86 Deutz und Geldermann v. Council (1987) ECR 941

²⁸ Joined Cases 41 to 44/70 International Fruit Company v Commission (1971) ECR 411

²⁹ Case 97/85 Deutsche Lebensmittelwerke v Commission (1987) ECR 2265

se završava usvajanjem akta Zajednice. Takvi postupci se javljaju naročito u oblastima konkurenčije, dampinga i državne pomoći. Pitanje dampinga se javlja kada se neki proizvod uvozi u Zajednicu iz države nečlanice, po ceni koja je niža od njene redovne vrednosti u toj zemlji i kao rezultat toga nastaje šteta industriji Zajednice. Takvi proizvodi mogu biti podvrgnuti anti damping merama, koje mogu biti propisane samo regulativama, koje se primenjuju na sve zainteresovane trgovce. Bilo bi neprihvatljivo da trgovci ne mogu da osporavaju takve mere.

Neizbežno je da nešto liberalniji pristup Suda u ovim slučajevima utiče na stav Suda i po drugim pitanjima. Međutim, postoje posebne okolnosti koje utiču na ovaj liberalni stav. Na primer, u slučaju *Piraiki-Patraiki* protiv Komisije tužioc su tražili poništaj odluke Komisije kojom se dozvoljava Francuskoj da ograniči uvoz pamuka iz Grčke tokom određenog perioda.³⁰ Sud je smatrao da osporavana odluka pogađa lični interes onih tužilaca, koji su, pre njenog usvajanja, zaključili ugovore, koji treba da se izvrše dok je ova odluka na snazi, ukoliko je izvršenje tih ugovora u celini ili delimično sprečeno usvajanjem date odluke. Sud je presudio da je Komisija mogla da utvrdi postojanje ugovora koji bi trebali da budu izvršeni tokom perioda primene osporavane odluke. Ugovorne strane su preuzele određene obaveze i bile su lično zainteresovane, kao članovi ograničene grupe trgovaca, koju je Komisija identifikovala ili može da identificuje i zbog tih ugovora su bili pogodjeni konkretnom odlukom. Međutim, Sud je istakao da je član 130 Sporazuma o pristupanju Grčke zahtevaо od Komisije da uzme u obzir koje će efekte na takve trgovce imati mere koje je ona predlagala.

Uticaj odluke „Stranka zelenih“ na fizička i pravna lica takođe nije jasan. Tužilac je tražio poništaj dve mere koje je usvojio Evropski parlament 1982. i 1983. godine, koje se tiču povraćaja sredstava za izbore koji su dodeljeni političkim strankama, koje su učestvovali na evropskim izborima 1984. godine. Osporavane mere su pogadale sve stranke koje su učestvovali na tim izborima, bez obzira da li su one već bile predstavljene u Parlamentu. Međutim, one stranke koje su već bile u Parlamentu učestvovali su u postupku koji je doveo do usvajanja osporavanih mera. Tužilac, koji nije bio predstavljen u Parlamentu u vreme usvajanja tih mera ali koji je nameravao da osporava izbore iz 1984. godine, naveo je da su mere diskriminatorske u korist stranaka koje su već bile u Parlamentu. On je tražio poništaj tih mera u skladu sa tadašnjim članom 173. Tužilac je morao da dokaže da mere koje je usvojio Evropski parlament mogu biti osporavane na osnovu ovog člana i da je

³⁰ Case 11/82 *Piraiki-Patraiki v. Commission* (1985) ECR 207

on lično pogoden tim merama. Ovo je bilo veoma teško jer stranke koje nisu bile već u Parlamentu a koje su mogle biti pogodene merama nisu mogle biti identifikovane, tj. grupa kojoj je tužilac pripadao je bila otvorena. Već smo ranije videli da je Sud utvrdio da su mere pogodne za reviziju, a povodom pravnog interesa za njihovo osporavanje je istakao da se glavna od njih tiče usmeravanja javnih fondova u svrhu pripreme izbora i pošto se navodi da su oni bili usmereni nejednako ne može se smatrati da su samo stranke koje su bile predstavljene u Parlamentu i koje su stoga odredive na dan usvajanja osporavanih mera, pogodene tim merama. Sud je zaključio da je tužilac, udruženje koje je postojalo u vreme kada je odluka iz 1982. godine doneta i koje je bilo u mogućnosti da predloži kandidate za izbore 1984. godine, lično pogoden spornim merama.³¹

Prekid sa ranijom sudskom praksom povodom pojedinačnog interesa napravljen je u slučaju Kodorniu protiv Saveta, koji se ticao važnosti regulative o opisu i prezentaciji penušavih vina. Sud je prihvatio da privatni tužioci mogu da traže preispitivanje regulativa, ukoliko uspeju da dokažu postojanje ličnog interesa. On je doneo odluku da taj interes postoji, jer je data regulativa sprečavala tužioca da koristi termin koji je on registrovao kao robnu marku 1924. godine i koju je tradicionalno koristio i pre i posle tog datuma. To je bilo dovoljno da razlikuje tužioca od svih drugih trgovaca pogodenih datom regulativom.³² Odluka u ovom slučaju je bila poslednja važna odluka po ovom pitanju pre nego što je nadležnost u ovim slučajevima preneta na Sud prve instance. Ona je bila predmet debate u samom Sudu a bilo je potrebno dosta vremena kako bi se donela odluka. Ipak, potvrđujući da privatni tužilac može da osporava pravu regulativu i ublažavajući uslov postojanja ličnog interesa, ova presuda predstavlja dokaz želje Suda da dozvoli fizičkim i pravnim licima da podnesu tužbu za poništaj. Sud prve instance, pak, nije u potpunosti nastavio sa ovom praksom. U jednom broju slučajeva, tužbe za poništaj koje su podneli privatni tužioci, Sud prve instance je odbacio kao nedopuštene na osnovu uobičajenog tumačenja prava na pokretanje postupka. U slučaju Buralu i drugi protiv Saveta, Sud pravde je podržao ovu restriktivnu praksu Suda prve instance. Naime, ovde je on podržao jednu njegovu naredbu kojom je proglašena nedopuštenom jedna tužba za poništaj regulative koja je ograničavala premeštanje otpada u okviru Zajednice. Tužioci su bili uključeni u prevoz otpada od Nemačke do Francuske. Iako je sporna regulativa imala posebno opasne

³¹ Case 294/83 Les Verts v. European Parliament (1986) ECR 1339

³² Case C-309/80 Codorniu v Council (1994) ECR I-1853

posledice za njihov posao, Sud je zaključio da su tužiocu njome pogodeni samo kao izvršioci u poslu prevoza otpada između država članica, kao i bilo koji drugi izvršioci u ovom poslu. Tako da je, prema mišljenju Suda, Sud prve instance bio u pravu kada je zaključio da oni u ovom slučaju nisu bili direktno pogodeni direktivom.³³ Takođe, u slučaju Grinpis i drugi protiv Komisije, tužiocu, tri udruženja za zaštitu životne sredine i određen broj pojedinaca, tražili su poništaj odluke Komisije koja je Španiji dodeljivala finansijsku pomoć za izgradnju dve električne centrale na Kanarskim ostrvima. Tužiocu su posebno zatražili od Suda prve instance da zauzme liberalan pristup po pitanju dopuštenosti i da prihvate da pravo na pokretanje postupka može da proističe ne samo iz čisto ekonomskih interesa, nego i iz brige za zaštitu životne sredine. Tužiocu su tvrdili da su u svakoj državi članici organizacije koje su osnovane za zaštitu životne sredine, koje zastupaju interes svojih članova, ili koje ispunjavaju određene formalnosti, ovlašćene da ispituju administrativne odluke koje navodno krše pravila o zaštiti životne sredine. Sud prve instance je odbio da prihvati da se pravo na pokretanje postupka tužiocima daje pozivanjem na kriterijume koji se ne nalaze već u sudskej praksi.³⁴ On je doneo odluku da su tužiocu pojedinci bili pogodeni osporavanom merom na isti način kao i svi koji žive, rade ili posećuju konkretnu oblast i da se zbog toga ne mogu smatrati lično zainteresovanim. Isto se odnosi i na tužioce udruženja, pošto oni nisu uspeli da ustanove neki svoj sopstveni interes različit od svojih članova, čija pozicija se ne razlikuje od tužilaca pojedinaca. Sud pravde Evropskih zajednica je odbio žalbu po ovom pitanju i istakao je da je pristup Suda prve instance u saglasnosti sa utvrđenom sudskej praksom.³⁵

Na osnovu do sada iznetog možemo zaključiti da privatni tužiocu, u principu, mogu da osporavaju regulative. Takođe, čini se da je prihvaćeno da privatni tužilac može da traži ispitivanje direktive, zbog toga što predstavlja prikrivenu odluku ili zbog toga što je od neposrednog i ličnog interesa za tužioca. Međutim, ove mogućnosti su dostupne samo u izuzetnim okolnostima.

Svako moderno društvo, kao što je Evropska zajednica treba da bude zasnovana na vladavini prava i stoga mora da poseduje mehanizam sudske kontrole aktivnosti svojih zakonodavnih i izvršnih tela. Efikasnost takvog mehanizma zavisi u velikom stepenu od toga da li mogu koristiti i privatni subjekti.

³³ Case C- 209/94 P Buralux and Others v Council (1996) ECR I-615

³⁴ Case T-585/93 Greenpeace and Others v. Commission (1995) ECR II-2205

³⁵ Case C-321/95 P (1998) ECR I-1651

Vremenski rokovi za pokretanje postupka

Prema članu 230 Ugovora o EZ, postupak za poništaj može da se pokrene u roku od dva meseca od objavljivanja nekog akta, ili od obaveštavanja tužioca, ili od dana kada mu je konkretni akt postao poznat. On je unekoliko ublažen u Pravilima postupka Sudova zajednica. Članovi 80 i 81 i Aneks 2 Pravila postupka Suda Evropskih zajednica i članovi 101 i 102 Pravila postupka Suda prve instance razjašnjavaju koji je to trenutak od kojeg vremenski rok počinje da teče i dozvoljava dodatno vreme u slučaju udaljenosti između Luksemburga i tužiočevog prebivališta ili registrovane kancelarije. Prema članu 33 Ugovora o osnivanju Evropske zajednice za ugalj i čelik, postupak za poništaj se može pokrenuti u roku od jednog meseca od obaveštavanja ili objavljivanja, neke odluke ili preporuke.

Na osnovu stava 2 člana 254 (pre je to bio član 191) Ugovora o osnivanju EZ, regulative i direktive koje se odnose na sve države članice moraju biti objavljene u Službenom listu Evropskih zajednica. Ovo se primenjuje i na regulative, direktive i odluke usvojene u skladu sa članom 251 Ugovora o EZ. Vremenski rok za pokretanje postupka protiv takvih akata počinje da teče po proteku 15 dana od dana njegovog objavljivanja u Službenom listu. Ovo pravilo važi bez obzira na činjenicu kada je tužilac saznao za sadržaj konkretnog akta na neki drugi način. Takođe, ovo pravilo se primenjuje i na akte za koje nije potrebno objavljivanje da bi stupili na snagu, u slučajevima kada postoji ustaljena praksa njihovog obajvljivanja.³⁶ U takvim okolnostima i kada tužilac nije obavešten o aktu, vremenski period za pokretanje postupka počinje da teče od dana objavljivanja, bez obzira da li je tužilac, na neki drugi način, saznao za postojanje i sadržaj konkretnog akta.

Na osnovu stava 3 člana 254 Ugovora o EZ, sve druge direktive i odluke proizvode dejstvo kada se adresati obaveste o njihovom postojanju. Rok za otpočinjanje postupka protiv takvog akta počinje da teče od dana kada zainteresovana osoba primi obaveštenje, a neko odlaganje u obaveštavanju se ne može pripisati toj osobi. Pravilno obaveštavanje o nekom aktu podrazumeva da se neko lice dovede u poziciju da sazna sadržinu akta i osnove na kojima je akt donet. Dostavljanje poštom, uz potvrdu prdstavlja pravilan način pošto on omogućava Sudu da sa sigurnošću utvrdi kada je rok počeo da teče. U takvim slučajevima, samo neke nepredviđene okolno-

³⁶ Case C-122/95 Germany v. Council (1998) ECR I-973 U ovom slučaju je Sud pravde stao na stanovište da postoji ustaljena praksa da se objavljuju odluke Saveta, koje sadrže zaključivanje međunarodnih ugovora koji su obavezujući za Evropsku zajednicu.

sti, kao što su viša sila ili neke druge opravdane okolnosti, koje su zaista sprečile tužioca da sazna za postojanje nekog akta, mogu da opravdaju prekoračenje rokova za pokretanje postupka.³⁷ Ovde se javlja pitanje tereta dokazivanja, koje je tada na strani tužioca, da dokaže postojanje konkretnih okolnosti. Iz razloga očuvanja pravne sigurnosti, ovi izuzeci se restriktivno tumače. Lice kome je akt namenjen ne može da spreči početak računanja rokova tako što odbija da prihvati pravilno dostavljeni akt. Objavljivanje u Službenom listu nekog akta, koji stiče pravno dejstvo po dostavljanju adresatu, nema dejstvo na početak računanja rokova.

Period za pokretanje postupka, u slučaju zainteresovanih trećih strana koje traže poništaj nekog akta koji je adresovan na neku drugu osobu, počinje dana kada je ta osoba saznala za postojanje, detaljan sadržaj i razloge za donošenje date mere, na način koji joj omogućava da podnese tužbu. Ukoliko je akt objavljen u Službenom listu, ili u nekoj zvaničnoj publikaciji neke države članice, ili ukoliko je za njega saznala zainteresovana treća strana, to predstavlja dovoljno obaveštenje, koje ima za posledicu početak računanja rokova. Međutim, dopuštenost tužbe za poništaj koju podnosi zainteresovana treća strana protiv akta upućenog nekoj drugoj osobi, ne zavisi od činjenice objavljivanja ili obaveštavanja. Tužba koja je podneta pre dostavljanja ili objavljivanja akta biće dopuštena. Treća strana koja je dobila detaljne informacije o sadržaju akta, pre nego što je osoba kojoj je taj akt namenjen o tome obaveštena, mora pokrenuti postupak u roku od dva meseca od trenutka kada je dobila te informacije.

Posledice tužbe za poništaj akta

Ukoliko je tužba osnovana, Sud pravde Evropskih zajednica i Sud prve instance će proglašiti osporavani akt ništavim.³⁸ Ukoliko tužba nije osnovana, ona će biti odbijena. Poništaj nekog akta podrazumeva da on nestaje iz pravnog poretka Zajednice i to od dana kada je stupio na snagu, tako da se strane u postupku vraćaju na poziciju gde su bile pre njegovog stupanja na snagu – *restitutio in integrum*.³⁹

Retroaktivno dejstvo odluke o ništavosti akta može se izmeniti u skladu sa stavom 2 člana 231 Ugovora o EZ, u svetu cilja tužbe ili na osnovu pravne sigurnosti. Ovaj član govori da će Sud, ako to smatra po-

³⁷ Joined Cases 220 and 221/78 ALA and ALFER v. Commission (1979) ECR 1693 at 1698

³⁸ Čl. 231, stav 1 Ugovora o EZ, Član 147 Ugovora o EUROATOM,

³⁹ Case 22/70 Commission v. Council (1971) ECR 263

trebnim, odrediti koja dejstva ragulative koja je proglašena ništavom, ostaju na snazi.⁴⁰ Cilj ove odredbe je da se izbegne eventualna opasnost po pravnu sigurnost koja može da nastane zbog brisanja iz pravnog potreka osporene regulative. U sudskej praksi se ovo ovlašćenje Suda odnosilo i na druge vrste akata: direktive,⁴¹ odluke,⁴² akt kojim predsednik Evropskog parlamenta proglašava da je budžet usvojen⁴³ i drugi. Sud pravde i Sud prve instance mogu da na taj način sačuvaju neka dejstva poništenog akta ili da čak donesu odluku da takav akt ostaje na snazi sve dok nadležna institucija ne preduzme neophodne mere kako bi dala pravno dejstvo presudi koja poništava određeni akt. Sudovi mogu da proglaše deo osporavanog akta ništavim, tako što će poništiti samo neke njegove odredbe, ili će ograničiti ništavost po nekim materijalnim ili personalnim kriterijumima. Takođe, tužilac može da traži delimičan poništaj nekog akta. Ukoliko je to slučaj a sudovi smatraju da je moguće poništiti samo akt u celini, on ne može presuditi preko tužbenog zahteva, već mora proglašiti tužbu nedopuštenom.⁴⁴ Ne može doći do delimičnog poništaja akta, ukoliko se osporavani deo ne može odvojiti od drugih odredaba. Takođe, ovo je nemoguće, kada bi usled delimične ništavosti, sadržina preostalog dela akta izgubila svoje originalno dejstvo.⁴⁵

Presuda kojom je proglašena ništavost nekog akta deluje *erga omnes* i zbog toga, tužba za poništaj neke mere koja je već proglašena ništavom nema svrhu. Ovo je zbog toga što poništeni akt ne može više da ugrozi neka prava i interes budućih tužilaca. U skladu sa stavom 1 člana 233 Ugovora o osnivanju EZ, institucija čiji je akt proglašen ništavim mora da preduzme neophodne mere kako bi postupila u skladu sa presudom. Sud pravde i Sud prve instance nemaju ovlašćenja da propisu koje mere treba da se preduzmu. One su određene samom sadržinom presude i razlozima na osnovu kojih je ona doneta. Institucija ne mora samo da zameni poništeni akt nekim novim koji ne sadrži utvrđene nedostatke, nego mora i da promeni odredbe koje sadrže takve nedostatke iz svih drugih svojih mera. Ona ima jedan razuman rok u kojem treba da izvrši presudu. Šta se podrazumeva pod razumnim rokom zavisi od prirode mera koje treba preduzeti da bi se presuda izvršila. Ukoliko postoje neke posebne teškoće, institucija može da usvoji neku meru koja samo delimično ispravlja štetu koju je pretrpeo tužilac, kao posledicu utvrđenog nezakonitog ponašanja.

⁴⁰ Član 231, stav 2 Ugovora o EZ

⁴¹ Case 295/90 European Parliament v. Council (1992) ECR I-4193

⁴² Case 92/78 Simmenthal v. Commission (1979) ECR 777

⁴³ Case 34/86 Council v. European Parliament (1986) ECR 2155

⁴⁴ Case 37/71 Jamet v. Commission (1972) ECR 483

⁴⁵ Case 34/86 Council v. European Parliament (1986) ECR 2155

Zaključak

Tužbu za poništaj akata Zajednice mogu da podnesu institucije Zajednice, države članice i fizička i pravna lica kako bi se zaštitili protiv nezakonitih obavezujućih akata neke od institucija, pod uslovom da se ispune posebni uslovi dopuštenosti.

U drugom stavu člana 230 Ugovora o osnivanju EZ, navedeni su osnovi pod kojima se može tražiti poništaj nekog akta Zajednice, ali ih Sud ne primenjuje preterano formalistički. Međutim, skoro svako dokazano kršenje komunitarnog prava, osim onih zaista beznačajnih, može poslužiti kao dokaz nelegalnosti nekog akta i može dovesti do njegovog ukidanja. Ovo je posledica činjenice da se veoma široki osnovi mogu podvesti pod ovaj termin, tako da oni obuhvataju skoro sve zamislive slučajevne nezakonitosti akata. Treći osnov, tj. povreda ovog ugovora ili nekog pravnog pravila koje se odnosi na njegovu primenu, je veoma širok i može u sebi da sadži ostala tri osnova. Pozivanjem na njega, Sud može poništiti mere koje nisu u saglasnosti sa opštim pravnim principima, kao što su pravna sigurnost, nediskriminacija, ili proporcionalnost.

Sud pravde Evropskih zajednica i Sud prve instance, imaju nadležnost da ispituju legalnost akata Zajednice, u svetu njihovog odnosa sa višim (pisanim i nepisanim) pravom Zajednice. Ukoliko se utvrdi kršenje tog višeg prava, rezultat postupka će biti poništaj osporavanog akta. Sudovi Zajednica su imali bogatu praksu povodom tužbi za poništaj akata Zajednica. Iz ovoga se vidi da se radi o jednom značajnom pitanju koje se neprestano javlja povodom različitih mera koje se usvajaju u okviru evropskih zajednica.

*Bojan Tubic, LL. M., Assistant
Novi Sad Faculty of Law*

Procedure for annulment of the Community acts before the Court of Justice of the European Communities and the Court of First Instance

Abstract

The action for annulment enables Community institutions, Member States and natural and legal persons to protect themselves against unlawful binding acts of Community institutions. In this procedure the European court of Justice and the Court of First Instance review the contested act in the light of superior Community law. The contested act must be existing one and the following acts are suitable for revision: regulations, directives and decisions. Recommendations and opinions do not have binding effect and they are not subject to judicial review. Natural and legal persons have the right to institute proceedings against a decision addressed to them, or against a decision which, although addressed to another person is of direct and individual concern to the former. This procedure can be instituted in the time period of two months after the publication of the contested measure in the Official Journal of the European Communities. In some cases that period starts from the time of notification of the person concerned. If the action is well founded, the European courts will declare the contested act void. The annulment of an act causes it disappear from the legal system of the Community. The practice of European courts shows that the question of legality of Community acts is very important one and it contributes to enforcement of the Community legal order.

*Mr Maša Kulauzov, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

POLOŽAJ SENATORA I NARODNIH POSLANIKA PREMA USTAVU KRALJEVINE SRBIJE OD 1901. GODINE I USTAVU FRANCU- SKE TREĆE REPUBLIKE OD 1875. GODINE

Sažetak: Autor u radu poređi odredbe Ustava Kraljevine Srbije od 1901. i Ustava Francuske Treće republike od 1875. koje se odnose na imunitet senatora i narodnih poslanika, vezanost mandata i na raspuštanje opštепредставničkog tela. Pažnja je posvećena upravo ovim odredbama jer od ustavnih rešenja u navedenim oblastima u najvećoj meri zavisi stabilnost položaja senatora i poslanika kao i nezavisnost Narodnog predstavništva u odnosu na ostale ustavotvorne vlasti.

Ključne reči: Ustav Kraljevine Srbije od 1901. godine, Ustav Francuske Treće republike od 1875, Senat, predstavničko telo, mandat, imunitet, raspuštanje opštепредставničkog tela.

Senat je 1901. godine prvi put uveden u ustavni sistem Srbije. U dotadašnjoj ustavnoj istoriji Srbije zakonodavnu vlast je vršila samo Narodna skupština. Zato možemo pretpostaviti da su se pisci *Ustava* od 1901. oslanjali na strane uzore kada su formulisali odredbe o Senatu u ustavnom tekstu. U traganju za eventualnim stranim uticajima na uobličavanje odredaba o imunitetu i vezanosti mandata senatora i poslanika, kao i o raspuštanju opštепредставničkog tela, pažnju nam je privukao *Ustav Francuske Treće republike* od 1875.¹ Njegove odredbe smo analizirali iz

¹ O članovima dva ustavna akta koji se odnose na ostvarivanje aktivnog i pasivnog biračkog prava za Senat i njegov sastav videti M. Kulauzov, *Sličnosti i razlike*

dva razloga: 1) tvorci *Ustava* od 1901. su bili francuski đaci, vrsni poznavaoci francuskog jezika i prava,² i 2) ovaj ustav donet je pre *Ustava Srbije* od 1901.

1. Imunitet i vezanost mandata

Ustavom Kraljevine Srbije od 1901. godine senatorima i narodnim poslanicima garantovana je puna sloboda u obavljanju parlamentarnih funkcija. Njihov mandat je sloboden. Iako ni na jednom mestu u ustanom tekstu nije decidirano navedeno da birači ne mogu svojim izabranim predstavnicima davati obavezne instrukcije na koji način da glasaju, za-

*između Senata prema Ustavu Kraljevine Srbije od 1901. godine i francuskom Zakonu o organizaciji Senata od 1875. godine, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, XL 1 (2006), str. 115–124. O zakonodavnim i sudskim kompetencijama Senata u Francuskoj Trećoj republici i Kraljevini Srbiji videti M. Kulauzov, *Sličnosti i razlike između Senata prema Ustavu Kraljevine Srbije od 1901. godine i Ustavu Francuske Treće republike od 1875. godine, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, XL 2 (2006)*, str. 53 – 62.*

² Izradu *Ustava Kraljevine Srbije* od 1901. kralj Aleksandar Obrenović je poverio Milovanu Đ. Milovanoviću i Pavlu Marinkoviću. Milovan Đ. Milovanović (1863 – 1912), istaknuti član Radikalne stranke i sposoban državnik doktorirao je pravo u Parizu. Učestvovao je i u izradi *Ustava Kraljevine Srbije* od 1888. godine. Kao istaknuti državnik vršio je funkcije ministra pravde 1896–1897, ministra privrede 1901. i ministra finansija 1902. godine. U vreme učešća u izradi *Ustava* od 1901. Milovanović se nalazio na čelu ministarstva privrede u vladama Alekse Jovanovića i Mihaila Vujića. Ostvario je i zavidnu diplomatsku karijeru kao poslanik Srbije u Bukureštu 1900. i Rimu od 1902. do 1907. godine. Našavši se na čelu srpske diplomatije u vreme aneksione krize, Milovanović je uspeo da skrene pažnju Evrope na srpsko nacionalno pitanje i izbegne rat sa Austrijom. U strahu od novog nadiranja Austro – Ugarske na Balkan, načinio je sporazum sa Bugarima koji je predstavljao uvod u Balkanske ratove koji su usledili ubrzo nakon njegove smrti. Zalagao se za što tešnji savez sa Rusijom i članicama Antante, kao i za sporazum sa balkanskim narodima. Milovanović je, kao vrstan diplomata bio cenjen i u zemlji i u inostranstvu. Ostavio je velikog traga u spoljnoj politici Srbije. Autor je brojnih ustanovopravnih studija i dela iz diplomatske istorije Srbije među kojima se po svom značaju izdvajaju: *Srbi i Hrvati* (1895) i *Srbi i Bugari* (1898). Pavle Marinković (1866 – 1925) je bio član Napredne stranke, istaknuti državnik, političar i diplomata koji je studirao pravo u Parizu. U vreme učešća u izradi *Ustava* od 1901. vršio je funkciju ministra prosvete u vladama Alekse Jovanovića i Mihaila Vujića. Tokom svoje bogate državničke karijere Marinković se nalazio na čelu ministarstva prosvete 1900 – 1901 i 1919, ministarstva šuma i ruda 1919. i ministarstva vera 1920. godine. U diplomatsku službu je stupio 1901. godine kao poslanik Srbije u Sofiji, a od 1915. do 1919. bio je diplomatski predstavnik Srbije u Bukureštu. Zaslužan je i za pokretanje dva politička časopisa. Izdavao je list *Red* 1894. godine kao organ mladih konzervativaca, a nakon ubistva kralja Aleksandra Obrenovića pokrenuo je i časopis *Pravda* u kome se borio protiv novog režima.

brana dodele imperativnog (vezanog) mandata predviđena je u članu 43 stav 5 *Ustava* od 1901.³ Pomenutim članom je propisano da poslanici i senatori predstavljaju ceo narod, a ne samo svoje izborne okruge. Dakle, momentom izbora njihova veza sa biračima prestaje i član Narodnog predstavništva je sloboden u vršenju svojih poslaničkih dužnosti sve do isteka predstavničkog mandata.

