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

ZBORNIK RADOVA
COLLECTED PAPERS

XLII 1 – 2 (2008)

NOVI SAD, 2008.

ZRPFNS, Godina XLII Novi Sad, br. 1–2 (2008)

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 Munćan (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

Recezenti:

Dr Jožef Salma, redovni profesor, Dr Srđan Šarkić, redovni profesor
Dr Rodoljub Etinski, redovni profesor, Dr Marijana Pajvančić, redovni profesor
Dr Dragan Milkov, redovni profesor, Dr Milo Bošković, redovni profesor
Dr Olga Cvejić-Jančić, redovni profesor, Dr Dušanka Đurđev, redovni profesor
Dr Ranko Keča, redovni profesor, Dr Gordana Vukadinović, redovni profesor
Dr Maja Stanivuković, redovni profesor, Dr Dušan Nikolić, redovni profesor
Dr Ištvan Feješ, redovni profesor

Od aprila 2008. godine Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu
pod nazivom Proceedings of Novi Sad Faculty of Law je u punom tekstu dostupan u
EBSCO bazi Academic Search Complete.

Kompjuterska obrada teksta

Goran Hajzler

Štampa:
„KriMel“ Budisava
Tiraž: 300 primeraka

SADRŽAJ

Dr Marijana Pajvančić, redovni profesor
Pravo na ravnopravnost polova – demokratsko pitanje i ustavni princip 11

Dr Đorđe Popov, redovni profesor
Značaj inostranih investicija za privrednu stabilnost Srbije 29

Dr Fuada Stanković, redovni profesor
Značaj preduzetništva za ekonomije u krizi 45

Dr Stevan Šogorov, redovni profesor
Karakteristike i pravna dejstva ugovora o prenosu udela u društvu s ograničenom odgovornošću 55

Dr Srđan Šarkić, redovni profesor
Car i zakon u govorima Temistija 67

Dr Jožef Salma, redovni profesor
Pravne osobine građansko-pravne odgovornosti 79

Dr Mile Vranješ, redovni profesor
Struktura i trendovi kretanja javnih prihoda u zemljama članicama Evropske unije i u Srbiji 99

Dr Rodoljub Etinski, redovni profesor
Proces promocije ljudskih prava u Evropskoj uniji 115

Dr Zoran Arsić, redovni profesor
Pojam skupštine akcionarskog društva, kvorum za rad i većine za donošenje odluka 133

Dr Olga Cvejić-Jančić, redovni profesor
Prava deteta prema pravu Srbije – harmonizacija sa evropskim i međunarodnim konvencijama 145

Dr Antun Malenica, redovni profesor
O rimskom pogledu na kauzu posla, kauzu obligacije i kauzu prestacije u kontraktima 167

Dr Dragan Milkov, redovni profesor
Zaštitnik građana Republike Srbije 197

Dr Predrag Jovanović, redovni profesor
Zlostavljanje na radu kao pravno pitanje u međunarodnom i evropskom pravu 217

Dr Ljubomirka Krkljuš, redovni profesor
Nacionalna prava u dokumentima srpskog pokreta u južnoj Ugarskoj 1848-1849 235

Dr Gordana Vukadinović, redovni profesor
Savremena shvatanja pravne države kod naših profesora prava 257

Dr Dušanka Đurđev, redovni profesor
Pravna priroda odgovornosti prevozioca 267

Dr Milo Bošković, redovni profesor
Kriminalne grupe i organizacije 291

Dr Ranko Keča, redovni profesor
O načelu pomoći neukoj stranci u parničnom postupku 309

Dr Miloš Marjanović, redovni profesor
O pravima životinja – stavovi studenata Pravnog fakulteta u Novom Sadu koji su pohađali kurs iz pravne etike 321

Dr Gordana Kovaček-Stanić, redovni profesor
Dete u porodici sa jednim roditeljem: izdržavanje i porodični dom 341

Dr Danica Popov, redovni profesor
Sticanje prava svojine okupacijom stvari 359

Dr Ljubomir Stajić, redovni profesor
Pravni okvir privatne bezbednosti u svetlu savremenog shvatanja pojma bezbednosti 373

Dr Maja Stanivuković, redovni profesor
Dr Sanja Đajić, vanredni profesor
Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju i prelazni trgovinski sporazum Srbije i Evropskih zajednica 391

Dr Dušan Nikolić, redovni profesor
Evropsko privatno pravo u kontekstu globalizacije 413

Dr Bernadet Bordaš, redovni profesor
Specifičnosti harmonizacije u oblasti međunarodnog porodičnog prava u EZ 433

Dr Ištvan Feješ, redovni profesor
Zakonitost primene DNK analize u krivičnom postupku 453

Dr Magdolna Sič, vanredni profsor
Fiducia i *pignus* u izvorima postklasičnog rimskog prava - sinonimi ili termini korišćeni za različite vrste zaloge? 475

Dr Marija Salma, vanredni profesor
Postupak povodom prava insolvencije EU 499

Dr Radenka Cvetić, vanredni profesor
Jedinstvena evidencija nepokretnosti 513

Dr Drago Divljak, vanredni profesor
Pravni značaj subvencija 529

Dr Senad Jašarević, vanredni profesor
Mobing u praksi i dokumentima EU i Srbije 543

Dr Snežana Brkić, vanredni profesor
Ustav Srbije iz 2006. godine i nagoveštaj novih akuzatorskih elemenata u krivičnom postupku 559

Dr Zoran Lončar, docent
Položaj pokrajinske uprave u predlogu Statuta Autonomne pokrajine Vojvodine 569

Dr Tatjana Lukić, docent
Evropa i borba protiv terorizma 589

Dr Dragiša Drakić, docent
Mere bezbednosti obaveznog lečenja narkomana i alkoholičara prema novom Krivičnom zakoniku Srbije 613

Dr Branislav Ristivojević, docent
O opštim oblicima krivice u rimskom Statutu 627

Gordana Drakić, asistent
Formiranje pravnog sistema u međuratnoj jugoslovenskoj državi 645

Mr Sanja Radovanović, asistent
Ugovori o licenci softvera na omotu proizvoda 677

Mr Jelena Vidić, asistent
Naslednopravne posledice odnosa srodstva, braka i vanbračne zajednice u pravu Engleske 695

Mr Dragana Ćorić, asistent
Recepcija austrijskog (germanskog) koncepta zaštite stečenih prava u srpskoj pravnoj nauci 723

Mr Sandra Fišer-Šobot, asistent
Ugovorno određenje saobraznosti robe 737

Mr Petar Đundić, asistent
Postupak za izdavanje evropskog platnog naloga 751

Mr Bojan Tubić, asistent
Sudska kontrola legalnosti međunarodnih ugovora koje zaključuje Evropska Zajednica 763

Mr Boško Tripković, asistent
Evropski nalog za hapšenje u praksi ustavnog sudstva: ka kooperativnom konstitucionalizmu 785

Mr Maša Kulauzov, asistent
Položaj žena u porodičnoj zadruzi prema običajnom pravu Južnih slovena 807

Mr Atila Dudaš, asistent
Mogućnost opoziva ponude za zaključenje ugovora i odgovornost ponudioca za nesavesno vođenje pregovora 817

Mr Vladimir Marjanski, asistent
Utvrđivanje emisione cene akcija 837

Mr Milena Pavlović, asistent
Zločini mržnje u kontekstu restorativne pravde 857

Marko Knežević, asistent
O pojmu i značaju arbitrabilnosti 873

ODELJAK ZA INOSTRANE AUTORE

Dragan Zlatović, dipl. pravnik
Uvjeti zaštite u žigovnom pravu 895

Dr Tamaš Antal, docent
Porota u Mađarskoj 927

Dr Kristina Karšai, docent
Princip uzajamnog priznanja u međunarodnoj krivičnopravnoj saradnji 941

In memoriam Prof. dr Pavle Jovanović 955

TABLE OF CONTENTS

Marijana Pajvančić, Ph. D., Full Professor
Right to gender equality – a democratic issue and constitutional principles 11

Đorđe Popov, Ph. D., Full Professor
The Importance Foreign Direct Investments for the Economic Stability of Serbian Economy 29

Fuada Stanković, Ph. D., Full Professor
The Importance of Entrepreneurship for Economies in Crisis 45

Stevan Šogorov, Ph. D., Full Professor
Characteristics and legal effects of transfer of shares in private company contract 55

Srđan Šarkić, Ph. D., Full Professor
Emperor and Law in The Orations of Themistios 67

József Szalma, Ph.D., Full Professor
Legal features of civil liability /Delimitation of civil from criminal liability/ 79

Mile Vranješ, Ph. D., Full Professor
Structure and trends of public revenues in the European Union member states and Serbia 99

Rodoljub Etinski, Ph. D., Full Professor
Process of Promotion of Human Rights in the European Union 115

Zoran Arsić, Ph. D., Full Professor
Shareholders meeting, quorum and majorities 133

Olga Cvejić-Jančić, Ph. D., Full Professor
Rights of the child under serbian law - harmonization with European and International conventions - 145

Antun Malenica, Ph. D., Full Professor
About the Roman view on the *causa negotii*, *causa obligationis* and on the causa of performance in contracts 167

Dragan Milkov, Ph. D., Full Professor
The Protector of Citizens of the Republic of Serbia 197

Predrag Jovanović, Ph.D. Full professor
Harassment at work as a legal issue in international and European law 217

Ljubomirka Krkljuš, PhD Full Professor
National rights in documents of the serbian movement in South Hungary 1848-1849 235

Gordana Vukadinović, Ph. D., Full Professor
Contemporary concepts of rule of law as seen by serbian professors of legal science 257

Dušanka Đurđev, Ph. D., Full Professor
Legal nature of transport liability 267

Milo Bošković, Ph. D., Full Professor
Criminal groups and organizations 291

Ranko Keča, Ph. D., Full Professor
On the principle of giving hints to the ignorant party in civile procedure 309

Miloš Marjanović, Ph. D., Full Professor
Animal Rights: Attitudes of Novi Sad Faculty of Law Students Attending to the Legal Ethics Course 321

Gordana Kovaček-Stanić, Ph.D., Full Professor
Child in a single parent family: maintenance and family home 341

Danica Popov, Ph.D. Full Professor
Ownership acquired by occupation 359

Ljubomir Stajić, Ph. D., Full Professor
The legal frame of private security in the light of contemporary perception of the security concept 373

Maja Stanivuković, Ph. D., Full Professor
Sanja Đajić, Ph. D., Associate Professor
Stabilisation and Association Agreement and Interim Trade Agreement between Serbia and the European Community 391

Dušan Nikolić, Ph. D., Full Professor
European private law in the context of globalization 413

Bernadet Bordaš, Ph. D., Full Professor
Specific features of law-harmonization in international family law in the EC 433

Feješ Ištvan, Ph. D., Full Professor
The Lawful Use of DNA analyses in Criminal Procedure 453

Magdolna Sič, Ph. D., Associate Professor
Fiducia and pignus in sources of post-classical roman law – synonyms or terms utilized for different kinds of pledges? 475

Marija Salma, Ph. D., Associate Professor
Procedure concerning the eu insolvency law- in light of regulations of our bankruptcy law in the field of restructuring of an insolvent debtor – 499

Radenka Cvetić, Ph. D., Associate Professor
Uniform real estate public records 513

Drago Divljak, Ph. D., Associate Professor
Legal significance of subsidies 529

Senad Jašarević, Ph. D., Associate Professor
Mobbing in Practice and Documents of the EU and Serbia 543

Snežana Brkić, Ph. D., Associate Professor
Constitution of Serbia from 2006. and announcement the new accusatorial elements in criminal procedure 559

Zoran Lončar, Ph.D., Assistant Professor
Status of the provincial government in the Draft for the Statute of the Autonomous Province of Vojvodina 569

Tatjana Lukić, Ph.D., Assistant Professor
Europe annd Counterterrorism: Strengthening Police and Judicial Cooperation 589

Dragiša Drakić, Ph.D., Assistant Professor
Safety measures of obligatory treatment of alcoholics and drug addicts according to the new serbian criminal code 613

Branislav Ristivojević, Ph.D., Assistant Professor
On general forms of culpability in Rome statute 627

Gordana Drakić, LL.M. Assistant
Arising of the Legal System in the Yugoslav State between the Two World Wars ... 645

Sanja Radovanović, LL.M. Assistant
The Shrink-Wrap Software Licence Agreements (New Forms of Contracting) 677

Jelena Vidić, LL.M., Assistant
Inheritance law effects of kinship, marriage and cohabitation in the law of England 695

Dragana Ćorić, LL.M. Assistant
Reception of Austrian (german) concept of protection of acquired rights in Serbian legal science 723

Sandra Fišer-Šobot, LL.M. Assistant
Contractual requirements for the conformity of the goods 737

Petar Đundić, LL.M. Assistant
European order for payment procedure 751

Bojan Tubić, LL.M. Assistant
Judicial Legality Review of International Treaties of the European Community 763

Boško Tripković, LL.M. Assistant
European Arrest Warrant in Constitutional Courts' Case Law: Pursuing Cooperative Constitutionalism 785

Maša Kulauzov, LL.M. Assistant
Position of Women in *zadruga* according to Customary Law of South Slavs 807

Attila Dudás, LL.M., Assistant
Revocation of offer and liability for conducting negotiations in bad faith 817

Vladimir Marjanski, LL.M. Assistant
Determining of shares' emission price (Pricing) 837

Milena Pavlović , LL.M. Assistant
Hate crimes in the context of restorative justice 857

Marko Knežević, LL.M., Assistant
On the notion and importance of arbitrability 873

Dragan Zlatović, dipl. iur.
Uvjeti zaštite u žigovnom pravu 895

Antal Tamás, Ph.D., Assistant Professor
The Jury in Hungary 927

Krisztina Karsai, Ph.D., Assistant Professor
The principle of mutual recognition in the international cooperation in criminal matters 941

In memoriam Prof. dr Pavle Jovanović 955

Originalni naučni rad 342.7:305

Dr Marijana Pajvančić, redovni profesor
Pravni fakultet u Novom Sadu

PRAVO NA RAVNOPRAVNOST POLOVA – DEMOKRATSKO PITANJE I USTAVNI PRINCIP

Sažetak: *Pravo na ravnopravnost polova je jedno od osnovnih opšteljudskih prava. To je demokratsko pitanje i jedna u redu osnovnih vrednosti evropskog kulturnog prostora. Svoju normativnu potvrdu ovo pravo dobilo je u Evropskoj konvenciji o zaštiti ljudskih prava i dokumentima Evropske unije ili Saveta Evrope. U evropskoj ustavnosti, posebno u zemljama tranzicije, beleži se uticaj međunarodnih dokumenata koji regulišu pravo na ravnopravnost polova i propisuju mere za stvaranje povoljnijeg normativnog i institucionalnog okvira koji omogućuje efektivno korišćenje ovih prava. Predmet pažnje u ovom prilogu su najvažnija opšta ustavna načela koja postavljaju okvir za efektivno ostvarivanje prava na ravnopravnost polova.*

Ključne reči: *ravnopravnost polova, ustav, demokratija, socijalna pravda, politika jednakih mogućnosti, posebne mere.*

1. USTAVNE GARANCIJE PRAVA NA RAVNOPRAVNOST POLOVA – OPŠTI OKVIR

Osnovne odredbe ustava i uvodne opšte odredbe u poglavljima o ljudskim pravima i slobodama sadrže više načelnih garancija koje se ne odnose samo na ravnopravnost polova, već na sva ljudska prava i slobode koje ustav garantuje. Upravo zbog načelnog karaktera ovih ustavnih odredbi i njihovog opšteg značaja za ukupnost ljudskih prava garantovanih ustavom, pravo na ravnopravnost polova i sva posebna prava i slobode koja predstavljaju opera-

cionalizaciju opštih ustavnih odredbi u različitim oblastima ljudskih prava, nužno je posmatrati u kontekstu ovih opštih ustavnih garancija jer one definišu opšti ustavni okvir za sva posebna prava i slobode.

Ovom prilikom predmet posebne pažnje su opšte ustavne odredbe relevantne za sagledavanje sadržaja, kvaliteta i dometa ustavnog garantovanja ravnopravnosti polova. Razlog što je izabran ovakav pristup leži u tome što se, prilikom razmatranja ustavnih garancija ravnopravnosti polova često gube iz vida opšti ustavni principi koji definišu opšti ustavni okvir za normativni, institucionalni i najširi socijalni kontekst u kojem je (ne)moguće efektivno realizovati pravo na pravnopravnost žena i muškaraca. Zato u ovom momentu naša pažnja neće biti okrenuta analizi ustavnih odredbi koje najneposrednije garantuju različita pojedinačna prava vezana za pravo na ravnopravnost polova, već će predmet pažnje biti ona opšta ustavna načela koja definišu opšte pretpostavke za ostvarivanje prava na ravnopravnost polova. Među načelima ustava i opštim ustavnim odredbama posebno značajne su one koje se odnose na: koncept političke zajednice (ustavne države), njenu prirodu i svojstva; politiku jednakih mogućnosti kao obavezu države zasnovane na načelu socijalne pravde; prirodu i karakter odnosa međunarodnog i unutrašnjeg prava, posebno kada su u pitanju međunarodni dokumenti o ljudskim pravima i uključivanje međunarodnih standarda ljudskih prava u domaću legislativu; neposrednu primenu ustava posebno njegovih odredbi o ljudskim pravima; odstupanja i ograničenja ljudskih prava, uslove pod kojima su ona dopuštena i postupak po kome se odlučuje o odstupanju ili ograničenju prava; jemstvo stečenih prava i dr.

1.1 Koncept političke zajednice (ustavne države)

Sadržaj i kapacitet ljudskih prava koja garantuje ustav, posebno sloboda i prava koje štite kvalitet života i one oblasti društvenog života u kojima su žene faktički (ne retko i normativno) diskriminisane (rad, zapošljavanje, naknade za rad i dr.) u velikoj meri zavise od toga kako ustav definiše osnovne principe na kojima počiva država kao politička zajednica. To je posebno važno pitanje u zemljama tranzicije budući da su u pitanju prava koja su žene u predtranzicijskom periodu efektivno koristile, a u tranziciji su upravio ta prava (tzv. „skupa prava“) pod udarom, ukidanjem ili bitnim restrikcijama. Pred ustavotvorcima ovih zemalja bila je dilema da li je liberalna država u kojoj su zakonitosti tržišne privrede osnovni princip koji definiše i status pojedinca u zajednici, povoljniji okvir za tranziciju, ili je to liberalno demokratska država, koja ne protivreči prin-

cipu slobodne tržišne utakmice, ali preuzima na sebe teško breme obaveza koje slede iz principa socijalne pravde i štiti socijalni status građana?

Liberalni koncept ustavne države u prvi plan ističe zakonitosti tržišne privrede i vladavinu prava kao osnovne vrednosti. Konsekvence po status ljudskih prava su liberalno shvaćena individualna sloboda, kao prostor ljudskih prava u koji država nema pristup izuzev u slučaju kada je sloboda ili pravo povređeno. Tada je intervencija države u ovo područje dopuštena. Ona je legalna i legitimna, jer angažman države ima za cilj samo da otkloni povredu koja je naneta slobodi ili pravu.

Liberalno demokratski koncept ustavne države uvažava zakonitosti tržišne privrede, garantuje vladavinu prava, ali ovim vrednostima dodaje još jednu ne manje važnu – socijalnu pravdu kao princip kojim se država (država blagostanja) rukovodi štiteći socijalnu sigurnost građana i građanki.[1] Za kvalitet i sadržaj ljudskih prava to znači priznavanje i garantovanje ne samo osnovnih ljudskih i političkih prava već i socijalno ekonomskih prava kao podjednako važne grupe ljudskih prava. Pored toga, načelo socijalne pravde nalaže neposrednu aktivnost države i pretpostavlja aktivan odnos države (zakoni, mere, strategije, programi, politike, aktivnosti) u realizaciji i efektivnom ostvarivanju socijalno ekonomskih prava.[2] Bez tog aktivnog angažmana i planskog učešća države ova prava nije moguće ostvariti. Za efektivno ostvarivanje prava na ravnopravnost polova i posebno za ostvarivanje seta prava koja bliže regulišu sadržaj prava na ravnopravnost polova u pojedinim oblastima (rad, zapošljavanje, politika, obrazovanje, porodica, socijalna zaštita i dr.) ove garancije imaju izuzetan značaj, naročito u zemljama tranzicije.

---

[1] U komparativnoj ustavnosti npr. Ustav Švedske koji u osnovnim načelima propisuje da su „lično, ekonomsko i kulturno blagostanje pojedinca osnovni ciljevi aktivnosti državne zajednice“ (član 2 stav 2);Ustav Italije koji u osnovnim načelima utvrđuje da „Republika priznaje i garantuje nepovrediva prava čoveka, bilo kao pojedinca, bilo kao člana društvenih organizacija u kojima se razvija njegova ličnost, i zahteva ispunjenje neopozivih dužnosti političke, ekonomske i društvene solidarnosti“ (član 2); Ustav Poljske koji u osnovnim načelima propisuje da je Poljska „demokratska pravna država koja ostvaruje princip socijalne pravde“ (član 2); Ustav Rusije u čijim osnovnim načelima je zapisano da je Ruska federacija „socijalna država čija je politika usmerena na stvaranje uslova koji obezbeđuju dostojan život i slobodan razvoj čoveka“ (član 7 stav 1). Ustav Srbije izričito propisuje da je socijalna pravda jedan od principa na kojima počiva Republika Srbija (član 1).

[2] Ustav Irske u poglavlju o socijalnoj politici izričito ustanovljava ovu obavezu države: „Država će u praksi sprovoditi svoju politiku u pravcu obezbeđenja da svi građani, i muškarci i žene, imaju jednaka prava na adekvatna sredstva koja su im neophodna za život, kao i da u okviru svojih zanimanja mogu pribaviti dovoljno sredstava za svoje potrebe.“ (član 45 stav 2).

1.2 Politika jednakih mogućnosti kao obaveza države

Politika jednakih mogućnosti je opšti institucionalni okvir koji stoji na raspolaganju državi, koja uvažava načelo socijalne pravde da preduzima različite mere (zakoni, politike, strategije i dr.) u pravcu efektivnog ostvarivanja ravnopravnosti žena i muškaraca kao i svake druge grupe lica koji su direktno ili indirektno normativno ili faktički diskriminisani. Smisao i svrha politike jednakih mogućnosti jeste da izgradi pretpostavke za takav društveni kontekst u kome će biti moguće ostvariti normativno proklamovanu ravnopravnost žena i muškaraca. Posebne mere koje država preduzuima su instrument kojim država vodi politiku jednakih mogućnosti.

Zato je sa stanovišta ustavnog garantovanja prava na ravnopravnost polova važno, još u osnovnim načelima ustava[3] garantovati ravnopravnost žena i muškaraca i obavezati državu da vodi politiku jednakih mogućnosti i preduzima posebne mere koje su instrument realizacije politike jednakih mogućnosti.[4]

U ustavu bi trebalo koristiti nediskriminatornu terminologiju jer je to prvi, i često najjednostavniji korak, kojim država izražava spremnost da uvaži i poštuje načelo ravnopravnosti polova. To je molguće učiniti na više načina: korišćenjem i muškog (građanin) i ženskog (građanka),[5] korišćenjem neutralne forme (svako/niko)[6] ili načelnom ustavnom klauzulom koja uključuje korišćenje oba roda.[7]

---

[3] Tome u prilog govori komparativna ustavna praksa i međunarodni dokumenti (članovi 3 i 4 Konvencije o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena; Završni dokument IV Konferencije OUN o ženama / Peking 1995; Povelju Evropske bezbednosti, paragraf 3; Deklaraciju o jednakosti između žena i muškaraca kao fundamentalnom kriterijumu demokratije, odeljci A i B /Istambul 13 – 14 XI 1997; član 16 Direktive Saveta Evrope br. 78 od 27. XI 2000 i dr.).

[4] Npr. Ustav Španije u osnovnim odredbama propisuje da su „javne vlasti dužne da unapređuju uslove da sloboda i jednakost pojedinaca i grupa kojima oni pripadaju budu stvarni i efektivni; da uklanjaju smetnje koje uskraćuju ili otežavaju njihovo puno korišćenje, kao i da olakšaju učešće svih građana u političkom, ekonomskom, kulturnom i socijalnom životu“ (član 9 stav 2), kao i Ustav Austrije koji u osnovnim načelima propisuje da se „savez, pokrajine i opštine staraju o stvarnoj ravnopravnosti žena i muškaraca naročito u uklanjanju stvarno postojećih nejednakosti“ (član 7 stav 2). Ustav Srbije sadrži ovu garanciju u članu 15 koji propisuje „Država jemči ravnopravnost žena i muškaraca i razvija politiku jednakih mogućnosti“.

[5] Npr. Ustav Estonije.

[6] Videti dokumente Međuparlamentarne unije – posebno Plan rada za korigovanje sadašnje neravnoteže između učešća žena i muškaraca u političkom životu – tačka B IV / Pariz 1994) nalažu da jezik koji se koristi u zakonodavstvu ne sme biti diskriminatoran i

1.3 Odnos međunarodnog i unutrašnjeg prava

Ljudska prava su univerzalne vrednosti koje se štite ne samo propisima unutrašnjeg već u sve većoj meri i propisima međunarodnog prava. U novijoj ustavnosti univerzalne garancije ljudskih prava sadržane u međunarodnim dokumentima o ljudskim pravima prihvataju se i u unutrašnjem pravu i garantuju ustavom. Ustav sadrži više načela koja regulišu odnos međunarodnog i unutrašnjeg prava i posebno status međunarodnih izvora ljudskih prava u unutrašnjem pravnom poretku.

Za ustavno regulisanje ravnopravnosti polova odnos međunarodnog i unutrašnjeg prava je posebno značajan, jer brojni akti međunarodnog prava regulišu i štite pravo na ravnopravnost polova. Pominjemo samo nekoliko osnovnih ustavnih pravila u ovom kontekstu.

Načelo neposredne primene međunarodnog prava (ratifikovanih konvencija i opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava). Ovde je nužno istaći posebno značaj eksplicitnog ustavnog pravila po kojem su nacionalni sudovi obavezni da sude ne samo na osnovu i u okviru ustava i zakona, već i međunarodnih ugovora.[8]

Primat međunarodnog prava nad unutrašnjim pravom i usaglašavanje unutrašnjeg prava sa međunarodnim standardima.[9]

---

preporučuju državama da revidiraju ustave i eliminišu termine koji teže zagovaranju polnog stereotipa.

[7] Primer takve klauzule nalazimo u Ustavu Austrije koji u osnovnim odredbama propisuje da se „službene oznake mogu upotrebljavati samo u obliku koji izražava pol njihovog nosioca. Isto važi i za titule, akademske stepene i oznake zanimanja“ (član 7 stav 3).

[8] Npr. Ustav Poljske propisuje da „ratifikovani međunarodni ugovor, po njegovom objavljivanju u službenom glasilu (Dnevnik zakona) postaje deo nacionalnog pravnog poretka i neposredno se primenjuje“ (član 91 stav 1). Ustav Srbije ne pruža jasan odgovor na ovo pitanje, jer su pravila koja se odnose na ovo pitanje protivurečna i nepotpuna. Tako „sud sudi na osnovu Ustava, zakona, drugih opštih akata ako je to predviđeno zakonom, opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava i potvrđenih međunarodnih ugovora“ (član 142 stav 2); kada su pak u pitanju poresude Ustav propisuje da se „sudske odluke zasnivaju na Ustavu, zakonu, potvrđenom m eđunarodnog ugovoru i propisu donetom na osnovu zakona“ (član 145 stav 2), dok su sudije prilikom suđenja vezane i „potčinjene samo Ustavu i zakonu“ (član 149 stav 1).

[9] Npr. Ustav Španije propisuje da se „norme koje se odnose na osnovna prava i slobode koje Ustav priznaje, tumače saglasno Sveopštoj deklaraciji prava čoveka i međunarodnim ugovorima i konvencijama kojer se odnose na ova pitanja, a koje je Španija ratifikovala“ (član 10 stav 2). Ustav Srbije načelno priznaje primat međunarodnih izvora prava nad unutrašnjim pravom, ali samo kada je u pitanju tumačenje odredbi o ljudskim i manjinskim pravima, (član 18 stav 3) dok opšte pravilo o odnosu međunarodnog i unutrašnjeg prava propisuje da međunarodni izvori (potvrđeni međunarodni ugovori) moraju biti u skladu sa Ustavom (član 16 stav 2) i u skladu sa tim ustanovljava nadležnost Ustavnog

Pravo na zaštitu ljudskih prava pred međunarodnim telima koja uključuje dva osnovna vida zaštite: prvi, nadzor (monitoring) nad ostvarivanjem međunarodnih standarda ljudskih prava kao obavezu države sa jedne strane ali i pravo drugih subjekata (npr. NVO) da i sami nadziru ostvarivanje prava garantovanih međunarodnim dokumentima; i drugi koji garantuje pravo pojedinca/pojedinke da se obrate međunarodnim telima za zaštitu ljudskih prava uključiv i odgovarajuće međunarodne sudove.

Obaveza države da garantuje i obezbedi primenu odluka međunarodnih tela koje se odnose na zaštitu ljudskih prava. Ustavom se eksplicitno definiše obaveza države (nadležnih organa) da izvrše odluke međunarodnih tela za zaštitu ljudskih prava.[10]

Zabrana ograničenja prava ili slobode pod izgovorom da nisu zajemčena ustavom koju sadrže neki ustavi,[11] takođe ukazuje na primat međunarodnog nad unutrašnjim pravom.

1.4 Neposredna primena ustava

Za status prava na ravnopravnost polova kao jednog od osnovnih ljudskih prava kao i ljudskih prava uopšte posebno je važno kojim se aktom garantuje sadržaj određenog prava ili slobode. Ako je taj sadržaj garantovan ustavom tada su u pitanju osnovna ili ustavna prava čiju sadržinu zakonodavac nema pravo da reguliše. Kada se pak radi o pravima čiji sadržaj ustav ne reguliše neposredno, već to prepušta zakonodavcu tada su u pitanju zakonska, a ne ustavna prava. Pravo na ravnopravnost polova je jedno od osnovnih ustavnih prava što određuje i status i kvalitet ovog prava u ustavnom sistemu, a posebno u sistemu zaštite ljudskih prava.

U pogledu čvrstine ustavnih garancija i tretmana zaštite ustavna prava imaju ekskluzivno mesto u katalogu ljudskih prava, jer zakonodavcu

---

suda da ocenjuje saglasnost potvrđenih međunarodnih ugovora sa Ustavom (član 167 stav 1 tačka 2).

[10] Npr. Povelja o ljudskim i manjinskim pravima SRG (član 9 stav 3). Ustav Srbije ne sadrži sličnu odredbu, pa se može postaviti pitanje ko će biti nadležan da sprovede odluku međunarodnih tela koja odlučuju o zaštiti ljudskih prava.

[11] Npr. Ustav Slovenije propisuje da „ni jedno ljudsko pravo ili sloboda regulisana pravnim propisima važećim u Sloveniji, ne mogu biti ograničeni pod izgovorom da ih ovaj Ustav ne priznaje ili da ih priznaje u manjem obimu“ (član 15 stav 5). U našoj ustavnosti primer je Povelja o ljudskim i manjinskim pravima SRG koja propisuje da „nije dopušteno ograničavanje ljudskih i manjinskih prava zajemčenih opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava, međunarodnim ugovorima koji važe u državnoj zajednici i zakonima i drugim propisima, pod izgovorom da ona nisu zajemčena ovom poveljom ili da su zajemčena u manjem obimu“ (član 8).

nije dopušteno da reguliše njihovu sadržinu,[12] dok kod zakonskih prava to nije slučaj. Zakonodavac može da reguliše samo način (postupak) ostvarivanja ustavnih prava, dok u slučaju zakonskih prava on ima puno ustavno ovlašćenje da uredi ne samo postupak ostvarivanja već i sadržinu prava.

Zakonska prava ustav uređuje samo blanketnom normom[13] koju nije moguće neposredno primeniti, već je potrebno zakonom urediti sadržaj i domet svakog od ovakvih prava. U ovom slučaju stvarnu sadržinu i kvalitet prava definiše zakon, a kako je zakon znatno lakše izmeniti nego što je to slučaj sa ustavom, status prava koja reguliše zakonodavac razlikuje se od statusa prava čiju sadržinu definiše ustav. To se posebno odnosi na njihovu stabilnost kao i zaštitu.

Za status prava na ravnopravnost polova kao jednog u grupi osnovnih ustavnih prava posebno su važne neke od sledećih ustavnih garancija:

Ekspricitna ustavna norma o *neposrednoj primeni ustavnih odredbi* o ljudskim pravima,[14] posebno njihova neposredna primena pred sudovima koja uključuje mogućnost i pravo suda da se u svojoj odluci neposredno pozove na ustavnu norm,u koja garantuje određeno pravo ili slobodu.

Ustavom propisan i regulisan sistem zaštite snovnih ustavnih prava posebno *neposredna ustavnosudska zaštita*[15] ovih prava pred ustavnim

---

[12] Npr. Ustav Slovenije propisuje da je „zakonom moguće propisati način ostvarivanja ljudskih prava i osnovnih sloboda ako Ustav tako određuje ili ako je to neophodno radi same prirode pojedinačnih prava ili sloboda“ (član 15 stav 2); Ustav Španije npr. propisuje da se „jedino zakonom, koji u svakom slučaju mora poštovati njihovu bitnu sadržinu, može regulisati vršenje ovih prava i sloboda“ (član 53 stav 1). Ustav Srbije utvrđuje da se „zakonom može propisati način ostvarivanja ljudskih prava samo ako je to Ustavom izričito predviđeno, ili ako je to neophodno za ostvarenje pojedinog prava zbog njegove prirode, pri čemu zakon ni u kom slučaju ne sme da utiče na suštinu zajemčenog prava“ (član 18 stav 2 in fine).

[13] Npr. ustavna norma koja garantuje pravo na zaštitu zdravlja najčešće glasi „Garantuje se zaštita zdravlja u skladu sa zakonom“, ili „Svako ima pravo na zaštitu zdravlja u skladu sa zakonom“.

[14] Npr. Ustav Slovenije propisuje da se „ljudska prava i osnovne slobode ostvaruju neposredno na osnovu Ustava“ (član 15 stav 1). Ustav Srbije sadrži ovu garanciju: „Ljudska i manjinska prava zajemčena ovim Ustavom neposredno se primenjuju“ (član 18 stav 1), koju dopunjuje pravilo da se „Ustavom jemče, i kao takva, neposredno primenjuju ljudska i manjinska prava zajemčena opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava, potvrđenim međunarodnim ugovorima i zakonom“ (član 18 stav 2).

[15] Npr. u ustavnom sistemu Španije tužba d Amparo (član 161 stav 1 tačka b). U ustavnom sistemu Srbije neposredna zaštita ljudskih prava ostvaruje se pred Ustavnim sudom. Rešenja u Ustavu Srbije i u ovom pitanju su nepotpuna. Među nadležnostima Ustavnog suda (član 167) ne navodi se izričito ova nadležnost, ali Ustav sadrži odredbe o ustavnoj žalbi kao instrumentu koji se može koristiti za zaštitu ljudskih prava pod uslovima propisanim Ustavom (član 170).

sudom (ili drugim sudskim organim kome je povereno odlučivanje o zaštiti ustavnosti).

Ustavom ustanovljeni *instrumenti neposredne ustavnosudske zaštite* ljudskih sloboda i oprava (institut ustavne žalbe).[16]

1.5 Odstupanja i ograničenja ljudskih prava

Posebno osetljivo pitanje za status prava na ravnopravnost polova i ustavnu zaštitu ovog prava jesu situacije u kojima su moguća i dopuštena odstupanja i ograničenja od ustavom garantovanih prava. Zbog značaja koji regulisanje ovog pitanja ima za status ljudskih prava ono je regulisano međunarodnim dokumentima o ljudskim pravima,[17] dok u unutrašnjem pravu sam ustav propisuje režim odstupanja i ograničenja ljudskih prava. Odstupanja i ograničenja ljudskih prava garantovanih ustavom dopuštena su i ustavna samo u slučaju kada do njih dolazi u ustavom propisanim slučajevima, po ustavom propisanom postupku i u ustavom dopuštenom obimu. Uslove pod kojima je ograničenje ili odstupanje dopušteno propisuje ustav. Obim ograničenja ili odstupanja postavlja načelno ustavno pravilo prema kome je merilo dopuštenosti ograničenja postavljeno svrhom koja se želi postići ograničenjem, sa jedne strane i procenom organa koji o tome odlučuje da li se svrha mogla postići i sa manjim ograničenjem prava. Svi drugi slučajevi sankcionišu se zabranom. Pomenuta pravila predstavljaju zabranu za državu, grupu ili pojedince da preduzmu bilo koju radnju usmerenu na ukidanje ustavom zajamčenog prava ili na njegovo ograničenje veće od onog koje ustav dozvoljava i po postupku koji je u ustavu propisan.

U međunarodnim dokumentima i komparativnoj ustavnosti eksplicitno se propisuje da mere odstupanja od ustavom garantovanih prava, čak i tada kada se one odnose na prava koja je moguće ograničiti ili kod kojih je odstupanje dopušteno, kada su one preduzete na osnovu Ustava,

[16] Npr. u ustavnom sistemu Austrije i Nemačke to je institut ustavne žalbe, u ustavnom sistemu Španije institut tužbe d Amparo. Ustav Srbije izričito reguliše samo institut neposredne ustavno sudske zaštite ljudskih prava. To je ustavna žalba koja se „može izjaviti protiv pojedinačnih akata ili radnji državnih organa ili organizacija kojima su poverena javna ov lašćenja, a kojima se povređuju ili uskraćuju ljudska ili manjinska prava i slobode zajemčena Ustavom“ (član 170), ali ne precizira kome se ova žalba podnosti, niti među nadležnostima Ustavnom suda pominje nadležnost vezanu za zaštitu sloboda i prava. Na zaključak da je Ustavni sud nadležan da postupa i odlučuje o neposrednoj zaštiti ljudskih prava upućuje samo činjenica da je odredba o ustavnoj žalbi sistematizovana u delu Ustava koji reguliše status Ustavnog suda.

[17] Pakt o građanskim i političkim pravima (član 4).

po ustavom propisanom postupku i kada je obim odstupanja usklađen sa svrhom zbog koje je odstupanje propisano, ne smeju imati za posledicu diskriminaciju zasnovanu na rasi, boji, polu, jeziku, veri ili socijalnom poreklu.[18] Dakle, mere odstupanja ili ograničenja bilo kog od ustavnom garantovanih prava ne smeju dovoditi do diskriminacije između žena i muškaraca.[19]

Naposletku, moguće je uočiti da se neka od posebnih prava[20] koja predstavljaju operacionalizaciju načelno garantovanog prava na ravnopravnost polova, nalaze u grupi tzv. apsolutno zaštićenih prava koja su izuzeta iz režima ograničenja ili odstupanja i koja ni pod kojim uslovima ne mogu biti podvrgnuta ograničenju niti se od ustavnih garancija ovih prava može odstupiti u bilo kojim okolnostima.

1.6 Jemstvo stečenih prava

Među opštim ustavnim garancijama koje se odnose na ljudska prava jedna je posebno važna za očuvanje kvaliteta i nivoa sloboda i prava koje su već bile dostignute i efektivno korišćene. To je eksplicitno ustavno garantovanje zaštite stečenih prava, kao i sadržaja, kvaliteta i obima koji su ta prava imala kako na normativnom planu tako i u realizaciji. Za set prava koja predstavljaju posebne oblike ostvarivanja prava na ravnopravnost polova u pojedinim oblastima ova načelna ustavna garancija je posebno značajna. To se naročito odnosi na prava u sferi rada, obrazovanja, zapošljavanja, zaštite zdravlja, porodične odnose, socijalnu sigurnost i dr. To su ujedno i oblasti u kojima su postojale i posebne podsticajne mere koje država (u skladu sa principom socijalne pravde) preduzimala vodeći politiku jednakih mogućnosti, a koje su doprinosile efektivnom ostvarivanju ravnopravnosti žena i muškaraca.

---

[18] Član 4 stav 1 Pakta o građanskim i političkim pravima. Identičnu odredbu sadrži i Ustav Srbije u članu 202 stav 2.

[19] Ustav Poljske čak eksplicitno zabranjuje bilo kakav vid ograničenja prava „isključivo zbog rase, pola, jezika, vere, socijalnog porekla, rođenja ili imovine“ (član 233 stav 2).

[20] Npr. u Ustavu Srbije među apsolutno zaštićenim ustavnim pravima i garancijama su: zabrana bilo kog vida izazivanja i podsticanja rasne, nacionalne, verske ili druge neravnopravnosti, mržnje i netrpeljivosti (član 48); pravo na zaključenje braka na osnovu slobodne volje supružnika (član 62); sloboda odlučivanja o rađanju (član 63); seksualno i ekonomsko iskorišćavanje lica u nepovoljnom položaju koje se smatra prinudnim radom (član 26). Ove garancije ne podležu ograničenjima niti su u odnosu na njih odstupanja dopuštena.

Ovo je primer norme koja se retko sreće u komparativnoj ustavnosti.[21] Ustav Srbije jemči očuvanje nivoa stečenih prava i njihovu zaštitu. Norma je opšta i odnosi se na sva ljudska i manjinska prava[22] i u tom pogledu razlikuje se od norme koja je bila uzor ovom rešenju i odnosila se samo na prava nacionalnih manjina.[23] Dva su osnovna argumenta u prilog stanovištu da je,u državi koja poičiva na principou socijalne pravde, za zaštitu prava na ravnopravnost polova izuzetno važno eksplicitno ustavno jemstvo stečenih prava. Prvi, da su ta prava građani i građanke već efektivno koristili pa se teško može braniti stanovište prema kojem dostignuti nivo sloboda i prava treba sužavati, i drugi, da su u zemljama tranzicije upravo ova prava pod udarom restrikcija i ograničenja pozivom na evropske standarde koji su često ispod već dostignutih standarda prava u zemljama koje su na putu evropskih integracija.

2. OSNOVNA (USTAVNA) PRAVA

Set osnovnih ljudskih prava (ustavnih prava) garantuje se ustavom svim osobama bez diskriminacije prema polu. Ovom prilikom nema potrebe posebno elaborirati svako od prava koje pripada kategoriji osnovnih prava (pravo na život, sloboda misli, sloboda savesti, lična sloboda i dr.) budući da se ustavom svako od ovih prava garantuje svakoj osobi pod jednakim uslovima. Zato među osnovnim pravima izdvajamo samo neka koja se bliže i neposrednije odnose na ravnopravnost građana i građanki kao pretpostavku ostvarivanja svih osnovnih ljudskih prava.

2.1 Ravnopravnost žena i muškaraca i zabrana diskriminacije

Među osnovnim ustavnim pravima garantovanje ravnopravnosti žena i muškaraca predstavlja osnovnu pretpostavku i uslov ostvarivanja svih drugih sloboda i prava. Primeri komparativne ustavnosti govore da je ovo pitanje u

[21] Npr. Ustav Rusije propisuje da u „Ruskoj federaciji ne mogu da se donose zakoni koji ukidaju ili umanjuju prava i slobode građana“ (član 55 stav 2).

[22] Član 20 stav 2 Ustava Republike Srbije propisuje da se „dostignuti nivo ljudskih i manjinskih prava ne može smanjivati“

[23] Član 57 Povelje o ljudskim i manjinskim pravima, u poglavlju u kome su sistematizovana prava i slobode nacionalnih manjina reguliše ovu pitanje na sledeći način: „Dostignuti nivo ljudskih i manjinskih prava, individualnih i kolektivnih, ne može se smanjivati. Ovim Poveljom se ne ukidaju niti menjaju prava i slobode stečena propisima koji su se primenjivali do stupanja na snagu ove Povelje, kao i prava stečena na osnovu međunarodnih ugovora kojima je SR Jugoslavija pristupila“.

ustavima regulisano različito kao i da u tome dominiraju dva pristupa. Jedan je onaj koji princip ravnopravnosti definiše pozitivno što se ogleda u eksplicitnoj garanciji principa ravnopravnosti. Drugi je onaj koji princip ravnopravnosti definiše samo implicitno, što se ogleda u propisivanju zabrane diskriminacije zasnovane na bilo kom ličnom svojstvu osobe.

Garantovanje ravnopravnosti[24] građana i građanki s obzirom na pripadnost polu ujedno uključuje i bračni status, porodični status, materinstvo, roditeljstvo i seksualnu orijentaciju što je bliže regulisano međunarodnim dokumentima.[25] Otuda se u komparativnoj ustavnosti najčešće eksplicitno navodi samo pripadnost polu, a ređe i svi različiti oblici u kojima se faktički iskazuje pripadnost određenom polu.

U nekim ustavnim sistemima sadržaj ustavne garancije ravnopravnosti s obzirom na pripadnost određenom polu, definisana je uže. Ustav ne garantuje ravnopravnost polova opštom normom, već bliže definiše područje na koje se odnosi garantovanje ravnopravnosti polova i tako bliže određuje sadržaj i kvalitet prava na ravnopravnost polova. U komparativnoj ustavnosti[26] ovaj vid garancija najčešće se sadržinski vezuje za pravnu jednakost i političku ravnopravnost.

Zabrana svake neposredne ili posredne diskriminacije na osnovu pripadnosti određenom polu takođe je jedan vid garantovanja ravnopravnosti polova. Kao što se može zapaziti ustavne garancije ravnopravnosti mogu biti određene samo pozitivno (jemstvo ravnopravnosti) ili samo negativno (zabrana diskriminacije) ili pak i pozitivno i negativno.

Nije suvišno garantovati ravnopravnost pozitivnom ustavom normom i ujedno eksplicitno ustavom zabraniti svaku vrstu diskriminacije zasnovane na pripadnosti određenom polu. Odlučujući argument za ovakav stav je upravo u tome što je na ovaj način moguće ustavom identifikovati osnovne vidove kršenja prava na ravnopravnost i zabraniti svaku vrstu (neposredna i

---

[24] U komparativnoj ustavnosti ovo pravo se garantuje i kao pravo na ravnopravnost (npr. član 3 stav 2 Ustava Nemačke propisuje da su „muškarci i žene ravnopravni“) i kao pravo na jednakost (npr. član 12 Ustava Slovačke). Sledeći međunarodne standarde treba jasno terminološki odrediti značenje i sadržaj prava koje ustav garantuje. Vrednost koja je predmet zaštite je odnos koji država ima spram subjekata – lica (građana i građanki) a koji počiva na njihovoj ravnopravnosti. U ovom slučaju garancija se odnosi na ravnopravnost, a ne na jednakost, jer među polovima postoje razlike. Ustav, dakle, može garantovati samo ravnopravnost, a ne jednakost među polovima.

[25] Konvencija o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena, član 1.

[26] Npr. Ustav Belgije garantuje „ženama i muškarcima ravnopravno korišćenje njihovih prava i sloboda i, posebno, ravnopravni pristup izabranim i javnim funkcijama“ (član 11 dodatak Ustavu); Ustav Švajcarske utvrđuje da „muškarac i žena imaju jednaka prava“ kao i da se „zakonom obezbeđuje njihova pravna i stvarna jednakost, pre svega u porodici, obrazovanju i radu“ (član 8 stav 2 čiji rubrum je pravna jednakost).

posredna)[27] diskriminacije. U slučaju kada je norma o ravnopravnosti samo pozitivno formulisana njen sadržaj ne precizira vidove diskriminacije, što je veoma važno za ostvarivanje prava na ravnopravnost polova, i stoga ustavna norma u tom segmentu ostaje insuficientna.

U nekim ustavnim sistemima u odredbama koje se odnose *na zabranu izazivanja i širenja netrpeljivosti i mržnje* primetno je da se ova zabrana odnosi samo na ugrožavanje nekih vrednosti koje ustav štiti (pripadnost određenoj rasi ili naciji) ili sloboda koje garantuje (npr. sloboda veroispovesti, sloboda nacionalnog opredeljivanja, sloboda političkog opredeljivanja), ali se izričito ne zabranjuje izazivanje i širenje netrpeljivosti i mržnje zasnovane na pripadnosti određenom polu. Navođenjem samo nekih ličnih svojstava (rasa, pripadnost određenoj naciji) ili uverenja (verska uverenja) zanemaruju se ostali, ne manje važni oblici diskriminacije koja je zasnovana na ličnim svojstvima (npr. boja kože, pol, godine starosti, psihički ili fizički invaliditet) ili uverenjima (npr. politička uverenja).[28]

Pravo na azil (utočište) je pravo koje garantuje većina ustava. To je pravo koje stranci stiču pod određenim uslovima. Ove uslove utvrđuje ustav, a zakonodavcu se najčešće delegira da reguliše postupak ostvarivanja prava na azil. Analiza ustavnih odredbi u komparativnoj ustavnosti[29] pokazuje da, među uslovima zbog kojih stranac može tražiti utočište, ustavi najčešće ne navode eksplicitno progon zbog pripadnosti određenom polu ili drugim svojstvima koja se neposredno vezuju uz pripadnost polu (bračni status, porodični status, materinstvo, roditeljstvo, seksualna orijentacija i dr.)

To govori u prilog stanovištu prema kome je prilikom utvrđivanja razloga i osnova po kojima se može zatražiti i steći azil zbog progona, potrebno uključiti i pripadnost polu.[30]

---

[27] Članovi 1 i 2 Konvencije o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena. Ustav Srbije izričito zabranjuje „svaku diskriminaciju, neposrednu ili posrednu, po bilo kom osnovu, a naročito po osnovu rase, pola, nacionalne pripadnosti, društvenog porekla, rođenja, veroispovesti, političkog ili drugog uverenja, imovnog stanja, kulture, jezika, starosti i psifičkog ili fizičkog invaliditeta“ (član 21 stav 3).

[28] Npr. Ustav Poljske (član 33). Ustav Srbije je primer koji to takođe potvrđuje, jer eksplicitno zabranjuje i smatra kažnjivim „svako izazivanje i podsticanje rasne, nacionalne i verske neravnopravnosti, mržnje i netrpeljivosti“, a sve druge osnove diskriminacije navodi u opštoj odredbi „druge neravnopravnosti“ (član 49).

[29] Ustav Mađarske npr. utvrđuje da „Republika Mađarska jemči pravo azila svakom državljaninu ili licu bez državljanstva koga u mestu stanovanja progone zbog rasnih, verskih, nacionalnih, jezičkih ili političkih razloga“ (paragraf 65 stav 1).

[30] Ustav Srbije garantuje pravo azila strancima, a među razlozima koji su osnov za sticanje ovog prava je između ostalog posebno naveden i „progon zbog pola“ (član 57 stav 1).

Pomenimo i to da se ova, moglo bi se reći „sistematska greška“ u ustavima kada sankcionišu delovanje koje je usmereno na kršenje osnovnog ustavnog pravila o ravnopravnosti polova, ponavlja i tada kada ustav utvrđuje *razloge za zabranu rada političke stranke ili bilo kog drugog udruženja*[31]. Među razlozima za zabranu rada političke stranke ne navodi se diskriminacija prema polu već samo rasna, nacionalna i verska mržnja i diskriminacija. Sličan primer nalazimo i prilikom navođenja razloga za *zabranu delovanja verskih zajednica*,[32] koji uključuju samo širenje rasne, nacionalne i verske mržnje i diskriminacije, ali ne i diskriminacije prema polu ili prema nekom drugom ličnom svojstvu.

2.2 Jednakost pred zakonom

Iako *garantovanje jednakosti*[33] *pred zakonom*[34] predstavlja samo jedno od područja na kome se iskazuje i ostvaruje jednakost žena i muškaraca (građana i građanki), posebno garantovanje jednakosti pred zakonom ima svoje opravdanje, jer je u pitanju status pojedinca / pojedinke u ustavnom i pravnom sistemu i pred zakonom sa jedne strane, i obezbeđenje minimuma jednakopravnosti, što je suštinska elementarna pretpostavka demokratije (načelo proceduralne pravde), sa druge. Tome u prilog govore i međunarodni standardi ravnopravnosti polova, među kojima je jedan od posebno značajnih standarda – jednakost pred zakonom koju izričito garantuju međunarodni dokumenti koji regulišu ravnopravnost polova, pre svega Konvencija o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena.[35] Jednakost pred zakonom uključuje posebno eksplicitno zakonsko garantovanje ovog vida jednakosti, poštovanje istovetnih prava muškaraca i žena u građanskim stvarima (pravo zaključivanja ugovora, pravo upravljanja imovinom), istovetno postupanje prema ženama i muškarcima u svim fazama postupka pred sudovima kao i istovetno postupanje prema ženama i muškarcima od strane sudija, pravnu i

[31] Npr. član 55 stav 3 Ustava Srbije.

[32] Npr. član 43 stav 4 Ustava Srbije.

[33] U ovom slučaju ispravno je koristiti termin jednakost, jer se radi o pravima koja svaka osoba ima pred zakonom, a ta su prava jednaka. Vrednost koju štiti ova ustavna klauzula je jedno pravo - pravo da se bude jednak pred zakonom.

[34] Ustavno pravilo definiše se i kao pravo na jednaku zakonsku zaštitu uz posebno naglašavanje da se to pravo ostvaruje bez ikakve diskriminacije, uključiv i diskriminaciju zasnovanu na pripadnosti određenom polu.

[35] Konvencija o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena u članu 15 posebno garantuje jednakost žena pred zakonom.

poslovnu sposobnost žena kao i jednako zakonsko garantovanje svih prava i ženama i muškarcima.[36]

I u komparativnoj ustavnosti česti su primeri da opštu ustavnu garanciju ravnopravnosti prate još dve posebne garancije. One su posebno značajne jer se odnose na važne i izrazito osetljive sfere društvenog života u kojima se realizuje pravo na ravnopravnost polova.

Jedna od ovih garancija odnosi se na jednakost žena i muškaraca pred zakonom[37] i jednakost u pravima.[38] Iako garantovanje jednakosti pred zakonom uključuje i jednakost u zaštiti prava, ali se u komparativnoj ustavnosti sreću se i primeri posebnog garantovanja *jednakost građana u zaštiti sloboda i prava*[39] i posebno jednaka prava na *na delotvornu sudsku zaštitu ljudskih prava.* Eksplicitna garancija jednakosti u kojoj je akcenat na zaštiti ljudskih i građanskih sloboda i prava u prvi plan ističe ljudske slobode i prava kao vrednosti kojima ustavotvorac poklanja posebnu pažnju. Budući da su u pitanju vrednosti koje se garantuju svim licima, posebna ustavna garancija jednakosti individua u zaštiti njihovih individualnih i ustavom garantovanih sloboda i prava ukazuje na nameru ustavotvorca da obezbeđujući jednaku zaštitu svakoj osobi osigura efektivnu primenu ljudskih sloboda i prava, bez bilo kakve diskriminacije.

Druga posebna ustavna garancija odnosi se na ravnopravnost žena i muškaraca u političkom životu i učešću u vršenju javnih poslova.[40]

---

[36] Član 15 Konvencije o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena.

[37] Npr. Ustav Švajcarske propisuje u osnovnim načelima da su „svi ljudi jednaki pred zakonom“ (član 8 stav 3 – rubrum člana je pravna jednakost); Ustav Austrije u osnovnim odredbama reguliše da su „svi građani jednaki pred zakonom“ kao i da je „isključena svaka prednost na osnovu rođenja, pola, staleža, klase i uverenja“ (član 7 stav 1); Ustav Italije koji, takođe u osnovnim odredbama utvrđuje da „svi građani imaju jednako društveno dostojanstvo i jednaki su pred zakonom bez razlike pola, rase, jezika, veroispovesti, političkih uverenja i ličnog i društvenog položaja“ (član 3). Ustav Srbije eksplicitno garantuje „jednakost svih pred Ustavom i zakonom“, ne navodeći posebno jednakost žena i muškaraca (član 21 stav 1).

[38] U osnovnim načelima Ustava Švedske zapisano je da će „zajednica garantovati jednaka prava muškarcima i ženama“ (član 2 stav 3); Ustav Mađarske posebno garantuje „ravnopravnost žena i muškaraca u pravima“ (paragraf 66 stav 1); Ustav Poljske uz odredbu da „žena i muškarac u Poljskoj imaju jednaka prava“ dodaje oblasti u kojima se prava ostvaruju i precizira da se jednakost u pravima ostvaruje u „porodičnom, političkom, društvenom i privrednom životu“ (član 33 stav 1)

[39] Npr. Ustav Slovenije posebno garantuje „svakome jednaku zaštitu prava u postupku pred sudovima i pred drugim državnim organima, organima lokalnih zajednica i nosiocima javnih ovlašćenja koji odlučuju o pravima, obavezama i pravnim interesima građana“ (član 22 čiji je rubrum jednaka zaštita prava).

[40] Npr. Ustav Francuske propisuje da „zakoni obezbeđuju jednak pristup žena i muškaraca izbornim funkcijama i položajima“ (član 3 stav 5); Ustav Portugalije reguliše direktno i aktivno učešće žena u političkom životu „kao uslov konsolidovanja demo-

2.3 Posebne mere kao instrument politike jednakih mogućnosti

Posebne mere su instrument koji državi, zasnovanoj na načelu socijalne pravde, stoji na raspolaganju kako bi mogla da efektivno vodi politiku jednakih mogućnosti. Pod uticajem međunarodnih dokumenata o ljudskim pravima, a u kontekstu prava na ravnopravnost polova posebno Konvencije o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena, svoje mesto u komparativnoj ustavnosti našle su i odredbe o posebnim merama (mere afirmativne akcije, pozitivna diskriminacija).

Mogućnost (ili obaveza države) da preduzima posebne mere, neophodne za ostvarivanje ravnopravnosti ne samo na normativnom planu već i u praksi. Cilj, svrha i smisao preduzimanja posebnih mera je zaštita i napredak lica ili grupe lica koja se nalaze u nejednakom položaju kako bi im se omogućilo puno uživanje svih ljudskih prava pod jednakim uslovima. Kvalitet i priroda posebnih mera, njihov sadržaj i delotvornost nesumnjivo zavise od toga da li je ustavom ustanovljena obaveza države da preduzima posebne mere kako bi se dostigla ravnopravnost žena i muškaraca ili je samo ostavljena mogućnost da se takve mere preduzmu.

Ako se posebne mere definišu kao obaveza države,[41] to govori o tome da ustav uvažava i dosledno operacionalizuje princip socijalne pravde kao jednu od temeljnih vrednosti na kojima počiva. U tom slučaju posebne mere predstavljaju jedan od najvažnijih instrumenata vođenja politike jednakih mogućnosti u državi koja počiva na dve podjednako legitimne vrednosti: vladavini prava i socijalnoj pravdi. Ova poslednja nužno ne isključuje principe tržišnog privređivanja i nije u suprotnosti sa tržišnom privredom. Ako se posebne mere u ustavu definišu samo kao mogućkratije", a zakon u skladu sa tim promoviše „jednakost u ostvarivanju građanskih i političkih prava i princip nediskriminacije na osnovu pola" kada je u pitanju „postavljenje na političke pozicije" (član 9 – Ustavna revizija iz 1997. godine). Ustav Srbije sadrži eksplicitnu odredbu o pravu na ravnopravno reprezentovanje žena i muškaraca, ali ta odredba nije po svom karakteru, sadržaju i dejstvu opšta, već se odnosi samo na reprezentovanje žena i muškaraca u Narodnoj skupštini i propisuje da se „u Narodnoj skupštini obezbeđuje ravnopravna zastupljenost polova i predstavnika nacionalnih manjina, u skladu sa zakonom" (član 100).

[41] Primeri ustavnog regulisanja posebnih mera koje predstavljaju obavezu države su npr. Ustav Italije koji utvrđuje da je „zadatak Republike da uklanja prepreke u ekonomskom i društvenom poretku, koje, ograničavajući slobodu i jednakost građana, sprečavaju puni razvoj čovečije ličnosti i stvarno učešće svih trudbenika u političkom, ekonomskom i društvenom uređenju zemlje" (član 3 stav 2); Ustav Mađarske koji propisuje da „Republika Mađarska, da bi obezbedila ravnopravnost, preduzima mere za otklanjanje nejednakosti u šansama" (paragrarf 70 A).

nost[42] to govori da ustav nije konsekventno operacionalizovao načelni ustavni princip socijalne pravde.

Ustavom je nužno i eksplicitno urediti i svojstva i prirodu posebnih mera, posebno nediskriminatorni karakter ovih mera, kako njihova ustavnost i zakonitost ne bi mogla biti osporena u postupku pred ustavnim sudom ili drugim organom u čijoj je nadležnosti odlučivanje o zaštiti ustavnosti i zakonitosti. Pored toga, u ustavu je potrebno odrediti i koliko dugo se primenjuju posebne mere. Dejstvo posebnih mera je vremenski ograničeno. One se primenjuju samo dotle dok se ne postigne cilj i zadovolji svrha zbog koje su mere uvedene.

Sažetak

Pravo na ravnopravnost polova je jedno od osnovnih opšteljudskih prava. To je demokratsko pitanje i jedna u redu osnovnih vrednosti evropskog kulturnog prostora. Svoju normativnu potvrdu ovo pravo dobilo je u međunarodnim dokumentima o ljudskim pravima. U evropskoj ustavnosti, posebno u zemljama tranzicije, beleži se uticaj međunarodnih dokumenata koji regulišu pravo na ravnopravnost polova i propisuju mere za stvaranje povoljnijeg normativnog i institucionalnog okvira koji omogućuje korišćenje ovih prava. Predmet pažnje u ovom prilogu su najvažnija opšta ustavna načela koja postavljaju okvir za efektivno ostvarivanje prava na ravnopravnost polova i u tom kontekstu dve grupe pitanja.

Prva grupa pitanja se odnosi na ustavom propisan opšti okvir garancija prava na ravnopravnost polova koji uključuje posebno sledeća pitanja: koncept političke zajednice (ustavne države); politiku jednakih mogućnosti kao obavezu države; odnos međunarodnog i unutrašnjeg prava; neposrednu primenu ustava i međunarodnih ugovora; odstupanja i ograničenja ljudskih prava kao i jemstvo stečenih prava.

Druga grupa pitanja tematizuje pravo na ravnopravnost polova u kontekstu osnovnih (ustavnih) prava i sloboda i akcenat stavnja na ravnopravnost žena i muškaraca i zabranu diskriminacije, jednakost žena i muškaraca pred zakonom i na posebne mere kao instrument politike jednakih mogućnosti.

[42] Primer ustavnog regulisanja posebnih mera kao jedne od mogućnosti da država vodi politiku jednakih šansi su neke odredbe osnovnih načela Ustava Austrije u kojima je propisano da su „dozvoljene posebne mere za pospešivanje stvarne ravnopravnosti žena i muškaraca, naročito radi smanjivanja stvarno postojećih nejednakosti“ (član 7 stav 2). Ustav Srbije takođe reguliše posebne mere kao mogućnost koju država može koristiti „radi postizanja pune ravnopravnosti lica ili grupe lica koja su suštinski u nejednakom položaju sa ostalim građanima“ (član 21 stav 4):

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

Right to gender equality – a democratic issue and constitutional principles

Abstract

Entitlement to gender equality is one of the basic human rights. It is a democratic issue and it is lined up with basic values of European cultural environment. This right has been legalized in the international documents dealing with human rights. In European constitutionality, particularly in transition countries, the influence of international documents stipulating the entitlement to gender equality is observed, as well as the measures providing for creation of better legislative and institutional framework enabling the utilization of such rights. The subject of this Paper are the most important general constitutional rules providing for the framework for effective realization of right to gender equality, and therein two groups of questions.

The first group refers to constitutionally stipulated general framework of guaranteed gender equality including especially the following issues: concept of political community (constitutional state); policy of equal possibilities as the obligation of the state; relationship of international and local laws; immediate application of the Constitution and the International treaties; deviations and limitation of human rights as well as the guarantee of the gained rights.

The second group deals with the entitlement to gender equality in the context of basic (constitutional) rights and freedoms and the highlight thereto is the equality of men and women, banning of discrimination, equality of men and women before the law and special measures representing an instrument of equal possibilities policy.

Originalni naučni rad 339.727.22(497.11)

Dr Đorđe Popov, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

ZNAČAJ INOSTRANIH INVESTICIJA ZA PRIVREDNU STABILNOST SRBIJE

***Sažetak**: Svetska privreda je ušla u period ozbiljne recesije koja je otpočela sa krizom tržišta nekretnina u SAD. Kriza likvidnosti će poskupeti kredite, i u narednoj godini smanjiti obim investicija u svetu.*

Srbija poslednjih godina ima vrlo visok deficit spoljnotrgovinskog bilansa. Visok deficit spoljnotrgovinskog bilansa je pokrivan deviznim doznakama naših radnika iz inostranstva i stranim investicijama. To je jedan od pokazatelja važnosti straih investicija za privrednu stabilnost Srbije.

Da bi se podstakle strane investicije, pokazalo je iskustvo zemalja u tranziciji potrebna je i odgovarajuća industrijska politika. U radu se predlažu i oblasti koje je industrijskom politikom potrebno posebno podsticati.

U uslovima krize potrebno je učiniti sve da se privuku strane investicije, naročito greenfield, i to pre svega u izvozno orijentisane i tehnološki intenzivne grane.

***Ključne reči**: Kriza, baloni cena, bailout, moralni hazard, strane investicije, devizne doznake, platni bilans, spoljnotrgovinski bilans, deficit, industrijska politika, struktura privrede, zemlje u tranziciji.*

I

Najveći deo stranih investicija u Srbiji u poslednjih nekoliko godina došao je u vidu učešća u privatizaciji, učešće novih tkzv. „*greenfield*“[1] investicija je relativno malo.

[1] „Greenfield“ investicije su nove investicije. Znači gradnja potpuno novih proizvodnih ili prometnih postrojenja. Jedino one znače nešto zaista novo.

Stoga se čini da je potrebno praviti metodološku razliku između priliva kapitala iz inostranstva, koji je usmeren na ulaganja kroz učešće u privatizaciji postojećih preduzeća za šta se u literaturi koja obrađuje oblast tranzicije koristi termin „*foreign privatization*“, i ulaganja kapitala u otvaranje novih proizvodnih i prometnih kapaciteta što predstavlja stvarno stvarno investiranje i što se neosporno može podvesti pod pojam „*foreign investment*“[2].

Nažalost, kao što je već istaknuto, ulaganja iz inostranstva su do sada uglavnom usmerena na učešće u privatizaciji. Tako da je uticaj ulaganja iz inostranstva na proces restrukturiranja i modernizacije domaće privrede mali. No, isto tako treba ukazati da je uobičajena pojava za zemlje u tranziciji da se u prvoj fazi tranzicije kapitalna ulaganja koncentrišu u proces privatizacije, i da po tome Srbija ne predstavlja nikakav izuzetak.

Preovlađujući interes investitora iz inostranstva, čak i kada se radi o ulaganjima u nove pogone je prodor na domaće tržište[3].

II

Da bi se sagledala važnost stranih direktnih investicija za privredu Srbije potrebno je analizirati stanje nekoliko ključnih ekonomskih parametara kao i njihove specifičnosti kada je reč o privredi Srbije.

Naravno pri svemu ovome treba uzeti u obzir i kretanja koja se poslednjih meseci odvijaju u svetskoj ekonomiji kao i njihov neminovan uticaj na stanje privrede Republike Srbije.

Svetsku ekonomiju karakteriše činjenica da je upravo došlo do pucanja „balona“[4] cena i to, na za kretanja na globalnom planu, u privredi zemlje čije stanje odlučujuće utiče na kretanja u čitavoj svetskoj privredi, tj. u privredi SAD.

---

[2] O razlikovanju ova dva pojma detaljno npr. u Artisien/Duning/Illes/Jermakonjicz/Svelicic/Zemplenirowa/Rojec, Foreign Direct Investment and Privatization in Central and Eastern Europe, CICD, Ljubljana, februar 1995.

[3] Tu je jedan od izuzetaka vrednih spomena Junajted Stil koji je posle preuzimanja železare u Smederevu postao pojedinačno najveći izvoznik iz Srbije.

[4] O fenomenu „balona“ cena i opasnostima koje on može da izazove za nacionalne ekonomije pisao sam u radu objavljenom u Zborniku radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 3/2007. Međutim, predmet analize tada je bila moguća pojava „balona“ u zemljama u razvoju i zemljama u tranziciji, ali sam i tada, ukazujući na opasnosti, napomenuo da je sličnih fenomena bilo i u najrazvijenijim zemljama, podsećajući na dešavanja u SR Nemačkoj sredinom devedesetih godina prošlog veka.

Upravo tamo se desilo da su nerealna očekivanja o daljem privrednom rastu i neograničenim mogućnostima s jedne strane prisvajanja profita, a s druge strane porasta zaposlenosti i zarada u uslovima „slobodnog tržišta" dovela do nelikvidnosti pre svega u finansijskom sektoru. Čak i u zemljama u kojima su se najviše razvile finansijske institucije kao i različiti oblici hartija od vrednosti i finansijskih derivata pokazalo se da kretanja u finansijskom sektoru ne mogu čak ni na srednji rok da se odvoje od kretanja u realnom sektoru privrede. Naivna su verovanja da se na berzi može stalno zarađivati, i cene akcija mogu stalno rasti ako to nije praćeno odgovarajućim porastom proizvodnje, izvoza i produktivnosti. Ranije zaista ne tako davne pouke koje potvrđuju napred iznete konstatacije se izgleda vrlo lako zaboravljaju[5].

Količina novca koji je potreban za *bailou[6]t* ovoga puta, pošto se radi o ogromnim sumama i najvećim ekonomijama, daleko je prevazilazio mogućnosti međunarodnih institucija kao što je npr. Međunarodni monetarni fond. Stoga se morala umešati vlada SAD, doskora najveći zagovornik „slobodne tržišne utakmice" i navodni glavni protivnik „državnog intervencionizma," sa predlogom da Kongres odobri 700[7] milijardi dolara, kao i Komisija Evropske Unije[8] sa smernicama da se u okvirima Unije obezbedi 1200 milijardi za iste svrhe[9]. Međutim, treba napomenuti da će ta sredstva biti upotrebljena pre svega za „socijalizaciju gubitaka" tj. za spasavanje od bankrotstva velikih banaka i finansijskih instituta. Na dru-

---

[5] Nije potrebno ići u neku daleku prošlost, tj. do poznate krize iz 1929, treba se samo podsetiti da je početkom ovoga milenijuma Dow Jones (tj. srednji nivo kursa akcija na berzi u Njujorku) bio u jednom momentu pao sa preko 10.000 na nešto preko 7.000. Taj pad je znači pre samo nekoliko godina bio veći nego onaj koji je registrovan poslednjih meseci, barem do sada.

Slična kretanja su se odigravala i 1987.

[6] Novac koji treba da olakša izlazak iz krize. O ovome vidi: Stiglic, DŽ. , Protivrečnosti globalizacije, Beograd, 2002.

[7] Vodeći ekonomisti, ali i nosioci visokih državnih funkcija iz SAD su vrlo često kritikovali mešanje države u privredu, a u okviru toga naročito državnu svojinu. Često puta je i saradnja sa SAD uslovljavana uspostavljanjem ekonomije slobodnog tržišta. Međutim, sada država ne samo da svojim *bailout-om* pokušava da spase privatne banke i kreditne institute, nego praktično postaje i njihov suvlasnik.

[8] Pomoć javnog sektora preduzećima i bankama regulativom Evropske Unije nije dozvoljena jer se tako narušava ravnopravno učešće u tržišnoj utakmici, što je inače tačno. I u samoj Uniji, a ne samo u zemljama tranzicije, brojni su primeri poslednjih godina kompanija i banaka koje su dovedene na rub propasti samo zato što im je uskraćena neophodna finansijska pomoć države.

[9] Regulativa Evropske Unije naprimer ne dozvoljava postojanje bankarskih institucija sa državnim, odnosno javnim, učešćem u vlasništvu. Takođe nekim zemljama se pristum fondovima Unije, ali i potencijalno članstvo u Uniji uslovljavalo potpunom privatizacijom banaka.

goj strani enormni profiti tih banaka proteklih godina, kao i ranije nezamislivo visoke plate menadžera neće biti podložne „socijalizaciji dobitaka“. Tako će ustvari veliki broj sitnih poreskih obveznika svojim doprinosom budžetu spašavati dosadašnje dobitnike od plaćanja cene za njihove sopstvene promašaje.

Nerealna očekivanja o nastavku rasta tržišta nekretnina usled ograničenih mogućnosti realnog sektora privrede dovela su u teškoće najpre investicione fondove i kompanije koje su investirale u nekretnine, a zatim banke koje su ih kreditirale. Aktiviranje hipoteka samo po sebi, kada ne postoje platežno sposobni kupci za banke ne znači ništa. Bankama je potreban novac, a ne zgrade koje ne mogu da prodaju. To je za posledicu imalo bankrot jednog broja velikih banaka i investicionih kompanija najpre u SAD, a zatim i u zemljama čije su ekonomije sa njima najčvršće povezane kao što su Velika Britanija i zemlje Evropske Unije[10].

Dešavanja u najmoćnijim privredama sveta ne mogu niukom slučaju ostati izolovana na njih same tako da se čitava svetska privreda našla pred opasnošću ozbiljne recesije. Pucanje „balona“ cena znači da se bitno smanjuje stepen likvidnosti čitavog svetskog finansijskog sistema. Oskudica kapitala na tržištu postaje evidentna. Logična posledica je rast kamata što poskupljuje svaku investiciju, i zahteva novi investicioni proračun za postojeće.

Ograničenja u finansijskom sektoru znače i manju potencijalnu tražnju. Manja tražnja znači manju mogućnost prodaje, kao i po pravilu pad cena. To onda vodi ograničavanju rasta ili smanjivanju proizvodnje. Zatvaranje proizvodnih pogona za posledicu ima smanjenje zaposlenosti čime se ponovo s jedne strane smanjuje kupovna moć i tražnja, a s druge strane jača pritisak na budžet. Smanjenje kupovne moći i tražnje za rezultat ima, kao što je napomenuto, pad cena, a to znači i manje profite, pa i iz tog izvora manje novca za investicije.

Međutim, osnovni razlog za očekivano značajno smanjenje investicija je kriza likvidnosti o kojoj je bilo reči. Svojevrsni slom finansijskog sistema koji se upravo odigrava na svetskom tržištu drastično smanjuje količinu novca slobodnog za investiranje. To znači da će se investirati manje. Da će kamate biti veće, a time i novac skuplji, tako da će tu novu višu cena novca moći da podnese samo jedan deo ranije planiranih investicija, odnosno one koje mogu da odbace visoke profite i to u relativno kratkom vremenskom roku.

[10] Citi Bank, Bank of Scotland, Lehman Brothers, su neka od svima poznatih simbola privreda najrazvijenijih zemalja sveta, ali i istovremeno i neke od institucija koje su najviše pogođene krizom.

Manja količina novca znači dovodi do opšteg pada tražnje, pa i do značajnog smanjenja tražnje za primarnim proizvodima čije su cene s ve do leta rasle naizgled nezaustavljivo u neslućene visine[11]. Cena barela[12] nafte, tako je pala sa preko 150 dolara na oko 50. Pala je u međuvremenu čak i cena zlata sa oko 1000 dolara za finu uncu[13], na oko 780. Tako su se i proizvođači sirovina koji su se još u letnjim mesecima 2008. imali izuzetno visoke prihode i verovatno imajući ih u vidu zaduživali našli u teškoćama[14].

III

Problem koji sve izraženije utiče na opšte performanse privrede Srbije je stanje spoljnotrgovinskog bilansa. Deficit spoljnotrgovinskog bilansa raste iz godine u godinu. Kao što se vidi iz Tabele 1. negativni saldo na području robne razmene, ili drugim rečima rečeno višak uvoza nad izvozom je narastao od 2.540 miliona dolara 2001. na čak 9.729 miliona dolara u 2007. Deficit robne razmene u avgustu 2008. iznosio je 839 miliona dolara što upućuje na činjenicu da će ako se ovakva kretanja nastave godišnji deficit 2008. biti otprilike na nivou onoga iz 2007. godine.

Koliko je visok deficit spoljnotrgovinskog bilansa možda može da potvrdi i podatak da je prethodna Jugoslavija, tj. SFRJ sa svoja 22 miliona stanovnika, odgovarajućim mestom u svetu i svim potencijalima kojima je na raznim područjima raspolagala, zapala u dužničku krizu u prvoj polovini osamdesetih godina prošlog veka usled trgovinskog deficita koji je u drugoj polovini sedamdesetih iznosio 4 milijarde dolara godišnje[15].

---

[11] Vredi podsetiti da je cena barela nafte pre početka agresije na Irak iznosila oko 20$. Cena fine unce zlata je u isto vreme bila na nivou od oko 320$.

[12] Barel /burić/, tj. 154 litra nafte. Merna jedinica u kojoj se obično izražava cena nafte na svetskim sirovinskim berzama.

[13] Američka merna jedinica.

[14] Tako naprimer ruski gigant Gasprom koji se zadužio 60 milijardi dolara u jesen 2008. traži pomoć države kako bi mogao da otplati kreditne obaveze u 2008. koje iznose 6 milijardi dolara. U međuvremenu je takođe i vrednost Gasproma na berzi pala sa 350 na 100 mlrd. dolara. Izvor: Euro am Sonntag 26. 10.200810.2008.

Prema ovom izvoru, npr. vrednost dela akcija kombinata Norilsk koje je poznati ruski biznismen Deripaska kupio u aprilu za 13 mlrd. $, pala je u međuvremenu na svega 2,8 mlrd.$.

[15] To je bilo vreme od 1982 do 1985. kada su uvedene razne restrikcije, „par-nepar“, bonovi za kafu, jestivo ulje. Restrikcije električne energije i po osam časova bez prestanka. Sve sa namerom da se smanji pritisak na platni bilans i olakša teret otplate dugova.

Još ozbiljnije upozorenje o stanju na ovome sektoru predstavlja činjenica da je u svim ovim godinama deficit permanentno bio viši od ukupnog izvoza.[16]

Kada se sabere deficit spoljnotrgovinske razmene za poslednjih sedam godina dobija se gotovo neverovatna cifra za zemlju veličine i stepena razvoja Srbije: od 40 milijardi dolara. Doda li se tome i očekivani deficit u 2008. kumulirani deficit spoljnotrgovinskog bilansa bliži se sumi od skoro 50 milijardi dolara[17].

Tabela 1. Spoljnotrgovinska robna razmena u periodu od 1997–2007. godine
(Izvoz i uvoz Republike Srbije u mil. USD)

Godina	Izvoz	Uvoz	Saldo
1997	2531	4503	-1972
1998	2723	4475	-1752
1999	1369	2881	-1512
2000	1558	3330	-1772
2001	1721	4261	-2540
2002	2075	5614	-3539
2003	2755	7473	-4718
2004	3523	10753	-7230
2005	4482	10461	-5979
2006	6428	13172	-6744
2007	8825	18554	-9729

Izvor: Zavod za Statistiku Republike Srbije

Kakve su dimenzije ovoga problema i koje ekonomske nevolje on može izazvati u relativno bliskoj budućnosti u slučaju nekih iznenadnih nepovoljnih kretanja govori i podatak da je kumulirani deficit spoljnotrgovinske razmene[18] u periodu 2001-2007. prema podacima republičkog Zavoda za statistiku jednak bruto društvenom proizvodu Srbije u 2007.

[16] Svojevremeno kada sam sa kolegom iz inostranstva diskutovao o svom radu objavljenom na Univerzitetu Bremenu i jednom časopisu Berlinu, on je mislio da se radi o štamparskoj grešci, jer mu se podatak o deficitu većem od ukupnog izvoza činio nemogućim.

[17] Praktično svih ovih godina u Srbiji je trošeno oko 20% više nego što je stvarano.

[18] Poređenja radi vredi navesti da je izvoz Slovenije sa 2 miliona stanovnika iznosio 2006. preko 20 milijardi dolara ili gotovo tri puta više od izvoza Srbije u istoj godini.

Tabela 2. Bruto domaći proizvod u Srbije mil. USD

2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Bdp u USD ukupno23593,5	11581,1	15277,3	19755,1	23776,4	25361,2	29603,7	39850,5[2]
Bdp po glavi 3139,0 u USD	1543,4	2037,0	2640,9	3185,8	3408,4	3994.3	5398,6[2)]

Izvor: Zavod za Statistiku Republike Srbije.

Nažalost i struktura izvoza nije povoljna naročito kada se uzmu u obzir očekivana kretanja na svetskom tržištu u narednom periodu. Već je istaknuto da cene sirovina usled smanjenje tražnje padaju. Glavni izvozni proizvodi Srbije primarni proizvodi, a pojedinačno: čelik i obojeni metali. Znači za očekivati je pad deviznog priliva po ovom osnovu, a to preporučuje dodajni oprez kada je reč o mogućnostima koje izvoz daje za eventualni uvoz.

Dugogodišnji izuzetno veliki deficit spoljnotrgovnskog bilansa imao je nepovoljne efekte i na stanje zaduženosti zemlje. Tako je ukupan spoljni dug Srbije na dan 30. septembra 2008. iznosio 29 milijardi i 516 miliona dolara.[19] Povoljna činjenica je da je u tome iznos javnog duga 9.031 milion dolara, što niukom slučaju nije zabrinjavajuća veličina za ekonomske kapacitete Srbije.

Međutim, na drugoj strani dug privatnog sektora je premašio 20 milijardi dolara, odnosno iznosi preko polovine vrednosti društvenog bruto proizvoda Srbije iz 2007. Tačno je da država neposredno nije dužna da servisira taj dug, ali na drugoj strani dužnici su ipak rezidenti Srbije, bilo da se radi o preduzećima ili bankama. Ovih 20 milijardi dolara mogu biti izvor ozbiljnih problema u određenim okolnostima[20]. Već sada treba ukazati na činjenicu da u poslednjih dva meseca dolar pokazuje tendenciju rasta u odnosu na evro. Znači trebaće sve više evra za vraćanje iste sume kredita u dolarima. Ovo je važno upozorenje s obzirom da se glavna izvozna tržišta Srbije nalaze u evro zoni.

20 milijardi dolara duga privatnog sektora u Srbiji je svedočanstvo o potrebi privrednih subjekata iz Srbije da se zadužuju da bi održali i ovaj

[19] Podaci Narodne banke Srbije.

[20] Oni koji duže pamte sećaju se da je 1984. na insistiranje MMF i Svetske banke tadašnja država SFRJ preuzela na i obavezu vraćanja dugova u inostranstvu koje su napravila preduzeća. Sednica Skupštine na kojoj je doneta ta Odluka trajala je do duboko u noć, ali je međunarodna zajednica očito imala mehanizme da ishoduje odluku koja će pre svega štititi interese kreditora iz inostranstva.

nivo privredne aktivnosti.[21] Drugo postavlja se pitanje da li će oni koji su se zadužili biti u stanju da u slučaju smanjenje tražnje servisiraju dug? Ko će preuzeti dugove tih privrednih subjekata? Šta ako ih niko ne preuzme i oni odu u stečaj? Kako će na to reagovati Međunarodni monetarni fond? Sme li država to sebi da dozvoli? Hoće li onda ona kao i 1984. preuzeti na sebe obavezu vraćanja?

Pored toga, šta ako građani koji se najviše uzimali stambene kredite usled pada kursa dinara i eventualne povećane nezaposlenosti ne budu mogli da ih vraćaju? A ti stambeni krediti su u velikoj meri bili ustvari finansirani iz pozajmica domaćih banaka, irelevantno u čijem vlasništvu[22], kod banaka u inostranstvu. Šta ako domaće banke ne budu mogle da vraćaju pozajmice? Koje će biti posledice za domaći bankarski sektor? Ovo su samo neka od pitanja na koja bi oni koji odlučuju o ekonomskim kretanjima u Srbiji morali imati spremne odgovore.

Sve napred nabrojano u slučaju nepovoljnog scenarija može da bude dodajni razlog za potencijalne strane investitore da se u uslovima svetske finansijske krize uzdrže od investiranja u Srbiju.

Kada je reč o kretanjima u ekonomiji Srbije poslednih godina posmatrač sa strane može postaviti pitanje odakle se i kako mogao u tako dugom periodu finansirati tako visok deficit spoljnotrgovinskog bilansa? Dva su osnovna izvora koja su omogućavala da se ovaj nivo deficita relativno bezbolno održava čitavo vreme. Jedan predstavljaju doznake građana Srbije koji žive i rade u inostranstvu. Tako su oni u 2007. doznačili 4,250 mlrd. dolara[23], a 2006.- 3.752 mlrd.dolara. Treba reći da se ovde radi samo o registrovanom deviznom prilivu po ovome osnovu. Stvar je procene za koliko je milijardi dolara godišnje veći stvarni godišnji priliv što dodajno povećava kupovnu moć u zemlji, ali i priliv deviza za zemlju kao takvu[24]. To je jedna od specifičnosti Srbije, i faktor koji decenijama unazad stabilizuje platni bilans bez obzira da li se radilo svojevremeno o platnom bilansu SFRJ, Državne zajednice SCG i sada Srbije.

No, u novonastaloj situaciji kreatori ekonomske politike u Srbiji bi u obzir morali uzeti i činjenicu da postoji ozbiljna opasnost da jedan broj

---

[21] Treba istaći da je nivo proizvodnje u Srbiji i pored dinamičnog rasta u poslednjih nekoliko godina još uvek ispod onoga ostvarenog 1989.

[22] Nikad nije suvišno ponovo podsetiti da se sve banke koje posluju u Srbiji, prema važećem zakonu, tretiraju kao domaće banke i da podležu kontroli Narodne banke Srbije.

[23] Podaci Narodne banke Srbije.

[24] Poznato je da je prilikom svake posete Srbiji uobičajeno da se donesu određene sume deviza kao poklon rođacima. Isto tako veće sume deviza donose se i radi plaćanja sezonskih radova u poljoprivredi i građevinarstvu, kao i za kupovinu građevinskog materijala i opreme za domaćinstva npr.

građana Srbije koji su zaposleni u razvijenim zemljama Evropske unije izgubi posao ili pređe recimo na režim skraćenog radnog vremena što će se onda sigurno odraziti i na smanjenje sredstava kojima će oni raspolagati i biti voljni da šalju u zemlju.

Ako se ovome iznosu doda iznos koji je u zemlju ulazio kroz ulaganje stranaca kroz proces privatizacije, a on je npr. 2006. iznosio 4.286 miliona dolara, a 2007. – 2.004 miliona dolara, onda se vidi koji su to bili glavni izvori finansiranja deficita spoljnotrgovinskog bilansa. Kao što se iz navedenih podataka vidi 2006. je priliv od doznaka i stranih ulaganja u privatizaciju, tj. *foreign privatization,* mogao u potpunosti da pokrije deficit spoljnotrgovinskog bilansa koji je tada iznosio kao što se vidi iz Tabele 1. -6.744 miliona dolara. Međutim, kada je u 2007. došlo do naglog pada priliva iz inostranstva u proces privatizacije spoljnotrgovinski deficit se morao pokrivati i kratkoročnim zaduživanjem u inostranstvu[25]. Ovo je svakako daleko nepovoljnija situacija po ekonomiju zemlje.

Iz napred iznetih podataka jasno se vidi koliki je značaj ulaganja iz inostranstva bilo da se radi o *greenfield* investicijama ili pak ulaganjima koja imaju obeležja foreign privatization tj. investicija u proces privatizacije za opštu ekonomsku stabilnost u Srbiji.

Ako u 2009. godini iznos investicija iz inostranstva značajno opadne Srbija će se naći u ozbiljnim platnobilansnim teškoćama. Problem će zaoštriti činjenica da se sve odvija u uslovima nadolazeće globalne krize. To nužno znači da ni ovaj nivo potrošnje, lične i kolektivne, neće moći da se održi bez obzira na opravdane želje i očekivanja građana Srbije za višim standardom življenja. Želja da se pokriće dela deficita spoljnotrgovinskog bilansa obezbedi pozajmicama na međunarodnom tržištu kapitala biće suočena sa činjenicom da će likvidna sredstva biti retka i veoma skupa.

Nažalost strani kapital koji je dosada uložen u Srbiju uglavnom je bio s jedne strane koncentrisan na ulaganja u proces privatizacije npr. Filip Moris u niškoj duvanskoj industriji, ruski Lukoil u Beopetrolu, švajcarski Holcim u Novom Popovcu, grčka Alfa banka u Jugobanci, francuski Lafarž u Beočinu, itd. Broj *greenfield* investicja je nizak, a investirani iznosi su mali.[26] Najveći deo stranih investicija je kroz privatizaciju otišao u telekomunikacije, banke i osiguranje 44%. Strane investicije u maloprodajni sektor čine 24% ukupnog priliva, dok je u sektor nekretnina

[25] To je vreme kada naglo počinju da rastu pozajmice banaka u Srbiji kod svojih matičnih banaka u inostranstvu.

[26] Npr. korporacija Bel je investirala 7,5 miliona evra u proizvodnju konzervi.

otišlo 12%. U proizvodni sektor je otišlo svega 20% ukupnih stranih investicija[27].

S druge strane nedovoljno su bile prisutne investicije iz inostranstva koje bile usmerene na preuzimanje novih tehnologija i izvozne programe[28]. Za strane investicije u Srbiji proteklih godina je bilo karakteristično da one nisu inicirale značajniji uvoz savremene opreme i tehnologije koja je neophodna za promene u strukturi proizvodnje.[29] Samo takva proizvodnja koja odgovara savremenim zahtevima svetskog tržišta može dovesti do značajnog povećanja izvoznih prihoda, a time i do prevazilaženja ozbiljnih platnobilansnih problema koji su već naziru u bliskoj budućnosti.

IV

Sve napred izneto dokazuje da strane investicije i porast potrošnje same po sebi ne moraju obavezno voditi povećavanju zaposlenosti, izvoza i tehnološkom razvoju. Ne može se internalizovati znanje uvezeno iz inostranstva, ako domaće firme ne investiraju u istraživanje i razvoj, obuku i inovacije. Stoga strane investicije nikada ne mogu da u potpunosti supstituišu domaće investicije.

Vlada je odgovorna za politike koje će podsticati razvoj domaćih firmi, poboljšavati infrastrukturu, a naročito infrastrukturu znanja i efikasno održavati bitne aktivnosti neprivrednog sektora (škole, univerziteti, istraživački instituti, itd.) koje obezbeđuju osnovne uslove za privlačenje poželjnih stranih investicija.

Sve ovo upućuje na nužnost vođenja promišljene industrijske politike.

Cilj industrijske politike je da stvori uslove za trajan i brz ekonomski rast , pre svega industrije, koji će doprineti ukupnom ekonomskim rastu i poboljšanju standarda života. To treba postići pomoću različitih mera koje povećavaju produktivnost u svakom sektoru i svakoj firmi gde je to moguće.[30] Svrha industrijske politike je da se kreira proizvodna struktura koja će biti u stanju da efektivno konkuriše na svetskim tržištima onim proizvodima u koje neka zemlja ima ili je u stanju da na njima razvije komparativne prednosti.

---

[27] Podaci prema: LJ. Joksimović, Spiloveri stranih direktnih investicija i razvoj ljudskog kapitala, Lider 6/2008, str. 58.

[28] Vidi, npr: Radovan Kovačević, Lider, 6/2008, str.42.

[29] Srbiji je potrebna promena proizvodne strukture. Potreban joj je razvoj, a ne samo rast.

[30] Vidi: J. Bajec i LJ. Joksimović, Savremeni privredni sistemi, Ekonomski fakultet, Beograd, 2001, str. 388.

Da je industrijska politika nužna u svim zemljama tranzicije, pa prema tome, i u Srbiji pokazuju neke činjenice o kojima se u prvoj deceniji tranzicije nije vodilo dovoljno računa.

1. Pre svega čini se da nisu dovoljno uvažavani uslovi u kojima se proces tranzicije odvija. Model tržišne privrede po ugledu na model Adama Smita, uz bučnu medijsku promociju eksperata i „eksperata", sa tržištem i privatnom svojinom koji se pojavljuju kao svojevrsni perpetu mobile možda je odgovarao situaciji seoske Engleske osamnaestog veka, ali je njegova primena vodila deindustrijalizaciji u onim zemljama u tranziciji gde je dosledno primenjena. Ono što je izgledalo moderno početkom osamdesetih godina prošlog veka i što je davalo rezultate u najrazvijenijim zemljama sveta tj. takozvani Fridmanov model „čikaške škole"[31], već u startu je napravilo brojne probleme u zemljama tranzicije koje su ga dosledno primenile.

Naprotiv, najuspešnija zemlja u tranziciji Slovenija je od samog početka ukazala puno poverenje sopstvenoj ekonomskoj nauci i razvijajući originalni model tranzicije u potpunosti uspela da obezbedi ekonomski razvoj i ravnopravnost sa ostalim razvijenim zemljama Evropske Unije[32].

Nakon svega čini se da su problemi u zemljama u tranziciji pogrešno tretirani kao problemi zemalja u razvoju. Po svemu sudeći radilo se o problemu rekonstrukcije odnosno o situaciji sličnoj onoj u kojoj su se našle Nemačka i Japan posle drugog svetskog rata, gde su upravo uz aktivnu ulogu države, dugoročnu osmišljenu industrijsku politiku i dogovoren višedecenijski socijalni[33] konsensus između zaposlenih i poslodavaca za period obnove postignuti fantastični ekonomski rezultati u periodu od samo jedne decenije.

2. Pravo svojine i ugovorno pravo jesu važni elementi tržišne privrede, ali oni sami po sebi ne mogu da obezbede, odnosno zamene vođenje industrijske politike u zemljama koje već imaju izgrađenu industrijsku strukturu, kao što je slučaj za zemljama u tranziciji, pa prema tome i u Srbiji.

Treba reći da u suštini postoje dve vrste industrijskih politika: jedna sa pristupom „izdvajanja dobitnika", kada vlade pokušavaju da anticipiraju promene i donose odluke o alokaciji resursa koji treba da se investiraju

[31] No, i tamo je nekritička primena ovoga modela bila upravo jedan od glavnih generatora najnovije globalne krize.

[32] Početkom devedesetih godina tadašnji potpredsednik Vlade Republike Slovenije, Jože Menciger (inače Šef Katedre Pravno-ekonomskih nauka Pravnog fakulteta u Ljubljani) se već posle dva meseca zahvalio Džefri Saksu i njegovoj ekipi na uslugama i oslonio na svoj ekspertski tim.

[33] U Ustavu SR Nemačke stoji da je nemačka privreda „socijalna tržišna privreda".

u budući rast[34]. Alternativa je obezbediti institucionalni okvir koji olakšava prilagođavanje privatnog sektora.[35] Kako nije važno, a možda ni moguće, da se zbog još uvek visoke neizvesnosti u privredi formiraju „nacionalni šampioni", već da se bitno poboljša opšti nivo performansi i obezbedi osnovna (ljudska i materijalna) infrastruktura, u većini industrijskih politika usvojenih u zemljama tranzicije ne favorizuje se strategija „odabiranja dobitnika".

Kao najvažnije oblasti u kojima industrijska politika može odigrati značajnu ulogu treba izdvojiti:

1. infrastrukturne investicije
2. obuka i preobuka
3. reorganizacija istraživačke i razvojne aktivnosti i naučnih institucija i osnivanje novih istraživačko-razvojnih instituta, politika difuzije tehnologije, razvojno-istraživačka saradnja.
4. podrška u osnivanju organa finansiranja za preduzeća male i srednje veličine i riziko kapitala.
5. uticaj na razvoj tržišnih struktura
6. restrukturiranje državnih preduzeća.
7. podsticanje izvoza.

Na drugoj strani industrijska politika mora biti deo opšte strategije razvoja. Imajući u vidu sadašnje stanje privrede Srbije, kao i stepen ekonomskog i tehnološkog razvoja u svetu, Srbija nema drugog racionalnog izbora osim izgradnje otvorene izvozno orijentisane privrede. Iskustva iz svetske privrede u poslednjih tridesetak godina su jasno pokazala da su samo one zemlje koje su dosledno sprovodile izvozno orijentisanu strategiju razvoja uspele da obezbede poboljšanje svog mesta na svetskoj lestvici razvijenosti.

Takođe mora se formulisati i sprovoditi politika za privlačenje stranih investicija. Neki elementi uspešne politike za privlačenje stranih investicija bi bili:[36]

- Agencija za strane investicije (ulaganja) mora biti dobro pozicionirana i kadrovski opremljena. Ona treba da je finansijski i administrativno samostalna, ali istovremeno mora uživati aktivnu podršku vlade.

---

[34] To je naprimer, model koji se decenijama vrlo uspešno primenjuje u Japanu i još nekim zemljama jugoistočne Azije.

[35] Vidi: Geroski, A. I Jacquemin.A., Corporate sompetitivness in Europe, Economic Policy, no.1. 1985.

[36] O ovome vidi npr.: J. Duning/M.Rojec, Foreign privatization in Senatral&eEastern Europe, CEEPN-Technical Paper, 1995.

- Promotivni napori treba da budu koncentrisani (u zemljama porekla potencijalnih investitora) na sektore i tržišta sa najvećim potencijalom.
- Politika privlačenja stranih direktnih investicija treba, pre svega, da podstiče poželjne strane investicije, tj. one koje će dati doprinos razvoju zemlje. Takođe treba voditi računa i o potencijalnim vezama između preduzeća sa stranim učešćem u kapitalu i domaćeg poslovnog okruženja.
- Agencija za inostrane investicije bi, ako je moguće, trebala da otvori i predstavništva u inostranstvu, koja bi takođe imala ulogu u privlačenju poželjnih stranih investitora.
- Ekonomski razvoj treba da bude baziran na komparativnim prednostima zemlje. Stoga je i politika prema stranim investicija, kao što je već istaknuto, jedan od instrumenata opšte ekonomske i tehnološke politike zemlje. To npr. znači da će strane direktne investicije doprineti porastu izvoza zemlje samo u slučaju postojanja izvozne orijentacije kao opšteg opredeljenja zemlje.
- Uspeh u privlačenju stranih investicija zavisiće pre svega od objektivnih faktora, kao što su, veličina nacionalnog tržišta, raspoloživosti odgovarajućih inputa, infrastrukture i radne snage. Na drugoj strani važnu ulogu u privlačenju stranih investicija ima politička, ekonomska i pravna stabilnost zemlje. Tek na trećem mestu po značaju je postojanje prave politike prema stranih investicijama. No, to ne znači da takvu politiku ne treba definisati i u praksi sprovoditi. Naprotiv postojanje i realizacija definisane politike prema stranim investicijama omogućava da se izbegnu neke greške s jedne strane, i da se uspostave merila za ocenu uspešnosti procesa stranog investiranja.
- Proces investiranja iz inostranstva treba posmatrati kao dvosmernu ulicu. Naime, jedino ako strane investicije u zemlji u budućnosti budu praćene i domaćim investicijama u inostranstvu biće moguće ostvariti optimalnu kombinaciju potrebnu za ekonomski razvoj, i ravnopravno uključivanje u svetsku ekonomsku utakmicu.

V

Srbija ako želi da obezbedi razvoj u budućnosti s jedne strane, i s druge strane da maksimalno neutrališe efekte svetske finansijske krize, koja će se najverovatnije pretvoriti i u recesiju mora najhitnije i najozbiljnije da ponovo promisli mere koje se moraju preduzeti u najkraćem roku.

Pre svega očito je da se mora stvoriti takva investiciona klima koja će apsolutnu prednost dati realnom sektoru privrede. Samo on je taj koji može obezbediti stabilnost i rast i razvoj[37].

Proces deindustrijalizacije se konačno mora zaustaviti, u protivnom Srbija ni na srednji rok neće rešiti pitanje nezaposlenosti, deficita spoljnotrgovinskog bilansa, a dugoročno će biti osuđena na tehnološko zaostajanje. Insistiranje na razvoju sektora usluga je verovatno bilo nužno, kao i u svim ostalim bivšim socijalističkim zemljama, da bi se prevazišlo višedecenijsko nasleđe socijalizma. Međutim, ne sme se zaboraviti da Srbija nije mikro država kao Monako, Kipar ili Luksemburg[38], nego evropska zemlja srednje veličine sa milionima stanovnika pa prema tome i milionima radno sposobnih za koje je potrebno obezbediti zaposlenje.[39]

Dolarizacija[40], odnosno u slučaju Srbije, evrizacija se takođe mora svesti u prihvatljive okvire. Ovako sa 79,6%[41] učešća kredita nominovanih u stranoj valuti Srbija je apsolutni lider u regionu.[42] U protivnom ako centralna banka ne želi da prihvati deprecijaciju[43] domaće valute mora s

---

[37] Akvaparkovi, sportske dvorane i skijališta neosporno doprinose kvalitetu života određenih sredina, ali postavlja se pitanje iz kojih sredstava se oni grade i koji bi bio stepen povraćaja ako bi bili građeni na ekonomskim osnovama? Drugo ko su potencijalni korisnici, odakle im sredstva da plate određenu uslugu? Ili drugim rečima rečeno, ako građani nemaju stabilne izvore prihoda iz realnog sektora ekonomije koliko dugo će oni biti u stanju da te usluge koriste?

[38] Najnoviji primer teškoća u kojima se našla Mađarska, zemlja otprilike veličine Srbije, koja je upravo zbog prenaglašenog težišta na uslugama došla u situaciju da hitno mora da zatraži kreditnu injekciju od čak 26 milijardi dolara govori šta se može desiti. Pri tom ne treba zaboraviti da Mađarska ima neke prednosti u odnosu na Srbiju, razvijenija je, član je Evropske Unije, izvoz joj je skoro 30 milijardi dolara, geografski je bliža glavnim centrima proizvodnje i potrošnje.

[39] Švajcarska koja ima fantastične prihode iz sektora finansija i finansijskih usluga kao i izuzetno razvijen turizam, je značajan proizvođač u nizu industrijskih grana, naročito onih tehnološki intenzivnih.

[40] O opasnostima dolarizacije, sa kojima se sada nažalost izgleda suočavamo takođe sam pisao u Zborniku radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu u broju 3/2007.

[41] Izvor: IMF, Country Report, Washington, februar 2008.

[42] Isti izvor: Rumunija 60%, Hrvatska 68,3%, Ukrajina 49%, itd.

[43] Kod nas je nažalost u opticaju ima dosta sitnog i špekulativnog kapitala malih stranih banaka. Skok evra u jesen 2008. je u mnogome prouzrokovan potrebom da se ostvareni profiti na našem tržištu kapitala iznesu iz zemlje. U svemu tome centralna banka ima doprinos povećavanjem referentne kamatne stope na nepodnošljivih 17,75%. Ovo povećanje ima za posledicu da se smanjuje zainteresovanost stranih banaka da i dalje ulažu u našu privredu, jer postaju neprivlačne za korisnike sredstava ukoliko nude pare po kamatnim stopama u okviru 20%. Kada bi referentna kamatna stopa Narodne banke bila dva ili jedan procenat onda bi naša privreda dobijala kredite po ceni od 4 do 5%. Ovako se štiti kapital stranih banaka, a na štetu domaće privrede. Omogućavanje bankama da iznesu

jedne strane da troši devizne rezerve, a s druge strane da kredite učini izuzetno skupim, a to onda investicije čini praktično nemogućim.

Takođe menadžmenti banaka sa domicilom u Srbiji moraju maksimalno izbegavati stil poslovanja koje se u svetskim finansijama naziva „moralnim hazardom[44]“, jer se pokazalo poslednjih meseci da takve poslovna politika menadžmenta može čak i najveće svetske banke dovesti u stečaj[45].

Znači treba preduzeti sve što je moguće da se smanji stepen dolarizacije, s jedne strane, i s druge strane da se čini ono što rade razvijene zemlje. One nastoje da niskim kamatnim stopama na šta odlučujući uticaj ima centralna banka kroz određivanje referentne kamatne stope kredite učine jeftinim i da time podstaknu investicije, a posredno i potrošnju. Ne treba zaboraviti da bez potrošnje nema ni proizvodnje.

Sredstva koja pristižu od privatizacije i deviznih doznaka treba promišljeno trošiti na probrane projekte koji imaju kratak rok povraćaja, pre svega na industrijskom politikom utvrđene proizvodne i infrastrukturne prioritete. Isto važi i za sredstva nacionalnog investicionog plana. Na taj način daće se podsticaj stvaranju poslovnog okruženja koji će privlačiti strane investitore.

Investicije sa dugim rokom povraćaja koje osim toga obično zahtevaju i iznose merene u milijardama dolara treba ostaviti za vreme u kome neće vladati kriza likvidnosti i recesija[46].

---

profit iz zemlje je još jedan od faktora povećavanja kursa. Povećana je tražnja za evrom i naravno skače kurs.

[44] „Moralni hazard“ je takvo poslovno ponašanje gde se krediti bez dovoljno provere daju onome ko ponudi da plati najveću kamatu i najkraći rok vraćanja. Do momenta početka vraćanja kredita takvi potezi izgledaju kao vrlo uspešni poslovni potezi. Ali takvo shvatanje ekonomije vodi u tkzv. kazino-kapitalizam sa nepredvidim rizicima. To se u najnovijoj krizi i pokazalo.

[45] Srećom po svemu sudeći banke locirane u Srbiji ponašale su se konzervativnije, tako da koliko je poznato široj javnosti do oktobra 2008. samo je u jednoj banci Narodna banka Srbije suspendovala postojeći menadžment i uvela svoju upravu.

[46] Ukoliko su takve investicije deo nekih širih kontinentalnih i regionalnih projekata logično logično bi bilo da oni koji su zainteresovani za realizaciju takvih projekata preuzmu i njihovo finansiranje, a da se Srbija barem u kratkoročnom periodu maksimalno uzdrži od uzimanja skupih kredita.

Đorđe Popov, Ph. D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad

The Importance Foreign Direct Investments for the Economic Stability of Serbian Economy

Abstract

World economy stepping down in the liquidity crises causes through the real estate sector problems, particularly in the USA. The scarcity of the investments is one of the consequences.

For Serbia diminishing of current account deficit is prerequisite for the regular repayment of external debt.

It is necessary to attract the bigger amount of foreign direct investment once when the process of privatization would be finished. Motivation for investing in Serbia has to be intensified by the creation of attractive and stimulating ambience. Until now, FDI was mostly directed to purchase of Serbian companies. Bigger inflow of FDI as well as structural changes of real economy sector in Serbia could result with the stronger export growth and decreasing of trade deficit in the next years. Economic and institutional factors should be directed to create a framework which is important for FDI inflow.

Every measure contributing to reduce dollarization and strengthen the local currency and trust in the domestic financial system is a step in the right direction.

Originalni naučni rad 005.5:338.124.4

Dr Fuada Stanković, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

ZNAČAJ PREDUZETNIŠTVA ZA EKONOMIJE U KRIZI

Sažetak: *U radu se analiziraju uticaj inovacija i preduzetništva na lakše i brže prevazilaženje ekonomske krize. Objašnjava se odnos između inovacija i nezaposlenosti, mesto malih i srednjih preduzeća u ukupnoj ekonomskoj strukturi, kao i njihov značaj u procesu inoviranja i izlaska iz krize. Zaključuje se da je za prevazilaženje sadašnje ekonomske krize u Srbiji neophodna pomoć države svim subjektima, a posebno malim i srednjim preduzećima, dok je u dugom roku dalji razvoj preduzetničke i inovativne kulture jedina garancija stabilnog rasta i razvoja.*

Ključne reči: *preduzetništvo, inovacije, mala i srednja preduzeća, ekonomska kriza.*

Uvod

Poslednje decenije su obeležene povećanim interesom za preduzetništvo. Ono pomaže da se prevazilaze i ublažavaju poremećaji koji nastaju usled stalno prisutnog rizika i neizvesnosti u okruženju. Preduzetništvo je posebno značajno u periodima recesije i rasta nezaposlenosti. Danas je rašireno shvatanje da uspeh nove ekonomije – ekonomije znanja, u velikoj meri zavisi od promocije preduzetničke kulture. Inovacije i preduzetništvo su pokretači razvoja. Oni su oduvek bili od najvećeg značaja u periodima kriza. Poznati teoretičar preduzetništva Joseph Schumpeter je još u tridesetim godinama prošlog veka kao ključne momente u biznis ciklusima isticao talase inovacija.

U Šumpeterovoj viziji kapitalizma inovativni ulazak preduzetnika na tržište je snaga koja održava dugoročni ekonomski rast. Čak i po cenu da se uništi postojeća vrednost kompanije koja je imala monopolsku moć, pretnja ulaska novih preduzetnika na tržište disciplinuje monopoliste i oligopoliste da svoje profite investiraju u nove proizvode i ideje. Šumpeter je verovao da je inovativni kvalitet učinio kapitalizam najboljim ekonomskim sistemom.[1]

Šumpeter je dao do sada najšire prihvaćenu definiciju preduzetnika kao pojedinaca koji su nosioci inovacija.

Postoje mnoge definicije preduzetništva i sve one imaju sledeće zajedničke elemente: 1) kreativnost i inovativnost, 2) prikupljanje resursa i osnivanje privredne organizacije, 3) šansu za zaradu u uslovima rizika i neizvesnosti.[2]

Kod izučavanja preduzetništva uzimaju se u obzir tri dimenzije: pojedinci, okruženje i organizacije.

Pojedince karakterišu: lično iskustvo, znanje i trening kao akumulirani ljudski resursi kojima osnivač daje doprinos preduzetničkom poduhvatu. Kod pojedinca važnu ulogu ima poslovna etika odnosno etičko ponašanje. To je odluka o poslovanju koja stvara vrednost za klijenta i predstavlja presek kvaliteta i cene. Etičke odluke obezbeđuju da klijent dobije tačne podatke o proizvodu/usluzi, omogućuje mu da izvrši slobodan izbor i da kod njega stvore poverenje u proizvod i organizaciju koja ga obezbeđuje. Neetičko ponašanje podrazumeva netačne i loše podatke, opasne i manipulisane odluke i lošu reputaciju za firmu. A jedina održiva konkurentska prednost za bilo koji biznis je njegova reputacija.

Okruženje poseduje obe mogućnosti: za kreiranje novog poduhvata: resurse – novac, ljude, tehnologiju i opasnosti inherentne svakom konkurentskom tržištu.

Ključni elementi okruženja su država i politika, ekonomija, tehnologija (inovacije i invencije), socijalna demografija i ekosistem. Okruženje je podložno stalnim promenama, karakterišu ga neizvesnost i kompleksnost.

*Organizacija (*ekonomska) ima svoj oblik i strukturu, strategiju koja joj omogućuje da se ubaci na postojeće tržište ili kreira novo tržište i zaštiti svoj položaj. Ona raspolaže resursima koji je transformišu u vrednost za klijente. Pri tome je ključna stvar kvalitet za koji postoje mnogobrojni pristupi. Na

[1] Joseph Schumpeter, Capitalism, Socialism and Democracy, Georg Allen and Unwin, N.Y.1976

[2] Videti više o teorijama preduzetništva u F.Stanković, Ekonomska teorija preduzetništva, Ekonomska misao, Beograd, 3-4, 1997, s.243-254

primer: kvalitet je „objektivna" stvar koja se može kvantitativno meriti, „subjektivna" stvar koja koristi samo onome za koga ima vrednost, koja povezuje standarde sa klijentovim preferencijama, to je ono što klijenti smatraju da postoji kad odluče da kupe proizvod...

Strategija na nivou preduzeća obično uključuje odnos prema društvu, upravljanje diverzifikacijom unutar firme, odnos prema konkurentima, upravljanje marketingom, finansijama i računovodstvom kao i upravljanje ljudskim resursima. Kod preduzetničke strategije tome treba dodati elemente vezane pre svega za sam proizvod: da bude prvi takve vrste ili da se bar radi o kreativnoj imitaciji ili franšizingu.

Pored toga za preduzetničku strategiju je veoma važno da se ima prava informacija o raspoloživim resursima u pravom trenutku (zbog nužnosti da se bude prvi). Takođe odmah na početku preduzetnik treba da ima ugovore sa klijentima i nabavljačima i da ne zavisi samo od jednog nabavljača. Sponzorstvo roditeljske kompanije ili *joint venture* su dobre opcije za preduzetnika. Država takođe može da pomogne potencijalnim preduzetnicima na tri načina: a) direktnom pomoći, b) putem posebnih programa tehničke i upravljačke pomoći početnicima u biznisu ili c) povlasticama u nabavci od novih firmi tako što uvodi kvote za male biznise, manjine, ženske biznise i sl. ili promenom pravila što može stvoriti nove šanse za nove firme.[3]

Preduzetništvo i nezaposlenost

Odnos između nezaposlenosti i preduzetništva je već dugo predmet interesovanja ekonomskih teoretičara. Teorija izbora dohotka koja je bila osnova za brojne studije koje su se bavile problemom s kojim se suočavaju pojedinci kada žele da počnu vlastiti biznis i postanu preduzetnici, sugeriše da će povećana nezaposlenost voditi ka povećanju start up aktivnosti . Međutim, nezaposleni imaju manju zalihu ljudskog kapitala i preduzetničkog talenta potrebnog za pokretanje vlastitog biznisa i njegov opstanak, što ima za posledicu niži stepen preduzetničkih aktivnosti. Niska stopa preduzetništva može takođe da bude posledica niskih stopa ekonomskog rasta što se takođe izražava u visokim stopama nezaposlenosti. Preduzetničke aktivnosti nisu prosta posledica visoke nezaposlenosti (push effect) nego takođe i pull effect rastućih ekonomija kao i preduzetničkih aktivnosti u prošlosti.[4]

[3] Više o strategijama firmi videti u M.J.Dolinger, Entrepreneurship: Strategies and Resources, Prentice Hall, New Jersey, 2003

[4] D.B.Audretsch, M.A.Carree, A.R. Thurik, Impeded Discussion Paper TIO1-074/3, Tinbergen Institute, Erasmus University Rotterdam.

Nezaposlenost uglavnom vodi ka većoj preduzetničkoj aktivnosti, ali ne mora uvek da bude tako. Nova firma počinje da zapošljava, što dovodi do smanjivanja nezaposlenosti u kratkom roku. Ali niža stopa preživljavanja u slučaju malih firmi kao i ograničeni rast kod većine znače, prema mišljenju nekih ekonomista, da je u dugom roku, njihov doprinos zapošljavanju ograničen.

Ipak preovlađuje stav da preduzetništvo podstiče i doprinosi zapošljavanju. Mnoga istraživanja su potvrdila da povećanje broja vlasnika biznisa reducira stepen nezaposlenosti i identfikovali postojanje „šumpeterijanskog efekta" – sa ulaskom novih firmi na tržište povećava se zaposlenost.

Objašnjavanje međuzavisnosti između preduzetništva i nezaposlenosti veoma je važno zbog vođenja ekonomske politike, jer vlade obično na ovaj odnos gledaju pojednostavljeno, ponekad preterujući u tome da će preduzetništvo samo po sebi rešiti probleme nezaposlenosti u dugom roku i obezbediti ekonomski rast. Mere ekonomske politike treba da uzmu u obzir i mnoge druge aspekte ekonomske stvarnosti.

Preduzetništvo nije karakteristično samo za male firme. Naziv preduzetnička firma vezuje se za sva preduzeća bez obzira na njihovu veličinu, u kojima se neguje preduzetništvo i motivišu zaposleni da stalno inoviraju, u kojima vlada preduzetnička klima.

Ipak smatra se da su mali biznisi kreatori novih radnih mesta, pored toga što su najčešće nosioci inovacija i što brže pronalaze i eksploatišu nove mogućnosti. Oni ovu ulogu imaju uprkos tome što mnogi novi biznisi nemaju eksplicitne aspiracije da rastu.

Odluka pojedinca da počne novi biznis kao odgovor na nezaposlenost ili nedostatak spoljnjih alternativa na tržištu rada može se istraživati unutar mikroekonomske teorije ponude rada. Sistem socijalne podrške (blagostanja) determiniše da li će pojedinci odlučiti da se vrate u okvire tržišta rada ili da ostanu nezaposleni. Posebno je ovo slučaj kod marginalizovanih grupa kao što su žene, manjine i sl. Za njih je najčešće samozapošljavanje poslednji izlaz

U okviru GEM projekta (Global Entrepreneurship Monitor) koji su pokrenuli London Business School i Babson College u SAD, od 2002.godine se prati odnos između nezaposlenosti i preduzetništva u 37 zemalja. U okviru tog istraživanja posebno su interesantni podaci u okviru tzv.TEA nužnosti (Total Entrepeneurship Activity) – koji pokazuju udeo pojedinaca koji stupaju u preduzetništvo iz nužnosti, a ne iz želje da stvore nešto novo. Što je zemlja siromašnija a time i veća nezaposlenost, TEA nužnost će biti veća -što znači da je udeo novih firmi

nastalih iz nužnosti procentualno veći, jer je smanjen broj alternativa na tržištu rada. Ovaj efekat se smanjuje ukoliko su u toj zemlji veće naknade za nezaposlenost. Važnu ulogu u tome ima i struktura nezaposlenosti i koliko je teško u dotičnoj zemlji započeti novi biznis. Prema rezultatima za 2002. godinu najviše stope TEA nužnosti bile su između 6,5-7,5% i u tom rasponu su se među posmatranim zemljama nalazili Brazil, Argentina, Indija i Čile.[5]

Srbija se 2007.godine uključila u GEM projekt (nosilac aktivnosti u Srbiji je Ekonomski fakultet u Subotici). U toj godini je stepen TEA nužnosti u Srbiji bio 8,56%.

Inovacije i preduzetništvo

Doba ekonomske krize bi moglo da bude pravo vreme da kompanije krenu u inovacije. Nužda tera da se u vreme krize više nego ikada traga za novim *idejama*

Interesantan je primer Finske u kojoj su integrisani vodeći biznis fakultet, Fakultet za dizajn i Tehnološki fakultet da bi u 2009. počeo s radom novi multidisciplinarni „Univerzitet inovacija".I u SAD se kompanijama preporučuje da se okrenu inovacijama kao načinu borbe protiv krize.

Jedan dobar primer kako se podstiču inovacije dolazi iz Srbije. Prvo kao pilot ideja 2003.godine, a onda i kao projekt podržan od strane Ministarstva nauke Republike Srbije od 2005.godine u organizaciji Fakulteta tehničkih nauka na Univerzitetu u Novom Sadu organizuje se takmičenje za najbolju tehnološku inovaciju u koje se uključuju istraživači, studenti, nezaposleni, zaposleni, preduzeća i timovi sa teritorije Srbije koji žele da pretvore svoju invenciju u inovaciju. Do sada je kao rezultat ovog takmičenja osnovano 35 novih firmi visokih tehnologija i edukovano više od 1800 inovatora.[6]

Kriza ima multiplikovane posledice. Smanjenje dohotka i profita će u početku stvoriti mentalitet smanjenja troškova što nije dobro za inovacije. Nakon te prve reakcije, nastaje faza u kojoj lideri kompanija počinju da razmišljaju o tome koji su delovi njihovog biznisa dobri a koji su slabi,

[5] M.Cowling, W.D.Bygrave, Entrepreneurship and Unemployment: Relatinships between unemployment and entrepreneurship in 37 nations participating in the Global Entrepreneurship Monitor (GEM) 2002. *www.gemconsortium.org*

[6] Više o tome videti u: V.Rašković, Plasirajte svoje znanje – takmičenje za najbolju tehnološku inovaciju, u knjizi Univerzitet i preduzetništvo, ur. S. Markov, F. Stanković, UNESCO katedra za studije preuzetništva, Novi Sad, 2008.

možda i neodrživi. Posle toga se kreće u restruktuiranje i reinvencije.Prirodno je da se u prvom suočavanju sa krizom još ne razmišlja o inovacijama. Postoji rezerva prema inovacijama jer one koštaju, a ulaganje je uvek rizično. Da li se rizik isplati u vreme krize?

Inovacija se može definisati kao sposobnost da se izvuče korist od naučnog dostignuća, a to traži mnogo više nego samo pretvoriti novu ideju u proizvod ili uslugu. Efikasna tehnologija nije dovoljna – neophodna su finansijska sredstva kao i poslovne veštine. Adekvatna zaštita intelektualne svojine se takođe smatra neizostavnim eksternim faktorom za omogućavanje inovacija pored podsticaja za inovativne aktivnosti od strane države. To se sve ukratko naziva dinamičnom, samoodrživom inovativnom kulturom.

U februaru 2008. godine Evropska komisija je objavila Evropsku inovacionu rang listu za 2007. godinu koja sadrži komparativnu analizu stepena inovativnosti u pojedinim zemljama. Zemlje su se upoređivale na skali od 0 do 1, gde je 1 maksimalan nivo. 25 indikatora je grupisano u pet dimenzija da bi se bolje obuhvatili različiti aspekti inovacionog procesa. To su bile sledeće dimenzije: 1) inovacioni pokretači mere strukturalne uslove koji su potrebni za inovacioni potencijal; 2) kreiranje znanja je mera napora koji se ulažu u inoviranje na nivou firme; 3) aplikacijama se meri uspeh izražen preko rada i poslovnih aktivnosti i njihovog doprinosa u inovacionim sektorima; 4) inovacije i preduzetništvo mere napore u pravcu inoviranja na nivou firme i 5) intelektualnom svojinom se mere postignuti rezultati u know-how.

Prema ovom izveštaju Švedska (0,73), Finska (0,64), Danska (0,61) su najinovativnije evropske zemlje, a za njima slede još Nemačka i Velika Britanija i sve su one inovativnije od SAD. Švedska je najinovativnija zemlja, najviše zbog broja inovacija, ali je manje efikasna u odnosu na druge zemlje u transformisanju inovacija u inovacione autpute. Na dnu liste inovativnosti se nalaze Poljska, Turska, Hrvatska, Bugarska, Rumunija i Letonija.[7]

Nešto drugačiju klasifikaciju najinovativnijih evropskih zemalja nedavno je objavio Forbes .Prema pet kriterijuma (broj patenata na milion stanovnika, procenat DBP koji se izdvaja za istraživanje i razvoj, broj istraživača sa punim radnim vremenom na 1000 stanovnika, broj izrazito inovativnih firmi). Redosled prvih deset zemalja je sledeći: 1. Švajcarska, 2. Nemačka, 3. Holandija, 4. Švedska, 5. Luksemburg, 7. Danska, 8. Francuska, 9. Austrija, 10. Belgija.[8]

[7] Izvor: European Innovation Scoreboard 2007.
[8] www.forbes.com

Nisu ni sve inovacije iste. Postoje inovacije koje samo transformišu postojeću tehnologiju ili organizaciju i one koje poništavaju postojeće stanje.

Najbolji rezultati u biznisu se postižu hrabrim inovacijama koje preispituju postojeću paradigmu i organizaciju. To je Šumpeter nazvao „kreativnom destrukcijom". Kreativna destrukcija je proces transformacije koji prati radikalnu inovaciju.

U poslednjim decenijama se pokazalo da su velike kompanije nefleksibilne i da suviše sporo reaguju na tržišne informacije. Mala i srednja preduzeća (MSP) su u tom pogledu ispred velikih – ona su najbliža inovacionoj kulturi. Naravno nisu sva MSP inovativna. 99% svih evropskih biznisa čine mala i srednja preduzeća a samo manji broj spada u kategoriju modernih MSP visokih tehnologija. Ostala su tradicionalna mala preduzeća (manje trgovine, restorani, porodične firme..) ili tzv.kontraktorska preduzeća koja imaju dugoročnije ugovore s velikim kompanijama.[9]

U aktuelnoj ekonomskoj krizi vlade pojedinih zemalja preduzimaju različite mere da bi zaustavile pad proizvodnje i okrenule ekonomiju ka uzlaznoj liniji. Mnoge mere su vezane upravo za podsticaj MSP jer se u njima vidi motorna snaga za izlazak iz krize. Tako je vlada Brazila u novembru 2008. godine odvojila 7 milijardi dolara da bi obezbedila likvidnost MSP na tržištu i obrtni kapital za ove kompanije.Vlada je takođe odložila za kraći period plaćanje federalnih poreza. Inače, ekonomija Brazila je u poslednje vreme bila među zemljama sa rastućom stopom ekonomskog rasta.

Evropski savet je u septembru 2008. naložio Evropskoj investicionoj banci da da kredite za MSP u vrednosti od 15 milijardi evra za period od dve godine (2008-2009 godine) u okviru ukupnog budžeta od 30 milijardi. To će značiti povećanje od 50% u poređenju sa 2007.godinom kada je banka posudila 5,2 milijadi evra MSP putem privatnih banaka.

Iskustva Srbije

U poslednjoj deceniji u Srbiji se na različite načine podstiče razvoj malih i srednjih preduzeća i preduzetništva.. Njihov broj i udeo u strukturi privrede se stalno povećava. Od ukupnog broja registrovanih firmi u Srbiji 99,7% su MSP. Predviđa se da će u ovoj godini (do kraja 2008.go-

[9] MSP se u EU definišu kao nezavisna preduzeća koja zapošljavaju manje od 250 zaposlenih i imaju godišnji promet do 40 miliona dolara.

dine) biti registrovano oko 11.50 novih MSP i oko 20.000 novih radnji.. MSP jedina kreiraju nova radna mesta. Od 1,6 miliona zaposlenih u privtanom sektoru 1,3 miliona rade u MSP. Sve je više povoljnih kredita koje banke nude za MSP.

Stalno rastući broj novih MSP je posledica poboljšanja poslovnog okruženja. Po zakonu je danas u Srbiji dovoljno 500 evra za osnivanje društva sa ograničenom odgovornošću (što je najčešći oblik organizacije u nas) i samo 15 dana za registraciju firme.

Različite vrste pomoći posebno u edukaciji se nude putem mreže podrške MSP i preduzetništvu koja obuhvata 13 regionalnih agencija uz koordinaciju Republičke agencije. Međutim, ne postoji lokalna mreža informacionih centara (one- stop shop) sa savetima kako osnovati vlastitu firmu, što bi olakšalo pojedincma da na jednom mestu u svojoj lokalnoj zajednici dobiju neophodne informacije i savete. Još nema dovoljno svima pristupačnih informacija kako snovati firmu, kako analizirati tržište i napraviti biznis plan i sl.

Rašireno je mišljenje da u Srbiji ima puno inovatora i inovacija. Takvo mišljenje je najviše posledica informacija o tome kako pojedinci iz Srbije osvajaju nagrade na sajmovima inovacija. Tu se najčešće radi o invencijama e (izumima) a ne o inovacijama koje predstavljaju realizaciju invencije na tržištu. Najbolji izum može da ostane zatvoren u ladici, a diploma okačena na zidu, ali o inovaciji u tom slučaju nema govora. Čak i kad bi bilo tačno, a nemamo pouzdane podatke o broju invencija po glavi stanovnika u Srbiji, bez značajnih podsticaja iz okruženja da se ti izumi pretvore u proizvode i usluge za tržište, Srbija se neće razvijati u pravcu inovativne ekonomije.

Dobre inicijative u tom pravcu već postoje. Ministarstvo ekonomije i regionalnog razvoja i Fond za razvoj republike Srbije su u martu 2008. godine raspisali su konkurs za kreditnu podršku namenjenu pretvaranju inovacija u gotov proizvod. Sredstva se mogu koristiti za finansiranje osnovnih i obrtnih sredstava. Pored različitih kriterijuma za dodelu sredstava traži se i sertifikat o inovaciji koji izdaje Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj. Inicijativa je dobra, ali sasvim nedovoljna, a možda su i procedura i uslovi komplikovani i ne obezbeđuju brz ulazak inovativnih firmi na tržište.

Očigledno je da će i u Srbiji kao i svugde drugo MSP biti najosetljivije na poslovno okruženje koje će sigurno biti nepovoljno u vremenima svetske ekonomske krize. Zbog toga je neophodno još mnogo novih mera Vlade Srbije da se pomogne najvećem broju firmi u Srbiji da lakše prebrode krizu. Ove mere treba doneti što pre i njihovu primenu učiniti što

jednostavnijom i bržom. Treba se ugledati na mere koje preduzimaju druge države da bi pomogle svojim malim i srednjim preduzećima da lakše prebrode krizu.

Zaključak

Globalna finansijska kriza u 2008.godini je najveća finansijska kriza posle Velike depresije. Postala je vidljiva u septembru 2008.sa propašću nekoliko velikih američkih finansijskih firmi. Razlozi koji su doveli do krize su postojali još ranije i oni su bili vidljivi u poslovanju osiguravajućih kompanija, investicionih banaka i pre svega u krizi stambenih kredita.

Nakon najveće manifestacije krize u SAD ona se veoma brzo proširila na Evropu i ceo svet. Počele su da padaju akcije na svim svetskim berzama, došlo je do krize likvidnosti na međunarodnom planu, pada potrošnje, zatvaranja kompanija i otpuštanja velikog broja zaposlenih. Globalizacija krize je najvažnije obeležje ove krize. Nijedna ekonomija neće biti pošteđena negativnih posledica.

Sve zemlje pokušavaju da ublaže efekte krize i vlade preduzimaju različite mere, pre svega pomoći MSP da prevaziđu krizu likvidnosti. Široko je prihvaćeno mišljenje, a to je pokazala i istorija svetskog kapitalizma, da su snažne radikalne inovacije najbolje sredstvo za prevazilaženje krize.

Pokazali smo i koliko su inovacije i preduzetništvo sredstvo u borbi protiv nezaposlenosti.

Dakle, u kratkom roku država mora da pomogne svim subjektima da lakše prevaziđu krizu U dugom roku, razvoj preduzetničke i inovativne kulture u Srbiji su jedina garancija za stabilan rast i razvoj.

Fuada Stanković, Ph. D., Full Professor
Novi Sad School of Law

The Importance of Entrepreneurship for Economies in Crisis

Abstract

Impact of innovation and entrepreneurship in the times of economic crisis is analized.

Central topics of interest in the paper are: relationship between innovation and unemployment, the role of SMEs within overall economic structure, as well as their importance in the processes of innovation and economic crisis. It is concluded that for Serbia to overcome existing economic crisis it is necessary for the government to support the SMEs sector and other subjects of the economy in order to ease their recovery from the economic crisis. In the long run development of entrepreneurial and innovative culture is the guarantee of stable growth and development.

Originalni naučni rad 347.724

Dr Stevan Šogorov, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

KARAKTERISTIKE I PRAVNA DEJSTVA UGOVORA O PRENOSU UDELA U DRUŠTVU S OGRANIČENOM ODGOVORNOŠĆU

Sažetak: *Udeo u društvu s ograničenom odgovornošću se prenosi u režimu slobodnog prenosa i režimu prenosa uz poštovanje prava prečeg sticanja udela od strane društva i drugih članova društva. Pri prenosu udela ugovorom, jasno se razlikuju dva pravna posla-osnovni posao i posao ustupanja (cesije). Ugovor o prenosu je formalan, potpisi prenosioca i sticaoca uela moraju biti javno overeni. Nakon prenosa prenosilac i sticalac su solidarno odgovorni za obaveze prenosioca u vezi sa ulogom. za prenos udela nije potrebna izmena osnivačkog akta društva. Za sticanje članstva u društvu potrebno je da se pored upisa prenosa u knjigu udela izvrše i neke druge zakonom propisane radnje. Ako udeo stekne neki postojeći član društva, taj udeo se spaja sa njegovim postojećim udelom u novi jedinstveni udeo.*

Ključne reči: *društvo s ograničenom odgovornošću, udeo, prenos, ugovor, karakteristike, pravna dejstva.*

1. Uvodne napomene

U skladu sa posebnom prirodom društva s ograničenom odgovornošću, koje je društvo kapitala sa značajnim karakteristikama društva lica, udeo u njemu se može prenositi, ali uz određene uslove i ograničenja. U našem pravu udeo se može prenositi u dva različita režima.

Prvi režim je *režim slobodnog prenosa udela*. Udeo člana društva s ograničenom odgovornošću se, prema zakonu, može slobodno prenositi

na određene kategorije lica. Tako se udeo može slobodno preneti drugom članu društva ili društvu; bračnom drugu prenosioca, bratu, sestri, pretku, potomku ili bračnom drugu potomka kao i zakonskom zastupniku ili nasledniku člana društva nakon njegove smrti. Konačno, udeo se može slobodno prenosi i u postupku statusne promene.[1]

Ipak, zakon ostavlja mogućnost da se ovaj prenos osnivačkim aktom ili ugovorom članova društva i drugačije urediti.[2] Drugačije uređivanje može značiti unošenje različitih organičenja pri prenosu, sve do isključenja mogućnosti prenosa. Ograničenja se mogu odnositi na uslovljavanje prenosa saglasnošću društva ili svih drugih članova društva, na ustanovljavanje prava prečeg sticanja udela od strane društva ili članova društva i dr. Zakonsko pravilo o slobodnom prenosu udela je, dakle, dispozitivnog karaktera, osnivačkim aktom ili ugovorom članova društva ono može biti zamenjeno drugim pravilom. Što se tiče mogućnosti isključenja prenosa udela navedenim aktima, ono je takođe moguće, ali to ne znači da je time onemogućeno članu društva da se oslobodi članstva u društvu. Trajna zabrana oslobođenja od članstva u društvima kapitala nije moguća. U slučaju da se napr. osnivačkim aktom ili ugovorom članova društva isključi prenos udela u slučaju smrti, odn. prestanka člana društva, tim aktima treba uredditi i otkup udela od strane članova društva ili društva. U svakom slučaju Zabrana prenosa udela osnivačkim aktom ili ugovorom članova društva bi besumnje bio opravdan razlog da član iskoristi zakonski institut istupanja iz društva.

Drugi režim je *režim prenosa udela uz poštovanje prava prečeg sticanja*. U našem pozitivnom zakonodavstvu pravo prečeg sticanja udela u društvu s ograničenom odgovornošću ima dva nivoa.

Prvi nivo je nivo prioritetnog prava prečeg sticanja.[3] Ovakvo pravo ima samo društvo. Naime, prema st. 1 čl. 126 ZPD član društva s ograničenom odgovornošću pre nego što ponudi svoj udeo ili deo udela trećem licu koje nije lice koje može steći udeo u režimu slobodnog prenosa iz člana 125. tog zakona, dužan je da taj udeo ili deo udela ponudi društvu".

Drugi nivo prava prečeg sticanja je redovno pravo prečeg sticanja.[4] To pravo imaju svi drugi članovi društva.

Naime, ako društvo ne iskoristi pravo prečeg sticanja i ne prihvati ponudu u roku određenom osnivačkim aktom ili ugovorom članova društva,

---

[1] V. čl. 125 st. 1 Zakona o privrednim društvima iz 2004. godine (skraćeno: ZPD).

[2] Ibidem.

[3] U literaturi se ovo pravo sreće i pod imenom primarno pravo prečeg sticanja - v. Vasiljević, Komentar Zakona o privrednim društvima, Beograd, 2006, s. 423.

[4] U našoj literaturi se ovo pravo naziva i sekundarnikm pravom prečeg sticanja - v.Vasiljević, ibidem.

prenosilac je obavezan da ponudu dostavi „drugim članovima društva, u skladu sa osnivačkim aktom ili ugovorom članova društva.“[5] To znači da je redovno pravo prečeg sticanja udela drugorazredno ili sekundarno u odnosu na prioriteno pravo prečeg sticanja udela koje ima društvo.

2. Osnovi prenosa

Udeo u društvu sa ograničenom odgovornošću se, u skladu sa zakonom, može na člana ili treće lice preneti nasleđivanjem, drugim aktom pravne sukcesije (statusnom promenom) i ugovorom. Pri tome, kao što smo videli, taj prenos može biti slobodan ili uslovljen.

Ako se udeo prenosi nasleđivanjem, primenjuju se odgovarajuća opšta pravila naslednog prava. Ipak, ako je osnivačkim aktom ili ugovorom članova društva predviđeno nešto posebno, opšta pravila naslednog prava važe uz korekciju, odnosno uz uvažavanje posebnih pravila iz tih akata.

Slična je situacija i kod drugog vida pravne sukcesije, pre svega kod staatusnih promena. Uz opšta pravila koja u pravu privrednih društava važe za prenos prava, odnosno prenos imovine u slučaju statusnih promena imaoca udela (podela, spajanje pripajanjem, spajanje novim osnivanjem) primeniće se i posebna pravila utvrđena aktom o osnivanju i ugovorom članova društva s ograničenom odgovornošću.

3. Dvojnost pravnih odnosa kod ugovornog načina prenosa

Pri ugovornom prenosu udela valja razlikovati dva pravna odnosa koji nastaju između prenosioca i sticaoca udela.

Prvi pravni odnos objašnjava zašto je došlo do ugovornog ustupanja potraživanja. To je tzv. osnovni pravni odnos ili glavni pravni posao. Po svome pravnom karakteru taj pravni odnos može biti ugovor o prodaji (što je u praksi najčešće) ali i ugovor o poklonu, razmeni ili drugi ugovor kojim se stvara obaveza ustupanja potraživanja. Ugovor o prenosu udela može imati i karakter ugovora o ulogu u drugo društvo, kada se udeo u društvu s ograničenom odgovornošću javlja kao predmet udela u drugom privrednom društvu. U tom slučaju ugovor o prenosu udela ima zapravo karakter ugovora o osnivanju (ili ugovora o društvu) pri osnivanju drugog privrednog društva, odnosno ugovora o pristupanju društvu, ako se radi o ulaganju udela u već postojeće drugo privredno društvo. Doduše, u praksi

[5] V. čl 126. st. 2 ZPD.

je ustupanje potraživanja najčešće samo jedna ili više klauzula u ugovoru o prodaji ili pak poklonu udela, ali je ponekad i odvojeni pravni posao. Kada se navedena dva pravna odnosa manifestuju odvojeno, ugovorom o prodaji, poklonu ili drugim ugovorom, stvara se obaveza ustupanja udela, a ta obaveza se izvršava ugovorom o ustupanju[6].

Drugi odnos je odnos kojim se udeo pravno prenosi sa prenosioca na sticaoca. Taj odnos je po svojoj pravnoj prirodi ugovor o ustupanju (cesiji) iz čl. 436-443. Zakona o obligacionim odnosima, pa se odredbe ovih članova mogu shodno primenjivati i na prenos udela. Za pravni posao ustupanja je karakteristično da se može iskazati kao kauzalan, ali i kao apstraktan. Pri ustupanju udela se tako može naznačiti kauza (prodaja, poklon, razmena i sl.) ali i ne mora, ustupanje se može pojaviti i u formi apstraktnog prenosa udela. Odvojeno od ovoga je pitanje da li ustupanje udela, kao ustupanje subjektivnog imovinskog prava, nužno ima apstraktan i samostalan (neakcesoran) karakter ili ne. U pravnoj teoriji je, inače, ovo poslednje pitanje sporno. Prema jednom mišljenju, cesija potraživanja, pa tako i cesija udela kao subjektivnog imovinskog prava ima apstraktan i samostalan karakter. U prilog ovakvog stava se obično navode zahtevi pravne sigurnosti. Po drugom mišljenju, posao ustupanja je ipak kauzalnog i nesamostalnog karaktera, jer je to u skladu sa stvarnom voljom ugovornih strana koju su one iskazale u osnovnom pravnom poslu.[7]

Oba pravna odnosa, odnosno oba pravna posla, najčešće se javljaju zajedno, *uno actu*. Ugovorom o prodaji ili poklonu udela se redovno vrši i ustupanje udela (ako je ugovor sačinjen u zakonom propisanoj formi) ali to ne mora uvek biti slučaj. Ipak, dešava se da se osnovni pravni posao i posao ustupanja ne jave zajedno, u istom vremenskom trenutku, Moguće je, tako, da se osnovni ugovor zaključi u propisanoj formi, ali da se njegovo izvršenje predvidi za neki kasniji termin. Takođe je moguće da se zaključi ugovor o prodaji, s tim da se predvidi da će prenos udela biti izvršen odgovarajućim poslom ustupanja.

4. Forma ugovora o prenosu udela

U pogledu forme ugovora o prenosu udela ZPD propisuje obaveznu pisanu formu. U pogledu zahteva forme naše pravo je u kratkom vremen-

[6] V. npr. čl. 15. Zakona o društvima sa ograničenom odgovornošću Nemačke; Baumbach - Hueck, op. cit., s. 79–83.

[7] V. o ovim shvatanjima kod Steiger, Werner, u : Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V, Obligationenrecht, Zürich, 1965, s.280-281.

skom periodu imalo zanimljivu evoluciju. Zakon o preduzećima iz 1988. godine pismenu formu nije uopšte predviđao. U Zakonu o preduzećima iz 1996. godine je međutim, za ugovor o prenosu udela bila predviđena pismena forma.[8] Konačno, Zakonom o privrednim društvima iz 2004. godine je predviđena kvalifikovana pisana forma, tj. predviđeno je da se „udeo prenosi ugovorom u pisanoj formi sa overenim potpisima prenosioca i sticaoca"[9] čime se naše pravo približilo rešenjima u uporednom pravu.

U pravu Nemačke se za ugovor o ustupanju udela zahteva da je zaključen u sudskoj ili javnobeležničkoj (notarijalnoj) formi. Čak i ugovor kojim se stvara obaveza ustupanja udela mora biti zaključen u takvoj formi[10], s tim da se takav ugovor može konvalidirati u pogledu forme, ako je ugovor o ustupanju zaključen u zakonom propisanoj formi. Na isti način je pitanje forme prenosa udela rešeno i u austrijskom pravu.

Slična je situacija i u pravu Švajcarske. Za prenos udela u društvu s ograničenom odgovornošću zahteva se da posao kojim se udeo prenosi bude formalan. Zahtev forme je ispunjen ako je ustupanje udela izvršeno u pisanoj formi koja je javno overena.[11]

Francusko pravo takođe predviđa da je za ustupanje udela potrebna pisana forma.

Smisao obavezne pismene forme je u tome da se oteža prenos udela (udeli ne treba da budu predmet čestog tržišnog, odn. berzanskog prometa radi sticanja dobiti, kao što je to slučaj kod akcija) kao i da se obezbedi veća preciznost i pravna sigurnost kako učesnika u poslu prenosa udela, tako u društva i članova društva. Formalnost ugovora o prenosu udela potpuno odgovara specifičnostima društva sa ograničenom odgovornošću, s obzirom na njegove personalne karakteristike.

5. Pravna dejstva ugovora o prenosu udela između ugovornih strana

U pogledu pravnih dejstava ugovora o prenosu udela, treba razlikovati pravna dejstva ovog ugovora između ugovornih strana i prema društvu. Između ugovornih strana, *inter partes,* prenos, odnosno ustupanje, deluje prema pravilima koja vaše za osnovni posao i pravilima koja važe za posao ustupanja (cesionog prava).

[8] V. čl. 357. st. 3. ZOP-a.
[9] V. čl. 128 st.1 ZPD.
[10] V. čl. 15. st. 3. i 4. Zakona o društvima sa ograničenom odgovornošću Nemačke.
[11] Upor. čl. 791, st. 4 Zakona o obligacijama Švajcarske.

Što se osnovnog posla tiče, on deluje između prenosioca i sticaoca udela, za društvo je to *res inter alios acta*. Društvo se ne može umešati u taj odnos, ne može napr. ukazivati na eventualne mane tog pravnog posla i sl.

Posao ustupanja je, naprotiv, posao cesionog karaktera, pa društvu kao cesus-u, stoje na raspolaganju ona prava u vezi sa ovim poslom, koja po pravilima cesionog prava pripadaju dužniku.

Između ugovornih strana ugovor proizvodi pravno dejstvo od trenutka zaključenja, a udeo je prenet trenutkom ustupanja.

6. Dejstvo ugovora o prenosu udela prema društvu

Prema zakonu, „prenosilac udela i sticalac udela obavezni su da bez odlaganja prijave društvu s ograničenom odgovornošću prenos udela, promenu člana i vreme promene, radi upisa u knjigu udela" i dalje "prenos udela ima pravno dejstvo prema društvu s ograničenom odgovornošću od dana prijema obaveštenja o prenosu."[12]

S druge strane, međutim, sticalac udela se smatra novim članom društva tek kada se „pisanim putem saglasi da postane član i naznači da ga obavezuju osnivački akt i ugovor članova društva i kada se u skladu sa zakonom upiše u knjigu udela",[13] o čemu će kasnije biti više reči.

Ove dve zakonske norme deluju kontradiktorno. Nejasno je, naime, kakvo pravno dejstvo prijavljivanje prenosa udela ima prema društvu od dana prijema obaveštenja o prenosu, ako ne dejstvo prenosa udela, tj. promene vlasnika udela. U uporednom pravu postoje u tom pogledu dva rešenja. Prvo je zastupljeno u nemačkom pravu i prema njemu prenos udela ima dejstvo prema društvu od trenutka obaveštavanja društva o tom prenosu.[14] Drugo je rešenje švajcarskog prava, prema kojem prenos udela deluje prema društvu kada je društvo obavešteno o prenosu i kada je prenos upisan u knjigu udela[15] pri čemu je obaveštenje pretpostavka upisa. U ZPD su paralelno data oba ova rešenja, što će u praksi nesumnjivo izazvati konfuziju i različita tumačenja.

S druge strane, obaveza obaveštavanja društva o prenosu udela je jasno formulisana kao obaveza obeju strana, kako prenosioca, tako i sticao-

[12] V. čl. 128 st.2 ZPD.

[13] V. čl. 128 st. 3 ZPD.

[14] V. par. 16 st. 4 Zakona o društvima sa ograničenom odgovornošću Nemačke. Detaljnije o ovome videti napr. kod Rowedder, GmbH Kommentar, München, 1997 s. 392 i sl.

[15] V. čl. 791, st. 1 Zakona o obligacijama Švajcarske.

ca. Oni su dužni da o prenosu udela obaveste društvo bez odlaganja. Ipak, dovoljno bi, po našem mišljenju, bilo i da samo sticalac obavesti društvo o prenosu udela, uz podnošenje verodostojne dokumetacije o tome i uz ispunjavanje drugih zakonom propisanih uslova, da društvo izvrši upis prenosa udela na sticaoca u knjizi udela.

7. Dejstvo prenosa na obaveze prenosioca prema društvu

Za prenos udela se vezuju i određene pravne posledice u pogledu odgovornosti za obaveze iz članskog odnosa.

Prema zakonskom pravilu, prenosilac i sticalac udela solidarno su odgovorni za obaveze prenosioca u vezi sa ulogom.[16]To su, pre svega, obaveze unošenja nedostajućeg dela uloga, ali i obaveza garancije za fizička i pravna svojstva stvari, kao nenovčanog uloga.

Solidarna odgovornost prenosioca i sticaoca udela se odnosi samo na obaveze prenosioca nastale pre prenosa udela. Zbog toga je od odlučujuće važnosti utvrđivanje trenutka prenosa udela. S obzirom da se ovom zakonskom normom utvrđuje odnos prenosioca i sticaoca prema društvu, to se i trenutkom prenosa ima smatrati trenutak koji zakon utvrđuje kao trenutak pravnog dejstva prenosa udela prema društvu, a ne onaj koji bi se mogao smatrati trenutkom prenosa između ugovornih strana.

Sličnu normu sadržavali su i raniji propisi. Naime, pri prenosu udela za obaveze prenosioca dospele pre prijavljivanja prenosa udela solidarno su odgovarali društvu prenosilac i sticalac udela.[17] Za razliku, međutim, od aktuelnog rešenja, ovo pravilo se odnosilo na sve imovinske obaveze porenosioca udela po osnovu članskog odnosa.

Pravila o solidarnoj odgovornosti prenosioca i sticaoca udela za obaveze ranije nastalih obaveza prenosioca u pogledu uloga su nesumnjivo dobra. Na taj način se, nesumnjivo štite opravdani interesi društva, odn. ostalih članova. Ipak, ovo pravilo je u ZPD preusko postavljeno, budući da solidarna odgovornost vezuje isključivo za ulog prenosioca u društvo. Mnogo bolje rešenje bi bilo da je ta odgovornost predviđena za sve imovinske obaveze prenosioca iz članskog odnosa, dakle udela koji se prenosi, kao što je to bio slučaj po ranijim propisima. Na taj način bi se obuhvatile i druge imovinske obaveze, kao što su obaveza dopunske uplate, obaveza na sporednu činidbu i dr.

[16] V. čl.13 st. 9 ZPD
[17] V. čl.128 st. 1 ZPD.

8. Dejstvo prenosa udela na osnivački akt društva

Prema zakonu, za prenos udela nije potrebna izmena osnivačkog akta društva s ograničenom odgovornošću. Ovakvo pravilo potvrđuje činjenicu da je društvo s ograničenom odgovornošću, mada društvo s određenim ličnim karakteristikama, ipak u suštini društvo kapitala.

Ipak, ova zakonska norma je dispozitivne prirode. Samim osnivačkim aktom je moguće i drugačije ovo pitanje urediti, npr. tako da svaki prenos udela, budući da znači i promenu člana društva, mora za posledicu imati izmenu tog akta. Na taj način bi se, umesto kapitalskih, ojačali personalni elementi konkretnog društva s ograničenom odgovornošću.

U pogledu pitanja dejstva ugovora o prenosu udela na ugovor o osnivanju društva, Zakn o privrednim društvima je, dakle, zadržao kontinuitet sa rešenjima iz prethodnog Zakona o preduzećim. Naime, već je ovaj zakon bio usvojio rešenje prema kome prenos udela ne povlači sa sobom izmenu ugovora o osnivanju društva. Time su na dobar način razrešene dileme koje su se svojevremeno u praksi javljale prilikom primene Zakona o preduzećima iz 1988. godine, koji ovo važno pitanje nije uopšte regulisao.

9. Prenos udela i sticanje članstva

Prema zakonu „sticalac udela postaje član društva s ograničenom odgovornošću kad se pisanim putem saglasi da postane član i naznači da ga obavezuju osnivački akt i ugovor članova društva i kada se u skladu sa zakonom upiše u knjigu udela”.[18]

Iz ovakve, dosta nesretno formulisane norme, nije sasvim lako utvrditi šta je zapravo zakonodavac hteo, odnosno šta je želeo da opredeli kao trenutak u kome sticalac postaje član društva. Već na prvi pogled je jasno da sve pobrojane radnje (davanje pisane saglasnosti sticaoca udela da postane član društva, naznačenje da ga obavezuju osnivački akt društva i ugovor članova društva, kao i upis u knjigu udela društva) ne moraju, a možda i ne mogu biti preduzete u istom trenutku, pa se onda postavlja pitanje koja je radnja odlučujuća.

Po našem mišljenju iz zakonske norme, najpre, nedvosmisleno proizlazi da sve navedene radnje moraju biti kumulativno izvršene da bi sticalac udela postao član društva.

[18] V. čl. 128 st.3 ZPD.

Nadalje, iz navedene norme takođe proizilazi da i pod pretpostavkom vremenskog povezivanja nekih radnji, najmanje dve radnje ostaju odvojene. Jedno je radnja davanja pisane saglasnosti sticaoca udela da postane član društva (u koju može biti inkorporisana izjava volje sticaoca da prihvata, odnosno da ga obavezuju akt o osnivanju i ugovor članova društva) a druga je upis sticaoca u knjigu udela.

Da li je za trenutak sticanja udela bitno kojim hronološkim redom se vrše zakonom pomenute radnje? Iz prostog nabrajanja različitih radnji teško da bi se takav zaključak mogao izvući. Pre bi se moglo tvrditi suprotno, da stilizacija norme upucuje samo na to da se obe radnje moraju izvršiti, a da je vremenski redosled nebitan. To znači da bi trenutak sticanja članstva bio trenutak preduzimanja poslednje radnje, svejedno da li je to radnja upisa u knjigu udela ili radnja davanja pisane saglasnosti o prihvatanju članstva, akta o osnivanju i ugovora članova društva.

Mnogo bi bilo bolje da zakonska norma drugačije glasi. Logičnije bi bilo da je predviđeno da je upis sticaoca u knjigu udela trenutak sticanja članstva (u odnosu prema društvu) a da su druge pomenute radnje samo pretpostavke, odnosno neophodni uslovi, za sticanje udela. Najbolje bi, međutim bilo, da je trenutak sticanja udela vezan isključivo za radnju upisa sticaoca kao novog vlasnika udela u knjigu udela.

Pored toga, aktuelna norma je neadekvatna i iz drugih razloga. Pre svega, u njoj se kao obavezna radnja sticaoca za sticanje udela pominje ne samo prihvatanje akta o osnivanju već i ugovora članova društva, mada je ovaj poslednji akt društva fakultativan, a ne obavezan. Pored toga, davanje pisane saglasnosti za sticanje članstva se čini kao nepotrebna dodatna izjava sticaoca, jer je sticanjem udela, koji je po sebi članstvo, on nesumnjivo izjavio svoju volju da postane član društva. Isto tako, nepotrebno je i posebno izjašnjavanje sticaoca o tome da ga obavezuje akt o osnivanju društva, jer on po sebi obavezuje sve članove društva, nezavisno u kom trenutku su postali članovi. Ovo utoliko pre što se takva izjava ne traži čak ni prilikom sticanja udela u ortačkom društvu, kao tipičnom, zatvorenom društvu lica.

10. Dejstvo prenosa udela na njegovu samostalnost

Prema zakonu, „ako član društva s ograničenom odgovornošću stekne jedan ili više udela, ti udeli se spajaju sa postojećim udelom i zajedno čine jedan udeo“.[19]

[19] V. čl. 115. st. 3 ZPD.

Za diskusiju je, međutim, opravdanost ovakve zakonske odredbe. Ovakvo rešenje je sadržano i u jugoslovenskom Trgovačkom zakoniku iz 1937. godine (čl. 441.), kao i u austrijskom Zakonu o društvima sa ograničenom odgovornošću (čl. 75.) iz 1906. godine. Suprotno tome, u nemačkom pravu svaki udeo i nakon prenosa na nekog člana društva zadržava svoju pravnu samostalnost[20]. Pravne teškoće koje ima rešenje usvojeno u Zakonu o privrednim društvima nisu zanemarljive. Tako se, pre svega, javlja problem realizacije prava trećih lica koja su u trenutku prenosa postojala na ranijem udelu. Ako je taj udeo nakon prenosa spojen sa drugim udelima u novi, jedinstveni udeo, prava trećih lica bi se protezala i na druge delove novog, jedinstvenog udela, kao uostalom i posebna prava i dužnosti člana, koja su vezana za raniji ili kasniji udeo. Pored toga, zadržavanje samostalnosti stečenog udela omogućava njegov samostalni tretman (npr. sporedne činidbe za koje je vezan) i omogućuje dalji samostalan prenos tog udela bez postupka podele jedinstvenog udela. Ako bi zadržavali samostalnost, ovi udeli bi se slobodno prenosili, naročito između članova, dok o deobi udela odlučuje skupština društva. Osim toga, deoba udela se ugovorom o osnivanju društva s ograničenom odgovornošću može potpuno isključiti.

[20] V. čl. 15 st. 2. Zakona o društvima s ograničenom odgovornošću Nemačke.

Stevan Šogorov, Ph. D., Full Professor
Novi Sad, School of Law

Characteristics and legal effects of transfer of shares in private company contract

Abstract

The article contains discussion on most important characteristics and legal effects on transfer of shares in private company contract according to Company Act of Republic of Serbia, taking into account solutions in comparative law. Author underlines lack of legal regulations advocating their rectification. Author suggests need for clear legal regulation of the moment in which transfer of shares takes effect and reconsideration of the principal of joining of shares in case of further shares acquired.

Originalni naučni rad 94(37)
34(37)

Dr Srđan Šarkić, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

CAR I ZAKON U GOVORIMA TEMISTIJA

***Sažetak*:** *Autor u radu razmatra shvatanja Temistija, znamenitog govornika i filosofa iz IV veka i jednog od poslednjih velikih paganskih mislilaca. Posebna pažnja posvećena je Temistijevim razmišljanjima o odnosu cara i zakona. Slično drugim misliocima toga perioda i Temistija zaokuplja dilema da li je car vezan zakonima ili je on osoba iznad zakona, koja svojom blagošću i plemenitošću ispravlja strogost pisanih zakona.*

***Ključne reči*:** *Temistije, Konstantin, Konstancije, Teodosije, „živi" ili „oduhovljeni zakon", zakonodavstvo.*

Rimsko carstvo je od vladavine Oktavijana Avgusta (27. pne – 14. ne) do Dioklecijana (384-305) prošlo dugačku evoluciju, koja je trebalo da zameni Rimsku republiku i njene ustanove helenističkom, orijentalnom monarhijom. Taj proces, koji je u praksi značio sve više i više oduzimanje efektivne vlasti republikanskim magistraturama i Senatu, izazvao je u pravno-teorijskom pogledu izvesne dileme. Te nedoumice se vrte, uglavnom, oko jednog sa državno-pravnog gledišta ključnog pitanja: prirode carske vlasti ili odnosa vladara prema zakonu. U periodu od IV do VI veka (od početka Konstantinove pa do kraja Justinijanove vladavine), nailazimo na dva osnovna tumačenja carske vlasti. Prvo, rimski car (*princeps, dominus*) je vrhovni magistrat rimskog naroda, koji u svojoj nadležnosti sjedinjuje više magistratura Rimske republike i kao takav on je vezan ili podčinjen zakonima (*alligatum legibus*). Drugo tumačenje smatra cara božjim poslanikom na zemlji, osobom iznad zakona, šta više, sam car je nazivan „živim" ili „oduhovljenim zakonom" (u grčkim tekstovima νόμος ἔμψυχος**,** u latinskim *lex animata*), koji ublažava i ispravlja stro-

gost i greške pisanih zakona.[1] Ni prvo ni drugo tumačenje nije nastalo u četvrtom veku. Kao što imaju dugu istoriju, tako će se susretati i u kasnijim vekovima postojanja Vizantijskog (Istočnog rimskog) carstva. Naravno, stvari su u praksi verovatno izgledale sasvim drukčije, ali to bi bio predmet druge vrste istraživalja.

Među brojnim autorima četvrtog veka, čija pažnja je bila zaokupljena ovim dilemama, posebno mesto pripada filosofu i govorniku Temistiju, jednom od najistaknutijih i poslednjih intelektualaca-pagana u istoriji poznog Rimskog carstva.

Temistije je rođen oko 317. godine u provinciji Paflagoniji.[2] Filosofsko obrazovanje poneo je iz porodice, jer kako saznajemo iz njegovih *Govora,*[3] i deda i otac su mu se bavili filosofijom. Car Konstancije II u svojim *Pismima Senatu* (22 d - 23 b) hvali Temistijevog oca Eugenija, kao istaknutog filosofa, koji se bavio tumačenjem Platona i Aristotela. Život samog Temistija postaje nam poznatiji od 337. godine, kada se on doseljava u Konstantinopolj (Carigrad), od koga je car Konstancije II nastojao da stvori politički i intelektualni centar Istočnog carstva. U početku svoje karijere Temistije se ogleda u filosofiji, te tako nastaje njegov spis *Parafraze Aristotela.* Oko 340. godine otpočinje karijeru profesora filosofije i za desetak godina rada stiče veliki ugled i upoznaje se i sa drugim znamenitim filosofom i govornikom toga doba, Libanijem. Glas o Temistijevom ugledu stiže i do cara Konstancija II,[4]

---

[1] Cf. A. Steinwenter, **Νόμος ἔμψυχος,** *zur Geschichte einer politischen Theorie, Anzeiger der Akademie der Wissenschaft in Wien, philos. histor. kl.* LXXXIII, 1946, pp. 250-268.

[2] Grčki **Παφλαγονία,** latinski *Paphlagonia,* antička oblast na severu Male Azije, uz obalu Crnog Mora, sa različitim granicama u raznim razdobljima. Krajem III veka, za vlade Dioklecijana, postaje samostalna provincija Rimskog carstva sa glavnim gradom Germanikopoljem (danas Gangra u Turskoj).

[3] *Themistii Orationes,* ed. W. Dindorf, Leipzig 1832; ed. G. Downey – A. F. Norman I-III, Leipzig (Teubner) 1965-1971.

[4] Da bi se čitalac lakše snašao, navešću redosled careva od Konstantina do Teodosija I, koji se pominju u tekstu. Nakon Konstantinove smrti 337. godine, Zapadom su zavladali najstariji i najmlađi Konstantinov sin, Konstantin II i Konstans. Srednji sin, Konstancije II, vladao je Istočnim delom Carstva. Konstantin II umire već 340. godine, a Konstans gine 350. u borbi protiv uzurpatora Magna Magnencija, tako da od tada Konstancije II vlada sam sve do svoje smrti 361. godine. Nakon toga slede dve kratke vladavine: Julijana (361-363) i Jovijana (363-364). Posle Jovijanove smrti vojska bira za careve braću Valentinijana (vlada na Zapadu) i Valensa (vlada na Istoku). Velentinijan umire 375. godine, a nasleđuje ga njegov sin Gracijan, zajedno sa svojim maloletnim bratom Valentinijanom II. Istočni car Valens gine 378. u bici kod Hadrijanopolja, te Gracijan 379. određuje oficira Teodosija da ga zameni. Nakon prerane Gracijanove smrti 383. godine Teodosije ostaje jedini car, ali pred kraj života, 395. godine, deli Carstvo svojim sinovima: mlađem Honoriju Zapad, a starijem Arkadiju Istok. U ime nesposobnog Honorija Zapadom upravlja

koji ga uvodi u politički život, koristeći njegov besednički talenat za propagiranje carske politike. Godine 350. izgovorio je panegirik caru, a 355. postao je senator.[5] Definitivno se opredeljuje da živi u Carigradu, mada ga i iz drugih gradova pozivaju da drži katedre filosofije. Konstancije II ga šalje 357. godine u Rim, ne bi li pridobio izvestan broj senatora sa Zapada da se presele u Carigrad i postanu članovi novoosnovanog Senata. Temistije će se kasnije hvaliti da je uspeo da pridobije veliki broj senatora i da je povećao broj članova carigradskog Senata (Sinklita) od jedva tri stotine na dve hiljade. Za vlade Julijana (361-363) uspon u karijeri je zaustavljen,[6] ali već pod Jovijanom (363-364), vraća se u politički život. Veliki ugled uživa pod Valensom (364-278) i nalazi se stalno u carevoj blizini, a 375 godine primio ga je uz velike počasti u Rimu i car Zapada Gracijan. Za period od 363. pa do 378. godine, Temistijevi govori su izvor od prvorazrednog značaja, jer osvetljavaju vrlo precizno važne događaje i probleme toga vremena: izbor Valentinijana i Valensa za careve 364. godine (govor VI); Prokopijevu uzurpaciju 366. godine (govor VII); sklapanje mira sa Gotima 369-370. godine (govor X); hadrijanopoljsku bitku (378) i izbor Teodosija I za cara 379. godine (govor XIV). Vrhunac Temistijeve karijere pada za vlade Teodosija I (379-395), kada je postao gradski prefekt (eparh) Carigrada i vaspitač Teodosijevog starijeg sina Arkadija (384). Iz nedovoljno jasnih razloga odrekao se 385. godine svih funkcija. Izgleda da je po sredi bio nekakav politički neuspeh. Iz Libanijevih spisa može se predpostaviti da je umro negde oko 388. godine.[7]

Temistije je svestan da je Rim postao orijentalna monarhija i zato u svojim govorima brani ideju o caru kao „živom" ili „oduhovljenom zakonu". Iz njegovog opusa izabrali smo nekoliko karakterističnih odlomaka.

Vandal Stilihon, dok su gospodari situacije na Istoku najpre Gal Rufin, a zatim evnuh Eutropije. Između dva dela države vlada otvoreno neprijateljstvo.

[5] Kako saznajemo od samog Temistija (Them. *Orat.* 22 c), tim povodom car Konstancije je izgovorio sledeće reči: „Dao sam u vaše ime titulu *clarissimus*-a ovom jedinstvenom filosofu, izuzetnom građaninu vašeg grada, za koga bez laganja možemo reći građaninu sveta" (Λαμπροτατον ἱμῖν δέδωκα τόν μονογενῆ φιλοσοφον, πολίτην ἑξαίρετον τῆς ἠμέτερας, όν τοῖ κοσμου πολίτην εύλογως άν τις προσείποι.

[6] Što je dosta neobično, s obzirom na činjenicu da je Temistije bio paganin, a da je i car Julijan nastojao da vaspostavi mnogobožačke kultove.

[7] O Temistijevom životu videti O. Seeck, *Die Briefe des Libanios zeitlich geordnet,* in Gebhardt – Harnack, *Texte und Untersuchungen, neue Folge XV,* Leipzig 1906; A. Stegeman, *Themistios,* in *Paulys Real-Encyclopädie der classischen Altermumswissenschaft, Neue Bearbeitung begonnen von Georg Wissowa, Fortgefürt von Wilhelm Kroll und Karl Mittelhaus,* Stuttgart 1894-1968, A 2, col. 1642-1680, i naročito G. Dagron, *L'empire romain d'Orient au IV siècle et les traditions politiques de l'hellenisme; le temoignage de Themistios, Travaux et Memoires 3,* Paris 1968, pp. 1-242, posebno poglavlje *La vie de Themistios,* pp. 5-13.

1. Govor I, *O čovekoljublju ili Konstancije* (Περί φιλανθρωπίας ή Κωνσταντιος).[8] Panegirik upućen caru Konstanciju II, izgovoren najverovatnije u Ankiru (današnja Ankara u Turskoj) krajem leta ili u jesen 350. godine. Konstancije je bio upravo napustio Antiohiju da bi krenuo u susret uzurpatorima Vetranijonu i Magnenciju i kretao se u pravcu Carigrada. Temistije kreće caru u susret i sastaju se u Ankiru.[9]

U govoru Temistije izlaže ideju o „živom zakonu", kroz kritiku pozitivnog zakonodavstva i magistrata koji su zaduženi da primenjuju zakone. Pisani zakoni su pre svega sredstvo prinude, neophodno ali loše primenjeno na složenost ljudske prirode i bez ikakvih moralnih vrednosti.