Prema članu 59 *Ustava* od 1901. niko ne može pozvati na odgovornost člana ma kog doma za iskazano mišljenje ili za dat glas u zakonodavnem telu. Protiv njega se ne može voditi krivični postupak, niti on može biti lišen slobode bez odluke doma čiji je član. Zabранa hapšenja ne važi u slučaju zaticanja poslanika ili senatora pri izvršenju krivičnog dela (tzv. flagrantni delikt), ali i u tom slučaju dom čiji je on član odlučuje da li će se istraga nastaviti ili prekinuti.⁴ Iz navedene odredbe nedvosmisleno proizilazi da je izabranim predstavnicima prema ustavu Srbije od 1901. bila zajemčena puna sloboda govora u predstavničkom telu, kao i sloboda od hapšenja za sve vreme trajanja mandata Narodnog predstavništva.⁵

Nekodifikovani *Ustav* Francuske Treće republike od 1875. godine predviđa znatno manje garanciju nesmetanog vršenja funkcija senatora i poslanika nego što je predviđeno u *Ustavu* Srbije od 1901. godine. On ne sadrži nijednu odredbu o prirodi njihovog mandata te na taj način ostavlja prostora za pritiske i uticaje birača na svoje izabrane predstavnike. *Ustav* od 1875, doduše, predviđa zabranu hapšenja članova domova osim u slučaju zaticanja pri izvršenju krivičnog dela. Međutim, zabranu hapšenja je važila samo za vreme trajanja zasedanja Narodnog predstavništva (član 14 *Zakona o uzajamnim odnosima vlasti*).⁶ To je praktično značilo da su

³ *Ustav Kraljevine Srbije* od 1901. godine, štampan u Državnoj štampariji Kraljevine Srbije, Beograd 1901, str. 15. U daljem tekstu: *Ustav od 1901. godine*.

⁴ Isto, str. 19.

⁵ Sloboda govora senatora i narodnih poslanika u ustavnopravnoj teoriji naziva se **imunitet neodgovornosti** i predstavlja sredstvo za obezbeđivanje nezavisnosti Narodnog predstavništva. Potpuna sloboda govora moguća je jedino ukoliko imunitet štiti izabranog predstavnika i nakon isteka mandata, kao što je u ustavu Srbije od 1901. bilo propisano. Za razliku od imuniteta neodgovornosti koji je trajan, **imunitet nepovredivosti**, čija je suština u slobodi od hapšenja ograničen je na vreme trajanja parlamentarnog mandata i po pravilu se ne primenjuje u slučaju zaticanja poslanika i senatora pri izvršenju krivičnog dela. Njihovo trajno oslobađanje od krivične odgovornosti vodilo bi ozbiljnom narušavanju načela jednakosti gradana pred zakonom. Smisao ovog proceduralnog imuniteta ogleda se u zaštiti izabranih predstavnika od tendencioznog optuživanja i neosnovanog lišavanja slobode. Detaljnije o ustanovi imuniteta senatora i narodnih poslanika videti J. Đorđević, *Ustavno pravo*, Beograd 1958, str. 309 – 311.

⁶ *Loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 sur les rapports des pouvoirs publics*, http://www.legisnet.com/france/constitutions/constitution_III_republique.htm, p. 6, posećeno 31. 08. 2007. U daljem tekstu: *Loi constitutionnelle du 16 juillet 1875*.

poslanici i senatori mogli biti hapšeni u periodima između zasedanja predstavničkog tela i na taj način ometani u vršenju svojih poslaničkih dužnosti. Jedino progresivno rešenje koje *Ustav* od 1875. sadrži u ovoj oblasti ogleda se u punoj slobodi govora članova Narodnog predstavništva. Niko ne može člana ma kog doma ni nakon isteka mandata pozvati na odgovornost za izraženo mišljenje ili za dat glas u zakonodavnom telu (član 13 *Zakona o uzajamnim odnosima vlasti*).⁷

2. Raspuštanje opštepredstavničkog tela

U svim ustavnim monarhijama predviđeno je pravo šefa države da raspusti opštepredstavničko telo. Tako je i srpski kralj prema odredbama *Ustava Kraljevine Srbije* od 1901. godine mogao raspustiti Narodnu skupštinu. Ukaz o raspuštanju premapotpisivali su svi ministri. Istim ukazom morali su biti predviđeni novi izbori za Narodnu skupštinu u roku od tri meseca, kao i sazivanje Narodnog predstavništva u roku od četiri meseca od dana raspuštanja Narodne skupštine (čl. 15 st. 4 *Ustava*).⁸ Kao ni prema odredbama većine svetskih ustava, ni prema ustavu Srbije kralj nije mogao raspustiti Senat (čl. 75 st. 2 *Ustava*).⁹ Nemogućnost raspuštanja činila je Senat stabilnijim činiocem u zakonodavstvu u odnosu na opštepredstavničko telo.

Prema odredbi člana 5 stav 1 i 2 *Zakona o organizaciji vlasti* od 25. februara 1875, predsednik Francuske Treće republike je mogao, uz pristanak **Senata** (*Sénat*) da raspusti **Dom poslanika** (*Chambre des députés*) pre zakonskog isteka njegovog mandata. U slučaju raspuštanja Doma poslanika izborne kolegije se sazivaju radi novih izbora u roku od tri meseca od dana raspuštanja.¹⁰ Ovako formulisana odredba stvara nedoumice da li u roku od tri meseca treba samo izdati dekret kojim se za određeni dan zakazuju izbori, ili u tom roku izbori treba da budu i održani. Zato je 14. avgusta 1884. godine donet ustavni zakon koji je ovu nejasnoću otklonio. On u članu 1 predviđa da se izborne kolegije sastaju radi novih izbora u roku od dva meseca od dana raspuštanja, a Dom poslanika u roku od deset dana od dana zaključenja izbornih radnji.¹¹

⁷ *Loi constitutionnelle du 16 juillet 1875*, p. 5.

⁸ *Ustav od 1901. godine*, str. 7.

⁹ Isto, str. 24.

¹⁰ *Loi du 25 février 1875 relative à l' organisation des pouvoirs publics*, http://www.legisnet.com/france/constitutions/constitution_III_republique.htm, pp. 1 - 2, posećeno 31. 08. 2007. U daljem tekstu: *Loi du 25 février 1875*.

¹¹ L. Duguit, H. Monnier, R. Bonnard, *Les Constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789*, 7^{ème} éd, Paris 1952, p. 308.

Kako Senat u Francuskoj Trećoj republici nikada nije mogao biti raspušten predstavlja je, kao i u Srbiji, stabilniji činilac u zakonodavstvu od opštepredstavničkog tela. Njegov položaj je u odnosu na Dom poslanika donekle ojačan i neophodnošću njegove saglasnosti za raspuštanje predstavničkog doma. Odlučujući o tome da li će pristati na raspuštanje Doma poslanika ili ne, Senat je igrao i ulogu prvostepenog arbitra u sukobu izvršne i dela zakonodavne vlasti. Međutim, kako se nakon 1877. izobičajilo raspuštanje Doma poslanika, ovo ovlašćenje Senata je izgubilo svoj praktični značaj. Naime, predsednik Francuske Treće republike maršal Mak Mahon (*Mac Mahon*) pristupio je 1877. raspuštanju Doma poslanika nakon neuspelog pokušaja da mu nametne vladu po svom izboru. Za raspuštanje predstavničkog doma on je dobio saglasnost Senata, dakle, njegov postupak je bio u granicama ustava. Na novim izborima najveći broj dotadašnjih republikanskih poslanika je bio opet izabran. Posle ponovnog pokušaja da obrazuje vladu po svom izboru sa kojom domovi nisu hteli da sarađuju, Mak Mahon je bio pri nuđen da mandat za sastav vlade poveri licu koje je uživalo poverenje većine. Diskreditovan ovim činom, on je ubrzo podneo ostavku na položaj predsednika republike.¹²

Ovaj događaj imao je dalekosežne posledice na uobičavanje čitavog parlamentarnog sistema za vreme Francuske Treće republike. Pravo predsednika republike na raspuštanje Doma poslanika nije nakon 1877. godine korišćeno ni jedan jedini put. Na taj način se “dualistički” parlamentarizam koji se tako naziva jer je u njemu vlada odgovorna i predsedniku republike i zakonodavnem telu preobrazio u “monistički” parlamentarizam. To znači da je nakon 1877. vlada za svoj rad bila odgovorna jedino Narodnom predstavništvu.¹³ Istovremeno slabljenje položaja predsednika republike dovelo je do toga da su francuski pravnici formulisali izreku da “predsednik predsednikuje a ne vlada”.¹⁴

Parlamentarizam Francuske Treće republike je u značajnoj meri odstupao od izvornog, britanskog modela koji podrazumeva ravnotežu zakonodavne i izvršne vlasti. Ona se ostvaruje na taj način što vlada na pretnju izglasavanja nepoverenja može reagovati pretnjom raspuštanja skupštine. Kako se praksa raspuštanja Doma poslanika izobičajila nakon 1877. godi-

¹² Š. Kurtović, *Član 5. ustavnog zakona od 25. II 1875*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu 2 (1969), str. 177 – 178.

¹³ S. Sokol, *Parlamentarni sistem*, Zbornik radova sa naučnog skupa Dva veka savremene ustavnosti održanog 17. i 18. septembra 1987, SANU, Naučni skupovi, knjiga XLVII, odeljenje društvenih nauka, knjiga 9, Beograd 1990, str. 413 – 414.

¹⁴ Navedeno prema P. B. Jovanović, *Savremeni politički sistemi*, knjiga II, Novi Sad 1992, str. 168.

ne, ravnoteža između dve ustavotvorne vlasti je poremećena na štetu izvršne vlasti. Slabost položaja predsednika republike, nestabilnost vlada koje su imale koalicioni, heterogen sastav i nadmoćna uloga predstavničkog tela naveli su pojedine autore da govore o svojevrsnoj skupštinskoj vladavini u Francuskoj Trećoj republici.¹⁵

U Srbiji se smatralo da je pravo srpskog kralja da raspusti Narodnu skupštinu jedno od tradicionalnih ovlašćenja monarha koje ne treba dovoditi u sumnju. Međutim, pravo predsednika republike u Francuskoj da raspusti Dom poslanika izazivalo je brojne kontroverze. Protivnici ovog prava isticali su da ono nije imanentno republikanskem obliku vladavine. U njemu je jedino zakonodavno telo autentična emanacija principa demokratije i narodne suverenosti. Pristalice ukidanja ovog ovlašćenja predsednika republike ukazivale su i na mogućnost da njegova upotreba ugrozi primenu principa podele vlasti bez kojeg nema ni slobode, ni ustavnosti.

Pored ovih teorijskih argumenata postojali su i praktični razlozi zbog kojih je mogućnost raspuštanja Doma poslanika iskorишćena samo jednom u toku 65 godina postojanja Treće republike. Davanjem saglasnosti predsedniku republike da raspusti predstavnički dom Senat neminovno dolazi u sukob sa predstavničkim telom. On dajući saglasnost prečutno pokazuje da sumnja u to da Dom poslanika odražava volju nacije, kao i da se njegovo mišljenje u konkretnom pitanju koje je povod za raspuštanje razlikuje od mišljenja drugog doma zakonodavnog tela. Istovremeno, Senat traži da biračko telo na neposrednim izborima njegov stav podrži. Ukoliko bi novoizabrani Dom poslanika bio istog političkog sastava i raspoloženja kao i raspušteni, onda nastaje situacija u kojoj postoje dva doma istog zakonodavnog tela koja bi trebala da budu predstavnici istog suverenog naroda, odnosno iste volje, a pri tom se sami međusobno razlikuju. Naravno, realna i logična konsekvenca je da onaj od njih koji je tek ponikao iz izbora i to neposrednih, odražava pravo raspoloženje nacije. Imajući u vidu mogućnost da bude politički diskreditovan pred biračkim telom Senat je bio krajnje suzdržan u davanju saglasnosti za raspuštanje predstavničkog doma, te je i zbog toga ova ustavna mogućnost prestala da se koristi.¹⁶

¹⁵ S. Sokol, nav. delo, str. 413 – 414.

¹⁶ Š. Kurtović, nav. delo, str. 168 – 172. Problemom raspuštanja predstavničkog tela u Francuskoj Trećoj republici na prostoru srpsko – hrvatskog govornog područja najviše se bavio Š. Kurtović. Tom pitanju su posvetili pažnju i brojni francuski pravni teoretičari. Ovom prilikom pomenućemo samo neke od njih: J. Barthélemy, *Introduction du régime parlementaire en France*, Paris 1904; A. Esmein, *Elements de droit constitutionnel français et comparé*, Paris 1927; L. Duguit, *Droit constitutionnel*, Paris 1928; A. Zévaès,

* *
*

Poređenjem odredaba oba ustavna dokumenta o prirodi mandata i širini imuniteta poslanika i senatora, nedvosmisleno se nameće zaključak da su izabrani predstavnici prema ustavu Srbije od 1901. uživali daleko veću slobodu u obavljanju svojih parlamentarnih dužnosti. Slobodan mandat kao i sloboda govora i zabrana hapšenja članova domova efikasno su sprečavali opstrukcije rada parlamenta od strane izvršne i sudske vlasti. Zahvaljujući nepostojanju zabrane dodele imperativnog (vezanog) mandata članovima Narodnog predstavništva u Francuskoj Trećoj republici stvorena je mogućnost pritiska birača na izabrane predstavnike i samim tim ugrožena nezavisnost predstavničkog tela. Nemogućnost raspuštanja Senata predviđena u oba ustavna akta činila ga je stabilnijim činiocem u zakonodavstvu u odnosu na opštepredstavnički dom. Međutim, kada se nakon 1877. godine izobičajilo raspuštanje Doma poslanika u Francuskoj Trećoj republici položaj njegovih članova se u znatnoj meri približio položaju senatora. Jedini kontrolor rada doma postalo je biračko telo koje na neposrednim izborima odlučuje kome će ukazati poverenje i da li će poslanike kojima je istekao mandat ponovo izabrati. Na ovaj način položaj članova Doma poslanika ojačan je ne samo u odnosu na članove Senata, već naročito u odnosu na poslanike Narodne skupštine u Srbiji. Pravo monarha da raspusti opštepredstavničko telo u Srbiji je smatrano njegovim tradicionalnim ovlašćenjem koje mu se nije moglo uskratiti.

Histoire de la Troisième République, Paris 1938; A. Soulier, *L'instabilité ministerielle sous la Troisième République*, Paris 1939; M. Prelot, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Dalloz, Paris 1957; M. Duverger, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris 1965.

*Maša Kulauzov, L.L. M., Assistant
Novi Sad Faculty of Law*

**Position of Members of National Representative Body
according to the Constitution of the Kingdom of Serbia
of 1901 and the Constitution of French Third Republic
of 1875
(Constitution de la IIIe République)**

Abstract

In this paper provisions of the Constitution of the Kingdom of Serbia of 1901 and the Constitution of French Third Republic of 1875 concerning the nature of mandate and immunity of members of legislative body, as well as a possibility of dissolution of National Assembly were presented. Those articles are of great importance to stability of position of members of parliament and to independence of National Representative Body.

Comparing the provisions of both constitutional documents we could notice that members of legislative body in Serbia enjoyed greater autonomy in performing their parliamentary duties. On the other hand, as dissolution of National Assembly (*Chambre des députés*) in French Third Republic was since 1877 ceased as a custom, position of its members was significantly strengthened.

*Mr Samir Aličić, asistent-pripravnik
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

BONORUM POSSESSIO SECUNDUM TABULAS U GAJEVIM INSTITUCIJAMA: FORMA ILI NAČIN KONVALIDACIJE TESTAMENTA?

Sažetak: *Institut bonorum possessio secundum tabulas Gaj ne shvata kao nasleđivanje po osnovu testamenta sačinjenog u formi koju propisuje pretorsko pravo, budući da je tek nekoliko godina pre objavljanja Institucija doneta konstitucija imperatora Antonina Pija kojom je nasleđivanje po pretorskem pravu steklo prednost nad nasleđivanjem po civilnom pravu. Bonorum possessio secundum tabulas se u Institucijama javlja samo kao naknadno osnaženje nevažećeg testamenta per aes et libram, pri čemu Gaj u prvom redu ima u vidu testamente nevažeće zbog nedostatka forme. Osnaženje se ostvaruje u skladu sa pretpostavljenom voljom testatora, pri čemu se postižu efekti slični, ali ne i identični onima koje bi posao imao da je bio ab initio validan. Osnaženje ne nastupa ipso iure, nego po zahtevu zainteresovanog lica i odlukom pretora. Posao ostaje nevažeći po civilnom pravu jer se njegova „konvalidacija“ ostvaruje u okviru drugog pravnog sistema-pretorskog prava.*

Ključne reči: *bonorum possessio secundum tabulas, testament, konvalidacija, forma, Gajeve Institucije, rimske pravne sisteme*

1. Uvod

Jedan od opštih principa rimskog prava je da pravni posao koji je ništav zato što od početka ima neki nedostatak ne može biti osnažen sašim protekom vremena. Ovaj princip formulisan je i kao regula:

D.50.17.29 Paul iz osme knjige o Sabinu: *Ono što od početka ima nedostatak, ne može se protekom vremena osnažiti.*¹

Takođe, u rimskom pravu je važio princip da nije moguće da se pravni posao koji je od početka ništav osnaži na osnovu ma kakve činjenice koja bi kasnije nastupila. Ovo znači ne samo da posao ne može postati važeći samim protokom vremena, nego se ne može osnažiti ni na osnovu promenjenih okolnosti. Taj princip je formulisan već u čuvenoj reguli Katona Mlađeg koja kaže da će legat koji je nevažeći u momentu sastavljanja testamenta ostati nevažeći, ma u kojem momentu da je testator umro.² Isti princip je važio i za druge pravne poslove, a ponavljaju ga u svojim regulama i pravnici klasičnog perioda.³ Ovo se odnosi, između ostalog, i na pravne poslove koji imaju neki formalni nedostatak, budući da su oni nevažeći od samog početka.

Međutim, u klasičnom periodu postoje veoma brojni izuzeci od ovih pravila. Tumačenjima pravnika, senatskim odlukama i konstitucijama imperatora su pronađeni različiti načini da posao koji je nevažeći ipak proizvede iste ili bar slične efekte na planu civilnog prava kao da je pravilno zaključen. Zbog toga nije nikakvo čudo što Celz za čuvenu Katonijanu kaže da *u ponečem nije istinita (in quibusquam falsa est - D.34.7.1.pr.)*.

Još je značajnija aktivnost pretora na ovom planu, posebno u pogledu sanacije nedostatka forme. Obeležje pretorskog prava uopšte je da je manje formalizovano od *ius civile*-a. U većem broju slučajeva pretor pruža pravnu zaštitu u situaciji kad je stranka napravila grešku u proceduri zaključenja posla koju predviđa *ius civile*, pa čak i onda kada je propisana forma sasvim izostala. Tada posao ne bi proizveo nikakve efekte po *ius civile*-u. Međutim, pretor omogućava da se ovakvi poslovi održe na snazi ako su ispunjene neke druge formalnosti, po pravilu manje nego one koje zahteva *ius civile*. Ovakvi poslovi će po pretorskom pravu proizvesti ako ne iste, ono makar slične efekte onima koje bi proizveli da su bili zaključeni na način propisan pravilima civilnog prava. Međutim, stare forme *ius civile*-a nisu ukinute, samo su pored njih uvedene nove. Rimljani nisu osećali potrebu da zastarela pravila civilnog prava zamene

¹ D.50.17.29 Paulus libro octavo ad Sabinum: *Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.*

² D.34.7.1.pr. Celsus libro trigesimo quinto digestorum: *Catoniana regula sic definit, quod, si testamenti facit tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum quendcum que decesserit, non valere. Quae definitio in quibusquam falsa est.*

³ Npr: D.50.17.210 Licinnius Rufinus libro secundo regularum: *Quae ab initio inutilis fuit institutio, ex postfacto convalescere non potest.*

novim, već su stvarali nova pravila pretorskog prava kojima je stari sistem derogiran, i primenjivao se u onim situacijama kad se stranke nisu pozivale na norme pretorskog prava. U skladu s tim, poštovanje formi *ius civile*-a je i dalje uslov da bi pravni posao važio po civilnom pravu, ali ne znači da pravni posao u kome su propisane formalnosti izostavljene neće proizvesti nikakav pravni efekat. Jedino u slučaju da ne ispunjava ni uslove koje zahteva pretor, posao će biti potpuno nevažeći.

Nove forme su bile posledica zahteva razvijene tržišne privrede kasnog pretklasičnog i klasičnog razdoblja. Ipak, postojali su i drugi razlozi. Na primer, razlog za olakšavanje postupka za oslobođanje robova je verovatno bio posledica primene principa *favor libertatis*.

Iako su stare forme gubile trku sa novima, one su se ipak održavale. Ne samo zbog *reverentia antiquitatis*, nego i zbog toga što su pravni efekti posla zaključenog na način koji propisuje pretor bili po pravilu slabiji nego efekti posla zaključenog u civilnoj formi. Tako, rob oslobođen u formama koje predviđa *ius civile* postaje rimski građanin, a ako je oslobođen po pretorskom pravu, postaje Latin.

Iako su pretorske inovacije postepeno „erodirale“ civilne forme, što je na kraju rezultiralo njihovim nestajanjem, može se postaviti pitanje da li je to bila njihova prvobitna namera? Naime, ponekad se može uočiti da je namera pretora bila ne da propiše nove forme, kojima će biti zamenjene postojeće civilne, već samo da omogući da pravni posao koji je stranka pokušala da zaključi u formi koju propisuje civilno pravno, pa u tome nije uspela zbog neke greške u proceduri zaključenja, proizvede dejstvo. U ovakvim slučajevima se pre radi o intenciji pretora da ne dopusti da pravni posao ostane bez ikakvog dejstva zbog neke sitne greške u proceduri zaključenja, nego da stare forme sasvim ukine i zameni ih novima.

U vezi sa ovim, može se postaviti pitanje kako su pravnici u klasično doba, kada su stare i nove forme egzistirale uporedo, shvatali pretorske inovacije? Da li su smatrali da se radi o alternativnim formama ili o osnaženju poslova koji imaju pravni nedostatak?

Jedno od najinteresantnijih pitanja je pitanje testamenta. U ovom radu bavićemo se institutom *bonorum possessio secundum tabulas* u Gajevim Institucijama. Pokušaćemo da damo odgovor na pitanje da li je Gaj smatrao da se u slučaju primene ovog instituta radi o nasleđivanju po osnovu testamenta sačinjenog u formi koju propisuje pretorsko pravo, ili o osnaženju testamenta u slučaju nedostatka forme koju propisuje civilno pravo? Takođe, nastojaćemo da odgovorimo na pitanje kako je Gaj shvatao pravnu prirodu sukcesije po osnovu *bonorum possessio secundum tabulas*, i u čemu je razlika u pravnim posledicama u odnosu na nasleđivanje po civilnom testamentu?

2. Vladajuće teorije

Problem „pretorskog testamenta“ već duže vreme zaokuplja pažnju romanista, a bio je osnova za brojne debate. Najkraće rečeno, postoje dva osnovna pristupa ovom problemu. Evo tih teorija sa njihovom osnovnom argumentacijom.

Po tradicionalnom stanovištu, pretorski testament⁴ je u klasično doba potpuno autonomna forma testamenta, koja se kao takva suprotstavlja civilnom testamentu, tj. testamentu *per aes et libram*. Pretorski testament je posebna forma testamenta, i oni koji prave ovakav testament po pravilu nemaju ni nameru da on važi po *ius civile*-u. Uslovi forme koji su propisani za njegovu važnost nisu minimum forme testamenta *per aes et libram*, nego su sasvim drugačiji. Pretorsko pravo zahteva da testament bude sačinjen u pisanoj formi i da bude overen pečatima sedam svedoka. Pristalice ovog stanovišta uglavnom polaze od pretpostavke da *tabulae signatae* nemaju značaj *ad substantiam* kod testamenta *per aes et libram*, nego samo *ad probationem*, dok su za pretorski testament *conditio sine qua non* postojanja posla.⁵

Po novijoj teoriji, „pretorski testament“ kao posebna pravna figura u klasičnom pravu ne postoji. Razlikovanje između civilnog i pretorskog testamenta kao dve autonomne forme testamenta nastalo je u postklasično doba, od kada vodi poreklo i adekvatna terminologija. Klasični pravnici nisu nikada govorili o dva testamenta, pretorskom i civilnom, nego uvek i samo o testamentu, koji, zavisno od okolnosti, važi ili *iure civili* ili *iure praetorio*. No prava forma testamenta je u svesti pravnika klasičnog perioda bila samo forma *per aes et libram*. Rimljani ovog doba testirali su samo u formi predviđenoj civilnim pravom i nikome nije padalo na pamet da sačini testament u pisanoj formi bez mancipacije i nunkupacije. *Bonorum possessio secundum tabulas* predstavlja samo osnaženje testamenta koji ne važi po *ius civile*-u.⁶

3. Terminologija

Pre nego što se pozabavimo detaljnije gore navedenim teorijama i njihovom argumentacijom, moramo da pomenemo jednu činjenicu oko

⁴ Zagovornici ove teorije pišu *pretorski testament* bez navodnika.

⁵ Od novijih dela u kojima se brani ovakvo stanovište vidi npr. P. Voci: *Testamento praetorio*, Labeo 13/3, Napoli 1967., str. 319- 347.

⁶ Npr., Amelotti, M.: *Le forme classiche di testamento I, Lezioni di Diritto romano raccolte da Remo Martini*, Torino, str 1. i dalje.; G. G. Archi: *Testamentum civile, testamentum praetorium*, Scritti di Diritto romano, Volume II Studi di diritto privato, 2., Milano 1981., str. 770-808.

koje u današnjoj nauci nema ni najmanjeg spora. U klasičnim tekstovima nikad se ne sreće izraz *testamentum praetorium*. Antinomija *testamentum civile-testamentum praetorium* karakteristična je za postklasično pravo i nije starija od kraja trećeg i početka četvrtog veka nove ere.⁷ Budući da je izraz „pretorski testament“ uobičajen u romanistici, može se koristiti, ali bi bilo bolje da se, bar kada se radi o klasičnom periodu, stavlja u navodnike. Istini za volju, u klasičnim tekstovima ne sreće se ni izraz *testamentum civile*. U izvorima se govori samo o testamentu, koji *valet iure civili* ili *valet iure praetorio*.

Ali, dok imamo izraz *testamentum per aes et libram*, koji je nesumnjivo tehnički termin za testament u formi koju predviđa civilno pravo, ne postoji adekvatan izraz za testament po pretorskem pravu.⁸ Jedini pravi tehnički izraz za ovaj institut je *bonorum possessio secundum tabulas*. A on nikako ne ukazuje da su ga klasičari shvatili kao posebnu formu testamenta.

4. „Pretorski testament“ u praksi klasičnog perioda

Pored toga što u klasičnom pravnom rečniku nema adekvatnog izraza za „testament u formi koju propisuje pretorsko pravo“, argument u prilog činjenici da Rimljani u klasičnom periodu ne smatraju *pretorski testament* za posebnu formu testamenta je to što u sačuvanim testamentima rimskih građana iz klasičnog perioda redovno postoji konstatacija da su izvršene mancipacija i nunkupacija, dakle sačuvani rimski testamenti do prvih decenija trećeg veka su uvek *per aes et libram*.⁹ Drugo je pitanje

⁷ Za upotrebu ovih izraza u rimskom pravu vidi posebno: Archi, *op. cit.* Vidi i Amelotti, *op. cit.*, str. 5.; Albanese, B.: *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo 1982., str. 128.; Biondi, B.: *Successione testamentaria. Donazioni*, Milano 1943., str. 50-55.