Oratio I, 14 b - 15 c:

Stari zakon **(παλαίος νόμος),** *po mom mišljenju, nastoji da uplaši i zato uglavnom maše mačem, pušta krike, preti istom smrću za greške koje u većini slučajeva nisu iste. Jer zakon se ne bi mogao održati ako bi se upleo u tanane razlike među nepravilnostima* **(λεπτουργεῖν πρὸς τά άδικήματα).** *Raznovrsnost ljudskih stvari izmiče svim svrstavanjima i vodi bezizlanosti onoga ko želi da je sledi. Evo zašto se, mislim, smatralo boljim da se izrazi jedinstveno i sažeto mišljenje, koje bi vredelo za puno slučajeva i za sva vremena, da ne bi morali da strepimo od nepredviđenog... Zakon je takođe poput mrzovoljnog i obesnog* **(δύσκολος καὶ αύθάδης)** *čoveka, koji odgovara često istu stvar na različita pitanja koja mu postavljaju. I tako nastaje problem, jer je zakon obavezan da se izjasni slično u slučajevima koji nisu slični; u takvim okolnostima loš delilac pravde* **(κολαστής)** *je onaj koji je sposoban da se samo uhvati reči i da se pridržava slova, ne popuštajući nimalo* **(τῶν ρημάτων δραττοσθαι... λαμβάνεσθαι τῆς φωνῆς άπριξ);** *tako on osuđuje na smrt krivca koga bi sam zakon oslobodio, kad bi mogao da izrazi drugo mišljenje i počini, usuđujem se da kažem, zakoniti prekršaj zakona* **(ένnομόν τινα παρα νομίαν παρανομῶν).** *Car, koji voli ljude* **(ό φιλάνθρωπος βασιλεύς),** *nasuprot, ne pridaje mnogo značaja pisanom zakonu naspram tačnosti; on dodaje zakonu sve što mu izmiče, jer je on sam, po mom osećanju zakon i iznad zakona. Uostalom, dodati znači za njega odstraniti zlo iz zakona. Kao što gospodar svojim milovanjem umiruje divljeg psa koji laje i ujeda, tako i car, prijatelj ljudi, ublažava često bes zakona; kada on* [zakon], *na primer, propisuje smrt, on* [car] *ga ubedi da kazni progonstvom; ako pak on* [zakon] *kažnjava izgnanstvom, on*

[8] Ed. Dindorf, pp. 1-20; ed. Downey, pp. 4-25.
[9] Dagron, op. cit. p. 20.

[car] *se zadovoljava oduzimanjem imovine* **(ἠρκέσθη τῶν χρημάτων).** *Jer suština oplemenjene*[10] *i milostive pravde prema nama sličnima je da ostane stalno s druge strane počinjene greške i da pravi razliku između - zločina, prestupa i slučaja.*[11]

2. Govor V, *Konzulat cara Jovijana* (Ὑπατικος είς τόν αύτοκράτορα Ἰοβιανόν).[12] Beseda je izgovorena u Ankiru 1. januara 364. godine povodom carevog preuzimanja konzulskog dostojanstva, koga je Jovijan formalno delio sa svojim, tek rođenim sinom Varonijanom. Sadržina govora je zahtev za verskom tolerancijom, ali se u govoru ponovo sreće ideja o caru kao živom zakonu.

Oratio V, 64 b – c:

Hoćeš li da saznaš doprinos Filosofije?Car je, kažu, oduhovljeni zakon **(νόμος ἔμψυχος),** *božanski zakon koji je došao od gore, izraz večitog dobra u vremenu, odraz njegove prirode, proviđenje* **(πρόνοια)** *bliže zemlji, potpuno okrenut prema njemu, potpuno predpostavljen svome uzoru, ukratko, pravi sin Zevsa* **(διογενῆ),** *othranjen od Zevsa* **(διοτρεφῆ),** *kako kaže Homer i koji deli sa tim bogom sve njegove nadimke: gostoljubivi, milosrdni, prijateljski, plodonosni* **(ἐπικάρπιον),** *davalac dobrih stvari* **(ἑάων δοτῆρα),** *nosilac pravde* **(δικαιοσύνης χορηγόν),** *dobavljač blagodeti* **(ʹραστώνης ταμίαν),** *gospodar sreće* **(πρύτανιν εὐδειμονίας).** *To su ponude filosofa caru, a ne onih koji se lažno tako nazivaju.*

67 b – 70 c:

Uvod u tvoju brigu o ljudima bilo je zakonodavstvo u verskoj oblasti. Tako se vraćam na početnu tačku moga govora.[13] *U stvari, ti si očigledno jedini koji ne priznaje da car ima moć da izvršava prinudu nad svojim podanicima u svim stvarima i da ima stvari koje po prirodi izmiču sili i koje su iznad pretnji i zapovesti: oblast vrline, uopšte, je naročita vrsta pobožnosti; priznajmo da, da bi se posedovala zaista ta dobra, treba*

---

[10] Temistije upotrebljava pridev ἥμερος, koji znači *pripitomljen, pitom, krotak* nasuprot *divljem.* Možda bi se u ovom slučaju mogla upotrebiti i reč *civilizovan,* jer Temistije u govoru XXVII, 332 d, upotrebljava taj pridev da bi objasnio kako je jedan gradić u Pontu slabo razvijen (civilizovan).

[11] *Orat.* I,15 c: Διακρίνειν ἁμαρτημα καὶ ἀδίκημα καί ἀτύχημα. U daljem tekstu Temistije izlaže ukratko razliku između ta tri pojma, odnosno stupnja odgovornosti i pokazuje da u izvesnim okolnostima ubistvo može biti smatrano kao slučaj i blago kažnjeno.

[12] Ed. Dindorf, pp. 75-84; ed. Downey, pp. 91-105.

[13] To jest na uspeh koji će imati Filosofija pred Jovijanom.

preduzeti lično pokretanje. Ti si u stvarnosti vrlo mudro shvatio da polet duha nije podčinjen prinudi i da se određuje od samog sebe, slobodnim izborom. Čak ni tebi nije moguće, care, da načiniš propisom **(δίαγραμμα)** *nekoga plemenitim, ko to nije izabrao da bude prema svojoj savesti; s još više razloga, kako bi se moglo udahnuti nekome poštovanje i ljubav prema Bogu, strahom od ljudskih spisa, prolaznim prinudama i strašilima bez snage, koje vreme često donosi i još češće odnosi. Zatim,*[14] *što je najsmešnije, možemo biti osuđeni da obožavamo purpur*[15] *a ne Boga i da menjamo kult tako lako kao struja tok u Euripu.*[16] *Nekad je postojao samo jedan Teramen,*[17] *a danas imamo potpunu ambivalentnost lovačke čizme,*[18]*koja može juče među Desetoricu, danas među Tridesetoricu; a isti su to koji se predstavljaju pred oltarima, žrtvenicima, statuama bogova i pred posvećenim stolovima.*[19] *Sa tobom to nije slučaj božanski care; samodršcu nad svim, ti si to i ti ćeš to ostati u svim stvarima do kraja, ali propiši da se oblast kulta odnosi na svakog, oponašajući u tome samog Boga, koji je načinio od raspolaganja pobožnošću zajedničku crtu ljudske prirode, ali je i odredio da način obožavanja zavisi od slobodnog opredeljenja svakog. Uvodeći prinudu, ukidamo slobodu koju je Bog darovao. Evo zašto su Keopsovi i Kambizovi zakoni jedva trajali onoliko dugo, koliko i oni koji su ih propisali,*[20] *dok će božji zakon, koji je takođe i tvoj, o-*

[14] To jest kada svetovno zakonodavstvo namerava da izvrši pritisak na verska osećanja.

[15] To jest cara, jer je purpur carska oznaka.

[16] Aluzija na redovnu izmenu toka struje u uskom kanalu koji razdvaja ostrvo Eubeju (ili Eviu, prema savremenom izgovoru) od kopna Beotije (u Grčkoj).

[17] Teramen (oko 450. pne – 404. pne) je atinski državnik iz vremena Peloponeskog rata, pristalica umerene demokratije i učesnik u oligarhijskom prevratu od 411. godine. Kada je spartanski vojskovođa Lisandar uništio atinsku flotu u bici kod Egospotama (405) i počeo da u svim grčkim polisima zavodu oligarhijsku upravu *Desetorice,* na Teramenov predlog je u Atini, da bi se pridobila aristokratska Sparta, srušena demokratija i zavedena vladavina *Tridesetorice* (404 pne). Oligarsi su u Atini, na čelu sa Kritijom, počeli da sprovode teror, čemu se Teramen, iz straha od ustanka demosa, usprotivio, ali je optužen za izdaju i pogubljen. Cf. Xenoph. *Hell.* II,3. Na te političke događaje aludira Temistije u daljem tekstu svog govora.

[18] Grčka reč κόθορνος označava visoku lovačku čizmu, ili obuću sa visokim petama (kotorna), koja se obuvala u tragedijama i koja se mogla podjednako navući i na levu i na desnu nogu.Stoga ista reč u prenosnom smislu označava prevrtljivog čoveka.

[19] Odnosi se na one koji često menjaju veru. Treba imati na umu da je govor posvećen hrišćaninu Jovijanu, koji dolazi na presto nakon dvogodišnje neuspele Julijanove paganske restauracije

[20] Keops, odnosno Kufu (oko 2551-2528. pne) je egipatski faraon, čuveni graditelj piramida. Prema Herodotu (II, 124-129), bio je vrlo loš i pokvaren čovek. Njegovo zakonodavstvo je bilo omrznuto u Egiptu, te je odmah nakon njegove smrti ukinuto. Kambiz II (529-523. pne), sin Kirov, je persijski kralj, osvajač Egipta, čije je zakonodavstvo takođe

stati večno nepromenjen, on koji poverava svačijoj duši povlasticu da izabere svoj put prema pobožnosti. Nisu konfiskacije dobara **(χρημάτων ἀφαίρεσις),** *muke bičevanja*[21] *i lomače, te koje su mogle da ga prekrše: telo se može izvežbati i po potrebi i usmrtiti, ali duša će izmaći, odnoseći sa sobom misao čiji zakon garantuje slobodu, pa makar činili i nasilje - prema govoru.*

Ja sam ubeđen, o care, da ako si ti sledio tako, korak po korak to božansko zakonodavstvo, to je zato što si spoznao da se razum nalazi u samoj prirodi čoveka; sve što se ispunjava u takmičarskom duhu, ostvaruje se sa više smelosti, a sve što se preduzima bez bilo kakve utakmice, čini se nehatno. Zevanje i lenjost, eto to nam donosi potpuno odsustvo suprotstavljanja. Smelost u nadmetanju podstiče u stvarnosti lako dušu za smelost truda. Takođe ne stavljaj prepreke zdravom rivalstvu u pobožnosti; isto tako ne otupljuj oštricu verske revnosti, koje su nadmetanje i utakmica među sobom. Svi trkači sa stadiona se ustremljuju prema istom sudiji, ali svi ne trče istu trku: polazna tačka je različita za jedne i za druge i pobeđeni nije potpuno lišen počasti; na isti način, ti razumeš da je jedninstven, veliki i stvarni sudija borbe, ali da put koji vodi ka njemu nije jedinstven, da je on nekom manje primenljiv, drugom neposredniji, jednom je šljunkovitiji, a drugom ujednačeniji, a svi ipak teže tom jedinstvenom kraju; neka nam nadmetanje i smelost dođu samo zbog toga što svi ne sledimo isti put. Ako ostavimo samo jedan put, a zatvorimo druge, uništavamo slobodno polje utakmice. Takva je od davnina priroda čoveka:"Svaki nekom bogu vekovitom žrtvu prinese."[22] *Uvek se dopadalo Bogu da se među ljudima proizvodi ovaj koncert različitih glasova...*

Taj zakon ne smatram manje važnim od prijateljstva s Persijancima:[23] *ono će nam uštedeti rat sa varvarima, zakon će nam dozvoliti da živimo među nama bez trzavica. Bili smo jedni drugima gori od Persijanaca; strašniji od njihovih upada behu sudski progoni, koje su izazvali jedan ili drugi kult u unutrašnjosti grada...*[24]

---

odmah posle njegove smrti ukinuto. Herodot ga prikazuje (III, 29-39), kao plahovitog i neuravnoteženog čoveka. Iako Herodot spominje zakonodavstvo Keopsa i Kambiza, istoričari su danas pouzdano utvrdili da pomenuti zakoni nikad nisu ni bili doneti.

[21] Grčka reč σκολοψ znači kolac, palisada. Kako predpostavlja Dagron, op. cit. p. 169, n. 120, izgleda da su prestupnike batinali trnovitim kočevima.

[22] Hom. *Il.* II, 400: ''Αλλος δ'άλλω έρεζε θεῶν." Stih u tekstu je naveden prema prepevu Miloša Đurića, Homer, *Ilijada,* Beograd 1968, str. 69.

[23] Temistije aludira na mir koga je 363. godine, posle Julijanove smrti, zaključio sa Persijancima Jovijan, pod vrlo nepovoljnim uslovima za Rimljane, da bi omogućio povlačenje svoje armije.

[24] Ne misli se samo na Carigrad, već na celokupno Carstvo.

Niti je tvoja vojska, care, organizovana na isti način; ima u njoj pešaka, ima i konjanika, ima onih koji pripremaju oružje, ima onih koji nose praćke; neki su vezani uz tvoju ličnost, neki su joj samo blizu, neki su joj prilično udaljeni, ima onih koji se moraju smatrati srećnima da su poznati onima iz tvoje straže, drugima je čak i to nemoguće; svi se pak vezuju za tebe i za tvoju volju; i ne samo vojska, već svi drugi ljudi, isto tako tvoji podanici, koji su udaljeni od vojski: seljaci, govornici, kurijali **(οί πολιτευόμενοι)**, *filosofi. Budi svestan da se toj raznolikosti tvorac svemira takođe raduje. Njegova je volja što su Sirijci izabrali jedan oblik religije, Egipćani opet drugi; njegova je volja da se Sirijci takođe razlikuju među sobom i da su od sada podeljeni u male grupe.*[25] *Nema u stvarnosti ni jednog čoveka koji pojmi stvari kao njegov sused; jedan ih vidi na jedan način, drugi na drugačiji. Zašto onda siliti ono protiv čega se ne može ništa.*

Svakako, svako mora da se divi božanskom caru zbog njegovog zakona, ali u prvom redu oni kojima dopušta slobodu i zbog kojih ide i do tumačenja božanskih zakona,[26] *ne manje od Empedokla – ne govorim, Zevsa mi, o nekadašnjem Empedoklu.*[27] *U stvari, on odlično zna da svakoj ljudskoj vrlini odgovara jedan protiv način, sposoban da prevari; vračanje uzima masku sjaja, obožavanje onu pobožnosti; takođe, ako se jednima obećava, drugima se čini nepravda; u isto vreme kad otvara hramove, zatvara radionice za vračanje, u isto vreme kad odobrava zakonite žrtve, on odbija nekažnjivost onima koji se odaju magiji;*[28] *i ovi propisi su potpuno slični onim Platonovim, sina Aristonovog, čije ću vam tačne izraze navesti, ako nije suviše dugačko za ovu priliku...*[29]

3. Govor VIII, *Petogodišnjica* (Πενταετηρικός).[30] Govor slavi petogodišnjicu Valensove vladavine i izrečen je pred carem u vojnom logoru u Markijanopolju na Dunavu, 28. marta 368. godine. Ponovo se srećemo sa idejom o živom zakonu

[25] Aluzija na hrišćane, među kojima postoje podele i razdori, vrlo aktuelni u to vreme.

[26] Ovde se radi o zakonskim odredbama o paganima, kojima Jovijan nesumnjivo ograničava slobodu kretanja.

[27] Empedokle (oko 490 – oko 444. pne), grčki filosof iz Akraganta (danas Agriđento) na Siciliji. Novi Empedokle, na koga cilja Temistije, bi mogao biti Isus Hrist. Nije, međutim, jasno koje bi to bile dodirne tačke između Empedoklovog i Hristovog učenja, izuzev možda teorije o seobi duša, koju je zastupao i Empedokle.

[28] Jovijan razlikuje u svom zakonodavstvu zvanični paganski kult, koji je dozvoljen i različite vrste vračanja i magije, koje su zabranjene.

[29] Teško je bliže odrediti na koje se mesto iz Platonovih dijaloga odnosi ova Temistijeva izjava.

[30] Ed. Dindorf, pp. 121-143; ed. Downey, pp. 153-181.

Oratio VIII, 118 c – 119 a:

Nijedan porez nije sam po sebi toliko težak da se ne bi mogao lako namiriti; sve je u „kad", „kako", „ne ovde već tamo", „ne sutra, već odmah"; eto šta čini obavezu od male ogromnom, od lake mučnom, i kako dva obola vrede talenat.[31] *To nije moguće regulisati zakonom, jer priroda tih stvari nije takva da bi mogla strogo da se odredi. Potreban je, dakle, oduhovljeni zakon, koji se prilagođava svakoj okolnosti, i pravda bliža zemlji, koja neprekidno prilagođava stvarnost dobrobiti podanika.*

4. Govor XI, *Desetogodišnjica ili o carskim dostojanstvima* (Δεκαετηρικς ή περί τῶν πρεπόντων τῶ βασιλει).[32] Govor je održan povodom desetogodišnjice Valensove vladavine (*decennalia*), 28. marta 373. u Carigradu ili Antiohiji. Ponovo se javlja ista ideja, o Carstvu koje nije magistratura.

Oratio XI, 154 a:

Ako je dužnost sudije, mislim, da u svakom pogledu sledi zakon, istinski car mora da zapoveda čak i zakonu i da ponekad umiri njegov bes, kao što pastir čini sa besnim psom...

5. Govor XIX, *Teodosiju za čovekoljublje* (' Επί τῆ φιλανθροπία τοῦ Θεοδοσίου).[33] Ovaj govor održao je Temistije za vlade Teodosija I u carigradskom Senatu (Sinklitu) i u carevom prisustvu. Datum kada je beseda izrečena nije sasvim siguran. Verovatno se može datirati posle Gracijanovog ubistva (2. avgust 383), a pre Honorijevog rođenja (9. septembar 384) i smrti carice Flacile (385), dakle na početak 384. godine.[34] Temistije ponavlja istu ideju i pred carem Teodosijem.

Oratio XIX, 227 d - 228 a:

I sada ga vidimo [cara] *kako izvlači ljude sa praga Hada u život, ljude koje je zakon tamo poslao, a koje gospodar zakona vraća odande, - znajući dobro da je vrlina sudije jedno, a cara drugo, jer jednom priliči*

[31] Obol je bio sitan novac u staroj Atini. Iznosio je šestinu drahme. Nasuprot, talenat se u Atini sastojao od 6000 drahmi.

[32] Ed. Dindorf, pp. 169-282; ed. Downey, pp. 215-231.

[33] Ed. Dindorf, pp. 275-284; ed. Downey, pp. 327-339.

[34] O datiranju videti Dagron, op. cit. p. 24.

da sledi zakone, a drugom da ih ispravlja **(ἐπανορθουν καὶ τούς νόμους),** *da pokaže njihovu surovost i njihovu čvrstinu, jer je on sam živi zakon, a ne smešten među nepromenljive i nedodirljive spise. Zbog toga je bez sumnje, Bog poslao carstvo sa neba na zemlju, da bi čovek raspolagao tužbom* **(καταφυγή)** *protiv nepromenljivog zakona, pred oduhovljenim i živim* **(τόν ἔμπνουν καὶ ζῶντα).**

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

Emperor and Law in The Orations of Themistios

Abstract

The substitution of the Roman republic by Hellenistic oriental monarchy, the process extending through three centuries, found its legal-theorethical justification in the Hellenistic theory of a monarch as a live or spritualized law (νόμος εμψυχος, *lex animata*). This theory is in contrary to the Roman republican concept of emperor (*princeps, dominus*) as a mandatary of Roman people. This idea was especially expressed by Themistios, great pagan orator and philosopher from IV century, in his several orations.

Originalni naučni rad 347.447.52:343.222

Prof. dr Jožef Salma, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

PRAVNE OSOBINE GRAĐANSKO-PRAVNE ODGOVORNOSTI /Razgraničenje građansko-pravne od krivično-pravne odgovornosti/

Sažetak: *Osnovne pravne osobenosti građansko-pravne deliktne, odnosno ugovorne odgovornosti, se u ovom radu analiziraju putevima teorijskog, regulativnog i aplikativnog razgraničenja od krivične odgovornosti, počev od tradicionalnih evropskih kodifikacija građanskog prava XIX veka. U dugoj (vremenskoj i idealno-institucionalnoj) evoluciji građansko-pravne odgovornosti, sve do vremena velikih kodeksa građanskog prava, građansko-pravna odgovornost, po svojim osnovnim principima i uslovima odgovornosti je bila u tesnoj vezi sa krivično-pravnom odgovornošću. U klasičnom periodu rimskog prava, građansko-pravna odgovornost se po osnovnoj ideji nije potpuno odvojila od krivične, jer je ona, po funkciji, kao što je krivična odgovornost, pre penalnog, nego restitutivnog karaktera, tj. pre je kažnjavala štetnika, nego što je obeštećivala oštećenog. Počev od prve velike civilne kodifikacije, francuskog Code civil-a, pa donekle i od austrijskog Opšteg građanskog zakonika, a potom i nemačkog Građanskog zakonika, linija razgraničenja između građanske deliktne i krivične odgovornosti pojavljuje se na planu načina inkriminacije, pošto je građanska inkriminacija definisana opštom zabranom prouzrokovanja štete drugom (opšta inkriminacija), a krivična je postajala specijalnom, propisujući svako delo ponaosob, na precizan način (specijalna inkriminacija). Od tog perioda se menja svrha građasnko-pravne odgovornosti, ona se umesto dotadašnjeg penalnog pristupa orijentiše ka odštetnom cilju, u pravcu obeštećenja oštećenog. Krivična odgovornost ostaje do danas zasnovana na krivici (kao subjektivna odgovornost), dok je građanska deliktna odgovornost, pored subjektivne, prihvatila i odgovornost bez krivice, zasnovane na dejstvu stvari, odnosno uzročnosti. U materiji građanskopravne odgovornosti*

se vrši dalje razgranjavanje na nove vrste odgovornosti, kao što je vanugovorna (deliktna) i ugovorna (ili kontraktualna), u zavisnosti od toga da li je povređena opšta zabrana prouzrokovanja štete, tj. neko zakonom zaštićeno dobro (svojina, ličnost, sloboda, zdravlje, odnosno, psihički, fizički i imovinski integritet) ili pak individualna norma, pravilo ugovora. Iako su nominalno za obe vrste (građanske i krivične) odgovornosti identični uslovi odgovornosti (šteta, odn. posledica, protivpravnost, uzročnost, odnosno krivica), osim uzročnosti, oni se u građanskom pravu pojmovno razdvajaju, tako da su dobili restitutivnom cilju prilagođeno bitno novo, različito značenje.

Ključne reči: *Građanska deliktna odgovornost, kontraktualna odgovornost, odnos građanske i krivične odgovornosti, restitutivna funkcija građanske i penalna funkcija krivične odgovornosti*

I
Uvodne napomene

Građansko-pravna, posebno deliktna odgovornost je relativno *kasno distancirana* od drugih vrsta odgovornosti, a naročito od krivične odgovornosti. Do potpunog koncepcijskog odn. legislativnog razdvajanja građanske od krivične odgovornosti dolazi tek početkom odn. tokom XIX veka, usvajanjem velikih građanskih kodeksa, kao što je francuski Code civil (Cc 1804); Austrijski Opšti građanski zakonik - Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für das Kaisertum Österreich - 1811 (ABGB) i nemački Građanski Zakonik – Bürgerliches Gesetzbuch – 1896/1900 (BGB).

Osnovne teorijske postavke na kojima se ostvarilo funkcionalno razdvajanje i razgraničenje građanske od krivične odgovornosti, ticale su se (I) metode inkriminacije građanskog delikta, (II) cilja, (III) uslova odgovornosti kao i (IV) tipologije sankcija.

II
Razgraničenje

(I) Metod inkriminacije

Pod inkriminacijom se podrazumeva način propisivanja (građanskog odn. krivičnog) delikta. Krivično-pravna inkriminacija je od vremena nastanka građanskog društva postala *specijalna*, a građansko-pravna inkri-

minacija je postala *opšta.* Specijalna krivičnopravna inkriminacija polazi od načela nullum crimen (sinae criminae et sinae lege): nema krivične odgovornosti bez unapred propisanog i detaljno opisanog krivičnog delikta. Inkriminacija krivičnog delikta, zbog pravne sigurnosti, ne može biti zasnovana na gipkim direktivama (tzv. kaučuk normama, normativnim izrazima širokog spektra značenja). Ona je u vreme tzv. reprezentativnog ili feudalnog društva bila specijalna, ali zasnovana na širokim i opštim formulacijama, tako da je specijalnost bila ugrožena zbog nepreciznosti. U savremenom pravu ono što nije zabranjeno specijalnom inkriminacijom, dopušteno je. Krivična inkriminacija modernog krivičnog zakonodavstva detaljno, odnosno precizno definiše svaki pojedinačni krivični delikt (npr. krađu, telesnu povredu, itd.).

U kodeksima građanskog prava reprezentativnog društva (régime ancien) ili feudalnog poretka, građansko pravo još prati metod specijalne deliktne inkriminacije, nabrajanjem (enumeracijom) nedopuštenih vrsta šteta. *Nemački BGB* (Bürgerliches Gesetzbuch, 1896) je delom zadržao taj metod, uz svođenje delikta, na povredu grupisanih pravno zaštićenih dobara, tj. na povredu života, tela, zdravlja, slobode i svojine.[1] Međutim, svođenjem delikta na namernu povredu zakonom tipiziranih dobara, gotovo je došlo do opšte inkriminacije. U materiji deliktne i kontratktualne odgovornosti, nemački BGB polazi od povrede zakonom, odnosno, ugovorom ustanovljenih dobara odnosno obaveza, povodom koga nastupa građansko-pravna odgovornost za nastalu štetu.[2] Za razliku od toga, *francuski Code civil* je prihvatio metod potpunog uopštavanja građanskog delikta, propisujući da je svako dužan da se uzdrži od protivpravnog prouzrokovanja štete nekom drugom subjektu jer je u suprotnom obavezan da nadoknadi štetu koja je proistekla iz njegove krivice.[3] Opšti inkriminacioni metod, sličan francuskom propisu, prihvata i *švajcarski Zakon o obligacijama* (1883, nova verzija 1911), po-

[1] V. par. 823. st. (1) nemačkog BGB-a. (Npr. in: BGB Bürgerliches Gesetzbuch mit dem Einführungsgesetz zum BGB (EGBGB), Area Verlag GmbH unter Genehmigung von Nomos Verlagsgesellschaft, Nördlingen, 2005, str. 179. V. i Hein *Kötz* - Gerhard *Wagner*, Deliktsrecht, zehnte neu bearbeitete Auflage, Luhterhand, Wolters Kluver, München, 2006, str. 43. tač. 100; Hans *Prütting*-Gerhard *Wegen*- Gerd *Weinreich*, BGB Kommentar, 2. Auflage, Luchterhand, 2007, str. 1347.

[2] Upor. Filippo *Ranieri*, Europäisches Haftpflichtrecht, Springer Verlag, Wien-New York, zweite erweiterte Auflage, 2003, str. 514.

[3] Code civil, art. 1382., 1383, v. npr. in: Code civil, 102. édition (redigé de Alice *Tisserand*), Paris, 2003, str. 1175 . V., *Aubin*, Résponsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle, Th. Bordeaux, 1897, Renné *Savatier,*, Traité de la responsabilité civil en droit français civil, administratif, professionell, procedural, II. izdanje, Durand Auzias, Paris, 1950, str. 5-9.

što je predvideo da „ko drugome na protivpravan način, ili protivno dobrim običajima, namerno ili iz nehata prouzrokuje štetu, dužan je da je nadoknadi.“[4]

Zakon o obligacionim odnosima Srbije (ZOO) poput svog pretežnog uzora, švajcarskog Zakona o obligacijama, takođe prihvata opšti inkriminacioni princip, propisujući da „ko drugome prouzrokuje štetu, dužan je naknaditi je, ukoliko ne dokaže da je šteta nastala bez njegove krivice.“[5] Razlika između ZOO sa jedne strane i BGB i ŠVZO sa druge strane, je u tome, što nemački i švajcarski zakonici u opštu inkrimnaciju pored *protivzakonitog* (protivpravnog) ponašanja uključuju i deliktno ponašanje suprotno *dobrim običajima*. ZOO pak dobre običaje pretežno svodi samo na granicu slobode ugovaranja,[6] te mu ne daje opšti deliktni inkriminacioni značaj.

Metod inkriminacije *austrijskog Opšteg građanskog zakonika* zaslužuje posebnu pažnju. On najpre određuje pojam štete, kao posledice građanskog delikta, a zatim izvore građansko-pravne odgovornosti, čime se na specifičan način približava opštem metodu građansko-pravne inkriminacije. Naime, po AOGZ: „Štetom se naziva svaka povreda koja se iskazuje na nečijoj imovini, pravima ili ličnosti. Od toga se razlikuje izgubljena dobit koju bi neko po redovnom toku stvari osnovano očekivao.“[7] Regulišući izvore štete, AOGZ određuje: „Šteta nastaje ili iz protivpravne radnje ili propuštanja ili iz slučaja. Protivpravno nanošenje štete može biti namerno ili nenamerno. Namerno prouzrokovanje štete se deli na umišljajno, kada se šteta prouzrokuje svesno i voljno, ili putem propusta (nehatno) kada se radi o propuštanju pokazivanja dužne pažnje. U oba slučaja se radi o krivici.“[8]

Od reformskih zemalja, odnosno novih članova EU, na primer u *mađarskom pravu*, uočava se tendencija usvajanja opšte građansko-pravne inkriminacije. Naime, u *novom Predlogu Mađarskog građanskog zakoni-*

---

[4] *Obligationsgesetz,,* čl. 41, 42. u izdanju: Obligationsrecht, Bundeskanzlei, 1984, str. 10-14. - Pošto švajcarski ZO pored nemačkog u autentičnom tekstu važi i na francuskom jeziku, v.i: *Code des obligations, Cancelerie federale*, 2001, str. 11-16.

[5] V. st. (1) čl. 154. ZOO. Npr. in: Radmila *Petaković*, Priručnik za primenu Zakona o obligacionim odnosima, Novi Sad, 1994, str. 47.

[6] V. čl. 10. ZOO.

[7] V. par. 1293. austrijskog Opšteg građanskog zakonika. V. npr. u: *Kodex des österreichischen Rechts, Bürgerliches Recht*, 34. Auflage, Stand 1.9.2007, LexisNexis, Orac, Wien, 2007, ABGB, str. 135.

[8] V. par. 1294. austrijskog Opšteg građanskog zakonika.V. npr. u: *Kodex des österreichischen Rechts, Bürgerliches Recht*, 34. Auflage, Stand 1.9.2007, LexisNexis, Orac, Wien, 2007, ABGB, str. 135. V. i: Rudolf *Welser,* Bürgerliches Recht, Band II. Schuldrecht allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, 13. Auflage, Manz Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2007, str. 299-306, kao i literaturu navedenu na str. 299.

ka (2008) prihvata se opšta zabrana prouzrokovanja štete drugom, rečima, da je svako prouzrokovanje štete zabranjeno, osim ako je zakonom drugačije određeno.[9] Prema novijoj mađarskoj literaturi, sa stanovišta građansko-pravne odgovornosti svako prouzrokovanje štete koje nije saglasno sa pravom, je protivpravno.[10]

Krivično pravo poznaje samo pojam (*krivičnog) delikta*, a građansko pravo, još iz razvijenog perioda rimskog prava, pored pojma *(građanskog) delikta* poznaje i pojam *quasi delictum*-a, tj. delikta koji je sličan klasičnom deliktu, ali to ipak po nekim posebnostima nije. Zapravo, kvazi delikt se od klasičnog delikta razlikuje po tome, što je *delikt rezultat ljudske protivpravne radnje ili propuštanja*, a kvazi delikt proističe iz *delovanja stvari*, tj., radi se o šteti koja nastaje dejstvom neke stvari, *povodom koje postoji ljudska (nečija) dužnost sprečavanja štete*, odnosno dužnost preventivnog nadzora. Za posledice (štete) prouzrokovane kvazi deliktom, odgovara onaj koji je propustio dužan nadzor odnosno, prevenciju od štete. Tako za štetu od divljih životinja odgovara onaj koji je zakonom zadužen za upravljanje, ako je javno dobro, ili ako je u nečijem privatnom vlasništvu, onda sam vlasnik. Kvazi delikt se razlikuje od delovanja više sile (vis maior) i slučaja (casus), po tome, što kod *više sile* i većinom i kod slučaja nema odgovornosti, a kod kvazi delikta, na iznet način, ima. Viša sila je spoljni, nepredvidljivi i neotklonjivi događaj. Sledstveno osobini nepredvidljivosti i neotklonjivosti za nju ne postoji odgovornost, tj. ona isključuje odgovornost. Izuzetak čini tzv. *apsolutna odgovornost*, predviđena u novijem nemačkom, austrijskom[11], mađarskom pravu[12], zakonima o *atomskoj šteti*. Oni predviđaju da u slučaju da je atomska šteta nastupila dejstvom više sile, vlasnik centrale odgovora za štetu od smrti i povrede ljudskog zdravlja. Kvazi

---

[9] V. *Szakértői Javaslat az új Polgári Törvénykönyv tervezetéhez*, Szerkesztő: *Vékás* Lajos, (Ekspertski predlog Novog MGZ, urednik: akademik Lajoš Vekaš), Complex Wolters Kluwer csoport, Budapest, 2008, čl. 5:509 (Opšta zabrana prouzrokovanja štete) str. 1115.

[10] V. *Petrik* Ferenc, Kártérítési jog – Az élet, testi épség, egészség megsértésével szerződésen kívül okozott károk megtérítése (Naknada vanugovorne štete zbog povrede života, tela , i zdravlja), HVG ORAC, Budapest, 2002, str. 25. tač. 1.

[11] V. *Atomhaftpflichtgesetz*, Bundesgesetzblatt (Österreichs), Nr. 1964/117, 1976/91 -2, 1991/628, 3, 1997/140, v. par. 3, 9. i 11. Izvor: Codex des österreichisches Rechts. ABGB, Orac, Wen, 1999, 27 AtomHG. Inače, međunarodna konvencija o odgovornosti za štete od atomskih postrojenja je proglašena u Beču, 21. maja 1963.

[12] V. *Az atomkárokért való polgári jogi felelősségről Bécsben 1963. május 21.-én kelt Nemzetközi Egyezmény kihirdetéséről szóló 24/1990 (II. 7) sz. MT rendelet*. /Uredba Mađarske Vlade o promulgaciji Bečke konvencije o građansko-pravnoj odgovornosti za atomske štete (1963) iz 1990. g./

delikt se približava *slučaju* po tome, što kod njih *predvidljivost* u ograničenom obimu *ipak postoji*. Otuda, ako predvidljivost postoji, u smislu verovatnoće, postoji i odgovornost, kako za slučaj tako i za kvazi delikt, i to onog lica koje ima zakonom predviđenu dužnost predviđanja. Primera radi, vlasnik automobila može da predvidi, da može doći do udesa, ako blagovremeno ne zameni stare gume na automobilu, pucanjem pneumatika ili usled njegovog prevelikog pritiska, iako ne može da zna kada i da li će do toga doći.

Kod metoda utvrđivanja odgovornosti, u slučaju da je delikt prouzrokovan od strane *više učinilaca* (npr. izvršilac, saizvršilac, pomagač, podstrekač), - krivično pravo poznaje samo *individualnu*, pojedinačnu odgovornost, svakog od više učesnika, srazmerno doprinosu, mereno krivicom i uzročnošću. Građanskopravna deliktna odgovornost izuzetno ustanovljava i *solidarnu* odgovornost[13], pod uslovom da su radnje učinilaca svesno (planski) povezane. U potonjem slučaju primarno, u prvoj parnici radi naknade štete, može odgovarati za celinu štete bilo koji tuženi učinilac, štetnik. Naravno, uz pravo osuđenog isplatioca odštete da u regresnoj parnici u svojstvu tužioca traži deo odštete od ostalih, prvobitno netuženih pasivno solidarno odgovornih štetnika, srazmerno njihovom udelu u prouzrokovanju štete, mereno uzročnošću, odnosno krivicom (ako je po sredi subjektivna odgovornost).

Što se tiče *vrste* odgovornosti, građanski kodeksi su u znatnoj meri odvojili koncept građanske odgovornosti, od krivične. Najpre, krivična odgovornost je *isključivo subjektivna*, zasnovana na krivici, odnosno, na stepenu krivice učinioca. Pored okolnosti i načina izvršenja, prilikom utvrđivanja mere odgovornosti, krivično pravo predviđa strožu ili blažu kaznu, u zavisnosti od stepena krivice. Kod istovrsnog krivičnog delikta meru odgovornosti krivično pravo ustanovljava u zavisnosti od toga da li je delo izvršeno sa umišljajem ili iz nehata. Unutar ovih osnovnih oblika vinosti, krivično pravo uzima u obzir razne „podvrste" namerne i nehatne krivice (npr., dolus premeditatis, dolus eventualis, dolus malus, itd.), koje sa svoje strane takođe utiču na meru i vrstu sankcije. Za razliku od krivične odgovornosti, građanska deliktna odgovornost može biti *subjektivna* (zasnovana na krivici) *ili objektivna* (nezavisna od krivice, zasnovana na uzročnosti, odnosno na stvorenom riziku nastupanja štete putem dejstva tzv. opasnih stvari ili opasnih delatnosti).

Krivično-pravna odgovornost se ustanovljava isključivo *za sopstvene radnje*, a građansko-pravna odgovornost se, pored generalnog pravila da se pre svega odgovara za sopstvene radnje, izuzetno, u zakonom propi-

[13] V. čl. 414-424. ZOO.

sanim slučajevima, ustanovljava *i za tuđe radnje*. Tradicionalni građanski zakonici, kao i važeći ZOO Srbije, predviđaju sledeće slučajeve odgovornosti za tuđe radnje: (1) Odgovornost *roditelja i staratelja* za deliktne radnje svoje malodobne *dece* ili deliktno nesposobnih lica. (Deliktno su nesposobna ona lica koja nisu u stanju da shvate posledice svojih radnji.) (2) Odgovornost *države* za fraudolozne, nezakonite radnje njenih *organa* (u nemačkom pravu: Organhaftung). (3) Odgovornost *preduzeća* (privrednih društava) i drugih pravnih lica za štete prouzrokovane trećim licima od strane zaposlenih ili organa preduzeća za vreme radnog vremena, odnosno obavljanja radne dužnosti. (4) Odgovornost države za *terorističke akte*, dok se ne otkrije učinilac. (5) *Ugovorni prenos odgovornosti* sa potencijalnog štetnika na neko drugo lice, npr. na osiguravajuće društvo, na osnovu obaveznog ili dobrovoljnog osiguranja.

Krivična odgovornost (s razlogom) ne poznaje kontraktualnu odgovornost. Građansko-pravna odgovornost za prouzrokovanu štetu je dvojna, razlikuje *deliktnu* i *ugovornu* (kontraktualnu) odgovornost. Pod deliktnom odgovornošću građansko-pravna doktrina podrazumeva povredu opšte zakonske zabrane prouzrokovanja štete drugom, a pod ugovornom odgovornošću, povredu ugovorne obaveze. Razlika se ispoljava u tome, da je deliktna odgovornost zasnovana na povredi opšteg pravnog akta, a kontraktualna se sastoji u povredi individualnog akta. Krivično-pravna odgovornost, prema tome, može da bude zasnovana isključivo na *zakonu* (zbog principa nullum crimen). Za razliku od toga, građansko-pravna odgovornost može biti zasnovana *i na zakonu i na ugovoru*. Građansko-pravna odgovornost zasnovana na zakonu je deliktna odgovornost i sastoji se u ponašanju koje vređa opštu zakonsku zabranu prouzrokovanja (materijalne i nematerijalne) štete drugom. U slučaju povrede ugovorne obaveze (neizvršenje, nepravilno izvršenje, zadocnjenje) nastupa ugovorna ili kontraktualna odgovornost zbog povrede ranije obaveze sadržane u individualnom aktu, utvrđene ovom prilikom ne voljom zakona, već voljom stranaka. Za deliktnu odgovornost važi princip potpune odgovornosti, tj. obaveza naknade celine štete, tj. i proste štete (damnum emergens) i izgubljene dobiti (lucrum cessans), u principu, bez obzira na stepen krivice, nema redukcije odštete. Od pravila da je deliktna odgovornost uvek *potpuna*[14], bez kontraktualne redukcije odštete, ima *izuzetaka*: (1) kod sudskog *poravnanja,*[15] (2) kod *oprosta*, odnosno otpuštanja *duga*,[16] (3) u slučajevima *podeljene*

[14] V. čl. 190., čl. 185. st. (1)-(4) i čl. 189. st. (1) ZOO.
[15] V. čl. 1089-1098. ZOO.
[16] V. čl. 344-347. ZOO.

odgovornosti između štetnika i oštećenog,[17] (4) kod osiguranja od odgovornosti može se ili zakonom ili posebnom ugovornom klauzulom (preko tzv. *franšiza,* sa svojim podvrstama – odbitna, integralna i proporcionalna) limitirati suma osiguranja, a neke vrste osiguranja, kao što je *podosiguranje,*[18] ab initio su orijentisane na sumu osiguranja koja je niža od vrednosti potencijalne štete, za slučaj nastupanja rizika osiguranja. Uopšte, kod ugovorne odgovornosti, klauzulama o limitaciji odgovornosti se odgovornost može smanjiti ili isključiti (kao kod primera apstraktne štete, kod ugovora o fakultativnom osiguranju sa isključenjem pojedinih rizika, putem ugovorne kazne i dr.). Šta više, kod građansko-pravne odgovornosti može se ustanoviti odgovornost iako usled neizvršenja ugovora nema nikakve štete (tj. da nema nikakvih posledica), pod uslovom da je došlo do povrede ugovora, npr. predviđanjem penala za svaki dan zakašnjenja u isporuci proizvoda kod ugovora o prevozu.

Pored opštih pravila o građansko-pravnoj odgovornosti, građansko deliktno pravo poznaje i posebna pravila, tj. *posebne slučajeve građansko-pravne odgovornosti*,[19] koje po nečemu (npr. u pogledu osnova ili subjekta odgovornosti) odstupaju, od opšteg oblika odgovornosti, kao što je odgovornost sportista i sportskih organizacija, odgovornost za štetu od građevina, razne vrste profesionalnih odgovornosti (npr. lekara za pogrešno lečenje, inženjera za nepravilnu građevinsku izgradnju, itd.). Za razliku od toga i u tom smislu, krivična odgovornost nema izdvojenih vrsta, ako se ne računaju varijacije povodom istog dela zbog načina izvršenja, otežavajućih ili olakšavajućih okolnosti.

Mera krivično-pravne odgovornosti je *težina dela, značaj povređenog javnog ili privatnog interesa kao i okolnosti slučaja.* Mera građanske deliktne odgovornosti određena je kriterijumom *povrede privatnog interesa*, tj. zavisi *od visine materijalne štete*, tj. mere umanjenja imovine oštećenog protivpravnom radnjom ili propuštanjem štetnika, mereno tržišnim kriterijumom.[20] Cilj je da se uspostavi ranije imovno stanje, stanje

[17] V. st. (1) i (2) čl. 192. ZOO.

[18] V. st. (1) i (2) čl. 936. ZOO.

[19] V. čl. 180-184. ZOO. Ovi članovi ne obuhvataju sve klasične slučajeve posebnih vrsta građanskopravne odgovornosti (npr. odgovornost sportista, profesionalaca, kao što su lekari, primera radi, atomske štete, odgovornost za štete od životinja, za štete od građevina, itd.). U postupku kodifikacije građanskog prava ovi posebni slučajevi građasnko-pravne odgovornosti bi trebali da se uključe u tekst novog Građanskog zakonika.

[20] Po st. (2) čl. 189. ZOO, visina materijalne štete „određuje se prema cenama u vreme donošenja sudske odluke, izuzev kad zakon određuje nešto drugo.“ Po st. (3) istog člana, „pri oceni visine izmakle koristi uzima se u obzir dobitak koji se mogao osnovano očekivati prema redovnom toku stvari ili prema posebnim okolnostima, a čije je ostvarenje sprečeno štetnikovom radnjom ili propuštanjem.“

koje je postojalo pre prouzrokovanja štete, tj. naknada je potpuna.[21] Kod neimovinske štete (strah, psihički bol, kao uvreda, povreda časti i ugleda, umanjenje opšte životne sposobnosti, naruženje, neosnovano lišenje slobode, fizički bol, povreda prava ličnosti i ličnih prava), *novčana satisfakcija* zavisi od (1) *značaja povređenog dobra*, (2) cilja odštete – davanja *satisfakcije*, (3) i od toga da satisfakcija *ne dovede do neosnovanog obogaćenja* oštećenog. Kod straha i fizičkog bola traži se pored opštih kriterijuma i posebni, kao što su *intenzitet* i *trajanje.*[22]

Oslobođenje od odgovornosti odnosno, *isključenje* građansko-pravne i krivične odgovornosti ima zajedničke, ali i odvojene razloge. *Nužna odbrana* (otklanjanje od sebe ili od drugog istovremenog protivpravnog napada)[23] i *krajnja nužda* (otklanjanje opasnosti) su podjednako razlozi isključenja odgovornosti i u krivičnom i u građanskom deliktnom pravu. *Samopomoć j*e u građanskom pravu, ali i u krivičnom pravu, nedopuštena, odnosno, u građanskom pravu je dopuštena samo izuzetno[24], ako odbrana nekog pravno zaštićenog dobra putem državnopravne zaštite nije moguća, a postoji neposredna pretnja. *Viša sila* (vis maior)[25] i *slučaj* (casus) su takođe razlozi isključenja građanske deliktne odgovornosti. *Neznatna društvena opasnost* je mogući razlog oslobođenja od krivične odgovornosti, dok to nije razlog oslobođenja od građanske deliktne odgovornosti. U principu, i najmanja šteta se ima nadoknaditi, ali ako se radi o maloj vrednosti predmeta spora, onda se (u našem pravu) raspravlja u postupku spora male vrednosti. U krivičnom pravu postoje posebni instituti kojima se ublažava odgovornost ili se odustaje od primene kazne. To su *amnestija* i *pomilovanje*. U prvom slučaju se oprost daje za veći broj određenih, obično manje značajnih krivičnih dela, ili iz razloga pravne politike, dok u drugom slučaju oprost se daje za pojedinačna dela, na individualni zahtev učinioca, ako za to postoje naročiti zakonom propisani uslovi. U građanskom deliktnom pravu takvi instituti, razume se, ne postoje, ali poverilac, oštećeni, može da oprosti dug dužniku, štetniku. Neki zakonici predviđaju smanjenje štete, ili inverziju odštetne odgovornosti pozivom na načelo pravičnosti. (Primera radi, kod odgovornosti za štetu roditelja usled radnje malodobnog deteta, iako je malodobno lice deliktno nesposobno, pod uslovima da roditelj nema imovinu, a maloletnik ima, obeštećenje se ne ostvaruje iz imovine roditelja, već iz imovine maloletnika). Pravilo je da kod krivičnog dela *pristanak*

[21] V. st. (1)-(4) čl. 185. ZOO.
[22] V. st. (1) i (2) čl. 200. ZOO.
[23] V. čl. 161. ZOO.
[24] V. čl. 162. ZOO.
[25] V. čl. 177. ZOO.

oštećenika (povređenog u krivičnom delu) ne isključuje krivičnu odgovornost. Za razliku od toga, pristanak oštećenog, u principu, isključuje građansko-pravnu odgovornost.[26] U nekim pravima (npr. u mađarskom pravu), je doduše izričito propisano, da pristanak oštećenika na tešku telesnu povredu ili na lišenje života ne isključuje građansko-pravnu odgovornost.[27] Istina, i ZOO očigledno, sa sličnim intentio legis, propisuje da je ništava izjava oštećenika kojom je pristao da mu se učini šteta radnjom koja je zakonom zabranjena.[28]

Teret dokazivanja postojanja uslova građanske, odn. krivične odgovornosti zbog *inkvizicionog* ili *istražnog* (oficioznog) karaktera krivičnog postupka, odnosno dispozitivne osobine parničnog postupka radi utvrđivanja građansko-pravne deliktne odgovornosti je različito uređen. Dok u krivičnom postupku principijelno vlada načelo oficioznosti pokretanja i vođenja postupka, radi utvrđivanja materijalne istine, tužilac, *javni organ* (osim slučajeva privatne tužbe) po *službenoj dužnosti* predlaže dokaze, dotle u parničnom postupku radi utvrđivanja građansko-pravne odgovornosti zbog prouzrokovane štete postupak se pokreće po predlogu (tužbi) oštećene strane, dakle *privatnog subjekta*. U građanskoj odštetnoj parnici sud sudi *u granicama tužbenog zahteva* (nemo ultra et extra petitum partium). Sledstveno, ako je nastala i materijalna i nematerijalna šteta, a tužilac-oštećeni traži samo materijalnu štetu, parnični sud neće po službenoj dužnosti preduzimati dokaze u cilju utvrđivanja nematerijalne štete. Građanski sud preduzima samo one dokaze koje su stranke predložile. Za razliku od toga, krivični sud može preduzimati *dokaze mimo dokaznih predloga stranaka.* U krivičnom pravu je nepoznata *pretpostavljena krivica*, već samo dokazana krivica, zbog pretpostavke nevinosti, pri čemu je teret dokazivanja na tužiocu. U građanskom deliktnom i kontraktualnom odštetnom pravu se primenjuje pretpostavljena krivica, pod uslovom da je dokazana uzročnost između protivpravne radnje štetnika i posledice, štete. Tada se uzima oboriva pretpostavka krivice da je štetnik kriv. U krivičnom postupku nema prezumirane krivice, zbog pretpostavke nevinosti. U tom postupku tužilac snosi teret dokazivanja krivice optuženog.

Zbog principa *ravnopravnosti stranaka* u obligacionim odnosima,[29] ako je *država* preko svojih *legislativnih* organa, *upravnih* ili *sud-*

[26] V. čl. 163. ZOO.

[27] V. st. (1) i st. (2) par. 342. Mađarskog građanskog zakonika (in: *Polgári Törvénykönyv*, Novissima Kiadó, Budapest, 2007, str. 81).

[28] V. st. (2) čl. 163. ZOO.

[29] V. čl. 2. ZOO.

skih organa nezakonito, odnosno protivpravno prouzrokovala štetu građaninu, dužna je da je nadoknadi. U naše pravo još nije ugrađeno evropsko pravilo o odgovornosti legislativnih organa. Ono se odnosi na obavezu države da nadoknadi štetu ako je ona prouzrokovana građaninu zbog uskraćivanja stečenih prava. U važećem ZOO i ZKP postoji pravilo o obeštećenju lica neosnovano lišenog slobode u krivičnom postupku.[30] Nedostaje i pravilo o odgovornosti organa uprave ako su svojim nezakonitim radnjama (posebno dokazanim u upravnom sporu) prouzrokovali štetu građaninu.

II. Svrha (cilj) građansko-pravne i krivične inkriminacije

Razdvajanje (razgraničenje) građanske od krivične inkriminacije, a samim tim i građanske od krivične odgovornosti, je (u uporednim) kodeksima građanskog prava izvršeno i s obzirom na ciljeve inkriminacije ovih odgovornosti. Svrha građansko-pravne inkriminacije i odgovornosti za štetu jeste *privatno-pravne* prirode, i sastoji se u ideji (potpunog) *obeštećenja* oštećenog, od strane štetnika, odnosno odgovornog lica. Za razliku od toga, krivično-pravna inkriminacija i krivična odgovornost imaju za cilj, pored prevencije, kažnjavanje učinioca, dakle *javno-pravnu* svrhu, izraženu u *penalnoj* funkciji, zbog povrede javnim pravom zaštićenih vrednosti. Novčana kazna izrečena po pravilima krivičnog prava, otuda, pripada fiscus-u, a novčana naknada materijalne ili nematerijalne štete oštećenom.

III. Razlike u pogledu uslova odgovornosti

Zapravo, uslovi građanske i krivične odgovornosti su nominalno identični. Kod obe vrste odgovornosti zapažamo zajedničke opšte i posebne uslove: (1) šteta, odnosno posledica delikta, (2) protivpravnost delikta, (3) uzročna veza između protivpravne radnje i posledice, (4) krivica kao posebni uslov, kod subjektivne odgovornosti.

Razlike u definisanju nominalno istih uslova, nastaju zbog razlike u ciljevima građanske i krivične odgovornosti, posebno, na planu različitog metoda inkriminacije, na planu razlike u shvatanju krivice i ostalih uslova odgovornosti.

Dok je u građanskom pravu osnovni uslov nastupanja građansko-pravne odgovornosti u nastupanju materijalne i nematerijalne ***štete***, krivična odgovornost nastupa i nezavisno od nastupanja štete shvaćene

[30] V. st. (1) čl. 200. ZOO (povreda slobode). Ovo pitanje bi zasluživalo detaljnije uređenje u budućem građanskom kodeksu Srbije.

u smislu građanskog prava. Doduše, treba napomenuti, da iz istog deliktnog ponašanja može nastupiti i krivična i građansko-pravna deliktna odgovornost, ukoliko je istovremeno povređeno pravno zaštićeno dobro i građanskog i krivičnog prava. Po mišljenju francuskog autora Renné *Savatier*-a, nema tog delikta koji nije *istovremeno i građanski i krivični delikt*. Naravno, to se može potvrditi za najveći broj delikata: npr, uvreda i kleveta pošto se kod njih radi o povredi dostojanstva ličnosti kao zaštićenih vrednosti i građanskog i krivičnog prava, su istovremeno inkriminisani i u krivičnom i u građanskom pravu; krađa kao protivpravno umanjenje imovine je inkriminisana i građansko-pravno, i krivično-pravno.

U tzv. *adhezionom krivičnom postupku* može se raspraviti i građansko-pravni zahtev oštećenog za naknadu štete, prema pravilima parničnog postupka, odnosno, pravilima materijalnog građanskog prava. Pravnosnažnost odluke krivičnog suda o zahtevu radi naknade štete donete u adhezionom krivičnom postupku, sprečava ponovno pokretanje istog zahteva pred građanskim sudom. U tom slučaju se primenjuje pravilo ne bis in idem (ne dvaput po istoj stvari).

Ako je za građansko-pravni delikt od *uslovljavajućeg* značaja neko krivično-pravno prethodno pitanje, koje prethodno nije raspravljeno pred nadležnim krivičnim sudom, o tom pitanju parnični sud može da zauzme stav, koji međutim deluje samo unutar parnice. O tom pitanju može nadležan krivični sud ponovo odlučivati. To stoga, što parnični sud u principu postupa po dispozicionoj maksimi, a krivični sud po načelu oficioznosti. Ako krivični sud drugačije odluči, nego što je stav parničnog suda, o prethodnom uslovljavajućem krivično-pravnom odnosu, to može biti u parničnom postupku razlog za ponavljanje postupka. *Osuđujući krivično-pravni prejudicijum* (praeiuditio), tj. pravnosnažno raspravljeno prethodno krivičnopravno pitanje, obavezuje (vezuje) parnični sud koji vodi parnicu o građanskoj deliktnoj odgovornosti nastaloj povodom istog činjeničnog stanja, prema zakonskim pravilima parničnog postupka, u pogledu učinioca i njegove krivice. Međutim, to ni formalno-logički, ni pravno ne mora biti slučaj, pošto deliktna odgovornost može postojati i bez obzira na krivicu, zasnovana na pukoj uzročnosti. Oslobađajući krivični prejudicijum ne vezuje parnični sud, on može doneti povodom delikta osuđujuću presudu, i onda kada je prethodno krivični sud pravnosnažno oslobodio učinioca krivične odgovornosti.

Razlika u pogledu definisanja ***protivpravnosti***, kako je već navedeno, je u tome, što je građansko-pravna protivpravnost predviđena kao *opšta*, a krivično-pravna kao *specijalna*. Protivpravnost (Wiederrecht-lichkeit) se prema švajcarskom obligacionom pravu shvata kao povreda bilo

koje pravne norme, tačnije prinudne pravne norme koja određuje ponašanje prema drugim subjektima prava.[31] Budući da obligaciono pravo, naročito u kontraktualnom delu, radi garantije slobode ugovaranja, sadrži dispozitivne norme, koje dopuštaju drugačije ugovorno regulisanje prava i obaveze stranaka nego što nudi pravilo zakona, ugovorno odstupanje se ne smatra protivpravnim ponašanjem.[32] U uporednoj (švajcarskoj i nemačkoj) doktrini razlikuje se tzv. *objektivna protivpravnost* od tzv. *subjektivne protivpravnosti*. Objektivna protivpravnost znači povredu imperativne pravne norme po sebi, a subjektivna znači svest i znanje štetnika o povredi, tj. svesnu povredu norme. To razlikovanje nema praktičnog značaja. Istovremeno, subjektivno shvatanje o protivpravnosti nije identično sa krivicom. Prvo znači svest i znanje o normi zabrane, a drugo (u krivičnom pravu i građanskom pravu, u domenu subjektivnog shvatanja krivice) svesno preduzimanje protivpravne radnje (ili propusta, kada je po propisu trebalo delati) sa htenjem posledice. Za građansko-pravnu odgovornost, u principu, nije bitno da li je povređena građansko-pravna ili javnopravna zabrana (kao što je krivično-pravna, upravno-pravna), u svim slučajevima, bez obzira na poreklo, tip norme zabrane, pod uslovom uzročnosti i nastanka štete, može nastati građanska odštetna odgovornost.[33] Za razliku od toga, krivično-pravne norme zabrane su, zbog specijalnog karaktera inkriminacije, poreklom u krivično-pravnim propisima.

Bitne su razlike i u shvatanju ***krivice.*** Dok krivično pravo prihvata *subjektivno* shvatanje krivice u smislu „mere“ *htenja zabranjene radnje i posledice* radnje, dotle građansko pravo, pored izvesnog ograničenog domena primene subjektivne doktrine o krivici, generalno prihvata tzv. *objektivnu doktrinu o krivici*, koju definiše (počev od Švajcarskog zakona o obligacijama), kao *odstupanje od očekivanog ponašanja u datoj situaciji.* Pri čemu se sintagma „date situacije“ precizira putem *standarda* (1) *dobrog domaćina – bonus pater familias-a* (u običnim građansko-pravnim odnosima), (2) *dobrog privrednika* (u trgovačko-pravnim odnosima) i (3) *pravilima profesije* kod profesionalnih odnosa. Pažnja dobrog domaćina je ona koje se pokazuje u stvarima od sopstvenog interesa. Pažnja dobrog privrednika je ona koja je predviđena u pisanim i nepisanim po-

---

[31] V. Theo *Guhl,* Das schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage (bearbeitet von Alfred *Koller*, Anton K. *Schnyder*, Jean Nicolas *Druey*), Schulthes, Zürich, 2000, str. 186. tač. I 2. 1.

[32] V. Jožef *Salma*, Obligaciono pravo, Izdavački centar Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 7. (reprint) izdanje 6. izdanja, Novi Sad, 2007., str. 124-125, 533-535.

[33] Upor. Theo *Guhl*, Das schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage (bearbeitet von Alfred *Koller,* Anton K. *Schnyder*, Jean Nicolas *Druey*), Schulthes, Zürich, 2000, str. 186. tač. I 2. 1.

slovnim običajima (uzansama), a pažnja profesije se nalazi u pravilima date struke (kao što su pravila o građevinarskoj izgradnji, pravila lekarske struke, idr.). Na taj način se *objektivno shvatanje krivice u građansko-pravnoj odgovornosti razlikuje od protivpravnposti.* Do god je protivpravnost bila isključivo objektivan pojam, a krivica je bila isključivo subjektivno shvaćena, razgraničenje nije bilo suočeno sa teškoćama, jer je prva objektivna, a druga subjektivna kategorija. Kod objektiviziranja krivice ta linija razgraničenja je bila brisana. No, dodavanjem standarda kao mere krivice nađeno je rešenje za teorijsko i normativno razgraničenje: protivpravnost je ponašanje suprotno opštoj pravnoj normi, a objektivno shvatanje krivice, znači ponašanje suprotno standardu dobrog domaćina, dobrog privrednika ili pravilima profesije, dakle vanzakonskim, ali zakonom priznatim pravilima ili merilima. Kod subjektivnog shvatanja krivično-pravne odnosno, građansko-pravne krivice postoji osnovno stepenovanje krivice na umišljaj i nehat, pri čemu kod krivične odgovornosti, u principu, za umišljajno preduzimanje istog krivičnog delikta se predviđa stroža sankcija nego za nehat. Ima građanskih zakonika, kao što je austrijski Opšti građanski zakonik, koji prihvataju subjektivno shvatanje krivice, tako da se za umišljajni građanski delikt odgovara „strožije", tako da će umišljajni štetnik odgovarati i za prostu štetu i za izgubljenu dobit, a nehatni samo za prostu štetu. Na ovaj način AOGZ „penalizuje" odštetu, više „kažnjava" umišljajnog štetnika, nego nehatnog, što je naravno, u neku ruku, razumljivo. Ali, ako odštetu gledamo sa ugla gledišta oštećenog, i ako, u odštetnom pravu postavljamo prvenstveni cilj njegovog obeštećenja, onda je potpuno irelevantan stepen krivice, dovoljna je i „blaža krivica" za koju se inače odgovara, za potpuno obeštećenje oštećenog, putem priznavanja prava na naknadu i proste štete i izgubljene dobiti i za najmanju krivicu za koju se odgovara, tj. i za nehat. Naš ZOO, pod uticajem ŠVZO, s pravom prihvata objektivnu definiciju krivice, time i cilj potpune odštetno-pravne zaštite oštećenog, a ne i cilj penalizacije štetnika. Time, u građanskom pravu, u principu, stepen krivice nema značaja. Osim toga, kod objektivnog shvatanja krivice stepenovanje krivice ni formalnologički nije moguće, budući da ona postoji i slučaju najmanjeg odstupanja od očekivanog ponašanja u tipiziranim situacijama, mereno putem standarda za odštetno-pravnu odgovornost. I najmanje odstupanje od tih standarda predstavlja krivicu, bez obzira na svest o radnji i htenje radnje i posledice. Niti je ona umišljajna niti nehatna, jer je iz pojma krivice isključeno subjektivno htenje učinioca. Nedostatak svesti o radnji i posledici ipak, i u toj konstrukciji krivice, ima značaja, ako štetnik nema deliktnu sposobnost. Prema tome, krivično-pravna krivica, kao isključivo subjektivna, merena subjektivnim elementima, htenjem radnje i posledice, kao i

građansko-pravna krivica shvaćena subjektivno, stepenuje krivicu i na osnovu toga utvrđuje meru odgovornosti. Za razliku od toga, objektivno shvatanje građansko-pravne krivice koje se sastoji u odstupanju od očekivanog ponašanja u datoj situaciji, ne stepenuje krivicu.

Objektivno shvatanje krivice u građanskom pravu *ne znači* da je zbog ovog shvatanja *napuštena tzv. subjektivna odgovornost* i da se tom vrstom krivice prelazi na teren objektivne odgovornosti. Naime, kod objektivne odgovornosti štetnik ili odgovorno lice, u nedostatku krivice se ne može osloboditi odgovornosti, a u materiji subjektivne odgovornosti, dokazivanjem da se štetnik držao potrebnih standarda pažnje, može osloboditi odgovornosti.

Iako je u građanskoj deliktnoj odgovornosti (bar u našem[34], švajcarskom[35] i mađarskom pravu[36] - MGZ) u principu prihvaćeno objektivno shvatanje krivice, ipak ima izuzetaka, kada se *primenjuju pravila o subjektivnoj doktrini*, sa stepenovanjem krivice, i to sa relevantnim uticajem na meru odgovornosti za štetu tj. na visinu novčane naknade štete. Ti slučajevi su sledeći: (1) Kada građanski delikt štetnika ujedno predstavlja i *krivično delo učinjeno* sa *umišljajem, a tom prilikom je uništena ili oštećena stvar oštećenog*, visina novčane naknade štete se odmerava prema afekcionoj vrednosti, tj. prema vrednosti koju ta stvar ima za oštećenog, po milju. To pak znači, da tada odšteta može biti veća nego što je tržišna vrednost stvari, koja je inače, prema opštem pravilu, osnovno merilo odmeravanja visine novčane naknade materijalne štete. Ali, se tada gornja granica afekcione vrednosti limitira kriterijumima odmeravanja novčane naknade nematerijalne štete. (2) Kada se radi o *učešću krivice trećeg lica i samog oštećenog*, odgovornost se deli između štetnika, trećeg lica i oštećenog srazmerno udelu krivice trećeg lica odnosno, oštećenog. (3) Kod *obaveznog osiguranja od odgovornosti za štete nanete u saobraćaju, regresno pravo* osiguravajućeg društva prema štetniku, osiguraniku, zavisi

---

[34] V. Jožef *Salma*, Obligaciono pravo, Izdavački centar Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 7. (reprint) izdanje 6. izdanja, Novi Sad, 2007., str. 544-547 i tamo navedenu domaću i stranu literaturu. Pod uticajem švajcarske teorije, u srpskoj literaturi, prof. Mihailo *Konstantinović* je u svom *Obligacionom pravu* (beleške Kapora sa predavanja), Beograd, 1956, je prvi put prihvatio objektivno definisanje krivice.

[35] Upor. Theo *Guhl,* Das schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage (bearbeitet von Alfred *Koller*, Anton K. *Schnyder*, Jean Nicolas *Druey*), Schulthes, Zürich, 2000, str. 194-195 tač. 39-40.BGE (Vrhovni sud Švajcarske) 112 II 180, *Journal de Tribunaux* (Lausanne), 1986 str. 391: Kod namere je merilo objektivizirano elementom nedostajuće pažnje.

[36] Gyula *Eörsi*, Thesen über die zivilrechtliche Haftung, Acta Juridica Academie Stientiarium Hungarice, tom 20 (1-2), str. 34. tač, 7.

od toga da li je saobraćajni udes prouzrokovan namernom ili nehatnom krivicom. Ukoliko je udes izazvan *namerno*, ili u stanju nesposobnosti za rasuđivanje koje se pravno izjednačuje sa umišljajem – nastalim pod uticajem sredstava koji smanjuju ili u potpunosti isključuje svest i pažnju (actiones liberae in causa), - osiguravajuće društvo, nakon isplate sume osiguranja oštećenom, može da zahteva povraćaj isplaćene sume osiguranja od štetnika – osiguranika.

Francusko pravo, zbog čvrstog stava Code civil-a, nikada nije odustalo od subjektivnog shvatanja krivice. Izvori krivice se, naime, nalaze u psihološkom stavu učinioca prema delu u trenutku prouzrokovanja delikta. Sledstveno tome, u starijoj sudskoj praksi krivica se u *dokaznom postupku* analizirala isključivo kroz svest o radnji i posledici. Doktrina je, međutim, vremenom delimično odustala od čistog subjektivnog shvatanja krivice i više se nije zadovoljavala stavom da se krivica svodi samo na subjektivni odnos učinioca prema delu. Sredinom XX veka objektiviziranom stanovištu se približava Renné Savatier, poznati, u idejama i danas aktuelan teoretičar francuske i evropske građanske deliktne odgovornosti izraženo u stavu: „Krivica je neizvršenje obaveze za koju je učinilac znao ili je morao znati.“[37] Kada se krivica shvata objektivno, u iznetom smislu, dokazni postupak obuhvata ne analizu svesti učinioca, već nezavisno od te svesti, samo to, *da li je došlo do odstupanja u ponašanju učinioca u odnosu na zahtevani standard ponašanja* u datoj situaciji, tj. da li je došlo do ispunjenja dužnosti koja se traži.

Naravno, svi zakonici gore analiziranih prava,[38] pa i naše,[39] poznaju i subjektivnu, tj. zavisno od mere htenja (svesti učinioca o delu) stepenovanu krivicu. Ali se to stepenovanje primenjuje samo kada za to zakon vezuje pravnu posledicu, tj. ako veći ili manji obim naknade zavisi od stepena krivice.

Doktrina o ***uzročnosti*** u krivičnom pravu i u građanskoj deliktnoj odgovornosti koja se naročito razvila tokom XIX veka, gotovo je zajednička, ponekada pisana i koautorskim perima civilista i teoretičara krivičnog prava. Po funkciji, uzročnost je *opšti uslov i krivične i građanske deliktne odgovornosti*, ona je bitna zbog toga, što *ukazuje na odgovorno li-*

---

[37] V. René *Savatier*, Des effets et de la sanction du devoir moral en droit positif Français devant la jurisprudence, thése, Poitiers, Paris, 1916, str., 131; ibid, La responsabilité civil, op. cit, tom I, str. 5.

[38] V. st. 1. čl. 41. ŠVZO. Takođe i čl. 339. Mađarskog građanskog zakonika (gde je inače objektivno shvatanje krivice najviše izraženo), in: Polgári törvénykönyv, Kiegészítve a vonatkozó kollégiumi állásfoglalásokkal és jogegységi határozatokkal, Novissima Kiadó, 2007, Budapest, str. 81.

[39] V. čl. 158. ZOO.

ce, pošto odgovara onaj čijom radnjom je došlo do inkriminisane posledice. Ali uzrok može imati i *funkciju određivanja obima* odštete.[40] Razlikuje se *direktna* i *indirektna* uzročnost. Direktan uzrok dovodi do odgovornosti samo za onu štetu koja je nastala neposredno posle radnje. Indirektna uzročnost kao i indirektna šteta je ona koja je nastala vremenski kasnije, za koju štetnik odgovara samo ako se dokaže da (*indirektna) docnija posledica* (u nemačkoj teoriji nazvan Volgeschaden – posledična šteta) nije izazvana u odnosu na inicijalni uslov, nekim drugim uslovom - uzrokom, tj. nekom drugom radnjom. *Posledična šteta*, kao izraz, naizgled protivrečan, pošto je šteta posledica uzroka, a ne posledica posledice. Ali, protivrečnost ne postoji, pošto se radi o daljoj, docnijoj posledici, izazvanom takođe, inicijalnim uzrokom. Ako je inicijalni uzrok doveo podjednako i do vremenski bliže i do vremenski dalje posledice (posredna šteta), nosilac uzroka odgovara i za prvu i za drugu posledicu. Tako, na primer, ako je lovac povredio neko lice, pa je nastupila šteta vezana za telesnu povredu, odnosno za troškove lečenja, a mnogo kasnije i kancer, lovac će biti odgovoran i za smrt oštećenog, ako se dokaže da je kancer nastao zbog ranije telesne povrede. Ali, ako se dokaže da je ta bolest nastupila usled drugog razloga, npr. pušenja, sklonosti ka toj bolesti, za tu „posledičnu", indirektnu, docniju štetu štetnik nije odgovoran. Razvila se teorija o uzroku kao *uslovu* nastanka posledice. Uzrok je svaka radnja ili propuštanje bez čega nema posledice. Spor je nastao između pristalica teorije tzv. *prirodne uzročnosti* (John Stuart Mill), s jedne, i pristalica teorije o *izabranim uslovima*, određenih pravnim kriterijumima (*adekvatna*, *tipična* i *hipotetička* uzročnost), s druge strane. Nedostatak teorije o prirodnoj uzročnosti je u tome što vremenski bliže i dalje elemente uzročnog lanca čini ravnopravnim i time pravno proširuje krug potencijalnih odgovornih

[40] V. Jožef *Salma*, Uzročnost kao determinanta subjekata i obima odgovornosti za štetu, Pravni život, II. tom, Beograd, br. 10/1997. str. 529-545. *Ibid,* Uzročna veza u deliktnom pravu, Glasnik Advokatske komore Vojvodine, br. 6/1997., str. 215-232 (sa rezimeom na engleskom jeziku). V. i novije monografske radove autora: *Szalma* József, Okozatosság és polgári jogi felelősség - az európai és a magyar jogban (Uzročnost i građanskopravna vanugovorna odgovornost prema evropskom i mađarskom pravu), izdavač: Miskolci Egyetem és a Novotni Alapítvány a Magánjog Fejlesztésért (Univerzitet u Miškolcu - Fondacija Novotni za razvoj Građanskog prava, DR Mađarska), Miskolc, 2000. g., str. 228. *Zusammenfassung* (str. 219-221): Ord. Prof. Dr. *Szalma* József, *Kausalzussamenhang in Schadenersatzrecht; Szalma* József, Szerződésen kívüli (deliktuális) felelősség – az európai és a magyar magánjogban (Ugovorna i vanugovorna odgovornost u evropskom i mađarskom pravu), Budapest, Miskolc, Debrecen, Újvidék, izdavači: ELTE ÁJK, (Pravni fakultet Univerziteta ELTE Budimpešta) Budapest, i Bíbor Kiadó Miskolc, 2008, str. 395, Zusammenfassung:. Ausservertragliche (deliktische) Haftung im Europäischen und im ungarischen Recht, str. 425-428.

lica, budući da svaka posledica ujedno može da bude uzrok (tzv. „Nefretete efekat“). Lanac uzročnosti se može „pratiti“ sve do vremenski udaljenih uzroka, uslovima prošlosti, koji jesu logički preduslovi, ali sa stanovišta konkretne odgovornosti nisu bitni (npr. da se praded nije vratio živ iz I svetskog rata, ne bi ni praunuk mogao prouzrokovati štetu). Takva konstrukcija, naravno, onemogućava racionalnu pravnu konstrukciju odgovornosti. Otuda se razvila teorija o neposrednom uslovima, tj. da se uzrocima smatraju radnje koje su vremenski neposredno prethodile radnji, odnosno koje su pravno bitne za nastanak štete.

U građansko-pravnoj doktrini se razvilo shvatanje o *kumulativnoj* i *konkurentskoj* uzročnosti, ne bi li se razrešila podela odgovornosti između više učesnika, delikvenata, kada je do štete došlo stvarnim ili potencijalnim učešćem više lica (npr. izvršilac, saizvršilac, pomagač, podstrekač). Po teoriji o konkurentskoj uzročnosti od više potencijalnih učinilaca odgovara samo onaj za čiju se radnju ili propuštanje utvrdi da je bila bitna, tako da se vrši koncentracija odgovornosti na jednog od više potencijalnih štetnika. Ako je međutim, dokazni postupak pokazao da je radnja svih tuženih učesnika (u većem ili manjem udelu) doprinela nastanku posledica, tada se u građanskom pravu vrši podela odgovornosti za štetu između više učesnika, srazmerno doprinosu svakoga od učesnika, ili izuzetno, kad to zakon naročito predviđa, dolazi do solidarnog obavezivanja učesnika.

IV. Razgraničenje prema sankcijama

Uloga građanskog prava, od vremena tradicionalnih civilnih kodifikacija, jeste u *restituciji* narušene imovine oštećenog sredstvima štetnika. Restitucija ima isključivo *imovinski* karakter, te *ne utiče na ličnu slobodu štetnika*. Osnovna sankcija krivičnog prava, lišenje slobode, ukida slobodu kretanja i ima za svrhu *kažnjavanje* učinioca. Moderni izvršni postupci u građanskom izvršnom procesnom pravu ne poznaju dužnički zatvor, da bi se penalizacijom dužnika, dužnik naveo na ispunjenje odštetne obligacije. Umesto toga se izvršenje sprovodi na imovini dužnika, npr. plenidbom i prinudnom javnom prodajom imovine.

Građansko-pravna sankcija koja se sastoji u odštetno-pravnoj odgovornosti, sa ciljem uspostavljanja ranijeg imovnog stanja oštećenog, kao i tome da pruži satisfakciju oštećenom, u slučaju povrede ličnog, telesnog ili zdravstvenog integriteta ličnosti, kao i povrede njegove slobode, u principu se ne bavi kažnjavanjem delikventa (izuzetak čini apstraktna šteta, ugovorna kazna, kod ugovorne odgovornosti). Odštetno pravo štetnika obavezuje primarno, na naknadu materijalne štete, u vidu naturalne na-

knade (npr. zamena uništene stvari) ili, supsidijerno, na novčanu odštetu. U svakom slučaju, oštećenik ima pravo na novčanu odštetu, ako naturalna naknada nije moguća ili kada on samo zahteva takav oblik naknade. Takođe, oštećenik u slučaju neimovinske štete, ima pravo na novčanu satisfakciju.

Visina naknade štete, u principu, zavisi od vrednosti, tj. obima štete, od toga koliko je radnjom štetnika umanjena oštećenikova imovina. Kolika je šteta, tolika je i odšteta. Za razliku od toga, novčana kazna zavisi od težine i prirode dela, te se, prema tome, odmerava između zakonskog maksimuma i minimuma, kao što je to slučaj i sa kaznom lišenja slobode.

József Szalma, Ph.D., Full Professor
Novi Sad Faculty of Law

LEGAL FEATURES OF CIVIL LIABILITY /Delimitation of civil from criminal liability/

Abstract

In present paper the author analyses the basic legal features of civil liability (liability for damages arising from torts or breach of contractual duties), delimitating it from criminal liability, taking into account theoretical considerations, regulations and their application, beginning from traditional codifications of civil law in Europe in 19th century (French, Austrian and German). In its long (chronological and ideal-institutional) evolution, until to the era of great European codifications of civil law, civil liability had closely been tied to criminal liability, as far as basic principles and conditions of liability were concerned. Under classical Roman law, civil liability had not entirely detached itself from criminal liability, since it was, just as criminal liability, rather of penal, than of restitutionary nature, aiming to penalize the tortfeasor, rather than to indemnify the injured party. From the first great codification of civil law, the French Code Civil, and, to some extent, also through the Austrian General Civil Code, and the German Civil Code afterwards, a dividing line between civil and criminal liability appears in respect of the method of incrimination. The method of incrimination in civil law is, namely, general, prohibiting by general norm any case of causing of damage (general incrimination), while the incrimination in criminal law is special, precisely describing each and every criminal act (special incrimination). Since then, a shift in the aim of civil liability may be observed; it does not serve the purpose of punishing any more, that is penalizing the tortfeasor, but it is used to indemnify the injured person. A shift from punishment to restitution, as the aim of liability, is evident. By the same token, the forms of liability change, too. Criminal liability remains a fault-based liability, while civil liability, besides fault liability, also introduces strict liability, which is not based on fault of the tortfeasor, but on causation, i.e. on the increased risk of causing damage. Civil liability may be either tortious or contractual, while continental criminal law doesn't envisage criminal liability for breach of contract. The conditions of civil and criminal liability (damage, illegality of tortious act, causation and fault) retain the same meaning only nominally, they gradually diverge (except causation), by which civil liability (based either on tort or on breach of contract) has entirely been separated from criminal liability.

Originalni naučni rad

336.2:061.1EU
336.2(497.11)

Dr Mile Vranješ, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

STRUKTURA I TRENDOVI KRETANJA JAVNIH PRIHODA U ZEMLJAMA ČLANICAMA EVROPSKE UNIJE I U SRBIJI

Sažetak: *U radu su analizirani struktura i trendovi kretanja javnih prihoda u zemljama članicama Evropske unije (dalje: EU) i u Srbiji. Pri tome je ukazano kako na osnovne razlike, tako i na sličnosti koje postoje u domenu javnih prihoda u zemljama članicama EU i u Srbiji. Posebno je ukazano na nužne promene na tom području fiskalnih finansija koje su potrebne kako bi Srbija postala punopravni član EU.*

Navedeni stavovi i ocene o tome jesu li struktura i trendovi kretanja javnih prihoda u Srbiji uporedivi sa onim u EU ne pretenduju da su jedino mogući i apsolutno prihvatljivi. Treba ih shvatiti kao prilog boljem razumevanju fiskalnog aspekta ulaska Srbije u EU.

Ključne reči: *javni prihodi, poreski prihodi, poređenje, usklađivanje, fiskalni odnosno poreski sistem, fiskalna odnosno poreska politika, porez na dohodak građana, porez na dobit preduzeća, porez na dodatu vrednost, akcize, doprinosi za socijalno osiguranje, Srbija, EU.*

1. Uvod

Poređenje i usklađivanje fiskalnih finansija u Srbiji sa fiskalnim finansijama zemalja članica EU ima sve značajnije mesto i sve više privlači pažnju finansijskih i ekonomskih stručnjaka, privrednika i građana. Naime, i finansijski i ekonomski stručnjaci, i privrednici i građani pokazuju povećan interes za neke teme iz domena fiskalnog sistema i fiskalne poli-

tike zemalja članica EU i Srbije. Reč je o strukturi i trendovima kretanja javnih prihoda i javnih rashoda u EU i u Srbiji, o harmonizaciji neposrednih poreza (porez na dobit korporacija, porez na dohodak fizičkih lica), o harmonizaciji posrednih poreza (porez na promet, odnosno porez na dodatu vrednost, akcize), o harmonizaciji doprinosa za socijalno osiguranje, o fiskalnoj konkurenciji u EU i u Srbiji, o mogućnostima korišćenja sredstava budžeta EU.

Cilj ovog rada jeste da globalno analizira strukturu i trendove kretanja javnih prihoda u Srbiji i u zemljama članicama EU, odnosno da ustanovi jesu li oni uporedivi. Potrebno je, najpre, ukazati na širi aspekt sa koga se mogu ili čak moraju posmatrati ovi fenomeni.

Prvu stranu šireg aspekta posmatranja strukture i trendova kretanja javnih prihoda u Srbiji i u zemljama članicama EU predstavlja priroda i krajnji cilj EU. U tom smislu treba istaći da je EU utemeljena na ustavnim poretcima država članica. Uprkos prihvatanju određenih ograničenja njihovih suverenih prava, članice Unije nastavljaju postojati kao samostalne države u punom pravnom i političkom smislu te reči. Zemlje članice imaju fiskalnu autonomiju. Njima pripada pravo da slobodno izaberu vrstu javnih dažbina i utvrđuju njihovu visinu. Dakle, nametanje javnih dažbina je u isključivoj nadležnosti zemalja članica EU i finansijski propisi pripadaju fiskalnim sistemima određene zemlje članice. [1]

Međutim, budući da je članstvo EU utemeljeno na međunarodnom ugovoru, koji sadrži razna prava i obaveze, suverenitet zemalja članica je ograničen. Zakonodavna nadležnost zemalja članica odnosno fiskalna nadležnost ograničena je propisima EU. Naime, propisima EU propisana je fiskalna odnosno poreska politika EU. U tom smislu, osnovni cilj fiskalne odnosno poreske politike EU jeste podupiranje neprestanog razvoja unutrašnjeg tržišta EU. Fiskalna odnosno poreska politika mora postići Lisabonske ciljeve, podržati stalan uspon i razvoj unutrašnjeg tržišta EU i postići određenu ravnotežu između smanjenja javnih dažbina, investiranja u javne usluge i održavanje fiskalne konsolidacije. No, navedene ciljeve ne može postići sama fiskalna politika, već samo u sadejstvu sa drugim parcijalnim ekonomskim politikama. Dabome, navedeni ciljevi će poslužiti interesima građana i privrede i pomoći postizanju tzv. četiri slobode – sloboda kretanja ljudi, dobara, usluga i kapitala. Ostvarenje navedenih ciljeva se postiže uklanjanjem fiskalnih odnosno poreskih prepreka za ostvarenje tzv. četiri slobode EU i merama koje pridonose trajnom smanjenju ukupnog fiskal-

[1] Postoji izuzetak od navedenog pravila kod tzv. evropskog poreza na dohodak koji plaćaju zaposleni u institucijama EU. Taj dohodak se isplaćuje iz budžeta EU, pa je opravdano da ga EU za sebe ubira. Prihod od tog poreza izvorni je prihod budžeta EU.

nog tereta. Otklanjanje fiskalnih odnosno poreskih prepreka dovešće do smanjenja troškova i značajnog povećanja konkurentnosti privrede (Lisabon Agenda 2000).

Ključno sredstvo postizanja navedenih ciljeva jeste usklađivanje fiskalnih sistema i fiskalnih politika zemalja članica EU. Osnovni pravni instrument kojim se na evropskom nivou propisuje fiskalna politika EU jesu direktive. U zemljama članicama je preuzet niz zakonskih i drugih mera da se, na temelju rešenja normiranih u direktivama, koordinira ili harmonizuje fiskalni sistem i fiskalna politika.

Navedeno pokazuje da EU nije federacija, nego konfederacija, i to 27 država članica. Drugim rečima, EU je „ izrazito fiskalno decentralizovana složena zajednica“.[2] Središna vlast EU je slaba u odnosu na druge složene zajednice. U ovako podeljenoj fiskalnoj nadležnosti između EU i zemalja članica, fiskalna politika je pod jurisdikcijom zemalja članica. Pod jurisdikcijom EU je samo sprovođenje harmonizacije fiskalnih sistema zemalja članica. Pri tome treba imati u vidu ograničenja u domenu usklađivanja fiskalnih sistema zemalja članica. Jedno od tih ograničenja odnosi se na odlučivanje u EU. Naime, iako Veće u pravilu donosi odluke većinom glasova, jedno područje u kojem je još uvek za donošenje odluke potrebna jednoglasnost jeste i područje poreza, odnosno propisa kojima je regulisano usklađivanje posrednih poreza (član 99. Ugovora o EZ).

Rezultati u uspostavljanju jedinstvenog tržišta bez fiskalnih odnosno poreskih prepreka i zahtevi EU u pogledu harmonizacije nacionalnog fiskalnog zakonodavstva nisu još uvek potpuno ostvareni. Osnovni uzrok tome je što EU nema zajedničku fiskalnu, a posebno, ni zajedničku poresku politiku. Bez zajedničke fiskalne, odnosno poreske politike nema uspešne harmonizacije oporezivanja na nivou EU a ni evropskih integracija. Fiskalna integracija je, dakle, bitna pretpostavka jače evropske integracije. No, za jačanje fiskalne integracije potrebni su novi odnosi fiskalnih nadležnosti u EU. Temelj novom sistemu finansijskih odnosa u EU treba da predstavlja teorija fiskalnog federalizma i javnih finansija. Sve dok ne bude formulisana i prihvaćena zajednička (ne i jedinstvena) fiskalna odnosno poreska politika EU, tj. dok ne bude stvoren novi sistem fiskalnih nadležnosti u EU, i dalje će postojati teza o ugroženosti razvoja država članica i ideja o ljubomornom čuvanju fiskalnih odnosno poreskih resursa. Ovo vodi ka dezintegraciji evropskog prostora.

[2] Više o tome: Hrvoje Šimović, Fiskalni federalizam u Evropskoj uniji: odnosi fiskalnih nadležnosti, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 2/2005, str. 475.

Kada je reč o cilju EU, treba imati u vidu odredbu čl. A, stav 2. Ugovora o EU. Prema ovoj odredbi Ugovor znači novi korak u stvaranju jedinstvenije Unije evropskih naroda, u kojoj se proces donošenja odluka u većoj meri stavlja u nadležnost njenih građana.

Drugu stranu šireg aspekta posmatranja strukture i trendova kretanja javnih prihoda u zemljama članicama EU i u Srbiji čini objektivna uslovljenost fiskalnog sistema i fiskalne politike odnosno poreskog sistema i poreske politike koncepcijama društveno-političkog i privrednog sistema. Fiskalni sistem mora da bude u skladu sa opštedruštvenim, posebno privrednim kretanjima. Isto tako, trebalo bi da bude i činilac bržeg razvoja društva i privrede. U zemljama članicama EU izvršene su reforme fiskalnog sistema. Srbija je takođe izvršila reformu, doduše kasnije nego zemlje članice EU. To se desilo u periodu kada su se u našoj zemlji odvijale izuzetno velike promene u političkom i privrednom životu. Reforma fiskalnog sistema u Srbiji, koja je predstavljala sastavni deo ukupne ekonomske reforme, nije bila, dakle, samo reforma jednog dela privrede, niti je to bila reforma sama po sebi, već je bila izvršena u društvu koje se menjalo u političkom i privrednom smislu. Ekonomskom reformom, odnosno reformom fiskalnog sistema u Srbiji, otpočinje i uključivanje naše zemlje u evropske i svetske tokove.

Privredni razvoj je tokom 20. veka, odnosno prvih godina 21. veka, doveo do stvaranja nove strukture glavnih javnih prihoda u zemljama članicama EU i u Srbiji. Proces globalizacije, tranzicije, liberalizacije spoljne trgovine i harmonizacija fiskalnih sistema uticali su i doprineli transformaciji strukture fiskalnih sistema i glavnih fiskalnih oblika. Danas najznačajniji izvori prihoda u zemljama članicama EU potiču ponajpre iz poreza na dohodak fizičkih lica, poreza na promet (poreza na dodatu vrednost i akciza), doprinosa za socijalno osiguranje, poreza na dobit korporacija i drugih fiskalnih oblika, kao što su porez na imovinu, ekološki porez i drugi. No, njihov značaj nije isti u Srbiji i u zemljama članicama EU. O ovoj i drugim razlikama, kao i o sličnostima u strukturi javnih prihoda u Srbiji i u EU biće više reči odmah posle ovog uvoda.

2. Udeo javnih prihoda u BDP-u u zemljama članicama Evropske unije i u Srbiji

Koji je udeo poreskih prihoda (uključujući i doprinose za socijalno osiguranje) u BDP-u u zemljama članicama EU, odnosno koje su promene u udelima poreskih prihoda u BDP-u zemalja članica EU, najbolje se može videti iz podataka sadržanih u Tabelama broj 1 i 2.

Tabela 1: Poreski prihodi, procenat od BDP. [3]

	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
BE	43,8	44,4	44,9	45,5	45,5	45,2	45,2	45,3	44,9	45,0	44,9	44,6
BG	-	-	-	-	-	32,6	31,4	30,0	32,6	33,9	34,1	34,4
CZ	36,2	34,7	35,0	33,3	34,0	33,8	34,0	34,8	35,7	37,4	37,1	36,2
DK	48,8	49,2	48,9	49,3	50,1	49,4	48,4	47,8	48,0	49,0	50,7	49,1
DE	39,8	40,7	40,7	40,9	41,7	41,9	40,0	39,5	39,6	38,8	38,7	39,3
EE	37,8	35,1	35,2	34,7	33,9	31,3	30,5	31,1	30,9	30,9	30,6	31,0
IE	33,1	33,1	32,4	31,7	31,8	31,7	29,8	28,5	29,0	30,4	30,8	32,6
EL	29,1	29,4	30,6	32,5	33,3	34,6	33,0	33,4	32,3	31,3	31,3	31,4
ES	32,7	33,1	33,2	33,0	33,6	33,9	33,5	33,9	33,9	34,5	35,6	36,5
FR	42,7	43,9	44,1	44,0	44,9	44,1	43,8	43,1	42,9	43,2	43,8	44,2
IT	40,1	41,8	43,7	42,5	42,5	41,8	41,5	40,9	41,3	40,6	40,6	42,3
CY	26,7	26,4	25,8	27,7	28,0	30,0	30,9	31,2	33,0	33,4	35,5	36,6
LV	33,2	30,8	32,1	33,7	32,0	29,5	28,5	28,2	28,5	28,5	29,0	30,1
LT	28,5	27,9	31,0	32,0	31,8	30,2	28,7	28,4	28,2	28,3	28,8	29,7
LU	37,1	37,6	39,3	39,4	38,3	39,1	39,8	39,3	38,3	37,3	37,8	35,6
HU	41,6	40,6	39,0	39,0	39,1	38,5	38,3	37,9	37,6	37,6	37,4	37,2
MT	26,8	25,4	27,5	25,6	27,3	28,2	30,4	31,5	31,4	33,1	33,7	33,8
NL	40,2	40,2	39,7	39,4	40,4	39,9	38,3	37,7	37,4	37,5	37,9	39,5
AT	41,3	42,6	44,0	44,0	43,7	42,8	44,7	43,7	43,1	42,8	42,0	41,8
PL	37,1	37,2	36,5	35,4	34,9	32,6	32,2	32,7	32,2	31,5	32,8	33,8
PT	31,9	32,8	32,9	33,1	34,1	34,3	33,9	34,7	34,8	34,1	35,1	35,9
RO	-	-	-	-	-	-	27,8	28,1	27,7	27,4	27,9	28,6
SI	40,2	39,1	38,0	38,8	39,2	38,0	38,2	38,6	38,8	38,9	39,3	39,1
SK	40,2	39,4	37,2	36,6	35,3	34,0	33,0	33,1	33,1	31,6	31,5	29,3
Fl	45,7	47,0	46,3	46,1	45,8	47,2	44,6	44,6	44,0	43,4	44,0	43,5
SE	47,9	50,3	50,8	51,5	51,8	51,8	49,9	47,9	48,3	48,7	49,5	48,9
UK	35,1	35,0	35,5	36,5	36,9	37,4	37,1	35,6	35,3	35,7	36,6	37,4
NO	42,0	42,4	42,2	42,0	42,3	42,6	42,9	43,1	42,3	43,3	43,5	44,0
EU-27	39,6	40,3	40,5	40,5	41,0	40,7	39,8	39,2	39,1	39,0	39,3	39,9
EA-15	39,8	40,7	41,1	41,0	41,5	41,2	40,3	39,9	39,8	39,5	39,8	40,5
EU-25	39,6	40,3	40,5	40,5	41,0	40,7	39,9	39,2	39,2	39,0	39,4	40,0

[3] Izvor: European Commission Services. Eurostat: Total Taxes (including SC) as % of GDP.

Tabela 2: Poreski prihodi i implicitne poreske stope po vrsti ekonomske aktivnosti[4]

	Poreski prihodi, % od BDP		**Implicitne poreske stope na:**					
			Potrošnju		**Rad**		**Kapital**	
	1996	**2005**	**1996**	**2005**	**1996**	**2005**	**1996**	**2005**
EU27**	**40.3**	**39.3**	**21.1**	**22.0**	**35.7**	**34.6**	**24.6**	**26.8**
EA15**	**40.7**	**39.8**	**19.9**	**21.4**	**34.1**	**34.4**	**25.4**	**30.0**
BE	44.4	44.9	21.3	22.2	43.4	43.9	26.7	32.1
BG	:	34.1	:	24.4	:	34.7	:	:
CZ	34.7	37.1	21.2	22.2	39.5	41.7	22.3	25.5
DK	49.2	50.7	31.6	33.6	40.2	37.5	30.9	47.7
DE	40.7	38.7	18.3	18.0	39.6	38.6	25.6	22.9
EE	35.1	30.6	19.1	22.8	39.1	34.1	16.0	7.9
IE	33.1	30.8	24.7	26.5	29.3	25.1	27.1	37.5
EL	29.4	31.3	17.7	17.0	35.7	37.8	11.6	:
ES	33.1	35.6	14.4	16.3	29.5	30.6	20.6	36.0
FR	43.9	43.8	22.1	20.1	41.5	41.7	34.7	40.0
IT	41.8	40.6	17.1	16.8	41.5	42.8	28.2	30.4
CY	26.4	35.5	12.3	20.0	22.3	24.5	:	31.0
LV	30.8	29.0	17.9	20.2	34.6	33.2	15.7	9.6
LT	27.9	28.8	16.4	16.5	35.0	34.9	15.4	11.5
LU	37.6	37.8	20.8	25.5	29.6	30.0	:	:
HU	40.6	37.4	29.5	26.4	43.1	37.8	:	:
MT	25.4	33.7	14.0	19.1	17.8	21.9	:	:
NL	40.2	37.9	23.3	25.3	33.3	30.5	23.2	20.7
AT	42.6	42.0	20.7	21.2	39.5	41.0	28.0	23.2
PL	37.2	32.8	21.2	19.6	36.3	33.1	21.3	22.2
PT	32.8	35.1	19.5	20.6	26.5	28.4	23.0	28.1
RO	:	27.9	:	18.0	:	29.1	:	:
SI	39.1	39.3	24.7	24.2	37.1	37.5	:	:
SK	39.4	31.5	24.2	22.2	39.4	32.9	33.3	19.1
FI	47.0	44.0	27.4	27.6	45.3	41.5	30.9	27.5
SE	50.3	49.5	27.2	28.1	48.0	44.7	26.6	:
UK	35.0	36.6	19.9	18.7	24.8	25.3	31.8	36.8
NO	42.4	43.5	31.0	29.7	38.2	38.5	:	:

[4] Eurostat, news, 92/2008, 26 June 2008.

Izneti podaci dovoljno jasno i uverljivo pokazuju da je odnos poreza u odnosu na BDP[5] (to jest ukupna količina poreza i socijalna davanja) u EU-27 povećao se na 39,9% u 2006. godini sa 39,3% u 2005. godini. Ovaj odnos je u EU-27 ipak niži nego u 1996. godini (40,3%) i u odnosu na maksimalnu vrednost od 31,0% u 1999. godini. Trend smanjivanja koji je počeo u 1999. godini u većini država članica zaustavljen je 2005. godine. U 2006. godini ukupan odnos poreza u evro zoni pratili su sličan trend kao i u 27 država EU, iako na malo višem nivou.

Udeo poreskih prihoda u BDP-u u EU ostaje prilično visok u poređenju sa ostatkom sveta, tako što odnos poreza u EU-27 premašuje one u SAD i Japanu za nekih 12 procentnih poena. Međutim, poresko opterećenje značajno se razlikuje među državama članicama, krećući se u 2006. godini od manje od 30% u Rumuniji (28,6%), Slovačkoj (29,3%) i Litvaniji (29,7%), do skoro 50% u Danskoj (49,1%) i Švedskoj (48,9%).

U prošloj deceniji značajnije promene u odnosu poreza prema BDP-u dogodile su se u nekoliko država članica. Najveći pad zabeležen je u Slovačkoj, gde je ukupno poresko opterećenje palo sa 39,4% u 1996. godini, na 29,3% u 2006. godini, i Estoniji (sa 35,1% na 31,0%). Najveći rast je primećen na Kipru (sa 26,4% na 36,6%) i Malti (sa 25, 4% na 33,8%).

Zanimljivo bi bilo osvrnuti se na razloge porasta ukupnih poreskih prihoda kao procenta BDP-a u zemljama EU. Jedni autori kao razlog povećanja poreza navode povećane izdatke za penzijsko i zdravstveno osiguranje i javnu pomoć (zbog starenja stanovništva).[6] Drugi autori kao razloge povećanja poreza navode i porast javnog duga, pojačanu državnu pomoć državnim trgovačkim društvima i sprovođenje velikih javnih infrastrukturnih radova.[7]

Udeo poreskih prihoda (uključujući i doprinose za obavezno socijalno osiguranje) u BDP-u u Srbiji i promene njima, najbolje se mogu videti iz podataka sadržanih u Tabeli broj 3.

---

[5] Odnos poreza prama BDP-u uključuje ukupno poresko opterećenje, kao i ukupnu sumu poreza i obavezna socijalna davanja, kao procenat od BDP-a. Ovaj pokazatelj se široko koristi da se izmeri ukupno poresko opterećenje, ali uključuje poreze koji su uvedeni na socijalne transfere. Zbog toga što primaoci socijalnih transfera često direktno primaju neto isplatu, oni ne osećaju teret plaćanja poreza. Ova definicija se malo razlikuje od one koja je korišćena u Statici u fokusu, ekonomiji i finansijama, 47/2008, „Poreski prihodi u EU“, koji uključuju dobrovoljna i nametnuta socijalna davanja. Razlike između ove dve numere čine oko 1/1/2 od BDP-a za subjekte u EU i evro zoni.

[6] Vid.: Rosen, H.S., 1999. Javne financije, Institut za javne financije u Zagrebu, Zagreb, str.18, 19.

[7] Vid.: Joumard, I., 2001. Tax Systems in European Union Countrie, Economics Department Working Papres, 301 (online). Available from http:/www.oecd.org/pdf/M00003000/M00003511.pdf

Tabela 3. Udeo ukupnih javnih prihoda u BDP -u u Srbiji[8]

Godina	Učešće javnih prihoda u % BDP
1995	58,4
2001	39,1
2002	44,3
2003	43,2
2004	45,0
2005	43,1
2006	42,3

Izneti podaci dovoljno jasno i uverljivo pokazuju da je odnos ukupnih javnih prihoda u Srbiji u odnosu na BDP u 2006. godini blizu 43% BDP-a. To je za tri procentna poena više u odnosu na prosek EU-27 (39,9%), odnosno mnogo viši u odnosu na pojedine zemlje EU: za gotovo 14,6 procentnih poena viši u odnosu na Rumuniju, 13 procentnih poena viši u odnosu na Slovačku, 12,5 procentnih poena viši u odnosu na Litvaniju. Od ukupno 27 država članica EU Srbija ima veće učešće poreskih prihoda u BDP-u u odnosu na 21 državu EU. Ovaj odnos je u Srbiji ipak niži nego u 1995. godini (58,4%). Trend smanjivanja koji je počeo u 2001. godini zaustavljen je već u 2002. godini, da bi ponovo došlo do trenda smanjivanja u 2003. godini i ponovnog povećanja u 2004. godini, i na kraju imamo trend smanjenja u 2005. i 2006. godini. U Srbiji je najveći pad ukupnih javnih prihoda u BDP-u zabeležen kada je poresko opterećenje palo sa 58,4% u 1995. godini na 39,1%. Ali je ono i povećano u 2006. godini u odnosu na 2004. godinu za 6 procentnih poena. Nakon poređenja podataka o udelu ukupnih poreskih prihoda u BDP-u u Srbiji sa odgovarajućim podacima za EU, može se reći da je u celom periodu ukupni poreski teret u Srbiji bio veći nego u zemljama EU-27, odnosno daleko veći u odnosu na neke pojedine članice EU kojima je Srbija prema dostignutom stepenu ekonomskog razvoja znatno bliža.

[8] Izvor: Ministarstvo finansija (Bilten Javnih finansija, Memorandum obudžetu i ekonomskoj i fiskalnoj politici za 2007. godinu, sa sa projekcijama za 2008. i 2009. godinu, i Memorandum o budžetu i ekonomskoj i fiskalnoj politici za 2009. godinu, sa projekcijama za 2010. i 2011.godinu). Za Srbiju (SR Jugoslaviju 1995.) su date procene autora, budući da ne postije zvanični verodostojni podaci.

3. Struktura fiskalnih prihoda u zemljama članicama EU i u Srbiji

Kakva je fiskalna odnosno poreska struktura u zemljama članicama EU najbolje će se videti iz podataka sadržanih u Tabeli broj 4.

Tabela 4. Najznačajniji poreski prihodi zemalja članica EU u 2006. godini[9]

Zemlje	Porez na dohodak		Porez na dobit		Doprinosi za soc.osiguranje		Porez na promet – PDV		Akcize	
	% uk.porez. prihoda	% BDP	% uk.porez. prihoda	% BDP	% uk.porez. prihoda	% BDP	% uk.porez. prihoda	% BDP	% uk.porez. prihoda	% BDP
BE	27,3	12,2	8,4	3,7	30,4	13,6	16,0	7,1	5,1	2,3
BG	7,9	2,7	10,5	3,6	25,5	8,8	36,3	12,5	15,3	5,2
CZ	11,7	4,2	12,3	4,5	44,7	16,2	18,2	6,6	10,2	3,7
DK	49,9	24,5	8,8	4,3	2,1	1,0	20,9	10,3	6,8	3,4
DE	22,7	8,9	3,5	1,4	40,6	15,9	16,1	6,3	7,2	2,8
EE	18,2	5,6	4,9	1,5	32,9	10,2	29,6	9,2	11,1	3,4
IE	22,4	7,3	11,8	3,8	14,9	4,9	24,2	7,9	7,6	2,5
EL	14,8	4,6	8,5	2,7	35,3	11,1	22,6	7,1	7,8	2,4
ES	19,4	7,1	11,6	4,2	33,3	12,1	17,5	6,4	6,2	2,3
FR	18,0	8,0	6,5	2,9	37,2	16,5	16,5	7,3	5,2	2,3
IT	25,5	10,8	7,1	3,0	30,1	12,7	14,9	6,3	5,2	2,2
CY	12,5	4,6	15,0	5,5	21,4	7,8	28,5	10,4	10,7	3,9
LV	19,8	6,0	7,5	2,3	28,8	8,7	28,2	8,5	10,9	3,3
LT	23,1	6,9	9,4	2,8	28,6	8,5	25,9	7,7	10,0	3,0
LU	21,1	7,5	13,9	5,0	27,9	9,9	15,3	5,5	10,7	3,8
HU	18,1	6,7	6,3	2,3	33,6	12,5	20,4	7,6	9,0	3,3
MT	20,1	6,8	13,3	4,5	18,5	6,2	23,9	8,1	9,2	3,1
NL	17,8	7,0	9,3	3,7	36,0	14,2	18,9	7,5	6,4	2,5
AT	23,2	9,7	5,7	2,4	34,4	14,4	18,3	7,7	6,2	2,6
PL	13,6	4,6	7,1	2,4	36,1	12,2	24,1	8,1	11,9	4,0
PT	15,2	5,5	8,3	3,0	31,7	11,4	24,7	8,9	8,9	3,2
RO	10,0	2,8	9,9	2,8	34,2	9,8	27,7	7,9	11,1	3,2
SI	15,0	5,9	7,7	3,0	36,6	14,3	22,2	8,7	8,6	3,3
SK	8,5	2,5	9,7	2,8	40,0	11,7	25,4	7,4	9,8	2,9
FI	30,4	13,2	7,7	3,4	27,8	12,1	19,9	8,7	8,4	3,7
SE	31,6	15,5	7,4	3,6	24,8	12,1	18,5	9,1	5,9	2,9
UK	28,2	10,6	10,4	3,9	18,1	6,8	18,0	6,7	8,7	3,3
NO	20,7	9,1	29,3	12,9	19,9	8,7	18,1	8,0	4,9	2,2
EU-27	23,1	9,2	7,5	3,0	31,5	12,6	17,6	7,0	6,8	2,7
EA-15	21,5	8,7	6,8	2,8	35,2	14,2	16,9	6,8	6,2	2,5
EU-25	23,2	9,3	7,5	3,0	31,5	12,6	17,5	7,0	6,8	2,7

[9] Izvor:www.europa.eu.int/:EUROSTAT: Structures of taxes in EU.Sistematizacija autora.

Struktura poreskih prihoda različita je po zemljama članicama EU što pokazuju podaci sadržani u tabeli broj 4, gde se može videti da zemlje članice imaju vrlo različitu strukturu poreza. Pre nego što prikažemo najniži i najviši deo direktnih i indirektnih poreza u EU, potrebno je istaći da neki autori[10] navode kako se u većini industrijskih zemalja pred kraj 1980. i početkom 1990. godina poreska politika uglavnom preusmerila s oporezivanja dohotka i dobiti na oporezivanje potrošnje. U poslednjih 20 godina se u privredno razvijenim zemljama, u kojima tradicionalno preovlađuju direktni porezi, oseća izvesno povećanje prihoda od indirektnih poreza u odnosu prema direktnim porezima. Inače, odnos između direktnih i indirektnih poreza u 2006. godini u EU bio je 68,1 : 24,4. Pri tome treba imati u vidu da su u direktne poreze uključeni i doprinosi za socijalno osiguranje, iako su doprinosi za socijalno osiguranje poseban destinirani javni prihod. Najniži udeo direktnih poreza (bez doprinosa za socijalno osiguranje) u ukupnim poreskim prihodima imaju Slovačka (18,2%), Bugarska (18,4%) i Rumunija (19,9%), a najviši Danska (58,7%), Švedska (39,0%) i Ujedinjenom Kraljevstvu (38,6%). Najviši udeo doprinosa za socijalno osiguranje imaju Češka (44,7%), Nemačka (40,6%), Slovačka (40,0%), a najniži Danska (2,1,0%) i Irska (14,9%).

Doprinosi za socijalno osiguranje, porez na dohodak i porez na dobit i porezi na promet najizdašniji su poreski izvori zemalja EU-27, što najbolje ilustruje podatak gde se vidi da je prosečni udeo doprinosa za socijalno osiguranje 31,5%, poreza na dohodak 23,1%, poreza na dobit 7,5% i poreza na promet 23,2%. U 2006. godini doprinosi za socijalno osiguranje čine 31,5% ukupnih poreskih prihoda, odnosno 12,6% BDP-a, porez na dohodak i porez na dobit čine 30,6% ukupnih poreskih prihoda, odnosno 12,2% BDP-a, a na trećem mestu su porezi na promet sa udelom od 23,1% u ukupnim poreskim prihodima ili 9,3% BDP-a. Udeo doprinosa za socijalno osiguranje u ukupnim poreskim prihodima vrlo je različit za pojedine zemlje članice, pa se u 2006. godini kreće od od 2,1% kod Danske do 44,7% kod Češke. Najveći udeo doprinosa za socijalno osiguranje ima Češka, a slede je Nemačka i Slovačka, dok najmanji udeo imaju Danska i Irska. Najveći udeo poreza na dohodak ima u ukupnim poreskim prihodima u 2006. godini Danska, a slede je Švedska i Finska, dok najmanji udeo u ukupnim prihodima ima Bugarska, a slede je Slovačka i Rumunija. Najveći udeo poreza na dobit u ukupnim poreskim prihodima

[10] Vid.: Messere, K.C.,1997. „OECD Tax Developments in the 1990s." Bulletin for International Fiscal Documantation – Official Journal of the International Fiscal Documentation, 51 (7), 298-316.

u 2006. godini ima Luksemburg 13,9%, a najmanji Nemačka 3,5%. Iz napred navedenog proizilazi da je oblik oporezivanja fizičkih lica veći od obima oporezivanja preduzeća. Najveći udeo poreza na dodatu vrednost u 2006. godini ima Bugarska 36,3%, Estonija 29,6% i Kipar 28,5%, a najniži Italija 14,9%, Luksemburg 15,3% i Belgija 16,0%. Najveći udeo akciza u ukupnim poreskim prihodima u 2006. godini ima Bugarska 15,3%, Poljska 11,9% i Rumunija 11,1%, a najniži Belgija 5,1%, Francuska 5,2% i Italija 5,2%.

Udeo ovih poreza u BDP-u je takođe različit za pojedinu zemlju, pa tako u 2006. godini najmanji udeo poreza na dohodak u BDP ima Bugarska 2,7%, Slovačka 2,5% i Rumunija 2,8%, a najviši Danska 24,5%, Švedska 15,5% i Finska 13,2%. Najmanji udeo poreza na dobit u BDP-u ima Nemačka 1,4% u Estonija 1,5% i Mađarska 2,3%, a najviši Kipar 5,5%, Luksemburg 5,0% i Češka 4,5%. Najmanji udeo doprinosa za socijalno osiguranje u BDP-u ima Danska 1,0%, Irska 4,9% i Malta 6,2%, a najviši Francuska 16,5%, Češka 16,2% i Nemačka 15,9%. Najniži udeo poreza na dodatu vrednost u BDP-u ima Luksemburg 5,5%, Nemačka 6,3% i Italija 6,3%, a najviši Bugarska 12,5%, Kipar 10,4% i Danska 10,3%. Najniži udeo akciza u BDP-u ima Italija 2,2%, Belgija 2,3% i Francuska 2,3%, a najviši Bugarska 5,2%, Poljska 4,0%% i Kipar 3,9%. Uprkos velikom javnom interesu za ekološka pitanja, prihodi od ekoloških poreza u EU-27 su bili u padu od 1999. godine. Njihov nivo u 2006. godini -2,6% od BDP-a je najniži za deset godina. Ovaj pad se propisuje nižem oporezivanju energije, dok su poreski prihodi od ostalih ekoloških poreza ostali uglavnom stabilni.

Kada je reč o strukturi javnih prihoda u Srbiji, potrebno je učiniti dve napomene. Prva napomena jeste da kao i u EU, i u Srbiji postoji pluralizam oblika javnih prihoda: sa glavnim oblicima javnih prihoda – porez na dodatu vrednost, doprinosi za obavezno socijalno osiguranje, porez na dohodak građana i akcize, i sa manje značajnim oblicima javnih prihoda – porez na imovinu i porez na dobit preduzeća. To odmah navodi na zaključak da porez na dobit preduzeća u Srbiji nema onaj značaj kakav ovaj oblik poreza ima u EU. Druga napomena odnosi se na fiskalnu odnosno poresku strukturu u Srbiji, za koju se može reći da je pregledna, konzistentna i razumljiva, dakle, gotovo ista kao i ona u EU. Neki autori ističu da je jedno od najznačajnijih obeležja reforme poreskog sistema upravo pojednostavljenje poreske strukture.[11] Kakva je fiskalna odnosno poreska struktura u Srbiji najbolje se može videti iz podataka u narednoj tabeli.

[11] Vidi: Gordana Ilić-Popov, Reforma poreskog sistema u Srbiji, Finansije, Beograd, br. 5-6/2001, str. 404.

Tabela 5. Javni prihodi u Srbiji[12]

	2005.	u % BDP 2006.	2007
Javni prihodi	42,7	43,5	43,4
I. Tekući prihodi	42,2	43,0	42,9
1. Poreski prihodi	37,7	38,0	37,5
1.1. Carine	2,3	2,3	2,5
1.2. Porez na dohodak građana	5,6	6,0	5,0
1.3. Porez na dobit	0,6	0,9	1,3
1.4. PDV	12,8	11,3	11,4
1.5. Akcize	4,2	4,4	4,2
1.6. Porez na imovinu	0,9	0,9	0,8
1.7. Ostali poreski Prihodi	0,6	0,6	0,6
1.8. Doprinosi za soc. osiguranje	10,8	11,6	11,6
2. Neporeski prihodi	4,5	5,0	5,4
II. Kapitalni prihodi	0,5	0,5	0.5
		Struktura u %	
Javni prihodi	100,0	100,0	100,0
I. Tekući prihodi	98,9	98,8	98,8
1. Poreski prihodi	88,4	87,3	86,4
1.1. Carine	5,4	5,2	5,7
1.2. Porez na dohodak građana	13,1	13,7	11,5
1.3. Porez na dobit	1,4	2,1	2,9
1.4. PDV	29,9	26,0	26,4
1.5. Akcize	9,9	10,0	9,8
1.6. Porez na imovinu	2,0	2,1	1,9
1.7. Ostali poreski Prihodi	1,3	1,4	1,4
1.8. Doprinosi za soc. osiguranje	25,4	26,7	26,8
2. Neporeski prihodi	10,5	11,5	12,5
II. Kapitalni prihodi	1,1	1,2	1,2

Izneti podaci dovoljno jasno i uverljivo pokazuju da su u strukturi poreskih prihoda u Srbiji dominantni indirektni porezi, dok su u razvijenim zemljma EU to direktni porezi. Dok u privredno razvijenim zemljama EU tradicionalno preovlađuju direktni porezi, u Srbiji to nije slučaj. Ovakva struktura poreskih prihoda u Srbiji može da ima pozitivan uticaj na budući rast, jer se teži većem oslanjanju na oporezivanje potrošnje

[12] Vidi: Memorandum o budžetu i ekonomskoj i fiskalnoj politici za 2009. godinu, sa projekcijama za 2010. i 2011. godinu

nego na oporezivanje prihoda. Na taj način se investiranje čini atraktivnijim dok se lična potrošnja čini skuljom, čime se automatski utiče na kontrolu rasta agregatne tražnje.

Najveće učešće u BDP-u u Srbiji 2006. godine imaju doprinosi za obavezno socijalno osiguranje (11,6%) i porez na dodatu vrednost (11,3%), a u 2007. godini porez na dodatu vrednost zauzima prvo mesto ispred doprinosa za obavezno socijalno osiguranje sa neznatnom razlikom od 0,2%.

Porez na dodatu vrednost u Srbiji u 2006. godini ima udeo u BDP-u 11,3%, a u 2007. godini 11,4%, dok je njegov udeo u ukupnim poreskim prihodima 26,0% u 2006. godini i 26,4% u 2007. godini. Zanimljivo bi bilo osvrnuti se na razloge povećanja udela poreza na dodatu vrednost u BDP-u i u ukupnim poreskim prihodima u prvoj godini njegovog postojanja u Srbiji (2005). Ovaj autor smatra da je do povećanja došlo tako što je uveden porez na dodatu vrednost koji je uzrokovao proširenje poreske osnovice i smanjenje poreske evazije. No, treba istaći da je taj trend bio samo u toj godini, jer je već u narednoj godini (2006. i 2007) došlo do njegovog smanjenja. Navedeni trend kretanja poreza na dodatu vrednost u Srbiji nije u skladu sa trendom kretanja poreza na dodatu vrednost u EU.[13]

Doprinosi za obavezno socijalno osiguranje u Srbiji u 2006. i 2007. godini imali su udeo u BDP-u 11,6%, što je povećanje u odnosu na 2005. godinu (10,8%). Razlog tom povećanju leži u povećanju zarada. Srbija za razliku od navedenih zemalja EU ubira veliki procenat BDP-a doprinosima za obavezno socijalno osiguranje. Od reforme socijalnog osiguranja očekuje se da će se udeo obaveznih doprinosa za socijalno osiguranje početi smanjivati.[14] Pri tome se u toj reformi mora poći od činjenice da Srbija kao nerazvijena zemlja ne može da finansira javne rashode socijalnog osiguranja, odnosno prava iz socijalnog osiguranja na nivou koje imaju privredno razvijene zemlje. Realno suočavanje sa tim problemom korisno je i nužno da bi se zaustavio trend povećanja udela doprinosa za obavezno socijalno osiguranje i započeo drugi trend njihovih smanjivanja, kako je to, inače, u EU.[15]

Porez na dohodak građana u Srbiji u 2006. godini ima udeo u BDP-u 6,0%, a u 2007. godini 5,0%, dok je njegovo učešće u u ukupnim poreskim prihodima u 2006. godini bilo 13,7%, a u 2007. godini 11,5%. Ovaj

[13] Vidi: Eurostat: Indirect Taxes as of Total Tahation: VAT i Indirect Taxes as % of GDP:VAT.

[14] Vidi: Mile Vranješ, Problemi u finansiranju penzijskog i invalidskog osiguranja u Srbiji, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 1–2/2007. str. 55.

[15] Vidi: Eurostat: Social Contributions as % of Total Taxation: Total i Social Contribbutions as % of GDP: Total.

trend smanjenja nije u skladu sa onim u EU. Navedeno smanjenje se može objasniti činjenicom da je došlo do smanjenja stope ovog poreza, što nije jedini razlog. Istovremeno smo imali i relativno visok rast zarada. Smanjenje stope poreza na zarade, kao najznačajnijeg oblika poreza na dohodak građana, u uslovima relativno visokog rasta zarada tokom 2007. godine, nije značajno smanjio troškove rada. Ovaj autor smatra da je siva ekonomija jedan od bitnih razloga što je došlo do smanjenja udela poreza na dohodak građana u ukupnim poreskim prihodima i u BDP-u u Srbiji, što je obrnuto u odnosu na trend kretanja ovog poreza u EU.[16]

Porez na dobit preduzeća u Srbiji u 2006. godini ima udeo u BDP-u 0,9%, a u 2007. godini 1,3%. To je značajno povećanje, pogotovo ako se zna da ovaj oblik poreza nema onaj fiskalni značaj koji ima u razvijenim zemljama EU.[17] Na trend povećanja udela poreza na dobit preduzeća u Srbiji u poslednje tri posmatrane godine uticali su privatizacija i restrukturiranje privrede, primena međunarodnih računovodstvenih standarda i posledično realnije iskazivanje rezultata poslovanja. No, ponovimo navedenu konstataciju – naš je sistem poreza na dobit preduzeća manjeg značaja u odnosu na zemlje EU.

Za detaljniju analizu poreskog opterećenja u EU i u Srbiji, nije dovoljno ukazati samo na odnos poreza u odnosu na BDP-u, već, je potrebno ukazati i na prosečne implicitne poreske stope na rad (uključujući socijalna davanja), na prosečne implicitne poreske stope na potrošnju, i na prosečne implicitne poreske stope na kapital. Naime, navedene prosečne stope su glavni indikator za prosečno poresko opterećenje. Iako su ove stope već prikazane u Tabeli 3 ovog rada, zajedno sa podacima o poreskim prihodima, procenat od BDP-a, o njima, odnosno o poreskom opterećenju koje zavisi od visine prosečnih poreskih stopa po vrsti ekonomske aktivnosti, neće biti reči u ovom radu. To zahteva detaljniju analizu i o tome će biti više reči u narednom radu.

4. Zaključak

Na osnovu svega rečenog može se izvući nekoliko relevantnih zaključaka.

1. Odnos ukupnih javnih prihoda u BDP-u u Srbiji premašuje one u EU, kako u proseku EU, tako i u odnosu među državama članica. Drugim

[16] Vidi: Eurostat: Direct Taxses as of Total Taxation: Personal income taxes i Direct Taxes as of GDP: Personal income taxes.

[17] Vidi: Eurostat: Direct Taxes as / of Total Taxation: Corporate income tax i Direct Taxes as of GDP: Corporate income tax.

rečima, ukupni fiskalni teret u Srbiji je veći nego u zemljama EU. Za razliku od EU u kojoj postoji trend smanjivanja fiskalnog opterećenja, u Srbiji imamo trend povećanja fiskalnog opterećenja.

2. Srbija za razliku od EU ubira veliki procenat BDP-a doprinosima za obavezno socijalno osiguranje.

3. Srbija se za razliku od EU više oslanja na oporezivanje potrošnje nego što se oslanja na oporezivanje prihoda. Udeo poreza na dohodak građana u ukupnim poreskim prihodima je u Srbiji za čak 10 procentnih poena manji u odnosu na prosek EU.

4. Srbija mora svoje fiskalne napore usmeriti ka smanjenju fiskalnog opterećenja i daljoj dogradnji strukture javnih prihoda.

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

Structure and trends of public revenues in the European Union member states and Serbia

The analysis provides for the following conclusions:

1. Proportion of total public revenues in GDP in Serbia exceeds the one in the EU, both with respect to overall estimate in the EU and as between EU member states, which proves that fiscal burden in Serbia is higher than in EU member states. Unlike the EU, in which there is a trend of decreasing fiscal burden, in Serbia there is a trend of increasing fiscal burden.
2. Unlike the EU, Serbia collects the significant percentage of its GDP through mandatory social security contributions.
3. Unlike the EU, Serbia relies more on taxation on spending than on taxation of income. Taxation on personal income participates in total taxation revenue in Serbia for less than 10 percent comparing to the EU.
4. Serbia needs to shift its fiscal policy toward the decrease of fiscal burden and further developf its public revenues structure.

Originalni naučni rad 342.7:061.1EU

Dr Rodoljub Etinski, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

PROCES PROMOCIJE LJUDSKIH PRAVA U EVROPSKOJ UNIJI

***Sažetak**: Uverenje da se procesom ekonomske integracije ne dira u ljudska prava se pokazalo neodrživim te je Sud Evropskih zajednica priznao postojanje ljudskih prava u obliku opštih pravnih načela komunitarnog prava. Usvajanjem Povelje Evropske unije o osnovnim pravima, Unija je dobila potpuni ustavni dokument kojim garantuje ljudska prava u oblastima za koje je nadležna. Pristupanjem Unije Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima, Unija bi se uklopila u opšti evropski sistem zaštite ljudskih prava.*

***Ključne reči**: ljudska prava, Evropska unija.*

Do Drugog svetskog rata preovladavalo je mišljenje da su ljudska prava unutrašnja stvar država i da ne podležu međunarodnom regulisanju i kontroli, sem izuzetno kada za to postoje ubedljivi razlozi. U okviru sistema Društva naroda postojala je zaštita nacionalnih manjina ali ne kao univerzalni sistem zaštita već kao zaštita koja je pružana manjinama samo u nekim državama članicama Društva.[1] Na zasedanju u Njujorku 1929. godine, Institut za međunarodno pravo usvojio je Deklaraciju o međunarodnim pravima čoveka. Ova Deklaracija je ostala bez uticaja na tadašnje preovlađujuće mišljenje. Napori Haitija da se pitanje univerzalizacije zaštite ljudskih prava stave na dnevni red Društva naroda ostali su bez uspeha.[2] Ovo se odnosi na građanska

[1] B. Krivokapić, Zaštita manjina u međunarodnom i uporednom pravu, knj. 1, Beograd, Institut za uporedno pravo, 2004, str. 88-145

[2] W. McKean, Equality and Discrimination under International Law, Clarendon Press, Oxford, 1983, str. 39

i politička prava a ne i na ekonomska i socijalna prava. Jer, već posle Prvog svetskog rata priznato je da svetski mir, zavisi, između ostalog, od socijalne pravde. U Ustavu Međunarodne organizacije rada, osnovane 1919. godine, stoji da univerzalni i trajni mir može da se održi jedino ako se zasniva na socijalnoj pravdi.Priznato je da je socijalna sigurnost elemenat univerzalne sigurnosti. Međutim, konstatovano je, takođe, da propust jedne države da usvoji humane uslove rada jeste prepreka da druge države poboljšaju uslove rada. Zašto bi propust jedne države da usvoji humane uslove rada sprečavao druge države da to učine? Odgovor se krije u tržišnoj međuzavisnosti država. Socijalna zaštita čini ekonomski trošak koji utiče na konkurentnost nacionalnih proizvoda na svetskom tržištu. Ako neka država ne obezbeđuje socijalnu zaštitu, proizvođači u toj državi ne plaćaju doprinose u socijalne fondove i njihova roba je jevtinija na svetskom tržištu. Zbog toga je bilo potrebno da se utvrde međunarodni standardi socijalne zaštite, kako bi troškovi ove zaštite bili jednaki u svim državama i kako ne bi uticali na konkurentnost nacionalne ekonomije. Zato je osnovana Međunarodna organizacija rada i priznata su izvesna ekonomska i socijalna prava na univerzalnom nivou posle Prvog svetskog rata.

Užasna stradanja tokom Drugog svetskog rata uticala su da se promeni provlađujući stav u pogledu potrebe za univerzalnim regulisanjem i zaštitom građanskih i političkih prava. Jedan od razloga osnivanja Organizacije ujedinjenih nacija bio je da se ponovo potvrdi vera „u osnovna prava čoveka, u dostojanstvo i vrednost ljudske ličnosti, u ravnopravnost ljudi i žena i nacija velikih i malih...“[3] Jedan od ciljeva Organizacije je „unapređivanje i podsticanje poštovanja prava čoveka i osnovnih sloboda za sve bez obzira na rasu, pol, jezik ili veru...“[4] Generalna skupština Ujedinjenih nacija usvaja Univerzalnu deklaraciju o ljudskim pravima 1948. godine ističići u njenoj preambuli da je „priznavanje urođenog dostojanstva i jednakih i neotuđivih prava svih članova ljudske porodice temelj slobode, pravde i mira u svetu.“[5] Povelja Ujedinjenih nacija i Univerzalna deklarcija su međunarodnopravni osnovi univerzalizacije ljudskih prava. Statut Saveta Evrope potpisan je 5. maja 1949. godine u Londonu od strane predstavnika deset država.[6] U okviru ove regionalne organizacije

[3] Preambula Povlje Ujedinjenih nacija, usvojene na Konferenciji u San Francisku 1945. godine. Među. Ug. FNRJ, 5/1945, citirano prema S. Đorđević, M. Kreća, R. Etinski i dr. Građa međunarodnog javnog prava, Prva knj. Novi Sad, 1988, str. 297

[4] Čl. 1 Povelje Ujedinjenih nacija

[5] Građa, str. 498

[6] Beligija, Danska, Francuska, Irska, Italija, Luksemburg, Holandija, Norveška, Švedska, V. Britanija

usvojena je već sledeće godine, 4. novembra 1950. u Rimu, Konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Ova Konvencija donosi revolucionarnu promenu u međunarodnom pravu. Ona otvara mogućnost da pojedinac izvede svoju državu pred međunarodni sud ako smatra da mu je ona povredila neko ljudsko pravo. Tako nešto je bilo potpuno nezamislivo još pre desetak godina.

U ovom istorijskom kontekstu, koji je pre svega određen užasima dva svetska rata i traženjem rešenja da se zaustavi ponavljanje ratova, u Parizu je 18. aprila 1951. godine potpisan Ugovor o osnivanju Evropske zajednice za ugalj i čelik. Usvajanjem Konvencije za zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda 1950. godine i Ugovora o osnivanju Evropske zajednice za ugalj i čelik 1951. godine postavljeni su temelji današnje Evrope. Tokom vremena Konvenciju o ljudskim pravima su prihvatile gotovo sve evropske države i danas 800 miliona ljudi koji žive u evropskim državama može da traži zaštitu Evropskog suda za ljudska prava, koji ovu Konvenciju, sa pravom, označava kao ustavni instrument evropskog javnog poretka. Sa druge strane, proces integracija koji je počeo 1951. godine obuhvata danas 27 država i gotovo 500 miliona ljudi koji žive u njima.

Iz današnje perspektive može da izgleda čudno da ugovori kojima su osnovane Evropske zajednice, prvo Evropska zajednica za ugalj i čelik, a zatim Evropska ekonomska zajednica i Evropska zajednica za atomsku energiju, osnovane ugovorima iz 1957. godine, ne sadrže podrobnije odredbe o ljudskim pravima. Prošireno je mišljenje da osnivački ugovori nisu sadržali ni jedan izričiti propis o ljudskim pravima.[7] Tačno je da oni nisu sadržali ništa poput ustavnih propisa o ljudskim pravima, nikakvu listu garantovanih ljudskih prava. Ipak, oni su se nekim propisima doticali materije ljudskih prva. Na primer, čl. 7 Ugovora o osnivanju Evropske ekonomske zajednice je zabranjivao diskriminaciju po osnovu državljanstva. Ili, čl. 119 istog ugovora je obavezovao države članice da obezbede primenu načela jednakog plaćanja za muške i ženske radnike za isti rad ili rad iste vrednosti. Teško je sporiti da ova pitanje ne spadaju u materiju ljudskih prava. Ipak, zašto nije bilo liste zaštićenih ljudskih prava, koje su obično sadržane u ustavima. Razlog je taj što se osnivačkim ugovorima u to vreme uspostavlja jedna ekonomska integracija a ne potpuna politička integracija. Kao što je poznato rani pokušaj političke i vojne integracije je propao pošto je francuski parlament odbio da ratifikuje odbrambeni ugovor

[7] Vidi mišljenje Evropskog suda za ljudska prava u *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, *(App. no. 45036/98)*, presuda 30 juna 2005, para. 73

1954. godine. Planirano je da ljudska prava budu deo političke integracije.[8] Smatralo se da će ekonomska integracija da pogađa pre privredna preduzeća nego obične građane i njihova prava. [9]

Brzo se, međutim, pokazalo da nepostojanje propisa o ljudskim pravima u osnivačkim ugovorma predstavlja problem. Nemački sudovi su poklanjali najveću pažnju zaštiti ljudskih prava, koju je garantovao nemački Ustav, i u nekoliko slučajeva u kojima su pred nemačkim sudovim pokrenuti postupci protiv akta Zajednica, koji su bili navodno suprotni ljudskim pravima, nemački sudovi su iskazivali nameru da legalnost komunitarnih akata mere nemačkim ustavnim propisima o ljudskim pravima i tako dovedu u pitanje primat komunitarnog prava nad nemačkim pravom.

U slučaju *Stork* 1959 godine, Sud Evropskih zajednica (dalje: Sud EZ) je naglasio da Visoka vlast, dakle organ Evropske zajednice za ugalj i čelik, nije ovlašćen da ispituje „žalbeni osnov kojim se navodi da je, kada je usvajala odluku, (Visoka vlast) povredila načela nemačkog ustavnog prava."[10] U nekim sledećim slučajevima u 1960. godini Sud EZ je ponovio da on ne može niti da tumači niti da primnjuje propise nemačkog Ustava u kontroli legalnosti akta Visoke vlasti.[11] Ovakav razvoj je dovelo do izvesnih tenzija između nemačkih sudova i Suda EZ, koji je štitio primat komunitarnog prva.

Prvi korak u smanjivanju ovoh tenzija učinio je Sud EZ u slučaju *Stauder* u 1969. U cilju da pomogne prodaju viška buter na zajedničkom tržištu, Komsija je dozvolila državama članicama da ponude buter po povoljnijim cenama izvesnim kategorijama potrošača. Komisija je, mećutim, obavezala države članice, da putem izdavanja kupona, obezbede da jevtiniji buter stigne onima kojima je namenjen, u ovom sluaču socijalno ugroženim stanovnicima. Jezičke verzije odluke su se razlikovale. Nemačka verzija je predviđala da se na kuponu navede ime lica koje ima pravo na jevtiniji buter, što druge jezičke verzije nisu tražile. Gospodin Štauder smatrao je da je ponižavajuće što mora da saopšti svoje ime kada kupuje jevtiniji buter. Pravo na ljudsko dostojnstvo je prvo pravo koje štiti nemački Ustav. Stavar je izneta pred administrativni sud u Štutgartu i ovaj je uputio pitanje Sudu EZ. Sud EZ je odgovorio da u slučaju jezičkih razlika najliberalnija

[8] Ibid.

[9] Paul Craig, Grainne de Burca, EU Law, Text, Cases and Materials, Oxford, 2003, str.318

[10] Predmet 1-58. *Friedrich Stork & Cie v High Authority of the European Coal and Steel Community*. Presuda od 4 februara 1959.

[11] Spojeni predmeti 36, 37, 38-59 and 40-59. *Präsident Ruhrkolen-Verkaufsgesellschaft mbH, Geitling Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft mbH, Mausegatt Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft mbH and I. Nold KG v High Authority of the European Coal and Steel Community*. Presuda od 15 jula 1960.

verzija ima preimućstvo pod uslovom da je dovoljna da se njome postignu ciljevi akta. Dakle, on je našao da konkretna odluka ne zahteva da se korisnik identifikuje po imenu i zaključio je „tumačen na ovaj način propis u pianju ne sadrži ništa što bi štetilo osnovnim pravima unetim u opšte načelo komunitarnog prava i zaštićenim od strane Suda.“[12] Presuda sadrži, takođe, instrukciju državama članicama da tumače akte Zajednica, koliko je to moguće, u skladu sa ljudskim pravima. Ovaj slučaj je od ogromnog značaja. Njime je Sud EZ počeo promociju ljudskih prava u pravu Zajednica priznajući ih kao opšta pravna načela komunitarnog prava.

Slučaj *Stauder* je doneo olakšanje u odnosima sa nemačkim sudovima ali njime ovo pitanje nije konačno rešeno. Rasprava je nastavljena u slučaju *Internationale Handelsgesellschaft*[13] u 1970 godini. Administrativni sud u Frankfurtu na Majni sumnjao je u validnost Uredbe 120/67 EEZ Saveta o zajedničkoj organizaciji tržišta cerealija kojom je uspostavljen sistem depozita kao garancija za realizaciju izvozne dozvole. Depozit dat radi dobijanja uvozne ili izvozne dozvole bio bi izgubljen ako se uvoz ili izvoz ne bi obavio u roku. Frankfurtski administrativni sud je smatrao da je sistem depozita suprotan izvesnim načelima nemačkog ustavnog prva koja treba da budu zaštićena i u komunitarnom pravu te da tu komunitarno prvo treba da se povuče pred nemačkim pravom. Administrativni sud je uputio na principe slobode privredne aktivnosti, raspolaganja i na načelo proporcionalnosti. Sud EZ je odbacio ovakav pristup. On je ponovio da „validnost mere Zajdnice ili njenog dejstva u državi članici ne može da bude pogođena tvrdnjama da je ona suprotna bilo osnovnim pravima kako su ona formulisana ustavom države ili načelima ustavne strukture.“[14] Sud je, ipak, učinio sledeću koncesiju:

„*Međutim, treba istražiti da li je analogna garantija inherentna pravu Zajednice povređena. U stavri, poštovanje osnovnih prava čini integralni deo opštih načela koje štiti Sud pravde. Zaštita ovih prava, inspirisana ustavnim tradicijama zajedničkim za države članice, mora da bude obezbeđena u okvirima strukture i ciljeva Zajednice. Mora zato da se utvrdi, u svetlu sumnji administrativnog suda, da li sistem deposita vređa prva fundamentalne prirode, koja se moraju poštovati u pravnom sistemu Zajednice*.“[15]

---

[12] Predmet 29-69. *Erich Stauder v City of Ulm - Sozialamt*. Presuda od 12 novembra 1969.

[13] Predmet 11-70. *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel.* Presuda od 17 decembra 1970.

[14] Ibid. para..3

[15] Ibid. para.4

Koncesija je pažljivo balansirana. Osnovna prvu postoje kao integralni deo prava Zajednice. Zaštita ovih prava je inspirisana ustavnim tradicijma zajedničkim za države članice. Ali, ova prava moraju da se obezbede u okviru struktura i ciljeva Zajednice. U konkretnom slučaju Sud nije našao povredu osnovnog prava. On je podvukao značaj sistema depozita kao garantije da su uvoz i izvoz zaista obavljeni što je od suštinskog značaja za stabilno funkcionisanje tržišta cerealija. Alternativne mere koje je predlagao tužilac u ovom slučaju kao što su puka izjava da je izvoz učinjen ili da dozvola nije iskorišćena i kazna primenjena *a postriori* ne bi zadovoljile cilj, prem mišljenju Suda.[16] Međutim, saglasno nemačkom Ustavu, administrativni sud je uputio istu stvar nemačkom Saveznom ustavnom sudu. U odluci koja je ostala poznata pod imenom *Solange I* (toliko dugo) Savezni ustavni sud iznosi stav da integracioni proces u Zajednici nije tada dostigao nivo da pravo Zajednice sadrži kodifikovani katalog osnovnih prava, ustanovljen od Parlamenta i potvrđene valjanosti, koji bi bio adekvatan u poređenju sa katalogom osnovnih prava sadržanim i Ustavu. Zbog tog razloga Savezni ustavni sud je smatrao da ima jurisdikciju da kontroliše konzistentnost akata Zajednice sa osnovnim pravima nemačkog Ustava. Inače, i on nije našao da u konkretnom slučaju postoji povreda prava.[17]

Sud EZ je učinio korak dalje u definisanju „izvora inspiracije" u slučaju *Nold*[18] u 1973 godini. Preduzeće J. Nold je tražilo da Sud poništi odluku Komisije od 21. decembra 1972. godine kojom su uspostaljeni novi uslovi poslovanja za Ruhrkohle AG. Odluka je ovlastila Ruhr Coal Selling Agency da direktno snabdevanje ugljem uslovi zaključivanjem dvogodišnjih ugovora o prodaji najmanje 6000 metričkih tona godišnje. Ova količina je prevazilazila Noldove godišnje kupovine i odluka je lišila Nold statusa direktnog kupca. Tužilac Nold je tvrdio da su odlukom povređena neka osnovna prava, slična pravu svojine, prava na slobodno vođenje poslova, koja su zaštićena nemačkim Ustavom, ustavima drugih država članica i, naročito, Konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (dalje: Evropska konvencija o ljudskim prvima).[19] Sud Evropskih zajednica je ponovio da osnovna prva čine integralni deo opštih pravnih načela, čije poštovanje obezbeđuje Sud. On je nastavio:

---

[16] Ibid. para. 6-11

[17] Internationale Handelsgesellschaft v. Einfuhr und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, Odluka Saveznog ustavnog suda od 29. maja 1974. BVerfGE 37, 271.

[18] Predmet 4-73. *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung v Commission of the European Communities*. Presuda od 14 maja 1974.

[19] Ibid. para..12

„*U obezbeživanju ovih prava Sud je dužan da crpi inspiraciju iz ustavnih tradicij zajedničkih za države članice i on, zato, ne može da podrži mere koje su nespojive sa osnovnim pravima priznatim i zaštićenim ustavima ovih država. Slično, međunarodni ugovori za zaštitu ljudskih prava na kojima su države članice sarađivale ili u kojima su potpisnice, mogu da obezbede smernice koje bi trebalo slediti u okvirima prva Zajednice*“[20]

Sud je proširio „izvore inspiracije“ na „međunarodne ugovore za zaštitu ljudskih prava na kojima su države članice sarađivale ili čije su potpisnice.“ Druga bitna stvar je da je Sud jasno rekao da ne može da podrži mere koje su nespojive sa osnovnim pravima. U konkretnom slučaju, Sud je odbio zahtev Nolda. On je primetio da su pomenuta osnovna prava daleko od neograničenih ovlašćenja i da moraju da budu posmatrana u svetlu njihovih socijalnih funkcija. „Prava takve prirode su zaštićena zakonom uvek pod uslovom ograničenja postavljenih javnim interesom. U okviru pravnog poretka Zajednice isto je tako legitimno da ova prava, ako je nužno, budu podvrgnuta izvesnim granicama opravdanim opštim ciljevima koje sledi Zajednica, pod uslovom da suština prava ostane nedirnuta.“[21] Sud je zaključio da su nepogodnosti koje su pogodile tužioca bile rezultat recesije u proizvodnji uglja i da bi tužilac trebalo da prizna tu situaciju a adaptira se na promenjene okolnosti.

Tokom nekoliko godina, krajem šesdesetih i početkom sedamdesetih, Sud EZ je priznao postojanje ljudskih prava kao integralnog dela prava Zajednice u obliku opštih pravnih načela koja imaju izvor u ustavnoj tradici zajedničkoj za države članice i u međunarodnim ugovorima o ljudskim pravima na kojima su države članice sarađivale ili čije su potpisnice. Pozicija Suda EZ se temelji na razumevanju da su ljudska prava sastavni deo svakog prava, čak i onda kada nisu eksplicitno formulisna, kao što je to bio slučaju u pravu Zajednica. Ovakvo sudsko razumevanja ljudskih prava kao integralnog dela prava Zajednice dobilo je, posle izvesnog vremena, političku podršku institucija Zajednice. Parlament, Savet i Komisija su usvojile Zajedničku deklaraciju o osnovnim pravima 5. aprila 1977. godine. Preambula Deklaracija upućuje na tri temeljne postavke. Prvo, ugovori o osnivanju Evropskih zajednica se zasnivaju na principu poštovanja prava. Drugo, „Sud pravde je priznao da pravo obuhvata, iznad i izvan pravila unetih u ugovore i sekundarnu komunitarnu legislaciju, opšta pravna načela i naročito osnovna prava, načela i slobode na kojima se zasniva ustavno pravo država članica.“ Treće, sve države članice su države ugovornice Evropske konvencije o ljudskim prvima. Zajednička deklaracija kaže:

[20] Ibid. para. 13
[21] Ibid.para.14

„*1. Evropski parlamnet, Savet i Komisija naglašavaju najveći značaj koji pridaju zaštiti osnovnih prava, kako se ona deriviraju naročito iz ustava država članica i Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.*

2. U vršenju svojih ovlašđenja i ostvarivanju ciljeva Evropskih zajednica oni poštuju i nastaviće da poštuju ova prava.»

Kako se to ponekad dešava u svečanim političkim prilikama, Zajednička deklaracija preturuje malo u drugoj temeljnoj postavci. Sud EZ nije nikada priznao da su opšta pravna načela i posebno osnovna prava iznad pravila unetih u osnovne ugovore. Uprokos ovog prenaglašavanju, izgleda da je Sud EZ veoma dobro primio Zajedničku deklaraciju i nije propustio priliku da je pomene u presudi u slučaju *Hauer*.[22]

Ovakav razvoj je ohrabrio nemački Savezni ustavni sud da promeni svoju poziciju definisanu u slučaju *Solange-I.* U svom rešenju u predmetu koji je ostao poznat kao *Solange-II* u 1986. godini, nemački Savezni ustavni sud kaže da toliko dugo koliko Evropska zajednica i naročito jurisprudencija Suda EZ bude obezbeđivala delotvornu zaštitu osnovnih prava protiv vršenja vlasti od strane Zajednica, koja je suštinski jednaka onoj koju obezbeđuje nemački Ustav, Savezni ustavni sud neće vršiti kontrolu primene prava Zajednica u Nemačkoj. [23]

Jedinstvni evropski akt iz 1986. godine je bio prvi osnovni ugovor koji je ekplicitno upućivao na ljudska prava. Imajući u vidu da je ovaj ugovor usmerio dalji razvoj integracija u pravcu socijalne i političke sfere i da su ljudska prava već bila priznata praksom Suda EZ i političkom deklaracijom institucija Zajednica, upućivanje na ljudska prava u osnivačkom aktu nije bilo neočekivano. Ipak, ovo prvo pominjanje ljudskih prava je bilo vrlo skromno. Ljudska prava su pomenuta u preambuli ovog ugovora. Treća alineja preambuje je izražavala rešenost država članica

---

[22] Predmet 44/79. *Liselotte Hauer v Land Rheinland-Pfalz*. Presuda od 13. decembra 1979.para. 15

[23] „Solange die Europäische Gemeinschaft, insbesondere die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Gemeinschaften einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften generell gewährleistet, der dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im Wesentlichen gleich zu achten ist, zumal den Wesensgehalt der Grundrechte generell verbürgt, wird das BVerfG seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht, das als Rechtsgrundlage für ein Verhalten deutscher Gerichte oder Behörden im Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland in Anspruch genommen wird, nicht mehr ausüben und dieses Recht mithin nicht mehr am Maßstab der Grundrechte überprüfen; entsprechende Vorlagen nach Art. 100 I GG sind somit unzulässig.“ Beschluss vom 22. Oktober 1986, BVERFGE 73, 339,387 Ovaj svoj stav Savezni ustavni sud je dalje razvijao u predmetu Bananas 2000. godine i u nekim kasnijim predmetima.

„da rade zajedno radi unapređivanja demokratije na osnovu osnovnih prava priznatih u ustavima i zakonima država članica, u Konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i Evropskoj socijalnoj povelji, posebno slobode, jednakosti i socijalne pravde.“[24] Alineja izražava ono što je već bilo postignuto u praksi ali ide i korak dalje upućujući na Evropsku socijalnu povelju. Peta alineja pominje ljudska prava u kontekstu buduće zajedničke spoljne politike.

Pozivom da Jedinstveni evropski akt, jedanaest od tada dvanaest država članica potpisalo je Povelju Zajednice o osnovnim socijalnim pravima 1989. godine. Jedan od ciljeva Ugovora o osnivanju Evropske ekonomske zajednice je „ ekonomski i socijalni napredak“ država članica i „stalno poboljšavanje uslova života i rada njihovih naroda.“ 9. decembra 1989. godine na samitu u Strasburu, šefovi država i vlada jedanaest država su usvojili, u obliku deklaracije, tekst Povelje, čiji je nacrt pripremio Ekonomski i socijalni komitet. U tom momentu V. Britanija nije usvojila ovu Povelju. Ona će tek 1998. odlučiti da je prihvati.

Preokret u pogledu konstitucionalne zaštite ljudskih prava u Zajednicama učinjen je Ugovorom o Evropskoj uniji, potpisanom u Mastrihtu 1992. godine. Ljudska prava su dobila svoju konstitucionalnu verifikaciju u sva tri stuba. Opšti propis je sadržan u čl.F (2) u naslovu I i on je glasio: „Unija će poštovati osnovna prava, kako su garantovana Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, potpisanom u Rimu 4. novembra 1950. godine i kako ona slede iz ustavnih tradicija zajedničkih državma članicama, kao opšta načela prava Zajednice.“ Ova formulacija se malo razlikovala od ustaljenih formulacija koje je koristio Sud EZ. Ona upućuje samo na Evropsku konvenciju o ljudskim pravima a ne pominje druge ugovore o ljudskim pravima na kojima su države članice sarađivale ili čije su potpisnice. Sud EZ se nije odrekao svojih ranijih fomulacija ali je uvažio u izvesnoj meri čl. F(2), naglašavajući značaj Evropske konvencije o ljudskim pravima:

„*Osnovna prava čine integralni deo opštih pravnih načela, čije poštovanje obezbeđuje pravosuđe Zajednice. Sud pravde i Sud prve instance crpe inspiraciju iz ustavnih načela zajedničkih državama članicama i, takođe, iz smernica koje obezbeđuju međunarodni ugovori za zaštitu ljudskih prava na kojima su države članice sarađivale ili čije su potpisnice. U tom kontekstu, Evropska konvencija o ljudskim pravima – na koju upućuje čl. F(2) Ugovota o Evropskoj uniji – ima poseban značaj*.“[25]

[24] O. J. No L 169/1, 29. 6. 87

[25] Predmet T-156/94. *Siderúrgica Aristrain Madrid SL v Commission of the European Communities*. Presuda od 11. marta 1999.para.23

Uvođenjen državljanstva Evropske unije, izvesna politička prava, naročito izvesna izborna prava, su postala deo prva Zajednice. U prvom stubu, pored toga, ljudska prava se navode u kontekstu saradnje za razvoj. Čl. 130 u(2) u naslovu II o propisima kojima se menja Ugovor o osnivanju Evropske ekonomske zajednice je predviđeno da će politika Zajednice u sferi saradnje za razvoj doprinositi opštim ciljevima razvoja i konsolidovanju demokratije i vladavine prava, poštovanju ljudskih prva i osnovnih sloboda.

U drugom stubu, ljudska prava se pojavljuju među ciljevima zajedničke spoljne i bezbednosne politike. Jedan od ciljeva Unije i država članica, određen članom J1(2) je: „razvoj i konsolidovanje demokratije i vladavine prava, poštovanje ljudskih prava i osnovnih sloboda." Evropska inicijativa za demokratiju i ljudska prva je stvorena na inicijativu Evropskog parlamenta 1994. godine radi unapređivanja ljudskih prava, demokratizacije i sprečavanja sukoba u trećim zemljama.

Član K2 iz trećeg stuba je naročito značajan. On predviđa da će se u stvarima iz trećeg stuba postupati saglasno Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima i Konvneciji o statusu izbeglica od 28. jula 1951. godine.[26] Novi značaj koji je ljudskim pravima pridavao Ugovor o Evropskoj uniji bio je rezultat sveopšteg razvoja Evropskih zajednica, sa jedne strane i potpune i opšte afirmacije Evropske konvencije o ljudskim pravima sa druge strane.[27]

Amsterdamski ugovor iz 1997. godine[28] je naglasio značaj poštovanja ljudskih prava, uključujući to u osnovna načela Unije. On je izmenio član F Mastrihtskog ugovora dodajući novi prvi stav koji glasi: „Unija je zasnovana na načelima slobode, demokratije, poštovanja ljudskih prava i vladavine prava, načelima zajedničkim državama članicama." Član F je postao član 6 Ugovora o Evropskoj uniji, u čijem drugom stavu je izloženo osnovno konstitucionalno pravilo o ljudskim pravima:

---

[26] Tada su u treći stub spadali: politika azila; kontrola prelaženja spoljnih granica država članica; imigraciona politika i politika u pogledu državljana trećih zemalja; sudska saradnja u građanskim i krivičnim stvarima; carinska saradnja; policijska saradnja radi sprečavanja terorizma, trgovine drogama i drugih ozbiljnih oblika međunarodnog zločina.

[27] J.D. de la Rochère smatra: „Osnovna prava su postala 'vruće' pitanje Evrope manje zbog razvoja EZ/EU sistema nego zbog izuzetnog uspeha Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, u kojoj su sve države članice EU strane ugovornice.„ J.D. de la Rochère, The EU and the Individual: Fundamental Rights in the Draft Constitutional Treaty, Common, Market Law Review, 2004, no. 41, p. 345

[28] O. J. C 340, 10. 11. 1997

„...

2. Unija će poštovati osnovna prava, kako su garantovana Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda... i kako ona proističu iz ustavnih tradicija zajedničkih državama članicama, kao opšta načela prava Zajednice"

Članom 7 Ugovora o Evropskoj uniji Savet je ovlašćen da primeni izvesne mere prema državi članici u slučaju ozbiljnog i dužeg kršenja načela izloženih u prvom stavu člana 6 Ugovora. Posle iskustava sa diplomatskim pritiskom protiv Austrije zbog ulaska krajnje desne Partije slobode u koalicionu vladu, odredbe člana 7 su dalje razvijene Ugovorom iz Nice iz 2001. godine. Amsterdamski ugovor je odredio i novi kriterij za prijem država: poštovanje načela izloženih u stavu 1 člana 6 Ugovora o Evropskoj uniji, dakle, između ostalog, poštovanja ljudskih prava.

Amsterdamski ugovor je uneo novi član, član 13 u Ugovor o osnivanje Evropske zajednice kojim je ovlastio Savet da preduzme odgovarajuću akciju radi borbe protiv diskriminacije zasnovane na polu, rasi ili etničkom poreklu, religiji ili verovanju, hendikepu, dobu ili seksualnoj usmerenosti. On je proklamovao pravo na pristup dokumentima Unije (čl. 255) i pravo na zaštitu ličnih podataka (čl. 286).

Azil, imigracija i neke druge politike, koje se odnose na ustanovljavanje oblasti slobode, bezbednosti i pravde su premešteni iz trećeg u prvi stub. Amsterdamskom ugovoru pridodat je Protokol o azilu za državljane država članica EU. Amsterdamska konferencija usvojila je, takođe, jedan broj izjava u vezi ljudskih prava. Usvojila je Deklaraciju o ukidanju smrtne kazne. Drugom deklaracijom je predviđno da će Unija da uspostavi konsultacije sa Visokim komesarom UN za izbeglice kao i sa drugim relevantnim međunarodnim organizacijama o pitanjima koja se odnose na politiku azila. Data je izjava da mere sudske saradnje u civilnim stvarima, usvojene na osnovu čl 73m Ugovora o EZ neće sprečiti države članice da ne primene svoje ustavne propise u pogledu slobode štampe i slobode media. Drugim deklaracijama Konferencija je pozvala institucije EZ da vode računa o potrebama lica ometenih u razvoju te da države članice poboljšaju situaciju žena u pogledu radnog angažovanja.

Posebna karakteristika širenja integracija sa ekonomskih na socijalne i političke oblasti bila je povećavanje pažnje koja je pridavana ljudskim pravima. Najbolja potvrda ove tendencije bila je odluka Evropskog saveta, održanog u Kelnu 3. i 4. juna 1999. godine da se osnuje radno telo koje će pripremiti nacrt Povelje Evropske unije za Evropski savet koji je bio planiran za decembar 2000. godine. Ideja o katalogu ljudskih prava

koja važe u pravu Zajednica je rođena sedamdesetih godina ali značajno vreme je proteklo pre no što je ova ideja ostvarena. Telo za pripremu Povelje EU o osnovnim pravima je bilo sastavljeno od predstavnika država članica, Komisije i Evropskog parlamenta. Ombudsman EU, predstavnici Ekonomskog i socijalnog komiteta, Komiteta regiona, predstavnici civilnog društva i predstavnici država koje su podnele zahtev za prijem u EU su bili pozvani da izlože svoje mišljenje. Šefovi država ili vlada su sa sastanka u Biaricu, održanog 13. i 14. oktobra 2000, godine pozvali Evropski parlament, Savet i Komisiju da potvrde Povelju. Ove institucije su svečano proklamovale Povelju EU o osnovnim pravima u Nici 7. decembra 2000. godine.[29] Preambulom Povelje je rečeno da su Poveljom ponovo potvrđena prava „kako ona proističu, naročito, iz ustavnih tradicija i međunarodnih obaveza zajedničkih državama članicama, Ugovora o Evropskoj uniji, ugovora o Zajednicama, Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, socijalnih povelja koje su usvojile Zajednice i Savet Evrope i iz sudske prakse Suda Evropskih zajednica i Evropskog suda za ljudska prava." To znači da Poveljom nisu proklamovana neka nova prava. Povelja uključuje, takođe, ekonomska i socijalna prava. Ona je upućena institucijama Unije i poziva ih da poštuju prava, uvažavaju načela i unapređuju njihovu primenu saglasno njihovim odgovarajućim ovlašćenjima. Ona je upućena, takođe, državama članicama i poziva ove da poštuju prava i uvažavaju načela prilikom implementacije prava Unije.

Do stupanja na snagu Lisabonskog ugovora iz 2007. godine, Povelja UN o osnovnim pravima neće biti pravno obavezjući dokument. Ovo ne znači, međutim, da je njena sadržina sada bez ikakvog pravnog značaja. Budući da je ona samo nova potvrda već postojećeg prava, ona svakako ima pravni značaj. Na nju upućuje komunitarna legislatura kao i jurisprudencija komunitarnih sudova.[30] U martu 2001. godine, Komisija je odlučila da proverava saglasnost nacrta svakog akta sa propisima Povelje.[31]

Na zahtev Evropskog parlamenta, Komisija je u septembru 2002. godine osnovala Mrežu nezavisnih eksperata EU o osnovnim pravima. Mrežu čini po jedan ekspert iz svake države članice. Polazeći od Povelje EU o osnovnim pravima, Mreža izveštava o situaciji ljudskih prava u EU i državama članicama.

---

[29] O J C 364, 18. 12. 2000

[30] Predmet T-177/01. *Jégo-Quéré & Cie SA v Commission of the European Communities*. Presuda od 3. maja 2002. para. 42, 47

[31] SEC(2001) 380/3

Uredbom br. 168/2007 od 15. februara 2007. godine,[32] Savet je ustanovio Agenciju EU za osnovna prava. Ustvari, on je postojeći Evropski monitoring centar za rasizam i ksenofobiju transformisao u Agenciju. Cilj Agencije je da snabdeva relevantne institucije EU i države članice, kada ove implementiraju pravo Unije, informacijama i ekspertizama u pogledu osnovnih prava u cilju da ih podrže kada ove donose mere i formulišu pravce akcije u odgovarajućim oblastima radi potpunog poštovanja osnovnih prava. Pošto je Agencija naslednica Evropskog monitoring centra za rasizam i ksenofobiju, ona će nastaviti da se bavi fenomenima rasizma, ksenofobije i anti-seminitizma, zaštitom prava pripadnika manjina kao i polnom ravnopravnošću. Agencija je pozvana da sakuplja informacije o razvoju situacije osnovnih prava, analizira ove informacije u smislu uzroka i posledica nepoštovanja osnovnih prava kao i da afirmiše primere dobre prakse. Od nje se očekuje da podiže svest opšte publike o osnovnim pravima kao i o mogućnostima i različitim mehanizmima njihovog ostvarivanja. Savet će, posle konsultovanja Parlamenta a na predlog Komisije, određivati tematske oblasti delatnosti Agencije. Agencija će podnositi godišnje izveštaje o osnovnim pravima kao i tematske izveštaje.

Lisabonski ugovor iz 2007. godine kojim se menja Ugovor o Evropskoj uniji i Ugovor o osnivanju Evropske zajednice (dalje: Lisabonski ugovor) je preformulisao čl. 6 Ugovora o EU tako da on glasi:

„*1.Unija priznaje prava, slobode i načela izložena u Povelji Evropske unije o osnovnim pravima od 7. decembra 2000. godine, kako je ona usvojena u Strasburu 12. decembra2007. godine, koja će imati istu pravnu vrednost kao Ugovori.*

Propisi Povelje neće ni na koji način prekoračiti kompetemncijeUnije kako su one definisane Ugovorima.

Prava, slobode i načela u Povelji će biti tumačeni saglasno opštim propisima u naslovu VII Povelje kojima su uređeni njeno tumačenje i primena i uz dužnu pažnju za objašnjenja na koje Povelja upućuje i koja navode izvore ovih propisa.

2. Unija će pristupiti Evropskoj Konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Takvo pristupanje neće pogoditi kompetencije Unije kako su određeneUgovorima.

3.Osnovna prava, kako su garantovana Evropskom Konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i kako proističu iz ustavnih tradicija zajedničkih za države članice, će činiti opšta načela prava Unije. “

[32] O J L 53 22. 02. 2007

Ova tri stava člana 6 Ugovora o EU, u Lisabonskoj verziji, konsoliduju postignuto i otvaraju vrata za dalji napredak. Treći stav je potvrda postojećeg prava koje je terminološki prilagođeno novoj situaciji. Stupanjem na snagu Lisabonskog ugovora, dve Zajednice prestaju da postoje a pravo Zajednica koje ostaje menja ime u pravo Unije. Ono što je bitno jeste da Povelje EU o osnovnim pravima dobija istu pravnu vrednost kao osnivački ugovor: Ugovor o EU i Ugovor o osnivanju EZ koji sada menja ime u Ugovor o funkcionisanju EU, jer EZ nestaje. Povelja EU o osnovnim pravima činila je Drugi deo Ugovora o ustanovljavanju Ustva za Evropu iz 2004. godine. Ugovor nije prošao na referendumima u Francuskoj i Holanidiji. Ali, ideja konstitucionalizacije ljudskih prava nije napuštena. Ona se ostaruje sada stavom 1 člana 6 Ugovora o EU u Lisabonskoj verziji, kroz davanje Povelji istog ranga koji imaju osnivački ugovori.[33]

Drugi stav člana 6 Ugovora o EU u Lisabonskoj verziji uspostavlja pravni osnov za pristupanje Unije Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima. Moglo bi da se kaže da je ideja pristupanja nastala kao logičan rezultat razvoja koji je počeo sa Ugovorom u Mastrihtu 1992. godine. Ali, kako se to ponekad događa, ono što se čini logičnim nije zasnovano na činjenicama. Svojim memorandumom Komisija je već 1979. godine predložila pristupanje Zajednica Evropskoj konvenciji.[34] Komisija se rukovodila činjenicom da Zajednice stupaju sve više u direktne odnose sa sve većim brojem pojedinaca. „Nije, zato, iznenađujuće, da se danas vidi zahtev da se ovlašćenja koja pripadaju Zajednici dovedu u protivtežu formalnim podčinjavanjem jasnim i dobro definisanim ljudskim pravima.“[35] Komisija je smatrala da je najbolji način zadovoljavanja potrebe da se osnaži zaštita osnovnih prava na nivou Zajednice formalno pristupanje Evropskoj konvenciji za ljudska prava. Ekonomski i socijalni komitet podržao je memorandum u 1980. godini. Parlament je usvojio mišljenje u korist memoranduma 1982. godine i potvrdio je ovo mišljenja 1986. godine, i ponovo, 1990. godine. Mišljenja u Savetu o tom pitanju su razmenjena u aprilu 1986. godine. Predsedništvo se saglasilo da razmotri kakvu akciju bi trebalo preduzeti u vezi tog pitanja a u svetlu iznetih argumenata. Aktom od 19. novembra

[33] Primena Povelje na Poljsku i Veliku Britaniju je posebno uređena Protokolom uz Lisabonski ugovor. Iz nadležnosti Suda EZ kao i britanskih i poljskih nacionalnih sudova je izuzeto pitanje saglasnoti britanskih i poljskih zakona i drugih akata sa osnovnim pravima i slobodama, utvrđenim Poveljom. Naročito su ekonomska i socijalna prava iz Naslova IV Povelje izuzeta od sudske zaštite.

[34] Memorandum on the accession of the European Communities to the Convention for the Protection of Human Rights and fundamental Freedoms, Bulletin of the European Communities, Supp. 2/1979, str. 8 para. 7

[35] Uvod u Memorandum ...

1990. godine o pristupanju Zajednica Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima, Komisija je tražila od Saveta da potvrdi zahtev za pristupanje Zajednica Evropskoj konvenciji i da ovlasti Komisiju da pregovora o detaljima pristupanja. Savet se, međutim, suočio sa sumnjama da li bi pristupanje bilo spojivo sa Ugovorom o EZ i tražio je mišljenje Suda EZ. Sud je saopštio svoje Mišljenje 2/94 u 1996. godini.[36]

Početne pozicija Suda je bila da su Zajednice stvorene Ugovorom i njihove nadležnosti, prema tome, mogu da budu izvedene samo iz Ugovora. Sud je uputio na član 3 b Ugovora, „koji kaže da Zajednica treba da dela u granicama ovlašćenja prenetih na nju Ugovorom i ciljeva određenih u njemu, da ona ima jedino ona ovlašćenja koja su preneta na nju.“[37] On je ponovio svoj stav o imliciranim ovlašćenjima i rekao je da „ nadležnosti Zajednice da prihvati međunarodne obaveze ne mora da proističe iz izričitih propisa Ugovora već, takođe, ona može da bude implicirana ovim propisima.“[38] Sud je, zatim, konstatovao da nijedan propis Ugovora ne prenosi na institucije Zajednice bilo kakvo opšte ovlašćenje da donose pravila o ljudskim pravima ili da u toj oblasti zaključuju međunarodne ugovore. Zatim je Sud ispitao da li čl. 235 Ugovora o EZ može da čini pravnu osnovu za pristupanje. Sud je podsetio da čl. 235 služi da popuni praznine u slučaju kada ni jedan propis Ugovora o EZ ne prenosi na institucije Zajednica izričita ili imlicirana ovlašćenja da delaju, ako su takva ovlašćenja nužna da omoguće Zajednici da postigne neki od ciljeva utvrđenih Ugovorom. Međutim, Sud je odredio granice ovog člana: ...„ Član 235 ne može da bude korišćen kao osnova za usvajanje propisa čije bi dejstvo, u suštini, bilo da izmeni Ugovor bez da se sledi procedura predviđena za tu svrhu.“[39] Sud je našao da bi pristupanje Evropskoj konvenciji „imalo za posledicu stupanje Zajednice u odvojeni međunarodni institucionalni sistem kao i integraciju svih propisa Konvencije u pravni poredak Zajednice“ i „takva promena sistema zaštite ljudskih prava u Zajednici ... bi bila od konstitucionog značaja i zato bi bila takva da ide daleko izvan obima čl. 235“[40] Sud je zaključio da postojeći Ugovor ne pruža pravnu osnovu za pristupanje i da bi pristupanje bilo moguće samo promenom Ugovora. Ovo Mišljenje izazavalo je izvesno doktrinarno nezadovoljstvo[41] ali države članice su zadovoljile zahtev koji

[36] Avis 2/94. Avis de la Cour du 28 mars 1996.
[37] Ibid. para. 23
[38] Ibid. para. 26
[39] Ibid. para. 30
[40] Ibid. para. 34, 35
[41] J. Kokott, F. Hoffmeister, Opinion 2/94, Accession of the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and fundamental Freedoms, The American Journal of International Law, Vol. 90, No. 4. oktobar 1996, str. 664

je postavio Sud stavom 3 člana 6 Ugovora o EU izmenjenog Lisabonskim ugovorom.

Protokolom 14 uz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima od 13. maja 2004. godine Komitet ministara Saveta Evrope je obezbedio mogućnost da Unija pristupi Evropskoj konvenciji. Čl. 17 Protokola dodaje novi drugi stav članu 59 Evropske konvencije koji glasi: „Evropska unija može da pristupi Konvenciji." Čim Protokol stupi na snagu, Evropska konvencija će postati otvorena za pristupanje Unije.[42] Naravno, dodatni sporazum između EU i država članica Evropske konvencije će biti potreban da se praktični detalji pristupanja. Lisabonskim ugovorom je predviđeno da Savet odlučuje jednoglasnošću o sporazumu o pristupanju i da će taj sporazum stupiti na snagu pošto ga potvrde sve države članice. Ovo pitanje je detaljnije uređeno Protokolom koji se odnosi na član 6(2) Ugovora o EU o pristupanju Unije Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima, koji je pridodat Lisabonskom ugovoru. Čl. 1 Protokola zahteva da sporazum o pristupanju Unije Evropskoj konvenciji sadrži propise o očuvanju specifičnih karakteristika Unije i prava Unije, naročito u pogledu: a) posebnih aranžmana o mogućem učešću Unije u kontrolnim telima Evropske konvencije i b) mehanizama nužnih da se obezbedi da se postupci, incirani zahtevima država nečlanica i pojedinaca, tačno adresuju na države članice i/ili Uniju, već kako je odgovarajuće.

Uloga nacionalnog sudije u Evropskom sudu za ljudska prava je pomogne drugim članovima sudskog veća da razumeju specifične karakteristike nacionalnog pravnog sistema koje su od značaja za spor. Imajući u vidu takvu ulogu nacionalnog sudije, bilo bi razumno da EU ima svog sudiju u sudu. EU ima status posmatrača u Savetu Evrope. U slučaju ako bi Komitet ministara Saveta Evrope razmatrao pitanja da li je EU sprovela presudu Evropskog suda za ljudska prava, princip jednakosti bi nalagao da predstavnik EU tada ravnopravno odlučuje sa drugim članovima Komiteta ministara. Formulacija o mehanizmu koji treba da obezbedi da su zahtevi pravilno adresovani na države članice i/ili Uniju otkriva implicitnu saglasnost o mogućem postojanju solidarne odgovornosti Unije i države članice. Moguće je da će se pojaviti slučajevi u kojima će biti teško jasno razlučiti odgovornost Unije i države članice za povredu ljudskih prava i u takvim slučajevima mogućnost solidarne odgovornosti Unije i države članice bi bila u korist podnosioca zahteva.

[42] U novembru 2008. godine sve države ugovornice Evropske konvnecije o ljudskim pravima ratifikovale su Protokol, izuzev Rusije.

Rodoljub Etinski, Ph. D., Full Professor
Novi Sad, School of Law

Process of Promotion of Human Rights in the European Union

Abstract

Founding Treaties from fifties were touching only certain issues of relevance for human rights. They did not include a codex of human rights since they were concluded to provide only economic integration and since it was thought that an economic integration would not affect human rights. This presumption proved wrong and the Court of Justice of European Communities confirmed the existence of human rights in the form of general principles of Community law. The Court used constitutional traditions common to Member States as well as human rights treaties, signed by Member States as source of inspiration and guidance in articulation of human rights in Community law. It was generally accepted by the EC institutions and Member States. The Single European Act was the first treaty that referred to human rights. The Maastricht Treaty confirmed the existence of human rights in the EU law. The first complete codex of human right was adopted in Nice in December 2000, as the Charter of the European Union of Fundamental Rights. The Charter codified fundamental rights and freedoms already recognized in the EU law. The Lisbon Treaty promotes the Charter into a rang of a Founding Treaty. Protocol 14 to the European Convention on Human Rights and the Lisbon Treaty open the door for accession of the Union to the European Convention on Human Rights.

Originalni naučni rad 347.72.036

Dr Zoran Arsić, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

POJAM SKUPŠTINE AKCIONARSKOG DRUŠTVA, KVORUM ZA RAD I VEĆINE ZA DONOŠENJE ODLUKA

Sažetak: *Skupština akcionarskog društva predstavlja jedini način da akcionari vrše kontrolu nad menadžmentom društva. Skupština je organ društva, a ne skup akcionara i predstavlja institucionalni okvir za realizaciju akcionarskih prava. Radi se o pravima koja predstavljaju sadržinu članstva u društvu. Ne radi se o svim pravima, nego samo o onima koja pripadaju grupi upravljačkih prava. Pri tome treba imati u vidu da se određeni segment upravljačkih prava vrši van skupštine.*

Zahtevi u pogledu kvoruma su važan zaštitni mehanizam kojim se sprečava da akcionari budu iznenađeni održavanjem skupštine i mogućnosti da se odluke donose od strane malog broja prisutnih akcionara. Radi se o podobnosti skupštine da donosi odluke.

Odluke skupštine akcionarskog društva donose se prostom većinom, ili kvalifikovanom većinom kada je to predviđeno zakonom ili osnivačkim aktom.

Ključne reči : *Skupština akcionarskog društva, kvorum, većine*

Polazeći od koncepta prema kome su akcionari članovi društva i imaju, ne svojinsko, nego člansko pravo, skupština je organ društva i čine je članovi – akcionari. Skupština je, istovremeno, institucionalni okvir za realizaciju akcionarskog prava glasa i to posmatrano u širem smislu – ne samo pravo glasanja, nego i pravo prisustva na skupštini i pravo učešća u radu skupštine. Korišćenje prava glasa na skupštini je jedini način da akcionari, makar u teoretskom modelu, utiču na rad organa društva.

1. Pojam skupštine akcionarskog društva

Skupština se u teoriji označava kao najviši organ društva[1] i kao organ na kome se formira volja društva.[2] Čini se da oba stava traže određene napomene. Pre svega, organizaciona struktura akcionarskog društva obuhvata više organa (ne samo skupštinu), koji imaju razgraničene delokruge. Tačno je da skupština na pr. bira i opoziva članove upravnog odbora, ali nema ovlašćenja da im daje obavezujuće naloge u pogledu poslova koji su u delokrugu upravnog odbora. Svaki od organa ima svoj delokrug, utvrđen zakonom i statutom, i, u tim okvirima, je samostalan u svom radu. Osim toga, treba imati u vidu da je ostvarivanje funkcije skupštine pod velikim znakom pitanja i predstavlja pojavni oblik problematike međusobnog odnosa organa u društvu, o čemu je bilo govora ranije. S tim u vezi je i formiranje volje društva. U pogledu pravnih lica se, uobičajeno, navodi da se volja formira na organima, a izražava preko zastupnika. Sledstveno tome, i volja akcionarskog društva se formira na organima društva, pri čemu je skupština samo jedan od organa. Ostali organi utvrđuju volju društva, u skladu sa svojim delokrugom. na osnovu zakona i statuta. Skupština se od ostalih organa društva razlikuje po tome što nju čine lica koja su istovremeno i članovi društva. Ipak, odluka skupštine predstavlja volju društva, a ne članova društva. Razlikuje se od nje i ne predstavlja, čak, ni skup volja članova društva. Ukazuje se, u tom smislu, da saglasna volja svih članova društva na nezakonito sazvanoj skupštini ne izražava volju društva i ne može da ga obaveže.[3] Za određivanje smisla jedne odluke, po tom shvatanju, ne treba istraživati namere svakog člana ponaosob, nego zajedničku nameru većine. Čak i volja onih koji su bili protiv predloga odluke, učestvuje u kreiranju volje društva.[4] Ovaj koncept je veoma važan, s obzirom na široko rasprostranjeno shvatanje. po kojem je volja izvor svakog prava. Sledstveno tome, priznati postojanje samostalne volje društva (različite od volje članova) znači, u stvari, priznati društvu svojstvo pravnog subjekta.[5]

---

[1] Na ar. čl.698 st.1 Švajcarskog zakona o obligacijama prema Hofstetter Karl, Von „Landsgemeinde"- zur „Proxy" - Generalversammlung : Vorshläge für einen Paradigmenwechsel in der Schweiz, Zettschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, August 2008, str.562

[2] Više Rastovčan Pavap, Trgovačka društva glavni nosioci privrede u kapitalizmu, Zagreb 1958, str. 100;Stražnicky Milorad, Predavanja iz trgovačkog prava, Zagreb 1926, str. 134

[3] Vivante Cesare, Traite de Droit commercial navedeno prema Mirković Đorđe, Pravna priroda trgovačkih društava, Arhiv za pravne i društvene nauke XXVII br.5, str.420

[4] Ibidem

[5] Mirković Đ., op.cit., str. 420

Skupština nije stalni organ društva, s obzirom da je potrebno da se sastane da bi mogla delovati, a za to je potrebno da se poštuje zakonska procedura.[6] Skupština je obavezni organ, ali i neophodni organ. Naime, neophodno je da skupština i donose određene odluke. Vršenje nekih poslova iz nadležnosti skupštine ima, dakle, posledica na pravni status društva.

Skupština je organ stvaranja, budući da se članstvo u organu vezuje za neku pravnu činjenicu (članstvo u društvu) – članovi skupštine su članovi društva.

Vrlo rano je konstatovana naglašena pasivnost akcionara i njihova nezainteresovanost za učešće u radu skupštine. Najveći broj akcionara retko smatra da se razume u trgovačke poslove i o njima, po pravilu, ne vodi računa. Njihova pažnja je orijentisana ka godišnjim, ili polugodišnjim isplatama dividendi.[7] To je razlog zbog kojeg veliki broj autora skupštinu označava kao „farsa", „ritual"[8] i „popularna iluzija".[9]

Pasivnost akcionara i problemi sa funkcionisanjem skupštine, uključiv ne samo kvorum, nego i obavljanje poslova iz delokruga skupštine, doveli su u pitanje, bar u teoriji, potrebu za skupštinom akcionara. Pod oštricom kritike se nalaze ne samo skupština, kao institucionalni okvir za ispoljavanje volje akcionara, već i neke kategorije akcionara. To se, prvenstveno, odnosi na tzv. male akcionare – subjekte sa malim investicionim interesom. Oni se nazivaju i „prolaznim investitorima" i njihova zainteresovanost za sudbinu društva se dovodi u pitanje. Ipak, uporednopravno posmatrano, dominira tradicionalni koncept skupštine akcionara, na kojoj akcionari formiraju volju društva (u okviru nadležnosti skupštine), srazmerno broju glasova, koji pojedinačno imaju.

Izvesno pomeranje u ovom pogledu predstavljaju akcije bez prava glasa, ali se i one dovode u pitanje, između ostalog, i zato što omogućavaju formiranje uticajnih manjinskih grupa, što stvara mogućnost zloupotrebe (zbog nesaglasnosti glasačkog uticaja i investicionog interesa). Radikalniji predlozi idu i dalje – pravo glasa treba da imaju samo institucionalni investitori i, najradikalnije, pravo glasa treba u potpunosti napustiti. [10]

---

[6] Tako Hüffer Uwe, Aktiengesetz, München 1999, str. 542

[7] Adam Smit, Istraživanje prirode i uzroka bogatstva naroda, Beograd 1970, knj.3, str.1024-1025

[8] Gower, Ballantine, Rostow prema Blimberg Philip, The Public's „Right to Know": Disclosure in the Major American Corporations,Business Lawyer July 1973, str.1033

[9] Galbraith Keneth, The New Industrial State, London 1968, str. 84

[10] Prema Grossfeld Bernard, Management and Control of Marketable Share Companies, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. XIII, str. 102

Ipak, kako smo već napomenuli, tradicionalni koncept skupštine je danas prihvaćen kao institucionalni okvir za vršenje prava glasa (tzv. akcionarska demokratija). Pri tome se, kao korektivni mehanizam, javljaju akcije bez prava glasa, modaliteti prava glasa i slično.

Prema tome, skupština je organ, a ne skup akcionara. Na ovom mestu treba ukazati na nedoslednost zakonskog teksta, koja nije samo jezička, već ima i teorijske implikacije. U zakonu se koristi formulacija „skupština akcionara" (na pr. čl.275 st.2), kao i formulacija „skupština akcionarskog društva" (čl.275 st.1), koju smatramo ispravnom, s obzirom na napred izneti stav. Smisao norme po kojoj akcionari čine skupštinu akcionarskog društva (čl.275 st.1), je u tome da akcionari vrše svoja prava na skupštini. S tim u vezi potrebno je, ipak, određeno razgraničenje. Radi se o time da akcionari ne vrše sva svoja prava na skupštini. U pitanju su ovlašćenja koja predstavljaju sadržinu članstva. Načelno posmatrano, to su upravljačka prava, za razliku od imovinskih prava akcionara. Takav je slučaj na pr. sa zahtevom na isplatu određenog iznosa dividendi, što subjektivno pravo akcionara, ali obligacione prirode nastalo na osnovu članstva. Ipak, ni sva upravljačka prava se ne vrše na skupštini. Van skupštine se vrši znatan deo upravljačkih prava. To obuhvata kontrolna ovlašćenja i pravo na informisanje (pristup aktima čl. 343). Ovde svakako pripada i pravo na pobijanje skupštinske odluke (čl. 302), kao i manjinska prava u pogledu dnevnog reda (čl. 254 st.2).

2. Kvorum

Pitanje kvoruma se odnosi na sposobnost skupštine za donošenje odluka. U domaćem pravu, budući da je zakonom predviđeno postojanje kvoruma, skupština nema uvek sposobnost za odlučivanje.

U teoriji se smatra da su zahtevi u pogledu kvoruma na skupštini važan zaštitni mehanizam, kojim se sprečava da akcionari budu iznenađeni održavanjem skupštine i da se odluke donesu malim brojem glasova. Ipak, kvorum, odnosno visina kvoruma, zavisi od zahteva, koji se postavljaju u pogledu pripreme skupštine. Ako je pripreme skupštine dobra, odnosno zahtevi u tom pogledu visoki (na pr. javno objavljivanje poziva), kao i informisanje akcionara, tada oni mogu znati šta mogu očekivati od skupštine i šta gube ako ne dođu na skupštinu. Istovremeno, time se smanjuje potreba za kvorumom uopšte, odnosno visokim kvorumom. Ovakva međuzavisnost stvara, u uporednom pravu, vrlo šaroliku situaciju. Postoje zemlje sa visokim zahtevima u pogledu kvoruma, sa niskim zahtevom u

pogledu kvoruma i zemlje, prema čijim pravima se kvorum ne traži, izuzev ako osnivačkim aktom to nije predviđeno (na pr. Nemačka).[11]

Svrha postojanja kvoruma je da spreči da mala grupa akcionara koja je prisutna ili zastupana, donese obavezujuće odluke.[12]

Zakonom o privrednim društvima je predviđeno (čl. 292 st. 1) da kvorum čine akcionari koji poseduju većinu od ukupnog broja akcija sa pravom glasa o predmetnom pitanju, ukoliko osnivačkim aktom ili statutom nije određen veći broj glasova. Kao što se vidi, kvorum ne zavisi od broja akcionara, nego od broja glasova koji oni imaju. Prilikom zakonskog utvrđivanja kvoruma nije izričito predviđeno da se u obzir uzimaju i glasovi akcionara koji su zastupani po punomoćniku, ali to ne bi trebalo da bude sporno. Ovo zato što je izričito predviđeno da se pravo glasa može vršiti preko punomoćnika. Posledica ovakvog rešenja je da skupština ima kvorum i u situaciji kada nije prisutan nijedan akcionar, ali je prisutan samo jedan punomoćnik akcionara sa punomoćjem za vršenje više od polovine ukupnog broja glasova. Rešenje u pogledu kvoruma je dispozitivne prirode i, zato, može da se menja osnivačkim aktom, ili statutom. To važi i za slučaj ponovnog sazivanja skupštine. Ako skupština nije održana zbog nedostatka kvoruma, ponovo se saziva skupština sa istim dnevnim redom. Tada je, međutim, utvrđen drugačiji kvorum – kvorum čini jedan trećina od ukupnog broja glasova. Ta norma je dispozitivne prirode i može se osnivačkim aktom,[13] predvideti i veći broj glasova (čl.292 st.2).

U pogledu kvoruma za skupštinu treba imati u vidu i izričito ustanovljenu mogućnost da odsutni akcionar glasa pismeno i da se ti glasovi računaju u kvorum. Slabost zakonskog teksta predstavlja izrazita podnormiranost ovakvog rešenja. Nije jasno kada se ima smatrati da je pisano dat glas stigao, kome pismeno treba da bude upućeno (društvu, upravnom odboru, predsedniku skupštine), način slanja (obična pošiljka ili preporučena). U pogledu sadržaja pisane izjave bi se analogno mogla primeniti rešenja iz čl.297. Rešavanje ovih pitanja statutom može da dovede do spornih situacija, koje, pre svega, mogu da dovedu do poništaja skupštinskih odluka.

Jedno od važnih pitanja u pogledu kvoruma odnosi se na uračunavanje glasova. Pitanje je, naime, dali se u kvorum računaju i glasovi po akcijama u pogledu kojih se pravo glasa ne može vršiti. Takva bi situacija bila, ako postoji sukob interesa iz čl. 300. Kvalitet zakonskog rešenja ogleda se

[11] Grossfeld B., op.cit., str. 90

[12] Würdinger Hans, Aktien - und Konzernrecht, Karlsruhe 1973, str. 133

[13] U slučaju kvoruma za ponovljenu sednicu ne spominje se statut.

u postojanju izričite norme u tom pogledu – glasovi akcionara koji ne mogu da vrše svoje pravo glasa ne uzimaju se u obzir prilikom utvrđivanja kvoruma za odlučivanje (čl.300 st.4). Tome odgovara i rešenje u pogledu sopstvenih akcija – one se ne uračunavaju u kvorum (čl.224 st.5 tč.2). Sa sopstvenim akcijama se u pogledu prava glasa izjednačavaju i akcije iz st. 3 čl.294 (akcije koje pripadaju podređenom društvu), zbog čega smatramo da bi one trebale da se izjednačavaju i u pogledu neuračunavanja u kvorum. Smatramo da isti pristup mora da postoji u slučaju akcija koje se nalaze u Akcijskom fondu. I ovde se radi o suspenziji prava glasa, istini za volju ne zbog sukoba interesa, nego na osnovu izričite zakonske norme (čl.11 st.2 Zakona o akcijskom fondu), ali to ne menja pravnu situaciju u pogledu postojanja prava glasa i mogućnosti njegovog vršenja. Akcije sadrže pravo glasa, ali Akcijski fond ne može da ga vrši – posle prenosa tih akcija, njihov sticalac može da vrši pravo glasa, pod ograničenjima iz čl.300, kao svaki drugi akcionar. Kada je Akcijski fond u pitanju, izuzetak postoji u slučaju iz čl.8a kada Akcijski fond može da vrši pravo glasa. Isti pristup treba primeniti za slučaj da nastupi zabrana vršenja prava glasa kao sankcija zbog neobaveštavanja o posedovanju akcija sa pravom glasa iz čl.68 Zakona o tržištu hartija od vrednosti i drugih finansijskih instrumenata. I ovde se radi o suspenziji prava glasa, nezavisno od zakonske formulacije prema kojoj je pravo glasa izgubljeno.

U teoriji se prava zemalja, sa rešenjima kao što su ona sadržana u Zakonu o privredni društvima, označavaju kao predstavnici koncepcije visokog kvoruma.[14] Rešenja Zakona o privrednim društvima su, u izvesnom smislu izuzetak od opšte relacije između zahteva u pogledu pripreme skupštine i visine kvoruma. Uz visoke zahteve u pogledu sazivanja skupštine, Zakonom o privrednim društvima prihvaćeni su i visoki zahtevi u pogledu kvoruma.

Izuzetno, postoji zahtev za potpunom prisutnošću - svih akcionara sa pravom glasa. To će biti slučaj kada se skupština održava bez propisnog sazivanja i objavljivanja dnevnog reda i ako se ni jedan akcionar tome ne protivi (čl. 279).

U vezi sa pitanjem kvoruma bilo je potrebno rešiti jedno važno pitanje – da li je dovoljno da kvorum postoji na početku zasedanja skupštine, ili je potrebno da kvorum postoji sve vreme trajanja zasedanja. U uporednom pravu su poznata potpuno različita rešenja – na pr. u engleskom pravu dominira shvatanje po kojem kvorum treba da postoji sve vreme trajanja skupštine,[15] dok je u SAD dovoljno da kvorum postoji na početku za-

[14] Grossfeld B., op.cit., str. 91

[15] Gower, Principles of Modern Company Law, London 1992, str. 517

sedanja. U prilog potrebe za kvorumom sve vreme trajanja zasedanja se može navesti funkcija kvoruma, kao instrumenta zaštite akcionara i instituta koji obezbeđuje legitimitet donetih odluka. Nasuprot tome, kada je dovoljno utvrditi kvorum na početku zasedanja, time se sprečava opstrukcija, do čega može doći napuštanjem zasedanja od strane određenog broja akcionara. Zakonom o privrednim društvima je predviđeno da se kvorum utvrđuje pre otvaranja rasprave o tačkama dnevnog reda (čl.292 st.4). Ovakva formulacija ukazuje de je usvojeno rešenje prema kojem se kvorum utvrđuje na početku sednice skupštine. U st.6, međutim, je predviđeno da ako skupština ima utvrđeni kvorum za određena pitanja može odlučivati samo o tačkama dnevnog reda za koji postoji kvorum. Na taj način se otvara mogučnost da akcionari mogu tražiti i naknadno utvrđivanje kvoruma pre odlučivanja o pojedinim taškama dnevnog reda. Osim toga sukob interesa iz čl.300 postoji samo u pogledu određenih pitanja, tako da se glasovi tog akcionara mogu uzimati u obzir u pogledu nekih tačaka dnevnog reda, dok u pogledu pitanja iz čl.300 st.1 ti glasovi se ne uračunavaju u kvorum (čl.300 st.4). Treba imati u vidu da je postojanje kvoruma pretpostavka za odlučivanje, ali ne i za raspravu o određenom pitanju. To se ne vidi jasno iz formulacije st.4, ali formulacija st.6 je u tom pogledu potpuno jasna.

Zakonom je predviđen izuzetak u pogledu kvoruma, kao pretpostavke odlučivanja i on proizlazi iz prirode situacije. Radi se odlučivanju o vremenu održavanja ponovljene sednice skupštine, kada ona ne može da se održi zbog nedostatka kvoruma. Tada skupština može da odluči o ovom pitanju ako je propisno sazvana (čl.292 st.6), nezavisno od nedostatka kvoruma, budući da je to razlog za neodržavanje skupštine. Po prirodi stvari o tom pitanju se može odlučivati i ako ono nije uvršteno u dnevni red koji je dostavljen akcionarima. Kvorum za ponovljenu sednicu sa istim dnevnim redom je 1/3 od ukupnog broja glasova akcija sa pravom glasa, ako osnivačkim aktom nije određen veći broj glasova (čl.292 st.2). kao što se vidi formulacija kvoruma za ponovljenu sednicu se razlikuje od one za prvobitno sazvanu sednicu. Prvo, nema upućivanja na pravo glasa o određenom pitanju (što, po prirodi stvari i nije potrebno), nego se kvorum vezuje za ukupan broj akcija sa pravom glasa. Drugo, izmena kvoruma (samo na više) nije moguća statutom, nego samo osnivačkim aktom.

U st.7 čl.292 sadržana je upućujuća norma kojom se pravila za utvrđivanje kvoruma za skupštinu primenjuju i na grupno glasanje iz čl.341. Ovakvo rešenje je neophodno zato što, u odsustvu norme, ne bi postojala pravna praznina koja bi se mogla popuniti analogijom sa kvorumom za skupštinu. Primena analogije ne bi bila moguća zato što glasanje klase akcija (grupno glasanje), odnosno specijalna skupština po ranijim propisi-

ma, nije vrsta skupštine. Ovo, pre svega, zato što se ne radi o organu društva, dok skupština to jeste.

Postojanje kvoruma utvrđuje predsednik skupštine. Mada je u Zakonu utvrđeno da „radom skupštine akcionara predsedava predsednik skupštine“ (čl. 285 st. 1), nesporno je da on rukovodi radom skupštine, što obuhvata i utvrđivanje kvoruma.

3. Većine za donošenje odluka

Zakonom o privrednim društvima su predviđene i većine glasova, koje si potrebne za donošenje pojedinih odluka (čl.293).

Osnovni princip je da skupština odlučuje o pitanjima iz svoje nadležnosti običnom većinom glasova akcionara prisutnih lično ili preko punomoćnika, koji maju pravo glasa o određenom pitanju, osim ako je ovim zakonom ili osnivačkim aktom za glasanja o pojedinim pitanjima određen veći broj glasova ili glasova klase akcija (čl.293 st.1). U pogledu obične većine glasova treba imati u vidu dilemu koja nastaje zbog mogućnosti da glasačka izjava sadrži uzdržavanje, odnosno akcionar odbije da učestvuje u glasanju. U uporednom pravu su poznata rešenja obične većine koja se utvrđuje s obzirom na broj „datih“ glasova, pri čemu se u obzir uzimaju samo punovažni glasovi. S tim u vezi se ukazuje da ako je glas uzdržan, izričito ili prećutno, tada glas nije dat i on se ne obračunava.[16]Kada bi glas akcionara koji ne želi da glasa uračunavao, to bi, za ishod glasanja, bilo isto kao da je on glasao protiv. Ovo ne bi odgovaralo pravcu u kojem se kretala njegova volja.[17] Tako na pr, ako je u skupštini prisutno (lično ili preko punomoćnika) 500 glasova, o predlogu glasa 300 i to 200 glasova za i 100 glasova protiv, uzdrži se od glasanja 200, ishod glasanja se razlikuje zavisno od tretmana koji imaju glasovi uzdržano. Ukoliko se glasovi udržano ne uračunavaju, predlog je prihvaćen, zato što je dobio većinu „datih“ glasova. U suprotnom, ako se obračunavaju i glasovi uzdržano, predlog nije prihvaćen, a glasovi uzdržano se, na taj način, uračunavaju glasovima protiv. U pogledu ove dileme napominjemo da se prema vladajućem mišljenju, glasovi uzdržano ne uračunavaju kao „dati“ glasovi.[18] Kao manjinsko mišljenje treba navesti stav prema kojem je davanje prazne cedulje, u slučaju pismenog glasanja, uzdržavanje od glasanja, ali ipak predstavlja davanje glasa i uzima se u obračun.[19] Kada je domaće

[16] Gessler, Hefermehl, Eckardt, Kropf, Aktiengesetz, München 1974, Band II, str. 293
[17] Ibidem
[18] Hüffer U.op.cit., str.617; Gadow, Aktiengesetz, Berlin 1961, str. 778
[19] Godin –Wilhelmi, Aktiengesetz, Berlin 1967, str. 721

pravo u pitanju, treba imati u vidu formulaciju čl.293 st.1 prema kojoj „skupština odlučuje većinom glasova akcionara prisutnih lično ili preko punomoćnika koji imaju pravo glasa o određenom pitanju". S tim u vezi treba posmatrati pitanje da li se u obračun glasova uzimaju i uzdržani glasovi. Zakonska formulacija, za razliku od spomenutog rešenja u uporednom pravu, ne sadrži „date" glasove – prosta većina nije određena kao „većina datih glasova prisutnih akcionara". Odatle bi sledio zaključak da se u obračun uzimaju i glasovi koji nisu dati, dakle i glasovi uzdržano. Na taj način se u domaćem pravu prihvata manjinsko opredelenje, prema kojem se glasovi uzdržano izjednačavaju sa glasovima protiv. Na slabosti takvog rešenja je bilo ranije ukazano. Dodatnu poteškoću u pogledu rešenja usvojenog u domaćem pravu predstavlja mogućnost da odsutni akcionar glasa pismeno, o čemu je bilo govora. Tada je razmatrano samo pitanje kvoruma, dok na ovom mestu treba ukazati na drugi problem.

Ranije smo napomenuli da se u obračun uzimaju samo punovažni glasovi.[20]Tako ako je za predlog dato 300 glasova, protiv predloga 200, a 200 glasova nije punovažno, predlog je prihvaćen. Isto tako u obračun se ne uzimaju glasovi akcionara koji nisu ovlašćeni za glasanje (akcionari sa akcijama bez prava glasa, društvo po sopstvenim akcijama, akcionari kojima je zabranjeno vršenje prava glasa itd.). U obračun se uzimaju samo akcije po kojima se pravo glasa može vršiti.[21]

Sporna je posledica koja nastaje na osnovu jednake podele glasova. Po jednom shvatanju, odluka nije doneta, odnosno o predlogu nije odlučeno.[22]Polazna osnova za ovakav stav je da predlog mora biti formulisan na pozitivan način. Ako je predlog pravilno formulisan, tada jednaka podela glasova ima istu posledicu kao da je predlog odbijen. Ako je predlog pogrešno utvrđen, tada njegovo odbijanje jednakom podelom glasova nikako ne znači da suprotno prihvaćeno. Posebno je odbijanje većinom pitanje tumačenja da li je suprotno prihvaćeno. Nasuprot tome, u savremenoj doktrini se smatra da je odluka doneta i to odluka kojom se odbija predlog i da takva odluka mora biti uneta u zapisnik.[23] Protiv takve odluke je moguće podići tužbu radi njenog poništaja, u granicama koje su dopuštene u domaćem pravu.

Zakonom o privrednim društvima je predviđeno postojanje kvalifikovane većine, kao i daljih pretpostavki za donošenje odluke.

---

[20] Tako i Hüffer U., op.cit., str. 644

[21] Godin – Wilhelmi, op.cit., str. 721

[22] Gadow, op.cit., str. 778

[23] Godin – Wilhelmi, op.cit.,str.721; Gessler, Hefermehl, Eckardt, Kropf, Band II, str. 294

Kada je Zakonom predviđena kvalifikovana većina ta većina predstavlja pozitivno glasanje najmanje 2/3 glasova akcionara koji poseduju akcije sa pravom glasa o tom pitanju (čl.293 st.2). Kada je obična većina u pitanju iz formulacije st.1 je jasno da se obračun vrši u odnosu na kvorum tj. u odnosu na prisutne ili zastupljene akcionare. Kada je kvalifikovana većina u pitanju nije u potpunosti jasno šta predstavlja osnov za obračun 2/3 glasova. Nezavisno od nedovoljno jasne formulacije, smatramo da se i u pogledu kvalifikovane većine obračun vrši u odnosu na kvorum. Drugačije rešenje bi dovelo do mogućnosti nastupanja situacije u kojoj postoji kvorum, ali odluku nije moguće doneti na ako svi prisutni (ili zastupljeni) akcionari glasaju za predlog odluke. Ovakva situacija dovodi u pitanje institut kvoruma, kao pretpostavke za odlučivanje. Određene dileme u tom pogledu postoje s obzirom na formulaciju st.3 čl.339 („...kvalifikovana većina od ukupnog broja akcija koje imaju pravo glasa"), koja se odnosi na potrebnu većinu za izmenu osnivačkog akta. Jedna mogućnost je da se tumačenje zasniva na ukupnom broju akcija prisutnih akcionara sa pravom glasa, čime bi se dosledno primenio pristup u pogledu opšteg pravila iz st.2 čl.293, što smatramo prihvatljivim. Druga mogućnost je da se ovde radi o posebnom propisu koji predviđa obračun u odnosu na ukupni broj akcija sa pravom glasa i da se to obrazloži značajem koji ima odluka o izmeni osnivačkog akta.

Kada je u pitanju kvalifikovana većina treba imati i vidu da je norma dispozitivne prirode – osnivačkim aktom ili statutom je moguće predvideti drugačije rešenje. Dopušteno je, naime, da se odluke donose većinom glasova svih akcionara sa pravom glasa o određenom pitanju, ali ne manjom od obične većine ukupnog broja akcija sa pravom glasa. Ovo predstavlja dodatni argument u prilog tumačenja prema kojem se kvalifikovana većina računa u odnosu na kvorum. U formulaciji norme nedostaje da se radi o akcijama sa pravom glasa o određenom pitanju, ali takvo tumačenje, po našem mišljenju, nebi trebalo da bude sporno.

Zakonom su utvrđeni dalji zahtevi za donošenje odluke. Za neke odluke je potrebna saglasnost klase akcionara. (glasanje klase iz čl.341). Na ovom mestu treba ukazati na problem koji postoji u pogledu pravnog statusa grupnog glasanja. Kako smo ranije ukazali, grupno glasanje ne predstavlja vrstu skupštine, zbog čega je za shodnu primenu pravila o skupštini i skupštinskim odlukama neophodna upućujuća norma, što je rešenje koje je poznato u uporednom pravu. Budući da takve norme nema u Zakonu o privrednim društvima, nastaju problemi vezani za sazivanje akcionara, mogućnost pobijanja odluke. Kada je većina za donošenje odluke u pitanju, problem nije izražen u tolikoj meri. Opštom normom iz st.1 čl.

293 je predviđeno da se princip obične većine primenjuje i na grupno glasanje. U st.3 čl. 293 je predviđeno za slučaj kvalifikovane većine iz st.2 čl, 293 da se osnivačkim aktom, ili statutom, može predvideti većina koja ne može biti manja od obične većine svih akcija svake klase akcija sa pravom glasa o tom pitanju.

Načelno uzevši, dopušteno je ustanovljavanje samo formalnih daljih zahteva za punovažnost odluke, ali ne i suštinskih. Tako osnivačkim aktom ili statutom nije moguće utvrditi neophodnost saglasnosti nekog organa društva (na ar. upravnog odbora ili nadzornog odbora), pojedinačnog akcionara, kao ni trećeg, na odluke skupštine, radi njene punovažnosti.[24]Ovo zato što bi se, u takvom slučaju, suštinski ograničila sloboda odlučivanja skupštine. S tim u vezi, u nacionalnim pravima koja ne poznaju kvorum za odlučivanje (na ar. nemačkom), dopušteno je statutom utvrditi kvorum kao procesni (formalni) zahtev.

Kao mogući zahtev u pogledu punovažnosti odluke se javlja neophodnost da odluka bude doneta na dve uzastopne skupštine, što se ocenjuje kao dopušteno, ali i vrlo nepraktično.[25]

[24] Gadow, op.cit., str.779; Gessler, Hefermehl, Eckardt, Kropf, Band II, str. 299
[25] Gessler, Hefremehl, Eckardt, Kropf, Band II, str. 300

Zoran Arsić, Ph. D., Full Professor
Novi Sad School of Law

Shareholders meeting, quorum and majorities

Abstract

Control over management is traditionally exercised in shareholders meeting, although the shareholders cannot intervene in the management of the company by instructing the boards how to act. The formalities surrounding these meetings are, therefore, an important aspect of the corporate system. This is at least true in theory, although it often amounts to mere fiction as far as practice is concerned.

Quorum requirements are important in order to prevent shareholders being caught by surprise in shareholders meeting and decisions being made by small group of present shareholders. These requirements have their inconveniences resulting in different legal solutions regarding quorum – high quorum, low quorum and no quorum at all. The better preparation of shareholders meeting the less need exists for high quorum.

Resolutions are passed by simple majority, unless statute or charter demand a higher (qualified) majority.

Originalni naučni rad 347.63(497.11)

Olga Cvejić-Jančić, PH. D., Full Professor
Novi Sad, School of Law

RIGHTS OF THE CHILD UNDER SERBIAN LAW[1]

- HARMONIZATION WITH EUROPEAN AND INTERNATIONAL CONVENTIONS -

I

The principles of the rights of the child under the Serbian Constitution

The new Serbian Constitution was promulgated in 2006. This Constitution encompasses several principles which, among others, concern modern rights of the child.

We should first emphasize that our Constitution states that human and minority rights guaranteed by the Constitution shall be implemented directly. Rights of the child as well as rights and duties of parents are included in the part of the Constitution dedicated to human and minority rights and freedoms (Section 2 of the Constitution).[2] The Constitution guarantees, and as such, directly implements human and minority rights which are guaranteed not only by the Constitution, but also by the generally accepted rules of international law and by ratified international treaties and laws (Art. 18).

Because of the possibility that the rights guaranteed by Constitution be limited or changed by law, the Constitution establishes that the law may prescribe the manner of exercising these rights only if:

---

[1] The results of this research project have been the basis on which a special module « Selected rights of the child » has been devised as part of the international master course at the University of Novi Sad. In this international master course various European universities are also involved (Berlin, London, Cluj, Iasi), which all contributes to the realization of the goals of this project, which is to incorporate our Faculty in the European area of science and education.

[2] Section 2 of the Constitution includes Articles 18 through 81.

- it is explicitly provided for in the Constitution, or otherwise necessary for the exercise of a specific right because of its nature, and
- such law does not, under any circumstance, influence the substance of the relevant guaranteed right.

The provisions on human and minority rights shall be interpreted so as to promote the values of democratic society pursuant to valid international standards in human and minority rights, as well as the practice of international institutions that supervise their implementation.

It is obvious that many among the generally accepted rules of international law and ratified international treaties concern the rights of the child. As the most important one, we should single out the UN Convention on the Rights of the Child (CRC), which was ratified by our country in 1990[3]. They should be implemented directly and without limitation, except under the conditions prescribed by the Constitution.

Our Constitution also foresees that human and minority rights guaranteed by the Constitution may be restricted by law if and for the purposes prescribed by the Constitution, and to the extent necessary to meet the constitutional purpose of restriction in a democratic society and without encroaching upon the substance of the relevant guaranteed right (Art. 20).

Generally accepted rules of international law and ratified international treaties are an integral part of the legal system in the Republic of Serbia and are applied directly.

But, there is some limitation to this general rule. Namely, ratified international treaties must be in accordance with the Serbian Constitution. This provision is not so common and is not in accordance with the necessity of mutual cooperation with other countries that are also parties to international conventions, and which raises an expectation that all contracting parties to a convention respect their international obligation assumed through an international convention.[4]

Some principles regarding the rights of the child foreseen by our Constitution are doubtlessly recognized in our country and are part of our legal system. These are:

1. Prohibition of discrimination (Art. 21) meaning that all are equal before the Constitution and law, and that everyone shall have the right to equal legal protection, without discrimination.

---

[3] Convention UN on the Rights of the Child (*entered into force* 2 September 1990), until 12 February 2008 has been ratified by 193 counties, see on internet presentation http://www2.ohchr.org/english/bodies/ratification/11.htm, last visited on 30 November 2008. USA (16 February 1995) and Somalia (9 May 2002) has been signed but still not ratified the said Convention.

[4] See more in *O. Cvejic Jancic*, Ustav kao izvor porodicnog prava (Constitution as a source of family law), Pravni zivot br. 9/2008 (Legal Life no. 9/2008).

2. All direct or indirect discrimination based on any ground shall be prohibited, and particularly based on race, sex, national origin, social origin, birth, religion, political or other opinion, property status, culture, language, age, mental or physical disability.

3. Prohibition of discrimination in family law matters concerns especially equalization of all persons irrespective of sex (gender equality) and birth (equal status of the child born out and in wedlock).

As regards gender equality, we should stress that it was guaranteed since our first Constitution (1946) up until our new Constitution (2006). Namely, in our legal system all children have equal rights and duties in family, inheritance and all other branches of law, irrespective of their sex. This prohibition of discrimination has almost completely been realized in law, but in everyday practice, we can say that it is a process that still needs some time and effort to be achieved. Though, some inequality exists even in the Family law itself. For example, if a young girl gives birth to a child before majority (at the age of 15 or 16), she legally becomes a mother and shall be written in the Birth Registry as the mother of the child, while a boy cannot voluntarily recognize his paternity before reaching the age of 16. The reason of this "discrimination" is the natural difference between men and women: whilst pregnancy and delivery are very obvious facts, which are very difficult to hide from friends and relatives; the case with the paternity is never self-evident as maternity is.

The second important group of constitutional prohibitions of discrimination regarding family law is based on birth. Namely, throughout a rather long period of time in the history of mankind, a child born out of wedlock has not been recognized and has suffered discriminating because of their "illegitimate" origin. In our country (as it was the case in almost all socialist countries), inequality based on the birth was abolished after the Second World War.

Other constitutional rights of the child set forth in Art. 64 of the Constitution are as follows: the right to enjoy human rights suitable to their age and mental maturity; the right to personal name; the right to entry into the registry of births; the right to learn about its origin; the right to preserve his or her identity; the right to protection from psychological, physical, economic and any other form of exploitation or abuse; and, if born out of wedlock, the right to equal treatment as the child born in wedlock. The rights of the child and their protection shall be regulated by law.

These rights of the child have been implemented in the Family Act of Serbia (abbreviated FA), which was enacted 2005 i.e. before the Constitution was promulgated, because our legislator took account of the harmonization of our Family Law with the most important international conventions, which in turn is the reason why many of the most modern rights of the child found their place in our current family law. The rights of the child recognized by the Family Act will be discussed in the following headings.

II

The rights of the child in Serbian Family Law

The right of the child to know about her/his origin

This right of the child is also prescribed by the CRC, but in our law it is much wider. In Article 7, the CRC laid down that the child shall be registered immediately after birth and shall have the right to name from the moment of birth, the right to acquire nationality, and, *as far as possible*, the right to know and be cared for by his or her parents. The possibility or impossibility of the child to know about her or his origin may be factual or legal. The CRC surely did not contemplate the factual impossibility but, before all, the legal impossibility for the child to know about her or his parents. That means that the law does not provide either the possibility to challenge or establish paternity or maternity, or any other right related to knowing her or his origin.

In Serbian family law the child has the right to know who his or her parents are and this right may only be limited by statute.

The child who has reached the age of 15 and who is capable of reasoning has the right of insight into the Birth Registry and other documentation relating to his or her origin.

The importance of this right of the child is undoubted, especially in case of adopted children and those conceived by biomedical assistance; but also in case of the children conceived naturally and born in or out of wedlock, if the data in the Birth Registry do not coincide with biological truth. In the realization of the right of the child to know the truth about her or his origin, our law has abolished the time limit for the child to file an action before the court in order to establish or challenge her or his maternity or paternity (Art. 249/1, 250/1, 251/1 and 252/1 FA).

In case of adopted children or those conceived by medical assistance, the legal situation is different. The adopted child has no right to establish her or his origin by way of a judgment, but it does have the right to examine data filed in the Birth Registry and other documents pertaining to her or his origin. Furthermore, before allowing the adopted child to have insight into the Birth Registry, the registrar is obliged to refer the child to psychosocial counseling in the guardianship authority, family counseling service or another institution specialized in mediation in family relations (Art. 326/3 FA). The purpose of this counseling is to facilitate the child's acceptance of the truth about its origin and to contribute to the lessening of possible stress, resentment or despair that may affect the child after having found out about his or her parents.[5]

[5] This may particularly happen if the biological parent of the child (or both of them) is imprisoned, convicted of murder, insane, or has neglected the child leaving her or him without taking care of her or him and so on.

This right of the child could be of primary importance for the child because of the need of personal identification with his or her ancestors; then because of medical reasons i.e. because of the need of proper medical treatment in case of transferable diseases or illnesses; then because of legal reasons, such as to inherit her or his biological parents and relatives, or to receive maintenance from them in case of the child born out of wedlock, etc.

The right of the child to personal name

Personal name consists of a name and a surname. Personal name shall be entered in the Birth Registry. Everyone is obliged to use his or her personal name. Persons whose name or surname, or both name and surname, include more than three words are obliged to use a shortened personal name (chosen personal name) in legal operations.

The child's name shall be determined by his or her parents. Parents have the right to have the child's name entered in the Birth Registry also in their mother tongue and using the alphabet of one of them. Parents have the right to choose the child's name freely, except if it is defamatory name, contrary to public moral, or contrary to the customs and opinions of the community. In these cases, the registrar can refuse to enter a name in the Birth Registry.

In some cases child's name shall be determined by the guardianship authority. That shall be the case when the parents are not alive, are unknown, cannot reach agreement on the child's name, or if they gave the child a defamatory or a name that is contrary to the customs, moral and opinions of the community.

As regards the child's surname, it shall be determined by his or her parents according to the surname of one of them. They may not give different surnames to their common children. The surname that they give to the first common child shall be the same for all common children. The children of the same parents cannot have a different surname.

Besides the abovementioned situation whereby the guardianship authority is authorized to decide on the child's *first name*, the Family Act also foresaw a case where it is also competent to decide on the child's *surname*, which shall be the case when the parents are not alive, are unknown, or if they cannot reach agreement on the child's surname.

Every person who has reached the age of 15 and is capable of reasoning has the right to change his or her personal name independently. The child who has reached the age of 10 and is capable of reasoning has the right to give consent to the change of his or her personal name, if parents, adopters or guardians wish to change it.

The right of the child to live with her or his parents and the right to parental care

It is completely normal that a child has the right to live with her or his parents and to be raised by them. This right may be limited only by law, when it is in the best interest of the child, and when it is so decided by the court.

The court may hand down a decision on the separation of the child from his or her parents and entrust the child to a foster parent or a social service institution, only if reasons exist that deprive the parents fully or partially of the parental right.

But there are many practical situations in which is not possible for the child to live with both of her or his parents, for example when the marriage or cohabitation of child's parents has come to an end, or when the parents have separated without divorce. In this case, the court shall decide which parent the child shall live with, taking into account the best interest of the child. The child who has reached the age of 15 and who is capable of reasoning has the right to decide which parent he or she wants to live with. That is a new right of the child, which was unknown before the 2005 Family Act. If the child is younger than 15 but older than 10, she or he has the right to express her or his opinion about that, but not to decide independently.

The right of the child to personal contacts with her or his parents, relatives and other persons with whom the child is particularly close

Among the most important novelties introduced by new 2005 Family Act is the right of the child who has reached the age of 15 and is capable of reasoning to decide on the maintenance of personal relations with the relatives and other persons that she or he is particularly close with, unless this right has been restricted by a court decision with regard to the best interest of the child.

The parent that lives with the child must allow personal contact between the child and the other parent, unless she or he can be fully deprived of parental rights. In the same time, the right of the child to maintain contact with the parents is a duty for the parents, and both the parents who do not allow the contact with the child and those who do not want to maintain contact with the child may be punished by way of full deprivation of parental rights. The child who has reached the age of 15 can independently decide what her or his best interest is and accept or refuse contact with the other parent. If the child has not reached the age of 15 years, she or he does not have the right to decide on it, but only to express her or his opinion in a court proceeding.

However, it is quite regrettable that the same right on maintenance of personal relations with the child is not granted to the relatives and other persons with whom the child is particularly close. This is especially important if the parent with whom the child lives does not allow maintenance of such contact and the child is too young to decide upon it independently. Under our law, relatives and other persons could only file an action before the court in order to be granted the maintenance of personal contacts with the child through the Center for social work or public prosecutor. In our opinion, this is not the best way to protect the best interest of the child, because the personal contacts with close relatives (but not only with them) could be very important for proper upbringing of the child and for the creation of his or her family identity. In case one parent is deceased, the family ties between the child and the relatives of the deceased parent are more important, and they shall have the personal right to protect it in a court proceeding.

After all, Article 5 of the Convention of the Council of Europe on the Contact concerning Children provides that, subject to the child's best interests, contact may be established between the child and persons other than his or her parents, if they have family ties with the child.[6] The Family Act of Croatia also provides that the grandfather and the grandmother have the right to maintain contact with their grandchildren, as well as brothers and sisters and the half brothers and half sisters with their minor brothers or sisters or half brothers or half sisters, having in mind the welfare of the child.

The right of the child to development and education

Every child has the right to education in accordance with his or her abilities, wishes and inclinations. The child who has reached the age of 15 and who is capable of reasoning has the right to decide which secondary school he or she shall attend. The parents do not have the right to decide about the child's education instead of their child, but they can advice her or him, and they shall help and support them to make a proper decision, but nothing more than that.

The parents have the obligation to provide for the child's elementary education, and to take care, in accordance with their capabilities, of the child's further education.

The parents have also the right to provide for such education of the child that is in accordance with their religious and ethical beliefs. This right of the

[6] Convention of the Council of Europe on Contact concerning Children, done in Strasbourg on 15 May 2003. Our country has not yet acceded to it. This Convention entered into force on 27 May 2005, after ratification of the three countries: Albania, Czech Republic and San Marino. Until 2007 no other country has ratified the Convention, see U. Kilkelly, *Annual Review of International Family Law*, in The International Survey of Family Law, Gen. editor Bill Atkin, Edition 2007, p. 10.

child is also guaranteed by the CRC, which laid down in its Article 14 that "*States Parties shall respect the right of the child to freedom of thought, conscience and religion. States Parties shall respect the rights and duties of the parents and, when applicable, legal guardians, to provide direction to the child in the exercise of his or her right in a manner consistent with the evolving capacities of the child. Freedom to manifest one's religion or belief may be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary to protect public safety, order, health or morals, or fundamental rights and freedoms of others*." The same right is guaranteed in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (1950) and the corresponding Protocols, whereby "everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief, in worship, teaching, practice and observance (Art. 9 para 1)." The European Court of Human Rights, as the judicial authority of the Council of Europe competent for the protection of human rights and fundamental freedoms proclaimed by the abovementioned Convention, recognizes this right of the child in its case law in many of its judgments.[7]

In our country, after the Government's enactment of the Decree on the Organization and Realization of Religious Education as an Alternative Subject in Primary and High Schools (2001), the religious education became an optional school subject starting from the first year of the primary school, and the parents may choose whether their child shall attend religious teachings. If the child has reached the age of 15, she or he has the right to decide about religious education independently.

The state funds religious education for seven traditional churches and religious communities.[8] The religious teaching for the traditional churches and communities shall be organized regardless of the number of believers of each of these denominations at a given area (Art. 4 of the Decree).

Full legal capacity of the child

Under Serbian Family Law the child who is 18 years old and is fully legally capable to take care of herself or himself and to participate independently in all legal matters, judicial or administrative proceedings – in other words, to

[7] For example case *Valsamis v. Greece* (no. 21787/93)

[8] Seven traditional churches and religious communities in Serbia are: the Serbian Orthodox Church, the Roman Catholic Church, the Slovak Lutheran Church, the Reformed Church, the Evangelical Christian Church, and the Islamic and Jewish communities (Art. 1 para 2 of the Decree).

represent herself or himself. The statutory representation of the child by her or his parents or guardian comes to an end when the child reaches the age of majority i.e. the age of 18.

However, the child has the so-called *"qualified capacity"* for some family law relations if she or he has reached the age of 16 and is capable of reasoning. Such is the right to file an action before the court in order to receive the court's permission to conclude marriage before the age of majority. The court may, for justified reasons, allow the conclusion of marriage to the minor who has reached the age of 16 and has reached physical and mental maturity necessary for the performance of rights and duties in marriage. The court shall also hear the parents of the minor, but their opinion is not binding on the court.

The second is the right of the child to acquire full legal capacity before majority, if he or she has become a parent. In this case, the child must ask the court to decide about it. Before granting full legal capacity, the court has to make sure that the minor child (who has reached the age of 16 and has become a parent) has reached physical and mental maturity necessary for independent care of his or her own person, rights and interests.

This right is new and is granted to the child who becomes a parent in order to give capacity to the young parent to take care about her or his child independently without the necessity to conclude marriage or to be dependent on her or his parents. On the basis of the aforementioned conditions, the decision to recognize full legal capacity prior to the age of 18 shall be rendered by the court in a non-contentious proceeding.

The special qualified capacity is also granted to the pregnant girl who has reached the age of 16 and who may independently submit a claim for abortion. If she is younger than 16, the consent of her parents is required. This right is not provided for by the Family Act, but by the Act on the Proceeding of Interruption of the Pregnancy in the Medical Institution.

Moreover, the boy who is 16 years old and who is capable of reasoning can independently recognize paternity of the child born out of wedlock (Art. 46 FA). The qualified capacity also includes the right of the child to give consent to the acknowledgment of paternity, if she or he was born out of wedlock. This right has been granted both to the non-marital mother who is 16 years old and capable for reasoning, and to the non-marital child under the same conditions (Art. 48, 49 FA).

Some other rights have also been granted to the child who has reached the age of 15 and who is capable of reasoning. We have already mentioned some of them, such as the right to know about her or his origin, the right to change her or his personal name, the right to decide which parent she or he wants to live with, the right to decide about personal contacts with her or his parents and with

relatives and other persons whom she or he is particularly close with, then the right to choose which secondary school he or she shall attend, the right to give medical consent, etc.

Among the rights of the minor child is the right to perform legal acts whereby he or she manages or disposes of his or her income or property acquired by his or her own work. Namely, under our labor law, the child who is 15 years old may get a job independently, subject to the written consent of her or his parent, adopter or guardian, and consequently, has the right to freely dispose with her or his earnings and the property thus acquired. She or he is however obliged to support her or his parents and minor brothers and sisters, if they do not have enough means for their own support. If the child has property acquired in a way other than work, it is up to the parent to manage and dispose with it. To dispose of the child's immovable or movable property of considerable value, the parent must have permission of the Center for social work.

The right of the child to give a medical consent

This is also a new provision and it established the right of the child who is 15 years old and who is capable of reasoning to give consent to a medical intervention. The parents have no right to intervene or change the decision of the child, because the child's right is independent. If the child is younger than 15, it is up to her or his parents to give consent to medical intervention. The question may be raised about what should be done if the parents disallow some medical intervention, although it may be detrimental to the child's health. For example, such a situation might arise if the child's parents are followers of the Jehovah's Witnesses and do not allow their child to receive blood transfusion due to the religious reasons. The Family Act does not provide a special solution for this kind of problem, but the Health Protection Act[9] sets forth that, if the patient is a minor or is deprived of full legal capacity, medical measures shall be subject to information and approval by his or her legal representatives (parents, adopters or guardian – Art. 35 para 1 HPA). The competent medical worker who considers that the legal representative of the patient does not act in the best interest of the child (or person deprived of the legal capacity) is obliged to promptly report it to the guardianship authority.

Under the Serbian Family Act, the guardianship authority may decide to appoint a temporary guardian to a ward, as well as to the child under parental care, or the person having full legal capacity, if it deems it indispensable for temporary protection of person, rights or interests of such persons (Art. 132 para

[9] Published in the Official Gazette of Republic of Serbia no. 107/2005.

1 FA). Under the abovementioned conditions, the guardianship authority has a duty to appoint a temporary guardian to the person whose interests *are opposite* to the interests of her or his statutory representative (Atr. 132 para 2 point 3 FA). Decision on the appointment of temporary guardian shall also determine the legal operation or type of legal operations that the guardian may undertake, depending on the circumstances of each specific case. In this case, the guardian shall be authorized to give consent to medical measures if it is in the best interest of the child.

The right of the child to express her or his views

The Serbian family law provides a series of the so-called procedural rights of the child. Through these new procedural rights of the child, the Serbian law has been harmonized with the UN Convention on the Rights of the Child and the European Convention on the Exercise of Children's Rights. It should be underlined that our country has ratified only the former Convention, which in Article 12 sets forth the following:

"1. *States Parties shall assure to the child who is capable of forming his or her own views the right to express those views freely in all matters affecting the child, the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child.*

2. For this purpose, the child shall in particular be provided the opportunity to be heard in any judicial and administrative proceedings affecting the child, either directly, or through a representative or an appropriate body, in a manner consistent with the procedural rules of national law."

A couple of years following the entry into force of this UN Convention, namely in 1996, the Convention on the Exercise of Children's Rights was enacted and opened for signature under the auspices of the Council of Europe.[10] Serbia has so far neither signed nor ratified it. According to Article 1 paragraph 2 of the latter Convention, its object is "*in the best interests of children, to promote their rights, to grant them procedural rights and to facilitate the exercise of these rights by ensuring that children are, themselves, or through other per-*

[10] Done at Strasbourg on 25 January 1996, entered into force on 1 July 2000. Until 31 October 2008, this Convention had been ratified by 13 member states. These are: Slovenia, Poland and Greece (1 July 2000), Czech Republic (1 July 2001), Latvia (1 September 2001), Germany (1 August 2002), Turkey (1 October 2002), the Former Yugoslav Republic of Macedonia (1 May 2003), Italy (1 November 2003), Cyprus (1 February 2006), Ukraine (1 April 2007), France and Austria (1 January and 1 October 2008 respectively). Besides this, the total number of signatures not followed by ratifications is 11: Finland, Iceland, Ireland, Luxemburg and Sweden (1996), Portugal and Spain (1997), Slovakia (1998), Croatia and Malta (1999), Russia (2001).

sons or bodies, informed and allowed to participate in proceedings affecting them before a judicial authority".

Despite the fact that Serbia has not acceded to it, the provisions of the Serbian Family Act have mostly been harmonized with the two aforesaid conventions, i.e. both with the UN Convention on the Rights of the Child and the European Convention on the Exercise of Children's Rights. The motivation behind it is to promote and protect modern procedural rights of the child. Such is, for example, the right of the child who is capable of forming his or her own opinion to freely express it (Art. 65 para 1 FA). The child also has the right to receive, in the nick of time, all information necessary to form his or her opinion. The Act further provides that due attention, in accordance with the child's age and maturity, must be given to this opinion in all matters important to the child and in all proceedings affecting her or him (Art. 65 para 2 and 3 FA).

The child who is ten years old may freely and directly express his or her opinion in any court or administrative proceeding where his or her rights are being decided upon, and may independently, or through some other person or institution, address the court or administrative organ and request help in the realization of the right to freely express her or his opinion. The court and administrative authorities shall establish the child's opinion in cooperation with the school psychologist or the guardianship authority, family counseling service or some other institution specialized for mediation in family relations, in the presence of person the child chooses himself or herself (Art. 65 para 4,5 and 6 FA).

These rights of the child are new in our legal system, and their implementation is really challenging for the competent courts and other authorities. One can expect that these provisions will be implemented fairly well, because the judges deciding in family disputes must have special knowledge on the rights of the child, whereas the members of the jury must have experience in working with the youth (Art. 203 FA). Furthermore, if affecting the child or the parent who exercises parental rights, the proceedings in family matters are urgent (Art. 204 FA), which in turn means that the first hearing shall be held within 15 days of the filing of the action and shall be finished within two hearings at most. The appellate proceedings shall be finished within 30 days (Atr. 204 FA).

However, there is still remaining a lap in the improvement of the protection of the best interest of the child. Namely, our family law does not prescribe the right of the child to be heard within the family, if her or his parents should take decision about the family matters that affects the child. Actually, majority decisions taken within the family concerns the child. For example, if the parents are considering divorce, or adoption of the another child, or possibility to move away and so on, they do not need neither to ask for the view of their child about that nor to take into consideration her or his view.

The right of the child to maintenance

In Serbian family law, the legal obligation of mutual maintenance is established between: parents and children; between other blood, adoptive and in-law relatives; as well as between spouses, ex-spouses and cohabiting partners and ex ones. Until the age of majority, children have the unconditional right to maintenance from their biological and adoptive parents (Art. 154 para 1 FA), [11] which means that the child has the right to maintenance regardless of any general and special conditions prescribed for other creditors and debtors of this legal obligation. Parents are obliged to provide maintenance of their minor child even to the detriment of their own maintenance. The purpose of the obligation of legal maintenance is to provide existential needs of the creditor from the person who is legally considered the debtor.

Beside this, under certain preconditions, the minor child also has the right to maintenance from the mother and father-in-law. Namely, if the child has no parents able to meet the existential needs of the child, and if the marriage between the child's biological (adoptive) and in-law parent did not end by divorce or annulment, the child has the right against her or his in-law parent and vice versa (Art. 159 FA). This right lasts until the child reaches the age of majority.

The minor child may also receive maintenance from her or his brother and sister, no matter whether they (debtors) are major or minor. The only condition allowing a brother or a sister to be a debtor of maintenance is that she or he has sufficient means to support the minor brother or sister (Art. 157 FA). This may occur if a minor brother or sister is employed and gains income through work or property. It should be mentioned that this obligation of brothers and sisters exists only if the parents of the minor child have died or do not have sufficient means to support their minor child.

Under certain conditions, the major child also has the right to support from his or her parents. These conditions have been foreseen in two situations (Art. 155 FA). Firstly, a major child who is not capable to work (disabled child), and who does not have enough means for support, has the right to support from the parents, as long as such a state lasts. Secondly, a major child, before reaching the age of 26, and during regular schooling, also has the right to support from the parents in proportion to their means. If the parents are not alive or do not have enough means for support, the abovementioned major child has the right to support from the other ancestors in the straight line (grandmother and grandfather, great-grandmother and great-grandfather, etc) in proportion to their

[11] In relation to his or her adopters and their relatives, the adopted child is equalized with the biological child. Besides, the FLA establishes that the adopted child has the same rights towards her or his adopters as the child towards her or his parents (Art. 6 para 5 FA).

means. An additional condition for the major child to receive support from parents or ancestors is that the request for support would not represent manifest injustice for the parents or other ancestors in straight line.

The right of the child to nationality

The nationality of the Republic of Serbia may be acquired in the following four ways: by origin, by birth on the territory of the Republic of Serbia, by admission, and through international contracts.[12]

a) *The child acquires Serbian nationality by origin* if both of the parents have Serbian nationality irrespective of the child's place of birth (in Serbia or abroad). If the child was born on the territory of Serbia, and one parent has Serbian nationality, the child will also acquire our nationality by origin. The third situation in which the child also acquires Serbian nationality by origin is situation in which the child was born abroad and one of the parents has Serbian nationality and the other parent is either unknown, does not possess any nationality (stateless), or his or her nationality is unknown (Art. 7 NA). In the all of the three mentioned situations the child acquires nationality of the Republic of Serbia by simple inscription in the Birth Registry (Art. 6 para 2 NA). The law also foresees several other, less usual situations in which the child born abroad acquires Serbian nationality.[13]

b) *The child acquires Serbian nationality by birth* if she or he was born or found on the territory of the Republic of Serbia, and the child's both parents are either unknown (foundling), do not possess nationality, or their nationality is unknown, or the child does not possess nationality (Art. 13 NA). In this case, the child shall be inscribed in the Birth Registry, and she or he will be deemed a Serbian national from birth. If it is established by the time the child reaches the age of majority that his or her parents possess foreign nationality, the Serbian nationality of their child will end at the parents' request. If the child is older than 14, her or his consent is needed (Art. 13 para 4 NA).

c) *The child acquires Serbian nationality automatically* if the Ministry of Internal Affairs, upon the conclusion of proceedings on acquiring nationality by admission, issues a binding decree granting nationality to his or her parents (Art. 6 para 3 NA). Before that, the Ministry shall verify that all conditions set forth by the law have been fulfilled. The most important conditions are the following (Art. 14 NA):

[12]Nationality Act of the Republic of Serbia of 2004 ("Official Gazette no. 135/04), as amended on 24 September 2007.

[13] See more in Articles 8-12 NA.

1. That the foreigner is at least 18 years old and is not deprived of full legal capacity,

2. That she or he has been dismissed from foreign nationality or has submitted confirmation that she or he will receive such dismissal after being admitted in Serbian nationality,

3. That, at the moment of submitting the application, he or she had been registered as a resident at the territory of the Republic of Serbia for at least three years without interruption.

. 4. That she or he submits written statement that she or he considers the Republic of Serbia as her or his state.

If both parents had acquired Serbian nationality by admission, their minor child acquires it too.

d) *The child might also acquire Serbian nationality by way of ratified international contracts* under the conditions prescribed thereunder, if the condition of reciprocity is fulfilled (Art. 26 NA).

If a national of the Republic of Serbia has double nationality i.e. that of the Republic of Serbia and another country, she or he is deemed a national of Serbia during his or her stay on the territory of our country.

The right of the child to protection against domestic violence

Violence among family members is neither a new topic nor a new phenomenon.[14] It can be said that it is a universal phenomenon known to all societies across all historic time periods.It is notorious that the most common victims of domestic violence are wives and children.[15] The child can be not only a direct victim of domestic violence, but also indirect, when she or he witnesses violence against other family members, especially her or his mother. The CRC expressed strong reluctance against all forms of violence towards children, saying:

"*States Parties shall take all appropriate legislative, administrative, social and educational measures to protect the child from all forms of physical or mental violence, injury or abuse, neglect or negligent treatment, maltreatment or exploitation, including sexual abuse, while in the care of parent(s), legal guardian(s) or any other person who has the care of the child (Art. 19 para 1 CRC).*"

[14] See more in O. Cvejic Jancic, *Protection from Domestic Violence***,** The Internacional Survey of Family Law, Ed. 2008, Gen. Editor Bill Atkin, page 317-335 (Family Law, Jordan Publishing Limited 2008).

[15] See the data about domestic violence in O. Cvejic Jancic, op. cit. p. 328.

Taking into consideration this provision of the CRC we may say that our Family Act is not in accordance with it, because under Serbian law physical punishment of the child is not explicitly forbidden. Art. 69 para 2 Family Act sets forth that "*parents may not subject the child to humiliating actions and punishments that insult human dignity of child and shall be under the obligation to protect the child from such actions of other persons*." Thus, one may assume that physical punishment of the child is within the scope of "humiliating actions and punishments that insult human dignity of child" but, however, the child is not protected enough, for example, from a slaps in the face or on the backside. It would be better not to leave any suspense whether the slaps or similar physical punishment also falls under the scope of humiliating actions and whether that insults human dignity of child. Physical punishment of the child shall be prohibited as within the family so as out the family.

As already mentioned, domestic violence is not a novel occurrence of the modern era; new is only the interest of the state to provide protection to the victims of family violence and to fight against it, and, as a result, we currently have two kinds of protection: criminal and family law protection.

As regards criminal law protection, it should be emphasized that our new Criminal Code (2005) introduces a new criminal act (termed *domestic violence*) that sanctions the act of violence towards family members. The sanctions range from pecuniary fine combined with a maximum of one year of imprisonment, as the mildest form of punishment, for instances of endangered tranquility and physical integrity or mental state of a family member; to imprisonment ranging from three months to three years for instances when domestic violence results in severe consequences, severe injury, or serious impairment of health. Finally, if domestic violence results in death of a family member, the sentence of imprisonment ranging from three to twelve years can be pronounced.

Besides criminal law protection regulated by criminal legislation, family law too, envisages certain measures of protection against domestic violence that can be taken in civil procedure. The possibility of family law protection from domestic violence perpetrated by one family member against the other has significantly increased the level of protection of the endangered family members.

However, it should be underlined that the protection from domestic violence is not a special right of the child, since we only have a general provision on the protection of all family members as victims of family violence. Nonetheless, if the child becomes a victim of domestic violence, the family law secures slightly better protection, because the court proceedings are deemed as especially urgent, meaning that the first hearing must be held within eight days of the filing of the action, whereas the proceedings before the higher court shall be finished within fifteen days (Art. 285 FA).

Pursuant to Article 198 of the FA, the court in civil law proceedings can issue one or more of the following measures for the protection from domestic violence:

- Warrant to remove from the family household, regardless of the right to ownership or lease;
- Warrant to move in the family household, regardless of the right to ownership or lease;[16]
- Restraining order preventing the approach of a certain family member up to a certain distance;
- Restraining order preventing access or approach to the residence or place of work of a family member;
- Prevention of further harassment of a family member.[17]

The right of the child to protection from exploitation and abuse

The Serbian Constitution prescribes, as a general principle, that the child shall be protected against mental, physical, economic, and any other exploitation and abuse (Art. 64 para 3 of the Constitution). The family law also provides for protection in these cases through full or partial deprivation of the parents' parental rights. Namely, the parent who abuses parental rights or grossly neglects parental duties may be

[16] With regard to the warrant to move into a family household, legal literature has pointed out to the incorrect formulation of Article 198, paragraph 2, line 2. Namely, this measure can only relate to the plaintiff (victim of the violence), which had to leave the family household in order to protect himself or herself from violence that he or she had been exposed to. The court orders the victim to return to the house that it was forced to leave. However, such a court order is not consistent with decisions taken in civil law proceedings, where the plaintiff can only be ordered to pay the costs of judicial proceedings, but no other obligation can be imposed n him or her. Due to the need to secure unfettered return to the family household, the court order should order the defendant to allow the return of the plaintiff to the family household, that is to order him to restrain from any action that would prevent the return of the plaintiff", see more in: N. Petrusic, "Porodičnopravna zaštita od nasilja porodici u pravu Republike Srbije", in: "Novo porodično zakonodavstvo" ("Legal protection against family violence in the new Serbian family law" in: "New Family Legislation"), Collection of Papers of the Conference in Vrnjacka Banja, Kragujevac, 2006, p. 32.

[17] The measures proposed by I. Schwenzer, in collaboration with M. Dimsey in "*Model Family Code*" (Art. 2.2) are similar: "In particular, the court may order that the respondent: a) leave, remain away and refrain from entering the dwelling of the aggrieved person, b) refrain from approaching the aggrieved person, c) refrain from establishing contact with the aggrieved person in any way, and d) refrain from being in certain locations.", Intersentia , Antwerpen – Oxford, 2006. page 89. Neither the Serbian law nor the Model Family Code prescribe measures such as mandatory treatment of alcoholism or addiction to other substances, treatment of illness, or mandatory psychiatric counseling or treatment, although these could very often be the reason why family violence occurs.

fully deprived of the parental right (Art. 81 FLA). If the parent exercises parental rights and duties unconscionably, he or she may be partially deprived of the parental right (Art. 82 FLA).

The abuse of parental rights exists if the parent:

1. Physically, sexually or emotionally abuses the child;

2. Abuses the child by forcing her or him to excessive labor, labor that endangers her or his moral, health or education, or labor prohibited by law;

3. Instigates the child to commit criminal actions;

4. Accustoms the child to indulge in bad propensities;

5. Otherwise maliciously abuses the rights of child.

The parent grossly neglects her or his parental duties if he or she:

1. Abandons the child;

2. Does not at all take care of the child that he or she lives with;

3. Avoids to provide maintenance to the child or to maintain personal contacts with the child that he or she does not live with or prevents the maintenance of personal contacts between them;

4. Fails, intentionally or unjustifiably, to create conditions for common life with the child living in a social service institution;

5. Otherwise grossly neglects the rights of child.

Finally, a binding court decision on full deprivation of the parental right shall deprive the parent of all parental rights and duties, except for the duty of maintenance. In the decision on full deprivation of parental right, one or more measures of protection of the child from domestic violence may also be issued.

Partial deprivation of the parental right is a measure of family law protection of the child, applicable if the parent does not exercise parental right conscionably enough, although not as unconscionably as to amount to abuse or gross neglect of the parental rights and duties.

The parent who is partially deprived of the parental right may be deprived of one or more rights and duties, except for the duty to support the child. Firstly, the parent exercising the parental right may be deprived of the right and duty to protect, raise, bring up, educate, represent the child, and manage and dispose of the child's property.

On the other hand, the parent who does not exercise the parental right may be deprived of right to maintain personal contact with the child as well as of the right to decide on issues significantly influencing the child’s life.

Deprivation of the parental rights is effected by the civil law courts in family law proceedings.

The strongest consequence of deprivation of the parental rights is that the child may be adopted without the consent of her or his parent. Namely, consent is not required of the parent who is fully deprived of the parental right or who is

deprived of the right to decide on issues significantly influencing the life of the child (Art. 96 FA). In this case, the parental right definitely ends and it is not possible to reverse it, which is legally and theoretically possible until the child is adopted.

The right of the child to habitation

Having in mind that the child enjoys special protection of the state (Art. 6 para 1 FA), the Serbian Family Act sets forth that the child and the parent who exercises the parental right shall have the right of habitation in the apartment owned by the other parent, if they do not own another apartment in which they could move in. This right of the child and the parent with whom the child lives shall last until the child reaches the age of majority.

The child and the parent whose request for habitation would represent manifest injustice for the other parent shall not have the right to habitation (Art. 194 FA).

In the end, this is a very important right of the child. In essence, it means that the child has the right to stay, until the age of majority, in the same apartment even after the family ties between her or his parents come to an end, and regardless of whether it happens because of divorce or simply separation of the child's parents. The child is protected against the need to move out of the apartment and to suffer from uncertainty after the separation of his or her parents. It is the new right of the child and it is established in the best interest of the child. The ownership of one parent over the apartment is no longer an obstacle for the child to stay with the parent who exercises the parental right. The UN Convention on the Rights of the Child proclaims that the best interest of the child shall be a primary consideration in all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or *legislative bodies* (Art. 3 of the Convention). It seems that our legislator has taken this provision of the Convention into account, regarding this very important part of child's life.

Concluding remarks

The twentieth century represents a remarkable milestone in the apprehension and creation of the legal status of the child and in recognition of the specialties affecting the child and her or his rights. The end of the twentieth century was crowned by adoption of the UN Convention on the Rights of the Child (1989), which ushered in the new era in regulation of the rights of the child – the era of children's rights. This does not mean that the relation towards

the child has been automatically changed all over the world, nor that children's status has been improved. However, this process begins and one should hope that it will result in eradication of many detrimental behaviors and customs towards children.

Serbia ratified the CRC in 1990 and we may say that the provisions of the said Convention, as well as of other European conventions regarding the rights of the child irrespective of whether Serbia has so far ratified them, have mainly been implemented in our family law system. However, there are some discrepancies. For example, physical punishment of the child is not explicitly prohibited under the Serbian Family Act, although the CRC is very clear about that. The similar situation is with regard to the right of the child who is capable of forming her or his own view to express that view freely in all matters affecting her or him. Our law does not secure that right when the family matters are in question, since the parents are not obliged to consult their children when deciding about family related issues. For example, they are not obliged to seek their child's view on divorce, adoption or any other family issue that might affect the child.

Furthermore, discrepancies also exist in case of the right to maintenance of personal contacts concerning the child, which our law only gives to the child, thereby excluding the child's relatives and other persons with whom the child is particularly close. This is especially important if the parent with whom the child lives does not allow maintenance of such contact and the child is too young to decide upon it independently, which is neither in accordance with the European Convention on Contact Concerning Children nor in the best interest of the child.

As far as other rights of the child are concerned, such as the right of the child to know about her or his origin, the right of the child to personal name, the right of the child to live with her or his parents and the right to parental care, the right of the child to education, the right of the child to give medical consent, the right of the child to nationality, and other rights of the child which we have been considered in this paper, one may say that the higher European standards are satisfied. Some of them, such as the right of the child born out of wedlock to have equal rights as the child born in wedlock, are introduced in our legal system after the Second World War. Until the 1974 Constitution, there were some differences between these children, but after the 1974 Constitution differences in their legal status have been eliminated.

Dr Olga Cvejić-Jančić, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

„Prava deteta prema pravu Srbije“ – Harmonizacija sa evropskim i međunarodnim konvencijama -

Rezime

Dvadeseti vek predstavlja značajnu prekretnicu u poimanju i koncipiranju pravnog položaja deteta i u priznavanju specifičnosti vezanih za dete i njegova prava. Kraj dvadesetog veka je krunisan usvajanjem Konvencije o pravima deteta, čime započinje jedna nova era u regulisanju prava deteta - era dečijih prava. To ne znači da se automatski i svuda u svetu promenio odnos prema deci ili poboljšao njihov položaj. Ali proces je započeo i treba se nadati da će vremenom dovesti do iskorenjivanja mnogih štetnih običaja i postupaka prema deci.

Srbija je ratifikovala Konvenciju UN o pravima deteta 1990. g. i može se reći da su odredbe ove Konvencije kao i odredbe evropskih konvencija koje se tiču prava deteta, bez obzira da li ih je naša zemlja ratifikovala, uglavnom implemetirana i naše porodično pravo. Ipak, ima nekih nesaglasnosti sa ovim Konvencijama. Tako na pr. fizičko kažnjavanje dece nije prema našem pravu izričito zabranjeno iako je Konvecnija o pravima deteta vrlo jasna po tom pitanju. Slična je situacija i sa pravom deteta koje sposobno da formira sopstevno mišljenja da to mišljenje izrazi u svim stvarima koje ga se tiču. Naše ptavo ne garantuje to pravo deteta kada se radi o odlukama koje ga se tiču a donose se u porodici. Na pr. roditelji nisu dužni da pitaju dete za mišljenje niti da ga konsultuju kada donose odluke koje se odnose na pr. na eventualni razvod braka, ili na usvajanje tuđeg deteta, na preseljenje ili na druga pitanja koja se tiču i njihovog deteta. Zakon obavezuje sve organe koji donose odluke koje se tiču deteta (sudske, administrativne i sl) da pre toga saslušaju i uzmu u obzir mišljenje deteta, ali ne obavezuje i roditelje da o tome vode računa.

Naše pravo nije predvidelo ni pravo bliskih srodnika da održavaju lične kontakte sa detetom, već samo pravo detata na kontakte sa bliskim srodnicima i licima sa kojima ga vezuje posebna bliskost. Međutim, ako je dete malo i ne može da ostavaruje pravo na kontakte samostalno, niti da razvije odnose bliskosti sa njima ako ih roditelj koji vrši roditeljsko pravo ne odobrava, kontakti sa

srodnicima će mu biti uskraćeni, jer njima zakon nije priznao pravo na kontakte kao njihovo samostalno pravo, što nije u skladu sa Evropskom konvencijom koja se tiče kontakata sa detetom.

Što se tiče postalih prava deteta, ka na pr. pravo deteta da zna za svoje poreklo, pravo deteta na lično ime, pravo deteta da živi sa svojim roditeljima i da se roditelji staraju o njemu, pravo na obrazovanje, na davanje saglasnosti na medicinske intervencije, pravo na državljanstvo kao i druga prava deteta koja su u radu razmatrana, može se reći da su najviši evropski standardi dečijih prava zadovoljeni. Jedno od takvih prava, kao na pr. pravo deteta rođenog van braka na jednak položaj kao i dete rođeno u braku, je uvedeno u naše pravni sistem još posle Drugog svetskog rata. Do Ustava iz 1974. g. postojala je izvesna razlika u pravnom položaju dece rođene u braku i van braka, ali je posle donošenja tog Ustava svaka razlika u njihovom pravnom statusu izbrisana.

Originalni naučni rad 347.441.13(37)

Dr Antun Malenica, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

O RIMSKOM POGLEDU NA KAUZU POSLA, KAUZU OBLIGACIJE I KAUZU PRESTACIJE U KONTRAKTIMA

***Sažetak*:** *Autor analizira rimske pravne tekstove da bi utvrdio da li je rimska pravna nauka znala za pojmove kauza posla, kauza obligacije i kauza prestacije, da bi tako proverio koliko je utemeljeno shvatanje naše pravne nauke da Rimljani sam pojam „kauza" nisu sistematski i teorijski obradili. Aitor tekstovima dokumentuje da je jurisprudencija klasičnog perioda poznavala pomenute pojmove. Zaključuje da su elaboracijama jurisprudencije među tim pojmovima uspostavljeni odnosi koji udovoljavaju zahtevima pravne logike i da su rimski pravni pojmovi „kauza posla", „kauza obligacije" i „kauza kontraktne prestacije" zadovoljavali potrebe pravnog poretka tog vremena.*

Ključne reči: *moderna pravna teorija, kauza, ugovor, rimska jurisprudencija, kauza posla, manumisija, poklon, kauza obligacije, Gejeve Institucije, Justinijanove Institucije, kauza prestacije, kontrakti, bezimeni kontrakti.*

Napomene o shvatanju kauze u modernoj teoriji

1. Kauza je jedan od onih pojmova kojima pravna teorija poklanja izuzetnu pažnju. U pravnu teoriju je uveden kada je francuski pravnik Doma (kraj XVII veka) postavio pitanje zašto nastaje ugovorno dugovanje. Danas među poslenicima u oblasti građanskog prava postoje toliko velike razlike u poimanju kauze da taj pojam čine jednim od najspornijih u modernoj pravnoj nauci.

Doma je na sistematski način izložio problematiku kauze i time utemeljio i teoriju, danas se označava kao klasična kauzalistička teorija, prema kojoj je kauza cilj kome stranke teže prilikom preuzimanja ugovornih obaveza. Taj cilj je uvek isti kod ugovora iste vrste. Klasična teorija objašnjava kauzu pomoću objektivnog kriterijuma, ne uzima u obzir motive koji opredeljuju stranke da se ugovorom obavežu. Izuzetak su dobročini ugovori.[1] Naime, još je Doma zaključio da pojam *kauza* nije isti u svim ugovorima i da treba odvojeno posmatrati dvostrano obavezne i dobročine ugovore. Kod ovih drugih kauza je *animus donandi.*[2]

Domino shvatanje modifikovao je Potije (XVIII vek) podvlačeći psihičku stranu kauze. On je uveo pojam poštene kauze. Svaka obaveza mora imati poštenu kauzu (*une cause honete*).

Kapitan (prva polovina XX veka) je definisao kauzu kao cilj zbog koga se stranke obavezuju. To je neposredni pravni cilj, koji se razlikuje od ostalih ciljeva i motiva. Time je utemeljio neoklasičnu teoriju. I prema ovom shvatanju dobročini ugovori su izuzetak. Kod njih je kauza sam *animus donandi*, dakle posredni motiv.[3]

Od polovine XIX veka javljaju se i brojne kritike klasične teorije o kauzi. Opovrgava se argumentacija njenih pristalica pa se kaže: ne može se tvrditi da je u dvostrano obaveznim ugovorima obaveza jedne strane kauza obaveze druge, jer kauza mora prethoditi rađanju ugovornih obaveza, što ovde nije slučaj; ne može se tvrditi da je u realnim ugovorima predaja stvari kauza ugovora, jer je predaja uslov njegovog zaključenja; ne može se tvrditi da je u dobročinim ugovorima namera darežljivosti kauza, zato što tu nameru nije moguće odvojiti od motiva da se uveća poklonoprimčeva imovina. Kako je ovakvom argumentacijom u suštini negirana potreba za pojmom *kauza*, rođeno je u pravnoj nauci jedno novo, antikauzalističko, shvatanje. Prema tom shvatanju kauza je nepotreban pravni pojam zato što se ono što se smatra kauzom može svesti na predmet ugovora i saglasnost volja stranaka.[4] Tako Ernst kaže da je kauza predmet ugovora. Ako se kaže da je kauza pravni cilj, govori se ustvari o dejstvu ugovora.[5]

---

[1] Vidi: *Pravna enciklopedija 1*, Beograd 1985, odrednica *kauza* (dalje: *Pravna enciklopedija*), s. 602

[2] Tako: Jožef Salma, *Obligaciono pravo,* Novi Sad 2001 (dalje: *Obligaciono pravo*), s. 256.

[3] O shvatanju kauze u francuskoj teoriji vidi kod A. Gams, *Kauza i pravni osnov*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, januar – mart 1959. g. (dalje: A. Gams, *Kauza*), s. 161 i dalje.

[4] Vidi: *Pravna enciklopedija*, s. 603.

[5] Prema: J. Salma, *Obligaciono pravo*, s. 257. O najvažnijim predstavnicima antikauzalističke teorije vidi: J. Salma, *Kauza obligacionih ugovora,* Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, XL, 2/2006 (dalje: J. Salma, *Kauza*), s. 180-181.

Kritikom klasične teorije se ne završava evolucija shvatanja o kauzi. Tokom XX veka argumentacija antikauzalista pobija se analizom kauze sa psihološke tačke gledišta. Dolazi se do zaključka da je kauza odlučujući motiv koji pokreće stranke da izjave volju u smislu zaključenja ugovora. Teškoće koje je izazivala ovakva interpretacija kauze[6] dovele su do mešovitog shvatanja kauze koje uzima u obzir kako ekonomski tako i voljni element u nastanku ugovora, čime, naravno, nije stavljena tačka na teorijske rasprave o kauzi.[7]

2. I naša pravna nauka je zauzimala stavove o tome šta je kauza. Nije, međutim, došla do jedinstvenog zaključka.

Andrija Gams, smatra da je kauza tipičan pojam imovinskog prava. Kauza je neposredni ekonomski cilj pravnog posla koji stranke putem posla hoće da postignu. Kada se definiše kao cilj reč je o subjektivnoj definiciji kauze, a kada se ona definiše kao efekt, reč je o objektivnoj definiciji. Kauza se, prema Gamsu, efektuira u imovinskoj masi lica koje preduzima posao. Ako tog efekta nema posao nema kauzu. Tako prema Gamsu kauze, na primer, nema pri zaključenju braka, usvojenju ili pravljenju testamenta. Kod zaključenja braka i usvojenja se ne postavlja pitanje postoji li neka druga pobuda ili cilj zbog koje se zaključuje brak ili usvojenje, osim samog braka ili usvojenja. I prilikom pravljenja testamenta nema neposrednog ekonomskog efekta za testatora. Problem određivanja kauze kod dobročinih poslova Gams razrešava tako što tvrdi da u takvim poslovima stranke hoće negativan efekat u imovini otuđivaoca, a pozitivan u imovini pribavioca.[8]

Pojam kauze u obligacijama detaljno su analizirali Slobodan Perović i Jožef Salma. Slobodan Perović precizira da se rasprava o kauzi, kada je reč o ugovorima, u stvari svodi na traženje odgovora na pitanje zašto se dužnik obavezuje: „Svaka ugovorna obaveza nosi sa sobom, ne samo pitanje na šta se dužnik obavezuje (*quid debetur*), nego i pitanje zašto se obavezuje (*cur debetur*). Odgovor na prvo pitanje obuhvaćen je pojmom predmeta ugovora.... Odgovor na drugo pitanje daje pojam kauze..."[9] Kada je reč o kauzi, on naglašava da se tu „ustvari radi o kauzi obaveza koje izviru iz ugovora i da svaka obaveza ima svoju kauzu." Dodaje, međutim, i sledeće: „Ipak, kao i kod predmeta ugovorne obaveze i ovde se mo-

[6] O teškoćama koje stvara ovakvo poimanje kauze i o autorima koji zagovaraju ovo subjektivno shvatanje kauze vidi kod S. Perović, *Obligaciono pravo, Knjiga prva*, Beograd 1980. (dalje: *Obligaciono pravo*), s. 327 – 328.

[7] Detaljnije o mešovitom shvatanju kauze vidi: S. Perović, *Obligaciono pravo*, s. 329 – 331.

[8] Detaljnije: A. Gams, *Kauza*, s. 168 i dalje.

[9] S. Perović, *Obligaciono pravo*, s. 323.

že reći da ugovor stvara obaveze koje imaju svoju kauzu i da je ta kauza u stvari i kauza ugovora."[10] Iz navedenog proizlazi da Slobodan Perović u ugovorima razlikuje dve kauze, jednu koja rađa obavezu ugovornih strana i drugu, širu, koja rađa ugovor u celini. Po njegovom shvatanju, kauza je jedan od bitnih uslova za nastanak punovažnog ugovora. Treba je objašnjavati pravnim pojmovima, jer ona „nije isključivo ni ekonomski ni psihološki, već pravni cilj koji stranke ostvaruju izvršavajući svoje ugovorne obaveze."[11]

I Jožef Salma ograničava svoju analizu na obligacione ugovore. Smatra da je kauza cilj ugovora. To je neposredni pravni cilj koji se nalazi unutar pojma *ugovor*, jer je kauza uslov njegovog nastanka. To je dvoznačan pojam zbog toga što u istoj vrsti ugovora kauza za obe ugovorne strane ne mora biti ista. Na primer, „kod ugovora o zakupu pravni je cilj zakupca, mogućnost namenske upotrebe zakupljene stvari, za razliku od zakupodavca čiji je cilj mogućnost sticanja prava svojine na zkupnini."[12]

3. Analizirajući pojam kauze naša pravna nauka ne propušta da se osvrne i na rimsko pravo. Autori po pravilu ističu da su rimski pravnici reč *causa* upotrebljavali u različitim značenjima, da sam pojam nisu sistematski i teorijski obradili i da je kauza dobijala na značaju tokom razvoja rimskog prava, jer su apstraktni poslovi arhaičnog rimskog prava, koji su bili opterećeni formaliznom i religijskim elementom, vremenom bili potiskivani poslovima u kojima se moralo voditi računa o kauzi (realni, konsensualni, bezimeni kontrakti) ili su sami pretrpeli određenu evoluciju, kakav je, na primer, bio slučaj sa stipulacijom.[13] Ukazuju uz to da se u rimskom pravu terminom kauza označavao i pravni posao u celini, odnosno ono što se danas označava kao pravni naslov[14], te da u rimskom pravu nije moglo biti reči o kauzi u smislu današnjih teorijskih shvatanja.[15]

---

[10] S. Perović, *Obligaciono pravo*, s. 323.

[11] S. Perović, *Obligaciono pravo*, s. 331-332.

[12] J. Salma, *Kauza,* s. 255-256.

[13] A. Gams, *Apstraktni pravni poslovi*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, god. XII, 1964. (dalje: *Apstraktni poslovi*), s. 52 – 53; A. Gams, *Kauza*, s. 157 – 161; S. Perović, *Obligaciono pravo*, s. 240 – 242; .

[14] J. Salma, *Obligaciono pravo*, s. 253: "U rimskom pravu se pominje izraz "causa", međutim u ovom pravu kauza nije predstavljala opšti pojam, niti je bila uključena u red uslova nastanka ugovora. U rimskom pravu je kauza, naime, značila u širem smislu shvaćeni *titulus*, odnosno pravni osnov ili *pravni naslov*. Ovim izrazom je često bio označavan čitav *pravni posao* ili *ritual*, odnosno *forma* (npr. nexum, expensilatio, posebno stipulatio)."

[15] S. Perović, *Obligaciono pravo*, s. 324: . "Razume se, u pravnoj nauci je kauza bila poznata i ranije (tj. pre XVI i XVII v. – A. M.), još od rimskog prava, ali se ona upotrebljavala u različitim značenjima, a autori te epohe nisu se trudili da je uopšteno i sistematski obrade. Doduše, u doba formalizma ugovornog prava, koji je u rimskom pravu 'neo-

4. Na kraju ovog kratkog pregleda teorijskih stanovišta o kauzi ukazujemo i na činjenicu da pravna nauka danas, imajući u vidu kauzu, deli pravne poslove na kauzalne i apstraktne.[16] Kada je reč o našoj nauci, za Andriju Gamsa kauzalni poslovi su „oni pravni poslovi u kojima je vidno istaknut ekonomski cilj koji se poslom hoće postići", a apstraktni su oni kod kojih se kauza ne vidi.[17] U članku o apstraktnim poslovima on kaže: „No, bez obzira kako se shvata kauza odnosno na nedoslednosti u pojmu kauze, može se sasvim jasno razlikovati apstraktan i kauzalan posao u (savremenom – A. M.) građanskom pravu. Kod apstraktnog posla vodi se računa samo o obavezi koja je izjavom volje zasnovana. Kod kauzalnog posla ide se dalje, pa se vodi računa i o drugim dejstvima te izjave. Je li to dejstvo neposredni ekonomski efekat ili neki drugi tipizirani ili neposredni pravni cilj ili nepodudarnost sa normativnim ili moralnim poretkom – sve to nije važno za određivanje pojma apstraktnog posla."[18]

Slobodan Perović deli ugovora na kauzalne i apstraktne. „Kauzalan ugovor je takav ugovor kod koga je vidno označen njegov cilj (kauza), tako da se tačno zna zbog čega se stranke obavezuju. .....svaki ugovor je kauzalan ako se iz saglasnosti stranaka da zaključiti svrha obvezivanja., ...apstraktni ugovor je onaj kod koga nije naznačen cilj (kauza), tako da se ne zna zbog čega se stranke obavezuju., ...apstraktni ugovori takođe imaju kauzu samo ona nije vidljiva kao što je to slučaj kod kauzalnog ugovora, već je voljom stranka apstrahovana, tako da za treća lica, po pravilu, ostaje nepoznata., ...apstraktni ugovor se uvek može svesti na kauzalan, i to voljom stranka, prigovorom jedne strane u toku spora ili po službenoj dužnosti ako je u pitanju apsolutno ništav ugovor."[19]

---

bično snažno cvetao' i **nije moglo biti reči o kauzi u današnjem smislu** (podvukao A. M.). Kauza je bila potčinjena formi tako da su se ugovorne obaveze u principu rađale ispunjenjem formalnih radnji koje su bile prožete osećajem religijskog kulta. Tek je pojava konsensualizma (modernog – A. M.) kao principa ugovornog prava donela sa sobom i mogućnost shvatanja kauze kao suštinskog elementa ugovora i njenog sistematskog izlaganja u vidu teorije. Andrija Gams, pišući o podeli poslova na kauzalne i apstraktne, kaže: „Rimsko pravo poznaje kauzu (tzv. kondikcije o kauzama), ali još nema uopštenog shvatanja o kauzi.", *Uvod u građansko pravo, Opšti deo*, Beograd, 1974 (dalje: *Uvod u građansko pravo*), s. 195.

[16] Tako Andrija Gams, izlažući podele pravnih poslova, na prvo mesto stavlja podelu na kauzalne i apstraktne poslove, *Uvod u građansko pravo,* s. 195, a Slobodan Perović, među podelama ugovora govori i o podeli na kauzalne i apstraktne, *Obligaciono pravo*, s. 239.

[17] *Uvod u građansko pravo,* s. 195.

[18] *Apstraktni poslovi*, s. 56.

[19] *Obligaciono pravo*, s. 239 – 240.

Kada govore o kauzalnosti ili apstraktnosti poslova ni Gams ni Perović ne zaobilaze rimsko pravo. Gams kaže: „Pravni poslovi u početku razvoja rimskog prava svi su apstraktni." Kao primere takvih poslova navodi *nexum, mancipatio, in iure cessio* i *stipulatio.*[20] Isto, ali govoreći o ugovorima, kaže i Slobodan Perović: „U prvobitnom rimskom pravu svi ugovori su apstraktni i strogo formalni.", a kao primer navodi stipulaciju. Ona je „apstraktni posao *par exellance*" i nije poseban ugovor „već način obvezivanja u čiji su okvir mogli doći različiti ugovori."[21]

O ocenama naše pravne nauke o dometima elaboracije pojma *kauza* u delima rimskih pravnika

Naši teoretičari koji su izučavali problematiku kauze u savremenom pravu kauzu različito definišu, ali imaju ujednačena shvatanja o dometima rimske pravne nauke u toj materiji. Kada se sve sabere, smatraju da rimski pravnici u razumevanju problematike kauze daleko zaostaju za analizama koje nudi moderna pravna teorija. Takvo zaključivanje po našem mišljenju nije osnovano, što ćemo pokušati da pokažemo u ovom radu. Ne treba ga, naravno, staviti na dušu onima koji se bave pozitivnim pravom i savremenom teorijom prava, već romanistima koji tu materiju nisu dovoljno osvetlili i rezultate svojih istraživanja približili našoj pravnoj nauci.

Druga stvar koju opažamo u tekstovima o kauzi koje smo citirali je da se u svima podvlači kako su u najstarijem rimskom pravu poslovi bili apstraktni, a da su se tokom razvoja rimskog prava javili i kauzalni, na osnovu čega se zaključuje da se pojam *kauza* postepeno uobličavao. To je u osnovi tačno[22] ali nije bitno za sud o dometu rimske pravne misli kada se radi o kauzi. Arhaično pravo i opšti, stereotipni, iskazi o razvoju rimskog prava ne nude odgovore na pitanja koja postavljaju današnji teoretičari prava. Odgovori se nalaze u najkvalitetnijim rimskim tekstovima koji

[20] *Apstraktni poslovi*, s. 52.

[21] *Obligaciono pravo*, s. 240 – 241.

[22] Ne i u detaljima jer je, na primer, "neformalna i kauzalna prodaja iz ruke u ruku" (stavljamo pod znake navoda zato što to nije rečnik rimskih pravnika) u kojoj se razmenjivala stvar za bakar, koji je na Forumu merio libripens, prethodila "apstraktnoj" mancipaciji. Iz te prakse nastao je formalni posao *mancipatio* kome se pristupalo u prodajama stvari *res mancipi*, ali je paralelno s njom živela i neformalna "kauzalna" prodaja iz ruke u ruku onih stvari koje su *res nec mancipi.* Mancipacija se kao "apstraktni" način pribavljanja svojine odvojila od prodaje kada je zaštitu dobila konsensualna kupoprodaja u kojoj su predmet mogle biti kako *res mancipi* tako i *res nec mancipi*.

su nastali u vreme cvetanja rimske pravne nauke. To su oni tekstovi koji su uvršteni u Digesta i u, naravno, do naših vremena sačuvane Gajeve Institucije. Njih ćemo zato analizirati tražeći odgovore na pitanja da li su rimski pravnici bili „kauzalisti" ili „antikauzalisti". Ako su bili „kauzalisti", kako su shvatali kauzu, na način kako je shvata savremena doktrina, objektivno, subjektivno i dr., ili su imali neki svoj pogled. Pogledaćemo zatim, ako su došli do pojma *kauza,* da li su i klasifikovali poslove na apstraktne i kauzalne.

Pre nego što pristupimo analizi izvora, daćemo mali komentar vezan za dve tvrdnje naših naučnika koji su pisali o kauzi.

Prva tvrdnja*: reč „kauza" imala je u rimskom pravnim tekstovima veliki broj značenja.*

Konstatacija je tačna. Dodajemo da smo ustanovili da se samo u Justinijanovim Digestama reč *kauza* (lat. *causa*) javlja, samostalno ili u izrazima, 3.120 puta.[23] Višeznačnost ovog pravnog termina bila je posledica činjenice da je ta reč i u običnom, govornom, jeziku imala različita značenja. Pravnici su ih samo preuzimali. Obilje značenja ne govori, međutim, o niskom nivou i nejasnoći rimskih pravnih tekstova. Iz njih se logičkom analizom uvek dâ utvrditi o čemu pravnici govore. Da bi analiza pravnih tekstova, kojoj ćemo kasnije pristupiti bila razumljivija, ukazujemo na neka značenja reči *kauza* u svakodnevnom latinskom jeziku prema Kalongijevom Latinsko-italijanskom rečniku.

Rimljani su reč *causa* upotrebljavali da bi označili ono što na neki način određuje posledicu: uzrok, povod, motiv, razlog, priliku, slučaj. Ciceron kaže „ništa ne može da se dogodi ako nema kauze koja prethodi" – *nihil potest evenire nisi causa antecedente.* Treba napomenuti da Rimljani kauzom nazivaju kako neku činjenicu koja dovodi do toga da se nešto dogodi, tako i onu zbog koje se nešto nije dogodilo. Kauza tako stoji u pozadini raznih poslova i raznih stvari, na primer postavljanja određenog lica na neki položaj i njegovih postupaka tokom obavljanja službe.

Reč kauza se u svakodnevnom jeziku koristila i da bi se označio položaj nekog lica ili situacija u kojoj se ono nalazi, na primer: *alia in causa M. Cato fuit, alia ceteri* - u jednoj je situaciji bio M. Katon, a u drugoj ostali. Kauzom se naziva i predmet, ključna stvar u nekoj diskusiji, potom neki opravdavajući razlog, na primer *causa bellandi*, stvar koja se raspravlja u sudskom postupku itd.

U nepravnim tekstovima se reč *kauza* koristi i da bi se označio pravičan, zakonit i prihvatljiv motiv. To je motiv koji je u celosti utemeljen

[23] Do podatka smo došli pretragom teksta Digesta u elektronskom arhivu *BIA*.

na pravu, koji ima valjani osnov. Ciceron na jednom mestu piše: *cum causa accedere ad accusandum* – osnovano je krenuo da tuži.[24] U govornom jeziku javljaju se i konstruktcije *non sine causa* – nije bez motiva ili razloga i *cum causa* – s razlogom ili određenim ciljem.

Iz reči *causa* izvedene su još dve: *causate* i *causatinus* kojima se u govornom jeziku Rimljana označavalo ono što se smatra najvažnijim među raznim razlozima.[25] Ove izvedene reči ukazuju za kojim značenjem reči *causa* treba tragati u pravnim tekstovima. Treba ustanoviti šta su Rimljani smatrali najvažnijim, temeljnim, osnovnim razlogom zbog koga se čovekova aktivnost uvodi u svet prava kao *posao.*

Druga tvrdnja: *Rimski pravnici nisu sistematski i teorijski obradili pojam „kauza". Rimska pravna nauka nije dala zaokruženu teoriju o kauzi.*

Ako se pod odsustvom sistematske teorijske obrade ukazuje na činjenicu da u pravnoj literaturi koju su nam Rimljani ostavili nema ni jednog traktata u kome se razmatraju sva pitanja koja se odnose na kauzu, na način kako to čini savremena pravna teorija, onda je tvrdnja tačna. Međutim, rimski pravnici ni jedno pravno pitanje nisu obradili u skladu sa savremenom metodologijom prezentacije pravne problematike. Bili su kazuisti. Posmatrali su konkretne, dakle pojedinačne, pravne slučajeve i tražili odgovore na postavljena pitanja. Takva je bila i literatura koju su stvarali.

Sud o tome da li je rimska pravna nauka dala zaokruženu teoriju o kauzi treba da bude proveren analizom te kazuistike. To ćemo pokušati da učinimo u ovom radu. Odmah želimo da naglasimo da nemamo nameru da podvrgnemo analizi veliki broj pravnih tekstova kako bi ukazali na sva moguća značenja reči kauza u rimskom pravnom rečniku. To bi daleko prevazišlo zamišljeni obim ovog rada, a na kraju ne bi dalo odgovor na pitanje šta je kauza. Zaključak o tome da li su rimski pravnici imali zaokruženo shvatanje o kauzi izvešćemo na osnovu saznanja o tome da li su došli do pojmova kauza negocijuma, kauza obligacije i kauza prestacije. Ako jesu, tražićemo odgovor na pitanje šta su pod tim podrazumevali. Kretaćemo se, dakle, u okvirima rimske pojmovne aparature koja na precizan način odražava obeležja rimskog prava i tadašnjeg pravnog poretka. Odmah želimo da podvučemo da među rimskim pravnim pojmovima nema *ugovora.*

[24] Cic., *Verr.* 2. 1. 21.

[25] Za sve vidi: F. Calonghi, *Dizionario latino italiano*, Rosenberg & Sellier, Torino 1990, *causa*, s. 431.

Naravno, nemamo pretenziju da u jednom članku izložimo nešto više od osnovnih konstatacija vezanih za ovu složenu problematiku.

Kauza pravnog posla

U rimskom pravu postoji pojam *negotium* – posao. Rimski pravnici ga nisu definisali, ali su ostavili veliki broj tekstova koji govore o zaključenju raznih poslova i posledicama koje iz njih proizlaze. Iz njih se može izvući značenje tog pojma. *Negocijum* je izjava volje lica koje ima sposobnost preduzimanja pravnog posla, usmerena na postizanje pravnih posledica, koju izjavu pravo smatra valjanom i daje joj sankciju zato što zadovoljava propisane zahteve forme **i kauze**.

Rimski negocijum pokriva društvenu i ekonomsku funkciju koju ima današnji *pravni posao*. Njime Rimljani uvode svoje interese u svet prava, kao što to i mi danas činimo pravnim poslom. Ta dva pojma ipak se razlikuju po pravnim obeležjima.

Rimski negocijum nije pravni posao u današnjem značenju te reči zbog toga što neformalna izjava volje kojom bi rimski građanin slobodno određivao koje će pravne posledice proizići iz zaključenog posla nije uživala pravnu zaštitu. To se najjasnije vidi u činjenici da rimsko pravo nije izgradilo pojam *ugovor*. Naime, rimsko pravo je po svom karakteru bilo pravo tipičnih poslova. To znači da je u svakom poslu volja stranke morala pratiti pravom propisanu formu ili kauzu, a ponekad i jedno i drugo. *Negotium* u poređenju sa savremenim *pravnim poslom* ostavlja strankama manje slobode.[26]

Razuman čovek zaključuje pravni posao zato što tim putem želi da postigne određeni cilj. Postizanje tog cilja je razlog, kauza, zbog koje izjavljuje svoju volju. Prema tome, svi poslovi imaju kauzu ako se ona shvata u ovom smislu. U tom pogledu nema nikakve razlike između rimskog i modernog doba. Nema, dakle, nikakvog teorijskog razloga da se značenje pojma *causa* koje bi važilo za sve poslove rimskog prava ne utemelji na onim rimskim tekstovima koji govore, ili iz kojih se daju izvući zaključci, o tome zašto je posao zaključen, koji je razlog njegovog preduzimanja. U tim tekstovima treba potražiti odgovor na pitanje da li su rimski pravnici kauzu shvatali kao pravni, ekonomski ili neki drugi cilj.

[26] Detalje o razlici između rimskog negocijuma i savremenog pravnog posla, u svetlu uporedne analize rimskog i današnjeg testamenta, te rimskog kontrakta i današnjeg ugovora vidi u: A. Malenica, *Pravni posao i negotium, dva pojma koja pripadaju različitim epohama,* Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, XLI, 3/2007, str. 75-99.

Pogledajmo sada dva teksta koja govore o tome šta se smatra valjanom kauzom u poslu slobađanja iz ropstva.

Inst. 1. 6pr.

Nije ipak svakom dopušteno da kad god hoće oslobađa roba. Naime, onaj koji oslobađa roba radi izigravanja poverilaca, ništa ne čini jer zakon Elija Sencija sprečava nastupanje slobode. ...3. Smatra se, pak, da oslobađanje robova radi izigravanja poverilaca vrši onaj koji već u vreme kada oslobađa roba nije solventan, kao i onaj koji davanjem slobode prestaje da bude solventan. ...4. Istim zakonom Elija Sencija gospodaru mlađem od dvadeset godina ne dozvoljava se da oslobađa roba na drugi način sem putem vindikta kada pred konzilijumom bude dokazana valjana kauza oslobađanja iz ropstva. 5. Valjani su, dakle, razlozi oslobađanja iz ropstva kada neko oslobađa iz ropstva oca ili majku, sina ili kćer, brata ili sestru po krvi, učitelja, dojilju, vaspitača, učenika ili učenicu, ili brata ili sestru po mleku...[27]

D. 40. 2. 9pr., Marcianus libro tertio decimo institutionum

Valjani razlog oslobađanja iz ropstva postoji ako je rob spasio gospodara od životne opasnosti ili infamije.[28]

Ovi tekstovi govore o valjanoj kauzi u poslu oslobađanja iz ropstva. Oslobađanje iz ropstva, uz padanje u ropstvo, najveća je moguća promena čovekovog statusa koju poznaje rimsko pravo. Ne radi se, dakle, o pravnom institutu s područja imovinskog prava (*ius quod ad res pertinet*), već o institutu s područja prava koje se odnosi na lica (*ius quod ad personas pertinet*). Navedeni tekstovi su delovi rimske udžbeničke literature. Prvi nalazimo u Justinijanovim Institucijama, a drugi je fragment Digesta preuzet iz Marcijanovih Institucija. Imaju, prema tome, veliku težinu. Iz njih se mogu izvlačiti zaključci o shvatanju rimske pravne nauke o tome šta je kauza manumisije.

---

[27] I. 1. 6pr. Non tamen cuicumque volenti manumittere licet. nam is qui in fraudem creditorum manumittit nihil agit, quia lex Aelia Sentia impedit libertatem. ...3. In fraudem autem creditorum manumittere videtur, qui vel iam eo tempore quo manumittit solvendo non est, vel qui datis libertatibus desiturus est solvendo esse. ...4. Eadem lege Aelia Sentia domino minori annis viginti non aliter manumittere permittitur, quam si vindicta apud consilium iusta causa manumissionis odprobata fuerit manumissi. 5. Iustae autem manumissionis causae sunt, veluti si quis patrem aut matrem aut filium aut filiamve aut fratrem sororermve naturales aut paedagogorum nutricem educatorem aut alumnum alumamve aut collactaneum manumittat...

[28] D. 40. 2. 9pr. Iusta causa manumissionis est, si periculo vitae infamiaeve dominum servus liberavit.

Na početku teksta koji je uzet iz Justinijanovih Institucija nalazimo konstataciju da gospodar roba nema apsolutnu slobodu u donošenju odluke o oslobađanju roba, jer zakon Elija Sencija ne dozvoljava oslobađanja radi izigravanja poverilaca. Ovde se posmatra imovinski efekat oslobađanja. Svako oslobađanje umanjuje gospodarevu imovinu, pa nije dozvoljeno ako se poklapi s njegovom insolventnošću. U istom tekstu se potom kaže da lica koja su mlađa od dvadeset godina mogu oslobađati robove samo u posebnom postupku i to ako bude dokazano da za to postoji valjani razlog, *iusta causa*. Valjani razlog je krvna ili neka druga bliska veza između lica koje oslobađa i roba koji se oslobađa, ako je u pitanju otac, majka, dojilja, vaspitač i dr.

U drugom, Marcijanovom, tekstu valjanim razlogom smatraju se i slučajevi kada rob izvuče gospodara iz neke situacije koja je opasna po život ili otkloni od njega infamiju.

Koji se zaključci mogu izvući iz ovih tekstova, kada je reč o našoj temi,? Prvo, da rimski pravnici koriste termin *causa* u značenju *razlog* u poslu manumisije, koji ne svrstavaju u područje imovinskog prava, već u područje prava o licima.[29] To znači da kauzu ne shvataju kao isključivo ekonomski cilj i pojam imovinskog prava. Drugo, opravdavajućim razlogom, kauzuom, da se licu mlađem od dvadeset godina dozvoli da oslobodi roba smatraju volju manumitenta da na primeren način uredi svoje odnose s licima u srodstvu ili bliskoj vezi, kao i onim licima kojima duguje veliku zahvalnost. Valjanost kauze se, dakle, procenjuje s pogledom na porodicu i etiku, a ne iz ekonomskog ugla. Treće, zabrana oslobađanja robova za slučaj insolventnosti manumitenta pokazuje da se u poslu manumisije, koji se očigledno ne zaključuje radi ostvarivanja nekog neposrednog ekonomskog cilja[30], vodi računa i o mogućim negativnim imovinskim implikacijama. Dakle, analizirani tekstovi nesumnjivo pokazuju da se valjanom kauzom manumisije, razlogom koji rukovodi onoga koji preduzima taj posao smatra postizanje nekog cilja koji se prihvatljiv s šire, društvene, tačke gledišta. U proceni prihvatljivosti te kauze ne zapostavljaju se ni šire ekonomske implikacije preduzetog posla.

Analizirali smo kauzu manumisije koja je posao statusnog prava. Pogledaćemo sada obeležja rimskog shvatanja kauze u tekstovima koji se

[29] Tekst koji je uzet iz Justinijanovih Institucija nalazi se u prvoj knjizi koja, nakon uvodnih odeljaka o pravu i pravdi, odnosno jusu gencijum i jusu civile, u celini obrađuje problematiku prava koje se odnosi na lica. Taj tekst su Justinijanovi kompilatori, uz manje izmene, prepisali iz prve knjige Gajevih Institucija, odredbe 1. 36 – 39, u kojoj je takođe obrađeno pravo o licima.

[30] Rimski pravnici kažu da je vrednost slobode neprocenjiva, *libertas inaestimabilis res est* – D. 50. 17. 106., Paulus libro secundo ad edictum.

odnose na problematiku poklona između bračnih drugova, dakle u jednom poslu imovinskog prava.

Poklon između bračnih drugova bio je u klasičnom pravu posebno regulisan. Dva razloga su nas motivisala da ga analiziramo. Prvi je taj što u toj materiji rimski pravnici zabranjenu kauzu posla precizno određuju polazeći od ekonomskog kriterijuma. Drugi je što je poklon onaj dobročin posao koji današnji teoretičari nikada ne zaobilaze kada raspravljaju o kauzi.

Poklon klasičnog rimskog prava nije bio tipičan posao. To znači da nije bio određen sadržinom i formom kao ostali poslovi. Bio je samo kauza, valjani pravni osnov uvećanja imovine.[31] Zbog toga se u izvorima uz naziv *donatio* sreće i izraz *causa donandi*.[32] Kako je bio samo kauza pri-

[31] Klasični pravnici su reč "kauza" često upotrebljavali u značenju "pravni osnov". U primerima koje navodimo kauza je osnov za pribavljanje svojine. ***Iusta causa traditionis*** - D. 41. 1. 31pr., Paulus libro trigensimo primo ad edictum. *Nikada gola tradicija ne prenosi vlasništvo, već samo ona kojoj prethodi prodaja ili druga valjana kauza zbog koje je tradicija usledila.* (Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.); D. 6. 2. 3. 1., Ulpianus libro sexto decimo ad edictum. *Pretor kaže: 'po valjanoj kauzi utužuje'. Dakle, onaj koji ima valjanu kauzu tradicije, koristi Publicijevu tužbu: i Publicijeva tužba ne pripada samo savesnom kupcu, nego i drugima, smatra se i onom kome je po osnovu miraza predata stvar, iako još nije uzukapirana. Postoji, takođe, sasvim valjana kauza bilo da je procenjena stvar predata bilo da nije predata u miraz. Jednako je i ako stvar bude predata po osnovu presude* (Ait praetor: 'ex iusta causa petet'. qui igitur iustam causam traditionis habet, utitur Publiciana: et non solum emptori bonae fidei competit Publiciana, sed at aliiis, ut puta ei cui dotis nomine tradita res est necdum usucapta: est enim iustissima causa, sive aestimata res in dotem data sit sive non. item si res ex causa iudicati sit tradita); D. 6. 2. 4., Paulus libro nono decimo ad edictum. *ili po osnovu isplate* (vel solvendi causa); D. 6. 2. 5., Ulpianus libro sexto decimo ad edictum *ili na osnovu predaje u noksu, bilo da je ona ispravno ili pogrešno utvrđena.* (vel ex causa noxae detitionis, sive vera causa sit sive falsa.); ***Iusta causa usucapionis / c. possessionis*** – D. 41. 4. 2. 1., Paulus libro quinquagensimo quarto ad edictum. *Različite su kauza državine i uzukapije: naime, ispravno se kaže ako se nešto kupi, ali nesavesno: ko znajući kupi tuđu stvar, poseduje po osnovu kupovine, ali mu nije dozvoljeno da je stekne upotrebom.* (Separata est causa possessionis et usucapionis: nam vere dicitur quis emisse, sed mala fide: quemadmodum qui sciens alienam rem emit, pro emptore possidet, licet usu non capiat.)

[32] Navodimo dva primera: D. 39. 6. 27., Marcianus, libro quinto regularum. *Tamo gde se na takav način poklanja za slučaj smrti, da u nikakvom slučaju neće biti opoziva, pre postoji kauza donandi nego poklon za slučaj smrti. Zbog toga nije valjan između muža i žene i zato nema mesta primeni Falcidijevog zakona kao u poklonu za slučaj smrti.* (Ubi ita donatur mortis causa, ut nullo casu revocetur, causa donandi magis est quam mortis causa donatio: et ideo perinde haberi debet atque alia quaevis inter vivos donatio. ideoque inter viros et uxores non valet et ideo nec Falcidia locum habet quasi in mortis causa donatione.); D. 39. 5. 3., Ulpianus libro septuagensimo sexto ad edictum. *I uopšte, u poklonima je utvrđeno da je ovo od najvećeg značaja, da li je postojala kauza donandi ili uslov. Ako je postojala kauza, prestaje pravo na povraćaj, a ako je (postojao) uslov, ima mesta povraćaju.* (Et generaliter hoc in donationibus defi-

bavljanja imovine, mogao se realizovati na najrazličitije načine, prenosom prava svojine ili drugog stvarnog prava, ustanovljenjem obaveze, oproštajem duga, propuštanjem tužbe ili prigovora i dr.[33] Da bi se nešto smatralo poklonom morali su po klasičnom shvatanju biti prisutni sledeći elementi: imovinska korist na strani poklonoprimca, besplatnost, tj. odsustvo kontraprestacije u korist poklonodavca[34] i volja da se realizuje poklon (*animus donandi*) na poklonodavčevoj i poklonoprimčevoj strani.[35]

Poseban segment klasične regulative o poklonu činila je zabrana darivanja između bračnih drugova. Objašnjenje je klasičnih pravnika da je uvedena zato da se brak ne bi temeljio na imovinskom interesu, već na ljubavi supružnika:

D. 24. 1. 1., Ulpianus libro trigesimo secundo ad Sabinum

Običajima je kod nas prihvaćeno da ne važe pokloni između muža i žene. To je uvedeno zato da ne bi u zamenu za ljubav, ne držeći se mere u poklonima, preteranom lakomislenošću, jedno drugom oteli imovinu.[36]

Uobičajeni pokloni koji prate svakodnevni život bili su izuzeti iz zabrane, čime je bio rešen jedan problema vezan za primenu ovog pravila. Ostao je, međutim, drugi koji je sa stanovišta pravne prakse bio mnogo složeniji. Poklon klasičnog prava bio je samo kauza, pa je mogao biti učinjen poslovima u kojima se kauza ne vidi, na primer stipulacijom, ili putem teretnih poslova u kojima se prestacija jedne strane umanjuje ili izbegava u cilju pravljenja poklona. To je klasičnu jurisprudenciju primoralo da postavi pitanje šta zapravo treba zabraniti. Zaključila je da je to oboga-

---

niendum est multum interesse, causa donandi fuit an condicio: si causa fuit, cessare repetitionem, si condicio repetitioni locum fore.).

[33] Poklon je postao tipični posao tek Konstantinovom reformom iz 316. g. Najpotpuniji tekst Konstantinove konstitucije sačuvan je u *Fragmenta Vaticana 249.* Tom reformom poklon je sveden na prenos prava svojine. Forma posla bila je složena. Morala je biti sačinjena pismena isprava o poklonu i pohranjena u sudski arhiv. Uz to, zahtevala se predaja poklonjene stvari u prisustvu posebno sazvanih svedoka.

[34] D. 39. 5. 19. 6., Ulpianus, libro septuagensimo sexto ad edictum. *Napokon Pegas je smatrao, ako ti obećam sto (asa – A. M.) pod ovim uslovom: ako se obavežeš da ćeš svoje ime zameniti mojim, ne postoji poklon, jer je to učinjeno radi posla i posao je izvršen.* (Denique Pegasus putabat, si tibi centum spopondero hac condicione, si iurasses te nomen meum laturum, non esse donationem, quia ob rem facta est, res secuta est.)

[35] D. 39. 5. 29pr., Papinianus, libro decimo responsorum. *Smatra se da se poklanja ono što se ustupa bez prinude prava.* (Donari videtur quod nullo iure cogente conceditur.); D. 39. 5. 19. 2., Ulpianus, libro septuagensimo sexto ad edictum. *Dobročinstvo se ne može nametnuti uz protivljenje.* (Non potest liberalitas nolenti adquiri.)

[36] Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. hoc autem receptum est, ne mutuo amore invicem spoliarentur donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate.

ćenje jednog bračnog druga na račun drugog. Zbog toga je za poklon između bračnih drugova vezala pojam *obogaćenja – osiromašenja* (*locupletatio – depauperatio*) i time dala tumačenje da su zabranjeni samo oni pokloni koji dovode do obogaćenja – osiromašenja. Ako toga nema, poklon je valjan:

D. 24. 1. 5. 16., Ulpianus libro trigesimo secundo ad Sabinum

Ukoliko se, dakle, ništa ne izdaje iz dobara ispravno se kaže da je poklon valjan. Zbog toga, gde god onaj koji poklanja ne smanjuje od svojih pogućnosti, važi, ili čak i kad smanjuje, a ne čini bogatijim onoga koji prima, poklon važi.[37]

Ovakvom interpretacijom bilo je suženo područje primene zabrane. Bili su, na primer, izuzeti poklon koji bračni drug čini na taj način što odbija prijem nasleđa zato da bi ono pripalo njegovom supružniku[38] i poklon novca koji muž daje ženi da bi obnovila kuću koja joj je uništena u požaru.[39]

Zauzimanje pravnog stanovišta da su zabranjeni samo oni pokloni koji dovode do *obogaćenja – osiromašenja* proizvelo je, kada je u pitanju kauza posla, dve posledice, širu i užu. Šira je bila ta da su po tom osnovu mogle da se preispituju sve kauze poslova koje su međusobno zaključili bračni drugovi. Bili su obuhvaćeni i oni poslovi u kojima kauza nije vidljiva, na primer, strogo formalno obavezivanje putem stipulacije i oprost duga putem akceptilacije:

D. 24. 1. 3. 10., Ulpianus libro trigesimo secundo ad Sabinum

Poznato je, pak, da su tako zabranjeni pokloni između muža i žene, da po samom pravu ništa ne važi što je preduzeto. Zato, ako je stvar ono što se poklanja, ni predaja ništa ne važi, i kada je stipulacijom obećano ili je akceptilacijom otpušten dug, ništa ne važi. Naime, ono što se između muža i žene zaključuje iz razloga poklona po sili prava nema nikakve važnosti.[40]

---

[37] Cum igitur nihil de bonis erogatur, recte dicitur valere donationem. ubicumque igitur non deminuit de facultatibus suis qui donavit, valet, vel, etiamsi deminuat, locupletior tamen non fit qui accepit, donatio valet.

[38] Takav slučaj je naveden u D. 24. 1. 13., Ulpianus, libro trigesimo secundo ad Sabinum.

[39] U ovom slučaju poklon je valjan do iznosa koji je utrošen za obnovu kuće. Ovakav poklon opisan je u D. 24. 1. 14., Paulus, libro septuagensimo uno ad edictum.

[40] Sciendum autem est ita interdictum inter virum et uxorem donationem, ut ipso iure nihil valeat quod actum est: proinde si corpus sit quod donatus, nec traditio quicquam

Druga, uža posledica, bila je ta da je vezivanjem zabranjenih poklona između bračnih drugova za pojam *obogaćenje – osiromašenje* u klasičnu materiju poklona uneta nova kauza koje se razlikovala od kauze u poklonima koji se zaključuju među ostalim licima. Dok je u svim ostalim situacijama suština poklona bila u animusu donandi i poklonoprimčevoj imovinskoj koristi, suština pojma zabranjenog poklona bila je obogaćenje – osiromašenje. Šta je klasična jurisprudencija uradila uvodeći takvo shvatanje poklona, ako bi se stvar posmatrala iz ugla današnje pravne teorije? Ona je *animus donandi* koji je bio subjektivni elemenat opšteg pojma poklona izbacila iz zabranjenih poklona između bračnih drugova i zamenila ga čisto objektivnim, ekonomskim, kriterijumom.

Šta se u praksi počelo događati nakon ove nove interpretacije suštine zabranjenih poklona? Supružnici su počeli da izigravaju zabranu tako što su poklonima davali oblik teretnog posla. Prva ideja do koje su došli svakako je bila da iskoriste kupoprodaju. Ona je za to bila izuzetno pogodna. U svakodnevnim trgovinskim transakcijama dogovorena cena bila je plod niza okolnosti. Zbog toga klasično pravo nije ni vodilo računa o njenoj pravičnosti. Stajalo je na stanovištu da je prirodno da u kupoprodaji prodavac nastoji da proda što skuplje, a kupac da kupi što jeftinije.[41] Takvo shvatanje otvorilo je prostor da se u praksi u kupoprodaju uz kauzu koja je karakteriše, dakle razmenu stvari za novac, ugradi i animus donandi koji se očitovao kroz ugovaranje više ili niže cene.

Jurisprudencija je bila svesna da se u prodajama stvari nekada javlja i animus donandi, ali je ustrajala u stanovištu da to ne dovodi u pitanje pravnu prirodu zaključenog posla. Posao je i dalje smatran kupoprodajom:

D. 18. 1. 38., Ulpianus libro septimo disputationum

Ako neko iz razloga poklona jeftinije proda, prodaja je valjana. Toliko puta govorimo da prodaja u celini nije valjana ukoliko je prodaja u

---

valet, et si stipulanti promissum sit vel accepto latum, nihil valet: ipso enim iure quae inter virum et uxorem donationis causa geruntur nullius momenti sunt.

[41] Razmatrajući jedan slučaj ugovaranja niske zakupnine Paulus kaže: *Isto onako kao što je po prirodi stvari dozvoljeno u kupovini i prodaji nešto što je vrednije kupiti za manji iznos, a nešto što je manje vredno prodati za veću cenu, i na taj način se međusobno varati, takvo je pravo i u davanju u zakup i uzimanju u zakup.* D. 19. 2. 23. 3., Paulus, libro trigesimo quarto ad edictum. Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est.

celosti učinjena iz razloga poklona. Ukoliko je uistinu za nižu cenu iz razloga poklona stvar predata, nema sumlje prodaja je valjana.[42]

To je, dakle, bilo opšte pravilo. Budući da je ono u slučaju kupoprodaje koju su zaključili supružnici otvoralo vrata izigravanju zabrane darivanja, jurisprudencija ih je morala zatvoriti. Zbog toga u nastavku navedenog Ulpijanovog teksta čitamo:

Tako je između ostalih lica. Između muža i žene prodaja učinjena za nižu cenu iz razloga poklona je ništava.[43]

Isti je stav jurisprudencija zauzela kada je među supružnicima bio ugovoren zakup, u kome je animo donandi bila ugovorena viša ili niža zakupnina.[44]

Locupletatio – depauperatio klasičnog prava u zabranjenim poklonima između bračnih drugova primer je ekonomskog pristupa u razumevanju kauze u jednom poslu imovinskog prava. Interpretacija koju je jurisprudencija davala u nekim slučajevima koji su se javljali u praksi pokazuje, međutim, da je taj ekonomski pristup kauzi ipak bio korigovan smeštanjem problematike obogaćenja – osiromašenja u širi društveni kontekst. Niz poklona je bio izuzet iz zabrane uprkos obogaćenju – osiromašenju. Tako su, na primer, bili dozvoljeni pokloni radi otklanjanja siromaštva bračnog druga (*causa exilii*)[45], radi održavanja porodične svečanosti koja je primerena ženinom statusu[46], radi podizanja grobnice (*sepulturae causa*)[47] i pokloni koji se daju mužu povodom njegovog ulaska u red senatora ili vitezova.[48] Tako je na kraju valjanost kauze i u poklonima između bračnih drugova procenjivana ne samo s ekonomskog, već i s drugih društvenih kriterijuma.

---

[42] Si quis donationis causa minoris vendat, venditio valet: totiens enim dicimus in totum venditionem non valere, quotiens universa venditio donationis facta est: quotiens ver viliore pretio res donationis causa distrahitur, dubium non est venditionem valere.

[43] D. 18. 1. 38., Ulpianus, libro septimo disputationum. hoc inter ceteros: inter virum vero et uxorem donationis causa venditio facta pretio viliore nullius momenti est.

[44] D. 24. 1. 52pr., Papinianus, libro decimo quaestionum. *Ako je muž ženi iz razloga poklona stvar uz nižu cenu dao u zakup, zakup je ništav.* (Si vir uxori donationis causa rem vilius locaverit, locatio nulla est.)

[45] D. 24. 1. 43., Paulus, libro primo regularum. *Između muža i žene može poklon se može učiniti iz razloga siromaštva.* (Inter virum et uxorem exilii causa donatio fieri potest.)

[46] D. 24. 1. 31. 8., Pomponius, libro quarto decimo ad Sabinum.

[47] D. 24. 1. 5. 8., Ulpianus, libro trigesimo secundo ad Sabinum. *Dozvoljen je poklon iz razloga sahranjivanja. Zbog toga se smatra da se radi sahranjivanja može poklonit parcela zemlje mužu od strane žene, ili obrnuto...* (Concessa donatio est sepulturae causa: nam sepulturae causa locum marito ab uxore vel contra posse donari constat ...)

[48] Ulp. Reg. 7. 4.

Koji se opšti zaključci o rimskom poimanju kauze mogu izvesti nakon analize dva posla koju smo izvršili. Najpre da rimsko klasično pravo poznaje pojam *kauza posla*. U analiziranim tekstovima o manumisiji i poklonima između bračnih drugova našli smo i one u kojima reč *causa* označava valjani razlog oslobađanja iz ropstva (*iusta causa manumissionis*) i valjani razlog nekih darivanja među supružnicima (*causa exilii, sepulturae causa*).

Drugo, jurisprudencija pod kauzom negocijuma podrazumeva razlog zbog koga se posao preduzima. To je postizanje određenog ekonomskog ili drugog prihvatljivog društvenog cilja. Tekstovi svedoče da klasični pranici kauzu ne posmatraju iz ugla pravnog cilja koji se poslom postiže. U sistemu tipičnih poslova, kakav je postojao u rimskom pravu, pravni ciljevi poslova bili su vidljivi i jasno definisani. Očigledno je, na primer, da je pravni cilj svake manumisije promena statusa roba da bi se on učinio slobodnim čovekom, a da je pravni cilj svake mancipacije i tradicije prenos prava svojine. Iz tih pravnih ciljeva se ništa ne može zaključiti o razlogu zbog kojih su poslovi preduzeti. Zbog toga su rimski pravnici izgradili pojam kauze posla koji ima svoju ekonomsku i širu društvenu dimenziju. Tako shvaćena kauza uvela je u sferu prava i one izjave volja iza kojih nije stajao neposredni ekonomski interes, a s druge strane je otvorila prostor za pravna tumačenja u skladu sa klasičnim rimskim shvatanjem da je pravo veština da se u konkretnim slučajevima iznađe dobro i pravično rešenje.

Klasični pravnici su ispitivali kauzu posla onda kada su postojale okolnosti koje su nalagale da se proveri da li određenom licu treba dopustiti da preduzme neki posao, odnosno da li treba prihvatiti tipične pravne posledice koje neki posao nosi. Kauza manumisije se neće ispitivati ako je manumitent stariji od dvadeset godina, jer se smatra da je on dovoljno zreo da sam proceni opravdanost manumisije. Neće se ni istraživati da li iza neke stipulacija ili tradicije stoji kauza donandi ako nema insolventnosti poklonodavca ili opasnost da će do nje doći i ako poklonodavac i poklonoprimac nisu u bračnoj vezi.

Da rimsko klasično poimanje kauze podrazumeva njenu društvenu dimenziju, ekonomsku, moralnu i etičku, dokazuje i postojanje dva posebna pravna pojma koji su izvedeni iz opšteg pojma *kauza.* To su pojmovi *dobročina kauza* i *nečasna kauza*.

Dobročina kauza (*causa lucrativa*) postoji u poslu koji donosi korist nekom licu bez ekvivalentne naknade. Postojanje ili odsustvo ove kauze čini posao dobročinim ili teretnim. Ovu kauzu tekstovi često pominju zbog toga što se pri rešavanju sporova nisu primenjivala ista pravna pravila na obe vrste poslova. Evo nekih primera. Pravo je insistiralo na tome da dužnik u celosti ispuni svoju obavezu ako je u pitanju teretni posao, a u

dobročinom mu je dozvoljavalo da zatraži da mu se obaveza oprosti ili umanji zbog teškog imovinskog stanja (*beneficium competentiae*).[49] Dužnik u lukrativnom poslu nije odgovarao za evikciju i skrivene nedostatke predate stvari[50] i bio je oslobođen obaveze isplate zateznih kamata ako je pao u docnju, a u teretnom poslu svih tih pogodnosti nije bilo.[51]

Postojanje lukrativne kauze posla bilo je od posebnog značaja u slučaju kada je neka stvar bila predmet više poslova koji su se ukrstili. Tada se vodilo računa da li su se srela dva teretna posla, dva dobročina posla ili teretni s dobročinim. Kada su se srele dve lukrativne kauze u istoj stvari, gasila se dužnikova obaveza. U ostalim slučajevima nije. To pokazuju sledeći tekstovi:

D. 19. 1. 13. 15., Ulpianus libro trigesimo scundo ad edictum

Ako mi prodaš tuđe zemljište, pa ono po dobročinoj kauzi postane moje, zbog toga mi ništa manje neće protiv tebe pripadati pravo na tužbu po osnovu kupovine.[52]

D. 44. 7. 17., Iulianus libro trigensimo tertio digestorum

Svi dužnici, koji po dobročinoj kauzi duguju individualno određenu stvar, oslobađaju se (obaveze) ukoliko ta individualno određena stvar pripadne poveriocu po dobročinoj kauzi.[53]

---

[49] D. 39. 5. 12., Ulpianus, libro tertio disputationum.; D. 39. 5. 33pr., Hermogenianus, libro sexto epitomarum. *Onaj koji je nešto stipulišući obećao iz razloga poklona, ustanovio je obavezu isplate, a po tužbi* constitutae pecuniae *osuđuje se ne u celosti, već na onoliko koliko može da učini. Odlučeno je, naime, da treba da pretegnu kauza i poreklo* constitutae pecuniae, *a ne snaga presude. Zato i osuđeni po osnovu poklona neće uzalud češznuti da po tužbi radi izvršenja presude bude osuđen na onoliko koliko može da učini.* (Qui id, quod ex causa donationis stipulanti spoponderat, solvi constituit, actione constitutae pecuniae non in solidum, sed in quantum facere potest convenitur: causam enim et originem constitutae pecuniae, non iudicii potestatem praevalere placuit. sed et condemnatus ex causa donationis in actione iudicati non frustra desiderat, in quantum facere potest conveniri.)

[50] D. 39. 5. 18. 3., Ulpianus libro septuagensimo primo ad edictum); D. 21. 1. 62., Modestinus libro sexto differentiarum.

[51] D. 39. 5. 22., Modestinus, libro octavo differentiarum.

[52] Si fundum mihi alienum vendideris et hic ex causa lucrativa meus factus sit, nihilo minus ex empto mihi adversus te actio competit.

[53] Omnes debitores, qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur cum ea species ex causa lucrativa ad creditores pervenisset. U Justinijanovim Institucijama nalazimo ovo pravilo u lepoj formulaciji: dve dobročine kauze se ne mogu steći u istom licu i istoj stvari. I. 2. 20. 6. *Ako je bila legirana tuđa stvar, pa je legatar za života testatora na osnovu kupovine postao njen vlasnik, može putem tužbe iz testamenta zahtevati njenu cenu. Ako je pak (stekao stvar) na osnovu dobročine kauze, na primer poklonom ili drugom slič-*

Nečasna kauza (*turpis causa*) postoji u poslu koji je zaključen suprotno dobrim običajima (*contra bonos mores*). Ona (kao i nedozvoljena kauza) ne vodi sticanju prava, odnosno pravni je osnov za povraćaj datog ako je prestacija izvršena:

D. 12. 5. 1pr., Paulus libro decimo ad Sabinum

Sve što se daje ili se daje radi (zaključenja – A. M.) posla ili zbog postojeće kauze, a radi posla ili nečasnog ili časnog: nečasnog, pak, tako da je nečasnost davaočeva, ne primaočeva, ili samo primaočeva, ne i davaočeva, ili kod obojice. 1. Ukratko, dato radi časnog posla može se tada vratiti natrag ako posao, radi kojeg je dato, nije izvršen. 2. Ono što postane primaočevo uz njegovu nečasnu kauzu može se vratiti natrag i ako posao bude izvršen:[54]

D. 12. 5. 2., Ulpianus libro vicensimo sexto ad edictum

kao kada smatra da tebi daje da ne učiniš svetogrđe, krađu ili ne ubiješ čoveka.[55]

D. 12. 5. 3., Paulus libro decimo ad Sabinum

Tamo, pak, gde se prenosi uz nečasnost i davaoca i primaoca, kažemo da se ne može vratiti natrag, kao na primer ako se daje novac da se loše presudi.[56]

Postojanje pojmova *dobročina kauza* i *nečasna kauza* još jedanput potvrđuje da termin *kauza*, kada ga klasični pravnici koriste da bi označili razlog zaključenja posla, ima svoju ekonomsku i širu društvenu dimenziju. Ova dva oblika kauze pokazuju takođe da je rimska pravna nauka svestrano izučila problematiku kauze posla i stvorila sa stanovišta prava svrsishodne i logički usklađene pojmove.

---

nom kauzom, ne može tužiti, jer je običajem uvedeno da se dve dobročine kauze ne mogu steći u istom licu i istoj stvari. (Si res aliena legata fuerit et eius vivo testatore legatarius dominus factus fuerit, ex testamento actione pretium consequi potest: si vero ex causa lucrativa, veluti ex donatione vel ex alia simili causa, agere non potest nam traditum est duas lucrativas causas in eundem hominem et in eundem rem concurrere non posse.)

[54] Omne quod datur aut ob rem datur aut ob causam, et ob rem aut turpem aut honestam: turpem autem, aut ut dantis sit turpitudo, non accipientis, aut ut accipientis dumtaxat, non etiam dantis, aut utriusque. 1. Ob rem igitur honestam datum ita repeti potest, si res, propter quam datum est, secuta non est. 2. Quod si turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest:

[55] ut puta dedi tibi ne sacrilegium facias, ne furtum, ne hominem occidas...

[56] Ubi autem et dantis et accipientis turpitudo versatur, non posse repeti dicimus: veluti si pecunia detur, ut male iudicetur.

Racionalan pristup pravu usmerio je rimske pravnike da obrate pažnju na suštinske razloge preduzimanja poslova. Tekstovi pokazuju da su oni u svim poslovima nalazili kauzu. Tamo gde kauza nije bila neposredno vidljiva, kakav je na primer slučaj kod poklona koji je obučen u stupulacionu ili mancipacionu formu, pravna nauka je stvorila procesualna sredstva (pre svega *exceptio*) putem kojih se kauza mogla učiniti vidljivom kada su to zahtevali rezoni prava. Samoj činjenici da li se kauza posla vidi na prvi pogled, ili ne vidi, rimska pravna nauka nije pridavala veći značaj. Zbog toga i nije stvorila pojam koji odgovara modernom (teorijski posmatrano dosta nejasnom) pojmu *apstraktni posao.* U rimskom pravnom rečniku nema termina koji ima takvo značenje.

Kauza obligacije

Rimska pravna nauka izgradila je i pojam *kauza obligacije*. To je dobro poznato teoretičarima koji izučavaju savremeno obligaciono pravo. Izlažući razvoj obligacionog prava nikada ne propuštaju da se osvrnu na Gajevu tripartitnu podelu obligacija koja polazi od razloga njihovog nastanka, kao i na kasniju modifikaciju koju su izvršili Justinijanovi kompilatori uvodeći četvornu podelu.[57] Kako se radi o poznatim stvarima, mi ćemo se ograničiti na nekoliko napomena, kako bi zaokružili prikaz rimskog shvatanja kauze.

Gaj započinje izlaganje o obligacijama u trećoj knjizi svog udžbenika ovim rečima:

Gai., 3. 88.

Sada prelazimo na obligacije. Najvažnija podela deli ih na dve vrste: svaka obligacija nastaje ili iz kontrakta ili iz delikta. 89. *Najpre da razmotrimo one koje nastaju iz kontrakta. Dakle, među njima postoje četiri vrste: naime, ili je obligacija prouzrokovana predajom stvari ili izgovaranjem reči ili zapisivanjem ili prostom saglasnošću.*[58]

---

[57] Tako, na primer, *Reinhard Zimmermann* u kapitalnom delu o savremenom obligacionom pravu posvećuje sedam stranica evoluciji rimskog pogleda na kauzu obligacije. Vidi: R. Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996, s. 14 – 21.

[58] 3. 88. Nunc transeamus ad obligationes. Quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto. 89. Et prius videamus de his quae ex contractu nascuntur. Harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu.

Gaj kaže da postoje dve vrste obligacija. Jedne nastaju iz kontrakta, dakle iz saglasnosti volja[59], a druge iz delikta, tj. iz nedozvoljene radnje. Nabraja zatim vrste kontrakata i time daje potpunu sistematiku rimskih obligacija. Kada kaže da postoje dve vrste obligacija Gaj ne koristi izraze „smatra se", „većina misli" i sl., što klasični pravnici čine kada nema jedinstvenog mišljenja o nekom pitanju. Njegov iskaz je rezolutan i uvod je u prikaz problematike obligacija kojom se on bavi do kraja treće knjige svog udžbenika. Mora se zato zaključiti da Gaj samo prenosi ono što je u tadašnjoj pravnoj nauci bilo opšteprihvaćeno stanovište.

Držeći se redosleda kojim je nabrojao vrste kontrakata, Gaj u nastavku teksta prelazi na realne kontrakte. Objašnjavajući da oni nastaju predajom stvari, pominje i isplatu nedugovanog:

Gai., 3. 91.

I onaj koji primi nedugovano od nekog ko u zabludi isplati, obavezan je na osnovu predate stvari. Na osnovu toga protiv njega se može podići kondikcija „ako se utvrdi da treba da dâ*", kao da je primio zajam. Otuda neki smatraju da pupilu ili ženu, kojima je zabludom bez tutorovog odobrenja dato nedugovano, kondikcija neće vezivati ništa više od slučaja kada je predato radi zajma. Ipak, kod* ***ove vrste obligacije*** (podvukao – A. M.) *ne vidi se da se sastoji iz kontrakta, jer onaj koji daje s voljom da isplati pre želi da ugasi posao nego da ga zaključi.*[60]

Po Gaju i isplata nedugovanog koja je izvršena u zabludi takođe stvara obligaciju. Lice kome je isplaćeno ima obavezu da vrati ono što je primilo. Ova pravna situacija se ne uklapa u bipartitnu podelu obligacija. Izvor obligacije nije delikt, zato što nema nedozvoljene radnje, a nije ni kontrakt, zato što nema saglasnosti volja. To Gaj uočava pa kaže da se tu radi o posebnoj, dakle trećoj, vrsti obligacija.

---

[59] Terminom *kontrakt* klasični pravnici označavaju obligaciju koja nastaje sporazumom stranaka. D. 2. 14. 1. 3., Ulpianus, libro quarto ad edictum. ... *sporazum je opšti naziv jer, kao što je Pedije lepo rekao, ne postoji kontrakt, nikakva obaveza, koja u sebi ne sadrži sporazum, čak i kada se zahteva predaja stvari ili izgovaranje reči. Naime, i stipulacija, koja nastaje rečima, je ništava ukoliko nema saglasnosti.* (... conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.)

[60] Is quoque, qui non debitum accepit ab eo qui per errorem solvit, re obligatur. Nam proinde ei condici potest *si paret eum dare oportere*, ac si mutuum accepisset. Unde quidam putant pupillum aut mulierem, cui sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non teneri condictione, non magis quam mutui datione, Sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere.

Navedeni tekst pokazuje da je Gaj u vreme pisanja Institucija (oko 160. godine n. e.), u kojima govori o biparticiji, uočavao činjenicu da se neke obligacije ne uklapaju u opšte prihvaćenu klasifikaciju. Ta ideja, da postoji i treća vrsta obligacija vremenom je kod Gaja sazrela, pa on u delu *O svakodnevnim stvarima* [61], uvodi u pravnu teoriju svog vremena tripartitnu podelu obligacija:

D. 44. 7. 1pr., Gaius libro secundo aureorum. *Obligacije, dakle, nastaju ili iz kontrakta ili iz delikta ili po nekom posebnom pravu iz raznih oblika kauza.*[62]

Prema Gaju obligacije nastaju iz kontrakta, dakle nekog posla, iz delikta i iz nekih drugi razloga. Ovaj tekst je za nas značajan zbog toga što sadrži reč *kauza* u značenju razlog nastanka obligacije.

Klasično shvatanje o kauzi obligacije dalje su razradili tokom postklasičnog perioda profesori pravnih škola u Konstantinopolju i Bejrutu. U Justinijanovim Institucijama, u koje su u najvećem delu uneli tekst Gajevih Institucija, napisali su novi tekst o podeli obligacija po osnovu kauze:

Inst. 3. 13. 2. *Sledeća podela*[63] *deli ih na četiri vrste: ili postoje na osnovu kontrakta ili kvazi kontrakta ili delikta ili kvazi delikta.*[64]

Ovim se završava i evolucija teorije o kauzi obligacije u rimskom pravu. Četiri su kauze, razloga, koji dovode do nastanka obligacije: kontrakt, kauze koje su slične kontraktu, delikt i kauze koje su slične deliktu. Kvazikontraktne obligacije su se razlikovale od kontraktnih po tome što nisu nastajale iz saglasnosti volja, već iz neke pravom dozvoljene radnje. Kvazideliktne obligacije su se razlikovale od deliktnih po tome što su nastajale iz nedozvoljene radnje koja nije imala sva obeležja delikta.

---

[61] Delo *O svakodnevnim stvarima* (*Res cottidianae sive aurea*) je prerada *Institucija*. Po mišljenju nekih autora objavljeno je posthumno.

[62] Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris.

[63] Ovom tekstu prethodi tekst koji govori o podeli obligacija na civilne i pretorske.

[64] Sequens divisio in quattuor species diducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio.

Kauza prestacije u kontraktima

Moderna pravna teorija poznaje pojam *kauza prestacije* i postavlja pitanje šta pod njom treba podrazumevati, posebno kada je reč o ugovorima. Najčešći odgovor je da je to u teretnim ugovorima prestacija druge ugovorne strane, u realnim ugovorima izvršena predaja stvari, a u dobročinim ugovorima volja strane da učini dobročinstvo (na primer, *animus donandi* kod poklona). Tako se, na primer, kod ugovora o kupoprodaji zaključuje da je kauza prodavčeve prestacije kupčeva obaveza da isplati cenu, a da je s druge strane kauza kupčeve prestacije prodavčeva obaveza da preda stvar. Objašnjenje se izvodi iz činjenice da je kupoprodaja teretni ugovor, pa podrazumeva međusobnu uslovljenost prestacija.

I Rimsko pravo poznaje pojam *prestacija* u kontraktnim obligacijama, a one su po svojoj ekonomskoj i društvenoj funkciji slične savremenim ugovorima:

Gai., 4. 131.
Naime, često na osnovu jedne iste obligacije nešto treba odmah izvršiti, a nešto je u budućoj prestaciji: kao na primer kada smo stipulacijom obavezani da svake godine ili meseca isplaćujemo određenu svotu novca.[65]

Klasični pravnici, kada govore o obligacijama, pod prestacijom podrazumevaju sve ono što je dužnik obavezan da ispuni, odnosno ono što poverilac potražuje. Položaj stranaka u kontraktu se razlikuje prema prestacijama koje one potražuju i duguju, a po vrsti prestacija razlikuju se i oblici kontrakata. Paulus, upoređujući kupoprodaju i trampu, kaže:

D. 19. 4. 1., Paulus libro trigesimo secundo ad edictum
Kao što je jedna stvar prodati, a druga kupiti, jedno je kupac, a drugo prodavac, tako je jedna stvar cena, a druga roba. Na suprot tome, u trampi se ne može razlučiti koji od dvojice treba da bude kupac, odnosno koji treba da bude prodavac, i zato se jako razlikuju prestacije.[66]

[65] Saepe enim ex una eademque obligatione aliquid iam prestari oportet, aliquid in futura praestatione est: veluti cum in singulos annos vel menses certam pecuniam stipulati fuerimus.

[66] Sicut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor, ita pretium aliud, aliud merx. at in permutatione discerni non potest, uter emptor vel uter venditor sit, multumque differunt praestationes.

Prestacija ne može nastati ako u njenoj osnovi ne stoji neka kauza koja rađa samu obligaciju:

D. 44. 7. 3. 1., Paulus libro secundo institutionum
Nije, pak, dovoljno da je novac davaočev i da je učinjen primaočevim da bi nastala obligacija, već je potrebno da se daje i prima i s voljom da se ustanovi obligacija. Zato, ako neko svoj novac meni prenese iz razloga darivanja, mene ne obavezuje jer, budući da je postojao poklon, moj i treba da bude.[67]

Naravno, ta kauza mora biti *iusta* :

D. 2. 14. 7. 3., Ulpianius, *libro quarto ad edictum*
Ako je dato obećanje radi toga da ne bi bio učinjen zločin, iz takvog sporazuma ne nastaje obligacija. 4. *Jer, ovo se smatra, ako iza zaključenog sporazuma ne postoji nikakva kauza, ne može se ustanoviti obaveza.*[68]

Tekstovi također pokazuju da pravnici jasno vide da su prestacije stranaka u nekim kontraktima međusobno uslovljene, a da u drugim nisu. Konsensualni kontrakti su bili izraz tržišnog načina privređivanja. Zbog toga su i bili teretni poslovi, rađali su međusobno uslovljene prestacije. Imajući to u vidu Gaj kaže:

D. 44. 7. 2. 3., Gaius libro secundo aureorum.
...u ovim (konsensualnim – A. M.) *kontraktima jedan je obavezan drugom zbog onoga što treba međusobno ispuniti u skladu s dobrim i pravičnim.*[69]

Međutim, jedan među konsensualnim kontraktima, mandatum, izrastao je iz rođačkih i prijateljskih veza, pa je uobličen kao dobročin posao. U njemu nije bilo uslovljenosti prestacija, pa jurisprudencija nije dopuštala da se ona uvede sporazumom stranaka i posao na taj način učini teretnim:

---

[67] Non satis autem est dantis esse nummos et fieri accipientis, ut obligatio nascatur, sed etiam hoc animo dari et accipi, ut obligatio constituatur. itaque si quis pecuniam suam donandi causa dederit mihi, quamquam et donantis fuerit et mea fiat, tamen non obligabor.

[68] Si ob maleficium ne fiat promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventione. 4. Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem.

[69] ....in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et equo praestare oportet.

D. 17. 1. 1. 4., Paulus, *libro trigensimo secundo ad edictum*

Nalog je ništav ako nije besplatan: naime rađa se iz osećaja dužnosti i prijateljstva, suprotan je, dakle, obavezi po osnovu cene: uvođenjem novca ispravnije je posao smatrati izvršenjem dela.[70]

Kada se analizira klasična kazuistika uočava se da pravnici istražuju iz čega se prestacija rađa, usled čega se tokom obligacionog odnosa menja i, na kraju, kada se gasi. Jurisprudencija pri tome po pravilu i ne pominje reč *kauza.*[71] O kauzi prestacije pravnici raspravljaju posredno, postavljajući pitanje da li je iz nekog činjeničnog stanja nastalo pravo na tužbu, na ulaganje prigovora ili korišćenje nekog drugog procesnog sredstva. To je posledica rimskog pogleda na pravo u kome nije bilo mesta za odvajanje materijalnog od procesnog prava. Odgovori pravnika na postavljeno pitanje temeljili su se u krajnjoj liniji na zaključku da li je konkretnom slučaju nastao kontrakt koji je bio izvor prava i obaveza. Razmatranja klasičnih pravnika o kauzi prestacije zato se ne razlikuju od razmatranja o kauzi samog kontrakta. Uvek su vezana za saglasnost volja o ekonomskoj i društvenoj funkciji koja se ostvaruje kontraktom.

Otkuda takvo, nazovimo ga sintetičkim, gledanje rimske pravne doktrine, koje kauzu prestacije vezuje za kauzu kontrakta? Ono je posledica neraskidive veze svakog od kontrakata s prestacijama koju nosi. Rimski kontrakti nastaju iz saglasnosti volja kontraktnih strana o zaključenju posla, a ta saglasnost uvek podrazumeva i prihvatanje njegovih pravom definisanih prestacija. Ekonomsku i društvenu suštini kontrakta stranke nisu mogle menjati.[72] Zbog toga jurisprudencija u kazuistici o kontraktima[73] kauzu prestacije ne traži u međusobnom odnosu samih prestacija, već u ekonomskom i društvenom cilju koji su strane imale u vidu kada su se sporazumevale. Čini nam se da je to bio i jedini ispravni način da se ostvari jedinstveni pristup u tumačenju kauze prestacije u svim kontraktima. Da se pošlo od međusobne uslovljenosti prestacija, nikako se ne

[70] Mandatum nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit.

[71] Elektronska pretraga rimskih tekstova pokazala da se u rimskoj kazuistici o kontraktima ne javlja izraz *causa praestandi.*

[72] To se jasno vidi i u Paulusovom tekstu koji smo napred naveli (D. 17. 1. 1. 4.) u kome se kaže da strankama nije dopušteno da u okviru naloga ugovaraju naknadu u korist nalogoprimca.

[73] Ta kazuistika se u najvećem delu odnosi upravo na problematiku prestacija, tj. traže se odgovori na pitanje šta kontraktne strane imaju pravo da potražuju, a šta su dužne da ispune.

bi mogle pravno logički objasniti pozicije strana u dobročinim kontraktima mutuumu, depozitumu, komodatumu i mandatumu, u kojima se prilikom zaključenja posla ne ugovaraju prestacije na strani zajmodavca, ostavodavca, poslugodavca i nalogodavca.

Jurisprudencija je kontrakte posmatrala i u njihovoj dinamici. Ako su tokom trajanja obligacionog odnosa nastupile okolnosti koje stranke nisu imale u vidu u momentu sporazumevanja, a ekonomski ili neki drugi društveni razlozi su nalagali da se uzumu u obzir, jurisprudencija je stvarala odgovarajuća procesualna sredstva. Stavljajući ih strankama na raspolaganje, nekada je u zaključeni kontrakt uvodila i nove prestacije. Tako su, na primer, nastale *actiones contrariae* putem kojih su u dobročinim kontraktima, fiduciji, pignusu, ostavi, posluzi i nalogu strane koje su u momentu nastanka kontrakta imale samo obavezu ispunjenja prestacije dobile mogućnost da naplate troškove koje su učinile i nadoknade štetu koja im je pričinjena.[74]

Utvrđeni broj kontrakata i njihove pravnim pravilima definisane prestacije ograničavale su autonomiju volje. Ljudi su zbog toga u ambijentu složenih ekonomskim i društvenih odnosa, koji karakterišu Rim tokom poslednja dva veka stare ere, počeli da zaključuju i takve sporazume kojima su ugovarali međusobno uslovljene prestacije koje se nisu mogle podvesti pod neki od postojećih kontrakata. Na početku nezaštićeni, *pacta nuda,* i utemeljeni samo na *bona fides,* ovi sporazumi su vremenom dobili pravnu zaštitu, ako nisu bili suprotni pravu i dobrim običajima. Takvi sporazumi, ipak, nisu bili ugovori u smislu današnjeg prava. Zaštitu su uživali tek nakon što bi jedna strana ispunila svoju obavezu. Tek pozivom na tu činjenicu, ona je mogla podići tužbu (*actio in factum*, *actio praescriptis verbis*) i zahtevati od druge strane da ispoštuje dogovoreno i ispuni svoju prestaciju. Tako su nastali „bezimeni kontrakti", obligacije raznolike sadržine, koje po pravilu nisu imale posebno ime.

Ta nedefinisanost prestacija u bezimenim kontraktima bila je povod da Paulus napiše jedan tekst o načelno mogućim kombinacijama prestacija. Tekst je interesantan ne samo iz ugla ukazivanja da su rimski pravnici dobro razumeli šta je uslovljenost prestacija, već i kao primer „teoretisanja" kome klasična jurisprudencija uošte nije bila sklona. Paulus kaže:

[74] D. 13. 6. 17. 1., Paulus libro vicensimo nono ad edictum. *Tužba* contraria *iz posluge može se pokrenuti i kada nema glavne (tužbe), kao i ostale koje se nazivaju* contraria. (Contraria commodati actio etiam sine principali moveri potest, sicut et ceterae quae dicuntur contrariae.)

D. 19. 5. 5pr., Paulus libro quinto quaestionum

Moj prirodni sin robuje tebi i tvoj sin meni: među nama je sporazum da ti oslobodiš mog i ja tvog: ja sam oslobodio, ti nisi oslobodio: postavlja se pitanje koja mi tužba pripada. U okviru ovog pitanja možeš izložiti celokupnu diskusiju povodom predate stvari. Šta je u ovakvim slučajevima prikladno:dakle, ili dajem tebi da daš, ili dajem da činiš, ili činim da daš, ili činim da činiš: U tim okvirima se postavlja pitanje kakva obligacija treba da nastane, 1. Dakako, ako ti dam novac da bih primio stvar, postoji kupovina i prodaja: ako pak dajem stvar da bih stvar primio, budući da se ne smatra da prilikom razmene stvari postoji kupovina, nema sumnje da nastaje utuživa obligacija u kojoj se tužba rađa ne radi toga da vratiš što si primio, već da meni daš toliko obeštećenje koliki je moj interes da primim ono o čemu je sporazum: ali, ako želim da vratim svoje, traži se ono što je dato, kao kada je stvar data radi nečega što se nije ostvarilo.[75]

Citirani tekst, po našem mišljenju, ne dokazuje samo da rimska pravna nauka vlada pojmom „međusobno uslovljene prestacije" već ukazuje i na to da je klasična jurisprudencija u svom promišljanju kontraktne problematike bila na putu da izgradi pojam koji bi odgovarao današnjem pojmu „ugovor", tj. bila je na putu da prizna strankama široku autonomiju u određivanju prestacija u obligaciji koju ustanovljavaju. Razloge zbog kojih taj rezultat nije i ostvaren treba tražiti u krizi u koju imperija zapada tokom postklasičnog perioda, a koju prati i dekadencija pravne nauke.

Zaključak

Naša analiza je pokazala da rimska jurisprudencija klasičnog perioda vlada pojmovima *kauza posla*, *kauza obligacije* i *kauza kontraktne prestacije*.

Kada posmatraju razloge zbog kojih se poslovi zaključuju klasični pravnici upotrebljavaju termina *causa.* Kauzom posla smatraju ekonomski

[75] Naturalis meus filius servit tibi et tuus filius mihi: convenit inter nos, ut et tu meum manumitteres et ego tuum: ego manumisi, tu non manumisisti: qua actione mihi teneris, quaesitum est. in hac quaestione totius ob rem dati tractatus inspici potest. qui in his competit speciebus: aut enim do tibi ut des, aut do ut facias, aut facio ut des, aut facio ut facias: in quibus quaeritur, quae obligatio nascatur. 1. Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio et venditio est: sin autem rem do, ut rem accipiam, quia non placet permutationem rerum emptionem esse, dubium non est nasci civilem obligationem, in qua actione id veniet, non ut reddas quod acceperis, sed ut damneris mihi, quanti interest mea illud de quo convenit accipere: vel si meum recipere velim, repetatur quod datum est, quasi ob rem datum re non secuta.

i društveni cilj zbog koga stranke preduzimaju posao. Taj ekonomski i širi društveni pogled na kauzu posla doveo je do toga da svaki posao po shvatanju klasičnih pravnika ima kauzu, bez obzira da li je imovinske prirode ili spada u područje neimovinskog prava. To smo pokazali na primerima manumisije i poklona. Iz ekonomske dimenzije kauze posla, klasična jurisprudencija je izvela poseban pojam „dobročina kauza" (*causa lucrativa*), a iz društvene dimenzije, pojam nečasna kauza (*turpis causa*).

Klasični pravnici govore i o kauzi obligacije i pod tim podrazumevaju razlog, izvor, nastanka obligacije. Prema Gaju, obligacije se prema kauzi dele na tri grupe, na kontrakte, delikte i obligacije koje nastaju iz drugih kauza. Pravnici Justinijanovog vremena su obligacije podelili prema kauzama na četiri grupe, na kontrakte, kvazikontrakte, delikte i kvazidelikte. Ove podele nalazimo u udžbenicima prava, Gajevim i Justinijanovim Institucijama, tako da one nesumnjivo imaju teorijski karakter, govore nam o rimskom sistematskom promišljanju kauze obligacija.

Među pomenutim kauzama obligacija samo su kontrakti posledica preduzetog posla, nastaju izjavom volje. Analiza kazuistike je pokazala da klasični pravnici smatraju da svaki od kontrakata ima definisanu kauzu. Kauza je neodvojiva od pojma „kontrakt". Pod njom pravnici podrazumevaju ekonomski i društveni cilj koji se postiže realizacijom kontrakta. Ovakvo poimanje kauze kontrakta potpuno je usklađeno sa pojmom „kauza posla". Ono je bilo i dovoljno široko da obuhvati sve kontrakte, a među njima dobročine i teretne, realne i konsensualne, pa prilikom tumačenja poslova nisu nastajali problemi koji bi imali osnovu u pogrešno postavljenom pojmu „kauza kontrakta".

Klasična pravna nauka poznaje i pojam „kontraktna prestacija" i vodi računa o njenoj kauzi, razlogu zbog kog se rađa. Kauzu prestacije, međutim, ne vezuje za kontraprestaciju druge kontraktne strane, predaju stvari ili posebnu volju jedne kontraktne strane, već je nalazi u kauzi, razlogu zaključenja, samog kontrakta. Dakle, kauza prodavčeve prestacije nije kupčeva kontraprestacija, već je to sporazum da će se razmeniti stvar za novac. Kauza zajmoprimčeve prestacije nije predaja stvari za koju se vezuje nastanak zajma, već je to sporazum da će se nakon prijema stvari vratiti ista količina stvari iste vrste i sl. Ovakvim pogledom jurisprudencija je izgradila pojam kauze prestacije koji je bio primenljiv na sve kontrakte, teretne i dobročine, realne i konsensualne.

Klasična jurisprudencija je razmatrala i preoblematiku kauze prestacije u bezimenim kontraktima. Kako u tim dvostrano obavezujućim sinalgmatičnim sporazumima pravom nije bio unapred definisan ekonomski i društveni cilj posla, kao što je to slučaj u kontraktima, jurisprudencija je dala teorijsku šemu mogućeg odnosa prestacija: *do ut des, do ut faci-*

as, facio ut des, facio ut facias. Ta šema potvrđuje da jurisprudenciji nije bio stran pojam „međusobno uslovljene prestacije".

Ako se na kraju želi dati odgovor na pitanje da li su rimski pravnici bili „kauzalisti" ili „antikauzalisti", odgovor je, bili su „kauzalisti". Problematikom kauze ozbiljno su se bavili. „Kauza posla", kauza obligacije i „kauza kontraktne prestacije" su pravni pojmovi kojima je klasična pravna nauka ovladala. Uspostavila je među njima odnose koji zadovoljavaju pravnu logiku. Zbog toga korišćenje tih pojmova u pravnoj praksi nije stvaralo probleme. Bio je to dobro primišljen pogled na problematiku kauze.

Kada se ima u vidu da je klasična jurisprudencija na temeljan način analizirala i problematiku kauze pribavljanja (*causa adquirendi*) u okviru koje se najkvalitetnija diskusija razvijala oko pojmova *iusta causa traditionis* i *iusta causa usucapionis* (u koju materiju nismo ulazili), onda se može reći da se rimska jurisprudencija i u okviru svog kazuističkog prilaza pravu, na sistematski način bavila pitanjem kauze. Obradila ju je upravo onako kako su to zahtevale prilike u kojima je delovala, primereno svojoj doktrini da je pravo samo veština da se u slučajevima koji se javljaju u praksi nađe dobro i pravično rešenje.

Ukoliko se postavi pitanje da li je rimska pravna nauka klasičnog perioda inferiornija od moderne kada je reč o razmatranjima kauze, naše mišljenje je da nije. Ona nije težila kao današnja pravna nauka da na dogmatski način konstruiše pojam „kauza", da bi potom dalje objašnjavala zašto kauze nema u svim poslovima, zašto definisani pojam nije primenljiv na sve ugovore i sl. Rimska jurisprudencija prišla je problematici kauze na racionalan način, svesna da se kauza, kao i suština prava, ne može objasniti samo pravnom argumentacijom. Zbog toga je postavila jednostavno pitanje: zbog čega ljudi preduzimaju pravne poslova? Dala je i jednostavan odgovor: da bi ostvarili neke ekonomske ili druge društvene ciljeve. Potom je zaključila: tu, dakle, leži odgovor na pitanja šta je kauza posla, kauza kontrakta i kauza prestacije u kontraktima.

Antun Malenica, Ph. D., Full Professor
Novi Sad, School of Law

About the Roman view on the *causa negotii*, *causa obligationis* and on the causa of performance in contracts

Abstract

The author analyses Roman legal texts in the *Digesta*, Gaius' and Justinian's Institutes in order to determine whether Roman legal science was familiar with the terms *causa negotii*, *causa obligationis* and causa of performance in contracts, so as to check is it well-founded the opinion of our legal science that Romans did not systematically and theoretically elaborate on the term "causa".

The author demonstrated on text examples that Roman jurisprudence of the classical period did have the notions *causa negotii*, *causa obligationis* and causa of performance in contracts. With its elaborations jurisprudence determined relations among them that satisfied legal logic. The way in which it understood them did not create any problems in everyday application of law. From that point of view, that was a well-considered approach to the matter of the *causa*.

If we bear in mind that classical jurisprudence analyzed thoroughly the notion *causa adquirendi*, within which the best quality discussion developed on the terms of *iusta causa traditionis* and *iusta causa usucapionis* (the author did not get into the issue of that), then one could say that Roman jurisprudence elaborated on the issue of the causa in a systematic and integrated ways, according its casuistic approach to the law. The matter of the causa was elaborated on in the way that was demanded by the circumstances in which jurisprudence functioned, appropriate to its doctrine that law was just a skill to find a good and just solution in cases that appeared in practice.

Originalni naučni rad 351.941(497.11)

Dr Dragan Milkov, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

ZAŠTITNIK GRAĐANA REPUBLIKE SRBIJE

Sažetak: *Počevši od 2005. godine Srbija se priključila velikoj porodici država koje u svom pravnom sistemu imaju instituciju ombudsmana. Te godine je donet prvi srpski Zakon o zaštitniku građana, dok je prvi srpski ombudsman izabran 29. juna 2007. godine. Normativno posmatrano, Zaštitnik građana Republike Srbije ima sva obeležja klasičnog ombudsmana, s tim što su mu pridodate i funkcije koje tiču zaštite ljudskih prava uopšte. U pogledu položaja i uloge, srpski ombudsman je rađen po uzoru na danski model, ali su dodata i neka moderna rešenja.*

Ključne reči: *Uprava, kontrola uprave, odnos uprave i građana, zaštita prava građana, ljudska prava.*

1. Uvodne napomene

Donošenjem Zakona o Zaštitniku građana Srbija se septembra 2005. godine priključila velikoj porodici zemalja koje imaju instituciju ombudsmana. Kao jedna od poslednjih evropskih država, Srbija je stvorila normativnu podlogu za osnivanje ova ustanove septembra 2005. godine, kada je donet Zakon o zaštitniku građana. U tom času na snazi je bio Ustav Republike Srbije iz 1990. godine u kojem ova institucija nije bila predviđena, tako da je institucija ombudsmana predstavljala vanustavnu kategoriju. Tek 2006. godine, donošenjem novog Ustava Republike Srbije, Zaštitnik građana je postao i ustavna kategorija. Naime, ovim Ustavom je predviđeno postojanje Zaštitnika građana i date su neke osnovne odredbe o njegovom položaju i ulozi[1]. Nakon donošenja Ustava, izvršene su i ma-

[1] Ustav Republike Srbije iz 2006 godine, član 138.

nje izmene i dopune Zakona o Zaštitniku građana 2007. godine kojima su neke odredbe Zakona prilagođene novim ustavnim odredbama.

Druga polovina dvadesetog veka obeležena je neprekidnim rastom popularnosti švedske institucije poznate pod švedskim imenom „ombudsman". Počevši pedesetih godina ovog veka, došlo je do širenja ove institucije na sve kontinente, tako da danas postoji u oko 130 država. Rešenja pojedinih zemalja u pogledu položaja i uloge ombudsmana su veoma različita, ali postoje i neke zajedničke karakteristike ove institucije prisutne u skoro svim državama.

Institucija ombudsmana je u mnogim zemljama našla svoje mesto, dokazavši se kao efikasno sredstvo za zaštitu prava građana od nepravilnog rada državne uprave. U svim situacijama kada građani osete nemoć u odnosu na državu, jedino što im preostaje jeste da se obrate ombudsmanu. Od nedavno i građani Srbije imaju takvu mogućnost.

Institucija ombudsmana u svom izvornom vidu predstavlja vrstu parlamentarne kontrole uprave. Ombudsman je parlamentarni poverenik koji u ime i za račun parlamenta kontroliše rad uprave. Po rešenjima predviđenim u srpskim propisima, institucija Zaštitnika građana odgovara tradicionalnom modelu ombudsmana. Međutim, od ovog izvornog modela se u mnogim zemljama odstupilo. Ono što ostaje zajedničko za sve zemlje, jeste to da se uloga ombudsmana sastoji, s jedne strane, u kontroli uprave i služi proveri rada uprave u najširem smislu reči. S druge strane, uloga ombudsmana sve više se vezuje za zaštitu prava građana, a najnoviju tendenciju predstavlja i proširivanje uloge ombudsmana na zaštitu ljudskih prava u najširem smislu reči. Zaštitnik građana Republike Srbije ima sve ove funkcije.