⁸ Neke izraze pojedini autori predlažu kao moguće rimske pravnotehničke izraze za tzv. *pretorski testament*, ali ni jedan od tih izraza u klasičnim rimskim tekstovima nema precizno pravnotehničko značenje. To što se u izvorima govori o *testamentum iure honorario* (Albanese, *op. cit.*, str. 128.) ili čak o *testamentum utroque iure perfectum* (Voci, *op. cit.*, str. 329-330.) kazuje samo da se testament vrednuje po tome da li važi po pretorskem ili po civilnom pravu. No to ne kazuje da je testament koji važi *iure praetorio* za Rimljane testament sačinjen *u formi koju predviđa pretorsko pravo*. Naprotiv, radi se o testametu *per aes et libram* koji zbog greške u formi ili nekog drugog razloga ne ispunjava uslove potrebne da bi važio po civilnom pravu, ali ispunjava uslove koje zahteva pretor. Isto tako, termin *tabulae signatae* koji predlaže Voci (Voci, *op. cit.*) nije ekskluzivni naziv za nekakvu formu testamentarnog propisanu od pretora. U stvari se misli na *tabulae* koje su sačinjavane uz testament *per aes et libram*. Radi ilustracije, podsetimo da se u izvorima govori o *bonorum possessio secundum tabulas*, ali isto tako i o *bonorum possessio contra tabulas*. Očigledno je da se u oba slučaja misli na tablice civilnog testamenta.

⁹ Amelotti, *op. cit.*, str. 214.

da li su ove formalnosti zaista i poštovane ili se radilo samo o stilskoj klauzuli u ostaviočevoj izjavi zapisanoj na tablicama testamenta. Ono što je važno jeste da su rimski građani smatrali da testament nije moguće sačiniti bez njih. Testament u čisto pisanoj formi uz pečate svedoka srećemo samo kod peregrina u istočnim provincijama, a kod rimskih građana tek nakon *Constitutio Antoniniana* i priliva provincijalaca sa Istoka u njihove redove. I tek tada se počinje govoriti o civilnom i pretorskom testamentu. Do danas nije razjašnjeno šta je ova antinomija, koja se provlači kroz skoro čitavo postklasično doba, tačno značila.¹⁰

5. Uslovi za važenje testamenta po pretorskem pravu

Forma tzv. "pretorskog testamenta" je u stvari uprošćena forma testamenta *per aes et libram in scripta redactum* u obliku u kome se on najčešće javlja u praksi klasičnog perioda. U sedam pečata svedoka nije teško prepoznati pečate *familiae emptor-a*, *libripens-a* i petorice *testes* koji su prisustvovali mancipaciji i nunkupaciji koja joj je sledila.¹¹ Po Gaju se i *libripens* računa u svedoke:

2.107 *Za libripensa smatrano da važi sve ono što je rečeno za svedoke; jer i on se ubraja u svedoke.*¹²

Nema razloga da se sumnja da je svedočenje o autentičnosti ostaviočeve volje smatrano za osnovnu dužnost i *familiae emptor-a*. Treba napomenuti da pečaćenje tablica po *ius civile*-u nije bilo neophodno za punovažnost testamenta, ali je bilo toliko uobičajeno, da je na kraju *de facto* postalo i osnovna dužnost svedoka.

6. Područje primene instituta *bonorum possessio secundum tabulas* u Gajevim Institutijama

U izvorima se *bonorum possessio secundum tabulas* pominje samo vezano za slučaj kada je stranka pokušala da sačini testament *per aes et libram*, pa on iz nekog razloga ne bude važeći po *ius civile*-u. I samo u tom slučaju se raspravlja da li testament eventualno važi po pretorskem pravu. Da vidimo šta o tome kažu Gajeve Institutije.

¹⁰ Archi, *op. cit.*, str. 771-808, Talamanca, M.: *Istituzioni di Diritto romano*, Milano 1990., str. 723, Biondi, *op. cit.*, str. 52-55.

¹¹ Albanese, *op. cit.*, str. 128.

¹² 2.107. *De libripende eadem, quae et de testibus, dicta esse intellegemus: nam et is testium numero est.*

U paragrafima 2.119-122 Gaj ukratko izlaže režim *bonorum possesio secundum tabulas*. Upadljivo je da o ovom institutu govori nakon što je objasnio koji su uslovi potrebni za punovažnost testamenta *per aes et libram*. Iz početka paragrafa 119 deluje kao da Gaj saopštava da pretor propisuje posebnu formu testamenta:

2.119 Pretor pak, ako je testament zapečaćen pečatima sedam svedoka, upisanim naslednicima daje bonorum possessio na osnovu tablica testamenta¹³

Ali nastavak teksta pokazuje da nije tako:

2.219 i ako ne bude nikog kome bi zaostavština intestatski pripala po zakonu, kao što je brat rođen od istog oca ili stric ili brat od strica, tada naslednici upisani (u testament) mogu zadržati zaostavštinu. A isto se pravilo primeњuje i kada testament ne važi iz nekog drugog razloga, kao u slučaju kada nije obavljena (formalna) prodaja imovine ili kada testator nije izgovorio reči svećane izjave.¹⁴

Pored toga što Gaj govori o *bonorum possessio secundum tabulas* samo u slučaju da testament *per aes et libram* ne važi *iure civili*, iz navedenog teksta se može uočiti još nešto. Autor Institucija saopštava da je *bonorum possessor* mogao zadržati zaostavštinu po pretorskom pravu samo ako nema naslednika po civilnom pravu, ni testamentarnih ni intestatskih. U protivnom, imao je samo *bonorum possessio sine re*. To znači da mu je državina dobara mogla biti oduzeta ako bi bilo ko polagao pravo na zaostavštinu po civilnom pravu.

Isto možemo uočiti i u sledećem tekstu:

2.148 Oni pak koji na osnovu tablica testamenta, koje ili od početka nisu sačinjene u skladu sa pravom, ili su sačinjene u skladu sa pravom pa posle toga bile ponишtenе ili obesnažene, dobijaju državinu dobara, ako mogu da dobiju zaostavštinu, imaće državinu dobara "sa stvari" (cum re), a ako im zaostavština može biti oduzeta, imaće državinu dobara "bez stvari" (sine re).¹⁵

2.149 Jer ako je neko imenovan za naslednika po civilnom pravu bilo prvim bilo kasnjim testamentom, ili ako bude bio zakonski intestatski naslednik, on

¹³ *2.219 Praetor tamen, si septem signis testium signatum sit testamentum, scriptis heredibus secundum tabulas testamenti bonorum possessionem pollicetur,*

¹⁴ *2.119 et si nemo sit, ad quem ab intestato iure legitimo pertineat hereditas, uelut frater eodem patre natus aut patruus aut fratrī filius, ita poterunt scripti heredes retinere hereditatem: nam idem iuris est et si alia ex causa testamentum non ualeat, uelut quod familia non uenierit aut nuncupationis uerba testator locutus non sit.*

¹⁵ *2.148 Qui autem secundum tabulas testamenti, quae aut statim ab initio non iure factae sunt aut iure factae postea ruptae uel irritae erunt, bonorum possessionem accipiunt, si modo possunt hereditatem optinere, habebunt bonorum possessionem cum re; si uero ab his auocari hereditas potest, habebunt bonorum possessionem sine re.*

*može od njih da zahteva zaostavštinu; a ako niko ne bude naslednik po civilnom pravu, mogu sami da zadrže zaostavštinu, i prema njima kognati nemaju nikakvo pravo, jer im nedostaje osnov po civilnom pravu.*¹⁶

Institut *bonorum possessio sine re* poznat je u još nekim slučajevima. U slučaju da dođe do intestatskog nasleđivanja po civilnom pravu naslednici iz daljih naslednih redova imaju pravo da traže od pretora zaostavštinu, ali im se dodeljuje državina *bez stvari*:

*3.35 Pored toga, ponekad se državina dobara daje tako, da onaj, kome je data, ne poseduje zaostavštinu; za koju državinu dobara se kaže da je bez stvari. 3.36 Jer ukoliko primera radi naslednik imenovan u testamentu koji je sačinjen u skladu sa pravom svečano primi nasleđe, ali neće da zahteva državinu dobara po osnovu tablica testamenta, zadovoljan time što je postao naslednik po civilnom pravu, ništa manje onaj, koji biva pozvan na nasleđe kada nije napravljen testament, nema pravo da zahteva državinu dobara; ali njemu pripada (državina) bez stvari, jer naslednik imenovan u testamentu može da traži zaostavštinu svojinskom tužbom. 3.37 Isto je pravo, ukoliko neko umre bez testamenta, pa njegov naslednik (suis heres) neće da zahteva državinu dobara, zadovoljan pravom po osnovu zakona (XII tablica). Razume se (?) agnatu svakako pripada državina dobara, ali bez stvari, budući da suis heres može zahtevati zaostavštinu svojinskom tužbom. I u skladu s tim, ako agnatu pripadne nasleđe po civilnom pravu i ako on prihvati nasleđe, ali neće da zahteva državinu dobara, i kognat zahteva (državinu dobara), imaće (kognat) državinu dobara bez stvari iz istog razloga. 3.38 Postoje i drugi slični slučajevi, od kojih smo neke izložili u prethodnoj knjizi.*¹⁷

Na osnovu ovog teksta se može zaključiti da u slučaju intestatskog nasleđivanja civilni nasledni red ima prednost nad pretorskim. Kako smo videli, i nasleđivanje po osnovu nevažećeg testamenta moguće je samo

¹⁶ 2.149. *Nam si quis heres iure ciuli institutus sit uel ex primo uel ex posteriore testamento uel ab intestato iure legitimo heres sit, is potest ab iis hereditatem auocare; si uero nemo sit alius iure ciuli heres, ipsi retinere hereditatem possunt, nec ullum ius aduersus eos habent cognati, qui legitimo iure deficitur.*

¹⁷ 3.35 *Ceterum saepe quibusdam ita datur bonorum possessio, ut is, cui data sit, non optineat hereditatem; quae bonorum possessio dicitur sine re. 3.36. Nam si uerbi gratia iure facto testamento heres institutus creuerit hereditatem, sed bonorum possessio nem secundum tabulas testamenti petere noluerit, contentus eo, quod iure ciuli heres sit, nihil minus ii, qui nullo facto testamento ad intestato bona uocantur, possunt petere bonorum possessionem; sed sine re ad eos [hereditas] pertinet, cum testamento scriptus heres euincere hereditatem possit. 3.37. Idem iuris est, si intestato aliquo mortuo suis heres noluerit petere bonorum possessionem, contentus legitimo iure. Scilicet (?) agnato competit quidem bonorum possessio, sed sine re, quia euinci hereditas a suo herede potest, et illud conuenienter dicetur: si ad agnatum iure ciuli pertinet hereditas et is adierit hereditatem, sed bonorum possessionem petere noluerit, et si quis ex proximis cognatis petierit, sine re habebit bonorum possessionem propter eandem rationem. 3.38. Sunt et alii quidam similes casus, quorum aliquos superiore commentario tradidimus.*

ukoliko nema naslednika po civilnom pravu. Međutim, na osnovu sledećih Gajevih tekstova možemo da zaključimo da je na osnovu jedne konstitucije Antonina Pija, o kojoj inače ne znamo ništa podrobnije, *bonorum possessor* mogao da odbije zahtev naslednika po civilnom pravu putem prigovora prevare i da zadrži zaostavštinu (*bonorum possessio cum re*):

2.120 *Ali, da vidimo da li i preživeli brat ili stric imaju prednost nad upisanim naslednicima. Naime, reskriptom imperatora Antonina ustanovljeno je da oni, koji bi zahtevali državinu dobara na osnovu tablica testamenta koji nije sačinjen u skladu sa pravom (testamenti non iure factas) mogu da se odbrane putem prigovora prevare od onih koji zahtevaju zaostavštinu intestatski.*¹⁸

2. 149a Nekada, ipak, kao što smo gore istakli, upisani naslednici imaju prednost u odnosu na one po osnovu zakona (tj. po civilnom pravu), kao što je slučaj kad testament nije valjan zato što testator nije izvršio formalnu prodaju porodične imovine ili zato što nije izgovorio reči svećane izjave: jer ukoliko agnati budu zahtevali nasleđe, mogu ih (imenovani naslednici) odbiti prigovorom prevare na osnovu konstitucije imperatora Antonina.¹⁹

Dakle, pošto se smatra da su Institucije napisane krajem vladavine Antonina Pija, onda je jasno da je tek malo pre njihovog objavlјivanja omogućeno da *bonorum possessor secundum tabulas* zadrži zaostavštinu. Ako se uzme da je „pretorski testament“ nastao verovatno oko sredine prvog veka pre nove ere, onda je jasno da se ovaj institut u toku prva dva veka svog postojanja primenjivao samo u slučaju da nema ni jednog naslednika po civilnom pravu!²⁰ Eto još jednog „klina u kovčeg“ teoriji o

¹⁸ 2.120 *Sed uideamus, an etiam si frater aut patruus extent, potiores scriptis heredibus habeantur; rescripto enim imperatoris Antonini significatur eos, qui secundum tabulas testamenti non iure factas bonorum possessionem petierint, posse aduersus eos, qui ab intestato vindicant hereditatem, defendere se per exceptionem doli mali.*

¹⁹ 2.149a *Aliquando tamen, sicut supra quoque notauiimus, etiam legitimis quoque heredibus potiores scripti habentur, ueluti si ideo non iure factum sit testamentum, quod familia non uenierit aut nuncupationis uerba testator locutus non sit: nam cum agnati petunt hereditatem, per exceptionem doli mali ex constitutione imperatoris Antonini summoveri possunt.*

²⁰ Ranije su neki autori tvrdili da je navedena konstitucija Antonina Pija samo učvrstila pretorski sistem nasleđivanja tako što je *bonorum possessor*-u na raspolaganje dat *exceptio doli* kako bi odbio *hereditatis petitio* naslednika, ali su, prema ovim autorima, i ranije postojala neka sredstva zaštite propisana od strane pretora po osnovu kojih je *bonorum possessor* mogao odbiti zahtev naslednika i zadržati zaostavštinu. (Npr. P. Bonfante: *Corso di Diritto romano, Volume sesto, Le successioni, Parte generale*, Milano 1974., str. 517.) Ovo stanovište je uglavnom posledica toga što romanisti dugo nisu želeli da prihvate kao istinito da jedan naizgled tako važan institut, *bonorum possessio secundum tabulas*, u stvari u rimskom pravu nije imao veći značaj sve do pred kraj klasičnog perioda. Međutim, o fantomskim *pretorskim sredstvima* kojima bi *bonorum possessor* mogao da odbije zahtev naslednika po civilnom pravu u izvorima nema nikakvih podataka. Naprotiv, izvori govore samo o *exceptio doli* kao sredstvu kojim

„pretorskem testamentu“. Jer, ko bi bio toliko neoprezan da pravi testament u „formi pretorskog prava“, odnosno u vidu pisanih akta sa pečatima sedam svedoka, bez mancipacije i nunkupacije, kad takav testament može da bude nevažeći ako postoji makar jedan naslednik (testamentarni ili intestatski) po *ius civile*-u! *Bonorum possessio secundum tabulas* je od strane pretora bila zamišljena ne kao nova forma testamenta, već kao osnaženje nevažećeg testamenta *per aes et libram*, i to samo u slučaju da testator uopšte nema nijednog naslednika po civilnom pravu. Tek od navedene konstitucije Antonina Pija dobio je *pretorski testament* jaču snagu od nasleđivanja po civilnom pravu.

Dakle, sve do nekoliko godina pre izdavanja Institucija, ovaj institut nije imao naročito veliki značaj, budući da je *bonorum possessor* mogao zadržati zaostavštinu samo ako se niko nije pozivao na nasleđe po civilnom pravu. Konstitucija Antonina Pija je značajno proširila primenu ovog instituta. U više situacija *bonorum possessor* sada ima prednost pred naslednicima po civilnom pravu. U prvom redu se ima u vidu situacija kada je propuštena ili pogrešno izvršena neka formalnost. Gaj pominje, primera radi, izostanak pravilnog imenovanja naslednika ili nepravilno izvođenje mancipacije i/ili nunkupacije.²¹

Gaj je obećao da *ćemo videti (videbimus)* da li se ova odluka primenjuje i na testament koji je nevažeći zbog toga što žena nije pribavila saglasnost tutora:

se *bonorum possessor* može odbraniti od zahteva naslednika (pored Institucija, vidi i PS.4.8.1=CO.16.3.1). Zbog toga se danas poklanja više vere Gajevoj tvrdnji da je tek od ponuđene konstitucije Antonina Pija *bonorum possessio secundum tabulas* stekla prednost nad nasleđivanjem po civilnom pravu (npr. Biondi: *op. cit.*, str. 52.).

²¹ 2.219 ...Isto se pravilo primenjuje i kada testament nije punovažan iz nekog drugog razloga, kao u slučaju kada nije obavljena prodaja imovine ili kada testator nije izgovorio reči svećane izjave. 2.221 Jasno je da se ovo primenjuje na testamente muškaraca kao i na žene koje ne sastave punovažan testament, kao, primera radi, kada ne obave formalnu prodaju (*mancipatio familiae*) ili kada ne izgovori reči nunkupacije... 2.149a Nekada, ipak, kao što smo gore istakli, čak i u odnosu na civilne naslednike imaju prednost oni imenovani u (nevažećem) testamentu, kao što je slučaj kad testament nije valjan zato što nije izvršena formalna prodaja porodične imovine (*mancipatio familiae*) ili zato što testator nije izgovorio reči svećane izjave (*nuncupatio*)... (Nedostaje 2 reda.) 2.119. ...nam idem iuris est et si alia ex causa testamentum non ualeat, uelut quod familia non uenierit aut nuncupationis uerba testator locutus non sit. 2.121. Quod sane quidem ad masculorum testamenta pertinere certum est; item ad seminarum, quae ideo non utiliter testatae sunt, quod uerbi gratia familiam non uendiderint aut nuncupationis uerba locutae non sint... 2.149. Nam si quis heres iure ciuili institutus sit uel ex primo uel ex posteriore testamento uel ab intestato iure legitimo heres sit, is potest ab iis hereditatem auocare; si uero nemo sit aliis iure ciuili heres, ipsi retinere hereditatem possunt, nec ullum ius aduersus eos habent cognati, qui legitimo iure deficiuntur.

2.121 Jasno je da se ovo primenjuje na testamente muškaraca; isto tako žena, koje nisu sastavile punovažan testament (*non utiliter testatae sunt*), jer, primera radi, nisu izvršile prodaju porodične imovine, ili nisu izgovorile reči nunkupacije; videćemo da li se ova odluka primenjuje i na testamente žena koji su sastavljeni bez odobrenja tutora.²²

Autor Institucija je na ovo izgleda zaboravio, ili se odgovor nalazio u delu rukopisa koji nije sačuvan. Ipak, iz narednog paragrafa reklo bi se da je odgovor pozitivan.

2.122 Govorimo naime o onim ženama, koje nisu pod zakonskim tutorstvom predaka ili patrona, nego koje imaju neku drugu vrstu tutora, koji i protiv svoje volje mora dati saglasnost. Inače je opšte poznato da roditelj ili patron ne mogu biti izostavljeni u testamentu bez svoje saglasnosti.²³

Ovde se kaže da se ne može osnažiti testament u slučajevima kada žena nije mogla da prinudi tutora na davanje saglasnosti. *A contrario*, možemo da zaključimo da je putem odredaba pretorskog prava i navedene konstitucije mogao da se osnaži testament u slučaju da žena nije prihvila saglasnost tutora, iako ga je mogla prisiliti na davanje saglasnost. Razlog je možda taj što je u ovom slučaju saglasnost tutora smatrana za zahtev forme.

U svakom slučaju, institut *bonorum possessio secundum tabulas* se ne primenjuje kada je testament izgubio pravnu snagu zbog umanjenja statusa testatora:

2.147 Ali, ako je testament obesnažen jer je, primera radi, testator izgubio građanstvo ili isto tako slobodu ili je sebe dao u usvojenje pa je u momentu smrti bio pod vlašću adoptivnog oca, ne može imenovani naslednik tražiti državinu dobara na osnovu *tablica testamenta*.²⁴

Na osnovu svega što smo do sada naveli, možemo da zaključimo da *bonorum possessio secundum tabulas* u Gajevim Institucijama, kao i u klasičnom pravu uopšte, ne predstavlja nasleđivanje po osnovu testamen-

²² 2.121 *Quod sane quidem ad masculorum testamenta pertinere certum est; item ad feminarum, quae ideo non utiliter testatae sunt, quod uerbi gratia familiam non uendiderint aut nuncupationis uerba locutae non sint: an autem et ad ea testamenta feminarum, quae sine tutoris auctoritate fecerint, haec constitutio pertineat, uidebimus.*

²³ 2.122. *Loquimur autem de his scilicet feminis, quae non in legitima parentium aut patronorum tutela sunt, sed [de his] quae alterius generis tutores habent, qui etiam inuiti coguntur auctores fieri. alioquin parentem et patronum sine auctoritate eius facto testamento non summoueri palam est.*

²⁴ 2.147 *nam si ideo inritum factum sit testamentum, quod puta ciuitatem uel etiam libertatem testator amisit aut quia in adoptionem se dedit et mortis tempore in adoptiu patris potestate fuit, non potest scriptus heres secundum tabulas bonorum possessionem petere.*

ta u formi koju predviđa pretorsko pravo, već osnaženje nevažećeg testamenta *per aes et libram*. Osnovna svrha ovog instituta jeste da sanira testament *per aes et libram* koji je *non iure factum*, i to posebno u slučaju nedostatka forme propisane *ius civile*-om.

7. Gajevo shvatanje osnaženja testamenta po pretorskem pravu.

Pošto smo zaključili priču o „pretorskem testamentu“ kao „posebnoj formi testamenta“, ostaje pitanje šta je za Gaja (i druge klasične pravnike) *bonorum possessio secundum tabulas*?

Analizirajmo paragraf 2.147. Na početku se kaže:

2.147 *Nisi ipak potpuno nevažeći oni testamenti koji ili od početka nisu sastavljeni u skladu sa pravom ili su sastavljeni u skladu sa pravom, pa posle obesnaženi ili poništeni.*²⁵

Dakle, po Gaju može se desiti da testament (misli se, naravno na testament *per aes et libram*) koji je nevažeći po *ius civile*-u (odnosno ako je *non iure factum, ruptum ili inritum*) ipak ne bude potpuno bez pravnog dejstva (*non per omnium inutilis*). Jer u tim slučajevima pretor daje državinu dobara po osnovu tablica testamenta:

2.147 *Jer ako su testamenti zapečaćeni pečatima sedam svedoka, može imenovani naslednik da traži (od pretora) državinu dobara na osnovu tablica (possessio bonorum secundum tabulas), ukoliko je preminuli testator bio i Rimjanin i svojevlastan u vreme smrti.*²⁶

Testament koji je nevažeći po *ius civile*-u može da proizvede dejstvo na planu pretorskog prava. Ovakvi testamenti nisu potpuno bez dejstva (*non per omnia inutilia testamenta*).

Prema tome, *bonorum possessio secundum tabulas* za Gaja nije konverzija nevažećeg testamenta *per aes et libram* u nekakav „pretorski testament“, već osnaženje testamenta *per aes et libram* nepunovažnog po civilnom pravu putem primene pravila pretorskog prava. Nigde u Institucijama (a ni u drugim izvorima) se ne kaže da će se u tom slučaju smatrati da je zaključen neki drugi pravni posao. Kaže se da testament koji je *non iure factum, ruptum ili inritum* nije u svemu bez pravnog dejstva, da je

²⁵ 2.147 *Non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta, quae vel ab initio non iure facta sunt vel iure facta postea inrita facta aut rupta sunt.*

²⁶ 2.147 *Nam si septem testium signis signata sint testamenta, potest scriptus heres secundum tabulas bonorum possessionem petere, si modo defunctus testator et ciuis Romanus et sua potestatis mortis tempore fuerit.*

non per omnium inutilis. Dakle, *bonorum possessio secundum tabulas* predstavlja konvalidaciju nevažećeg testamenta putem pravila pretorskog prava.

8. Pravne posledice sukcesije na osnovu *bonorum possessio secundum tabulas* i razlike u odnosu na nasleđivanje po civilnom testamentu.

Ono o čemu najpre treba voditi računa jeste da se osnaženje posla ne ostvaruje u okviru istog pravnog sistema. Testament ostaje nevažeći na planu civilnog prava, ali dobija pravnu snagu na planu pretorskog prava.

Nevažeći testament osnažuje, ali ne proizvodi efekte koje je stranka prvobitno nameravala. Razlika ima više.

Po osnovu pretorskog prava se dodeljuje samo državina dobara na osnovu tablica testamenta, dok se po osnovu civilnog testamenta stiče kviritska svojina. Moguće je da su, analogno rečenom, i neimovinske odredbe testamenta imale slabije dejstvo. Npr. robovi oslobođeni u testamentu koji važi *iure praetorio* verovatno nisu dobijali *civitas* već samo *latinitas*, i sl.

Sledeća razlika je u tome što se na osnovu testamenta koji važi po civilnom pravu nekad po samom pravu (*ipso iure*) stiče svojstvo naslednika, a nekad uz nasledničku izjavu. Sa druge strane, ukoliko se zahtevaju stvari iz zaostavštine u državinu po pretorskom pravu na osnovu tablica testamenta, zainteresovana lica se moraju obratiti pretoru sa zahtevom da im se stvari dodele u državinu. Pretor zatim izdaje dekret kojim se tim licima dodeljuje *bonorum possessio*.²⁷ Dakle, nevažeći testament se naknadno osnažuje, na osnovu zahteva pravno zainteresovanog lica i odlukom magistrata.

Zatim, kako smo videli, sve do perioda Antonina Pija *bonorum possessor* nije mogao stvari zadržati u državini ako je postojao makar i jedan naslednik po civilnom pravu.

Najzad, pošto *tabulae signatae* nisu bile smatrane za pravi testament niti je nasleđivanje po pretorskom pravu shvatano kao nasleđivanje u pravom smislu, testamentom važećim po pretorskom pravu nije se mogao poništiti ranije načinjeni civilni testament.

Sve u svemu, efekti testamenta koji važi po pretorskom pravu su slabiji nego onog koji važi po *ius civile*-u. Zbog toga, Gaj ne smatra da je

²⁷ Tek u Justinijanovom pravu lica koja se pozivaju na nasleđe po pretorskom pravu postaju sukcesori *ipso iure*, jer tek tada je prestalo biti neophodno da magistrat izdaje *decretem* kojim im dodeljuje državinu dobara. Bonfante: *op. cit.*, str. 517-518.

sukcesija po osnovu pretorskog prava nasleđivanje u pravom smislu, niti se sukcesori kojima pretor dodeljuje državinu dobara mogu zvati naslednicima.

Evo jednog teksta našega Gaja koji izražava suštinu njegovog shvatanja nasleđivanja po pretorskom pravu:

3.32 Lica pak koja pretor poziva na nasleđe ne postaju naslednici po samom pravu, jer pretor ne može nekoga učiniti naslednikom. Putem zakona, nai-me, ili sličnog opštег akta, kao što je senatska odluka ili princepsova konstitucija, postaju naslednici. Ali, kada im pretor dodeli državinu dobara (bonorum possessio), dobijaju položaj naslednika.²⁸

Dakle, lica koja dobiju stvari iz zaostavštine u državinu na osnovu odluke pretora za Gaja nisu naslednici. Segment Gajeve rečenice iz navedenog paragrafa *praetor heredes facere non potest* kasnije je postao poznat kao pravna maksima.

Ali, testamentom *qui valet iure praetorio* se ipak postižu slični, mada ne identični, efekti onima koje bi testament imao da važi po *ius civile* u. U pitanju su efekti koje bi i testator verovatno želeo, i pretorska konvalidacija nevažećeg testamenta je bila usmerena na to da se ispoštuje *voluntas testatora*. Zato Gaj kaže da lica koja dobijaju stvari iz zaostavštine u državini imaju *loco heredum*, što znači da se nalaze u praktično istom pravnom položaju kao da su naslednici po civilnom pravu.

9. Zaključak

Institut *bonorum possessio secundum tabulas* Gaj ne shvata kao nasleđivanje po osnovu testamenta sačinjenog u formi koju propisuje pretorsko pravo, nego kao naknadno osnaženje nevažećeg testamenta *per aes et libram*, pri čemu u prvom redu ima u vidu testamente nevažeće zbog nedostatka forme.

Tome u prilog govori pre svega Gajeve terminologija, odnosno nepostojanje pravnotehničkog izraza za „formu testamenta po pretorskom pravu“, za razliku od civilne forme za koju se koristi izraz *per aes et libram*. Zatim, uslovi koje pretor zahteva da bi dodelio državinu dobara na osnovu tablica testamenta predstavljaju u stvari uprošćenu formu pisanih civilnog testamenta, u obliku u kome se on javlja u praksi klasičnog

²⁸ 3.32. *Quos autem praetor uocat ad hereditatem, hi heredes ipso quidem iure non fiunt: nam praetor heredes facere non potest; per legem enim tantum uel similem iuris constitutionem heredes fiunt, uelut per senatus consultum et constitutionem principalem: sed cum eis praetor dat bonorum possessionem, loco heredum constituuntur.*

perioda. Položaj lica koja dobijaju državinu na osnovu odluke pretora toliko je različit od položaja univerzalnih sukcesora po civilnom pravu, da ih Gaj ni ne smatra za naslednike u pravom smislu. Područje primene instituta *bonorum possessio secundum tabulas* je od strane pretora bilo postavljeno dosta usko. Nasleđivanje po osnovu pretorskog prava u vreme kada je uspostavljeno nije derogiralo pravila *ius civile*-a, nego je predstavljalo alternativu u slučaju da nema ni jednog naslednika po civilnom pravu. Tek od jedne konstitucije imperatora Antonina Pija nasleđivanje po pretorskem pravu je dobilo prednost nad *ius civile*-om. Kako je ova konstitucija doneta malo pre objavljivanja Institucija, nije bilo dovoljno vremena da testament sačinjen u prisustvu sedam svedoka bez mancipacije i nunkupacije postane prihvaćen u praksi. Svi sačuvani testamenti iz klasičnog perioda su sačinjeni u formi *per aes et libram*. To je razlog zašto Gaj razmatra samo *bonorum possessio* na osnovu tablica nevažećeg civilnog testamenta, a ne pominje testamente koji bi, eventualno, bili namerno sačinjeni na način koji propisuje pretor.

Za testament koji ne važi po civilnom pravu, ali važi po pretorskem, Gaj kaže da nije potpuno nevažeći (*non per omnium inutilis*). Uprkos tome, na osnovu Gajevog izlaganja se zaključuje da on ovu situaciju smatra za naknadno osnaženje nevažećeg posla. Osnaženje ne nastupa *ipso iure*, nego po zahtevu zainteresovanog lica i odlukom pretora. Posebno treba napomenuti da testament ostaje nevažeći po civilnom pravu jer se njegova „konvalidacija“ ostvaruje u okviru drugog pravnog sistema - pretorskog prava, pri čemu se postižu efekti slični, ali ne i identični onima koje bi testament imao kada bi bio validan po civilnom pravu.

*Samir Aličić, LL. M., Assistant
Novi Sad Faculty of Law*

Bonorum possessio secundum tabulas in the institutes of Gaius: a form or a method to validate a will?

Abstract

Gaius do not treat the institute of *bonorum possessio secundum tabulas* as succession based on a will drawn in the form required by the praetorian law, since the Constitution of the Emperor Antoninus Pius had been passed only a couple of years before the Institutes were published, in which the succession under the praetorian law gained advantage over the succession under the civil law. *Bonorum possessio secundum tabulas* appears in the Institutes only as subsequent validation of an invalid will *per aes et libram*, where Gaius refers above all to wills invalid for the reason of the lack of form. Validation is implemented in compliance with the assumed will of testator, where the similar, but not identical effects are achieved with those that the transaction would have had it been valid *ab initio*. Validation does not operate *ipso iure*, but upon request of an interested party and decision of the praetor. The transaction would remain invalid under the civil law, since its “validation” is implemented within another legal system – the praetorian law.

*Mr Atila Dudaš, saradnik u nastavi
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

ODGOVORNOST ZA NESAVESNO VOĐENJE PREGOVORA U PRAVU SRBIJE, PRAVIMA NEKIH REFORMSKIH ZEMALJA I SAVREMENIM PISANIM IZVORIMA LEX MERCATORIA

Sažetak: Autor u predmetnom članku vrši analizu regulative instituta odgovornosti za nesavesno vođenje pregovora u normativnim aktima pojedinih zemalja. Osnovni predmet analize predstavlja regulativa iz čl. 30 Zakona o obligacionim odnosima Republike Srbije, ali je određena pažnja posvećena i regulativi pojedinih reformskih zemalja (Mađarska, Poljska), zatim zemalja koje su nekada bile u sastavu SFRJ, kao i regulativi koju predviđaju dva najznačajnija međunarodna sekundarna izvora ugovornog prava, Principi evropskog ugovornog prava i UNIDROIT Principi međunarodnih trgovinskih ugovora, kao osnovni izvori savremenog pisanog lex mercatoria.

Analiza je pokazala da od nekadašnjih federalnih jedinica SFRJ, sada nezavisnih država, jedino Republika Hrvatska reguliše institut culpa in contrahendo na suštinski drugačiji način u odnosu na Zakon o obligacionim odnosima SFRJ iz 1978. godine. Zakon o obveznim odnosima Republike Hrvatske iz 2005. godine, s jedne strane, odgovornost za nesavesno vođenje pregovora direktno vezuje za povredu načela savesnosti i poštenja, kao general-klaузule (umesto tačnog nabranjanja slučajeva kada postoji odgovornost za culpa in contrahendo), dok s druge strane uvodi jedan poseban slučaj odgovornosti, odgovornost za povredu obaveze čuvanja poverljivih informacija druge strane sa kojom su pregovori (uspešno ili bezuspešno) vođeni. U pitanju su novine koje se čine potpuno razumnim i u skladu su sa Principima evropskog ugovornog prava i UNIDROIT Principima međunarodnih trgovinskih ugovora.

Ključne reči: odgovornost za nesavesno vođenje pregovora, culpa in contrahendo, predugovorna odgovornost

Uvodne napomene

Odgovornost za *culpa in contrahendo* je vrsta odgovornosti za štetu koja nastaje usled vođenja pregovora za zaključenje obligacionih ugovora na način koji je suprotan načelu savesnosti i poštenja. U pitanju je jedan relativno novi institut obligacionog prava koji se na doktrinarnom nivou ubolio tek sredinom XIX veka, u radovima istaknutog nemačkog autora, Rudolfa Jeringa, ko je razradio teoriju o odgovornosti za *culpa in contrahendo*.¹

Cilj predmetne analize je upoređivanje pozitivno-pravne regulative odgovornosti za nesavesno vođenje pregovora za zaključenje obligacionih ugovora u našem pravu sa regulativom istog instituta u drugim reformskim zemljama, pre svega sa propisima zemalja koje su pripadale nekadašnjoj SFRJ, s jedne strane, kao i sa rešenjem ovog pitanja koje nude međunarodni, odnosno komunitarni izvori *lex mercatoria*, kao što su Principi evropskog ugovornog prava i UNIDROIT Principi međunarodnih trgovinskih ugovora.

Pri tome neće biti predmet analize pravna regulativa odgovornosti za nesavesno vođenje pregovora u klasičnim evropskim građanskim zakonodavstvima (kao što su francuski Građanski zakonik iz 1804. godine, austrijski Opšti građanski zakonik iz 1811. godine, nemački Građanski zakonik iz 1896. godine i švajcarski Zakonik o obligacijama iz 1911. godine), odnosno u zemljama *common law* pravnog područja, niti će se prikazati osnovni pravci u pravnoj teoriji u vezi ovog instituta. Ta pitanja će biti predmet jedne druge analize u skorijoj budućnosti.

Odgovornost za nesavesno vođenje pregovora u pravu Republike Srbije

Zakon o obligacionim odnosima u članu 30. reguliše institut odgovornosti za nesavesno vođenje pregovora za zaključenje obligacionih ugovora, koji je ostao u neizmenjenom obliku od dana usvajanja Zakona

¹ Jehring, Rudolf, *Culpa in contrahendo, oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen*, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, 1861, tom I, br. 4, ponovo štampan u Jehring, Gesammelte Aufsätze, 1881, str. 327.

1978. godine.² Zakon stoji na načelnom stanovištu da pregovori ne obavezju i stranke ih mogu prekinuti u svakom momentu.³ Ovo je u skladu sa načelom slobode ugovaranja. Nikakva ugovorna obaveza ne može da proistekne za strane u pregovorima, sve dok ugovor ne bude zaključen. Ipak, Zakon predviđa odgovornost lica koje je započelo i vodilo pregovore bez stvarne namere za zaključenjem ugovora⁴ ili je, pak, stupilo u pregovore sa stvarnom namerom da se ugovor zaključi, ali je od daljeg vođenja pregovora i eventualnog zaključenja ugovora odustalo bez opravdanog razloga.⁵ Prema tome, ako pregovori nisu bili uspešni, tj. nisu rezultirali zaključenjem ugovora, a nijedno od lica u pregovorima nije bilo nesavesno, nikakva obaveza za njih ne nastaje, što proizilazi iz principa da se pregovori u svakom momentu slobodno mogu prekinuti. U takvoj situaciji jedino još ostaje sporno ko će snositi troškove neuspešnih pregovora. Zakon daje odgovor na ovo pitanje, određujući da u nedostatku sporazuma stranaka o snošenju troškova, svaka strana snosi sopstvene troškove, a zajedničke snose na jednakе delove.⁶

Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima profesora Mihaila Konstantinovića⁷, ne računajući zanemarljive stilističke razlike⁸ i odsustvo odredbi o snošenju troškova nastalih tokom i u vezi sa vođenjem pregovora, predviđa gotovo istovetno rešenje pitanja odgovornosti za nesavesno vođenje pregovora kao i Zakon o obligacionim odnosima. Ni prema Skici pregovori ne obavezju i svaka strana ih može prekinuti u svako doba⁹, ali je predviđena odgovornost za vođenje pregovora bez stvarne namere da se zaključi ugovor¹⁰, kao i za odustanak od zaključenja ugovora bez osnovanog razloga.¹¹

Opšte uzanse za promet robom¹² ne sadrže odredbu posvećenu pitanju odgovornosti za nesavesno vođenje pregovora.

² Zakon o obligacionim odnosima, Sl. list SFRJ, br. 29/78, 39/85, 45/89 - odluka USJ i 57/89, Sl. list SRJ, br. 31/93 (u daljem tekstu: ZOO).

³ V. čl. 30. st. 1. ZOO.

⁴ V. čl. 30. st. 2. ZOO.

⁵ V. čl. 30. st. 3. ZOO.

⁶ V. čl. 30. st. 4. ZOO.

⁷ Konstantinović, Mihailo, *Obligacije i ugovori: Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima* (Klasici jugoslovenskog prava), Službeni List SRJ, Beograd, 1996, prvi put objavljena 1969. godine u izdanju Pravnog fakulteta u Beogradu (u daljem tekstu: Skica).

⁸ Skica prof. Konstantinović, pored pregovora, predviđa i pojam pogadanja koje prethodi zaključenju ugovora. V. čl. 6. st. 1. Skice.

⁹ Ibid.

¹⁰ V. čl. 6. st. 2. Skice.

¹¹ V. čl. 6. st. 3. Skice.

¹² Opšte uzanse za promet robom, Sl. List FNRJ, br. 15/54.

Slično, ni Srpski Građanski Zakonik¹³ ne sadrži odredbu o odgovornosti za nesavesno vođenje pregovora, što ni u kom slučaju nije začuđujuće, iz razloga što SGZ spada u red prvih građanskih zakonika u Evropi, donetih u prvoj polovini XIX, kada je teorija o odgovornosti za nesavesno vođenje pregovora još bila u svom začetku.

U ovom pogledu se Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru iz 1888. godine¹⁴ može smatrati naprednjijim zakonikom iz razloga što sadrži odredbu o pregovorima koji prethode zaključenju ugovora. Naime, OIZ samo deklariše princip da iz pregovora ne proističe obligacija, rečima da pogađanja i pripreme koje prethode zaključenju ugovora ne obavezuju nijednu od stranaka izuzev ako zakon nešto drugo ne propiše.¹⁵ Međutim, u samom zakoniku nije propisan nijedan slučaj odgovornosti za nesavesno vođenje pregovora.

Odgovornost za nesavesno vođenje pregovora u pravu Republike Mađarske

Mađarski građanski zakonik¹⁶ (u daljem tekstu: MGZ) ne sadrži eksplicitne odredbe o *culpa in contrahendo*, ali to ne znači da pregovarač neće odgovarati za štetu nastalu usled nesavesnog vođenja pregovora. Naime, kao osnovno načelo građanskog prava, MGZ predviđa dužnost učesnika u građanskopravnom odnosu da u ostvarivanju prava i izvršavanju obaveza postupaju u skladu sa principom savesnosti i poštovanja, uz dužnost međusobne saradnje.¹⁷ Načelo savesti i poštovanja i dužnosti međusobne saradnje je u domenu ugovornog prava dalje konkretnizovano, jer MGZ predviđa da su ugovorne strane prilikom zaključenja ugovora dužne da vode računa o opravdanim interesima druge strane.¹⁸ Isti stav ovog člana posebno ističe da su strane pre zaključenja ugovora dužne da obaveste jednu drugu o svim važnim okolnostima u vezi ugovora koji se namerava zaključiti.¹⁹ Dužnost

¹³ Zakonik Građanski za Knjaževstvo Srbiju od 11. marta 1844. godine.

¹⁴ Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru iz 1888. godine, fototipsko izdanje sa originala iz 1888. godine, Cetinje, Obod-OUR Izdavačka djelatnost, 1980 (u daljem tekstu: OIZ).

¹⁵ V. čl. 495. OIZ-a.

¹⁶ IV Zakon iz 1959. godine o Građanskom zakoniku (1959. évi IV. törvény a Polgári Törvénykönyvről - Ptk) sa docnjim brojnim izmenama i dopunama (samo posle ustavnih promena u Republici Mađarskoj 1989. godine, Građanski zakonik je menjan ili dopunjeno u preko 50 navrata).

¹⁷ V. 4§ (1) MGZ.

¹⁸ V. 205§ (3) MGZ.

¹⁹ Ibid.

međusobnog obaveštavanja nije ništa drugo do konkretizacija opšteg načela dužnosti saradnje pri zasnivanju obligacionih odnosa.

Prema tome, bez obzira na to da MGZ ne sadrži konkretnu odredbu o odgovornosti za nesavesno vođenje pregovora, takva odgovornost postoji i u mađarskom pravu, imajući u vidu spomenuto načelo savesnosti i poštenja i dužnosti saradnje, kao i drugo osnovno načelo MGZ-a, prema kojem sud može da obaveže lice, čije je namerno ponašanje navelo drugo savesno lice na određeno ponašanje, usled čega je bez svoje krivice pretrpele štetu, da ovom drugom tu štetu u potpunosti ili delimično naknadi.²⁰ Očigledno, nesavesno vođenje pregovora (vođenje pregovora bez stvarne namere da se zaključi ugovor ili odustanak od daljeg vođenja pregovora bez opravdanog razloga) ispunjava uslove pozivanja na odgovornost prema navedenom načelu, te će nesavesni pregovarač biti dužan da naknadi štetu savesnom pregovaraču.

Važno je istaći da je proces rekodifikacije mađarskog građanskog zakonika trenutno u toku. Posle dugih pripremnih radova, koji su započeli još 1998. godine, predlog novog MGZ-a je 2006. godine konačno objavljen i dostupan stručnoj javnosti,²¹ koji predviđa donekle drugačiju regulativu u pogledu *culpa in contrahendo*. U prilog potrebe drugačije regulative *culpa in contrahendo* izjašnjavala se već i kodifikaciona komisija, u smislu da bez obzira na to da i dosadašnje rešenje u mađarskom građanskom zakoniku predviđa odgovornost za nesavesno vođenje pregovora, usled povrede načela savesnosti i poštenja i dužnosti saradnje, bilo bi poželjno da se odgovornost za nesavesno pregovaranje u novom zakoniku reguliše kao samostalan izvor obligacija.²²

Ipak, predlog novog zakonika principijelno ne odstupa od postojećeg rešenja, u smislu da ne sadrži eksplicitnu regulativu o *culpa in contrahendo*, ali detaljnije reguliše pitanje povrede dužnosti međusobne saradnje u ugovornim odnosima, čime pitanje odgovornosti za nesavesno vođenje pregovora dobija donekle drugačiju dimenziju. Prvo, ume-

²⁰ V. 6§ MGZ.

²¹ Predlog Gradanskog zakonika - normativni tekst i obrazloženje (A polgári törvénykönyv javaslata - normaszöveg és indokolás). Tekst nacrti novog mađarskog građanskog zakonika je dostupan na adresi <http://www.im.gov.hu/?mi=1&catid=193&id=217&cikkid=3316> (u daljem tekstu: Predlog MGZ-a).

²² V. Koncepcija i tematika novog gradanskog zakonika (Az új polgári törvénykönyv koncepciója és tematikája), objavljena uz Odluku Vlade Republike Mađarske br. 1003/2003 od 25.01.2003. godine u Službenom glasniku Republike Mađarske br. 8/2003 (tekst dostupan na adresi: <http://www.im.gov.hu/?mi=1&catid=193&id=217&cikkid=3308>) str 132. t. 3. Navedeno je, zapravo, stav akademika Lajoša Vekaša, ko je ujedno i predsednik kodifikatorske komisije.

sto dosadašnje formulacije da su stranke dužne sarađivati prilikom zaključenja ugovora (što u ovom pogledu znači dužnost međusobnog obaveštavanja o svim bitnim činjenicama u vezi ugovora koji se name-rava zaključiti), Predlog MGZ-a eksplicitno ističe da se dužnost međusobne saradnje odnosi i na fazu pregovora.²³ Bitna novina u odnosu na postojeće rešenje je u tome što Predlog konkretno reguliše posledicu nepoštovanja dužnosti međusobne saradnje u slučaju kada je ugovor nastao, kao i u slučaju kada do nastanka ugovora nije došlo. U prvom slučaju, zbog povrede dužnosti saradnje stranka će odgovarati po opštim pravilima koja važe za ugovornu odgovornost.²⁴ Međutim, ako je zaključenje ugovora izostalo, a strana u pregovorima je povredila dužnost međusobne saradnje, za prouzrokovani štetu odgovaraće po opštim pravilima koja važe za deliktnu odgovornost.²⁵ Ipak, u ovom slučaju postoji (logično) odstupanje od pravila o deliktnoj odgovornosti, jer će strana koja je povredila dužnost saradnje tokom vođenja pregovora odgovarati samo za onu štetu koju je predvidela ili morala da predviđi.²⁶ Teret dokazivanja krivice štetnika, odnosno činjenice da li je on predvideo mogućnost nastanka štete usled povrede dužnosti međusobne saradnje ili je to bio dužan predvideti snosi oštećeni.²⁷ Ovo je odstupanje od opšteg pravila prema kojem za uspešno podnošenje tužbe tužilac-oštećeni treba da dokaže postojanje samo dva uslova odgovornosti, nastanak štete i uzročnu vezu između radnje/propuštanja štetnika i nastale štete. Po opštim pravilima deliktne odgovornosti, štetnik snosi teret dokazivanja da se nastala šteta ne može pripisati njegovoj krivici.²⁸

Kao što smo videli, ni Predlog novog mađarskog građanskog zakonika ne sadrži deklaraciju o tome da u načelu pregovori ne obavezuju, kao ni konkretnu odredbu o odgovornosti za nesavesno vođenje pregovora. Međutim, Predlog u ovom pogledu ipak sadrži detaljniju regulativu instituta odgovornosti za nesavesno vođenje pregovora od važećeg građanskog zakonika, jer eksplicitno propisuje da se dužnost saradnje odnosi i na fazu pregovora i da povreda te dužnosti tokom pregovora povlači deliktnu odgovornost, s jedne strane, odnosno sadrži preciznu regulativu i o meri odgovornosti za povredu dužnosti saradnje tokom pregovora, s druge.

²³ V. knjigu V, §5:31. st. (1) Predloga MGZ-a.

²⁴ V. knjigu V, §5:31. st. (2) Predloga MGZ-a.

²⁵ V. knjigu V, §5:31. st. (3) Predloga MGZ-a.

²⁶ V. knjigu V, §5:31. st. (4) Predloga MGZ-a.

²⁷ Ibidem.

²⁸ V. §339. st. (1) MGZ-a, odnosno knjigu V, §5:537. Predloga MGZ-a.

Odgovornost za nesavesno vođenje pregovora u poljskom pravu

Građanski zakonik republike Poljske iz 1964. godine²⁹ institut odgovornosti za nesavesno vođenje pregovora za zaključenje ugovora reguliše u čl. 72. st. 2.³⁰ Formulacija ove odredbe odstupa od uobičajenog teksta odredbe o *culpa in contrahendo* u zakonima drugih zemalja: strana koja je započela ili vodila pregovore protivno *dobrim običajima* (kurziv A.D.), posebno ako je pregovore vodila bez stvarne namere da se zaključi ugovor, dužna je da drugoj strani naknadi štetu koja je proistekla iz toga što je ona (druga strana - napomena A.D.) računala na to da će do zaključenja ugovora stvarno i doći.³¹ Pozivanje na dobre običaje u navedenoj odredbi, je zapravo pozivanje na načelo savesnosti i poštenja, pre svega na njegovu objektivnu komponentu, na imperativ poštenosti, što proizilazi i jezičkog konteksta čl. 72. st. 2.³²

Dalje, PGZ predviđa dužnost čuvanja poverljivih informacija do kojih se došlo tokom vođenja pregovora. Tako, u nedostatku drugačijeg sporazuma, ako je tokom vođenja pregovora, jedna strana drugoj strani saopštila informacije koje se mogu smatrati poverljivim, druga strana ne sme te informacije saopštiti ili učiniti dostupnim trećim licima, niti da iskoristi iste u sopstvenu korist.³³ Strana koja je povredila dužnost čuvanja poverljivih informacija, dužna je da naknadi drugoj strani time prouzrokovana štetu ili da joj ustupi korist koju je stekla zloupotrebotom poverljivih informacija.³⁴

²⁹ Poljski građanski zakonik, donet 23. aprila 1964. godine (Dziennik Ustaw 1964, No. 16, 93), sa brojnim kasnijim izmenama i dopunama (u daljem tekstu: PGZ).

³⁰ Vrlo dugo PGZ nije sadržavao eksplicitnu odredbu o odgovornosti za nesavesno vođenje pregovora. No to ne znači da nesavesni pregovarač nije mogao odgovarati za štetu proisteklu usled nesavesnog vođenja pregovora, jer imperativ postupanja u skladu sa načelom savesnosti i poštenja u ugovornim odnosima (čl. 353.) i načelo zabrane prouzrokovanja štete (čl. 415.) su pružali dovoljan pravni osnov za to. Čl. 72. st. 2. je inkorporiran u PGZ amandmanom iz 2003. godine (Dziennik Ustaw 2003, No. 49, 408).

³¹ V. čl. 72. st. 2. PGZ.

³² Strona, która rozpoczęła lub prowadziła negocjacje z naruszeniem *dobrych obyczajów*, w szczególności bez zamiaru zawarcia umowy, jest obowiązana do naprawienia szkody, jaką druga strona poniosła przez to, że liczyła na zawarcie umowy. (kurziv - A.D.)

³³ V. čl. 72₍₁₎. st. 1 PGZ. Inače, i član 72₍₁₎ je novijeg datuma - inkorporiran je u PGZ novelama iz 2003. godine (Dziennik Ustaw 2003, No. 49, 408).

³⁴ V. čl. 72₍₁₎. st. 2 PGZ.

Odgovornost za nesavesno vođenje pregovora u pravima Republike Slovenije, Makedonije, Republike Srpske/BiH i Hrvatske

Novi Obligacijski Zakonik Republike Slovenije³⁵ iz 2001. godine sadrži doslovno istu regulativu o pregovorima³⁶ kao i naš ZOO.

U istom smislu, od rešenja ZOO-a ne odstupa ni novi Zakon o obligacionim odnosima Republike Makedonije.³⁷

Republika Srpska, odnosno Federacija BiH još nije usvojila novi zakon o obligacionim odnosima, tako da je u toj državi sa neznatnim izmenama još uvek u primeni nekadašnji savezni ZOO iz 1978. godine.³⁸ U postupku je izrada novog zakona o obligacionim odnosima, čiji je zvaničan nacrt objavljen 2003. godine, ali još nije došlo do njegovog usvajanja.³⁹ Izmene ZOO u Republici Srpskoj nisu dotakle pitanje odgovornosti za nesavesno vođenje pregovora, a ni Nacrt novog Zakona o obligacionim odnosima ne uvodi nikakvu novinu u pogledu ovog instituta, u odnosu na nekadašnji ZOO SFRJ.⁴⁰

Što se nekadašnjih federalnih jedinica SFRJ, sada nezavisnih država tiče, od rešenja ZOO suštinski odstupa jedino novi Zakon o obveznim odnosima Republike Hrvatske iz 2005. godine⁴¹, koji je stupio na snagu 1. januara 2006. godine.⁴² ZOO-Hr ne odstupa od čl. 30. ZOO SFRJ, nekadašnjeg zajedničkog zakona, jedino u pogledu deklaracije da pregovori koji prethode zaključenju ugovora načelno ne obavezuju⁴³, s jedne

³⁵ Obligacijski zakonik, Ur. list. Republike Slovenije, br. 83/2001, 32/2004, 28/2006, Odluka US: U-I-300/04-25, objavljene u Ur. list br. 29/2007 i OdlukaUS: U-I-267/06-41, objavljene u Ur. list br. 40/2007 (u daljem tekstu: OZ-SI).

³⁶ V. čl. 20. OZ-SI.

³⁷ Zakon o obligacionim odnosima (Zakon za obligacionite odnosi) Republike Makedonije, Sl. Vesnik RM br. 18/01, 78/01, 04/02, 59/02 i 05/03 (u daljem tekstu: ZOO-Mk). V. čl. 22. ZOO-Mk.

³⁸ Zakon o obligacionim odnosima, Sl. list SFRJ, br. 29/78, 39/85, 45/89 - odluka USJ i 57/89, Sl. list Republike Srpske br. 17/93 i 74/04 (u daljem tekstu: ZOO-RS).

³⁹ Zakon o obligacionim odnosima, Federacija BiH/Republika Srpska, Nacrt - stanje 16.06.2003. (u daljem tekstu: ZOO-RS Nacrt). Detaljnije o ovom nacrtu v. Perović, Slobodan, *Stručno mišljenje o Nacrtu Zakona o obligacionim odnosima Federacije BiH/Republike Srpske - knj. I, Opšti deo*, Anal Pravnog fakulteta u Beogradu br. 1-2/2003, str. 11-86., Perović, Slobodan, *Stručno mišljenje o Nacrtu Zakona o obligacionim odnosima Federacije BiH/Republike Srpske - knj. II, Pojedini ugovorni obligacioni odnosi*, Anal Pravnog fakulteta u Beogradu br. 3-4/2003, str. 324-416.