2. Nastanak i razvoj institucije ombudsmana

Nije redak slučaj u istoriji da su neke institucije nastale slučajno, odnosno sa sasvim drugom namenom od one koju danas imaju. To se dogodilo i sa ombudsmanom. Kada je ova institucija nastajala nije bilo ni govora o zaštiti ljudskih prava, niti je to bio smisao ombudsmana. Tek dugotrajna evolucija donela je sadašnju ulogu ove institucije. Izvorno posmatrano, ombudsman je nastao kao rezultat specifičnih okolnosti u Švedskoj i verovatno bi ostao švedska specifičnost da se sa osnivanjem ovakve institucije nisu priključile druge skandinavske zemlje, od kojih je Danska odigrala najvažniju ulogu u popularisanju ombudsmana.

Švedski kralj Karlo XII (1697–1718) vodio je rat protiv koalicije Danske, Poljske, Saske i Rusije. U tome je imao dosta uspeha, ali je od reorganizovane vojske Petra I doživeo 1709. godine težak poraz u bici kod Poltave (Ukrajina). Karlo XII je jedva uspeo da izbegne zarobljeništvo, tako što je pobegao u Bender koji se nalazi u današnjoj Moldaviji, a tad je pripadao Turskoj. To je značilo kraj Švedske kao velesile, a u zemlji su počeli neredi. Budući da je bio fizički udaljen od svoje zemlje, a u želji da ipak utiče na ono što se dešava u kraljevini, Karlo XII je izdao nalog da se u Švedskoj obrazuje jedna služba koja je imala zadatak da kontroliše sprovođenje zakona i drugih propisa i da osigura da državni službenici vrše svoje dužnosti. Na čelo te službe kralj je postavio svog poverenika, a poverenik se na švedskom jeziku kaže „ombudsman". Tako je po prvi put stvoren ombudsman, koji će se tokom evolucije potpuno udaljiti od ove početne uloge.

Tokom XVIII veka ova služba je doživljavala različite transformacije. Pre svega, promenjen joj je naziv u službu kancelara pravde, koju je neko vreme imenovao parlament, a ne kralj, ali je švedski kralj Gustav III (1771–1792) nakon što je izvršio vojni udar, novim ustavom povećao kraljevska ovlašćenja, uključujući pravo da imenuje Kancelara pravde. Nakon njegove smrti Švedskom je vladao Gustav IV (1792–1809) koji je bio poznat po svom apsolutizmu. On je doživeo to da ga je smenila grupa oficira i tada je donet novi švedski ustav 1809. godine, kojim je po prvi put ustanovljena institucija ombudsmana sa ulogom koju je zadržala do danas.

Prema švedskom ustavu iz 1809. godine uvedena je podela vlasti između zakonodavne, upravne i sudske vlasti. Kralj je imao ovlašćenje da imenuje Kancelara pravde, ali je Parlament birao Ombudsmana, koji se u Švedskoj potpuno naziva Ombudsman Pravde (Justitieombudsman). Uloga takvog ombudsmana je po prvi put postala da u ime Parlamenta kontroliše zakonitost rada uprave i sudova.

U toku skoro 200 godina razvoja, institucija ombudsmana je u Švedskoj doživljavala određene promene. U jednom periodu (1915–1968. godine) došlo je do razdvajanja civilnog i vojnog ombudsmana, a zatim do ponovnog spajanja u jedinstvenu ustanovu, ali sastavljenu od tri ombudsmana, čija je nadležnost resorno podeljena po određenim oblastima. Danas ova služba obuhvata četiri ombudsmana, od kojih je jedan Glavni parlamentarni ombudsman, koji, pored svih ovlašćenja koja svaki ombudsman ima, još i rukovodi službom ombudsmana.

Ova švedska institucija ostala je dugo vremena švedska ekskluzivnost i nešto što nije postojalo ni u jednoj drugoj državi. Više od 100 godina trebalo je da prođe da neko krene švedskim stopama. To se po prvi put

desilo u zemlji koja je dugo bila pod njenim uticajem, ali i u sukobima sa Švedskom, u susednoj Finskoj 1919. godine. Međutim, to još nije značilo neko značajnije širenje institucije ombudsmana. Švedski model nije u svetu naišao na veće interesovanje, niti je Švedska išta učinila da svoju instituciju približi drugim zemljama.

Za širenje ideje ombudsmana u svetu mnogo manje je značajna zemlja tvorac ove institucije – Švedska, od njenog manjeg suseda Danske. Naime, Danska je kao treća zemlja u svetu uvela u svoj sistem instituciju ombudsmana Ustavom iz 1953. godine. Od tada dolazi do pravog širenja ombudsmana po svetu, tako da pojedini autori govore o „ombudsmaniji". No, druge zemlje su svog ombudsmana formirale uglavnom po uzoru na Dansku, a ne Švedsku. Ima više razloga što je Danska zaslužna za procvat ove institucije.

Najpre, danski model ombudsmana je bio jednostavniji i nije podrazumevao kontrolu sudova, po čemu je Švedska jedna od retkih zemalja u svetu. U većini zemalja se smatra da se pravom ombudsmana da kontroliše sudove ugrožava princip nezavisnosti sudova. S druge strane, prvi danski Ombudsman Stefan Hurvic (Stephan Hurwitz) izabran marta 1955. godine, bio je čovek izuzetne energije i pun želje da ovu lepu instituciju predstavi onima kojima je bila nepoznata. Hurvic je bio neumoran putnik i propagator ideje ombudsmana.

Stopama ostalih skandinavskih zemalja krenula je i Norveška 1962. godine, kada je donela svoj Zakon o ombudsmanu. To je, inače, period kada se ombudsman pojavljuje i van Evrope i to najpre na Novom Zelandu te iste 1962. godine. Potom dolazi do čitave serije zemalja na svim kontinentima koje su uvele ombudsmana u svoj politički i pravni sistem. Budući da broj zemalja koje imaju ombudsmana neprestano raste, jedino pouzdano može se reći da danas postoji u oko 130 država.

U istočnoevropskim zemljama, kao i u državama koje su pripadale Sovjetskom savezu ova institucija nije rado i brzo prihvaćena. Poljska je bila prva koja je uvela instituciju ombudsmana jula 1987. godine (poseban Zakon o pravobraniocu prava građana – kako se Poljski ombudsman zove – stupio je na snagu januara 1988. godine), a zatim je Mađarska ustavnim promenama iz oktobra 1988. godine stvorila ustavni osnov za uvođenje ombudsmana, pri čemu je poseban Zakon o parlamentarnom povereniku za ljudska prava donet tek juna 1993. godine, dok je sa pravim radom služba mađarskog ombudsmana počela juna 1995. godine. Za Mađarsku je karakteristično da pored opšteg ombudsmana ima i dva specijalizovana. To su: Parlamentarni poverenik za prava nacionalnih i etničkih manjina i Parlamentarni poverenik za zaštitu podataka i slobodu in-

formisanja. Pored toga, ombudsmana je uvela i Litvanija 1995. godine, Rusija i Letonija 1996. godine, Gruzija 1996. godine, Rumunija, Moldavija, Uzbekistan i Ukrajina 1997. godine, Estonija, Albanija i Češka 1999. godine, Slovačka 2001. godine. Poslednja je Bugarska donela zakon o ombudsmanu maja 2003. godine (stupio na snagu od 1. januara 2004. godine), a prvi ombudsman je izabran aprila 2005. godine.

Nestanak bivše SFRJ sa političke mape značio je i rađanje institucije ombudsmana na ovim prostorima. Dotadašnji otpori koju su postojali u pogledu uvođenja ombudsmana, ostali su kasnije samo Srbiji, a sve ostale republike bivše SFRJ su relativno brzo stvorile ovu instituciju.

Početni interes za instituciju ombudsmana javio se na prostoru bivše Jugoslavije šezdesetih godina. Prva i do sada jedina naučna monografija na ovu temu akademika Miodraga Jovičića pojavila se 1969. godine pod naslovom „Ombudsman – čuvar zakonitosti i prava građana". Nakon četiri godine u Ustavnom sudu Srbije organizovan je naučni skup posvećen ombudsmanu. Taj prvi skup posvećen je praktično sticanju početnih saznanja o ovoj instituciji, ali nije naišao na širi odjek u naučnoj i stručnoj javnosti. Konačno, 1989. godine je u organizaciji Pravnog fakulteta u Novom Sadu održan međunarodni naučni skup na temu ombudsman. Na tom skupu je učestvovao glavni švedski ombudsman, generalni direktor austrijske službe ombudsmana, istaknuti profesori iz Pariza i Londona, kao i brojni naučnici i stručnjaci iz svih republika bivše SFRJ. Taj skup je odigrao značajnu ulogu u upoznavanju naše stručne i opšte javnosti sa institucijom ombudsmana i rezultirao je predlogom za uvođenje ove institucije u naš pravni sistem. To je bio upravo period kada se pripremao tadašnji srpski ustav, međutim, njegovi tvorci nisu imali razumevanja za instituciju ombudsmana. Odbojnost prema „tuđim" institucijama i nepoznavanje problematike, imali su sigurno veliku ulogu u tome da na pisane zaključke sa ovog skupa, u kojima se konstatuje potreba uvođenja ombudsmana, nije usledila praktično nikakva reakcija.

Nakon toga, bilo je još nekih pojedinačnih pokušaja i predloga poslanika, kako u Narodnoj skupštini Srbije, tako i u tadašnjoj Saveznoj skupštini, ali bez rezultata.

Sve bivše jugoslovenske republike uvele su ombudsmana u svoj sistem, ali pod različitim nazivima. Prva je tako postupila Hrvatska, koja je još Ustavom iz 1990. godine predvidela „pučkog pravobranitelja", a poseban Zakon je donet 1992. godine, dok je prvi ombudsman izabran juna 1993. godine. Slovenija je, takođe, Ustavom iz 1991. godine predvidela Zaštitnika ljudskih prava. Na osnovu takvog ustavnog ovlašćenja, donet je poseban Zakon o zaštitniku ljudskih prava decembra 1993. godine, a stupio je na snagu januara 1994. godine. Državni zbor Republike Slovenije imeno-

vao je prvog slovenačkog ombudsmana 29. septembra 1994. godine, a počeo je da radi 1. januara 1995. godine. Dejtonskim mirovnim sporazumom sklopljenim novembra 1995. godine postignut je opšti okvirni sporazum za mir u Bosni i Hercegovini, a taj sporazum sadrži i jedanaest aneksa, koji se odnose na pojedina pitanja. Aneks 6 odnosi se na ljudska prava, a u njegovim okvirima nalaze se i odredbe o ombudsmanu. Aneksom 6 Dejtonskog sporazuma predviđeno je postojanje Komisije o ljudskim pravima, koja se u stvari, sastoji iz dva dela: iz službe ombudsmana i doma ljudskih prava. Komisija ima svoje sedište u Sarajevu, uključujući i glavni biro ombudsmana i objekte za dom ljudskih prava. Ombudsman ima po jedan dodatni biro na teritoriji Federacije i Republike Srpske, a može imati i na drugim lokacijama ukoliko se proceni da je to potrebno. Pored zajedničkog ombudsmana za nivo Bosne i Hercegovine, svoje ombudsmane imaju i Republika Srpska, kao i Federacija Bosne i Hercegovine (ombudsman je obrazovan kao kolektivno telo sastavljeno od tri predstavnika, s tim što u Republici Srpskoj postoji jedan ombudsman i dva zamenika). Republika Makedonija je veoma rano, odmah nakon otcepljenja od Jugoslavije, predvidela instituciju ombudsmana pod nazivom Narodni pravobranilac. Međutim, u ovoj republici se dosta oklevalo sa konkretnim uvođenjem ombudsmana. Naime, trebalo je da protekne čak šest godina od donošenja makedonskog ustava (1991. godine) da bude donet i poseban Zakon o narodnom pravobraniocu (februar 1997.) i da prvi makedonski ombudsman bude imenovan (3. jula 1997. godine). Crna Gora je jula 2003. godine donela Zakon o zaštitniku ljudskih prava i sloboda, kojim je ustanovila svog ombudsmana.[2] Prvi crnogorski ombudsman je izabran 21. oktobra 2003. godine.

U Srbiji je interesovanje za instituciju ombudsmana dugo bilo, pre svega, naučnog karaktera, a tek od 2002. godine čine se i prvi konkretni praktični koraci na ovom planu. Prvi naš propis u kojem se pominje ova institucija jeste Zakon o lokalnoj samoupravi,[3] gde je predviđeno (član 126) da jedinice lokalne samouprave mogu obrazovati građanskog branioca (ombudsmana). Takvu mogućnost je do sada iskoristio veoma mali broj opština i gradova. Potom je u Zakonu o utvrđivanju određenih nadležnosti autonomne pokrajine[4] predviđena mogućnost da i autonomna pokrajina obrazuje instituciju ombudsmana. Autonomna pokrajina Vojvodina je donela svoju Odluku o pokrajinskom ombudsmanu krajem 2002. godine.[5] Prvi vojvođanski ombud-

[2] „Službeni list Republike Crne Gore", broj 41 od 10 jula 2003. godine.
[3] „Službeni glasnik Republike Srbije", broj 9 od 26.02.2002. godine.
[4] „Službeni glasnik Republike Srbije", broj 6 od 07.02.2002.
[5] „Službeni list Autonomne pokrajine Vojvodine", broj 23 od 31. decembra 2002. godine.

sman izabran je 24. septembra 2003. godine. Konačno, poslednja od svih republika bivše Jugoslavije, Srbija je donela Zakon o zaštitniku građana septembra 2005. godine. U roku od šest meseci od stupanja na snagu Zakona, trebalo je da Narodna skupština Republike Srbije izabere prvog srpskog ombudsmana, Zaštitnika građana. To se, međutim, nije dogodilo sve do 29. juna 2007. godine. Tada je izabran prvi Zaštitnik građana Republike Srbije.

3. Naziv institucije

Institucija ombudsmana se u različitim državama različito naziva. Pored izvornog švedskog imena, postoje brojne varijacije u nazivima ombudsmana pojedinih zemalja, pri čemu se često koriste izrazi: branilac, poverenik, zaštitnik, komesar. Pored toga se označava često i u čije ime ombudsman istupa, pa se naglašava da je on parlamentarni poverenik ili komesar, a s druge strane, u nazivu se navodi i koga, odnosno šta štiti: građane, narod, ljudska prava...

Švedska reč „ombudsman" koristi se u svojoj izvornoj formi kao zvaničan naziv za ovu instituciju u velikom broju zemalja. Pored skandinavskih zemalja, naziv „ombudsman" se koristi i u anglosaksonskim zemljama, u Holandiji, Belgiji (na flamanskom jeziku, dok se u Valoniji i uopšte na francuskom jeziku koristi termin „medijator"), ali i u nekim zemljama Afrike i Azije. U poslednje vreme u nekim tekstovima na engleskom jeziku se može naći i neobična forma švedskog imena kao „ombudsperson". Ovo se nigde ne koristi kao zvanično ime institucije, već se javlja kao pokušaj pojedinih autora da zaštite prava žena, misleći da je reč „ombudsman" složenica sastavljena od reči „ombuds" i reči „man". Pošto na engleskom jeziku „man" označava muškarca, onda su se pojedinci dosetili da nađu, po njima, neutralno ime „persona". Međutim, švedska reč „ombudsman" nije složenica, već jedna jedinstvena reč koja označava poverenika, kako muškarca, tako i ženu. Nažalost, Švedani kao što su bili pasivni prilikom širenja ove institucije, tako ni sada ne preduzimaju skoro ništa da se prekine sa ovom naopakom praksom (osim što objasne onima koji ih pitaju). Jedini primer zvanične upotrebe naziva „ombudsperson" je Kosovo, gde su instituciju kreirale prelazne vlasti i specijalisti nekih međunarodnih organizacija i komisija, koji su inače na ovim prostorima glavni propagatori ove pogrešne prakse. Zanimljivo je da se unutar ove kosovske institucije njen naziv i na srpski jezik ponekad prevodi kao

„ombudsperson“, iako se u zvaničnoj uredbi br. 2000/38 u srpskoj verziji teksta govori o osnivanju „institucije ombudsmana na Kosovu“. Na albanskom jeziku se ova institucija na Kosovu zove „ombudspersoni“, verovatno kao posledica bukvalnog prevoda engleskog izraza „ombudsperson“, što nije slučaj u Albaniji.[6] U svetskim razmerama skoro niko ne koristi ovaj neologizam, a nadamo se da će i na našim prostorima sa slabljenjem uloge eksperata pojedinih komisija i tela, ovo biti samo deo ružne prošlosti. Nijedan ozbiljan engleski ili američki autor ne naziva ovu instituciju drugačije nego kao ombudsman. Što je još zanimljivije, izgleda da su ovaj neologizam „ombudsperson“ na engleskom jeziku stvorili neki stručnjaci i birokrate nekih međunarodnih organizacija kojima engleski nije maternji jezik.[7]

Pored zvaničnog švedskog imena, u Francuskoj i nekim zemljama francuskog govornog područja u Africi, koristi se naziv „medijator“. U zemljama španskog govornog područja se koristi ime „narodni branilac“ (Defensor del Pueblo), sa retkim izuzecima, kao što je Kostarika, gde se ombudsman zove „zaštitnik stanovnika“ (Defensor de los Habitantes) i onih latinoameričkih država gde se u nazivu ističe njegova uloga kao zaštitnika ljudskih prava (Salvador, Gvatemala, Honduras, Meksiko, Paragvaj).

U Italiji se ombudsman zove „građanski branilac“ (Difensiore Civico). Italijansko ime je u Srbiji izabrano kao ime za lokalnog ombudsmana, predviđeno u Zakonu o lokalnoj samoupravi. Međutim, za razliku od italijanskog jezika, u srpskom jeziku bi pridev „građanski“ upućivao na pogrešan zaključak o karakteru ove institucije. Mnogo bolje i tačnije je reći „branilac građana“ ili „zaštitnik građana“.

U jednom broju zemalja, uglavnom afričkih (Botsvana, Južna Afrika) ombudsman se naziva javnim zaštitnikom (Public protector), ili javnim braniocem (Public defender), što je slučaj u Gruziji, Jamajki.

U Austriji se institucija ombudsmana (kolektivno telo) zove narodnim pravobranilaštvom (Volksanwaltschaft).

U Albaniji i Rumuniji se ombudsman zove „narodni advokat“ i to je ime koje je bilo predviđeno u prvom predlogu srpskog zakona o ombudsmanu koji je podnela Vlada formirana nakon političkih promena iz 2000.

---

[6] Još neobičnije izgledaju neki srpski prevodi engleskih tekstova u kojima su prevodioci u želji da što autentičnije prevedu engleski naziv činili to tako što su navodili „ombudspersona“!

[7] U Sjedinjenim Američkim Državama se inače mogu pronaći tekstovi u kojima se ombudsman naziva skraćeno „ombuds“, iako ta reč na švedskom ne znači ništa, a još ređe od toga se može pronaći upotreba izraza „ombuds officer“. Amerika je inače primer za upotrebu termina ombudsman za svako telo za pritužbe.

godine. To ime ne bi korektno odražavalo instituciju ombudsmana, jer u srpskom jeziku termin advokat označava punomoćnika, a ombudsman nije ničiji punomoćnik, već neutralni posrednik između građanina i države. U tom smislu je njegova uloga izražena u francuskom nazivu „medijator", jer to najbolje označava njegov položaj. S druge strane, ni naziv „narodni" ne bi najbolje odrazio suštinu ombudsmana, jer on ne štiti narod, već građanina, kao pojedinca.

U zemljama nove demokratije najčešće se u nazivu ombudsmana ističe njegova uloga u zaštiti ljudskih prava (Komesar za ljudska prava, Zaštitnik ljudskih prava i sl.). Ima i zemalja u kojima ulogu ombudsmana vrše Komisije za ljudska prava, kao kolektivno telo.

U Kvebeku i na Haitiju se ombudsman zove baš kao i u Srbiji: zaštitnik građana (Protecteur du Citoyen), pri čemu su i Haićani u želji da budu originalni dodali da je u pitanju „zaštitnik građana i građanki". Ovaj naziv, zaštitnik građana, smatram, dobro odražava suštinu uloge ombudsmana, a nije težak za izgovor u srpskom jeziku. Uloga ombudsmana i jeste najviše u tome da štiti građane od nepravilnog rada državnih organa i javnih službi, tako da je dobro u nazivu istaći ono što je najvažnije za instituciju. Izvorni naziv „ombudsman" u srpskom jeziku se kod prosečnih ljudi teško izgovara. Čak i obrazovani ljudi imaju teškoća u pravilnom izgovoru švedskog imena „ombudsman". S druge strane, za običnog građanina je veoma bitno da se u nazivu institucije istakne ono što je najbitnije, tako da ona bude prepoznatljiva za svakog prosečnog pojedinca.

4. Položaj i uloga ombudsmana

Posmatrajući položaj i ulogu ombudsmana u različitim zemljama sveta može se konstatovati da postoji više različitih tipova ove institucije.

Najpre, postoji klasični ombudsman, onaj koji odgovara izvornom švedskom modelu i zemljama koje su pod švedskim uticajem koncipirale ovu instituciju. Klasični ombudsman podrazumeva da je u pitanju poverenik parlamenta, kojeg parlament bira i razrešava i čija je uloga kontrola državne uprave u svim oblastima i zaštita prava građana. Zaštitnik građana Republike Srbije suštinski odgovara modelu klasičnog ombudsmana, ali ide i dalje od toga. Zaštitnika građana bira Narodna skupština na predlog odbora nadležnog za ustavna pitanja, što znači da on i u Srbiji predstavlja parlamentarnog poverenika.

Pored klasičnog ombudsmana, u pojedinim zemljama (pre svega su to zemlje tzv. nove demokratije, kao što su bivše socijalističke države, neke zemlje u Južnoj Americi i Africi) počinje da se ulozi kla-

sičnog ombudsmana dodaje i zaštita ljudskih prava. Neke zemlje su čak i u nazivu institucije izrazile ovu ulogu (Zaštitnik ljudskih prava, Komesar za ljudska prava). Takav model se u pravnoj teoriji naziva mešovitim ili hibridnim. U našem Zakonu o Zaštitniku građana se nalazi i ovaj aspekt uloge ombudsmana, jer je predviđeno da se „Zaštitnik građana stara o zaštiti i unapređenju ljudskih sloboda i prava" (član 1, stav 2).

Treću vrstu ombudsmana predstavljaju specijalizovani ombudsmani. Specijalizovani ombudsmani se bave kontrolom državnih organa i zaštitom građana u pojedinim oblastima društvenog života. Tako se izdvajaju vojni ombudsmani, policijski ombudsmani, zatvorski ombudsmani, ombudsmani za zaštitu podataka, dečiji ombudsmani, ombudsmani za zaštitu od diskriminacije, ombudsmani za ravnopravnost polova, poreski ombudsmani, zdravstveni ombudsmani itd.

Konačno, posebnu kategoriju predstavlja interni ombudsman. U pitanju je ombudsman kojeg imenuje ista institucija koju on kontroliše, sa ciljem da štiti prava korisnika usluga te institucije. To se odnosi na bankarske ombudsmane, ombudsmane osiguravajućih kompanija, telekomunikacionog ombudsmana, univerzitetskog ombudsmana i sl. U ovom poslednjem slučaju se naziv „ombudsman" koristi samo u smislu lica zaduženog za razmatranje pritužbi. U ovu kategoriju spada i čitav niz različitih privatno-pravnih ombudsmana, kao što su aerodromski ombudsmani, fudbalski ombudsmani, industrijski ombudsmani, bolnički ombudsmani itd.

Naziv „ombudsman" se sve više zloupotrebljava, tako da se u poslednje vreme javljaju zalaganja za zaštitu ovog imena. Pogrešno je svako telo za pritužbe nazivati ombudsmanom.

4.1. Izbor i prestanak funkcije

U najvećem broju zemalja parlament bira i razrešava ombudsmana kvalifikovanom većinom, pri čemu mu mandat obično traje duže od poslaničkog mandata. Osnovni smisao ovakvih odredbi jeste da se postigne stabilnost ove institucije i obezbedi nezavisnost u odnosu na političke partije. Ombudsman se najčešće bira većinom od ukupnog broja poslanika, ali ima i dosta zemalja i kojima se ombudsman bira i razrešava dvotrećinskom većinom od svih poslanika.

U našem prvom Zakonu iz 2005. godine nije bilo određeno koja je većina potrebna za izbor ombudsmana, što znači da je u pitanju bila prosta većina od prisutnih poslanika. Ovim je odstupljeno od jednog od međunarodno prihvaćenih standarda da se ombudsman bira kvalifikovanom

većinom, pri čemu je Srbija u ovom pogledu predstavljala izuzetak. Opravdanje za ovakvu većinu je nađeno u ustavnom ograničenju, jer je prema Ustavu Republike Srbije iz 1990. godine precizno bilo navedeno za koje funkcionere se prilikom izbora traži kvalifikovana većina, a među njima, naravno, nije bilo ombudsmana, jer te institucije uopšte nije bilo u Ustavu. Ovaj nedostatak je delimično nadoknađen time što je u Zakonu o zaštitniku građana bilo predviđeno da Narodna skupština Zaštitnika bira na predlog Odbora za ustavna pitanja, a Odbor je predlog mogao da utvrdi samo većinom od ukupnog broja članova. Ovaj nedostatak, na koji su Srbiji ukazivali iz mnogih međunarodnih organizacija, otklonjen je u novom Ustavu iz 2006. godine. Naime, prema članu 105 Ustava, stav 2, tačka 14, Narodna skupština bira Zaštitnika građana većinom od ukupnog broja poslanika. Ta odredba je potom bila povod da se menja 2007. godine Zakon o zaštitniku građana, tako da je sada i u ovom propisu predviđeno da Zaštitnika građana bira Skupština većinom glasova svih narodnih poslanika.[8]

Kandidata za Zaštitnika građana Odboru ima pravo da predloži svaka poslanička grupa u Skupštini, pri čemu više poslaničkih grupa mogu da predlože zajedničkog kandidata za Zaštitnika građana. Predlaganje kandidata formalno-pravno ima karakter inicijative, pošto formalni predlog, onaj o kome će se izjašnjavati Skupština, može da utvrdi samo Odbor za ustavna pitanja. Odbor predlog za izbor Zaštitnika građana utvrđuje većinom glasova od ukupnog broja članova. Pre utvrđivanja predloga za izbor Zaštitnika građana, Odbor može da održi sednicu na kojoj će svim kandidatima biti omogućeno da iznesu svoje stavove o ulozi i načinu ostvarivanja funkcije Zaštitnika građana.

Zaštitnik građana se bira na vreme od pet godina i isto lice može biti najviše dva puta uzastopno birano na ovu funkciju. Time je, za razliku od Švedske i Danske, gde ombudsman može na ovoj funkciji da ostane sve do penzije, u našem sistemu onemogućeno da jedno lice funkciju ombudsmana vrši duže od deset godina. Što se tiče uslova za izbor, za Zaštitnika građana može biti izabran državljanin Republike Srbije koji ispunjava sledeće uslove: 1) da je diplomirani pravnik; 2) da ima najmanje deset godina iskustva na pravnim poslovima koji su od značaja za obavljanje poslova iz nadležnosti Zaštitnika građana; 3) da poseduje visoke moralne i stručne kvalitete; i 4) da ima zapaženo iskustvo u zaštiti prava građana.

U našem Zakonu je predviđeno da mandat Zaštitnika građana traje pet godina, čime se obezbeđuje kontinuitet i u različitim političkim

[8] Član 4, stav 1 Zakona o zaštitniku građana.

okolnostima. Što se tiče prestanka funkcije, predviđeni su sledeći slučajevi:[9]

1. istekom mandata, ako ne bude ponovo izabran;
2. smrću;
3. ostavkom;
4. gubitkom državljanstva, što se utvrđuje na osnovu akta nadležnog državnog organa;
5. ispunjenjem uslova za penziju u skladu sa zakonom;
6. nastupanjem trajne fizičke ili mentalne nesposobnosti za obavljanje funkcije, što se utvrđuje na osnovu dokumentacije relevantne medicinske ustanove;
7. razrešenjem.

Za razrešenje Zaštitnika građana potrebna je ista većina kao prilikom izbora, a to znači većina od ukupnog broja poslanika. Nezavisnost i objektivnost ombudsmana u velikoj meri zavise od toga da li u svom radu mora da vodi računa o naklonosti političkih partija. Jedan od bitnih preduslova za efikasan rad ombudsmana jeste njegova stabilnost i nezavisnost. Dužina mandata i uslovi za razrešenje treba da obezbede ispunjenje ovih pretpostavki.

Predlog za razrešenje Zaštitnika građana može da utvrdi Odbor za ustavna pitanja ili najmanje jedna trećina narodnih poslanika. Pri tome, ako predlog za razrešenje Zaštitnika građana podnosi Odbor, potrebno je da se za njegovo podnošenje izjasni većina od ukupnog broja članova Odbora.

U Zakonu su na opšti način opredeljeni i uslovi za razrešenje srpskog ombudsmana. Predviđeno je da Zaštitnik građana može biti razrešen jedino u sledećim slučajevima:

1) ako nestručno i nesavesno obavlja svoju funkciju;

2) ako obavlja drugu javnu funkciju ili profesionalnu delatnost, ako obavlja drugu dužnost ili posao koji bi mogao uticati na njegovu samostalnost i nezavisnost, ili ako postupa suprotno zakonu kojim se uređuje sprečavanje sukoba interesa pri vršenju javnih funkcija;

3) ako bude osuđen za krivično delo koje ga čini nepodobnim za obavljanje ove funkcije.

Prilikom odlučivanja o razrešenju Zaštitnika građana on ima pravo da se obrati narodnim poslanicima na odgovarajućoj sednici.

Pored razrešenja, Narodna skupština može i da privremeno suspenduje Zaštitnika građana. Do njegove suspenzije može da dođe na predlog Odbora za ustavna pitanja u sledećim slučajevima;

[9] Isto, član 11.

1) ako je protiv njega određen pritvor;

2) ako je osuđen za krivično delo koje ga čini nepodobnim za obavljanje funkcije, a presuda nije postala pravosnažna.

Odluka o suspenziji donosi se većinom glasova narodnih poslanika na sednici na kojoj je prisutna većina narodnih poslanika. Pri tome, Skupština treba da ukine odluku o suspenziji čim prestanu razlozi za suspenziju.

U slučaju da Zaštitniku građana prestane funkcija, bez obzira na razlog, do izbora novog Zaštitnika građana ovu funkciju obavlja zamenik koga je Zaštitnik građana odredio da ga zamenjuje u slučaju njegove odsutnosti ili sprečenosti da obavlja funkciju. Izbor novog Zaštitnika treba da se izvrši najkasnije u roku od šest meseci od dana prestanka funkcije ranijeg Zaštitnika građana.

4.2. Uloga Zaštitnika građana

Načelno posmatrano, kontrola koju vrši ombudsman nije usmerena prvenstveno na kontrolu zakonitosti rada uprave već više na kontrolu celishodnosti. To ne znači da ombudsman ne može da kontroliše i zakonitost, ali je u većini zemalja sistem pravne zaštite građana (uključujući upravni spor) uređen na zadovoljavajući način. Međutim, ne postoje pravni instrumenti za zaštitu građana od sitnih i krupnih nepravdi, šikaniranja, sporosti u rešavanju, nekorektnom odnosu prema pojedincima i sl. Za sve takve slučajeve građani nemaju kome drugom da se obrate osim ombudsmanu. Prema našem Zakonu, „Zaštitnik građana je ovlašćen da kontroliše zakonitost i pravilnost rada organa uprave“ (član 17, stav 2).

Što se tiče nadležnosti Zaštitnika građana, određeno je da je on „ovlašćen da kontroliše poštovanje prava građana, utvrđuje povrede učinjene aktima, radnjama ili nečinjenjem organa uprave, ako se radi o povredi republičkih zakona, drugih propisa i opštih akata“.[10]

Kontrola koju vrši ombudsman prostire se načelno na sve državne subjekte i javne službe (u Švedskoj se to čak odnosi i na sudove), sa izuzetkom pojedinih državnih organa (najčešće se kontrola ne odnosi na vladu kao celinu, premijera i sl.). To znači da se prvenstveno kontrolišu pojedini organi uprave, uključujući policiju, zatim uprave zatvora, vojni organi (u nekim zemljama postoje posebni vojni ombudsmani), kao i čitav niz različitih javnih službi u oblasti socijalnog staranja, obrazovanja, zdravstva i sl. Prema našem Zakonu, „Zaštitnik građana nije ovlašćen da kontroliše rad Narodne skupštine, predsedni-

[10] Isto, član 17, stav 1.

ka Republike, Vlade, Ustavnog suda, sudova i javnih tužilaštava" (član 17, stav 3).

Pored kontrole koju vrši, u mnogim zemljama je ombudsmanu priznato pravo zakonodavne inicijative u onim stvarima koje se tiču njegove nadležnosti. Takvo ovlašćenje je predviđeno i kod nas. Naime, Zaštitnik građana ima pravo predlaganja zakona iz svoje nadležnosti. Pored toga, Zaštitnik građana je ovlašćen da Vladi odnosno Skupštini podnese inicijativu za izmenu ili dopunu zakona i drugih propisa i opštih akata, ako smatra da do povrede prava građana dolazi zbog nedostataka u propisima, kao i da inicira donošenje novih zakona, drugih propisa i opštih akata, kada smatra da je to od značaja za ostvarivanje i zaštitu prava građana.

Vlada, odnosno nadležni odbor Skupštine, su obavezni da razmatraju inicijative koje podnosi Zaštitnik građana.

U postupku donošenja propisa koji su od značaja za zaštitu prava građana, srpski ombudsman ima pravo da učestvuje na savetodavni način. Naime, Zaštitnik građana je ovlašćen da u postupku pripreme zakona i drugih propisa kojima se uređuju pitanja koja su od značaja za zaštitu prava građana daje mišljenje Vladi i Skupštini na predloge ovih opštih akata.[11]

Pored toga, u zemljama koje imaju ustavne sudove, ombudsman se nalazi među ovlašćenim predlagačima za postupak kontrole koju vrši ovaj sud. To je slučaj i kod nas, jer Zaštitnik građana ima ovlašćenje da pokrene postupak pred Ustavnim sudom za ocenu ustavnosti i zakonitosti zakona, drugih propisa i opštih akata.

Ombudsman u većem broju zemalja ima pravo da pokrene postupak za utvrđivanje odgovornosti funkcionera uprave. Zavisno od zemlje, to ovlašćenje je šire ili uže postavljeno. Kod nas je predviđeno da je Zaštitnik građana „ovlašćen da javno preporuči razrešenje funkcionera koji je odgovoran za povredu prava građana, odnosno da inicira pokretanje disciplinskog postupka protiv zaposlenog u organu uprave koji je neposredno odgovoran za učinjenu povredu i to ako iz ponovljenog ponašanja funkcionera ili zaposlenog proizlazi namera da odbijaju saradnju sa Zaštitnikom građana ili ako se utvrdi da je učinjenom povredom građaninu pričinjena materijalna ili druga šteta većih razmera".[12]

U slučaju da Zaštitnik građana nađe da u radnjama funkcionera ili zaposlenog u organu uprave ima elemenata krivičnog ili drugog kažnjivog dela, Zaštitnik građana je ovlašćen da nadležnom organu podnese zahtev, odnosno prijavu za pokretanje krivičnog, prekršajnog ili drugog odgovarajućeg postupka.[13]

[11] Isto, član 18.
[12] Isto, član 20, stav 1.
[13] Isto, stav 2.

Što se tiče saradnje sa organima uprave, predviđena je načelna dužnost organa uprave da sarađuju sa Zaštitnikom građana.[14] Pre svega, oni su dužni da mu omoguće pristup prostorijama i stave na raspolaganje sve podatke kojima raspolažu, a koji su od značaja za postupak koji vodi odnosno za ostvarenje cilja njegovog preventivnog delovanja, bez obzira na stepen njihove tajnosti, osim kada je to u suprotnosti sa zakonom.[15] Zaštitnik građana, odnosno zamenik Zaštitnika građana imaju obavezu da čuvaju kao tajnu podatke do kojih dođu u vršenju svoje funkcije, čak i nakon prestanka funkcije. Ova obaveza odnosi se i na zaposlene u stručnoj službi Zaštitnika građana.

Isto tako, predviđeno je da Zaštitnik građana ima pravo da obavi razgovor sa svakim zaposlenim u organu uprave kada je to od značaja za postupak koji vodi.

Imajući u vidu specifične okolnosti u kojima se nalaze zatvorenici, izričito je u Zakonu predviđeno da „Zaštitnik građana ima pravo nesmetanog pristupa zavodima za izvršenje sankcija i drugim mestima na kojima se nalaze lica koja su lišena slobode, kao i pravo da sa tim licima razgovara nasamo“.[16]

Ombudsman u svim zemljama spada u kategoriju visokih državnih funkcionera. Stoga se obično predviđa njegovo pravo na direktnu komunikaciju sa drugim državnim funkcionerima. U našem Zakonu je predviđeno o kojim funkcionerima je reč i kako se uspostavljaju njihovi međusobni odnosi. „Predsednik Republike, predsednik i članovi Vlade, predsednik Skupštine, predsednik Ustavnog suda i funkcioneri u organima uprave dužni su da prime Zaštitnika građana na njegov zahtev najkasnije u roku od 15 dana“.[17]

5. Postupak kontrole

Pritužbe na rad državnih organa može da uputi bilo koji građanin, koji u nekim zemljama ne mora biti ni lično legitimisan. U našem Zakonu je predviđeno da pritužbu može podneti svako fizičko ili pravno lice, s

[14] U Austriji je ova obaveza podignuta na ustavni nivo, a u Švedskoj je odbijanje saradnje sa ombudsmanom krivično delo!

[15] U Švedskoj ne postoje dokumenti, bez obzira na stepen tajnosti, koji se mogu uskratiti ombudsmanu. U našem Zakonu je ovo relativizovano time što je inače jasna i dobra odredba o obavezi stavljanja ombudsmanu na raspolaganje svih podataka bez obzira na stepen tajnosti, uslovljena time da to nije isključeno nekim zakonom. Time je omogućeno da se pojedinim zakonima predvidi odstupanje od principa o pravu na pristup podacima.

[16] Isto, član 22.

[17] Isto, član 23.

tim što se traži lična legitimacija. Izuzetak od ovog pravila se tiče maloletnih lica u čije ime pritužbu može da podnese njegov roditelj, odnosno zakonski zastupnik, S druge strane, ombudsman može da deluje i po službenoj dužnosti, a za to povod može da mu bude i anonimna pritužba, koja se inače ne prihvata kao obaveza za pokretanje postupka. Po pravilu, Zaštitnik građana neće postupati po anonimnim pritužbama. „Izuzetno, ako smatra da u anonimnoj pritužbi ima osnova za njegovo postupanje, Zaštitnik građana može pokrenuti postupak po sopstvenoj inicijativi" (član 25, stav 7).

Ukoliko ombudsman ne odbaci pritužbu, započinje istraga. Po pravilu, ombudsman ne sprovodi istragu ako građaninu stoji na raspolaganju neki pravni postupak, odnosno pravno sredstvo, nego u takvim situacijama čeka kraj i ishod tog postupka. Zaštitnik građana će uputiti podnosioca pritužbe na pokretanje odgovarajućeg pravnog postupka, ako je takav postupak predviđen, a neće pokretati postupak dok ne budu iscrpljena sva pravna sredstva. Ovo pravilo je u nekim zemljama prihvaćeno bez izuzetka, dok se u Švedskoj ombudsman upušta u razmatranje pritužbe i pre završetka pravnog postupka, ukoliko se pritužba odnosi na samu proceduru, a ne i na meritum odluke. Po našem Zakonu, izuzetak od pravila o potrebi da se prethodno iscrpe postojeća pravna sredstva tiče se onih slučajeva gde priroda povrede nameće obavezu hitnog delovanja. Izuzetno, „Zaštitnik građana može pokrenuti postupak i pre nego što su iscrpljena sva pravna sredstva, ako bi podnosiocu pritužbe bila naneta nenadoknadiva šteta ili ako se pritužba odnosi na povredu principa dobre uprave, posebno nekorektan odnos organa uprave prema podnosiocu pritužbe, neblagovremen rad ili druga kršenja pravila etičkog ponašanja zaposlenih u organima uprave" (član 25, stav 5).

Po pravilu, pritužbe se podnose u pisanoj formi, pri čemu je po našem Zakonu predviđeno i da se mogu podneti usmeno na zapisnik. Na zahtev podnosioca pritužbe stručna lica u službi Zaštitnika građana su dužna da mu, bez naknade, pruže stručnu pomoć u sastavljanju pritužbe.

Kao i u mnogim drugim zemljama, a da bi se građanima olakšao kontakt sa Zaštitnikom građana, na pritužbe se ne plaća nikakva taksa.

Zaštitnik građana ima obavezu da postupi po svakoj pritužbi. Izuzetak od ovog pravila se tiče sledećih slučajeva:

1) ako predmet na koji se odnosi pritužba ne spada u nadležnost Zaštitnika građana;

2) ako je pritužba podneta nakon isteka roka za podnošenje;

3) ako je pritužba podneta pre upotrebe svih raspoloživih pravnih sredstava, a nisu ispunjeni uslovi iz člana 25. stav 5. Zakona;

4) ako je pritužba anonimna;

5) ako pritužba ne sadrži potrebne podatke za postupanje, a podnosilac nedostatak ne otkloni ni u naknadnom roku određenom za dopunu pritužbe, niti se obrati službi Zaštitnika građana za stručnu pomoć u otklanjanju nedostatka.[18]

Ako zbog nekog od ovih razloga nema osnova za postupanje Zaštitnika građana, Zaštitnik građana će odbaciti pritužbu, o čemu je dužan da obavesti podnosioca, uz navođenje razloga za odbacivanje.

Zaštitnik građana je dužan da obavesti podnosioca pritužbe, kao i organ uprave protiv kojeg je podneta pritužba o pokretanju i završetku postupka. Saradnja sa Zaštitnikom građana predstavlja obavezu organa uprave. Oni su dužnim da odgovore na sve zahteve Zaštitnika građana, kao i da mu dostave sve tražene informacije i spise u roku koji on odredi, a koji ne može biti kraći od 15, niti duži od 60 dana.

Moguće je da organ protiv kojeg je podneta pritužba u međuvremenu sam otkloni nedostatke u radu. Zaštitnik građana će o tome obavestiti podnosioca pritužbe i ostaviti mu rok od 15 dana da se izjasni da li je takvim postupkom zadovoljan. Ako podnosilac pritužbe odgovori da je zadovoljan načinom na koji je otklonjen nedostatak, kao i ako podnosilac pritužbe uopšte ne odgovori u ostavljenom roku, Zaštitnik građana će obustaviti postupak.

Ishod sprovedene istrage može biti različit. Ukoliko se utvrdi da ne postoje nikakve povrede, istraga se završava bez kritike organa uprave, odnosno to predstavlja svojevrsno odbijanje pritužbe, čime se daje za pravo konkretnom organu. Prema našem Zakonu, Zaštitnik građana će tada obavestiti podnosioca pritužbe da je pritužba neosnovana No, ako se utvrdi da je bilo određenih propusta, ombudsman nema nikakvih meritornih ovlašćenja koja bi mu omogućavala da akte uprave izmeni, ukine ili poništi. U većem broju zemalja može jedino da uputi kritiku odgovarajućem organu i preporuku kako bi uočeni nedostatak trebalo otkloniti. Samo u manjem broju zemalja preporuke ombudsmana imaju i pravno obavezujući karakter. Po našem Zakonu, Zaštitnik građana je ovlašćen da organima izda preporuku, pri čemu oni imaju obavezu da ga obaveste o ishodu najkasnije u roku od 60 dana. Od pravila je predviđen izuzetak. Naime, ako postoji opasnost da će zbog neotklanjanja nedostatka, prava podnosioca pritužbe biti trajno i u značajnom obimu oštećena, Zaštitnik građana u svojoj preporuci organu uprave može da utvrdi i kraći rok za otklanjanje nedostatka, s tim što taj rok ne može da bude kraći od 15 dana. Ako organ uprave ne postupi po preporuci, Zaštitnik građana može o tome da obavesti javnost, Skupštinu i Vladu, a

[18] Isto, član 29.

može i da preporuči utvrđivanje odgovornosti funkcionera koji rukovodi organom uprave.[19]

Zaštitnik građana podnosi Skupštini redovan godišnji izveštaj, a može i da podnese posebne izveštaje. U redovnom godišnjem izveštaju, koji se podnosi najkasnije do 15. marta naredne godine, navode se podaci o aktivnostima u prethodnoj godini, podaci o uočenim nedostacima u radu organa uprave, kao i predlozi za poboljšanje položaja građana u odnosu na organe uprave. Izveštaj o radu se objavljuje „Službenom glasniku Republike Srbije" i na internet stranici Zaštitnika građana, a dostavlja se i sredstvima javnog informisanja. Što se tiče posebnih izveštaja, oni se mogu podnositi i tokom godine, ako se za tim javi potreba.

6. Zaključak

U Srbiji je interesovanje za instituciju ombudsmana dugo bilo, pre svega, naučnog karaktera, a tek od 2002. godine čine se i prvi konkretni praktični koraci na ovom planu. Najpre se normativno predviđaju lokalni građanski branioci (ombudsmani), a zatim i pokrajinski ombudsman. Srbija je donela Zakon o zaštitniku građana septembra 2005. godine, a prvi ombudsman je izabran 29. juna 2007. godine. Tada je izabran prvi Zaštitnik građana Republike Srbije.

Institucija Zaštitnika građana u Republici Srbiji ima sve karakteristike klasičnog ombudsmana, ali se bavi i zaštitom ljudskih prava. Normativno posmatrano, prilikom stvaranja ove institucije u Srbiji vodilo se računa o svim međunarodnim standardima, kao i o najmodernijim rešenjima kojih nema u zakonima nekih zemalja koje su ovu instituciju uvele u 20. veku. Jedino odstupanje od međunarodnih standarda, vezano za izbor ombudsmana prostom većinom poslanika, otklonjeno je nakon donošenja Ustava iz 2006. godine, od kada je i u Srbiji za izbor i razrešenje ombudsmana potrebna većina od ukupnog broja poslanika.

Što se tiče izvođenja zaključaka o radu prvog srpskog ombudsmana, s obzirom na veoma kratak period postojanja ove institucije u Srbiji, još je veoma rano da se tome bilo šta kaže.

[19] Isto, član 31, stav 5.

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

The Protector of Citizens of the Republic of Serbia

Abstract

By enactment of the Law on the Protection of Citizens in September 2005, Serbia has joined a large family of states that have the ombudsman institution. As one among few last European countries, Serbia created regulations required for the establishment of this institute in September 2005, when the Law on the Protector of Citizens was established.

In Serbia, the institution of ombudsman has the same name used only in Quebec and at Haiti: the Protector of Citizens. This term reflects well the real role of ombudsman, and at the same time it is not difficult for pronunciation in Serbian. Ombudsman`s role is mainly to protect citizens from malfunctioning administration. Hence, it is a good thing to have this role suggested by the name used for this institution**.** The original term "ombudsman" is difficult for pronunciation among average people**.**

With respect to his position and role, the Serbian ombudsman was created according to the Danish model, but it goes a bit further. The scope of his work includes protection of human rights in general, the same as in many countries of the so called new democracy.

The Protector of Citizens is established and dismissed from office by the National Assembly by majority vote of all representatives**.** A proposal for his election is submitted by the Committee for Constitutional Issues.

The sphere of work of the Protector of Citizens is conceived so as to allow him to control the respect of the rights of citizens, establish violations resulting from acts, actions or failure to act by administrative authorities, if they are violations of the laws, regulations and other general acts of the republic. As in most countries, the Protector of Citizens Rights acts on complaints of citizens and on his own initiative. If he comes across any instance of maladministration, the Protector of Citizens may issue his recommendation asking the administrative authority to respond within 60 days. Similarly to the practice in other countries, the Serbian ombudsman may recommend the dismissal of an official who is responsible for violation of citizen's rights, he has the power to launch legislative initiatives, and initiatives with the Constitutional court. The Protector of Citizens submits a regular annual report to the Assembly on all noted irregularities. He may also submit separate reports as well.

Originalni naučni rad 331.108.6:342.7(4)

Dr Predrag Jovanović, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

ZLOSTAVLJANJE NA RADU KAO PRAVNO PITANJE U MEĐUNARODNOM I EVROPSKOM PRAVU

Sažetak: *Zlostavljanje na radu (mobing) je društvena pojava sa mnogostrukim značajnim sociološkim, ekonomskim i pravnim implikacijama. To čini opravdanim zahtev da se to pitanje zasebno, direktno i celovito, pravno reguliše. Međutim, kako u međunarodnom tako i u našem pravu, tom pitanju se tako ne pristupa, tj. normativni okviri regulisanja mobinga su, uglavnom, posredno izvedeni u okviru regulisanja ljudskih, odnosno socijalno-ekonomskih prava i diskriminacije u vezi sa tim pravima.*

Potreba za regulisanjem mobinga postoji i u Srbiji. Pri tome, treba imati u vidu odgovarajuće normativne standarde sadržane u međunarodnom i evropskom, kao i u našem pravu koji su razasuti po mnogim dokumetima i u različitim oblastima prava. Svrha ovog rada je da ukaže na najvažnija međunarodna i evropska pravna dokumenta i standarde koji su u bližoj vezi sa mobingom, kako bi se olakšao neposredniji pristup mobingu kao pravnom pitanju.

Ključne reči: *zlostavljanje na radu,mobing, ljudska prava, socijalno-ekonomska prava, diskriminacija, međunarona legislativa, domaća legislativa.*

1. Uvodne napomene

Zlostavljanje na radu ili mobing[1], kao pravno pitanje, u najneposrednijoj vezi je sa socijalno-ekoniomskim pravima. Socijalno-ekonomska

[1] Izraz *mobbing* potiče iz engleskog jezika: *mob* – rulja, nasilna gomila, ološ; glagolski oblik te reči *to mob* – nasrnuti (na nekog), što je najbliže poimanju zlostavljanja (mobinga) na radnom mestu.

prava su širi pravni okvir koji bi trebalo da obezbedi dostojanstvo ljudi na radu. Socijalno-ekonomska prava su najpreciznije razrađena radnim zakonodavstvom (i međunarodnim i domaćim), koje je i „najodgovornije" za dostojanstvo ljudi na radu.

Međutim, činjenica je da se dostojanstvo ljudi na radu često ugrožava. To znači da radno-pravna razrada socijalno-ekonomskih prava, sama po sebi, nije dovoljna da bi se na zadovoljavajući način obezbedilo dostojanstvo ljudi na radu. Šta više, moglo bi se reći da je razrada socijalno-ekonomskih prava u radnom zakonodavstvu Srbije izvedena na sasvim korektan način, u odnosu na odgovarajuće standarde iz međunarodnog i evropskog prava, a ipak najveći postototak mobiranih lica, u poređenju sa drugim evropskim zemljama, je upravo u Srbiji. Dakle, nešto u radnom zakonodavstvu Srbije nedostaje. Nedostaje normativna razrada pitanja vezanih za mobing.

Mobing je antipod socijalno-ekonomskim pravima. Potreba razrade mobinga je u istoj meri značajna u kojoj je značajna potreba za razradom socijalno-ekonomskih prava. Pravno gledano – ovde se radi o potrebi zaštite socijalnoekonomskih prava. Poznato je da sama pravna proklamacija određenih prava, bez odgovarajućih mehanizama njihove zaštite, zapravo kompromituje sama ta prava i pretvara ih u *ius nudum.* U tome je pravna potreba da se pitanje mobinga *direktno i celovito* pravno obradi. Naravno, postoje i druge jake potrebe za pravnom obradom mobinga (u smislu neutralisanja, ili što je još važnije – preveniranja socijalnih, zdravstvenih, privredno-ekonomskih i drugih implikacija), o čemu će kasnije biti više reči.

Kod notrmativne razrade mobinga mora se voditi računa o određenim pravnim standardima sadržanim u međunarodnom i evropskom pravu. Pri tome, otežavajuća okolnost nalazi se u činjenici da su ti standardi razasuti po mnogim pravnim izvorima i u okviru različitih pravnih oblasti i grana prava. Naša namera u ovom radu jeste da ukažemo na najvažnije

---

Mobing na radnom mestu se manifestuje kao učestalo specifično ponašanje u obliku uznemiravanja, psihičkog nasilja, ponižavanja, omalovažavanja jednog lica (ili grupe lica) od strane nadređenog ili podređenog lica, ili od strane drugih lica u istoj kadrovskoj ravni-kolega, sa ciljem psihičkog zlostavljanja i narušavanja mentalnog zdravlja, vređanja dostojanstva, profesionalne degradacije i socijalno-ekonomskog ugrožavanja.

Pod mobingom se uglavnom podrazumeva psihičko nasilje i zlostavljanje. Međutim, mobing može imati i šire značenje. Prema izveštaju Evropske fondacije za poboljšanje uslova života i rada ("Prevencija nasilja i uznemiravanja na radnom mestu"), mobing može da znači: (1) fizičko nasilje uz upotrebu fizičke sile sa fizičkim povredama; (2) psihičko nasilje sa posledicama mentalne, duhovne i moralne prirode; i (3) seksualno uznemiravanje i nasilje koje za posledicu ima povredu dostojanstva i stvaranje ponižavajućeg, degradirajućeg i neprijateljskog okruženja.

međunarodne i evropske pravne okvire za normativnu razradu pitanja mobinga, kako bi put za neposredniji pravni tretman mobinga u Srbiji bio olakšan.

Na ovom mestu samo ćemo pomenuti da je u međunarodnom i evropskom pravu, pravni tretman mobinga, tj. stanja i odnosa koji se mogu dovesti u vezu sa mobingom, izveden posredno – u okviru i preko regulisanja socijalno-ekonomskih prava i u okviru regulisanja (zabrane) diskriminacije u vezi sa tim pravima. U ovom radu ćemo izdvojiti najvažnija pravila iz međunarodnog i evropskog prava u svetlu pitanja mobinga. Pod tim svetlom jasno se mogu uočiti dve činjenice: (1) socijalno-ekonomska prava su sporo i teško krčila sebi put, naročito u pravu EU, zato se i razlikuju „prva" i „druga" generacija ljudskih prava); (2) istu „sudbinu" deli i mobing kao pravno pitanje - sporo i teško se probija u međunarodno i evropsko pravo i u pravo pojedinih zemalja.

Što se tiče našeg prava, tu se takođe srećemo sa posrednim tretmanom stanja i odnosa u vezi sa mobingom. Protivpravnost mobinga obično se ocenjuje iz ugla ustavno-pravnih odredaba, radno-pravnih, građansko-pravnih i krivično-pravnih. Zajednička karakteristika svih tih ocena jeste da su one fragmentalne pa samim tim i nedovoljne za puno iskazivanje protivpravnosti mobinga. Zato treba doneti poseban propis o zlostavljanju na radu. U našem okruženju ni jedna zemlja ga nema. Od bivših republika SFR Jugoslavije, samo se u Hrvatskoj radi na donošenju zakona o mobingu. U Srbiji, prva inicijativa za donošenje zakona o mobingu potekla je od Sekretarijata za rad, zapošljavanje i ravnompravnost polova Izvršnog veća Vojvodine. Kasnije tu inicijativu prihvata Ministarstvo za rad i zapošljavanje Vlade Republike Srbije, te sada već imamo pripremljen Nacrt zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu, čijoj izradi skroman doprinos je dao i autor ovog teksta.

2. Zlostavljanje na radu (mobing) kao socijalni konflikt

Postoji jedan predmet kome u našoj epohi svi kulturni narodi poklanjaju duboko, čak strasno interesovanje koje podseća na veliki duhovni pokret iz kojeg je pre dva milenijuma proizašlo hrišćanstvo- taj predmet jeste *socijalni problem.* Tu je data osnova za jedan misaoni krug koji ujedinjuje sve duhove, a intenzitet tog interesovanja može pružiti zamenu za to da *socijalna nauka*, koja u *socijalnoj pravnoj nauci* nalazi svoje središte, ne obuhvati, kao nekada filozofija, sve teorijske i praktične probleme, već samo najvažnija *praktična pitanja ljudskog života.*[2]

[2] Anton Menger, Socijalni zadaci pravne nauke, "Dosije", Beograd, 2007, str.24.

Mobing je, kao *praktično pitanje ljudskog života,* u svojoj osnovi socijalni konflikt. U tom smislu mobing je društvena pojava sa višestrukim *negativnim* posledicama i koju je, kao i druge pojave konfliktnog sadržaja, teško prevenirati (mobing- *socijalni problem*). Zato se postavlja pitanje kako upravljati tim konfliktima, odnosno pojavama ne bi li se njihove negativne posledice ublažile. Jedna od bitnih pretpostavki upravljanja mobingom, jeste njegovo svođenje u odgovarajuće normativne okvire. Ujedno, to bi bio i prioritetni zadatak *radnog prava* kao *socijalne pravne nauke.*

Mobing je samo jedan izraz socijalnih konflikata između dva sveta različite moći – sveta rada i sveta kapitala. Prema tzv. konfliktnoj teoriji,[3] konflikti su sastavni deo života i neizbežna pojava u društvu. Za sve vrste društvenih odnosa (privredni, ekonomski, politički odnosi, radni odnosi), karakteristični su konflikti. To je zbog toga jer u osnovi svih tih odnosa leže odgovarajući interesi aktera tih odnosa. Stepen zadovoljenja njihovih interesa zavisi od moći sa kojom akteri raspolažu u određenoj oblasti. Moć zavisi od toga kakvim i kolikim resursima akteri raspolažu. Ovi stavovi su apsolutno prihvatljivi i kada su u pitanju sukobi tj. konflikti u oblasti rada i radnih odnosa, i jasno se po njima mogu prepoznati pozicije u kojima se nalaze zaposleni i poslodavac. Kada je u pitanju „moć" subjekata radnog odnosa, treba ukazati i na činjenicu da je ona često determinisana i političkom pozicijom u kojoj se nalaze radnici i poslodavci, naročito u onim sredinama gde je kadrovska selekcija i napredovanje na poslu utemeljeno više na političkim , a manje na stručnim kriterijumima. U ovakvim sredinama nastaje posebni funkcionalni vid mobinga „podobnih" nad sposobnima, ili korumpiranih nad poštenim licima. Tako se mobing pretvara, zapravo, u „strategiju" očuvanja položaja i vlasti, ili kao sredstvo borbe da bi se došlo do određenih pozicija i vlasti.

Vratimo se našem pitanju - kako upravljati konfliktima ? U konfliktnoj teoriji poznata su tri načina upravljanja konfliktima i njihovog prevazilaženja: (a) dominacija – koja podrazumeva jednostranu upotrebu sile, represije ili pretnje (od strane jačeg); (b) kompromis – podrazumeva delimično odustajanje od zahteva koji su predmet konflikta i dogovor strana u konfliktu; (c) administrativni metod - podrazumeva „administrativno procesuiranje" sukobljenih strana i preduzimanje odgovarajućih mera ili sankcija. I kod mobinga mogu se primeniti pomenuta tri načina njegovog prevazilaženja. Ali, ovom prilikom, namera nam je da posebno ukažemo na normativne okvire (međunarodne i domaće) primene administrativnog metoda u rešavanju pitanja u vezi sa mobingom.

[3] Vidi o tome R. Collins, Conflict Sociology, Academic Press, New. York, 1974.

3. Društvene, zdravstvene i ekonomske implikacije mobinga

Ako i letimično pogledamo dosadašnja stručna i praktična interesovanja za pitanje mobinga, može se primetiti da je to pitanje najpre identifikovano kao sociološki problem, zatim kao zdravstveni problem, onda - kao socijalno-ekonomski problem i na kraju kao pravno pitanje.

Kao sociološki problem, mobing se tretira iz ugla društvenih, tj. međuljudskih odnosa unutar kojih se javlja i sprovodi (na makro planu – na nivou društva; na mikro planu – na nivou preduzeća), uz evidentnu posledicu osećanja otuđenosti mobiranog lica od drugih osoba, otežanog socijalnog prilagođavanja i sa osećanjem društvene besperspektivnosti.[4] Procenjuje se da je na nivou Evropske unije 15% radnika (oko 13 miliona zaposlenih) pogođeno mobingom na radnom mestu (najmanje u Portugaliji – 4%), sa tendencijom rasta u svim zemljama članicama.[5] U SAD mobingu je izloženo oko 25% zaposlenih. Što se tiče Srbije, procenjuje se da je mobingu izloženo, u različitim oblicima, oko 45% zaposlenih.[6]

Kao zdravstveni problem mobing se tretira kao uzročnik mnogih psiho-fizikih poremećaja (razdražljivost sa čestim ispadima ljutnje ili panike; otežana koncentracija; depresivna raspoloženja; stres; srčani problemi; kožne promene; poremećaji u probavnom sistemu; seksualni poremećaji itd.). Prema objavljenim podacima, s mobingom su povezana 33 zdravstvena simptoma. Uz sve pomenute zdravstvene smetnje, još je više zabrinjavajući podatak da je prema istraživanjima objavljenim u Švedskoj 10 do 15% slučajeva samoubistava u direktnoj vezi sa mobingom.[7]

Kao socijalno-ekonomski problem, pitanje mobinga ne tiče se samo interesa zaposlenih, već predstavlja izazov i za poslodavce, odnosno menadžere, i za državu. Jer, posledice mobinga mogu direktno i indirektno uticati na troškove poslovanja poslodavca, kao i na budžetske troškove države. Indirektno utiču tako što, usled loših međuljudskih odnosa, slabi motivacija zaposlenih za rad i opada produktivnost rada, a time i budžetski prihodi države (porezi i doprinosi).[8] Direktni troškovi se tiču izdataka koje poslodavac i država imaju u vezi čestih bolovanja i stresa mobiranih radnika, korišćenja prava po osnovu invalidnosti, zastoja u procesu rada zbog raskinutih ugovora o radi itd.[9]

---

[4] R. Supek, Sociologija, "Nolit", Beograd, 1983. str.183.

[5] Ante Simonić i grupa autora, Mobing u suvremenom društvu, Rijeka, 2006, str.9.

[6] Prema: dr Vesna Baltezarević, Mobing – komunikacija na četiri noge, Pančevo, 2007, str.18.

[7] Prema dr Aleksej Cvetko, Evropski pravnik, br.2/2007, str.114.

[8] Procenjuje se da radni učinak mobiranog lica opada za 60%.

[9] Prema procenama stručnjaka objavljenim u Londonu 1998. godine, usled mobinga prouzrokuje se šteta u privredi Engleske u iznosu oko dve milijarde funti svake godine,

Sa svim navedenim posledicama, mobing naročitu pažnju privlači u poslednjih desetak godina. To bi se moglo povezati sa širim procesima globalizacije i liberalizacije ukupnih odnosa na međunarodnom i regionalnom planu. Najznačajniji uticaj pri usmeravanju ovih procesa imale su do sada zemlje sa liberalnom društveno-ekonomskom strukturom (SAD i druge). Pod uticajem ovih procesa, evropski „socijalni model" biva ugrožen, što se oseća u svim evropskim zemljama a naročito u zemljama u tranziciji. Napred navedeni podaci o procentualnoj zastupljenosti mobinga u pojedinim zemljama to ilustruju.

Dakle, iz svega što je napred rečeno o mobingu kao socijalnom konfliktu, kao sociološkom, zdravstvenom i socijalno-ekonomskom problemu, vidi se da ***postoje svi razlozi*** da se mobing direktno tretira kao pravno pitanje i u međunarodnom i u našem pravu, što za sada nije slučaj.

4. Mobing kao pravno pitanje umeđunarodnom i evropskom pravu

Pravni tretman mobinga u međunarodnom i evropskom pravu izveden je posrednim putem, tj. u svetlu regulisanja ljudskih prava i diskriminacije u vezi sa tim pravima. Često se i u literaturi mobing, ili viktimizacija, posmatra kao oblik diskriminacije. U tom smislu, oblici diskriminacije su: (a) direktna diskriminacija; (b) indirektna diskriminacija; (c) viktimizacija; i (d) segregacija.[10] Viktimizacija postoji onda kada se jedno lice tretira manje naklono nego što se tretiraju ili bi se tretirala druga lica u istim okolnostima.[11] Prema Uredbi o viktimizaciji na poslu, švedskog Nacionalnog odbora za bezbednost i zdravlje iz 1993. godine (paragrapf 1.), pod viktimizacijom se podrazumevaju učestali, prekorni ili jasno negativni postupci koji su usmereni protiv pojedinih zaposlenih na uvredljiv način i kao rezultat mogu imati odstranjivanje tih zaposlenih iz radne sredine.[12] Segregacija po osnovu rasne pripadnosti je diskriminacija.[13]

---

odnosno izgubi se oko 80 miliona radnih dana; u SAD se gubi svake godine 200 milijardi dolara zbog stresa u preduzećima; u Nemačkoj jedan radnik koji je psihički maltretiran, košta preduzeće između 25.000 i 75.000 eura godišnje, zbog gubitaka uzrokovanih odsustvovanjem sa rada usled bolovanja, smanjenja radnog učinka i grešaka u radu; podaci Međunarodne organizacije rada govore da su godišnji troškovi, usled mobinga, jednog preduzeća od 1.000 zaposlenih oko 150.000 eura; prema: Andreja Kostelić – Martić, Mobing – psihičko maltretiranje na radnom mestu, "Školska knjiga", Zagreb, 2005, str.76, 77.

[10] Jeremy McMullen, Rights at Work, "Pluto Press", London, 1979, str.98. i dalje.

[11] Ibidem

[12] Ordinance of Victimization at Work, Swedish National Board of Occupational Health and Safety, S-171 84 Solna, Sweden.

13 Jeremy McMullen, cit delo, str.101.

4.1. Od dokumenata ***međunarodnog prava***, najpre treba imati u vidu univerzalne akte ***Organizacije ujedinjenih nacija*** (OUN). Pre svega ovde se misli na ***Povelju*** OUN iz 1945. godine[14]. U Preambuli i čl. 1. Povelje je navedeno da OUN, između ostalog ima za cilj da potvrdi veru u osnovna prava čoveka, u *dostojanstvo i vrednost* ljudske ličnosti, u ravnopravnost muškaraca i žena i nacija velikih i malih; da se obezbedi ekonomski i socijalni napredak, te poboljšanje životnih uslova; da se unapredi i podstiče *poštovanje prava i osnovnih sloboda* za sve bez obzira na rasu, pol, jezik ili veru itd. Prema čl. 56. Povelje, navedeni cilj ima *prioritet* nad svim drugim ciljevima i zadacima, te su sve zemlje članice OUN, kao i Srbija, dužne da preduzimaju odgovarajuće akcije radi postizanja tog cilja.

Opštom deklaracijom o pravima čoveka[15](čl. 1.) utvrđen je princip da svako ima *pravo na život*, *slobodu i ličnu sigurnost* i da se svi ljudi rađaju *slobodni i jednaki* u *dostojanstvu i pravima*, bez obzira na rasu, pol, jezik, veru, političko i drugo uverenje. Prema čl. 23. stav 1. Deklaracije, svako ima pravo na *pravične i zadovoljavajuće uslove rada i pravo na životni standard koji obezbeđuje zdravlje i blagostanje.*

Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima[16]**,** kao dokument posvećen „prvoj generaciji" ljudskih prava, inauguriše u međunarodno pravo standard „*izvornog dostojanstva ljudske ličnosti*", kao pretpostavke postojanje pravde i mira u svetu. Prema čl.9. Pakta, svako ima pravo na slobodu, dostojanstvo i ličnu bezbednost.

Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima[17] je dokument OUN posvećen „drugoj generaciji" ljudskih prava, tj. socijalno-ekonomskim i kulturnim pravima. U Paktu se ukazuje (u Preambuli) da se osnovni principi sadržani u Povelji OUN i Opštoj deklaraciji o pravima čoveka mogu ostvariti samo ako se stvore uslovi koji omogućavaju svakome da uživa svoja ekonomska, socijalna i kulturna prava. Među ovim pravima navodi se i pravo na *dostojanstvene uslove rada* i na *bezbednost i zaštitu na radu.*

Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije [18](čl.1.) zabranjuje svako davanje prvenstva, razlikovanje ili ograničavanje na osnovu rase, boje kože, nacije, političkog opredeljenja, a ko-

[14]"Službeni list FNRJ", br.4/1945.

[15] Usvojena 10. XII 1948. godine. Ne podleže ratifikaciji, jer se ne tretira kao međunarodni ugovor.

[16] "Službeni list SFRJ", br.7/1971.

[17] "Službeni list SFRJ", br.7/1971.

[18] "Službeni list SFRJ", br. 6/1967.

je ima za cilj da *ugrozi korišćenje osnovnih sloboda i prava* čoveka, pod jednakim uslovima, u socijalnoj, ekonomskoj, političkoj sferi i u drugim sferama javnog života.

4.2. U pravu ***Međunarodne organizacije rada*** *(MOR)* pitanje mobinga se takođe posredno tangira. To pitanje je skopčano sa naporima eliminacije diskriminacije i zalaganjima u potrebi unapređenja jednakosti pri zapošljavanju i u radu. U duhu prava MOR-a, moglo bi se reći da su eliminacija diskriminacije i mobing, kao zlostavljanje na poslu, dve strane iste medalje.

U Preambuli ***Ustava*** MOR-a iz 1919. godine je rečeno da se jedino putem obezbeđivanja *socijalne pravde* mogu neutralisati štetna dejstva takvih uslova rada koji velikom broju lica nanose *nepravdu*, bedu i odricanje, koji stvaraju veliko nezadovoljstvo i dovode u opasnost svetski mir i sklad.

U ***Filadelfijskoj deklaraciji*** (I deo Deklaracije) iz 1944. godine, kojom je noveliran Ustav MOR-a – aneks na Ustav, potvrđeno je i formulisano, između ostalih, i načelo da *rad nije roba*, a na kome mora biti zasnovana ukupna delatnost MOR-a i svih zemalja članica kako u stalnim koncentrisanim međunarodnim naporima, tako neumorno i energično unutar svake zemlje u kojima predstavnici radnika i poslodavaca sarađuju na bazi jednakosti sa predstavnicima vlada, učestvuju u slobodnim diskusijama i u odlukama demokratskog karaktera u cilju unapređenja zajedničke dobrobiti. Ovo načelo delovanja otvara prostore za kvalitativne i koncepcijske promene na planu radnih odnosa u smislu njihove dalje *humanizacije.* U tom smislu, Deklaracija proklamuje prncip da „sva ljudska bića bez obzira na njihovu rasu, veru ili pol, imaju pravo da slede kako svoje materijalno blagostanje, tako i svoj *duhovni razvoj u uslovima slobode i dostojanstva*, ekonomske sigurnosti i jednakih mogućnosti".

MOR je donela čitav niz konvencija i preporuka (mnoge od njih obavezuju i Srbiju), na bazi kojih je izgrađen svojevrstan međunarodni *corpus iuris socijalne pravde.* Zbog ograničenog prostora za pisanje ovog rada, nismo u situaciji da navodimo i analiziramo sve konvencije i preporuke kojima su regulisana mnoga pitanja zaštite zaposlenih i zabrane diskriminacije, a koja se, manje ili više, posredno mogu dovesti u vezu sa mobingom. Ovom prilikom, navešćemo samo načelno *oblasti* i prevashodno one *konvencije i preporuke* koje su u bližoj vezi sa radnjama i stanjima izazvanim mobingom, a od kojih najveći broj obavezuje Srbiju. Te oblasti su:

(1) bezbednost i zaštita na radu (u smislu obezbeđivanja uslova za očuvanje psiho-fizičkog integriteta i radne spsobnosti radnika; u tom smislu, u dokumentima MOR-a, insistira se: (a) na prilagođavanju organiza-

cije rada i radnih procesa fizičkim i mentalnim sposobnostima radnika; (b) na motivaciji zainteresovanih lica za postizanje odgovarajućeg nivoa zdravstvene zaštite i zaštite na radu; (c) na komuniciranju i saradnji na nivou preduzeća, kao i na svim drugim nivoima, u vezi zaštite na radu; (d) na zaštiti radnika i njihovih predstavnika od odgovornosti zbog preduzimanja odgovarajućih mera i akcija u vezi zaštite zdravlja i bezbednosti na radu);[19]

(2) ravnopravnost polova na radu i u vezi sa radom, (jedan od glavnih ciljeva radnog zakonodavstva, kao instrumenta socijalne politike, treba da bude ukidanje svake diskriminacije radnika, na osnovu pola, u smislu zapošljavanja i položaja u toku rada);[20]

(3) posebna zaštita s obzirom na uzrast, pol, biološke, psihičke i fizičke osobine (MOR poziva na jednak tretman svih lica, a naročito lica sa posebnim potrebama i razumno prilagođavanje radnih mesta tim licima);[21]

(4) zdravstvena zaštita (MOR daje međunarodne standarde u svim granama socijalnog osiguranja, sa ciljem obezbeđenja blagostanja i dostojanstva, a naročito u oblasti zdravstvene zaštite, naknade za slučaj bolesti, nesreće na poslu i prfesionalne bolesti, trudnoće i materinstva itd.);[22]

(5) pravo na slobodu rada (slobodan izbor zanimanja), pravo na jednake uslove zaposlenja na svim poslovima i zabrana prinudnog rada i premeštaja u druge krajeve; pravo na jednakost u sticanju i uživanju prava i zabrana diskriminacije, (u konvencijama MOR-a se traži da zemlje čla-

---

[19] Konvencija br.155 o profesionalnoj bezbednosti i zdravlju – Konvencija o zaštiti na radu i u radnoj sredini iz 1981. godine, "Službeni list SFRJ", br.7/1987; Preporuka br.97 o zaštiti zdravlja na radnom mestu iz 1953. godine, "Službeni list FNRJ", br.12/1956.

[20] Konvencija br.117 o osnovnim ciljevima socijalne politike iz 1962. godine (Deo četvrti i Deo peti Konvencije).

[21] Konvencija br.138 o minimalnim godinama starosti za zapošljavanje, "Službeni list SFRJ", br.14/1982; Konvencija br.90 o noćnom radu mlađih osoba u industriji iz 1948. godine, "Službeni list FNRJ", br.6/1957; Konvencija br.3 o zaštiti materinstva i Konvencija br.4 o noćnom radu žena (revidirana konvencijama br.41 i br.80) iz 1919. godine, "Službene novine KSHS", br.95-XXII; Preporuka br. 189 o otvaranju radnih mesta u malim i srednjim preduzećima iz 1998. godine (paragraf 10); Konvencija br.159 o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju invalida iz 1983. godine, "Službeni list SFRJ", br.3/1987; Preporuka br.99 o profesionalnoj rehabilitaciji invalida iz 1955. godine, "Službeni list FNRJ", br.5/1958; Preporuka br.168 o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju invalida iz 1983. godine, kojom se dopunjavaju Konvencija br.159 i Preporuka br.99.

[22] Konvencija br.102 o minimalnim normama socijalnog obezbeđenja, "Službeni list FNRJ", br.1/1955.

nice deklarišu i slede nacionalnu politiku postavljenu tako da štiti i unapređuje jednakost tretmana u izboru zanimanja i zaposlenja, uz zabranu diskriminacije sa tim u vezi; da kreiraju i promovišu politiku obrazovanja koja uvažava princip jednakosti; ukidanje svih zakonskih odredaba koje su diskriminatorske prirode; predvideti posebne mere u smislu „pozitivne diskriminacije" prema delovima stanovništva koje tradicionalno pogađa „negativna diskrimacija");[23]

(6) jednake mogućnosti tretmana za radnike sa porodičnim obavezama, (u nacionalnim politikama i zakonodavstvima treba predviđati mere koje će sprečiti diskriminaciju u pogledu zaposlenja i uslova rada, posrednu i neposrednu, po osnovu bračnog stanja i porodičnih obaveza, izbegavati uvek kada je to moguće stanja u kojima se sukobljavaju radne i porodične obaveze, problemi radnika sa porodičnim obavezama su deo širih interesa koji se odnose na porodicu i društvo);[24]

(7) nagrađivanje i jednakost u nagrađivanju muškaraca i žena, (MOR se zalaže za sprečavanje diskriminacije u nagrađivanju sobzirom na pol, odnosno za jednakost u nagrađivanju muške i ženske radne snage za rad jednake vrednosti, a razlike su dopuštene samo na osnovu objektivne procene zaposlenja i poslova koji se obavljaju);[25]

(8) poboljšanje životnog standarda, (sve politike treba ocenjivati sobzirom na njihov učinak u pogledu ukupne dobrobiti društva, istovremeno podsticati proizvodnu sposobnost radnika i poboljšanje njihovog životnog standarda, obezbediti jednak radnopravni i ekonomski tretman prema svima u pogledu zapošljavanja i unapređenja, uslova rada, obrazovanja, socijalnog staranja, učešće u pregovaranju) ;[26]

---

[23] Konvencija br.111 o diskriminaciji u pogledu zapošljavanja i zanimanja iz 1958. godine, "Službeni list FNRJ", br.3/1961; Preporuka br.111 o diskriminaciji u pogledu zapošljavanja i zanimanja iz 1958. "Službeni list FNRJ", br.3/1962, (ova dva dokumenta se smatraju najvažnijim dokumentima MOR-a u oblasti zaštite ljudskih (socijalno-ekonomskih) prava (Konvencija br.111 spada među osam fundamentalnih – suštinskih konvencija MOR-a). Konvencija br.29 o prinudnom radu iz 1930. godine, "Službene novine Kraljevine Jugoslavije", br.297-CXI/1932; Konvencija br.105 o ukidanju prinudnog rada iz 1957. godine.

[24] Konvencija br.156 o obavezama prema radnicima sa porodicama iz 1981. godine, "Službeni list SFRJ", br.7/1987; Preporuka o jednakim mogućnostima tretmanu za radnike i radnice.

[25] Konvencija br.100 o jednakom plaćanju iz 1951. godine, "Službeni vesnik Prezidijuma Narodne skupštine FNRJ", br.1/1952 (ova Konvencija spada među osam fundamentalnih – ili suštinskih konvencija MOR-a); Konvencija br.117 o osnovnim ciljevima i normama socijalne politike (Deo četvrti).

[26] Konvencija br.117 o osnovnim ciljevima i normama socijalne politike (Deo drugi Konvencije).

(9) sistem obrazovanja, stručno osposobljavanje i razvoj ljudskih resursa, (politika i programi stručnog usmeravanja i obrazovanja moraju omogućiti svim licima da bez ikakve diskriminacije, na ravnopravnoj osnovi, razvijaju i koriste svoje sposobnosti za rad);[27]

(10) pravo radnika da se obraća organima radi zaštite svojih interesa i pravo na žalbu, (bitan segment socijalne klime kod poslodavca jesu i odnosi koji nastaju povodom podnošenja žalbi u vezi sa radnjama i aktima poslodavca; pravo na žalbu podrazumeva: (a) pravo da se pojedinačno ili zajednički podnosi žalba, (b) da se žalba razmatra i reši u predviđenom postupku, (c) radnik koji je imao razlog za žalbu ne može da trpi nikakve posledice u vezi podnošenja žalbe);[28]

(11) izgradnja i uspešno sprovođenje politike komunikacije i informisanja, (saobraćaja između uprave i zaposlenih i njihovih predstavnika), promocija dobrih odnosa u preduzeću i stvaranje i učvršćivanje kulture preduzeća, (saobraćaj treba da se odvija dvosmerno: (a) između predstavnika uprave poslodavca i zaposlenih, (b) između predstavnika uprave i radničkih i sindikalnih predstavnika);[29]

(12) socijalni dijalog i kolektivno pregovaranje, (postoji interakcija između socijalnog dijaloga i kolektivnog pregovaranja, neprijateljsko okruženje ugrožava socijalni dijalog i kolektivno pregovaranje, za uspešnost dijaloga i kolektivnog pregovaranja potrebno je stvoriti uslove u kojima neće postojati pritisak ili dominacija jedne strane nad drugom;[30]

(13) prestanak radnog odnosa, (MOR ustanovljava standarde za dopušten i opravdan otkaz ugovora o radu, zloupotreba prava na otkaz dovodi do neopravdanog – abizivnog- prestanka radnog odnosa, tj. do prestanka radnog odnosa iz nedozvoljenih motiva i zbog ostvarivanja nekih nedozvoljenih ciljeva kako bi se radniku naškodilo);[31]

---

[27] Konvencija br.140 o plaćenom odsustvu radi obrazovanja iz 1974. godine, "Službeni list SFRJ", br.12/1982; Konvencija br.142 o stručnom osposobljavanju i razvoju ljudskih resursa iz 1975. godine, "Službeni list SFRJ", br.14/1982.

[28] Preporuka br.130 o razmatranju žalbi u preduzeću u cilju njihovog rešavanja iz 1967. godine.

[29] Preporuka br.129 o komunikaciji (opštenju) između poslodavca i radnika iz 1967. godine; Preporuka br. 189 o otvaranju radnih mesta u malim i srednjim preduzećima iz 1998. godine (paragrafi 2. i 10.).

[30] Konvencija br.87 o sindikalnim slobodama i zaštiti sindikalnih prava iz 1948. godine, "Službeni list FNRJ", br.8/1958; Konvencija br.98 o pravu organizovanja i kolektivnog pregovaranja iz 1949. godine, "Službeni list FNRJ", br.11/1958.

[31] Konvencija br.158 o prestanku radnog odnosa na inicijativu poslodavca iz 1982. godine, "Službeni list SFRJ", br.4/1984.

(14) socijalna politika i socijalna sigurnost i načini njenog ostvarivanja, (socijalna politika treba da ima za cilj ukidanje svake diskriminacije radnika na planu radnog zakonodavstva, sporazuma, primanja na rad i uslova rada).[32]

4.3. Evropsko pravo, takođe, nema posebnih propisa koji direktno i celovito regulišu pitanje mobinga. Sistem evropskog prava čine dva podsistema: (1) *evropsko nekomunitarno pravo*; i (2) *evropsko komunitarno pravo*.

Evropsko nekomunitarno pravo čine pravni izvori Saveta Evrope.[33] Srbija je članica Saveta Evrope, odnosno njeno članstvo je „nasleđeno" od Državne zajednice Srbije i Crne Gore, koja je postala član ovog tela 2003. godine. Učlanjenjem naše zemlje u Savet Evrope preuzeta je obaveza da se potpišu dva najvažnija dokumenta Saveta: *Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava iz 1950. godine i Evropska socijalna povelja iz 1961. (Revidirana evropska socijalna povelja – 1996.)* godine. Oba dokumenta su potpisana, ali do sada je ratfikovana samo Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava.[34]

Iako se u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava prvenstveno govori o građanskim i političkim pravima, a u manjoj meri o socijalno-ekonomskim pravima koja su više utkana u pravni sadržaj radnog odnosa,[35] ipak ćemo ovde navesti neka garantovana i zaštićena prava koja se mogu dovesti u vezu sa mobingom. To su: (1) *pravo na život,* čl.2; (2) *zabrana mučenja, nečovečnog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja*, čl.3; (3) *pravo na slobodu i bezbednost ličnosti,* čl.5; (4) *pravo na privatnost i poštovanje porodičnog života i doma*, čl.8; (5) *sloboda misli i savesti,* čl.9; (6) *sloboda izražavanja,* čl.10; (7) *zabrana diskriminacije* u vezi prava iz Konvencije, čl.14; [36] (8) *zabrana zloupotrebe* prava iz Konvencije, čl.17.

---

[32] Konvencija br.117 o osnovnim ciljevima i normama socijalne politike iz 1962. godine; Konvencija br.102 o minimalnim normama socijalnog obezbeđenja iz 1952. godine, "Službeni list FNRJ", br.1/1955; Preporuka br.102 o socijalnim službama iz 1956. godine, "Službeni list FNRJ", br.5/1958.

[33] Savet Evrope je osnovan 1949. godine u Londonu kao telo evropskih država (vlada). Time su započele evropske integracije nakon II svetskog rata, čiji rezultat danas imamo u Evropskoj uniji. *Osnovni zadatak* Saveta Evrope je da promoviše i unapređuje principe vladavine prava i *zaštite osnovnih ljudskih sloboda* i *prava.*

[34] "Službeni list SCG", br.6/2003.

[35] Socijalno-ekonomska prava su posebno predviđena u Evropskoj socijalnoj povelji, koju nismo ratifikovali.

[36] Protokolom br.12 iz Rima, kojim je dopunjena Konvencija 4. novembra 2000. godine , predviđena je opšta zabrana diskriminacije (čl.1.), tj. zabrana diskriminacije je

U vezi naše teme, posebno u smislu prevencije i zaštite od mobinga, značajno bi bilo pomenuti i mehanizam zaštite prava predviđenih Konvencijom. Naime, osnovni organ za vršenje nadzora nad primenom Konvencije jeste Evropski sud za ljudska prava. Sudu se direktno mogu obratiti pojedinci, grupe ljudi i pojedine države, ako smatraju da je došlo do povrede sloboda i prava iz Konvencije.[37]

Srbija, takođe, podleže jurisdikciji ovog Suda, jer kao što smo rekli naša zemlja je potpisala i ratifikovala Konvenciju. Ako Sud ustanovi povredu sloboda i prava iz Konvencije, tada može dosuditi odgovarajuću i pravičnu naknadu, odnosno zadovoljenje (*just satisfaction* – čl.41 Konvencije) podnosiocu predstavke. Takođe, Sud može odrediti i odgovarajuće mere u odnosu na državu protiv koje je pokrenut postupak.[38] Interesantno je ukazati i na činjenicu iz novije prakse Suda da neke presude, na ime novčanih naknada, mogu opteretiti budžete pojedinih zemalja (naročito siromašnijih), jer se te naknade kreću i do 1.400.000 evra.[39]

Revidirana evropska socijalna povelja predviđa pravo na *pravične* uslove rada (čl.2.). Sem toga, ovo je retki evropski dokument u kome se direktno govori o pravu na *dostojanstvo na poslu.* Prema čl.26. Povelje, kako bi se osiguralo efikasno uživanje prava svih zaposlenih na zaštitu njihovog dostojanstva na poslu, strane ugovornice preuzimaju obavezu da, u konsultacijama sa organizacijama poslodavaca i zaposlenih: (a) unaprede svest, informisanost i da *sprečavaju seksualno zlostavljanje na radnom mestu* ili u vezi sa poslom i da preduzmu sve odgovarajuće mere kako bi zaštitile zaposlene od takvog ponašanja; (b) unaprede svest, informisanost i da sprečavaju takvo *ponašanje koje je za osudu ili je izrazito ofanzivno* protiv pojedinog zaposlenog na radnom mestu ili u vezi sa poslom i da preduzmu sve mere da zaštite zaposlene od takvog ponašanja.

Evropsko komunitarno pravo čine pravni izvori Evropske unije (EU). Srbiju ovo pravo ne obavezuje, jer još nije članica EU. Ipak, pošto pretendujemo učlanjenju nužno je voditi računa i o pravnim standardima

---

proširena na sva prava i slobode predviđene i nacionalnim zakonodavstvom (ne samo Konvencijom).

[37] Ranije je postojala dvostepenost u zaštiti prava iz Konvencije: (a) prvi stepen – postupak pred Evropskom komisijom za ljudska prava (Komisija bi pokušala da pomiri pojedinca i državu, a ako u tome ne uspe mogla je "slučaj" da prosledi Sudu); (b) postupak pred Evropskim sudom za ljudska prava predstavlja drugi nivo zaštite. Međutim, Protokolom br. 11 uz ovu Konvenciju, ukinuta je Evropska komisija, tako da je danas moguće direktno obraćanje Sudu.

[38] Reč je o merama u smislu brisanja susedskog dosijea, ponovnog otvaranja sudskog postupka, ukidanje odluke o deportaciji ili ekstradiciji, davanje boravišta.

[39] Slučaj *Carbonara and Ventura protiv Italije,* prema: Milan Paunović – Slavoljub Carić, Evropski sud za ljudska prava, "Službeni glasnik", Beograd, 2006, str.74.

EU, što se manje ili više čini u tekućim procesima harmonizacije našeg prava i prava EU. Evropsko komunitarno pravo samo *indirektno* ili *fragmentalno* tangira pitanje mobinga (u vezi regulisanja i zaštite ljudskih, odnosno socijalno-ekonomskih prava i sloboda, posebno u vezi zaštite seksualnih sloboda), kako u svojim konstitutivnim ugovorima i poveljama (primarno pravo) tako i u svojim direktivama (sekundarno pravo).

U prvim *konstitutivnim dokumentima* (Ugovor o zajednici za ugalj i čelik iz 1951, za atomsku energiju i Ekonomske zajednice – 1957, Evropske zajednice – 1965) ne govori se o socijalno-ekonomskim pravima. Inicijalnu pravnu platformu socijalno-ekonomskim pravima daju Jedinstveni evropski akt iz 1986. godine, Povelja Zajednice o osnovnim socijalnim pravima radnika iz 1989. godine i Ugovor o Evropskoj uniji iz 1991. godine (Ugovor iz Mastrihta). U ovoj pravnoj platformi za izgradnju socijalno-ekonomskih prava prepoznaje se duh Evropske socijalne povelje iz 1961. godine. Dalji prodor socijalno-ekonomskih prava omogućila je Deklaracija o ljudskim pravima koju je doneo Evropski savet 1991. godine, inspirisana pomenutom Poveljom o osnovnim socijalnim pravima. Ova Deklaracija je značajna jer promoviše princip *jedinstvenosti ljudskih prava,* tj. princip jednakog tretiranja građanskih i političkih prava („klasična ljudska prava - prva generacija ljudskih prava“) sa socijalno-ekonomkim i kulturnim pravima („druga generacija ljudskih prava“). Do tada socijalno-ekonomska prava su teško sebi krčila put u pravni poredak EU.[40] Među socijalno-ekonomskim pravima sadržanim u Povelji o osnovnim socijalnim pravima, nalaze se i prava vezana za: (a) *poboljšanje uslova života i rada* – poglavlje 3; (b) *jednakost u nagrađivanju muškaraca i žena* – poglavlje 7; *zaštita na radu i zaštita zdravlja* – poglavlje 9; *posebna zaštita dece, starijih i invalida* – poglavlja 10, 11 i 12. U duhu ove Povelje i socijalno-ekonomskih prava doneseno je nekoliko direktiva EU.

Amsterdamskim ugovorom iz 1997. godine (stupio na snagu 1999.) definisani su glavni okviri socijalne politike, unutar kojih sve članice EU treba da utvrde svoje prioritete u normativnom delovanju i praksi. Jedan od tih okvira jeste *zabrana svih oblika diskriminacije* (po osnovu etničke pripadnosti, religije, rase, pola, seksualne orijentacije itd.).

Konačnu pravnu fizionomiju ljudskim i socijalno-ekonomskim pravima u EU dala je Povelja o osnovnim pravim, usvojena u Nici 2000. godine. Povelja se u osnovi oslanja na dostignute standarde u međunarodnim i nacionalnim izvorima, uključujući instrumente o ljudskim i socijal-

[40] Steve Peers and Angela Ward, The European Union Charter of Fundamental Rights in the European Union, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 1996, str.197.

no-ekonomskim pravima Ujedinjenih nacija, Saveta Evrope i Povelju same Zajednice o osnovnim socijalnim pravima iz 1989.[41] U Povelji EU o osnovnim pravima navode se i prava kao što su: (a) zaštita od nezakonitog otkaza; (b) bezbednost i zaštita zdravlja na radu; (c) *dostojanstvo na radu i njegova nepovredivost*. Donošenjem ove Povelje i definitivno je u EU pobedio princip jedinstvenog tretmana socijalno-ekonomskih i građanskih i političkih prava. Na tom principu sačinjen je i Ustav EU.

Poseban doprinos u normativnom uobličavanju mobinga u pravu EU i zemljama članicama dala je Rezolucija Evropskog parlamenta o uznemiravanju na radnom mestu iz 2001. godine.[42] Ova Rezolucija polazi od svih negativnih socijalnih, zdravstvenih i ekonomskih reperkusija mobinga (vidi u okviru naslova pod ***3.***), i poziva zemlje članice da se energično suprotstave zlostavljanju na poslu i ustanove odgovarajuće pravne mehanizme u borbi protiv takovog nasilja. Takođe, poziva se i Evropska komisija da pitanju mobinga posveti posebnu pažnju tako što će razmotriti sve postojeće direktive koje na određeni način tangiraju pitanje mobinga, kao i potrebu donošenja novih direktiva koje bi neposredno bile posvećene tom pitanju.

Što se tiče *sekundarnih izvora*, u vezi sa pitanjem mobinga, navešćemo one direktive koje su najbliže tom pitanju.

Direktiva br.76/207 iz 1976. godine, izmenjena *Direktivom br.2002/73* iz 2002. godine,[43] govori o *jednakom tretmanu* muškaraca i žena u pogledu zapošljavanja, uslova rada, stručne obuke i napredovanja. Sobzirom na psihofizičku konstituciju žene i njenu ulogu u biološkoj reprodukciji stanovništva, princip jednakog tretmana sa muškarcima se ne narušava tzv.pozitivnom diskriminacijom žena (zabrana rada na određenim poslovima, naročito za vreme trudnoće).[44]

Prema istraživanjima u vezi polne diskriminacije, u evropskim zemljama, žene su u većem broju žrtve mobinga u odnosu na muškarce. Povreda dostojanstva žena često se manifestuje kao seksualno uznemiravanje[45]. Direktiva 76/207 i Direktiva 2002/73 definišu seksualno uznemiravanje. To je svako ponašanje (verbalno, neverbalno, fizičko), u sferi polnog

[41] Tamara K. Hervey and Jeff Kenner, ed. The European Union Charter of Fundamental Rights, Oxford and Portland Oregon, 2004, str.213.

[42] European Parliament Rasolution on Harassment at the Workplace 2001/2339 – INI.

[43] Official Journal, L 39/40, 14.02.1976, izmenjena Direktivom br.2002/73, Official Journal, L 269/15, 15.10.2002.

[44] Roger Blanpain, European Labour Law, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 2000, str.303.

[45] Steven Anderman, Labour Law: management decisions and workers' rights, Butterworths, London, Dublin,Edinburgh, 1992, str.182. i dalje.

života, a koje dovodi do povrede dostojanstva i stvara neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje,[46] kao i do negativnih posledica u pogledu položaja na radu u slučaju neprihvatanja takovog ponašanja.

Direktiva 76/207 i Direktiva 2002/73 zajedno sa Preporukom br.92/131/CEE o zaštiti dostojanstva žena i muškaraca na radu iz 1991, najneposrednije obezbeđuju, posebno iz ugla seksualnih sloboda, dostojanstvo i zaštitu ljudskog integriteta. [47]

Direktivu br.89/391 o uvođenju mera za podsticanje poboljšanja bezbednosti i zdravlja radnika na radu iz 1989. godine.[48] U Direktivi su dati opšti principi za podsticanje poboljšanja bezbednosti i zaštite zdravlja radnika na radu. Ti principi su sledeći: (a) prevencija profesionalnih rizika; (b) zaštita bezbednosti i zdravlja radnika; (c) neutralisanje faktora rizika i nezgoda; (d) informisanje, konsultovanje i primerena participacija radnika po pitanjima bezbednosti zaštite zdravlja na radu; (e) obuka radnika i njihovih predstavnika. Svakako da podsticanje poboljšanja bezbednosti i zaštite zdravlja zaposlenih podrazumeva i prevenciju od rizika mobinga i zaštitu mentalnog zdravlja zaposlenih, do čijeg ugrožavanja, po pravilu, i dolazi usled mobinga. Ipak, ova Direktiva je prevashodno okrenuta zaštiti fizičkog integriteta i zdravlja zaposlenih, te zato postoji inicijativa u EU da se donese i posebna direktiva u vezi mobinga, odnosno psihičkog zlostavljanja i zaštite mentalnog zdravlja zaposlenih. Međutim, donošenje Direktive br.89/391 je o d velikog značaja, jer je donesena pre nego što se u Evropi formirala svest o mobingu kao štetnoj društvenoj pojavi i dala je veliki doprinos u formiranju te svesti.[49]

Direktiva br.95/46 iz 1995.[50] predviđa zaštitu lica kod korišćenja njihovih ličnih podataka (zaštita privatnosti). Ponekad radnja mobinga može biti sadržana u zloupotrebi ličnih podataka zaposlenog, što može škoditi njegovoj privatnosti, časti i ugledu.

Zabranjeno je prikupljanje nedopuštenih podataka o zaposlenom i njihovo prenošenje trećim licima (podaci koji nisu od neposrednog znača-

---

[46] Sličnu definiciju sadrži i naš Zakon o radu (čl.21. stav 3.).

[47] Više o tome, Roger Blanpain, cit delo, str.293 i dalje; Branko A. Lubarda, Evropsko radno pravo, Podgorica, 2004, str.266 i dalje.

[48] Official Journal, L 183, 29.06.1989. U duhu ove Direktive kod nas je donesen Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu, "Službeni glasnik Republike Srbije", br.101/2005.

[49] Maria Isabel S. Guerrero, The development of Moral Harassment (or Mobbing) Law in Sweden and France as a Step Towards EU Legislation, preuzeto sa Interneta: www.bc.edu/schools/law/lawreviews/meta-elements/journal/bciclr/27-2/10 (3.09.2007.).

[50] Officila Journal, L 281, 23.11.1995. U duhu ove Direktive, našim Zakonom o radu (čl.83.) predviđena je zaštita ličnih podataka zaposlenog.

ja za poslove koje on obavlja – rasa, vera, politička ili sindikalna pripadnost, seksualno opredeljenja). Zaposleni ima pravo uvida u dokumenta koja sadrže lične podatke i da traži brisanje nedopuštenih podataka iz evidencije.

Direktiva br. 2000/43 iz 2000. godine[51]sadrži odredbe i o jednakom tretmanu lica nezavisno od n njihovog rasnog i etničkog porekla.

Zabrana diskriminacije i jednak tretman pri zapošljavanju, na radu i u vezi s radom ulaze u predmet više direktiva EU. Radnje mobinga često su vezane za diskriminaciju, po različitim osnovima, i ugrožavanje jednakog tretmana zaposlenih.

Direktiva br. 2000/78 iz 2000,[52] godine daje opšti okvir za jednakost u zapošljavanju i zanimanju, odnosno zabranjuje direktnu i indirektnu diskriminaciju kako kod zapošljavanja, tako i u toku zaposlenja (u smislu uslova rada) , a po osnovu vere, uverenja, invalidnosti, starosti, pola, seksualne orijentacije, sindikalne pripadnosti itd. Ova Direktiva se može dovesti u najtešnju vezu sa mobingom.

Kao polaznu platformu za normiranje zabrane diskriminacije, Direktiva uzima dokumenta o zabrani diskriminacije, gore pomenuta, OUN, MOR-a i EU. Sem toga, kao oblik diskriminacije prema Direktivi se smatra i uznemiravanje po bilo kom od navedenih osnova i koje može imati za posledicu ponižavanje, degradaciju, uvredu ili izazivanje straha.

Posebno težak oblik diskriminacije prema Direktivi predstavlja omalovažavanje i vređanje lica sa invaliditetom. Poslodavci su dužni da licima sa posebnim potrebama omoguće adekvatno zadovoljenje tih potreba, u skladu sa nacionalnim zakonodavstvom.

Takođe, Direktiva daje okvire kada se određeni vidovi pravljenja razlike u potrebi legitimnih ciljeva i profesionalnih zahteva ne smatraju diskriminacijom.[53] U smislu ovoga govori se o opravdanosti različitog tretmana na osnovu starosti.

Konačno, u arsenalu instrumenata borbe protiv diskriminacije Direktiva predviđa: (a) da teret dokazivanja diskriminacije nije na tužiocu (zaposlenom), već tuženi treba da je osporava; (b) da zaposlenom treba obezbediti sigurnost zbog korišćenja mehanizama zaštite od diskriminacije (pokretanje odgovarajućeg postupka zaštite ili korišćenje žalbe); (c) da sankcije za diskriminaciju treba da budu odgovarajuće i efikasne.

---

[51] Official Journal, L 180, 19.07.2000.

[52] Official Journal, L 303, 02.12.2000. Naš važeći Zakon o radu je koristio ovu Direktivu pri definisanju zabrane diskriminacije i uznemiravanja (čl.18. – 23.).

[53] Zakon o radu u čl.22. govori o tome kada se određeni vidovi pravljenja razlike ne smatraju diskriminacijom.

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

Harassment at work as a legal issue in international and European law

Abstract

Mobbing (harassment at work) is a social phenomenon with manifold social, economic and legal implications. This makes the demand for regulating that issue per se directly and wholly justifiable. Both in the international and our law, however, this is not how this issues is approached, i.e., normative frameworks of regulating mobbing are mostly immediately set within the regulation of human or socio-economic rights and discrimination regarding such rights.

The need for regulating mobbing is present in Serbia, too. When doing this, one should bear in mind the appropriate normative standards entailed in international and European law, as well as in ours. Such standards are scattered in many documents and in different areas of law. The purpose of this paper is to point out the most important legal documents and standards which are closely connected with mobbing, to make immediate approach towards mobbing as a legal issue easier.

Originalni naučni rad 329.7(497.11)“1848/1849“

Dr Ljubomirka Krkljuš, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

NACIONALNA PRAVA U DOKUMENTIMA SRPSKOG POKRETA U JUŽNOJ UGARSKOJ 1848–1849.

Sažetak: *U dokumentima koji su nastali u toku Srpskog narodnog pokreta 1848-1849, a koji su imali karakter ustavnih nacrta, pominje se među ostalim građanskim pravima i slobodama i ravnopravnost svih naroda koji obitavaju na teritoriji Srpske Vojvodine, proglašene odlukama Majske skupštine. To su u prvoj fazi Pokreta, marta i aprila 1848. bila zahtevanja stanovništva, a kasnije različiti ustavni nacrti. Među njima su najznačajniji bili nacrt Svetozara Miletića, Stefana Radičevića i ustavne komisije.*

Ključne reči: *Srpski narodni pokret 1848-1849, zahtevanja stanovništva, Majska skupština, ustavni nacrti, Svetozar Miletić, Stefan Radičević, ustavna komisija, građanska prava i slobode, ravnopravnost narodâ.*

Revolucija koja je Evropu zahvatila 1848. bila je samo nastavak Velike revolucije iz 1789, deo ciklusa koji je nazvan atlantskom revolucijom. Njeni su učesnici postavili sebi zadatak da okončaju ostvarenje programa iz 1789. godine. Započevši februara 1848, završila se avgusta 1849. godine. Revolucionarno vrenje je 1848. godine zahvatilo i zemlje koje je velika revolucija 1789. bila mimoišla. Uzroci, motivi, tokovi i sudbine revolucionarnih zbivanja u pojedinim zemljama bili su različiti. Četrdesetosmaška revolucija suočila se sa novim problemima; uz ranije suprotnosti javlja se nova: buržoazija – proletarijat, kao i jedan novi pokretač istorijske dinamike – nacionalno pitanje, koje je revolucionarna 1848. godina uvela na velika vrata u tokove evropske istorije, te će nacio-

nalni rat postati imanentni deo i građanske i, kasnije, socijalističke revolucije.[1]

U Austriji, nacionalno obeležje revolucije bilo je veoma izrazito. Ono je „najživlje, najjasnije i najpresudnije po tok i sudbinu revolucije... Bez nacionalnih prava i sloboda iluzorna bila su sva individualna i politička prava i slobode ... Jer dok su se jedni pozivali na stečena istorijska prava, dotle su drugi tražili slobodu za sebe u ime individualnog prava samoopredeljenja, koje potiče iz načela narodnosti.“[2] „U evropskom javnom mnjenju“, veli jedan savremeni autor, „nije više postojala nijedna legitimna alternativa nacionalnoj državi, pogotovo od revolucije 1848. Još za vreme revolucije postojalo je raspoloženje da se nužno moraju izboriti jedinstvo države i nacije...“[3]

Događaji koji su označili početak revolucije 1848. nizali su se jedan za drugim brzinom požara i u toku nekoliko dana zahvatili sve habzburške zemlje. Bečkoj revoluciji i obaranju kancelara Meterniha sledili su događaji u Pešti 15. marta. Revolucionarna omladina je formulisala nacionalni program u kojem su zahtevane građanske slobode i ravnopravnost svih narodnosti, opšta poreska obaveza, ukidanje feudalnih odnosa i tereta bez odštete i demokratski ustav sa opštim pravom glasa. Ovaj program je prihvatio i ugarski sabor, a već 17. marta je dvor priznao najvažnije tačke ovog programa i nezavisnu mađarsku vladu na čelu sa Lajošem Baćanjijem, u kojoj je Lajoš Košut, budući neprikosnoveni vođa mađarskog pokreta imao položaj ministra finansija. Već u toku aprila postalo je jasno da se nova mađarska vlast izgrađuje na nacionalnom principu. Polazeći od dogme da je Ugarska nacionalna država, Košut, „umjesto da pokuša smiriti narodnosti Ugarske, raspirio je madžarsku euforiju radujući se zapravo etničkim sukobima kao prilici da istrijebi nemadžarske narodnosti. Sam je spriječio svaku nagodu koju su narodnostima nudili ostali ministri, a probuđenim narodima dobacio je uvrede koje će ih peći i nakon sto godina.“[4] Košut je smatrao prevlast plemstva i opstanak županijskog sistema za temelj nove države. Priznanje nemađarskih stanovnika kao posebnih punopravnih nacija poništilo bi po njegovom mišljenju sve rezultate martovskih dana, a priznanje teritorijalne autonomije bilo rav-

[1] Žak Godšo, *Revolucije 1848*, Beograd 1987, 39, 40; Čedomir Popov, *Građanska Evropa (1770-1871), Druga knjiga, Politička istorija Evrope*, 217; Isti, *Evropske građanske revolucije od XVIII do XX veka*, Novi Sad 1992, 25.

[2] Drag. M. Pavlović, *Srbija i srpski pokret u Južnoj Ugarskoj 1848. i 1849*, Beograd 1904, 2.

[3] Hagen Šulce, *Država i nacija u evropskoj istoriji*, Beograd 2002, 150.

[4] A. J. P. Taylor, *Habsburška monarhija 1809-1918*, Zagreb 1990, 75-76, 104.

no samoubistvu.[5] Mada su mađarske pristalice građanskog preobražaja bile prinuđene da uvide da je istorija uvrstila nacionalno pitanje u pitanja epohe od prvorazredne važnosti, sa kojima tabor mađarske revolucije mora neminovno da se suoči, mađarska revolucija ipak nije bila u stanju da dospe do uspešnog savlađivanja problema, jer koraci koje je preduzela nisu bili dovoljno celishodni, ili su vodili upravo u onom pravcu koji je suprotan postavljenom cilju.[6]

Revolucionarni događaji su kod Srba u Habzburškoj monarhiji 1848. započeli približno u isto vreme kao i u celoj državi: marta i aprila. U tom periodu revolucionarne težnje su se ispoljavale u brojnim peticijama, narodnim zahtevanjima u kojima je srpsko stanovništvo tražilo promene: društvene, ekonomske, ali i političke – promene sistema vlasti i državne organizacije. Sadržina zahtevanja kreće se od tzv. „mestnih tegoba", lokalnih problema pojedinih mesta, pa do zahteva za preuređenje države. Revolucionarno previranje zahvatilo je sve slojeve srpskog građanstva.[7] Mađarska vlada je pokušala da nemire uguši oružanom silom, te je uveden preki sud.[8]

Nema sumnje da je u prvoj fazi pokreta, naročito meseca marta, u prvom razdoblju ove faze, preovlađivala socijalna borba – borba za ukidanje feudalizma, za ukidanje kmetstva i ustanovljenje političkih i ekonomskih sloboda.[9] Srbi su u svojim prvim zahtevanjima podržali mađarske zahteve i izrazili svoju solidarnost i lojalnost.[10] U ovim umerenim zahtevanjima nije bilo ni reči o Vojvodini, ali su ona ipak od strane svih predstavnika mađarskog pokreta, čak i njegovog najrevolucionarnijeg dela – omladine, ocenjena kao separatistička i osuđena. Na pitanje zbog čega se revolucionarna omladina okrenula protiv Srba, Pal Kiralji, jedan od martovaca je odgovorio da je to zbog toga što Srbi žele da se ispolje kao *nacija*, a u Mađarskoj postoji „samo jedna nacija, a to je mađarska", što

---

[5] Slavko Gavrilović, *Srbi u revoluciji 1848-1849*, u *Istoriji srpskog naroda* V-2, Beograd 1981, 45;

[6] Đerđ Špira, *Na pragu bratoubilačkog rata* u zborniku *Srbi i Mađari u revoluciji 1848-1840. godine*, SANU, Beograd 1983, 12.

[7] Đorđe Radak, *Uspomene*, Rukopisno odeljenje Matice srpske, M. 5.873; *Građa za istoriju srpskog pokreta u Vojvodini 1848-49*, (priredio Radoslav Perović), Beograd 1952, (u daljem tekstu: *Građa*), 156; Milivoj Rajkov, *Dokumenti o revoluciji 1848-49. u Veliko-kikindskom distriktu*, Zbornik Matice srpske za istoriju 11/1979, 127-128; Lazar Rakić, *Veliki Bečkerek revolucionarne 1848-1849. godine*, Zbornik Matice srpske za istoriju 16/1977, 88.

[8] *Građa,* 163-164, 171, 203-205.

[9] Andrija Radenić, *Suštinska sporna pitanja srpskog pokreta 1848-1849. godine* u zborniku *Srbi i Mađari u revoluciji 1848-1849. godine*, Beograd 1983, 103.

[10] *Građa,* 5-6, 45-48, 79.

znači da Srbima (i drugim nemađarima) u Mađarskoj pripada isto toliko prava kao i Mađarima, ali samo kao sinovima mađarske „nacije". Svi učesnici mađarskog pokreta su prihvatali istu misao, doktrinu o političkom narodu i imali jednak stav prema nemađarskim narodima.[11]

Pokušaji srpskih predstavnika da iznesu mađarskim vođama svoje zahteve naišli su na jednodušno odbijanje. Lajošu Košutu su predočili svoj osnovni zahtev: da Srbima budu priznata prava kao narodu, koji je Đorđe Stratimirović, jedan od članova deputacije označio kao „pleme, koje ima svoj jezik, običaje, navike, i stalno se o svom napretku brine, a ima toliko svesti da to očuva".[12] Košut je tada istakao da narod mora imati i sopstvenu vladu, a u Mađarskoj postoji samo jedan politički narod – narod Mađara. Srpski deputati su istakli da oni žele samo autonomiju, i da će biti primorani, ukoliko im mađarska vlada to ne osigura, da priznanje svojih prava potraže na drugom mestu. Košut je ovu izjavu označio kao veleizdaju i uzviknuo da sada spor između Srba i Mađara može rešavati samo sablja.[13]

Mada se srpska deputacija još uvek pozivala na privilegijalna prava i zahtevala njihovo potpuno poštovanje, Srbi su tražili svoja prava kao samosvesna nacija, uočavajući da 1848. nosi karakter „proleća narodâ", vremena kada će prirodna prava čoveka i građanina pripasti i nacionalnim zajednicama i poslužiti im kao temelj na kojem su, manje ili više uspešno, gradili svoje nacionalne države. Ovi su stavovi došli do izražaja još u prvom proglasu koji je grupa novosadskih građana uputila svojim sugrađanima 9/21. marta: „Sloboda kruži svetom, ona je i u našoj zemlji podigla svoje oltare. Sve zapreke slobodi su otklonjene, možemo se nesmetano boriti za najviša dobra čoveka i građanina."[14]

Pod pritiskom omladine i brojnih izaslanstava srpskog stanovništva iz raznih mesta Bačke i Srema, mitropolit Josif Rajačić je zakazao narodnu skupštinu za 1. maj u Novom Sadu. Međutim, skupština je održana u Karlovcima, jer je tamo trebalo da se delegati okupe pre skupštine. Tako se ova pretkonferencija pretvorila u narodnu skupštinu.[15] Skupština je bila

---

[11] Đerđ Spira, *Nacionalna politika levice u peštanskoj revoluciji marta 1848*, Zbornik Matice srpske za istoriju 1/1970, 30; Đerđ Špira, *Na pragu bratoubilačkog rata*, 18.

[12] Daka Popović, *Vojvođanski gradovi u buni 1848-49*, Zbornik Matice srpske za društvene nauke 6/1954, 11-13; Sigfrid Kaper, *Srpski pokret u Južnoj Ugarsko*j, Beograd-Valjevo, 1996, 63; Đerđ Špira, *Na pragu bratoubilačkog rata*, 14.

[13] D. J. Popović, *Srbi u Vojvodini* III, Novi Sad 1963, 216-217.

[14] *Građa*, 10.

[15] D. J. Popović, *Srbi u Vojvodini* III, 230-231; Drag. Pavlović, *Srbija i srpski pokret u Južnoj Ugarskoj 1848. i 1849. godine*, Beograd 1904, 323-334; *Građa*, 299;

na okupu dva dana, 1/13. i 3/15. maja. Svoje zaključke Majska skupština je formulisala 3. maja u deset tačaka. [16]

Najvažnije odluke Majske skupštine su proglašenje slobode i nezavisnosti srpskog naroda i osnivanje Srpske Vojvodine. One su utvrdile temelje za izgradnju Srpske Vojvodine i njene organizacije vlasti. Iskoračivši iz tesnih privilegijalnih okvira svog pravnog položaja u Monarhiji i zasnivajući svoje odluke na principima građanskih i političkih sloboda, koji su na talasu revolucije preplavili Evropu, srpski narod je jednodušnom odlukom jedne masovne narodne skupštine formulisao svoj najviši cilj: slobodu i samostalnost naroda u državnom i političkom okviru Srpske Vojvodine, pod krunom ugarskom i domom austrijskim.

Politički ciljevi Srpskog narodnog pokreta javljali su se u toku 1848-1849. godine u različitim formama: zahtevanjima, zvaničnim aktima srpskih vlasti izgrađenih u toku revolucije, novinskim člancima, studijama istorijskog i državnopravnog karaktera i ustavnim nacrtima različitog porekla, privatnog i zvaničnog. U toku nepune dve godine postojanja Srpske Vojvodine i trajanja srpske revolucionarne vlasti, u ovim dokumentima se između ostalog ističe i jednakost pojedinih naroda koji su živeli u Vojvodini, uključujući i one protiv kojih se ratovalo.

I. Narodna zahtevanja predstavljaju prve programske dokumente nastale u toku pokreta, marta i aprila 1848. Gotovo sva zahtevanja traže uvođenje građanskih i ličnih prava, a među njima se često pominje i ravnopravnost pojedinih narodnosti. Kao osnov ovih zahteva se ističu principi istaknuti još u Francuskoj revoluciji i naglašeni u revolucionarnim događajima 1848 – sloboda, jednakost i bratstvo.

U *Uputstvima Zemunske opštine* poslanicima određenim za Majsku skupštinu 27. aprila se u tri tačke govori o pravima narodnosti. Pošto je određena teritorija na kojoj će se prostirati vlast srpskog vojvode: Srem, Banat, Bačka, Baranja i Granica, u tački 6 stoji: „Srbi koji se izvan rečeni predela u malom čislu nahode da u administraciji s onim narodom stoje gde se nahode, a u crkvi i školi s nama da su skopčani. Tako obratno da se razume sa inoplemenicima koji su se među Srbima u rečenim predelima naselili.“ Tačka 7 obezbeđuje prava Rumunima: „Vlasima da se osiguraju sva ona prava u celome smislu kako Srbi imati žele, i ako uzžele sebi vojvodu sa istim pravama izabrati

---

Jovan Ristić, *Spoljašnji odnošaji Srbije novijega vremena*, Prva knjiga 1848 – 1860, U Beogradu 1887, 29.

[16] *Građa*, 257-259.

da se u toj želji od naroda našeg zastupaju i podupiru, samo da budu s nama jednomisleni u ljubavi i sajuzu.“ U tački 8 se pored Srba i Rumuna pominju i svi ostali narodi u Monarhiji: „Narodnost kako naša i vlaška, tako i sviju naroda u Austriji, zakonom na temelju jednakosti, slobode, bratstva da se prizna i utemelji.“ Ovu jednakost narodâ u Austriji treba da obezbedi zajednički sabor. Tačka 15 govori o tome: „Sajuz s drugim narodima koji u austrijskoj državi obitavaju na temelju jednakosti, slobode i bratstva da postoji i da se utvrdi. Svi narodi u austrijskoj državi da na jednom obštinskom saboru obšte polze izrađuju i zakone obšte izrađuju i zakone obšte ustanove.“[17]

U ovim zahtevanjima se utvrđuje srpska teritorija: Srem, Banat sa Kikindskim distriktom, Bačka sa Bečejskim distriktom i Baranja, kao i cela Granica. Treba obezbediti: celokupnost srpskog naroda, priznanje srpske i ostalih narodnosti, na temelju jednakosti, slobode i bratstva, autonomiju Vojvodine u sklopu Austrijske carevine, uvođenje srpskog jezika kao zvaničnog u unutrašnjoj upravi, sudstvu i prosveti, verska prava i slobode, položaj istovetan sa položajem drugih zemalja na osnovu jednakosti i ravnopravnosti. Odnos sa drugim narodima treba da se uredi na osnovu njihove jednakosti, slobode i bratstva. O poslovima od opšteg interesa za sve austrijske narode će odlučivati zajednički, opšti sabor. Zahtevaju se i građanska prava i slobode: jednakost građana, ukidanje naslednih dostojanstava, jednakost poreskih obaveza, sloboda štampe, zbora i govora, vere, narodnosti, obrazovanja.

Želje Srbalja pančevački sadrže veliki broj detaljno obrazloženih zahteva. Kao svoj zadatak, oni na početku ističu obezbeđenje narodnosti i vere. Objašnjeno je i šta se podrazumeva pod narodnošću: „narodnost sastoji su u jeziku i poleznom zanimaniju narodnom: književstvu, pesmama, muziki, nosivu i neškodljivim običajima“. U ovoj definiciji se uočava da se za najvažnije obeležje nacije smatra jezik, ali i druga, kulturna i civilizacijska obeležja. Narodnost se može osigurati „masom naroda“, što se može obezbediti prvo ujedinjenjem celog srpskog naroda u Austrijskoj carevini i stvaranjem despotovine, koja bi potom formirala savez sa Hrvatima, sa Trojednom kraljevinom. Članom 2 je predviđeno da će činovnici u toj zajednici, građanski, crkveni i vojni biti postavljani „iz urođeni sinova, ni Mađare ni Nemce i. t. d. urođene neizključujući“. Prvi zadatak sabora će biti da donese ustav „na osnovu slobode, pravde i bratske jednakosti za sve narode i sve vjere Hristove u kraljevinama“. Član 12 predviđa da će se „Svima narodnim obštestvama sloboda savršena u mjestnim djelima: sudnici, crkvi, ško-

[17] *Srbske novine,* br. 35, 30. aprila 1848.

li je svoj jezik upotrebljavati i narodnost hraniti". U članu 32 se kratko izriče: „Jednakost vjerozakona i narodnosti". I ovde se posebno pominje rumunska narodnost i njena jednakost, ne samo narodna, nego i crkvena. Treba Rumunima obezbediti crkvenu samostalnost i mogućnost da biraju svoga arhiepiskopa. [18]

U tački 15 *Zaktevanja Srbalja Petrovaradinske regimente* 30 aprila 1848. govori se o jednakosti pripadnika katoličke i pravoslavne vere u savezu između Vojvodstva srpskog i Trojedne kraljevine Hrvatske, Slavonije i Dalmacije, čije se osnivanje predviđa: „Vojvodstvo srbsko da bude radi jedinstva jezika i obšte naše narodnosti u svagdašnjoj vezi sa Trojednom Kraljevinom, tj. Dalmacijom, Hrvatskom i Slavonijom, i da zajedno sa tim kraljevinama jedan obšti ministerijum ima koji se po izrečenom načinu jednakosti iz polovine naroda našeg istočne pravoslavne vere stajati [!] ima; ovo isto i u naimenovanju sposobni lica iste vere naroda kako pri najvišim i nižim upravljajućim, tako i pročim Trojedne Kraljevine nadležatelstvama da bude."[19]

II. Odluke Majske skupštine mogu se smatrati za neku vrstu osnovne povelje, deklaracije o najvažnijim političkim pitanjima, ali ona tada nisu bila preciznije razrađena. Među odlukama Majske skupštine nalazi se i formulacija koja se može u neku ruku smatrati i definicijom nacije: „Osećajući da nijedan narod pozivu prirodnog svog opredelenija za dosta učiniti i dostojinstvu narodnog svog personaliteta skladno se razviti i izobraziti ne može ako se sve prepone, koje ga u toj od prirode naloženoj mu dužnosti napredovanja i usavršavanja smetaju, ne uklone i sve verige, koje ga kao **narod imajući svoj jezik, svoju istoriju, prošlost i budućnost vežu** [20] (podv. LJ. K.), ne razreše, izjasnio je se: 2. Srbski narod za narod političnо slobodan i nezavisan pod Domom austrijskim i obštom Krunom ugarskom.

... Kao što nijedno telo naravnom svom opredelenju skladno razviti se ne može kad su mu udovi razdeljeni i kao što nijedan ud tela nije na korist, nego upravo na štetu telu ako nije na svom prirodnom mestu, tako nijedan razkomadan narod ne može se ni materijalno, ni duševno, ni političnо razviti i dovoljno izobraziti dok se **u jedan narod ne stopi i jedno državno telo na temelju slobode i savršene jednakosti ne osnuje,** zato:

---

[18] Arhiv SANU u Sremskim Karlovcima, fond Srpski narodni pokret, kut. 1, br. 17.

[19] *Građa*, 241-244.

[20] U ovoj, kao i u drugim definicijama nacije koje se nalaze u dokumentima pokreta se uočavaju elementi shvatanja pojma nacije i nemačke i francuske škole. Pored porekla i jezika, kao najizrazitijih obeležja nacije po pogledima nemačke škole, ističu se i prošlost, istorija, običaji i volja za zajednički život, na šta stavlja naglasak francuska škola.

4. Politični savez Vojvodovine Srbske s Trojednom Kraljevinom Hrvatske, Slavonije i Dalmacije na temelju slobode i savršene jednakosti priznaje, s tim da se uslovija ovog saveza na istom temelju izrade i u život privedu."

U obrazloženju odluke o savezu sa Trojednom kraljevinom ističe se kao razlog i osnov toga saveza potreba da se ujedini raskomadani narod. Iako nije sasvim izričito navedeno misli li se o jedinstvu srpskog naroda, koji je živeo u raznim zemljama Austrijske carevine ili o jedinstvu Srba i Hrvata, može se pretpostaviti da se mislilo i na jedno i na drugo.

Tačka 6 je posvećena ravnopravnosti rumunskog naroda: „Osećajući najiskreniju i najistinitiju ljubov sproću vlaškog naroda i srdačno se radujući svakom napretku njine narodnosti i želeći da i njin narod postane narod i da se uzporedi sa drugim narodima, misli ovaj Narodni srbski sobor da smo mi Srbi kao njina verna i prava braća dužni nji u njinom narodnom preporođenju podpomagati, očekujući istu uzaimnu ljubov od nji; zato od našeg kralja molimo:

6. Da se vlaška narodna samostalnost u duhu narodnosti izreče i obezbedi."[21]

Najvažnija odluka Majske skupštine je bila proglašenje slobode i nezavisnosti srpskog naroda i osnivanje Srpske Vojvodine. Održana u doba kada je u politički život evropskih zemalja ušao princip narodnosti, Majska skupština je svoje odluke zasnovala na novim temeljima i novim političkim načelima. Pozivanje na privilegijalne osnove i principe kojima se rukovodila skupština pokušao je da u svom spisu o skupštini objasni jedan od njenih aktivnih učesnika, tada protosinđel, a kasnije episkop pakrački Nikanor Grujić: „Mi nismo osnivali zahtevanja naša, niti ji osnivamo na pravu istorijskom [...] nama su privilegije naše utoliko samo za osnov služile u poslu našem, što smo po njima mogli slobodno prvi korak učiniti u samostalnom našem životu i njega opravdati. U ostalom ovo više nisu vremena istorijski prava i privilegija, ovo su vremena narodnosti, u kojima se samostalnost na prirodnom pravu naroda [...] osniva i potvrđuje [...]"[22]

U odlukama Majske skupštine nema govora o građanskim pravima i slobodama, uključujući ovamo i najvažnije – ono što je bio osnovni zahtev svih revolucionarnih pokreta u Monarhiji – ukidanje feudalnih odnosa. To svakako nije bila posledica napuštanja zahteva za društvene pro-

[21] *Građa,* 257-259.

[22] Nikanor Grujić, *Nastavak srbske skupštine 1-ga i 3-ga maja 1848. u Karlovci držane*, Beograd 1849, 33.

mene od strane srpskog naroda, niti trajnog pretpostavljanja nacije slobodi. Okolnosti su primorale Srbe da na prvo mesto istaknu zahtev za nacionalnu i političku samostalnost. Đuro Daničić je u to vreme rekao: „Sloboda se može kad god dobiti kad se izgubi, ali kad se narodnost izgubi nikad se ne može dobiti. Narodnost može bez slobode opstati na svijetu, ali sloboda bez narodnosti ne može se ni pomisliti. Jeste li vi slobodan čovjek ako niste Srbin? [...] U Madžarskoj ima danas slobode, ali samo za Madžare".[23]

III. Odluke Majske skupštine dvor nije potvrdio, a sa novom mađarskom vladom došli su srpski predstavnici u sukob još pre skupštine. Nezadovoljna razvojem događaja u Vojvodini, vlada je preduzimala energične mere da suzbije srpski pokret, a odluke Majske skupštine samo su ubrzale izbijanje rata. Mada to vreme, kada su Srbi bili buntovnici i za dvor i za Mađare nije pružalo povoljne uslove da se pristupi razradi odluka Skupštine, prvi potpuniji koncept o ustavnom položaju Vojvodine nastao je upravo tada. Pogledi na organizaciju vlasti, odnos sa Trojednom kraljevinom i položaj u sklopu Ugarske sadržani su u tri spisa autora sa inicijalima J. S, od kojih su dva načinjena na samom početku pokreta, još pre Majske skupštine, aprila meseca, a jedan jula 1848. godine.[24] Na kraju prvog spisa je navedeno da je nastao u drugoj polovini aprila, te je verovatno predstavljao autorove poglede koje je nameravao da izloži na narodnoj skupštini zakazanoj 20. aprila za 1. maj i na narodnom saboru, zakazanom za 15. maj koji nije održan.[25]

Autor na početku ističe kao vodeći princip novog doba devizu „Sloboda – jednakost". Ukazuje na to da proklamovana sloboda i jednakost treba da se odnose i na narode, a ne samo na pojedince, građane. U Ugarskoj se proglašava građanska jednakost, ali ne i jednakost, ravnopravnost

[23] *Građa*, 216.

[24] Spisi su potpisani inicijalima J. S, što bi moglo da ukaže na to da je njihov autor Jovan Stanković. Stanković je učestvovao u Majskoj skupštini, gde je zastupao Petrinju. Posle Skupštine je postao sekretar Glavnog odbora, u kojem je bio veoma aktivan. Posle reorganizacije Glavnog odbora 16. februara 1849. postao je savetnik u Finansijsko-ekonomskom odeljenju. R. Perović smatra da su inicijali J. S. označavali dr Jovana Stejića. Jovan Stejić je rođen u Starom Aradu, studirao je filozofiju i medicinu, od 1840. je živeo u Srbiji. Bio je među onim srpskim naučnicima koji su zaslužni za osnivanje Društva srpske slovesnosti i jedan od njegovih prvih članova. (Rad. Perović, Predgovor u *Građa istoriju srpskog pokreta u Vojvodini 1848-1849,* Beograd 1952, XXXIX)

[25] Ovaj spis je objavljen kao brošura 1848. Objavio ga je, sa iscrpnim komentarima S. Gavrilović u *Građi za istoriju Kneževine Srbije i Srba u Ugarskoj 1839–1849*, Spomenik CXXXVIII, Odeljenje istorijskih nauka Srpske akademije nauka i umetnosti, Beograd 2002, 63 – 67.

narodâ. U državi treba da vlada sloboda i jednakost svih njenih narodâ, pa će tada postojati među njima i bratstvo i jedinstvo.

Što pre treba doneti ustav za celu državu na načelima slobode, jednakosti i bratstva, prava i ustavnosti. Ustav treba svim narodima da obezbedi narodnost, veru i jezik. Srpsko stanovništvo koje bude ostalo izvan despotovine treba da uživa ista prava kao i ostali narodi, a svim onim narodima koji žive u despotovini obezbediće se njihova prava. Zvanični jezik u despotovini, jezik crkve i škole biće srpski, a sva prava srpskog naroda treba da budu obezbeđena posebnim državnim zakonom. Onim narodima koji žive u despotovini biće priznata i obezbeđena njihova narodnost i jezik.

„Bog je jedan naš otac: on je svima nama dao jednu slovesnost. Ja, kao čovek, nisam ovom lošiji od drugi ljudi, moji bližnji: moja prava su ona i onaka ista, koja su i kakva i njina, po prirodi, po jednoj ljudskoj slovesnosti. Dostojanstvo čoveka je jedno je; svi su dakle ljudi jednaki.

Bog je dao, da na svetu ima različni naroda: ja sam od ovog, a ti si od onog naroda; ali kako ja i ti, kao ljudi, jednaka prava imamo, tako imaju i moraju imati i narodi jednaka prava, od koji smo mi proizišli. – Svaki narod ima svoju narodnost, jednaku s narodnosti ostali naroda, s kojima on jedno čovečestvo sastavlja, ravnorodno po svemu od jednoga svevišnjega Otca nebesnoga. Dostojanstvo naroda je jedno: svi su dakle narodi jednaki...

Ungarija je država, u kojoj različni narodi pod jednom krunom, pod jednim praviteljstvom stoje i žive.

Po nesreći, u njoj je dosad velika nejednakost među ljudma i narodima vladala. Jednakost za ljude, kao građane, 'oće sad da se proizvede; ali se ona narodima, do jednome, nepravedno odriče i ne daje... ‚Slobodu i jednakost' svakom narodu pod krunom Ungarije, pa će biti među njima i ‚bratstva i jedinstva'!"

Ove načelne stavove autor je razradio kao konkretne političke ciljeve, odnosno zahteve:

„...Osobito da se ne propusti, ovim novim Ustavom uzakoniti i dati dovoljno jemstvo svima, pod krunom Ungarije živećim narodima za njinu narodnost, za njinu veru i za jezik.

[...] Jezik zemaljsko-poslovni ili zvanični u Despotovini Srbskoj za vlasti i nadležateljstva i za dela crkve i škole Srbske da bude odsad pa za svagda jezik narodnji Srbski.

No kao što će se obezbjediti narodnost sviju naroda u Ungariji, tako treba da bude i u Srbskoj Despotovini priznana i obezbjeđena narodnost s jezikom sviju ostali plemena, koja u njoj među i sa Srbljima žive. Nemac, Mađar, Vlah neka se i kod vlasti u svojoj crkvi i školi svojim jezi-

kom služi, kao što je pravo i blagorazumno. I rimokatolik u Despotovini, koji govori naš narodni jezik, neka se, kad piše vlastima, služi latinskim svojim pismenima. Postojeći novi Mađara zakon o diplomatičnosti (zvaničnosti) njinoga Mađarskog jezika, zakon je nepravde i sile; zato ga mi Srblji, kao ni 'Rvati i Slavonci, za našu Despotovinu niti možemo, nit' oćemo primiti. Mađarski jezik neka je jezik naroda Mađarskog, kao Srbski Srbskog, i jezik zvanični za Mađare, kao Srbski za Srblje, a osim toga jošt, prosto mu to bilo, i diplomatički i zvanični jezik na Ungarskoj Dieti i pri Ungarskom praviteljstvu, no s tim, da tamo pored sebe, koliko treba, trpi i druge nemađarske jezike, a naročito i svakojako 'Rvatsko-Srbski! Dakle da se u Ungariji rade javni, zvanični poslovi i Mađarski i Srbski? Da kako; pa ne samo tako, nego jošt kako će i drugim ostalim većim nemađarskim narodima biti milo i povoljno. Tako to treba po pravu i osnovu „jednakosti i bratstva!"

U drugom, kratkom spisu, nastalom, kako sam autor napominje, neposredno pred Majsku skupštinu, pod naslovom *Još jedan glas rodoljubca Srbljima na skupštini od 1. i na soboru od 15. maja o. g.* podrobnije je iznet stav o vezi, sada Vojvodstva srpskog sa Trojednom kraljevinom. Biće obezbeđena i ujemčena ravnopravnost svih naroda, pravo da se slobodno služe svojim jezikom u crkvi i školi i u saobraćanju sa vlastima. Jednakost vere i crkve se podrazumeva. Zvanični jezik je po pravilu narodni jezik. U opštinama gde ima stanovnika druge narodnosti, i njihovo se pravo poštuje. Detaljno se reguliše upotreba jezikâ u Vojvodstvu i prava pripadnika raznih narodnosti, u saobraćaju sa vlastima, obrazovanju i pravima na zvanja, čemu su posvećena tri odeljka teksta, šesto, sedmo i osmo poglavlje.[26] Autor je i u ovom spisu naglasio svoj stav o ravnopravnosti narodâ: „Svaka narodnost u ovim zemljama da je jemstvovana, po svemu, pa i u tom, da se inorodni slobodno služe svojim jezikom u crkvi i u školi svojoj i kod zemaljski vlasti po spravedljivom zakonu."

Treći spis ovog autora nastao je početkom jula 1848. (na Ivanjdan) u Posavini, pod naslovom *Glas umerenosti jednog rodoljupca o tom, čim bi se Austrijsko–Ungarski Srblji danas zadovoljiti mogli – Jedan projekt o srpsko–narodnom ustrojstvu u ungarskoj kraljevini.* Tekst u deset poglavlja sadrži koncept položaja Vojvodine u okviru Ugarske i njeno uređenje. U prva dva spisa kratko istaknuto načelo o ravnopravnosti pojedinih naroda, J. S. je u ovom poslednjem razradio podrobno, u čak tri pogla-

[26]Nacrt je objavljen kao brošura 1848. godine. Objavio ga je, sa iscrpnim komentarima, S. Gavrilović u *Građi za istoriju Kneževine Srbije i Srba u Ugarskoj 1839 – 1849*, Spomenik CXXXVIII, Odeljenje istorijskih nauka Srpske akademije nauka i umetnosti, Beograd 2002, 73 – 79.

vlja. VI poglavlje naslovio je *O poslovnom ili zvaničnom i javnoga nastavljenja i izobražavanja jeziku*.

„*Poslovni* ili *zvanični jezik* u ovom Vojvodstvu jest pravilno *narodni (Srbski) jezik*.

No budući da ovde ima obštinâ i žiteljâ od inoplemenika, to se, po načelu uzajemnosti i jednakosti, i drugi jezika pravo podpuno počituje, i po tome:

a) Poslovni jezik je narodni srbski na *narodnom Saboru*, u *kancelariji Vojvode* i kod *Duhovni vlasti* i za crkvene poslove; zatim *u nadležateljstvama Srbske militarske Granice*, ako ona i dalje postojala bude, pri *vlastima Županija* ili *Varmeđa*, naročito srbski, ili po pretežnosti takovi, i *Dištrikta* oba[27], i najposle za područne ovima kasatelne, po jeziku opredeliti imajuće se *niže vlasti*, no s tim, da Vojvoda i glavna ova ili okružna nadležateljstva primaju zvanična pisma od obštinâ inoplemenikâ, a i od sami pojedini inoplemeni žiteljâ, na njinom maternjem jeziku napisana, i na istom njinom jeziku da takovim obštinama i svoje naloge i zapovesti odpuštaju.

b) Tako je poslovni jezik narodni srbski u svakoj čisto srbskoj i u svakoj mješovitoj obštini, osim ako bi u ovakovoj čislo srbski žiteljâ prema inoplemenima neznatno bilo.

v) U svakoj pak obštini, kao i u onim krajevima, gdi su žitelji inoplemenici, poslovni je jezik maternji jezik ovi žiteljâ, kojim će se oni i na predpostavljene im vlasti zvanično slobodno odnositi.

g) U mješovitim obštinama, u kojima je poslovni jezik Srbski, inoplemeni njini žitelji mogu svojim mestnim nadležateljstvama podnositi svoja pisma i akta na svom maternjem jeziku, kao što će one za nji, po uviđenoj potrebi ili po njinoj naročitoj želji, na ovom jeziku i kasatelno odgovore i odluke, kao i javne, k obštinskom zvanju sačinjene zapovjesti ili naredbe, i na istom jeziku izdavati, i

d) Najposle u većim mješovitim obštinama može svako pleme, ako je dosta snažno, mjestnu vlast, magistrat, za sebe i o svom trošku imati, pa u njoj na svom jeziku zvanično, no u čemu god nadleži suglasno sa srbskim poslovati. –

Srbski jezik je ovde i *javnog (školskog) nastavlenija* i *obrazovanja jezik* za Srblje: a za inoplemenike je toga onaj, koji je njin maternji. Osim toga se u narodnim školama svakoga plemena učiti može, osim materinoga, i svaki drugi jezik, koji ono obljubi i za to izbere; u urednom obučavanju i obrazovanju mladeži ni plemena, ni obštine ne mogu se ničim i nikako ograničavati.

[27] Velikokikindski i Potiski (Bečejski) krunski distrikti.

Veća učilišta tako će svuda, gdi je trebe i prilika, biti ustrojena, da mogu u njima učenici svakoga plemena i na njinom jeziku po spravedljivosti izobražavati se.

Jedna, zasad, velika škola, Liceum ili Akademija (s filozofijskim i pravoslovnim fakultetom), ima se na pr. u Novom Sadu, čas pre podići, u kojoj će se propisane nauke predavati na srbskom i na latinskom jeziku, a pored toga i na latinskom jeziku, a pored toga i mađarski i nemački jezik obvezatelno učiti."

U VII poglavlju je dao svoje viđenje upotrebe jezikâ u državi, u odnosima Vojvodstva sa centralnom državnom vlasti. Centralna državna vlast u Ugarskoj će svoje dopise Vojvodstvu upućivati na srpskom jeziku ili na zvaničnom (diplomatičnom) i srpskom jeziku.

Zakone će vlada dostavljati na zvaničnom i na srpskom jeziku, a po potrebi i na jezicima većih naroda u ovoj oblasti. Zvanična akta koja vojvoda bude izdavao biće na srpskom jeziku. Ako su upućena vlastima na teritoriji gde je stanovništvo mešovito ili u celini pripada drugoj narodnosti biće na srpskom jeziku i na jeziku tamošnjeg stanovništva.

Svi žitelji Vojvodstva „bez razlike vere i jezika" imaju pravo na javna zvanja, ukoliko uživa sva politička i građanska prava i sposoban je za službu, u koju želi da stupi. U mešovitim sredinama će lokalne vlasti biti sastavljene od srazmernog broja predstavnika svih naroda koji tamo žive.

IV. Jedan od najznačajnijih ustavnih projekata nastalih u Vojvodini u vreme revolucije načinio je Svetozar Miletić i objavio u nekoliko nastavaka tokom meseca decembra 1848. i početkom januara 1849. u listu *Napredak*.[28] Ovaj list demokratske inteligencije počeo je izdavati 2/14. novembra 1848. Danilo Medaković s „Društvom srpskog napretka". U prvom broju istakli su kao jedan od svojih osnovnih ciljeva borbu za samostalnost srpskog naroda, kao uslov za njegov dalji napredak i ujedinjenje, slogu sa južnoslovenskim i balkanskim narodima od Jadrana do Crnog mora, radi lakšeg suprotstavljanja ugnjetačkim težnjama velikih zemalja.[29] Miletićevi članci su po svemu u potpunosti izražavali stavove „Društva srpskog napretka" i njegovog lista o položaju srpskog naroda u Monarhiji i o Srpskoj Vojvodovini. Mada ovi članci nisu imali formu pravog ustavnog nacrta, oni sadrže Miletićeve poglede na suštinsko pita-

[28] *Napredak*, br. 9, 1. decembra 1848, br. 11, 7. decembra 1848, br. 14, 17. decembra 1848, br. 16, 24. decembra 1848, br. 17, 30. decembra 1848. i br. 1, 4. januara i 2 od 14. januara 1849.

[29] *Napredak*, br. 1, 2. novembra 1848; V. Krestić, *Istorija srpske štampe u Ugarskoj 1791–1914*, Novi Sad 1980, 74.

nje Austrijske monarhije i njenih naroda – nacionalno pitanje i njegovo moguće rešenje.

Miletić smatra da je pokret u Austriji značajniji od onog u Francuskoj, jer samo sloboda zasnovana na temelju narodnosti može obezbediti svim ljudima pravu slobodu i stvoriti u Evropi takvo, prirodno stanje, u kojem će **narodi i države jedno isto biti** (podv. LJ. K.). On, dakle, smatra da samo sloboda osnovana na temelju narodnosti može obezbediti svim pojedincima pravu i trajnu slobodu, a u Evropi stvoriti mogućnost postojanja nacionalnih država.

Miletić ukazuje na nedoslednost i perfidnost vođstva vladajućih nacija u Monarhiji. Oni, nemački i mađarski „nazovi-kosmopoliti i demokrati", koji su odobravali nemačke i italijanske težnje za stvaranjem jedinstvene države, ocrnili su Slovene pred svetom da više cene narodnost nego slobodu. Ako je dovoljna građanska sloboda, kako se opravdava težnja pojedinih naroda da stvore prirodni savez svog raskomadanog naroda. Sloveni takođe žele da budu slobodni ne samo kao građani, nego i kao narodi. Stoga je prirodno, što je borba za pravu slobodu, slobodu zasnovanu na temelju narodnosti, faktora ovog veka, za države utemeljene na jednom jeziku i jednom narodnom imenu, začeta upravo u Austriji.

Kao što je iz francuskih pokreta proizašla ideja slobode, jednakosti i bratstva pojedinih ljudi, tako će iz pokreta u Austriji proizići sloboda, jednakost i bratstvo svih naroda, ono što je od Francuza samo kao zadatak bačeno u svet. Utoliko je pokret u Austriji i zadatak Slovena važniji od francuskog. Od toga kakva će biti sudbina austrijskog pokreta, od toga da li će prestati gospodstvo nemačkog i mađarskog naroda nad Slovenima i uopšte vlast jednih naroda nad drugima zavisi i sudbina cele Evrope i svih njenih naroda. Od Austrije i od toga da li će želje Slovena biti ispunjene, zavisi da li će ranije ili kasnije zbog toga doći do evropskog rata. Budući da u Austriji žive mnogi narodi, njihova prirodna prava, na osnovu slobode, jednakosti i bratstva, mogu se ostvariti i obezbediti samo u tako preuređenoj zajednici gde će svaki narod imati svoju državu. Pri određivanju njihovih granica treba zanemariti sva stara istorijska prava, geografske i političke kriterijume i kao jedini osnov uzeti u obzir rasprostranjenost jezika pojedionih naroda, kojih je u Monarhiji jedanaest. Samo u tako reorganizovanoj državi će biti osugurana narodnost, dakle i ravnopravnost i jednakost svih njenih naroda.

V. Obiman ustavni projekt za Srpsku Vojvodinu načinio je jedan bivši srpski ministar, poreklom iz Austrije, Stefan Radičević. Radičević je napustio Srbiju 1842. godine sa knezom Mihailom, kao popečitelj prosvete i pravde. U toku 1848. i 1849. godine boravio je u Vojvodini, iako nije

aktivno učestvovao u srpskom pokretu.[30] Za to vreme načinio je jedan nacrt ustava, *Proekt ustava za Vojvodovinu srbsku sa državnoslovnim primetbama* i izdao ga u Zemunu aprila 1849. godine.[31] U svom nacrtu je dosta članova posvetio i pitanjima ravnopravnosti pojedinih naroda u Vojvodini.

Član 19 utvrđuje zvaničnu upotrebu jezika: „Svi poslovi zvanični u Sudovima i administraciji Vojvodovine ove odpravljaće se Srbskim jezikom. Na tom istom jeziku dobivaće ona sve zakone i naloge carstva. Poslove obštinske odpravljaće obštine onim jezikom, kojim se veći broj žitelja njeni služi."

U Glavi IV O pravama osnovnima naroda Vojvodovine Srbske i o dužnostima njegovim nekoliko članova je posvećeno ravnopravnosti građana Vojvodovine:

„Člen 31. Sva u Vojvodovini Srbskoj nepokretna dobra imajući ili u njoj stalno obitavajući jesu građani ili žitelji. Svi ovi skupa sačinjavaju narod Vojvodovine. Svi su građani i žitelji, pred zakonima građanskim jednaki, niti ko u sažiteljstvu građanskom ili političeskom može imati preimućstva kakvi ustavu ovom protivni.

Člen 41. Svaki građanin Vojvodovine ima ravno pravo na sva građanska vojena i crkovna zvanija i na otličija sve prema zaslugi i sposobnosti, bez prizrenja na narod.

Člen 193. Pored prednavedeni zavoda pravitelstveni, svakome je slobodno ustanoviti školu za vospitanje i za nauke, bilo na kom jeziku, počem dokaže sposobnost svoju Pravitelstvu. Domaće nastavlenje nije zabranjeno ni ograničeno. Svi ovi privatni zavodi stajaće pod nadgledanjem i zaštitom pravitelstva.

Člen 194. Javni učitelji uživaju prava državni činovnika. Praviteljstvo će za učitelje škola narodni, ma kog jezika one bile, birati i postavljati ona lica, koja su ispit izdržala o savršenoj svojoj sposobnosti. Postavljanje njino biće u soglasiju s nadležnim obštinama po zakonu o tom izdati se imajućem."

VI. Beogradske *Srbske novine* su 21. januara 1849. godine pozvale svoje čitaoce da svojim predlozima pomognu ustavno organizovanje Vojvodine, a u proleće 1849. godine i objavile dva takva predloga: *O vojvodovini srbskoj u državi austrijskoj i njenom novom ustrojstvu* i *Nešto o*

[30] Ljubomirka Krkljuš, *Stefan Radičević – skica za portret jednog pisca srpskih zakona i ustava*, Zbornik za istoriju MS, 49/1994, 137–147.

[31] Rukopis Radičevićevog projekta čuva se u Arhivu Srpske akademije nauka i umetnosti u Sremskim Karlovcima. Projekt je objavljen u Zemunu aprila 1849. godine pod naslovom *Proekt ustava za Vojvodovinu srbsku sa državoslovnim primetbama.*

ustrojstvu Srbskog vojvodstva.[32]. Među svojim predlozima o uređenju Srpske Vojvodine autor ovog predloga navodi i sledeće: „[...] Uzevši u obzir broj srbskih duša (a za Srbe držimo sve one koji srbski govore, nesmatrajući razliku vjere), vidimo da ji ima u Vojvodovini 917.916, k ovima još Slovaka i Bugara kao Slavena 957.116 duša.

11. Odrediti osnove slobode sovršene za druge u Vojvodovini nalazeće se vjerozakone; tako isto

12. Izreći ravnopravnost za ostale narode u Vojvodovini stanujuće i osnovne čerte za ovu razgovetno izložiti.“[33]

VII. Pošto je car *Manifestom* od 15. decembra priznao dostojanstvo patrijarha i vojvode i u istom aktu obećao da će uskoro uslediti i priznanje srpske unutrašnje uprave i statusa Vojvodine u austrijskoj carevini, patrijarh Rajačić je procenio da treba pristupiti izradi projekta ustava za Vojvodinu, utvrđivanju njenog položaja u carevini, tj. odnosa prema centralnoj vlasti i ostalim narodima i provincijama. U tom cilju on je 4/16. januara 1849. godine odredio jednu brojnu komisiju, koja je završila posao 8/20. marta 1849. i sutradan podnela patrijarhu završen nacrt.[34] Odredbe koje se odnose na ravnopravnost narodnosti u Vojvodovini nalaze se u različitim glavama ustavnog nacrta, a posvećena im je u potpunosti Glava VI.

„[...] Glava VI.
O pravama različni naroda u Vojvodovini.
§ 32.

Jezik upravljanja državnog u Vojvodovini jest Srbski. (U rukopisu MS i u *Djejanijama* dodat je još jedan stav, koji glasi: „Nalozi Pravitelj-

[32] Tekst pod gornjim naslovom, potpisan inicijalima J. G, S. Gavrilović pripisuje Jovanu Gavriloviću. Jovan Gavrilović (Vukovar, 1796 - Beograd 1877), po obrazovanju pravnik, živeo je u Srbiji od 1829. godine. Posle smrti kneza Mihaila Obrenovića bio je jedan od članova namesništva maloletnom knezu Milanu Obrenoviću. Izabran je za člana Društva srpske slovesnosti, a u vreme kada je pisao o ustavnom uređenju Srpske Vojvodovine bio je načelnik Odeljenja za industriju u Popečiteljstvu finansija Kneževine Srbije. (Slavko Gavrilović, *Građa za istoriju Kneževine Srbije i Srba u Ugarskoj 1839–1849,* Spomenik CXXXVIII, Odeljenje istorijskih nauka Srpske akademije nauka i umetnosti, Beograd 2002, 79.)

[33] *Srbske novine*, broj 9, U Beogradu, 28. januara 1849, broj 10, 1. februara 1849.

[34] Rukopis ovog nacrta ustava čuva se u Arhivu Srpske akademije nauka i umetnosti u Sremskim Karlovcima, u fondu Srpski narodni pokret, kut. 2/849, 826. To je tekst, koji je komisija uputila patrijarhu 9. marta, sa propratnim dopisom, koji je takođe naveden. Ovaj nacrt ustava je objavljen i u *Srbskim novinama*, br. 25 i 26, od 25. i 29. marta 1849. Jedan tekst nacrta, koji nije datiran, bez zaglavlja i potpisa, čuva se u Rukopisnom odeljenju Matice srpske, a jedan je zabeležen u *Djejanijama* patrijarha Rajačića. (*Djejanija* I, 733). Tekstovi nacrta ustava u *Djejanijama*, i onog koji se čuva u Rukopisnom odeljenju Matice srpske su identični. Ova dva prepisa se od teksta koji je komisija dostavila patrijarhu razlikuju u nekim detaljima, koji su navedeni u zagradama.

stva imaju se izdavati jezikom onoga u vojvodovini živećeg naroda, na koji su upravljeni.“)

§ 33.

Svaki Narod ima pravo u svojoj obštini, u obštinskim djelma svojim jezikom služiti se.

§ 34.

Svaki član živećih u Vojvodovini naroda, može u pismenom predstavleniju na Pravitelstvo svojim jezikom služiti se. (U druga dva rukopisa dodat je, kao paragraf 36 sledeći tekst: „Zakone na saboru vojvodovine donešene ima pravitelstvo na sve jezike živećih u vojvodovini naroda prevesti dati.“)

§ 35.

Svaki Narod ima nepovredno pravo, svoju narodnost i svoj jezik hraniti i negovati. (Ovaj paragraf je u druga dva rukopisa pod brojem 37.)

[...] Glava X.

§ 117.

O čivutima će osobiti zakon uredbe doneti. (U drugim rukopisima umesto „čivutima“ stoji „Jevrejima“.)

[...] *O osnovnim pravama državnih građana Vojvodovine.*

§ 136.

Svi građani Vojvodovine jednaki su pred zakonom.

§ 137.

Svakom je građaninu Vojvodovine bez razlike vjere i jezika u svako državno zvanie pristup otvoren, ako se za to dovoljno prepravio.“

VIII. Karakter ustavnog nacrta ima i rukopis pod naslovom *Pregled ustava, za Vojvodovinu Srbsku, kao jednu čast sačinjavajuću celokupnost Imperije Austrijske* nije potpisan ni datiran.[35] U njegovom 9. članu stoji: „Svim pročim zakonoprimljenim narodima u Vojvodovini za narodnost i jezik se jemči.“

* *
*

Izuzetak od načela jednakosti narodâ, proglašenog u dokumentima pokreta, predstavljaju odredbe o Jevrejima. U nekim zahtevanjima, kao i u ustavnim nacrtima, ima tačaka koje se odnose na Jevreje. Za razliku od proklamovane ravnopravnosti za sve narode koji obitavaju na teritoriji Vojvodine, Jevrejima nije obezbeđena puna ravnopravnost. Za njih je tre-

[35] ASANUK, SNPok, kut. 16/849, 36. Činjenica da se u jednom članu ovog teksta upućuje na rešenje iz Radičevićevog projekta ukazuje na verovatnoću da je nastao posle 12. februara, kada je napisan Radičevićev projekt.

balo da i dalje važe neka ograničenja koja su i do tada postojala. Tako u *Zahtevanjima vostočno pravoslavnog obščestva Titelskog*, od 28 aprila 1848. u tački 18 stoji: „Čivuti kako dosad, tako i odsad da se u Granici nastanjivati ne mogu“.[36] U *Zahtevanjima Srbalja Petrovaradinske regimente* na Jevreje se odnosi tačka 33: „Čivuti kao dosada, tako i odsada da se u Granici naseljavati ne mogu do zgodniji za nji vremena.“[37] Ograničenje prava Jevreja da se naseljavaju na teritoriji Vojne granice nije u zahtevanjima obrazlagano, a drugih ograničenja nije bilo.[38]

Za razliku od ovih ograničenja, sadržanih u nekim zahtevanjima, u Radičevićevom ustavnom nacrtu član 190 glasi: „I Jevreima ostaje sloboda bogomolje njine obezbeđena po dojakošnjem običaju i njinim pravama. Praviteljstvo će se starati o popravki njinog političeskog stanja tako, da oni ni u čemu ne budu zadnji prema njine vere obiitavateljima ostali provincija carstva.“[39]

U nacrtu ustavne komisije od 9. marta se o Jevrejima govori na kraju Glave X, *O veri i crkvi*. Pošto se u paragrafima 115 i 116 proglašava sloboda veroispovesti za sve građane Vojvodovine, sledi § 117: „O čivutima će se osobiti zakon doneti (U drugim rukopisima umesto „čivutima“ stoji „Jevrejima“.)[40]

---

[36] *Građa*, 230-232.

[37] *Građa*, 241-244.

[38] Pojava antisemitizma u evropskim državama u toku, a naročito krajem XIX i početkom XX veka imala je kompleksne uzroke, ekonomske, kulturne i političke, i zahvatila je najrazvijenije zemlje zapadne i srednje Evrope. U Austro-Ugarskoj je antisemitizam poprimio široke razmere, u svim njenim zemljama. U Ugarskoj je ekonomsko stanje bilo obeleženo opadanjem mađarskog sitnog plemstva, koje je svoj vladajući položaj ostvarivalo pretežno kroz položaje u državnoj administraciji, a ne u privredi. Ugarska država je faktički bila monopol sitnog plemstva, klase koja je izgubila svoju ekonomsku podlogu i držala se na vlasti oslonom na Habzburgovce. Oslonac joj je bio klimav i nepouzdan, plemstvu je trebalo više od toga, što je i našlo u savezu s nemačkim i jevrejskim kapitalistima Ugarske. Osamdesetih i devedesetih godina naglo socijalno raslojavanje je zahvatilo sitnu i srednju buržoaziju, koja je zastrašena mogućnošću potpunog propadanja gledala u Jevrejima glavne uzročnike svoga siromašenja i svoje glavne konkurente. Imajući u vidu ovakve ocene A. DŽ. P. Tejlora, jednog od najboljih poznavalaca istorije Habzburške monarhije, može se objasniti pojava, koja je inače karakteristična i za druga kapitalistička društva, da se klasna i rasna mržnja usmerava prema jednom opštepoznatom i opšte ozloglašenom neprijatelju. (H. Šulce, *Država i nacija u evropskoj istoriji*, Beograd 2002, 181-182.; S. Dubnov, *Kratka historija jevrejskog naroda*, Beograd, b.g, 203-204; L. Rakić, *Radikalna stranka u Vojvodini (do početka XX veka),* Istraživanja 4, Novi Sad 1975, 149(179) -154(184); A. J. P. Taylor, *Habsburška monarhija 1809-1918*, Zagreb 1990, 231-232, 239, 275.)

[39] Ljubomirka Krkljuš, *Projekti ustava za Vojvodovinu Srbiju nastali u toku srpskog narodnog pokreta 1848-1849*, Novi Sad 2006, 131.

[40] Isto, 161.

* *
*

Principe proklamovane u raznovrsnim dokumentima koji su nastajali od samog početak Srpskog narodnog pokreta organi vlasti koji su vremenom izgrađivani su primenjivali, ne uvek dosledno i u potpunosti, što je zavisilo od odnosa političkih snaga i pojedinih činilaca u Pokretu. Na početku svoga delovanja, na sednicama 10/22. i 11/23. maja Glavni odbor je odlučio da se do dolaska vojvode proglasi za privremenu vladu, u smislu tačke 5 odluka Majske skupštine. Narod je pozvan da naloge „privremenog pravlenija prizna i u dejstvo privodi". U želji da obezbede prava svih narodnosti, Odbor je rešio da se izda proklamacija Slovacima, Nemcima, Bunjevcima i Mađarima, na slovačkom, nemačkom, srpskom i mađarskom jeziku. U proglasu *Slavenima rimske crkve u Bačkoj, Banatu, Sremu i Baranji koji jednim sa Serbljima jezikom govore* ističe se na početku da se radi o braći po krvi i jeziku, o jednom narodu: „Srblji idu na to da s vama zajedno jedan veliki narod načine. Razlika vjere neka vas ne ciepa". Proglas se završava usklicima: „Da živi naša obšta narodnost! Da živi konstitucionalna sloboda". Patrijarh je primio hrvatsku deputaciju, određena su lica koja će razraditi uslove saveza s Trojednom kraljevinom, a neki od članova deputacije, među kojima i Ivan Kukuljević prisustvovali su i sednicama Glavnog odbora.[41] U proglasu upućenom mađarskim sugrađanima naglašava se da Srbi samo žele da sačuvaju svoja prava, a ne da ruše tuđa; da će smatrati nepovredivim prava svih drugih narodnosti. Njihova lozinka je: „Sloboda, bratstvo i jednakost".[42] Posle početka ratnog sukoba mnoge od proklamovanih građanskih prava i sloboda nisu doživele svoje oživotvorenje, što se odnosilo i na ravnopravnost naroda, koji su bili ušli u oružanu borbu.

* *
*

Odredbe o građanskim pravima i slobodama su zauzimale značajno mesto u svim dokumentima Srpskog narodnog pokreta koji su imali programski karakter i obeležja ustavnih nacrta, mada im svi nisu posvetili podjednaku pažnju. Najviše mesta su građanskim pravima i slobodama u svojim ustavnim projektima dali Stefan Radičević i ustavna komisija. Odredbama o građanskim pravima i slobodama obuhvaćena su na prvom

[41] *Sveobšte jugoslavenske i serbske narodne novine*, 21. maja 1848; Građa, 291-292, 312, 316; Drag. Pavlović, nav. delo, 19.
[42] *Građa*, 312-313.

mestu lična prava, ali i politička, kao što je sloboda štampe, misli i govora, zbora i udruživanja. S obzirom na to da su se Srbi u toku revolucije 1848. borili za svoja nacionalna prava, značajno mesto među građanskim pravima i slobodama zauzelo je proglašenje međunacionalne tolerancije, slobode i jednakosti građana, bez obzira na veru i narodnost – njihovo pravo da čuvaju svoju narodnost, kao i pravo da se u saobraćaju sa vlastima služe svojim jezikom i pismom.

Zahtevi za ostvarenje nacionalnih prava i preuređenje Monarhije na osnovama federativne strukture koja bi počivala na nacionalnim jedinicama je bilo potpuno u skladu sa duhom vremena. Još od „slavne revolucije“ u Engleskoj i velike Revolucije u Francuskoj, nekadašnje „plemićke nacije“ se pretvaraju u „narodne nacije“. Nacija i demokratija su bile dve strane jedne medalje, nacionalna država se pokazala kao vremenu primeren okvir i garant za demokratiju i parlamentarizam. [43]

[43] Hagen Šulce, nav. delo, 142.

Ljubomirka Krkljuš, PhD Full Professor
Faculty Of Law, Novi Sad

National rights in documents of the serbian movement in South Hungary 1848-1849

Abstract

Regulation on civil rights and liberties – predominantly in programs – have ever since occupied an important part of the documents of the Serbian National Movement in South Hungary in 1848-1849. These documents had characteristics of constitution drafts, although not all of them were equally concentrated on that subject matter. Primarily in the first half of the Movement, in March and April 1848, these documents included numerous requests, national petitions, further the Decisions of the May Assembly and later on various drafts of constitutional content. Civil rights and liberties were mainly dealt with in documents of Stefan Radičević and in documents of the constitutional committee. Personal, but also political rights. Like the freedom of press, opinion end speech, the liberty of meetings and unions preoccupied the first place in theses documents. Since the Serbs fought primarily for their national rights and liberties these were assigned an important standing. The declaration of equality of all nations that lived on the territory of the Serbian Woiwodina, further the proclamation of international tolerance, freedom and equality of civilians – regardless of their confession and nationality – their right to preserve nationality, to be educated in their mother-tongue, to use their native language and writing in communication with authorities ranked high.

Originalni naučni rad 340.12
342.2

Dr Gordana Vukadinović, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

SAVREMENA SHVATANJA PRAVNE DRŽAVE KOD NAŠIH PROFESORA PRAVA

Sažetak: *Autor nas na početku rada „uvodi" vremenski u problematiku pravne države u našoj savremenoj teoriji prava. Potom se zadržava na shvatanjima onih autora koji ističu šta pravna država jeste. Smatrajući da treba teorijski obrazložiti, a praktično operacionalizovati određenje pravne države kao države legitimiteta i države legaliteta u granicama društbvene tolerancije ističe da ona počiva na načelima: poštovanja pravde i pravičnosti, uvažavanja ljudskih prava i sloboda, podele i ravnoteže vlasti, ustavnosti i zakonitosti, poopštivosti prava, pravne sigurnosti, nezavisnosti sudstva, pravne efikasnosti i modernog koncepta civilnog društva.*

Ključne reči: *Pravna država, načelo legitimiteta, tolerancije, načelo legaliteta, teorija prava u Srbiji*

I

U prvoj polovini XX veka naši pravni pisci bavili su se pitanjima pravne države, bilo da su izgrađivali celovita shvatanja, bilo da su se bavili pojedinim njenim aspektima.[1] Skoro više od četiri decenije , dakle sve do kraja osamdesetih godina prošlog veka, pravna država izgubila je onu kritičku ulogu koju je imala i prestala da bude bitni deo pravne i političke kulture.[2] Na mesto pravne države stupa načelo zakonitosti, odumiranje države i prava , a pojavljuje se i termin vladavina prava.

[1] Vukadinović, G.: *Pravna država ,* Novi Sad, 1995.

[2] Koštunica, V.: Ustavnopravni razvoj u Jugoslaviji između dva rata, u: *Pravna država*, Beograd, 1991, 41; Vukadinović, G.: nav. delo, 5

Na širem teorijskom planu devedesetih godina, ne samo kod nas, oživljava interes za problematiku pravne države. Govori se o vraćanju pravnoj državi, o renesansi ove ideje. Raste broj priloga, članaka, monografija, zbornika i prevoda značajnih autora. Pravne države nalazi svoje mesto i u udžbenicima teorije države i prava, uvoda u pravo, istorije savremene političke i pravne misli. Veliki interes za pravnu državu kontinuirano dve decenije se iskazuje i u okviru Kopaoničke škole prirodnog prava[3] , posebno kroz katedru - pravo na pravnu državu. Na hiljadama stranica časopisa *Pravni život* , pravna država je obrađena sveobuhvatno sa različitih aspekata, ali je istovremeno data najpotpunija kritika naše postojeće države i prava i vizija stvaranja pravne države i pravnog sistema. Tako pravna država u našoj savremenoj teorijsko-pravnoj misli ima dodatnu aktuelnost u težnji da se ona oživotvori i uspostavi u svetlu evropskih integracija.[4]

II

Razmatrajući savremena shvatanja naših pisaca treba imati u vidu da se pravna država i vladavina prava često koriste kao sinonimi, iako to nisu identični pojmovi. Naime, pravna država i vladavina prava imaju zajedničko socijalno – ekonomsko i teorijsko ishodište – građansko društvo i liberalizam. Izražavanjem pravne forme liberalne države, oba načela ističu neprikosnoveni autoritet prava. Zatim, kako pravnoj državi tako i u vladavini prava zajemčena ljudska prava predstavljaju meru čovekove slobode. Najzad, „puteve i granice svog delovanja“ kao i slobodnu sferu svojih građana, pravna država – vladavina prava mora „na način prava tačno odrediti i bezuslovno osigurati“.[5] Međutim, bez obzira na sličnosti ova dva pojma treba razlikovati jer imaju različito istorijsko, kulturno, nacionalno i geopolitičko poreklo i obeležja.

Pri tome i sam pojam pravne države ima različita značenja, bilo sistemski, bilo istorijski, odnosno, na kom teorijskom nivou se posmatra pravna država. Ako sada pokušamo sintetički da označimo najznačajnije autore koji se bave pravnom državom onda pre svega pada u oči da jedni određuju šta nije pravna država, a drugi , brojniji, pravnu državu određuju pozitivno. Tako Danilo Basta ističe da *pravna država nije* (jedno)partij-

[3] V. *Bibliografija* Kopaoničke škole prirodnog prava (1986-2003. god), pregled tema registar autora i radova, Beograd, 2003.

[4] Vasić, R.: *Pravna država i tranzicija,* teorijski model i kontekstualno uslovljavanje, Beograd, 2004.