⁴⁰ V. čl. 26. ZOO-RS Nacrt.

⁴¹ Zakon o obveznim odnosima Republike Hrvatske, Narodne novine br. 35/2005 - u danjem tekstu: ZOO-Hr.

⁴² V. čl. 1165. ZOO-Hr.

⁴³ V. čl. 251. st. (1) ZOO-Hr.

strane, i da, u nedostatku drugačijeg sporazuma, svaka strana snosi svoje troškove za pripremu za pregovore, a zajedničke troškove dele na jednak delove, s druge.⁴⁴ Međutim, pitanja u vezi sa odgovornošću za nesavesno vođenje pregovora ZOO-Hr reguliše na drugačiji način u odnosu na naš ZOO. Naime, umesto odgovornosti za odustanak od pregovora „bez opravdanog razloga“, prema ZOO-Hr strana koja je vodila pregovore odgovaraće drugoj strani za nastalu štetu, ako je pregovore vodila ili iste prekinula „suprotno načelu savjesnosti i poštenja“.⁴⁵ Prema tome, umesto specijalne odredbe, prema kojoj bi odgovornost postojala, ako je strana odustala od zaključenja ugovora „bez opravdanog razloga“, novi hrvatski zakon uvodi u tom smislu general-klauzulu, tj. svaki prekid pregovora, odnosno vođenje pregovora na bilo koji način koji je protivan načelu savesnosti i poštenja, povlači odgovornost za naknadu štetu. Vođenje pregovora bez prave namere da se zaključi ugovor zakon ističe samo kao jedan od mogućih modaliteta povrede načela savesnosti i poštenja, a ne kao taksativno naveden slučaj kada će do odgovornosti za nesavesno vođenje pregovora doći.⁴⁶ Pozivanje na general-klauzulu umesto na neku posebnu normu u pogledu odgovornosti za nesavesno vođenje pregovora nije usamljeno rešenje u uporednom pravu.⁴⁷

Posebno je važno istaći da novi Zakon o obveznim odnosima Republike Hrvatske predviđa jednu bitnu novinu u odnosu na izvornu regulativu poreklom iz ZOO SFRJ, a to je obaveza čuvanja poverljivih informacija u vezi druge strane do kojih je strana došla tokom pregovora. Naime, vođenje pregovora podrazumeva proces komuniciranja između stranaka tokom kojeg strane mogu steći saznanje o nekim poverljivim informacijama u vezi sa drugom ugovornom stranom. Zakon eksplicitno predviđa da strana u pregovorima koja je došla u posed nekih poverljivih informacija druge strane, ne sme te informacije trećem licu saopštiti ili učiniti dostupnim.⁴⁸ Prema rečima Zakona, ovo pravilo je dispozitivne prirode, budući, da će se ono primeniti samo u slučaju da se strane nisu drugačije sporazumele.⁴⁹ Dalje, vrlo je bitno napomenuti da obaveza čuvanja poverljivih informacija postoji bez obzira na to da li je ugovor naknadno zaključen ili ne.⁵⁰ Ovo pravilo odstupa od logike odgovornosti za nesave-

⁴⁴ V. čl. 251. st. (6) ZOO-Hr.

⁴⁵ V. čl. 251. st. (2) ZOO-Hr.

⁴⁶ V. čl. 251. st. (2) ZOO-Hr. Uporedi sa čl. 30. st. 2. i 3. ZOO.

⁴⁷ V. *supra* deo o madarskom pravu.

⁴⁸ V. čl. 251. st. (4) ZOO-Hr.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Ibid.

sno vođenje pregovora, jer odgovornost za *culpa in contrahendo* nastupa samo u slučaju ako do zaključenja ugovora nije došlo. Ako je ugovor zaključen, na mesto predugovorne odgovornosti nastupa odgovornost za izvršenje primarne obaveze iz tako nastalog ugovornog obligacionog odnosa. Za razliku od toga, odgovornost za naknadu štete zbog saopštavanja poverljivih informacija trećim licima nastupa nezavisno od toga da li su pregovori bili uspešni ili ne, tj. da li je došlo da zaključenja ugovora ili ne. Ista odgovornost nastupa za stranu u pregovorima koja poverljive informacije druge strane nije saopštila trećem licu, već je te informacije iskoristila (zloupotrebla) u sopstvenu korist.⁵¹ Zakon reguliše i obim odgovornosti za povredu obaveze čuvanja poverljivih informacija. Tako, strana u pregovorima koja je zloupotrebla poverljive informacije, pored obaveze naknade štete koju je druga strana pretpela usled zloupotrebe, dužna je da joj preda sve koristi koje je stekla zloupotrebotom.⁵² U pitanju je obaveza potpune naknade štete koja, prema tome, obuhvata kako pretrpljenu štetu, tako i izmaklu dobit. I ovo je momenat u kojem se ova vrsta odgovornosti razlikuje od odgovornosti za *culpa in contrahendo*, gde se obim odgovornosti u načelu prostire samo na pretrpljenu štetu, a ne i na izmaklu dobit (sasvim logično, jer bi potpuna odgovornost za *culpa in contrahendo*, u smislu obaveze naknade kako pretrljene štete tako i izmakle dobiti, izjednačila odgovornost za *culpa in contrahendo* sa ugovornom odgovornošću).

Odgovornost za nesavesno vođenje pregovora prema Principima evropskog ugovornog prava

Pitanje odgovornosti za nesavesno vođenje pregovora Principi evropskog ugovornog prava (u danjem tekstu: Principi, ili PECL)⁵³ regulišu

⁵¹ Ibid.

⁵² V. čl. 251. st. (5) ZOO-Hr.

⁵³ Principles of European Contract Law, edited by Ole Lando and Hugh Beale, Kluwer Law International, the Hague, Part I and II, 2000, Part III, 2003. Principi evropskog ugovornog prava predstavljaju projekat grupe naučnika i nekolicine pravnika praktičara, okupljenih u okviru Komisije za evropsko ugovorno pravo, da sačine zbirku materijalnopravnih normi iz oblasti ugovornog prava, koja bi mogla predstavljati doktrinarni osnov za donošenje jednog Zakonika o ugovorima u Evropskoj Uniji. Regulisanje domena ugovornog prava komunitarnim materijalnopravnim normama je neminovan cilj Evropske Unije, imajući u vidu da je za nesmetano funkcionisanje zajedničkog tržišta koliziona tehnika regulisanja ugovornih odnosa nedovoljna, ne obezbeđuje u potpunosti nesmetan i slobodan protok ljudi, roba, usluga i kapitala na zajedničkom tržištu. U tom nastojanju

u trećem delu drugog poglavlja, u članovima 2:301 i 2:302 (prethodni se odnosi na vođenje pregovora suprotno načelu savesnosti i poštenja, dok potonji na dužnost čuvanja poverljivih informacija do kojih se došlo tokom pregovora).

Principi prvo deklarišu načelan stav da pregovori ne obavezuju, rečima da je stranka slobodna u pregovorima i ne odgovara za neuspeh u postizanju sporazuma.⁵⁴ Međutim, strana koja je pregovore vodila, ili iste prekinula, suprotno načelu savesnosti i poštenja dužna je da drugoj strani naknadi štetu koju je nesavesnim vođenjem pregovora njoj prouzrokovala.⁵⁵ Naročito se smatra suprotnim načelu savesnosti i poštenja, ako je

Principi svakako predstavljaju dobру osnovu, koji se sada još primenjuju kao jedan od pisanih izvora *lex mercatoria*. Pod pokroviteljstvom prof. Olea Landa iz Kopenhagena prvi neformalni susreti u cilju izrade Prinципa započeli su još sedamdesetih godina XX veka, da bi tokom osamdesetih godina Komisija za evropsko ugovorno pravo i formalno mogla početi sa radom, uz osnovnu finansijsku podršku Komisije Evropske Unije. Poseban podstrek izradi Prinципa predstavljale su dve Rezolucije Evropskog Parlamenta iz 1986. i 1994. godine o neophodnosti optpočinjanja rada na načrtu zajedničkog evropskog građanskog zakonika (Rezolucija EP od 26. maja 1989. godine, OJEC C 158/401, Rezolucija EP od 6. juna 1994., OJEC C 205 (519)). Kao rezultat ovog značajnog naučnog poduhvata, 1995. godine pojavila se prva knjiga Prinципa evropskog ugovornog prava, koja sadrži pravila o ispunjenju i neispunjenu ugovora, kao i o sankcijama za povredu ugovora. Druga knjiga je objavljena 1999. godine i sadrži pravila o pitanjima kao što su nastanak ugovora, zastupanje, važenje, tumačenje, sadržaj i dejstvo ugovora. Treća knjiga se pojavila 2003. godine i sadrži pravila o množini subjekata u ugovornom odnosu (ugovori sa više lica na poverilačkoj ili dužničkoj strani), prenosu potraživanja, preuzimanju duga, ustupanju ugovora, poravnjanju, zastarelosti potraživanja, zabranjenim ugovorima, pojmu uslova, kamate, i sl.

⁵⁴ V. čl. 2:301, st. (1) PECL. „*A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.*“

⁵⁵ V. čl. 2:301, st. (2) PECL. „*However, a party who has negotiated or broken off negotiations contrary to good faith and fair dealing is liable for the losses caused to the other party.*“ Prinicipi za označavanje načela savesnosti i poštenja koriste izraz „*good faith and fair dealing*“. U pravnoj terminologiji engleskog jezika se za načelo savesnosti i poštenja uobičajeno koristi sintagma „*good faith*“, što primarno ima subjektivnu konotaciju (označavanje subjektivne namere ugovornih strana). Međutim, načelo savesnosti i poštenja u kontinentalnom pravu ima i svoju objektivnu dimenziju, minimum „*poštenosti*“ koju sporazum objektivno mora doseći. Iako ovo suštinsko razlikovanje subjektivnog i objektivnog elementa savesnosti i poštenja na doktrinarnom nivou nije sporno, ova dva pojma nisu jezički jasno razgraničena u svim kontinentalnim pravnim sistemima. Ipak, u nekim jesu. Tako u nemackoj pravnoj terminologiji se koristi termin „*gutter Glaube*“ (u smislu subjektivne savesnosti), ali i termin „*Treu und Glauben*“ (BGB §242.), koji pored subjektivno shvaćene savesnosti obuhvata i pojam poštenosti, kao objektivnu kategoriju). Slično je i u italijanskom Codice civile-u, koji poznaje pojam „*bouna fede*“ (savesnost), ali i pojam „*coretezza*“ (poštenost). Za razliku od toga, u francuskom Code civile-u, termin „*bonne foi*“ pokriva kako subjektivno, tako i objektivno značenje standarda savesnosti i poštenja. Upotreba sintagme „*fair dealing*“ (pošteno/pravično poslovanje - prevod

strana započela ili nastavila da vodi pregovore bez stvarne namere da zaključi ugovor.⁵⁶

Principi, dalje, regulišu i obavezu čuvanja poverljivih informacija do kojih je jedna strana došla tokom vođenja pregovora. Naime, ako je tokom vođenja pregovora jedna strana došla u posed poverljivih informacija koje se tiču druge strane, te informacije ne sme trećim licima učiniti dostupnim niti ih iskoristiti u sopstvenu korist, nezavisno od toga da li je ugovor kasnije zaključen ili ne.⁵⁷ Sankcija za povredu ove obaveze može da se sastoji iz naknade štete koju je druga strana pretrpela usled povrede obaveze čuvanja poverljivih informacija, kao i u ustupanju koristi drugoj ugovornoj strani koju je strana, koja je povredila dužnost čuvanja poverljivih informacija, stekla na osnovu zloupotrebe poverljivih informacija.⁵⁸ Iz same formulacije teksta se ne vidi jasno, da li se obaveza čuvanja informacija odnosi na sve informacije do kojih se došlo tokom pregovora, ili samo na neke od njih, na tzv. poverljive. Naime, nameće se pitanje da li su sve informacije do kojih su stranke došle tokom vođenja pregovora poverljive ili ne. Komentar uz čl. 2:302 daje jasan odgovor na ovo pitanje, u smislu da ne postoji opšta obaveza čuvanja svih informacija do kojih se došlo tokom vođenja pregovora. Prema tome, ova obaveza se ne odnosi na sve informacije do kojih su strane došle tokom pregovora, nego samo na one za koje je jedna strana jasno naznačila da su poverljive ili se implicitno mogu smatrati poverljivim, u svetlu okolnosti konkretnog slučaja.⁵⁹

A.D.) posle sintagme „*good faith*“ je vrlo uspešan pokušaj da se na engleskom izrazi i objektivna komponenta savesnosti i poštenja, na jeziku čiji je terminološki instrumentarium relativno nepodoban za to, budući da *common law* ne priznaje savesnost i poštenje kao opšte načelo ugovornog prava, već zahteva savesno postupanje u subjektivnom smislu (*good faith*) samo na nivou pojedinačnih instituta. Više o značenju savesnosti i poštenja vidi Földi, András, *A jóhiszeműség és tisztelesség elve* (Načelo savesnosti i poštenja), Publicationis Instituti Iuris Romani Budapestiensis, Budapest, 2001; Salma, Jožef, *Načelo savesnosti i poštenja*, Glasnik Advokatske komore Vojvodine, br.5/1982, str. 1-31., čl. 1:201 PECL, sa komentarem i ilustracijama, str. 113-119.

⁵⁶ V. čl. 2:301, st. (3) PECL. „*It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a party to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party.*“

⁵⁷ V. prvu rečenicu čl. 2:302 PECL. „*If confidential information is given by one party in the course of negotiations, the other party is under a duty not to disclose that information or use it for its own purposes whether or not a contract is subsequently concluded.*“

⁵⁸ V. drugu rečenicu čl. 2:302 PECL. „*The remedy for breach of this duty may include compensation for loss suffered and restitution of the benefit received by the other party.*“

⁵⁹ V. komentar uz čl 2:302 PECL., op. cit. str. 194.

Odgovornost za nesavesno vođenje pregovora prema pravilima UNIDROIT Principa međunarodnih trgovackih ugovora

UNIDROIT Principi međunarodnih trgovackih ugovora (u daljem tekstu: UNIDROIT Principi)⁶⁰ pitanje odgovornosti za nesavesno vođenje pregovora regulišu u članovima 2.1.15. i 2.1.16., koji su po sadržaju gotovo identični sa dotičnim odredbama Principa evropskog ugovornog prava.

Tako, kao i Principi evropskog ugovornog prava, i UNIDROIT Principi, najpre ističu načelo da pregovori ne obavezuju strane, rečima da je svaka strana slobodna u vođenju pregovora i ne odgovara za neuspeh pregovora, tj. za nezaključenje ugovora.⁶¹ Međutim, strana koja je nesavesno vodila ili prekinula pregovore, odgovara drugoj strani za time nastalu štetu.⁶² Posebno se smatra nesavesnim vođenjem pregovora, ako je strana ušla u pregovore ili vodila iste bez stvarne namere da se zaključi ugovor.⁶³ Ova regulativa je skoro potpuno ista kao u čl. 2:301 Principa evropskog ugovornog prava. Jedina razlika, više terminološka nego suštinska, se može uočiti u tome da Principi evropskog ugovornog prava odgovornost za *culpa in contrahendo* nadovezuju na standard savesnosti i poštenja u svom pozitivnom određenju, dok UNIDROIT Principi koriste sintagmu „nesavesno pregovaranje“ (negativno određenje).⁶⁴ Ipak, ova

⁶⁰ UNIDROIT Principi međunarodnih trgovackih ugovora su plod višegodišnjeg rada istaknutih naučnika (između ostalog i prof. dr Jelene Vilus sa Pravnog fakulteta u Beogradu), okupljenih u okviru Međunarodnog instituta za unifikaciju privatnog prava (UNIDROIT) sa sedištem u Rimu. UNIDROIT Principi predstavljaju vrlo uticajnu zbirku pravila ugovornog prava, koja se kao *lex mercatoria* sve učestalije primenjuje u praksi zaključenja ugovora sa međunarodnim elementom. Prva verzija UNIDROIT Principa je objavljena 1994. godine. Međutim, već nekoliko godina kasnije počeli su radovi na njihovoj reviziji, te je 2004. godine usledilo objavljivanje novih UNIDROIT Principa (koji se dodešu, osim donekle različite numeracije članova, suštinske mnogo ne razlikuju od verzije iz 1994. godine - u normativnom delu teksta izmene su neznatne, izmene su se više ticale tekstova komentara i ilustracija). Konsolidovani tekst UNIDROIT Principa iz 2004. godine, sa komentarima i ilustracijama, je dostupan na internet adresi organizacije: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/main.htm>.

⁶¹ V. čl. 2.1.15. st. (1) UNIDROIT Principa (2004). „A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement.“

⁶² V. čl. 2.1.15. st. (2) UNIDROIT Principa (2004). „However, a party who negotiates or breaks off negotiations in bad faith is liable for the losses caused to the other party.“

⁶³ V. čl. 2.1.15. st. (3) UNIDROIT Principa (2004). „It is bad faith, in particular, for a party to enter into or continue negotiations when intending not to reach an agreement with the other party.“

⁶⁴ ‘negotiations in bad faith’.

naizgled nebitna razlika u formulaciji može imati i jednu suštinsku posledicu. Naime, dok Principi evropskog ugovornog prava odgovornost za nesavesno vođenje pregovora povezuju sa standardom savesnosti i poštovanja (imajući u vidu kako subjektivnu, tako i objektivnu komponentu načela), formulacija pravila iz UNIDROIT Principa stvara utisak da je naglasak samo na subjektivno shvaćenoj savesnosti (*negotiations in bad faith*).⁶⁵

Dalje, i UNIDROIT Principi regulišu obavezu čuvanja poverljivih informacija. Naime, informacije koje je jedna od strana u pregovorima označila kao poverljive, druga strana ne sme da učini dostupnim trećem licu, niti da ih zloupotrebi u sopstvenu korist, bez obzira na to da li je kasnije došlo do zaključenja ugovora ili ne.⁶⁶ Po potrebi, sankcija za povredu ove obaveze može da se odnosi i na obavezu predaje koristi koju je strana u pregovorima, koja je zloupotrebila poverljive informacije u vezi sa drugom stranom, tom zloupotrebotom stekla.⁶⁷ U ovom pogledu, rešenje Principa evropskog ugovornog prava je adekvatnije, jer prema pravilima UNIDROIT Principa obaveza čuvanja poverljivih informacija se odnosi samo na te informacije koje je druga strana takvim označila, a ne i na one koje, iako ih strana nije označila poverljivim, mogu se takvim smatrati u svetu okolnosti konkretnog slučaja. Prema tome, Principi evropskog prava pružaju celovitiju zaštitu protiv zloupotrebe poverljivih informacija.

Zaključna razmatranja

Cilj predmetne analize je bio da se, s jedne strane, uporedi važeća regulativa instituta *culpa in contrahendo* u Zakonu o obligacionim odnosima Republike Srbije sa regulativom u pravnim sistemima država koje su nekada bile u sastavu SFRJ (Slovenija, Hrvatska, Bosna i Hercegovina i Makedonija) u cilju utvrđenja da li su odstupili od rešenja Zakona o obligacionim odnosima, nekadašnjeg zajedničkog saveznog zakona, i ako su odstupile, u kojem pravcu i u kojoj meri su to učinile. S druge strane, izvršena je analiza regulative ovog instituta u Mađarskoj i Poljskoj, zemljama koje su reforme privatnog prava započele znatno ranije. I najzad,

⁶⁵ V. u ovom smislu Földi, op. cit., str. 69., 455. fn.

⁶⁶ V. prvu rečenicu čl. 2.1.16. UNIDROIT Principa (2004). „Where information is given as confidential by one party in the course of negotiations, the other party is under a duty not to disclose that information or to use it improperly for its own purposes, whether or not a contract is subsequently concluded.“

⁶⁷ V. drugu rečenicu čl. 2.1.16. UNIDROIT Principa (2004). „Where appropriate, the remedy for breach of that duty may include compensation based on the benefit received by the other party.“

posvećena je određena pažnja pravnoj regulativi ovog instituta u najznačajnijim savremenim pisanim izvorima ugovornog *lex mercatoria*, u Principima evropskog ugovornog prava i u UNIDROIT Principima međunarodnih trgovačkih ugovora.

Istraživanje je pokazalo da većina nekadašnjih federalnih jedi-nica SFRJ nije odstupila od rešenja iz Zakona o obligacionim odnosima. Po logici stvari, pravni sistem Republike Crne Gore nije bio predmet analize, budući da se Zakon o obligacionim odnosima do 2003. godine, kao federalni propis, jedinstveno primenjivao na celoj teritoriji SRJ, odnosno SCG (u čujem sastavu je bila i Republika Crna Gora), a do 2006. godine u neizmenjenom obliku kao republički zakon u Republici Srpskoj Gori. Regulativa iz čl. 30 Zakona o obligacionim odnosima SFRJ se u potpuno identičnom tekstu se primenjuje u zakonima Slovenije, Makedonije i Federacije BiH, pri čemu Federacija BiH do sada još nije donela novi Zakon o obligacionim odnosima. Slovenija i Makedonija su donele nove zakone iz oblasti obligacionog prava, međutim regulativa instituta *culpa in contrahendo* u ovim zakonskim tekstovima je potpuno identična sa regulativom u Zakonu o obligacionim odnosima SFRJ.

Jedino je u pravnom sistemu Republike Hrvatske došlo do evolucije regulative ovog pravnog instituta, pri čemu se u osnovi dve novine mogu istaći. Prva je više termiinološke i načelne prirode, dok je druga suštinske. Naime, umesto konkretizacije slučajeva u kojima može doći do odgovornosti za nesavesno vođenje pregovora, kao što to čini naš Zakon o obligacionim odnosima (vođenje pregovora bez stvarne namere da se zaključi ugovor i odustajanje od daljih pregovora bez opravdanog razloga), prema novom Zakonu o obveznim odnosima Republike Hrvatske odgovornost za *culpa in contrahendo*, nastupa u svakom slučaju kada je tokom pregovora strana postupila protivno načelu savesnosti i poštenja. Bez obzira na to da je i u članu 30. Zakona o obligacionim odnosima inkorporiran duh načela savesnosti i poštenja, do odgovornosti će doći samo ako je povreda načela savesnosti i poštenja učinjena u jednom od dva predviđena modaliteta. Za razliku od toga, prema članu 251. Zakona o obveznim odnosima Republike Hrvatske odnos između *culpa in contrahendo* i načela savesnosti i poštenja je neposredan i očigledan.

Druga novina iz Zakona o obveznim odnosima Republike Hrvatske je uvođenje dužnosti čuvanja poverljivih informacija u vezi sa drugom stranom u pregovorima. Ovo je u svakom pogledu suštinska i bitna novina u novom zakonu Hrvatske, koja pokriva pitanje koje u Zakonu o obligacionim odnosima SFRJ nije bilo regulisano, kao što nije regulisano ni u važećem Zakonu o obligacionim odnosima Republike Srbije. Strana koja povredi načelo dužnosti čuvanja poverljivih informacija u vezi sa drugom

stranom, do kojih se došlo tokom pregovora, odgovara za time prouzrokovana štetu.

Navedene novine iz Zakona o obveznim odnosima Republike Hrvatske su u potpunom skladu sa odredbama Prinципa evropskog ugovornog prava i UNIDROIT Prinципa međunarodnih trgovinskih ugovora. Oba spomenuta izvora savremenog pisanog *lex mercatoria* odgovornost za *culpa in contrahendo* direktno vezuju za princip savesnosti i poštenja i eksplikite predviđaju odgovornost za povredu obaveze čuvanja poverljivih informacija u vezi sa drugom stranom, stečenih u toku pregovora. Ovo je, po našem mišljenju, prihvatljiv pravac u razvoju instituta odgovornosti za nesavesno vođenje pregovora, koji bi svakako trebalo imati u vidu prilikom eventualnog noveliranja našeg Zakona o obligacionim odnosima, ili njegove inkorporacije u budući Građanski zakonik.

Attila Dudás, LL.M., Assistant
Novi Sad Faculty of Law

Liability for conducting negotiations in bath faith in the laws of Republic of Serbia, several SEE countries, PECL and in the UNIDROIT Principles of international commercial contracts

Abstract

In present paper the author analyses the legal framework of the institution of liability for conducting negotiations in bad faith (*culpa in contrahendo*) in several legal systems, namely, in the Republic of Serbia, countries that were formerly part of SFRJ (Republic of Slovenia, Croatia, Macedonia and the Federation of Bosnia and Herzegovina), Hungary and Poland. The analysis also takes into consideration the regulation in the most important contemporary written sources of *lex mercatoria*, the Principles of European contract law and the UNIDROIT Principles of international commercial contracts.

The analysis reveals that all former federal units of SFRJ, although in each country the law governing contract and tort law went through significant changes, principally remained at the regulation offered by the Law of Contracts and Torts of SFRJ from 1978, except Croatia, where the institution of *culpa in contrahendo* has been a subject of profound amendments in the new law from 2005. First, the liability for conducting negotiations in bad faith doesn't arise anymore from special situations envisaged by law (conducting negotiations without genuine intention to conclude a contract and breaking-off negotiations without a justified cause), but from any conduct which is not in line with the requirements of the general principle of good faith and fair dealing. Secondly, the Croatian law introduces the duty of confidentiality, i.e. a party conducting negotiations is under a duty not to disclose or use for its own purposes any confidential information about the other party, obtained in the course of negotiations. In case that confidential information is disclosed or improperly used, liability for damages arises, regardless whether a contract has subsequently been concluded or not.

The novelties in the new Croatian law are entirely in line with the Principles of European Contract Law and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. The author suggests to introduce the same or similar amendments to sect. 30. of the effective Serbian Law of Contracts and Torts in the future, or to have this in mind when the question of promulgation of a Civil code becomes topical in Serbia.

*Milena Pavlović, asistent-pripravnik
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

ZLOČINI MRŽNJE U MEĐUNARODNOM PRAVU

Sažetak: *Zločini mržnje, koji bi se mogli definisati kao dela počinjena iz mržnje učinioca prema društvenoj grupi kojoj pripada žrtva, izuzetno su društveno opasni. Krivična dela protiv nečije rasne, nacionalne, etničke, religijske pripadnosti ili neke druge karakteristike, mogu dovesti do daljih konflikata i ugroziti srž i osnovne vrednosti društva, koje se zasnivaju na načelu jednakosti.*

Međunarodno pravo može poslužiti kao efikasno sredstvo za suzbijanje zločina mržnje, jer se njime mogu ostvariti dva cilja. Prvo, međunarodno pravo može ponuditi normativni osnov koji države dalje mogu prilagođavati svojim posebnim potrebama. Drugo, međunarodna inicijativa ukazuje na jaku posvećenost međunarodne zajednice suzbijanju različitih formi netolerancije, koji imaju tendenciju globalizacije.

U radu su predstavljeni najvažniji međunarodni instrumenti za borbu protiv zločina mržnje. Kako bi se izdvojile odgovarajuće pravne norme, bilo je potrebno napraviti razliku između akata diskriminacije i zločina mržnje. Pri tome, uzeti su u obzir samo instrumenti koji predviđaju krivičnopravnu zaštitu, a da bi se mogle uočiti njihove specifičnosti, posebno su obrađeni dokumenti koji sadrže obavezujuće i neobavezujuće norme.

Ključne reči: *zločini mržnje, Konvencija UN o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije, diskriminacija, krivično pravo.*

Značaj međunarodnog regulisanja zločina mržnje

Pod zločinom mržnje se podrazumeva svako krivično delo počinjeno iz mržnje učinioca prema društvenoj grupi kojoj pripada žrtva. Ovako definisani zločini mržnje u kriminološkom smislu obuhvataju široku lep-

ezu protivpravnih ponašanja, koja mogu imati oblik velikog broja postojeci, poznatih krivičnih dela. Ipak, tim raznorodnim ponašanjima zajedničko je postojanje mržnje, zasnovane na predrasudama, učinioца prema društvenoj grupi čiji je žrtva član, što omogućava njihovo izdvajanje u poseban tip kriminalnih pojava.