[5] Basta, L.: *Politika u granicama prava,* Beograd, 1984, 114-115

ska država, ni totalitarna država, država koja ne poznaje političku kategoriju građanina, u kojoj se svi dele na vlastodršce i podanike, ona koja počiva na jedinstvu vlasti, u kojoj nema podele vlasti da bi jedna vlast obuzdavala drugu, država pravne nesigurnosti koja primenjuje revolucionarnu zakonitost i celishodnost, država političke i duhovne netrpeljivosti i isključivosti, država u kojoj dostojanstvo ljudske ličnosti nije postavljeno i priznato kao jedno od osnovnih načela celokupnog pravnog poretka, država koja neprelaznu granicu svoje vlasti nema u neprikosnovenim ljudskim pravima i slobodama , država u kojoj je pravo sluškinja tekuće politike, država u čijim se zakonima pravda i pravičnost ili ne pominju, ili se to čini vrlo retko, itd, itd.[6]

Sva ona shvatanja koja određuju šta *pravna država jeste* imaju zajedničko obeležje, bez obzira na sve različitosti, da je to država potčinjena pravu[7] i ograničena pravom. U tom smislu važno je imati u vidu i svu različitost određenja prava. Tako Radomir Lukić ukazuje na tri vrste prava, koje se podrazumevaju kad je reč o ograničenju države pravom. Prvo je tzv. društveno pravo, koje nastaje nezavisno od države u samom društvenom životu. „To znači da postoji jedno opšte društveno pravo koje stvara i primenjjuje društvo kao celina i niz posebnih prava pojedinih delova društva (pojedinih krajeva, profesija, religija i sl.)“.[8] Ovo pravo je slobodno u odnosu na državu koja ga ne stvara, a ne retko društveno pravo joj se suprotstavlja i suzbija ga. Društveno pravo može da ima i prinudnu sankciju za prekršaj tog prava. Problem je ako društveno pravo ne raspolaže takvom organizovanom sankcijom i odražava se samo slobodnom voljom ljudi.[9] Ipak „ ukoliko je društvena svest o tome pravu jaka i ona čvrsto ukorenjena u društvu, ono predstavlja jaku društvenu snagu i zaista može da ograniči pravo u užem smislu, državno pravo pa time i samu državu.“[10] Druga vrsta prava koje je nezavisno od države i može je još više i jače ograničiti je tzv. običajno pravo. Treća vrsta prava čiji je pojam dosta neodređen, pa dakle, i proizvoljan je tzv. prirodno pravo. S obzirom na ovu složenost pojma prava kao atributa pravne države, zaključuje Lukić, neophodno je pribeći drugom konkretnijem načinu, a on se sastoji u nabrajanju sredstava koja će državu učiniti pravnom „u određenom tehničkom preciznom smislu“, kao što su: sudijska nezavisnost, po-

[6] Basta, D.: Šta nije pravna država, *Gledišta*, 1989, br. 10-12, 75-78

[7] Lukić, R.: O pravnoj državi, u : *Pravna država poreklo i budućnost jedne ideje*, Beograd, 1991, 11

[8] Nav.delo, 11

[9] Isto.

[10] Nav.delo, 12; Vukadinović, G.:Pravo i (samo)ograničenje države, u: *Pravo i otpori*, Novi sad 1997,41-51

dela vlasti itd. U ovom sažetom razmatranju o pravnoj državi značajno je što se upozorava na neophodnost prethodnog određenja pojma prava kao atributa pravne države.

Pojam pravne države operacionalizuje pravni teoretičar Stevan Vračar oslonjen na ideje Slobodana Jovanovića. Tako pravnu državu odlikuju tri bitne karakteristike. Prva, pravna država može biti samo *moderna* država. Ona koja se oblikovala postepeno u Evropi posle Francuske revolucije (1789.) tokom dva stoleća, sve do naših dana. Naime , moderna država je ne samo primerena razvojnom stepenu društva, nego je i dorasla svom vremenu. Dakle, ona je takva samo ako je i ukoliko je pratila opšti društveni razvoj i progresivna dostignuća.[11] Druga karakteristika ispoljava se u tome što je pravna država *institucionalizovana*. To znači da se u jednoj situaciji upečatljivo javlja izraziti specijalna organizacija, i da se tako dolazi do posebnog razdvajanja onih ljudi koji pripadaju državnoj organizaciji i onih koji ostaju izvan nje. Izrasta „državna organizacija kao moćna i specijalizovana tvorevina koja je diktirana zakonomernostima podele rada".[12] U institucionalizovanoj državi jasno su i oštro ispoljene razlike u tri osnovna segmenta organizacije, državnih delatnosti i njihovih nosilaca, ti segmenti su zakonodavstvo, uprava i sudstvo. Pri tome od presudnog značaja je teorijski formulisan princip podele vlasti, ali još više stvaranje praktičnih modela u različitim varijantama[13]. Treća karakteristika ogleda se u tome što je pravna država *demokratska* država u najvećoj mogućoj meri.Ta demokartizacija ne sme biti prividna, ili fiktivna, već sadržajna i realna. Drugim rečima, za pravnu državu smisao procesa demokratizacije je taj da se „država dovede pod kontrolu naroda, ali pre svega njena zakonodavna vlast." Najzad, ideja pravne države, po mišljenju ovog autora, usmerena je na „afirmisanje što objektivnije državne organizacije¸koja se drži na što realnijoj institucionalizaciji organa, a sveukupno strukturisanje i funkcionisanje države utemeljeno je na pravu. Štaviše, teži se tome da država bude stavljena pod pravo kao nekakav objektivan poredak". Ukratko to je država u okvirima prva, prožeta i ispunjena pravom [14]. Pored atributa moderne i institucionalizovane pravne države značajno i nezaobilazno je insistiranje na tome da je pravna država samo demokratska država.

---

[11] Vračar, S.: Korelacija „pravne države" i „državnog prava" u : *Pravna država poreklo i budućnost jedne ideje*, 22

[12] Isto.

[13] Isto.

[14] Vračar, S.: nav.delo,23; Vukadinović,G.: *Pravna država*, 155 i dalje.

Razlikujući despotsku, ideološku i demokratsku državu Božidar S. Marković smatra, slično Vračaru, da demoratska država pruža i sve potrebne uslove „da bude u najvišem stepenu i pravna država“[15]. Demokratija je otvorena prema svim mišljenjima i polazi od toga da nema apsolutnih društvenih i političkih istina, nego da su te „ istine relativne, kako sadržinski tako vremenski i prostorno zbog čega i pravni poredak zasnovan na njima treba da bude izraz svesti i volje većine građana, a ne samo jedne samouverene manjine“.[16] Demokratije, kako tačno ističe B. Marković u svim radovima, od najranijih (1932.) do poslednjih, je samo „*metod vladanja,* način rešavanja društvenih i političkih pitanja... kao metod vladanja ona obezbeđuje samo političke slobode i jednakost građana, a putem njih i zaštitu osnovnih ljudskih prava, kao i potencijalna ostvarenja svih političkih ideologija i programa koje slobodno prihvati većina građana“.[17] Takva demokratska država je istovremeno i najrazumnija i najpravednija. Idući dalje u produbljaavanju i elaboraciji stava da je pravna država samo demokratska država, Marković obrazlaže tačno i u teoriji prava aktuelno stanovište, da je demokratija samo metod vladanja u smislu rešavanja aktuelnih društvenih i političkih pitanja.

U našoj pravnoj nauci i filozofiji prava, u okviru celovito izgrađenog prirodnopravnog shvatanja Slobodan Perović razvija postavku da je pravna država, u stvari, *prirodno pravo na pravnu državu*. Naime, Perović kao osnivač i glavni predstavnik „Kopaoničke škole prirodnog prava“ u okvir heksagona prirodnih prava stavlja i pravnu državu. Sadržinu prirodnih prava čini *pravo na život*, pravo dobijeno rođenjem i ono u heksagonu prirodnog prava zauzima prvo mesto. Pošto čovek živi u zajednici na osnovu svog socijalnog nagona, on ima pravo da živi u racionalnoj slobodi, tj. slobodi koja je ograničena slobodom drugih i to je *pravo na slovodu* u racionalnom (umnom smislu). Iz ta dva prirodna prava proističu i ostala: *pravo na imovinu* i *privrednu delatnost*, *pravo na tekovine kulture*, *pravo na pravdu* i šesto, *pravo na pravnu državu*.

Polazeći od činjenice da se pojmu pravne države može prići sa različitih tačaka gledišta Perović smatra da je najplodonosniji onaj način koji u pravnoj državi vidi takvu državu koja je u svom pravnom i političkom sistemu obezbedila vladavinu *načela legitimiteta i legaliteta* , i *koja se kreće u granicama društvene tolerancije*.[18] Razrađujući ovo shvatanje Pe-

[15] Marković, B.: Despotska, ideološka i demokratska država, u : *Pravna država poreklo i budućnost jedne ideje*, 105; *O pravednom pravu*, Novi sad, 2003.

[16] Nav.delo, 106

[17] Isto.

[18] Perović, S.: *Pravnofilozofske rasprave,* Beograd, 1995, 417

rović ističe u pogledu legitimiteta kao atributa pravne države, da su državna vlast i samovolja zaustavljeni ustavom i zakonom i to tako „ da se time neprikosnoveno štite osnovna prava i slobode ljudi". Poredak jedne pravne države mora da proizilazi iz demokratije i sistema ljudskih prava i sloboda , a stiče se odlukom većine, a ne odlukom manjine.[19] Iz ovoga proističe da legitimitet ima dve osobenosti, vladavinu prava, a ne sile, i potčinjenost svih pa i gospodara pravu u smislu dužnosti. Drugo svojstvo pravne države legalitet se ostvaruje kada se poslušnost i jednakost svih pred zakonom pretvori u obavezu svih. Tako on stiže do idealne pravne države koja podrazumeva državu u kojoj je obezbeđena vladavina načela legitimiteta i legaliteta do stepena zamišljene konsekvence, da je svaki zakon izraz volje svih i da se svaki zakon u svakom slučaju primenjuje na pravičan i jednak način. U takvom idealnom smislu pravna država ne postoji, nije ni postojala, niti će postojati. Otuda, smatra Perović, treba uvesti tzv. područje društvene tolerancije na kojojoj počivaju načelo legitimiteta i legaliteta. A to znači da se u jednoj konkretnoj situaciji obezbeđuje slobodna volja i njeno slobodno ispoljavanje svih onih koji su pozvani da donesu odrerđenu odluku.[20] Načelo legitimiteta, s jedne strane, u uslovima pluralizma mora biti tako ispoljeno da se preko njega , istinito, a ne fiktivno izražava relevantna volja većine. S druge strane, načelo legaliteta kreće se u granicama društvene tolerancije kada pravna sigurnost nije ugrožena. I jedno i drugo se mogu utvrditi u praksi egzaktnim putem. Na taj način stiže se do jednog prihvatljivog , integralnog pojma pravne države koji obuhvata filozofsku, političku, pravno-teorijsku i pozitivno pravnu dimenziju.

Nastavljajući neprekinutu liniju stavova i ideja koji vode od Božidara S. Markovića , Dragan Mitrović s pravom smatra da se u pravnoj državi ligitimnost državne vlasti uvek mora izvoditi iz njene legalnosti, a ne obrnuto.[21] Izvođenjem legitimnosti iz legalnosti smatra se pokazateljem da li u državi postoji vladavina prava ili ljudi[22] .

Za postojanje pravne države važno je da budu ispunjeni odgovarajući društveni, državno-organizacioni i pravno-tehnički uslovi. Među različitim društvenim uslovima posebno mesto pripada stabilnosti, homogenosti, redu, miru, pravnoj svesti i ideologiji, javnom mnjenju i različitim interesnim grupama. U državno-organizacione uslove autor ubraja demokratiju, podelu vlasti i funkcionalnu organizaciju državne

[19] Nav.delo, 422
[20] Nav.delo, 422
[21] Raz, DŽ.: *Etika u javnom domenu*, Podgorica, 2005,403-412
[22] Mitrović, D.: *Uvod u pravo*, Beograd, 2008 (u štampi), 172

vlasti. Mitrović se zadržava i na bitnim pravno-tehničkim uslovima i sredstvima koja utiču na postojanje i ostvarivanje pravne države. Tu pre svega ubraja klasična pravna sredstva kojima se obezbeđuje zakonitost rada uprave i sudska kontrola upravnih akata, ustavnost rada zakonodavstva i ustavnog sudstva, uključujući i druga sredstva institucionalno-pravne i vanpravne kontrole.[23] Autor posebno insistira na dobroj tehnici stvaranja i primene prava, u smislu da pravni propisi moraju da budu jasni, precizni, napisani jednostavnim i lako razumljivim jezikom, trajni i dostupni zainteresovanim subjektima prava kako bi mogli što bolje da se primenjuju.[24] Njihov broj mora da bude sveden na razumnu meru tako da mogu da se sprovedu saglasno zakonom propisanom postupku. To mora da se čini tako da se ne vređaju lična prava, ljudsko dostojanstvo i druge vrednosti.

III

Šta reći umesto zaljučka? Pre svega treba objasniti i odrediti sam pojam prava da bi se kritički odredili prema različitim gledištima pravne države u našoj savremenoj pravnoj teoriji. Ako se pravo shvati integralistički,[25] „trodimenzionalno“ , onda se ono iskazuje kao poseban društveni proces u kome su ponašanja, vrednosni stavovi i normativna sfera uzročno i funkcionalno povezani i međuzavisni. Tako je pravo dinamično jedinstvo normi, određenih konfliktnih društvenih odnosa, vrednosnih stavova i ciljeva. Ovo pravnoteorijsko stanovište objedinjuje trijadnu strukturu prava, normativnu, sociološku i vrednosnu dimenziju. Na taj način se odbacuje redukcionističko shvatanje prava koje pojednostavljuje stvarnosta time se i približavamo određenju pravne države.

Prihvatajući gledište da pravnu državu čini jedinstvo načela legitimiteta i legaliteta, a težeći teorijski razrađenom i prektično operativnom poimanju pravne države onda pravna država sadrži nekoliko bitnih principa koji određuju njena osnovna svojstva, pravni i demokratski karakter. Ti principi su: poštovanje pravde i pravičnosti, uvažavanje ljudskih sloboda i prava, podela i ravnoteža vlasti, ustavnost i zakonitost, poopštivost prava, pravna sigurnost, nezavisno sudstvo, pravna efikasnost i moderan koncept civilnog društva[26].

[23] Nav.delo, 173
[24] Up. Fuler, L.: *Moralnost prava*, Podgorica, 1999, 37- 97
[25] Vukadinović, G.: *Teorija države i prava* , knj.II, Novi Sad, 2007,35
[26] Vukadinović, G.: *Teorija države i prava* , knj.I, Novi Sad, 2007,122 i dalje.

Stoje pitanja šta ako se u jednoj državi ne ostvaruju ta načela? Ili ako se ne ostvaruju u granicama društvene tolerancije? Tada građani imaju *pravo na otpor* protiv izopačenog zakona, zakona suprotnom moralu, „zakonskog neprava", kako je to smatrao Gustav Radbruh. U teoriji prava ističe se da pravo na otpor postoji samo u nepravnoj državi, protiv zločinačke vlasti. Na to pravo je još Džon Lok upozoravao, a danas naročito Artur Kaufman[27] i Džon Finis[28], ali to je tema za jedno drugo razmatranje i analizu.

[27] Kaufman A.: *Pravo i razumevanje prava*, Beograd, 1998
[28] Finis, DŽ.: *Prirodno pravo*, Podgorica, 2005

Gordana Vukadinović, Ph. D., Full Professor
Novi Sad, School of Law

Contemporary concepts of rule of law as seen by serbian professors of legal science

Abstract

As an introduction to this work, the author chronologically introduces the issue of rule of law in contemporary Serbian theory of law. Subsequently, the focus is directed to the views of authors who call attention to what rule of law actually is. Being at the standpoint that certain rules of law need to be theoretically justified and practically effectuated as states of legitimacy and states of legality within the boundaries of social tolerance, the author emphasizes that they rest on the concepts of respecting law and lawfulness, valuing human rights and freedoms, the distribution and balance of power, constitutionality and lawfulness, universality of law, legal security, independent jurisdiction, legal efficiency and a modern concept of civil society.

Originalni naučni rad 347.763:347.518

Dr Dušanka Đurđev, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

PRAVNA PRIRODA ODGOVORNOSTI PREVOZIOCA

Sažetak: *U radu se obrađuju promene u sistemu odgovornosti prevozioca za štete koje nastaju u prevozu robe. Ta se materija razmatra kroz analizu međunarodnih konvencija za svaku oblast prevoza. Poštoje dva principa odgovornosti i to subjektivna i objektivna odgovornost prevozioca. Opšta je tendencija pooštravanje odgovornosti prevozioca, što je predviđeno u najnovijim konvencijama naročito u oblasti vazdušnog saobraćaja.*

Ključne reči*: subjektivna odgovornost prevozioca, objektivna odgovornost prevozioca, opšti i posebni razlozi za oslobođenje od odgovornosti, međunarodne konvencije.*

UVOD

Celokupni sistem odgovornosti u saobraćajnom pravu se zasniva na dva principa. To su princip subjektivne i objektivne odgovornosti. Subjektivna odgovornost se zasniva na pretpostavci krivice, što znači da se prevozilac oslobađa odgovornosti, ako dokaze da je preduzeo sve razumne mere da izbegne štetni događa, ili da nije kriv. Objektivna odgovornost sezasniva na pretpostavci odgovornosti, odnosno prevozilac se oslobađa odgovornosti ako dokaže stvarni uzrok štete, pri čemu nije dovoljno da dokaže odsustvo svoje krivice. Prevozilac odgovara uvek, ako postoji uzročna veza između nastale štete i radnje prevozioca i ukoliko ne može da se pozove na jedan od osnova za oslobađnje od odgovornosti.

Odgovornost transportera u međunarodnom transportu robe posebno se detaljno reguliše odgovarajućim međunarodnim konvencijama za svaku granu saobraćaja. Bitna razlika postoji između dva osnovna sistema u ovim konvencijama. Po jednom sistemu transporter u međunarodnom transportu robe treba da odgovara po principima objektivne odgovornosti, što je prihvaćeno u železničkom i drumskom saobraćaju. Po drugom shvatanju, koje je u najvećoj meri izraženo u pomorskom saobraćaju i unutrašnjoj plovidbi, transporter treba da odgovara po principu pretpostavljene subjektivne odgovornosti. Znači, kod takve odgovornosti transporter se može osloboditi odgovornosti dokazivanjem da nije kriv za nastupelu štetu, što nije moguće po principima objektivne odgovornosti. U pravnoj teoriji je sporno da li ova pitanja sistema odgovornosti treba izjednačiti u svim granama saobraćaja ili ne. Velike su razlike u istorijskom razvoju, jer se princip pretpostavljene subjektivne odgovornosti javlja u pomorskom saobraćaju u kome postoji svetska konkurencija transportera. Princip objektivne odgovornosti je stvoren u železničkom saobraćaju u ambijentu monopolskog položaja železnice u odnosu na druge kontinentalne vidove prevoza. Pošto transportno osiguranje dobija sve veći značaj, ova pitanja su potisnuta u svojoj aktuelnosti iz svakodnevne prakse i uglavnom se svode na to da se praktično pravno izražavaju u diskusiji o pravu regresa osiguravajućih organizacija prema transporteru koji je kriv za nastupelu štetu, i to uglavnom samo onda kada nije prethodno zaključen ugovor o osiguranju od odgovornosti od strane transportera.

Osnovne vrste odgovornosti transportera u međunarodnom prevozu robe su: odgovornost za gubitak robe u toku prevoza, odgovornost za oštećenje robe i odgovornost za zakašnjenje u prevozu. Odgovornost za oštećenje robe u toku prevoza se najčešće ograničava na odgovornost za nepromenjeno spoljno stanje robe i ambalaže.

Bitno je da se ugovorom o međunarodnom prevozu robe ne može umanjiti odgovornost međunarodnog transportera ispod onog minimuma odgovornosti koji je utvrđen u odgovarajućoj međunarodnoj konvenciji.

Odgovornost međunarodnog transportera je od posebnog značaja i prilikom regulisanja ugovornih odnosa između prodavca i kupca u ugovoru o međunarodnoj kupoprodaji robe. Kod ugovora o međunarodnoj kupoprodaji robe u spoljnoj trgovini odgovornost međunarodnog transportera se pojavljuje kao rizik i dodatni troškovi koji opterećuju prodavca ili kupca, u zavisnosti od toga kako su ova pitanja regulisana ugovorenom transportnom klauzulom u konkretnom međunarodnom kupoprodajnom ugovoru. Od transportnih klauzula zavisi i niz drugih pitanja između prodavca i kupca koja ne moraju uvek biti u direktnoj vezi sa međunarodnim transportom

robe, na primer, određuje se mesto, vreme i način isporuke, trenutak prelaza rizika za slučajnu propast robe sa prodavca na kupca, visina transportnih troškova koje snosi prodavac ili kupac itd. U spoljnotrgovinskoj praksi veliki značaj imaju i ujednačena tumačenja najčešćih transportnih klauzula od strane Međunarodne trgovinske komore sa sedištem u Parizu, a koje se skraćeno nazivaju **Incoterms**. Kao što se vidi, njihov osnovni smisao je usmeren ka regulisanju odnosa između kupca i prodavca u međunarodnoj kupoprodaji robe i oni samo indirektno utiču na regulisanje odnosa između međunarodnog transportera i korisnika prevoza.

Iz ugovora o prevozu robe proističu dve osnovne obaveze prevozioca. Prevozilac je odgovoran da na osnovu ugovora preveze robu od mesta otpreme do mesta opredeljenja, bez zakašnjenja i u takvom stanju u kakvom je robu primio na prevoz.

Gubitak ili oštećenje robe, kao i zakašnjenje u prevozu, predstavljaju povredu tih obaveza i povlače odgovornost prevozioca.

ŽELEZNIČKI PREVOZ

Konvencija o međunarodnim prevozima železnicama (COTIF) je konvencija kojom se regulišu ugovori o međunarodnom prevozu robe i putnika. Doneta je 1980. u Bernu kao rezultat revizije posebnih konvencija kojima su odvojeno regulisani prevoz robe od prevoza putnika.

Konvencija COTIF je stupila na snagu 1985. godine i tada su prestale su da vaze konvencije CIM i CIV. Jugoslavija je ratifikovala konvenciju COTIF 1984. godine.[1]

Upoređujući rešenja u unifikaciji pravila o odgovornosti, jer su to najvažnije odredbe svake konvencije za čije formulisanje su učesnici posla najviše zainteresovani, može se reći da je u oba slučaja i za prevoz robe ali i za prevoz putnika predviđena objektivna odgovornost železničkog prevozioca. Međutim, jednoobrazno regulisanje odgovornosti je potpunije i uspešnije ostvareno u oblasti prevoza robe, nego što je to slučaj sa prevozom putnika.

Objektivna odgovornost prevozioca za štete na robi znači da je za postojanje ove odgovornosti potrebno da se ispune određeni uslovi a to su da je šteta nastala i da postoji uzročna veza između štete i radnje prevozioca. U sistemu objektivne odgovornosti krivica prevozioca se ne utvrđuje, ali pravi karakter odgovornosti se vidi tek analizom razloga za oslobođenje od odgovornosti

[1] Sl. list SFRJ , Međunarodni ugovori 8-84.

U železničkom saobraćaju u Konvenciji COTIF su predviđeni opšti i posebni razlozi za oslobođenje od odgovornosti. Suštinska razlika nije toliko u vrsti rizika koji su predviđeni kao osnovi za oslobođenje od odgovornosti, koliko u teretu dokazivanja tih razloga. Dok je kod opštih razlog (u koje se ubrajaju događaji koji se mogu kvalifikovati kao viša sila, zatim postupci imaoca prava kao i sopstvene mane robe) potrebno da prevozilac dokaže stvarnu uzročnu vezu između štete i događaja na koji se poziva kao na razlog za oslobođenje, situacija je za železnicu bolja ako se poziva na posebne razloge za oslobođenje. U ovom slučaju zahvaljujući pravnoj pretpostavci, železnica treba samo da dokaze da je šteta mogla da nastane iz jedne od naročitih opasnosti (npr. prevoz u otvorenim kolima, neupakovana ili nedovoljno pakovana roba, obavljanje carinskih i sličnih formalnosti od strane pošiljaoca, prevoz živih životinja i sl.), pa da se pretpostavi da je šteta zaista zbog toga nastala, a na korisniku prevoza je da dokaže da je šteta eventualno nastala iz nekog drugog razloga.

Što se tiče posebnih osnova kao razloga za oslobođenje njihova je prednost u prednost u tome da se smanje moguća sporna pitanja u pogledu utvrđivanja razloga zbog kojih železnica može da se oslobodi od odgovornosti a i nabrajanje tipičnih opasnosti obavezuje imaoca prava da preduzme odgovarajuće mere predostrožnosti kako bi izbegao štetu koju bi morao sam da snosi. Osim toga činjenica je da postoji povećana opasnost za nastanak nekih šteta u toku prevoza kao i da je otežano dokazivanje konkretnog kauzalnog odnosa između uzroka i štete. Ono o čemu je moguće razgovarati je opravdanost postojanja svih posebnih osnova za oslobođenje od odgovornosti.

U pogledu vrste šteta i njihove naknade vaze opšta pravila saobraćajnog prava. Nadoknađuju se štete na stvari pod kojim se podrazumevaju oštećenje, manjak, gubitak kao i štete zbog zakašnjenja. U pogledu visine naknade štete kao pravilo je usvojen sistem limitirane odgovornosti prevozioca a kao obračunska jedinica je predviđeno specijalno pravo vučenja.

Za razliku od unifikacije pravila o odgovornosti železnice za štete na robi, jednoobrazno regulisanje odgovornosti za smrt i povrede putnika je izvršeno sa manje uspeha.

Protokol na COTIF iz Viljnusa (Vilnuis) iz 1999.

Razlog za izmenu COTIFa ovim Protokolom je i ugradnja rešenja predviđenih u direktivama EU koja se odnose posebno na liberalizaciju i razvoj konkurencije u železničkom saobraćaju.

Jedan od neposrednih razloga za izmenu COTIFa bila je Direktiva 91-440 EEC nazvana i Direktiva o infrastrukturnim uslugama.[2]

Radi se o Direktivi kojom je izvršeno razdvajanje funkcije upravljanja železničkom infrastrukturom od njenog korišćenja, što je praktično značilo da železnička mreža može da se otvori prevoziocima bilo u privatnom ili javnom sektoru i na taj način da se podstakne konkurencija među železničkim preduzećima. Ne radi se o davanju kabotaže, jer poslom prevoza roba ili putnika mogu da se bave samo železnička preduzeća u državama u kojima imaju sedište a u ostalim državama Zajednice mogu imati samo tranzit. Još 1995. je postojao predlog da se Direktiva promeni u tom smislu da se dozvoli kabotaža i u železničkom saobraćaju kako bi se obezbedila sloboda pružanja usluga i u ovom sektoru. Planirano je da železničko preduzeće koje ima sedište u jednoj državi članici Zajednice može da ima pristup i da koristi infrastrukturu i u ostalim državama članicama. Ta ideja do danas nije realizovana.

Neposredna inicijativa za izmenu konvencije COTIF je bila ova Direktiva. Promene se odnose i na svrhu i organizaciju Međuvladine organizacije za međunarodne prevoze železnicama (OTIF) koji je osnovan Konvencijom COTIF 1980. Cilj je bio transformacija OTIF a u takvu međunarodnu organizaciju koja bi se jedina bavila međunarodnim železničkim saobraćajem poput međunarodnih organizacija IMO ili ICAO.

Sa tako proširenim ovlašćenjima OTIF bi se bavio unifikacijom pravilima vezanim za ugovore o prevozu putnika i roba, prevozom opasnih stvari., ugovorima o korišćenju vozila, ugovorima o korišćenju železničke infrastrukture, uklanjanjem prepreka za prelaz granica u međunarodnom železničkom saobraćaju, zatim bezbednosnim pitanjima, tehničkim standardima, standardizacijama vozila i infrastrukture, korišćenjem privatnih i državnih vagona i slično i stvorile bi se mogućnosti da se u okviru ovako postavljene međunarodne organizacije donose i buduće konvencije.

Ovo proširenje i koncentracija nadležnosti u OTIF-u po uzoru na slične međuvladine organizacije u vazdušnom i pomorskom saobraćaju ICAO i IMO je važna jer je železnički saobraćaj godinama bio u nadležnosti brojnih međunarodnih organizacija različitog karaktera. To je stvaralo duple nadležnosti, preklapanje funkcija, neracionalnost i potrebu za usklađenom koordinacijom među ovim organizacijama koja nije mogla da se uvek ostvari. Tako npr. pored OTIF-a sa obimom nadležnosti ustanovljenim COTIF-om 1980, regulisanjem železničkog saobraćaja bavile su se i Ekonomska komisija (UN) za Evropu (ECE), Evropski savet ministara za transport (CEMIT), Organizacija za železničku saradnju (OSJD), Međunarodna žele-

[2] Direktiva 91-440 Official Journal L 237.

znička unija (UIC), Evropska železnička zajednica (CER), Komitet za međunarodni prevoz železnicom (CIT) i mnoge druge.

Strukturalne, ekonomske i pravne promene uvedene Direktivom 91 440 EEC bar za države članice EU su zahtevale ove promene. Pravno i organizaciono odvajanje železničke infrastrukture od funkcije transporta, dozvola da i privatna preduzeća obavljaju železnički transport i slično, ukazuju da se železnički saobraćaj u pogledu organizacije približava vazdušnom. Dotadašnji monopolski položaj države u železničkom saobraćaju je bio poljuljan organizacionim promenama predviđenim Direktivom. U ostvarivanju modernog i na tržišnim zakonitostima zasnovanog jedinstvenog evropskog železničkog saobraćaja veliku ulogu bi imala OTIF koncipirana kao ključna međunarodna organizacija koja se bavi svim bitnim pitanjima za železnički saobraćaj.

Prihvatanjem Protokola iz Viljnusa 1999. se omogućuje da se nadležnosti rasute po brojnim međunarodnim organizacijama u OTIFu koncentrišu, što bi moglo da učini efikasnijim i sam železnički prevoz.[3]

Suštinske izmene, koje su mnogo značajnije, naročito se odnose na liberalizaciju transportnog tržišta. Predviđena je sloboda ugovaranja prevoza između prevozioca i korisnika prevoza i ugovor se zaključuje nakon uzajamne izjave volje obe ugovorne strane. Svak pošiljka mora biti propraćena tovarnim listom koji mora da sadrži propisane elemente a može se izdati i u elektronskoj formi.

Dalja značajna novina predviđena Protokolom se odnosi na ukidanje obaveze prevoženja i obaveze objavljivanja tarifa. Obaveza prevoženja se ukida kako u odnosu prevozilaca prema korisnicima prevoza, tako i u međusobnim odnosima između prevozilaca. Novina je da svaki prevozilac ima pravo da sam odluči o prijemu robe na prevoz kao i pravo da pregovara o uslovima za prijem te robe na prevoz.

U vezi sa plaćanjem prevoznih troškova nastale su suštinske promene. Ukoliko nije drugačije dogovoreno troškove mora da plati pošiljalac. Inače, ako na osnovu ugovora između pošiljaoca i prevozioca troškove plaća primalac a primalac ne podigne tovarni list, pošiljalac ostaje odgovoran za plaćanje troškova.

SMGS i SMPS sporazumi

Pored konvencije COTIF koja se primenjuje na železničke prevoze u evropskim zemljama, postoje i dva međunarodna sporazuma o železnič-

[3] Protokol je stupio na snagun 1. VII 2006. a Srbija ga je usvojila 2007. Sl. glasnik RS, Međunarodni ugovori 102-2007.

kim prevozima robe i putnika i prtljaga za istočnoevropske zemlje i neke zemlje Azije. Radi se o Sporazumu o međunarodnom železničkom robnom saobraćaju SMGS iz 1951. koji je u više navrata menjan. Međunarodni železnički prevoz putnika i prtljaga se reguliše Sporazumom o međunarodnom putničkom saobraćaju iz 1951. Oba sporazuma su doneta u okviru Organizacije za saradnju železnica OSZD i primenjuju se između država članica kao i u saobraćaju sa državama koje ih primenjuju na osnovu ugovora odnosno tarifa.

U saobraćaju između naše države i država bivšeg Sovjetskog saveza kao i Kine, Mongolije i dr. primenjuju se navedeni sporazumi na osnovu ugovora odnosno tarifa. SMGS uređuje direktan međunarodni železnički saobraćaj u prevozu robe između železnica država koje su zaključile ovaj sporazum.

Centralni državni organi koji su zaključili ovaj sporazum, donose uz njega i prateće propise odn. instrukcije a sve to važi samo za železnice i ne reguliše pravne odnose između korisnika prevoza i železnice. SMPS je sporazum kojim se uređuju direktan međunarodni železnički prevoz i železničko pomorski prevoz putnika i prtljaga između država potpisnica.[4]

Ovaj Sporazum je menjan poslednji put 1999. godine. Prevoz putnika i prtljaga se obavlja pod uslovima i po prevoznim dokumentima koje utvrđuje ovaj sporazum, a prevoz u kombinovano železničko pomorskom prevozu se obavlja po propisima koji su sastavni deo priloga SMPS i potpisala su ga nadležna ministarstva istih zemalja kao i SMGS. Zbog toga što postoje dva pravna sistema u regulisanju ugovora o prevozu robe i putnika u železničkom saobraćaju i to onaj na koji se primenjuje COTIF i drugi na koji vazi SMGS odn. SMPS sporazumi, javila se potreba ujednačavanja pravila između ova dva sistema. Zato su u cilju unapređenja međunarodnog železničkog prevoza ministri saobraćaja Ruske federacije i država EU kao i predstavnici OTIF-a i OSZD-a usvojili zajedničku dugoročnu strategiju razvoja propisa iz oblasti železničkog saobraćaja. U realizaciji tog cilja Međunarodni komitet za železnički transport i Organizacija za saradnju železnica, izradile su jedinstven obrazac ugovora o prevozu odn. tovarni list, koji je objavljen u Priručniku CIM SMGS od 1. septembra 2006. i od tada je u primeni. Priručnik se primenjuje na pošiljke koje podležu COTIF s jedne strane i SMGS s druge strane, a prevoz se realizuje na osnovu jedinstvenog tovarnog lista CIM -SMGS.

[4] Sporazumi SMGS i SMPS na www.law Russia.ru.

Pri tome, u oblasti COTIF JP CIM odredbe Priručnika se primenjuju samo ukoliko su preuzete od strane prevoznika tj. ukoliko je primena Pravilnika ugovorena, dok se odredbe Pravilnika u SMGS. sistemu primenjuju samo ukoliko su na to dale saglasnost železnice koje su potpisale SMGS.

Značaj Pravilnika kao dokumenta koji unifikuje neka pravila u prevozu železnicom između železničkih prevozilaca koji podležu različitim sistemima je veliki, i predstavlja početak otklanjanja razlika između dva pravna sistema koji postoje vise decenija.

U toku je izrada jedinstvenih pravila o odgovornosti, čime je suštinski započet proces unifikacije propisa o prevozu robe između Istoka i Zapada.

Naša zemlja primenjuje Konvenciju COTIF na prevoze između naše zemlje i evropskih država koje su ratifikovale Konvenciju COTIF. Prevoz sa Rusijom je regulisan tripartitnim ugovorom Jugoslavija - Rusija - Mađarska na osnovu koga je omogućeno direktno otpremanje robe a na prevoz se primenjuje odredbe SMGS. Sličan sporazum je zaključen i za prevoz putnika.

Prevoz robe, putnika i prtljaga u Srbiji je regulisan Zakonom o ugovorima o prevozu u železničkom saobraćaju iz 1995.[5] Od 1974. kada je izvršena prva kodifikacija železničkog saobraćaja donošenjem Zakona o ugovorima o prevozu u železničkom saobraćaju vršene su izmene čiji je cilj bio usklađivanje sa međunarodnim pravilima. Posle ratifikacije konvencije COTIF vršeno je prilagođavanje našeg zakona sa pravilima konvencije, jer bez obzira na činjenicu da se konvencija primenjuje na međunarodne prevoze, a zakon na nacionalne, suštinski različita rešenja bi stvarala pravnu nesigurnost.

DRUMSKI PREVOZ

Međunarodni drumski prevoz je u odnosu na železnički prevoz relativno kasno unificiran. Glavni posao na aunifikaciji je obavljen u okviru Ekonomske komisije UN za Evropu donošenjem 1956. godine Konvencije o ugovoru o međunarodnom drumskom prevozu robe, tzv. CMR konvencija. Jugoslavija ju je ratifikovala 1958, a ona je stupila na snagu 1961. godine. Sadržinu ove konvencije čine pravila koja regulišu imovinsko pravne odnose koji nastaju u vezi sa međunarodnim prevozom robe drumom.

[5] Sl. list SFRJ 26/95/ .

Konvencija CMR je menjana 1978. godine Protokolom kojim je zamenjena obračunska jedinica limita odgovornosti drumskog prevozioca, a to su bili zlatni Germinal franci novom obračunskom jedinicom, specijalno pravo vučenja.

U pogledu primene specijalnog prava vučenja moguće su tri situacije. Prvo, vrednost nacionalne valute prema specijalnom pravu vučenja države koja ja članica Međunarodnog monetarnog fonda, obračunava se u skladu sa načinom koji je utvrđen od strane međunarodnog monetarnog fonda, koji vredi na dan donošenja presude ili na dan koji stranke sporazumom utvrde. Drugo, u slučaju da država nije članica Međunarodnog monetarnog fonda, vrednost nacionalne valute prema specijalnom pravu vučenja izračunava se na način određen od te države. Treće, ako država nije član Međunarodnog monetarnog fonda i ako domaćim zakonodavstvom nije dozvoljeno preračunavanje na osnovu specijalnog prava vučenja, država može izjaviti da će granica odgovornosti koja će se primenjivati na njenoj teritoriji biti 25 novčanih jedinica, odnosno 10-31 grama zlata finoće 900-1000. Konvertovanje iz novčane jedinice se vrši prema nacionalnom zakonodavstvu.

Od naših propisa najznačajniji je Zakon o ugovorima o prevozu u drumskom saobraćaju iz 1995. godine.[6]

Pravna priroda odgovornosti je regulisana Konvencijom CMR i našim Zakonom o ugovorima o prevozu u drumskom saobraćaju iz 1995. godine. Predviđen je princip objektivne odgovornosti.

Prema odredbama Konvencije CMR prevozilac je odgovoran za potpun ili delimičan gubitak robe kao i za oštećenje koje nastupi od vremena preuzimanja robe do vremena isporuke, kao i za zakašnjenje u isporuci.

Prevozilac će biti oslobođen odgovornosti ako je gubitak, šteta ili zakašnjenje prouzrokovano pogrešnom radnjom ili nehatom prevozioca, instrukcijama prevozioca koje nisu date kao posledica pogreške ili nehata od strane prevozioca, prirodnom greškom robe ili okolnostima koje prevozilac nije mogao izbeći i posledicama koje nije mogao sprečiti.

Prevozilac neće biti oslobođen odgovornosti usled defektnog stanja vozila upotrebljenog za prevoz ili zbog pogrešne radnje ili nehata lica od koga je eventualno unajmio vozilo ili zastupnika ili službenika ovog lica.

U našem Zakonu o ugovorima o prevozu u drumskom saobraćaju je takođe predviđen princip objektivne odgovornosti. Prema ovoj odredbi

[6] U njemu su regulisani imovinsko pravni odnosi u vezi sa unutrašnjim drumskim prevozoom, dok je pitanje organizacije i bezbednosti saobraćaja regulisano drugim propisima. Naš zakon je uključio mnoga rešenja iz Konvencije CMR, čime je rešen problem mogućeg dualiteta normi posle ratifikovanja međunarodne konvencije.

prevozilac odgovara za gubitak ili oštećenje stvari, kao i za štetu nastalu zbog zakašnjenja u prevozu i predaji stvari primaocu, osim ako dokaže da je šteta nastala zbog radnji ili propusta korisnika prevoza, svojstava stvari ili stranih uzroka koji se nisu mogli predvideti, izbeći ili otkloniti.

Bez obzira na izvesne terminološke razlike u Konvenciji CMR i našem Zakonu, u oba propisa je predviđen princip objektivne odgovornosti prevozioca. Takođe, da bi se ublažio ovaj princip koji je strožiji u odnosu na princip subjektivne odgovornosti, predviđene su dve vrste osnova za oslobođenje prevozioca od odgovornosti. Jednu grupu čine tzv. "opšti osnovi" slični onim u železničkom pravu, a drugu čine "posebni", privilegovani osnovi za oslobođenje od odgovornosti.

U "opšte osnove" koji se naziva još i neprivilegovanim osnovima za oslobođenje prevozioca od odgovornosti, spadaju: 1) postupci odn. Radnje i propusti korisnika prevoza, odnosno imaoca prava, 2) svojstva stvari koja se nazivaju još i sopstvenim manama robe i 3) viša sila.

Da bi drumski prevozilac mogao da se pozove na jedan od razloga za oslobođenje od odgovornosti on mora da dokaže da je šteta stvarno nastala zbog jednog od tih razloga.

Osnovna razlika između „opštih" neprivilegovanih i „posebnih" privilegovanih osnova za oslobođenje od odgovornosti je u teretu dokazivanja. Dok je kod opštih osnova drumski prevozilac dužan da dokaže da je šteta nastala zbog jednog od tih razloga, dakle, stvarno uzročnu vezu, dotle je kod posebnih osnova prevozilac u boljem položaju, jer je dovoljno samo da dokaže mogućnost postojanja uzročne veze, pa da se pretpostavi da je šteta odatle proizašla. Korisnik može tu pretpostavku pobijati tako što će dokazati stvarni razlog za nastanak štete ili dokazati da šteta nije nastala zbog posebne opasnosti na koju se prevozilac poziva.

Ovi posebni osnovu su uglavnom konkretizacija ili specifične varijante opštih osnova i predstavljaju najtipičnije razloga za nastanak štete. Činjenica je da je kroz institut posebnih opasnosti znatno olakšan položaj prevozioca u sistemu objektivne odgovornosti.

U Konvenciji CMR je predviđeno da se prevozilac oslobađa odgovornosti u slučaju kad su štete nastale usled rizika zbog jedne ili više sledećih okolnosti: 1) upotrebe otvorenih nepokrivenih vozila, 2) nedostatka ili slabog stanja ambalaže za robu koja je po svojoj prirodi podložna rasturu ili oštećenju, ili ako uopšte nije upakovana ili nije uredno upakovana, 3) manipulacije, utovara, skladištenja ili istovara robe od strane pošiljaoca, primaoca ili lica koja obavljaju određene radnje u ime pošiljaoca robe ili primaoca robe, 4) prirode robe koja je po svojim svojstvima naročito izložena potpunom ili delimičnom gubitku ili oštećenju, naročito zbog lo-

ma, rđanja, truljenja, sušenja, curenja, normalnog rastura ili delovanja gamadi, 5) nepostpunosti ili nedovoljnosti oznaka ili brojeva na koletu, 6) usled prevoza životinja.

POMORSKI PREVOZ

U odnosu na druge vrste prevoza, pomorski prevoz je specifičan, jer postoji više međunarodnih konvencija koje imaju različite potpisnike što, uz činjenicu da se sadržinski dosta razlikuju, ne doprinosi pravnoj sigurnosti učesnika u pomorskom prevozu, što je inače cilj unifikacije.

1. Prva je Međunarodna konvencija za izjednačavanje nekih pravila o teretnici iz 1924. godine, tzv. Haška pravila, koju je naša zemlja ratifikovala.

Ova konvencija je doživela veliki uspeh ,jer su je ratifikovale sve glavne pomorske zemlje, i bez obzira na njene kasnije izmene i donošenje nove međunarodne konvencije, ova konvencija predstavlja i danas važeće univerzalno pomorsko pravo. Opšta je ocena da je ova konvencija rezultat sporazuma velikih pomorskih zemalja, pa je logična posledica toga činjenica da je favorizovan položaj brodara, koji su, po pravilu, iz razvijenih zemalja.

Osnovna karakteristika konvencije je da je predviđena subjektivna odgovornost brodara za štete koje nastanu u prevozu robe, a ovaj princip odgovornosti je zadržan u kasnijim izmenama pa i u najnovijoj konvenciji. Kao posledica monopolskog položaja koji su brodari imali, uneti su brojni razlozi za oslobođenje brodara od odgovornosti i na taj način su oni stavljeni u neopravdano bolji položaj u odnosu na korisnike prevoza. Kako u međunarodnim odnosima brodar i naručilac posla nisu neke apstraktne ugovorne strane, nego iza njih stoje određene kategorije država, razvijene ili nerazvijene, dakle različite ekonomske snage, utvrđivanje pravne prirode odgovornosti je jedno od ključnih pitanja.

2. Haška pravila iz 1924. godine su izmenjene tzv. Visbijskim pravilima 1968. godine (Protokol o izmeni Međunarodne konvencije za izjednačavanje nekih pravila o teretnici iz 1968.). Naša zemlja nije ratifikovala ovaj Protokol zbog visokih limita odgovornosti, ali su neka rešenja ugrađena u domaće pomorsko zakonodavstvo.

Ovaj Protokol nije bitnije izmenio strukturu Haških pravila. Suština izmena je u povećanju iznosa limita odgovornosti i uvođenju nove obračunske jedinice Poincare franka koji je zamenio raniju obračunsku jedinicu, zlatnu funtu sterlinga, u Haškim pravilima. Poincare franak je bio stabilniji osnov za preračunavanje prihvatio ga je veći broj država.

3. Konvencija UN o prevozu robe morem iz 1978. godine, tzv. Hamburška pravila. Ovo je za sada poslednja konvencija koja je stupila na snagu 1992. godine a ratifikovale su je države koje nemaju značajnu trgovačku mornaricu.

Radi se o potpuno novoj konvenciji, tzv. Hamburškim pravilima, koja su doneta 1978. godine u okviru UNCITRAL-a i to kao rezultat napora nerazvijenih zemalja i zemalja u razvoju da promene neravnopravne odnose brodara i korisnika prevoza iz ranijih konvencija uspostavljanjem neke ravnoteže interesa među njima, odnosno cilj je bio da se poboljša položaj zemalja u razvoju koje se u ugovoru o pomorskom prevozu po pravilu pojavljuju u ulozi naručioca posla.

Činjenica je da u odnosu na Haška pravila, Hamburška pravila predviđaju rešenja kojima se poboljšava položaj zemalja u razvoju, dakle, pomera se težište interesa sa brodara ka naručiocu posla, ali još nije postignuta ravnoteža interesa ugovornih strana, o čemu svedoči da ih je prihvatio relativno mali broj država.

Osnovni problem u pravnom regulisanju pomorskog prevoza stvari je u tome što postoje dve konvencije, i to Haška konvencija iz 1924. i Hamburška konvencija iz 1978. godine, koje u mnogim slučajevima predviđaju različita rešenja. U osnovi ne dolazi do promene osnovnog principa odgovornosti, jer je u obe predviđen princip subjektivne odgovornosti prevozioca, ali je u Hamburškoj konvenciji pooštrena odgovornost brodara ukidanjem nekih povlastica koje su brodari imali kroz razne razloge za oslobođenje od odgovornosti Haškoj konvenciji. Na taj način je malo pomereno težište interesa sa brodara na krcatelja, mada se ne može govoriti o nekoj ravnoteži interesa.

U pogledu pravne prirode odgovornosti u obe konvencije je predviđen princip pretpostavljene subjektivne odgovornosti brodara, odnosno brodar odgovara za svaki gubitak, oštećenje robe i zakašnjenje, osim ako dokaže da je preduzeo sve mere koje su se razumno mogle očekivati radi izbegavanja štetnih događaja i njegovih posledica. To znači da je po obe konvencije, ukoliko nastane šteta i postoji uzročna veza između štete i radnje brodara, pretpostavka da je brodar kriv za nastalu štetu, a na njemu je teret dokaza da nije kriv.

Za razliku od Haške konvencije, u kojoj je predviđena dužnost brodara da osposobi brod za plovidbu samo pre i na početku putovanja i ukoliko je to uradio, oslobađao se odgovornosti za štete na robi usled stanja broda, u Hamburškim pravilima je pooštrena odgovornost brodara u tom smislu što je obavezan da i on i njegovi ljudi preduzmu sve mere tokom celog putovanja kako bi brod bio sposoban za plovidbu.

Sledeće pooštravanje odgovornosti se vidi iz rešenja o trajanju odgovornosti, po kome je brodar prema Hamburškim pravilima odgovoran za vreme od prijema robe do njene predaje, za razliku od rešenja u Haškoj konvenciji o odgovornosti koja traje od ukrcaja do iskrcaja robe. Pojam prijema odnosno predaje robe je širi od pojma ukrcaja odnosno iskrcaja, tako da je produženo vreme za koje brodar odgovara.

Što se tiče razloga za oslobođenje od odgovornosti u pomorskom pravu postoji institut izuzetih slučajeva koji su taksativno nabrojani, ali je broj ovih razloga na koje se može pozvati brodar različit u konvencijama. Dok je u Haškoj konvenciji predviđen veći broj razloga za oslobođenje brodara od odgovornosti (npr. Viša sila, skrivene mane broda, radnje ili propusti krcatelja, mane robe, požar, nautička greška itd.), u Hamburškoj konvenciji je njihov broj smanjen, kako bi se malo pooštrila odgovornost brodara. Za ove izuzete razloge od oslobođenja je bitno da brodar mora da dokaže da je šteta stvarno nastala zbog jednog od tih razloga na koje se poziva, a na drugoj odgovornoj strani je protivdokaz da taj razlog nije uzrok štete.

4. Protokol na Haško-Visbijska pravila iz 1979. godine, tzv. SDR Protokol, je donet radi izmene postojeće obračunske jedinice Poincare franaka novom obračunskom jedinicom nazvanom Specijalno pravo vučenja (Special drawing rights). Iako su i Hamburška pravila predvidela SPV kao obračunsku jedinicu, bilo je već prilikom donošenja jasno da Hamburška pravila neće brzo stupiti na snagu, pa je donet Protokol kojim se samo uvodi SPV kao obračunska jedinica. Vrednost Specijalnog prava vučenja zasnovana je na korpi od 16 valuta, koja se meri svakodnevno na svetskom trgovačkom tržištu, a o vrednosti Specijalnog prava vučenja izveštava se svakodnevno, osim ponedeljka, u finansijskoj štampi.

Nacrt Konvencije o prevozu stvari (u celosti ili delimično) (morem) iz 2006.

Pošto je rezultat rada na unifikaciji pravila o prevozu stvari morem postojanje vise međunarodnih konvencija i vise različitih pravila o odgovornosti brodara a faktičko stanje je takvo da neke države pristupaju novim međunarodnim aktima a istovremeno ne otkazuju ranije, a neke države nisu ratifikovale ni jednu konvenciju pa primenjuju nacionalno zakonodavstvo, posledica je da je međunarodni pomorski prevoz regulisan različitim pravnim pravilima, što nije dobro rešenje jer stvara konfuziju i pravnu nesigurnost.

Imajući u vidu ovakvo stanje stručnjaci UNCITRALa su zatražili od Međunarodnog pomorskog odbora CMI da prikupi informacije o postojećoj regulativi i analizira konkretne probleme u pravnom regulisanju prevoza stvari morem.

Započeo je rad na izradi međunarodnog dokumenta kojim bi se modernizovao međunarodni prevoz i ujednačila pravila poslovanja.

Tako je 2005. izrađena poslednja verzija novog dokumenata nazvana Nacrt Konvencije o prevozu stvari (u celosti ili delimično) (morem)-Draft convention on the carriage of goods (wholly or partly) (by sea) (u nastavku rada Nacrt Konvencije). Na zasedanju u Beču 2006 Nacrt je dopunjen i izmenjen pravilima o ograničenu odgovornosti, a rad se nastavlja na budućem tekstu Konvencije.[7] Pošto je centralno pitanje svake konvencije vezano za pravila o odgovornosti ukazujemo na ova rešenja iz Nacrta.

U pogledu vrsta šteta za koje prevozilac odgovara predviđeno je opšte prihvaćeno pravilo da su to štete zbog gubitka i oštećenja stvari kao i zbog zakašnjenja u predaji stvari. Prema Nacrtu prevozilac se oslobađa odgovornosti ako dokaze da se uzrok ili jedan od uzroka gubitka ili štećenja ili zakašnjenja ne može pripisati njegovoj krivici ili krivici bilo koje osobe navedene u članu 19. Ovaj član je nešto drugačije stilizovan od odgovarajućih odredbi Haških i Hamburških pravila , pa se opravdano postavlja pitanje da li se radi samo o jezičkim ili su u pitanju i suštinske razlike.

Upoređujući rešenja člana 4. stav 2. Haških pravila i člana 5. Hamburških pravila sa odredom člana 19 nacrta, može se zaključiti a to je stav u pravnoj teoriji.[8]

Upotreba pojma krivica (fault) nije dodatno definisana, odnosno nije predviđeno koji stepen krivice se zahteva za odgovornost prevozioca (namera, gruba nepažnja, laka nepažnja i sl), pa je praksi ostavljeno da tumači njegov obim. Za utvrđivanje postojanja odgovornosti i nije vazna vrsta krivice, nego samo njeno postojanje, ali je stepen krivice važan pri utvrđivanju visine odgovornosti, a naročito kod prava na ograničenje odgovornosti.

---

[7] Draft convention on the carriage og goods (wholly or partly) (by sea), United Natins Commission on the International Trade Law , A/CN.9/WG.III/WP,56, p.1-74; Ziel G. Multimodal aspects, Il Diritto Marittimo 106 (2004) 3, p. 907-916.

[8] Skorupan Wolff, Odgovornost prijevoznika prema Nacrtu konvencije o prijevozu stvari (u celosti ili delimicno) (morem), Pomorsko plovidbeno pravo, god 46 (2007), 161) da je zadrzan isti osnov pretpostavljene subjektivne odgovornosti prevozioca u sve tri konvencije.Sustina norme je da će prevozilac biti odgovoran osim ako dokaže da ni njegova *krivica* ni krivica lica koja izvrsavaju njegovu funkciju, a to su podugovaraci, zastupnici i radnici, nije prizrokovala štetu.

Pošto pojam krivice nije definisan značajan je stav CMI da se radi o skrivljenom ponašanju ili propuštenom ponašanju (dakle skrivljeno činjenje i nečinjenje).

Što se tiče tereta dokazivanja da se radi o pretpostavljenoj subjektivnoj odgovornosti vidi se iz formulacije prema kojoj tužilac dokazuje da je šteta nastala za vreme razdoblja prevoznikove odgovornosti. Kad tužilac to dokaze, na prevoziocu je teret dokaza da nije kriv odnosno da šteta nije nastala njegovom krivicom. Praktično, da bi se prevozilac i oslobodio od odgovornosti mora dokazati, s jedne strane da je preduzeo sve mere da bi izbegao štetni događaj ili da pokaže uzrok nastanka štete a koji je izvan onog za sta bi on odgovarao.

Zadržan je princip pretpostavljene subjektivne odgovornost u Nacrtu i to kombinacijom odredbi Haško- Visbijskih i Hamburških pravila.

U pogledu trajanja odgovornosti predviđen je period od prijema do isporuke robe, s tim što je definisano sta se smatra prijemom i isporukom i kako postupati ukoliko ne postoji saglasnost ugovornih strana o tom pitanju. Ovako definisan period trajanja prevoznikove odgovornosti znači primenu pravila konvencije na prevoze od vrata do vrata, a to je šire polje primene nego u Haškoj konvenciji koja predviđa odgovornost od ukrcaja do iskrcaja ili po Hamburškim pravilima koja predviđaju odgovornost od luke do luke.

Novina u Nacrtu je i u pogledu uvođenja odgovornosti prevozioca za povredu obaveze pravovremenog pružanja informacija krcatelju koje su prema prevozičevom znanju razumno važne za krcatelja. Pored standardnih šteta zbog gubitka oštećenja robe i šteta zbog zakašnjenja uvodi se i ova odgovornost prevozioca za povredu obaveze informisanja krcatelja.

U našoj zemlji se primenjuje Zakon o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi**,** 1998. čiji naziv upućuje da se radi o propisu u kome su regulisane i pomorska i plovidba unutrašnjim vodenim putevima, koji je više puta menjan. Opšte je obeležje našeg zakona da su u njega uključena mnoga dobra rešenja iz Haške konvencije, ali i Hamburških pravila, koja naša zemlja nije ratifikovala.[9]

UNUTRAŠNJA PLOVIDBA

Na međunarodnom planu je poslednjih desetak godina dosta učinjeno u unifikaciji prava unutrašnje plovidbe

[9] Zakon o pomorskoj i unutrasnjoj plovidbi, Sl List SRJ 12/98,44/99,73/2000,Sl glasnik RS 10/2005, 1/2006 .

Za regulisanje ugovornih odnosa u poslu prevoza robe unutrašnjim vodenim putevima najznačajnija je takozvana Budimpeštanska konvencija odnosno Konvencija o ugovoru o prevozu robe u unutrašnjoj plovidbi CMNI iz 2000. koja je stupila na snagu 2005.[10]

Ova Konvencija se primenjuje na svaki prevoz kojim se prevoznik obavezuje da preveze robu unutrašnjim plovnim putevima uz naplatu prevoznine. Međutim , posebnim članom je predviđena mogućnost da država izjavi da će ovu Konvenciju primenjivati i na besplatne prevoze.[11]

Konvencija se primenjuje na svaki ugovor o prevozu prema kome se luka ukrcaja ili mesto preuzimanja robe i luka iskrcaja ili mesto preuzimanjs robe nalaze u dve različite države, od kojih je bar jedna ratifikovala Konvenciju. Ako ugovor predviđa izbor između vise luka iskrcaja ili mesta isporuke, odlučujuća je luka iskrcaja ili mesto isporuke u kome je roba stvarno isporučena.

Interesantna je odredba[12] koja daje mogućnost državama ugovornicama da izjave da ce ovu Konvenciju primenjivati i na nacionalni prevoz, što znači da ista pravila primenjuju i na međunarodni kao i na nacionalni ugovor o prevozu robe u unutrašnjoj plovidbi, što doprinosi pravnoj sigurnosti učesnika posla.

U nasem pravu se još uvek primenjuje Zakon o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi 1998 koji sadrži u velikom broju slučajeva zajednička rešenja za pomorsku i unutrašnju plovidbu[13]

Brodar unutrašnje plovidbe odgovara na osnovu ugovora o prevozu stvari za štete koje nastanu na stvarima koje se prevoze a ispolje se kao gubitak, manjak ili oštećenje , kao i za štete zbog zakašnjenja.

U Zakonu o pomorskoj i unutarnjoj plovidbi iz 1998. godine su sadržana opšta pravila o odgovornosti brodara koja su zajednička za pomorski prevoz i prevoz unutrašnjim vodenim putevima, izuzev ako za prevoz unutrašnjim vodenim putevima nisu predviđena posebna pravila. U Konvenciji CMNI iz 2000. godine sadržana su pravila kojima se detaljno reguliše odgovornost brodara u unutrašnjoj plovidbi.

Pitanje pravne prirode odgovornosti u nasem Zakonu o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi kao i u Konvenciji CMNI je regulisano predviđanjem principa pretpostavljene subjektivne odgovornosti brodara. U Konvenciji CMNI (čl. 16) se kaze da prevozilac odgovara za štetu na robi,

[10]ECE/TRANS/CMNI/CONF/3.

[11]Čl. 31 b CMNI

[12] Č.. 31 t a CMNI

[13]U Hrvatskoj je donet 1998 Zakon o plovidbi unutrasnjim vodama menjan 2003, ali ni on ne reguliše sveobuhvatno ugovorne odnose.

oštećenje ili gubitak od trenutka preuzimanja robe do njene predaje ili za štetu nastalu kao posledicu prekoračenja roka isporuke (zakašnjenje), osim ako dokaze da bi šteta nastupila kao posledica okolnosti koje pažljiv prevozilac nije mogao da otkloni, odnosno izbegne. Slična formulacije je predviđena i u Zakonu o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi (čl. 592)prema kojoj brodar ne odgovara za oštećenje, manjak ili gubitak tereta ili za zadocnjenje u predaji tereta, ako dokaze da oštećenje, gubitak ili zadocnjenje potiču iz uzroka koji nisu mogli da se spreče niti otklone pažnjom urednog brodara.

Da se radi o subjektivnoj odgovornosti brodara jasno proizilazi iz kvalifikacije događaja koji oslobađa brodara od odgovornosti elementima neotklonjivosti i neizbežnosti, koji ukazuju da se radi o „slučaju". Nepostojanje elementa „uticaj spolja" govori o tome da se ne radi o višoj sili nego samo o slučaju, pa je reč o subjektivnoj odgovornosti. Razgraničenje pojmova više sile i slučaja koji prave razliku između objektivne i subjektivne odgovornosti je važno, jer se u sistemu objektivne odgovornosti ne odgovara se za visu silu a odgovara za slučaj, a u subjektivnoj odgovornosti ne odgovara za slučaj. Ovo razgraničenje nije uvek jednostavno ni u pravnoj teoriji a naročitu u praksi.

Pojam vise sile je veoma složen i tumači se na različite. U francuskom pravu nema razlike između jednostavnog slučaja (cas fortuit) i više sile (force majeure) i ta dva događa proizvode iste pravne posledice, tj. dovode do oslobađanja od odgovornosti.

Za razliku od Francuske u Nemačkoj pravnoj teoriji, preovladava shvatanje, inače prihvaćeno i u nasem Zakonu o obligacionim odnosima, da je potrebno praviti jasnu razliku između vise sile i slučaja, pri čemu je za visu silu bitno da se radi o događaju koji potiče spolja, van stvari, izvan kruga obavljanja delatnosti i taj elemenat spoljašnosti je pored elemenata nepredvidljivosti događaja koji se nije moga izbeći ili sprečiti, ono što čini visu silu.

U pravnoj teoriji je bilo mnogo manje spora o drugim elementima (nepredvidljivost, izvanrednost, neotklonjivost događaja), nego se spor vodio uglavnom oko elementa spoljašnost događaj, Ovaj elemenat spoljašnost jasno određuje događaj kao visu silu i ukazuje da se radi o objektivnoj odgovornosti.

Spoljašnost događaja se posmatra prvenstveno u odnosu na samu opasnu stvar, njene osobine, upotrebu i vršenje te opasne delatnosti, ali događaj mora biti spoljašan i u odnosu na ličnost koja vrsi tu delatnost. Spoljašnost se izražava u nedostatku uzročne veze između štetne radnje i sredine u kojoj je nastala. Događaj mora biti spoljašan u odnosu na odgovorno lice i stvar kojom se on sluzi odnosno kojom obavlja delatnost.

Za razliku od vise sile, slučaj je osnov za oslobođenje od odgovornosti u subjektivnoj odgovornosti i za ovaj događaj se ne trazi elemenat spoljašnosti. Neki autori prave nijansiranu razliku između običnog slučaja kao svakog neskrivljenog događaja i unutrašnjeg slučaja t. kvalifikovanog slučaja elementima nepredvidljivosti i neotklonjivosti uz primenu dužne pažnje.

U svakom slučaju u sistemu subjektivne odgovornosti slučaj je granica odgovornosti tj. za slučaj se ne odgovara.

Na osnovu ovoga jasno je da je u Zakonu o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi kao i u Konvenciji CMNI predviđen princip pretpostavljene subjektivne odgovornosti brodara unutrašnje plovidbe, koji znači da kada je šteta nastala i postoji uzročna veza između štete i radnje brodara, pretpostavlja se da je brodar kriv, a na njemu je teret dokaza da dokaze neodgovornost. Kod merila dužne pažnje uzima se u obzir objektivni kriterijum srednje sposobnog brodara.

U unutrašnjoj plovidbi su predviđeni razlozi za oslobođenje brodara od odgovornosti i to kroz institut posebnih opasnosti. Taksativno su nabrojani tipični rizici koji mogu da prouzrokuju štetu. [14] U unutrašnjoj plovidbi brodar je odgovoran za nautičke i komercijalne radnje svog osoblja, tako da on odgovara za radnje i propuštanje zapovednika broda, drugih članova posade broda i ostalih lica koja rade za brodara u okviru vršenja njihovih dužnosti i za ove radnje i propuštanja odgovara kao i za svoje radnje i propuštanja.[15] Međutim u čl. 25 st. 2 a CMNI je u pogledu odgovornosti prevozioca za nautičku grešku članova posade dopušteno ugovaranje odredbe kojom bi se prevozilac oslobodio od odgovornosti za štetu nastalu nautičkom delatnošću posade, ali uz uslov da je prevozilac ispunio sve obaveze u pogledu ulaganja dužne pažnje pri izboru posade kao i da šteta nije preduzeta s namerom da se ona prouzrokuje ili bezobzirno i sa znanjem da ce takva šteta verovatno nastati.

Ova klauzula nije jedini način da se brodar oslobodi od odgovornosti za nautičku grešku svoje posade. U čl. 32 CMNI je data mogućnost tzv regionalnog oslobođenja od odgovornosti za nautičku grešku putem izjave dve države potpisnice CMNI. Tako je data mogućnost državi ugovornici da izjavi kako u slučaju prevoza robe između luke ukrcaja ili mesta preuzimanja robe i luke iskrcaja ili mesta isporuke, od kojih se ili obe nalaze na njenoj teritoriji ili se jedno nalazi na njenoj teritoriji a drugo na teritoriji države koja je dala istu takvu izjavu, prevozilac neće biti odgovoran za nautičku gršku svoje posade, pod uslovom da je uložio dužnu pa-

[14] Čl. 596 ZPUP i čl. 18. CMNI.
[15] Čl. 593 st. 1 ZPUP i čl.. 17 CMNI.

žnju pri izboru posade ili da šteta nije učinjen s namerom ili bezobzirno i sa znanjem da ce takva šteta verovatno nastati.

Praktična posledica ovih mogućnosti isključenja odgovornosti brodara za nautičke greške posade znači da načelna konvencijska odgovornost brodara za štetu prouzrokovanu nautičkom greškom u praksi lako može biti pretvorena u njegovu neodgovornost.

Dakle brodar unutrašnje plovidbe se po nasem pravu ne oslobađa od odgovornosti za nautičku delatnost , suprotno rešenju u pomorskoj plovidbi.

U pogledu odgovornosti za štete zbog zakašnjenja predviđena su ista pravila u ZPUP (član 591 i 592) i Konvenciji CMNI. (Član 16.) Utvrđen je isti princip odgovornosti tj. pretpostavljena subjektivna odgovornost za štete zbog zakašnjenja kao i za transportne štete. Činjenica postojanja zakanjena definisana je na sličan način i to kao prekoračenje ugovorenog roka predaje teret ili kad taj rok nije ugovoren predaja u primerenom roku. Gornja granica odgovornosti brodara je visina vozarine koja se odnosi na teret predat sa zakašnjenjem. Zakašnjenjem mogu da nastanu štete na stvari(npr zbog zakašnjenja se roba pokvari) i indirektna šteta tj .ona koja koja je nastala samom činjenicom zakašnjenja (npr vezane za promene tržišne cene robe, povećanje troškova uskladištenja, izgubljena dobit) a ne neposredna šteta koja je nastala na stvari kao gubitak, manjak ili oštećenje robe. Dilemu mogu stvoriti formulacije Konvencije CMNI i ZPUP u kojima nije precizno definisani sta se smatrana štetama zbog zakašnjenja (kao što je to npr učinjeno u železničkom saobraćaju). Pitanje je da li se pod štetama zbog zakašnjenja podrazumevaju i indirektne štete i transportne štete tj. oštećenje , što znači da oštećenje nastalo zakašnjenjem treba nadoknaditi po pravilima naknade štete za zakašnjenje ili se pod štetom zbog zakašnjenja podrazumeva samo indirektna šteta. Dobro je rešenje u železničkom saobraćaju gde je precizirano da zbog zakašnjenja mogu da nastanu štete uključujući i oštećenje, cime je otklonjena sumnja u značenje pojma zakašnjenje.

VAZDUŠNI PREVOZ

Varšavskom konvencijom iz 1929. (Konvencija za izjednačavanje nekih pravila koja se odnose na međunarodni vazdušni prevoz) i Haškim protokolom iz 1955 (koji je prva revizija Varšavske konvencije a puni naziv je Protokol o izmeni Konvencije za izjednačavanja nekih pravila koja se odnose na međunarodni vazdušni prevoz) je predviđen princip pretpostavljene subjektivne odgovornosti vazdušnog prevozioca. Obe konvenci-

je je nasa zemlja ratifikovala. Prevozilac nije odgovoran ako dokaže da su on i njemu potčinjena lica preduzeli sve potrebne mere da bi izbegli štetu ili dokažu da im je bilo nemoguće da ih preduzmu. Dakle, nepostojanje bilo kakve krivice na strani prevozioca je osnov za oslobođenje od odgovornosti.

Haškim protokolom nije promenjen princip pretpostavljene subjektivne odgovornosti prevozioca, ali je njegova odgovornost pooštrena ukidanjem izvesnih razloga za oslobođenje prevozioca od odgovornosti koji su postojali u Varšavskoj konvenciji. Naškim protokolom je ukinut kao razlog za oslobođenje od odgovornosti za štete nastale usled navigacije, pilotiranja i vođenja aviona, koja je u Varšavskoj konvenciji bila osnov za neodgovornost vazdušnog prevozioca. Što se tiče limita odgovornosti za štete na robi oni ostaju isti u obe konvencije.

Za razliku od ove dve prethodne konvencije Montrealski protokol broj 4 iz 1975. (stupio na snagu 1998. dakle 23 godine posle donošenja i predstavlja i je treću reviziju Varšavske konvencije) predviđa objektivnu odgovornost vazdušnog prevozioca za štete na robi. To znači da je utvrđivanje krivice prevozioca nepotrebno, jer on odgovara uvek kada se ispune dva uslova, i to da je šteta nastala i da postoji uzročna veza između štete i radnje prevozioca.

Kao razlozi za oslobađanje od odgovornosti su predviđeni:

1. priroda ili svojevrsne mane robe,
2. nepropisno pakovanje robe od strane lica koje nije ni prevoznik niti neko od njegovih službenika,
3. rat ili oružani sukob,
4. neki postupak organa vlasti izvršen u vezi sa uvozom, izvozom ili tranzitom robe.

U našem Zakonu o obligacionim odnosima i osnovama svojinsko-pravnih odnosa u vazdušnom saobraćaju iz je predviđen princip pretpostavljene subjektivne odgovornosti vazdušnog prevozioca.

U Varšavskoj konvenciji i Haškom protokolu je predviđen princip pretpostavljene subjektivne odgovornosti za sve štete, a to su oštećenje, manjak, gubitak robe, kao i štete zbog zakašnjenja. Međutim, u Montrealskom protokolu broj 4. je predviđen različit princip odgovornosti kada se radi o štetama na robi koje se ispoljavaju kao oštećenje, manjak ili gubitak, kada je predviđena objektivna odgovornost prevozioca, i za štete zbog zakašnjenja kada je ustanovljen princip pretpostavljene subjektivne odgovornosti prevozioca.

Značajna novina je izvršena donošenjem nove Konvencije o izjednačenju određenih pravila u međunarodnom vazdušnom prevozu 1999. (u daljem tekstu Montrealska konvencija 1999) koja je stupila na snagu

2003. Njenim stupanjem na snagu zamenjuje se sistem Varšavske konvencije iz 1929 sa brojnim protokolima.[16]

Razlozi za brzo stupanje na snagu je postojanje međunarodnih instrumenata , kao što su Sporazum udruženja vazdušnih prevoznika IATA iz Kula Lumpura 1995. i Uredba EU o odgovornosti vazdušnog prevozioca u slučaju nezgoda iz 1997. a njihova rešenja su uključena u tekst Montrealske konvencije. Takođe su za vazdušni prevoz stvari preuzeta rešenja i u Montrealskog sporazuma broj 4. iz 1975.

Sistem Varšavske konvencije sa brojnim protokolima nije ispunio cilj unifikacije vazduhoplovnog prava, pre svega zato što je iznos ograničene odgovornosti prevozioca za smrt ili telesno oštećenje putnika bio takav da nije odgovarao standardu života u pojedinim zemljama. Takođe sistem pretpostavljene subjektivne odgovornosti dovodio do dugih parnica koje su vođne pred sudovima mnogih zemalja. Montrealska konvencija 1999. uvodi objektivnu odgovornost i za prevoz stvari i prevoz putnika. Pretpostavljena subjektivna odgovornost je zadržana samo kod odgovornosti za štete od zakašnjenja kod prevoza putnik, prtljaga i tereta. Granice odgovornosti za štete na stvarima su snižene u odnosu prethodna rešenja iz Varšavske konvencija dok su granice odgovornosti u prevozu putnika u Montrealskoj konvenciji 1999 ukinute. Uveden je dvostepeni sistem odgovornosti prema kome do granice od 100.000 specijalnih prava vučenja odgovara prevozilac po principu objektivne odgovornosti, a iznos te svote do neograničene odgovornosti prevozilac plaća po principu pretpostavljene subjektivne odgovornosti.

ZAKLJUČAK

Celokupni sistem odgovornosti u saobraćajnom pravu se zasniva na dva principa. To su princip subjektivne i objektivne odgovornosti.

Unifikacija pravila o odgovornosti prevozioca je uspešno izvršena u brojnim međunarodnim konvencijama za svaku vrstu prevoza. Međutim, u okviru UNCITRAL a je pokusano da se kroz Nacrt konvencije o prevozu stvari (u celosti ili delimično) (morem) unifikacija proširi tako da vazi ne samo za pomorski prevoz nego i za sve vrste prevoza. O multimodalnom aspektu Nacrta ima puno neujednačenih stavova. Centralno pitanje

[16]Videti više Radionov-Novačić, Aktualnosti u sustavu odgovornosti zračnog prijevoznika Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu 39, 2002 str 413 430 , članke M., Will the Montreal Convention be able to replace the Warshav system and what the change be, Transportrecht 11-12 2003 436-443; Carić, Đurđev, Divljak, Međunarodno poslovno pravo, Novi Sad 2007 str. 420.

je da li buduću Konvenciju treba primenjivati jedino na pomorski prevoz ili i na delove prevoza koji prethode ili slede iz prevoza morem. Jedan broj autora zastupa jedinstveni rezim odgovornosti koji se primenjuje na sve vrste prevoza, pa takav karakter daju i Nacrtu Međutim ima i suprotnih mišljenja, tako da je multimodalni karakter Nacrta je ocenjen kao najsloženije pitanje.

Nezahvalno je procenjivati kada ce biti završen posao na ovom dokumentu a pogotovo kad će doći do njene primene ali bez obzira na to Nacrt je važan korak u pokušaju jedinstvenog regulisanja prevoznikove odgovornosti.

Dušanka Đurđev, Ph. D., Full Professor
Novi Sad, School of Law

Legal nature of transport liability

Abstract

Unification of carriers liability rules has been made successfully un numerous international conventions for each mode of transport. However, within UNCITRAL attempt was made in 2005, through Draft convention on the carriage of goods (wholly or partly) by sea, to extend unification to all modes of transport. Despite result of that actability, this is an attempt to achieve unified regime of carriers liability, with different opinions relating to it.

Originalni naučni rad 343.9.02

Dr Milo Bošković, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

KRIMINALNE GRUPE I ORGANIZACIJE

Sažetak: *U mnoštvu različitih definicija organizovanog kriminaliteta nezaobilazno obeležje same pojave je konstanta, da je reč o delatnosti profesionalnih kriminalnih organizacija. U teoriji nije sporno korišćenje ovog pojma, ali su njegove interpretacije dosta različite. Značaj ovog pitanja je u činjenici da je njegovo korišćenje od bitnog značaja za razgraničenje i razlikovanja organizovanog od svih drugih oblika kako profesionalnog tako i klasičnih vidova kriminaliteta.*

Ovo pitanje u krivičnom pravu i kriminologiji nije samo osnov teorijskog definisanja, već i pozitivnopravnog sankcionisanje delatnosti organizovanih oblika kriminalnih skupina, zavisno od toga dali je reč o manjim ili većim grupama, formalnim ili neformalnim tipovima organizovanja, stepenu i čvrstini organizacije.

Bez obzira što ih po opštim obeležjima karakteriše kontinuirana kriminalnu čvrsto strukturirana organizacija zasnovana na principima hijerarhijske podređenosti i nadređenosti, grupne discipline, saradnje i planiranja, one su ipak različitog stepena profesionalnosti i stepena društvene opasnosti, te ih je s toga veoma bitno jasno i definisati.

Osnovni kriterijuma razlikovanja među različitim grupama, u ovom radu, je složenost koja podrazumeva, kao prvo, stepen izražene struktuiranosti (razlike u funkcijama, položajima, aktivnostima i ulogama) i drugo, da li se sastoje od ograničenog broja osoba povezanih u jednu grupu (kriminalne grupe), više povezanih grupa (kriminalna organizacija organizacija) ili velikog broja povezanih različitih grupa (kriminalna organizacija tipa mafije)

Ključne reči: *organizovani kriminalitet, kriminalna grupa, kriminalna organizacija, mafija.*

1. Uvod.

Kriminalitet kao društvena pojava, pojedinačna i masovna, poznat je u istoriji čovečanstva od njegovog nastanka. Menjao se u formama i intenzitetu do vremena savremenog tehnološkog razvoja, kompjuterizacije, opšteg napretka i demokratizacije. Prilagođavao se uslovima, a njegovi pojavni oblici postali su društveno opasniji, modifikovani novim formama ispoljavanja i u internacionalnim razmerama. U tom kontekstu, po svojoj složenosti, težini, izdvajaju se posebno profesionalni oblici kriminaliteta, u okviru kojih organizovani kriminalitet ima najteže posledice po vitalne interese društva i čoveka.

Savremenu političku i pravnu, teorijsku i stručnu raspravu i literaturu karakteriše široko korišćenje ovog pojma, pri čemu se pod njim podrazumevaju različiti sadržaji kako samog fenomena tako i pojedinih pojavnih oblika.

Mnogobrojne probleme definisanja pojave organizovanog kriminaliteta čine dileme između raznih srodnih pojmova koji u nekim slučajevima deluju kao sinonimi, u drugim kao sasvim odvojeni fenomeni, a u trećim kao terminološki obrasci koji jedni iz drugih proističu, kao posebni vidovi ispoljavanja. To se posebno odnosi na pojmove neadekvatnog terminološkog razgraničenja koji se odnose na ovu pojavu kriminaliteta i transnacionalni kriminalitet, profesionalni kriminalitet, kriminalitet belog okovratnika i međunarodni kriminalitet. Nesumnjivo u svakom od ovih slučajeva reč je o posebnim i pojavama i pojmovima.

Sumirajući bitne sadržaje svih ovih shvatanja organizovani kriminalitet bi se mogao definisati kao vrsta profesionalnog kriminaliteta koji karakteriše postojanje čvrste i fleksibilne, hijerarhijski uspostavljene kriminalne organizacije, sa preciznom podelom rada i uređenim unutrašnjim odnosima, opredeljenom za vršenje i najtežih kriminalnih dela, uz primenu metoda podmićivanja, nasilja i sličnih sredtava pri ostvarivanju ekstremne profitabilnosti i političke moći i uticaja.

U mnoštvu različitih definicija organizovanog kriminaliteta, ma kako ih klasifikovali prema određenim naučnim kriteriujumima, jedna je konstanta, da je reč o delatnosti profesionalnih kriminalnih organizacija. Šta po sadržaju obuhvata pojam kriminalna organizacija između različitih termina koje označavaju kriminalne skupine i udruženja posebne vrste osnovno je pitanje razlikovanja organizovanog od svih drugih oblika kako profesionalnog tako i klasičnih vidova kriminaliteta.

To pitanje u krivičnom pravu i kriminologiji nije samo osnov definisanja, već i sankcionisanje delatnosti organizovanih oblika kriminalnih skupina, zavisno od toga dali je reč o manjim ili većim grupama, formal-

nim ili neformalnim tipovima organizovanja, stepenu i čvrstini organizacije. U vezi s tim važno je odrediti pojmovna značenja grupe, delinkventne grupe, ganga i bande, kriminalne grupe, organizovane kriminalne grupe, kriminalne organizacije i mafije. Bitna svojstva koja ih razgraničavaju u posebnosti kriminalnih obeležja su: strukturnost; broj osoba koje ih čine; zajednički cilj; čvrstina unutrašnjih odnosa i strogost pravila; i uzajamni odnos članova grupe.

2. Grupni oblici kriminalnog organizovanja

Karakteristike svih vrsta grupa su: strukturiranost, broj osoba koje ih čine, zajednički cilj i uzajamni uticaj članova grupe. Osnovna podela grupa u odnosu na strukturiranost je na nestruktuirane i struktuirane grupe ili skupine.

Pri definisanju grupnih oblika kriminalnog organizovanja, pre svega moramo poći od osnovnog značenja pojma kolektiviteta koji ima naziv grupa.

U teorijskom smislu grupa je primarni oblik kolektiviteta, manja ili veća, organizovana ili neformalna, skupina ljudi, koji zajednički žive, rade i ponašaju se na određeni način, a odlikuju se sličnim stilom života, kulturom i motivacijom. Motivacija može biti pozitivna i negativna, od čega zavisi i karakter grupe. Opšte odlike, koje važe za sve strukturirane, pa i kriminalne, grupe su: postojanje zajedničkog cilja članova grupe, koji se ostvaruje usklađenom i povezanom aktivnošću članova; zajednička akcija članova grupe, u toku koje se ostvaruje uzajamni uticaj članova grupe i formiraju specifični odnosi među njima; podela funkcija među članovima grupe kroz određeni sistem položaja i uloga. On olakšava i omogućava ostvarivanje ciljeva grupe, doprinosi njenoj organizaciji, usklađenoj aktivnosti članova grupe i među njima formira određene odnose koji se stabilizuju i predstavljaju strukturu grupe; postojanje grupnih normi ili određenog sistema pravila ponašanja članova grupe, važnih za funkcionisanje grupe; svest o pripadnosti određenoj grupi i zajedništvu sa članovima te grupe i relativna trajnost grupe.

Svaki oblik saučesništva, koji obuhvata tri lica može se smatrati kriminalnom grupom, ali to ne znači istovremeno i da je svaka kriminalna grupa u formu organizovanog kriminaliteta, i to se s pravom u literaturi konstatuje.

Stoga Kresiju (Cressey) i smatra da definicija po kojoj je organizovani kriminal „utvrđena podela dužnosti i zadataka u cilju izvršenja krivičnog dela“, iako se na prvi pogled čini jasnijom to nije sasvim. Po nje-

mu ova definicija ne pravi razliku između podele dužnosti malih grupa kriminalaca, podeli dužnosti u strukturi sitnijih nezakonitih radnji i podeli dužnosti koji su karakteristični za ilegalne kartele i konfederacije poput Koza Nostre. Ali, mišljenja je da se i takva kakva je, nepotpuna, mora se zadržati dok ne saznamo nešto više o strukturi svake vrste ovih kriminalnih sistema.[1]

Na ovaj problem ukazuje i Janni (Ianny). On kaže da su kriminolozi obično termin „organizovani kriminal" koristili kako bi napravili razliku između profesionalnog i amaterskog u kriminalu i kako bi naznačili da je kriminal koji je prisutan sruktuiran od kooperativne grupe među grupom individualaca. Na taj način bilo koja banda ili grupa kriminalaca organizovana na formalnoj ili neformalnoj bazi u cilju iznuđivanja novca, krađa, krađa vozila ili pljački banaka je deo organizovanog kriminala bez obzira na njenu veličinu i područja na kome operiše. U poslednjih nekoliko godina međutim, vladine komisije i agencije su koristile različite definije organizovanog kriminala, bazirane na mišljenju da se radi o konspiraciji na nacionalnom nivou u koju je uključeno na hiljade kriminalaca, uglavnom Italo- Amerikanaca, organizovane kako bi stekli kontrolu nad celim sektorom bilo da se radi o zakonitim ili nezakonitim poduhvatima, radi gomilanja enormnih profita. U oba slučaja definicije su fokusirane na samim kriminalcima i njihovim razlikama, uglavnom bazirane na veličini i složenosti organizacija (relativno male lokalne grupe nasuprot sindikata na nacionalnom nivou) i na prirodi kriminala koji je zastupljen (kriminal u kome su postoji izvršioc i žrtva i kriminal u kome je zastupljeno snabdevanje nelegalnih dobara i servisa onima koji su voljni da plate za to).[2] Istog mišljenja je i J. Finkenana (Finckenaner) smatrajući da je neophodno precizno definisati organizovani kriminal na pravnom nivou, radi donošenja neophodnih pravnih akata kao i radi daljeg istraživanja. U skladu sa opštom definicijom, veoma je važno istaći razlike između ključnih koncepcija kao što su organizovani kriminal i kriminal koji je organizovan, organizovani kriminal i mafija, kriminalna organizacija i drugi tipovi kriminalnih grupa i organizovani i transnacionalni kriminal.[3]

Prema tome u kriminologiji su poznate razne vrste delinkventnih, a u socijalnoj patologiji devijantnih grupa. Ma o kojoj od tih da je reč

[1] Cressey, Donald R. (1969, 313), Theft of the Nation: The Structure and Operations of Organized Crime in America, New York: Harper.

[2] Ianni, Francis A. J. (1974, 14-5), Black Mafia: Ethnic Succession in Organized Crime, New York.

[3] Finckenauer, James O./Voronin, Yuri A. (2001), The Threat of Russian Organized Crime, Washington D.C.: National Institute of Justice.

glavni razlog uključivanja pojedinca u grupu je to što mu pripadnost grupi omogućava zadovoljenje mnogih potreba. S jedne strane, članstvo je sredstvo za zadovoljenje raznih materijalnih i nematerijalnih socijalnih i individualnih potreba, kao što su: afilijativna potreba, potreba za prihvaćenošću, za angažovanjem svojih psihičkih funkcija i potencijala, za razvijanjem vlastite ličnosti, za određenom aktivnošću ili delatnošću, potreba za afirmacijom, za prestižom, moći ili uticajem, a koje zadovoljava pripadnošću u raznim grupama. S druge strane, članstvo u grupi može da bude uzrok i cilj uključenosti u nju. Često smisao uključivanja u neku grupu može biti privlačnost ostalih članova grupe, aktivnosti koja se odvija u grupi, ciljeva radi kojih grupa postoji ili grupnog članstva.

Jedan od kriterijuma razlikovanja među različitim grupama je složenost koja podrazumeva, kao prvo, stepen izražene struktuiranosti (razlike u funkcijama, položajima, aktivnostima i ulogama) i drugo, da li se sastoje od ograničenog broja osoba povezanih u jednu grupu (kriminalne grupe), više povezanih grupa (kriminalna organizacija organizacija) ili velikog broja povezanih različitih grupa (kriminalna organizacija tipa mafije)

3. Delinkventna grupa

Delinkventa grupa spada u tip primarne grupe. Osnovna karakteristika primarnih delinkventnih grupa je odsustvo svake strukturiranosti tj. organizovane aktivnosti pojedinaca u njoj, odnosno odsustvo podele položaja i uloga u vezi sa poslovima i zadacima među članovima grupe. Ostale karakteristike ove kategorije grupa su spontanost, nepredvidivost i homogenost ponašanja.

Prema tome delinkventna grupa predstavlja vid neformalne društvene skupine asocijalnih i antisocijalnih osoba i orijentacije (kriminalci, narkomani, prostitutke, kockari i dr.) koje se povremeno i spontano okupljaju i zajednički provode slobodno vreme. One se mogu klasifikovati prema različitim kriterijumima. Reč je o posebnoj socijalnoj skupini prestupnika koja se karakteriše određenim stepenom unutrašnjih veza, zajedničkim interesima i većim stepenom intenziteta međusobne komunikacije. Odlikuje je međusobno poverenje i solidarnost članova, uzajamno uvažavanje i podređivanje autoritetu volje. Takve grupe se, obično, formiraju prema vrsti prestupništva kojim se bave i prema stepenu profesionalizma i organizacije i čvrstine odnosa. Prema ovim kriterijumima najčvršće veze imaju kriminalne grupe koje mogu biti u vidu bandi, zločinačkih udruženja, delova organizacije mafije.

Najčešćim pojmovnim problemima susrećemo se kada su u pitanju termini kriminalne grupe, organizovane kriminalne grupe i kriminalne organizacije. Oni se odnose pre svega na preciznost pojmova organizovani, grupa i organizacija, koji mogu imati više značenja i koriste se često kao sinonimi ili u različitom značenju.. Organizovanim tipom kriminalnog delovanja, u opštem smislu, smatra se bilo koji oblik zajedničkog rada dva ili više izvršilaca krivičnih dela u bilo kom obliku saučesništva. Međutim, nije svaki oblik organizovanja kriminalnih skupina, radi vršenja krivičnih dela uslovni vid konstituitivnog tipa koji se može definisati organizovanim kriminalitetom. Svaki oblik kriminalnog udruživanja karakterističan po visokom stepenu organizovanosti i profesionalne opredeljenosti na - vršenje neodređenog broja krivičnih dela predstavlja izvesnu opasnost od prerastanja u neke od oblika organizovanog kriminaliteta.

To znači da je organizovano kriminalno delovanje, po svom sadržaju, širi pojam od organizovanog kriminaliteta, pa shodno tome, ni svi oblici organizovanog kriminalnog delovanju ne mogu predstavljati i organizovani kriminalitet.

4. Kriminalna grupa i organizovana kriminalna grupa

U dokumentima Saveta Evrope organizovani kriminal znači: ilegalne aktivnosti izvedene od strane struktuirane grupe tri ili više osoba koje deluju u dužem vremenskom periodu i imaju za cilj vršenje teških krivičnih dela kroz zajedničke akcije uz primenu zastrašivanja, nasilja, korupcije ili drugih sredstava u cilju sticanja direktne ili indirektne finansijske ili druge materijalne koristi.

Predstavlja posebni i jedan od mogućih oblika delinkventnih skupina, jer pojam delinkvencije je širi od pojma kriminaliteta, pošto obuhvata i druge oblike kažnjive prestupnosti, kao što su prekršaji i neki oblici socijalne patologije koji iziskuju mere državne i društvene intervencije (alkoholiam, narkomanija). Kriminalne grupe mogu biti privremenog karaktera, ali isto tako te grupe mogu da prerastu u kriminalne bande, kao čvršći i trajniji kriminalni sastav sa hijerarhijskim odnosom i sa osnovnim ciljem - profesionalne orijentacije vršenja krivičnih dela.

Kriminalne grupe su obično primarnih vidova kriminalne orijentacije i pretežno formirane u socijalnom okruženju adolescenata. Adolescentne kriminalne grupe se obrazuju na osnovu uzajamne privlačnosti pojedinaca a odnosi među njima, formirani tokom zajedničke aktivnosti, prožeti su osećanjem simpatije, intimni su i čvrsti. Ove grupe se formiraju radi zadovoljavanja mnogih ličnih potreba i želja kao što su, između ostalih,

potreba za afilijativnošću, afektivnom vezanošću, nezavisnošću, samostalnošću i ličnim identitetom.

Zajedničke kriminalne aktivnosti članova adolescentskih grupa uglavnom su vezane za slobodno vreme i avanturizam ali i za ozbiljne kriminalne radnje u saradnji s punoletnim licima razvijene kriminalne karijere, tipa ganga. Gang je, u stvari, jedan od oblika delinkventne grupe, razbojnička banda, organizovana grupa maloletnih delinkvenata sklonih vandalizmu i drugim oblicima pojedinačnog ili kolektivnog nasilja. Karakteristika je urbanih sredina, sa promenjivim sastavom od manjih grupa do „kriminalnih sindikata". U kriminalnim aktivnostima pripadnici ganga se služe metodama ucena, pretnje, podmićivanjem, zastrašivanjem, i nasiljem, koji često vode organizovane akcije najsurovijih obračuna u suparničkoj borbi oko ostvarivanja uticaja u sferi organizovanog kriminalnog tržišta. Bande, kao oblik ganga, su relativno čvrste organizacije i karakterišu se (relativnom) trajnošću sastava, postojanjem vođe (lidera), članova i saputnika. One su snažno strukturirane, teže da postoje trajno i okarakterisane su velikom solidarnošću, vlastitim moralom, grupnom svešću, mesnom povezanošću i čvrstim stavom da vrši krivična dela.[4] Imaju svoj sistem normi i sankcionisanja. Reč je o mikrostrukturnoj zajednici, koja se suprotstavlja društvu.

Struktura kriminalne grupe je specifična i po tome što u njoj postoje pojedinci koji predstavljaju autoritet, tzv. „vođe u mišljenju" ostalima i koji najviše utiču na formiranje karakterističkih vrednosnih stavova adolescentne grupe. Druga karakteristika strukture je rigidno antikonformiranje normama odraslih. Ne retko se u ovim grupama javljaju i nekonvencionalni, neobuzdani, agresivni, delinkventni oblici ponašanja.

Jedna organizovana kriminalna grupa ne mora biti velika da bi imala takav status. Dva ili više učesnika su dovoljna, i nije neophodno da su oni deo neke već postojeće kriminalne grupe. Prema tome, zavera u okviru neke korporacije, ili zavera koju organizuje i čini neka korporacija je organizovani kriminal onda kada je u skladu sa ostalim elementima već izrečene definicije organizovanog kriminala. Na sličan način, kriminal može da bude organizovan (npr., slučajevi ilegalnog krijumčarenja imigranata u druge zemlja), a pri tome nije deo kriminalnog delovanja neke šire kriminalne grupe.[5] Kriminalna grupa se definiše kao elastičan, labav sastav kriminalaca, u kojoj ne postoji hijerarhijski odnos, gde je vođa u suštini prvi među jednakima. Grupa je uglavnom privremenog trajanja, a

[4] Eisenberg, U.: *Kriminologie,* Koln, 1985, str. 631.

[5] Chin, K.L.: Chinatwn gangs: Extortion, enterprise and ethnicity, Oxford University Press, New York, 1996.

njen sastav se menja. Ona se raspada i eventualno opet stvara, a pre svega je situaciono uslovljena.

Za razliku od primarnih grupa koje su karakteristika delinkventnih i pojedinih oblika kriminalnih grupa, organizovana kriminalna gru a predstavlja sekundarni tip grupe koju u opštem smislu, karakterišu: postojanje intenzivnih interpersonalnih odnosa među članovima; jaka uzajamna emocionalna vezanost; izrazito osećanje vezanosti za grupu; trajna, živa međusobna interakcija; jak uticaj grupe na ponašanje i ličnost članova i neposredan kontakt svih članova.

Pojam organizovana kriminalna grupa je prvenstveno krivičnopravni pojam posebnog oblika kriminalne grupe, i on je određeniji.

Pretežno se pod tim pojmom podrazumeva grupa izvršilaca krivičnih dela - udruženje od najmanje tri osobe koje su povezane radi trajnog, ponovljenog ili povremenog činjenja krivičnih djela, pri čemu svaki od njih daje svoj udio u činjenju krivičnog dela. Albini je mišljenja da potreba za preciznim definisanjem kriminalne grupe nije čak ni nužna.

On zato predlaže umesto da razvijamo kompleksnije sisteme kategorizacije, da se definicija kriminalne grupe bazira na prirodi konkretne kriminalne radnje koja je izvršena u bilo kom vremenskom periodu, umesto na određenim odlikama koje poseduju te grupe. Kriminalne grupe su dinamične a ne statične celine. Kao takve, one se menjaju u zavisnosti od kriminalne radnje koje počine. Samo ukoliko umemo to da prepoznamo, možemo da razumemo sličnosti i razlike između kriminalnih grupa.[6]

Članovi organizovane kriminalne grupe ne moraju imati formalno definisane uloge, niti imati kontinuitet članstva, kao ni razvijenu organizacionu strukturu. Kada imaju i te elemente obeležja, onda prerastaju u viši tip kriminalne strukture – kriminalnu organizaciju.

Konvencija Ujedinjenih nacija protiv transnacionalnog organizovanog kriminala, usvojenom u novembru 2000. godine, koja je stupila na snagu 2003. godine razlikuje pojmove: „organizovana grupa“ i .„grupa za organizovani kriminal“ Pod pojmom „grupa za organizovani kriminal“ podrazumeva „organizovanu grupu od tri ili više lica, koja postoji u izvesnom vremenskom periodu i koja deluje sporazumneo u cilju činjenja jednog ili više teških zločina ili krivičnih dela utvrđenih u skladu s ovom konvencijom, radi zadobijanja, posredno ili neposredno, finansijske ili druge materijalne koristi“. Pri tom se ovde pod pojmom težak zločin smatra krivično delo kažnjivo kaznom zatvora od najmanje četiri godine ili težom kaznom.

[6] Albini, Joseph (1971, 49)), The American Mafia: Genesis of a Legend, New York.

Upravo stoga Konvencija organizovanu kriminalnu grupu svrstava u pojam struktuirane grupe određen negativnom definicijom, pod njom se smatra grupa koja nije slučajno formirana za trenutno vršenje krivičnih dela i koja ne mora da ima formalno definisanu ulogu članova, kontinuitet u članstvu ili razvijenu strukturu.

Na 765. sastanku Komisije ministara EU (19. septembar 2001.) donete su preporuke u vidu principa borbe protiv organizovanog kriminaliteta, gde su doslednije razrađeni pojmovi „organizovana kriminalna grupa" i „teško krivično delo", u skladu sa Konvencijom UN protiv transnacionalnog kriminaliteta.[7] „Organizovana kriminalna grupa" definiše se kao grupa od tri ili više lica, koja postoji u izvesnom vremenskom periodu i koja deluje sporazumno u cilju činjenja jednog ili više teških zločina ili krivičnih dela utvrđenih u skladu sa ovom konvencijom, radi zadobijanja, posredno ili neposredno, finansijske ili druge materijalne koristi. Pod teškim krivičnim delima podrazumeva se inkriminisana radnja kažnjiva maksimalnom kaznom lišenja slobode u trajanju od najmanje četiri godine ili nekom težom kaznom.

Na kraju valja istaći i još jedan dokument Saveta ministara iz 2005. godine pod nazivom Okvirna Odluka kojom je usvojena identična definicijom Konvencije UN iz Palerma o organizovanom kriminalitetu i kriminalnim organizacijama sa poznatih jedanaest kriterijuma tzv. Operativne definicije.

6. Kriminalna organizacija

Pod organizacijom se, u opštem smislu, podrazumeva integrisani sistem više grupa koje koordinacijom aktivnosti grupa i članova koje ih čine, preko podele rada, odgovornosti i prava, a posedujući fiksirana pravila ponašanja i odnosa ostvaruju zajednički cilj.

Povremeno organizovane grupe kriminalaca transformišu se u kriminalnu organizaciju visokog stepena organizovanosti, pri čemu svaka ima svoje područje i usko specijalizovanu aktivnost. Razlika između njih je u stepenu i čvrstini organizacije.

Albini misli da je očigledno da se najkarakterističnija komponenta organizovanog kriminala nalazi u samom nazivu- *organizacija*, jer grupa pojedinaca koja zajedno vrši krivično delo, neće tom radnjom imati obeležje organizovanog kriminala. Zato organizacija čini dakle,

[7] *Organised crime situation report* 2004, Counceil of Europe,Department of Crime Problems, 2004, p. 6.

najbitniji element razlikovanja između organizovanog i ostalih vidova kriminala.[8]

Kada kriminalne grupe dobiju najviši oblik struktuiranosti, tj., organizacione forme čvrste strukture, kada postanu stalna i strukturirana udruženja čija je delatnost usmerena na sticanje profita, ambicije društvenog uticaja, odnosno na delovanje javnih vlasti, odgovarajuće.mrežne i hijerarhijske strukture one tada dobijaju karakter profesionalnih kriminalnih organizacija. Kada se organizovane kriminalne grupe transformišu u kriminalnu organizaciju one nastoje da imaju svoje područje delovanja i usko specijalizovanu aktivnost. Zato je od izvesne pomoći jedan dokument Komiteta eksperata Saveta Evrope koji je definisao obavezne (4) i neobavezne (7).kriterijume identifikacije organizovanih kriminalnih grupa.

Obaveznim kriterijumima obuhvaćeni su elementi saradnja tri ili više pojedinaca; dugoročna saradnja ili saradnja na neodređeni period; sumnja na vršenje ili vršenje ozbiljnih krivičnih dela; cilj da se zadobije bogatstvo i/ili moć. Neobavezni se sastoje u pretpostavkama da: svaki učesnik ima jasno određenu ulogu ili zadatak; primeni neke forme unutrašnje discipline ili mere nadgledanja; primeni brutalnu silu ili drugi a nasilna sredstva za zastrašivanje; treba da proširi uticaj na političare, medije, upravu, kriminalističke službe, pravosudne organe ili na privredu korupcijom ili na druge načine; treba da koristi trgovinske ili privredne strukture, umeša se u pranje novca i ostvari međunarodnu saradnju.

Da bi imala svojstva organizovane kriminalne grupe. određena kriminalana skupina treba da ispuni sve obavezne i najmanje dva neobavezna kriterijuma. Što je više neobaveznih kriterijuma, grupa dobija viši stepen organizacione forme od organizovane kriminalne grupe, preko kriminalne organizacije do tipa mafije.

Kriminalna organizacija prema tome je osnovni subjekt organizovanog kriminaliteta. Pod tim pojmom se podrazumeva integrisani sistem više grupa koje koordinacijom aktivnosti članova koje ih čine, putem podele rada, odgovornosti i prava, a posedujući fiksirana pravila ponašanja i odnosa, ostvaruju zajednički cilj. Prema pojedinim autorima to je posebna vrsta poslovnog preduzeća koje ima korene u političko-ekonomskim uslovima društva. Takva organizacija je efikasna i opasna iz istih razloga iz kojih je velika industrijska organizacija ili politička partija efikasna kao potencijalno korisna ili opasna.[9] To je organizacija koja podrazumeva

[8] Albini, Joseph (1971, 49), The American Mafia: Genesis of a Legend, New York.

[9] Criminology in transition, Essays in honour of Hermann Mannheim, Tavistock publications, London 1965, John Spencer: White Collar Crime, str. 262.

kontinuiranu kriminalnu aktivnost. Nju ne čini grupa organizovanih pojedinaca, već predstavlja organizaciju čvrsto strukturiranu, na principima hijerarhijske podređenosti i nadređenosti, grupne discipline, saradnje i planiranja.

Organizacija unosi u domen kriminala faktore liderstva, grupne discipline, poslušnosti, saradnje i planiranja, što je inače uslov efikasnosti i u političkom, ekonomskom i, uopšte, društvenom životu.[10]

Složenije kriminalne organizacije imaju formirana tzv. specijalna odeljenja, koja čine članovi organizacije čiji je zadatak izvršavanje određenih poslova ili vrbovanje novih ljudi. Osim toga, pristup organizaciji često je prinudan, a pripadnost obavezuje da kriminalne organizacije, za te potrebe, imaju sopstveni sistem kažnjavanja koji se primenjuje prema članovima koji pokušaju da izađu iz organizacije, odnosno u slučaju izdaje policiji ili drugim organizacijama. Zbog toga se većina članova i ne usuđuje da izađe iz organizacije. Sistem kažnjavanja nepouzdanih članova kreće se od smrtnih kazni (čija je primena najčešća), preko telesnih kazni, do kazne smanjenja prihoda.

Prema italijanskom zakonodavstvu, kriminalne organizacije su definisane kao stalna i strukturirana udruženja, koja deluju u nameri da počine krivično delo ili neki drugi prekršaj, kažnjive zatvorom ili hapšenjem, koji ne prelazi 4 godine ili teže kazne, bilo da je delo učinjeno samo za sebe ili je sredstvo za dobijanje trenutnih ili budućih materijalnih koristi, preko uticanja neadekvatno na delovanje javnih vlasti.

Iz same definicije mogu se uočiti bitne karakteristike kriminalane organizacije.

Složenost, s obzirom na to da predstavlja integraciju više manjih grupa je prva i osnovna karakteristika.

Razvijena podela rada i funkcija nameće raznovrsnu aktivnost članova organizacije. Poslovi utvrđeni podelom rada u organizaciji nazivaju se *organizacionim ulogama*, a odnose se na aktivnosti predviđene pravilima o funkcionisanju organizacije. Postoje i *izvršne uloge* koje podrazumevaju izvršavane poslove osoba na raznim mestima. Organizacione uloge mogu biti opšte i specifične i uvek se povezuju s ciljevima organizacije, koji takođe. mogu biti opšti i specifični;

Razrađen i razvijen sistem koordinacije aktivnosti i funkcija među članovima pojedinih grupa koje čine organizaciju, omogućava integrisanost svih delova organizacije. Koordinacija se obezbeđuje, pre svega, formalnim aktima i neformalnim pravlima, a zatim i utvrđenom hijerarhijom autoriteta (koja se odnosi na delove i na članove organizacije), predviđe-

[10] Donald , Taft : *Criminalogy,* The Macmillan Company, New York 1956, str. 233.

nim načinom donošenja odluka bitnih za organizaciju i sredstvima za obezbeđenje koordinacije (sistem horizontalne i vertikalne komunikacije fiksiran propisima);

Formalizovanost ili unapred predviđen i usvoijen način funkcionisanja delova organizacije i ponašanja njenih članova zasniva se na određenim vrednostima, uloge i norme.

Norme mogu označavati formalan, tj. opšti način ponašanja fiksiran pravilima, ali se mogu odnositi i na oblik ponašanja koje su usvojili članovi grupe. Grupne norme dolaze do izražaja u propisanim organizacionim ulogama. Organizacione uloge sadrže i zahtevno i zabranjeno ponašanje. Zahtevani oblici ponašanja predviđeni su za određene poslove u grupi koje obavljaju članovi na određenim radnim mestima ili položajima. O organizaciji se, u tom smislu, govori kao o sistemu uloga, tj. sistemu predviđenih načina ponašanja za njene članove. Kako propisano ponašanje nije uvek identično sa stvarnim govori se i o izvršnim ulogama. Organizacione norme i uloge su promenljive s obzirom na to da se menjaju i karakteristike članova organizacije, njihova znanja, stavovi, potrebe, zatim odnosi među delovima organizacije i u samim delovima, kao i društveni uslovi.

Abadinski (H. Abactinsky) smatra kriminalnu organizaciju bitnošću samog pojma organizovanog kriminaliteta, dajući joj precizna suštinska svojstva. prema njegovim shvatanjima organizovani kriminal je neideološka organizacija koja uključuje određen broj lica koja su u bliskim međusobnim sociološkim odnosima, organizovani na hijerarhijskoj bazi sa najmanje tri nivoa, u cilju osiguranja profita i moći, uključujući nezakonite i zakonite aktivnosti. mesto u hijerarhiji i mesto koje uključuje funkcionalnu specijalnost može biti dodeljeno na bazi rodbinskih ili prijateljskih odnosa, ili dodeljeno na osnovu sposobnosti i veština. pozicije nisu u međusobnoj zavisnosti sa pojedincima koji ih poseduju u bilo kom vremenskom periodu. permanentnost počiva na članovima koji teže da organizaciju održe integralnom i aktivnom u cilju postizanja svojih ciljeva. ono podrazumeva isključivanje suparništva i žudi se za monopolom na industrijskoj ili teritorijalnoj bazi. postoji velika odlučnost za primenom nasilja i/ili podmićivanjem i korupcijom u sprovođenju svojih namera ili u održavanju discipline. članstvo je ograničeno, mada i oni koji nisu članovi mogu biti uključeni u slučaju nepredviđenih okolnosti. postoje stroga pravila u pisanoj ili usmenoj formi za čije nepoštovanje je uključeno i likvidacija kao jedna od kazni.[11]

[11] Abadinsky, Howard organized crime, 4th ed., Chicago(1994, 6).

Međutim, nisu sve kriminalne organizacije istovetne. Podela organizacija na takav način nije strogo utvrđena zato što se one često prepliću i sadrže pojedine karekteristike svih tipova.

Razlikuju se prema tradiciji i dužini trajanja; poreklu; pravcu delovanja i načinu vršenja prestupa prilikom svojih aktivnosti i najzad prema stepenu organizovanosti. Ali po opštim obeležjima to je organizacija koju karakteriše kontinuirana kriminalnu čvrsto strukturirana organizacija zasnovana na principima hijerarhijske podređenosti i nadređenosti, grupne discipline, saradnje i planiranja.[12] U svojim aktivnostima prioritetni su joj iznalaženje načina i mogućnosti da se zaštite kriminalci i njihova kriminalna aktivnost. Da bi to ostvarila, smatraju neki autori, organizacija se povezuje sa lokalnim političarima. Ona u početku traga za političkom strankom čiju će predizbornu kampanju finansirati, bez obzira na to što nije njen poštovalac. Političar koji pristane na tu vrstu podrške, kada se ukaže potreba, ispunjava obavezu nastalu iz tog saveza, čime se uspostavlja bliska saradnja. Rezultat toga je da kriminalne organizacije vrše svoje kriminalne aktivnosti nesmetano i pod žaštitom ljudi zaduženih da primenjuju zakon. Preko svojih veza u policiji, organima krivičnog gonjenja i u sudstvu u stanju su da aboliciraju i izuzmu od kažnjavanja svakog svog člana, da obustavi istragu, izdejstvuje nekažnjavanje svojih članova, blaže kažnjavanje ili privilegije i pogodnosti za one koji su osuđeni.

Rekles (W. Reckles) deli kriminalne organizacije prema:

- tradiciji i dužini trajanja. Jedne imaju dužu tradiciju a druge su nove;
- poreklu. Jedne vode poreklo iz ratova i drugih društvenih potresa, druge su nastale zbog samoodbrane, treće su imale u početku politički karakter i slično;
- pravcu napada i karakteru prestupa prilikom vršenja krivičnih dela. Jedne se međusobno obračunavaju oko sfera svoje aktivnosti, druge su usmerene na društvene institucije, grupe i pojedince, treće primenjuju sva sredstva i oblike nasilja u svojoj kriminalnoj praksi itd.;
- stepenu organizovanosti i interpretacije unutar grupa - počev od neformalnih oblika, stvarnih na bazi dogovora i međusobne pomoći za vr-

[12] U Nemačkoj stručnoj literaturi se smatra da postoje dva strukturalna tipa kriminalnih organizacija:

1) tip mrežne strukture, koju čine male kriminalne grupe, jezgra i velike kriminalne skupine,

2) tip mafije, strogo zatvorenih i hijejarhijski ustrojenih međunarodnih kriminalnih sindikata.

šenje krivičnih dela, do formalno orgnizovanih grupa i zločinačkih podzemnih organizacija, koje mogu opet biti različite po stepenu i čvrstini svoje organizovanosti.[13]

Prema stepenu unutrašnje čvrstine i načinu delovanja organizovanog kriminaliteta, Interpol poznaje 4 tipa kriminalnih organizacija:

- prvi je tradicionalni-porodični, koji čine mafijaške porodice, organizovane po principu hijararhije, sa strogim unutrašnjim pravilima života i normi ponašanja, sa izvesnom raznovršnošću zakonitih i nelegalnih aktivnosti. One u sebe uključuju najšire i najraznovrsnije zločinačke organizacije;
- drugi tip čine tzv. profesionalne organizacije, specijalizovanih članova sa ciljem ispunjavanja određenih zločinačkih delatnosti. Takve organizacije nisu stalne i nemaju stroge forme organizovanja i pravila kao prethodne. One se bave krađama automobila, falsifikovanjem novca, razbojništvima, iznuđivanjem, reketiranjem i slično;
- trećem tipu pripadaju organizacije čija se delatnost odražava na međunarodnom planu, ali sa jezgrom homogenih etničkih skupina kakve su „trijade“ i „jakuze“i
- četvrtom skupinom smatraju se internacionalne terorističke organizacije.[14]

7. Mafija

U najdirektnijoj vezi sa pojmom kriminalne organizacije je termin *mafije.* Oni se često koriste kao sinonimi. Mafijom se uobičajeno označavaju samo tradicionalne kriminalne organizacije (Cosa Nostra, Jakuze i Trijade). Izvan nauačne i stručne litarature ovaj pojam se neretko koristi za svaki oblik organizovane kriminalne grupe.

Mafijom se, ipak, definiše specifičan i najviši oblik struktuiranosti i čvrstine kriminalne organizacije čije su osnovne karakteristike hijerarhijska struktura organizacije, prinuda u održavanju unutrašnje discipline i ostvarivanju interesa, tesne korupcijske veze sa predstavnicima vlasti. Koristeći se sistemom nasilja, i akumuliranom moći Mafija ima raznovrsne motive uticaja na ekonomski, politički, kulturni i socijalni milje društva u kome deluje od najnižih do najviših socijalnih slojeva.

---

[13] Reckless, W.: „The Criminal Behavior“ str.123. Vidi: Milutinović, M.: *Kriminologija*, Beograd, 1988, str.23 - 237.

[14] Kendall, R. E.: Les organisations criminelles un probleme international, R.I.P. C, Mars –Avril, str. 3 - 4, Vidi: Internet, Kursovaja Rabota- www.referats.corbina.ru, str. 4.

Bitne karakteristike kriminalne organizacije, tipa mafije, su: složenost, s obzirom na to da predstavlja integraciju više manjih organizovanih kriminalnih grupa; razvijena podela rada i funkcija koju nameće raznovrsna aktivnost članova organizacije. Poslovi utvrđeni podelom rada nazivaju se *organizacionim ulogama*, a odnose se na kriminalne aktivnosti predviđene neformalnim prasvilima o funkcionisanju organizacije. Osim organizacionih u funkcionisanju mafije postoje i *izvršne uloge* koje podrazumevaju neposredno subjekte, sistem sredstva i metode obavljanja planiranih kriminalnih delatnosti.

Organizacione uloge mogu biti opšte i specifične i uvek se povezuju sa ciljevima kriminalne organizacije. One podrazumevaju razrađen i razvijen sistem koordinacije aktivnosti i funkcija, kako među članovima pojedinih kriminalnih grupa koje čine organizaciju, tako i među tim grupama, i omogućava integrisanost svih delova kriminalne organizacije. Koordinacija se obezbeđuje, pre svega, neformalnim i strogim običajnim pravilima, a zatim i hijerarhijom autoriteta (koja se odnosi na delove i na članove organizacije), predviđenim načinom donošenja odluka bitnih za organizaciju i sredstvima za obezbeđenje koordinacije (sistem horizontalne i vertikalne komunikacije).

Iako kriminalne organizacije tipa mafije spadaju u red neformalnih tipova društvenih grupa, formalizovanost u njima ipak egzistira iako ona nema normativna obeležja. Ona se ogleda u unapred predviđenom i uobičajenom načinu funkcionisanja delova organizacije i ponašanja njenih članova. Takve organizacije imaju usvojene određene vrednosti, uloge i norme ponašanja.

Norme, u vidu neformalno usvojenih pravila, koja se strogo poštuju, odnose se na sve na oblike ponašanja koje su usvojili članovi grupe, prilikom stupanja u organizaciju ili prilikom njenog osnivanja iza kojih stoje određene „sankcije“ za nepoštovanje. One posebno dolaze do izražaja u usvojenim organizacionim i izvršnim ulogama. Organizacione uloge sadrže i zahtevno, poželjno ili obavezno i zabranjeno ponašanje. Zahtevani oblici ponašanja predviđeni su za poslove u grupi koje obavljaju članovi na određenim izvršnim funkcijama.

Kriminalnu organizaciju tipa mafije „čine, članovi koji koriste silu zastrašivanja koja proističe iz veza unutar članstva, stanja potčinjenosti i zavere ćutanja, koje počinjeni zločin nameće, kako bi se postigla direktna ili indirektna kontrola ekonomskih aktivnosti, dobijanje dozvola za rad, autorizacije, ugovora o javnim nabavkama i uslugama ili sticanja protivzakonitog profita ili koristi za sebe ili druge ili sprečavanje i opstrukcija

slobodnog glasanja ili pribavljanje glasova za sebe ili druge na izborima.“[15]

U udruženjima mafijaškog tipa, veze ritualnog srodstva ojačane su njihovim velom tajnosti. Svaka zakletva na tajnost karakterisala je sve pomenute organizacije kroz njihovu istoriju. Sve one, savetuju svojim članovima da se pridržavaju običajnih normi, koje podrazumevaju čuvanje tajni i da se ne otkrivaju poslovi grupe osobama koje nisu njihovi članovi. Smisao zakletvi je održavanje kohezije grupe. U suštini, definišući svoje spoljašnje granice polaganjem zakletve na tajnost, grupa, postavlja sebe za „živi totalitet“, jedinstveni, ograđeni, samodovoljni svet u suprotnosti velikom svetu, u čijem je sastavu. Potpuna nezavisnost od spoljašnje kontrole je postulirana: grupa se postavlja pred javnošću kao potpuna i totalitarna institucija.

Mafija koristi moć zastrašivanja i prisile s ciljem direktne kontrole ekonomske aktivnosti, dobijanje poslova na tenderima, , obezbeđivanja javnih ugovora i ostvarivanja usluga radi sticanje profita. Taj model organizacije karakteriše podela rada, odnos odanosti i emocionalne podrške članova, lojalnost i najviši nivo kriminalnog organizovanja u tzv.„sindikatima“ koja deluje u vidu poslovne organizacije.

Moehn smatra da danas možemo tvrditi da je mafija tradicionalno, konspirativno, profesionalno i hijerarhijski ustrojeno kriminalno udruženje, koje planirano, pomoću nasilja, zastrašivanja ili potkupljivanja, ostvaruje veliku finansijsku dobit.[16]

Pod mafijom se podrazumeva sistem nasilja, usmeren ka akumuliranju moći. Ona takođe koristi kulturne kodekse i uživa podršku izvesnih delova društva. Mafija ima raznovrsne aspekte: kriminalni, ekonomski, politički, kulturni i socijalni. Postojeća kriminalna organizacija je deo izmreženih odnosa, koji su mnogo opsežniji: socijalni blok sa međuklasnim sastavom koji se proteže od najnižih do najviših socijalnih slojeva.

Prema vrsti krivičnih dela i kriminalitata koji izvršavaju u italijanskom zakonodavstvu se razlikuju pomovi *obična kriminalna zavera* koju vrše organizovane kriminalne grupe i *zavera tipa mafije* koju vrše kriminalne organizacije. „Obična“ kriminalna zavera prema italijanskom zakonu o kriminalu podrazumeva zaveru troje ili više ljudi s ciljem potčinjavanja neodređenog broja krivičnih dela. Zavera tipa mafija predstavlja zaveru troje ili više ljudi koji koriste moć zastrašivanja koja proističe iz veza unutar članova mafije i atmosfere prisile i zavere ćutanja koje se tako

[15] Italijanski zakon o kriminalu, 1992, e-mail dna@giustizia.it.

[16] Sačić, Ž.: *Organizovani kriminalitet u Hrvatskoj*, MUP Republike Hrvatske, Zagreb, 1997, str. 6.

stvaraju za izvršenje kriminalnog dela, s ciljem direktne ili indirektne kontrole ekonomske aktivnosti, dobijanje dozvola za rad, autorizacije, obezbeđivanja javnih ugovora i usluga ili nelegalno sticanje profita ili prednosti za sebe ili druge ili sprečavanje ili opstruiranje slobodnih izbora ili pridobijanje glasova za sebe ili druge na izborima. Dok obična zavera zahteva samo stvaranje stabilne organizacije, mada rudimentarno, s ciljem izvršenja neodređenog broja krivičnih dela, zavera tipa mafija zahteva još i da organizacija ima moć zastrašivanja. Od članova organizacije se zahteva da koriste ovu moć koja stvara stanje podređenosti i zavere ćutanja u odnosu na treću stranu s kojom organizacija ima kontakt.[17]

G. Vold i T. Bernard u svojoj knjizi *Teorijska kriminologija,* takođe razlikuju tipove organizacije kriminalne delatnosti koje čine organizovani zločin. To su: privremeno partnerstvo kod kojeg dva do tri prestupnika deluju zajedno kako bi obavili određeni „posao"; partnerstvo se može pretvoriti u veće ili stalno udruženje koje se naziva „gang". Njega karakteriše stabilna podela rada u kojoj članovi, delujući pod priznatim vođom, upotrebljavaju specijalizovane veštine u udruženom naporu da ostvare mnogo teže i profitabilnije „poslove". Kriminalni gangovi zauzimaju konfliktan odnos prema društvu, zbog čega se između članova razvija odnos odanosti i emocionalne podrške, koji podseća na lojalnost grupe vojnika u toku borbe; najviši nivo kriminalnog organizovanja postoji u „sindikatima" – velikim i stalnim udruženjima kriminalaca koja deluju kao poslovne organizacije.

Na kraju možemo zaključiti da kriterijumi kojima se identifikuju organizovane kriminalne grupe, kriminalne organizacije i mafija su bitna pretpostavka razgraničenja datih pojmova. U tom smislu može nam kao značajan poslužiti dokument Komiteta eksperata Saveta Evrope koji je definisao kriterijume kojima se identifikuju organizovane kriminalne grupe, o kome je napred bilo reči..

Na ovaj način, u izvesnom smislu, dati su kriterijumi identifikacije različitih oblika i nivoa kriminalnog organizovanja, kao pretpostavka razgraničenja pojmova kriminalna grupa kriminalna organizacija i mafija. Svakako razlike su nekada očigledne, a nekada i u izvesnim nijansama da bi se mogla konkretni oblik kriminalne skupine pouzdano i uvek mogao adekvatno svrstati u neku od datih klasifikacija.

[17] Italijanski zakon o kriminalu, 1992, e-mail dna@giustizia.it

Milo Bošković, Ph. D., Full Professor
Novi Sad, School of Law

Criminal groups and organizations

Abstract

In multitude of different definitions of organized crime, an unavoidable characteristic of the phenomenon is that it presents the activity of professional criminal organizations. The use of this notion is not problematic in theory, but its interpretations differ significantly. Significance of this question lies in the fact that its use is essential to differentiation and delimitation of organized crime and all other forms of crime, professional as well as classic.

In criminal law and criminology, this question is not only a base of theoretical definition, but also the question of positive law sanctioning of acts of organized forms of criminal groups, depending on the fact if the groups in question are small or large, of formal or informal type, and in consideration to the level and strength of organization.

Regardless of them being, in general, chararacterized by continuous, strong, structured criminal organization, based on principles of hierarchy, group discipline, cooperation and planning, they still remain different in terms of the level of professionalization and social danger, and thus must be clearly defined.

The basic criteria of differentiation between various groups, as presented in this paper, are the complexity, which includes, firstly, the level of expressed structure (differences in functions, positions, activities and roles), and secondly, whether they consist of limited number of persons connected in one group (criminal groups), a number of connected groups (criminal organizations) or numerous different interconnected groups (criminal organization of the mafia type).

Originalni naučni rad 347.921

Dr Ranko Keča, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

O NAČELU POMOĆI NEUKOJ STRANCI U PARNIČNOM POSTUPKU

Sažetak: *U radu se razmatra problematika zaštite interesa neuke stranke u parničnom postupku u svetlu rešenja važećeg Zakona o parničnom postupku. Ispituje se u kojoj je meri koncepcija važećeg propisa drugačija u odnosu na ranije važeće zakonodavstvo i da li i dalje u svetlu ostvarenih promena, pre svega onih koje su posledica drugačijeg pristupa postulacionoj sposobnosti parničnih stranaka, ima opravdanja za postojanje posebnog načela kojima bi se utvrđivala obaveza parničnih sudova pomoći neukim strankama u ostvarivanju njihovih procesnih prava.*

Ključne reči: *parnični postupak, parnične stranke, sud, procesno pravo, postulaciona sposobnost, načelo, načelo pomoći neukoj stranci.*

I

Parnični postupak jeste dvostranački organizovan postupak. Već po definiciji to pretpostavlja ravnopravnu poziciju oba procesna subjekta. Stranke imaju pravo na zakonitu, jednaku i pravičnu pravnu zaštitu. Ideja o ravnopravnoj poziciji stranaka u postupku participira na više načina.

Stranke su u simetričnoj poziciji kada koriste ovlašćenja izvedena iz načela dispozicije. Ovlašćenju tužioca da postupak pokrene tužbom, korespondira ovlašćenje tuženog da podnese protivtužbu. Ovlašćenju tužioca da podnese incidentalni zahtev za utvrđenje odgovara mogućnost tuženog da isticanjem materijalnopravnih prigovora i sam stupi u poziciju tužioca. Simetrija se ispoljava i u aktima disponiranja predmetom spora. Tužilac

se može odreći tužbenog zahteva a tuženi priznati zahtev a stranke zajednički mogu zaključiti poravnanje o predmetu spora. Pod ravnopravnim uslovima i uz ispunjenje potrebnih procesnih pretpostavki strankama su dostupni pravni lekovi.

Izražena je i u osnovnom pravilu za određivanje mesne nadležnosti. Tuženi mora prihvatiti parnicu jer ne može sprečiti da bude tužen pa se mesna nadležnost najčešće određuje tako da to pogoduje tuženom – parnica se vodi pred sudom na čijem području ima prebivalište odnosno sedište.[1]

Ideja o ravnopravnom tretiranju stranaka najneposrednije je, ipak, izražena u načelu obostranog saslušanja Prema tom načelu sud ima obavezu da svakoj stranci pruži mogućnost da se izjasni o zahtevima, predlozima i navodima protivne stranke. Načelo se razrađuje nizom procesnopravnih ustanova. U nešto užem značenju, i pre svega kao izraz posebnog prava stranke, tome doprinosi i sistem pravila o pravu stranaka da se u postupku koriste svojim jezikom i pismom.

Ravnopravna pozicija stranaka ostvaruje i posredstvom pravila kojima se uređuje takozvano „siromaško pravo" – oslobađanje stranke od prethodnog snošenja troškova parničnog postupka.

Najzad, preko pedeset godina značaj osnovnog načela imala i obaveza suda da pouči neuku stranku o njenim procesnim pravima u postupku. To je rađeno u cilju sprečavanja da se faktička nejednakost stranaka nastala zbog lošijeg materijalnog stanja ili neznanja ne pretvori u pravnu nejednakost i uskraćivanje niza procesnopravnih ovlašćenja koja ta stranka sama nije u stanju da upotrebi u postupku.

II

Načelo pomoći neukoj stranci je uvedeno u naš procesni sistem članom 10. Zakona o parničnom postupku od 1956. godine. [2] Prema citiranoj odredbi sud je imao obavezu da upozori stranku na parnične radnje koje može preduzeti ako se ista, iz neznanja, ne koristi pravima koja joj pripadaju. U istoj formulaciji načelo je bilo sadržano i u odredbi člana 11.

[1] Ako je u konkretnom sporu ta ‚pretpostavljeno lošija, pozicija tuženog dovedena u pitanje postavljaju se odgovarajući korektivi kojima se štite i interesi protivne stranke. Sistemom pravila o izbranoj, elektivnoj nadležnosti tužiocu se tada omogućuje da izvrši izbor između suda opšte mesne nadležnosti i nekog drugog suda a u određenim slučajevima to može biti i sud njegovog prebivališta.

[2] Službeni list FNRJ, br. 4/1957, 52/1961, Službeni list SFRJ, br. 12/1965, 1/1971, 23/1972, 6/1974.

Zakona o parničnom postupku od 1976. godine. [3] U obe zakonske redakcije pomoć neukoj stranci imala je značaj osnovnog načela parničnog postupka.

Navedena zakonska rešenja su prestavljala odgovor na drugačiji koncept postulacione sposobnosti koji je usledio u procesnom zakonodavstvu posle Drugog svetskog rata. U građanskom sudskom postupku Kraljevine Jugoslavije poslovna (i parnična) sposobnost nije bila dovoljna da stranke ovog svojstva same, neposredno, pristupe parničnom sudu i punovažno preduzimaju radnje u postupku. Uz zanemarive izuzetke one su morale biti zastupane kvalifikovanim punomoćnikom – advokatom. Koncept ograničenja postulacione sposobnosti opisanog sadržaja i dalje funkcioniše u zakonodavstvu niza evropskih država. U ovim sistemima pitanje zaštite interesa neuke stranke se i ne postavlja jer postupak u ime i za račun stranke vodi lice za koje se opravdano može pretpostaviti dobro poznavanje prava uključujući ono kojima je regulisan postupak ostvarivanja pravne zaštite. U svetlu pomenutog pristupa kao krizno pojavljuje se pitanje da li stranke raspolažu potrebnim materijalnim sredstvima koje podrazumeva angažovanje kvalifikovanog punomoćnika.

Rešenja prihvaćena u našem pravu posle Drugog svetskog rata su, dakle, omogućila neposredno učešće (parnično sposobnih) stranaka u postupku. Time je nastao rizik da u nizu situacija stranka postupa protivno sopstvenim interesima zbog nerazumevanja često veoma komplikovanih procesnih formi. Ideja o ravnopravnosti stranaka u ostvarivanju pravne zaštite izražena u načelima parničnog postupka i nizu procesnih ustanova instrumentalizovanih u navedenom cilju bila je dovedena u pitanje. Posebno u situaciji kada se nasuprot stranci koja ima odgovarajuće pravničko znanje ili koju zastupa kvalifikovani punomoćnik nalazilo lice koje nije imalo navedena svojastva. Kao korektiv kojim se i u datom okviru težilo ujednačavanju procesne pozicije stranaka uvedeno je načelo pomoći neukoj stranci. Obaveza suda da pruži pomoć neukoj stranci i ukaže na mogućnost preduzimanja parničnih radnji u postupku je u našem pravnom sistemu skoro pedeset godina imala značaj osnovnog načela parničnog postupka.

Prema navedenim zakonskim tekstovima načelo se ograničavalo na obavezu suda da neuku stranku pouči o njenim procesnim ali ne i o materijalnim pravima. Smisao ograničenja je u tome da otkloni opasnost pretvaranja parničnog suda u zastupnika neuke stranke. Ograničenje je,

[3] Službeni list br. 4/1977, 36/1977, 6/1980, 36/1980, 43/1982, 72/1982, 69/1982, 58/1984, 74/1987, 57/1989, 20/1990, 27/1990 i 35/1991 i „Službeni list SRJ", br. 27/1992, 31/1993, 24/1994, 12/1998, 15/1998 i 3/1902. U daljem tekstu ZPP 76.

s druge strane, trebalo da spreči ili bar ublaži osećaj o pristrasnom postupanju suda u korist neuke stranke. Sa razlogom se u procesnoj literaturi ukazuje da ponekad nije sasvim lako odvojiti procesno o materijalnog prava. Izvesan broj parničnih radnji o kojima sud poučava neuku a neretko i stranku vičnu pravu na osnovu neposrednog zakonskog titulusa je takav da direktno rezultiraju materijalnopravnim dejstvima na koja je neophodno ukazati u pouci (sudsko poravnanje, odricanje od tužbenog zahteva). U drugim slučajevima intervencija suda je od značaja za preciznije vrste pravne zaštite koja se traži ili vrste procesne radnje koja se preduzima pa se u navedenom cilju od stranke traži da odredi koje materijalnopravne posledice želi ostvariti u postupku (tužbeni zahtev nije dovoljno određen, nije jasno da li se izjavljuje materijalnopravna ili procesnopravna kompezacija).[4] Ima i mišljenja da je domašaj načela širi i da primena načela u postupku pretpostavlja poučavanje stranke o procesnim i o materijalnim pravima jer u protivnom načelo nema smisla. U navedenom smislu neukoj stranci bi se moralo ukazati na materijalnopravne posledice preduzimanja određene parnične radnje.[5] Tokom primene ranije važećeg parničnog zakonodavstva sudska praksa je pretežnim delom imala restriktivniji pristup u pogledu domena primene ovog načela ograničavajući ga na poučavanje o neuke stranke o procesnim pravima u postupku.

Samo poučavanje neuke stranke je u ranije važećim redakcijama zakona o parničnom postupku izražavano na dva načina. U prvom vidu je pretpostavljalo jednu opštu dužnost suda da, rukovođen razvojem postupka i shodno procesnoj poziciji stranke, ukaže potrebu preduzimanja određenih (unapred nedefinisanih) parničnih radnji. U drugom vidu izričito je propisivana obaveza suda da pouči neuku stranku o mogućnosti preduzimanja tačno određenih parničnih radnji kao, na primer, u slučaju davanja pouke o pravu na pravni lek.

Drugo bitno obeležje načela poučavanja neuke stranke je bilo u tome što je domen njegove primene imao šire okvire od onih na koje je upućivala opšta zakonska formulacija. U nizu situacija, i povodom preduzimanja pojedinih parničnih radnji, sud je bio u obavezi da o preduzimanju te radnje pouči i stranku vičnu pravu uključujući onu koju je u postupku zastupao kvalifikovani punomoćnik – advokat. Vremenom se navedeni pristup proširio i na grupaciju radnji za koje zakon nije izričito propisivao širu dužnost poučavanja. Čak su podnesci stranaka podneseni od strane kvalifikovanih punomoćnika vraćani na ispravku i dopunu uz

[4] B. Starović, R. Keča, Građansko procesno pravo, Novi Sad, 2004. str. 133.
[5] S. Triva, M. Dika, Građansko parnično procesno pravo, Zagreb, 2004, str. 199.

ukazivanje na prirodu nedostatka i davanje pouke o njegovom otklanjanju. Određuvan je i rok u kojem to treba učiniti uz ukazivanje na posledice propuštanja – odbacivanje podneska. Ispravnjeni podnesak se smatrao podnetim trenutkom prvog podnošenja (nepotpunog) podneska. Navedeni pristup je veoma često rezultirao procesnim zloupotrebama i uticao na odugovlačenje postupka.

Kao što je naglašeno, odredbom člana 11. ZPP 76, koja se nalazila u grupaciji osnovnih odredbi, utvrđena je, u značenju osnovnog načela, obaveza suda da upozori stranku koja se iz neznanja ne koristi pravima koja joj po zakonu pripadaju na mogućnost preduzimanja parničnih radnji. Načelo je dalje sistematski sprovedeno i izraženo u nizu odredaba ZPP 76.

Postojala je obaveza suda da obavesti organ starateljstva ako zakonski zastupnik lica pod starateljstvom ne pokazuje potrebnu pažnju pri zastupanju a mogao je i zastati sa postupkom ako bi usled propuštanja zastupnika mogla nastati šteta za lice pod starateljstvom i predložiti da se odredi drugi zakonski zastupnik. [6] Parnični sud je bio u obavezi da ukaže stranci na štetne posledice zastupanja od strane punomoćnika koji nije advokat u slučaju kada bi utvrdio da ovo lice nema sposobnost da vrši ovu funkciju dužnost u postupku. [7] Isto tako, utvrđena je obaveza suda da upozori stranku ili zakonskog zastupnika na potrebu uzimanja punomoćnika ako navedena lica nisu bila u da se jasno i određeno izjasne o predmetu raspravljanja. Ako stranka nije bila u mogućnosti da uzme punomoćnika veće bi po njenom predlogu odlagalo ročište.[8] Ako je podnesak vezan za rok bio predat ili upućen nenadležnom sudu pre isteka roka bio dostavljen nadležnom sudu po proteku roka smatrao se blagovremenim ako se njegovo podnošenje nenadležnom sudu moglo pripisati neznanju ili očiglednoj omašci podnosioca.[9] Postojala je obaveza suda da upozori stranku na posledice izostanka sa ročišta.[10] Parnične radnje stranaka za koje je bila propisana pismena forma mogle su se preduzeti davanjem usmene izjave na zapisnik kod parničnog suda. [11] Sud je imao obavezu poučavanja i pomoći stranci u ispravljanju i dopunjavanju neurednih podnesaka. [12] Tokom glavne rasprave sud je, postavljanjem pitanja ili druge načine, pomagao strankama pri iznošenju činjenica i predlaganju doka-

[6] Čl. 81. st. 34. ZPP 76
[7] Čl. 90. stav 4. ZPP 76.
[8] Čl. 296. ZPP 76.
[9] Čl. 113. st. 7. ZPP 76
[10] Čl. 114. st. 3. ZPP 76.
[11] Čl. 106. st. 4. ZPP.
[12] Čl. 109, 351, 399. ZPP 76

za.[13] Tokom postupka sud je ukazivao strankama na mogućnost zaključenja sudskog poravnanja pomažući im da zaključe poravnanje. [14] Sud je bio u obavezi da pouči stranke o pravu na pravni lek. [15]

Načelo je participiralo i u jednom širem značenju. Pored stranaka sud je imao dužnost da pouči i druge, sporedne, subjekte u postupku u pogledu ostvarivanja njihovih procesnih prava Prilikom pozivanja svedoka sud je ovo lice upozoravao o posledicama neopravdanog izostanka i o pravu na naknadu troškova.[16] Prilikom pozivanja veštaka sud je veštaka upozoravao na posledice nedostavljanja nalaza i mišljenja u ostavljenom roku, o posledicama neopravdanog izostanka sa ročišta kao i o pravu na nagradu i naknadu troškova.[17] Sud je bio u obavezi upozori svedoka na mogućnost uskraćivanja svedočenja, ili davanja odgovora na određena pitanja. Čl. 237. st. 2, 238. st. 2. ZPP. Lica koja prisustvuju raspravi na kojoj je javnost isključena sud je upozoravao na to da su dužna da kao tajnu čuvaju ono što su na raspravi saznala ukazujući im na posledice odavanja tajne.[18]

III

U važećem Zakonu o parničnom postupku od 2004 godine u grupaciji odredaba u kojim su sadržana osnovna načela parničnog postupka, načelo pomoći neukoj stranci se ne spominje.[19] Moglo bi se, dakle, zaključiti da je ono nestalo iz našeg procesnog sistema i da su vremenom prevladali argumenti koji su ga osporavali. Pre svega oni koji su ukazivali da je primena navedenog načela potencijalno opasna po objektivnost i nepristrasnost postupajućeg suda ili da se tako može činiti iz vizure protivne stranke. Da li je sasvim tako?

U članu 275. stav 2. ZPP u sadržana je odredba po kojoj: „Stranku koja nema punomoćnika u postupku i koja se iz neznanja ne koristi svojim procesnim pravima koja joj pripadaju po zakonu sud `će poučiti koje parnične radnje može preduzeti“. U navedenom smislu, evidentno je da baveza poučavanja neuke stranke nije nestala. Kao i u prethodno važećim zakonskim redakcijama dužnost suda se ograničava na poučavanje o procesnim pravima. Evidentno je, takođe, da su redaktori zakona imali sasvim jasnu nameru da poučavanje ograniče na neuku stranku. To je po-

[13] Čl 298. ZPP 76.
[14] Čl. 321. st. 3. ZPP.
[15] Čl. 337. st. 3, 347. 399. ZPP 76.
[16] Čl. 242. st. 1. ZPP 76.
[17] Čl. 257. ZPP.
[18] Čl. 308. st. 4. ZPP.
[19] Službeni glasnik RS”, br. 125/2004, U daljem tekstu ZPP.)

sebno naglašeno unošenjem formulacije po kojoj se obaveza poučavanja odnosi samo na onu stranku koja nema punomoćnika. Formulacija je problematična i protivna cilju ustanove posebno u svetlu primene pravila o ugovornom zastupanju stranaka našem parničnom postupku. Punomoćnik stranke može biti svako parnično sposobno lice pa i ono koje koje ne poseduje potrebne sposobnosti za uspešno preduzimanje procesnih aktivnosti. To što punomoćnik zastupa stranku u postupku nije, dakle, nikakva garancija da će interesi zastupanog lica biti zaštićeni na način kojim se potpuno otklanja rizik neuspešnog korišćenja procesnih prava. Navedena formulacija ima smisao ako se razume i tumači na restriktivan način ograničavajući poučavanja neuke stranke u slučaju kada je zastupa kvalifikovani punomoćnik, advokat, ili lice koje raspolaže potrebnim pravnim znanjima i referencama za uspešno vođenje spora. Razlog za restriktivniji pristup u tumačenju citirane odredbe je sadržan i u tome što je ZPP, u cilju popravljanja procesne discipline i sprečavanja procesnih zloupotreba, uveo niz ograničenja koja se, pre svega, primenjuju kada u ime i za račun parnične stranke te radnje preduzima advokat kao punomoćnik. Za razliku od rešenja ZPP 76, u važećoj redakciji ZPP podnesak koji je nerazumljiv, nepotpun ili nije podnesen u dovoljnom broju primeraka se odmah odbacuje i ne vraća radi ispravke ili dopune ako stranku zastupa punomoćnik koji je advokat. [20] S druge strane, odredba člana 297. ZPP u potpunosti sledi logiku izraženu u formulaciji člana 275. st. 2. ZPP uskraćujući mogućnost odloganja ročišta za glavnu raspravu ako tu stranku u postupku zastupa punomoćnik bez obzira na njegovo svojstvo i sposobnost. Nekvalifikovan punomoćnik često neće biti ni sam sposoban da se jasno i određeno izjasni o predmetu o kojem se raspravlja na ročištu što po citiranoj odredbi prestavlja osnov za odlaganje ročišta za glavnu raspravu ako stranka nema punomoćnika. Doslovna primena navedene formulacije čl. 275. st. 2 ZPP može imati opravdanje u svetlu ostvarivanja jednog drugog pravnopolitičkog cilja nižeg ranga od onog koji ima poučavanje neuke stranke u postupku.[21] Na stranke se, zapravo, vrši pritisak da svoj izbor ograniče na kvalifikovane punomoćnike - advokate. U protivnom postoji realan i nimalo zanemariv rizik gubitka spora samo zbog nesposobnosti punomoćnika. U prilog navedenog pristupa govori i okolnost da u ZPP više nema odredbe koje je obavezivala sud da stranci ukaže na nesposobnost punomoćnika. [22]

[20] Čl. 103. st. 5 ZPP.

[21] Kao što je naglašeno, pomoć neukoj stranci služi ostvarivanju jednog fundamentalnog kvaliteta pravne zaštite - načela ravnopravnosti i prava na jednaku zaštitu u postupku.

22 Čl. 90. st. 4. ZPP.

Uporedo sa izdvajanjem obaveze suda o poučavanju neuke stranke iz grupacije osnovnih načela parničnog postupka artikulisala se ideja o oduzimanju (ograničenju) postulacione sposobnosti parničnih stranka što je u važećoj redakciji ZPP samo delimično ostvareno.[23] Redaktori važećeg ZPP su se prilikom formulisanja osnovnih načela parničnog postupka postavili kao da je obavezno zastupanje stranaka od strane advokata sprovedeno u potpunosti i primenjeno na celokupni parnični postupak što se nije desilo. Centralni deo ostvarivanja pravne zaštite jesu prvostepeni i drugostepeni parnični postupak pa u momentu eventualnog prenošenja procesnih aktivnosti u postupak po navedenim vanrednim pravnim lekovima mnogo toga već može biti upropašćeno postupanjem neuke stranke tako da su mogućnosti da se to popravi radnjama kvalifikovanog punomoćnika male. [24] Iz navedenog razloga, i gotovo u neizmenjenom obimu u odnosu na rešenja ranije važećeg ZPP postoji potreba za postojanjem odgovarajućeg načela kojim bi se u postupku štitio interes neuke stranke. Već po prirodi stvari načelo bi se ograničavalo na prvostepeni i postupak po redovnim pravnim lekovima, a nalazilo bi mesto i u postupku povodom predloga za ponavljanje postupka.

Dakle, obavezno zastupanje stranaka putem advokata nije sprovedeno do kraja a redaktori zakona su prestavili, bar prividno, kao da je navedeni uslov već ostvaren tako da ni ne postoji potreba da se pomoć neukoj stranci izrazi u značenju osnovnog načele. Realna potreba za postojanjem odgovarajućeg načela, kao aspekta izražavanja načela ravnopravnosti stranaka je i dalje postojala u gotovo istoj obimu kao i u ranije važećim propisima.

Odredba člana 275 st. 2. ZPP po kojoj – „Stranku koja nema punomoćnika u postupku i koja se iz neznanja ne koristi svojim procesnim pravima koja joj pripadaju po zakonu sud `će poučiti koje parnične radnje može preduzeti“ - u osnovi ima značaj formulisanja posebnog načela postupka. Iz razloga samo znanog redaktorima ZPP to načelo skriveno i izdvojeno iz grupacije osnovnih odredaba gde bi po redovnom toku stvari moralo da nađe mesto. Razloga koji upućuju na navedeni zaključak je više. Prvo, već najelementarniji, jezički nivo tumačenja citirane odredbe pokazuje da ona

[23] Prema odredbi čl. 84. st. 2. ZPP u postupku po reviziji i zahtevu za zaštitu zakonitosti stranku mora zastupati advokat. Pravilo je primenjeno i na žalbu sa alternativnim predlogom za revizijsko odlučivanje, jer je propisano da u postupku po pravnom leku stranku koja je fizičko lice mora zastupati advokat, čl. 390. st. 4. ZPP. Kao što se vidi u postupku po vanrednim pravnim lekovima, izuzimajući predlog za ponavljanje postupka stranke su postale postulaciono nesposobne i postoji obaveza njihovog zastupanja od strane kvalifikovanih punomoćnika.

[24] Uostalom, ograničenje postulacione sposobnosti stranaka, i obavezno zastupanje od strane advokata po vanrednim pravnim lekovima nije se, prilikom donošenja ZPP, pravdalo njihovim interesom već se razlog nalazio u potrebama pravosuđa i advokature za efikasnijim i stručnijim radom.

ima šire značenje i da se njena primena odnosi na širi krug procesnih ustanova. Kada govori o pravima stranke i procesnim radnjama koristi se množina što pretpostavlja primenu navedene odredbe u svim onim slučajevima u kojima se pojavljuje potreba zaštite interesa neuke stranke. Takav domen primene imaju odredbe načelnog značaja. Drugo, u prilog navedene teze govori i činjenica da je odredba čl. 275 st. 2. ZPP sadržana u grupaciji odredaba kojima se reguliše tok prvostepenog postupka i to onim, koje se tiču pripremanja glavne rasprave, dakle u uvodnom delu delu postupka kojem sleduju sve kasnije procesne aktivnosti. Dakle, od tog momenta pa sve do okončanja postupka sud mora voditi računa o zaštiti interesa neuke stranke. Treće, i najpovršnije poređenje konkretnih ustanova u kojima je načelo poučavanja neuke stranke dobilo poseban izraz u ranije važećem zakonodavstvu sa rešenjima važećeg zakona pokazuje da su razlike u osnovi zanemarive. Ograničene su na određena poboljšanja sadržana u ZPP, pre svega ona koja se odnose na selektivnost u primeni načela što ranije najčešće nije bio slučaj. Propusti u radnjama koje su preduzete od stranke kvalifikovanih punomoćnika se više ne mogu sanirati nego, po pravilu, rezultiraju njihovim odbacivanjem ili neprihvatanjem.

Prema odredbama ZPP sud ima obavezu zaštite interesa neuke stranke u nizu procesnih situacija. Dužan je da obavesti organ starateljstva da zakonski zastupnik ne pokazuje potrebnu pažnju u zastupanju. Ako bi usled propuštanja zastupnika mogla nastupiti šteta za lice pod starateljstvom sud je u obavezi da zastane sa postupkom i predloži da se odredi drugi zakonski zastupnik.[25] Sud poučava stranke i druge učesnike u postupku o pravu da usmeni postupak pred sudom prate na svom jeziku posredstvom tumača.[26] Ako je podnesak nerazumljiv ili ne sadrži sve što je potrebno da bi se po njemu postupilo sud vraća takav podnesak stranci koja nema punomoćnika advokata radi ispravke. Sud, takođe, umnožava podneske koji nisu podneti u dovoljnom broju primeraka. [27] Pravilo o ispravljanju nerazuljivog ili nepotpunog podneska se ne primenjuje ako podnesak je u ime stranke podneo punomoćnik advokat nego ga sud odmah odbacuje.[28] Podnesak se smatra blagovremenim ako je u propisanom roku predat ili upućen nenadležnom sudu a stigne u nadležni sud po proteku roka ako se njegovo podnošenje nenadležnom sudu može pripisati neznanju ili očiglednoj omašci podnosioca.[29].Sud je u obavezi da u pozi-

[25] Čl. 77. st. 4. ZPP.
[26] Čl. 96. st. 2. ZPP.
[27] Čl. 103. st. 1, 5. ZPP, čl. 390 ZPP.
[28] Čl. 103. st.6. ZPP.
[29] Čl. 107. st. 6. ZPP

vu na ročište upozoriti na zakonske posledice izostanka.[30] Postoji i obaveza suda da tuženog upozori na posledice propuštanja davanja odgovora na tužbu u propisanom roku.[31] Sud ima dužnost da postavljanjem pitanja ili na neki drugi celishodan način obezbedi da se na raspravi iznesu sve bitne činjenice označe ili dopune dokazna sredstva i pruže potrebna razjašnjenja da bi se utvrdilo relevantno činjenično stanje.[32] Sud izuzetno može odložiti ročište za glavnu raspravu ako neuka stranka koja nema punomoćnika nije u stanju da se jasno i odrešeno izjasni o predmetu o kojem se raspravlja. [33] Sud u toku postupka ukazuje strankama na mogućnost sudskog poravnanja i pomoći im da zaključe poravnanje.[34] Presuda na osnovu propuštanja se može doneti samo pod uslovom da je tuženom tužba podneta uredno sa poukom o posledicama propuštanja.[35] Strankama se daje uputstvo o pravu na izjavljivanje pravnog leka.[36]

Kao u ranije važećim redakcijama postoji obaveza poučavanja i nekih drugih subjekata u postupku. U pozivu za svedočenje svedok se mora upozoriti na posledice neopravdanog izostanka i pravo na naknadu troškova. [37] Sud u pozivu za veštačenje upozorava veštaka na posledice nedostavljanja nalaza i mišljenja u određenom roku i o posledicama neopravdanog izostanka sa ročišta kao i pravu na nagradu i naknadu troškova. [38] Svedok se poučava o pravu na uskračivanje svedočenja ili davanja odgovora na pojedina pitanja. [39] Lica koja prisustvuju raspravi sa koje je javnost bila isključena upozoravaju se od strane suda da čuvaju kao tajnu ono što su saznala na raspravi uz ukazivanje na posledice odavanja tajne.[40]

IV

Obaveza poučavanja neuke stranke u novom parničnom procesnom participira gotovo u identičnim okvirima kao u ranije važećim propisima mada nije izričito nije dobila značaj osnovnog načela. Razlozi koji oprav-

[30] Čl. 108. st. 3. ZPP.
[31] Čl. 282. st. 2. ZPP.
[32] Čl. 229. ZPP.
[33] Čl. 297. ZPP.
[34] Čl. 322. st. 3. ZPP.
[35] Čl. 338. st. 1. t. 1. ZPP.
[36] Čl. 341. st. 3, čl. 445. st. 2, čl.447. st. 3. ZPP.
[37] Čl. 243. ZPP.
[38] Čl. 256. st. 3. ZPP
[39] Čl. 238. st. 2. ZPP.
[40] Čl. 309. st. 4. ZPP.

davaju njegovo zadržavanje u procesnom sistemu su i dalje veoma snažni i principijelno neugroženi nešto drugačijom koncepcijom postupacione sposobnosti stranaka u našem parničnom procesnom pravu. Obaveznom zastupanju stranaka u postupku povodom određenih vanrednih pravnih lekova ne može se dati takav značaj da njegovim uvođenjem prestaje potreba za zaštitom interesa neuke stranke. Eventualnim ograničavanjem navedenog pristupa bi bili ugroženi odlučujući kvaliteti koji se moraju garantovati u parničnom postupku a pre svega načelo ravnopravnosti parničnih stranaka. Na navedenim premisama je zasnovano i postojeće rešenje koje gotovo u svemu, osim formalno pravnog izraza, obavezi poučavanja neuke stranke u obezbeđuje kvalitet osnovnog načela. U postojećim rešenjima kao vredan pristup se mora naglasiti ideja o selektivnoj primeni načela samo na one stranke koje se mogu smatrati neukim što punomoćnik advokat svakako nije.

Ranko Keča, Ph. D., Full Professor
Novi Sad, School of Law

On the Principle of biving Hints to the Ignorant Party in Civile Procedure

Abstract

The obligation of giving hints to ignorant party in a new Civil Procedural Law is participating almost in identical frameworks as it was in former ones, although it is not promulgated as basic principle. Reasons which are justifying retaining it in procedural system are still very strong and in principle unthreatened by somewhat different conception of rules on party representation in our Civil Procedural Law. Mandatory representation of the parties by attorney in some specific legal remedies proceedings can not be given such significance, so it would mean by establishing it that there is no more need for protection of ignorant party's interests. Eventual reduction of quoted approach would endanger determinant qualities which have to be guarantied in litigation, and on the first place principle of equality of parties. Thus existent conclusion, based on the stated premises, provides quality of basic principle for obligation of giving hints to ignorant party in pretty much every aspect, apart from formal token.

Originalni naučni rad 17:34]:636.04

Dr Miloš Marjanović, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

O PRAVIMA ŽIVOTINJA – STAVOVI STUDENATA PRAVNOG FAKULTETA U NOVOM SADU KOJI SU POHAĐALI KURS IZ PRAVNE ETIKE

Sažetak: *Iz anketnog istraživanja o pravima životinja i još nekim pitanjima ekološke, bio(loške) i pravne etike, koje je obavljeno novembra 2007. godine, ovde su saopšteni i analizirani samo rezultati koji se odnose na prava životinja. Tvrdnju da se, pravno gledano, ne može govoriti o pravima životinja prihvata 53,6% ispitanika. Objašnjavane su varijacije, koje nisu tako velike, prema polu, prosečnoj oceni, političkoj i verskoj orijentaciji. Da je od Boga određeno da čovek kontroliše sve životinjske i biljne vrste prihvata samo 25,6% ispitanika a da je zaštita prirode briga o božjim stvorenjima čak 63,2%. Iz jednog istraživanja studenata Sveušilišta u Zagrebu (2005) preuzete su tri tvrdnje, o kojima su komparativni rezultati sledeći: da svaka životinjska vrsta ima pravo na život kao i čovek, u Zagrebu prihvata 58,1% a u Novom Sadu čak 71,2% ispitanika; prihvatanje stava da čovek ima veća prava na život od životinjskih vrsta je 32,5% : 37,6% a da svaka vrsta ima prava koliko uspeva da se izbori u odnosu na druge vrste 20,6% : 44,0%. Zaključuje se da se stavovi naših anketiranih studenata dominantno nalaze u rasponu između umerene antropocentične i umerene biocentrične etike, ali i da postoji jedna čudna mešavina teoloških i darvinističkih shvatanja. U završnom delu rada teorijski se razmatraju neka pitanja o pravima životinja iz perspektive antropocentrične i biocentrične etike, u njihovim radikalnim i umerenim varijantama. U pravnoj teoriji i praksi i dalje dominira umereno antropocentrično shvatanje ali argumenti biocentrične etike postaju sve raznovrsniji, koherentniji i ubedljiviji.*

Ključne reči: *prava životinja, anketno istraživanje studenata, antropocentrična, biocentrična i pravna etika.*

U v o d

Posle dužeg bavljenja socijalnom ekologijom, a poslednjih godina i problemima ekološke i bioetike, ukazala mi se zgodna prilika da u ovoj oblasti obavim i jedno anketno empirijsko istraživanje. Naime, predmetni nastavnik i moja uvažena i draga koleginica, prof. dr Gordana Vukadinović, ponudila mi je da na opcionom predmetu *Pravna etika,* koji se predaje na trećoj godini, u petom semestru, održim dva predavanja, 22. i 29. novembra 2007. godine, na temu ekološka i bioetika. Poziv sam, razume se, sa zahvalnošću, zadovoljstvom i gotovo oduševljenjem prihvatio.

U pripremama za nastavu konstruisao sam *Upitnik o pravima životinja, i još nekim pitanjima bio(loške), ekološke i pravne etike,* koji se sastojao od 19 pitanja (videti prilog). Pre početka prvog predavanja, 22. novembra 2007. godine anketirao sam svih 125 studenata koji su bili na času (čime su utvrđene i njihove „startne" pozicije na temi), a u sledećem terminu, 29. novembra, saopštio sam im prve rezultate i komentare tih rezultata. Pošli smo od pretpostavke da će studenti koji su sami odabrali kurs iz *Pravne etike* imati jedan poseban senzibilitet i za u upitniku navedenu problematiku.

U doskorašnjim jugoslovenskim zemljama se tokom 1990-ih godina intenziviraju rasprave o odnosu antropocentrične i ekocentrične (biocentrične) etike, u njihovim ekstremnim i umerenim varijantama, koje se nastavljaju i posle 2000. godine, sve više postajući i jedan od centralnih problema pravne etike (A. Kirn, 1992, V. Rakić – Vodinelić, 1995, V. Pavlović, 1996, I. Cifrić, 2005, T. Matulić, 2006, D. Vrban, 2006).

Ovo se isto tako odnosi i na temu prava životinja i njihovu pravnu zaštitu koja, u tom sklopu, predstavlja posebnu, po mnogo čemu središnju problematiku (J. Feinberg, 1987, N. Visković, 1989 i 1996, V. Vodinelić, 1995, P. Singer, 1998, M. Paunović, 2004, I. Cifrić, 2006a i 2007). U ovom radu analiziraćemo samo rezultate koji se odnose na ovu problematiku.

Posebno sretnu okolnost predstavljao je poslednje navedeni rad zagrebačkog socijalnog ekologa Ivana Cifrića, *Pravo životinjskih vrsta na život* (2007), do koga sam došao samo nekoliko dana pred konstrukciju pomenutog upitnika, iz koga smo, u neizmenjenom obliku, preuzeli tri pitanja (broj 6, 7 i 8 u upitniku – videti prilog). U tom radu Cifrić prikazuje rezultate anketnog istraživanja koje je u aprilu i maju 2005. godine obavljeno na „prigodnom" uzorku od 492 ispitanika prve i završne godine na pet fakulteta Sveučilišta u Zagrebu (str. 12).

Time je stvoren zgodan okvir za upoređivanje stavova studenata zagrebačkog sveušilišta i novosadskog pravnog fakulteta o potpuno istim pitanjima. U tom smislu smo formulisali dve oprečne hipoteze ili očekivanja:

1) Studenti novosadskog pravnog fakulteta koji su sami optirali pravnu etiku, zbog pojačanog afiniteta i senzibiliteta prema etičkim pitanjima, pokazivaće moderniju etičku svest i biće skloniji biocentričnoj (ekocentričnoj) etici u odnosu na prava životinja. Ovo očekivanje je pojačano i činjenicom da je naša anketa obavljena 2,5 godine posle zagrebačke jer se čini da vreme „radi" za bioetičku paradigmu.

2) Studenti završnih godina pravnih fakulteta su skloniji rigoroznijem pravnom razmišljanju, da ne kažemo pravnom pozitivizmu, pa će njihovi stavovi o pravima i zaštiti životinja biti više orijentisani ka u našoj pravnoj nauci i praksi preovlađujućoj antropocentričnoj etici.

R e z u l t a t i i s t r a ž i v a n j a

Kao nezavisne varijable ispitivali smo sledeća društvena obeležja ispitanika:

Tabela 1. *Obeležja i frekvencije ispitanika*

1) Pol	ženski 79 (63,25) muški 46 (36,8%)	Ukupno 125 (100%)
2) Prosečna ocena	apsolutni broj	%
do 6,9	13	10,4
7 - 7,9	51	40,8
8 - 8,9	40	32,0
9 i više	19	15,2
nepoznato	2	1,6
Ukupno	150	100,0
3) Politička orijentacija		
levica	34	27,2
desnica	49	39,2
nepoznato	42	33,6
Ukupno	150	100,0
4) Verska pripadnost		
vernici	95	76,0
neodlučni	11	8,8
ateisti	17	13,6
nepoznato	2	1,6
Ukupno	125	100,0

Može se primetiti da studentkinje čine gotovo 2/3 ispitanika (63,2%). Preovlađuju studenti sa prosečnim ili osrednjim uspehom – gotovo ¾ ispitanika (72,8%) ima prosečnu ocenu između 7 i 9 ali se, s obzirom na preovlađujuće univerzitetske standarde, može reći da nešto više od ½ ima ocenu manju od 8 (51,2%) a nešto manje od ½ veću od 8 (47,2%). Ono što je do nedavno (u vreme socijalizma) važilo u pogledu veroispovesti – po trećina vernika, neodlučnih i ateista, izgleda da sada važi za političku orijentaciju naših ispitanika – nešto više od trećine se opredeljuje za desnicu, trećina je neodlučna a nešto manje od trećine je orijentisano prema levici. Ipak, valja primetiti da je pripadnika ili simpatizera desnice za 1,44 puta ili 12% više nego levice. To je značajno više i u odnosu na majske parlamentarne izbore 2008. u Srbiji. U pogledu veroispovesti, izrazito dominiraju vernici - njih je više od ¾ (76%) dok je ateista tek nešto više nego sedmi a neodlučan nešto više nego svaki 11. ispitanik.

U pogledu analizirane strukture ispitanika prema njihovim društvenim obeležjima, možemo formulisati nekoliko hipoteza ili očekivanja. Teško da bi se moglo očekivati da su studentkinje rigidnije u odnosu na prava životinja nego studenti. Pre bi se moglo očekivati obrnuto, s obzirom na njihovu izraženiju emocionalnost, saosećanje sa bićima koja pate i žensku neravnopravnost ili društvenu nejednakost polova kao još uvek temeljnu strukturnu karakteristiku modernog društva (M. Marjanović – S. Markov, 2007: 110). Međutim, ne bi trebalo sasvim isključiti ni prvu pretpostavku, o konzervativnijem ili bar strožijem porodičnom vaspitanju ženske dece. Na ovo upućuje i podatak da 2/3 ispitanika čine studentkinje a da je politička orijentacija prema desnici izraženija za 12% nego prema levici [1].

Isto tako je logično pretpostaviti da oni koji su orijentisani prema političkoj desnici skloniji da prihvate dominantan konzervativan i antropocentričan stav u pravnoj teoriji i praksi da se može govoriti samo o pravima ljudi ali ne i životinja ili da ljudi imaju veća prava nego životinje.

Kada je reč o verskoj pripadnosti, mogućne su dve hipoteze. Klasično biblijsko shvatanje uči da su sve biljke i životinje podređene ljudskim potrebama i da čovek ima božje pravo da ih kontroliše i odlučuje o njiho-

[1] U britanskim istraživanjima izbornog ponašanja primećena je pojava „unakrsnog glasanja". Naime, od 1945. godine oko trećine radnika glasa za konzervativce a, u nešto manjoj meri, neki pripadnici srednje klase za laburiste. To se objašnjava dejstvom konzervativne primarne političke socijalizacije u tim radničkim i liberalnom političkom socijalizacijom u porodicama srednje klase (Uporediti: M. Haralambos – R. Heald, 1989: 132 – 136).

voj sudbini. Po modernijem ekološkom shvatanju, čovek je dužan da vodi brigu o svim Božjim stvorenjima na Zemlji (videti pitanja 9, 14 i 15 u upitniku).

Tabela 2. *Intenzitet prihvatanja i neprihvatanja stavova o pravima životinja*

red. broj	t v r d nj e	- -	-	?	+	++	bez od govo-ra	uku-pno
5	Pravno gledano, može se govoriti o poboljša-nju zaštite ili dobrobiti, ali ne i o pravima ži-votinja	18,4	16,0	10,4	38,4	15,2	1,6	100,0
6	Svaka životinjska vrsta ima jednaka prava na život kao i čovek	5,6	15,2	8,0	31,2	40,0	-	100,0
7	Čovek ima veća prava na život od životinj-skih vrsta	24,0	29,6	8,8	20,0	17,6	-	100,0
8	Svaka vrsta ima prava toliko–koliko se izbori u odnosu na druge vrste	21,6	21,6	11,2	31,2	12,8	1,6	100.0

N = 125 (u %)

Legenda: Simboli u tabeli znače sledeće:

- - uopšte se ne slažem
- uglavnom se ne slažem
? neodlučan sam, ne znam
+ uglavnom se slažem
+ + potpuno se slažem

K o m e n t a r r e z u l t a t a

U predgovoru pregledne i sistematične studije Milana Paunovića *Prava životinja. Savremeni međunarodni standardi,* Beograd, 2004, str. 3 stoji: „Retki su oni koji su se usudili da pišu o pravima životinja. O poboljšanju zaštite da, o dobrobiti životinja da, ali o pravima ne. Ovo se naročito odnosi na stanje u našoj pravnoj nauci“. Ovu tvrdnju smo ponudili našim ispitanicima da bismo videli kakav stav oni o tome imaju. Na ovaj

stav ćemo se u teorijskom komentaru još vratiti a, zasada, samo konstatujemo da se, osim ove, i u naslovu mnogih drugih stranih knjiga, a pogotovo članaka u časopisima ili zbornicima govori o „*animal rights"* (na primer, A. B. Achor, 1996, S. Brebner - D. Bear, 1989), da postoji *Međunarodni savez za prava životinja*, koji je u Parizu 1978. godine, uz podršku UNESCO-a, usvojio *Univerzalnu deklaraciju o pravima životinja* itd. Međutim, i sam Paunović (2004:194) veli da ova deklaracija nije nikad imala pravnu snagu ali da, i pored toga, ona ima sve veći moralni značaj jer sadrži dosta širok spektar prirodnih prava, odnosno moralnih ovlašćenja životinjskih vrsta.

Više od polovine ispitanika (53,6%) smatra da se ne može a nešto više od trećine (34,4%) da se, pravno gledano, može govoriti o pravima životinja. Iz podatka da 38,4% anketiranih prihvata ovaj stav u umerenom obliku, možemo uvodno zaključiti da je među njima najrasprostranjeniji umereni antropocentrični stav. Ukupna prihvaćenost tvrdnje da se ne može govoriti o pravima životinja je za oko 9,1% veća kod studentkinja nego kod studenata (56,9% : 47,8%) što znači da je kod njih nešto izraženiji antropocentrični stav.

Između prosečne ocene i pomenute tvrdnje postoji gotovo idealna pravolinijska pozitivna i to vrlo jako izražena korelacija. Što je prosečna ocena veća, više se prihvata tvrdnja da se, pravno govoreći, ne može govoriti o pravima životinja. Dok znatno preko 1/3 studenata (38,5%) koji imaju prosečnu ocenu ispod 7 prihvata ovu tvrdnju (a to je u odnosu na prosek za ceo skup od 18,4% više nego dvostruko izraženije) manje od polovine njih (46,1%) je prihvata. S druge strane, studenti sa prosečnom ocenom iznad 9 samo u 22,2% ne prihvataju ovu tvrdnju a prihvataju je u čak 61,9% slučajeva (gotovo 2/3). Pri tome je jedino kod njih izraženije ekstremno ili potpuno prihvatanje (34,1%) nego umereno prihvatanje (27,8%) koje je u celom skupu bilo dominantno (38,4%). Iz toga se može zaključiti da su studenti koji su počeli da slušaju kurs iz *Pravne etike* izrazitije edukovani u duhu klasičnih pozitivnopravnih disciplina i više u duhu antropocentrične nego biocentrične etike.

Kao što se pretpostavljalo, ispitanici koji su politički orijentisani prema desnici više prihvataju tvrdnju da se, pravno gledano, ne može govoriti o pravima životinja, u odnosu na one koji su orijentisani prema levici. Međutim, razlika nije toliko izražena u obimu prihvatanja (59,2% : 55,9%) koliko u intenzivnijem (potpunom) prihvatanju (20,4% : 8,8%), što je 2,5 puta više. Zanimljivo je da oni koji se nisu izjasnili u pogledu političke orijentacije najmanje prihvataju ovu tvrdnju (45,2%) što je za 10,7% manje od levo i 14% manje od desno orijentisanih. Nasuprot tome, u odnosu na ove dve kategorije, oni za otprilike isto toliko više ne prihva-

taju taj stav (42,8%) pa jedva da ih je malo manje od onih neopredeljenih koji prihvataju stav. Da li je ovaj otklon od političkog života, možda, povezan sa većom brigom za kućne ljubimce ili domaće životinje?