Mržnja učinioца može biti usmerena prema svakoj od postojećih društvenih grupa. Ipak, zločini mržnje su se činili, a čine se i danas, prema jednom relativno uskom krugu društvenih grupa, kao što su rasne, nacionalne, etničke i religijske, pa je pojам zločina mržnje uglavnom rezervisan za takve pojave. U novije vreme, postoji tendencija proširivanja polja primene ovog termina, te se u zločine mržnje često svrstavaju i kriminalni akti počinjeni prema pripadnicima polnih grupa, grupa zasnovanih na seksualnom opredeljenju, godinama života, fizičkom i psihičkom zdravlju itd.

Razlog za objedinjavanje i zajedničko analiziranje ovih pojava nije samo u identičnom motivu učinioца (mržnji) i „bezličnosti“ žrtava (koje su objekat dela ne zbog svojih individualnih karakteristika, već pripadnosti grupi). Zločini mržnje su akti koji ostavljaju posledice ne samo na neposrednu žrtvu, već i na sve one koji se sa njom identifikuju – članove društvene grupe kojoj ona pripada, članove drugih ranjivih grupa, pa i na društvo u celini. Ovi akti imaju potencijal da izazovu dalje konflikte, da dovedu do nemira u društvu, a ugrožene grupe, koje su najčešće marginalizovane, vršenjem dela se dodatno viktimiziraju i izoluju.

Kao i u svim drugim slučajevima povrede ili ugrožavanja određenih vrednosti i dobara, reakcija krivičnog prava bi i u ovoj oblasti morala da bude supsidijarna i da se koristi kao poslednje sredstvo. Međutim, retka su društva koja su bez korišćenja represivnih sredstava uspela da izgrade tolerantne i civilizovane odnose među građanima, a ideja o poštovanju različitosti se teško u potpunosti ostvaruje bez pretnje kaznom.

Imajući u vidu značaj vrednosti koje se ovim zločinima ugrožavaju i težinu posledica koje usled njihovog vršenja nastupaju, opravdano je очekivati intenzivnu međunarodnu aktivnost na njihovom suzbijanju. Međunarodno pravo u ovoj oblasti može da obezbedi ostvarivanje dva cilja. Prvo, uspostavljanjem obaveze implementiranja određenih normi u nacionalna zakonodavstva, obezbeđuje se jednoobraznost reakcije na ovu pojavu u različitim državama. To je važno jer zločini mržnje imaju tendenciju internacionalizacije, posebno zato što su za njihovo vršenje neposredno ili posredno u velikoj meri odgovorne tzv. „grupe mržnje“, koje teže povezivanju sa organizacijama iz drugih zemalja.¹ Drugo, predlaganjem

¹ „Grupama mržnje“ se nazivaju različite formalne i neformalne organizacije koje inspirišu, podstrekavaju, pa i same vrše zločine mržnje.

određenih mera, makar to bilo učinjeno i u formi preporuka, koje nisu obligatorne prirode, pokazuje se spremnost međunarodne zajednice da se posveti borbi protiv različitih oblika netolerancije i izvrši politički pritisak na države da se suoče sa tim problemom.

Predmet razmatranja ovog rada su isključivo one norme međunarodnog prava koje od država traže, ili im sugerišu, reagovanje u sferi krivičnog prava. Kako bi se pravilno moglo utvrditi koje su to norme, neophodno je napraviti distinkciju između dve slične pojave – akata diskriminacije i zločina mržnje. Takođe, celishodno je prilikom analize napraviti razliku između obavezujućih i neobavezujućih dokumenata. To je potrebno prevashodno zbog različite pravne prirode ovih normi, a naročito da bi se mogle uočiti specifičnosti koje iz takve različite pravne prirode proizilaze.

Zločini mržnje i diskriminacija

Međunarodni instrumenti od značaja za krivičnopravno normiranje zločina mržnje su svi oni kojima se zahteva od država da suzbijaju i kažnjavaju akte kojima se manifestuje mržnja i netolerancija prema određenim društvenim grupama. Ovi instrumenti sadrže norme koje nalažu državama da određena ponašanja u unutrašnjem zakonodavstvu predvide kao krivična dela i sankcionisu ih na odgovarajući način.

U osnovi ove obaveze država, nalazi se univerzalna saglasnost u pogledu netolerancije prema diskriminaciji. Saglasnost o neprihvatljivosti diskriminacije je iskazana u međunarodnim dokumentima o ljudskim pravima, kojima se proklamuje načelo jednakosti svih ljudskih bića.² Ipak, iako ovi dokumenti predstavljaju kamen temeljac zaštite ljudskih prava, oni su za krivičnopravno regulisanje zločina mržnje od posrednog značaja, jer ne uspostavljaju obavezu delovanja u sferi krivičnog prava.³

² Ovde, između ostalog, spadaju: Povelja Ujedinjenih nacija iz 1945. godine, Opšta deklaracija o ljudskim pravima Ujedinjenih nacija iz 1948 godine, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima iz 1966. godine, Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima iz 1966. godine, kao i Konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda Saveta Evrope iz 1950. godine.

³ Na primer, član 2, stav 1, Opšte deklaracije o ljudskim pravima kaže da „svakom pripadaju sva prava i slobode proglašene u ovoj Deklaraciji bez ikakvih razlika u pogledu rase, boje, pola, jezika, veroispovesti, političkog ili drugog mišljenja, nacionalnog ili društvenog porekla, imovine, rođenja ili drugih okolnosti.“ U članu 7 se navodi „svi su pred zakonom jednaki i imaju pravo bez ikakve razlike na podjednaku zakonsku zaštitu. Svi imaju pravo na jednaku zaštitu protiv bilo kakve diskriminacije kojom se krši ova Dekla-

Načelo jednakosti se drugačije može shvatiti kao načelo nediskriminacije.⁴ Od donošenja prvih međunarodnih akata o ljudskim pravima do danas, usvojeno je više dokumenata koji se bave posebnim oblicima diskriminacije i time razrađuju generalne akte.⁵ Značenje termina „diskriminacija“ nije određeno opštim instrumentima za zaštitu ljudskih prava, već se tumači u skladu sa definicijama sadržanim u posebnim konvencijama, naročito Konvenciji UN o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije iz 1965. godine i Konvenciji UN o ukidanju svih oblika diskriminacije žena iz 1979. godine.⁶ Prema ovim instrumentima, diskriminacija označava „svako razlikovanje, isključivanje, ograničavanje ili davanje prvenstva koje se zasniva na“ (određenoj karakteristici) „i ima za cilj ili rezultat da naruši ili da ugrozi priznavanje, uživanje ili vršenje, pod jednakim uslovima, ljudskih prava i osnovnih sloboda u političkoj, privrednoj, socijalnoj, kulturnoj ili bilo kojoj drugoj oblasti javnog života“.⁷

Međutim, između akata diskriminacije i zločina mržnje, iako su srodni i obično regulisani u okviru istih međunarodnih dokumenata, postoji bitna razlika, koja omogućava da se prepoznaju i izdvoje norme relevantne za krivično pravo. Najpre, pomenuta definicija ukazuje na dva osnovna obeležja diskriminacije. Prvo, akt diskriminacije podrazumeva *uskraćivanje prava*, odnosno kako tekstovi konvencija kažu, narušavanje, tj. ugrožavanje priznavanja, uživanja ili vršenja prava. Drugo obeležje diskriminacije je da se ona isključivo vrši u nekoj oblasti *javnog života*.

Dakle, diskriminacija podrazumeva akte kojima se ljudskim bićima uskraćuju prava i slobode i to usled njihove pripadnosti određenoj gr-

racija i protiv svakog podsticanja na ovaku diskriminaciju.“ Za razliku od ovih, očigledno deklaratornih odredaba, prema članu 20, stav 2, Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima „zakonom će se zabraniti svako zagovaranje nacionalne, rasne ili verske mržnje koje predstavlja podsticanje na diskriminaciju, neprijateljstvo ili nasilje“. Iako ovaj član čini korak dalje u odnosu na odredbe Opšte deklaracije, njime se od država ipak ne traži da *kazne* akte diskriminacije što bi bio jasan signal za reakciju u sferi krivičnog prava.

⁴ Dimitrijević, Vojin; Paunović, Milan, *Ljudska prava*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 1997. godina, strana 181.

⁵ To su sledeći dokumenti: Konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije iz 1965. godine, Konvencija o suzbijanju i kažnjavanju zločina aparthejda iz 1973. godine, Konvencija o ukidanju svih oblika diskriminacije žena iz 1979. godine i Konvencija o pravima deteta iz 1989. godine.

⁶ Dimitrijević, Vojin; Paunović, Milan, nav. delo, strana 185.

⁷ Videti član 1 Konvencije UN o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije i član 1 Konvencije UN o ukidanju svih oblika diskriminacije žena iz 1979. godine. Definicije diskriminacije su identične, osim u delovima koji se odnose na zaštićene subjekte.

upi, a ne po osnovu individualnih karakteristika. Posledica diskriminacije je da je diskriminisanom licu onemogućeno, u potpunosti ili delimično, priznavanje, uživanje ili vršenje prava. Pretpostavka diskriminacije je postojanje prava, odnosno slobode diskriminisanog lica.

Zločin mržnje se, uzimajući u obzir ovu okolnost, ne može izjednačiti sa aktom diskriminacije jer se njime povređuju, odnosno ugrožavaju vrednosti koje su osnova sloboda i prava, pri čemu sloboda, odnosno pravo ne mora nužno biti uskraćeno. Kod diskriminacije, pravo ili sloboda su uskraćeni, odnosno njihovo priznavanje, uživanje ili vršenje je onemogućeno.⁸

Navedena razlika se može bolje razumeti ako se uzme u obzir drugo obeležje diskriminacije, a to je da se ona vrši u političkoj, privrednoj, socijalnoj, kulturnoj ili bilo kojoj drugoj oblasti *javnog života*. Jedini subjekti koji mogu da uskrate pravo, odnosno slobodu, su oni koji su u poziciji da to učine, jer uskraćivanje ne može izvršiti lice koje nema ovlašćenja u javnoj sferi. Iako diskriminacija može postojati u privatnoj sferi, odnosno privatnim odnosima, ona nije predmet pravnog regulisanja. Akti diskriminacije su dakle oni akti kojima subjekti koji su u položaju da to urade onemogućavaju pripadnicima određenih grupa da ostvare garantovana prava. Izvršioci akata diskriminacije su uvek javni organi, koji imaju nadležnost da o nekoj stvari odluče, a time i mogućnost da svojom odlukom uskrate, tj. onemoguće uživanje određenog prava.

Sa obzirom na to, „privatna diskriminacija“ predstavlja kontradikciju i stoga pravno ne može da postoji, barem ne u smislu definicija pomenućih konvencija. Mogući su, međutim, privatni akti kojima se žele postići posledice slične onima koje proizvodi diskriminacija. Posledice naročno ne mogu biti iste, jer privatni subjekti nemaju moć da nekom uskrate uživanje prava. Ipak, vrednosti koje se tim pravima štite mogu aktima privatnih lica biti povređene odnosno ugrožene. Ovi privatni akti, ukoliko imaju obeležja protivpravnog, zakonom propisanog dela, jesu zločini mržnje. To ipak ne znači da lice u vršenju javnog ovlašćenja ne može učiniti zločin mržnje, već da privatno lice ne može izvršiti diskriminaciju u smislu međunarodnih instrumenata.

Dakle, postoje bitne razlike između akata diskriminacije i zločina mržnje, ali izgleda da su sličnosti brojnije. Zajedničke karakteristike obe vrste akata su da oni predstavljaju grubo negiranje načela jednakosti, da su upereni prema pripadnicima određenih društvenih grupa i da

⁸ Slično, Meron, Theodor, *The Meaning and Reach of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, American Journal of International Law, broj 79, 1985. godina, strana 296.

se ne vrše zbog njihovih individualnih karakteristika, već grupnog svojstva. Upravo zato jer su sličnosti brojnije i upečatljivije nego razlike, diskriminacija i zločini mržnje su često regulisani istim međunarodnim dokumentima.⁹

U svakom slučaju, međunarodni instrumenti od značaja za krivično-pravno normiranje zločina mržnje su malobrojni, ali ih je i pored toga, radi potpunije analize, korisno podeliti na pravno obavezujuće i pravno neobavezujuće.

Zločini mržnje u obavezujućim međunarodnim dokumentima

Jedini međunarodni dokument koji ustanovljava obavezu za države potpisnice da kazne akte mržnje je Međunarodna konvencija Ujedinjenih nacija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije (u daljem tekstu Konvencija).¹⁰ Konvencija je u trenutku donošenja predstavljala napredan instrument za regulisanje ljudskih prava, jer je usvojena tačno godinu dana pre Međunarodnog pakta UN o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima i Međunarodnog pakta UN o građanskim i političkim pravima.¹¹ U skladu sa tim, polagale su se velike nade u to da će se primenom Konvencije suzbiti svi oblici diskriminacije, te je ona opisana kao „značajan korak napred u borbi protiv rasne diskriminacije na globalnom nivou“,¹² „najvažniji opšti instrument koji razvija osnovnu normu Povelje Ujedinjenih nacija“,¹³ „najsveobuhvatnija i najdirektnija kodifikacija u formi ugovora, ideje o jednakosti rasa“.¹⁴ Konvencija je postala jedan od najšire prihvaćenih međunarodnih instrumenata, jer je do sada potpisalo 178 država, a gotovo sve su je i ratifikovale.¹⁵

⁹ Ovo, naravno, nije uvek slučaj, jer postoji veliki broj dokumenata koji regulišu samo diskriminaciju, ali ne i zločine mržnje.

¹⁰ Generalna skupština Ujedinjenih nacija je usvojila Konvenciju 21. decembra 1965. godine, a ona je stupila na snagu 4. januara 1969. godine.

¹¹ Oba pakta su usvojena u decembru 1966. godine.

¹² Rehman, Javaid, *International Human Rights Law: a Practical Approach*, Pearson Education Limited, 2003. godina, strana 281.

¹³ Meron, Theodor, op. cit, strana 283.

¹⁴ Schwelb, Egon, *The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, International and Comparative Law Quarterly, broj 15, 1966. godina, strana 1057.

¹⁵ O stanju ratifikacija videti <http://www.ohchr.org/english/countriesratification/2.htm>. Pre donošenja Konvencije, 1963. godine, doneta je Deklaracija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije, a ideje Konvencije su kasnije potvrđene Deklaracijom o rasi i rasnim predrasudama, koju je 1978. godine usvojio UNESKO.

Konvencija je podeljena na tri dela: prvi deo (članovi 1-7) sadrži supstancialne norme, drugi deo (članovi 8-16) je posvećen ustanovljavanju i regulisanju postupanja Komiteta za ukidanje rasne diskriminacije, organa nadležnog za praćenje primene Konvencije, dok treći deo (članovi 17-25) sadrži završne odredbe. Pored definicije diskriminacije,¹⁶ u članu 1 Konvencije se navode i vrste diskriminacije na koje se Konvencija odnosi. Pod „rasnom diskriminacijom“ se ne podrazumeva isključivo diskriminacija prema rasi u biološkom smislu, već i diskriminacija zasnovana na „boji, precima, nacionalnom ili etničkom poreklu“. Ova odredba je od izuzetnog značaja jer proširuje polje primene Konvencije i na nacionalne, etničke i druge grupe. Uočljivo je da religijske grupe nisu zaštićene, ali je u trenutku donošenja Konvencije odlučeno da se ovo pitanje reguliše posebnim ugovorom, što nikada nije učinjeno.¹⁷

Konvencija obavezuje države potpisnice da ukinu sve oblike diskriminacije, a ta obaveza ima dva vida.¹⁸ *Negativna*, odnosno pasivna obaveza se sastoji od uzdržavanja same države i njenih predstavnika od vršenja, podsticanja ili podržavanja rasne diskriminacije.¹⁹ *Pozitivna*, ili aktivna obaveza podrazumeva efektne, konkretne mere usmerene na ukidanje diskriminacije.

Jedna od retkih pozitivnih obaveza koju propisuje Konvencija, sadržana je u članu 4. Ovaj član predviđa obavezu država da određena ponašanja

¹⁶ Član 1, stav 1 Konvencije glasi: „U ovoj konvenciji izraz 'rasna diskriminacija' odnosi se na svako razlikovanje, isključivanje, ograničavanje ili давање првенства које се заснива на раси, боји, precima, националном или етничком пореклу и које има за циљ или за резултат да наруши или да угрози признавање, уживање или вршење, под jednakim условима, људских права и основних слобода у политичкој, привредној, социјалној, културној или било којој другој области јавног живота.“

¹⁷ Detaljnije o razlozima za ovakvu odluku: Schwebel, Egon, op. cit, strana 999. Deklaracija o ukidanju svih oblika netolerancije i diskriminacije na osnovu religije ili verovanja je usvojena 1981. godine. Konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije je doneta ponajviše iz жеље да se iskaže jasna međunarodna osuda akata antisemitizma koji su tokom 1959-1960. godine vršeni širom Evrope. Širi okvir za donošenje Konvencije, kao uostalom i drugih međunarodnih akata posle II svetskog rata, predstavljala je neefikasnost nacionalnog zakonodavstva da se suprotstavi aktima grubog kršenja људских права. *Ibidem*, strana 997, kao i Korengold, Michael A.G, *Lessons in Confronting Racist Speech: Good Intentions, Bad Results, and Article 4(a) of the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, Minnesota Law Review, broj 79, 1992-1993. godina, strana 721.

¹⁸ Rehman, Javaid, op. cit, strana 284. Ovaj zaključak se izvodi iz člana 2 Konvencije.

¹⁹ Pod diskriminacijom se ne smatra i Konvencija izričito dopušta favorizovanje domaćih državljanja u ostvarivanju određenih prava, kao i privremeno uvođenje tzv. posebnih mera, odnosno mera afirmativne akcije. Videti član 1, stavove 2 i 4, kao i član 2, stav 2.

predvide kao krivična dela. Ovo je jedina odredba u međunarodnom pravu koja zahteva krivičnopravnu reakciju na akte mržnje i glasi:

„Države članice osuđuju svaku propagandu i sve organizacije koje su vodene idejama ili teorijama zasnovanim na superiornosti neke rase ili grupe lica izvesne boje ili izvesnog etničkog porekla ili koje žele da opravdaju ili podrže svaki oblik rasne mržnje ili diskriminacije; one se obavezuju da bez odlaganja usvoje pozitivne mere koje imaju za cilj da ukinu svako podsticanje na takvu diskriminaciju, ili na svako delo diskriminacije, i u tom cilju, vodeći računa o načelima navedenim u Univerzalnoj deklaraciji o ljudskim pravima i o pravima koja su izričito navedena u članu 5 ove Konvencije, one se naročito obavezuju:

a) da utvrde kao krivično delo svako širenje ideja zasnovanih na superiornosti ili rasnoj mržnji, svako podsticanje na rasnu diskriminaciju, kao i sva dela nasilja, ili izazivanje na takva nasilja, uperena protiv svih rasa ili svake grupe lica druge boje ili drugog etničkog porekla, kao i pružanje pomoći rasističkim aktivnostima, podrazumevajući tu i njihovo finansiranje;

b) da proglose za nezakonite i da zabrane organizacije i aktivnosti organizovane propagande i svaku drugu vrstu propagandne aktivnosti koji podstiču na rasnu diskriminaciju i koji je pomažu, kao i da proglose da je učešće u ovim organizacijama ili u njihovim aktivnostima zakonom kažnjivo delo;

c) da ne dozvole javnim vlastima niti javnim nacionalnim ili lokalnim ustanovama da podstiču na rasnu diskriminaciju ili da je pomažu.“

Uvodni deo ovog člana je deklatornog karaktera i njime se potvrđuju u preambuli izraženi stavovi o neprihvatljivosti postupaka zasnovanih na idejama ili teorijama o superiornosti određenih grupa, koje su, kako je to i navedeno u preambuli, naučno lažne, sa moralne tačke gledišta za osudu i društveno nepravedne i opasne. Državama se još jednom nalaže da učine korake, odnosno usvoje pozitivne mere usmerene ka suzbijanju podsticanja diskriminacije. Uvodni deo služi da bi se jasno mogao odrediti smisao pozitivnih obaveza koje se državama nameću u tačkama koje slede.

Tačkom a, države se obavezuju da određena ponašanja predvide kao krivična dela.²⁰ Prema ovoj tački, kao krivično delo bi trebalo da se predvidi:

²⁰ Oficijalni prevod člana 4, tačke a, Konvencije na srpskom jeziku se donekle razlikuje od teksta Konvencije na engleskom jeziku prema kom države treba da „propišu dela kažnjiva na osnovu zakona“ („declare an offence punishable by law“). Jednostavnim tumačenjem engleskog teksta se može doći do zaključka da kazna ne mora biti krivično-

- Širenje ideja zasnovanih na rasnoj superiornosti ili mržnji;
- Podsticanje na rasnu diskriminaciju;
- Dela nasilja ili izazivanja nasilja uperena protiv bilo koje rase ili grupe lica druge boje ili drugog etničkog porekla;
- Pružanje pomoći rasističkim aktivnostima, što podrazumeva i njihovo finansiranje.

Prvo delo podrazumeva inkriminisanje širenja neprihvatljivih stavova. Prema onome kako je formulisana, smisao norme je da zabrani naj-različitija ponašanja kojima se šire ideje zasnovane na rasnoj superiornosti ili mržnji, bilo da su učinjena verbalnim, pisanim ili nekim drugim putem.²¹ Ova odredba suštinski zahteva inkriminisanje onoga što se naziva „govor mržnje“. Ideje koje se šire mogu biti utemeljene ili na stavovima o rasnoj superiornosti ili na rasnoj mržnji. Osnovna razlika između ova dva je da se ideje o rasnoj superiornosti obično predstavljaju kao naučno verifikovane i empirijski dokazane, dok mržnja retko kada ima „racionalnu“ pozadinu. Iako se dobre namere i ciljevi ove odredbe ne mogu osporiti, njena primena je onemogućena u onim zemljama koje ne poznaju ustavna ograničenja slobode izražavanja, mirnog okupljanja i udruživanja.

Drugo delo je podsticanje na rasnu diskriminaciju. Ovde je radnja izvršenja formulisana kao podstrekavanje, a očigledno je da se delo, kao i u prethodnom slučaju, može izvršiti na najrazličitije načine. Važno je naznačiti da se ovde radi o delatnosnom, a ne posledičnom delu, jer delo postoji bez obzira na nastupanje posledice, tj. bez obzira na činjenicu da li je izvršilac uspeo u svojoj nameri da podstakne druge na diskriminaciju. U primeni ove odredbe je došlo do pogrešnog shvatanja da je za postojanje dela neohodno da dođe do posledica (rasne diskriminacije) i da je nastupanje posledice ono što suštinski razlikuje širenje ideja (iz prethodne tačke) od podsticanja.²² Međutim, ovo tumačenje je potpuno neprihvatljivo, jer tekst pravne

pravnog karaktera, već samo zasnovana na zakonu, pa isпадa da se od država ne traži reagovanje u sferi krivičnog prava. Međutim, ova nedoumica je razjašnjena pomoću preporuka Komiteta za ukidanje rasne diskriminacije iz kojih je jasno da su ove mere *ultima ratio*, te sasvim sigurno prepostavljaju krivičnopravnu reakciju. Cilj ovakvog opisnog određenja mere je verovatno bio da državama ostavi dovoljno prostora da reaguju odgovarajućim pravnim normama i da ne budu ograničene skučenom formulacijom. Za tumačenje videti Generalne preporuke broj 1 iz 1972. godine, broj 7 iz 1985. godine, broj 15 iz 1993. godine i broj 31 iz 2005. godine. Tekstovi preporuka se mogu naći na <http://www.ohchr.org/english/bodies/cerd/comments.htm>.

²¹ Srpski prevod unosi konfuziju, jer kaže „zasnovane na superiornosti ili rasnoj mržnji“ dok engleski tekst glasi „rasnoj superiornosti ili mržnji“.

²² Korengold, Michael A.G., op. cit, strane 723-729.

norme uopšte ne obuhvata uslov nastupanja posledice za postojanje dela.

Treće delo se sastoji u nasilju ili izazivanju nasilja uperenog protiv svih rasa ili svake grupe lica druge boje ili drugog etničkog porekla. Ovde se ne radi o jednom delu, već o „delima nasilja“, što znači da bi dosledna primena Konvencije podrazumevala inkriminisanje svakog akta nasilja. Delicti nasilja, međutim, nisu jednoznačno definisani. Najjednostavnije objašnjenje bi bilo da se pod aktima nasilja smatra fizičko nasilje, kojim se ugrožava život i telesni integritet, ali nasilje takođe može biti psihičko, ekonomsko, seksualno itd, te je ova norma, iako suštinski celishodna, izuzetno nejasna i teška za primenu. Deluje kao da tvorci Konvencije nisu želeli da propuste da kazne bilo koji akt ugrožavanja pripadnika zaštićenih grupa, te su uneli jednu generalnu, teško primenjivu odredbu. Drugi deo ove tačke, prema kome nasilje mora biti upereno protiv „svih“ rasa ili „svake“²³ grupe lica druge boje ili drugog etničkog porekla, suštinski je nepotreban, jer je polje primene Konvencije određeno u članu 1. Osim toga, ukoliko se ponavljanjem želela potvrditi determinisanost da se zaštite grupe, zbog čega su izostavljene grupe zasnovane na zajedničkim prećima ili nacionalnom poreklu? Zbog ukazanih nedostataka, ova tačka ima potencijal da izazove najviše problema u primeni.

Poslednje krivično delo koje država treba da propiše jeste pružanje pomoći rasističkim aktivnostima, uključujući i njihovo finansiranje. Ukoliko se pod „rasističkim aktivnostima“ podrazumevaju aktivnosti opisane u prethodna tri slučaja, onda se ovom odredbom traži inkrimisanje još jednog oblika učestvovanja u delu, osim izvršenja, a to je pomaganje. Finansiranje je verovatno navedeno ilustrativno, mada je namera možda bila da se ne propusti kažnjavanje ovog oblika pomoći, koji je od ključnog značaja za funkcionisanje ovakvih organizacija.