Iznenađuju podaci, bar na prvi pogled, o odnosu veroispovesti i tvrdnje da se, pravno gledano, ne može govoriti o pravima životinja. Ovu tvrdnju značajno iznad proseka (53,6%) i u najvećoj meri prihvataju oni koji nisu vernici (58,8%), vernici su na nivou proseka (53,7%) a najmanje je prihvataju oni koji su u verskom pogledu kolebljivi (45,5%). U sve tri kategorije studentkinje značajnije prihvataju nego studenti, što je naročito izraženo kod ateistkinja, čak 66,7%. S druge strane, znatnije iznad proseka smatraju da se pravno može govoriti o pravima životinja studenti vernici (41,4%) i studentkinje koje su u verskom pogledu kolebljive (40%). Već na osnovu ovoga bi se moglo reći da su ispitanici koji su vernici imaju razvijenu modernu ekološku svest, ali ovo naslućivanje ćemo dalje proveriti na dve posebne tvrdnje, koje smo formulisali na osnovu literature u kojoj se razmatra odnos ekologije i religije (V. Pavlović, 1997).

Tabela 3. *O odnosu Boga, čoveka i Božjih stvorenja*

red. broj	tvrdnje	- -	-	?	+	+ +	ukupno
14	Od Boga je određeno da čovek kontroliše sve biljne i životinjske vrste i da ih koristi za svoje potrebe	41,6	23,2	9,6	18,4	7,2	100,0
15	Ako je Bog stvorio sve(t), onda se nešto božansko nalazi u svemu, pa je zaštita prirode, zapravo, briga o Božjim stvorenjima i uvažavanje Božjeg stvaranja	14,4	10,4	12,0	34,4	28,8	100,0

N = 125 (u %)

Iz tabele 3 se može videti da gotovo 2/3 respondenata (63,8%) ne prihvata antropocentričnu tvrdnju da je od Boga određeno da čovek kontroliše sve biljne i životinjske vrste i da ih koristi za svoje potrebe i da skoro isto toliko njih (63,2%) prihvata ekocentričnu ili biocentričnu tvrdnju da, ako je Bog stvorio sve(t) onda se nešto Božansko nalazi u svemu, pa je zaštita prirode, zapravo, briga o Božjim stvorenjima i uvažavanje Božjeg stvaranja. Dok prvu tvrdnju ne prihvata 88,2% ateista i 81,8% verski neodlučnih, što je i razumljivo, drugu tvrdnju (koja je, doduše, data

u kondicionalnom obliku) ne prihvata 82,4% ateista i samo 36,4% neodlučnih. Čak više od ¾ ispitanika vernika (76,8%) prihvata ovu drugu, biocentrički orijentisanu tvrdnju o potrebi zaštite Božjih stvorenja. Na osnovu prethodne analize zaključujemo da studenti vernici imaju razvijenu, modernu religijsku ekološku svest.

Tabela 4. *Stavovi studenata Sveučilišta u Zagrebu (prva i završna godina, april-maj 2005. g.) i Pravnog fakulteta u Novom Sadu (treća godina, polaznici opcionog kursa iz Pravne etike, 22. novembar 2007. g.) o pravu čoveka i životinjskih vrsta na život (u %)*

tvrdnje		ne slaže se	neodlučan	slaže se	bez odgovora
1.Svaka životinjska vrsta ima pravo na život kao i čovek	Zagreb	24,8	17,1	58,1	-
	Novi Sad	21,8	8,0	71,2	-
2. Čovek ima veća prava na život od životinjskih vrsta	Zagreb	49,0	18,5	32,5	-
	Novi Sad	53,6	8,8	37,6	-
3. Svaka vrsta ima prava toliko – koliko se izbori u odnosu na druge vrste	Zagreb	53,9	25,6	20,6	-
	Novi Sad	43,2	11,2	44,0	1,6

Ako se pažljivo pogleda tabela 4, onda se mogu uočiti značajne razlike između studenata Sveučilišta u Zagrebu i Pravnog fakulteta u Novom Sadu. Kod prve, izrazito biocentrične tvrdnje, postoji identičan strukturni odnos ali ovu tvrdnju naši studenti prihvataju za oko 13% više a odbacuju je za 3% manje. Kod druge tvrdnje više dolazi do izražaja ono što je, inače, karakteristično za sve tri tvrdnje – preko dva puta više neodlučnih u Zagrebu nego u Novom Sadu, pa su kod novosadskih studenata stavovi izraženiji a u ovom slučaju i polarizovaniji, mada strukturalno i ovog puta isti. Tu drugu, izrazito antropocentričnu tvrdnju istovremeno odbacuje više studenata novosadskog Pravnog fakulteta (za 4,6%) ali i prihvata (za 5,1%). Treću, pak, kako i Cifrić naglašava, (socijal)darvinistički formulisanu tvrdnju o borbi za opstanak odbacuje za 10,7% više zagrebačkih svečilištaraca a prihvata čak za 23,4% više novosadskih studenata prava koji su počeli da slušaju *Pravnu etiku.* Ovo poprilično iznenađuje ali je mogućno da se borba za opstanak među našim studentima shvata kao ekološki način održavanja prirodne ravnoteže ali i kao neka vrsta „tržišne“ konkurencije u prirodi. Podsetimo se da je princip borbe za opstanak prvo formulisao Maltus za ljudsko društvo, pa ga je Darvin preuzeo i primenio na borbu vrsta u prirodi (M. Marjanović, 1985: 37 – 49).

U svakom slučaju, dok se kod izrazito antropocentičnog stava novosadski studenti više polarizuju nego zagrebački sveučilištarci, oni više prihvataju biocentričnu orijentaciju ali u jednoj socijaldarvinističkoj varijanti.

Teorijski komentar

Sažeto ćemo razmotriti stanje diskusije u teorijskoj literaturi o pravima životinja iz perspektive antropocentrične i biocentrične etike jer ona predstavljaju ključ za razumevanje proširenja polja etičkog važenja, novo utemeljenje odnosa prava i morala i rekonceptualizaciju pravne etike.

Novi odnos praktične filozofije i prava utemeljuje se na etici odgovornosti. Etičke i pravne vrednosti se u mnogo čemu podudaraju (pripadaju sferi normativnosti ili bitku idealnog trebanja) ali su se novovekovna aksiologija i teorija prava distancirale od strogog etičkog promišljanja prava jer su se, umesto etičkih, pozivali na druge premise kao što su suverenitet, temeljna norma, normativna logika, državna vlast, društvena korist. U antičkom je shvatanju praktično delovanje usmereno na neko dobro kao cilj u zajednici slobodnih ljudi i zato postoji jedinstvo etike i politike. Za Kanta je pravo odvojeno od morala jer je moral unutrašnji, autonoman i pokorava se principu slobode volje dok se pravo pokorava spoljašnjoj prinudi kao sredstvu za konstituisanje države čime se, takođe, omogućava sloboda za sebe i druge ljude. Međutim, iskustva sa novovekovnim diktaturama i rizicima modernih tehnologija iziskuju obnovu praktične filozofije na novim premisama. Ona se više ne zasniva na identitetu ili povezanosti prava i morala već na priključivanju etičnosti na pravne vrednosti a taj se novi pristup može zasnovati i kao pravna etika. Za utemeljenje pravne etike kao obnovu praktične filozofije, ključan je pojam odgovornosti. Rizici biotehnologije i ugrožavanje životne sredine podstakli su novi pristup ovom pojmu. Etika se više ne može ograničiti na moralne dužnosti pojedinca i vezati isključivo za rezultate prethodnog delanja već se ona orijentiše na čovečanstvo u celini, na buduće generacije, ali i na život kao život pa i prirodu u celini sa kojom ljudi tek čine ekološku i moralnu zajednicu. To iziskuje i preispitivanje pojmova pravni subjekt i pravni objekt (vrednost, dobro) i pravne odgovornosti. Stoga sagledavanje moralnosti u kontekstu društva i pravne regulacije, otvara puteve za obnovu praktične filozofije kao etičko promišljanje države i prava po ugledu na antičke uzore (D.Vrban, 179 – 186).

U novije vreme umnožavaju se titulari prava na život a to dovodi do novih pravnih problema i upita (V. Vodinelić, 1995: 4). Da li uopšte ima smisla i da li je pojmovno mogućno da se prava pripisuju umrlim precima, fetusima, još ne rođenim pokoljenjima, umno poremećenim osobama, pojedinačnim ili celim vrstama životinja, prirodi u celini kao ekosistemu? Krucijalna tačka problema i ključ za rešavanje ovih zagonetnih i pomalo začuđujućih graničnih slučajeva nalazi se u razmatranju prava pojedinačnih životinja, koja su filozofi razmatrali sa najvećom podrobnošću (J. Feinberg, 1987: 26 – 27).

Dve su temeljne filozofske koncepcije na kojima se zasnivaju kako rasprave o odnosu etike i životne sredine tako i savremeno ekološko pravo – antropocentrizam (specizam, „vrstocentrizam“) i ekocentrizam (biocentrizam) - (V. Rakić – Vodinelić, 1995: 252 -266; V. Pavlović, 1996: 14 – 29; M. Paunović, 2004,2004, 47 – 67; I. Cifrić, 2007: 4 – 11). I jedno i drugo gledište se pojavljuju u radikalnoj, jakoj ili naglašenoj i umerenoj ili slaboj varijanti.

Osnovni stav antropocentrizma je da samo ljudi imaju intrisičke ili unutrašnje vrednosti, koje su podložne moralnom rasuđivanju, dok ostatak prirode ima samo instrumentalnu vrednost za ljudske ciljeve. Po Aristotelu, osećaj za dobro i zlo, pravdu i nepravdu, svojstven je samo ljudima. Sa ovog gledišta, ono što je dobro za čoveka dobro je i za prirodu. U umerenom anropocentrizmu, kao samoosvešćenom interesu, odbacuje se ovaj čisto instrumentalni odnos prema prirodi kao nadmen, isključiv, netolerantan odnos jedne vrste prema drugim vrstama. Odbacuje se shvatanje da je iskorišćavalački stav prema prirodi moralno prihvatljiv i da etika ne treba da vodi računa o interesima ne-hominida. Iako su samo ljudi agensi ili subjekti morala, jer samo oni mogu pridavati vrednosti, sfera moralnog rasuđivanja se može proširiti i na druge prirodne adresate, primaoce, „pacijente“ kao objektu moralnog ticanja. Ali priroda nema unutrašnje, samostalne vrednosti a očuvanje prirode i maksimalnog biodiverziteta ekosistema je neophodno iz naučnih, ekonomskih, estetskih pa i moralnih razloga. Dakle, utilitarizam i prikriveni instrumentalizam ostaje kao slabost tog mekog ili opreznog antropocentrizma.

Sa stanovišta eko ili biocentrične etike, prostor moralnog važenja treba proširiti i na ostali živi pa čak i neživi svet u celini, koji imaju autonomnu, samostalnu vrednost, tako da u središtu etičkog raspravljanja više nije čovek nego priroda, ekosistem. Mi bismo rekli – ako je čovek kao vrednost moralna konstanta svakog etičkog suda, život kao život će postati moralna konstanta budućnosti. Sa stanovišta entiteta kojima se mogu pripisati moralna svojstva može se govoriti i animoetici (prava životinja),

bioetici (etici poštovanja života) i geaetici (planeta u celini kao ekosistem ili jedinstvena zajednica). Jedan od ključnih postulata dubinske ekologije kao ekstremne pozicije je princip biosferičnog egalitarizma ili ekološke jednakosti ili ravnopravnosti svih živih bića, iz čega proizlazi i aksiom o njihovoj jednakoj vrednosti u zemaljskom ekosistemu. U opravdanom holističkom pristupu ekstremnog ekocentrizma, naglašavaju se uzajamne veze između ljudi, životinja i biljaka kao ravnopravnih članova jedinstvene biotičke zajednice i, s tim u vezi, čovekove moralne obaveze, ali se zanemaruju socio-kulturne osobenosti ljudske vrste u ontogenetskom i filogenetskom smislu. Na socio-kulturnoj specifičnosti ljudskog roda unutar planetarnog ekosistema kao životne i moralne zajednice insistira se u umerenom ili opreznom ekocentrizmu, koji ne ukida antropocentričnu etiku nego je uključuje kao etiku koja važi u posebnom, socio-kulturnom polju.

O tome šta predstavlja nova ekološka etika uobličila su se dva gledišta. Po prvom gledištu, ona je, rekli bismo, jedna potpuno nova paradigma, koja predstavlja kopernikanski obrt i radikalni prekid sa dosadašnjim moralnim antropocentrizmom. Vrhovna vrednost svakog moralnog suđenja nije više čovek nego život kao život (bioetika), priroda, ekosistem, pa se, čak, počelo govoriti i o (prirodnom), izvornom pravu prirode ili o „pravnoj zajednici prirode". To iziskuje promenu pravne koncepcije prirode, u kojoj pravni poredak uvažava unutrašnju, samostalnu vrednost prirode i pored pravnog subjektiviteta čoveka uspostavlja i pravni subjektivitet prirode. Ovaj radikalni ekocentrizam predstavlja duboku i dalekosežnu promenu, koja je tek počela da se odvija pred našim očima, i koja „označava u manjoj meri proširivanje postojećih etičkih principa na druge vrste, a u većoj meri uspostavljanje novih etičkih koncepata i principa primenljivih istovremeno na čoveka, životinje, biljke i nežive prirodne entitete" (V. Pavlović, 1996: 28).

Po drugom gledištu, antropocentrična etika je bila samo jedna faza u razvoju etike a sa pojavom ekološke i bioetike maksimalno se širi polje etičkog važenja tako da ona postaje istinski univerzalna etika. I unutar antropocentrične etike odvijao se proces stalnog širenja društvenog prostora za važenje zajedničkih moralnih normi, Zapravo, taj proces univerzalizacije, poopštavanja ili postepenog širenja i uključivanja kruga moralno ravnopravnih subjekata odvijao se i kao istovremeno sužavanje kruga moralno isključenih, diskriminisanih, neravnopravnih i nepriznatih (ne)subjekata u nekom društvu kao moralnoj zajednici. Mnoštvo je takvih primera - robovi, stranci (za Helene varvari), siromašni, nevernici, urođenici, obojeni, Jevreji, Romi, kulturno različiti, žene, deca. U literaturi

se često navodi podatak da su i u nekim zemljama sa tako dugom demokratskom tradicijom žene vrlo skoro stekle pravo glasa – u Francuskoj tek posle Drugog svetskog rata a u Švajcarskoj tek 1970. godine (N. Visković, 1989: 815, 2000:389 i 2002: 1; V. Pavlović, 1996: 19, 28; M. Paunović, 2004:58). Međutim, kao što poslednji primer pokazuje, to se ne odnosi samo na moralnu nego i pravnu zajednicu. „Doista, izgleda tačno uopštavanje da je tokom istorije svima onima za koje se to zahtevalo na kraju priznat pravni subjektivitet i tražena pravna pozicija (robovima, ženama, crncima, deci, *nasciturusu,* homoseksualcima, transseksualcima, životinjama) koliko god to isprva izgledalo teško zamislivo“ (V. Vodinelić, 1995:10).

Biocentrična etika je u osnovi svih savremenih rasprava o pravima životinja Iz te teorijske perspektive uočavaju se tri perioda i tri tipa odnosa morala i prava prema životinjama (M. Paunović, 2004:48, 59; N.Visković, 1989: 815 -826):

1) Neetički odnos, koji je sve do danas ostao dominantan, a sastojao se u nemilosrdnom iskorišćavanju i tamanjenju životinja a to je odnos sa stanovišta jakog ili radikalnog antropocentrizma ili specizma.

2) Od 18. veka počeo se razvijati etički odnos prema zaštiti životinja, sa umerenom antropocentričnom ili specističkom motivacijom, koja puni zamah dobija u drugoj polovini 20. veka.

3) Krajem 20. i početkom 21. veka, i to samo u najrazvijenijim zemljama, razvio se antiantropocentrični ili antispecistički odnos prema zaštiti životinja, sa izrazito altruističkom motivacijom i eko ili biocentričnom orijentacijom. Ovaj odnos bi mogao da razvije, a čak je ponegde i razvio, neka prava životinja ali je to, za sada, samo izuzetak, kao *ius condendo.*

U neetičkom tipu odnosa, životinja je prepuštena čoveku kao privatnom i apsolutnom gospodaru i vlasniku. „Do 19. v. život životinje nije uživao nikakvu samostalnu zaštitu. Životinja je imala samo status stvari, pripadala je vlasniku neograničeno, treći nisu smeli da poređuju svojinu na njoj, a atak na njen život tretiran je samo kao povreda svojine i šteta na stvari“ (V. Vodinelić, 1995: 8).

U naletu industrijske i urbane ekspanzije došlo je do ubrzanog stradanja životinja, novih načina paćenja, mučenja i uništavanja životinja a mnoge njihove vrste su ugrožene ili su već nestale. Procenjuje se da je danas u svetu ugroženo oko 40% životinjskih i 30% biljnih vrsta. Krajem 1980-ih se procenjivalo da svake godine nestaje po 500 životinjskih vrsta a da će 2000. u odnosu na 1980. godinu biti uništeno 15 – 20% biljnih i životinjskih vrsta. Zbog ovog povećanog i raznovrsnog stradanja, poja-

vljuju se u Engleskoj i SAD prva udruženja i prvi propisi za zaštitu životinja 1820-ih godina a nešto kasnije tokom 19. veka i u nekim drugim evropskim zemljama zaštitno zakonodavstvo koje zabranjuje i kažnjava mučenje i ubijanje životinja. Krajem 19. veka H. S. Salt je objavio knjigu *Animal's Rights* (1892), za koju se smatra da je udarila temelj u oblasti prava životinja (N. Visković, 1989: 817 -818; V. Vodinelić, 1995: 8; V. Rakić Vodinelić, 1995: 246; V. Pavlović, 1996:22; I. Cifrić, 2007:4).

Uprkos tome što se i danas mnogi ljudi prema životinjama ponašaju kao da su neosetljive stvari, sve se više uviđa da su to autonomna bića i vrednosti, naša subića ili sustvorenja, koja valja zaštiti zbog njihovog vlastitog a ne samo našeg dobra i blagostanja. Još u 16. veku Montenj je smatrao da surov odnos čoveka prema životinjama vodi ka surovom odnosu prema drugim ljudima, a za primer je uzeo gladijatorske borbe koje su započele kao igra među opasnim zverima. Ako je ovaj stav još uvek umereno antropocentričan, na prelazu iz 18. u 19. vek, Bentam je u svom utilitarizmu formulisao izrazito biocentrični stav - sa moralnog stanovišta, za životinje nije bitno da li misle ili govore nego da li osećaju i to, pre svega, bol i patnju. „Danas su zahtevi za obezbeđenjem određenih prava životinjama ne samo legitimni, već su i pravno regulisani i zakonski sankcionisani „ (B: Pavlović, 1996: 22). U nekim novijim zakonima o zaštiti životinja (Nemačka, Švedska) već se izričito govori o pravnoj obavezi i odgovornosti čoveka da brine o opstanku i dobrobiti životinja. U jednoj analizi nemačkog pozitivnog prava iz 1987. godine, Boselman je zaključio da je ono izrazito antropocentrično i antiekocentrično i da je Zakon o zaštiti životinja (1972) jedini izuzetak. Ovo zbog toga što je u njegovom prvom paragrafu uvodnih odredbi ustanovljeno načelo „etičke zaštite životinja": „Svrha je ovog zakona, iz odgovornosti čoveka za životinju kao sustvorenje, štititi njen život i dobrostanje. Niko ne sme nanositi životinji bez razumnog razloga bolove, patnje ili štete". Ova formulacija je protumačena tako da se pravna zaštita priznaje samoj životinji (N. Visković, 1989: 818 - 819; V. Rakić Vodinelić, 1995: 263).

U svim dosadašnjim raspravama o ljudskim pravima (a ona nisu pozitivnopravnog nego moralnog porekla) o pravu i moralu, i dalje izrazito dominira antropocentrični pristup, dok se o raznim vrstama diskriminacije retko piše. Usled toga, „duboko se ukorenilo shvatanje da jedino ljudska bića mogu biti moralni, pa time i pravni subjekti, a da ostala ne-ljudska bića to nikada ne mogu biti. Ovo zato što su ljudi ti koji jedini na ovom svetu imaju dušu, razum, svest, jezik, društvenost i druge osobine na kojima se moral može utemeljiti. Uverenje da životinje moraju biti isključene iz bilo kakvog moralnog rasuđivanja, da su one van dosega mo-

rala, je veoma snažno i skoro da predstavlja nepremostivu prepreku prilikom preispitivanja takvog uverenja" (M. Paunović, 2004: 60).

Zanimljiv pokušaj teorijskog obrazloženja stava da se može govoriti o pravima životinja nalazimo kod Joela Feinberga (1987: 26): „Imati pravo znači imati zahtev (*claim*) *za* nečim i *prema* nekome, čije priznanje traže legalna pravila ili, u slučaju moralnih prava, prosvećene savesti". Interesi se sastoje iz stremljenja (konacija) a mnoge više životinje imaju požudu, konativne nagone, rudimentarne ciljeve čije zadovoljenje prestavlja njihovu dobrobit ili dobro. Human odnos prema životinjama je nešto što dugujemo životinjama zbog njih samih, „kao nešto što im pripada, nešto što se za njih može s pravom tražiti, nešto čije bi lišavanje ili odricanje predstavljalo nepravdu i nešto ne samo štetno već i rđavo, onda to znači da životinjama pripisujemo prava" (s. 31).

Dakle, životinje su vrste bića koja mogu imati prava upravo zato što imaju interese, koji mogu biti reprezentovani (predstavljeni) i koje, kao nosioci prava, mogu biti korisnici. A upravo „princip interesa" je ono što nam omogućava da fetusima, još nerođenim generacijama itd. pripišemo prava. I za Singera (1998) životinje imaju vlastite interese za održavanje i širenje života (a život je osnovna vrednost u bioetici). Za njega je i osećaj patnje bitan kao kriterijum prava na zaštitu. Za neke autore životinje ne mogu a za druge mogu biti nosioci objektivnih interesa i to samo kao pasivni subjekti (ni ljudska bića koja ne shvataju moralne radnje ne mogu biti aktivni subjekti). Za neke autore, životinje su, kao živa bića, „teleološki centar života", za druge „subjekti života" a za Teodora Gajgera (1931) „druželjubivi subjekti" (I. Cifrić, 2007:7).

Međutim, V. Rakić Vodinelić, (1995: 265 - 266) smatra da prvu premisu ekocentrične koncepcije, da ekološko pravo ne treba formulisati kao pravo čoveka nego kao *ograničenje* njegovih subjektivnih prava (poput prava drugih i ustavnog poretka), treba da bude ugrađena u ustavne tekstova ali joj se čini da druga, temeljna teza ove koncepcije – da prirodi i pojedinačnim prirodnim stvorenjima treba priznati pravni subjektivitet, predstavlja preterivanje. Takvo priznanje bi u pravnoj praksi izazvalo više poremećaja nego korisnih efekata. Altruistička pravna zaštita prirode može se postići i bez priznavanja pravnog subjektiviteta, a uz energičnije korišćenje potencijalno efikasnih a već postojećih pravnih instituta kao što su: ograničenje subjektivnih prava, proširenje instituta zabrane zloupotrebe prava, proširena pravila o teretu dokazivanja na štetu onoga koji ugrožava prirodu i olakšavanje procesnih uslova za popularnu tužbu i za tužbu ovlašćenog zastupnika.

Za Vladimira Vodinelića (1995: 9) „itekako je sporno pitanje o pravnom subjektivitetu životinja i o pravima životinja". On navodi i ne-

ke argumente protiv toga, a koji su u opticaju: životinje nisu razumna bića pa ne mogu biti ni titulari prava; pošto „ne mogu biti titulari obaveza, ne mogu imati ni prava"; zbog sadašnjeg stanja ljudske svesti, priznavanje prava životinjama bi unapred bilo osuđeno na propast; i bez priznavanja subjektivnih prava, drugim pravnim konstrukcijama mogu se postići željeni ciljevi itd. U prethodnom tekstu naveli smo i protivargumente ovim argumentima, kojima ovde dodajemo još samo jedan - Rubikon je pređen priznavanjem prava pravnim licima a ona nisu ljudska bića. Slažemo se sa ovim autorom da će dalji razvoj ovog problema zavisiti od odnosa snaga i da su životinje, najpre, stekle procesnu sposobnost (protiv njih su vođeni sudski procesi sve do kraja 18 veka), a pošto ovu sposobnost više nemaju ostaje da se vidi da li će steći i materijalnopravnu sposobnost.

Z a k lj u č a k

Pomoću *Upitnika o pravima životinja, i još nekim pitanjima bio(loške), ekološke i pravne etike,* pre početka predavanja od 22. novembra 2007. godine, anketirano je 125 studenata koji su pohađali kurs iz *Pravne etike.* Tako su utvrđene njihove startne pozicije a, zbog očekivanog većeg senzibiliteta za etička pitanja, bilo je zanimljivo i značajno videti kako oni razumeju ovu problematiku. Za ovu priliku smo izdvojili analizu o pravima životinja, iz perspektive antropocentrične i biocentrične etike, u radikalnim i umerenim varijantama. Smatrali smo da radikalnim varijantama odgovara potpuno a umerenim varijantama delimično prihvatanje ili odbacivanje tvrdnji (zavisno od načina formulacije tvrdnje).

Iz podatka da 53,6% ispitanika prihvata tvrdnju da se, pravno gledano, može govoriti o poboljšanju zaštite ili dobrobiti životinja ali ne i o pravima životinja, zaključujemo da oni prihvataju umereno antropocentrično shvatanje, koje još uvek dominira i u svetskoj i u našoj pravnoj teoriji i praksi. Ispitivali smo i objašnjavali varijacije ovog odgovora prema polu, prosečnoj oceni, političkoj i verskoj orijentaciji. Razlike nisu tako velike ali ovaj stav češće zastupaju studentkinje, oni koji imaju veću prosečnu ocenu, desno politički orijentisani i oni koji nisu vernici (dok su vernici na nivou proseka). Zbog toga smo dopunski obradili još dve tvrdnje koje govore o odnosu Boga, čoveka i životinjskih i biljnih vrsta. Da je od Boga je određeno da čovek kontroliše sve biljne i životinjske vrste i da ih koristi za svoje potrebe prihvata samo 25,6% ispitanika a da je zaštita prirode briga o božjim stvorenjima čak 63,2%. Na osnovu toga smo za-

ključili da su studenti vernici bliži modernoj, umerenoj biocentričnoj nego klasičnoj, radikalno antropocentičnoj koncepciji o zaštiti životinja i biljaka.

Iz jednog istraživanja ekološke svesti zagrebačkih svučilištaraca (2005. godine) preuzeli smo u neizmenjenom obliku tri tvrdnje o pravu na život životinjskih vrsta. Da svaka životinjska vrsta ima pravo na život kao i čovek, u Zagrebu prihvata 58,1% a u Novom Sadu čak 71,2% ispitanika (i to čak 40,0% prihvata potpuno a 31,2% samo delimično). Na osnovu toga smo zaključili da je biocentrična orijentacija uveliko „uzela maha" i to više kod naših nego kod zagrebačkih studenata. Doduše, reč je samo o studentima koji su izabrali opcioni predmet *Pravna etika,* a takav odnos se na neki način i mogao očekivati. Prihvatanje stava da čovek ima veća prava na život od životinjskih vrsta je 32,5% u Zagrebu a 37,6% u Novom Sadu ali su naši studenti češće i odbijali ovaj stav (u Novom Sadu 53,6% a u Zagrebu 49,0%). I ovde, dakle, dosledno, većinski dominira biocentrični stav i to u umerenom obliku (29,6%), mada je i potpuno odbacivanje antropocentričnog stava od 24,0% sasvim blizu. Studenti Pravnog fakulteta u Novom Sadu su ovde polarizovaniji od svojih kolega sveučilištaraca, koji su kod sve tri tvrdnje bili više od dva puta neodlučniji. To se isto tako moglo pretpostaviti jer oni koji su orijentisani ka etici imaju formiranije i izgrađenije moralne stavove. Prilično nas je iznenadio podatak da naši studenti 2,5 puta češće nego zagrebački prihvataju darvinistički formulisani stav da svaka vrsta ima prava koliko uspeva da se izbori u odnosu na druge vrste - 20,6% : 44,0%. Pretpostavljamo da su naši studenti ovu tvrdnju prepoznali kao neoliberalnu, „tržišnu" a ne kao darvinističku doktrinu o borbi za opstanak, da su i nju ocenili kao antiantropocentričnu, ali ne isključujemo ni mogućnost da je ona povezana i sa nekim autoritarnim crtama ličnosti, što nismo, na žalost, posebno ispitivali.

U završnom delu rada, razmotreno je stanje teorijske diskusije o pravima životinja iz perspektive antropocentrične i biocentrične etike i to u radikalnim i umerenim varijantama.

Imajući u vidu odgovore na ponuđene tvrdnje skloni smo zaključku da se studenti Pravnog fakulteta u Novom Sadu koji opciono slušaju *Pravnu etiku,* nalaze negde između umerene antropocentrične i umerene biocentrične etike. Iako je u svetskoj, pa i u našoj literaturi, diskusija već daleko odmakla u pravcu biocentrične etike, neki naši vodeći pravni autoriteti izražavaju poprilične sumnje ili čak i odbacuju mogućnost da se govori o pravnom subjektivitetu i pravima životinja.

L i t e r a t u r a

1. Visković N. (1989), „Stradanja, zaštita i prava životinja (prilog raspravi o „trećoj generaciji prava“)“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 5-6, (Supplement)*.
2. Visković N. (1996), *Životinja i čovjek,* Split.
3. Visković N. (2002), „ Bioetika shvaćena ozbiljno“, *Zarez,* Zagreb, 21. 11. http://www.zarez.hr/92/zariste10.htm
4. Vodinelić V. (1995), „Moderni okvir prava na život“, *Pravni život*, 9, tom I.
5. Vrban D. (2006), *Sociologija prava,* Zagreb.
6. Kirn A. (1992), „Od antropocentrične k ekocentričnoj etici“, *Socijalna ekologija*, Zagreb, 2.
7. Marjanović M. (1985), „Maltusovo i Marksovo shvatanje zakona o stanovništvu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1-3/1985, s. 37-49.
8. Marjanović M. – Markov S. (2007), *Osnovi sociologije,* Novi Sad.
9. Matulić T. (2006), „Ideja antropocentrizma u ozračju bioetičke paradigme“, *Socijalna ekologija,* Zagreb, 1-2.
10. Pavlović V. (ur.) (1996), *Ekologija i etika,* Beograd.
11. Pavlović V. (ur.) (1997), *Ekologija i religija,* Beograd.
12. Paunović M. (2004), *Prava životinja. Savremeni međunarodni standardi,* Beograd.
13. Rakić – Vodinelić V. (1995), „Ekološko pravo kao pravo čoveka“, *Pravni život,* 9, tom I.
14. Singer P. (1998), *Oslobođenje životinja,* Zagreb.
15. Joel Feinberg, „Prava životinja i nerođenih generacija“, *Gledišta,* 7-8.
16. Haralambos M. – Heald R. (1989), *Uvod u sociologiju,* Zagreb.
17. Cifrić I. (2005), „Antropocentična i biocentrična odgovornost za život“, *Socijalna ekologija ,* Zagreb, 3.
18. Cifrić I. (2005a), „Odgovornost za život u kontekstu bioetičkih pitanja“, *Socijalna ekologija,* Zagreb, 4.
19. Cifrić I. (2006), „Odnos prema životu. Kontekst biocentrične orijentacije“, *Socijalna ekologija,* Zagreb, 1-2.
20. Cifrić I. (2006a), „Bioetička ekumena.Potreba za orijentacijskim znanjem“, *Socijalna ekologija,* Zagreb, 4.
21. Cifrić I. (2007)„„Pravo životinjskih vrsta na život“, *Sociologija i prostor,* Zagreb, 175 (1).

Prilog

UPITNIK O PRAVIMA ŽIVOTINJA I JOŠ NEKIM PITANJIMA BIO(LOŠKE), EKOLOŠKE I PRAVNE ETIKE

1. Pol ženski muški

2. Prosečna ocena _____

3. Politička orijentacija levica desnica

4. Stav prema veri vernik kolebam se nisam vernik

Stepen neslaganja/slaganja sa tvrdnjama:
- - uopšte se ne slažem
- - uglavnom se ne slažem
? neodlučan sam, ne znam
+ uglavnom se slažem
+ + potpuno se slažem

5. Pravno gledano, može se govoriti o poboljšanju zaštite ili dobrobiti ali ne i o pravima životinja	--	-	?	+	++
6. Svaka životinjska vrsta ima jednaka prava na život kao i čovek	--	-	?	+	++
7. Čovek ima veća prava na život od životinjskih vrsta	--	-	?	+	++
8. Svaka vrsta ima prava toliko – koliko se izbori u odnosu na druge vrste	--	-	?	+	++
9. Čovek, kao najrazvijenije biće na Zemlji, treba da odlučuje o sudbini celokupnog biljnog i životinjskog sveta	--	-	?	+	++
10. Za sve ekološke probleme na Zemlji postoje tehničko-tehnološka rešenja	--	-	?	+	++
11. Ugroženost prirodne sredine je danas tolika da je jedini način da se preživi odbacivanje tehničke civilizacije i povratak na prirodni način života	--	-	?	+	++
12. Ma kako specifičan, čovek je samo jedan oblik života, koji svoje potrebe i tehnički napredak mora da uskladi sa prirodom	--	-	?	+	++
13. Čovek je gospodar i vlasnik prirode	--	-	?	+	++
14. Od Boga je određeno da čovek kontroliše sve biljne i životinjske vrste i da ih koristi za svoje potrebe	--	-	?	+	++

15. Ako je Bog stvorio sve(t), onda se nešto božansko nalazi u svemu, pa je zaštita prirode, zapravo, briga o Božjim stvorenjima i uvažavanje Božjeg stvaranja -- - ? + ++

16. Život kao život a ne samo čovečji život je vrednost po sebi i moralna konstanta budućnosti jer tek zajedno ljudi i priroda čine ekološku, moralnu i pravnu zajednicu -- - ? + ++

17. Bionženjering je prihvatljiv ne samo kao genetska terapija i presađivanje organa nego i kao kloniranje novih bića, uključujući i čoveka, da bi se poboljšale vrste (eugenetika) -- - ? + ++

18. Eutanazija je prihvatljiva ali samo pod pravno strogo propisanim i kontrolisanim uslovima -- - ? + ++

19. Kažite još nešto što je važno za bioetiku, ekološku i pravnu etiku a nismo Vas pitali:

22. novembar 2007 HVALA NA SARADNJI !

Miloš Marjanović, Full Professor
Novi Sad Faculty of Law

Animal Rights: Attitudes of Novi Sad Faculty of Law Students Attending to the Legal Ethics Course

Abstract

This article presents results of the inquiry empirical research into animal rights which was carred out in 2007 between Novi Sad Faculty of Law students attending to the legal ethics course (N = 125). The analysis showed that 53,6% of respondents accept the opinion that we can't speak on animal rightes. This opinion is explaind by the gender, average note, political and religious orientations of students and their understandig of anthropocentric and biocentric ethics. Only 25,6% of respondents estimate that the God has determinated human control of animal and plant species and even 63,2% that the protection of nature is the care about the beings of the God. Three attitudes were taken over from one empirical research of Zagreb University students in 2005. Hie are the comparated figures: 58,1% of respondents in Zagreb accepted equal rights for human beings and animal species and even 71,2% in Novi Sad; that human rights are superior to animal' one (32,5% : 37,6%) and Darwinian conception of struggle for life (20,6% : 44,0%). In the second part of the article the author discusses some theoretical questions about animal rights from the perspective of anthropocentic and biocentric ethics, into their radicale and moderate variants. The main conclusion is that the attitudes of our students and theoreticians of law are somewhere between moderate anthropocentrism and moderate biocentrism.

Originalni naučni rad 347.63:340.5

Dr Gordana Kovaček-Stanić, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

DETE U PORODICI SA JEDNIM RODITELJEM: IZDRŽAVANJE I PORODIČNI DOM [1]

***Sažetak**: Ovaj rad se bavi ekonomskim položajem deteta koji živi sa jednim roditeljem, bilo da su roditelji razvedeni, prekinuli zajednicu života, ako je prestala vanbračna zajednica ili nije ni uspostavljena. Roditelj koji ne živi sa detetom prvenstveno ima pravo i obavezu da izdržav dete. U radu su analizirane novine Porodičnog zakona Srbije iz 2005. godine koje su uvedene sa ciljem efikasnijeg ostvarivanja prava deteta na izdržavanje, te najnovija sudska praksa iz ove oblasti. Pravo i obaveza izdržavanja ima svoje specifičnosti u uporednom porodičnom pravu. Analizirana su rešenja porodičnog prava Nemačke, Rusije i Hrvatske. Drugi deo rada se odnosi na ustanovu porodičnog doma. Porodični zakon Srbije iz 2005. godine prvi put je regulisao pravo stanovanja (habitatio), u korist maloletnog deteta i roditelja koji vrši roditeljsko pravo. U uporednom pravu postoje različiti pravni osnovi za konstituisanje prava deteta da živi u porodičnom domu. Aalizirana su rešenja porodičnog prava Engleske, Francuske, Italije, Švajcarske i Grčke.*

***Ključne reči:** dete, roditelj, izdržavanje, porodični dom, uporedno pravo*

---

[1] Rad je usmeno saopšten na XIII Svetskom kongresu Međunarodnog udruženja za porodično pravo održanom u Beču, od 16. do 20. septembra 2007. godine i predat je za štampu na engleskom jeziku u skraćenom i delimično izmenjenom tekstu. U izradi rada je korišćena knjiga Gordana Kovaček-Stanić, *Porodično pravo: partnersko, dečje i staroteljsko pravo*, 2007, Novi Sad.

1. Uvod

Porodično pravo ekonomski štiti dete koje živi u porodici sa jednim roditeljem koristeći različite pravne mehanizme. Roditelj koji ne živi sa detetom ima obavezu i pravo da izdržava dete. U savremenom porodičnom pravu ustanova porodičnog doma dobija na značaju. Stambene potrebe deteta i stabilnost stanovanja su značajni faktori koji utiču na shvatanje da dete ima pravo da nastavi da stanuje u porodičnom domu. Deca su posebno osertljiva u vreme trajanja brakorazvodnog postupka. Jedan od faktora koji može da pomogne detetu da prebrodi stresnu situaciju razdvajanja roditelja je ostanak u porodičnom domu, a to je ujedno način da dete ostane u istom socijalnom okruženju, što je od izuzetne važnosti za dete.

Prema porodičnom pravu Srbije prava i obaveze roditelja koji ne živi sa detetom su ista, bez obzira na status roditelja, da li su roditelji razvedeni, ili su prekinuli zajednicu života, bilo u braku ili vanbračnoj zajednici, te ako nisu nikad ni uspostavili zajednicu života. U slučaju kada roditelji ne žive zajedno postoje dva oblika vršenja roditeljskog prava. Jedno je samostalno vršenje roditeljskog prava jednog roditelja, a drugi je zajedničko vršenje roditeljskog prava. Roditelji zajednički vrše roditeljsko pravo ako ne žive zajedno, pod uslovom da zaključe sporazum o tome i da sud utvrdi da je takav sporazum u najboljem interesu deteta (čl. 75/2 Porodičnog zakona Srbije 2005).[2] Od oblika vršenja roditeljskog prava zavisi pravo i obaveza roditelja na davanje izdržavanja. Ako roditelji zajednički vrše roditeljsko pravo oni se sporazumevaju o dečjem izdržavanju. Ako jedan roditelj samostalno vrši roditeljsko pravo, roditelji se takođe mogu sporazumeti o načinu izdržavanja deteta, a ako ne postignu sporazum, u tom slučaju odluku donosi sud.

U poslednjim godinama broj maloletne dece pogođen razvodom braka roditelja je sledeći: u 2004. godini – 5000 dece; u 2006. godini – 4 300 dece. U 2006. godini 77% maloletne dece je povereno na staranje majci, a 18% ocu. Stopa razvoda braka je u 2004. godini – 1,2 na 1000 stanovnika; u 2005. godini – 1 na 1000 stanovnika; ili u 2004. godini – 210 na 1000 sklopljenih brakova; ili u 2005. godini – 197 na 1000 sklopljenih brakova; drugim rečima, svaki peti brak se razvodi. U 2005. godini 22,5% dece je rođeno van braka (oko 16 000).[3] Neka od dece rođene

[2] Porodični zakon je donet 17. februara 2005, objavljen je 24. februara 2005, stupio je na snagu osmog dana od dana objavljivanja, a primenjuje se od 1. jula 2005. godine. U daljem tekstu PZS, *Službeni glasnik Srbije* 18/05. Imala sam privilegiju da sarađujem u izradi ovog zakona učešćem u Komisiji za njegovu izradu, predsednik Komisije je bila prof. dr Marija Draškić.

[3] *Statistčki godišnjak Republke Srbije* 2006, str. 79, 90; *Statistčki godišnjak Republke Srbije* 2007, str. 83, 94.

van braka žive sa oba roditelja (kada su roditelji zasnovali vanbračnu zajednicu), a neka samo sa jednim roditeljem. S obzirom da o tome ne postoji zvanična statistika, ne može se ni reći koliko dece rođeno van braka ima pravo na izdržavanje od roditelja koji ne živi sa detetom.

2. Dečje izdržavanje

2.1. Ko ima pravo na dečje izdržavanje

Maloletno dete ima pravo na izdržavanje od svojih roditelja (čl. 154/1 PZS). U Srbiji se punoletstvo stiče sa navršenih 18 godina. Ali, u slučaju da maloletno dete ima sopstvenu zaradu ili imovinu, ima obavezu da delimično podmiruje potrebe svog izdržavanja od te zarade ili imovine, ova obaveza je supsidijarna u odnosu na obavezu roditelja (i krvnih srodnika), čl. 154/3 PZS. S obzirom da dete od 15 godina ima pravo da radi, može i da stiče zaradu. Radni odnos sa licem mlađim od 18 godina života može da se zasnuje uz pismenu saglasnost roditelja, usvojioca ili staraoca, ako takav rad ne ugrožava njegovo zdravlje, moral i obrazovanje, odnosno ako takav rad nije zabranjen zakonom.(čl. 24/1, 25/1 Zakona o radu).[4]

Osim maloletnog deteta, pravo na izdržavanje ima i punoletno dete u specifičnim situacijama (čl. 155 PZS). Prva je situacija punoletnog deteta koje je nesposobno za rad i koje nema dovoljno sredstava za izdržavanje. Tada dete ima pravo na izdržavanje od svojih roditelja dok to stanje traje. Druga situacija se odnosi na obrazovanje deteta. Odraslo dete koje se redovno školuje ima pravo na izdržavanje do 26. godine života, srazmerno mogućnostima roditelja. Ali za razliku od izdržavanja maloletnog deteta PZS sadrži zaštitnu klauzulu u vezi sa izdržavanjem odraslog deteta. Ova klauzula predviđa da nema pravo na izdržavanje punoletno dete čiji bi zahtev za izdržavanje predstavljao očiglednu nepravdu za roditelje. Sudska praksa trebalo bi da definiše šta predstavlja očiglednu nepravdu, kao pravni standard, u pojedinačnim situacijama.

U odluci Vrhovnog suda Srbije od 11. XII 2007. godine (Rev. 3216/07) sud je izrazio mišljenje da u ovom slučaju ne postoji očigledna nepravda.[5] Sin koji je student Univerziteta u Beogradu koji nije napunio 26 godina postavio je zahtev za izdržavanje od svog oca. Otac je 100% invalid i potpuno lišen poslovne sposobnosti. U toku sudskog postupka nižestepeni sud je utvrdio koliki su prihodi oca, njegove potrebe, prihode sina i njegove potrebe i odredio da je otac obavezan da daje izdržavanje u iznosu od 25% od njegovih primanja. Zakonski zastupnik oca se protivio

[4] Zakon o radu, *Službeni glasnik Republke Srbije* 24/2005.
[5] *Bilten sudske prakse* Okružnog suda u Novom Sadu 13, 2008, str. 72-73.

zahtevu sina na osnovu postojanja očigledne nepravde. Vrhovni sud je bio mišljenja da činjenica da je otac 100% invalid i potpuno lišen poslovne sposobnosti nema uticaja na njegovu obavezu da izdržava dete.

Hrvatski Obiteljski zakon (amandmani 2007. godine) proširuje pravo punoletnog deteta na dobijanje izdržavanja od roditelja u situaciji kada je dete nezaposleno posle završetka školovanja.[6] Izdržavanje tada traje jednu godinu (čl. 210/2). Osim toga, ovaj Zakon (amandmani 2007. godine) precizira da redovno školovanje postoji i kada student iz opravdanih razloga, kao što su bolest ili trudnoća, nije mogao da ispuni svoje obaveze u tekućoj školskoj godini (čl. 210/5). Ove novine poboljšavaju položaj punoletnog deteta i čine se prihvatljivim i za pravo Srbije, s obzirom da je nezaposlenost izuzetno ozbiljan problem u srpskoj ekonomiji.

2.2. Iznos izdržavanja - kriterijumi za određivanje i način određivanja

Prema PZS izdržavanje se određuje prema potrebama poverioca i mogućnostima dužnika izdržavanja, pri čemu se vodi računa o minimalnoj sumi izdržavanja. Potrebe poverioca izdržavanja zavise od njegovih godina, zdravlja, obrazovanja, imovine, prihoda, te drugih okolnosti od značaja za određivanje izdržavanja (čl. 160/1,2). Potrebe detea su vrlo široke, počevši od egzistencijalnih do obrazovnih, kulturnih, socijalnih. Konvencija o pravima detea Ujedinjenih nacija iz 1989. godine, predviđa da dete, između ostalih prava, ima pravo na odmor i slobodno vreme, da se igra, da bude angažovano u rekreaciji, u skladu sa njegovim godinama i da slobodno učestvuje u kulturnom životu i umetnosti (čl. 31).[7]

Mogućnosti dužnika izdržavanja zavise od njegovih prihoda, mogućnosti za zaposlenje i sticanje zarade, njegove imovine, njegovih ličnih potreba, obaveze da izdržava druga lica te drugih okolnosti od značaja za određivanje izdržavanja (čl. 160/3).

PZS određuje minimalnu sumu izdržavanja kao orijentacionu sumu o kojoj sud treba da vodi računa prilikom određivanja izdržavanja. Ona predstavlja sumu koju kao naknadu za hranjenike odnosno za lica na porodičnom smeštaju periodično utvrđuje ministarstvo nadležn za porodičnu zaštitu u skladu sa zakonom (čl. 160/4).

Još jedna značajna novina u Porodičnom zakonu Srbije u vezi sa izdržavanjem deteta je pravilo kojim se određuje da visina izdržavanja treba da omogući najmanje takav nivo životnog standarda za dete kakav uživa roditelj dužnik izdržavanja (čl. 162/3). Ova odredba ima za cilj

[6] Obiteljski zakon Republike Hrvatske, *Narodne novine* 116/2003, 17/2004, 136/2004, 107/2007.

[7] Zakon o ratifikaciji Konvencije o pravima deteta, *Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 15/90.

prevazilaženje situacije u kojima roditelj-dužnik izdržavanja daje izdržavanje koje je mnogo niže od njegovih stvarnih mogućnosti, a kao posledica nemogućnosti poverioca da dokaže koliki su prihodi dužnika i njegova imovina. Razlog tome je u najvećoj meri postojanje sive ekonomije.

U uporednom porodičnom pravu iznos izdržavanja zavisi od specifičnih kriterijuma, na primer broja dece –poverilaca izdržavanja, uzrasta dece itd. Na primer u Rusiji, iznos izdržavanja ne može biti manji od iznosa predviđenog zakonom izraženog u procentima od zarade i/ili drugih prihoda roditelja. Za jedno dete, ovaj iznos je jedna četvrtina, za dvoje dece je trećina, a za troje ili više dece polovina zarade i/ili drugih prihoda roditelja (čl. 81 PZS).

U Hrvatskom Obiteljskom zakonu (amandmani iz 2007. godine) je predviđen minimalni novčani iznos potreban za mesečno izdržavanje deteta, koje je dužan platiti roditelj koji ne živi s detetom. Minimalni iznos određuje se u procentu od prosečne mesečne isplaćene neto plate po zaposlenom u pravnim licima Republike Hrvatske za proteklu godinu, i to: za dete do 6 godina 17%, za dete od 7 do 12 godina 20%, a za dete od 13 do 18 godina 22% (čl. 232/4). U specifičnim situacijama iznosi izraženi u procentima mogu biti niži.

U Nemačkoj prema Zakonu o izdržavanju deteta iz 1998. godine postoje dva načina određivanja izdržavanja – jedan je individualno obračunato izdržavanje (par. 1610 I, II,BGB), a drugi „određeno" izdržavanje koje može tražiti maloletnik koji ne živi u istom domaćinstvu sa roditeljima (par. 1612a BGBa.a.). „Određeno" izdržavanje zavisi od uzrasta deteta, izračunava se prema proseku koji je roditelj u mogućnosti da plaća i prema proseku potreba deteta, a određuje se zakonskom odlukom federalnog Parlamenta. Ovaj oblik izdržavanja se objašnjava idejom koja je u tome da se izbegne dokazivanje konkretnih potreba deteta i mogućnosti roditelja i time olakša položaj deteta. U kasnijem postupku o izmeni izdržavanja, međutim, roditelj ima mogućnost da dokaže da su potrebe deteta manje nego što je uobičajeno ili da su prihodi roditelja suviše niski da zadovolje određeno izdržavanje. Zakon predviđa jednostavniji i brži način usklađivanja nego ranije, na taj način što federalno Ministarstvo pravde „određeno" izdržavanje svake dve godine ponovo obračunava i objavljuje u federalnom službenom pravnom listu. Reper za usklađivanje je promena u prosečnim neto primanjima. Ovaj sistem usklađivanja znači da se „određeno" izdržavanje prilagođava promenjenoj ekonomskoj situaciji automatski, bez sudskog postupka.[8] I pre donošenja ovog zakona je važio

[8] Par. 1612a Građanskog zakonika reguliše određeno izdržavanje, a par. 1610 I, II individualno izdržavanje, prema Rainer Frank, Parentage Law Reformed, *The International Survey of Family Law,* A. Bainham (ed.), 1997, str. 174-175.

princip po kome su roditelji obavezni da dele sva raspoloživa sredstva sa svojom maloletnom decom čak i u slučaju krizne situacije. To znači da roditelj ne može da traži da se utvrdi da su njegova sredstva nedovoljna da pokriju izdržavanje deteta. Zakon proširuje ovaj princip i na decu do 21. godine i to ako žive sa svojim roditeljima a nisu zaključili brak, ili ako su na školovanju.[9] Osim toga, Zakon proširuje mogućnost za sud da traži neophodne informacije direktno od trećih lica, naročito poslodavaca, u slučaju da stranka odbije da dâ informacije ili daje netačne informacije.[10] Nedavno (2007. godine), zakonom je određen minimalni iznos dečjeg izdržavanja primenjujući određeni iznos oslobođen poreza (revidiran par. 1612a).[11]

Prema domaćem pravu, izdržavanje se, po pravilu, određuje u novcu. Izdržavanje se može odrediti i na drugi način, ali samo ako se poverilac i dužnik izdržavanja o tome sporazumeju (čl. 161 PZS). Npr. ako se radi o dužniku izdržavanja koji se bavi proizvodnjom ili prometom dobara za svakodnevnu upotrebu, poverilac i dužnik se mogu sporazumeti da se izdržavanje daje naturalno (davanjem poljoprivrednih proizvoda, odeće, obuće itd). Izdržavanje može biti određeno u fiksnom mesečnom novčanom iznosu, ili u procentu od redovnih mesečnih novčanih primanja dužnika izdržavanja, što zavisi od zahteva poverioca izdržavanja. Dužnik izdržavanja može, po svom izboru, zahtevati jedan od ova dva načina. Zakon propisuje raspon sume izdržavanja u odnosu na novčana primanja dužnika izdržavanja, ako se izdržavanje traži procentualno. Dakle, ako se visina izdržavanja određuje u procentu od redovnih mesečnih novčanih primanja dužnika izdržavanja (zarada, naknada zarade, penzija, autorski honorar itd), visina izdržavanja, po pravilu, ne može biti manja od 15% niti veća od 50% redovnih mesečnih novčanih primanja dužnika izdržavanja umanjenih za poreze i doprinose za obavezno socijalno osiguranje (čl. 162 PZS).

U vremenu hiperinflacije, donete su izmene ZBPOS koje su imale za cilj da preduprede obezvređivanje iznosa izdržavanja, na taj način što je uvedeno da se iznosi određuju procentualno.[12]

---

[9] Par. 1603 II ibidem.

[10] Op. cit. Frank 1997, str. 174.

[11] Kathrin Kroll, The Reform of German Mintenance Law, *The International Survey of Family Law,* B. Atkin (ed.), 2007, p 91, Nina Dethloff, Kathrin Kroll, Strengthening Children's Rights in German Family Law, *The International Survey of Family Law,* B. Atkin (ed.), 2008, str. 121.

[12] Procenat u odnosu na zaradu, odnosno minimalnu zaradu, penziju ili drugo stalno novčano primanje je bio određen u rasponu od 15% do 50% za svako izdržavano lice. Ako obveznik ne ostvaruje stalna mesečna novčana primanja, procenat je određivan u odnosu na

2.3. Ostali pravni mehanizmi

Sporazum roditelja o dečjem izdržavanju je još jedan pravni mehanizam koji pomaže u ostvarivanju prada deteta na izdržavanje. PZS favorizuje sporazum roditelja u odnosima roditelja i deteta. U situaciji sporazumnog razvoda braka supružnici su obavezni da sačine pisani sporazum o razvodu braka, koji uključuje sporazum o vršenju roditeljskog prava i o podeli zajedničke imovine. Sporazum o vršenju roditeljskog prava može imati oblik sporazuma o zajedničkom vršenju roditeljskog prava ili sporazuma o samostalnom vršenju roditeljskog prava (čl. 40). Sporazum o samostalnom vršenju roditeljskog prava uključuje i sporazum o dečjem izdržavanju. U slučaju razvoda braka po tužbi (ako su bračni odnosi ozbiljno i trajno poremećeni ili ako se objektivno ne može ostvarivati zajednica života supružnika) u postupku posredovanja, u fazi nagodbe, sud ili druga institucija koja sprovodi nagodbu, treba da nastoji da supružnici postignu sporazum o vršenju roditeljskog prava i o podeli zajedničke imovine (čl. 241).

Pravni mehanizmi koji pomažu u ostvarivanju prada deteta na izdržavanje tiču se postupka za izdržavanje. Tako, tužbu za izdržavanje deteta može podneti i organ starateljstva (čl. 278/3). Organ starateljstva, kao organ za zaštitu i pomoć porodici, ovlašćen je da pokrene postupak za dečje izdržavanje u cilju zaštite deteta, na primer u situaciji kada roditelj nije pokrenuo postupak. Postupak u sporu za izdržavanje je naročito hitan. Prvo ročište se mora zakazati u roku od 8 dana od dana kada je tužba primljena u sudu, dok je drugostepeni sud dužan da donese odluku u roku od 15 dana od dana kada mu je dostavljena žalba (čl. 280). U sporu za izdržavanje sud nije vezan granicama tužbenog zahteva za izdržavanje (čl. 281).

Prema pravu Srbije pravo deteta na izdržavanje ima prvenstvo, u slučaju postojanja više poverilaca (čl.166/4). Slično je i posmatrano komparativno. Na primer, nemački Zakon iz 2007. godine uvodi izmene u sistem prioriteta i predviđa da zahtev maloletnog deteta, a takođe i zahtev punoletnog deteta ako to dete nije sklopilo brak, ako nije napunilo 21 godinu, živi sa roditeljima i pohađa školu, ima prvenstvo.[13]

---

garantovanu zaradu bez limitiranja raspona (čl. 310a i 310b izmene u *Službenom glasniku* 22/93, 25/93, 35/94). Osim toga, propisano je da su sporovi o izdržavanju hitni, te da sud po službenoj dužnosti dostavlja pravosnažnu presudu izvršnom sudu. Izmenama iz 2001. godine raspon je promenjen zbog promena u obračunu zarada na 7-22% od mesečne zarade. Osnovica za procentualno određivanje izdržavanja u odnosu na obveznika koji ne ostvaruje stalne novčane prihode je izmenjena, tako da je to minimalna zarada za prethodni mesec, umesto garantovane. *Službeni glasnik* 29/01, izmene st. 3 i st. 4 i novi st. 5 čl. 310a.

[13] Op. cit. Dethloff, Kroll 2008, str. 129.

Značajno pitanje vezano za dečje izdržavanje je za koji period dete ima pravo na izdržavanje od roditelja koji ne živi sa njim. U teroiji i praksi porodičnog prava Srbije prihvaćen je stav da pravo na izdržavanje postoji za period posle podnošenja tužbe za izdržavanje. Nije dozvoljeno tražiti izdržavanje retroaktivno. Sa druge strane, Obiteljski zakon Hrvatske (amandmani iz 2007. godine) predviđa da je roditelj koji nije izdržavao svoje dete koje s njim ne živi u porodičnoj zajednici, a bio je dužan to činiti, dužan detetu isplatiti naknadu za uskraćeno uzdržavanje i unazad od nastanka toga prava pa do podnošenja tužbe. Ovo potraživanje deteta zastareva u roku od 5 godina od dana nastanka obaveze (čl. 209/2,3).

Izdržavanje je privilegovano prema Zakonu o izvršnom postupku Srbije iz 2004. godine.[14] Potraživanja po osnovu zakonskog izdržavanja se namiruju prvenstveno iz iznosa dobijenog prodajom, odmah posle troškova izvršnog postupka (čl. 140).

I u drugim granama prava, naslednom pravu i krivičnom pravu, pravo deteta na izdržavanje uživa zaštitu. Prema Zakonu o nasleđivanju Srbije iz 1995. godine smatra se nedostojnim za nasleđivanje onaj ko se teže ogrešio o zakonsku obavezu izdržavanja ostavioca, ili mu je uskratio nužnu pomoć (čl.t 4/1- 4). Prema Krivičnom zakoniku Srbije iz iz 2005. godine neplaćanje izdržavanja je krivično delo. (čl. 195).[15]

3. Porodični dom

3.1. Pravo Srbije

Stambeni odnosi su u Srbiji regulisani Zakonom o stanovanju iz 1992. godine. Stambenopravni režim promenjen je, međutim, ranije donetim zakonom, Zakonom o stambenim odnosima iz 1990. godine.[16] Ovim Zakonom je predviđena mogućnost kupovine stana u društvenoj svojini, tako da je otkupom stanova stanarsko pravo zamenjeno svojinom na stanu. Do tada je režim stanarskog prava na stanu bio preovlađujući. Ovaj režim je uvažavao potrebe porodice, jer su ove potrebe bile jedan od kriterijuma za određivanje nosioca stanarskog prava, npr. posle prestanka braka. Ustanova kojom se štiti porodica Zakonom o stanovanju je pravo stanovanja, koje imaju članovi porodičnog doma-

[14] Zakon o izvršnom postupku, *Službeni glasnik Republike Srbije* 125/2004.

[15] Zakon o nasleđivanju, *Službeni glasnik Republike Srbije* 46/1995; Krivični zakonik, *Službeni glasnik Republike Srbije* 85/2005 (kazna može biti novčana ili zatvor od tri meseca do tri godine).

[16] Zakon o stanovanju, *Službeni glasnik Srbije* 50/92; Zakon o stambenim odnosima, *Službeni glasnik Republike Srbije* 12/90.

ćinstva vlasnika stana (po Zakonu o stanovanju to su: bračni drug, deca rođena u braku ili vanbračna, usvojena ili pastorci), a koji stanuju u tom stanu (čl. 16). Zakonom nisu posebno regulisane situacije prestanka braka, razvodom ili smrću, tako da se postavlja pitanje trajanja prava stanovanja, da li ono može ostati i posle prestanka braka i da li bi bivši bračni drug mogao imati pravo stanovanja na delu stana na kojem je vlasnik drugi bračni drug. Bivši supružnik sa kojim žive deca može se posle prestanka braka naći u nezavidnom položaju, radi se o situaciji kada je stan u svojini drugog supružnika ili kada su oba supružnika vlasnici stana koji nije dovoljan da se zadovolje potrebe oba supružnika i dece, bilo njegovom prodajom ili podelom. Drugi način korišćenja stana je zakup. Odredbama kojima se reguliše zakup, pruža se adekvatna zaštita porodici. Predviđeno je da posle razvoda braka, razvedeni supružnici mogu da se sporazumeju o tome ko će nastaviti sa korišćenjem stana u svojstvu zakupca, a ako ne postignu sporazum o tome odlučuje sud u vanparničnom postupku. Kriterijumi o kojima sud treba da vodi računa pri donošenju odluke su sledeći: stambene potrebe razvedenih supružnika i njihove dece, ko je od njih zakupac stana, materijalno i zdravstveno stanje supružnika i drugo (čl. 35/4).

Situaciju koja nije rešena stambenim zakonodavstvom sada rešava PZS. Radi se o režimu korišćenja porodičnog stana koji se nalazi u svojini jednog supružnika. Naime, Porodični zakon uvodi pravo stanovanja (*habitatio*), kao ličnu službenost na stanu čiji je vlasnik drugi supružnik. Predviđeno je da dete i roditelj koji vrši roditeljsko pravo imaju pravo stanovanja na stanu čiji je vlasnik drugi roditelj deteta, uz uslov da dete i roditelj koji vrši roditeljsko pravo nemaju pravo svojine na useljivom stanu. Pravo stanovanja je vremenski ograničeno, traje do punoletstva deteta. Postoji zaštitna odredba u odnosu na vlasnika stana, po kojoj u slučaju da bi ovakav zahtev predstavljao očiglednu nepravdu za roditelja vlasnika stana, dete i roditelj ne bi imali pravo stanovanja (čl. 194). Odredba o pravu stanovanja ima za cilj rešavanje nezavidnih stambenih situacija u kojima se mogu naći dete i roditelj koji vrši roditeljsko pravo, naročito posle razvoda braka roditelja, ali se odnosi i na ostale situacije. Uvođenje prava stanovanja ima osnov u obavezi da se detetu obezbedi zaštita i briga neophodna za njegovu dobrobit (čl. 3 stav 2 Konvencije o pravima deteta).

U zakonodavnoj raspravi koja je vođena u Skupštini Srbije povodom donošenja zakona, iznesena je primedba na uvođenje prava stanovanja, u smislu njene ustavne neosnovanosti, sa argumentom da se na ovaj način ograničava pravo svojine. Međutim, s jedne strane, u pravu su poznati i drugi slučajevi ograničenja prava svojine, a s druge analiza uporednoprav-

nih rešenja ukazuje da porodični dom u mnogim stranim pravima ima specifičan pravni režim. To se naročito odnosi na kapitalističke zemlje, a u kojima je pravo svojine pravna ustanova koja je, može se reći, neprikosnovena.

Pravo na stanu u svojini drugog bračnog druga nije nepoznato ni u domaćem pravu. Tako je Zakonom o stambenim odnosima Vojvodine iz 1982. godine bila predviđena mogućnost dobijanja prava korišćenja zgrade ili stana, u slučaju da se stan nalazio u svojini jednog bračnog druga ili u zajedničkoj svojini bračnih drugova.[17]

U jednoj odluci Vrhovnog suda Srbije u slučaju vezanom za pravo stanovanja, sud je ocenio stav nižestepenog suda da postoji očigledna nepravda da se konstituiše pravo stanovanja u korist maloletnog deteta na stanu tuženog kao pogrešan. Činjenica da je tuženi dobio stan na poklon od njegove majke ne predstavlja osnov za primenu pravnog standarda „očigledna nepravda".

„Pravni standard očigledne nepravde ne odnosi se na način dobijanja stana u vlasništvu roditelja na čiji teret se ustanovljava pravo stanovanja, u konkretnom slučaju tuženog, već da li bi sveukupna situacija u kojoj bi se tuženi našao posle eventualnog usvajanja tužbenog zahteva bila takva da bi za tuženog predstavljala očiglednu nepravdu. Ovo imajući u vidu njegovo zdravstveno stanje, socijalnu ugroženost i druge okolnosti koje on svojim angažovanjem i radnjama ne bi mogao popraviti. Iz činjenice da je tuženi diplomirani psiholog sa stalnim zaposlenjem, ako se imaju u vidu druge okolnosti, ispunjenost pravnog standarda očigledne nepravde, za sada se ne pokazuje opravdanim."[18]

Osim toga, Vrhovni sud je ukazao na položaj vanbračne dece u pravu Srbije, istakavši da nije bitno da li se radi o bračnoj ili vanbračnoj deci jer je njihov pravni položaj u smislu odredbe člana 6. stav 4. Porodičnog zakona jednak. Dete rođeno van braka ima jednaka prava kao dete rođeno u braku, pa kako je pravo stanovanja jedno od prava deteta konstituisanih Porodičnim zakonom, ono pripada vanbračnom detetu na jednak način pod zakonom propisanim uslovima, kao i bračnom."[19]

---

[17] Zakon o stambenim odnosima Vojvodine, *Službeni list* 12/82, čl. 73-76. Kriterijumi za dobijanje ovog prava na stanu u isključivoj svojini jednog bračnog druga, su bili: stambene potrebe bračnih drugova, njihove dece, pa i drugih lica koja sa njima stanuju. Razvedeni bračni drug koji je dobio pravo korišćenja stana imao je obavezu plaćanja zakupnine u visini stanarine i troškove tekućeg održavanja stana. Ako je stan u zajedničkoj svojini bračnih drugova, koji je nedeljiv u pogledu korišćenja, postojala je mogućnost da sud prizna pravo isključivog korišćenja stana bračnom drugu kome su poverena deca, vodeći računa o razlozima pravičnosti.

[18] Rešenje Rev. 1594/06 od 29.XI 2006. *Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije* 4/06.

[19] Ibidem

3.2. Uporednopravni prikaz

Švedska

Po švedskom pravu, raspolaganje zajedničkim domom i zajedničkim predmetima domaćinstva nije potpuno samostalno, čime se štiti drugi supružnik. Ograničenje je u tome što je neophodno dobiti saglasnost drugog supružnika na akte raspolaganja. Potrebno je uočiti da ova dobra imaju isti režim raspolaganja i ako čine bračnu i ako čine posebnu imovinu supružnika, sem ako je posebna imovina nastala na osnovu izražene volje trećeg lica. Znači, raspolaganje je ograničeno davanjem saglasnosti drugog supružnika čak i u slučaju da zajednički dom čini posebnu imovinu jednog supružnika. Jedino ako je posebna imovina nastala na osnovu izražene volje trećeg lica (ako je tako određeno poklonom ili testamentom na primer), raspolaganje domom bilo bi samostalno, bez ograničenja saglasnošću drugog supružnika. Pristanak drugog supružnika potreban je za otuđenje, zalaganje, izdavanje ili na drugi način davanje na upotrebu zajedničkog doma ili druge imovine koja čini zajednički dom i zajedničke predmete domaćinstva. Za otuđenje i hipotekarno zalaganje nepokretnosti pristanak mora biti u pisanoj formi.[20] Ako se ne može dobiti pristanak drugog supružnika, sud može dati dozvolu za preduzimanje radnje na zahtev lica koje želi da je preduzme (pogl. 7, čl. 8).

Posebnom odredbom švedskog Zakona, reguliše se pravo na dobijanje zajedničkog doma i zajedničkih predmeta domaćinstva, prilikom podele imovine. Tako, supružnik koji ima veću potrebu za zajedničkim domom ili predmetima domaćinstva ima pravo da dobije tu imovinu uz odgovarajuću redukciju svog dela ili ako je ta imovina male vrednosti, bez takve redukcije, sem ako se radi o imovini koja je postala posebna voljom trećeg lica kada može preuzeti stan ili predmete domaćinstva samo ako dokaže da se to može smatrati razumnim uzevši u obzir celokupne okolnosti.[21]

Velika Britanija

Pravo Velike Britanije poznaje institut bračnog doma (*matrimonial home*) na koji se primenjuju posebna pravila u slučaju razvoda braka. U literaturi se ističe da je jedan od najvažnijih zadataka suda u okviru ovlašćenja u vezi sa razvodom braka da obezbedi da su oba supružnika i njihova deca adekvatno smešteni.[22] Ovo pitanje je kompleksnije ako je brač-

[20] Regulisano Zakonom o braku Švedske, deo treći, poglavlje 7, član 5 – *The Marriage Code* (SFS 1987:230, SFS 1988:1452) Ministry of Justice, 1989, Stockholm.

[21] Op. cit. Zakon o braku, pogl. 11, čl. 8.

[22] John Dewar, *Law and the Family,* Butterworths, London, Dublin, Edinburgh, 1992, str. 329-333.

ni dom u svojini nego ako je u zakupu, javnom ili privatnom, jer mogućnost stranaka da ponovo dođu do stana u takvim slučajevima zavisi od njihove celokupne ekonomske pozicije, a ne samo od nivoa njihovih prihoda.[23] Sudovi se suočavaju sa problemom kako da na najbolji način podele bračni dom u oba svoja aspekta, kao dom i kao verovatno najznačajnije ekonomsko dobro stranaka. Mogu primeniti nekoliko različitih odluka, a najznačajnije su dve: Mešer (*Mesher*) odluka (naziv je dobila prema slučaju u kojem je primenjena), i odluka o momentalnom transferu (*outright transfer*).

Suština Mešer odluke je u tome što se kuća deli na jednake delove, ali sa prodajom koja je odložena dok deca te porodice ne dostignu određeni uzrast (na primer 17 godina), za koje vreme bi roditelj kome su poverena deca bio u mogućnosti da živi u kući plaćajući sve izdatke. Ističe se da je cilj ove odluke da se dom sačuva za decu za vreme njihovog maloletstva, omogućujući roditelju kome deca nisu poverena da realizuje svoj deo u kasnijem momentu. Druga vrsta odluke je odluka o momentalnom transferu, odnosno prenošenje celog prava na dom na roditelja kome su poverena deca. To može biti praćeno redukcijom dela tog supružnika ili odbijanjem periodičnih davanja rezidencijalnom supružniku, plaćanjem momentalne ukupne svote od strane rezidencijalnog supružnika (moguće je postavljanje hipoteke na tu imovinu) ili izvršenjem tereta plaćanja fiksnog ili proporcijalnog iznosa vrednosti kuće (ali tek posle smrti, zaključenja novog braka rezidencijalnog supružnika, kada deca dostignu određeni uzrast ili prilikom prodaje imovine). Koja će se odluka doneti zavisi od svih okolnosti, a osnovna svrha je da se na što bolji način obezbedi adekvatan smeštaj za obe strane i decu. Momentalni transfer, koji može biti praćen kompenzacionom odlukom na teret onoga na koga se prenosi svojina, ima prednost u tome što precizira koliki su delovi stranaka na kući u ranom stadijumu i zbog toga ima prednost sa tačke gledišta „čistog raskida" *(clean break*). Odluka o momentalnom transferu može biti odgovarajuća u slučajevima kada bi prodaja kuće i podela imovine u nekom budućem momentu rezultirali nedovoljnim iznosom za novi smeštaj nerezidencijalnog supružnika, ili ako je nerezidencijalni supružnik adekvatno smešten na drugi način. Odluka o momentalnoj ukupnoj svoti bi imala prednost kada bi nerezidencijalni supružnik tražio momentalnu prodaju imovine. Osim opisanih odluka sud može dozvoliti supružniku da ostane u kući u definisanom periodu, na primer, do kraja života i obavezati drugog supružnika

[23] Ibidem – mišljenje Eecelaar and Maclean, str. 330.

da plaća sve troškove, ili obavezati rezidencijalnog supružnika da plaća zakupninu.[24] Takođe, može odrediti prodaju stana.

Zakon koji reguliše prava vezana za porodični dom je i Porodični zakon iz 1996. godine (*Family Law Act*), koji je u jednom odeljku preuzeo odredbe Zakona o bračnom domu (*Matrimonial Homes Act*) iz 1983. godine. Osnovna prava su: u slučaju da stranka stanuje u domu, pravo da ne bude izbačena ili da joj ne bude zabranjen pristup kući za stanovanje ili nekom njenom delu od strane drugog supružnika, osim na osnovu sudske odluke; ako stranka ne stanuje u domu pravo da uđe u kuću i da u njoj stanuje, na osnovu sudske odluke. Prilikom donošenja odluke o pravima vezanim za stanovanje, zakonom je određeno o kojim okolnostima sud treba da vodi računa, a to su: potrebe i mogućnosti vezane za stanovanje svake od stranaka, finansijske mogućnosti svake od stranaka, pretpostavljeni efekat odluke u odnosu na zdravlje, sigurnost i dobrobit stranaka i svakog deteta, ponašanje stranaka jedno prema drugom i uopšte, dužina vremena koje je proteklo od prestanka braka i postojanje drugih sudskih postupaka između stranaka. Odluke po Porodičnom zakonu donose se kao privremene, u trajanju do šest meseci, a ovaj period se može odrediti nekoliko puta, u zavisnosti od situacije.

Francuska

Odredbe koje se odnose na porodični dom (*le logement da la famille*) postoje i u francuskom pravu. Bračni dom, bilo da je stečen zajednički ili samostalno tokom braka, zaštićen je tako što supružnik ne može da ga proda, dâ u zakup ili založi bez saglasnosti drugog supružnika. Ako se saglasnost odbija bezrazložno, sudija može da odobri pravni posao ako utvrdi da je u interesu porodice, iako prema sudskoj praksi supružnik koji je vlasnik bračnog doma ima pravo da ga ostavi u nasleđe.[25]

Code civil sadrži različita rešenja i to u glavi o razvodu braka, u glavi o bračnim režimima i u glavi o zakupu.[26] U situaciji kada je dom u svojini jednog supružnika, posle razvoda braka, taj supružnik ostaje isključivi vlasnik. Međutim, sud može ustanoviti zakup na stanu u korist drugog supružnika.[27] Ovde se razlikuju dva slučaja. Prvi slučaj (regulisan Zako-

[24] Ibidem –slučajTinsdale v Tinsdale (1983), odnosno slučaj Harvey v Harvey (1982).

[25] Art. 281-1 Code Civile, L. no. 87-570 du 22. juill. 1987, Dalloz, 1986-87. Nicole Guimezanes: Family Law in France, *Family Law in Europe*, London, Dublin, Edinburgh, Butterworths, 1995, str.135.

[26] Claude Colombet, *La famille*, Paris, Presses Universitaires de France, 1985, str. 315, 318.

[27] Art. 281-1 Code Civil, L. no. 87-570 du 22. juill. 1987, Dalloz, 1986-87.

nom iz 1987. godine) je kada roditeljsku vlast vrši drugi supružnik u odnosu na jedno ili više dece, ili kada roditeljsku vlast vrše roditelji zajednički, ako jedno ili više dece imaju prebivalište u tom stanu. Drugi slučaj je određen karakterom razvoda, ako je do razvoda došlo na zahtev supružnika koji je vlasnik, zbog prekida zajednice života (separacije). U prvom slučaju sudija oročava trajanje zakupa i može ga obnavljati do punoletstva najmlađeg deteta. Za drugi slučaj je predviđeno da se zakup može odrediti najduže u trajanju od devet godina, ali se može produžiti novom odlukom. Kada su supružnici zajednički stekli dom, dom se može prodati i suma podeliti između supružnika. Sudija, takođe, može odrediti da se zajedničko vlasništvo nastavi u trajanju do pet godina. Na kraju ovog perioda sudija može odrediti da se dom transferira jednom od supružnika, utvrđujući da taj supružnik plati određenu sumu novca jednaku delu imovine koji ima drugi supružnik.[28] U situaciji kada je stan u zajedničkoj svojini supružnika, postoji mogućnost ustanovljenja prečeg prava (*attribution preferentielle*) jednog supružnika.[29]

Italija

Prema italijanskom pravu, bračni dom se, po pravilu, dodeljuje onom supružniku koji se stara o deci. To se odnosi i na režim podele imovina, dakle, bez obzira ko je stvarni vlasnik kuće ili stana. Kuća ostaje supružniku koji se stara o deci sve dok u domaćinstvu žive deca koja nisu zaposlena, osim u sasvim izuzetnim slučajevima. Nameštaj najčešće ostaje u kući, iako sud može odrediti njegovu podelu između supružnika. U slučaju da ne postoje deca, sud mora voditi računa o ekonomskom položaju supružnika i dati prvenstvo ekonomski slabijoj stranci.[30]

Austrija

Prema austrijskom pravu bračni dom podleže podeli nakon prestanka braka, uprkos tome što je zakonski imovinski režim režim odvojenosti imovina. To važi i za bračni dom koji je bio u svojini jednog supružnika pre zaključenja braka, koji je nasleđen ili dat kao poklon. Prvobitno su potrebe drugog supružnika bile validan razlog za to. Posle reforme iz 1999. godine, potrebe zajedničkog deteta takođe mogu biti validan razlog

[28] Op. cit. Guimezanes, str. 147.

[29] Op. cit. Colombet (primena čl. 832, 1476 i 1542 CC).

[30] Roberta Ceschini, Asset Distribution in Italy on Marriage Breakdown, International Family Law 1999, 129; Marina Timoteo, Family Law in Italy, *Family Law in Europe*, London, Dublin, Edinburgh, Butterworths, 1995, str. 288-289.

da se ovakva imovina uzme u obzir u postupku podele. U literaturi se ističe da dobrobit deteta ne sme biti ugrožena, a premeštaj deteta na novu lokaciju može se smatrati teretom za dete.[31]

Švajcarska

Reforma porodičnog prava iz 1998. godine omogućuje sudiji da ustanovi pravila o budućoj upotrebi porodičnog doma, na osnovu situacije u porodici, naročito dece. Sud nije vezan ugovornim ili imovinskim pravima koja se odnose na dom. Na primer, sudija može da prenese zakup sa muža na ženu koja je dobila samostalnu roditeljsku vlast u odnosu na maloletnu decu i na decu koja žive sa njom. U takvom slučaju, muž bi zajedno sa ženom bio obavezan na plaćanje zakupnine u periodu od najduže dve godine. Osim toga, sudija može dosuditi ženi upotrebu doma koji je u svojini muža, tako da se formira vremenski ograničeno pravo boravljenja (pretpostavljeno kao najduže dok najmlađe dete koje živi sa majkom ne napuni osamnaest godina, ali to ostaje sudu da odluči).[32]

Grčka

Prema grčkom pravu, bračnim domom se smatra najznačajniji dom u kome supružnici žive zajedno kao muž i žena. Kuća može biti u vlasništvu jednog ili oba supružnika, ili jedan ili oba mogu biti zakupci. Bez obzira koji je od supružnika vlasnik ili zakupac doma, oba supružnika imaju i pravo i obavezu da stanuju u bračnom domu po osnovu prava i dužnosti da ostvaruju zajednicu života. Šta više, svaki supružnik može tražiti da treća lica, na primer srodnici ili prijatelji drugog supružnika, budu isključeni iz bračnog doma, zato što svaki supružnik ima pravo i obavezu da živi samo sa drugim supružnikom. Kada je samo jedan supružnik zakupac, predviđeno je da u slučaju njegove smrti drugi supružnik preuzima zakup. U tom slučaju, drugi supružnik ima i pravo da okonča zakup. U slučaju odvojenog života zakon predviđa da, bez obzira na svojinu ili državinu, jedan od supružnika može dobiti isključivu upotrebu porodičnog doma, iz razloga pravičnosti, ako je to neophodno zbog specifičnih okolnosti supružnika i interesa dece (čl. 1393 Građanskog zakonika). Ova odredba obezbeđuje da supružnik koji se stara o deci ne bude prinuđen da traži stan na tržištu u vre-

[31] Bea Verschraegen, Family Law Reforms in Austria from 1992 to 1999, *The International Survey of Family Law,* A. Bainham (ed.), 2001, str. 35, 42, Art 82, par 2 Eherechts-Änderungsgesetz BGB1, I 125/1999.

[32] Olivier Guillod, A New Divorce Law for the New Millenium, *The International Survey of Family Law*, A. Bainham (ed.), Bristol, Family Law, 2000, str. 361, novi čl. 121 Građanskog zakonika.

menu kada nije verovatno da će biti u mogućnosti da obezbedi adekvatan smeštaj. U zavisnosti od okolnosti, sud može odrediti da supružnik kome je dat porodični stan na upotrebu obešteti drugog supružnika, bilo plaćanjem određene sume ili prihvatanjem proporcionalne redukcije u finansijskim odnosima.[33]

4. Zaključna razmatranja

Ekonomska zaštita deteta koje živi u porodici sa jednim roditeljem ogleda se prvenstveno u obavezi izdržavanja koju ima roditelj koji ne živi sa detetom. Porodično pravo nastoji da osavremeni regulativu o izdržavanju u cilju efikasnijeg ostvarivanja prava deteta na izdržavanje. Tako je Porodičnim zakonom Srbije iz 2005. godine uvedena odredba koja predviđa da visina dečjeg izdržavanja treba da omogući detetu najmanje takav nivo životnog standarda kakav uživa roditelj dužnik izdržavanja. Na ovaj način bi trebalo da se onemoguće situacije u kojima se roditelj koji ima zvanične prihode koji su znatno niži od nivoa njegovog životnog standarda, obavezuje na davanje izdržavanja u niskom iznosu. Ova situacija je bila posledica pravila da se visina izdržavanja određuje prema prihodima i imovini koji se mogu utvrditi. Sada sud može (i treba) da ima u vidu ne samo zvanične prihode, nego nivo životnog standarda tog roditelja i u skladu sa tim odredi izdržavanje. Druga novina je uvođenje orijentacione sume o kojoj sud treba da vodi računa prilikom određivanja izdržavanja. Orijentacionu sumu predstavlja minimalna suma izdržavanja koju čini suma koja se dobija kao naknada za hranjenike, a koju utvrđuje nadležno ministarstvo. Ova suma je izabrana kao suma koju država određuje i isplaćuje hraniteljima za brigu i staranje o hranjeniku, pa se smatralo da bi roditelj trebalo najmanje ovaj iznos da isplati svom detetu.

U komparativnom pravu o dečjem izdržavanju visina izdržavanja se određuje na različite načine, uzimajući u obzir različite faktore. U Nemačkoj, na primer, postoje dva načina određivanja izdržavanja – jedan je individualno obračunato izdržavanje, a drugi „određeno" izdržavanje koje zavisi od uzrasta deteta, a izračunava se prema proseku koji je roditelj u mogućnosti da plaća i prema proseku potreba deteta, a određuje se zakonskom odlukom federalnog Parlamenta. U Rusiji, iznos izdržavanja ne može biti manji od iznosa predviđenog zakonom izraženog u procentima od zarade i/ili drugih prihoda roditelja, a koji zavisi od broja izdržavane de-

[33] Efie Kounougeri-Manoledaki, Family Law in Greece, *Family Law in Europe*, London, Dublin, Edinburgh, Butterworths, 1995, str. 207-8.

ce. U Hrvatskoj je predviđen minimalni novčani iznos potreban za mesečno izdržavanje deteta, koji se određuje se u procentu od prosečne mesečne isplaćene neto plate, a zavisi od uzrasta deteta.

U pravu Srbije jedan od pravnih mehanizama koji doprinosi boljem ostvarivanju prava deteta na izdržavanje je sporazum roditelja o izdržavanju, a koji se favorizuje Porodičnim zakonom Srbije iz 2005. godine. Regulativa postupka u sporu za izdržavanje takođe treba da doprinese bržem i efikasnijem ostvarivanju prava na dečje izdržavanje (ovlašćenje centra za socijalni rad da pokrene ovaj postupak, naročita hitnost postupka, odstupanje od načela dispozicije). U izvršnom postupku izdržavanje je privilegovano, u naslednom pravu teže ogrešenje o zakonsku obavezu izdržavanja ostavioca predstavlja osnov za proglašenje naslednika nedostojnim za nasleđivanje, u krivičnom pravu neplaćanje izdržavanja je krivično delo.

Stambene potrebe deteta i stabilnost stanovanja čine važne faktore koji utiče na stav o tome da dete ima pravo da živi u porodičnom domu posle prestanka braka roditelja. Porodični zakon Srbije iz 2005. godine prvi put je regulisao pravo stanovanja (*habitatio*), u korist maloletnog deteta i roditelja koji vrši roditeljsko pravo. Dete i roditelj koji vrši roditeljsko pravo imaju pravo stanovanja na stanu čiji je vlasnik drugi roditelj deteta, uz uslov da dete i roditelj koji vrši roditeljsko pravo nemaju pravo svojine na useljivom stanu, te ako to ne bi predstavljalo očiglednu nepravdu za roditelja - vlasnika stana.

U uporednom pravu postoje različiti pravni osnovi za konstituisanje prava deteta da živi u porodičnom domu: pravo na jednake udele oba roditelja u kući, sa prodajom koja se odlaže dok deca ne dostignu određeni uzrast, ili momentalni transfer prava na kući roditelju koji se stara o deci (Engleska); zakup na kući u korist bivšeg supružnika, ako jedan roditelj vrši roditeljsko pravo, ili ako roditelji zajednički vrše roditeljsko pravo ako jedno ili više dece imaju boravište u porodičnom domu (Francuska); bračni dom se prvenstveno dodeljuje onom roditelju koji se stara o deci, bez obzira ko je vlasnik stana ili kuće, sve dok u kući žive deca koja nisu zaposlena (Italija); potreba zajedničkog deteta predstavlja validan razlog da se bračni dom koji je bio u svojini jednog supružnika pre braka smatra imovinom koja se deli u postupku podele imovine (Austrija); pravo stanovanja koje je ograničenog trajanja i traje najmanje dok najmlađe dete ne napuni 18 godina (Švajcarska); sud može dodeliti isključivo pravo upotrebe doma jednom od supružnika, ako posebne okolnosti i interesi dece ukazuju da je to neophodno, i to bez obzira na vlasništvo ili državinu na domu (Grčka).

Gordana Kovaček-Stanić, Ph.D., Full Professor
Novi Sad Faculty of Law

Child in a single parent family: maintenance and family home

Abstract

Family law financially protects the child in a single-parent family using different legal measures. The absent parent is under the obligation to take care of the child paying child maintenance. In contemporary family law systems the institution of family home gains in importance. The major innovations of the Serbian Family Act 2005 in the matters of child maintenance is the rule which states the amount of child maintenance must enable the child to maintain at least the same standard of living as the parent - support benefactor. The other innovation is introducing the legal standard `minimal amount of maintenance`, which is the amount of remuneration for foster children or persons in family placement. The Serbian Family Act 2005 has regulated for the first time the right to reside (*habitatio*), in favour of a minor child and a parent who exercises the parental right. The minor child and a parent who exercises the parental right have the right to reside in the apartment owned by the other parent, provided that they do not possess a vacant apartment and provided that such a decision would not constitute an obvious injustice for the parent who is the owner of the apartment.

In the comparative perspective there are diverse legal grounds to constitute rights of the child to reside in family home: trust for sale in equal shares of the parents, with sale postponed until the children of the family reach a certain age or the outright transfer in the home to the custodial parent (England); the lease in favour to the other ex spouse, if one of the parents exercises the parental authority, or if the parents jointly exercise the parental authority, and one or more children have the residence in the family home (France); matrimonial home is preferably assigned to the spouse who takes care of the children, regardless of the fact who is the owner of the house or an apartment, until in the house live non-employed children (Italy); the need of a common child may be a valid reason to consider a marital home which was owned by one spouse before marriage as a property in the division procedure (Austria); the right to residence fairly limited in time, presumably at the latest until the youngest child living with his mother attains 18 (Switzerland); one of the spouses may be given exclusive use of the family home by court, if the special circumstances of the spouses and the interest of the children make it necessary, regardless of rights of ownership or possession (Greece).

Originalni naučni rad 347.232.1

Dr Danica Popov, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

STICANJE PRAVA SVOJINE OKUPACIJOM STVARI

***Sažetak**: Predmet ovog rada je sticanje prava svojine na ničijim stvarima zasnivanjem državine na njima sa namerom da se prisvoje (okupacija). Objekt okupacije prema Zakonu o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, mogu biti samo pokretne stvari i to samo one koje je vlasnik napustio. Stvar se smatra napuštenom kada je njihov dotadašnji vlasnik na nedvosmislen način izjavio pravno relevantnu volju da se odriče prava na njoj. Svojina na stvari se napušta kada je njen vlasnik, svesno odbaci,čime ona dobija svojstvo ničije stvari. Ničije stvari mogu biti, izvorno ničije, koje nisu nikome pripadale u svojinu, u napuštene (derelinkvirane) stvari, koje su bile nečiji objekt prava svojine, ali kojih se vlasnik odrekao. Izjavu o odricanju može dati samo poslovno sposobno lice. Odricanje od prava svojine ne nepokretnostima daje se u posebnom postupku pred sudom, dok za odricanje od prava svojine na pokretnim stvarima zakon ne propisuje posebnu formu. Na napuštenoj, derelinkviranoj stvari, pravo svojine stiče se jednostranim aktom pribavioca, koji se manifestuje u zasnivanju neposredne državine sa namerom da se stvar prisvoji za sebe. Okupacijom se može steći pravo svojine samo na napuštenim pokretnim stvarima, dok nepokretnosti po sili zakona postaju državna svojina. Na ničijim stvarima koje se ne smatraju napuštenim (izvorno ničije stvari), pravo svojine može se steći, samo na osnovu zakona, odnosno, posebne dozvole nadležnog organa, u granicama utvrđenih dozvolom. Na stvarima veće vrednosti i onima koje su od posebnog značaja za društvenu zajednicu sticanje prava svojine uzimanjem u državinu (okupacija), nije dozvoljeno. Stoga je Zakonom o osnovama svojinsko-pravnih odnosa predviđeno da se okupacijom može steći svojina na napuštenim pokretnim stvarima, osim ako zakonom nije drukčije određeno.*

***Ključne reči**: svojina, ničija stvar, napuštena stvar, prisvajanje,državina, okupacija.*

Pojam okupacije

Okupacija predstavlja originaran način sticanja prava svojine, jednostranim aktom pribavioca, na stvarima koje ne pripadaju nikome, (*res nullius*), uzimanjem stvari u državinu, sa namerom da se na njima zasnuje pravo svojine. Okupacija na stvarima koje nemaju vlasnika (*res nullius*), smatra se originarnim načinom sticanja prava svojine, jer je pravni osnov (*iustus titulus*) prisvajanja predviđen zakonom, dok se način sticanja (*modus acquirendi*), sastoji u uzimanju takvih stvari u državinu sa namerom da se na njima stekne pravo svojine.

Opravdanost okupacije tumači se socijalnom potrebom da se ozakoni državina napuštenih stvari. Prvenstveni interes okupanta prepoznaje se u činjenici nezainteresovanosti vlasnika za stvar koja mu je pripadala. Posmatrana kao izraz nezainteresovanosti vlasnika stvari, derelikcija ima za posledicu gubitak prava svojine za dotadašnjeg vlasnika i podobnost takvih stvari (*res nullius*), za sticanje uzimanjem u državinu od strane drugog sticaoca.[1]

Nekada je okupacija predstavljala najstariji i najvažniji način pribavljanja prava svojine, ali je vremenom izgubila na značaju, zbog sve manjeg broja stvari koje su se smatrale ničijim. Nekada su se pod ničijim stvarima podrazumevala širok krug stvari, da bi se prema našem pozitivnom pravu svela samo na stvari koje je njihov vlasnik napustio.

Ničijim stvarima (*res nullius*), smatraju se one koje nikada nisu bile u svojini nekog lica (izvorno ničije stvari), ili stvari koje su bile u nečijoj svojini, ali ih je vlasnik napustio (*res derelictae*).

Izvorno ničije stvari, su nekada bile prilično zastupljene, ali su danas svedene na malu meru. Ima mišljenja da je broj izvorno ničijih stvari još uvek veoma veliki, a i sve su veće tehničke mogućnosti da se zasnuje državina na takvim stvarima-mnoga prirodna bogatstva postala su dostupna za prisvajanje. Prisvajanjem se ne mogu steći u svojinu stvari koje se smatraju opštim dobrom, ali obnovljivi delovi materije od kojih se sastoji opšte dobro, mogu se izdvojiti u zasebne stvari koje jesu stvari u stvarnopravnom smislu. Pre svog izdvajanja takva stvar nije nikome pripadala u svojinu (npr.slobodan vazduh), a od izdvajanja u posebnu stvar to je izvorno ničija stvar (npr. vazduh ili voda upakovani u boce).

[1] Z. Rašović, Stvarno pravo, Podgorica, 2002, str.172.

U ovom slučaju nastala je stvar koja je ničija, ali je istim činom i prisvojena.[2]

Stvar je napuštena ili odbačena kada je vlasnik manifestovao svoju volju o dobrovoljnom odricanju od dotadašnjeg prava svojine na toj stvari. I ničije i napuštene stvari su *de facto,* ničije stvari (*res nullius*), ali *de iure* sa njima se ne postupa po istom principu. Ničije stvari kao što su: divlje životinje, ribe u rekama jezerima i morima, i drugi životinjski svet, koji je ranije spadao u ovu kategoriju, danas predstavlja prirodno bogatstvo i pribavlja se na način koji određuju posebni zakoni o lovu, ribolovu i sl.

Ne smatraju se napuštenim stvarima one koje su izgubljene (*res perditae*) tj. one koje su protiv volje dotadašnjeg vlasnika izašle iz njegove državine, tako da on više ne zna gde se one nalaze. Ni skrivene stvari (*res absconditae*), kao ni sakriveno blago (*thesaurus*), nisu napuštene stvari. Na ovako izgubljenim, odnosno skrivenim stvarima pravo svojine se stiče na osnovu posebnih pravila, kao što je Uputstvo Vlade FNRJ, o postupanju sa nađenim stvarima, iz 1949 godine. Sticanje prava svojine okupacijom nije moguće ni na pravima, jer pravo bez subjekta ne može postojati.

Okupaciju, kao način sticanja prava svojine poznaju skoro sva zakonodavstva. Prema Švajcarskom građanskom zakoniku, okupacija je način sticanja prava svojine na pokretnim ali i nepokretnim stvarima koje je vlasnik napustio. Da bi nepokretnost postala *res nullius*, potreban je ispis iz registra nepokretnosti, na osnovu izjave o odricanju od prava svojine.[3] Nemački građanski zakonik slično švajcarskom, predviđa mogućnost sticanja prava svojine okupacijom na pokretnim i nepokretnim stvarima, s tim što se od švajcarskog zakonika razlikuje po tome što se na napuštenoj nepokretnosti zasniva pravo svojine u korist države uz uslov upisa iste u zemljišne knjige.[4] Po grčkom građanskom zakoniku (član 1151), poljskom (član 180), kao i našem, Zakonu o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, okupacijom se može steći pravo svojine samo na pokretnim stvarima. Nepokretnosti po našem pravu prelaze u državnu svojinu.

Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa (u daljem tekstu ZOSPO), predviđa sledeće: „Na pokretnu stvar koju je njen vlasnik napustio, pravo svojine stiče lice koje je uzelo tu stvar u državinu sa namerom da je prisvoji (okupacija), ako zakonom nije drukčije određeno. Na nepokretnosti se ne može steći pravo svojine okupacijom“[5]

[2] N. Gavela, Stvarno pravo, Zagreb, 1998,str.366.
[3] Švajcarski građanski zakonik, član 658.
[4] Nemački građanski zakonik § 928.
[5] Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, član 32.

Iz citirane odredbe Zakona proizilazi da je pojam ničijih stvari znatno sužen i ograničen samo na napuštene (derelinkvirane) pokretne stvari koje se njihovim uzimanjem u državinu (okupacija) mogu steći u svojinu. Ostale stvari koje se tradicionalno smatraju ničijim (divljač u šumi, ribe, školjke, rakovi u javnim vodama i sl.), su državna svojina i na njima se pravo svojine stiče lovom i ribolovom, na osnovu administrativne dozvole.

Prema Zakonu o lovu, divljač, kojom se smatraju, divlji sisari i ptice, su prirodno bogatstvo, i kao dobro od posebnog interesa, štite se i koriste, na način utvrđen ovim zakonom. Ulovljena divljač i njeni delovi kao što su trofeji i dr. pripadaju u svojinu korisniku lovišta.[6]

Pod ničijim stvarima, na kojima se pravo svojine može steći okupacijom, se u našem pravu smatraju samo one, koje je njihov vlasnik napustio sa voljom da se, na njima odrekne prava svojine.

Ne smatraju se napuštenim one stvari koje je vlasnik morao da napusti u nuždi (požar, poplava i sl.) ili je gubitak državine nastupio u nekom događaju (saobraćajna nesreća, brodolom, pad aviona itd). Iz navedenog, se može zaključiti da se u našem pravu, okupacijom mogu steći u svojinu, samo ničije, pokretne, stvari kojih se njihov vlasnik odrekao. Okupacijom se ne mogu steći u svojinu, one pokretne stvari, za čije je prisvajanje potrebna dozvola nadležnog organa ustanovljena posebnim zakonima.

Pojam okupacije u rimskom pravu

U rimskom pravu *occupatio* predstavlja sticanje prava svojine na stvarima koje ne pripadaju nikome (*res nullius*) uzimanjem stvari u državinu sa voljom da se prisvoji, (*Quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur*).[7]

Kao *res nullius* smatrale su se stvari koje nikada nisu imale vlasnika, iako spadaju u *res in commercio*. Tu su nekada spadala nenaseljena zemljišta kao i šume i plodovi sa ovakvih zemljišta i šuma. Docnije su se u ovu kategoriju ubrajale samo: divljač u šumi, ptice i ribe u vodi, tj. sve životinje na zemlji, u moru i vazduhu. Na ovim stvarima čim ih neko uhvati, po opštem pravu postaju njegovo vlasništvo; jer ono što je pre bilo ničije, to po prirodnom razumu pripada onome ko ga okupira (*res nullius cedit occupanti*). Pri tome nije bitno da li je neko divlje životinje i ptice

[6] Zakon o lovu, „Sl.glasnik“, br. 39/93. članovi, 1, 2, 45.

[7] *Digesta,* 41.1.3.pr. *Gaius libro secundo rerum conttidianum sive aureorum*

uhvatio na svom ili tuđem zemljištu. Međutim, onome koji dolazi na tuđe zemljište da lovi i hvata divljač, vlasnik može, ako mu je stalo do toga, zabraniti da se na njegov posed ulazi. Što god se od ovoga uhvati, to se smatra našim vlasništvom dokle god se drži pod našim nadzorom, ali ako izmakne iz našeg nadzora, i ponovo stekne prirodnu slobodu, vlasništvo se gubi, pa ta životinja pripada onome ko je okupira. Smatra se da je životinja ponovo stekla prirodnu slobodu kada je pobegla, da je ne možemo videti, ili ako je još na vidiku, ako je teško goniti je i uhvatiti ponovo.[8]

Kod životinja koje imaju naviku da odlaze i da se vraćaju, kao što su golubovi, pčele ili jeleni, utvrđeno je pravilo da se one dotle smatraju našim vlasništvom dok imaju naviku da se vraćaju, a čim izgube naviku vraćanja, prestaju biti naše, pa pripadaju onome ko ih okupira. Smatra se da su izgubile naviku vraćanja čim po običaju ne dolaze natrag.

Postavlja se pitanje da li divlja životinja koja je tako ranjena da se može uhvatiti smatra odmah našim vlasništvom. Trebecije je bio mišljenja da ona odmah postaje naša i da se dotle smatra našom dokle god je gonimo, ali ako prestanemo da je gonimo, ona prestaje biti naša i pripada onome ko je okupira. I tako ako ih za vreme dok ih gonimo uhvati drugi, u nameri da od toga sam ima koristi, smatra se da je prema nama učinio krađu. Međutim, većina pravnika nasuprot tome smatra da ona postaje naše vlasništvo tak onda kada je uhvatimo, jer se često može desiti da ih uopšte ne uhvatimo, što je ispravnije mišljenje.

I pčele su divlje po prirodi, pa ako se spuste na naše stablo, pre nego što ih u košnicu zatvorimo, ne mogu smatrati našim, isto onako kao ni ptice koje su na našem stablu svile gnezdo. Stoga, ako ih drugi uhvati (u košnicu), on će postati njihov vlasnik. Roj (pčela) koji je izleteo iz naše košnice, smatra se dotle našim dok ga mi pogledom pratimo i dok ga nije teško hvatati, inače pripada onome ko ga okupira.[9]

Ničijim stvarima se smatraju i stvari koje predstavljaju ratni plen, ostrvo koje se pojavi u moru, kao i stvari nađene na obalama mora, kao što su poludrago kamenje, biseri, školjke i slične stvari, pa se i na njima može steći pravo svojine uzimanjem u državinu.

U kategoriju ničijih stvari ubrajale su se i stvari koje pripadaju strancu (*hostis*), čije pravo svojine nije zagarantovano ugovorom sa Rimom, i stvari zauzete od neprijatelja ne u ratu već pljačkaškim upadima pojedinaca ili grupa privatnog karaktera na neprijateljsku teritoriju. Zauzimanje neprijateljske imovine u ratu ima specifičan naziv, *occupatio bellica.* Po *ius gentium,* je svaki vojnik postajao sopstvenik onog dela neprijateljske

[8] *Justiniani, Institutuones,* 2, 1, 12.
[9] *Digesta, 41,1,5,1-4,.Gaius libro secondo rerum cottidianarum sive aureorum.*

pokretne imovine koju zauzme. Zemljišta, a tokom vremena i pokretne stvari zauzete u ratu od neprijatelja, postajali su državna imovina i pojedinci ih nisu mogli pribavljati okupacijom.[10]

Posebnu kategoriju stvari koje su se mogle steći okupacijom činile su stvari koje je njihov sopstvenik napustio (*res derelicta*). Da bi se ove stvari stekle u svojinu bilo je potrebno da ih se njihov vlasnik odrekne, tj. da napusti državinu stvari sa namerom da se odrekne prava svojine na njoj. Ukoliko ove namere ne bi bilo, smatralo se da je stvar samo izgubljene ili zaboravljena i na njoj se nije moglo steći pravo svojine okupacijom.

U pogledu okupacije derelinkviranih stvari Prokuleanci su smatrali da svojina ne prestaje sve dok napuštenu stvar treći ne okupira. Međutim ispravnije je mišljenje Sabinovaca da takva stvar odmah po derelikciji prestaje biti svojina onoga ko je napustio, i postaje svojina drugog lica kada je taj uzme u državinu.

Stvari koje su za vreme nepogoda na moru izbačene sa broda, da bi se brod olakšao, nisu se smatrale napuštenima, i dalje se smatralo da pripadaju njihovim vlasnicima, jer nisu odbačene da bi se njihovi vlasnici njih odrekli, nego da bi njihovim izbacivanjem izbegla teža opasnost za brod. Zbog toga onaj ko ih izbačene na obalu ili nađene na moru prisvoji u nameri sticanja koristi, smatra se da čini krađu.[11]

Okupacija prema Građanskom zakoniku za Kneževinu Srbiju

Građanski zakonik za Kneževinu Srbiju iz 1844. predviđao je mogućnost sticanja prava svojine okupacijom na stvarima koje su ničije. Prema §228, "neke stvari, koje ni u čijoj vlasti nisu, može svako zauzeti i zadržati i tim samim one prelaze u njegovu sopstvenost i on postaje njihovim gospodarom".Ovo sticanje se u načelu odnosi kako na pokretne tako i na nepokretne stvari.

Da bi se pravo svojine na nepokretnim stvarima steklo okupacijom potrebno je da najpre budu ničije (§228). Pod ničijim stvarima podrazumevaju se dve kategorije stvari. Prvu kategoriju čine stvari koje do okupacije nisu bile ni u čijoj svojini (*res nullius* u užem smislu), a drugu one koje su bile predmet nečijeg prava svojine, ali ih njihov vlasnik kasnije napustio (*res derelictae*).

U izvorno ničije stvari, ubrajaju se takozvana pusta mesta. Nepokretnost koja se može kvalifikovati na ovaj način pribavlja se u svojinu

[10] D. Stojčević, Rimsko privatno pravo, Beograd, 1985, str.152.
[11] *Digesta,* 41,1,9,8.

od strane svakog lica koje je zauzme (okupira).[12] Pod pojmom, pusta mesta podrazumevaju se ona zemljišta koja nikada nisu bila obrađivana. U stvari duge kategorije spadaju prema §230 SGZ, ona zemljišta, koja su ranije bila obrađivana, ali ih je njihov vlasnik kasnije napustio. I takva zemljišta SGZ kvalifikuje kao pusta i dopušta sticanje prava svojine okupacijomu sledećim slučajevima:

1. Ako pravog gospodara nema za 10 godina, niti mu se traga i glasa zna, osim ako mu nije bilo moguće vratiti se i javiti se. Tu nemogućnost bi on sam morao da dokaže. Svojina na ovako napuštenom zemljištu pribavlja se prostim zauzimanjem, pod uslovom da je zauzimanje izvršeno pošto je proteklo 10 godina od njegovog napuštanja.

2. Okupacija je dopuštena i pre proteka roka od 10 godina, ukoliko je zemljište potpuno zapušteno, i „u lug obraslo bilo, tako da se moralo ponovo krčiti".

3. Ako je pravi gospodar, pošto je napustio svoje dobro, doznao da je isto, drugi zauzeo, pa se u roku od godinu dana ne bi vratio. U ovom slučaju se svojina okupacijom zemljišta samo uslovno sticala i pre isteka roka od 10 godina.

Naročiti, kvalifikovani slučaj prisvajanja okupacijom je krčenje šume u zakonom dozvoljenim slučajevima.

Od pribavljanja svojine okupacijom izuzeta su ona javna nepokretna dobra koja služe za upotrebu svima i koja samo delimično mogu biti predmet pravnog prometa (§. 234 i §26).

Na pokretnim stvarima pravo svojine okupacijom može se steći u sledećim slučajevima:

1. Nad izvesnim divljim životinjama (medved, vuk, divlja svinja, lisica, srna, jelen i zec) pribavlja se svojina kada se one uhvate ili ubiju. Isto važi za ptice bez obzira da li su za jelo ili ne (§235). Za lov su postojali posebni propisi u Zakonu o lovu. Prema §236. smatra se da divljač, uhvaćena ili pripitomljena, dotle pripada njegovom držaocu, dok se nalazi u njegovoj vlasti. Čim ona postane nemirna i izmakne se iz njegove vlasti, prestaje i pravo svojine. Takva (odbegla) životinja se i dalje smatra divljom i svako je može hvatanjem ili ubijanjem prisvojiti. I ribe su se smatrale divljim životinjama i mogle su se slobodno loviti osim ako posebnom uredbom pravo ribolova nije zabranjeno ili kome ustupljeno (§237). Što se tiče domaćih, pitomih životinja (konja, volova,ovaca, svinja kao i živine itd.), pravo svojina na njima ne gubi se time što bi životinje izmakle ispod vlasti držaočeve. One i dalje ostaju u svojini dotadašnjeg gospodara i on može svojinskom tužbom tražiti njihov povraćaj

[12] Građanski zakonik za Kneževinu Srbiju, §. 229.

(§238). U pitome životinje se prema §239, ubrajaju i golubovi i domaći rojevi pčela. Na rojevima pčela iz domaćeg presada pravo svojine se ne gubi samim tim što je roj izmakao ispod vlasti sopstvenikove, ali se on gubi, ako gospodar roja propusti da za 24 sata da ide za rojem i uhvati ga (§240). Po proteku ovog roka, ko uhvati roj, pribavlja i pravo svojina na njemu, kao i na svakoj drugoj divljači. Šumski roj u grmu smatra se ničijom stvari i podleže slobodnom zauzimanju (§241).

2. Na ribama se u načelu pribavlja svojina takođe okupacijom (hvatanjem) sem ako ribolov nije naročito zabranjen ili dat nekom privatnom licu pod isključiv zakup. I o ribolovu je kasnije bio donet poseban zakon.

Građanski Zakonik je regulisao i neke posebne slučajeve koji se ne smatraju okupacijom i time otklonio pravne dileme u pogledu njihove kvalifikacije. „Ko tuđu pokretnu stvar od propasti spase, (ne postaje njen vlasnik), nego od gospodara stvari ima pravo da traži naknadu troškova i srazmernu nagradu za svoj trud". Isti princip važi i u slučaju spasavanja stvari od požara, kao i prilikom brodoloma. Ni u jednom od ova dva slučaja nije dopušteno prisvajanje stvari okupacijom.[13]

Od predratnih pravnih propisa Austrijski građanski zakonik je takođe regulisao pitanje sticanja prava svojine okupacijom. „Za stvari koje nikome ne pripadaju, osnov se sastoji u urođenoj slobodi zauzeti ih. Način pribavljanja je prisvajanje, po kome se zauzima ničija stvar sa namerom da se sa njome kao sa svojom postupa".[14] Ničije stvari su se mogle slobodno prisvajanjem pribavljati osim ako to ovlašćenje nije posebnim zakonima ograničeno ili ukoliko neka lica nisu imala prvenstvo u prisvajanju. Ovo se naročito odnosilo na lov životinja. Posebnim zakonima je predviđeno ko i pod kojim uslovima ima pravo lova i ribolova, i pravne konsekvence koje on izaziva.

Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru, iz 1888 godine, sadrži sledeća pravila o okupaciji. "Pravilo je: ko prvi zauzme kakvu stvar koja gospodara nema, i to sa namerom da njegova bude, ona već samim tim i postaje prava vlaština (svojina), toga zauzimaoca. Jasno je, dakle, da ne može biti zauzeća one stvari koja svoga vlasnika ima. Pošto u Crnoj Gori, nema zemlje za koju se ne bi znalo čija je, neka niko ne misli, da raskrčiv ili ogradiv međom ili plotom kakvu zemlju on tijem postaje njen vlasnik Takva zemlja i posle toga, ostaje onoga čija je, pa baš i kad bi je vlasnik i sasvim zapustio".[15]

[13] SGZ, § 255 i 257.
[14] Austrijski građanski zakonik § 381.
[15] Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru, član, 842 i 843.

Za razliku od Građanskog zakonika za Kneževinu Srbiju, Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru, ustanovljavao je mogućnost sticanja prava svojine okupacijom samo na pokretnim stvarima. Aprehenzione radnje koje bi imale za posledicu zaposedanje zemljišta, kao što su: raskrčivanje, ili ograđivanje nekog zemljišta, pa čak i kada je ono sasvim zapušteno, ne dovodi do sticanja prava svojine za onoga ko vrši zaposedanje. Znači, nepokretnosti se nisu mogle steći u svojinu okupacijom.

Okupacija prema Zakonu o osnovama svojinsko-pravnih odnosa

Prema Zakonu o osnovama svojinsko-pravnih odnosa (ZOSPO) „na pokretnu stvar koju je njen vlasnik napustio, pravo svojine stiče lice koje je uzelo tu stvar u državinu sa namerom da je prisvoji (okupacija), ako zakonom nije drugačije određeno.

Na nepokretnosti se ne može steći pravo svojine okupacijom“.[16]

Da bi se steklo pravo svojine okupacijom na osnovu ZOSPO, potrebno je da se ispune sledeći uslovi.

1. Objekat na kojem se okupacijom može steći pravo svojine je samo pokretna stvar. Nepokretnosti se ne mogu steći u svojinu okupacijom.
2. Pokretnu stvar je njen vlasnik napustio, na nedvosmislen način, izražavajući pravno relevantnu volju da želi da je napusti
3. Derelikciju može izvršiti samo poslovno sposobno lice
4. Lice koje okupira tuđu pokretnu stvar mora da preduzme akt prisvajanja. Nije neophodno da poseduje poslovnu sposobnost.
5. Sticalac je ovlašćen da vrši okupaciju napuštene stvari, tzv. slobodna okupacija, jer se u slučaju tzv. okupacije vezane za pravo prisvajanja, ne primenjuje čl. 32 ZOSPO, nego drugi odgovarajući zakoni.

Okupacijom se u našem pozitivnom pravu mogu steći samo pokretne stvari koje je njihov vlasnik napustio, (derelinkvirana stvar). Derelikcija predstavlja akt vlasnika kojim se napušta državina stvari s tim što napuštanje nije dovoljan uslov, već je potrebna i namera da se odrekne prava svojine ne njoj. Namera postoji „kada njen vlasnik na nesumnjiv način izrazi volju da ne želi više da je drži“.[17]

Za punovažno napuštanje svojine na stvari ZOSPO, predviđa dva uslova: 1. da je vlasnik na nesumnjiv način izrazio volju da stvar više ne želi da drži, i 2. prestanak državine te stvari. Kod napuštanja svojine na pokretnim stvarima potrebna je izjava volje vlasnika da je napušta, kao i sam faktički akt napuštanja stvari njenim odbacivanjem.

[16] Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, član 32.
[17] Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, član 46,stav 2.

Svojina na pokretnoj stvari se, znači, napušta na osnovu voljnog akta, pri čemu je pri napuštanju državine stvari došla do izražaja i volja da se na toj stvari vlasnik odriče prava svojine. Volja za odricanje od prava svojine mora biti izražena na nesumnjiv način. Sadržina volje o napuštanju neke stvari određuje se prema konkretnim okolnostima. Po pravilu napuštanje prava svojina na nekoj stvari poklapa se sa napuštanjem državine te stvari, ali to na mora uvek biti tako. Moguće je da se vlasnik stvari odrekne svojine na njoj samo delimično i napusti je. Napuštanje stvari od strane vlasnika, ne utiče na prava trećih lica koja na njoj postoje. Za derelikciju nije samo dovoljna volja vlasnika da stvar napusti nego je potrebno i da se izvrši napuštanje državine stvari.

Prema stanovištu usvojenom u našoj sudskoj praksi, da bi došlo do gubitka prava svojine derelikcijom nije dovoljno da vlasnik prestane da drži stvar, već je potrebno nesumnjivo manifestovanje volje da stvar napušta i da više ne želi biti vlasnik stvari. Volja o napuštanju stvari i prestanku prava svojine na njoj može se izraziti ne samo izričito već i prećutno tj. takvim ponašanjem (radnjom), po kome se sa sigurnošću može zaključiti da vlasnik više ne želi da drži stvar.[18]

Derelikcija (napuštanje), je voljna pravna radnja, koju može preduzeti samo poslovno sposobno lice koje je istovremeno ovlašćeno da raspolaže tim stvarima koje želi da napusti. U našoj pravnoj teoriji ima mišljenje da, derelikcija predstavlja pravni posao, s tim što se čini ispravnije da je to pravna radnja. [19] Pravna radnja derelikcije se ne pretpostavlja nego se za svaki slučaj posebno mora dokazati.

Pravna dejstva derelikcije različita su u zavisnosti da li je stvar pokretna ili nepokretna. Dok pokretna stvar postaje ničija,i može se zasnovati pravo svojine okupacijom, derelinkvirana nepokretnost prelazi u državnu svojinu (čl. 46, stav 3 ZOSPO).

Vlasnik nepokretnosti se može jednostranom izjavom odreći prava svojine na nepokretnosti, (u korist Republike Srbije), ako na njoj nema tereta (na primer, hipoteka, plodouživanje i sl.), osim stvarnih službenosti. Izjava o odricanju daje se pred sudom i služi kao osnov za upis u javnu knjigu o evidenciji nepokretnosti i pravima na njima. Od podnosioca izjave će se, pre njenog potpisivanja zatražiti da podnese izvod iz javne knjige o evidenciji nepokretnosti i pravima na njima, odnosno drugu odgovarajuću ispravu na osnovu koje se utvrđuje da je on vlasnik predmetne nepokretnosti. Sud će potpisanu izjavu, zajedno sa priloženim ispravama,

[18] Presuda Vrhovnog suda Vojvodine, Rev. 363/90 od 23.V 1990.

[19] D. Stojanović, Dimitar Pop Georgiev, Komentar Zakona o osnovama svojinsko pravnih odnosa, Beograd, treće prošireno izdanje, čl.32, str.106.

dostaviti Republičkoj direkciji za imovinu Republike Srbije radi pokretanja postupka za uknjižbu i određivanje načina korišćenja predmetne nepokretnosti.[20]

Do donošenja Zakona o prometu nepokretnosti, jednostrana izjava o odricanju od prava svojine na nepokretnosti davala se opštinskom organu uprave nadležnom za imovinskopravne poslove, i to usmeno na zapisnik ili ispravom overom od strane nadležnog organa. Uz ovu izjavu bilo je potrebno priložiti dokaz o svojini i nepostojanju tereta. To je najčešće bio izvod iz zemljišnih knjiga. Moglo je biti i pravosnažno rešenje doneto na osnovu odgovarajućih zakona. U nedostatku ovog rešenja, odricanje se vršilo na osnovu potvrde izdate od strane opštinskog organa uprave zaduženog za imovinskopravne poslove, kada vlasnik dokaže postojanje jednog od pravnih osnova za pribavljanje prava svojine.

Derelikciju nepokretne stvari treba razlikovati od poklona koji se učini u korist društvene zajednice. Derelikcija je jednostrani pravni akt i zato nije potrebna izjava volje predstavnika organa društvene zajednice. Pravna dejstva derelikcije, prelazak nepokretnosti u državnu svojinu, nastaju po sili zakona. Za prelazak nepokretnosti u državnu svojinu derelikcijom, neophodan je i upis u javne registre o evidenciji nepokretnosti. Nasuprot tome, poklon je dvostrani pravni posao i za sticanje prava svojine potrebna je saglasnost poklonoprimca (predstavnika društvene zajednice), kao i upis prava na nepokretnosti u javne knjige. Poklon se pod određenim uslovima može opozvati (revokacija poklona), dok je izjava o derelikciji neopoziva i može se napadati samo po opštim pravilima o manama izjavljene volje (zabluda, prevara) ili zbog nedostatka poslovne sposobnosti.

Nasuprot derelikcije, za okupaciju nije potrebna izjava volje okupanta, nego samo zasnivanje državine na napuštenim stvarima.

Čin prisvajanja predstavlja uzimanje stvari u državinu (aprehenziona radnja), ali ne u bilo kakvu državinu, nego u neposrednu državinu, sa namerom da se stekne svojina na toj stvari. Čin uzimanja stvari u državinu koja nije neposredna i preduzeta sa namerom prisvajanja ne dovodi do sticanja prava svojine. Isto tako, neće se smatrati aktom prisvajanja ni onaj koji je preduzet sa namerom da se stvar prisvoji, ali volja s kojom je preduzet iz nekog razloga nije pravno relevantna.[21]

Napuštene stvari u načelu mogu okupirati, (zasnovati državinu na njima), sva fizička i pravna lica s tim što nije neophodno da budu poslovno sposobna. Za napuštene stvari važi načelo slobodne okupacije, jer ih

[20] Zakon o prometu nepokretnosti, "Sl.glasnik, RS",br.42/98, čl.16.
[21] N. Gavela, Stvarno pravo, Zagreb,1998, str.366.

mogu zauzeti sva lica, osim ako posebnim zakonom nije nešto drugo predviđeno. Posebnim zakonom, se može utvrditi da okupaciju pojedinih stvari mogu vršiti samo za to ovlašćene lica. U pravnoj teoriji se ovaj vid okupacije naziva, *ius iacentes*-okupacija vezana uz pravo na prisvajanje.[22]

Posebno pravo na prisvajanje neke vrste stvari stiče se na osnovu normi posebnih zakona, i važi za određena lica koje ispunjavaju zakonom određene pretpostavke, ili ga je određenom licu dala nadležna vlast svojim aktom-odobrenjem (na primer, prisvajanje na osnovu dozvole za lov, ribolov i sl.). Lica koja imaju pravo na prisvajanje, mogu u granicama ovlašćenje koja imaju na osnovu, zakona ili posebne dozvole ovlašćenog organa, sticati pravo svojina na stvarima na koje se to pravo odnosi.

Pravo na prisvajanje (pravo na okupaciju, *Aneingnungsrecht*), predstavlja preobražajno pravo nastanka, koje ovlašćuje svog titulara da određenu vrstu stvari može steći prisvajanjem. Pravo na prisvajanje nije stvarno pravo, jer ne daje njegovom titularu nikakvu pravnu vlast na stvari, nego ga samo ovlašćuje da prisvajanjem stekne stvar. Ako bi za sticanje prava svojine prisvajanjem neke stvari, sticalac trebalo da ima pravo na prisvajanje utvrđeno zakonom ili nekim drugim pravnim aktom, a preduzme čin prisvajanja te stvari, bez tog prava, tim činom nije stekao pravo svojine nego samo državinu (na primer, krivolovac ulovi životinju na koju nema pravo i sl). Isto važi i za lice koje ima pravo na prisvajanje, ali preduzme čin prisvajanja drugih stvari ili prekorači granice prava prisvajanja.[23]

Pored navedenog prava na lov i ribolov, gde se prisvajanje stiče na osnovu zakona ili odluke nadležnog organa, jedan od slučajeva napuštenih stvari utvrđen posebnim zakonom predstavlja, olupina broda koji je napušten (abandon) ili tovar koji je zbog opasnosti koja je pretila brodu bačen u more ili reku. Prema Zakonu o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi, predviđena su posebna pravila o sticanju prava svojine na odbačenim stvarima. "Brodar može, prema svojoj oceni u svako doba i bilo gde da iskrca, a ako se radi o ugrožavanju lica, broda, tereta na brodu i životne sredine, i da baci teret koji je bez njegovog znanja ukrcan kao i teret koji je neispravno i nepotpuno označen. Potonula stvar, na kojoj postoji pravo svojine, a koja nije izvađena u roku od 10 godina, od dana kada je potonula, postaje imovina Republike Srbije."[24]

[22] B. Vizner, Komentar Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima, Zagreb,1980, čl.32, str. 198.

[23] N. Gavela, Stvarno pravo, Zagreb, 1998, str. 369.

[24] Zakon o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi, „Sl. list SRJ", br.12/98, čl.603, 828.

Iz citirana zakonske odredbe evidentno je da objekt okupacije ne mogu biti stvari koje su odbačene sa broda, jer u slučaju da ih ovlašćeni subjekt ne izvadi o određenom roku one prelaze u državnu svojinu.

Okupacija ja isključena i na stvarima veće vrednosti, kao i onima koje su od posebnog značaja za društvenu zajednicu. Zato je Zakonom o osnovama svojinsko-pravnih odnosa predviđeno da se okupacijom može steći pravo svojine na napuštenim stvarima „ako zakonom nije drukčije određeno.“[25]

Okupacija i u buduće treba da ispunjava cilj radi kojeg je i ustanovljena. Ona predstavlja originaran način sticanja prava svojine na osnovu činjenica utvrđenih zakonom. Okupacijom kao originarnim načinom sticanja prava svojine, postojeće faktičko stanje nastalo kao posledica napuštanja svojine od strane njenog vlasnika, prerasta u pravno stanje, činjenicom da je drugo lice uzima u državinu sa namerom prisvajanja. Prisvajanje napuštene stvari koje se njen vlasnik odrekao, zasnivanjem samostalne i neposredne državine od strane njenog zauzimaoca, dovodi do nastanka prava svojine. Novo pravo svojine potiskuje staro, koje je prestalo usled nezainteresovanosti ranijeg vlasnika da svoje pravo vrši, i volje da stvar napusti (odricanje od prava svojine), koja je izražena na nesumnjiv način. Sticanje prava svojine okupacijom odnosi se samo na ničije pokretne stvari, koje je njen vlasnik napustio, ako zakonom nije drukčije određeno.

[25] Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa,član 32. stav 1.

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

Ownership acquired by occupation

Abstract

Occupation is taking possession of a thing belonging to nobody (*res nullius*), but capable being owned. Occupation is originally title to ownership, because person entitled does not take from any predecessor. The things ownerless might be one which never belonging to somebody, or abandoded by previous owner. Things without an apperent owner in which no one claims a property, such as wild animal, fish, wild birds etc. belongs to somebody who has a permission by Law, to hunt it. Property that has been abandoned become *res nullius*, and a person taking possession of it therefore acquires a lawful titles. In Serbian Law occupation is possible only on movable and abandoned things, by occupant who is taking possession on it, in order to become owner. Immovables is not suit to acquired by occupation. If immovables become *res nullius* the ownership on it belogs to the State of Serbia.

Originalni naučni rad 347.23:351.74

Dr Ljubomir Stajić, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

PRAVNI OKVIR PRIVATNE BEZBEDNOSTI U SVETLU SAVREMENOG SHVATANJA POJMA BEZBEDNOSTI

Sažetak: *Pravo je osnov ali i granica organizovanja, funkcionisanja i delovanja svih bezbednosnih sistema pa tako i privatne bezbednosti. Savremeni pristup bezbednosti podrazumeva, između ostalog i davanje odgovora na izazove, rizike i pretnje koji se tiču nedržavnih (privatnih) subjekata bezbednosti. Delovanje privatne bezbednosti nezamislivo je bez pravnog okvira koji je definisan međunarodnim i unutrašnjim pozitivnim pravnim propisima koji se tiču sveukupne problematike bezbednosti.*

Savremeni bezbednosni izazovi, po privatni sektor (naročito zemalja u tranziciji) posledica su nastalih društvenih, geopolitičkih, geostrategijskih, vojnih, političkih i ekonomskih promena u poslednjih petnaest godina kako na mikro tako i na makro planu. Iako očekivane, te promene su zatekle nespremne skoro sve sisteme bezbednosti. Glomazni, neefikasni i organizovani po principima da ugrožavanje dolazi od drugih država, nisu u stanju da odgovore opasnostima koje sada dolaze od nedržavnih subjekata u vidu terorističkih mreža i organizovanih kriminalnih transnacionalnih grupa koje ne moraju da brinu o poštovanju suvereniteta drugih država, međunarodnim pravnim normama poštovanja ljudskih prava niti o birokratskim procedurama u saradnji i razmeni informacija.

Privatna bezbednost svojom organizacijom, efikasnošću i efektivnošću uz primenu sofistiranih sredstava i mera nove generacije tek treba da da odgovor na nove izazove rizike i pretnje. Prvi korak u tome je pravno regulisanje delatnosti industrije privatne bezbednosti kod nas.

Ključne reči*: pravo, bezbednost, privatna bezbednost, korporacije.*

1. Uvod

Termin tranzicija u privredi u bukvalno shvaćenom smislu znači premeštanje vlasništva, a time i procesa odlučivanja, iz ruku jedne partije i društva u ruke privatnog preduzetničkog sektora. Paralelno sa procesom tranzicije odvijaju se i procesi kao što su globalizacija, novi svetski poredak, novo shvatanje bezbednosti i drugi. Svaki od njih, sam za sebe, ali i svi zajedno podrazumevaju traumatske promene u sferi finansija, tržišta, radne snage, kapitala i privrednih odnosa. Čovečanstvo, a u okviru njega države i privredni subjekti (korporacije) postaju sve zavisniji od odnosa koji vladaju u okviru navedenih procesa. Ta pojava nam ukazuje na to da je danas teško zamisliti državu, korporaciju ili preduzeće koje posluje van ovih tokova. Jednostavno rečeno, ako nisi uklopljen u svetski sistem, ne možeš opstati na tržištu, tvoj proizvod i način proizvodnje ne interesuju nikoga, a time nema ni profita što u krajnjem dovodi do propasti. Kako svi žele da izbegnu propast tranzicija kao proces podrazumeva mnogo taga. Jedan od segemenata koji tranzicija tretira jeste i privatna bezbednost. Naime, u promenjenim uslovima država ne može da se stara o ekskluzivnoj zaštiti bezbednosti nečije privatne imovine. Odmah se postavlja pitanje ko će štititi tu imovinu.

Tranzicija se kao proces odvija u proteklih petnaestak godina. Kao takav taj proces još nije završen. Pod tim pojmom okvirno podrazumevamo transformaciju drštva iz dirigovane (planske) privrede u liberalno-demokratsku privredu koja podrazumeva da kapital i sredstva proizvodnje dobijaju novog vlasnika u liku pojedinca ili neke privatne ili državne korporacije pri čemu je naglasak na privatnom sektoru.

Privatni kapital je morao naći model zaštite da ostane zaštićen od strane onih koji bi da ga ugroze, a da bi mogao da se razvija, raste i širi na sve veća prostranstva i zapošljava sve više radnika koji bi (opet) svojim radom stvorili sve veći višak vrednosti. Tada nastaje industrija privatne bezbednosti sa zadatkom koji smo upravo naveli. Kasnijim razvojem države, njenom demokratizacijom, novim oblicima organizacije, novim zadacima u zaštiti ljudskih prava i sloboda širi se shvatanje pojma i obima bezbednosti pa samim tim i obaveza u zaštiti te „nove“ bezbednosti koju danas nazivamo integralnom bezbednošću. U tom smislu postavlja se nekoliko krucijalnih pitanja odnosa i shvatanja privatne bezbednosti i integralne bezbednosti kao što su na primer:

1. Koji su savremeni izazovi, rizici i pretnje po privatnu bezbednost;

2. Kako savremeno shvatanje pojma bezbednosti utiče na razvoj i shvatanje pojma privatna i(li) korporativna bezbednost;

3. U kakvom su odnosu bezbednost koju ostvaruje država preko svojih organa i privatna bezbednost koju ostvaruju specijalizovane privatne agencije;

4. Kako privatna bezbednost utiče na stanje i unapređenje korporativne bezbednosti;

5. Kakva je finkcija države u pomaganju, usmeravanju i unapređenju privatne i korpotativne bezbednosti;

6. Da li je privatna bezbednost danas u stanju da odgovori svim izazovima i pretnjama koji se pred nju postavljaju:

7. U okviru kakvog pravnog okvira se odvija organizacija i funkcija privatne bezbednosti itd;

Da bi se odgovorilo na postavljena pitanja potrebno je, sem istorijskog osvrta, dati i prikaz bezbednosne slike danas i savremenog shvatanja oba pojma (integralne i privatne odnosno korporativne bezbednosti) iz čega ćemo videti i deo odgovora na postavljena pitanja. Odmah zatim potrebno je definisati pravni okvir (međunarodni i domaći) u okviru koga će se odvijati nastajanje i delovanje nove industrije koju smo nazvali privatna bezbednost.

2. Bezbednosna slika kao korporativno okruženje

Nastanak novih bezbednosnih izazova, rizika i pretnji vezuje se za prestanak Hladnog rata i nestanak bipolarne podele sveta između dva najznačajnija svetska bloka. Dominantna bezbednosna pretnja tokom više od pet decenija trajanja stanja ni rata ni mira dolazila je od strane suprotstavljenog bloka i velikih sila i bila je izražena kao nuklearna pretnja sa mogućnošću kataklizmičkog uništenja ne samo suprtotstavljene strane već i čitavog čovečanstva. Osnovna karakteristika pomenutog perioda je to da je bezbednost shvatana kao zbir bezbednosti pojedinih država ili zasebnih blokova potpomognuta delimičnim uticajem sistema međunarodne bezbednosti oličenom u OUN. Bez obzira na ekstremnu suprotstavljenost najmoćnijih suparnika u smislu proklamovanih ciljeva i ideologija pomenuti period karakterističan je i po tome što je bezbednost toga doba ugrožavao „poznati neprijatelj“ (suprotstavljeni blok, suprotstavljeni sistem, nuklearna pretnja, suprotstavljena ideologija i sl.), što su bili jasno postavljeni i razgraničeni ciljevi (pobediti i Hladnom ratu) i na kraju što je umnogome postojala mogućnost predviđanja reakcije suprotstavljene strane. Jednom rečju neprijatelj je bio ideološki suprotstavljen blok država sa određenom uglavnom poznatom silom i moći. Upravo u ovoj činjenici vidimo i

osnovnu razliku u odnosu na današnje, savremene, bezbednosne pretnje koje uglavnom dolaze od strane nedržavnih subjekata (aktera). Naime, beći broj značajnih opasnosti po državu ali i privatni sektor (korporacije) danas ne dolaze od strane jedne ili više suprotstavljenih država već od nedržavnih više-manje nekontrolisanih subjekata koji su se na ovaj ili onaj način domogli oružja, a kao sredstvo borbe za ostvarivanje svojih ciljeva izabrali su, recimo, terorizam u svakom njegovom obliku od klasičnog preko sajberterorizma do nuklearnog, hemijskog ili biološkog terorizma.

Zbog intezivnih migracija, revolucije u komunikacijama, mogućnosti brzog putovanja, slobodnog protoka tehnologija, veće poroznosti granica, velikog jaza između različitih kultura, vera i ideologija, bezbednosni izazovi rizici i pretnje po korporacije danas nisu samo prosti zbir činova (akata) ugrožavanja. One danas iako imaju isti naziv i isti cilj kao ranije sa sobom nose potpuno novu energiju ugrožavanja koja svojom snagom prevazilazi opasnosti koje su do sada bile poznate. To se najbolje vidi na primeru terorizma. „Liberalni" terorizam sedamdesetih godina i današnji terorizam imaju samo ime i cilj zajedničko, dok se njegovi dometi, destruktivnost, brutalnost i žrtve koje nose razlikuju u vrednostima koje se množe indeksom i više stotina puta. Time dolazimo do novog pojma koji je već zaživeo u bezbednosnoj terminologiji, a to je pojam transnacionalne pretnje kojom nisu ugrožene samo države, međunarodna zajednica već i svaki njen deo pri čemu je ekonomija u središtu udara modernog terorizma. Naravno ovde treba napomenuti i nove do skoro nepoznate ili samo sporadične oblike ugrožavanja bezbednosti korporacija kao što su organizovani kriminal, industrijska špijunaža, kompjuterski kriminal, korupcija i brojni drugi. Praktično, ne postoji korporacija koja za sebe može reći da je direktno ili indirektno van uticaja tih pretnji.

Sledeća karakteristika savremene bezbednosne slike vezane za ponašanje i poslovanje korporacija je za same službe i sisteme bezbednosti korporacija gde je u toku prilagođavanje (transformisanje) snaga, službi i sistema bezbednosti novim bezbednosnim izazovima rizicima i pretnjama. Svedoci smo sve češćeg priznanja najodgovornijih ljudi u vodećim zemljama sveta da je nova situacija zatekla, donekle, nespremne službe bezbednosti i da su kao takve doživele brojna iznenađenja i učinila propuste jer je njihova organizacija, metod i sredstva rada bila usmerena na drugačije protivnike, a „neprijatelj" se pojavio u potpuno novom obliku. Naravno, da je to zahtevalo hitne i korenite promene i taj proces je u toku.

3. Savremeni bezbednosni korporacijski problemi

Bezbednost kao funkcija sistema privatne (korporativne) bezbednosti je delatnost u razvoju i još nije dostigla potreban nivo ujednačenog razvoja u svim zemljama i svim industrijskim sistemima. Naravno, postoje delovi industrija i zemalja koje su u primeni naučnih principa korporativne bezbednosti otišle mnogo dalje dok postoje i one koje to rade na osnovu nasleđenih znanja koja su doneli iz vojnih ili policijskih struktura. Pošto se radi o potpuno novoj sredini (najčešće ekonomske ili upravne struke), a u okolnostima brzih promena i stalnog razmišljanja kako opstati (npr. na tržištu) jasno je da se radi o specifičnim potrebama, načinima i sredstvima zaštite sa kojima se korporacije sreću. Time dolazimo od novog načina upravljanja korporacijom u celini pri čemu razvoj u sektoru bezbednosti ima posebno mesto. Promene u organizacionim, sistemskim, pravnim i obrazovnim aktivnostima privatnu bezbednost dovode u situaciju intezivnih i stalnih promena.

U tom smislu novi (izraženiji) problemi korporativne bezbednosti u obavljanju delatnosti mogu se svesti na :

1. *Nove okolnosti* u kojim se zaštita bezbednosti odvija (novi su ekonomske uslovi, novi su politički odnosi na međunarodnom i regionalnom planu, novi su uslovi i potrebe povezivanja ekonomskih subjekata, novi su standardi bezbednosti korporacija, nove su potrebe za bezbednošću, novi su vlasnici čije je sedište hiljadama kilometara daleko, nova su sredstva i metode zaštite, nova je pravna regulativa i sl.)

2. *Nova odgovornost* koja podrazumeva njenu individualnost i nemogućnost sakrivanja iza državnih subjekata bezbednosti. Odgovornost za organizaciju, za ciljeve, za sredstva, za ljude, za poslovne partnere, za prijem novih kadrova, za očuvanje interesa sopstvenih ali i interesa poslovnih partnera, odgovornost prema državi, društvu, ekologiji. Tu treba dodati još i etičku i socijalnu odgovornost kao novi vid kulture odnosa kako unutar tako i van organizacije.

3**.** *Internacionalizacija i globalizacija* odnosa, uslova, potreba komunikacije, proizvodnje, transporta, propisa, finansijskih uslova, radne snage, tržišta, ideja. Sve navedeno govori da privatna (korporativna) bezbednost nije sama za sebe, niti je sebi cilj, već se mora posmatrati šire makar u onom segmentu u kojem lica ili organizacije žive ili posluju. Danas Istok mora gledati šta radi Zapad i obrnuto. Ideje, procesi i tendencije na zapadu, danas su isto to na istoku već sutra i obrnuto. Potrebe i zahtevi prema privatnoj bezbednosti kreću se brzinom kojom to omogućavaju savremena sredstva komunikacije - dakle trenutno. Bilo kakvo zaka-

šnjenje ili propust se multiplicira kasnije i može korporaciju ili preduzeće dovesti do propadanja.

4**.** *Stalna reorganizacija* je problem koji korporativnoj bezbednosti ne dozvoljava nikakvo opuštanje. Promena broja organizacionih jedinica, njihova disperzija u daleke regione sa drugačijim pravnim i ekonomskim uslovima, ljudskim resursima, drugačijim sistemom obrazovanja i shvatanja bezbednosti, zahteva od privatne bezbednosti da stalno menja svoju organizacionu strukturu, metode i sredstva rada, da povećava fluktaciju ljudi u sistemu kako bi se zadovoljile nove, bitno narasle, potrebe. Ako tome dodamo i činjenicu koju smo naveli ranije a to je da se pojavljuju i novi intezivniji oblici ugrožavanja, onda ovaj problem postaje još teži i zahteva povećan napor ne jednog čoveka već čitavih timova.

5. *Novi standardi*. Bezbednost je možda poslednja od upravljačkih oblasti u koju se uvode ISSO međunarodni standardi bezbednosti. Razlog leži u činjenici da se bezbednost uvek smatrala ekskluzivnom brigom uskog kruga ljudi po principu „samo za sebe" što je otežalo bitniji prodor u ovoj oblasti. Danas, strateški menadžment želi iste bezbedne uslove i standarde poslovanja kako na Istoku tako i na Zapadu i to je činjenica koja će ubrzati rad na uvođenju međunarodnih standarda u ovoj oblasti.

Tačna je konstatacija da su ljudi uopšte, privatni subjekti, korporacije i drugi manji privatni sistemi danas ugroženije nego ranije zbog dubokih društvenih promena tokom poslednjih nekoliko godina što se naročito odnosi na države u tranziciji i na tzv. države „mlade demokratije", a na koje su uticale nove okolnosti u kojima se odvijaju bezbednosni događaji. Ovoj činjenici treba dodati i porast broja organizacija, grupa i pojedinaca koji imaju interes da ugroze opstanak, rast i razvoj korporacija bilo da su to ekonomski, politički, ideološki ili verski protivnici kao i metoda i sredstava ugrožavanja što sveukupno čini zadatak službi zaduženih za bezbednost korporacija sve težim. Osećaj mogućnosti ugrožavanja u svim društvima postaje sve jači iako smo svesni činjenice da nikada nije bilo više snaga bezbednosti, nikada nije bilo toliko i takvih sredstava u funkciji zaštite bezbednosti i nikada se nije brinulo o tome kao danas.

Tradicionalno shvatanje da je samo policija odgovorna za bezbednost uveliko se napušta što otvara polje jednoj novoj filozofiji bezbednosti u kojoj privatna bezbednost ima sve značajnije mesto. Policija danas sve više dobija ulogu subjekta koji selektivno deluje, usredsređujući se na određene („najopasnije") oblike ugrožavanja, dok je društvu, a time i i privatnom sektoru, ostavljeno da se stara o onim, drugim, „manje opasnim" ugrožavanjima. Naravno, nije reč o zasebnim, razdvojenim i nepovezanim elementima i njihovim jednokratnim akcijama, već naprotiv – o

sistemu koji kroz kontinuirani proces realizuje funkciju bezbednosti. Time se stvara jedna nova bezbednost koju nazivamo integralna bezbednost u kojoj učestvuju svi subjekti jednog društva. Pošto su sistemi bezbednosti od onih državnih do privatnih hijerarhijski ustrojeni, mesto i uloga strateškog menadžmenta privatnih subjekata, ali i mesto i uloga bezbednosnog menadžmenta, dobija na značaju jer upravo on nosi odgovornost za razvoj relativno mlade industrije-industrije privatne bezbednosti.

Međutim, neretko se dešava da podcenjivanje nosilaca ugrožavanja, predrasude, prepotentnost, iluzije o stručnosti, zanemarivanje mogućnosti ugrožavanja upravo dovode do ugrožavanja bezbednosti korporacija. Iskustvo koje se stvara posle dugogodišnjeg rada najčešće dovodi do rutinskog, šablonskog obavljanja poslova pri čemu se zaboravlja da nema dve apsolutno iste ugrožavajuće pojave. Bezbednosna kultura nas uči da se u svakoj situaciji pristupa krajnje oprezno, uz oslanjanje na sopstveno ali i tuđe iskustvo, uz maksimalno uvažavanje principa teorije bezbednosnih nauka.

Osnovni uslov za uspešan rad bezbednosnog menadžmenta jeste njegova stručnost. Javlja se kao produkt spoja teorijskog znanja i prakse. Menadžment bezbednosti mora biti svestan neophodnosti posedovanja teorijskih znanja, odnosno opštih instituta bezbednosnih nauka: savremenog shvatanja integralne bezbednosti i vrednosti korporacija kojima je neophodna zaštita; izvora, vidova i oblika pojava ugrožavanja bezbednosti; zatim mora uvažavati pojam, elemente i funkcionisanja sistema bezbednosti korporacija; krivičnopravne i krivičnoprocesne propise; poznavati svoja prava, dužnosti, ovlašćenja i odgovornost; metodiku suprotstavljanja određenim vidovima i oblicima ugrožavajućih pojava i slično.

Priroda poslova, organizacija, nadležnost i ovlašćenja bezbednosnog menadžmenta utiču na stvaranje određene zatvorene sredine u kojoj važi poseban sistem vrednosti, pravila ponašanja, stavovi o potrebnom ponašanju i odnosu prema određenim kategorijama subjekata iz okruženja navedene sredine. To uzrokuje i stvaranje određene predstave o neophodnosti suprotstavljanja pojavama ugrožavanja primenom određenih metoda i sredstava i specifičan odnos prema nosiocima ugrožavanja, ali i prema licima koja nemaju veze sa pojavama ugrožavanja, a sa kojima dolaze u dodir prilikom obavljanja poslova bezbednosti.

4. Savremeno shvatanje pojma bezbednosti

Bezbednost je u različitim istorijskim periodima i u različitim društvenim uređenjima i okolnostima različito shvatana. To shvatanje je najčešće polazilo od toga ko definiše šta je bezbednost i koje se vrednosti

moraju štititi sistemom bezbednosti. Tako, u nekim društvima vrednost koja se mora štititi je vlast vlastodržaca, u drugim je to država, u trećim klasa na vlasti, u četvrtim monarhija, u petim privatna imovina, u šestim ponešto od svega toga itd. Očigledno je da bi popis istorijskih vrednosti koje se štite bio dug, a samim tim je i definicija bezbednosti bilo mnogo. Praktično, koliko autora toliko i definicija. Razvojem države, međunarodnog prava i ljudskih prava i sloboda dolazi do standardizacije vrednosti koje se moraju štititi u svim društvima pa time i do približavanja u definisanju pojma bezbednosti. Generalno gledano, polazilo se od toga da je bezbednost funkcija države i organa, zatim da je to organizacija posebnih državnih subjekata ili stanje kao zamišljeni standard bezbednosti koji se želi postići. Zbog ograničenosti prostora nećemo se baviti analizom ranijih definicija iako pomenute definicije smatramo vrlo dobrim ostvarenjima na polju definisanja pojma bezbednosti. Današnje shvatanje tog pojma zahteva da se dosadašnji pokušaji nadograde novim elementima koji bliže određuju savremeno shvatanje sadržaja svojstva koje nazivamo bezbednost.

Polazeći od te premise, a uvažavajući sve navedeno bezebednost možemo definisati na sledeći način.

Bezbednost je svojstvo nekog realnog društvenog, prirodnog ili tehničkog subjekta (bića, tvorevine ili stvari) ispoljeno kao uspostavljeno, održano i unapređeno stanje i(li) vrednost, a koja se izražava kroz ispunjenost minimuma određenih (bezbednosnih) standarda svojstvenih tom subjektu, a koji mu omogućavaju realnu osnovu za opstanak, rast i razvoj bez obzira na nosioca, oblik, vreme, i mesto mogućeg ugrožavanja.

Iz definicije se može videti da je reč o složenoj kategoriji multidisciplinarnog sadržaja, pa je potrebno ukazati na njene elemente kako bi se lakše i bolje shvatila njena suština koja je opet posledica složenosti pojave o kojoj govorimo. Ti elementi definicije su:

- svojstvo;
- realni društveni, prirodni, i tehnički subjekt;
- stanje i(li) vrednost:
- ispunjenost minimuma bezbednosnih standarda;
- omogućavanje opstanka, rasta i razvoja.

Bezbednost kao *svojstvo* nam ukazuje na to da se radi o nerazdvojnom atributu društvenog, prirodnog ili tehničkog subjekta koje može biti biće (čovek, insekt, životinja i drugo), ljudska ili prirodna tvorevina (država, **korporacija**, međunarodna organizacija i drugo) ili tehnička ili tehnološka komponenta uređaj ili aparat (mašina, most, automobil, nuklearna centrala i slično), bez koga taj subjekt nebi mogao ni postojati u smislu

svoje osnovne funkcije. Odnosno svaki subjekt i postoji dok ima minimum ispunjenih uslova za svoj opstanak (minimum bezbednosti).

Iz navedenog proističe da nepostojeći subjekti (bivše države, mrtva bića, mašine koje ne rade i drugo) nemaju svojstvo bezbednosti. Isto tako nerealno, nematerijalno ne-biće, Bog, smrt, ljubav, mržnja nemaju svojstvo bezbednosti. Bog, smrt, ljubav i mržnja ne mogu biti ugroženi u smislu datog shvatanja bezbednosti i ugrožavanja, a to je veće ili manje uništenje ili oštećenje nekog dobra ili vrednosti ili prisustva bilo koje druge opasnosti.

Ovakvo shvatanje svojstva nekog subjekta znači da to svojstvo postaje i njegova vitalna (najvažnija) *vrednost*. Ta vrednost se čuva i štiti bilo od strane samog subjekta bilo od strane drugog zainteresovanog subjekta. Tako na primer ljudi štite bezbednost države, ljudi se staraju o bezbednosti rada mašina, drugih bića ili prirodne sredine ali i obrnuto, država se stara o bezbednosti ljudi i svega ostalog što čini minimum uzajamne bezbednosti. Pod vrednošću podrazumevamo idealno stanje izvesnih standarda, sadržaja, normi, pojava i shvatanja koja im ljudi pridaju, a koji se sastoje u tome da se te vrednosti čine poželjnim za određene subjekte, a koje su usmerene ka dobrobiti datog subjekta. Tako, vrednost je sve ono što ima ili mu se pridaje veliki značaj i što je predmet interesovanja i posebne zaštite. Vrednosti su promenljive i različito definisane kroz istoriju (primer slobode, nezavisnosti, pravde, morala, teritorije, sistema vladavine i drugo). One se stalno menjaju dopunjuju i dograđuju. Vrednosti mogu biti materijalne i nematerijalne, a dele se na individualne, grupne, nacionalne i međunarodne.

Bezbednost kao *stanje* se definiše kao zamišljeni standard zaštićenosti subjekata od svih oblika i nosilaca ugrožavanja bez obzira na vreme i mesto njihovog ispoljavanja i delovanja. Zbog nemerljivosti izražava se opisnno od lošeg preko uspostavljenog (realnog) do željenog (apsolutnog). Pri tome treba napomenuti da apsolutno stanje bezbednosti (zaštićenosti) ne postoji. Niko (ni jedan subjekt) ne može za sebe tvrditi da je apsolutno bezbedan. Uvek se može biti još bezbedniji odnosno momenat kada može početi nečije ugrožavanje je stalno prisutan ili pak ne moramo uvek biti ni svesni da smo ugroženi.

Bezbednost kao stanje je ostvareni standard sadašnjosti i može biti zamišljeni standard budućnosti ka kome se teži. Prošlost kao stanje nema bezbednost.

Osim navedenog treba napomenuti da bezbednost osim materijalne obuhvata i nematerijalnu sveru (pravde, morala, kulture, vere) i ispoljava se kao dinamička (razvojna) kategorija koja u sebe uključuje vremenske, prostorne, misaone i istorijske promene i činioce.

Pojam bezbednosti ne podrazumeva ona svojstva, stanja i vrednosti koja su po svom biću i sadržaju njemu suprotni i spadaju u grupu ugrožavajućih pojava, ponašanja i delovanja koja čini čovek, priroda ili tehnički sistem. Drugačije rečeno bezbednost čini samo ono što je ima za cilj sveopšti doprinos olakšanju, održanju i napretku čoveka, društva, prirode i svega onoga što je čovek napravio i što ga okružuje. Dakle bezbednost je pozitivna kategorija koja ne stvara materijalna dobra i prosperitet ali ga omogućava. Bezbednost se, kao svojstvo, menja, prenosi dalje i prima i za taj proces su zaslužni pojedinci, grupe, države i međunarodna zajednica.

Na kraju treba reći da se kroz istoriju iz osnovnog pojma javlja mnoštvo izvedenih pojmova koji se odnose na pojedina svojstva, stanja i vrednosti kao što su na primer: privatna bezbednost, integralna bezbednost, kolektivna bezbednost, bezbednost saobraćaja, bezbednost veza, bezbednost države, bezbednost zdravlja, bezbednost nuklearne centrale, bezbednost življenja i slično.

5. Pojam, ciljevi i značaj privatne (korporativne) bezbednosti

Zaštita imovine i poslovanja privatnih subjekata[1] (privatna bezbednost) podrazumeva aktivnu i pasivnu zaštitnu delatnost agencije za obezbeđenje uz korišćenje svih dozvoljenih tehničkih sredstava sredstava, koja služe za zaštitu nekog prostora, pojedinca ili organizacije. Ta delatnost omogućava ničim neometan rad i razvoj datog privatnog subjekta bez obzira na moguće nosioce i oblike ugrožavanja. Sredstva i metode koje će se u zaštiti koristiti zavise prvenstveno od ciljeva i potreba sistema zaštite odnosno potreba klijenata (subjekata) kome se zaštita pruža. Ako, na primer, klijent radi u oblasti pružanja usluga građanima, zaštita mora biti nenametljiva i nevidljivlj, jer građani moraju slobodno pristupati uslugama, kao što je to slučaj u hotelijerstvu ili na primer u zabavnim parkovima. Sa druge strane, ako je klijent koji ima potrebu zaštite organizacija ili industrijsko postrojenje koje proizvodi ili koristi opasne materije ili tehnologije (eksplozivi, otrovi, virusi, radioaktivne materije i slično) zaštita mora biti poprilično intezivna i vidljiva, zbog ekstremno ograničavajuće prirode pristu-

[1] Pod privatnim subjektima podrazumevaju se svi subjekti koji nisu finansirani od strane države niti se štite profesionalnim subjektima bezbednosti na osnovu zakona kao posebno štićeni subjekti. Spektar privatnih subjekata je vrlo širok i obuhvata privatna lica, organizacije, ustanove, kompanije, korporacije i drugo.

pa i boravka u datoj sredini kao i zbog zakonskih ograničenja koja važe u tim slučajevima. U oba slučaja metode i sredstva koja se koriste moraju biti odraz profesionalnih potreba, legalnih, moralnih i etičkih ograničenja. Profesionalci u privatnoj bezbednosti ograničeni su istim zakonskim zahtevima kao i pripadnici državnih subjekata bezbednosti koji rade na istim ili sličnim poslovima s tim što imaju nešto suženija ovlašćenja naročito kada je u pitanju korišćenje sredstava prinude, hapšenje ili ispitivanje osumnjičenih lica.

Kada se kaže aktivna i pasivna zaštita misli se na one aktivnosti i medode koje uključuju obuku, istrage, nadgledanje i korišćenje tehničkih sredstava u funkciji sprečavanja neovlašćenog pristupa i boravka u štićenom prostoru odnosno sprečavanje ili smanjenje posledica od ugrožavajućih akcidenata kao što su požari, ekslozije, poplave, tehničko-tehnološki akcidenti i slično. Neke bezbednosne aktivnosti kao što su identifikacija lica pri ulasku i boravku u objektu obuhvataju interakciju između pasivnih mera (identifikacione kartice, ključevi, brave) i aktivnih mera (služba obezbeđenja koja proverava identifikacione kartice). Bezbedonosni prostor može se klasifikovati po različitim kriterijumima: veličini, geografskom položaju, naseljenosti, pristupu važnim komunikacijama, bezbednosnom značaju i stanju bezbednosti. Svaki od ovih kriterijuma ima određeni značaj i može se posebno opisivati i ima svoj uticaj na sistem zaštite. U svakom slučaju zbirna procena i ocena bezbednosnog prostora ima veliki uticaj na upotrebljena sredstva i metode zaštite kao i na samu delatnost privatne bezbednosti. Naravno, delatnost privatne bezbednosti, ma o kakvom stepenu moguće ugroženosti se radi, ne sme ugrožavati rad i produktivnost subjekta jer tada bezbednost postaje sama sebi svrha i gubi svoju funkciju.

Dakle, *privatna (korporativna) bezbednost je planska, organizovana i na zakonu zasnovana samostalna ili zajednička delatnost i funkcija organizacija, privatnih i(li) profesionalnih agencija, usmerenih na sopstvenu zaštitu ili zaštitu drugih, kao i zaštitu odgovarajućih lica, prostora, objekata, poslovanja ili delatnosti, a koji nisu pokriveni ekskluzivnom zaštitom državnih organa*. Zasnovana je isključivo na komercijalnoj osnovi.

Ona podrazumeva korišćenje odgovarajućih aktivnih i pasivnih sredstava i metoda rada u funkciji zaštite različitih subjekata čiji je spektar tako širok da obuhvata zaštitu pojedinaca pa do zaštite nuklearnih centrala ili vladinih organa. Jednom rečju, privatnom bezbednošću štiti se sve ono što nije obuhvaćeno zaštitom koju pruža javna bezbednost - policija, odnosno drugi odgovarajući državni organi. Iz navedenog se lako može zaključiti da je polje delovanja privatne bezbednosti mnogo šire nego što je to slučaj sa profesionalnim državnim organima. Naravno, svaki

od navedenih subjekata ima svoju ulogu u zaštiti sveukupne (integralne) bezbednosti i rekli bi smo da su to dva elementa jedinstvenog sistema bezbednosti države. Samo tako, usklađeni i uvezani u jedinstveni sistem mogu odgovoriti svim savremenim izazovima, rizicima i pretnjama što se i pokazalo u najdrastičnijim primerima današnjice kao što su pokušaji terorističkih napada kada su privatni i državni subjekti dopunjujući se formirali jedinstven i usklađen sistem zaštite kako prostora, tako i objekata, poslovanja i imovine.

Ako posmatramo sistem zaštite kao poslovnu funkciju korporacija, može se sa sigurnošću tvrditi da je njegov osnovni cilj stvaranje uslova za bezbedan rad i unapređenje poslovanja. Smanjenje i/ili eliminacija gubitaka u poslovanju nastalih delovanjem raznih oblika ugrožavanja i bezbedni uslovi rada su činjenice za koje je je društvo prirodno zainteresovano. Analiza dosadašnjih iskustava nameće pitanja na koje se moraju dati odgovori na osnovu do sada iznetih činjenica, tj. da li su gubici preduzeća i kriminalne radnje same po sebi dovoljni i valjani razlozi za povećanje (uvećanje) obaveza i dužnosti pravnog lica (koje predstavlja inokosni organ – direktor, odnosno vlasnika kapitala) po pitanju zaštite preduzeća. Jasan je odgovor na postavljeno pitanje, ali se ujedno nameće zaključak da, sa postojećom zakonskom regulativom, ovo pitanje ostaje u domenu fakultativnog rešavanja, od slučaja do slučaja, shodno proceni i znanjima rukovodnih struktura koje su slabo ili uopšte nisu upoznate sa ovom problematikom.

Jedno od rešenja je akcija šire društvene zajednice i/ili odgovornih privrednih resursa samog vrha upravljanja državom, a u cilju preduzimanja odgovornosti i potrebnih sistemskih rešenja, odnosno donošenja zakona o ovoj oblasti, kojim bi se preventivno delovalo u ovom segmentu rada preduzeća.

Odgovornost poslodavca (bez obzira na oblik vlasništva privatno, državno ili društveno), odnosno formalno – pravnog vlasnika preduzeća, je da obezbedi adekvatnu zaštitu i u skladu sa tim da sprovede potrebne mere i procedure zasnovane na proceni stepena ugroženosti i sprovođenju aktivnih radnji u cilju pospešenja bezbednosti lica, imovine i poslovanja u okviru preduzeća.

Dakle, sistem zaštite lica, imovine i poslovanja preduzeća je skup mera, postupaka i radnji koji se sprovodi posredstvom fizičkog obezbeđenja, tehničkih sredstava zaštite, uz primenu savremenih bezbednosno zaštitnih metoda i načina rada. Osnovni cilj sistema je da se kroz uspešno proaktivno (metodom analize i odvraćanja) i reaktivno delovanje (metodom suzbijanja i sanacije nastalih posledica), eliminišu, odnosno smanje mogućnosti ugrožavanja lica, neovlašćeno prisvajanje imovine i rezultata

rada preduzeća, i na taj način obezbede bezbedni uslovi za stabilniji i bolji rad preduzeća i povećanje profita.

6. Pravo i privatna bezbednost

Pre nego što pokušamo da damo odgovor na pitanje postavljeno u naslovu potrebno je konstatovati nekoliko činjenica koje bi u ovom slučaju mogle biti i premise. Prva se odnosi na pitanje-ko čini privatnu bezbednost kod nas (private policing) . Subjekte privatne bezbednosti kod nas čine privatne agencije (preduzeća) za pružanje usluga bezbednosti i službe fizičko-tehničkog obezbeđenja pojedinih privatnih privrednih subjekata. Pomenuti subjekti registrovani su kao preduzeća i agencije za pratnju, obezbeđenje, zaštitu, obezbeđenje dragocenosti i novca u transportu i kao agencije za vršenje detektivskih poslova.

Sledeća pitanja na koje treba dati odgovor, a koja proističu iz prethodnog, jeste šta ili koga, od koga, od čega i naročito kako i kojim metodama i sredstvima treba da štite pomenute agencije ili privatna preduzeća za pružanje usluga bezbednosti privatnom sektoru.

Osim navedenih pitanja na pravni okvir defenisanja organizacije i delovanja privatne bezbednosti uticaće, svakako, i do sada uočeni problemi u delovanju privatnih agencija za pružanje usluga bezbednosti:

- odsustvo stalne, organizovane i na pravnim normama zasnovane saradnje sa državnim sektorom bezbednosti;
- odsustv mehanizma spoljne kontrole rada privatnih agencija bezbednosti;
- neobučeni i nedovoljno opremljeni kadrovi;
- bavljenje sumnjivim i rizičnim poslovima;
- nazakonito zadiranje u ljudska prava i slobode;
- nizak nivo bezbednosti kod većine agencija i drugo.

Odgovori na ova pitanja i zauzeti stavovi na navedene i druge probleme bitno će uticati na kreiranje osnovnih postavki pravne regulative date oblasti. Zatim, bitno će uticati i na način i odabir kadrova, njihovu obuku, opremanje i naročito na ovlašćenja sa kojima će raspolagati u vršenju poslova obezbeđenja privatnih subjekata i ličnosti i obavljanje drugih delatnosti (potražne ili detektivske na primer).

U tom smislu nezamisliva je pravna regulativa bez definisanja sledećeg:

- potrebe za institucionalizacijom partnerskog odnosa između javnog i privatnog sektora na obostranu korist,

- potrebe iskazivanja zajedničkog interesa ka uspostavljanju željenog stanja bezbednosti u celom društvu,
- potrebe definisanja mehanizama i ovlašćenja za ostvarivanje gore navedenog.

Na osnovu toga novi zakonski okvir privatne bezbednosti obavezno treba da omogući:

- novu ulogu privatnog sektora,
- međusobnu komunikaciju i razmenu podataka,
- obaveznost obaveštavanja o izvršenim krivičnim delima o kojima postoje saznanja,
- saradnju na poslovima zaštite obavezno štićenih objekata,
- saradnju u kriznim stuacijama uključujući tu i prirodne katastrofe, saobraćajne nesreće, štrajkove, diverzije, sabotaže, terorističke napade i slično,
- saradnju u odabiru i obuci kadrova,
- saradnja u planiranju poslova,

Ovakav pristup rešavanja problema omogućio bi «pravu» da postavkama u datim normama obezbedi:

- poštovanje međunarodnih normi i standarda u ovoj delatnosti,
- usklađenost sa drugim pravnim propisima koji se tiču bezbednosti,
- standardizovanje usluga privatne bezbednosti na visokom nivou,
- specijalizaciju pojedinih agencija za određene poslove,
- jačanje principa profesionalizma, zakonitosti i efikasnosti,
- podizanje kvaliteta usluga, i
- plansku organizovanu i na zakonu zasnovanu saradnju i partnerski odnos privatnih i državnih subjekata bezbednosti u ostvarivanju zajedničkog cilja.

Kao mere za uspešnost ovako definisanog pravnog okvira, između ostalog, možemo navesti sledeće:

- saradnja na preventivnom planu u ostvarivanju zajedničke bezbednosti (integralne bezbednosti),
- kontakti linijskih operativnih radnika koji rade na suzbijanju kriminala,
- razmena bezbednosno interesantnih podataka,
- zajednička analiza mogućih rizika,
- pomoć u planiranju bezbednosnih mera.

Na osnovu navedenog postavlja se osnovna dilema koja bi trebala da ukaže i na pravac regulisanja problema definisanja pravnog okvira za organizaciju, delovanje i ovlašćenja sektora privatne bezbednosti. Ta dilema glasi: Da li nam je potreban Zakon o fizičko-tehničkom obezbeđenju ili Zakon o privatnoj bezbednosti, što svakako nije ista intencija. Ova dva

koncepta bitno se razlikuju po ovlašćenjima koja će biti data, načinu organizacije i opremanja privatnih agencija, metodama rada, saradnji sa državnim subjektima, potrebnim znanjima za rad i slično.

Bilo prihvaćeno prvo ili drugo rešenje svakako se mora regulisati sledeće:

- uslovi i način obavljanja poslova obezbeđenja,
- izdavanje i oduzimanje dozvole za rad, licenci i legitimacija
- obaveza čuvanja državne, službene i poslovne tajne i zaštita podataka o ličnosti,
- primena ovlašćenja (uslovi, način primene, ocena zakonitosti primenjenih ovlašćenja)
- nadzor nad primenom zakona,
- vođenje evidencija,
- obuka i provera znanja i obučenosti,
- kontrola rada i sankcije

7. Zaključak

Pravo je osnov ali i granica organizovanja, funkcionisanja i delovanja svih sistema bezbednosti pa tako i industrije privatne bezbednosti. Savremeni bezbednosni izazovi, rizici i pretnje po privatni sektor, naročito zemalja u tranziciji, posledica su nastalih društvenih, geopolitičkih, geostrategijskih, vojnih, političkih i ekonomskih promena u poslednjih petnaest godina kako na mikro tako i na makro planu. Iako očekivane, te promene su zatekle nespremne skoro sve sisteme bezbednosti pa i one najmoćnije. Glomazni, neefikasni i organizovani po principima da ugrožavanje dolazi od drugih država, nisu u stanju da odgovore opasnostima koje sada dolaze od nedržavnih subjekata u vidu terorističkih mreža i organizovanih kriminalnih transnacionalnih grupa koje ne moraju da brinu o poštovanju suvereniteta drugih država, međunarodnim pravnim normama poštovanja ljudskih prava niti o birokratskim procedurama u saradnji i razmeni informacija. Ako tome dodamo i novi kvalitet u smislu popravljene strukture kriminalnih organizacija i subjekata u tehničko-tehnološkom i organizacionom smislu onda ne čudi prednost koju su stekle u odnosu na stare sisteme bezbednosti. Kao takve, nosioci su sve brojnijih i destruktivnijih oblika ugrožavanja sa višestruko opasnijim posledicama po korporacije. Šta više, izgleda da se približavamo ugrožavajućim scenarijima sa kataklizmičnim prognozama. Destruktivnost koja se nekada nije mogla ni zamisliti danas sve više postaje predmet rasprave među ekspertima. Sistemi bezbednosti korporacija svojom organizacijom, efikasnošću

i efektivnošću uz primenu sofistiranih sredstava i mera nove generacije tek treba da daju odgovor na nove izazove rizike i pretnje.

Privatna bezbednost shvaćena kao element integralnog sistema bezbednosti i usklađena sa novim shvatanjem pojma bezbednosti ima svoje posebno mesto i značaj. Ona danas postaje značajna industrijska (privredna) delatnost koja ostvaruje veliki profit, zapošljava puno radnika ali i odgovara za bezbednost skoro 80% imovine neke države. U tom smislu nezamislivo je da privatna bezbednost živi i radi kao zaseban sistem bezbednosti bez značajne državne kontrole i uticaja na organizaciju, opremanje i delovanje tog sistema. Posebno je nezamislivo da se tako značajan posao radi bez jasnog pravnog okvira kojim se uređuje njegova delatnost ali i pravnog okvira kojim se vrši nadzor i kontrola. On jedino tu svoju važnu ulogu može i mora ostvariti zajedno sa javnom bezbednošću (policijom) jer im je cilj isti, a zadaci slični.