Tačkom b je naglašen značaj organizacija koje inspirišu mržnju i diskriminaciju. Najpre, od država se traži da proglose nezakonitim i zabrane kako organizacije, tako i aktivnost organizovane propagande, pa i svaku drugu vrstu propagandne aktivnosti koja je usmerena ka nedozvoljenim ciljevima. Dakle, od država se zahteva da ne dozvole rad organizacija koje podstiču na rasnu diskriminaciju. Imajući u vidu opasnost i savremene karakteristike ovih organizacija, odredba ima izuzetan značaj, ali su se u pogledu njene primene javile određene dileme. Osnovni problem je povezan sa nemogućnošću da se jasno utvrdi da li je jedna organizacija rasistička. Da li se može zabraniti organizacija koja u svom programu iskazuje rasističke st-

²³ Radi se o očiglednoj omašci u prevodu, jer je engleska reč „any“ prevedena kao „svaki“, a ne kao „bilo koji“.

avove, ali ne preduzima nikakve konkretnе aktivnosti? Kako zabraniti organizaciju koja ne propagira otvoreno mržnju i netoleranciju prema drugim grupama, već ljubav i nameru da zaštitи svoju, pošto se ovo, formalno gledano, ne može smatrati rasizmom?²⁴

Pored zabrane organizacija, Konvencija traži da se države suprotstave aktivnostima organizovane propagande, kao i svakoj drugoj vrsti propagande, što znači da se mogu zabraniti i one grupacije koje nemaju organizovanu strukturu, već je dovoljno da na neki način doprinose rasnoj diskriminaciji. Cela odredba je, osim u delu koji se odnosi na zabranu rada organizacija, komplikovana za primenu. Rad organizacija se, uz pomenute dileme, svakako može zabraniti, jer većina država ne dozvoljava osnivanje i funkcionisanje organizacija koje su zasnovane na društveno neprihvatljivim ciljevima. Ipak, postavlja se pitanje, kako zabraniti delatnost organizacije koja to zapravo i nije? Kako zabraniti udruženje koja nije registrovano u skladu sa zakonom, ali ipak postoji? Izgleda da je ovde došlo do dupliranja normi i da bi se „aktivnosti organizovane propagande i svaka druga vrsta propagandne aktivnosti“ mogle svrstati u neko od dela iz tačke a. Pored toga, ukidanje organizacije se može postići i zaobilaznim putem u slučaju kada se kazne aktivnosti njenih članova, čime i sama organizacija može faktički prestati da postoji.²⁵

Veoma je bitan poslednji deo tačke b koji traži od država da pripadnost organizaciji ili učešće u njenim aktivnostima (onda kada, na primer, formalno članstvo u takvoj organizaciji ne postoji) proglose krivičnim delom.²⁶ Ovim se od država traži da samu pripadnost organizaciji propisuju kao krivično delo, bez obzira da na to da li su članovi organizacije učinili neko krivično delo. Pitanje je koliko je ovakva formulacija prihvatljiva, jer se ona očigledno grubo kosi sa principom subjektivne odgovornosti, koji je uostalom proklamovan i članom 10 Opšte deklaracije o ljudskim pravima.²⁷

²⁴ Meron, Theodor, op. cit, strana 298. Komitet za ukidanje rasne diskriminacije je, kako bi rešio nastale nedoumice, Generalnom preporukom broj 15 iz 1993. godine obavezao države da reaguju na ovakve organizacije od najranijeg trenutka. Ovim, međutim, nije dat odgovor na postavljeno pitanje. Tekst preporuke se može naći na [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/e51277010496eb2cc12563ee004b9768?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/e51277010496eb2cc12563ee004b9768?OpenDocument)

²⁵ Mahalic, Drew; Gambee Mahalic, Joan, *The Limitation Provisions of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, Human Rights Quarterly, broj 9, 1987. godina, strana 99.

²⁶ U srpskom prevodu piše „zakonom kažnjivo delo“, kao i u originalu. Prevod je ovaj put dosledan originalu, ali nedosledan sam sebi, jer na početku člana umesto ove formulacije stoji „krivično delo“, dok je u engleskom tekstu formulacija oba puta ista.

²⁷ Mahalic, Drew; Gambee Mahalic, Joan, op. cit, strana 100.

Tačka c se odnosi na sprečavanje akata diskriminacije, a ne na obavezu država da kazne zločine mržnje, te nije od značaja za krivično pravo, jer se ono ne pominje kao mehanizam putem koga se sprečavanje diskriminacija može postići.

Uzimajući u obzir nedoumice u pogledu mogućnosti implementacije pojedinih odredaba člana 4 (naročito tačke a), treba ukazati na to da je članom 20 dozvoljeno državama da učine rezerve na odredbe Konvencije. Samo dve države su stavile rezervu na ovaj član, a to su Australija i Sjedinjene Američke Države. Međutim, brojne države, iako nisu stavile rezervu na član 4, su putem deklaracija saopštile da će ovaj član primenjivati u meri u kojoj to ne ugrožava slobodu mišljenja, izražavanja, mirnog okupljanja i udruživanja, jer se i sam stav 4 poziva na Opštu deklaraciju o ljudskim pravima kojom su ova prava garantovana.²⁸ Ovim postupkom, države su učinile prikrivenu rezervu na član 4. Dakle, iako je samo mali broj država iskazao rezervu na član 4, većina država nije izvršila svoju obavezu da u skladu sa ovim članom učini odgovarajuće zakonodavne korake, te se on retko primenjuje.²⁹ Komitet za ukidanje rasne diskriminacije je u više navrata, putem Generalnih preporuka, ukazao državama članicama da nisu prilagodile svoje zakone obavezama iz pomenutog člana.³⁰

²⁸ Pregled svih rezervi i deklaracija se može naći na www.ohchr.org/english/countries/ratification/2.htm. Države se pri tom pozivaju na članove 19 i 20 Opšte deklaracije o ljudskim pravima, kojima se garantuju pomenuta prava. Ipak, Konvencija se ne poziva samo na članove 19 i 20, već na *celu* Deklaraciju, samim tim i na član 29, stav 2 po kome „u vršenju svojih prava i ostvarivanju sloboda svako može biti podvrgnut samo onim ograničenjima koja su predviđena zakonom u cilju obezbeđenja nužnog priznanja i poštovanja prava i sloboda drugih u cilju zadovoljenja pravičnih zahteva morala, javnog poretki i opštег blagostanja u demokratskom društvu“, dok stav 3 istog člana napominje da se „ova prava i slobode ni u kom slučaju ne mogu izvršavati protivno ciljevima i načelima Ujedinjenih nacija“. Članom 4 Konvencije je tako definitivno iskazan stav da se slobode mišljenja, izražavanja, mirnog okupljanja i udruživanja, mogu uživati u meri u kojoj ne krše zabranu diskriminacije.

²⁹ Meron, Theodor, op. cit, strana 316.

³⁰ Videti Generalne preporuke broj 1 iz 1972. godine, broj 7 iz 1985. godine, broj 15 iz 1993. godine i broj 31 iz 2005. godine. Tekstovi preporuka se mogu naći na <http://www.ohchr.org/english/bodies/cerd/comments.htm>. Od posebne važnosti je Generalna preporuka broj 15, iz 1993. godine, kojom Komitet u pogledu značenja člana 4, izražava mišljenje da je „zabранa širenja ideja zasnovanih na rasnoj superiornosti ili mržnji kompatibilna sa slobodom mišljenja i izražavanja. Ova prava su sadržana u članu 19 Opšte deklaracije o ljudskim pravima i na njih se poziva član 5 (d) (viii) Međunarodne konvencije o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije. Povezanost sa članom 4 je iskazana u samom članu. Korišćenje ovog prava građana sa sobom nosi posebne obaveze i odgovornosti, koje su nabrojane u članu 29, stav 2 Opšte deklaracije, među kojima je obaveza uzdržavanja od širenja rasističkih ideja od naročitog značaja. Komitet takođe želi da ukaže državama na član 20 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima,

Zločini mržnje u neobavezujućim međunarodnim dokumentima

Pored Konvencije UN o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije, koja je obavezujućeg karaktera, postoji nekoliko međunarodnih instrumenata koji u pravno neobavezujućoj formi preporučuju borbu protiv akata mržnje putem krivičnog prava. Za razliku od Konvencije, ovi dokumenti nisu univerzalni, već regionalni – doneti su pod okriljem Saveta Evrope.

Naime, u okviru Saveta Evrope, 1993. godine je osnovana Evropska komisija protiv rasizma i netolerancije (*European Commission against Racism and Intolerance – ECRI*), kao nezavisno telo kome je poveren „zadatak borbe protiv rasizma, rasne diskriminacije, ksenofobije, antisemitizma i netolerancije u Evropi, iz perspektive zaštite ljudskih prava, a u svetlu Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, dodatnih protokola i sudske prakse“.³¹ U cilju ostvarivanja ovog zadatka, ECRI pored ostalih aktivnosti,³² povremeno sastavlja preporuke o generalnoj politici putem kojih se državama članicama Saveta Evrope ukazuje na moguće puteve suzbijanja različitih oblika netolerancije.³³ Od deset postojećih generalnih preporuka, za krivično pravo su značajne preporuke 1, 6, 7 i 9, dok se ostale preporuke odnose na metode za suzbijanje diskriminacije i zločina mržnje koji nisu krivičnopravne prirode.

Preporuka o generalnoj politici broj 1, se odnosi na borbu protiv rasizma, ksenofobije, antisemitizma i netolerancije. Prva tačka poglavlja A, sugeriše državama da u najvišem pravnom aktu, na primer u ustavu ili osnovnom zakonu, garantuju obavezu državnih organa da jednakost postupaju prema svim licima, kao i da se bore protiv rasizma, ksenofobije, antisemitizma i netolerancije. Ovom tačkom su poimenično nabrojane pojave protiv kojih bi države trebalo da se bore, dok visok prioritet te obaveze treba da bude naglašen garantovanjem jednakosti svih i borbe protiv netolerancije u

prema kome će bilo kakvo zagovaranje nacionalne, rasne ili religijske mržnje koje predstavlja podsticanje na diskriminaciju, neprijateljstvo ili nasilje biti zabranjeno zakonom“.

³¹ Statut ECRI, član 1, dostupan na [http://www.coe.int/t/e/human_rights/ecri/1-ecri/Res\(2002\)8%20-%20Statute%20ECRI%20eng.pdf](http://www.coe.int/t/e/human_rights/ecri/1-ecri/Res(2002)8%20-%20Statute%20ECRI%20eng.pdf).

³² Aktivnosti ECRI su zasnovane na tri aspekta: prikupljanju podataka iz zemalja članica SE, rada na generalnim temama i aktivnostima u vezi sa civilnim društvom. Videti detaljnije na <http://www.coe.int/ecri>.

³³ Prva preporuka je doneta 1996. godine, a poslednja (deseta), 2007. godine. Tekstovi preporuka se mogu naći na http://www.coe.int/t/e/human_rights/ecri/1-ecri/3-general_themes/1-Policy_Recommendations/_intro.asp#TopOfPage. Preporuke se, slično kao i Konvencija UN uglavnom bave merama za suzbijanje diskriminacije, a veoma malo krivičnopravnim regulisanjem zločina mržnje.

najvišem pravnom aktu jedne države. Krivično pravo se,³⁴ između ostalog, navodi kao jedno od sredstava za suzbijanje navedenih pojava, dok se modaliteti reakcije dalje konkretnizuju.

Najpre, predlaže se da rasistički i ksenofobični postupci budu strого kažnjivi. Obične prestupe, ali sa rasističkom ili ksenofobnom prirodom treba definisati kao teže i omogućiti da rasistički ili ksenofobni motivi prestupnika budu posebno uzeti u obzir.³⁵ Krivičnopravna reakcija, prema ovoj sugestiji, mogla bi da bude oštećena u propisivanju težih, odnosno kvalifikovanih oblika „običnih“ krivičnih dela, u slučaju kada su oni po svojoj prirodi rasistički ili ksenofobni. Ovom odredbom se državama predlaže konkretni model inkriminacije, pri čemu se adekvatnim načinom smatra propisivanje kvalifikovanih oblika, a ne na primer, propisivanje posebnih krivičnih dela. Pored ovoga, traži se da rasistički, odnosno ksenofobni motivi prestupnika budu posebno uzeti u obzir, što bi trebalo da ukaže na specifičnost i ozbiljnost ovog motiva, a njegovo „uzimanje u obzir“ bi verovatno trebalo da se dogodi u postupku odmeravanja kazne.

Dalje se predlaže da se krivična dela rasističke ili ksenofobne priskepe gote po službenoj dužnosti.³⁶ Po službenoj dužnosti se gote ona dela koja su, uslovno rečeno, ozbiljnija, za koja postoji izuzetan interes države da ne prođu nekažnjena, te se i ovom odredbom ukazuje na poseban značaj ove pojave.

Posebna pravna reakcija bi trebalo da bude posvećena podsticanju mržnje, diskriminacije ili nasilja koje je učinjeno usmenim, pismenim, audio-vizuelnim putem i elektronskim medijima. Pored toga, krivičnopravna zaštita bi trebalo da obuhvati proizvodnju, distribuciju i čuvanje radi distribucije materijala koji služe za ovakve aktivnosti.³⁷ Smisao ove odredbe je da ukaže na moguće načine putem kojih se mogu širiti rasističke i slične ideje, a naročito je bitno što se u tom kontekstu pominju elektronski mediji, kao savremeno sredstvo komunikacije, kojim se bitno olakšava prenošenje rasističkih poruka.

Slično kao u Konvenciji UN,³⁸ preporkom se ukazuje na opasnost rasističkih organizacija i sugerise državama da, ukoliko je to potrebno, reaguju i pravnim merama, uključujući i zabranu takvih organizacija ukoliko se smatra da će to doprineti borbi protiv rasizma.

³⁴ Tačka 3 istog poglavlja.

³⁵ Tačka 3, podtačka 2.

³⁶ Tačka 3, podtačka 3.

³⁷ Tačka 3, podtačka 5.

³⁸ Tačka 4 veoma liči na član 4, tačku b, Konvencije o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije.

Predmet regulisanja Preporuke o generalnoj politici broj 6, je borba protiv širenja rasističkog, ksenofobnog i antisemitskog materijala putem interneta. Državama se u ovom smislu predlaže da u nacionalno zakonodavstvo uključe odredbe kojima će se omogućiti krivično gonjenje izvršilaca rasističkih, ksenofobičnih i antisemitskih akata izvršenih putem interneta.³⁹ Ova odredba suštinski predstavlja logičan nastavak tačke 3, podtačke 5, Preporuke o generalnoj politici broj 1, jer se njome ukazuje na još jedan ambijent u kome se mogu vršiti rasistički i slični akti.

Preporuka o generalnoj politici broj 7 je od izuzetnog značaja, jer je isključivo posvećena merama koje bi trebalo preduzeti u pogledu borbe protiv rasizma i rasne diskriminacije u nacionalnom zakonodavstvu. Ova preporuka se ograničava na sugestije u oblasti ustavnog prava, upravnog i građanskog prava, kao i krivičnog prava. Bitno je pomenuti, iako to nije neposredno vezano za krivično pravo, da je u Preporuci usvojen stav da ustavom treba predvideti mogućnost ograničavanja slobode izražavanja, okupljanja i udruživanja u cilju borbe protiv rasizma, s tim da takva ograničenja moraju biti u skladu sa Evropskom konvencijom o ljudskim pravima.⁴⁰ Unošenjem ove odredbe u tekst Preporuke, ECRI je rešio jednu od najvećih dilema u regulisanju zločina mržnje koja je, kao što se moglo videti, dovela do stavljanja rezervi i faktičkog neprimenjivanja Konvencije UN. Preporukom je zauzeto stanovište da u konfliktu prava na izražavanje, okupljanje i udruživanje, sa jedne strane i prava na nediskriminaciju i toleranciju sa druge, docnije pravo treba da ima primat, uz dužno poštovanje Evropske konvencije o ljudskim pravima.

Preporuka se dalje, kao i Preporuka o generalnoj politici broj 1, bavi pitanjem rasističkih organizacija i organizacija koje propagiraju rasizam⁴¹ i sugeriše da se obustavi javno finansiranje takvih organizacija, naročito ako su u pitanju političke stranke.⁴² Javno finansiranje se, na primer može uskratiti u predizbornoj kampanji.⁴³ Pored toga, sugeriše se da se zakonom predviđa mogućnost raspuštanja organizacija koje propagiraju rasizam.⁴⁴

U oblasti krivičnog prava, sudeći prema glavi 4, mogu da se preduzmu brojne aktivnosti. Najpre, državama se preporučuje da sankcionišu određena ponašanja koja su i inače zabranjena, kao što su javna

³⁹ Tačka 4.

⁴⁰ Tačka 3.

⁴¹ Ove odredbe su smeštene u deo koji se odnosi na građansko i upravno pravo.

⁴² Tačka 16.

⁴³ Obrazloženje preporuke dato na kraju preporuke, strana 18.

⁴⁴ Tačka 17.

uvreda, kleveta i pretnje, kao i javno podstrekavanje na nasilje, mržnju ili diskriminaciju.⁴⁵ Štaviše, ova ponašanja se detaljnije ne definišu, te se verovatno radi o uobičajenim krivičnim delima. Ono što ove akte razlikuje od „običnih“, je da su učinjeni sa namerom, protiv osobe ili grupe osoba na osnovu njihove rase, boje kože, jezika, veroispovesti, nacionalnosti ili nacionalnog ili etničkog porekla. Zaštićene grupe su taksativno navedene jer samo u pogledu njih ECRI ima mandat da postupa.

Istom tačkom se sugeriše kažnjavanje javnog izražavanja ideologije koja zagovara nadmoć jedne grupe ili koja ocrnuje drugu grupu, zatim širenje, deljenje ili pripremanje materijala usmerenog ka rasističkom cilju i, napisetku, osnivanje ili rukovođenje grupom koja propagira rasizam, kao i učestvovanje sa namerom pomaganja aktivnostima. Zajedničko za ove odredbe je što se one, posredno ili neposredno, odnose na aktivnosti koje su karakteristične za delatnost rasističkih organizacija, te predstavljaju logičku celinu sa pomenutim odredbama iz oblasti upravnog i građanskog prava. Ove organizacije ne moraju biti formalne, već to mogu biti razni oblici neformalnog organizovanja, od *de facto* grupa do političkih organizacija.⁴⁶ Takođe, Preporuka uzima u obzir dodatnu težinu akata koji su preuzeti od strane državnih organa, pa sugeriše posebno sankcionisanje rasne diskriminacije u obavljanju javne službe ili zanimanja.

Jedan od suštinski najbitnijih delova ove tačke Preporuke se odnosi na suzbijanje specifičnog oblika zločina mržnje. Uzimajući u obzir ozbiljnost i štetnost zločina počinjenih u prošlosti, državama se preporučuje da ne dozvole javno negiranje, umanjivanje važnosti, opravdavanje ili opraštanje sa rasističkim ciljem, zločina genocida, zločina protiv čovečnosti ili ratnih zločina. Sloboda govora ili drugog izražavanja mišljenja usmerena na preispitivanje postojanja ili značaja pomenutih istorijskih pojava bi trebalo da bude potpuno uskraćena, jer je u suprotnosti sa važnijim vrednostima, kao što su poštovanje žrtava i njihovih potomaka i jednoglasna osuda nehumanih postupaka. Ova ideja je doživela svoju realizaciju u malom broju država, ali je istovremeno izazvala burne diskusije i polemike. U vezi sa ovom odredbom je i sugestija državama da sankcionišu delo genocida,⁴⁷ čime se ukazuje na blisku vezu između ove pojave i zločina mržnje.

Prema Preporuci, krivično pravo treba da obezbedi da budu kažnjeni svi oblici učestvovanja u delu (pored izvršilaštva, podstrekavanje i pom-

⁴⁵ Tačka 18.

⁴⁶ Obrazloženje preporuke dato na kraju preporuke, strana 19.

⁴⁷ Tačka 19.

aganje), a ulazak u kriminalnu zonu bi trebao da postoji već kod pokušaja.⁴⁸ Takođe, državama se sugeriše da predvide kaznenu odgovornost pravnih lica.⁴⁹

Za slučaj da je učinjeno neko drugo delo osim onih koja su posebno pomenuta, predlaže se da rasna motivacija predstavlja otežavajuću okolnost.⁵⁰ Tvorci preporuke na taj način sugerišu dve vrste inkriminacija: prvu vrstu bi predstavljali kvalifikovani oblici postojećih krivičnih dela koji su poimenično navedeni, dok bi u svim ostalim slučajevima, koji nisu posebno nabrojani, rasna i slična motivacija morala da bude uzeta kao otetavajuća okolnost pri odmeravanju kazne. Ova odredba oslikava realno stanje u krivičnim zakonima savremenih država.

Poslednja tačka poglavlja o krivičnom pravu je posvećena sankcijama.⁵¹ Pored proklamacije kojom se ukazuje na to kakav bi trebalo da bude karakter sankcija (delotvorne, srazmerne, odvraćajuće), predlažu se i pomoćne (sporedne) ili alternativne sankcije. Iako bi se iz prethodnih odredaba moglo zaključiti da su zločini mržnje izuzetno opasni i društveno štetni, predložene mere ukazuju na to da su ponekad i sasvim blage sankcije dovoljne da pojedine učinioce odvrate od daljeg vršenja krivičnih dela.

U poglavlju „zajedničke odredbe“, predložene su dve mere krivičnoprocesnog karaktera. One se odnose na žrtve, odnosno oštećene krivičnim delom, kao i na druge učesnike krivičnog postupka. Žrtvama i oštećenima treba obezbediti besplatnu pravnu pomoć, ukoliko nemaju dovoljno materijalnih sredstava i zaštititi ih od osvete učinilaca. Zaštitu od osvete takođe treba obezbediti licima koja prijavljuju takva dela i svedocima.⁵²

Preporuka o generalnoj politici broj 9 je posvećena borbi protiv antisemitizma. Preporukom 9⁵³ se reafirmiše ideja iskazana u Preporuci broj 1⁵⁴ i državama sugeriše da rasno motivisana krivična dela tretiraju ozbiljnije od običnih i da pod rasnu motivaciju svrstaju i antisemitsku. U suštini, ova Preporuka se veoma malo razlikuje od Preporuke 7 i očigledno je doneta da bi se reafirmisao stav o potrebi posebne zaštite od akata antisemitizma.

⁴⁸ Tačka 20.

⁴⁹ Tačka 22.

⁵⁰ Tačka 21. Isto je sugerisano Preporukom broj 1.

⁵¹ Tačka 23.

⁵² Tačke 26 i 27.

⁵³ Tačka 5.

⁵⁴ Videti tačku 3, podtačka 2, Preporuke broj 1.

U Preporuci se navodi iscrpan spisak ponašanja koja počivaju na antisemitskim osećanjima, a koja treba predvideti kao krivična dela,⁵⁵ dok bi postojanje krivičnog dela trebalo da bude uslovljeno namerom (umišljanjem) učinjocu. Državama se sugeriše inkriminisanje potpuno istih ponašanja kao u Preporuci broj 7. Jedina razlika u odnosu na ovu Preporuku je da su akti motivisani specifičnim oblikom rasne, nacionalne i verske netolerancije – antisemitizmom. Iz teksta Preporuke 9 se vidi da akti mogu biti počinjeni prema osobama stvarnog ili pretpostavljenog jevrejskog identiteta ili porekla. Delo, dakle, ne postoji samo ako je učinjeno prema Jevreju, već i ako je učinjeno prema nekom za koga se samo pretpostavlja da je Jevrej. Na ovaj način se puno veći značaj daje antisemitskoj motivaciji nego samom aktu. Takođe, krivično delo postoji i ako je učinjeno prema osobi koja sebe ne doživljava i ne identificuje kao Jevreja, ali koja ima jevrejsko poreklo.

U odnosu na Preporuku 7 dodata su samo dva nova ponašanja: javno negiranje, umanjivanje važnosti, opravdavanje ili opraštanje holokausta i skrnavljenje ili blaćenje, s ciljem antisemitizma, jevreske imovine i spomenika.⁵⁶ Holokaust predstavlja specifičan oblik viktimizacije čije su žrtve isključivo bili Jevreji i zbog toga je uvršten u ovu Preporuku. Formulacija druge odredbe, iza koje se krije delo oštećenja ili uništenja imov-

⁵⁵ Tačka 6, podtačke a do i. Državama se preporučuje inkriminisanje sledećih dela:

- a. Javno podstrekavanje na nasilje, mržnju i diskriminaciju protiv osobe ili grupe osoba na osnovu njihovog jevrejskog identiteta ili porekla;
- b. Javne uvrede i klevete osobe ili grupe osoba na osnovu njihovog stvarnog ili pretpostavljenog jevrejskog identiteta ili porekla;
- c. Pretnje protiv osobe ili grupe osoba na osnovu njihovog stvarnog ili pretpostavljenog jevrejskog identiteta ili porekla;
- d. Javno izražavanje, sa ciljem antisemitizma, ideologije koja podcenjuje ili ocrnjuje grupu osoba na temelju njihovog jevrejskog identiteta ili porekla;
- e. Javno negiranje, umanjivanje važnosti, opravdavanje ili opraštanje holokausta;
- f. Javno negiranje, umanjivanje važnosti, opravdavanje ili opraštanje, s ciljem antisemitizma, zločina genocida, zločina protiv čovečnosti ili ratnih zločina počinjenih protiv osoba na osnovu njihovog jevrejskog identiteta ili porekla;
- g. Širenje ili deljenje u javnosti, ili proizvodnja ili pripremanje radi širenja ili deljenja u javnosti, s ciljem antisemitizma, pisanih, slikovnih ili drugih materijala koji sadrže pojave iz gore navedenih tačaka a do f;
- h. Skrnavljenje ili blaćenje, s ciljem antisemitizma, jevreske imovine i spomenika;
- i. Osnivanje ili vodenje grupe koja propagira rasizam; podrška takvoj grupi (kao što je osiguravanje finansijskih sredstava grupi, zadovoljavanje drugih materijalnih potreba, pravljenje ili nabavljanje dokumenata), učestvovanje u njenim aktivnostima sa namerom doprinošenja krivičnim delima iz tačaka a do h.

⁵⁶ Tačka 6, podtačke e i h.

ine, najverovatnije je uslovljena praktičnim iskustvom o najčešćim načinima ispoljavanja antisemitizma

Državama se takođe sugeriše da inkriminuš ista ponašanja koja su već pomenuta u preporukama 1 i 7, kao što je delatnost rasističkih organizacija⁵⁷ i podsticanje, odnosno podstrekavanje na mržnju,⁵⁸ koje može biti učinjeno na različite načine.⁵⁹

Kao i u prethodnim preporukama,⁶⁰ i na ovom mestu se ukazuje na nužnost suzbijanja zločina počinjenih putem interneta, satelitske televizije i drugih savremenih načina informisanja i komunikacije,⁶¹ kao i na obavezu pronalaženja mehanizama za raspuštanje organizacija koje propagiraju antisemitizam.⁶²

Zaključak

Broj međunarodnih dokumenata kojima se rešenje za zločine mržnje traži u sferi krivičnog prava nije velik. Iako su i pored razlika u odnosu na diskriminaciju, ove dve pojave često predmet regulisanja istih međunarodnih dokumenata, zločinima mržnje i krivičnopravnoj reakciji na njih se posvećuje izuzetno malo pažnje.

Ipak, postojeći dokumenti predstavljaju sasvim dovoljnu osnovu od koje bi države mogle da krenu pri inkriminisanju zločina mržnje. Pri tome, postoje značajne razlike u rešenjima koja nude obavezujući i neobavezujući instrumenti. One očigledno proizilaze iz različitog pravnog dejstva ovih dokumenata, kao i iz činjenice da su neobavezujući dokumenti vezani za evropski kontinent, dok su obavezujući univerzalnog karaktera.

Najpre, Konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije koristi pravnu terminologiju i predstavlja dokument čije su odredbe dovoljno precizne da bi se mogle implementirati u unutrašnje pravo. Ipak, tekst Konvencije je očigledno sastavljen tako da može da zadovolji specifičnosti različitih pravnih sistema, jer obuhvata najmanji zajednički sadržalac prihvatljiv za veliki broj država. Preporuke su u tom smislu znatno sveobuhvatnije i za razliku od Konvencije pretenduju da ponude najrazličitije sugestije za rešavanje praktičnih problema.

⁵⁷ Podtačka i.

⁵⁸ Podtačka a.

⁵⁹ Podtačke d i g.

⁶⁰ Preporuke 1, 6 i 7.

⁶¹ Tačka 7.

⁶² Tačka 9.