Nećemo dugo čekati da se i u oblasti privatne bezbednosti definišu i propišu međunarodne pravne norme i standardi rada, postupanja i opremanja kako bi se i na taj način i u tom segmentu odgovorilo na izazove, rizike i pretnje po bezbednost pojedinaca, organizacija i privrednih subjekata. Pravilno razumevanje i definisanje privatne bezbednosti i bezbednosti uopšte je prvi korak ka tome.

8. Literatura

1. Bailey W (edit.), *The Encyclopedia of Police Science*, Garland Publishing, New York, 1989.

2. Bošković, M., Keković, 3.: *Obezbeđenje lica, imovine i poslovanja preduzeća* (studija), Viša škola unutrašnjih poslova, Beograd,2003.

3. Bošković, M.: *Sistem obezbeđenja*, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Beograd, 1997.

4. Bošković, M.: *Služba obezbeđenja*, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Beograd, 1998.

5. Button M.: *Private policing*, Wilan Publishing, Cullompton, 2002.

6. George B.; Button M.: *Private Security*, Perpetuity press, Leicester, 2000.

7. Draper H. : *Private police*, Harvester press (et al.), Sussex (et al.), 1978.

8. Daničić M. i Stajić LJ. *Privatna bezbednost*, Visoka policijska škola, Banja Luka, 2008.

9. Kalesnykas R.: „ The Place and Role of Private Security in Policing : A State in Transition“, *Science, Security, Police (NBP),*No. 2, Belgrade, 2003, pp. 21 -37.

10. Murray T. ; McKim E. : „Policija i sektor privatne bezbednosti : Šta donosi budućnost“, *Bezbednost*, br. 4, Beograd 2003, str.635 - 646.

11. Nacionalni savjetujući komitet za kriminalne standarde i ciljeve. *Izvještaj privatnih bezbjedonosnih snaga.* Washington, D.C.: Government Printing Office, 1976

12. South N.: *Policing for Profit : The Private Security Sector*, Sage, London (etc.), 1988.

13. Stajić LJ.: *Osnovi sistema bezbvdnosti*, Pravni fakultet Novi Sad, 2008.

14. Stajić LJ., Mandić G.; Sistem zaštite imovine i poslovanja, Pravni fakultet Novi Sad, Novi Sad 2008.

15. Stajić LJ. i Pajković D.; Sistem zaštite ličnosti i objekata, Pravni fakultet, Novi Sad, 2008.

16. Hopf, P. S.: *Handbook of Building Security : Planing and Design*, McGraw - Nill, New York, 1979.

17. Hemphill, Charles F., Jr. *Bezbjednost za biznis i industriju*. Homewood, III.: Dow Jones – Irwin, 1971

18. Coester, A. F, : *Security in Commerce and Industry*, Butterworths, London, 1989.

Ljubomir Stajić, Ph. D., Full Professor
Novi Sad, School of Law

The legal frame of private security in the light of contemporary perception of the security concept

Abstract

Modern aproach to security anderstands answears to challenges emerging from the rising role of non-governmental (private) security subjects. In great mesure that is alsoy, a high degree, the result of private security industry evolution within transatlantic integrations.

Contemporary security challenges to the private sector (specially in countries in transition) are the result of new social, geopolitical, geostrategical, military, political and economic changes within the last 15 years, on the micro as well as the macro level. Although those changes were expected, almost all security systems were not prepared for them. Large, inefficient and organized according to the concept that threats come from other countries, they are now unready to meet the threats coming from non-governmental subjects, personified in terrorist networks and organized transnational criminal groups not obligated to respect the sovereignty of other countries, international legal norms, human rights, nor bureaucratic procedures in cooperation and information exchange.

Corporative security systems, with its organization, efficiency and effectiveness, using sophisticated means and new generation methods, are yet to answer the new challenges, risks and threats. First step in witch legal regulation of home security department.

Originalni naučni rad 339.923:061.1EU(497.11)

Dr Maja Stanivuković, redovni profesor
Dr Sanja Đajić, vanredni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

SPORAZUM O STABILIZACIJI I PRIDRUŽIVANJU I PRELAZNI TRGOVINSKI SPORAZUM SRBIJE I EVROPSKIH ZAJEDNICA - PRAVNO DEJSTVO I ZNAČAJ -

Sažetak: *Rad daje pregled osnovnih karakteristika i pravnog dejstva Sporazuma o pridruživanju i stabilizaciji i Prelaznog trgovinskog sporazuma koji su zaključeni između Evropske zajednice i Republike Srbije. Ovim sporazumima je uspostavljena najbliža veza između Republike Srbije i Evropske zajednice u istoriji njihovih međusobnih odnosa. U radu autorke daju analizu postupka zaključivanja ovih sporazuma i pregled međusobnih prava i obaveza. Pošto su sporazumi o stabilizaciji i pridruživanju međunarodni ugovori u kojima je Evropska zajednica jedna od strana ugovornica, time je omogućena i sudska zaštita našim državljanima u pravnom sistemu Evropske unije. Rad upućuje na relevantne izvore i sudsku praksu u primeni sličnih sporazuma koje je do sada zaključivala Evropska zajednica.*

Ključne reči: *stabilizacija i pridruživanje, sporazumi o pridruživanju, pravo Evropske unije, sudska zaštita*

Narodna skupština Republike Srbije je 9. septembra 2008. godine zakonom potvrdila Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju (SSP) sa Evropskim zajednicama i njihovim državama članicama. Pregovori za zaključenje Sporazuma otvoreni su 10. oktobra 2005. godine između Republike

Srbije sa jedne strane i Evropske zajednice i njenih država članica sa druge strane. Sporazum je parafiran 7. novembra 2007. godine i potpisan 29. aprila 2008. godine.[1] Stupiće na snagu nakon formalne potvrde Saveta EU i potvrđivanja od strane svih država članica EU. Pridruživanje je jedna od početnih faza na putu ka punopravnom članstvu u Evropskoj uniji i prethodi kandidaturi za članstvo u ovu međunarodnu organizaciju.[2]

Potvrđivanje Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju i njegovo stupanje na snagu

U članu 1. Zakona o potvrđivanju Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njihovih država članica, sa jedne strane, i Republike Srbije, sa druge strane[3] navodi se da se potvrđuje Sporazum potpisan 29. aprila 2008. godine u Luksemburgu na srpskom i zvaničnim jezicima Evropske unije. U Evropskoj uniji su u službenoj upotrebi dvadeset dva jezika: bugarski, češki, danski, engleski, estonski, finski, francuski, nemački, grčki, holandski, mađarski, italijanski, letonski, litvanski, malteški, poljski, portugalski, rumunski, slovački, slovenački, španski i švedski jezik. Za potrebe tumačenja, srpski tekst kao i svi drugi tekstovi na zvaničnim jezicima Unije su jednako verodostojni.[4] Sporazum je sastavljen u po dva primerka na svakom od ovih jezika (član 137 SSP). Engleski tekst sporazuma može se naći na veb stranici Evropske komisije o proširenju.[5]

Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju predstavlja specifičan dvostrani međunarodni ugovor. Dok se sa jedne strane nalazi država Srbija kao strana ugovornica, sa druge strane se kao strana ugovornica pojavljuju 27 država članica Evropskih zajednica i dve međunarodne organizacije, Evropska zajednica (EZ) i Evropska zajednica za atomsku energiju (Evroatom). Razlog zbog koga se sa druge strane ne nalazi Evropska

[1] Kancelarija za Evropske integracije, http://www.seio.sr.gov.yu/code/navigate.asp?Id=127#756, 9. septembar 2008.

[2] „Sporazumi o pridruživanju su i dalje instrument koji se najčešće koristi za pripremu država nečlanica za pristupanje." – P. Eeckhout, External Relations of the European Union – Legal and Constitutional Foundations, *Oxford University Press*, Oxford, 2005, str. 106.

[3] „Sl. glasnik RS - Međunarodni ugovori", br. 83/2008 od 10. septembra 2008. godine.

[4] Član 137. SSP i član 33. Bečke konvencije o ugovornom pravu – Tumačenje ugovora overenih na dva ili više jezika.

[5] http://ec.europa.eu/enlargement/potential-candidate-countries/serbia/key_documents_en.htm – Internet stranica poslednji put posećena 29. oktobra 2008. godine.

unija, mada je ovaj Sporazum namenjen između ostalog i pripremanju Srbije za članstvo u EU, je u tome što ta organizacija na osnovu Ugovora o osnivanju Evropske unije (1992), nema posebnu pravnu ličnost, odnosno svojstvo subjekta međunarodnog prava i stoga nema sposobnost da zaključuje međunarodne ugovore. Član 281. Ugovora o osnivanju EZ garantuje Zajednici pravni subjektivitet. Sud EZ je ovu odredbu osnivačkog ugovora tumačio kao osnov međunarodnopravnog subjektiviteta Zajednice.[6] Ovakva odredba ne postoji u Ugovoru o osnivanju Evropske unije, te je ova činjenica, zajedno sa praksom i opšte prihvaćenim tumačenjem, osnov stava da Evropska unija ne poseduje samostalni međunarodnopravni subjektivitet.[7] Evropska unija, izuzev Saveta EU, nema sopstvene organe, već se u tom pogledu oslanja na svoj prvi stub i organe EZ.[8] Za sada samo organi EZ i Evroatoma, međunarodnih organizacija koje predstavljaju sastavni deo (tzv. prvi stub) Evropske unije, imaju sposobnost da zaključuju međunarodne ugovore koji spadaju u domen njihove nadležnosti.

Sporazume o pridruživanju Evropska zajednica zaključuje na osnovu čl. 310. Ugovora o osnivanju Evropske zajednice u proceduri propisanoj u čl. 300. ovog Ugovora. Na zaključivanje ovog Sporazuma, njegovo stupanje na snagu, primenu, tumačenje i prestanak primenjuju se odredbe Bečke konvencije o ugovornom pravu na osnovu člana 1. i člana 5. iste konvencije.[9] Primena Bečke konvencije na tumačenje odredaba SSP je izričito predviđena članom 13. Protokola 7. kojim se uređuje rešavanje sporova: „Arbitražna veća će primenjivati i tumačiti odredbe ovog sporazuma u skladu sa običajnim pravilima tumačenja međunarodnog javnog prava, uključujući pravila Bečke konvencije o ugovornom pravu."

Oblasti međusobne saradnje predviđene Sporazumom spadaju delom u nadležnost evropskih zajednica a delom u nadležnost država članica, pa se tako sa stanovišta unutrašnjeg prava zajednica radi o sporazumu

---

[6] Takvo tumačenje Sud je dao u predmetu broj 22/70 *Commission v. Council (ERTA),* u pasusima 13 i 14:

„13. Član 210 (sadašnji član 281. – primedba autora.) predviđa da „Zajednica ima pravni subjektivitet".

14. Ova odredba, koja se nalazi na početku Dela VI Ugovora, koji je posvećen „Opštim i završnim odredbama", znači da u spoljnim odnosima Zajednica uživa sposobnost zaključivanja ugovora sa trećim državama u čitavom domenu obuhvaćenom ciljevima koji su određeni u Delu I Ugovora, koji Deo VI dopunjuje."

[7] Videti šire: Z. Radivojević, Ugovorna sposobnost Evropske unije, *Pravni život* br. 12/1998, str. 589 i dalje; V. Knežević-Predić, Međunarodnopravni subjektivitet Evropske unije, *Revija za evropsko pravo* br. 1/1999, str. 73 i dalje.

[8] R. Vukadinović, *Pravo Evropske unije*, 2003, str. 379.

[9] „Sl. list SFRJ - Međunarodni ugovori i drugi sporazumi", br. 30/72.

mešovitog karaktera za čije zaključivanje i potvrđivanje su istovremeno nadležni i njihovi organi i organi država članica.[10] Države članice zaključuju SSP u svojstvu ugovornih strana Ugovora o osnivanju Evropske zajednice, Ugovora o osnivanju Evropske zajednice za atomsku energiju i Ugovora o Evropskoj uniji. U ovom procesu najmanje samostalno istupa organizacija kojoj se treća država želi priključiti i po tome je proces pridruživanja Evropskoj uniji specifičan.

U članu 2. Zakona o potvrđivanju Narodna skupština Republike Srbije usvojila je tumačenje sedmog paragrafa preambule SSP, te člana 2. člana 4. i člana 135. stav 2. SSP. Ovo jednostrano tumačenje na unutrašnjem planu[11] posledica je formulacije odredbe člana 135. stav 2. koja predviđa, između ostalog, da se SSP ne primenjuje na Kosovu, ali da se time ne dovodi u pitanje sadašnji status Kosova niti određivanje njegovog konačnog položaja prema Rezoluciji Saveta bezbednosti UN 1244. Ne radi se o rezervi u smislu članova 19-23 Bečke konvencije o ugovornom pravu,[12] već o iskazanoj nameri strane ugovornice o tumačenju pojedinih

[10] „Mešoviti sporazumi su oni sporazumi u kojima su ugovorne strane i Zajednica i države članice zajedno, kada se njihovo zajedničko učešće zahteva jer pitanja koja su pokrivena takvim sporazumom ne spadaju ni u isključivu nadležnost Zajednice niti u isključivu nadležnost država članica. Mešoviti sporazumi se koriste i u onim slučajevima kada Zajednica i države članice imaju podeljenu nadležnost u pogledu predmeta sporazuma. Mešoviti sporazumi čine sastavni deo prava Zajednice i obavezuju kako institucije Zajednice tako i države članice." – P. Craig, G. de Búrca, *EU Law – Text, Cases, and Materials*, 4. izdanje, Oksford, 2008, str. 197-198.

[11] „Tumačenje na unutrašnjem planu predstavlja jednostrano tumačenje ugovora ili pojedinih ugovornih odredbi od strane nadležnog organa. Tumačenje na unutrašnjem planu može se pojaviti ili u posebnoj formi, tj. u aktu čiji je osnovni smisao da protumači ugovorne odredbe ili u nesamostalnom obliku, kao sastavni deo procesa primene ugovora. Međunarodno pravo ne reguliše nadležnost organa u vezi tumačenja ugovora na unutrašnjem planu. (…) Poput doktrinarnog tumačenja ni jednostrano tumačenje od strane unutrašnjih organa nema obaveznu snagu sa stanovišta međunarodnog prava. Može poslužiti jedino kao indikacija o stvarnoj nameri ugovornice prilikom zaključenja ugovora." – S. Avramov, M. Kreća, *Međunarodno javno pravo*, 17. izdanje, Beograd, 2001, str. 504-505.

[12] Rezerva je jednostrana izjava volje države ugovornice koja se daje prilikom davanja saglasnosti na međunarodni ugovor kojom se želi isključiti ili izmeniti dejstvo odredbe ugovora. Ostale članice ugovora se o rezervi obavezno izjašnjavaju tako što rezervu izričito ili prećutno prihvate ili takvoj rezervi prigovore. Uspešna rezerva menja ili ukida odredbu ugovora između države koja je rezervu stavila i onih država koje su rezervu prihvatile. Prednost ulaganja rezervi je što se o tako uloženoj jednostranoj izjavi druge države ugovornice moraju izjasniti, dok se, ukoliko propuste da se izjasne, pretpostavlja njihova saglasnost. Sporazum o pridruživanju i stabilizaciji ne dopušta izričito rezerve, što ne isključuje mogućnost da se one primene u skladu sa čl. 19. Bečke konvencije o ugovornom pravu. Nedostatak rezervi je što prigovor na rezervu može blokirati stupanje ugovora na snagu.

izraza upotrebljenih u ugovoru datoj prilikom odobravanja teksta međunarodnog ugovora. U tom smislu ova izjava može se tretirati kao instrument koji je sačinila jedna članica prilikom zaključenja ugovora. Ona će se smatrati delom konteksta Sporazuma koji je od značaja za njegovo tumačenje, pod uslovom da ostale članice budu upoznate sa njom i da je prihvate kao instrument koji se odnosi na Sporazum, odnosno da ne stave prigovor prilikom odobravanja Sporazuma (član 31. stav 2. slovo b Bečke konvencije o ugovornom pravu). Inače, na osnovu člana 29. Bečke konvencije o ugovornom pravu (Teritorijalna primena), međunarodni ugovor vezuje svaku članicu u pogledu cele njene teritorije „osim ako drukčija namera ne proističe iz ugovora ili na drugi način nije utvrđena."

Član 3. Zakona o potvrđivanju sadrži tekst samog Sporazuma na srpskom jeziku.

Potvrđivanje Sporazuma od strane Narodne skupštine Srbije predstavlja tek prvi korak za njegovo stupanje na snagu. Pored toga, potrebno je da ga odobri i druga strana ugovornica u skladu sa svojim procedurama, odnosno, potreban je akt formalne potvrde Saveta EU uz saglasnost Evropskog parlamenta kao i potvrđivanje od strane nadležnih organa svih 27 država članica EZ (član 138 stav 1. SSP). Sporazum stupa na snagu mesec dana od dana kada strane jedna drugu obaveste o okončanju postupka potvrđivanja (član 138 stav 2.: „prvog dana drugog meseca koji sledi nakon dana kada su strane jedna drugu obavestile o okončanju postupaka koji su navedeni u prvom stavu") . Proces potvrđivanja obično traje nekoliko godina (npr. SSP Evropske zajednice sa Makedonijom je potpisan 9. aprila 2000. godine, a stupio je na snagu 1. aprila 2004. godine, dok je SSP Evropske zajednice sa Hrvatskom potpisan 29. oktobra 2001. godine, a stupio je na snagu 1. februara 2005. godine). U slučaju Republike Srbije početak procesa potvrđivanja SSP u državama članicama odložen je Odlukom Saveta EU br. 9381/08,[13] donetom istog dana kada je SSP potpisan, prema kojoj će postupak potvrđivanja početi čim Savet donese jednoglasnu odluku da Republika Srbija u potpunosti sarađuje sa Međunarodnim krivičnim tribunalom za bivšu Jugoslaviju. Podaci o potpisivanju, objavljivanju, potvrđivanju i stupanju SSP na snagu, kao i o izjavama i rezervama strana ugovornica, objavljuju se na vebsajtu Evropske unije.[14]

Odredbu člana 4. Zakona o potvrđivanju Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njihovih država članica, sa jedne strane, i Republike Srbije sa druge strane koja kaže da „ovaj zakon stupa na snagu osmog dana od dana objavljivanja u „Službenom glasniku

[13] http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/08/st09/st09381.en08.pdf
[14] http://www.consilium.europa.eu/cms3_applications/Applications/accords/search.asp?lang=EN

Republike Srbije – Međunarodni ugovori" treba shvatiti u smislu da od tog datuma stupa na snagu sam Zakon o potvrđivanju, ali ne i međunarodni ugovor čije je potvrđivanje predmet tog zakona.

Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju počinje da se primenjuje tek od dana kada stupi na snagu (u skladu sa članom 24. i članom 25. Bečke konvencije o ugovornom pravu). Međutim, odredbe Sporazuma koje regulišu overavanje teksta (član 132., član 134. i član 137. SSP), davanje pristanka država ugovornica da budu vezane ugovorom (član 138. SSP), način ili datum stupanja na snagu (član 138. i član 139. SSP), funkcije depozitara (član 136. SSP), kao i ostala pitanja koja se nužno postavljaju pre stupanja na snagu Sporazuma, primenjuju se već od datuma potpisivanja Sporazuma, odnosno, od 29. aprila 2008. godine (u skladu sa članom 24. stav 4. Bečke konvencije o ugovornom pravu). Nakon potpisivanja Sporazuma do njegovog stupanja na snagu primenjuje se opšte pravilo ugovornog prava o obavezi potpisnica da se uzdržavaju od akata koji bi lišili ugovor njegovog predmeta i cilja (u skladu sa čl. 18. Bečke konvencije o ugovornom pravu).[15] Reč je pravilu koje se pod nazivom načelo zaštite opravdanih očekivanja priznaje i u pravu Zajednice i to između ostalog i u vezi sa sporazumima o pridruživanju.

Načelo legitimnih očekivanja izričito je potvrđeno u odluci Suda EZ u predmetu *Opel Austria*.[16] Sud zaključuje da je načelo legitimnih očekivanja načelo prava Zajednice izvedeno iz čl. 18. Bečke konvencije o pravu ugovora iz 1969. godine i da predstavlja i običajno pravno pravilo međunarodnog prava. Kao takvo, ovo načelo predstavlja sastavni deo pravnog poretka Zajednice, te je ona dužna da poštuje tako konstituisano opravdano očekivanje, ako je nekom subjektu pružila dovoljno razloga da veruje da će postupiti na određeni način.[17] U konkretnom slučaju je opravdano očekivanje proizašlo iz činjenice da je Zajednica deponovala instrument odobrenja međunarodnog ugovora (sporazuma o pridruživanju) do čijeg stupanja na snagu je preostalo samo da protekne utvrđeni rok. Pošto je samo protek roka delio oštećenog subjekta od zaštite koju mu je takav sporazum mogao pružiti, Sud EZ je, pozivajući se na načelo legitimnih očekivanja, tužiocu odobrio pravo na osporavanje zakonitosti pravnog akta Zajednice na osnovu sporazuma koji još nije stupio na snagu.

---

[15] Više o obavezi opšteg ugovornog prava kojom se zabranjuje postupanje koje bi lišilo međunarodni ugovor njegovog predmeta i cilja, kako je ona formulisana u čl. 18. Bečke konvencije o ugovornom pravu iz 1969. godine, videti: J. Klabbers, „How to Defeat a Treaty's Object and Purpose Pending Entry Into Force: Toward Manifest Intent", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, tom 24, 2001, str. 284-331.

[16] Predmet broj T-115/94 *Opel Austria GmbH v Council of the European Union.*

[17] *Ibidem*, pasus 10.

U članu 139. SSP, predviđena je mogućnost da delovi Sporazuma, posebno odredbe koje se odnose na slobodan protok robe i na transport, stupe na snagu na osnovu Prelaznog sporazuma između Zajednice i Srbije, za čije je stupanje na snagu dovoljno da ga potvrdi samo Savet EU. Kada Prelazni sporazum stupi na snagu počeće da se primenjuju odgovarajuće odredbe SSP sadržane u njemu.

Neke odredbe SSP počinju da se primenjuju i pre njegovog stupanja na snagu. Na primer, obaveza postepenog usklađivanja postojećih i budućih zakona sa pravnim tekovinama Zajednice koju je Srbija preuzela na osnovu člana 72. stav 1. SSP, počela je da se primenjuje već od datuma potpisivanja ugovora (član 72. stav 2. SSP). Usklađivanje treba da se u potpunosti završi u roku od 6 godina od datuma stupanja SSP na snagu (član 72. stav 2 u vezi sa članom 8. SSP). U oba slučaja reč je o privremenoj primeni međunarodnog ugovora pre njegovog stupanja na snagu u smislu čl. 25. Bečke konvencije o ugovornom pravu.

Takođe, Srbija je preuzela obavezu da odmah nakon potpisivanja SSP započne pregovore sa drugim državama koje su već potpisale takve sporazume (Albanija, Bosna i Hercegovina, Crna Gora, Hrvatska i Makedonija) radi zaključivanja bilateralnih ugovora o regionalnoj saradnji, čiji će cilj biti povećanje obima saradnje između tih država (član 15. SSP).

Sporazum je zaključen na neodređeno vreme (član 133. stav 1. SSP-a). Pridruživanje će se sprovoditi postepeno (u etapama) i biće u potpunosti ostvareno u prelaznom periodu od najviše šest godina. Ovaj rok počinje da teče od stupanja sporazuma na snagu (član 8. stav 1 SSP). Rokovi za ispunjavanje pojedinih obaveza predviđenih u njemu razlikuju se.[18] Iako je sprovođenje sporazuma o pridruživanju na taj način oročeno, primer Turske, čiji Sporazum o pridruživanju je zaključen davne 1963. godine, a još uvek je na snazii,[19] pokazuje da izvesnost okončanja postupka pridruživanja u navedenom roku treba uzeti sa rezervom. Nakon stupanja na snagu, Sporazum o pridruživanju postaje izvor prava Zajednice koji ima neposredno dejstvo i obavezuje organe Evropskih zajednica i države

[18] „Posebno obeležje ovih sporazuma o pridruživanju čini i utvrđivanje rasporeda ostvarivanja odredaba sporazuma, tako što svaki od ovih sporazuma ima tačno utvrđene faze u kojima će se ostvarivati pojedini od elemenata pridruživanja. Uglavnom je reč o tri faze koje podrazumevaju postepeno ukidanje carina i liberalizaciju trgovine, i koje vode sve do ostvarivanja carinske unije između pridruženih država i Unije." – T. Miščević, „Odlike sporazuma o pridruživanju Evropskoj uniji", *Pravni život* br. 12/1997, str. 740

[19] Jula 2005. godine zaključen je dodatni protokol uz ovaj Sporazum čiji je cilj proširenje Sporazuma iz Ankare na nove države članice EU, ali ovaj Protokol još nije stupio na snagu (*Additional Protocol to the Agreement establishing an Association between the European Economic Community and Turkey following the enlargement of the European Union*).

članice (član 300. stav 7. Ugovora o osnivanju EZ). Odredbe SSP tako omogućavaju zaštitu fizičkim i pravnim licima koja neposredno stiču prava na osnovu Sporazuma i mogu se na njih pozivati pred sudovima strana ugovornica.[20] Strane ugovornice su se obavezale da obezbede da fizička i pravna lica druge strane ugovornice imaju slobodan pristup sudovima i organima uprave radi zaštite svojih ličnih i imovinskih prava (član 126. SSP). Potrebno je napomenuti da ove garancije ne obuhvataju i pravo sudova Srbije da se obrate Sudu EZ radi tumačenja obavezujućeg Sporazuma o pridruživanju i stabilizaciji u proceduri na osnovu čl. 234. Ugovora o osnivanju EZ.

Uopšte o Sporazumu

SSP spada u sporazume o stabilizaciji i pridruživanju Evropskoj uniji.[21] Evropska unija zaključuje ovu vrstu sporazuma sa državama „Zapadnog Balkana" koje su obuhvaćene Procesom stabilizacije i pridruživanja (Albanija, Bosna i Hercegovina, Crna Gora, Hrvatska, Makedonija i Srbija).

Politika EU prema zemljama zapadnog Balkana ustanovljena je na samitu u Zagrebu novembra 2000. godine. Cilj procesa stabilizacije je da se u ovom regionu obezbedi mir i stabilnost jačanjem demokratije, vladavine prava i tržišne privrede. Poseban akcenat je na razvoju regionalne saradnje koja se može ostvarivati, na primer, formiranjem zona slobodne trgovine i unapređenjem političkog dijaloga. Uspostavljanje bliskih odnosa između ovih zemalja, predstavlja neposredni cilj ovih sporazuma mnogo više nego što je to njihovo priključivanje Evropskoj uniji. Ipak, Evropska unija ovim sporazumima zasniva specijalni odnos sa ovim zemljama stavljajući im u izgled i članstvo u Evropskoj uniji. Proces stabilizacije i pridruživanja je podržan i na samitu u Solunu 2003. godine. Prema zaključcima samita, proces stabilizacije počiva na sledećim principima:[22]

1. proces se zasniva na bilateralnim Sporazumima o stabilizaciji i pridruživanju (SSP) koji se zaključuju na osnovu ostvarenog uspeha u ovom procesu. Kasnija procena ispunjenosti uslova za članstvo zasniva se

[20] Šire, videti: M. Stanivuković, *Pojedinac pred Sudom evropskih zajednica*, Beograd, 2007.

[21] Šire, videti: V. Medović, Ugovori o stabilizaciji i pridruživanju u pravu Evropske unije, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine* br. 1-2/2004, str. 3-10; T. Miščević, *op.cit*.

[22] *Stabilisation and Association Process, Europa Glossary* - http://europa.eu/scadplus/glossary/stabilisation_association_process_en.htm (internet stranica posećena 29. oktobra 2008. godine).

na ispunjenosti uslova ostvarenih upravo u ovom procesu i poštovanju ovih sporazuma, najviše u oblasti trgovine.

2. ustanovljavaju se privredne veze na regionalnom nivou i sa Evropskom unijom. Evropska unija pruža trgovinske preferencijale državama zapadnog Balkana.

3. uspostavlja se pravo na korišćenje finansijske pomoći (*Instrument for Pre-Accession Assistance – IPA*). Program *IPA*, koji je na raspolaganju državama zapadnog Balkana u periodu 2007-2013 godine zamenio je raniji *CARDS* program koji je u periodu 2000-2006 godine bio na raspolaganju državama u procesu pristupanja. Posebnu vrstu pomoći pruža služba *TAIEX* (*Technical Assistance Information Exchange*) koja organizuje kratkoročne programe pomoći za usvajanje pravnih tekovina Zajednice – *acquis communautaire*.

Nakon sticanja statusa države kandidata, države zapadnog Balkana i dalje uživaju određene povlastice iz Sporazuma o pridruživanju i stabilizaciji.

Prema tome, sporazumi o stabilizaciji i pridruživanju spadaju u širu kategoriju sporazuma o pridruživanju Evropskoj uniji kojima se država ugovornica priprema za punopravno članstvo u Uniji. Status koji država ugovornica stiče na osnovu Sporazuma o pridruživanju ne može se tumačiti kao delimično članstvo, kao što to može biti slučaj kod nekih drugih međunarodnih organizacija.[23]

Prvi sporazumi ove vrste zaključeni su već početkom šezdesetih godina dvadesetog veka, u cilju pripreme za moguće članstvo u EZ – sa Grčkom 1961. i Turskom 1963. Deset država koje su postale članice Unije 1. maja 2004. godine, kao i Bugarska i Rumunija koje su postale članice Unije 1. januara 2007. godine, zaključile su s Evropskom zajednicom slične Sporazume o pridruživanju (tzv. Evropa sporazume). Glavne razlike između Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju i Evropa sporazuma, načelno gledano, nalaze se u sadržini odredbe o potencijalnom članstvu i u odredbama o regionalnoj saradnji. Evropa sporazumi nisu određivali status zemalja u pogledu mogućnosti pristupanja EU, već se status kandidata za članstvo sticao naknadno uspešnim sprovođenjem obaveza iz pridruženog članstva. U preambuli SSP potvrđuje se status Srbije kao potencijalnog kandidata za članstvo u

[23] „Za razliku od prakse nekih drugih međunarodnih organizacija, pridruživanje Uniji ne znači delimično „članstvo sa umanjenim pravima", nego samo predviđa formalni okvir za zaključenje sporazuma, koji mogu imati vrlo različitu sadržinu." – D. Lopandić, Sporazumi o pridruživanju i preferencijalni trgovinski odnosi Evropske unije sa zemljama u njenom susedstvu, *Pravni život* br. 12/1996, str. 899.

Evropskoj uniji (stav 3). SSP ne garantuje prijem Srbije u Evropsku uniju – on ga samo stavlja u izgled.[24]

Sud EZ u svojoj praksi pridruživanje shvata kao „specijalnu povlašćenu vezu" između Zajednice i država nečlanica.[25] Pošto sporazumi o pridruživanju predstavljaju međunarodne ugovore Evropskih zajednica, samim tim oni predstavljaju i izvore međunarodnog prava koje primenjuju organi EZ i država članica. Iako je Sud EZ, u svom prvom predmetu pokrenutom na osnovu sporazuma o pridruživanju, odbio zahtev za neposrednu primenu pojedinih odredaba Sporazuma o pridruživanju EEZ i Turske,[26] u istoj odluci Sud zaključuje:

„Odredba iz sporazuma koji je Zajednica zaključila sa državom nečlanicom mora se smatrati neposredno primenjivom kada, imajući u vidu njen tekst, ali i cilj i prirodu samog sporazuma, odredba sadrži jasnu i preciznu obavezu čija primena i dejstvo nisu uslovljeni usvajanjem bilo kakvih dodatnih mera."[27]

Kakav će zaista status u pravnom poretku Evropske zajednice imati jedan međunarodni sporazum, zavisi od procedure zaključivanja takvog sporazuma. Ako je reč o sporazumu čiji predmet u potpunosti pripada nadležnosti EZ, kao što su sporazumi zaključeni na osnovu čl. 300, oni su sastavni deo pravnog poretka Zajednice i neposredno se primenjuju. Ako je reč o tzv. „mešovitim sporazumima", za čiju primenu je potrebna saglasnost EZ i država članica pojedinačno, Sud EZ ima ograničenu mogućnost tumačenja takvih sporazuma i to samo u onom delu koji pripada nadležnosti Zajednice. U predmetu *Demirel*, Sud EZ to formuliše na sledeći način:

„...Pošto je sporazum koji razmatramo sporazum o pridruživanju kojim se stvaraju specijalne, povlašćene veze za državom nečlanicom, koja mora, bar u izvesnoj meri, učestvovati u sistemu Zajednice, član

---

[24] Vidi detaljnije: Nevenko Misita, *Osnovi prava Evropske unije*, Sarajevo 2007, str. 447-455.

[25] Predmet broj 12/86 *Meryem Demirel v. Stadt Schwäbisch Gmünd*, pasus 9; Vidi detaljnije: P. Eeckhout, *op.cit.*, str. 105.

[26] „Iz ovih razloga, Sud, u odgovoru na pitanje koje mu je uputio Upravni sud iz Štutgarta (*Verwaltungsgericht Stuttgart*) rešenjem od 11. decembra 1985, odlučuje sledeće: Član 12. Sporazuma o pridruživanju između Evropske ekonomske zajednice i Turske, potpisanog u Ankari 12. septembra 1963. godine i zaključenog u ime Zajednice odlukom Saveta od 23. decembra 1963. i član 36. Dodatnog protokola, potpisanog u Briselu 23. novembra 1970. godine i zaključenog u ime Zajednice odlukom Uredbom Saveta br. 2760/72 od 19. decembra 1972, u vezi sa članom 7. Sporazuma, ne predstavljaju pravila komunitarnog prava koja se neposredno primenjuju u unutrašnjem pravnom poretku država članica." *Ibidem*, dispozitiv odluke.

[27] *Ibidem*, pasus 14.

238. mora ovlastiti Zajednicu da garantuje izvršenje obaveza koje su preuzete prema državama nečlanicama u svim oblastima koje su obuhvaćene u tom međunarodnom ugovoru. Pošto je sloboda kretanja radne snage, u smislu čl. 48 i daljih članova Ugovora o osnivanju EZ, jedna od oblasti koja je obuhvaćena sporazumom, proizilazi da obaveze u pogledu slobode kretanja radne snage spadaju u nadležnost poverenu Zajednici na osnovu člana 238. Prema tome, izlišno je pitanje da li Sud ima nadležnost u pogledu tumačenja odredaba mešovitog sporazuma koje spadaju u isključivu nadležnosti država članica."[28]

Svoju nadležnost za tumačenje mešovitih sporazuma Sud EZ potvrđuje i u predmetu *Komisije EZ protiv Irske*.[29] Sud, dakle, ima nadležnost da odlučuje na osnovu mešovitih međunarodnih sporazuma, među kojima je i Sporazum o pridruživanju, u onom delu koji spada u isključivu nadležnost EZ i ako su te odredbe neposredno primenjive, tačnije, ako ne zahtevaju donošenje dodatnih propisa za sprovođenje. Međutim, čak i one odredbe koje se ne mogu neposredno primeniti mogu biti predmet razmatranja Suda, ako država članica preduzme radnju koja je suprotna tim odredbama. U takvim slučajevima, protivpravna radnja države članice predstavlja osnov za pokretanje postupka i za nadležnost Suda za utvrđivanje povrede obaveza koje proističu iz međunarodnog ugovora. Drugim rečima, takve odredbe, iako se neposredno ne primenjuju, imaju neposredno dejstvo.[30] Može se zaključiti da Sud EZ ima široku nadležnost da odlučuje o sporazumima o pridruživanju i stabilizaciji i to na osnovu njegove prakse.[31]

Praksa Suda EZ o tumačenju ove posebne kategorije mešovitih sporazuma, sporazuma o pridruživanju, obimna je i bogata. Ona sledi osnovne postavke iz predmeta *Demirel*. Sud EZ prvo ispituje da li određena odredba Sporazuma o pridruživanju ima neposredno dejstvo, što utvrđuje tumačenjem konkretne odredbe. Pri tom, Sud polazi od pretpostavke da

---

[28] *Ibidem*, pasus 9.

[29] Predmet broj C-13/00 *Commission of the European Communities v. Ireland*.

[30] Predmet broj C-16/05 *The Queen, Veli Tum and Mehmet Dari v Secretary of State for the Home Department*.

[31] „Status ugovora o pridruživanju u pravnom poretku Europske zajednice uvelike je određen praksom Europskog suda. Takve ugovore Sud može interpretirati *ex ante*, u postupku njihovog zaključivanja, temeljem članka 300(6) UEZ, ili *ex post*, nakon stupanja na snagu, temeljem postupka odlučivanja o prethodnim pitanjima koji propisuje članak 234 UEZ. U takvom slučaju, sud bilo koje države članice, suočen s pitanjem interpretacije sporazuma o pridruživanju, može pokrenuti postupak pred Europskim sudom čija je odluka obvezujuća." – S. Rodin, Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju u pravnom poretku Europske zajednice i Republike Hrvatske, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 3 i 4/2003, str. 593.

odredbe Sporazuma o pridruživanju imaju neposredno dejstvo, od koje može odstupiti ako se dokaže da neka od odredbi tog sporazuma zbog svoje prirode ne može omogućiti takvo dejstvo. Predmete koje ovde možemo navesti kao primere su *Kondova*[32] i *Gloščuk*.[33] U predmetu *Kondova*, Sud EZ ispitivao je neposrednu primenjivost odredaba o zabrani diskriminacije iz Sporazuma o pridruživanju sa Bugarskom. Sud zaključuje da ove odredbe jesu neposredno primenjive, ali da, ipak, nisu u konkretnom slučaju prekršene čime je tužiteljka ostala bez pravne zaštite Sporazuma o pridruživanju. U predmetu *Gloščuk* Sud EZ takođe zaključuje da se neposredno primenjuju odredbe o slobodi poslovnog nastanjivanja iz Sporazuma o pridruživanju sa Poljskom. Kao i u predmetu *Kondova*, Evropski sud zaključuje da ove odredbe nisu prekršene u odnosu na tužioca. Pojedini autori tumače ove odluke kao politički stav Suda kojim Sud odbija da preuzme ulogu aktivnog činioca u procesu proširenja Evropske unije, jer efektivno uskraćuje zaštitu koju pružaju Sporazumi o pridruživanju (u konkretnim odlukama Evropa sporazumi).[34]

Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju je preferencijalni sporazum, koji treba da doprinese privrednoj i političkoj stabilizaciji i privrednom i političkom napretku Republike Srbije. Njime se uspostavljaju bliske i dugoročne veze između strana ugovornica koje se zasnivaju na uzajamnosti i obostranom interesu. Deo preferencijalnog režima u oblasti trgovine biće uspostavljen nakon stupanja na snagu Prelaznog trgovinskog sporazuma koje je uslovljeno saglasnošću Saveta EU.

U svom političkom delu SSP znatno više nego Evropa sporazumi naglašava potrebu regionalne saradnje radi stabilizovanja područja jugoistočne Evrope. Jasno se određuje da se spremnost na regionalnu saradnju ogleda u sklapanju mreže bilateralnih ugovora među zemljama obuhvaćenim Procesom stabilizacije i pridruživanja (član 15 st. 1). Predmet tih ugovora treba da bude politički dijalog, uspostavljanje zona slobodne trgovine, u skladu sa odgovarajućim odredbama STO, uzajamne koncesije u pogledu slobode kretanja radne snage, ljudi i kapitala na istom nivou koji je predviđen samim SSP i odredbe o saradnji u drugim oblastima, posebno u oblasti pravosuđa i unutrašnjih poslova (član 15. stav 2). Rok za zaključenje ovih ugovora je 2 godine od stupanja na snagu SSP (član 15.

[32] Predmet broj C-239/99 *Secretary of State for the Home Department, ex parte: Eleanora Ivanova Kondova*.

[33] Predmet broj C-63/99 *Secretary of State for the Home Department, ex parte: Wieslaw Gloszczuk*.

[34] J. McMahon, A. Pedain, „With or Without Me: the ECJ Adopts a Pose of Studied Neutrality Towards EU Enlargement“, *International and Comparative Law Quarterly*, tom 51, 2002, str. 981-989.

stav 4). Spremnost Srbije za zaključivanje ovih ugovora uslov je za dalji razvoj njenih odnosa sa EU (član 15. stav 4). Srbija prema članu 16. SSP treba da sarađuje sa državama obuhvaćenim Procesom stabilizacije i pridruživanja.

Može se postaviti pitanje da li je na ovaj način, na osnovu člana 15 i 16. SSP, Srbija posredno prihvatila obavezu zaključivanja bilateralnih sporazuma i saradnje sa tzv. Republikom Kosovo, čiju jednostrano proglašenu nezavisnost ne priznaje. Prilikom tumačenja ovih odredaba treba imati u vidu da prema odlukama Unije Kosovo nije uključeno u Proces stabilizacije i pridruživanja. Savet EU za opšte poslove je odluku o tome doneo na sastanku 21–22. juna 1999. godine, kad je ovaj proces pokrenut. Takođe, Kosovo prema stanovištu Srbije, ali i nekih drugih članica EU, nije država, te se tako obaveza regionalne saradnje Srbije sa Kosovom, ne može tumačenjem izvoditi iz ovog člana. U novijim odlukama EU, kao što je Uredba Saveta EU o uvođenju Evropskog partnerstva u okviru Procesa stabilizacije i pridruživanja, od 10. marta ove godine (nepunih mesec dana nakon jednostranog proglašavanja nezavisnosti Kosova), EU koristi sledeću formulaciju: „Srbija uključujući Kosovo, kao što je definisano Rezolucijom Saveta bezbednosti Ujedinjenih nacija od 10. juna 1999. godine".[35]

Problem tumačenja ovih obaveza mogao bi nastati ako EU u budućnosti ipak uključi samozvanu Republiku Kosovo u proces stabilizacije i pridruživanja i zaključi sa njom Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju. U slučaju takvog, za sada malo verovatnog razvoja događaja (zbog nespremnosti pojedinih država članica da priznaju nezavisnost Kosova), Srbija bi na osnovu člana 15. stav 5. SSP imala obavezu da započne pregovore o zaključenju bilateralnih sporazuma i na osnovu člana 16 obavezu da sarađuje sa tom „državom".

Sporazum uređuje odnose Republike Srbije sa drugom stranom ugovornicom u sva tri stuba Evropske unije (Evropska zajednica - najveći deo odredaba, Zajednička spoljna i bezbednosna politika - preambula, stav 11, član 1, član 3, članovi 10-13, Policijska i sudska saradnja u krivičnim stvarima - članovi 84-87).

Tekst Sporazuma uz preambulu i član 1 koji uređuje njegov predmet i cilj, sadrži još sto trideset osam članova o saradnji i međusobnim

[35] „Serbia including Kosovo as defined by the United Nations Security Council Resolution 1244 of 10 June 1999," Council Regulation (EC) No 229/2008 of 10 March 2008 amending Regulation (EC) No 533/2004 on the establishment of partnerships in the framework of the stabilisation and association process, OJ L71/1. Vidi: Vladimir Ateljević, U iskrivljenom ogledalu**,** Evropski forum br. 05-06. Objavljeno kao dodatak nedeljnika Vreme br. 908 od 29. maja 2008.

obvezama strana ugovornica koji su podeljeni na deset naslova: Opšta načela (članovi 2-9), Politički dijalog (članovi 10-13), Regionalna saradnja (članovi 14-17), Slobodan protok robe (članovi 18-48), Kretanje radnika, poslovno nastanjivanje, pružanje usluga, kretanje kapitala (članovi 49-71), Usklađivanje propisa, primena prava i pravila konkurencije (članovi 72-79), Pravosuđe, sloboda i bezbednost (članovi 80-87), Politike saradnje (članovi 88-114), Finansijska saradnja (članovi 115-118), kao i Institucionalne, opšte i završne odredbe (članovi 119-139). Četvrti i peti naslov podeljeni su u poglavlja. Prvo poglavlje u okviru četvrtog naslova o slobodnom protoku robe odnosi se na industrijske proizvode, drugo na poljoprivredu i ribarstvo, a treće sadrži opšte odredbe. Prvo poglavlje u okviru četvrtog naslova posvećeno je kretanju radnika, drugo poslovnom nastanjivanju, treće pružanju usluga, četvrto tekućim plaćanjima i kretanju kapitala, a četvrto sadrži opšte odredbe. Pojedini članovi imaju posebne naslove, dok ih drugi nemaju (npr. unutar šestog naslova o usklađivanju propisa, primeni prava i pravila konkurencije, član 72 nema poseban naslov, a ostali nose sledeće naslove: član 73: „Konkurencija i ostale ekonomske odredbe", član 74: „Javna preduzeća", član 75: „Intelektualna, industrijska i komercijalna svojina", član 76: „Javne nabavke", član 77: „Standardizacija, metrologija, akreditacija i ocena usaglašenosti", član 78: „Zaštita potrošača", i član 79: „Uslovi rada, jednake mogućnosti"). Sporazum obuhvata i 7 aneksa i 7 protokola koji su navedeni u Listi aneksa i protokola koja sledi posle njegovog osnovnog teksta.

Potrebno je posebno naglasiti značaj odredaba o konkurenciji i državnoj pomoći sadržanih u članu 73. i Protokolu V (Državna pomoć u metalnoj industriji). Prvim stavom člana 73. određuju se kao suprotni samom SSP: sporazumi između preduzeća koji imaju za cilj ograničavanje konkurencije, zloupotreba dominantnog položaja na tržištu Zajednice ili Srbije i svaka državna pomoć koja ima uticaja na konkurenciju. Prilikom ocene dopuštenosti određenog postupanja preduzeća i državnih subvencija, uključujući i rad javnih preduzeća koja imaju monopol na tržištu,[36] polazi se od pravila konkurencije koja se primenjuju u Zajednici, posebno od članova 81, 82, 86. i 87. Ugovora o osnivanju Evropske zajednice. [37] Pravila o konkurenciji i o državnoj pomoći, čine

[36] Tri godine nakon stupanja SSP na snagu, pravila o konkurenciji jednako će se primenjivati i na javna preduzeća (član 74. SSP).

[37] „Svako postupanje suprotno ovom članu ocenjivaće se na osnovu kriterijuma koji proističu iz primene pravila konkurencije koja se primenjuju u Zajednici, naročito iz član 81, 82, 86. i 87. Ugovora o EZ i instrumenata tumačenja koje su usvojile institucije Zajednice." – Član 73, stav 2. SSP; član 38, stav 2. PTS.

značajan segment prava Zajednice i jednu od njenih najstarijih pravnih tekovina. Postupanje u skladu sa ovim pravilima do sada nije predstavljalo međunarodnu obavezu Srbije, ali to postaje na osnovu SSP i PTS. Pravila o konkurenciji treba usvojiti na osnovu obaveze usvajanja pravnih tekovina Zajednice (*acquis communitaire*) iz člana 72. SSP, ali je ovde reč o dodatnoj obavezi primene ovih pravila i pre potpunog unošenja pravnih tekovina Zajednice u pravni poredak Republike Srbije. Prema tome, pravila EZ o konkurenciji neposredno se primenjuju u Srbiji nakon stupanja na snagu SSP, odnosno PTS. Primena ovih pravila mogla bi da postane stvarnost i ranije, jednostranom primenom Privremenog trgovinskog sporazuma od strane Srbije.[38] Pored obaveze primene ovih pravila u oblasti odobravanja državne pomoći preduzećima, koja je od velikog značaja za privredu u Republici Srbiji, Srbija ima obavezu da imenuje posebno telo kojem će biti poverena isključiva nadležnost da odobrava sve vidove državne pomoći (član 73. stav 3. i 4) i da o odobrenim vidovima državne pomoći redovno izveštava Evropsku komisiju. Cilj ovih odredaba jeste prilagođavanje pravnog sistema i tržišta Srbije pravilima Zajednice. Međutim, ovde ukazujemo na činjenicu da se već u ovoj fazi pridruživanja zahteva celovita primena pravila o državnoj pomoći, i to ne samo relevantnih odredaba Ugovora o EZ, već i velikog broja sekundarnih izvora prava Zajednice iz ove oblasti.[39]

Posebna karakteristika sporazuma o pridruživanju Evropskoj uniji je što proces pridruživanja ne predviđa učešće pridružene države u radu postojećih organa, već se u tu svrhu konstituiše poseban institucionalni okvir. Pošto država koja ima status pridruženog člana ne učestvuje u radu organa EU, jednostrano donete odluke Evropske unije za nju nisu obavezujuće.

Institucije koje se osnivaju Sporazumom

U institucionalnim odredbama SSP predviđa se osnivanje sledećih organa nakon njegovog stupanja na snagu:

1. Savet za stabilizaciju i pridruživanje koji se sastoji od članova Saveta EU i članova Evropske komisije sa jedne strane , i članova Vlade Srbije s druge strane. Savet razmatra sva važna pitanja koja se tiču prime-

[38] Pravila o konkurenciji i o državnoj pomoći iz člana 73. SSP i Protokola V uz SSP, preuzeta su u članu 38. PTS i Protokolu IV uz PTS.

[39] Više o državnoj pomoći u sporazumima o pridruživanju, videti: M. Cremona, „State Aid Control: Substance and Procedure in the Europe Agreements and the Stabilisation and Association Agreements“, *European Law Journal*, 3/2003, str. 265-287.

ne i sprovođenja SSP i sva druga bilateralna ili međunarodna pitanja od zajedničkog interesa. Savetom naizmenično predsedava predstavnik Zajednice i predstavnik Srbije. Savet donosi odluke koje su obavezujuće za strane ugovornice i usvaja preporuke na osnovu dogovora postignutog među stranama. (članovi 119-121. SSP). Savet takođe predstavlja forum za rešavanje sporova koji proisteknu iz tumačenja i primene SSP. Odluke Saveta za stabilizaciju i pridruživanje imaju neposredno dejstvo. U predmetu *Sedef*, Sud EZ potvrđuje ovaj stav:

"...Treba imati na umu da, nakon Odluke br. 2/76 o implementaciji člana 12. Sporazuma o pridruživanju, koju je usvojio Savet za pridruživanje 20. decembra 1976. godine, odredbe sa socijalnim ciljem iz Odluke br. 1/80 predstavljaju korak dalje u obezbeđivanju slobode kretanja turskoj radnoj snazi unutar Evropske zajednice. Član 6, stav 1 ove druge odluke jasno garantuje radnicima migrantima iz Turske, koji ispunjavanju uslove predviđene u tom članu, pravo na zapošljavanje. U sudskoj praksi je utvrđeno da ta odredba koja ima neposredno dejstvo, garantuju zainteresovanom licu individualno pravo na zapošljavanje i s njim povezano pravo boravišta."[40]

2. Odbor za stabilizaciju i pridruživanje koji pomaže Savetu u radu i sastoji se od predstavnika Saveta EU i predstavnika Evropske komisije sa jedne strane, i predstavnika Vlade Srbije s druge strane. Odbor priprema sednice Saveta i vrši ovlašćenja koja mu Savet prenese (članovi 122-123. SSP).

3. Parlamentarni odbor za stabilizaciju i pridruživanje koji se sastoji od poslanika Evropskog parlamenta, s jedne strane, i poslanika Narodne skupštine Republike Srbije s druge strane i kojim naizmenično predsedava član, odnosno poslanik jedne i druge strane. Ovaj organ predstavlja forum u kome poslanici Narodne Skupštine i Evropskog parlamenta periodično međusobno razmenjuju mišljenja (član 125. SSP).

Rešavanje sporova

Odredbe o rešavanju sporova koji se tiču primene i tumačenja SSP sadržane su u članu 129. stav 3 i stav 4., članu 130, kao i u Protokolu 7. Spor se rešava konsultacijama u okviru Saveta za stabilizaciju i pridruživanje, Odbora za stabilizaciju i pridruživanje ili drugih odbora i tela osnovanih primenom odredaba SSP. Savet za stabilizaciju može da reši spor donošenjem obavezujuće odluke. Ako strane ne uspeju

[40] Predmet broj C-230/03 *Mehmet Sedef v. Freie und Hansestadt Hamburg*, pasus 33.

da reše spor u roku od dva meseca od pokretanja postupka za rešavanje spora u skladu sa članom 130. stav 1. SSP, svaka strana može dostaviti predmet spora na rešavanje putem arbitraže u skladu sa Protokolom 7. Odrebe ovog Protokola primenjuju se samo u pogledu sporova koji se tiču tumačenja i primene tačno pobrojanih odredaba Naslova IV o slobodnom protoku robe Naslova V o kretanju radnika, poslovnom nastanjivanju, pružanju usluga i kapitalu i Naslova VI o usklađivanju propisa, primeni propisa i pravilima konkurencije. Arbitražno veće je sastavljeno od tri arbitra koji se biraju sa liste arbitara predviđene u članu 15. Protokola. Listu na kojoj se nalazi 15 arbitara utvrđuje Odbor za stabilizaciju i pridruživanje. Arbitri treba da poseduju posebna znanja i iskustva u oblasti prava, međunarodnog prava, prava Zajednice i međunarodne trgovine.

Potvrđivanje Prelaznog trgovinskog porazuma i njegovo stupanje na snagu

Narodna skupština Srbije je 9. septembra zakonom potvrdila Prelazni sporazum o trgovini i trgovinskim pitanjima (PTS) sa Evropskom zajednicom.

U članu 1. Zakona o potvrđivanju Prelaznog sporazuma o trgovini i trgovinskim pitanjima između Evropske zajednice, sa jedne strane i Republike Srbije, sa druge strane[41] navodi se da se potvrđuje Prelazni sporazum potpisan 29. aprila 2008. godine u Luksemburgu na srpskom i zvaničnim jezicima Evropske unije. Za potrebe tumačenja, srpski tekst kao i svi drugi tekstovi na zvaničnim jezicima Unije su jednako verodostojni.[42] Sporazum je sastavljen u po dva primerka na svakom od ovih jezika (član 58. PTS).

Proces zaključivanja ovog sporazuma je započeo 10. oktobra 2005. godine kada su otvoreni pregovori za zaključenje Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju. Prelazni trgovinski sporazum je parafiran 7. novembra 2007. godine, a potpisan 29. aprila 2008. godine.[43] Engleski tekst sporazuma može se naći na veb stranici Evropske komisije o proširenju.[44]

---

[41] „Sl. glasnik RS - Međunarodni ugovori", br. 83/2008 od 10. septembra 2008. godine.

[42] Član 58. PTS i član 33 Bečke konvencije o ugovornom pravu – Tumačenje ugovora overenih na dva ili više jezika.

[43] Na veb stranici Saveta EU nisu objavljene odluke o potpisivanju i zaključivanju SSP i PTS od strane predstavnika Zajednice kao što je to uobičajeno. Može se naći jedino nacrt odluke o zaključivanju SSP (dokument br 15619/07 d 22. januara 2008. godine) i nacrt odluke o potpisivanju i zaključivanju PTS (dokument br. 15691/07 od 23. januara

Član 2. Zakona o potvrđivanju sadrži tekst samog Prelaznog sporazuma na srpskom jeziku.

U članu 3. Zakona o potvrđivanju navodi se da Zakon stupa na snagu osmog dana od dana objavljivanja u Službenom glasniku Republike Srbije.

Stupanje na snagu Zakona o potvrđivanju ne znači da stupa na snagu i sam Prelazni sporazum. Uslov za stupanje sporazuma na snagu je da ga strane odobre u skladu sa svojim procedurama (član 59. stav 1 PTS). Za sada ga je odobrila Republika Srbija, a potrebno je da to učini i Evropska zajednica, putem formalnog akta (odluke) Saveta EU uz prethodnu saglasnost Evropskog parlamenta. Sporazum stupa na snagu mesec dana od dana kada strane jedna drugu obaveste o okončanju postupka odobravanja (član 59. stav 2 PTS).

Prelazni trgovinski sporazum počinje da se primenjuje tek od dana kada stupi na snagu (u skladu sa članom 24. i članom 25. Bečke konvencije o ugovornom pravu). Međutim, odredbe Sporazuma koje regulišu overavanje teksta (član PTS), davanje pristanka država ugovornica da budu vezane ugovorom (član 59. stav 1. PTS), način ili datum stupanja na snagu (član 59. stav 2. PTS), funkcije depozitara (član 57. PTS), kao i ostala pitanja koja se nužno postavljaju pre stupanja na snagu PTS, primenjuju se već od datuma potpisivanja PTS, odnosno, od 29. aprila 2008. godine (u skladu sa članom 24. stav 4. Bečke konvencije o ugovornom pravu).

Predviđena je privremena primena PTS u slučaju da se do 1. jula 2008. godine ne okončaju procedure koje bi omogućile njegovo stupanje na snagu (član 59. stav 2. PTS). Reč je o privremenoj primeni međunarodnog ugovora pre njegovog stupanja na snagu u smislu čl. 25. Bečke konvencije o ugovornom pravu.

Istog dana kada su SSP i PTS potpisani, Savet EU usvojio je odluku br. 9381/08 prema kojoj će se PTS sprovesti („*will be implemented*") čim Savet jednoglasno donese odluku da Republika Srbija u potpunosti sarađuje sa Međunarodnim krivičnim tribunalom za bivšu Jugoslaviju. Na ovaj način EZ kao ugovorna strana otklonila je privremenu primenu PTS. Na osnovu člana 54. stav 3. PTS svaka strana može da suspenduje ovaj

---

2008. godine), ali ne i konačne odluke. Navodi se i nekoliko kasnijih odluka istog naziva, ali njihova sadržina na sajtu nije dostupna javnosti. Stranica je posećena 25. novembra 2008: http://register.consilium.europa.eu/servlet/driver?page=Result&lang=EN&ssf=DATE_DOCUMENT+DESC&fc=REGAISEN&srm=25&md=400&typ=Simple&cmsid=638&ff_TITRE=Serbia&ff_FT_TEXT=&ff_SOUS_COTE_MATIERE=&dd_DATE_REUNION=&srs=26

[44] http://ec.europa.eu/enlargement/potential-candidate-countries/serbia/key_documents_en. htm.

sporazum, sa trenutnim dejstvom suspenzije u slučaju da druga strana ne poštuje neki od suštinskih elemenata sporazuma. Međutim, iz teksta ove odluke Saveta EU teško je zaključiti da li je ovde reč o suspenziji (obustavljanju primene) odredaba PTS koje bi se primenjivale odmah posle potpisa i ostalih odredaba koje bi se primenjivale nakon 1. jula 2008. godine, o povlačenju potpisa, ili jednostavno o kršenju navedenih odredaba PTS koje se privremeno primenjuju pre njegovog stupanja na snagu.[45] Naime, Savet EU nije pominjao reč „suspenzija", a nije se pozvao ni na nepoštovanje nekog od suštinskih elemenata sporazuma od strane Srbije. Takođe, suspenzija izvršenja ugovora primenjuje se kao protivmera zbog propusta druge ugovorne strane da ispuni svoje ugovorne obaveze. Suspenziju u ovom smislu je teško braniti, pošto je mera primenjena istog dana kada je ugovor i potpisan.

Iako je mogućnost privremene primene Prelaznog sporazuma onemogućena jednostranom merom Saveta EU, Vlada Republike Srbije odlučila je 16. oktobra 2008. godine da jednostrano primenjuje Prelazni trgovinski sporazum počev od 1. januara 2009. godine.

Primena PTS vremenski je ograničena – on se primenjuje samo do momenta stupanja na snagu Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju, potpisanog 29. aprila 2008. godine u Luksemburgu.[46] Međutim, zbog velikog broja država članica EZ i dugotrajne procedure odobravanja, do stupanja na snagu SSP može da prođe i više godina, tako da primena PTS kada jednom bude počela, može dugo trajati.

Mada Prelazni trgovinski sporazum sadrži odredbu kojom se isključuje njegova primena na Kosovu (član 56 stav 2), sličnu odredbi člana 135. stav 2. SSP, Narodna Skupština Republike Srbije prilikom potvrđivanja PTS nije dala unutrašnje tumačenje člana 56. stav 2. koje bi odgovaralo tumačenju člana 135. stav 2. SSP.

Uopšte o Prelaznom trgovinskom sporazumu

Prelazni trgovinski sporazum sadrži odredbe preuzete iz SSP koje se tiču oblasti koje su u isključivoj nadležnosti Evropske zajednice i koje pripadaju zajedničkoj trgovinskoj politici (član 133. Ugovora o osnivanju Evropskih zajednica). Izdvajanjem ovih odredaba u prelazni sporazum

[45] Više o stavu da je ovakva jednostrana mera Saveta EU nedozvoljena po međunarodnom pravu, videti kod: V. Medović, „Vremensko važenje Prelaznog sporazuma od 29. aprila 2008", *Pravni život*, br. 14/2008, str. 83–93.

[46] Član 54. PTS; u prvom pasusu preambule PTS navodi se da je SSP potpisan 29. aprila 2008. godine u Briselu – reč je verovatno o grešci.

postiže se njihova brža primena s obzirom da za stupanje na snagu ovog sporazuma nije potrebno odobrenje država članica EZ. Drukčija nadležnost za zaključivanje PTS vidi se i iz same činjenice da se države članice ne pojavljuju kao njegove strane ugovornice, te iz ovog razloga prelazni sporazum nije ugovor mešovitog karaktera kao SSP.

Prelazni sporazum pored preambule sadrži 59 članova podeljenih u četiri naslova: Opšta načela (članovi 1-2), Slobodan protok robe (članovi 3-33), Druge odredbe o trgovini i trgovinskim pitanjima (članovi 34-41), Institucionalne, opšte i završne odredbe (članovi 42-59). Drugi naslov (Slobodan protok robe) podeljen je na poglavlja: Industrijski proizvodi (članovi 4-8), Poljoprivreda i ribarstvo (članovi 9-18) i Opšte odredbe (članovi 19-33). Uz skoro svaki član PTS naveden je odgovarajući član SSP iz koga su njegove odredbe preuzete ili na koji se odnose. Većina članova ima i posebne naslove. Sporazum obuhvata i 6 aneksa i 6 protokola koji su navedeni u Listi aneksa i protokola koja sledi posle njegovog osnovnog teksta.

Institucije koje se osnivaju Prelaznim trgovinskim sporazumom

U institucionalnim odredbama predviđa se osnivanje Odbora za sprovođenje Prelaznog sporazuma koji će nadzirati sprovođenje PTS (član 42. PTS). Odbor se sastoji od članova Saveta EU i članova Evropske komisije sa jedne strane, i članova Vlade Srbije s druge strane (član 43. PTS). Odbor razmatra sva važna pitanja koja se tiču primene i sprovođenja PTS i sva druga bilateralna ili međunarodna pitanja od zajedničkog interesa (član 42. PTS). Odborom naizmenično predsedava predstavnik Zajednice i predstavnik Srbije (član 43. PTS). Odbor donosi odluke koje su obavezujuće za strane ugovornice i usvaja preporuke na osnovu dogovora postignutog među stranama (član 44. PTS). Odbor takođe predstavlja forum za rešavanje sporova koji proisteknu iz tumačenja i primene PTS.

Rešavanje sporova

Odredbe o rešavanju sporova koji se tiču primene i tumačenja PST sadržane su u članu 49. i 50, kao i u Protokolu 6. Spor se rešava konsultacijama u okviru Odbora za sprovođenje Prelaznog sporazuma ili drugih odbora i tela osnovanih primenom odredaba PST. Odbor za sprovođenje Prelaznog sporazuma može da reši spor donošenjem obavezujuće odluke.

Ako strane ne uspeju da reše spor u roku od dva meseca od pokretanja postupka za rešavanje spora u skladu sa članom 50. stav 1. PST, svaka strana može dostaviti predmet spora na rešavanje putem arbitraže u skladu sa Protokolom 6. Odrebe ovog Protokola primenjuju se samo u pogledu sporova koji se tiču tumačenja i primene tačno pobrojanih odredaba Naslova II o slobodnom protoku robe i Naslova III koji sadrži druge odredbe o trgovini i trgovinskim pitanjima. Arbitražno veće je sastavljeno od tri arbitra koji se biraju sa liste arbitara predviđene u članu 15. Protokola. Listu na kojoj se nalazi 15 arbitara utvrđuje Odbor za sprovođenje Prelaznog sporazuma. Arbitri treba da poseduju posebna znanja i iskustva u oblasti prava, međunarodnog prava, prava Zajednice i međunarodne trgovine.

Zaključak

Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju prvi je korak na dugom putu ka punopravnom članstvu u Evropskoj uniji. Ovim Sporazumom, kao i Prelaznim trgovinskim sporazum, uspostavlja se novi pravni i institucionalni okvir u odnosima između Evropske unije i Republike Srbije. Sporazum uređuje odnose Republike Srbije sa drugom stranom ugovornicom u sva tri stuba Evropske unije. Savet Evropske unije odložio je stupanje ovih sporazuma na snagu, tako da će naši državljani biti u prilici da koriste beneficije iz ovih sporazuma i odgovarajuću sudsku zaštitu tek nakon što se ispune uslovi za njihovu primenu.

Maja Stanivuković, Ph. D., Full Professor
Sanja Đajić, Ph. D., Associate Professor
Novi Sad School of Law

Stabilisation and Association Agreement and Interim Trade Agreement between Serbia and the European Community

Abstract

The article gives general overview of Agreement on Association and Stabilisation and Provisional Trade Agreement entered into between European Community and Republic of Serbia. European Community and Serbia have never had as close ties as established by these two Agreements. This article provides an in-depth analysis of the procedure leading to as well as of the rights and obligations arising from these Agreements. Since Association and Stabilisation Agreements belong to the category of international agreements of the European Community, they will provide judicial protection to citizens of Serbia within the EU legal system. This article refers to sources and case law on similar international agreements entered into by European Community.

Key words: Association and stabilisation, Pre-accession agreements, EU law, judicial protection.

Originalni naučni rad 347(4)

Dr Dušan Nikolić, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

EVROPSKO PRIVATNO PRAVO U KONTEKSTU GLOBALIZACIJE*

Sažetak: *Pravo je deo kulture svakog naroda. Savremeni svet je multikulturalan, pa otuda postoje i različiti modeli regulisanja društvenih odnosa. Već na osnovu površne analize može se zaključiti da se razlikuju kako osnovni principi i konkretna normativna rešenja, tako i načini na koji se stvaraju, tumače i primenjuju pravila. U pravnoj teoriji se govori o pluralističkom i monističkom konceptu regulisanja društvenih odnosa. Prvi je prepoznatljiv po tome što u životu društvene zajednice osim pravnih normi koje je stvorila država, veliki značaj imaju pravila koja su nastala spontatno (običaji) ili pod uticajem različitih društvenih grupa (verska i profesionalna pravila). Sporovi se, najčešće rešavaju nezavisno od državnih organa, kroz različite postupke mirenja. Takav model, koji se naziva istočnjačkim, postoji u mnogim azijskim i afričkim zamljama. Sa druge strane, postoji zapadnjački model u kom dominantnu ulogu imaju pravna pravila koja stvaraju organi državne vlasti. U zemljama angloameričkog pravnog područja to čine najviši sudovi, u formi precedenata, a u zemljama kontinentalne Evrope i njihovim bivšim kolonijama, parlament, u formi zakona i drugih opštih akata. Običajna, verska i profesionalna pravila su pravno obavezujuća samo ako nadležni državni organi predvide njihovu primenu.*

Poslednjih decenija je pod uticajem globalizacije ubrazano uzajamno zbližavanje različitih pravnih kultura. U azijskim društvima raste uloga državnih organa. Sa druge strane, u zapadnim društvima se sve češće

* Autor je deo rada izložio na 14. Svetskom kongresu za sportsko pravo, održanom u Atini novembra 2008. godine, u okviru referata pod nazivom: *Convergence of different legal cultures, globalization of law and lex sportiva.*

govori o deregulaciji društvenih odnosa i deetatizaciji pravnih pravila. Postoje zalaganja da se smanji uloga državnih organa i da se regulisanje mnogih pitanja prepusti nedržavnim subjektima, među kojima su i različite profesionalne asocijacije. Pristalice ovakvog koncepta se pozivaju na pozitivna iskustva sa srednjovekovnom lex mercatoria, kao i na realne osnove za razvoj sveobuhvatnog sistema autonomnih pravila u oblasti sporta – lex sportiva. U radu je ukazano i na druge oblike nedržavne regualtive, kao što su ristejtmenti (restatements of law) u Sjedinjenim Američkim Državama i tzv. meko pravo (soft law) u Evropskoj uniji. Takvi modeli regulisanja društvenih odnosa se uklapaju u proces globalizacije prava.

Ključne reči: *privatno pravo; pravne kulture; evropeizacija prava; globalizacija prava; autonomna regulativa.*

1. Uvod

U Evropi su se poslednjih decenija dogodile epohalne ekonomske i političke promene. One su u velikoj meri uticale na razvoj pravne regulative. U okrilju Evropske unije je započeto oblikovanje novog *ius commune europaeum.* Reč je o specifičnom, mešovitom pravnom sistemu, u nastajanju, koji sadrži elemente evropskog kontinentalnog i angloameričkog prava. U njemu se mogu naći i neki novi modeli regulisanja društvenih odnosa koji uopšte nisu svojstveni tradicionalnoj zapadnoj pravnoj kulturi. To može delovati maglovito i zbunjujuće, naročito ako se proces posmatra izolovano. S druge strane, aktuelni trendovi postaju očigledniji i jasniji kada se razvoj evropskog nacionalnog i nadnacionalnog prava razmotri u širem kontekstu i dovede u vezu sa globalnim integracionim procesima. Naime, *evropeizacija* je samo jedan (istina, veoma važan) segment složenih promena koje se odigravaju u savremenom svetu.

Na razvoj nacionalnog, međunarodnog i evropskog nadnacionalnog (komunitarnog) prava, do sada su u velikoj meri uticala tri faktora: 1. zbližavanje (konvergencija) različitih pravnih kultura u svetu; 2. globalizacija prava i, 3. razvoj autonomne (nedržavne) regulative. Među njima postoji čvrsta veza i interakcija.

U novijoj zapadnoj pravnoj teoriji i pravnoj politici ima sve više zalaganja da se izvrši opsežna *deregulacija* društvenih odnosa u oblasti privatnog prava, i da se, istovremeno, regulisanje te materije prepusti nedržavnim subjektima (*deetatizacija*). Pri tom se navode različiti argumenti, od pozitivnog istorijskog iskustva evropskih naroda sa nedržavnom (obi-

čajnom) regulativom na nižem nivou društvenog razvoja i srednjevekovnom *lex mercatoria*, do aktuelnog pluralističkog modela koji postoji u mnogim azijskim društvima. Iza svega toga, svakako, stoji nastojanje da se prevaziđu nacionalne podele koje su nastale još u XIX veku, u epohi velikih kodifikacija građanskog prava.

2. Istorijska iskustva

2.1. Izvorno regulisanje društvenih odnosa na nižem nivou razvoja

Na osnovu dugotrajnih i opsežnih antropoloških i sociooloških istraživanja koja su vršena širom sveta, može se zaključiti da su društveni odnosi u prvobitnim zajednicama bili uređeni isključivo moralnim načelima i običajima. Dugotrajnim ponavljanjem pojedinih postupaka u identičnim ili sličnim situacijama, uobličavana su opšta pravila koja su pripadnici nerazvijenih društava prihvatali kao merodavna za ubuduće. Tako su kroz praktično iskustvo društvene zajednice nastajali izvorni regulativni sistemi, bitno različiti od današnjih normativnih celina stvorenih od strane državnih organa, koje u teoriji nazivaju veštačkim (*artificijelnim*)[1]. Pravila nisu stvarana *a priori*, već su nastajala spontano kao deo životne prakse jednog društva. S toga je i primena takvih regula bila prevashodno zasnovana na uverenju da je u određenoj situaciji dobro (korisno) postupiti onako kako nalaže iskustvo prethodnih generacija, a ne toliko na strahu od sankcije.[2] U neprijateljskom okruženju i u uslovima materijalne oskudice, sudbina svakog pojedinca bila je neraskidivo vezana za sudbinu zajednice. Zato je izvorno, običajno pravo bilo praćeno visokim stepenom pravne svesti. Postupati u skladu sa običajima značilo je očuvati unutrašnju harmoniju i stabilnost društva, a time i sopstvenu sigurnost.

2.2. Pojava države i etatizacija regulative

Vremenom su se okolnosti bitno promenile i uticaj običaja je počeo da slabi. Prvo je došlo do pojave viška proizvoda i do robne razmene koja je podstakla ekonomsku, a potom i političku integraciju na širem prostoru. Nova, politička organizacija društva označila je pojavu *države*. Organi

[1] V: Carleton Kemp Allen, *Law in the Making*, Oxford, 1964, str. 1.

[2] Prve sankcije, po svemu sudeći, nisu bile usmerene na zastrašivanje, već na svojevrsnu restituciju. Opširnije o tome: Dušan Nikolić, *Građanskopravna sankcija (geneza, evolucija i savremeni pojam)*, Novi Sad, 1995.

državne vlasti su počeli da preuzimaju regulativnu funkciju u mnogim oblastima javnog i privatnog života. Metod regulisanja društvenih odnosa je tada počeo da se menja. Državni organi su u početku donosili propise koji su uglavnom obuhvatali ranije ustanovljena običajna pravila, ali su kasnije sve češće stvarali sopstvene norme. Običajno pravo je vremenom postalo anahrono i neprimereno praktičnim potrebama. Ono je sporo nastajalo i još sporije se menjalo, dok je ritam života u društvu postajao sve brži. Brze promene društvenih odnosa iziskivale su brzu reakciju na regulativnom planu. Društvo nije moglo da čeka da se kroz dugotrajno ponavljanje određenih postupaka izmeni postojeće ili uobliči novo običajno pravilo. Osim toga, državi je bio potreban odgovarajući instrumentarijum za aktivno usmeravanje društva i njeni organi nisu mogli da dopuste da se regulativni sistem razvija spontano, mimo njihove kontrole. Epilog je poznat. U mnogim delovima sveta države su proširile ingerencije do neslućenih razmera. Državni organi uređuju veliki broj društvenih odnosa, propisuju i sprovode sankcije zbog nepoštovanja utvrđenih pravila i rešavaju sporove koji nastaju unutar društvene zajednice. Međutim, situacija nije ista u svim zemljama.

3. Multikulturalni svet i različite pravne kulture

Svet u kojem živimo je multikulturalan. Kultura je višeslojan i polivalentan pojam. Ona, između ostalog, obuhvata i način regulisanja društvenih odnosa. U savremenom svetu, svako društvo ima svoja pisana i nepisana pravila ponašanja. Na njihovo oblikovanje utiče mnoštvo različitih faktora - od istorijskog nasleđa, raspoloživih resursa i nivoa ekonomske razvijenosti, do klimatskih uslova. Narodi koji su bili izloženi istovetnim ili sličnim uticajima imaju i slične modele regulisanja društvenih odnosa. U toj sferi, među njima postoji viši stepen bliskosti. Polazeći od te činjenice, pravni teoretičari govore o postojanju posebnih *pravnih tradicija*[3]*, velikih pravnih sistema*[4] ili *pravnih kultura.* Dosadašnja uporedna istraživanja su pokazala da među njima postoje brojne sličnosti, ali i razlike koje su ponekad toliko velike da pojedini zapadni autori govore o pravu u radikalno različitim kulturama.[5].

---

[3] V: *Legal Traditions and Systems*, (edited by Alan N. Katz), New York – London, 1986.

[4] V: *The Legal Systems of the World – Their Comparasion and Unification*, (chief editor: René David), Tübingen – The Hague – Paris; Mario G. Losano, *I grandi sistemi giuridici – Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei,* Roma – Bari, 2000.

[5] V: John H. Barton, *Law in Radically Different Cultures,* St. Paul, 1983, str. XV

4. Različiti načini regulisanja društvenih odnosa

U literaturi se najčešće ukazuje na razliku koja postoji između *zapadnjačkog,* (*monističkog*) *modela* koji je vekovima razvijan u evropskim državama i njihovim kolonijama, i *istočnjačkog,* (*pluralističkog*) *modela* koji je karakterističan za pojedine azijske i afričke zemlje.

Na Zapadu se pravni život odvija pod dominantnim uticajem države. Državni organi donose pravna pravila. Oni ih tumače i primenjuju po unapred utvrđenoj proceduri. Sporovi među građanima se u najvećem broju slučajeva rešavaju pred sudom. Nasuprot tome, u azijskim i afričkim društvima državna regulativa tradicionalno ima znatno manji značaj, naročito u oblasti privatnog prava. Život se odvija u skladu sa običajnim, verskim i drugim, spontano nastalim, pravilima. Sporovi se uglavnom rešavaju vansudskim putem. Drugim rečima, uloga državnih organa je svedena na minimum.

5. Istočnjački (pluralistički) model

U Kini, Japanu i nekim drugim azijskim zemljama koegzistiraju različiti modeli regulisanja društvenih odnosa. Za razliku od tzv. *monističkih ili čistih pravnih sistema* zapadnih zemalja, koji se sastoje skoro isključivo od normi državnih organa, ova regulativa je *pluralistička, multidimenzionalna.*[6] Ona obuhvata različite regulativne celine koje obuhvataju zakonske norme, običaje i moralna pravila.

U Kini još uvek vlada mišljenje da svako treba da postupa u skladu sa običajima i moralnim načelima društvene zajednice kojoj pripada. Državna regulativa je po tradicionalnom učenju samo nužno zlo, nedostojno časnog čoveka.[7] Zato su običajnim pravilima uređena mnoga pitanja iz svakodnevnog života, koja su u ostalim zemljama isključivo predmet zakonske regulative.

Slično je i u Japanu koji je vekovima bio pod snažnim uticajem kineske kulture.[8] U toj zemlji regule državnih organa takođe imaju ogra-

---

[6] Ko Hasegawa, *The Structuration of Law and Its Working in the Japanese Legal System*..., str. 147.

[7] „Konfucijanci su tvrdili da narodom treba upravljati pomoću *li* (rituali, običaji i sl. – prim. D.N.) i morala, a ne zakonom i kažnjavanjem..." (Fung Ju-Lan, *Istorija kineske filozofije*, Beograd, 1992, str. 190).

[8] Dominique T.C. Wang, *Les sources du droit japonais*, Genève, 1978, str. 21; Yosiyuki Noda, *Comparative Jurisprudence in Japan*: *Its Past and Present*, u knjizi: *The Japanese Legal System -Introductory Cases and Materials*, (Ed.: Hideo Tanaka), Tokyo,

ničenu ulogu. Naročito one iz domena privatnog prava. Razloge za to treba tražiti u kulturnom nasleđu i životnoj filozofiji Japanaca. Poznato je da se harmonija društvenih odnosa (*wa*) u Japanu smatra jednom od najvećih vrednosti. U literaturi se ističe da upravo zbog toga prosečni Japanac oseća odbojnost prema svakom otvorenom sukobu.[9] Tužba sudu, učestvovanje u parnici, javno opisivanje konflikta, pa i samo pominjanje imena u sudnici smatraju sramotnim i obesčašćujućim. Zato se velika većina Japanaca opredeljuje za mirno rešavanje sporova izvan suda, putem kompromisa, koji se najčešće ostvaruje uz posredovanje trećih lica. U takvim slučajevima merodavnim se smatraju pravila običajnog prava (*kanshū hō*).[10] U Japanu zvanično državno pravo, koje je krajem XIX veka recipirano pod pritiskom zapadnih zemalja, ima mali praktični značaj. S druge strane, tzv. nezvanično običajno privatno pravo predstavlja ključni model regulisanja društvenih odnosa i ima dominantnu ulogu u svakodnevnom životu Japanaca.[11] Međutim, to što je zvanično državno pravo marginalizovano ne znači da država vodi pasivnu politiku u domenu regulisanja društvenih odnosa. Naprotiv. Japan ima sasvim jasno utvrđenu strategiju razvoja u toj oblasti. „Mali procenat parnica je rezultat vladine politike usmerene na suzbijanje parničenja Japanskog naroda i na stvaranje socijalnog mira bez jake vladine kontrole. U skladu sa tim, striktna restrikcija broja kvalifikovanih pravnika je jedna od tih vladinih politika.“[12] U Japanu poslove sudije, javnog tužioca i advokata mogu obavljati samo lica koja polože *Nacionalni pravni ispit* i koja nakon toga prođu odgovarajuću obuku u specijalizovanim institutima. Ispit je tako organizovan da ga može položiti samo relativno mali broj kandidata. To potvrđuju i statistički podaci. Na primer 2000. godine od 30.000 kandidata ispit je položilo svega oko 1000. Rezultat aktuelne kadrovske politike je mali broj kvalifikovanih pravnika. Godine 2001. na 127.000.000 stanovnika, u Japanu je bilo oko 2.200 sudija, 1.300 javnih tužilaca i 18.000 advokata. Namerno održavanje tako malog broj pravnika ovlašćenih za pružanje stručne pomoći otežava primenu zvaničnog prava i usporava rad sudova. Time se građani na indirektan način upućuju na tradicionalne modele regulisanja društvenih odnosa i na

---

2000, str. 223.: Legal Systems of the World, (Editor: Herbert M. Kritzer), Santa Barbara – Denver – Oxford, 2002, tom II, str. 773.

[9] Masaki Abe, *Japan*, u: *Legal Systems of the World*..., tom II, str. 779.

[10] Opširnije: Takeyoshi Kawashima, *Dispute Settlement in Japan*, u knjizi: *The Social Organization of Law*, (Ed.: Donald Black i Maureen Mileski), 1973, str. 58-74.

[11] K. Rokumoto, *Legal Resolution of Civil Disputes*, 1971, str. 297-298. Prema: Hideo Tanaka, *op. cit*., str. 262-263.

[12] Masaki Abe, *op. cit*., str. 779.

vasudsko rešavanje sporova.[13] Vladina politika se pokazala uspešnom. Većina Japanaca se i dalje opredeljuje za harmonični život, u skladu sa običajima i moralom, i za mirno, vansudsko rešavanje sporova.[14]

Običaji imaju veliki značaj i u pravnim sistemima mnogih afričkih zemalja.

6. Zapadnjački (monistički) model

Kao što je već rečeno, zapadnjački model je karakterističan po tome što je gotovo celokupna pravno relevantna materija uređena pravilima koje stvaraju organi državne vlasti. Običaji i druga pravila stvorena od strane nedržavnih subjekata imaju obavezujući karakter samo ako iza njih stoji državna sankcija. Međutim, zapadnjački model nije svuda isti. Postoje tri tipa pravnih sistema državne regulative: evropski kontinentalni, angloamerički i mešoviti.

U zemljama kontinentalne Evrope pravo stvaraju organi zakonodavne, a pod određenim uslovima, i organi izvršne vlasti. Opšta pravila se donose u formi *zakona* i drugih *opštih akata*, po unapred utvrđenoj proceduri i u okviru precizno određene nadležnosti. U pravnim sistemima evropskog tipa zakon je osnovni izvor. Pravila iz drugih izvora su pravno obavezujuća samo ako je njihova obaveznost, direktno ili indirektno, utvrđena zakonom. U većini evropskih zemalja pravo je kodifikovano. To znači da se pravne norme nalaze u jednom zakonskom tekstu (*zakonik, kodeks*) ili eventualno u više zakonskih propisa od kojih svaki reguliše materiju jedne grane prava (*sistemski zakoni*). Pravila koja su sadržana u zakonima odlikuju se visokim stepenom opštosti. Ona su tako formulisana da se (dedukcijom) mogu primeniti na neodređeni broj istovrsnih situacija kao i na sva lica koja se u njima nađu. Osim toga, u teoriji, ali i u pravnoj praksi zemalja kontinentalne Evrope, ustaljeno je pozivanje na pravna načela, logička pravila i na apstraktne pravne kategorije.

U pravnim sistemima angloameričkog tipa pravna pravila uglavnom nastaju kroz sudsku praksu. To pravo je većim delom stvoreno od strane sudova (*judge-made law*).[15] Opšta pravna pravila mogu ustanovljavati samo sudovi višeg ranga. Njihove odluke imaju karakter *presedana* (*precedenata*), pa se otuda takav tip pravnih sistema naziva i *precedentnim.* Pre-

[13] V.: Masaki Abe, *op. cit*., str. 777-779.

[14] V.: Hideo Tanaka, *op. cit*., str. 254. etc.

[15] Činjenica je da neke elemente sudskog prava možemo naći i u pravnim sistemima kontinentalne Evrope. V: Dušan Nikolić, *Elements of Judge-made Law in the Serbian Legal System,* u knjizi: *Precedent and the Law*, (ed. Ewoud Hondius), Bruxelles, 2007, str. 437 – 467.

sedani obavezuju niže sudove da na isti način presuđuju sve buduće istovrsne sporove. Pošto opšta pravila nastaju povodom pojedinačnih slučajeva (*case*), za angloameričko pravo se kaže da je kazuističko (za razliku od prava kontinentalne Evrope, koje je opšte i apstraktno). U angloameričkom pravu takođe postoje zakoni i drugi opšti akti (*statute law*). Istina, njih je relativno malo. Većina relevantnih društvenih odnosa je uređena pravilima koja su stvorili sudovi. Zbog toga se može steći pogrešan utisak o hijerarhijskom odnosu u pravnom sistemu. Kao i u zemljama kontinentalne Evrope prednost imaju zakoni. Međutim, oni su pravno obavezujući samo ako nisu u suprotnosti sa ustavnim pricipima. O tome pak, odlučuju najviši sudovi. Takvom koncepcijom dodatno je ojačana pozicija organa sudske vlasti koji i inače imaju dominantnu ulogu u procesu kreiranja celokupnog pravnog sistema.

Neki pravni sistemi državne regulative imaju mešovita obeležja. U njima postoje zakoni i drugi opšti akti koje donose organi zakonodavne i izvršne vlasti ali je ostavljena mogućnost da i najviši sudovi stvaraju pravo (kroz odluke precedentnog karaktera). Takvi pravni sistemi su, s jedne strane, bliski evropskom, a sa druge, angloameričkom pravu. Međutim, to nije prost spoj dve pravne tradicije. U njima se prepliću različita normativna rešenja iz kojih izrastaju osobeni pravni instituti. *Mešoviti pravni sistemi* (*mixed legal systems*) takve vrste postoje u Škotskoj, Kvebeku, Lujzijani, Južnoafričkoj Republici, a u nešto manje naglašenom obliku, i u nekim drugim zemljama.

7. Zbližavanje različitih pravnih kultura u savremenom svetu

Poslednjih decenija postignut je značajan napredak na polju ujednačavanja pravne regulative u svetu. Na to je u velikoj meri uticao proces globalizacije. Sa stanovišta privatnog prava posebno su bile važne promene u oblasti ekonomije.[16] Uključivanje u svetsku podelu rada i međunarodnu trgovinu, privlačenje stranih investicija i sl. iziskivali su da se nacionalna regulativa uskladi sa nadnacionalnim pravnim standardima. Na indirektan način taj proces je olakšan i postepenim stvaranjem globalne kulture, koja je predstavaljala pogodan ambijent za promene. Međutim, ujednačavanje je mnogo češće podsticano na direktan način. Nekada se konvergencija odvijala spontano.[17] Danas je to planska aktivnost iza koje

[16] Opširnije: Alain Marciano – Jean-Michel Josselin (red.), *The Economics of Harmonizing European Law*, 2002.

[17] Opširnije: Dušan Nikolić, *Konvergencija pravnih sistema u oblasti građanskog prava,* Pravni život, 10/2002.

stoji čitava strategija koju brižljivo pripremaju brojni nacionalni i međunarodni ekspertski timovi. Postoje različiti regionalni projekti ali i projekcije ujednačavanja pojedinih segmenata prava u svetskim okvirima.

8. Transformacija istočnjačkog modela: etatizacija regulative

U pojedinim delovima sveta uloga i značaj običajnog prava su se tokom poslednjih nekoliko godina bitno izmenili. Tako npr. u Kini, pod uticajem snažnog ekonomskog razvoja i intenziviranja saradnje sa drugim državama, dolazi do njegovog slabljenja i istovremenog jačanja državne pravne regulative.

9. Transformacija zapadnjačkog modela: deetatizacija regulative

U zemljama sa zapadnom pravnom kulturom može se uočiti suprotan trend. Očigledno je da se na različite načine umanjuje uticaj državne regulative, posebno u sferi privatnog prava. Kao što je rečeno u uvodu, sve češće se govori o prenormiranosti i potrebi smanjenja broja zakona i pravnih normi (*deregulacija*). Istovremeno, podstiču se privredni i drugi nedržavni subjekti da samostalno regulišu relevantne odnose u toj oblasti (*deetatizacija*).

10. Regulisanje društvenih odnosa izvan države

10.1. Restatements u pravnom sistemu Sjedinjenih Američkih Država.

U Sjedinjenim Američkim Državama od 1923. godine postoji poseban institut (*American Law Institute*) koji radi na unapređenju pravne regulative. Primarni zadatak ove institucije je da putem tzv. *ristejtmenta* (*Restatements of Law*) sistematizuje, modernizuje i kodifikuje pravila sadržana u precedentnim odlukama, među kojima ima i onih koje su stare nekoliko stotina godina.[18] Institut u nekim slučajevima ima i znatno kreativniju ulogu. Naime, ristejtmenti se ponekad koriste za uvođenje potpuno novih pravila. Na taj način se unapređuju pojedini segmenti pravnog sistema i popunjavaju praznine koje u njima po-

[18] V: Sanja Đajić, *Ristejtmenti prava Američkog pravnog instituta*, Evropski pravnik / European Lawyer Journal, 3/2007, str. 133-138.

stoje. Ristejtmenti nisu formalno obavezujući. Međutim, oni se široko primenjuju u pravnoj praksi. Na njih se često pozivaju poslovni ljudi, advokati, pa čak i sudije najviših sudova. Za to postoji više razloga. Pre svega, nesporno je da su ristejtmenti dobro prihvaćeni zbog visokog profesionalnog i moralnog ugleda njihovih tvoraca - ekspertskih timova sačinjenih od najuglednijih pravnih teoretičara i vrhunskih pravnika praktičara. Međutim, dobra reputacija autora ne bi mnogo značila da iza nje ne stoji dobro obaveljen posao. Pravila u ristejtmentima se pripremaju studiozno, dobro su osmišljena, precizno formulisana, pojašnjena odgovarajućim komentarima i, što je posebno značajno, usklađena su sa potrebama savremenog društva.

Američko iskustvo sa ristejtmentima je dokaz da se mimo državnih organa mogu stvoriti pravna pravila koja društvo prihvata zbog kvaliteta ponuđenog rešenja, a ne zbog formalne obaveznosti i državne prinude. Slična iskustva postoje i u drugim delovima sveta.

10.2. Soft law u Evropskoj uniji.

10.2.1. U potrazi za kompromisom

U Evropi se mogu uočiti dve oprečne težnje. S jedne strane, postoji želja da se očuva nacionalno pravo i nacionalni suverenitet, a sa druge, potreba da se harmonizacijom i unifikacijom pravne regulative obezbedi viši nivo pravnog jedinstva u pojedinim sektorima.

Većina pravnorelevantnih odnosa je još uvek uređena normama nacionalnog (domaćeg) prava. S druge strane, postojanje harmonizovane, a u nekim segmentima čak i jednoobrazne (unifikovane), pravne regulative jedan je od bitnih preduslova za stvaranje snažne panevropske integracije. Zbog toga je denacionalizacija prava u samom vrhu prioriteta pravne politike Evropske unije. Međutim, taj zadatak je vrlo složen i delikatan, pre svega zbog duboko ukorenjenog stava da je očuvanje pravnog nasleđa (naročito onog iz domena privatnog prava) od prvorazrednog značaja za očuvanje nacionalnog suvereniteta i kulturnog identiteta svakog evropskog naroda. Osim toga, denacionalizacija podrazumeva iznalaženje normativnih rešenja koja bi predstavljala kompromis između evropskog kontinentalnog i angloameričkog koncepta,[19] kao i između različitih pravnih krugova na Kontinentu, a naročito između romanskog i germanskog prava. Kompromisi su neo-

[19] V: *The Clifford Chance – Millennium Lectures: The Coming Together of the Common Law and the Civil Law,* Oxford - Portland Oregon, 2000.

phodni jer bi promovisanje bilo kojeg nacionalnog zakonodavstva u jedinstveno pravo Evropske unije grubo povredilo princip ravnopravnosti svih država članica.

Među onima koji se zalažu za ujednačavanje građanskog prava ne postoji saglasnost u pogledu metodologije. Neki smatraju da harmonizaciju i unifikaciju treba vršiti „*odozgo*", utvrđivanjem osnovnih principa, normativnih modela i donošenjem jedinstvenih propisa na nivou Evropske unije (*centralistički metod*). Drugi su mišljenja da ujednačavanje treba da se vrši „*odozdo*", različitim (*necentralističkim*) metodima koji vode ka postepenom i uglavnom spontanom uzajamnom približavanju nacionalnih zakonodavstava.

10.2.2. Želje i mogućnosti

Evropski Parlament je 1989. godine doneo *Rezoluciju o radu na ujednačavanju privatnog prava država članica*[20] kojom je zatražio da se najpre obave pripremni radovi za izradu koncepta zajedničkog evropskog zakonika u toj oblasti. Međutim, radna grupa nije započela rad ni nakon više godina. S toga je Parlament 1994. godine doneo novi akt: *Rezoluciju o harmonizaciji određenih sektora privatnog prava članica*,[21] sa konkretnijim, i nešto skromnijim zadatkom. Naime, od radne grupe je zatraženo da razmotri mogućnost izrade koncepta zajedničkog evropskog zakonika kojim bi bili obuhvaćeni samo pojedini segmenti privatnog prava. Osim toga, komisija je dobila zaduženje da predloži prioritete za parcijalnu kodifikaciju u kratkom roku i mnogo širu harmonizaciju u dužem roku.

10.2.3. Kompromis

Kreatori novog evropskog poretka su još sedamdesetih godina XX veka ukazivali na potrebu ujednačavanja pojedinih segmenata privatnog prava. Među prioritetima su bila pravila koja su se neposredno odnosila na stvaranje jedinstvenog tržišta. U tu grupu su spadale i regule obligacionog prava. Međutim, komunitarni organi nisu bili nadležni za donošenje jedinstvenih propisa u toj oblasti. Rešenje je nađeno u razvoju tzv. *mekog prava* (*soft law*). Naime, ideja je bila da se izradi regulativni model koji ne bi bio obavezujuć, ali bi svakako mogao da služi kao orijentir učesnicima obligacionih odnosa, nacionalnim sudovima, a u krajnjoj

[20] Official Journal of the European Communities, No. C 158, 28.6. 1989, p. 400. Prema: http://www.ufsia.ac.be/-estorme/CECL- Resolution.html.

[21] Od 6. maja 1994.

liniji i parlamentima država članica. Time bi se podstaklo ujednačavanje pravne prakse i uzajamno zbližavanje različitih pravnih sistema. Naravno, nije zanemarena ni činjenica da bi taj projekt u pogodnom trenutku mogao da bude integrisan u jedinstveni evropski zakonik. [22]

10.2.4. Načela evropskog ugovornog prava

Rukovođena tim ciljevima, Komisija evropskih zajednica je 1980. godine počela da finansira rad na izradi Načela evropskog ugovornog prava (*Principles of European Contract Law*). Nosilac projekta je bila Komisija za evropsko ugovorno pravo (*Commision on european contract law*), na čijem čelu je bio danski profesor Ole Lando (pa otuda: *Lando komisija*, *Lando Commision*).

Ekspertski tim je radio punih dvadeset godina. U međuvremenu, ozvaničeni su pojedini segmenti projekta. Godine 1995. prezentovana je prva verzija prvog dela; 1998. je objavljena kompletna verzija prvog i drugog dela, a 2002. godine javnosti je predstavljen i treći deo sa dodatnim poglavljima. Nakon toga, otvorene su rasprave o značaju i primeni načela evropskog ugovornog prava, koje traju i danas.[23]

10.2.5. Nacrt okvirnih pravila (Draft Common Frame of Reference)

Godine 2008. Studijska grupa za Evropski građanski zakonik (*Study Group on a European Civil Code*) i tzv. Aki grupa (*Research Group on EC Private Law*) objavile su Nacrt okvirnih pravila u oblasti ugovornog prava (*Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference*)[24], koji je delom zasnovan i na izmenjenoj verziji Landovih načela. U predgovoru knjige je naglašeno da je to „akademski, a ne politički autorizovan tekst (*an academic, not a politically authorised text*).“ Upravo ta karakteristika je bila povod za polemiku na među-

---

[22] V: William Blair – Richard Brent, *A Single European Law of Contract – the future for harmonisation,* http://www.bareuropeangroup.com/Blair_Brent-EurocontractLaw[2]htm

[23] V: Friedrich Blase, *Leaving the Shadow for the Test of Practice – On the Future of Principles of the European Contract Law,* http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/blase. Evropska komisija je 12. februara 2003. objavila *Akcioni plan za koherentnije evropsko ugovorno pravo (Action Plan on a More Coherent European Contract Law),* kojim su predviđene različite regulatorne i neregulatorne mere za ujednačavanje pravne regulative. (OJ C63/1 od 15. marta 2003).

[24] *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference*, Ed. Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte – Nölke, Interim Outline Edition, Sellier – European Law Publisher, Munich, 2008.

narodnoj konferenciji „*Which European Contract law for the European Union*“ koja je oktobra 2008. godine održana na univerzitetu Sorbona u Parizu. Tom prilikom, ukazano je na činjenicu da u Evropi ne postoji politička volja da Nacrt dobije obavezujući karakter, i da sa druge strane, tekst koji su prevashodno pisali univerzitetski profesori i pravni teoretičari, u nekim segmentima ne odgovara realnosti i potrebama pravne prakse.

10.3. Lex sportiva

Prethodni primer nedvosmisleno ukazuje na činjenicu da je u zapadnoj pravnoj kulturi politička volja nacionalnih država (još uvek) ključni faktor pri izboru načina na koji će biti uređeni društveni odnosi. Državni organi: 1. stvaraju nacionalno pravo; 2. zaključuju bilateralne ili multilateralne sporazume sa drugim državama i međunarodnim organizacijama, na osnovu kojih nastaje međunarodno pravo i, 3. donose odluke o ograničavanju sopstvenog suvereniteta kojim omogućuju: a) autonomno regulisanje relevantnih odnosa na nacionalnom ili međunarodnom nivou, od strane nedržavnih subjekata, i b) nastanak nadnacionalnog prava.

Struktura nacionalnog i međunarodnog prava se postepeno menja pod uticajem integracionih procesa. Sve češće se javljaju nove grane, koje se ne uklapaju u tradicionalne teorijske podele. One imaju predmetnu sistematiku (obuhvataju sve norme koje se odnose na jedan predmet, na jednu oblast društvenog života). To obeležje imaju Pravo životne sredine, Kompjutersko pravo, Pravo intelektualne svojine, Medicinsko pravo i sl. Među nove grane nesumnjivo možemo uvrstiti i Sportsko pravo, koje je jasno uobličeno kako na teorjskom tako i na normativnom planu.[25] Ono je sintetičkog karaktera. Sportsko pravo obuhvata mnoštvo različitih instituta koji su do sada bili u sastavu ustavnog, građanskog, upravnog, krivičnog i drugih tradicionalnih grana prava. To izdvajanje je izvršeno iz praktičnih razloga, koje ne treba posebno obrazlagati. Važno je samo znati kakav je odnos između nove i tradicionalnih grana prava. Poznavanje tih relacija može biti od značaja prilikom rešavanja konkretnih pitanja u pravnoj praksi.

Već smo konstatovali da je Sportsko pravo jedna od novih, sintetičkih grana koja sadrži elemente kako javnog, tako i privatnog prava. Ono je zasnovano na naročitoj kombinaciji opštih i posebnih (diferencijalnih) načela i obuhvata mnoštvo najrazličitijih pravila. U odnosu na druge, tra-

[25] Dimitrios P. Panagiotopoulos, *Situation, Trend and Legal Policy for Sports Law in the EU,* Evropski pravnik/ European Lawyer Journal, 4/2006, str. 63 – 74.

dicionalne grane, Sportsko pravo je specijalnog karaktera. Njegove norme, u skladu sa načelom *lex specialis, derogat legi generali* imaju prednost u odnosu na opšta pravila sadržana u drugim granama. Time je u osnovi određen i odnos između Sportskog prava i familije grana Građanskog prava. Ukoliko za konkretno pitanje iz domena Građanskog prava, koje se odnosi na sport, ne postoji neko posebno pravilo, merodavnim će se smatrati odgovarajuća građanskopravna norma. U praksi ima mnogo takvih slučajeva jer Sportsko pravo još uvek nije dovoljno razvijeno. Ako ne postoji ni posebno ni opšte pravilo, a radi se o tzv. građanskopravnoj stvari, državni organ (sud) će biti dužan da popuni pravnu prazninu i reši eventualni spor tako što će sam kreirati posebno pravilo za konkretni slučaj. Sud u ovoj oblasti ne može da odbije da sudi, pozivajući se na to da nema odgovarajuće pravne norme, jer se uvek može pozvati na jedno ili više načela građanskog prava.

Sportsko pravo obuhvata imperativne norme (*ius cogens*) koje moraju biti striktno primenjene, ali i veliki broj dispozitivnih normi (*ius dispositivum*), od kojih subjekti mogu odstupiti i drugačije urediti međusobne odnose (naravno, uz obavezu da poštuju okvire koji su predviđeni zakonom i drugim izvorima prava).

Nedržavna pravila u ovoj oblasti – *lex sportiva*, mogu se stvarati u dva sektora. Prvi obuhvata materiju koju po ovlašćenju države mogu autonomno urediti sportske asocijacije i ostala pravna lica, a drugi, materiju koja je uređena ranije pominjanim dispozitivnim normama. U pitanju su dva različita slučaja. U sektoru koji je država prepustila nedržavnim subjektima, mogu biti ustanovljena različita pravila koja najčešće po automatizmu važe za članove i (eventualno) treća lica. U drugom slučaju, kada je država ustanovila opšta ili specijalna pravila dispozitivnog karaktera, ili uopšte nije uredila neko od relevantnih pitanja, a stranke imaju mogućnost izbora, sportske asocijacije mogu stvarati opciona pravila, poput onih koja su sadržana u *ristejtmentima* Američkog pravnog instituta ili onih koje čine *soft law* u evropskom ugovornom pravu. Pri tom treba voditi računa o dosadašnjim iskustvima. Ona govore u prilog tome da na razvoju mekog prava u ovoj oblasti treba da rade mešoviti ekspertski timovi u kojima su podjednako zastupljeni kako eminentni naučnici i profesori univerziteta, tako i pravnici praktičari sa dugogodišnjim iskustvom. Stvaranje opcionih pravila koja bi bila alternativa dispozitivnim zakonskim normama ili njihova dopuna, mogao bi se znatno unaprediti sistem državne regulative, koji je često nedorečen, inertan i u raskoraku sa dinamičnim oblastima društvenog života, kao što je sport. Efekat bi bio još bolji ukoliko bi na tom polju radili mešoviti međunarodni timovi eksperata.

10.4. Autonomna regulativa kao instrument zbližavanja nacionalnih zakonodavstava

Lex sportiva i druga pravila stvorena od strane nedržavnih subjekata, sve češće se pominju na međunarodnim naučnim skupovima kao jedan od modela koji omogućuju zbližavanje različitih pravnih kultura i prevazilaženje nacionalnih podela. Ona se konceptualno, metodološki i ciljno uklapa u proces globalizacije.

11. Globalizacija prava

Kada se procesi u pojedinim delovima sveta posmatraju izdvojeno, često je nejasno o čemu se radi. Međutim, svuda je moguće otkriti određenu korelaciju. Videli smo da se u zemljama zapadne pravne kulture podstiče razvoj nedržavne regulative i različitih metoda za vansudsko rešavanje sporova. S druge strane, na Dalekom istoku koji je dugo bio prepoznatljiv po pluralističkom modelu, uočljivo je širenje i jačanje državne regulative. Zaključak je jednostavan. Postepeno dolazi do uzajamnog zbližavanja različitih pravnih kultura. Slični procesi se odigravaju i unutar istih civilizacijskih krugova.

Promene evropskog (kontinentalnog) tipa prava započete su sredinom XX veka. Tome je posebno doprinela praksa *Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu* i *Suda pravde evropskih zajednica u Luksemburgu*. Ove dve institucije već decenijama na specifičan način stvaraju opšta pravna pravila. Time je doveden u pitanje princip podele vlasti koji je karakterističan za pravo Kontinentalne Evrope. Kritičari tvrde da je to posledica *amerikanizacije evropskog prava.* S druge strane, kao što smo rekli, Američki pravni institut putem ristejtmenta radi na kodifikaciji pravnih pravila. Istovremeno, u većini zemalja angloameričkog kruga ima sve više zakona. Imajući u vidu te trendove, pojedini američki autori tvrde da se radi o *evropeizaciji američkog prava*. U Ujedinjenom Kraljevstvu, koje je član Evropske unije, taj proces traje već nekoliko decenija.[26]

Kada se sve navedeno uzme u obzir, postaje jasno da je proces sveopšte globalizacije, uključujući tu i globalizaciju prava prilično odmakao. Pitanje je samo koje su njegove krajnje granice.

[26] Upor. sa: Simon Whittaker, Precedent in English Law: A View from the Citadel, Evropski pravnik, 3/2007, 77. etc.

12. Jedna ideja: jedna država i jedno pravo

U pravnoj teoriji su podeljena mišljenja o krajnjim dometima globalizacije. Neki smatraju da je to utopistička ideja, dok drugi tvrde da će se proces, pre ili kasnije, okončati formiranjem jedne super države o kojoj će postojati jedinstveno pravo. U potonjoj varijanti verovatno ne bi bilo mnogo prostora za autonomnu regulativu. Međutim, u poslednje vreme se mogu čuti i bitno drugačije vizije razvoja.

13. Još jedna ideja: civilno društvo i post-državna regulativa

U politici, a u poslednje vreme i u svakodnevnom životu, sve češće se govori o *civilnom društvu* (*civil society*). U nedostatku jasnog pojmovnog određenja, većina ljudi pod tim, intuitivno, podrazumeva nešto što je različito od politički organizovanog društva koje reprezentuje država kao nosilac imperijuma i fizičke sile. To spadaju različite (neprofitne), interesno organizovane zajednice koje egzistiraju paraleleno sa državom, i nezavisno od nje.[27] U nekim segmentima društvenog života tzv. *nevladin sektor* sarađuje sa organima državne vlasti, podržavajući različite aktivnosti koje doprinose efikasnijem organizovanju društva, naročito kada se radi o važnim i delikatnim okolnostima, kao što su elementarne nepogode, zaštita prirode od velikih zagađenja i sl. Sa te strane postoji odnos *koordinacije* ili *saradnje*. Međutim, civilno društvo se mnogo češće javlja kao svojevrsna *opozicija* nosiocima državne vlasti. Različite interesne grupe kritički analiziraju rad državnih organa i (po pravilu) nenasilnim sredstvima i aktivnostima utiču na sprovođenje i zaštitu društvenih (javnih) interesa ali i legitimnih interesa pojedinaca, pred državom. Opoziciono delovanje ponekad prerasta u *konfrontaciju*. To se događa onda kada postoji sukob interesa društva, odnosno, uže društvene grupe, sa interesima grupe na

[27] Prema: London School of Economics and Political Science: „Civil society refers to the arena of uncoerced collective action around shared interests, purposes and values. In theory, its institutional forms are distinct from those of the state, family and market, though in practice, the boundaries between state, civil society, family and market are often complex, blurred and negotiated. Civil society commonly embraces a diversity of spaces, actors and institutional forms, varying in their degree of formality, autonomy and power. Civil societies are often populated by organisations such as registered charities, development non-governmental organisations, community groups, women's organisations, faith-based organisations, professional associations, trades unions, self-help groups, social movements, business associations, coalitions and advocacy group. Izvor: http://www.lse.ac.uk/collections/CCS/

vlasti. Najzad, moglo bi se govoriti i o odnosu *konkurencije*. Civilno društvo često artikuliše i ostvaruje interese koji nisu obuhvaćeni aktivnostima državnih organa. Takvo delovanje postoji na mnogim poljima društvenog života i ono se sve više širi. Države, pod različitim uticajima, prepuštaju sve više prostora nevladinom sektoru. Nejasno je samo gde su granice tog procesa. U krajnjoj liniji može se postaviti pitanje da li društvo može funkcionisati bez države? Iskustva iz daleke prošlosti bi nas mogla navesti na zaključak da je tako nešto moguće. Kao što je rečeno u uvodu, pre nastanka prvih država postojale su primitivne, a potom nešto razvijenije rodovske i plemenske zajednice koje su uspešno zadovoljavale egzitencijalne potrebe svojih članova. U njima su postojala jasna i čvrsta pravila kojih se većina pridržavala iz ubeđenja a ne iz straha od sankcije. Naravno, to nije bila posledica visokog nivoa (pravne) svesti, već čvrste vere, ili bolje rečeno, religijskog verovanja da treba postupati onako kako su do tada, u istovrsnim situacijama, postupale generacije predaka. Čitav poredak je bio zasnovan na specifičnom sistemu vrednosti koji se bitno razlikovao od današnjeg.[28] Danas u mnogim krajevima sveta ne postoji odgovarajući nivo pravne svesti, a još manje adekvatan religijski uticaj koji bi mogao da zameni strah od državne prinude koja se javlja u formi pravne sankcije. Toga su verovatno svesni i oni koji utiču na regionalne i globalne procese. O čemu se onda radi? Nema sumnje da jačanje civilnog društva vodi ka sužavanju delokruga i postepenom marginalizovanju nacionalnih država, a u krajnjoj liniji i ka njihovom slabljenju. Ideja, sama po sebi, nije nova. Ona je već je viđena, i u izvesnoj meri oprobana na prostoru nekadašnje Jugoslavije, u periodu samoupravnog socijalizma koji se, između ostalog, zasnivao i na markističkom učenju o *odumiranju države*. Danas su u pitanju drugi akteri, drugačije ideološke premise i bitno drugačiji ciljevi. Kreatori novog poretka nastoje da jačanjem civilnog društva i slabljenjem nacionalnih država olakšaju globalno povezivanje koje treba da omogući nesmetani protok ljudi, robe, usluga i kapitala.

Šta čovečanstvo očekuje na višem nivou međusobne povezanosti i međuzavisnosti? Po mišljenju nekih autora, to je globalno civilno društvo (*global civil society*). Drugim rečima: povremeno, privremeno a u nekim segmetima čak i trajno povezivanje ljudi iz svih krajeva sveta radi ostvarivanja i zaštite zajedničkih, (neprofitnih) interesa, kao što je npr. sprečavanje globalnog zagrevanja i sl.

[28] Opširnije o tome: Dušan Nikolić, Građanskopravna sankcija...

S razlogom treba verovati da bi globalno civilno društvo moglo funkcionisati i u sadašnjim uslovima, paralelno sa nacionalnim državama i međunarodnim organizacijama koje efikasno održavaju postojeći poredak. Moguće je zamisliti i situaciju u kojoj bi ono koegzistiralo sa tzv. *globalnom vladom*. Međutim, treća opcija (globalno civilno društvo bez nacionalnih država i globalne vlade) u ovom trenutku deluje sasvim utopistički, ukoliko se imaju u vidu raspoloživi resursi, broj stanovnika na planeti, nivo ekonomskog razvoja, ogromne razlike u nivou pravne svesti stanovništa i sl.

Mogućim razvojnim scenarijima bave se brojne naučne ustanove i međunarodne organizacije. Reč je o veoma složenom i odgovornom poslu. Pogrešne procene i neodmereni potezi mogu imati katastrofalne posledice po stabilnost i razvoj pojedinih regiona, pa i čovečanstva u celini. I pored visokog rizika, proces globalizacije uzima sve više maha. Njegove posledice se već osećaju u mnogim oblastima, a u znatnoj meri i u domenu prava.[29]

14. Epilog: aktuelni efekti demokratskog eksperimentalizma – rastući državni intervencionizam

Jesen 2008. godine je počela u znaku velikih finansijskih potresa i rastuće ekonomske krize. U mnogim zemljama je započeta nacionalizacija banaka i velikih kompanija, koje su od posebnog nacionalnog značaja. Za svega nekoliko meseci napravljen je radikalni zaokret od liberalnog ka državnom kapitalizmu. Državni intervencionizam je počeo da raste u mnogim oblastima. S razlogom se može očekivati da će on uticati na jačanje državne pravne regulative.

[29] V: Dušan Nikolić, *Civilno društvo i civilno pravo*, u knjizi: *Liber amicorum – Nikola Gavella*, Zagreb, 2007.

Dušan Nikolić, Ph. D., Full Professor
Novi Sad, School of Law

European private law in the context of globalization

Abstract

Law is a part of a culture of every nation. Due to a multicultural nature of contemporary world there are different models of regulation of social relations. Even at the first glance it is not difficult to see that there are differences both on the level of fundamental principles and specific normative solutions as well as in the method of creation, interpretation and application of rules. Legal theory speaks of pluralistic and monistic concept of regulation of social relations. A distinctive feature of the former is that in the life of the community, apart from rules created by the state, spontaneously created rules (customs) or rules emerging under the influence of specific social groups (religious and professional rules) are of great importance. Disputes in such model, are most often resolved independently from the state organs, through different reconciliation procedures. This model, also referred to as the Eastern model, exists in many Asian and African countries. On the other hand, there is the Western model in which a dominant role is given to legal rules created by organ of state. In countries belonging to the Anglo-American legal sphere of influence these legal rules are set by the highest courts in the form of precedents, while in the countries of continental Europe, and their former colonies, legal rules are given in the form of laws and other general legal acts. Customary, religious and professional rules are legally binding only if a competent state organ has envisaged their application.

Due to the influence of globalization, a process of mutual convergence of different legal cultures has been accelerated in last several decades. The role of state in Asian societies is gaining more influence. In Western societies, on the other side, we increasingly speak of deregulation of social relations and deetatisation of legal rules. There is a tendency to decrease the role of state organs and to leave the regulation of many issues to non-state entities, among which are various professional associations. Supporters of such concept invoke positive experiences with *lex mercatoria* in the Middle Ages, as well as the solid foundation for development of universal system of autonomous sports law – *lex sportiva*. Such model of regulation of social relations fits in the process of globalization of law.

Originalni naučni rad 347.6:061.1EU

Dr Bernadet Bordaš, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

SPECIFIČNOSTI HARMONIZACIJE U OBLASTI MEĐUNARODNOG PORODIČNOG PRAVA U EZ

Sažetak: *Porodičnopravni odnosi sa elementom inostranosti postali su predmet regulisanja prava Evropske zajednice na osnovu člana 65. Amsterdamskog ugovora. Iako se opravdanje harmonizacije ili unifikacije nacionalnih međunarodnih porodičnih prava država članica ne razlikuje od onog koje stoji za sve odnose u građanskim stvarima sa prekograničnim posledicama, prisutne su specifičnosti koje su izazvane razlikama u nacionalnim pravima država članica i osetljivim karakterom samih porodičnih odnosa. Rad se bavi opravdanjem harmonizacije i unifikacije, zakonodavnom procedurom za usvajanje izvora prava Evropske zajednice na osnovu člana 67. i primenom člana 234. UEZ uz modifikacije iz člana 68. na pitanja iz međunarodnog porodičnog prava kao dela prava Evropske zajednice.*

Ključne reči: *međunarodno porodično pravo Evropske zajednice, članovi 65., 67., 68. Amsterdamskog ugovora o osnivanju EZ, hitan postupak pred Sudom EZ*

1. Uvod

Sud Evropskih zajednica je po zahtevu za odlučivanje o prethodnom pitanju u slučaju Johannes v. Johannes[1] 1999. godine konstatovao da „ni nacionalne odredbe međunarodnog privatnog prava, koje određuju mero-

[1] Slučaj C-430/97, Johanes protiv Johanes, 1999 European Court Reports (ECR) I-3745; potreba za tumačenjem prava EZ postavila u sudskom postupku pred nemačkim sudom između nemačkih državljana, g-đe Johanes i njenog bivšeg (razvedenog) supruga, g. Johanesa, povodom njenog zahteva da se u njenu korist odredi plaćanje udela od penzije koju je g. Johanes stekao za vreme trajanja njihovog braka radom u institucijama EZ.

davno supstancijalno pravo za dejstva razvoda braka, ni nacionalne odredbe građanskog prava koje suštinski regulišu ta dejstva, ne spadaju u polje primene Ugovora" (o osnivanju Evropske zajednice)[2], iz čega je sledilo da odredbe prava EZ ne uživaju supremaciju u odnosu na nemačko pravo i da u ovim oblastima i pitanjima zakonodavna aktivnost se ne prostire na harmonizaciju, približavanje nacionalnih prava država članica.

Slučaj je podnet Sudu EZ 1997. godine, a presuda je donesena 1999. godine. Prvi datum je godina potpisivanja Amsterdamskog ugovora o osnivanju Evropske zajednice (tj. Amsterdamskog ugovora o izmenama i dopunama Rimskog ugovora o osnivanju Evropske zajednice), a drugi je godina stupanja na snagu istog. Ovaj Ugovor je vododelnica sa aspekta pravnog utemeljenja i razvoja međunarodnog privatnog prava i – u okviru njega – međunarodnog porodičnog prava kao dela komunitarnog, tj. prava EZ. Razlog tome se nalazi u činjenici da je istim izmenama i dopunama Ugovora o Evropskoj uniji prenesena nadležnost u oblasti pravosudne saradnje u građanskim stvarima iz trećeg stuba u prvi stub – u stub Evropske zajednice – i tako je stvoren prostor za pravno-stvaralačku aktivnost nadležnih organa EZ putem instrumenata sekundarnih izvora prava.

Pravni osnov nadležnosti EZ u oblasti pravosudne saradnje u građanskim stvarima nalazi se u Naslovu IV „Vize, azil, imigracija i ostale politike koje se odnose na slobodno kretanje lica" (članovi 61-69) Ugovora o osnivanju EZ (u daljem tekstu: UEZ) i to u članu 65[3]. Odredbom ovog člana se određuju ne samo mere koje Savet EZ donosi po proceduri propisanoj u članu 67, već ona sadrži i preciziranja koja te mere, s obzirom na njihovu sadržinu, kvalifikuju kao mere koje po svojoj sadržini čine deo komunitarnog međunarodnog privatnog prava. Član 65 UEZ, dakle, u uvodnoj rečenici određuje dva elementa koja su bitna za odnose međunarodnog privatnog prava, i to: a) prvi element se ogleda u tome da se mere donose u obla-

---

[2] Videti tačku 27 presude Suda EZ.

[3] Član 65 glasi: „Mere u oblasti pravosudne saradnje u građanskim stvarima koje imaju prekogranične posledice i koje se usvajaju po proceduri predviđenoj u članu 67, u meri koja je neophodna da se osigura dobro funkcionisanje unutrašnjeg tržišta, obuhvataju:

a) poboljšanje i pojednostavljenje:

- sistema prekograničnog dostavljanja i notifikovanja sudskih i vansudskih dokumenata;
- saradnju u oblasto dobijanja dokaza:
- priznanje i izvršenje presuda u građanskim i komercjalnim stvarima, uključujući i vansudske odluke;

b) unapređenje usklađenosti pravila država članica koja se primenjuju na sukob zakona i na sukob nadležnosti;

c) ukidanje prepreka za dobro funkcionisanje građanskih postupaka, ukoliko je to potrebno podsticanjem usklađenosti pravila o građanskom sudskom postupku koja važe u državama članicama."

sti pravosudne saradnje *u građanskim stvarima koje imaju prekogranične posledice*, i b) drugi element naglašava da te mere moraju da budu neophodne da se osigura *dobro funkcionisanje unutrašnjeg tržišta*. Unutrašnje tržište je određeno u članu 14 UEZ kao „područje bez unutrašnjih granica na kome su obezbeđeni *slobodno kretanje lica* i promet robe, usluga i kapitala, u skladu sa odredbama ovog Ugovora" (stav 2 člana 14).

Građanske stvari koje imaju prekogranične posledice obuhvataju u nacionalnim pravnim porecima odnose koje reguliše međunarodno privatno pravo, dok je preduslov njihovog pojavljivanja i ostvarivanja kretanje lica i promet robe, usluga i kapitala. *Slobodno* kretanje lica, slobodan promet robe, usluga i kapitala između različitih država je ideal kojem se teži. UEZ je pravni okvir za ostvarivanje tog ideala ne samo na osnovu odredaba o slobodnom kretanju lica, slobodnom prometu robe, usluga i kapitala, kao i odredbe o zabrani diskriminacije po osnovu državljanstva, već, počev od stupanja na snagu Amsterdamskog ugovora, i na osnovu odredbe člana 65. Mere iz člana 65 koje imaju za cilj osiguranje dobrog funkcionisanja unutrašnjeg tržišta obuhvataju poboljšanje i pojednostavljenje sistema prekograničnog dostavljanja sudskih i vansudskih akata, saradnje u oblasti dobijanja dokaza, egzekvature sudskih odluka u građanskim i trgovinskim stvarima, unapređenje usklađenosti pravila država članica o sukobu zakona i o sukobu nadležnosti sudova, kao i ukidanje prepreka za dobro funkcionisanje građanskih postupaka putem podsticanja usklađenosti pravila o građanskom sudskom postupku koja važe u državama članicama. Ove mere, dakle, po svojoj sadržini spadaju u oblasti koje uređuje građansko procesno pravo sa elementom inostranosti (međunarodno građansko procesno pravo) i međunarodno privatno pravo u užem smislu, tj. pravila o sukobu zakona. Na ovaj način je otvoren put *daljoj unifikaciji i harmonizaciji nacionalnih međunarodnih privatnih prava država članica,* u zavisnosti od toga da li će neka mera biti usvojena u formi regulative (uredbe) ili direktive.

Od stupanja na snagu Amsterdamskog ugovora 1. maja 1999. godine, član 61/c UEZ, odnosno član 65 UEZ dao je pravni osnov za značajan broj sekundarnih izvora komunitarnog međunarodnog privatnog prava.[4]

[4] Regulativa o stečajnom postupku, OJ L 160, 29.05.2000, str. 1-18., Regulativa br. 1348/2000 o dostavljanju sudskih i vansudskih akata u građanskim i trgovinskim stvarima, OJ L 160, 30.06.2000, str. 37-52., Regulativa br. 1206/2001 o saradnji između sudova država članica u pribavljanju dokaza u građanskim i trgovinskim stvarima, OJ L 174, 27.06.2001, str. 1-24., Regulativa br. 44/2001 o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovinskim stvarima (tzv. Brisel I), OJ L 12, 22. 12. 2000, str. 1-23, Regulativa br. 805/2004 o ustanovljenju Evropskog izvršnog naloga za neosporene zahteve, OJ L 143, 30.04.2004, str. 15-39., Regulativa br. 1896/2006 o ustanovljenju po-

U materiji međunarodnog porodičnog prava usvojeni su sledeći izvori: Regulativa br. 1347/2000 o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u bračnim stvarima i stvarima roditeljske odgovornosti za zajedničku decu oba bračna partnera (Brisel II)[5], Regulativa br. 2201/2003 o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u bračnim stvarima i stvarima roditeljske odgovornosti kojom se stavlja van snage Regulativa br. 1347/2000 (Brisel II bis)[6], Odluka Saveta 2003/93/EZ o davanju ovlašćenja državama članicama da u interesu zajednice potpišu Hašku konvenciju o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju i izvršenju, kao i o saradnji u pogledu roditeljske odgovornosti i o merama za zaštitu dece iz 1996. godine[7], kao i Odluka o davanju ovlašćenja državama članicama da ratifikuju istu[8]. Osim ovih izvora, koji se se tiču isključivo porodičnopravih pitanja, i Regulativa br. 44/2001 o nadležnosti i o priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovinskim stvarima i Regulativa br. 805/2004 o ustanovljenju evropskog izvršnog naloga za neosporene zahteve[9] su važni propisi komunitarnog prava s obzirom da se njihove odredbe primenjuju na ostvarivanje izdržavanja sa stranim elementom.

Regulisanje porodičnopravnih pitanja sa stranim elementom u EZ nije okončano usvajanjem navedenih izvora prava. Radi ostvarivanja ciljeva Evropske unije i Evropske zajednice u institucijma EZ se priprema donošenje daljih sekundarnih izvora prava o merodavnom pravu za razvod i zakonsku separaciju[10], o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju i izvršenju odluka i o saradnji u stvarima koje se odnose na izdržavanje[11], o suko-

---

stupka koji se odnosi na evropski platni nalog, OJ L 399, 30.12.2006, str. 1-32., Regulativa br. 864/2007 o merodavnom pravu za vanugovorne obaveze (Rim II), OJ L 199, 31.7.2007, str. 40-49., Regulativa br. 1393/2007 o dostavljanju u državama članicama sudskih i vansudskih dokumenata u građanskim i trgovinskim stvarima, i o stavljanju van snage Regulative br. 1348/2000, OJ L 324, 10.12.2007, str. 79-120., Regulativa br. 861/2007 o ustanovljenju evropskog postupka u sporovima male vrednosti, OJ L 199, 31.7.2007, str. 1-22, Regulativa br. 593/2008 o merodavnom pravu za ugovorne obaveze (Rim I), OJ L 177, 4.7.2008, str. 6-16., Direktiva o poboljšanju pristupa sudovima u sporovima prekograničnim posledicama putem određivanja minimuma zajedničkih pravila koja se odnose na pravnu pomoć u tim sporovima, OJ L 26, 31.01.2003, str. 41-47.

[5] OJ L 160, 30.06.2000, str. 19-36.

[6] OJ L 338, 23.12.2003, str. 1-29.

[7] OJ L 48, 21.02.2003, str. 1-2.

[8] OJ L 151, 11.6.2008, str. 6-16.

[9] Videti belešku br. 4.

[10] Proposal for a Council Regulation amending Regulation (EC) No 2201/2003 as regards jurisdiction and introducing rules concerning applicable law in matrimonial matters (COM/2006/399 final).

[11] Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement and cooperation in matters relating to maintenance obligations (COM/2005/649 final).

bu zakona u stvarima koje se tiču bračno-imovinskih režima[12]. Ove aktivnosti pokazuju da se radi na „unapređenju usklađenosti pravila država članica koja se primenjuju na sukob zakona i na sukob nadležnosti" (član 65 UEZ) u odabranim pitanjima za koje je procenjeno da su neophodni za dobro funkcionisanje unutrašnjeg tržišta. U toku 2006. godine bilo je ocenjeno da predstoji usvajanje regulative o nadležnosti sudova i o merodavnom pravu za razvod braka[13], ali su ta očekivanja zbog razlika u stavovima država članica izneverena. S obzirom da je u ovoj materiji potrebna jednoglasnost, konsenzus se nije mogao postići, te je Savet u junu ove godine usvojio smernice za dalji rad. U skladu s tim, Komisija bi trebalo da ispita mogućnosti za dalji rad, koji bi mogao da dobije formu pojačane saradnje.[14]

Amsterdamski Ugovor o osnivanju Evropske zajednice ne pravi razliku u pogledu pravnog osnova sekundarnih pravnih izvora u oblasti međunarodnog privatnog prava, već je on jedinstven, bez obzira da li je reč o građanskim i trgovinskim stvarima, ili o porodičnim[15]. Stručna i naučna javnost u državama članicama, međutim, posvećuje značajnu pažnju upravo komunitarnoj nadležnosti u porodičnim stvarima, s obzirom da njihova povezanost sa ciljevima Evropske zajednice kao prevashodno ekonomske integracije nije očigledna[16]. Iz ovih razloga će se u ovom radu

---

[12] Green Paper on conflict of laws in matters concerning matrimonial property regimes, including the question of jurisdiction and mutual recognition (COM/2006/400 final).

[13] Vidi belešku br. 10.

[14] Vidi stranu na svetskoj mreži: http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/jha/101000.pdf

[15] U periodu pre Amsterdamskog ugovora pravni osnov donošenja komunitarnih izvora prava iz domena međunarodnog privatnog prava se nalazio u odredbama K.1 Ugovora o Evropskoj uniji, odnosno u članu 220 Rimskog ugovora o osnivanju Evropske ekonomske zajednice; videti B. Bordaš, Acquis communitaire Evropske zajednice u oblasti međunarodnog privatnog prava, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, XXXVIII, 3/2004, str. 207-228.

[16] Videti više o ovome kod J. Basedow, The Communitarization of the Conflict of Laws Under the Treaty of Amsterdam, 37 Common Market Law Review, str. 687-708 (2000); O. Remien, European Private International Law, the European Community and its Emerging Area of Freedom, Security and Justice, 38 Common Market Law Review, str. 53-86 (2001); G. Betlem, E. Hondius, European Private Law after the Treaty of Amsterdam, 1 European Review of Private Law, str. 3-20 (2001); S.M.Nott, For Better or Worse? The Europeanisation of the Conflict of Laws, 24 Liverpool Law Review, str. 3-17 (2002); K. Boele-Woelki, Unification and Harmonization of Private International Law in Europe, in: Private Law in the International Arena – From national conflicts rules towards harmonization and unification, Liber Amicorum Kurt Siehr, The Hague 2000, str. 61-76; M. Sumampouw, Parental Responsibility under Brussels II, in: Private Law in the International Arena – From national conflicts rules towards harmonization and unification, Liber Amicorum Kurt Siehr, The Hague 2000, str. 729-745; Ch. Kohler, Droit international privé européen après Amsterdam, Revue critique de droit international privé, 1999, str. 3; H. Schack, The New International

podrobnije izložiti specifičnosti koje obeležavaju harmonizaciju pravila međunarodnog porodičnog prava na nivou Evropske zajednice u okvirima članova 61-69. Glave IV UEZ. U sklopu ove analize ukazaće se na opravdanje uključivanja pojedinih pitanja iz oblasti porodičnopravnih odnosa sa elementom inostranosti u pravo EZ, odnosno u suspstancijalno komunitarno pravo, na proceduru donošenja sekundarnih izvora prava i na primenu člana 234. UEZ. U vezi sa postupkom odlučivanja po prethodnim pitanjima pred Sudom EZ ukazaće se na uvođenje posebnog, hitnog postupka koji je ugrađen u Pravila postupka Suda i koji može da ima veliku važnost upravo za sprovođenje u život i jedinstveno tumačenje komunitarnog međunarodnog privatnog prava u oblasti porodičnopravnih pitanja.

2. Harmonizacija pravila međunarodnog porodičnog prava u EZ

2.1. Opravdanje harmonizacije – stvaranje pravnog osnova

Briselska Konvencija o nadležnosti i o izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovinskim stvarima iz 1968. godine[17] usvojena je od strane država članica na osnovu člana 220 Ugovora o osnivanju Evropske ekonomske zajednice (član 293 UEZ) radi obezbeđivanja *pogodnosti* svojim državljanima u koje su ubrojane, između ostalih, pojednostavljenje postupaka „kojima se uređuje uzajamno priznavanje i izvršavanje presuda sudskih organa i arbitražnih odluka." Ovaj cilj se ponavlja u preambuli Konvencije uz koji se dodaje još i želja za jačanjem pravne zaštite lica

---

Procedure in Matrimonial Matters in Europe, 4 European Journal of Law Reform, str. 37-56 (2002); R. Thomas, Parental Responsibility Cases under the New Council Regulation „Brussles IIA", The European Legal Forum (E) 1-2005, str. 37-45; S.L. Uberman, The Brussels II Convention: A Tool Necessary to Enforce Individual Rights to Matrimonial Matters within the European Union, 23 Suffolk Transnational Law Review, str. 157 (1999); P. McEleavy, The Brussles II Regulation: How the European Community has Moved into Family Law, 51 The International and Comparative Law Quarterly, str. 883-908 (2002); Brussels II bis: Matrimonial Matters, Parental Responsibility, Child Abduction and Mutual Recognition, 53 The International and Comparative Law Quarterly, str. 503 (2004); The Communitarization of Divorce Rules: What Impact for English and Scottish Law?, 53 The International and Comparative Law Quarterly, str. 605-642 (2004); R. Hausmann, New International Procedure in Matrimonial Matters in the European Union, The European Legal Forum, 2000/1, str. 271; M. Jänterä-Jareborg, Marriage Dissolution in an Integrated Europe: The 1998 European Union Convention on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters („Brussels II Convention), Yearbook of Private International Law 1999, 1, str. 8; V.R. Wagner, EG-Kompetenz für das Internationale Privatrecht in Ehesachen? 68 Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationalens Privatrecht, str. 119-153 (2004) i upućivanje na bogatu literaturu na nemačkom jeziku u ovom poslednjem navedenom članku.

[17] Prečišćeni tekst: OJ C 27, 1998.

koja su nastanjena u Zajednici. U svom Izveštaju o Konvenciji, P. Jenard [18] citira deo note Komisije EEZ[19] upućene tadašnjim državama članicama da započnu pregovore, u kome se ističe ono što je nesporno i evidentno u miljeu pravnih odnosa sa elementom inostranosti koji nastaju povodom međusobne saradnje različitih država koje su se udružile radi ostvarenja određenih ekonomskih ciljeva: neophodno usklađivanje nacionalnih pravila o nadležnosti u građanskim i trgovinskim stvarima i pravila o priznanju i izvršenju stranih sudskih odluka *radi obezbeđivanja adekvatne pravne zaštite i time pravne sigurnosti u cilju uspostavljanja stvarnog unutrašnjeg tržišta.* U pogledu domena primene Konvencije iz Izveštaja Jenard-a proizlazi da iz širokog pojma građanskih i trgovinskih stvari, čija definicija nije određena[20], statusne i porodične stvari nisu izostavljene iz razloga što bi njihova adekvatna pravna zaštita i sa njom povezana pravna sigurnost bile nebitne za uspostavljanje stvarnog unutrašnjeg tržišta, već iz nekog drugog razloga. On je pripisan činjenici da su u stvarima koje su isključene iz domena građanskih i trgovinskih stvari – status, sposobnost, imovinska prava koja proističu iz bračnih odnosa, testament i nasleđivanje – bilo nemoguće pronaći sveobuhvatno rešenje u domenu sukoba zakona u pitanjima međunarodne nadležnosti zbog velikih razlika u nacionalnim pravima, kao i razlika u kolizionim pravilima u tim pitanjima. Razlike u supstancijalnim pravilima su mogle da dovedu do neopravdano široke upotrebe prigovora javnog poretka kod priznanja inostranih odluka, a različite nacionalne kolizone norme do različitih merodavnih prava što je moglo da ima za rezultat sudsku kontrolu pravilne primene međunarodnog privatnog prava u postupku egzekvature i pravnu nesigurnost, te bi na kraju došlo do umanjenja efikasnosti Kon-

[18] Jenard Report on the Convention on Jurisdicition and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, OJ C 59, 1979, str. 1.

[19] „ ... stvarno unutrašnje tržište između šest država može se postići samo ako će se obezbediti adekvatna pravna zaštita. Ekonomski život Zajednice može da bude podložan potresima i teškoćama sve dok neće biti moguće, gde je to neophodno sudskim putem, obezbediti priznanje i izvršenje različitih prava koja proističu iz postojanja mnogobrojnih pravnih odnosa. Kako nadležnost u građanskim i trgovinskim stvarima proističe iz suvereniteta država članica, i kako je dejstvo pravnih akata vezano za pojedinu nacionalnu teritoriju, pravna zaštita, i otud i pravna sigurnost na zajedničkom tržištu suštinski zavise od toga da države članice usvoje zadovoljavajuće rešenje problema priznanja i izvršenja sudskih odluka."

[20] Prema članu 1 Konvencija se primenjuje u svim građanskim i trgovinskim stvarima, bez obzira na prirodu suda ili tribunala, osim u taksativno nevedenim slučajevima koji su isključeni iz domena primene, i to: status ili sposobnost fizičkih lica, imovinska prava iz bračnih odnosa, testament i nasleđivanje; stečaj; socijalno osiguranje, arbitraža.

vencije koja se mogla postići u građanskim stvarima imovinske prirode.U ovom kontekstu je posebno bio naveden (kao negativan) primer razvoda braka – u tadašnjem italijanskom pravu brak nije mogao da prestane razvodom, a Belgija je bila jedina od šest država članica čije je pravo dozvoljavalo sporazumni razvod braka.[21]

Jačanjem integracije čiji normativni izraz i osnov predstavlja Jedinstveni Evropski akt, kroz koncept ostvarivanja unutrašnjeg tržišta[22], i Ugovor o Evropskoj uniji iz Mastrihta[23] koji potvrđuje cilj usmeren na olakšavanje slobode kretanja lica kroz istovremenu nameru da se obezbedi sigurnost i bezbednost naroda država članica putem unošenja odredbi *o pravosudnim i unutrašnjim poslovima* u Ugovor[24], kao i ustanovljenjem građanstva Unije[25], države članice, njih 15, trideset godina posle usvajanja Brisleske Konvencije I usvojile su Konvenciju o nadležnosti i o priznanju i izvršenju odluka u bračnim stvarima (Briselska Konvencija II)[26]. U opravdanju potrebe za njeno donošenje citirani su delovi Izveštaja Jenard-a *o povezanosti uspostavljanja stvarnog unutrašnjeg tržišta i osiguranja pravne zaštite i pravne sigurnosti kroz ujednačavanje pravila o nadležnosti sudova i o priznanju i izvršenju stranih odluka.*[27] Uz ovo opravdanje, navedena je i konstatacija da se situacija promenila u smislu da se integracija prevashodno ekonomskog karaktera, uređena normama koje služe ostvarivanju ekonomskih ciljeva, promenila, te da njen karakter *nije više čisto ekonomski*, već sve više utiče i na svakodnevni život evropskog građanina „kome je teško da razume da nailazi na probleme u materiji porodičnog prava, a istovremeno je učinjen veliki napredak u

---

[21] Jenard Report on the Convention on Jurisdicition and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, OJ C 59, 1979, str. 10.

[22] OJ L 169/1987, str. 1-29.: „Član 8a. Zajednica će doneti mere u cilju postepenog uspostavljanja unutrašnjeg tržišta za period koji isitče 31. decembra 1992. godine u skladu sa odredbama ovog člana i članova 8b, 8c, 28, 57(2), 59, 70(1), 84, 99, 100a i 100b, ne dirajući pri tom ostale odredbe Ugovora.

Unutrašnje tržište obuhvata područje bez unutrašnjih granica na kome su obezbeđeni slobodno kretanje lica i promet robe, usluga i kapitala, u skladu sa odredbama ovog Ugovora."

[23] OJ C 191. str 61-62.

[24] Alineja 10 Preambule Ugovora o Evropskoj uniji: videti takođe član B alineje 3 i 4.

[25] Član 8 i 8a Mastrihtskog Ugovora o osnivanju Evropske zajednice.

[26] Videti detaljno, B. Bordaš, Mere u oblasti sudske saradnje u građanskim stvarima UEZ i Regulativa o nadležnosti i priznanju i izvršenju presuda u bračnim stvarima i stvarima roditeljske odgovornosti za zajedničku decu oba bračna partnera (Brussels II) , Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 1-3/2002, str. 197-219.

[27] Videti Explanatory report on the Convention, drawn up on the basis of Article K.3 of the Treaty on European Union, on Jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters, OJ C 221, 1998, str. 27.

imovinskom pravu“[28]. Ove ideje su u Mastrihtskom ugovoru o Evropskoj uniji našle mesto u trećem stubu koji nosi naziv „Odredbe o saradnji u oblasti pravosuđa i unutrašnjih poslova“ (Glava VI, naročito odredbe članova K.1 i K.3).[29] U ovom kontekstu od značaja je uvođenje pojma unutrašnjeg tržišta, ustanovljenje građanstva Unije i sa njima povezano pravo na slobodno kretanje lica.

Amsterdamski ugovor o osnivanju Evropske zajednice navodi kao delatnost radi postizanja ciljeva iz člana 2[30], između ostalih, „unutrašnje tržište koje se karakteriše ukidanjem prepreka za slobodno kretanje lica i protok roba, usluga i kapitala između država članica“ (tačka c stava 1 člana 3), „mere koje se odnose na ulazak i kretanje lica kako je to predviđeno naslovom IV“ (tačka d stava 1 člana 3), kao i „usklađivanje nacionalnih zakonodavstava u meri u kojoj je to neophodno za delovanje zajedničkog tržišta“ (tačka h stava 1 člana 3). Naslov IV je taj koji ima za cilj „postepeno uspostavljanje prostora slobode, bezbednosti i vladavine prava“ (uvodna odredba člana 61) na teritoriji EU, koja obuhvata teritoriju država članica[31] i radi toga Savet dobija ovlašćenje za donošenje mera u oblasti „pravosudne saradnje u građanskim stvarima u skladu sa članom 65“ (tačka c člana 61 UEZ). Ovako se uobličava niz normi komunitarnog prava u kojima treba tražiti ne samo pravni osnov za donošenje komunitarnih normi u oblasti porodičnog prava sa stranim elementom, već oni treba da daju i *ratio* komunitarnog međunarodnog privatnog prava na ovom terenu.[32]

Lisabonski ugovor o izmenama i dopunama Ugovora o Evropskoj uniji i Ugovora o osnivanju Evropske zajednice[33] (u daljem tekstu: Lisa-

---

[28] Videti tačku 1 Explanatory report-a, ibidem.

[29] OJ C 191, 29.7.1992, str. 61.

[30] „Zajednica ima za cilj da, *uspostavljanjem zajedničkog tržišta*, kao i ekonomske i monetarne unije i sprovođenjem zajedničkih politika ili aktivnosti predviđenih članovima 3. i 4. unapređuje skladan, uravnotežen i trajan privredni razvoj u celoj Zajednici, visok stepen zaposlenosti i socijalne zaštite, jednakost između muškaraca i žena , trajan i neinflatorni rast, visok nivo konkurentnosti i usklađenosti ekonomskih rezultata, visok nivo zaštite kao i poboljšanja kvaliteta životne sredine, podizanje nivoa i kvaliteta života, privrednu i društvenu povezanost i solidarnost između država članica.“

[31] Vidi član 69 UEZ o položaju Ujedinjenog Kraljevstva i Irske, kao i Danske.

[32] Vidi o ovome detaljno, B. Bordaš, Međunarodno privatno pravo Evropske zajednice posle komunitarizacije: stanje i izgledi, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, XLI, br. 3/2007, str. 213-236.

[33] OJ C 306, 17.12.2007, str. 1.; Savet je na sednici od 16.10.2008. godine u Briselu, zaključio povodom analize premijera Irske o irskom referendumu o Lisabonskom ugovoru, da se pitanje ponovo razmotri u decembru 2008, da bi se odredili elementi rešenja i zauzeli stavovi za rad u 2009. godini.

bonski ugovor[34]) ne menja suštinski delatnost Evropske unije u ovom domenu i reguliše je u Naslovu V Ugovora o funkcionisanju Evropske unije koja nosi naziv „Oblast slobode, sigurnosti i vladavine prava"[35], čija Glava 3 reguliše Pravosudnu saradnju u građanskim stvarima.

U stavu 1. člana 81. izražava se namera da će Unija razvijati pravosudnu saradnju u građanskim stvarima sa prekograničnim polsedicama na osnovu načela uzajamnog priznanja sudskih presuda i odluka u vansudskim stvarima. Takva saradnja *može* da uključi usvajanje mera radi usklađivanja – dakle harmonizacije – prava država članica, a te će se mere usvajati „naročito ako je to neophodno za pravilno funkcionisanje unutrašnjeg tržišta" (stav 1. i 2. člana 81.).[36]

Iz gornjeg izlaganja se može zaključiti da su *neka pitanja međunarodnog porodičnog prava* postala deo komunitarnog prava (prava EZ) i da usvojeni sekundarni izvori, kao i oni na čijoj izradi i usvajanju se radi imaju svoj pravni osnov i opravdanje u UEZ. Taj pravni osnov je isti kao za sva druga pitanja međunarodnog privatnog prava, ali se razlikuje zakonodavna procedura institucija EZ zbog prirode i osetljivosti materije porodičnog prava, kao i razlika koje postoje u supstancijalnim pravima u 27 država članica.

2.2. Procedura za usvajanje mera u oblasti međunarodnog porodičnog prava

Za razliku od Mastrihtskog Ugovora o Evropskoj uniji po kojem je EZ, tačnije Savet, u oblasti saradnje u građanskim stvarima (član K.1., tačka 6) imala ulogu na nivou predlaganja i izrade tekstova konvencija koje bi mogla da preporuči za usvajanje i ratifikaciju državama članicama u skladu sa njihovim unutrašnjim procedurama (član K.3)[37], Amsterdam-

---

[34] Consolidated Version of The Treaty on the Functioning of the European Union, OJ C 115, 9.5. 2008, str. 47.

[35] U Opštim odredbama se potvrđuje uspostavljanje oblasti slobode, sigurnosti i vladavine prava u kojoj će se poštovati osnovna prava, ali i različiti pravni sistemi i pravne tradicije država članica. Radi ostvarenja ove tri osnovne postavke, Unija će obezbediti: (a) slobodu kretanja putem nepostojanja unutrašnjih graničnih kontrola za lica, i odrediti okvire zajedničke politike azila, imigracije i kontrole spoljnih granica; (b) sigurnost putem nastojanja da se obezbedi visok stepen sigurnosti usvajanjem mera radi prevencije i borbe protiv kriminaliteta, rasizma, ksenofobije, i između ostalog, uzajamnim priznanjem odluka u krivičnim stvarima, i po potrebi približavanjem propisa u oblasti krivičnog prava; (v) *vladavinu prava putem olakšavanja pristupa sudovima, naročito putem načela uzajamnog priznanja sudskih i vansudskih odluka u građanskim stvarima* (član 67).

[36] Vidi član 81. Lisabonskog ugovora o funkcionisanju Evropske unije.

[37] OJ C 191, 29.7.1992, str. 61. Rezultat procedure po članu K.3 je Briselska konvencija o nadležnosti i priznanju i izvršenju odluka u bračnim stvarima i stvarima roditeljske odgovornosti za zajedničku decu oba bračna partnera iz 1998. godine (Brisel II), koja

ski ugovor o osnivanju Evropske zajednice je uveo revolucionarne promene sa aspekta regulisanja određenih pitanja koja spadaju u međunarodno privatno pravo. Te promene se sastoje u premeštanju saradnje u građanskim stvarima u stub Zajednice, što znači da sva ta pitanja od 1. maja 1999. godine[38] spadaju pod zakonodavnu nadležnost organa EZ i podležu proceduri koju propisuje UEZ. Ovim je materija međunarodnog privatnog prava dobila svoje mesto u pravu EZ, odnosno komunitarnom pravu, a o ovom prenosu iz trećeg u prvi stub Evropske unije se govori kao o „komunitarizaciji" međunarodnog privatnog prava.

Za usvajanje mera iz oblasti člana 65 UEZ propisan je potupak pozivom na član 67. Odredbe ovog člana odnose se na Naslov IV (Vize, azil, imigracija i ostale politike koje se odnose na slobodno kretanje lica, članovi 61 – 69) i, shodno raznovrsnosti i osetljivosti materije za države članice, propisuje proceduru koja je različita u zavisnosti od vremenskog perioda na koji se odnosi, ali i od vrste pitanja koja je predmet regulisanja.

Procedura se razlikuje po vremenskim periodima u kojima se mere usvajaju.

Prvi period se naziva prelaznim i traje pet godina od stupanja na snagu Amsterdamskog ugovora. Odluke donosi Savet jednoglasno, i to:

- na predlog Komisije, ili
- na inicijativu države članice, i
- nakon konsultovanja Evropskog parlamenta.[39]

Prelazni period je istekao 1. maja 2004. godine. Time su se stekli uslovi za primenu procedure iz stava 2 člana 67[40], koji određuje da odluke donosi Savet:

- na predlog Komisije,
- ali bilo koja država članica može zahtevati od Komisije da podnese predlog Savetu, a Komisija će takav zahtev razmotriti.

---

međutim nije stupila na snagu, s obzirom da postupci ratifikacije u državama članicama nisu sprovedene do stupanja na snagu Amsterdamskog ugovora.

[38] Datum stupanja na snagu Amsterdamskog ugovora o osnivanju Evropske zajednice.

[39] Član 67. stav 1. UEZ.

[40] „2. Nakon perida od pet godina:

- Savet donosi odluke na predlog Komisije; Komisija će razmotriti svaki zahtev neke države članice da podnese predlog Savetu;
- Savet će, po postupku jednoglasnog odlučivanja, nakon konsultovanja Eropskog parlamenta, doneti odluku kojom se odredbe o proceduri iz člana 251 primenjuju na sve ili na neke oblasti koje obuhvata ovo poglavlje, kao i odluku o prilagođavanju nadležnosti Suda pravde."

Savet će u ovom drugom periodu po postupku *jednoglasnog* odlučivanja doneti odluku o tome da se odredbe o proceduri iz člana 251[41] – koje propisuju odlučivanje *kvalifikovanom* većinom – primenjuju na sve ili neke oblasti iz Naslova IV. Pre nego što je, međutim, došlo vreme za takvu odluku, Ugovor iz Nice[42] o izmeni Ugovora o Evropskoj uniji, Ugovora o osnivanju Evropskih zajednica i nekih pratećih akata je izmenio član 67 dodajući mu stav 5, prema kojem Savet usvaja „mere navedene u članu 65, sa izuzetkom delova koji se odnose na porodično pravo" u skladu sa postupkom navedenim u članu 251[43]. Kada je istekao prelazni period, Savet je na osnovu odredbe druge alineje stava 2 člana 67 UEZ doneo odluku o proširenju postupka saodlučivanja u odnosu na određena pitanja 22. decembra 2004. godine.[44] Tu je izrečeno da se mere iz člana 65 usvajaju po porceduri *saodlučivanja* i *kvalifikovanom* većinom (član 251), ali se *izuzimaju* mere koje se tiču porodičnopravnih stvari, za koje procedura ostaje, dakle, ona iz stava 1 člana 67.

Lisabonski ugovor razlikuje redovnu i izuzetnu zakonodavnu proceduru u materiji međunarodnog privatnog prava. U stavu 2 člana 81 (član 65 UEZ) određeno je da će se mere radi približavanja prava i propisa država članica usvajati po redovnoj zakonodavnoj proceduri od strane Evropskog parlamenta i Saveta, što znači većinski princip odlučivanja. Izuzetna zakonodavna procedura je propisana za mere iz oblasti porodičnog prava sa elementom inostranosti.

Ta izuzetna procedura je predviđena za mere koje se tiču međunarodnog porodičnog prava i trebalo bi da je ustanovi Savet jednoglasno,

---

[41] Član 251: „1. Kada se, u tekstu ovog ugovora pominje ovaj član kao osnov za usvajanje nekog propisa, primenjuje se sledeća procedura:

2. Komisija podnosi predlog Evropskom parlamentu i Savetu.

Savet, odlučujući *kvalifikovanom većinom*, posle dobijanja mišljenja Evropskog parlamenta,

- ukoliko prihvati sve amandmane koji su sadržani u mišljenju Evropskog parlamenta, može usvojiti predloženi akt, kako je on izmenjen;
- ukoliko Evropski parlament ne predloži nikakve izmene, može usvojiti predloženi akt;
- usvaja zajednički stav, koji saopštava Evropskom parlamentu. Savet obaveštava Evropski parlament o svim razlozima koji su ga rukovodili da usvoji zajednički stav. Komisija u potpunosti obaveštava Evropski parlament o svojim stavovima.

....."

[42] OJ C 80/2001, str. 1.

[43] „5. Odstupajući od odredbi iz tačke 1, Savet će usvojiti, u skladu sa postupkom navedenim u članu 251:

.....

- mere navedene u članu 65 sa izuzetkom delova koji se odnose na porodično pravo."

[44] Vidi Odluku br. 2004/927/EC, OJ L 396, 31.12.2004, str. 45.

nakon konsultovanja Evropskog parlamenta (stav 3 alineja 1 člana 81). Savet bi, na predlog Komisije mogao da usvoji – jednoglasno, nakon konsultovanja Evropskog parlamenta – odluku o onim aspektima međunarodnog porodičnog prava u pogledu kojih bi se mere mogle usvajati po redovnoj zakonodavnoj proceduri (stav 3 alineja 2). Predlog navedene odluke se notifikuje nacionalnim parlamentima država članica, koje mogu izraziti svoje protivljenje u roku od 6 meseci od dana notifikacije. Ukoliko neki nacionalni parlament izrazi svoje protivljenje, odluka Saveta ne može da bude usvojena; ako ni jedno protivljenje ne pristigne Savet može usvojiti (jednoglasno) odluku. U odnosu na važeće stanje iz stava 2 člana 67 UEZ, novinu predstavlja uključivanje nacionalnih parlamenata i njihovo ovlašćenje da na odluku o većinskoj proceduri u oblasti pitanja međunarodnog porodičnog prava stave *veto*.[45]

2.3. Nadležnost Suda EZ za donošenje odluka o prethodnim pitanjima po članu 68. UEZ i hitan postupak

Član 234.[46] UEZ propisuje nadležnost Suda EZ da donosi odluke o prethodnim pitanjima u vezi tumačenja UEZ i o valjanosti i tumačenju akata donetih od strane Evropske zjednice (i Evropske centralne banke). Odredbe člana 68. UEZ modifikuju primenu člana 234. u materiji koja spada pod Naslov IV.

Postupak po prethodnom pitanju može da bude pokrenut ako su ispunjeni uslovi koji se tiču predmeta postupka i subjekta koji ima aktivnu legitimaciju. Predmet može da bude: (1) tumačenje odredaba Naslova IV ili (2) valjanost ili tumačenje akata organa Zajednice koji su zasnovani na ovom Naslovu. Subjekti koji su ovlašćeni da pokrenu postupak su nacionalni *sudovi država članica čije odluke ne podležu pravnom leku po unutrašnjem pravu,* ali – za razliku od obaveze koju ustanovljava član 234. – samo ukoliko dotični smatra da je odluka Suda neophodna da bi on doneo presudu. Na osnovu odredbe člana 68. stav 3. Savet, Komisija ili neka država članica takođe mogu podneti zahtev Sudu da donese odluku o tumačenju Naslova IV ili akata organa Zajednice koji su zasnovani na ovom

[45] Bidi bliže kod S. Peers, Statewatch analysis – EU Reform Treaty analysis 1: JHA provisions, na adresi na http://www.statewatch.org/news/2007/aug/eu-reform-treaty-jha-analysis-1.pdf

[46] Postupak po prethodnom pitanju pokreće sud države članice obavezno ili - fakultativno: a) kada se navedena pitanja pojave u *postupku pred sudom države članice*, - on *može* da zatraži odluku Suda EZ, ukoliko smatra da je odluka o tim pitanjima potrebna za donošenje njegove presude, i b) kada se navedena pitanja pojave u postupku pred sudom države članice čije odluke ne podležu pravnom leku po unutrašnjem pravu, on je *obavezan* da zatraži odluku Suda EZ.

Naslovu, što predstavlja poseban slučaj postupka po prethodnom pitanju. On je bio neophodan u kontekstu ograničene nadležnosti Suda EZ po odredbama stavova 1. i 2. člana 67.

Ovo rešenje je prihvaćeno kao prelazno, slično kao i kod zakonodavne procedure po članu 67, iako trpi kritike. Isti taj član u stavu 2 stavlja u zadatak Savetu da nakon perioda od pet godina *donese odluku o prilagođavanju nadležnosti Suda EZ*. Posle isteka tog roka 2004. godine, Komisija je povodom Odluke Saveta o proširenju postupka saodlučivanja na određena pitanja iz Naslova IV[47] uputila komunikaciju nadležnim organima i telima EZ[48] radi prilagođavanja onih odredbi Naslova IV koje se tiču nadležnosti Suda radi obezbeđivanja efikasnije sudske zaštite. Komisija smatra da bi se primenom postupka iz člana 234. UEZ, umesto odredaba člana 68., obezbedila uniformna primena i tumačenje komunitarnog prava na isti način kao i u ostalim oblastima; da bi se omogućilo jačanje sudske zaštite na polju koje je naročito osetljivo s obzirom na osnovna prava (vize, azil, imigracija); ispravio korak unazad u sudskoj zaštiti u građanskim stvarima koji je usledio u materiji koju pokriva član 65. a koji je rezultat Amsterdamskog ugovora.[49] [50] Prema dostupnim podacima, Komitet za pravna pitanja Evropskog parlamenta je pozvao Savet da po hitnom postupku usvoji nacrt Odluke na osnovu stava 2 člana 67. UEZ o otklanjanju ograničenja nadležnosti Suda pravde u kontekstu Naslova IV i da se on podvrgne proceduri iz člana 234. UEZ.[51] Ako ne pre, Lisabonski ugovor, kada i ako bude ratifikovan i stupio na snagu, staviće van snage odredbu člana 68. i sva pitanja iz oblasti pravosudne saradnje podvesti pod član 267. (član 234. UEZ) Ugovora o funkcionisanju EU[52],

---

[47] Videti belešku br. 42.

[48] COM(2006) 346 final, Brussels, 28.06.2006.

[49] Idem, str. 3.

[50] Protokol o tumačenju Konvencije o nadležnosti i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovinskim stvarima od 27. septembra 2007. godine od strane Suda EZ, od 3. juna 1971. godine je ovlastio i žalbene sudove država članica da pokreću postupak po prethodnim pitanjima (član 2), a u stvarima iz člana 37 Konvencije to ovlašćenje su imali i prvostepeni sudovi. Otuda, odredba člana 68(1) predstavlja retrogradni korak i ograničava nadležnost Suda.

[51] European Parliament, Session Document, Final A6-0082/2007 od 27.03.2003. Dalje akcije, međutim, nisu preduzete, te je u tom pogledu Savet prekršio svoju obavezu da deluje; zbog ovoga bi Komisija ili neka država članica mogla da pokrene postupak pred sudom protiv Saveta; vidi kod: Peers, S., Changing the institutional framework for EU Justice and Home Affaires Law without the Lisbon Treaty, July 2008, na adresi: http://www.statewatch.org/news/2008/jul/sw-analysis-jha-transfer-july-2008.pdf

[52] Član 267: „Sud Evropske unije je nadležan da donosi odluke o prethodnim pitanjima u vezi:

a) tumačenja ovih Ugovora;

što proizlazi iz činjenice da ovaj ne sadrži posebna pravila o nadležnosti Suda EU u materiji Naslova V koji se odnosi na oblast slobode, sigurnosti i vladavine prava.

Postoji, međutim, jedna specifičnost koja se tiče pravila postupka Suda EZ u materiji Naslova VI Ugovora o Evropskoj uniji i Naslova IV Ugovora o osnivanju Evropske zajednice. Sud je na osnovu stava 6. člana 223. UEZ[53] 15. januara 2008. godine usvojio Izmene i dopune Pravila postupka Suda EZ[54] kojima se uvodi *hitan postupak* za odlučivanje o prethodnim pitanjima, sledstveno kome se ograničavaju i pojednostavljuju faze ovog postupka. S obzirom da predmeti iz materije uspostavljanja i razvijanja oblasti slobode, sigurnosti i vladavine prava, koju obuhvataju navedeni naslovi, u određenim slučajevima zahtevaju brzi odgovor od Suda zbog hitnosti kojom se takvi predmeti moraju rešavati pred nacionalnim sudovima država članica, moralo se pribeći odstupanju od redovnog postupka odlučivanja po prethodnim pitanjima iz člana 23 Pravila postupka, kao i od ubrzanog postupka iz člana 104a.[55] Novi, hitan postupak reguliše član 104b.

Detaljan prikaz postupka prevazilazi okvire ovog rada, stoga ćemo se zadržati samo na nekoliko najvažnijih opaski. Hitan postupak može da traži sud države članice na osnovu obrazloženog predloga, ali i sam Sud EZ po sopstvenoj inicijativi, ako mu se učini da je takav postupak potreban. S obzirom na to da ova procedura pojednostavljuje pojedine faze iste pred Sudom, i da povlači za sobom značajna ograničenja za Sud, za stranke u postupku, i druge zainteresovane učesnike kao što su države članice, ona bi mogla da se zahteva samo kada je to apsolutno neophodno da odluka o prethodnom pitanju bude donesena što je brže moguće. Kao prime-

---

b) o punovažnosti i o tumačenju akata koje su doneli organi, tela, službe ili agencije Unije.

Kada se takvo pitanje postavi pred sudom neke države članice, taj sud može da, ako smatra da je odluka o tom pitanju neophodna za donošenje njegove presude, zatraži od Suda da odluči o tom pitanju.

Kada se takvo pitanje postavi u predmetu pred sudom neke države članice čije odluke ne podležu pravnom leku unutrašnjeg prava, taj sud će izneti predmet pred Sud EU.

Kada se pitanje koje se odnosi na lice u pritvoru postavi u predmetu pred sudom neke države članice, Sud EU će postupati u što je moguće kratkom roku."

[53] „Sud EZ donosi svoj pravilnik. Pravilnik odobrava Savet kvalifikovanom većinom glasova."

[54] Rules of Procedure, Amendments to the Rules of Procedure of the Court of Justice, OJ L 24, 29.1.2008, str. 39.

[55] Rules of Procedure, OJ L 176, 4.7.1991, str. 7, i OJ L 383, 29.12.1992, stp. 117 (corrigenda), sa izmenama i dopunama, vidi OJ L 24, 29.1.2008, str. 39., vidi stranu http://curia.europa.eu/en/instit/txtdocfr/txtsenvigueur/txt5.pdf

ri za takve situacije navode se[56] slučajevi vezani za lica u pritvoru ili lica lišena slobode kada je odgovor na postavljeno prethodno pitanje odlučujući za pravni status tog lica, ili postupak koji se tiče *roditeljskog prava ili prava na staranje o deci*, kada određivanje suda koji je po komunitarnom pravu međunarodno nadležan zavisi od odgovora na pethodno pitanje. Ovakva pitanja iz oblasti međunarodnog porodičnog prava spadaju pod domen primene Regulative Brisel II bis[57].

Od nevelikog broja predmeta[58] koji su iz ovog domena podneti Sudu EZ, jedan je već sproveden po hitnom postupku. Prethodno pitanje je uputio Sudu EZ Vrhovni sud Litvanije u predmetu Inga Rinau[59]. Postupak je pokrenut 14. maja 2008. godine, a Sud je za nepuna dva meseca sproveo hitan postupak i doneo odluku 11. jula iste godine. U postupku je traženo tumačenje članova 21., 23., 24., 31.(1), 40.(2) i 42. Regulative Saveta (EZ) br. 2201/2003 od 27. novembra 2003. godine o nadležnosti i o priznanju i izvršenju odluka u bračnim stvarima i stvarima roditeljske odgovornosti, kojom se stavlja van snage Regulativa (EZ) br. 1347/2000[60] (u daljem tekstu: Regulativa Brisel II bis). Predmet postupka pred sudom države članice je zahtev za nepriznanje u državi članici A odluke donete u državi članici B putem koje se nalaže povratak deteta, za koje se smatra da se nezakonito nalazi kod majke u državi članici A. Dete je trebalo vratiti ocu, koji ima redovno boravište u državi članici B i ko-

---

[56] Vidi Information Note on references from national courts for a preliminary ruling, Supplement following the implementation of the urgent preliminary ruling procedure applicable to references concerning the area of freedom, security and justice, http://curia-.europa.eu/en/instit/txtdocfr/txtsenvigueur/noteppu.pdf

[57] Vidi belešku br. 6.

[58] Prema raspoloživim podacima, do sada su se pred Sudom EZ našli sledeći predmeti iz oblasti međunarodnog porodičnog prava: C-435/06 – Applicant C, prethodno pitanje upućeno od strane Korkein halliuto – oikeus, Finska, OJ C 326, 30.12.2006, str. 33, mišljenje pravobranioca doneto 20.09.2007., a presuda 27.11.2007., OJ C 22, 26.01.2008., str. 11; C-68/07 – Kerstin Sundelind Lopez v Miguel Enrique Lopez Lizazo, prethodno pitanje upućeno od strane Högstra domstollen, Švedska, OJ C 82, 14.04.2007., str. 23, presuda doneta 29.11.2007., bez mišljenja pravobranioca, OJ C 22, 26,01.2008, str. 15 – vidi o ovoj odluci kod Borrás, A., „Exclusive" and „Residual" Grounds of Jurisdiction on Divorce in the Brussels II bis Regulation, IPRax 2008, Heft 3, str. 233-235.; C-523/07 – Applicant A, prethodno pitanje upućeno od strane Korkein halliuto – oikeus, Finska, OJ C 22, 26.01.2008., str. 35; C-168/08 – Iaszlo Hadadi (Hadady) v Csilla Marta Mesko Hadadi, prethodno pitanje upućeno od strane Cour de Cassation, Francuska, OJ C 158, 21.06.2008., str. 13; i po hitnom postupku C-195/08 PPU – Inga Rinau, prethodno pitanje upućeno od strane Lietuvos Aukščiausiasis Teismas, Litvanija, OJ C 171, 05.07.2008., presuda doneta 11.07.2008., OJ C 223, 30.08.2008., str. 19.

[59] Vidi prethodnu belešku.

[60] Vidi OJ L 338, 2003., str.1.

me je dete dodeljeno na staranje u istoj državi. Kada je Vrhovni sud Litvanije zatražio preliminarnu odluku od Suda EZ, postupak je bio u toku već skoro dve godine – otac deteta, uz čiju saglasnost je majka odvela dete u inostranstvo krajem jula 2006. godine na dvonedeljni godišnji odmor odakle ga nije vratila u mesto uobičajenog boravišta u Nemačkoj, obratio se nadležnom sudu u Litvaniji u oktobru da bi izdejstvovao povratak deteta. Taj sud je odbio da donese odluku kojom bi naložio povratak krajem decembra 2006. godine (ne pridržavajući se roka od šest nedelja iz člana 11.3. Regulative Brisel II bis). O tome je, u skladu sa odredbama Regulative Brisel II bis (član 11.6.) obavestio nemački centralni organ i dostavio mu kopiju odluke, da bi zainteresovane strane mogle u roku od tri meseca od obaveštenja pokrenuti u skladu sa nacionalnim pravom postupak radi preispitivanja pitanja staranja o detetu (član 11.7.) Izvršnost takve odluke, donesene u postupku kojom se nalaže povratak deteta, utvrđuje se po specijalnom režimu iz Odeljka 4. Glave III Regulative s ciljem da se osigura povratak deteta. Otac deteta iz ovog predmeta je u junu 2007. dobio odluku nemačkog suda o razvodu braka sa majkom deteta i o staranju o detetu. Ta odluka je na osnovu specijalnog režima iz člana 40. i 42. Regulative dobila sertifikat o izvršnosti na propisanom formularu. Sertifikat omogućuje da se odluka donesena u jednoj državi članici (država porekla) prizna i tretira kao izvršna u drugoj državi članici bez deklaracije o izvršnosti koja bi bila donesena u ovoj drugoj, štaviše ne postoji ni mogućnost protivljenja odluci, ako je sertifikat izdat u skladu sa stavom 2. člana 42[61].