Preporuke takođe sugerišu širu zaštitu društvenih grupa, jer pored grupa koje štiti Konvencija, ukazuju na potrebu zaštite religijskih i jezičkih grupa. Ipak, ni jedan od ovih dokumenata ne pominje polne grupe, grupe zasnovane na seksualnoj orijentaciji, godinama života i zdravstvenom stanju.

Kada se radi o konkretnim inkriminacijama, Konvencija, sasvim očekivano, insistira na propisivanju manjeg broja precizno određenih krivičnih dela. Preporuke su i u ovom smislu raznovrsnije i produbljenije, pa osim sugestija o tome šta bi inkriminacije trebalo da propisuju, predlažu i načine na koje bi to moglo da bude učinjeno – u formi posebnih krivičnih dela ili kvalifikovanih oblika običnih krivičnih dela, a takođe se bave nekim drugim krivičnopravnim problemima, kao što su uzimanje u obzir motiva kao otežavajuće okolnosti, kažnjavanje za pokušaj, odgovornost pravnih lica.

Zločini mržnje sve više nalaze svoje mesto u savremenom međunarodnom pravu. Istina, za sada su oni daleko detaljnije regulisani mekim međunarodnim pravom. Ipak, imajući u vidu da ovaj problem nije rešen i da svest o značaju međunarodne aktivnosti na tom planu raste, može se očekivati da će neka od rešenja predviđenih neobavezujućim dokumentima naći svoje mesto i u instrumentima koji ustanovljavaju pravne obaveze država potpisnica.

*Milena Pavlović, Assistant
Novi Sad Faculty of Law*

Hate Crimes in International Law

Abstract

Hate crimes, which could be defined as acts committed out of perpetrator's hate towards the victim's group, are particularly dangerous and destructive to the society. Crimes against one's race, nationality, ethnicity, religion or other characteristic can lead to further conflicts and destroy the core and the basic values of a society, which revolve around the idea of equality.

International law can serve as a powerful tool for suppressing hate crimes, because it is capable of fulfilling two objectives. Firstly, it can provide a basic framework which countries can further develop so as to adapt it to their specific needs. Secondly, international initiative shows a strong commitment of the international community to suppress various forms of intolerance, which have a tendency of globalizing.

The paper presents the most important international instruments for the fight against hate crimes. In order to locate proper legal norms, a very important distinction between discrimination and hate crimes is made. Only those instruments that provide the protection using the mechanisms of criminal law are considered, and they are further divided to obligatory and non-obligatory norms, in order to comprehend their specificities.

ODELJAK ZA INOSTRANE AUTORE

343.26(439)
343.8(439)

László Köhalmi, LL. M.
Pécs faculty of Law

LIFE IMPRISONMENT IN HUNGARIAN PENAL LAW

I. Regulatory antecedents

Abstract: The study demonstrates the Hungarian Regulation of life imprisonment. It discusses those Regulation anomalies, which arise in case of release on Probation from Persons convicted to life imprisonment.

The introduction of life imprisonment has already been appealed in the proposal of 1843.¹ Two forms of imprisonment were distincted: imprisonment for life (until death) or for a specified term, and detention. The Act V, 1878 – under the well known professional name as Csemegi Code² – was the first codified penal code regulating life imprisonment. The legislators introduced this sanction, because life imprisonment is the only penalty which can be applied – by keeping up a slight graduality – instead of capital punishment – as Professor Ferenc Nagy stated, referring to the arguments of Csemegi Code.³ In the centre of its penalty system the sanction of imprisonment⁴ can be found, controlling

¹FAYER, László (editor): Az 1843-iki Büntetőjogi Javaslatok Anyaggyűjteménye [Collection of Materials for Criminal Law Proposals 1843], Volume I. Magyar Tudományos Akadémia, Budapest, 1896, p.35.

² The proposition of Penal Code was proposed and codificated by Károly Csemegi Minister of Justice, the name orginates from this time.

³NAGY, Ferenc: Az életfogytig tartó szabadságvesztés-büntetésről (Európai kitekintés alapján) [On Life Imprisonment, based on European overreview], In.: Emlékkönyv Cséka Ervin egyetemi tanár születésének és oktatói munkásságának 25.évfordulójára, Szeged, 1992, 377.p.

⁴ NAGY, Ferenc: A Magyar Büntetőjog Általános Része, átdolgozott, bővített kiadás [General Part of Hungarian Criminal Law, reviewed, enhanced edition], Korona Kiadó, Budapest, 2004, p.367.

five types: penitentiary detention,⁵ the minimum security state prison, prison, correctional institute and in case of misdemeanour - the custody.

The Act II, 1950 was special in a way as contained only general part regulations, and maintained the form of lifelong imprisonment (besides capital punishment).⁶

The Penal Code, 1961 originally disregarded the sanction of life imprisonment⁷ but the Law Decree 28, 1971 on the Modification of Penal Code reintroduced⁸ life imprisonment in the Hungarian Penal Law.⁹ According to Professor József Földvári legislators intended to surmount the distance between capital punishment and the longest period of imprisonment for specified term.¹⁰

The Decision of Constitutional Court 23/1990 stated non-compliance with constitution in case of this sanction. As Professor András Szabó stated in his parallel arguments, the grounds of capital punishment within the system of penal law could be found in the sanctioning aims and the expediency of sanctions, so they must be considered as non-compliant with the Constitution as well. The penal force of a state has no right to take away someone's life. A Constitutional State must not have anybody hung on! However it has the right to employ a punishment within legal completeness and to apply repressive and proportional sanctions. However, proportional sanction can be imposed without employing capital punishment. As mankind has already refused penalty by maiming human bodies, capital punishment should also be given up. The principle of proportional punishment would not suffer a slur on its reputation if you place the gallows and the guillotine next to the whipping bench in the criminal museums.¹¹

The modification of Penal Code, 1993 had a significant element - namely that it precluded the release on probation of a person sentenced to imprison-

⁵Corpus Juris Hungarici DVD, Csemegi Code 22.§ „Penitentiary detention lasts for life or it has a specified term. The longest term of penitentiary detention with specified term is 15 years, and the shortest one is two years.”

⁶ Sec (1) 32.§ Act II 1950. „The prison lasts for life or for a specified term. A börtön életfogytig vagy határozott ideig tart. (2) The longest term of penitentiary detention with specified term is 15 years, and the shortest is 30 days.”

⁷Act IV 35.§ 1961. Imprisonment is to be imposed for a specified term. The longest term of it is 15 years, in case of culmulated or concurrent penalty 20 years. ”

⁸ HOFFER, Ferenc: Nagy ügy –kis (?) csapdával [Big Case- with Small (?) Trap], Ügyészek Lapja, 1997/5, p.59.

⁹Act 28. 1971. Order with Act Force on the modification and amendment of Penal Code 37.

[§] Imprisonment lasts for life or for a specified term. The shortest term of imprisonment with specified term is 30 days, the longest is 15 years, in case of culmulated or concurrent penalty 20 years..”

¹⁰FÖLDVÁRI, József: Magyar Büntetőjog – Általános Rész, 7., átdolgozott kiadás [General Part of Hungarian Criminal Law, 7. reviewed, enhanced edition], Osiris Kiadó, Budapest, 2003, p.256.

¹¹Parallel opinion of Professor András SZABÓ Constitutional Judge

ment, though only in one case. The effect of life imprisonment to be able to replace capital punishment was then fed by one condition to some extent. In spite of the unchanging number of more grievous manslaughter cases, the courts have approached to the highest limit of excluding the release on probation in almost at the same proportion, as it was earlier concerning capital punishment.

According to Professor *Mihály Tóth* this belief gradually weakened as grievance and structure of crimes changed and the demand to extend the application of lifelong imprisonment emerged.

Since the middle of 1990's different legislative opinions concerning sanctions against organised crime have forecasted the possibility of stricter penal sanctions in case of crimes with extreme objective real grievance.

Since 1999 the circle of crimes connected to organised crime have increased, at the most grievous cases of which life imprisonment can also be imposed.¹²

II. Life imprisonment de lege lata

By the Argumentation of 1978 on the effective Hungarian Penal Code life imprisonment has undetermined term, but several authors represent different opinions. The life imprisonment includes a sense of undefiniteness – as the sanction lasts until the death of the convicted, the turn of which is indefinite – still it cannot be considered as indefinite sanction in the letter by letter comprehension of the word. In this last case – as *Ágnes Balogh* stated – the release depends on the executing organs. When the term established in the act has exceeded, the convicted on life imprisonment can be released on probation if the court had not excluded the possibility of release on probation earlier. In terms of this, life imprisonment is definite in the sense that it states the term during which the convicted can not be released.¹³

The imprisonment for unspecified term means that the court in its sentence does not establish clear imprisonment, but it will depend on further decisions brought by executing the final term of the sanction, depending on its successfulness.

Distincting the life imprisonment from the imprisonment on specified term is also significant from the point of view of that some regulations of the act concern only sentencing on definite term, so they cannot be applied for the life imprisonment as being an imprisonment for not specified term.

¹²TÓTH, Mihály: A büntetőjogi jogkövetkezmények tana [Doctrine of Criminal Law Consequences], In: Büntetőjog Általános Rész [General Part of Criminal Law]: BELOVICS, Ervin-BÉKÉS, Imre-BUSCH, Béla-MOLNÁR, Gábor-SINKU, Pál-TÓTH, Mihály, szerk.(ed.): BÉKÉS, Imre, HVG-ORAC Lap- és Könyvkiadó Kft., Budapest, 2002, pp.250-251.

¹³BALOGH, Ágnes-KÓHALMI, László: Büntetőjog I. – Általános Rész, [Criminal Law I. – General Part] Dialóg Campus Kiadó, Budapest-Pécs, 2003, p.156.

Such measures are as follows:

- separate regulations are applied to release on probation
- no fine may be imposed besides life imprisonment
- sentence on life imprisonment cannot be included in concurrent sentence
- the convicted may not enjoy judicial dispensation, he can only be given release from the aggravating legal consequences upon prior conviction through gaining clemency.

According to current law lifelong imprisonment can be the sanction of different crimes, but always as an alternative sanction besides imprisonment from 10 to 15, from 5 to 15 years. After banning capital punishment [23/1990 (X.31.) Decision of CC] lifelong imprisonment is the strictest punishment in our sanctioning system. By prevailing view lifelong imprisonment did not become an exceptional penalty, this concept referred only to capital punishment. Different opinions can also be found. As Professor *Imre A. Wiener* and *Katalin Ligeti* stated, life imprisonment is an alternative sanction, and as such it is exceptional. Its exceptional nature is strengthened by the fact that it can be imposed only for anybody over 20.¹⁴

Life imprisonment, as threat of grievest sanction can be imposed in case of 30 crimes (against state: 4, against peace: 2, belligerent: 5, common criminal: 9, military: 10) as established in PC, but agreeing with Professor *Ferenc Nagy*, only one of these has practical significance - qualified cases of wilful homicide –, because lifelong imprisonment is imposed in the Hungarian courts only in these cases.¹⁵

Imprisonment is usually imposed with a definite term by the court. Sec (2) Art 40 PC states the general minimum and maximum of this sanction, such as the extent lower or higher of which cannot be included in the provisions of Special Part, and which cannot be exceeded by the courts when applying Special Part. The act establishes two months as the shortest term of imprisonment, the longest period as 15 years, or 20 years in case of accumulated and concurrent sentence, or when committing crime in organised form.

Imprisonment is a unified form of penalty, but it can differ not only in its term but in the degree of execution also, serving its individualisation. By the Sec (1) Art 41, PC the imprisonment is to be executed in a penal institution, such as penitentiary institution, prison or minimum security prison.

¹⁴WIENER, A. Imre-LIGETI, Katalin: Büntetéstan [Science of Penalty], In: BÁRD Károly-GELLÉR, Balázs-LIGETI, Latalin-MARGITÁN, Éva-WIENER, A. Imre: Büntetőjog Általános Rész [Criminal Law I. – General Part], szerk. (ed.): WIENER, A. Imre, KJK-Kerszöv Jogi és Üzleti Kiadó Kft., Budapest, 2002, p.165.

¹⁵ NAGY, Ferenc: A Magyar Büntetőjog Általános Része, átdolgozott, bővített kiadás [General Part of Hungarian Criminal Law reviewed, enhanced edition], Korona Kiadó, Budapest, 2004, p.370.

In accordance with Sec (1) Art 47/A the court can decide on the release of the convicted either by establishing the earliest date of release, or by excluding the possibility of it.

If probation is not excluded, than the minimal term without release must be determined. By the provisions of the act it can be 20 years, in case of not lapsing crimes it can happen after 30 years imprisonment. Since the court applies life imprisonment only in case of the grievest crimes against life, as a main rule the release on probation is possible after 30 years. The latest date of release on probation is not established in the act, it should be decided by the court. This way more than 30 years can also be determined. If the established term – in proportion with the age of the convicted – is equal to the average human life span, – it results in the exclusion from release on probation, states *Ágnes Balogh*.¹⁶

The court may decide to exclude the convicted from the possibility of being released on probation. In this case the convicted can only be released from the life imprisonment through executional clemency.

Art 47./B includes the rules for a case when life imprisonment and imprisonment for specified term coincide. Its based on the provision of Art 69, PC, in accordance with which imprisonment for a specified term cannot be imposed in case of life imprisonment.

The cases regulated in Art 47/B are differentiated according to when the crime the crime was committed -whether the crime because of which convicted is sentenced on imprisonment for specified term had been committed before the sentence of life imprisonment came into force, or in which section of spending life imprisonment had committed it.

Sections (1)–(2) of Article 47/B regulate those cases when the convicted is sentenced for imprisonment for specified term for a crime before the lifelong imprisonment came to force. In these cases the convicted has to fulfil the final decision on the punishment of imprisonment.

Conviction can be accomplished at two times: during the actual execution of life imprisonment, or during the probational time.

The court proceeding in these cases has no possibility to decide: its duty is restricted to calculate the new possible and earliest date of release. Neither the possibility of probational release from the imprisonment for a specified term nor the time spent in preliminary arrest can be taken into account.

The regulations stated in the Sections (3)-(4), Art 47/B concern the cases when the convicted is sentenced on imprisonment in a final decision because of committing a crime during the execution of life imprisonment. Sentencing can happen at the two times mentioned above. In these cases then the court decides

¹⁶BALOGH, Ágnes-KŐHALMI, László: Büntetőjog I. – Általános Rész [Criminal Law I. – General Part], Dialóg Campus Kiadó, Budapest-Pécs, 2003, p. 168.

on the possible earliest time of release. During this – within certain limits – the court can consider the new possible earliest time for which the release can be delayed. The delay has to be at least 5 years even if the term of sentence was shorter than that. The court, when deciding on the term of delay (between 5 and 20 years), considers not only the term of imprisonment for specified term, but the category of the crime under sentencing in the new case, the motivations of committing it, the further circumstances and the behaviour of the convicted during executing the imprisonment.

Sec (5) Art 47/B refers to the cases when the convicted person sentenced on life imprisonment is sentenced on imprisonment for a specified term, because of committing a crime during being released on probation. In this case it does not matter whether the sentencing takes place during being on probation or after its exceeding. The release on probation is dismissed in both cases, and the earlier date of it is delayed for the term of imprisonment on specified term, but for minimum 5 and maximum 20 years.

Art 47/C. includes the general conditions of releasing on probation, which is equal –regarding its essence – to the rules of imprisonment for specified term. The differences – in the opinion of *Ágnes Balogh* – are only in that in case of life imprisonment it is the court who may decide on the earliest date of releasing on probation, while in case of imprisonment for specified term it is regulated by the law.¹⁷

The PC makes the exclusion of release on probation for the court possible. The provision on this does not give any rules on the limit of judicial consideration. This solution of real life imprisonment – in the opinion of Professor *Ferenc Nagy* – can be considered as disquieting and reprehensible from the view of constitution, legal comparison and imposition, but even from practical-execution. By the Art 47/A of PC it cannot be compared to more guarantial penal principles like e.g. to the principle of a nulla poena sine lege certa, or to the one on human dignity, to the prohibition of inhuman and cruel punishment, or to the thought of promoting resocialisation etc.¹⁸

The court cannot release the person convicted for life imprisonment on probation if the convicted in question was sentenced for life imprisonment again. In this case the court resolves in a sentence about the fact that the convicted cannot be released on probation from an earlier life imprisonment.

¹⁷BALOGH, Ágnes-KŐHALMI, László: Büntetőjog I. – Általános Rész [Criminal Law I. – General Part], Dialóg Campus Kiadó, Budapest-Pécs, 2003, p. 169.

¹⁸NAGY, Ferenc: A Magyar Büntetőjog Általános Része, átdolgozott, bővített kiadás [General Part of Hungarian Criminal Law reviewed, enhanced edition], Korona Kiadó, Budapest, 2004, p.370.

Release on probation from life imprisonment¹⁹

1. In the sentence of the court

A) determines the possible earliest date

– at least 20 years

– in case of non-lapsing crimes minimum 30 years

B) excludes the possibility of release on probation

2. If the perpetrator is sentenced for imprisonment for specified term because of committing a new crime, the release on probation is formed as follows: [Art 47/B.PC]:

Time of committing another crime	Time of adjudging the further crime	Its legal consequence
Before being sentenced on life imprisonment	During the execution of life imprisonment	The earliest date of release on probation is delayed for the term of the imprisonment for specified term
Before being sentenced on life imprisonment	Releasing on probation from life imprisonment	Terminates release on probation and delays for term of imprisonment for specified term.
During the execution of life imprisonment	During the execution of life imprisonment	The earliest date of release on probation is delayed for the term of the imprisonment for specified term, but at least 5 and maximum 20 years.
During the execution of life imprisonment	During being released on probation from life imprisonment	The earliest date of release on probation is delayed for the term of the imprisonment for specified term, but at least 5 and maximum 20 years.
During the execution of probation from life imprisonment	During being released on probation from life imprisonment	The earliest date of release on probation is delayed for the term of the imprisonment for specified term, but at least 5 and maximum 20 years.

III. De lege ferenda

The sanction of life imprisonment is generally criticized in the Hungarian special literature on law.

¹⁹BALOGH, Ágnes-KŐHALMI, László: Büntetőjog I. – Általános Rész [Criminal Law I. – General Part], Dialóg Campus Kiadó, Budapest-Pécs, 2003, p. 170. The table was accomplished by Ágnes Balogh.

Before accepting the PC, Kálmán Györgyi stated that the possibility of release on probation after 20 years in prison in case of life imprisonment is too high.²⁰

In the opinion of Zoltán Juhász in a constitutional state the state does not have unlimited penal force: the public forces can interfere in the rights and freedom of the individuals only with the necessary authorisation and reason. The requirements - determined in Art 8 of the Hungarian Constitution - are directives on penal sanctions, such as basic rights can be limited only in accordance with the law, and in the interest of defence of an other basic or constitutional right, and only in avoidable cases, to the necessary extent and in proportional method. The legal regulation giving the possibility to impose life imprisonment seems to contradict to this.²¹

Ágnes Kelemen draws attention to the fact that life imprisonment is the infringement of constitutional rights, as the convicted lives in uncertainty for a long not knowing when or whether probation becomes possible. The convicted also does not know the exact consequences of his behaviour in the prison on the chances of being released on probation. That can cause further problems for the executing authorities and the officers of the prisons as well.²²

According to Ferenc Nagy the real life imprisonment de lege ferenda is not an elimination of an inhuman penal sanction and constitutional conformity. In his opinion the exclusion of releasing on probation in the sentence should be eliminated. Furthermore, in accordance with the European trends the present minimum penal term to be spent actually – which is extremely high and not acceptable by the determinational requirements –, and the term of being on probation should be decreased in the future. There is another argument for the elimination of life imprisonment: even a convicted person has to be given the hope of planning his future, returning to society.

Mihály Tóth stated that life imprisonment cannot be conformed with the whole modern legal system, and what is more, this sanction is inhuman and unjustifiable. It all shows that we are still far from the accomplishment of an effective, expedient and just penal system.²³

²⁰GYÖRGYI, Kálmán: Büntetések és intézkedések [Punishments and Sanctions], Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, Budapest, 1984, p.22.

²¹JUHÁSZ, Zoltán: Jog a reményhez [Right for Hope], Fundamentum, 2005/2, p. 88.

²²KELEMEN, Ágnes: A halálbüntetés eltörleése és az életfogytiglani szabadságvesztés gyakorlata Angliában [Application and abolition of capital punishment in England], Magyar Jog, 1991/1, p.48.

²³TÓTH, Mihály: A büntetőjogi jogkövetkezmények tana [Doctrine of Criminal Law Consequences], In: Büntetőjog Általános Rész [General Part of Criminal Law]: BELOVICS, Ervin-BÉKÉS, Imre-BUSCH, Béla-MOLNÁR, Gábor-SINKU, Pál-TÓTH, Mihály, szerk.(ed.): BÉKÉS, Imre, HVG-ORAC Lap- és Könyvkiadó Kft., Budapest, 2002, p.252.

The ongoing privatisational processes in penal execution concerning life imprisonment emerge significant questions.²⁴ How much the human rights can be guaranteed in a privatised prison, in such a place, where the state control can operate only to a minimal extent? How can the resocialisation and the profit maximum be brought to a common denominator? So it can be stated about the privatisational processes in penal execution that they emerge many unreplied questions.

Some opinions claim that the question here is not about privatisation but about reprivatisation.²⁵ According to Professor György Vókó this name sounds tempting – however historically it means a certain return,- it is only the surface, because the reason of past actions is never the same as of those happening at present, and the words for them also rarely mean the same.²⁶

Even if we do not share *Nils Christie*' opinion –who says that in western type democracies a 'penal industry' has been formed bearing the classical features of industry and these prisons work like western type gulags,²⁷ we still have to admit that penal jurisdiction is in a special state as it is not threatened by lack of sources since the supply seems to be inexhaustible. It is a branch of industry which can be compared to the Australian rabbits or the wild martens in Norway, almost not having natural enemies.²⁸

Nowadays, when the criminal political model of „law and order” and its different mutants, announcing the slogans like more effective attempts against terrorism and organised crime, have accepted irrational criminal solutions and thrown away classical, guarantial criminal principles, and when postmodern gladiator training institutions²⁹ (boot camps) are mushrooming we have to stop

²⁴KÖHALMI, László: *Jogállam és büntetőeljárás – avagy kétélyeim az ezredforduló krimináljoga felől* [State of Rule of Law and Criminal Procedure – such as my doubts about Criminal Law at the turn of the Millennium], In: Keresztsmetszet- tanulmányok fiatal büntető-jogászok tollából, szerk. (ed.): KARSAI, Krisztina, Pólay Elemér Alapítvány Könyvtára 7., Szegedi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar Büntetőjogi és Büntető Eljárási jogi tanszéke, Pólay Elemér Alapítvány, Szeged, 2005, p. 136.

²⁵ See ESER, Albin: *Funktionswandel strafrechtlicher Prozessmaximen: Auf dem Weg zur „Reprivatisierung“ des Strafverfahrens?*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 104 Band, Heft 2 (1992), pp. 376-381. Eser is warning on the dangers of a hasty privatisation

²⁶VÓKÓ, György: *Elmélkedés a büntető felelősségre vonás privatizációjáról* Nyugat-Európában [Cogitation upon the privatization of penal sentences' execution in West-Europe], *Jogtudományi Közlöny*, 2004/12, pp.418-419.

²⁷CHRISTIE, Nils: *Büntetésipar* [Crime Control as Industry], Osiris Kiadó, Budapest, 2004, p.15.

²⁸ CHRISTIE, Nils: *Büntetésipar* [Crime Control as Industry], Osiris Kiadó, Budapest, 2004, pp.13-14.

²⁹LŐRINCZ, József: *Büntetőpolitika és a büntetés-vérehajtás konzekvenciái az ezredfordulóm* [Sanctioning Policy and the Consequences of Penal Execution at the turn of the Millennium], In: GYÖRGYI Kálmán ünnepi kötet, ELTE ÁJK Libri Amicorum 11., KJK-Kerszöv Jogi és Üzleti Kiadó Kft., Budapest, 2004, p.394.

for a minute and consider whether this legislating direction is right. Can life imprisonment be collated with the idea of state of law?

Professor András Szabó claimed that in a constitutional state the state cannot have unlimited penal power, as the public power itself is limited. In a state of rule of law penal law is not only a sanctioning tool, but it has legal-moral values itself, as a result of the developing penal culture and the guarantial, constitutional rules, and as such it is value-preserved also. Penal law is the legal basis of practising penal power and at the same time a discharging resolution for the defence of human rights.³⁰

Although András Szabó established his thoughts concerning the elimination of capital punishment in Hungary, these ideas should be considered in connection with imprisonment as well.

Those arguing for the actual life imprisonment often say that this sanction is necessary in case of terrorists.³¹

Professor László Korinek draws the attention to the fact that the so called second line of antiterrorist acts offers a way-out, a return for the terrorists who have changed their mind and show repentance, if their ideology has also been changed. In this case they may count on a much commuted penalty when being sentenced.³²

Summing up our ideas we can draw the conclusion that the regulating system of actual life imprisonment is to be reconsidered by the Hungarian legislators and they have to make efforts to create legal regulation in compliance with the requirements of a constitutional state of law.

³⁰ SZABÓ, András: *Jogállami forradalom és a büntetőjog alkotmányos legitimítása* [Revolution in a Rule of State and Constitutional Legitimacy of Criminal Law], Belügyi Szemle, 1999/10, p.8.

³¹SZÉKELY, János: *Szabadságvesztés-büntetés és jogpolitika* [Punishment of Imprisonment and Legal Policy], Magyar Jog, 1974/ 9, p.513. In the opinion of János Székely considering the latest developments of terrorism a state would disarm itself by renouncing of capital punishment, as the only effective criminal sanction against its enemies.

³² KORINEK, László: *Az antiterrorista harc eszközei, különös tekintettel a büntetőjogra* [Means of Antiterrorist Fight, with Special Regard to Criminal Law], In: Emlékönyv LOS-ONCZY István professzor halálának 25.évfordulójára, szerk. (ed.): GÁL, István László-KÖHALMI László, Studia Iuridica Auctoritate Universitatis Pécs Publicata 138, Pécs, Pécsi Tudományegyetem Állam- és Jogg tudományi Kar, Pécs, 2005, p.196.

*Laszlo Kohalmi, viši asistent
Pravnog fakulteta u Pečju*

Kazna doživotnog zatvora u Krivičnom pravu Mađarske

Rezime

U *prvom delu* autor daje istorijski prikaz zakonskih rešenja u Mađarskoj koja se odnose na kaznu doživotnog zatvora. U ovom delu rada hronološki su izneta zakonska rešenja u Mađarskoj od uvođenja kazne doživotnog zatvora u Krivični zakon još 1878. godine. Takođe, izneti su i različiti stavovi pojedinih autora o opravdanosti ove kazne, kao i odluke Ustavnog suda Mađarske o zakonitosti i ustavnosti uvođenja ove kazne.

U *drugom delu* rada, koji ujedno predstavlja i centralni deo rada, analizirana su pozitivnopravna rešenja koja se odnose na uslove izricanja kazne doživotnog zatvora, razlike u odnosu na izricanje kazne zatvora na određeni vremenski period, uslovna sloboda. Posebno je obradeno pitanje šta se dešava u slučaju da se kazna zatvora na određeno vreme i kazna doživotnog zatvora mogu izreći u istom krivičnom predmetu. Takođe je posebna pažnja posvećena mogućnost izricanja uslovne slobode licima kojima je izrečena kazna doživotnog zatvora.

Treći deo rada je posvećen kritičkim osvrtima brojnih autora na pozitivnopravno rešenje kazne doživotnog zatvora u Mađarskoj i usaglašenosti ovih propisa sa Ustavom Mađarske. Na ovom mestu u radu su dati i predlozi de lege ferenda.