Majka deteta je uložila žalbu na odluku nemačkog suda o dodeli deteta njenom bivšem mužu, tj. detetovom ocu, koja je odbijena 20. februara 2008.godine.[62] Pre toga je majka, u junu 2007. godine podnela zahtev sudu u Litvaniji radi nepriznavanja nemačke sertifikovane odluke o razvodu i o nalogu za povratak deteta. Kada je litvanski apelacioni sud ogla-

[61] „Sudija države suda porekla odluke koji je doneo odluku iz člana 40(1)(b) izdaće sertifikat iz stava 1, samo ukoliko je : (a) detetu bilo omogućeno da bude saslušano, osim ako je saslušanje nemoguće s obzirom na uzrast ili stepen zrelosti; (b) stranama u sporu - bilo omogućeno da budu saslušane; i (v) sud prilikom donošenja svoje odluke uzeo u obzir razloge i dokaze na osnovu kojih je odluka kojom je obijeno nalaganje povratka deteta donesena na osnovu člana 13 Haške konvencije o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece iz 1980. godine."

[62] Žalba je odbijena i zbog razloga što je majka već, i inače bila obavezna da vrati dete u Nemačku na osnovu odluke Apelacionog suda u Litvaniji, koja je donesena povodom inicijalne odluke o odbijanju nalaganja da se dete vrati iz decembra 2006. godine; o čitavom nizu različitih odluka litvanskih sudova, vidi tačke 32-41 odluke C-195/08 PPU.

sio nedozvoljenim njen zahtev na osnovu Odeljka 4 Glave III Regulative, majka deteta se obratila Vrhovnom sudu u septembru 2007. i tražila novu odluku kojom bi joj se dozvolilo da podnese zahtev radi nepriznavanja odluke nemačkog suda o dodeli deteta na staranje ocu. Povodom ovog njenog zahteva je Vrhovni sud zatražio od Suda EZ da u postupku za prethodno odlučivanje zauzme stav o tumačenju Rgeulative Brisel II bis.[63]

S obzirom na prirodu spora i na vreme koje je proteklo dok je predmet stigao do nadležnog litvanskog suda koji po važećim odredbama člana 68. UEZ može da uputi zahtev za preliminarno odlučivanje, sud države članice je postavio zahtev i za hitan postupak pred Sudom EZ[64]. Sud je razmotrio i prihvatio obrazloženi zahtev i sproveo postupak po članu 104b Pravila postupka. Tako se po prvi put predmet upućen radi prethodnog odlučivanja okončao pred Sudom EZ za nešto manje dva meseca.

3. Zaključak

Konstatacija suda EZ u slučaju Johanes protiv Johanes da „ni nacionalne odredbe međunarodnog privatnog prava, koje određuju merodavno supstancijalno pravo za dejstva razvoda braka, ni nacionalne odredbe građanskog prava koje suštinski regulišu ta dejstva, ne spadaju u polje primene Ugovora“ stoji i dalje, ali određena pitanja međunarodnog privatnog prava u oblasti porodičnopravnih odnosa postali su deo prava EZ na osnovu Amsterdamskog ugovora o osnivanju Evropske zajednice. S obzirom na smeštanje porodičnopravnih odnosa sa elementom inostranosti (međunarodno porodično pravo) u kontekst specifične regionalne ekonomske organizacije poput EZ, mogu se sagledati karakteristike njegovog pravnog regulisanja iz ugla komunitarnog međunarodnog privatnog prava.

---

[63] Vidi tačku 42. Odluke u predmetu C-195/08 PPU, internet strana: http://curia.europa.eu/jurisp

[64] Litvanski Vrhovni sud se pozvao na alineju 17 Preambule Regulative Brisel IIbis u kojoj se naglašava da dete koje je odvedeno ili zadržano mora da bude vraćeno bez odlaganja, kao i na član 11 (3) Regulative čija odredba postavlja rok od šest nedelja sudu, kome je podnet zahtev za povratak deteta, da o tom zahtevu odluči. Litvanski sud je takođe naveo da je hitno postupanje neophodno s obzirom da bi odlaganje bilo veoma nepovoljno za odnos između deteta i roditelja sa kojim ono ne živi, a šteta koja bi tako nastala u tom odnosu ne bi mogla da bude otklonjena. Kao dalji razlog za hitan postupak istaknuta je potreba da se dete zaštiti od svake moguće povrede i potreba da se obezbedi pravična ravnoteža između interesa deteta i njegovih roditelja. Na predlog sudije-izvestioca i posle saslušanja Pravobranioca, Sud EZ je prihvatio predlog da se u ovom predmetu primene pravila hitnog postupka.

1. Pravni osnov za usvajanje sekundarnih izvora komunitarnog prava u oblasti međunarodnog porodičnog prava ne razlikuje se od osnova koji za međunarodno privatno pravo daje član 65. Amsterdamskog ugovora. Na osnovu njega je donet najvažniji izvor koji je na snazi – Regulativa br. 2201/2003 o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u bračnim stvarima i stvarima roditeljske odgovornosti kojom se stavlja van snage Regulativa br. 1347/2000 (Brisel II bis), kao što i predlozi za usvajanje daljih propisa imaju svoj osnov u istom članu.

2. Procedura po kojoj nadležni organi EZ postupaju prilikom odlučivanja o usvajanju propisa iz oblasti međunarodnog porodičnog prava radi harmonizacije ili unifikacije nacionalnih prava država članica regulisana je u članu 67. UEZ. Posle prvog perioda koji je istekao 1. maja 2004. godine, donošenje instrumenata iz oblasti međunarodnog privatnog prava spada pod proceduru iz člana 251. UEZ (saodlučivanje i usvajanje propisa kvalifikovanom većinom). Propisi iz oblasti međunarodnog porodičnog prava su, međutim, izuzeti od ovog režima izmenama i dopunama člana 67. koji su usvojeni Ugovorom iz Nice, u pogledu kojih je, zbog velikih razlika u pravima država članica, zadržano *jednoglasno* donošenje odluka. Lisabonski ugovor u ovom pogledu donosi nove specijalne odredbe, ali je u ovm trenutku neizvesna njegova sudbina.

3. U pogledu primene člana 234. UEZ, tumačenje izvora međunarodnog porodičnog prava od strane Suda EZ u postupku za prethodno odlučivanje, ne razlikuje se od režima uspostavljenog odredbama člana 68. Ostaje, dakle, ograničenje prema kome su samo nacionalni sudovi poslednje instance ovlašćeni da podnose zahteve, i to kada smatraju da je preliminarno mišljenje Suda EZ neophodno da bi doneli presudu. Lisabonski ugovor ukida odredbe člana 68, ali u ovom trenutku je za neka pitanja iz oblasti međunarodnog porodičnog prava, tačnije za ostvarivanje roditeljskog staranja u slučaju prava na viđanje i u slučaju nezakonitog odvođenja ili zadržavanja deteta, od mnogo većeg značaja ustanovljenje hitnog postupka pred Sudom EZ. Po toj proceduri, koja je regulisana članom 104b Pravila postupka Suda EZ, već je doneta jedna presuda - predmet Inga Rinau C-195/08 PPU – u roku od nešto manje od dva meseca.

Bernadet Bordaš, Ph. D., Full Professor
Novi Sad, School of Law

Specific features of law-harmonization in international family law in the EC

Abstract

The Treaty of Amsterdam establishing the European Community created in Title IV – Visas, asylum, immigration and other policies related to free movement of persons, Article 65 – judicial cooperation in civil matters – a legal basis for adoption secondary sources of law in the field of private international law. Family law relations having cross border implications, as a part of general private international law, have the same legal basis, but some other issues show specific features within the Title, which derive from the significant differences between rules of family law in different Member States, and from the sensitive nature of family relations themselves. These features concern first of all the legislative procedure of the competent institutions of the EC in Article 67, and the application of Article 234 TEC in matters covered by Title IV, particularly by Article 65. Namely, Article 67 (Nice version) prescribes that after a period of five years following the entry into force the Treaty of Amsterdam, the Council shall adopt measures provided for in (inter alia) Article 65, acting in accordance with the procedure referred to in Article 251, but with the exception of aspects relating to family law. Article 68 prescribes the circumstances and conditions of application of Article 234 in matters covered by Title IV. Despite the fact, that the provisions of it are qualified as a step backward, because it entitles only courts or tribunals of Member States, against whose decisions there is no judicial remedy under national law, to request the Court of Justice to give a ruling on the interpretation of the Title, Article 68 stands as it is, because the Council did not take any action on adapting the provisions on the powers of the Court of Justice according to Article 67. However, there is some progress which concerns family law matters with cross border implications, too. The Court of Justice has amended its Rules of Procedure, introducing urgent preliminary ruling procedure, which could be of great importance in proceedings concerning parental authority or custody of children based on Brussels II bis Regulation. The Court has already given the first judgment (C-195/08 PPU, Inga Rinau) applying the urgent procedure; the time elapsed between the lodging of the request at the Court Registry (22 May 2008) and the day the Court gave the judgment, was less than two months (11 July 2008). Needless to say, how significant could it be in a case of returning an abducted child.

Originalni naučni rad 343.98:342.7

Dr Ištvan Feješ, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

ZAKONITOST PRIMENE DNK ANALIZE U KRIVIČNOM POSTUPKU

Sažetak: *DNK analiza je veoma efikasno sredstvo u borbi protiv kriminaliteta,ali je i potencijalna opasnost za značajne vrednosti u demokratskom društvu.Zbog toga je za njegovu primenu u krivičnom pstupku neophodna sistematska zakonska regulativa.Novim Zakonikom o krivičnom postupku iz 2006.g. koji bi trebao uskoro biti u primeni ,učinjeni su značajni početni koraci,ali je dalji zakonodavni rad neophodan.U radu su obrađeni neki značajni pravni aspekti problematike vezane za DNK analizu.Posebna pažnja je posvećena mogućnosti prinudnog uzimanja uzoraka za tu analizu .*

Ključne reči*: DNK analiza,prinudno uzimanje uzorka, novi Zakonik o krivičnom postupku*

UVOD

Kada su Watson i Crick 1950.g. otkrili DNK, niko nije mogao sagledati da je to veliko otkriće ne samo za medicinu već i za kriminalistiku.Istina, trebalo je da prođe dosta vremena dok je A.Jeffreys 1985.g. otkrio mogućnost identifikacije lica na osnovu genetskog koda iz raznih bioloških materijala (krv,kosa i sl.).Ovo otkriće je dovelo do ogromnog porasta značaja bioloških tragova. Ubrzo je počelo korišćenje DNK analize u svakodnevnoj praksi krivičnog progona.Ujedno započela je i žustra naučna diskusija o raznim problemima u vezi ove analize.To nije ni čudno, jer su potencijali DNK analize za zadiranje u ljudska prava veoma veliki.

U Srbiji je primena DNK analize još uvek relativno retka.To je posledica većeg broja faktora.Između ostalih, i neizgrađenosti pravne regulative,što bi bilo nužno, imajući u vidu značaj prava koja mogu biti povređena ili o ograničena.

Neke države članice.Savet Evrope svesne veoma brzog razvoja ove oblasti i mogućeg ugrožavanja ljudskog dostojanstva usvojile su *Konvenciju o ljudskim pravima u biomedicini* kojom štite dostojanstvo i identitet,pštovanje ljudskog integriteta i drugih prava i osnovnih sloboda u području primene biologije i medicine.Radi razrade odredbi konvencije usvojen je i *Dodatni protokol uz Konvenciju o ljudskim pravima i biomedicini* u vezi sa biomedicinskim istraživanjima.[1]

U većini evropskih zemalja uzimanje uzorka je moguće pod tačno određenim zakonskim uslovima i tačno određenim slučajevima: ako postoji sumnja da je lice počinilo određeno krivično delo,ako je za to delo predviđena kazna zatvora(negde je potrebno da se radi o teškom krivičnom delu,ako se smatra da će se doći do podataka od važnosti za ishod istrage,ako uzimanje uzoraka i ispitivanje ne nosi nepotreban rizik,ako postoje zakonske odredbe koje dopuštaju uzimanje uzoraka,ako to zahteva javni interes.

Prema *Preporuci R(92)1* DNK analiza bi trebala biti dopuštena u svim relevantnim slučajevima bez obzira na težinu krivičnog dela .Preporuka propisuje da se uzorci mogu uzimati i od lica koje je *sumnjivo* da je počinilo krivično delo radi njegove identifikacije kao učinioca ili od drugog lica bitne za ostvarivanje ciljeva istrage i krivičnog postupka u celini., ali je Odlukom Evropskog suda za ljudska prava u slučaju *S. i Marper* zabranjeno je unošenje DNK koda sumnjivih u DNK registar čuvanje i korišćenje za rasvetljavanje krivičnih dela[2].

I Deo – ZAKONITOST DNK ANALIZE U KRIVIČNOM POSTUPKU

I DNK analiza i neka ustavna prava

1. Ljudsko dostojanstvo i DNK analiza

DNK analiza se grubo može podeliti na dva vida. Na osnovu podele DNK koda na dva dela [3].

Jedan vid se bavi genetskim informacijama koja su bitna za nasledne osobine čoveka analizom tzv. „kodiranog dela“ DNK lanca.

[1] Konvenciju i Dodatni protokol Srbija nije ratifikovala

[2] S.and Marper v.the United Kingdom,30562/o4 i 30566/04 od 04.12.2008.

[3] Protiv ovakve podele : Eisenberg:,Beweisrecht der StPO,München.2oo2,str.678

Drug vid se odnosi na analizu delova DNK nebitnih sa aspekta naslednih osobina u tzv.„nekodiranim delovima“ DNK molekula.

Proučavanjem kodiranih delova mogu se ustanoviti neke genetski determinisane osobine čoveka ,kao što su nasledne bolesti psihičke i fizičke osobine i sl.

Analizom nekodiranih delova ovakve informacije se ne mogu dobiti jer oni ih i ne sadrže .Uloga ovih delova DNK u nasleđivanju zasad nije razjašnjena.

Analiza kodiranih delova zadire u najitimnije sfere čoveka .Ne može biti intimnijih podataka nego što je nasledni genetski kod, koji je nosilac svih genetski predisponiranih osobina čoveka.Istraživanje „biološke ličnosti” ,pa makar i za inače društveno opravdane ciljeve kao što je ,suzbijanje kriminaliteta vređa ljudsko dostojanstvo,koje uživa naglašenu zaštitu Ustava Republike Srbije(dalje: URS).U čl.23 URS garantuje nepovredivost ljudskog dostojanstva.Ovo pravo je apsolutno,ne može se ničim ograničiti.

Već i na osnovu ovog kratkog izlaganja može se izvući zaključak, da analiza kodiranog dela DNK vređa ustavom garantovano pravo na ljudsko dostojanstvo i zbog toga nije dozvoljeno.

Oko toga ne bi zapravo ni trebalo otvarati diskusiju,jer se za ciljeve kriminalističke identifikacije tj. krivčinog progona, koristi hipervarijabilnost nekih mesta (tzv.lokusa) u *nekodiranom* delu DNK molekula.

Ispitivanje nekodiranih delova ne zadire u biološku ličnost čoveka u takvoj meri da bi to vređalo ljudsko dostojanstvo. No može biti povređeno pravo na privatnost,na intimnu sferu i pravo na raspolaganje podacima o sebi.Ova prava se u principu mogu zakonom ograničavati.Potrebne su zakonske odredbe koje bi izričito dozvoljavale ovu analizu. .Naime,ako je reč o zahvatima u ljudska prava ili drugim osnovnim pravima, treba da važi pravilo da je *sve zabranjeno što nije izričito dozvoljeno.*Dakle,nekodirani delovi DNK molekula bi u principu mogli biti istraživani,ako bi postojala izričita dozvola zakona za to.

2. Ustav Srbije garantuje nepovredivost fizičkog i psihičkog integriteta(čl.25)

O tome će biti reči dalje.

3.Ustav (čl 33 st.7.) ,garantuje da niko nije dužan sam sebe optužiti

Evropska Konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (dalje :Konvencija) važi i u Srbiji. U njenom čl.8. garantovano je pravo

na privatnost. Zabrana samooptuživanja se često izvodi iz prava na privatnost. Bilo bi u suprotnosti sa pravom na privatnu sferu,kad bi se neko mogao prinuditi da otkrije svoje tajne.Presudom u slučaju *Funke*, Evropski sud za ljudska prava (dalje: Sud) je priznao pravo ćutanja i zabranu samooptuživanja delom prava na pošteno suđenje[4]

Iz presude bi sledilo da pravo na ćutanje obuhvata i zabranu da se od okrivljenog protiv njegove volje uzmu otisci prstiju,uzorci glasa ,daha i krvi.Širenje obima zabrane u tolikoj meri može ometati krivični progon,da preti opasnost od njegove paralize [5]. Nešto kasnije presudom u slučaju *Saunders* [6] Sud je potvrdio da je zabrana samooptuženja deo prava na pošteni postupak i da se čvrsto vezuje za prezumpciju nevinosti.Ali se zabrana ne odnosi na dokaze koje se pribavljaju od okrivljenog prinudom a radi se o „*materijama koje postoje samostalno ,nezavisno od volje okrivljenog"* kao što su npr. i uzorci krvi za DNK analizu.Zabrana se ne odnosi dakle na upotrebu takvih materija koje postoje samostalno nezavisno od volje okrivljenog u krivičnom postupku [7]

O tome još videti dalje.

II Regulisanje korišćenja DNK analiza u krivičnom postupku

U demokratskom društvu ovaj osetljivi zahvat mora imati zakonsku regulativu.Po prirodi stvari najpogodniji za to bi bio Zakonik o krivičnom postupku(dalje .ZKP).U nastavku izlaganja osvrnućemo se na odredbe o DNK u ZKP iz 2001.g.(dalje: ZKP/01) i novog Zakonika o krivičnom postupku iz 2006.g(dalje:ZKP/06). Osvrnućemo se i na stav sudske prakse po pitanju dozvoljenosti DNK analize u krivičnom postupku

A. Odredbe ZKP/01, o DNK analizi

ZKP/01 koji je u primeni u Srbiji sadrži neke odredbe o telesnom pregledu okrivljenog i drugih lica i pominje se i „biološko veštačenje" .Ovi bi se eventualno mogli dovesti u vezu sa DNK analizom.

Čl. 131.st.1. dozvoljava telesni pregled okrivljenog i drugih lica. Analogijom bi se moglo doći do sledećeg rezultata. Ako zakon dozvoljava da se dođe i do podataka biološke prirode telesnim pregledom tim pre

[4] Funke v.France 1o828/84(25.o5.1993.),A-256-A

[5] A.S.Butler, Funke v.France and the Right Against Self-Incrimination.A Critical Analysis,Criminal law Forum,4/2ooo,str.476

[6] Saunders v.U.K. 19187/91(17.12.1996)Reports 1996-VI

[7] Iscrpnu analizu stava Suda videti K. Bárd.: Emberi jogok és büntető igaszságszolgáltatás Európában(Budapest,2oo7), str. 243-294 .

je dozvoljeno pribavljanje takvih podataka van tela okrivljenog tj. i DNK analizom .Međutim, ovakva argumentacija ne daje meritoran odgovor na pitanje da li je DNK analiza dozvoljena ili ne,jer zakon ne govori o rezultatima analize,o genetskim informacijama niti ih ima u vidu.Ova odredba je nasleđena iz ZKP iz 1953.g.,kada DNK analiza još uopšte nije ni postojala.

Čl.131.st.2. dozvoljava *uzimanje uzoraka krvi* i druge medicinske intervencije,ako nisu škodljive za zdravlje radi „*analize i utvrđivanja drugih činjenica*".Ali ovde ZKP ima u vidu „ klasične „ činjenice (npr.utvrđivanje nivoa alkohola u krvi) i daje pravni osnov za njihovo pribavljanje.Na ovim odredbama se *ne može* zasnovati zahvat koji zadire u toj meri u intimnu sferu čoveka kao što je DNK analiza.I ova odredba je nasledstvo iz ZKP –a iz1953.g.

Za legalno korišćenje DNK analize neophodno je *izričita zakonska dozvola*.Tj.*nije* dovoljno da zakon *ne zabranjuje* ovaj metod .Iz ove odredbe ta dozvola ne proizilazi.Analogija i ili neki drugi metod tumačenja nije dovoljna.Napredak nauke i tehnike je doneo od vremena ZKP-a iz 1953.g. kvalitativne promene u pogledu mogućnosti zadiranja u privatnu sferu.U ono vreme dostignuti razvoj nauke i tehnike je bilo prirodno ograničenje zadiranja u privatnu sferu.Danas su mogućnosti nesrazmerno veće,i zakonodavac to mora da prati.

ZKP/01 sadrži samo „embrion" regulacije.Naime u čl.126.st.4. pominje „biološko veštačenje" u smislu da se deo materijala od obdukcije mora sačuvati za ovo veštačenje.Međutim osim ništa se drugo ne kaže. „Biološka veštačenja",gde bi trebala biti obuhvaćena i DNK analiza, trebalo je razraditi u ZKP kao posebni vid veštačenja.

B. Regulisanje DNK analize prema novom ZKP/06

1. Donošenje novog ZKP-a 2006.godine

Razmatranje donošenja ZKP-a 2006.g. ne bi trebalo da bude predmet razmatranja ovog rada.Međutim, čudne okolnosti pod kojima je donet i neizvesna sudbina novog zakonika ipak opravdava da se sa nekoliko reči osvrnemo i na tu temu.

Nakon donošenja ZKP/01 stupio je na snagu novi Krivični zakonik Srbije[8] i tadašnja SR Jugoslavija je pristupila Konvenciji o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda.Bilo je nužno da se tim prmenama prilagodi i

[8] Novi Krivični zakonik je stupio na snagu 01.1.2oo6.

ZKP [9]. Pristupilo se procesu noveliranja .U toku rada , Srbija je postala nezavisna država.Međutim, umesto novele Ministarstvo pravde je predložilo sasvim novi ZKP.,koji je usvojen od strane Narodne skupštine Srbije 26.maja 2006. Stupila je na snagu 10.juna 2006.g. s tim da je primena u praksi trebala da počne 1.juna 2007.g.

Prilikom donošenja ovog važnog zakonodavnog akta nisu vršene nikakve uobičajene pripreme(stručna savetovanja sl.).Štaviše pripreme su vršene skoro u tajnosti,na brzinu.Neopravdana žurba i nepripremljenost je dovela do velikog broja krupnih nedostataka [10].Zbog toga su na račun ZKP/06 izrečene brojne teške kritike[11].Zato je primena novog ZKP/a odložena do 31.12.2008 godine.Kako rok ističe sve su glasniji zahtevi da se ukine [12],i u vreme završetka ovog rada tj.početak decembra 2008.g. sudbina mu je neizvesna.

2. Regulacija DNK analize u novom Zakoniku o krivičnom postupku

I pored svojih brojnih krupnih mana ZKP/06 ima i *značajne novine* ,naročito u pogledu dokaza.[13]

Novi ZKP predstavlja *značajan napredak* u regulisanju DNK analize.Pominje se na dva mesta.

1.Pregled i obdukcija leša (posebni vid veštačenja)- članu.136 stav 4.

Novi ZKP u vezi identifikacije leša propisuje da će se , kada je to potrebno, primeniti naučne i stručne metode identifikacije:uzimanje i upoređivanje otisaka prstiju, analiza DNK uzorka i upoređenje dobijenog DNK profila sa DNK profilom nestalog lica ili drugog lica ,krvnih srodnika lica „za koje se pretpostavlja da bi mogao biti identifikovan“,a po potrebi preduzimanje i drugi analiza i naučnih metoda [14].Prema tome ,zakonik ovim

[9] ZKP/01 je od donošenja menjan i dopunjavan tri puta Najznačajnije dopune su unošenje nove glave XXIX a ,19.12.2002.g. o postupku za organizovani kriminal , Sl.list SRJ 68/2002.

[10] Neki autori u pozadini te žurbe naslućuju političke motive.Videti:Beljanski,Krivični postupak između prava i politike,Glasnik Advokatske komore Vojvodine,1o-11/2006 ,str. 547 –548

[11] Videti npr.M.Grubač, Kritika “novog” Zakonika o krivičnom postupku, Revija za kriminologiju i krivično pravo 2/2006.str.5-43; M.Grubač,Shvatanje pojma krivičnog postupka u novom Zakoniku o krivičnom postupku,Glasnik Advokatske komore Vojvodine,1o-11/2006,str.531-545.

[12] Tako je Advokatska komora zahtevala da se ukine u celosti,jer bi se njegova primena suočila sa krupnim teškoćama.

[13] Ima mišljenja da su to mahom opasne novine.Videti npr.citirane radove M.Grubača

[14] Odredba je ovde nejasna .Verovatno se misli na srodnike preminulog lica o čijem identitetu postoje prepostavke.Ako nema nikakvih nagoveštaja o mogućem identittetu leša,ova radnja je besmislena.

propisima reguliše samo identifikaciju nepoznatih leševe,i u tom smislu dozvoljava primenu DNK analize a ne i živih lica.Odredba je pored toga rudimentarna,nedorečena jer mnoge važne aspekte DNK analize ne obuhvata.I preminuli čovek ima pravo na dostojanstvo svoje ličnosti i u principu treba da važe ista pravila kao i za živa lica.

2. *Bitne novine* novog ZKP su u **čl 143**: Telesni pregled sumnjičenog ili okrivljenog

Stav.1 ovog člana se bavi telesnim pregledom osumnjičenog i okrivljenog i za nas sada nije važan.

Stav 2. se bavi uzimanjem krvi i preduzimanjem drugih medicinskih radnji koji su po pravilu medicinske nauke neophodne za analizu i identifikaciju lica i utvrđivanje drugih važnih činjenica za postupak. Krv od lica koje se pregleda i preduzimati druge medicinske radnje mogu se preduzeti i bez pristanka tog lica,izuzev ako bi usled toga nastupila neka šteta po zdravlje. Nije jasno na koga se odnosi ova odredba :da li samo na osumnjičenog ili okrivljenog ili i na treća lica .Naime u st.1 .čl.143 izričito su navedeni okrivljeni i osumnjičeni kao i treća lica.A ovde se govori „o licu koje se pregleda".Iako se DNK analiza izričito ne spominje,uzimanje krvi radi *analize i identifikacije lica* bi se moglo odnositi na DNK analizu,pošto je i DNK analiza metod identifikacije.Takvo tumačenje se još međutim ne može smatrati i izričitom dozvolom za primenu DNK analize u krivičnom postupku.

Stav 3.ovg člana je za nas važan.DNK se *izričito* pominje i određuje da se"*Uzorci pljuvačke radi* ***sprovođenja DNK analize*** *uvek mogu uzimati kada je to potrebno u cilju identifikacije lica ili u cilju poređenja sa drugim biološkim tragovima i drugim DNK profilima i za to nije potreban pristanak lica niti se ta radnja može smatrati opasnom po zdravlje"*.Ovo je veoma važna novina novog ZKP jer se njime DNK analiza priznaje kao metod identifikacije tj . kao dokazno sredstvo.To već može biti zadovoljavajući pravni osnov za njenu primenu u sudskoj praksi.Važna je i odredba da uzimanje uzoraka pljuvačke nije uslovljeno pristankom lica od koga se uzima.

Radnja se preduzima po *naredbi suda* izuzev u slučaju da policija sprovodi uviđaj i narediti potrebna veštačenja ako javni tužilac ne može izaći na lice mesta.

Iako se radi o važnoj novini ona je *sakrivena* i slabo uočljiva jer je na neadekvatnom mestu. O tome se raspravlja kao uzgred,u članu koji se bavi jednom vidom procesne prinude tj. mogućnošću prinudnog telesnog pregleda i uzimanja raznih uzoraka od pregledanog lica.Izgleda da je za tvorce Zakonika bilo važnije kako se dolazi do uzoraka od prirode analize DNK i kakva zadiranje u osnovna prava građana proističu iz to-

ga.Tretira se kao odredba tehničkog karaktera a njen domet je zapravo mnogostruko veći.DNK analiza je zbog svog značaja trebala biti propisana kao poseban vid veštačenja. Zbog neadekvatne sistematizacije izostala je preko potrebna i detaljna razrada.Tako su brojna značajna pitanja ostala bez odgovora.

Nije ugrađen nikakav kontrolni mehanizam, što bi bilo neophodno radi zaštite ljudskih prava. Trebalo bi predvideti i proceduru uzimanja uzorka i rukovanje uzorkom.Zatim,propisati da laboratorije moraju imati opremu ,stručne kadrove i druge uslove predviđene međunarodnim standardima evropskih strukovnih organizacija i zahtevati međunarodnu akreditaciju a vršenje analize DNK. Nije rešeno ni pitanje dozvoljenosti masovnog testiranja[15] itd.

Sve to trebalo bi garantuje stručno i pouzdano vršenje DNK analize i legalnu upotrebu tako dobijenog rezultata.

Iako je u novom ZKP učinjen napredak , to ipak to nije dovoljno. Potrebne su i odredbe koje bi detaljno regulisale DNK analizu.No možda to i nije propust autora Zakonika. Naime planiran je set od tri zakona koji bi detaljno regulisali ovo područje:*Zakon o biološkom veštačenju*(koji bi propisao kako, ko,po čijoj naredbi i zašto može izvršiti DNK veštačenje tragova biološkog porekla sa mesta izvršenja krivičnog dela),*Zakona o genetičkoj privatnosti* (koji bi propisivao ko može posedovati genetičke informacije,kome su dostupne na čiji zahtev i sl.)i *Zakon o nacionalnom DNK registru* koji bi se koristio za kriminalističke svrhe.[16] .Od ovih zasad nije ni jedan donet niti su u skupštinskoj proceduri.

III Dozvoljenost DNK analize prema sudskoj praksi

Sudovi se pozivaju na sistem slobodnog dokazivanja,i primenjuju u praksi DNK analizu. od 1998.g.[17].Tada je prvi put pred Vrhovni sud Srbije došao slučaj u kome je primenjena DNK analiza.(Kz .1916/97).Vrhovni sud je DNK analizu odnosno dobivene podatke prihvatio kao *punovažan dokaz*,bez obzira što nema nikave zakonske regulative[18]. Iako je sve više slučajeva u praksi,ipak je njeno korišćenje još uvek retko.

---

[15] Diskutabilno je da li lica koja odbiju učešće smatrati sumnjivim licima i kao takve podvrgnuti prinudnom uzimanju uzoraka,Videti : F-Ch .Schroeder,Strafprozessrecht,München,2oo7.str.8o

[16] Izvor:http:// www.planeta .org.yu/13/ Forenzika.htm od.3o.1o.2008

[17] U tome nije usamljena.I nemačka sudska praksa smatra da nisu potrebni posebni propisi.Videti presudu LG Heilbronn objavljen u Neue Juristische Wochenschrift, 12/ 1999, str. 784

[18] Da podsetimo,prema stavu Suda uzorak se može uzeti nezavisno od volje okrivljenog a ne zakona.(Slučaj Saunders)

II Deo- PROBLEM PRINUDNOG UZIMANJA UZORAKA KRVI I DRUGIH TKIVA ZA DNK ANALIZU

I ZKP/01(čl.132 st. 2) i ZKP / 06(čl.143. st.3) predviđaju mogućnost uzimanja krvi radi utvrđivanja činjenica važnih za krivični postupak.Taj zahvat se može izvršiti i *bez saglasnosti* okrivljenog odn. drugog lica od koje se uzima uzorak, pa i prinudno, po uslovom da zahvat nije štetan po zdravlje.DNK analiza sama po sebi ograničava značajna ljudska prava a mogućnost prinudnog uzimanja uzorka samo još više naglašava složenost problematike u vezi ove analize.To opravdava poseban osvrt na pitanja koja ćemo obraditi u daljem izlaganju.

A .Prinudno uzimanje uzoraka krvi i ustavom garantovani telesni integritet

Iako po pravilu nije škodljiv za zdravlje uzimanje krvi bez sumnje predstavlja zadiranje u fizički integritet lica od koje se uzima uzorak. Fizički integritet čoveka je neprikosnoven ,garantuje ga čl. 25 URS.Nikakvo ograničenje u tom pogledu Ustav ne dopušta, a prema čl.20 URS , ljudska i manjinska prava se mogu ograničiti samo Ustavom.Telesni integritet prema tome , predstavlja „apsolutno pravo",koje se ne može ograničiti.Eventualno, moguće bi bilo uz saglasnost pasivnog subjekta po principu volenti non fit iniuria.Međutim, pitanje je da li ovakva argumentacija može izdržati kritiku.Naime ,telesni integritet čoveka je jedan od temeljnih vrednosti savremenog društva, garantovan mnogobrojnim međunarodnim aktima kojima je i Srbija pristuipla.To je vrednost od opšteg interesa i njegova zaštita je prvorazredna dužnost države . Saglasnost pasivnog subjekta ne može obesnažiti garancije koje štite njegov fizički integritet .To bilo isto kao kad bi neko pristao na mučenje ili neki sličan zahvat u neka od ljudskih prava.Pristanak ne čini takve zahvate dozvoljenim.Međutim ovakav krut i neselektivan pristup bi u konkretnom slučaju mogao izazvati veću štetu po pasivni subjekat nego korist.Za to je upravo DNK dobar primer.Ako bi se apsolutno isključila mogućnost uzimanja krvi radi uzorkovanja za DNK,to bi moglo imati nesagledive posledice za nevinog okrivljenog.Moguće je da bi ga lišili mogućnosti da se opravda i skine sa sebe teret sumnje.Zbog toga bi morao postojati *pravni osnov* koji bi u izvesnim slučajevima ipak dozvoljavao zadiranje u telesni integritet. Problem se javlja i u medicini kod hirurških operacija, naročito kad je pacijent bez svesti. Zbog toga, smatramo da je neophodno, da sam ustav da izričit pravni osnov za ograničenja telesnog integriteta u tačno nabrojanim slučajevima i da ih uslovi saglasnosšću pasivnog subjekta.Preneto na

polje krivičnog postupka ,ne bi trebalo apsolutno isključiti mogućnost uzimanja krvi ili drugih tkiva zadiranjem u telesni integritet ali bi to trebalo usloviti odgovarajućom dozvolom od strane Ustava RS i pristankom pasivnog subjekta ,u prvom redu ako je to okrivljeni.

Mogućnost uzimanja biološkog uzorka u nekim evropskim zemljama uslovljena je saglasnošću (često u pismenom obliku) od lica koga se uzima uzorak. Tako npr u Ujedinjenom Kraljevstvu (Criminal Evidence Act, 1984) neophodna je po pravilu prethodna pismena saglasnost za uzimanje tzv.poverljivih uzoraka(krv,sperma itd), dok za one koje nisu poverljive (kosa, nokti i sl.) takva dozvola nije potrebna.Uskraćivanje saglasnosti može biti korišćena kao dokaz protiv tog lica na glavnom pretresu.U pogledu uzimanja uzoraka koji nisu poverljivi moguća je i primena sile.

B.Prinudno uzimanje krvi i pravo na ćutanje i zabrana samooptuživanja

Ustav Republike Srbije propisuje zabranu samooptuživanja(čl.337 st. 7).Pitanje je,kako se slaže prinudno uzimanje uzoraka za DNK analizu sa ovim pravima.Pitanje je složeno i zaslužuje posebnu pažnju.Ovim pitanjem se bavio i Evropski sud za ljudska prava. Odgovor na gornje pitanje ćemo potražiti u praksi Suda kao najvišeg sudskog organa za zaštitu ljudskih prava za zemlje koje su pristupile Konvenciji za zaštitu ljudski prava i osnovnih sloboda(u daljem tekstu Konvencija).

1.Nastanak zabrane samooptuživanja i prava na ćutanje

U srednjevekovnom kontinentalnom inkvizitorskom postupku nije bilo mesta za pravo na ćutanje .Naprotiv.Okrivljeni je objet postupka i njegov iskaz-priznanje je kralj dokaza koje se iznuđuje mučenjem.U vreme prosvetiteljstva se javlja ideja da je nečovečno nekog prinuditi da sam sebe prijavi ili priznanjem doprinese svojoj propasti.U common law sistemu,iako je već od ranije bio priznat,faktički je od kraja 18.veka okrivljeni i mogao da ga koristi.Do tada , zbog ograničenog prava na branioca,jedini način okrivljenog da pobija optužbu bio je da progovori.Tek je 1898.g. okrivljenom priznato pravo da u svojoj stvari u svojstvu svedoka da iskaz . U Evropi se mogu tako uočiti dve potpuno različite tendencije.Prosvetitelji i napredni mislioci na kontinentu su se zalagali u pravcu ukidanja obaveze okrivljenog na iskaz tj.za pravo ćutanja okrivljenog a u Engleskoj je radi jačanja pozicije odbrane šireno pravo okrivljenog da govori.

Punu afirmaciju pravo na ćutanje dobija tek u drugoj polovini 20 veka.Međunarodni dokumenti o ljudskim pravima a i drugi,redom priznaju to pravo.Tako Ženevska Konvencija o zaštiti žrtava rata- čl.17;Međunarodni prakt o građanskim i političkim pravima-čl 14 st.3.;Statut Međunarodnog Krivičnog sud-čl.67 tač. 1.g). itd..

2.Konvencija i pravo na ćutanje i zabrana samooptuživanja

Interesantno, je da Konvencija ne govori o pravu na ćutanje.Naročito,ako se ima u vidu da je čl.6. Konvencije formulisan u duhu anglosaksonskog prava, a zabrana samooptuženja se redovno vezuje za angloamerički optužni postupak.U svakom slučaju ovo pravo se bez problema uklapa samo u takav procesni sistem u kome se, bar u principu , okrivljeni ne smatra dokaznim sredstvom .Čudno je, da ni u VII Protokol uz Konvenciju iz 1984g.zabrana prinude na samooptuženje nije uneta.Nime motiv donošenja tog Protokola je da se nivo zaštite konvencije usaglasi sa Međunarodnim paktom za građanska i politička prava[19].Ali stiče se utisak,da su stvaraoci Konvencije smatrali *suvišnim* unošenje ove zabrane u tekst Konvencije, jer vrednosti koje se njime štite u dovoljnoj meri štite ostale garancije . Ako se poštuju prava priznata Kovencijom, automatski dolazi do realizacije i prava ćutanja, i bez izričitog pominjanja u tekstu Konvencije[20]

3.Funkcija zabrane samooptuživanja

Funcija zabrane je, naročito prema kontinentalnom shvatanju, da garantuje fizički i psihički integritet okrivljenog.Da spreči njegovo zastarsivanje primenu silu ili mučenja.Postoji i posebna zabrana mučenja i drugih nehumanih postupaka ali nema sumnje ona štiti samo od najgrubljih nasrtaja.Širu zaštitu pruža pravo na privatnost iz čl.8. Konvencije.Upravo iz ovog prava se vrlo često izvodi zabrana samooptuživanja i pravo na ćutanje.Njima se priznaje privatna sfera.Vređa pravo na privatnost ako se neko prinuđava da otkrije svoje tajne.[21]

Pravo na ćutanje se može tretirati i kao izraz prava na izražavanje mišljenja.Takav stav je zauzela u slučaju *K . protiv Austrije*[22] Evropska komisija za ljudska prava (Ali je to bilo pre nego što je Evropski sud za

[19] Tako S.Trechsel, Human Rights in Criminal Proceedings,Oxford,2005.str.361.

[20] K.Bárd,Emberi jogok és büntető igaszságszolgálatatás,Budapest,2oo7,str 252.

[21] A Ashworth,Human Rights,Serious Crime and Criminal Procedure, London, 2002. str. 20.).

[22] K.v..Austria 16002/90 (13.101992) A255-B

ljudska prava pravo ćutanja priznao kao jedno od prava na pošteno postupanje). Sloboda izražavanja mišljenja sadrži u sebi i pravo na neizražavanje mišljenja tj.pravo na ćutanje.

Pravo na privatnu sferu i pravo na izražavanje mišljenja se mogu ograničavati ako su ispunjeni određeni uslovi za to, pa mogu biti i potpuno oduzeta a da ne dođe do povrede ljudskih prava u datom slučaju(npr.ako nekom sud zabrani rasturanje spisa kojim se raspiruje verska ili rasna ntrepeljivost,to lice u konkretnom slučaju biva lišeno prava na izražavanje svog mišljenja u celosti,ali se ipak ne može isticati da su povređena njegova ljudska prava.) . Pravom na ćutanje ne dovodi u pitanje procesni subjektivitet okrivljenog.Priznaje se njegova autonomija volje,da postupa kako misli da je najcelishodnije.Dakle, ne čuva se samo njegova privatnost već se poštuje i njegovo pravo izbora kako će koristiti pravo na odbranu.

Pravo na pošteno postupanje se ne može totalno ograničiti tj.oduzeti u celini bilo kakav da je razlog u pitanju. Stremljenje ka istini ne može osloboditi obaveze poštovanja ljudskog dostojanstva i poštenog suđenja.Zabrana samooptuženja ima korene u ljudskom dostojanstvu,pravu na neremećenje privatne sfere .To su prava koja se štite i u krivičnom postupku,iako one ne doprinose u suštini ispravnom utvrđivanju činjeničnog stanja.Baš suprotno,više ometaju sud u saznavanju istine.Pravo ćutanja okrivljenog je deo prava na pošteno suđenje ,a funcija tih prava nije pomoć u ispravnom utvrđivanju činjeničnog stanja već da pruže *zaštitu* od nepravedne osude nevinih optuženih .Makar i po cenu da neki stvarni učinioci izbegnu krivičnu odgovornost[23].

Pravo na privatnost i pravo na izražavanje mišljenja se mogu ograničavati u interesu krivičnog postupka. Nasuprot tome,pravo na pošteni postupak pripada svakom, bez obzira za šta se optužuje.

4. Pravo na ćutanje i zabrana samooptuženja

Sud izgleda ne razlikuje ova dva prava.U presudi u slučaju *Saunders* govori čas o zabrani samooptuženja čas o pravu na ćutanje,ali po pravilu pominje ih zajedno.Iz toga se nameće zaključak da Sud smatra da se ova prava *sadržinsk*i poklapaju i da su i njihove *funkcije* identične .To bi se dalo zaključiti jer prema Sudu " i jedno i drugo pravo ima za cilj,da spreče organe vlasti u neopravdanom vršenju pritiska na okrivljenog i na taj način smanjuju mogućnost pogrešne osude i doprinose tome da se ispune ciljevi iz čl.6.Konvencije".

[23] Bárd, cit.delo, str.282

Sudija *Martens* je izdvojio mišljenje i smatra da su to dva odvojena prava i stoje u međusobnom odnosu opšteg i posebnog .Zabrana samooptuženja znači pravo okrivljenog da *odbije saradnju* sa organima progona *uopšte* a pravo na ćutanje je pravo da se odbije odgovor na *pitanje* ili davanje *iskaza* uopšte . Pravo na ćutanje znači pravo na odbijanje samo *jednog* vida saradnje sa organima progona .Pravo da ne bude prinuđen na *iskaz* .Zabrana samooptuživanja je prema tome šire pravo od prava na ćutanje i uključuje u sebe i pravo na ćutanje Međutim stav većine je bio da je zabrana samooptuženja identična sa pravom ćutanja zabrana samoopotuženja znači, u prvom redu, da se mora poštovati volja optuženog,njegova odluka da ćuti.(Slučaj *Saunders ,* stav 69.presude).

5. Razlika prava ćutanja i zabrane samooptuženja u odnosu na druga prava na pošteno suđenje

Pravo na ćutanje se razlikuje od drugih prava na pošteno suđenje.Ovi drugi su *pozitivne* prirode, u smislu da stvaraju uslove za akciju okrivljenog.Ako ih koristi,okrivljeni aktivno utiče na tok postupka. Priznavanjem ovih prava okrivljeni se tretira kao subjket postupka i tima se poštuje i njegovo ljudsko dostojanstvo.

Pravo ćutanja je *negativno* pravo i to u dva smisla: daje pravo na odbijanje saradnje sa organima progona i ujedno sprečava intervenciju organa vlasti da radi dobijanja iskaza primeni prinudu.Ćutanje ne znači negiranje procesnog subjektiviteta okrivljenog.On je i dalje subjekat koji utiče na tok postupka.Da li će to biti davanjem iskaza ili ćutanjem,stvar je njegovog izbora.Upravo se davanjem mogućnost izbora respektuje ljudsko dostojanstvo okrivljenog.I ćutanje se može shvatiti kao vid odbrane ili pak kao odricanje od odbrane.

Pravo na ćutanje dobija svoju legitimaciju od nekih vrednosti *izvan postupka* i ne doprinosi pouzdanijem utvrđivanju činjeničnog stanja.Ta vrednost je *poštovanje ljudske ličnosti i privatne sfere*[24].

Sud za ljudska prava je u slučaju *Murray*[25] potvrdio, da je pravo ćutanja *osnovni element prava na pošteno suđenje i pruža zaštitu od neprihvatljive prinude*.Ali ,to pravo nije apsolutno:ne garantuje da sudovi ćutanje neće uzeti u obzir prilikom odlučivanja.Kontinetalni model postupka nastoji da privoli okrivljenog na iskaz.Čak se i laž toleri-

[24] Vrhovni sud SAD,u slučaju Tehan v. United States ex re. Shott.Jr. 382.US 4o6,416(1966)

[25] John Murray v.the United Kingdom (GC)18731/91 (25/o1/1996)

še(ali „pravo na laž“ ipak ne postoji).A kad jednom progovori,njegov iskaz se može skoro bez ograničenja koristiti.To sledi iz sistema slobodne ocene dokaza.Ćutanje okrivljenog je nepovoljno.Ne samo da lišava sud jednog dokaznog sredstva već, ga lišava i važne polazne osnove za ocenu drugih dokaza.Sud je konstatovao da i u sistemu slobodne ocene sudovi mogu ceniti ćutanje okrivljenog ali ne neograničeno.To će biti u saglasnosti sa Konvencijom samo ako su dokazi optužbe toliko jaki,da se ćutanje okrivljenog može tumačiti *samo na jedan način,da ih okrivljeni ne može pobiti*[26]. Prema tome vidi se da Sud ne smatra pravo na ćutanje apsolutnim pravom.Ograničenje,makar i malog obima se može prihvatiti. Dakle ko želi koristiti pravo ćutanja treba da ima u vidu da će za to morati možda platiti i cenu.Ćutanje će biti tumačeno kao dokaz na njegovu štetu.

5.Obim zabrane samooptuživanja

U pogledu obima zabrane samooptuživanja pitanje je sledeće: da li i u kojoj meri se može obavezivati okrivljeni na saradnju , da pruži dokaze protiv sebe ili bar da doprinese pribavljanju takvih dokaza.Kakve sankcije se mogu primeniti prema licu koje odbije saradnju i u kojoj meri može biti obavezan na trpljenje. Na ta pitanja je delimično odgovorio Sud u presudi u slučaju *Funke.*

Presudom u slučaju *Funke* [27], Sud je pravo na ćutanje *priznao kao element prava na pošteno suđenje* . Ovakav stav Suda ne iznenađuje jer je u tesnoj vezi sa prezumpcijom nevinosti iz čl.6 Konvencije i stranačkom prirodom postupka.Te elemente je Sud već ranije priznao kao elemente poštenog postupanja.Naime, iz prezumpcije nevinosti sledi da je dužnost tužioca da dokazuje krivicu okrivljenog- teret dokazivanja je na tužiocu . Iz toga sledi , da se okrivljeni ne može prinuditi da dokazuje svoju nevinost .Prema tome ima pravo da ćuti. Sa stranačkom prirodom postupka je nespojivo da se jedna od stranaka može prinuditi da bude dokazno sredstvo.

Ovim je diskusija oko pitanja da li je pravo ćutanja deo prava na pošteni postupak dovedena do kraja.Ali je sud ostao dužan sa argumentacijom u prilog svog stava i nije razradio ni sadržinu i domašaj prava na ćutanje. Međutim, *tekst presude ne zabranjuje samo obavezivanje na iskaz i predaju isprava već i skoro sve moguće forme prinude.* Prema Sudu povređen je čl.6 Konvencije, jer su organi vlasti pokušali prinuditi(novčanim kaznama)

[26] Telfer v. Austria 33501/96(20/03/2001
[27] Funke v.France, 10828/84 (25.02.1993)A 256-A

žalioca da preda neke inriminirajuće spise"koje na drugi način nisu bili sposobni ili voljni pribaviti".Iz ove formulicije bi se mogao izvući zaključak,da pravo na ćutanja zabranjuje i uzimanje *otisaka prstiju,uzorak daha , ili krvi protivno volji okrivljenog kao i da bude povrgnut proceduri prepoznavanja*.Drugim rečima postavlja takva *ograničenja* organima gonjenja koja mogu u potpunosti blokirati njihov rad.

Na neka otvorena pitanja u vezi slučaja *Funke*,Sud je odgovorio u presudi u slučaju *Saunders*[28].Sud je ponovio da je zabrana samooptuživanja opštepriznati međunarodni standard i spada i bitan deo je prava na pošteno suđenje po čl.6.Konvencije i čvrsto se vezuje za prezumpciju nevinosti. Ali se to *ne odnosi na dokaze odnosno „ materije koji postoje samostalno, nezavisno od volje okrivljenog ",kao što je isprava oduzeta prilikom pretresa,kao i uzorci daha,uzorci krvi ili urina i uzorci telesnog tkiva uzetog radi DNK analize.*No ovim su otklonjen samo neke dileme.Ipak nije egzaktno određeno na šta se zapravo odnosi zabrana samooptuženja.

Za nas je bitno da se zabrana samooptuženja se *ne odnosi* na korišćenje „*takvih materija koji postoje samostalno, nezavisno od volje okrivljenog".*

Iz ovog se vidi da zabrana samooptuženja ne štiti jednu grupu predmete„ *materije koje postoje samostalno nezavisno od volje okrivljenog*".Predmeti koji ne sapadaju u ovu grupu uživa zaštitu zabrane samooptuženja jer se ne mogu pribaviti prinudom.

Iskaz je u privilegovanom položaju jer je uvek isključena svaka prinuda za njegovo pribavljanje.

Zašto je iskaz privilegovan?Postoji više teorija . Prema jednoj, tzv. „Teoriji surove dileme,"ako ne bi bilo slobode od samooptuživanja,okrivljeni bi stavljen pred tešku dilemu ili će dati istinit iskaz i doprineti svojoj osudi ili će odbiti iskaz (ili lagati) i tako se izložiti kazni za to.Staviti nekog u takav položaj, bilo bi u suprotnosti sa minimumom fer postupanja.Prema Vrhovnom sudu SAD[29],bez slobode od samooptuživanja postupak bi se vratio na varvarski nivo inkvizitorskog postupka.Prema trećima, privilegovan status iskaza potiče od različite dokazne snage dokaznih sredstava pribavljenih silom.Dokaze koji ne zavise od volje okrivljenog,okrivljeni ne može manipulisati.Dokazna snaga uzorka krvi ne zavisi od toga da li je uzeta prinudno ili bez prinude.Naspram toga iskaz može biti istinit ili lažan. Ako okrivljeni nije voljan dati iskaz a bude nateran raznim merama,velika je verovatnoća da taj iskaz neće biti istinit Zato,ako bi davanje iskaza bilo obavezno,sudovi bi uniformno,vrlo nisko

[28] Saunders v.United Kingdom (GC)19187/91(7.12.1996) Reports 1996-VI
[29] Escobedo v.Ilinois, 378 US 478(1964.)

cenili dokaznu vrednost iskaza,ne znajući koji je dobrovoljan a koji dat pod pretnjom raznim sankcijama koje u znatnom stepenu uključuju mogućnost laganja.Ovako, kada postoji zabrana samooptuživanja,iskaz daje ko želi.Pošto se ćutanjem koriste samo stvarni krivci, povećava se dokazna vrednost iskaza nevinog.

Prema Vrhovnom sudu SAD , zabrana samooptuživanja vrlo često štiti nevine a samo ponekad krivce[30].Još je ranije istakao,[31] da obavezivanje na iskaz podstiče na priznanje slabe ,neobrazovane okrivljene, koji su zapravo nevini , ali loši svedoci u sopstvenoj stvari i postaju žrtve unakrsnog ispitivanja,

Ako je tako da *sloboda od samooptuživanja štiti nevine* od osude,tada je razumljivo zašto je domet te slobode ograničen na iskaze.Ako bi bila dopuštena prinuda pri pribavljanju iskaza,realno je prisutna opasnost da će nevin biti osuđen.U pogledu izdavanja dokaza ili trpljenja dokaznih postupaka u vezi ” *materija koje postoje samostalno nezavisno od volje okrivljenog* „ rizik osude nevinog je mali.Zabrana prinude na iskaz smanjuje dakle verovatnoću osude nevinog,po ceni da tako ponekad i krivci izbegnu kaznu.To potvrđuje i presuda u slučaju *Saunders*, zabrana samooptuživanja i pravo na ćutanje „imaju za funkciju da spreče organe gonjenja da vrše neopravdanu presiju na okrivljenog i na taj način smanjuje opasnost od osude nevinih“. Prema tome , pravo ćutanja i naglašena zaštita iskaza je razumljiva: ona je u funkciji zaštite nevinog od pogrešne osude.

Sud ne precizira pojam materije „*koje postoje samostalno, nezavisno od volje okrivljenog*”.Odluka govori i o *ispravama* kao predmetima koji egzistiraju nezavisno od volje okrivljenog .Okrivljeni mora da trpi ,da se prilikom pretresa od njega oduzmu isprave koje mogu biti dokaz o njegovoj krivici. Dakle, ne može isticati da mu je povređeno pravo ćutanja, lice od koga se prinudno oduzmu takve isprave .Iz toga sledi da je pravom ćutanja obuhvaćeno ,pored zabrane iznude iskaza i prinuđivanje okrivljenog da *sam preda* takve spise.Dakle da *aktivno* deluje u prilog svoje osude.Ovakvo širenje prava ćutanja je u suprotnosti sa američkom praksom na koju se Sud značajno oslanjao .Vrhovni Sud SAD pravo na ćutanje priznaje *isključivo* na *komunikaciju* koja ima karakter iskaza.Dok je dozvoljeno prinuditi lice na davanje uzoraka krvi,glasa ili rukopisa i da učestvuje u postupku prepoznavanja te da tom prilikom nosi određeno odelo[32].

[30] Murphy v.Waterfront Commission of New York Harbor,387 US 52.,55 (1964

[31] Wilson v.United States,149 US 6o,66.(1893)

[32] Doe v.US,487 U.S.2o1,210,(1988).

Stav suda da se pravo ćutanja ne odnosi na materije koje nemaju egzistenciju nezavisnu od volje okrivljenog ,ima i obrnuto značenje: da se predmeti koji postoje *samo* zavisno od volje okrivljenog *ne mogu* prinudno oduzeti .Širenje prava ćutanja na odbijanje *predaje* kompromitujućih dokumenata je teško objasniti.Dokumenti ili postoje ili ne. Isto tako ni glavni argument opravdanja zabrane samooptuženja , da se smanjuje rizik osude nevinih, ovde ne može primeniti.Bilo bi čudno tvrditi da pravo okrivljenog da zadrži dokument koji sadrži dokaze protiv njega,ima za funkciju smanjenje mogućnosti osude nevinog čoveka.

Postavlja se pitanje zašto se ne može okivljeni naterati da *preda* dokument ali se pretresom može ipak isti *oduzeti*.Presuda u slučaju *Saunders* na to ne daje odgovor.Izgleda da sadržaj isprave u tom pogledu nije merodavan.

U jednoj kasnijoj odluci[33] Sud je zauzeo stav da prinuđivanje na *predaju* dokumenata vređa zabranu samooptuženja,jer organi progona na taj način nastoje pribaviti dokaz za koji uopšte nisu znali,odnosno imali su samo neodređene pretpostavke.Tada osumnjičeni u bukvalnom smislu reči tera da sam sebe osudi tj.prinuđava se da sam prouzrokuje svoju propast.Ne vređa slobodu od samooptuženja, ako organi gonjenja iz drugih izvora (ne od okrivljenog) imaju saznanja o dokumentu,i pribave ga pretresanjem tj.prinudno.Iz ovog bi se mogao izvući zaključak da kad Sud govori o „*materijama*" koje postoje samostalno, nezavisno od volje okrivljenog pojam „materije"shvata u *"drugačijem smislu nego što je svakodnevno shvatanje sadržine tog pojma"*[34] Isprava prema tome, tada ima"samostalnu egzistenciju" ako o njegovom postojanju organi gonjenja imaju saznanja bar na nivou verovatnoće.

Da zaključimo: Sud smatra da se ne vređe pravo na ćutanje ako se prinudno uzmu „*materije koje postoje samostalno nezavisno od volje okrivljenog* „ u koje izričito pribraja i uzorke za DNK analizu.

Možda je u pozadini stava Suda da pokušaji da se okrivljeni privoli na saradnju i tako doprinese svojoj osudi više vređaju poštovanje ljudskog dostojanstva i autonomju ličnosti nego kad se silom-ne dopuštajući mu izbor -oduzimaju od njega dokazi o njegovoj krivici.Okrivljeni, ako bude osuđen ne može sam sebe kriviti za svoju osudu , ako je od njega bez mogućnosti izbora prinudno uzet uzorak krvi ili neki drugi materijal za DNK analizu-dakle ne vređa se njegovo pravo ćutanja.

[33] J.B. v. Switzerland 31827/96(o3/o1/2001)
[34] K.Bard , cit.delo,str.269

6.Rezime

Iz gornjeg izlaganja se može zaključiti, da je mogućnost uzimanja DNK prinudnim putem u smislu čl.143.st.3.ZKP/06 u saglasnosti sa praksom Evropskog suda za ljudska prava

III Deo- STVARANJE CENTRALNOG DNK REGISTRA

Iskustva brojnih zemalja sveta (SAD,Velika Britanija itd.) pokazala su da je centralizovani DNK registar vrlo efikasno sredstvo u borbi protiv kriminala. Potreba za centralnom bazom podataka postoji i kod nas.Takava baza mogla bi se stvoriti samo zakonom koji bi morao biti u saglasnosti sa Ustavom RS,ZKP-om, nedavno donetim Zakonom o zaštiti podataka o ličnosti[35] i odgovarajućim međunarodnim standardima.

Shvativši značaj takvog registra,Vlada je osnovala ekspertsku komisiju koja je i sačinila jedan nacrt Zakona o DNK registru,ali je on povučen iz skupštinske procedure.

1.Modeli registra

Stvaranju takvog registra se može prići na razne načine

-Kao generalni registar za sve građane i čuvanje svih DNK uzoraka pronađenih na mestima izvršenja krivičnih dela.

-Sistem baziran na DNK analizi uzoraka sa određene liste krivičnih dela i čuvanje uzoraka sa svih lica mesta gde su takva dela izvršena

-Sistem zasnovan na uzimanju uzoraka od lica koji su sa velikim stepenom verovatnoće povezana sa krivičnim delom pod istragom i na upoređivanju sa uzorcima pronađenim tokom tih pojedinačnih. istraga [36].

Ima mišljenja, da se opasnosti po ljudska prava, u prvom redu po privatnost i zloupotrebe koje prete kod DNK evidencije, mogu biti sigurno izbegnute jedino ako bi se biološki uzorci učinioca uništili *odmah* nakon što je DNK profil utvrđen[37].Takva efikasnost bi međutim bila *vrlo štetna* sa aspekta borbe protiv kriminala.Pomenuta prava bi bila očuvana ,ali bi i veliki broj učinilaca krvičnog dela sigurno izbegao krivičnu odgo-

[35] Sl. Glasnik RS,97/2008

[36] M.Guillen, M.V.Lareu ,C.Pestoni, A.Salas, A.Carracedo,Ethical –legal problems of DNA databases in criminal investigation,Journal of Medical Ethics,26/2000,str.266-267.

[37] Tako npr. T.Simoncelli,Dangerous Excursions:The case Against Expanding Foresic DNA Databases to Innocent Persons,The Journal of Law,Medicine & Ethics,br.2006;34,2. str.392

vornost.To ne može biti interes društva.Potrebno je kompromisno rešenje,kao i u mnogim drugim situacijama krivičnog postupka.Sa jedne strane da se obezbedi efikasnost progona a sa druge strane da se maksimalno očuvaju ljudska prava.Jedini način da se to ostvari je stroga zakonska regulacija i kontrola DNK registra.

Zbog toga zakonom(i pripadajućim podzakonskim aktima) bi trebalo što detaljnije regulisati pitanja važna za registar.

2.Model najpogodniji za naše uslove

Čini se najkorisnijim kad bi se registar sastojao od više delova:

-Prvi deo bi sadržao DNK profile dobijenih iz *bioloških tragova(krv,dlake,kosa tkivo isl.),* a bili bi unošeni u registar na predlog suda,javog tužilaštva ili policije

-Drugi deo bi bio predviđen za lociranje DNK profila lica *osuđenih* za određena krivična dela(silovanje,ubistvo,organizovan kriminal,terorizam itd.).

-Treći deo bi sadržavao DNK profile *nepoznatih leševa*.

-Četvrti deo bi trebalo da bude mesto čuvanja DNK profila *nestalih* lica.Materijal za to bi dobio sa predmeta koje je nestalo lice koristilo.Npr.vlasi kose sa njegovog češlja.Tu bi bilo celishodno locirati i DNK profile bliskih srodnika,na osnovu kojih bi se izvršila identifikacija nepoznatog leša ili lica koje ne može dati podatke o sebi kao lica koje se vodi kao nestalo .

-Peti deo bi se mogao odnositi na DNK profile *osumnjičenih.*Ovo izaziva najviše diskusija.Međutim najnovija odluka Suda u slučaju S .i *Marper* [38]stavlja tačku na diskusiju.Prema toj odluci,čuvanje DNK profila u registrima *osumnjičenih,koji ne budu osuđeni*, *vređa* čl. 8. Konvencije.

Zakon bi trebao da reši brojna pitanja vezana za registar : odrediti subjekta koji će voditi registar,način i rok čuvanja,dostupnost podataka,i td.Važno je da već postoji Zakon o zaštiti podataka o ličnosti sa kojim bi Zakon o DNK registru morao biti u saglasnosti.

To što nema centralnog registra, ne znači da se uopšte ne čuvaju podaci o DNK profilima.Laboratorije koje vrše DNK analizu čuvaju podatke i uzorke slučajeva u kojima su oni vršili DNK analizu.Pitanje je da je takva praksa u saglasnosti sa ustavnim pravima o kojima je bilo reči gore.

[38] S.and Marper v.the United Kingdom,30562/o4 and 30566/04 od 04.12.2008.

IV Deo - ZAVRŠNA RAZMATRANJA

Gornja izlaganja dokazuju da je donošenjem ZKP/06 načinjen značajan korak u lealizaciji DNK analize u krivičnom postupku.Čl.143.st.3. daje pravni osnov za primenu DNK analize u krivičnom postupku Srbije i korišćenje rezultata analize kao dokaza. Drugo je pitanje kada će se i ove odredbe primenjivati u praksi,jer je sudbina /ZKP/06 zasad neizvesna . Od malobrojnih pitanja koja ZKP/06 reguliše detaljnije smo analizirali mogućnost uzimanje uzoraka prinudnim putem i ustanovili da je to u saglasnosti sa praksom Evropskog suda za ljudska prava. No ,regulicija je rudimentarna,mnoga druga pitanja nisu regulisana, a to bi bilo neophodno jer se zadire u vrednosti koje savremena demokratske društva visoko cene. Uz to ,problem postaje sve aktuelniji kako se množe slučajevi iz prakse, a njihov broj će sigurno rasti,jer se povećava broj laboratorija koje su sposobne da ih obavljaju,raste svest kod organa progona o značaju bioloških tragova i pada cena veštačenja .Najbolje bi bilo, zbog prirode stvari, da se najvažnija pitanja razrade u ZKP -u .Da se unesu odredbe o DNK analizi kao posebnom vidu veštačenja.

DNK registar bi trebalo regulisati zbog prirode stvari ,posebnim zakonom.

Da zaključimo:Odredbe ZKP/06 su značajan početni korak,ali bi trebalo preduzeti i dalje korake sa više samopouzdanja i brže.

Ištvan Feješ, Ph. D., Full Professor
Novi Sad, School of Law

The Lawful Use of DNA analyses in Criminal Procedure

Abstract

The paper is divided into four parts.

In the first part the author is dealing with the relation of DNA analysis and some constitutional rights, and concludes, the law should explicitly allow any intervention into the constitutional rights of citizens. Afterwards the author examines the provisions of the Criminal Procedure Code of 2001 that is in force. He concludes, the Code has no provisions based on which the DNA analyses could be applied lawfully.

Thereafter, in the second part, the author talks about the Criminal Procedure Code of 2006, that is not in force, but which entering in force has been delayed until December 31, 2008. The author emphasizes that Art. 143. para. 3 creates grounds for the lawful application of the DNA analyses in practice. However, the provisions are very few and not sufficient considering the importance of the rights that are potentially endangered by conducting DNA analyses.

The third part is devoted to the issue of taking samples by force for DNA analyses, under the light of the practice of the European Court of Human Rights. The author concludes the provisions of the new Criminal Procedure Code of 2006 that regulate the taking of samples by force are in compliance with the practice of the Court.

The forth part is dealing with the need and models of creating centralized DNA registers in Serbia.

In the final part the author gives his final, concluding remarks and points onto the need for further legislative work and detailed legal regulation of DNA analyses.

Originalni naučni rad 347.28(37)

Magdolna Sič, Ph. D., Associate Professor
Novi Sad School of Law

FIDUCIA AND PIGNUS IN SOURCES OF POST-CLASSICAL ROMAN LAW – SYNONYMS OR TERMS UTILIZED FOR DIFFERENT KINDS OF PLEDGES?[1]

It is well known that the *fiducia cum creditore contracta* in the classical period practiced all over the Empire was changed by *pignus* in postclassical times. Therefore, in the books of the Justinian's Codification the term *fiducia* was replaced by the term *pignus*. On contrary, on the utilization of the term *fiducia* for pledge in postclassical sources of the so-called `West Roman vulgar law` the literature offers only shallow information.

This article aims to:

1. inform the reader about the postclassical/ early medieval sources which utilize the term *fiducia* as a kind of pledge;

2. find out, whether there are or not dogmatical differences between *fiducia* and *pignus*, particularly:

A) does *fiducia* means the transfer of ownership on the pledged thing to the pledgee;

B) whether *mancipatio* was still needed in case of *fiducia* and what was the meaning of *mancipatio* in those times;

3. find out, whether the connection of *fiducia* with *fides* could be a reason for retention of *fiducia* as a kind of pledge.

4. As conclusion, the articles offers a hypothetical answer on the question: why *fiducia* was preserved in these sources and in which sense?

[1] Since in post-classical times the institutions and terms utilized for *fiducia* and *pignus* have been changed compared to their classical meaning this research needed more place, and therefore the article will be divided into two parts.`Part II` will be published in the next edition of the `Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu`.

Key words: *fiducia, pignus*, pledge, postclassical Roman law, vulgar law, *mancipatio, fides.*

Part I.

In the first part we will inform the reader about the sources containing the word *fiducia* as a kind of a pledge *(fiducia cum creditore contracta)* and we will elaborate on the question: was the ownership of the pledged thing transferred to the creditor (pledgee) in case of *fiducia* even in the observed period?

1. The postclassical /early medieval sources including the term *fiducia* as a kind of pledge *(fiducia cum creditore contracta)*

The prevailing opinion is that *fiducia* was a practiced institution throughout the classical period. It was regulated in the praetorian edict[2] and treated by classical jurists like *Gaius, Pomponius, Africanus, Marcellinus, Iulianus, Ulpianus, Paulus*[3] and by the last classical Roman jurist *Modestinus* (Coll, 10, 2, 2).[4] It is incorporated in the preserved documents coming from the classical period: the *formula Baetica* (Spain, 1 – 2 century A.D.)[5]; the *mancipatio Pompeiana*[6]; the *tabulae Herculanenses*[7], the *lex colonis fundi Villae Magnae data ad exemplum legis Mancianae*[8].

In the post-classical period only a few sources mention *fiducia*, but it is believed, this institution was used almost on the whole territory of the Empire until the end of the 4th century.[9] From the beginning of the 5th century the destiny of *fiducia cum creditore contracta* was different in the Western and in the

[2] O. Lenel, Das edictum perpetuum, Leipzig, 1883, 3th ed. Restamp. Aalen, 1956; Palingenesia iuris civilis, Leipzig, 1889, Restamp. Graz, 1960.

[3] See the sources in, B. Noordraven, Die fiduzia im römischen recht, Amsterdam, 1999, p. 12 sqq.

[4] C. Longo, Corso di diritto romano, La fiducia, Milano, 1933, p. 163.

[5] Formula Baetica (AD 1st-2nd century) Bronze tablet discovered near Seville, Spain, in 1867. CIL II, n. 5042 (Epigraphik-Datenbank Clauss/Slaby); Bruns, Fontes iuris Romani antiqui, I, Tübingen, 1909, pp. 334-335, n. 135; Degenkolb, ZRG, 9, 1870, pp. 117 sqq.; Gide, Revue de législation ancienne et moderne, 1, 1870, pp. 74 sqq.; Huebner, Hermes, 3, 1868, pp. 283 sqq.; Krueger, Krit. Versuche, 1870, pp. 41-58; Rudorff, ZRG, 11, 1873, pp. 52 sqq.

[6] FIRA III, Nr. 91, 291 sqq.

[7] V. Arangio- Ruiz, La parola del passato, 12 (1957), pp. 52 sqq.

[8] CIL, 8, Suppl. 4, 2561, n.25902 (from 116 or 117 A.D.), IV, 3 in fine: `*...hoc tempus lege Manciana...ritu...fiducieve data sunt dabuntur...vi ius fiduciae lege Manciana servabitur.*`

[9] Having in mind that there are some rules about in the Vatican fragment, and that the *fiducia* is mentioned in the C.Th. 15, 14, 9 from 395 A.D. See, Longo, op. cit. p. 164.

Eastern part of the Empire. On the West, *fiducia* is spotted in some legal sources like: *Codex Theodosianus*[10], *Consultatio veteris cuiusdam iureconsulti*[11]; *Mosaicarum et romanarum legume collatio*[12]; *Fragmenta Vaticana*[13]; *Lex Romana Visigothorum* (506).[14] It can be found also on the papyri from Ravenna (445 - 46) that is speaking about the land `*quem Tranquillus quondam…fiduciae nexu obligaverat*`.[15] F*iducia* is contained in the writings of *Boethius*[16], *Isidorus* from Seville,[17] *Saint Ambrosius*[18] and *Sidonius Apollinaris.*[19] On the basis of these sources Longo believes that *fiducia* was utilized all over Western part of the Empire even after the end of the 4th century. However, it is questionable whether the institution remained unchanged and whether the term *fiducia* was utilized in all these sources for a kind of a pledge named *fiducia*.[20] On the East-

[10] CTh. 15, 14, 9 (395); *`pignoris adque fiduciae obligatio perseveret`;* about the *fiducia* in the case of emancipation, CTh. 5, 1, 3 [=brev.5, 1, 3] (383): *`Quoties de emancipatae filiae successione tractatur, seu eam fiduciae nomen obstrinxit…`;* Interpretatio*. Filia, quam fiduciatam nominavit, hoc est emancipata*; The only text of the Breviary which refers about the hypotheca is the: CTh. 4, 14, 1 pr. [=brev.4, 12, 1 pr.] (424) *`qui pignus vel hypothecam non a suo debitore, sed ab alio possidente nititur vindicare`)* – given at Constantinople! In the same constitution the *fiducia* is utilized in the sense (par. 5) `*…qui se fiducia perpetuitatis actionem non movisse commemorat…*` (non instituted action on account of his confident belief in the perpetuity of his claim).

[11] Cons. 6, 8 Liber II sent. Pauli titulus Ex empto et vendito: *`heredibus debitoris adversus creditorem, qui pignora vel fiducias distraxit, nulla actio datur, nisi a testatore inchoata ad eos transmissa sit.`*

[12] Coll. 2, 3, 1: *`fiduciae iudicio`*; Coll. 10, 2, 1:*`fiduciae iudicium`*.

[13] FV. 18: *`actione fiduciae`;* FV. 37, 1: *`fiduciam sibi esse servatam`*; FV. 94: *`ex causa fiduciae ablatus est`*; FV. 252: *`quod ne fiduciae daretur`*; FV. 334: *`fiduciae actione`*.

[14] The majority of texts about *fiducia* can be found in these sources. For our research we used the reconstruction made by Gustavus Haenel, Lex Romana Visigothorum, ad LXXVI librorum manu scriptorium fidem recognovit, septem eius antiques epitomis, quae praeter duas adhuc ineditae sunt, titulorum explanatione auxit, annotatione, appendicibus, prolegomenis, edition post Sichardum prima, Lipsiae, 1849, reprint, Scientia Verlag Aalen, 1962.

[15] Ravenna ChLA20,705 (The Duke Databank of Documentary Papyri, P.Ital.: Die nichtliterarischen lateinischen Papyri Italiens aus der Zeit 445-700)

[16] Anicius Manlius Severinus Boethius (480–524 or 525) was a Christian philosopher of the 6th century. He was the Consul in 510 in the Kingdom of the Ostrogoths and was executed by King Theodoric the Great, who suspected, he conspired with the Byzantine Empire; Boethius, ad Cic. Top. 10, 42: *`fidem praestare debet…si qui fiduciam acceperit`*.

[17] Isid. Etym. 5, 25, 23: *`Fiducia est, cum res aliqua sumendae mutuae pecuniae gratia vel mancipatur vel in iure ceditur`*.

[18] Ambrosius (also known as: Saint Ambrose of Milan), De Tobia, 12, 40 (ca.339 - 397) (P.L., XIV, 759). the text was not reachable to us.

[19] Sidonius Apollinaris, Letters. Tr. O.M. Dalton (1915) vol. 2. pp. 3-47; Book IV http://www.tertullian.org/fathers/sidonius_letters_04book4.htm 4, 24, 1: To his friend Turnus A.D. 461-7.

[20] Longo, op. cit. p. 164; In the Novels of Valentinianus and Marcianus we can find *fiducia* only in the sense of guarantee, trustworthiness, confidence: Nov. Val. 1, 3, 2 (= Brev. 7) A.D. 450. *`quas servare nescit simplicitas et fiducia nihil debentis`* (which simplicity and the confi-

ern part of the Empire, according to Longo, from the beginning of the 5th century there is no evidence on the utilization of *fiducia*, hence Justinian by changing the term *fiducia* with the term *pignus* has introduced nothing new.[21]

2. The question of dogmatical differences between *fiducia* and *pignus*

A) *Fiducia* and the question of ownership transfer of the pledged thing to the pledgee

Regarding `vulgar law` a number of texts about *fiducia cum creditore contracta* can be found in Breviary's *(Lex Romana Visigothorum)*[22] books dedicated to *`Pauli Sententiarum*.`[23]

Texts of the *Pauli Sententiae* that are in the Breviary and contain the word *fiducia* can be differentiated in three groups. In the first are those which utilize only the word *fiducia:* Brev. PS. 2, 12, 4; 5;6;8; 2, 13, 1; 2;3, 9, 53; in the second are those in which the word *fiducia* is present together with the word *pignus*: Brev. PS. 1, 9, 8; 2, 4 /the title/; 2, 12, 7; 3, 8, 15; 5, 1, 1; 5, 28, 4; and in the third group are the *Sententiae* which *Interpretatio*[24] utilizes the term *fiducia* as well: Brev. IP. 1, 9, 8; 2, 13, 1 and 2.

What could be the reason that the *Sententiae* and the *Interpretatio* uses more terms for the same institution? Levy raises the question of this `*pleonasmus*,`[25] Burdese observes the similarity of the meaning of these terms, but neither gives acceptable explanation for their parallel utilization.[26]

---

dence of owing nothing do not know to preserve); Nov. Val. 21, 1, 4 (Brev. 4, 1) A.D. 446. `*praeter fiduciam (trustwothiness) precum pridem*`; Nov. Val. 27, 5 (Brev. 8) A.D. 449. `*fiducia legum*` (assurance of the laws); Nov. Marc. 5, 2, A.D. 455. `*securitati vel fiduciae morientium providentes*` (for the security and confidence of the decedents).

[21] Longo, op. cit. p. 165.

[22] Lex Romana Visigothorum which is also called Breviarium Alaricianum will be referred to in this paper as `Breviary`.

[23] About drafting and the content of Breviary see: M. Sič, Lex Romana Visigothorm, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 1-3/ 1984.

[24] Iulii Pauli sententiarum interretatio (A.D 5th century), Based on the edition of M. Kaser & F. Schwartz, Die Interpretatio.., Köln, 1956). http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Responsa/interpret.html

[25] E. Levy, Weströmisches vulgarrecht das obligatonenrecht, Weimar, 1956, pp. 183 sqq. Ambros. De Tobia 12, 40; Gloss Amploniana (Gloss. Latina edd. Loewe – Goetz) V 294, VI 450; gloss. Scalig. V 601 VI 572. Contra, Isidor. Etym. 5, 25, 23.

[26] A. Burdese, Lex commisoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus, Torino, 1951, p. 205, n. 3 writes: "i compilatori visigoti mostrano la loro tendenza ad assimilare la fiducia al pignus". Contra, Keller, rises the thesis about the existence of "einheitliches Phandedikt" about all types of the pledge in the classical period. Critic, M. Kaser, Studien zum römischen pfandrecht, reprinted, Napoli, 1982, p. 107 sq.

However, the process of harmonization was ongoing in the late Roman Empire by merging similar institutions of different nations and provinces. Therefore, we raised the question whether this happened with *fiducia* and *pignus*, i.e. whether it was the same institution with two names, or the maintenance of the word *fiducia* for pledge in these texts had its particular raison d'etre.

The research will go step by step. Firstly the rules of *Pauli Sententiae* will be observed together with their *Interpretatio* searching for an answer whether there are or not dogmatical differences between *fiducia* and *pignus.* Since some rules of these types of pledges became similar already during the classical period, only the main dogmatical differences between them will be followed. Namely, the transfer of ownership in case of *fiducia* and a transfer of possession in case of *pignus datum* or in case of *pignus conventum (hypotheca)*, the pledge without possession.

At the beginning we will analyze the three groups of the texts of the *Pauli Sententiae* (hereinafter: PS) – what could they say about the pledge with and without possession, and do the texts about *fiducia* allow the transfer of ownership on the pledged thing to the creditor.

I. By analyzing the first group of texts, those which contain only the word *fiducia (*Brev. PS. 2, 12, 4; 5;6;8; 2, 13, 1; 2;3, 9, 53) it can be seen that the *Sententiae,* Brev. PS. 2, 12, 4; 5; 6; 8 are placed under the title *"De deposito",*[27] while in the PS. they are located under the title XIII *"De lege commissoria"*. Reading these Sentences the following observations can be made: Under the title *"De deposito"* the Brev. PS. 2, 12, 4 (= PS. 2, 13, 1) *"distractis fiduciis"* gives no information about the pledge with- or without possession. If this is interpreted in a classical sense we suppose the ownership was transferred to the creditor, but it should not happen in the postclassical period. The next Brev. PS. 2, 12, 5 (2, 13, 2)[28] about *"fiduciarium servum*" where the price of the labor[29] was counted towards honoring the debt *("sortem debiti minuit")* shows that the creditor is the possessor (which could be even *possessio naturalis*) but whether he is an owner too, remains uncertain. Frezza considers the right of the fiduciary to acquire the fruits of the pledged thing as an evidence of his ownership.[30]

[27] The term *depositum* beside its strict classical sense (as a contract of deposit), in vulgar law has in *lato sensu* the meaning of giving the thing to somebody for some other reason: in *pignus* or in *commodatum*. According to Levy, (E. Levy, Obligatonenrecht, p. 187) from the late 4th century there was an influence of less technical pros-literature on legal texts, therefore the often-used term *pignus deponere* meant *pignus dare*.

[28] Brev. PS. 2, 12, 5 (2, 13, 2): `*Quidquid creditor per fiduciarium servum quaesivit, sortem debiti minuit.*`

[29] Connecting with Brev. PS. 5, 1, 1.

[30] P. Frezza, Le garanzie delle obbligazioni, parte terza, Pisa, 1958, p. 26; also, A. Biscardi, Appunti sulle garanzie reali in diritto romano, Milano, 1976, p. 91, writes: `Il creditore fiduciario

Breviary is at another standpoint regarding the acquisition of the fruits. While one of the texts of *Pauli Sententiae* (Brev. PS. 2, 5, 2) allows keeping the fruits by the pledgee[31] on the debtor's consent, the *Interpretatio* does not suggest such a possibility – the fruits always belong to the debtor.[32]

The other Sentence of this title (Brev. PS. 2, 12, 6 /= PS. 2, 13, 3 / *`vendere fiduciam`),* provided it is interpreted in a classical sense, it is possible for the *fiduciant* to sell the thing under the fiduciary agreement even if the ownership is transferred to the creditor. However, this was not possible in postclassical times, because the alienation of *res aliena* was prohibited. Therefore, if this Sentence is interpreted in a postclassical sense the ownership was not transferred to the creditor *(fiduciary*).[33]

Finely, the Sentence: Brev. PS. 2, 12, 8 /= PS. 2, 13, 5/ *"fiduciam sibi vendere"* and *fiduciae actio"*), sounds as a rule of *fiducia* with creditors *ius vendendi* as *naturalia negotii*[34] and the *actio fiduciae* that means – the debtors (in this case annulled) right *in personam*, but it could not be taken as an evidence that even the ownership was transferred to the creditor.[35]

The other Sentences of this group: Brev. PS. 2, 13, 1 (=PS. 2, 13, 6) *"rem fiduciae datum /am/"* and *"actio fiduciae"* means, in a classical sense, the transfer of ownership to the creditor on the pledged thing and the possibility of the debtor to use *actio fiduciae* against the *creditors successors*[36] (it seems that this

---

acquista iure domini tutti i frutti naturali e civili della cosa fiduciata…`. However, the CJ. 8., 27, 1 (223) in the same sense speaks about pignus, if it is not interpolated, also, CJ. 4, 23, 3; Lex Dei Coll leg Mos et Rom 2.3.1 (Papinianus Definitiones). See, B. Noordraven, op. cit. p. 165 connected with the question of *condictio furtiva*, see also H. Ankum, Furtum pignoris und furtum fiduciae im klassischen römischen Recht, II RIDA 27 (1980), 126.

[31] The Interpretatio uses the word *pignus,* however this does not mean it could not have been applied for *fiducia* as well, having in mind that the Interpretatio of the quoted Brev. PS. 2, 12, 5 (2, 13, 2) instead of *fiducia* speaks about `*oppignoratum…servum*`.

[32] Brev.PS. 2, 5, 2: *`Fetus vel partus eius rei quae pignori data est pignoris iure non tenetur, nisi hoc inter contrahentes convenerit.` Int: `Si quis gregem equarum, vaccarum vel ovium accepta mutua pecunia pignori creditori dederit, foetus earum rerum ad debitorem, non ad creditorem pertinet. Ita est et si ancillam dederit, et partum ediderit, ad debitorem pertinet, non ad creditorem.`*

[33] Compar, B. Noordraven, op. cit. p. 167.; According to the Sentence (Brev. 2, 32, 20 = PS. 2, 31, 19) even in case of *pignus (pignus datum)* the debtor could not take back the thing from his creditor against his will – it is a *furtum* though the debtor remained the owner.

[34] According to Biscardi (op. cit. p. 86), the *ius vendendi* was *naturalia negitii (pactum vulgare*) at the beginning of the classical period but it became even *essentialia negotii* in postclassical times. To support his findings Biscardi only referrs to PS. 2, 13, 5., from which he concluded that because *ius vendendi* became *essentialia negotii*, if the creditor could not find a buyer for the pledged thing and since the creditor could not buy it himself, nor the other person (middleman), the only solution remaining for him was the *impetratio possessionis* (D. 13, 7, 24 pr).

[35] See about the *lex commissoria*, Biscardi, op. cit. p. 86.

[36] See about this Sentence in B. Noordraven, op. cit. pp. 162 – 163.

Sentence was shortened); The next: Brev. PS. 2, 13, 2 (= PS. 2, 13, 7) *"creditor rem fiduciariam fecerit meliorem"* and *"iudicio fiduciae"*[37] as a proceeding in which the creditor has a right from *pactum fiduciae* (a right *in personam*) to ask for the reimbursement of expenses - shows the creditors possession, but we do not know whether he is also the owner.

The text of the Brev. PS. 3, 9, 53 (PS. 3, 6, 69)[38] is very confusing and has different parts from different periods – it reflects some postclassical problems. The part of the text important for us: *"fiduciae datae sunt"*, seems as a real *traditio ancillae* to the creditor, but does not prove the transfer of ownership. The addition: *his scilicet esceptis "exceptis", qui fiduciae dati sunt* – opens the question whom will belong the fruits? If the *servus* or *ancila* was charged by *fiducia* their work price[39] will be counted towards paying off the debt. The *legatum* made by *do, lego* transfers the ownership to the *legatarius*. Postclassical jurists were not sure how the ownership over a thing could be transferred if it was charged by the right of another person that narrows the right of a future owner and also, to whom *partus ancilae* would belong.

It can be concluded that in this group of the Sentences the term *fiducia* was mainly used in the sense of a pledge with possession; however its meaning as a pledge without possession is not excluded. Still the issue whether *fiducia* transfers the ownership over the pledged thing to the creditor remained uncertain.

The interpreters of *Sententiae* replaced the word *fiducia* under *title "De deposito"* with: *`rem sibi pro debito positam`; `oppignoratum`; `oppignoratam`; `pignus`*[40]. In other *Interpretatio* belonging to this group the following possibilities are present: *`rem (fiduciae), quam a debitore pignori acceperit`*[41]; *`praedium sibi fiducia obligatum`; `loco pignoris posuerit`*[42]. Clearly, the term *fiducia* was used only once: *`praedium sibi fiducia obligatum`*.[43]

From the wording used by interpreters it could not be conclude they are speaking solely about the pledge with possession. The word *`oppignorare`*

[37] Biscardi (op. cit. p. 107 sq) oposit to Biondi takes this Sentence as very important evidence of creditors (fiduciary) right for *actio fiduciae contraria*. See also, B. Noordraven, op. cit. p. 267 sqq.

[38] Brev. PS. 3, 9, 53: *Servis do lego legatis ancillae quoque debebuntur: non item servi legatis ancillis: sed ancillarum appellatione tam virgines quam servorum pueri continentur: his scilicet esceptis "exceptis", qui fiduciae dati sunt.*

[39] According to the Interpretatio of PS. 2, 5, 2. = Brev. 2, 5, 2 *partus ancillae* belong to the debtor.

[40] Brev. IP. 2, 12, 4 (= 2, 13, 1); Brev. IP. 2, 12, 5 (= 2, 13, 2); Brev. IP. 2, 12, 6 (= 2, 13, 3); Brev. IP. 2, 12, 8 (= 2, 13, 5).

[41] Similar formulation in Gai Inst. 2, 60: *`…fiducia contrahitur…cum creditore pignoris iure…`*

[42] Brev. IP. 2, 13, 1 (= 2, 13, 6); Brev. IP. 2, 13, 2 (= 2, 13, 7); Brev.IP. 3, 9, 53 (= 3, 6, 69).

[43] This Interpretatio will be analyzed later.

could refer to all kinds of pledges. The descriptions *`rem sibi pro debito positam`; `praedium sibi fiducia obligatum`; `loco pignoris posuerit`* means more the charged or offered thing in the pledge than the pledge with possession.

II. Sentences of the second group utilize both terms *(fiducia* and *pignus)*. The Brev. PS. 1, 9, 8 (= PS. 1, 9, 8) *"pignorum et fiduciarium"* which are sold by the creditor (common postclassical phraseology *"a creditore distractae sint")* can be interpreted as a pledge with possession. However, in the classical period it dose not necessarily require possession of the creditor, and even does not mean that the creditor is an owner – the creditor could sell the pledged thing simply due to the right of a pledge and because *ius vendendi* was *naturalia negotii*.

The title Brev. PS. 2, 4 (= PS. 2, 4): *`De commodato, et deposito pignore fiduciave`* signify, as it is commonly accepted, contracts made *re* (transfer of detention, possession or ownership). However, it is questionable whether this group belonged to real contracts before Justinian![44] Gaius did not mentioned them in his *Institutiones* when talking about the contracts *re contrahitur* (3, 90 – 91). Only later *commodatum, depositum* and *pignus* can be found among real contracts in Justinian's Institutions (3, 14) and in parallel fragments of the Digest coming from *Res cottidianae* (Gaius, D. 44, 7, 1, 2 – 6). F*iducia* here is absent; however the reason for this can be in the removal of *fiducia* from the texts in Justinian's time. Particularly, regarding *fiducia,* Noordraven is of a standpoint that it could not be put under real contracts because of its different effect; however he acknowledges there is an obvious similarity.[45] For the formation of *fiducia* it is very interesting whether the de *pactum (contractus) fiduciae* existed prior to the *mancipatio* or *vice versa*? If *pactum fiduciae* was created before *mancipatio*, it is not a contract made re; if it follows *mancipatio* it could be only a transaction made *re.* However, even in this second case the thing could remain in the possession of the debtor *(fiduciant)* in *precarium* or leasing. In the *Epitome Gaii* only *mutuum* is mentioned as a contract made *re* (Brev. E. G. 2, 9, 1). On the other hand, under the title Brev. PS. 2, 4 (=PS. 2, 4): *"De commodato, et deposito pignore fiduciave"* are the rules on *commodatum* and *aestimatum*. In these cases the transfer of the thing to the other party is temporal or conditional and is based on confidence.[46] *Gai Institutiones* emphasizes the

[44] A. Biscardi (Appunti, p. 136) states that this group belongs to real contracts in the system of Gaius. For his arguments, see p. 128 – 132; about this problem Frezza, op. cit. pp. 145 sqq.

[45] See for the arguments: Noordraven, op. cit. pp. 140-142; also Burdese, Manuale di diritto privato romano, 3. ed. Torino, 1975, restamp. 1987, p. 430: `si presenta analogo, dal punto di vista strutturale, ai contratti reali.`

[46] According to Frezza (op. cit. pp. 146 – 148) the obligation *re contracta* does not mean exclusively that it was made by *datio* (transfer of ownership) `ma da una nozione di creditum, in

temporality of the ownership transfer in case of *fiducia cum amico* and *creditore contracta*. The texts about pledge of the Breviary point to these temporally transfer as well. We believe the transfer (or charge) of the thing in favor of the other person *ad tempus* was the reason not to accept it as an ownership transfer in case of *fiducia* in postclassical times. Under the title Brev. PS. 2, 4 (=PS. 2, 4): *`De commodato, et deposito pignore fiduciave`* nothing can be found about *mutuum*, because in case of *mutuum* the ownership transfer was definite.

The next Sentence of this group, Brev. PS. 2, 12, 7 (= PS. 2, 13, 4) *`creditor pignus`* and *`pignoris vel fiduciae finiri non potest`* says noting about the pledge with- or without possession. The remaining three not interpreted *Sententiae* are formulated (by looking only at wording) in the sense of a pledge with possession, however it remains unclear whether it means the transfer of ownership as well: Brev. PS. 3, 8, 15 (=PS. 3, 6, 16) *"testator si postea pignori vel fiduciae dederit"* – because the part of the text: *`ex eo voluntatem mutasse non videtur`* shows the thing was charged by the pledge only temporary.

The next: Brev. PS. 5, 1, 1 (= PS. 5, 1, 1) gives no answer on the above question, but having in mind that, by analyzing it, one can learn about the practical problems related to the temporality of the pledge in postclassical times, it will be examined entirely:

`Qui contemplatione extremae necessitatis aut alimentorum gratia filios suos vendiderint, statui ingenuitatis eorum non praeiudicant: homo enim liber nullo pretio aestimatur. Idem nec pignori ab his aut fiduciae dari possunt: ex quo facto sciens creditor deportatur. Operae tamen eorum locari possunt.`

The text raises the following question: if a freeborn son could be sold, why he could not been given a security, as a pledge? Selling children due to poverty was present in all societies.[47] In Roman classical period it was accepted only as a temporary `slavery` of a freeborn *(mancipium, noxa deditio)* or maybe as a kind of adoption. The real sale of a freeborn person in an eternal slavery was prohibited.[48]

The first sentence of the quoted *Sententiae* (PS. 5, 1, 1) reflects the classical stanpoint. The father gave his son to the buyer (or the creditor) to compensate for his debt by labor, which is not a real slevery. The buyer is the father's creditor. The next setence is unclear. Only the creditor will be punished if the son is charged by *fiducia* or *pignus*, but who is the creditor? Is the creditor

---

cui rientrava, secondo il pensiero di Celso, qualunque affidamento di una cosa ad altri, che fondase in questi ultimi una responsabilita per la restituzione (D. 12, 1, 1 par. 1).

[47] M. Sič, . Izlaganje i prodaja dece u rimskoj imperiji (The Exposition and Sale of Children in Roman Empire), Pravni život, Kopaonička škola prirodnog prava, on the topic – Pravo i ljudske vrednosti, Beograd, Serbia, No. 9/2001, Tom I, p. 573 – 585.

[48] P. Hoffmann, Institutiók, Budapest, 1875, p. 632; W.W. Buckland, The Roman Law of Slavery, Cambridge, 1970, p.420.

a person who bought the son from the father, or the person whom the buyer gave the son in pledge, or maybe the father's creditor whom he himself give his son in pledge? Additionally another question arrises: did the punishment by deportation belonged to the time of Paul or it is was added later?

Probably the father as a debtor gave his son to his creditor to compensate the debt by labor – he sold the work of his son. In the Sentence it is emphesized that only the work of a freeborn could be leased. It is in accordance with the preception of Paul`s time as we can read from the constitution of Caracala. Freeborn sons could not be given in real, permanent slavery.[49] Later (294) Diocletian will prohibit the sale of free persons.[50]

In the year of 391 A.D. (Brev. C. Th. 3, 3, 1 = C. Th. 3, 3, 1 /391/ under the title *"De patribus, qui filios distraxerunt")* the emperors, recognizing the reality of children's alienation *"parentum miseranda fortuna"* tried to retain the classical principle, according to which the sold *filius* would get back his status of a freeborn person automatically, after paying off the debt (price) by his work.[51]

---

[49] C. J. 7,16,1.

[50] C. J. 4,43,1 *(De patribus qui filios distraxerunt*) Imperatores Diocletianus, Maximianus:`*Liberos a parentibus neque venditionis neque donationis titulo neque pignoris iure aut quolibet alio modo, nec sub praetextu ignorantiae accipientis in alium transferri posse manifesti iuris est.*` Commonly the prohibitions resulted from real problems. Could this Diocletian's prohibition stop the practice in times of economic crises? Constantine tried to help poor parents by establishing national care foundations *(De alimentis quae inopes parentes de publico petere debent* C.Th. 11, 27, 1 /315/; C.Th. 11, 27, 2 /322/). However, a few years later (329) recognizing the gravity of the problem he permitted the selling of newborn and little children with the prohibition of resale by the buyer except the buyer's insolvency, giving the possibility to the parents to liberate the child from this kind of slavery. In this sense the selling of children remained even in Justinian's time (C.Th. 5, 10, 1 /329/, =brev.5. 8. 1 = C.J. 4, 43, 2 Imperator Constantinus:.` *Si quis propter nimiam paupertatem egestatemque victus causa filium filiamve sanguinolentos vendiderit, venditione in hoc tantummodo casu valente emptor obtinendi eius servitii habeat facultatem. 1. Liceat autem ipsi qui vendidit vel qui alienatus est aut cuilibet alii ad ingenuitatem propriam eum repetere, modo si aut pretium offerat quod potest valere, aut mancipium pro huiusmodi praestet.*` On the West the situation was worst. In the preamble of Nov. Val. from 451 (Brev. Nov. Val. 3, 11, 1 = Nov. Val. 33, 1) issued after the invasion of Italy by the Goths, we can read about the selling of adult persons, sons and parents (near kinsman) as well: *"Notum est, proxime obscoenissimam famem per totam Italiam desaevisse, coactosque homines filios et parentes vendere, ut discrimen instantis mortis effugerent."*- The emperor is asking: *"Cui non ingenuo mori satius est, quam iugum servile perferre*?" However, he expressed the intention to help the sold freemen. According to his law, the sold man would not be freed automatically if he compensate the price by his work, but only if somebody pays for him a 20% higher purchase prices than what was paid for him. Because, a freeborn person *(emptum ingenuum)* is involved, Valentinian prohibited the possibility of sale to barbarians or to transfer to the other side of the see. This rule is not in accordance with the concept of the Pauli Sententiae. Practically in the time of Valentinian's Novell there was no difference between the position of a colon and a slave and even freeborn poor people did not consider their freeborn status as a value.

[51] Brev. C. Th. 3, 3, 1 = C. Th. 3, 3, 1: `Imppp. Valentinianus, Theodosius et Arcadius AAA. Tatiano pf. p. *Omnes, quos parentum miseranda fortuna in servitium, dum victum requirit,*

The last part of the quoted *Sententiae* Brev. P. S. 5, 1, 1: `…*Idem nec pignori ab his aut fiduciae dari possunt: ex quo facto sciens creditor deportatur. Operae tamen eorum locari possunt*` is in harmony with the concept of this constitcotion. Since slavery must not be eternal, the prohibition that the *filius* could not be given in *pignus* or *fiducia* was added later to the Sentence [52] The reason is evident. Regarding *ius vendendi* of the pledged thing *(filius),* the fathe if could not pay his debt, the creditor would use his right and sell the *filius*, than the buyer would become a real owner and this way the *filius* would enter into an eternal slavery. On the other hand, the creditor firstly benefiting from the work of the *filius* and afterwards selling him would realize unjust profits.

In the other Sentence: Brev. P. S. 5, 7, 14 = P. S. 5, 6, 16 the exclusion from the possibility to be charged by pledge is extended to the *concubina, filius naturalis* (the son of the *concubina),* and *alumnus*.

Brev. P. S. 5, 7, 14 = P. S. 5, 6, 16: *"Omnibus bonis, quae habet qaeque habiturus est, obligatis, nec concubina, nec filius naturalis, nec alumnus, nec ea, quae in usu quotidiano habet, obligantur: ideoque de his nec interdictum redditur."*

This Sentence is about a poor family. However, even though it does not uses expressely the word *„oppignorare",* the part „o*mnibus bonis, quae habet qaeque habiturus est"* is similar to the formulation which we can find in the *Fragmentum de iure fisci: `...fisco* obligan*tur, non solum ea q*uae *habent, sed* et *ea, quae postea habituri sunt.`*– therefore the text could relate the pledge in favor of the treasury.[53]

Though in case of public fiscal debt the pledge was *`tacite contrahitur`*, the interpreters extended the rule on the pledge between private persons made by agreement. The *Interpretatio* prohibits the debtor to charge with pledge those family members with whom he is in a non-legitimate family relationship.

I. P.*"Si quis debitor creditori suo talem fecerit cautionem, ut omnia ei, quae in bonis suis habet, vel quae habiturus est, oppignorasse videtur, in tali conditione nec concubina, nec filius naturalis, nec alumnus, nec ea, quae in usu*

---

addixit, ingenuitati pristinae reformentur. Nec sane remunerationem pretii debet exposcere, cui non minimi temporis spatio satisfecit ingenuus.` The Interpretatio clearly shows the contract of sale excludes the possibility that the son would be given in the pledge: Int. *`Si quemcumque ingenuum pater faciente egestate vendiderit, non poterit in perpetua servitute durare, sed ad ingenuitatem suam, si servitio suo satisfecerit, non reddito etiam pretio, revertatur.`*

[52] According to W. W. Buckland (The Roman Law of Slavery, Cambridge, 1970, p. 420), this Sentence is classical and proves that the sale of children was prohibited in the classical period. ; C. J. 7, 16, 1.

[53] "Fragmentum de iure fisci" from anonym author, 2nd or 3rd. century A.D.: Fol. I, 5: *`Bona eorum qui cum fisco contrahunt lege uacuaria uelut pignoris iure fisco obligantur, non solum ea quae habent, sed et ea, quae postea habituri sunt.`*

quotidiano habet, obligata videri possunt. Nec momentum, si creditor petat, de his rebus, quas superius diximus, accipere potest."[54]

From these texts we could not make a conclusion that the charge of freeborn persons by pledge was prohibited because they would pass into the ownership of the creditor by *fiducia* (here *pignus* is also mentioned*)*, but because the creditor as a pledgee has a right to sell the pledged thing in the lack of payment of the debt. Afterwards, the father could not take back his child and the principle of *favor libertatis* would be annulled.

The last Sentence of this group Brev. PS. 5, 28, 4 (= PS. 5, 26, 4) *"per vim debitoris sui pignora"* and *"fiduciam vero et pignora apud se deposita"* is unclear and most probably was not written by a sole author. Later we will turn back to this Sentence.

The interpreters of this group from six cases four times did not give an *Interpretatio* (one time is the title). In remaining cases only once they use the term *pignus,*[55] in the others the explanation is: *"oppignoraverat vel fiduciae causa posuerat"*[56]. Only in this last case the possibility of *pignus conventum* cannot be excluded.

III. The third group where the term *fiducia* is also present in the *Interpretatio* [57] is the most interesting. It is visible how the interpreters explained the term *fiducia*, and if there were differences between *fiducia* and *pignus* the *Interpretatio* pointed on them. Maybe we manage to find out why in the time of Breviary or even earlier in the 5th century besides the term *pignus, fiducia* was also used. We will analyze them entirely.

The first Sentence utilizes the terms *pignus* and *fiducia* but the question is in which sense: as a pledge with possession or as a pledge without possession?

---

[54] This differentiation was not made in the other texts about the selling of the family members. The reason could be, that in practice the father gave in pledge just these members of his family, however most probably the members of the poor family (as it is a colon's family) are just the persons mentioned in the text. We can prove it with the fact that for the marriage of the colon the sources did not utilize the word *connubium*, but: *consortium* (C. Th. 5, 18, 1, 4); *coniunctio* (Nov. Mai. VII, 1); *copulatio* (Nov. Sev. 2). The *concubina* could be his wife, the *filius naturalis* his son and the *alumnus* is some other child who remained without parents (or was given to nurture) and was accepted by the father of the family.

[55] Brev. IP. 2, 12, 7 (= 2, 13, 4: `*Creditor pignus, quod a debitore accepit...*`

[56] Brev. IP. 1, 9, 8 (= 1, 9, 8)

[57] Brev. PS. 1, 9, 8 (=PS. 1, 9, 8)`*pignorum et fiduciarium*`
IP. `*oppignoraverat vel fiduciae causa posuerat*`
Brev. PS. 2, 13, 1 (=PS. 2, 13, 6) `*rem fiduciae datum*` *and* `*actio fiduciae*`
IP. `*creditor rem (fiduciae), quam a debitore pignori acceperit*`
Brev. PS. 2, 13, 2 (= PS. 2, 13, 7) `*rem fiduciariam*` *and* `*iudicio fiduciae*`
IP. `*praedium sibi fiducia obligatum*`

Brev. PS. 1, 9, 8 = PS. 1, 9, 8: `*Minor adversus distractiones eorum pignorum et fiduciarum, quas pater obligaverat, si non ita ut oportuit a creditore distractae sint, restitui in integrum potest.*`

It is evident the sale was realized, however, it is not clear whether in case of *fiducia* the creditor sold the pledged thing as an owner or on the bases of his *ius vendendi*. It must be noted that according to the commonly accepted opinion the creditor's right to sell the pledged thing is coming from *pactum de vendendo* or *ius vendendi* of the fiduciary and not from the fact that he has ownership on the pledged thing.[58] At this point one must not forget that the rule relate to *pignus* as well. On the other hand, the text is about a *minor* whose transactions were under special control in post-classical times.[59]

According to the imperial constitutions, if the minor alienates something from his property he should do it under the public control *(decretum interpositum).*[60]

We believe, this Sentence was inserted in the Breviary just for this reason.

The *minor* was entitled, according to the praetorian edict, to use *restitutio in integrum /ob aetatem/* when his interests were infringed by the contract he concluded (though the above example is about the negotiation in which the

[58] P. Frezza, op. cit. pp. 46. sqq.

[59]. Minors were protected even earlier: D. 4, 4, 9, pr.; D. 4, 4, 49; C. J. 2, 20, 5 (293); 2, 32, 1 (241); 2, 36, 1 (231); A.- Ruiz, La compravendita in diritto romano, Vol. I, Napoli, 1978, p. 107 and 144; M. Horvat, Prekomjerno oštećenje, Rad JAZU, Zagreb, 1961, p. 227; A. J. B. Sirks, La laesio enormis en droit romain et Byzantin, The Legal History Review, Antverpen, LIII, 1985, pp. 300 – 301; Regarding contracts of sale made by minors the Breviary protects the interest of minors by different rules: the rules of Pauli Sententiae allowed *restitutio in integrum* (Brev. PS. 1, 9, 7 = PS. 1, 9, 7: `*Minor adversus emtorem in integrum restitutus, pretio restituto fundum recipere potest. Fructus denim in compensationem usurarum penes emtorem remanere placuit`.);* the Gaii Epitome incorporates the rule about the curators assistance (E. G. tit. 8: `*Peractis pupillaribus annis, quibus tutores absolvuntur, ad curators ratio minorum incipit pertinere…Hi qui minores sunt, usque ad viginti et quinque annos impletos sub curatore sunt.`)*; and finally the imperial constitutions prescribe a special control by imperial officers `*auctoritate iudicis aut consensu curiae*` (Brev. CTh. 3, 1, 3 = CTh. 3, 1, 3 /imp. Iulianus, anno 362/: The iudex or the curia controlled the behavior of the buyer. Public control was also important for a *minor* who was liberated from curatorship (venia aetatis) if he sells a land (Brev. CTh. 2, 17, 1 = CTh. 2, 17, 1 /imp. Constantinus, 321 or 324). It is important to say, that even thought these rules are coming from different times they are not in collision. The guiding norm is in the *leges*: the alienation realized by a *minor* without public control is invalid. Because the transaction was invalid it was sanctioned by *restitutio in integrum* (of the Pauli Sententiae). When not an alienation was involved but some other negotiation, the presence of the curator was necessary (E. G. tit. 8 and Brev. CTh. 2, 4, 1). If the curator was for some reason not present the negotiation became invalid and it was also a reason for *restitutio in integrum.*

[60] Brev. CTh. 3, 1, 3 = CTh. 3, 1, 3 /imp. Iulianus, anno 362/: `*…Vetus igitur ius revocamus, ut omnis venditio, quacumque fuerit a minore, viro sive femina, sine decreti interpositione celebrate, nulla ratione subsistat.*`; From the Interpretatio we can notice that the *decretum interpositum* is: `*...si ita necessitas exegerit, ut aliquid vendere velint, qui comparare voluerit, auctoritate iudicis aut consensu curiae muniatur: nam aliter a minoribus facta venditio non valebit.*`

minor has not taken part). According to Frezza, in case of *fiducia* as *bona fidei iudicia* the behavior of the parties must be *bona fidei* and they are responsible for *dolus* and *culpa*.[61] Thus, the *minor* as *heres*[62] has a claim from *fiducia (actio fiduciae)*. However, Paul himself made this solution questionable in his *Sententiae* regarding the creditors *ius vendendi,* probably because the buyer's ownership must be protected.

PS. 2, 17, 15 (16) = Cons. VI, 8: *`Heredibus debitoris adversus creditorem, qui pignora vel fiducias distraxit, nulla actio datur, nisi a testatore inchoate ad eos transmissa.`*

This Sentence is not inserted in Breviary. As it will be seen from the *Interpretatio* (IP. 1, 9, 8) the compilers of the Breviary had a reason not to insert it – they have not recognized unconditionally the ownership of the buyer in this case.

We are of the opinion that the observed Sentence has been shortened. If we would like to reconstruct the case, in a classical sense, we must realize that the *minor* would recognize the fact that the pledged thing is *non ita ut oportuit a creditore distractae sint*, if the creditor requests from him to pay the part of the debt which was not covered by the value of the pledge, or if he expects to take back the *superfluum*. Most probably the first situation is present here. The creditor asked from the *heres - minor* to pay the part of his father's debt which was not covered by the value of the pledge and the minor paid it. In the classical period if a minor concluded a contract the *curator'*s assistance was obligatory. In this case the father's contract has been fulfilled by the *minor* probably under the pressure of the creditor or his fraud. The *minor* covered the fathers *`uncovered part of debt`*. Consequently, the only protection remained for the *minor* is *restitutio in integrum* of the value he gave to the creditor. It did not mean the *minor* could take back the pledged thing from a third person, who bought the pledged thing and who became its owner. Even if it is *pignus* and not *fiducia* the creditor has *ius vendendi as naturalia negotii*[63] and the ownership will be transferred to the buyer.[64] None of them (nor the *fiduciant* nor the pledgor in case of *pignus*) remained owner. The *minor* can use the *restitutio in*

[61] Frezza, op. cit. pp. 95. and 98.

[62] Regarding problems surrounding the transmission of the *actio fiduciae* to the debtors successor see, Frezza, op. cit. pp. 99 – 1o3; Burdese, op. cit. pp. 83 – 84. Gai. Inst. II, 22o; PS, 2, 13, pr.; on regard the claim from the *pactum de vendendo*: mancipatio Pompeiana, p. III, lin. 11-12, F.I.R.A. III, 293 – 294; PS. 2, 17, 15 (16) = Cons. VI, 8; PS. 1, 9, 8.

[63] Frezza, op. cit. p. 49. starting from the concept that as *fiducia* is based on *fides* its structure is elastic: `non si presta ne a ritenere implicite clausule come quella "ut vendere licet", ne ad argomentare della clausola "ut vendere non liceat" alla inerenza al contratto di fiducia, come naturale negotii, di una facultas distrahendi. Chi voglia considerare una simile facolta come implicita nel negozio, deve d'altro canto precisare che, anche quando e esplicita in una pattuizione ad hoc, essa puo venire paralizzata se il suo esercizio leda la norma fondamentale della fides.` See also, Burdese, op. cit. p.84 sq; Longo, Corso, p. 43 sq.

[64] About problems surrounding the eviction of the sold *fiducia* see, Frezza, op. cit. pp. 72 – 83.

integrum or the *actio de dolo malo* against the creditor based on the creditor's fraud. *`Non ita ut oportuit`* in connection with D. 10, 18, 2 means = *`non potest videri bona fide negotium agi`*.[65] The creditor must act in the limits of the principle of *bonus pater familias*.

Having in mind that the pledgee in both cases *(fiducia* and *pignus*) by selling the pledged thing transfers the ownership to the buyer, from this Sentence, we could not conclude that the difference between these two kinds of pledges is the ownership of the creditor in case of *fiducia* and his possession in case of *pignus.*

The *Interpretatio* gives an entirely new version of the Sentence.

IP. 1, 9, 8: *`Minor annis ea, quae pater eius oppigneraverat vel fiduciae causa posuerat, si viliore pretio, quam oportebat, a creditore distracta convicerit, potest soluto debito ad recipiendam rem suam integri restitutionis auxilium promereri.`*

In this *Interpretatio* we would expect from the interpreters to use the uncertain term *`oppigneraverat`* for *fiducia,* but they use it for *pignus*, explaining *fiducia* as *`fiduciae causa posuerat`*. The interpreters usually changed the word *fiducia* by the word *pignus* or *oppignoratam*, but there are also descriptive explanations: *`rem sibi pro debito positam`* or *`loco pignoris posuerit`*.[66]

The part of the text *`si non ita ut oportuit a creditore distractae sint`* means, according to the interpreters, alienation for *`viliore pretio`*(a lower price). The *minor* would notice this, if the creditor would ask him to pay the rest of the debt after selling the pledged thing. In the classical period the *minor* could ask for *restitutio in integrum* for this reason, if he himself sold something for a lower price.[67] In the postclassical period the unjust price was one of the main problems.[68] According to *Interpretatio*, the *minor* could annul the sales contract (the fathers creditor sold the pledged thing to the buyer) as *heres,* if he would be able to pay the debt. If the *minor* paid the debt, he could ask for the restitution of his own thing *(rem suam)* from a third person (buyer). But, hasn't

[65] More about this, Longo, Corso, pp. 91-92.

[66] *propono, posui, positum* has a meaning: it is promised, offered, but also that it is given

[67] V. Arangio-Ruiz, La compravendita in diritto romano, Vol. I, Napoli, 1978, pp. 107; 144.

[68] The general standpoint of the Breviary is, that if the contract was made in accordance with the principle of *bona fides,* its annulment was not possible only because the price was low.: Brev. CTh. 3, 1, 1 = CTh. 3, 1, 1 (Constantinus, anno 319); Brev. CTh. 3, 1, 4 (= CTh. 3, 1, 4), 383 A.D.; Brev. CTh. 3, 1, 7 = CTh. 3, 1, 7 (396); The Breviary has not accepted the rule of the *laesio ultra dimidium*: C. J. 4, 44, 2 (285); C. J. 4, 44, 8 (291); nor the Edict of Diocletian *`de pretiis rerum venalium`* (301 A.D.), however it does not mean that the unjust price due to fraud or pressure was tolerated. Besides rules against fraud and extortions there were rule on the control of transactions concluded by weaker parties (e.g. a *minor*) or for the protection of a public interest, provided it was present.

he lost the ownership when the creditor sold the pledged thing? According to the classical law the creditor by selling the pledged thing transferred the ownership to the buyer. It seems that in the post-classical period this fact was not important. To solve this problem the part of the text: *`soluto debito ad recipiendam rem suam`* is significant. It is a layman's thought: I have paid for it the thing is mine, if you have not paid the entire price the thing is not yours. Therefore, if he pays the debt the thing must be his entirely *(in integrum),* it is not relevant that now the thing is in a possession (ownership) of the buyer. Technically, the *fiduciant* did not lost the ownership charging the thing by *fiducia.* From the other point of view the thing is charged by the pledge *`ad tempus`* while the debt is not paid. It means that even in case of *fiducia* according to the common belief, the ownership is not transferred to the creditor definitely but it is given or charged in confidence in accordance with *fides*. This temporality of the ownership (possession[69]) caused problems even in classical period in solving different dogmatical questions.

At this point, we stand one step closer to negate that the reason to retain the special kind of pledge named *fiducia* in post-classical times was the transfer of ownership to the fiduciary.

The second Sentence of this group is not much of a help to determine the differences between *fiducia* and *pignus.* The question is: can the right of *pignus* be legated as well?

Brev. PS. 2, 13, 1 (=PS. 2, 13, 6) *Si creditor rem fiduciae datam uni ex heredibus vel extraneo legaverit, adversus omnes heredes actio fiduciae competit.*[70]

Regarding the ownership of the fiduciary the tacit confirmation of ownership transfer is visible to the creditor *(fiduciar)* as the debtor has only the *actio fiduciae (not in rem actio)* against the successors of the creditor.[71] However, it is much easier to use the *actio fiduciae* than *rei vindicatio* (having in mind that proving the ownership is *probatio diabolica*).[72]

The *Interpretatio* changes the meaning of the Sentence again.

IP. 2.13.1 (hae.)= Tit. 2, 13,6 (ed.). *`Si creditor rem (fiduciae), quam a debitore pignori acceperit, uni ex heredibus vel extraneo legati titulo*

---

[69] About the concept of *momentaria possessio* see, C. A. Cannata, `Possessio` `possessor` `posidere` nelle fonti giuridiche del basso impero romano, Milano, 1962, p. 186.

[70] Frezza, op. cit. p. 27 sates that it is legatum per vindicationem, also, PS. 3, 6, 16: `*Rem legatam testator si postea pignori vel fiduciae dederit, ex eo voluntatem mutasse non videtur.*` A. Romac, Paulo, Sentencije, Zagreb, 1989, p.266, n. 29, explained the text in a sense that the legatum remained valid because the pledged thing establishing the pledge stayed in the ownership of the pledgor; cfr. C. 6, 37, 3

[71] Longo, op. cit. p. 83 states:`... il creditore puo legare *per vindicationem* (cioe come cosa sua) la fiducia senza che il fiduciante possa attacare il legato.`

[72] Longo, op. cit. pp. 140 sqq.

derelinquat, debitor pro pignore suo oblato debito omnes heredes creditoris poterit convenire.[73]

While the Sentence (accepted as classical) point on *in personam actio* of the debtor, according to the interpreters the debtor did not loose the ownership on the pledged thing *(pignore suo)*. If the debtor is ready to pay the debt he can reclaim the thing from all successors (the specification of *actio* is not important any more). It is the layman's, technically not precise, interpretation which is similar to the previous: *`soluto debito ad recipiendam rem suam`.*[74]

According to the third Sentence, which seems as it was classical, the possession of the object of *fiducia* passed onto the creditor, because otherwise he could not ameliorate it. According to Longo the creditor can take advantage of *actio fiduciae contraria* for the reimbursement of expenses.[75]

Brev. PS. 2, 13, 2 (= PS. 2.13.7): *`Si creditor rem fiduciariam fecerit meliorem, ob ea recuperanda quae impendit iudicio fiduciae debitorem habebit obnoxium.`*[76]

IP. 2.13.2 (hae.)= 7 (ed.): *`Si quis creditor praedium sibi fiducia obligatum studio et opere suo melioraverit, quidquid se pro melioranda re impendisse probaverit, ei a debitore reddendum est.`*

The interpreters explain *fiducia* as a pledge with possession and they concretize the object as: *`praedium sibi fiducia obligatum studio et opere suo melioraverit*.` The simply formulated duty of the debtor to compensate for the creditor's expenses seems more as an obligation based on *negotiorum gestio* than that based on the pledge named *fiducia*. Thus the text cannot prove the creditors ownership on the pledged thing.

Taking into account all the quoted texts we cannot exclude the possibility of a pledge without possession and cannot prove the creditors ownership in case of *fiducia*.

The dilemma on the pledge with or without possession due to the two expressions that were used: *fiducia and pignus* and the ownership of the creditor,

---

[73] Fiducia is not a definitive ownership of a creditor: Gaius, Inst. 2, 60: *`Sed fiducia contrahitur aut cum creditore pignore iure, aut cum amico, quo tutius nostrae res apud eum sint...`* About the interpretation see, Kaser, Studien, p. 328 sq.

[74] Similar to *usureceptio fiduciae* of Gai. Inst. 2, 60: *`…usus receptio; si vero cum creditore, soluta quidem pecunia omni modo conpetit...`*

[75] Longo, op. cit. p.132 – 136. accepts this Sentence as classical (for the necessary expenses D. 13, 7, 8 pr; for the useful expenses, PS, 2, 13, 7 and D. 13, 7, 25). He criticized the thesis of Biondi that the creditor in the classical period has no right to move the *actio fiduciae contraria* but he could only compensate his expenses in the iudicio fiduciae. See also, B. Noordraven, op. cit. pp. 267 sqq.

[76] See also: D. 13, 7, 8, pr. (Pomponius XXXV ad Sab.); C. J. 4, 24, 7 paragr. 1 (A. C. 241), about the reimbursement of the taxes paid by the creditor: D. 2, 14, 52 paragr. 2 (Ulpianus, I opinionum). Frezza, p. op. cit. pp. 62 – 65.

fiduciary on the pledged thing, remained also unsolved in the Brev. PS. 5, 28, 4 (= PS. 5, 26, 4).

This interesting and not-interpreted Sentence, which could be more the *Interpretatio,* Longo and Frezza take as an evidence of the real effect of *fiducia*.[77]

Brev. PS. 5, 28, 4 (= PS. 5, 26, 4): *"Creditor chirographarius, si sine iussu praesidis per vim debitoris sui pignora, quum non habuerit obligata, ceperit, in legem Iuliam de vi privata committit. Fiduciam vero et pignora apud se deposita persequi et sine auctoritate iudicis vindicare non prohibetur."*

Frezza is of a standpoint, this Sentence is classical. He states (without analyzing it) that the *fiduciar* became an owner due to his protection by *rei vindicatio*.[78] Longo emphasized that the *rei vindicatio* belongs exclusively to the fiduciary as when the pledged thing is in the possession of a third party (fr. Vat. 94[79]). The situation is the same when the thing remained in the possession of the debtor or it was given back to him, as it is in the quoted Sentence. Longo`s only evidence for the second solution is the quoted, very disputable text. This Sentence hardly could be classical.

Its first part is not problematic. The creditor who has a document about the debtor's debt but has not contracted the pledge (*pignora, quum non habuerit obligata)* could not take over the pledge from his debtor by power *(vi),* without the decision of the judge. Using the power was against the prohibition of *lex Iulia de vi privata* in the classical and it also remained unchanged in the postclassical period. This prohibition can be also found in ET 123; 124 and in LRB 14, 1.[80]

According to the second part of the Sentence the pledged thing (*fiducia* and *pignus*) *`apud se deposita`* (placed to him)[81] the creditor could demand and vindicate without the decision of the judge. The verb *`vindicare`* here hardly

---

[77] Frezza, Appunti, p. 27; Longo, Corso, pp. 76 – 77. Contra, B. Noordraven, Die fiducia, pp. 160 – 161.

[78] P. Frezza, Le garanzie, Parte terza, p. 27.

[79] Frag.Vat. 94 (=D. 24, 3, 49, 1) (Paul. 7. resp.): *`Fundus aestimatus in dotem datus a creditore antecendente ex causa fiduciae ablatus est…`*

[80] ET. 123. *De pignoribus (pigneribus) capiendis Capiendorum pro suo arbitrio pignorum unicuique licentiam denegamus: ita ut, si probabile fuerit, hoc agendi iudicis praestet auctoritas.* Paul. 5, 26, 4. 124. *Creditor si debitori suo res sibi non obligatas violenter rapiat. Creditor si debitori suo res sibi non obligatas violenter rapiat, intra annum criminis admissi conventus, sub poena quadrupli praesumpta restituat : post annum vero in simplum debebit exsolvere. Quod etiam de fructibus violenter ablatis servari debere legum ratio persuadet*. (Dig. 4, 2, 14, 7 Ulp. lib. 11 ad ed.); Lex Romana Burgundiorum 14.0. Titulus XIV. De ablatis pigneribus et fideiussoribus. 14.1 *Debitor solutionem differens potest ad satisfactionem pignerum usurpatione conpelli; quod tamen sine sententia iudicis fieri non licebit, secundum Ermogeniani constitutionem sub titulo: de pigneribus, Diocleciani et Maximiani ad Viventium, Erennium et Antigonum, vel aliam ad Septimum datam.*

[81] See, Noordraven, op. cit. p. 161; E. Levy, Obligationenrecht, p. 187; Kaser, RPR II, p. 313.

could be used in a classical sense as a protection of *dominium ex iure quiritium*, as a claim that originates from the ownership.[82] In this sentence it is used only in the sense of a simple petition *(petitio)*.[83] In Heuman – Seckel, Handlexikon (627) `*vindicare*` (Nr. 2) is explained as `an sich ziehen` - `to take it for himself`. The question is: why the creditor has to ask for the possession of the pledged thing if it is already in his possession? Most probably this sentence *(sine iussu praesidiis – sine auctoritate iudicis)* has been added by someone else. It could not refer to *rei vindicatio* even if we take the part *`apud se deposita`* in the sense of a pledge without possession or suppose that the pledged thing remained or was given back to the debtor (for leasing or in *precarium*)[84] and the creditor has only a document about the pledge. Frezza and Longo failed to notice that the Sentence refers not only to *fiducia* but to also to *pignus* (*`Fiduciam vero et pignora`)*. In case of *pignus* the creditor is not an owner, even having *pignus conventum* he cannot take advantage of the *rei vindicatio*. Secondly, the part: *`sine auctoritate iudicis vindicare non prohibetur`* means only that the creditor can use self-help to take possession of the pledged thing from the debtor because the cerditor has a right of the pledge, and not because he is an owner. The use of *rei vindicatio* is not possible *`sine auctoritate iudicis`*. Finally, the third argument against Frezza`s standpoint he gives himself. He states that the fiduciary has a right of *impetratio possessionis*[85] as a right *in personam* and not as a real right.[86] The *impetratio possessionis* could not be even used as self-help. According to Ulpian's fragment (D. 13, 7, 24 pr.) the creditor could *`impetrare a Caesare ut fiduciam possideret.`* Longo is of an option that because this rule contradicts to the fundamental right of the creditor, it could be only exceptional.[87]

In our opinion the standpoint, that the pledgee was entitled to take over the pledged thing by self – help against the will of the debtor in the classical and postclassical period is questionable as well.[88]

---

[82] The same, B. Noordraven, op. cit. p. 160.

[83] Cannata, (Possessio, p. 172) criticizes the opinion of Biscardi about the"dilazione della rei vindicatio" in postclassical times, and he concludes that the phenomenon of *vindicatio* we can characterize more "come un processo di 'sfocamento' dei contorni fra le varie vindications."

[84] Frezza, op. cit. pp. 39 – 41 and 61.

[85] D. 13, 7, 24 pr (Ulp. XXX ed.), Frezza, op. cit, p. 13 – 1; Burdese, Lex commissoria, p. 9o sq.

[86] Frezza, op. cit, p. 61.

[87] See, Longo, op. cit. p. 109. His arguments are not convincing. In our opinion it could be in the case when the whole property of the debtor was charged by *fiducia.*

[88] PS. 2, 14, 5 =Brev. 2, 14, 5: *Si quis pignora debitoris citra auctoritatem iudicantis abduxerit, violentiae crimen admittit*.; PS. 5, 5a 4 .= Brev. 5, 5, 4: *Eorum, qui debito confessi sunt, pignora capi et distrahi possunt*.; Lex Romana Burgundiorum 14.0. Titulus XIV. De ablatis pigneribus et fideiussoribus. 14.1 *Debitor solutionem differens potest ad satisfactionem pignerum*

From the texts of *Pauli Sententiae* inserted in the Breviary the difference between *fiducia* and *pignus* is not visible neither did the interpreters provide any help. The interpreters commonly used the expression *`res oppignorata`* instead of *pignus* (Brev. IP. 1, 9, 8 = IP. 1, 9, 8), or *fiducia* (Brev. IP. 2, 12, 5 = IP. 2, 13, 2; Brev. IP. 2, 12, 6 = IP. 2, 13, 3) and also instead of *`res obligata`* (Brev. I. P. 5, 7, 14 = I. P. 5, 6, 16). In our opinion the verb *`oppignorare`* relates to all kinds of pledges *(pignus datum* or *conventum; fiducia `datum* or *conventum`)*, its meaning could reach even the notion of *`res obligata`* described by Biscardi, having in mind that the most important type of a pledge was that in favour of the imperial treasury which was *`tacite contrahitur`*. According to Biscardi[89], before the postclassical times instead of the notion of real rights of Justinian's law, the notion of *`res obligata`* better expresses the multiplicity of real guaranties in Roman Law. As he observs *`res obligata`* covers `non soltanto di *fiducia cum creditore*, del *pignus datum*, degli *invecta et inlata* del colono, degli *inducta* dell'inquilino, del *pignus conventum* o ipoteca, ma altresi della *lex commissoria* come clausula della compravendita consensuale in funzione di garanzia, di *praedia subsignata* ad *aerarium* e del *servus noxae obligatus*.`[90]

3. Conclusion to Part I.

It was shown that the post-classical Roman and early medieval legal sources coming from the Western part of the Empire preserved *fiducia* as a kind of pledge. The term *fiducia* is used along with *pignus* seemingly as synonyms.

Motivated by the experience based on long years of work on post-classical legal sources, we put the task to prove that the retention of the term *fiducia* in these texts is not a product of ignorance of the lawyers from the so-called `vulgar law`, but was done by reason.

The research took the following steps:

Knowing that the most dogmatical rules of *fiducia* and *pignus* became identical during the classical period, the research was invited to answer the question whether the main differences between *fiducia* and *pignus* remained even in the post-classical period, particularly:

---

usurpatione conpelli; quod tamen sine sententia iudicis fieri non licebit, secundum Ermogeniani constitutionem sub titulo: de pigneribus, Diocleciani et Maximiani ad Viventium, Erennium et Antigonum, vel aliam ad Septimum datam. ; Brev. PS. 2, 5, 1 = PS. 2. 5. 1. *Creditor si simpliciter sibi pignus depositum distrahere velit, ter ante denuntiare debitori suo debet, ut pignus luat, ne a se distrahatur. Int. Creditor si sine condicione pignus sibi depositum tenens ter debitorem suum convenerit, ut soluto debito pignora sua recipiat, et debitor noluerit post tres admonitiones soluto debito pignora sua recipere, creditor distrahendi pignoris habebit liberam facultatem.* The execution procedure will be treated in one other paper.

[89] Biscardi, Appunti, pp. 14 – 19.

[90] See the sources in, Biscardi, Appunti, p. 15.

1. if *fiducia* meant the transfer of ownership on the pledged thing to the pledgee,

2. if *mancipatio* was needed in case of *fiducia,* and what *mancipatio* meant in these times;

3. what is the relation between *fides* and *fiducia?*

In Part I. of the research we searched answers only to the first question. Since most of the texts containing the term *fiducia* in the sense of pledge are coming from *Pauli Sententiae* and its *Interpretatio* as part of the Breviary, we primarily focused on these texts

Analyzing the sources, regarding the first question we did not find differences between *fiducia* and *pignus*. The texts could not prove that one transfers the ownership *(fiducia)* and the other the possession *(pignus)*. Similarly, the texts did not confirm that only one could be realized without the transfer of possession, because in cases of both, *fiducia* and *pignus* the ownership was not transferred and the transfer of possession depended on the will of the parties.

Therefore the question why *fiducia* was preserved in the Breviary remains open.

Having in mind that according to the prevailing opinion *fiducia* was connected to *mancipatio* or *in iure cessio*, tough mostly the *mancipatio* was practiced, the next step of our research will be to see in which sense the sources from the time of the Breviary use the term *mancipatio* and whether it remained important for the formation of a pledge named *fiducia*.

Dr Magdolna Sič, vanredni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

Fiducia i *pignus* u izvorima postklasičnog rimskog prava - sinonimi ili termini korišćeni za različite vrste zaloge?

Rezime

Imajući u vidu, da je malo poznato da je *fiducia* kao vrsta zaloge bila primenjivana u Zapadnom delu Rimske imperije i u postklasičnom periodu, autor ukazuje na postklasične i rano srednjovekovne izvore koji to potvrđuju. U ovim izvorima *fiducia* se pominje pored *pignus*-a, na prvi pogled, kao njegov sinonim.

Autor pokrenut iskustvom stečenim dugogodišnjim radom na izvorima postklasičnog (tzv. vulgarnog) prava, postavlja sebi za zadatak da dokaže, da zadržavanje termina *fiducia* u ovim tekstovima nije rezultat neznanja pravnika ovog perioda, nego je to učinjeno iz tačno određenog razloga.

Istraživanje obuhvata nekoliko pitanja:

Polazeći od toga, da većina pravno tehničkih pravila oba instituta kako fiducije tako i pignusa postala su identična već u toku klasičnog perioda, istraživanje je fokusirano na davanje odgovora na pitanje: da li su osnovne razlike ovih instituta zadržane i u ovom periodu, i to posebno:

1. da li u slučaju fiducije i dalje dolazi do prenosa svojine predmeta zaloge na založnog poverioca;

2. da li je mancipacija i dalje neophodan element fiducije i šta se podrazumeva pod mancipacijom u ovom periodu;

3. u kakvom su odnosu *fides* i *fiducia*?

U ovom prvom delu istraživanja, autor nastoji da odgovori samo na prvo od postavljenih pitanja.

Polazeći od toga, da većina tekstova o fiduciji kao vrsti zaloge potiče iz Paulovih Sentencija i njihove Interpretacije sadržanih u Alarihovom Brevijaru iz 506. godine, prventveno analizira ove tekstove.

Na osnovu analize izvora zaključuje, da u pogledu prvog navedenog pitanja ne mogu da se uoče razlike između fiducije i pignusa. Na osnovu ovih tek-

stova ne može da se dokaže da se u slučaju fiducije prenosi pravo svojine, a u slučaju pignusa samo državina na poverioca, niti da samo jedan od njih može da se ostvari bez prenosa predmeta zaloge u državinu poverioca, jer imajući u vidu obe vrste zaloge (kako fiduciju tako i pignus) svojina nije preneta na poverioca, a predaja predmeta zaloge u njegovu državinu zavisi od volje stranaka.

Prema tome, još uvek ostaje otvoreno pitanje: zašto je *fiducia* i dalje zadržana u Brevijaru?

Imajući u vidu, da prema vladajućem mišljenju, *fiducia* se javlja uz *mancipatio* ili *in iure cessio*, mada je u praksi najčeće korišćena mancipacija, autor naznačuje kao sledeći korak istraživanja da odgovori na pitanje: u kom smislu se koristi reč «*mancipatio»* u izvorima iz vremena Brevijara i da li je mancipacija (u ovom novom značenju) bila neophodna za nastanak fiducije i u ovim vremenima.

Originalni naučni rad 347.736:061.1EU

Dr Marija Salma, vanredni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

POSTUPAK POVODOM PRAVA INSOLVENCIJE EU
- u svetlu regulativa našeg stečajnog prava u domenu reorganizacije insolventnog dužnika-

Sažetak: *Rad je posvećen analizi novog postupka insolvencije uvedenog u pravu evropske unije Uredbom EU br. 1346/2000 od 29. maja 2000. godine i o njegovoj primeni u zemljama članicama EU. Ujedno se analizira naš Zakon o stečajnom postupku iz 2004/2005. godine u svetlu evropske uredbe, posebno u pogledu postupka reorganizacije insolventnog preduzeća.*

Ključne reči: *Stečaj, insolvencija, reorganizacija privrednog društva.*

Iako nam je prvenstveni cilj da u ovom radu rasmotrimo procesnopravne aspekte postupka stečaja odn. insolvencije, zbog povezanosti i isprepletenosti procesnih i materijalnopravnih pravila, neophodno je da u meri njihove stvarne povezanosti posvetimo punu pažnju i materijalnopravnim pravilima.

I

Uvodne napomene: Norme EU (Uredba i Smernica) o insolvenciji i njihov uticaj na unutrašnje zakonodavstvo evropskih zemalja, odn. njihova primena

U oblasti stečaja je pod uticajem Evropske smernice o pravu insolvencije od 1999. god. u *Nemačkoj* došlo do potpuno nove zakonske regulative. Do tada važeći nemački Zakon o stečaju i stečajnom postupku iz

1895.god., je zamenjen novim zakonom, Zakonom o postupku insolvencije (Insolvenzordnung) od 5. oktobra 1994. godine,[1] poslednji put je izmenjen 13. aprila 2007. godine.[2]

Raniji Zakon o stečaju koji je bez suštinskih promena važio više od 100. godina, ocenjivan je u nemačkoj literaturi kao biser nemačkog zakonodavstva. On se u sudskoj praksi pokazao kao dobar zakon, pa nije ni čudo što je trajao čitav vek. Kada je umesto njega donet novi zakon o insolvenciji prvi komentari nemačke literature su izražavali skepsu oko nužnosti uvedenih promena. Naime, klasični nemački stečajni postupak je imao za cilj da sprovede stečajni postupak nad prezaduženim dužnikom, pravnim licem, tj. preduzetnikom uz srazmerno namirenje poverioca, iz stečajne mase stečajnog dužnika i uz prinudnu likvidaciju preduzeća. Posmatrano sa stanovišta poverioca, ovaj postupak je imao tu negativnu stranu što njihova potraživanja nisu mogla u celini prinudno da se namire, već samo u delu.

Novi Zakon o insolvenciji, međutim, vodi računa upravo o interesima poverilaca, koji su usmereni u pravcu što potpunijeg namirenja njihovog potraživanja. Naime, stečaj i prinudna likvidacija i srazmerno namirenje su izuzetak, a pravilo je da se pokuša odgovarajućim pravnim merama upravljanja preduzećem i zastupanjem u sporovima radi naplate potraživanja prezaduženog preduzeća, održati njegov pravni subjektivitet, omogućiti njegovo ekonomsko ozdravljenje, te stvoriti mogućnosti da se naplati celina potraživanja poverilaca.

Novi Zakon uvodi čitav niz instrumenata i instituta koji bi trebalo da doprinesu da se sanacija prezaduženog preduzeća, odn. društva ostvari. Između ostalog, obezbeđuje se učešće poverioca u upravljanju prezaduženim preduzećem. U organ upravljanja ulazi i predstavnik suda insolvencije. Stvoreni mešoviti upravni organ je ovlašćen da u ime preduzeća preduzima potrebne radnje sa ciljem da se naplate eventualna potraživanja insolventnog dužnika prema trećim licima. Po potrebi, on može voditi i parnicu u korist preduzeća. Tim merama se želi sanirati prezaduženi stečajni dužnik i omogućiti mu da se on ekonomski osposobi, da bi na kraju svi njegovi dugovi prema stečajnim poveriocima mogli u celini da se namire.

Potrebno je napomenuti da je u čitavom nizu drugih zapadnih zemalja došlo do reforme stečajnog prava uvođenjem novog prava insolvencije, pod uticajem evropske smernice o insolvenciji.

---

[1] Bundesgesetzblatt, od 5. okt. 1994 (u daljem tekstu: BGBl) I S. 2866 i BGBl I. S.509 od 13. aprila 2007.g.

[2] BGBl I S. 509.

Povod reformi nije bio samo *zaštita interesa poverilaca* već i *zaštita interesa zaposlenih radnika.* Pri tome, reforme su imale u vidu implementaciju *Uredbe EU br. 1346/2000 od 29. maja 2000. godine o postupku insolvencije.* (Kao što je poznato, uredbe SE se kod punopravnih članica primenjuju od strane nacionalnih organa, i građana EU direktno, bez postupka ratifikacije). Svakako treba ukazati na *Smernicu SE br. 80/987 od 20. X 1980.g.* koja se odnosila na približavanje nacionalnih pravnih propisa radi harmonizacije prava insolvencije između tadašnjih članica EZ u pogledu zaštite radnika u postupku insolvencije poslodavca. (Kao što je poznato, Smernice EU se ne primenjuju direktno nego služe za harmonizaciju nacionalnog zakonodavstva sa generalno postavljenim ciljevima iz smernica). Suština pravila o zaštiti interesa radnika je u tome da se deo stečajne mase insolventnog preduzeća obavezno rezerviše za isplatu zarade radnicima. Umesto klasičnih stečajnih propisa evropskih nacionalnih stečajnih postupaka, koji su stečajnu masu rezervisali samo za naplatu stečajnih poverilaca, akta SE iz 1980. i iz 2000. godine su podstakla zakonodavstva da svoje nacionalno zakonodavstvo u domenu insolvencije i zaštite radnika u slučaju insolvencije poslodavca usaglase sa ciljevima smernice, odn. uredbe.

U *austrijskom pravu* su ostale u važnosti odredbe tradicionalnog stečajnog zakona (Konkursordnung). Pravo insolvencije se dakle razmatra u kontekstu stečajnog prava. [3] Prema doktrini, stečaj ne oslobađa dužnika njegovih obligacionih obaveza. Poverioci mogu, radi namirenja svojih potraživanja da se „obrate" preostaloj raspoloživoj imovine dužnika ili imovini koja je preostala po ukidanju stečajnog postupka.[4] Ali, ako je došlo do pravnosnažnog poravnanja između poverioca i dužnika (uz ostajanje naturalne obligacije za neizmireni deo duga), pravno prestaje obligacija stečajnog (insolventnog) dužnika.[5] To isto vredi i onda, ako poravnanje nije rezultat saglasnosti prezaduženog dužnika i poverilaca već je u stečajnom postupku do njega došlo prinudnim putem.[6] Prema pravilima stečajnog zakona Austrije propisan je postupak utvrđivanja prestanka duga kako prema fizičkim licima tako i prema pravnim licima.[7]

[3] V. Holzhammer, Österreichisches Insolvenzrecht – Konkurs und Ausgelich (1995); Konechny- Schubert (Hrsg), Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (1997);Reich-Pohrwig- Zehetner, Das neue Insolvenzrecht (1997).

[4] V. par. 60. st. 1 Konkursordnung-a Austrije.

[5] Oberster Gerichtshof (OGH – Vrhovni Sud Austrije), Juristische Blätter, 1991, str. 52.

[6] V. paragraf 156 st. 1 Konkursordnung-a, tj. Stečajnog zakona Austrije – Zwangsausgleich (prinudno poravnanje).

[7] V. paragraf 181 Konkursordnunga Austrije.

Prema tome, propisima o regulisanju dugova stečajni zakon uređuje i tzv. „privatno stečajno pravo“. [8]

Tradicionalno *holandsko stečajno pravo* (Fallisementswelt) se temelji na stečajnom zakonu od 28. aprila 1993. godine koji je stupio na snagu 30. septembra iste godine. Preteču Zakona je izradio Molengraff, profesor Utrehtskog Univerziteta, u prvim decenijama XX veka. Prve modifikacije su izvršene 1925. godine sa tri novele, od kojih je najvažnija omogućila da privredna društva i nakon otvaranja stečaja) u slučaju insolventnosti nastave sa privrednom delatnošću. Sledeća modifikacija je izvršena 1935. godine, tako što je izmenjeno poglavlje II Zakona. Tom prilikom su bila novelirana pravila o produženju roka za isplatu duga čime se omogućilo prinudno poravnanje van stečaja. Značajnije izmene su izvršene 1992. godine kada su izmenjene odredbe Građanskog zakonika (Burgerlijk Wetboek) u knjigama 3, 5, 6 i 7 u pogledu svojinskih odnosa. U skladu sa tim izmenama izmenjen je i stečajni postupak a došlo je i do modifikacije pravila o prestanku zastoja, produženjem roka za isplatu duga, povećanje broja razloga za produženje roka za isplatu duga. Najzad, novelama od 1. decembra 1998. godine dolazi do uvođenja oko osamdeset novih pravila kojima se uređuju pravila o insolvenciji fizičkih lica. [9]

Klasično stečajno pravo u *Mađarskoj* je bio uređeno zakonskim člankom br. XVII od 1881. godine. Ovaj zakon je docnije dopunjen propisima o poravnanju.[10] Na osnovu paragrafa 24. ovog zakona prezaduženo preduzeće je moglo da otkaže radniku ugovor o radu. To je mogao da učini i radnik. U stečajnom postupku su se stavljale u korelaciju *ukupna raspoloživa imovina stečajnog dužnika i ukupan dug svih poverilaca, radi srazmernog namirenja poverilaca.* Što znači npr., ako je ukupna imovina pokrivala samo 50% zbirnog iznosa svih potraživanja, onda se potraživanje svakog poverioca srazmerno smanjivalo za polovinu. Za vreme tzv. socijalizma, domen pravnog regulisanja stečaja je „zaobiđen“, budući da je tada cela „privreda“ odnosno, da su sva preduzeća bila u državnoj svojini. Prema posebnoj Uredbi vlade iz 1949. godine je izričito propisano da

[8] V. Koziol-Welser, Bürgerliches Recht, Band II: Welser, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil , Erbrecht, 13. Auflage, Manz Verlag, Wien, 2007, str. 109-110.

[9] V. Dr. K. Remport Béla – Mr Réka Aranka Úrbán, A holland csődtörvény (Holandski stečajni zakon), in: Lohngarantie im Fall der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitsgebers und das Reform des Konkurs- und Auflösungsprozesses (Garantije za isplatu zarada radnika u slučaju insolvencije, stečaja odn. prinudne likvidacije preduzeća), Novotni Kiadó, Miskolc, 2005, str. 107.

[10] V. Zakonski članak br. V o poravnanju iz 1916. godine, kao i Zakonski članak br. IX iz 1932. godine, odnosno uredba Vlade br. 1410. iz 1926. godine.

državno preduzeće koje obavlja delatnost na osnovu plana, ne može biti likvidirano.[11] Ova Uredba je stavljena van snage nakon stupanja na snagu Mađarskog građanskog zakonika, 1. maja 1960. godine. Od tada, sve do promene sistema privređivanja od 1989. godine, za dugove državnog preduzeća ne odgovara sama država, već samo preduzeće sa svojom imovinom. [12] Sličnu odredbu sadrži i Zakon o državnim preduzećima iz 1977. godine [13] koji predviđa primarnu odgovornost preduzeća, a sekundarnu odgovornost države za dugove državnog preduzeća. Izmene ovog zakona su izvršene Uredbom br. 11 iz 1986. godine. U reformskom periodu, koji počinje izmenama Ustava Mađarske iz 1989. godine, (sa uvođenjem tržišnog sistema, donošenjem Zakona o privrednim društvima od 1988. godine, sa izmenama iz 1997. godine i 2006. godine, niza privatizacionih zakona u periodu od 1988-1997), navedena Uredba br. 11 iz 1986. godine je stavljena van snage Zakonom br. II od 1991. godine o uređenju stečajnog postupka i postupka insolvencije. Ovaj zakon uređuje stečajni postupak i postupak prinudne likvidacije.[14]

II
(Teorijske i uporednopravne) razlike između izvršnog postupka (postupka prinudnog izvršenja) stečajnog postupka i postupka insolvencije

Postoji bitna teorijska razlika između postupka prinudnog izvršenja, stečajnog postupka i postupka insolvencije. U postupku *prinudnog izvršenja (u vanparničnom izvršnom* postupku) se namirenje poverioca vrši na *pojedinim delovima imovine dužnika*, a radi *pojedinačnog* i individualizovanog namirenja potraživanja jednog ili više poverilaca. U tom postupku, postupku prinudnog izvršenja, se namirenje poverioca vrši u *celini,* a u stečajnom postupku potraživanje poverioca se vrši samo u delu, srazmerno raspoloživoj imovini stečajnog dužnika. Kod ovog postupka se ne radi o insolventnosti dužnika, već o njegovoj *nespremnosti da izvrši* obligaciono-pravno potraživanje. Tako da se nakon pravnosnažnog utvrđivanja postojanja potraživanja odn. osude na činidbu, u prinudnom izvršnom postupku

[11] V. Uredbu Vlade Mađarske br. 4247/1949. (iz 22 IX 1949. godine).

[12] V. paragraf 31. st. 3. Mađarskog građanskog zakonika, kao i IV mađarski građanski zakonik iz 1959. godine, koji je stupio na snagu 1. maja 1960. godine.

[13] V. par. 27. st. 3. Zakona br. VI o državnim preduzećima Mađarske iz 1977. godine.

[14] V. Dr. Radnay József, Arbeitsrecht und Insolvenzrecht (Die Vorschriften des ungarischen Rechts) in: Lohngarantie im Fall der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitsgebers und das Reform des Konkurs- und Auflösungsprozesses, Novotni Kiadó, Miskolc, 2005. str. 11-17.

vrši namirenje poverioca. Kod prinudnog izvršnog postupka se, za razliku od stečajnog postupka ne dira u pravni subjektivitet dužnika. Zajedničko je za stečajni i izvršni postupak da se namirenje poverioca vrši prinudnom javnom prodajom dela odnosno celine imovine dužnika. Kao *sredstva* izvršenja u izvršnom postupku se pojavljuju: izvršenje na nepokretnosti, na pokretnim stvarima putem prodaje, na potraživanju izvršnog dužnika putem prenosa novčanog potraživanja, izvršenje predajom pokretnih stvari, izvršenje na nečinjenju ili trpljenju putem nalaganja trpljenja i dr.[15] Otuda se izvršni postupak, u austrisjkom pravu ne bez razloga naziva *pojedinačnim izvršenjem* (Einzelvollstreckung im Executionsverfahren).[16] U slučaju da u prinudnom izvršnom postupku konkurišu više poverilaca primenjuje se načelo o prioritetu (prior temporis potior iuris) potraživanja. Najpre se namiruju potraživanja obezbeđena hipotekom a ostala prema redosledu nastanka. Za razliku od toga kod postupka insolvencije odnosno, stečajnog postupka se radi o *zajedničkom (ukupnom) izvršenju* i to na celokupnoj preostaloj imovini dužnika u korist svih poverilaca (Gesamtvollstreckung), u principu bez rangiranja dugova, oni su naime ravnopravni. [17]

Drugačiji je odnos između *stečajnog postupka* i *postupka insolventnosti*. Zajedničko im je da dužnik nema dovoljno imovine da namiri sva potraživanja poverilaca. To znači da i u tradicionalnom stečajnom postupku i u modernom postupku insolvencije razlog pokretanja postupka je insolventnost ili prezaduženosti dužnika. U novom evropskom postupku insolvencije, cilj je sanacija preduzeća, zadržavanje njegovog pravnog subjektiviteta, uz ograničenje prava raspolaganja i njegovo osposobljavanje za isplatu *celine duga*. Klasični stečajni postupak pak, dovodi do prinudne likvidacije preduzeća (privrednog društva), uz srazmerno namirenje stečajnih poverilaca od strane stečajnog dužnik. Znači klasični stečajni postupak dovodi do *delimičnog* ispunjenja duga.

Klasični stečajni postupak se sprovodi od strane *suda*, a u postupku insolvencije pored *suda* učestvuju i predstavnici *poverilaca* koji zajedno preduzimaju, u ime dužnika, *potrebne pravne radnje radi ekonomske sanacije*, tj. da u parničnom postupku podnesu tužbu protiv dužnika preduzeća radi naplate potraživanja samog prezaduženog dužnika. Stečajni poverioci kao učesnici insolventnog postupka mogu u parnici pobijati pravne radnje insolventnog dužnika koje su usmerene na izbegavanje naplate

[15] V. čl. 69-259 Zakona o izvršnom postupku Republike Srbije, Službani Glasnik RS br. 125. od 22. novembra 2004. godine.

[16] V. Matthias Neumayr, Exekutionsrecht, 2. Auflage, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2006, str. 20.

[17] V. Matthias Neumayr, Exekutionsrecht, 2. Auflage, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2006, str. 20.

potraživanja (poput actio Pauliane).[18] U postupku insolvencije, mešovita komisija sastavljena od predstavnika poverilaca i suda insolvencije, može dakle, *da preduzima sve ostale pravne radnje umesto dužnika, radi povećanja dužnikove imovine.* Kao rezultat toga ne mora doći do prestanka preduzeća nad kojim je otvoren postupak insolvencije.

Kod klasičnog stečajnog postupka diskurs između stečajnog dužnika i poverioca se može okončati i dobrovoljnim ili prinudnim *poravnanjem*, kod koga dolazi do uzajamnog popuštanja (npr. odricanjem od dela potraživanja od strane stečajnog poverioca). Za razliku od toga, kod insolvencije poravnanje nema toliku ulogu u okončanju postupka, pošto je cilj insolventnog prava stvaranje uslova da se sva potraživanja, insolventnog dužnika po mogućstvu u celini, naplate.

Pravo insolvencije se karakteriše i *brigom za ostvarivanje prava radnik*a na isplatu zarade, i to putem stvaranja fonda iz sredstava dužnika koji garantuje isplatu zarade radnika. [19]

Možemo dakle u zaključku istaći sledeće bitne razlike: Dok je cilj stečajnog postupka prinudna prodaja i srazmerno namirenje poverilaca, postupak insolvencije ima za cilj očuvanje i povećanje imovine insolventnog dužnika radi ostvarivanja potpunog namirenja poverilaca, a i radi zaštite potraživanja radnika zaposlenih kod insolventnog dužnika, putem formiranja fonda zarada.

III
Stečajni postupak i postupak reorganizacije preduzeća odn. privrednog društva u našem prava

U pogledu stečajnog prava biv. II Jugoslavije može se reći da je ono u principu, prema rešenjima bilo veoma blizu klasičnom stečajnom pravu (usvojenom u Francuskoj i Nemačkoj). Naime, i u biv. Jugoslovenskom stečajnom pravu, kao i u klasičnom zapadnoevropskom stečajnom pravu rezultat postupka je bio, nakon srazmernog namirenja poverilaca, prestanak pravnog subjektiviteta preduzeća uz prinudnu likvidaciju. Ali, biv. Jugoslovensko stečajno pravo je imalo specifičnost, odstupanje u tome što je ono predvidelo tzv. obaveznu sanaciju sa ciljem ekonomskog osnaženja preduzeća. Ova vrsta sanacije je podrazumevala da je opština na či-

[18] V.par. 129. Zakona o insolvenciji Nemačke (Insolvenzordnung) - BGBl, od 5. okt. 1994, I S. 2866 i BGBl I. S.509 od 13. aprila 2007. g. Uporedi: Dr. Jörg Dauernheim, Die Anfechtung von Rechtshandlungen nach der Insolvenzordnung und dem Anfechtungsgesetz 1999 der Bundesrepublik Deutschland, PhD Dissertation, Miskolc, 2007, str. 31.

[19] V. Uredbu Saveta Evrope, br. 80/1987.

jem je području prezaduženi dužnik imao sedište trebalo obavezno da iz fiskalno prikupljenih sredstava obezbedi sredstva sanacije. Za razliku od toga, savremeno evropsko insolventno pravo ne predviđa da se sanacija insolventnog društva ili preduzeća vrši iz državnih sredstava, već se radi samo o pravnim merama u cilju ekonomskog osnaženja preduzeća. Usled toga do stečaja preduzeća retko kada je i dolazilo. Ekonomski je takvo rešenje bilo negativno, zbog toga što su se fiskalnim zahvatima obuhvatala sredstva preduzeća koja su dobro poslovala i prevaljivala u korist preduzeća koja su bila neuspešna na tržištu.

Zakon o stečajnom postupku Republike Srbije[20] je na novim osnovama regulisao stečajnu proceduru. Zakonom su predviđeni opšti i posebni stečajni postupci. Potonji se sprovode kada se kao stečajni dužnici pojavljuju banke i organizacije za osiguranje. Predviđeno je postojanje i skraćenog stečajnog postupka, kao i stečajnog postupka male vrednosti. U okviru opšteg stečajnog postupka postoje dva stečajna procesna režima-*bankrotstvo i reorganizacija.*

U postupku *bankrotstva* radi namirenja poverioca prodaje se celokupna imovina dužnika, radi srazmernog (delimičnog) namirenja svih stečajnih poverilaca. [21]

Postupak *reorganizacije* se preduzima radi *privrednog oporavka* stečajnog dužnika, odnosno da se poverioci namire u skladu sa planom reorganizacije.[22] U tom pogledu srpski stečajni zakon se približava postupku insolvencije evropskog prava. Međutim, razlika je u tome, što u zemljama u koje je implementirana evropska Smernica o insolvenciji, npr. SR Nemačka, u kojima se više ne vrši klasično srazmerno namirenje i ukidanje subjektiviteta preduzeća, kod nas je zadržan i institut srazmernog namirenja stečajnih poverilaca uz prinudni prestanak preduzeća. Ovakvo mešovito rešenje našeg prava pogoduje fraudoloznom postupku dužnika, tj. pogoduje stvaranju situacije „veštačke prezaduženosti", tako da stečaj može poslužiti izbegavanju naplate celine potraživanja poverilaca, kroz institut srazmernog (dakle umanjenog) namirenja poverilaca. Dužnik naime, može besplatnim ili fiktivnim raspolaganjima (knjigovodstveno) stvoriti stanje prezaduženosti, iako stvarno, prezaduženosti nema. Evropsko pravo

[20] Sl. glasnik RS br. 84/2004. i 85/2005.g.

[21] V. čl 35. st.1. Zakona o stečajnom postupku RS u kome se određuje da se stečajni poverioci u zavisnosti od njihovih potraživanja, svrstavaju u isplatne redove. Stečajni poverioci nižeg isplatnog reda mogu se namiriti tek pošto se namire stečajni poverioci višeg isplatnog reda. Stečajni poverioci istog isplatnog reda namiruju se *srazmerno visini njihovih potraživanja*.

[22] V. čl. 127-144. Zakona o stečajnoim postupku RS.

upravo iz tih razloga isključuje institut prinudnog prestanka preduzeća i srazmernog namirenja.

Klasično stečajno pravo dopušta *pokretanje* stečajnog postupka samo od strane poverilaca, a ne i od strane prezaduženog dužnika. Za razliku od toga važeće srpsko pravo dopušta pokretanje tog postupka i od strane samog prezaduženog preduzeća.[23] Nota bene, tako je i u drugim pravima, npr. u važećem mađarskom stečajnom pravu. Pravo na inicijativu radi pokretanja stečaja ustanovljeno je i u korist insolventnog dužnika, iako to ne mora da bude uvek slučaj. Takođe, može doprineti fraudoloznom izazivanju stečaja, i može da dovede do izbegavanja naplate potraživanja poverilaca, što je protivno osnovnom cilju stečajnog prava, a to je da se zaštiti poverilac.

Inače, srpski zakonodavac, pod *reorganizacijom* podrazumeva način da se izvrši sanacija insolventnog dužnika, koja će samim tim omogućiti namirenje potraživanja poverioca. Reorganizacija se vrši na način i pod uslovima određenim *planom* reorganizacije. Ona treba da omogući ekonomski oporavak stečajnog dužnika kroz nastavak poslovanja stečajnog dužnika.[24] Reorganizacija se sprovodi nad stečajnim dužnikom koji je *nesposoban za plaćanje*.[25]

Sprovođenje plana reorganizacije je povereno organima stečajnog postupka, strankama i drugim učesnicima u stečajnom postupku.

Sam *plan reorganizacije* je instrument reorganizacije stečajnog dužnika kojim se određuju *mere i sredstva reorganizacije* stečajnog dužnika, uslovi, način i vreme njihovog sprovođenja, način i vreme namirenja potraživanja stečajnih poverilaca i regulišu druga pitanja u pogledu prava i obaveza stečajnog dužnika i njegovih poverilaca.

Plan reorganizacije se može podneti istovremeno sa podnošenjem predloga za pokretanje stečajnog postupka, pod uslovom da su ispunjeni ostali uslovi iz Zakona o stečajnom postupku.[26]

Usvojenim planom reorganizacije se revidiraju postojeće obaveze stečajnog dužnika prema svakom od poverilaca. Takođe se predviđaju buduće obaveze stečajnog dužnika u namirenju poverilaca, kao i redosled njihovog namirenja.

Plan reorganizacije mora da sadrži elemente propisane zakonom, kao što su npr. označenje delatnosti stečajnog dužnika i okolnosti koje su dovele do finansijskih teškoća, popis mera i sredstava za realizaciju pla-

[23] V. čl. 40. st.1. Zakona o stečajnom postupku RS. U ovom članu se određuje da se stečajni postupak pokreće predlogom poverioca ili stečajnog dužnika.

[24] V. čl. 1. st. 4. i čl. 127. Zakona o stečajnom postupku RS.

[25] V. čl. 2. st.1. Zakona o stečajnom postupku RS.

[26] V.čl. 127. st.2. Zakona o stečajnom postupku RS.

na, kao i detaljan opis mera koje je potrebno preduzeti i načina na koji će se reorganizacija sprovesti, visinu novčanog iznosa ili imovinu koja će služiti za potpuno ili delimično namirenja prema isplatnom redu uključujući obezbeđene i neobezbeđene poverioce, kao i postupak za izmirenje potraživanja i vremensku dinamiku tih plaćanja, opis postupka prodaje imovine, rokove za izvršenje plana reorganizacije, spisak članova organa upravljanja, finansijske projekcije, procenu novčanog iznosa koji se očekuje posle prodaje imovine u stečajnom postupku, ukoliko je privredno društvo u stečaju, datum početka primene plana reorganizacije.[27]

Plan reorganizacije je rezultat *saglasnosti volja stečajnog dužnika i poverilaca*. Da bi plan reorganizacije bio punovažan akt stečajni sud mora da ispita njegovu dopuštenost i zakonitost i ako utvrdi da je taj plan dopušten i zakonit, to će potvrditi svojim rešenjem. Ako sud smatra da je plan nezakonit, odbacuje ga svojim rešenjem. [28]

Po svom pravnom *dejstvu* plan reorganizacije predstavlja *novi ugovor* između stečajnih poverilaca i stečajnog dužnika. Usvojeni plan reorganizacije ima dejstvo *izvršne isprave*, na osnovu koje svaki poverilac, obuhvaćen planom reorganizacije, može pokrenuti postupak singularnog izvršenja protiv stečajnog dužnika.[29]

Planom reorganizacije se utvrđuju *mere reorganizacije* koje treba da doprinesu poboljšanju imovinskopravnog položaja stečajnog dužnika. Planom reorganizacije može biti utvrđena jedna ili više mera koja bi doprinela ostvarivanju ciljeva reorganizacije. U Zakonu o stečajnom postupku su primera radi određene mere reorganizacije. To znači da se mogu odrediti i druge mere koje bi doprinele ostvarivanju cilja reorganizacije. Jedino ograničenje u njihovom predlaganju je da one nisu u suprotnosti sa prinudnim propisima, javnim poretkom i pravilima morala. Zakon je predvideo 21 meru.[30]

Postupak reorganizacije. (1) *Pokretanje postupka reorganizacije.* Postupak reorganizacije mogu pokrenuti: stečajni dužnik, stečajni upravnik, poverioci koji imaju najmanje 30 % obezbeđenih potraživanja, stečajni poverioci koji imaju najmanje 30 % neobezbeđenih potraživanja, kao i lica koja su vlasnici najmanje 30% kapitala stečajnog dužnika.

Predlog plana reorganizacije se podnosi stečajnom sudu najkasnije 90 dana od dana otvaranje stečajnog postupka, s tim što ovaj rok stečajni

[27] V. čl. 127. st. 3. tač. 1-11. Zakona o stečajnom postupku RS.

[28] U tom smislu i Gordana Stanković i Nevena Petrušić, Stečajno procesno pravo, Sl. list SCG, Beograd, 2006, str. 196-197.

[29] U tom smislu čl. 133. Zakona o stečajnom postupku RS, kao i Gordana Stanković i Nevena Petrušić, Stečajno procesno pravo, Sl. list SCG, Beograd, 2006, str. 200.

[30] V. čl. 128. Zakona o stečajnom postupku RS.

sud može produžiti najviše za 30 dana i to na zahtev potencijalnog predlagača. Eventualno novo produženje roka je moguće samo uz saglasnost svih članova odbora poverilaca.

Predlagač uz predlog kojim pokreće stečajni postupak (tzv. prethodni paket plan) može da podnese predlog plana reorganizacije. [31]

(2) *Rasprava i odlučivanje o planu reorganizacije.* Postupak usvajanja predloga plana reorganizacije obuhvata *prethodno ispitivanje* plana reorganizacije, *zakazivanje ročišta* za razmatranje i izjašnjavanje o predlogu plana reorganizacije i *glasanje* o predloženom planu reorganizacije.

Prethodno ispitivanje obuhvata proveru ispunjenosti uslova plana reorganizacije predviđenih zakonom. Na ročištu za razmatranje plana vrši se razmatranje plana reorganizacije, a nakon toga se sprovodi glasanje poverilaca o tom planu. [32]

Ukoliko predloženi plan reorganizacije ne dobije potreban broj glasova, ili plan na drugi način ne ispunjava uslove za usvajanje, stečajni sudija može odobriti predlagaču plana reorganizacije rok od trideset dana da podnese izmenjeni plan reorganizacije. Ako ne usvoji ni izmenjeni plan reorganizacije, nad stečajnim dužnikom se sprovodi bankrotstvo.[33]

(3) *Pravne posledice usvojenog plana reorganizacije*, kao što je gore već navedeno, posle usvajanja plana reorganizacije sva potraživanja i prava poverilaca i drugih lica i obaveze stečajnog dužnika određene planom reorganizacije se uređuju prema uslovima iz plana reorganizacije. Usvojeni plan reorganizacije ima snagu *izvršne isprave* i smatra se da predstavlja *novi ugovor* za izmirenje potraživanja koja su u njemu navedena.[34]

(4) I*zvršenje plana reorganizacije.* Dužnik je u obavezi da *preduzme poslove i radnje* predviđene planom radi realizacije predviđenih mera reorganizacije i namirenja stečajnih poverilaca.

Tokom sprovođenja usvojenog plana reorganizacije prava zaposlenih se ostvaruju u skladu sa propisima koji regulišu radne odnose.[35]

Izvršenjem plana reorganizacije kojim je stečajni dužnik ispunio sve obaveze predviđene planom reorganizacije, prestaju sva potraživanja stečajnih poverilaca,[36] a vlasnici akcijskog kapitala stečajnog dužnika ponovo stiču vlasnička prava na kapitalu.[37]

---

[31] V. čl. 129-130. Zakona o stečajnom postupku RS.

[32] Bliža pravila o raspravi o planu reorganizacije i o postupku glasanja v. čl. 131. i 132. Zakona o stečajnom postupku RS.

[33] V. čl. 132. st.11. Zakona o stečajnom postupku RS.

[34] V. čl. 133. Zakona o stečajnom postupku RS.

[35] V čl. 133. st.4. Zakona o stečajnom postupku RS.

[36] V. čl.137. st.2. Zakona o stečajnom postupku RS.

[37] V čl. 137. st.1. Zakona o stečajnom postupku RS.

Posle potpunog izvršenja plana reorganizacije kojim je stečajni dužnik ispunio sve obaveze predviđene planom reorganizacije, vrši se *prodaja* društvenog odn. državnog kapitala stečajnog dužnika u skladu sa *propisima kojima je uređena privatizacija.* [38]

Nadzor nad primenom odredaba plana reorganizacije vrši stečajni upravnik. Ukoliko utvrdi da je stečajni dužnik propustio da preduzme radnje predviđene planom reorganizacije ili da su njegove radnje u suprotnosti sa planom reorganizacije, ima pravo da istakne prigovor sudu i da obavesti kako sud tako i poverioce o postupanjima koja su suprotna usvojenom planu.[39]

Nadzor nad sprovođenjem plana reorganizacije mogu vršiti i sami stečajni poverioci, kao i druga lica koja imaju pravni interes da plan reorganizacije bude sproveden. Oni mogu podneti sudu obaveštenje o neprimenjivanju plana reorganizacije. Sud prosleđuje obaveštenje stečajnom dužniku i stečajnom upravniku u roku od pet dana, od dana prijema obaveštenja. Kada primi obaveštenje sud je dužan da u roku od deset dana zakaže ročište za raspravu povodom obaveštenja. [40]

Ako na osnovu rezultata rasprave stečajni sud utvrdi da stečajni dužnik ne postupa po odredbama plana reorganizacije, dužan je da preduzme odgovarajuće mere, kako bi se plan reorganizacije sproveo ili da otvori postupak bankrotstva.[41]

Donošenjem rešenja o započinjanju bankrotstva, obustavlja se sprovođenje plana reorganizacije. Sud će takvo rešenje doneti ako na ročištu za raspravu povodom prigovora o nesprovođenju stečajnog plana utvrdi da postoje nepravilnosti predviđene u Zakonu.[42] Pre donošenja rešenja stečajni sudija je dužan da zatraži mišljenje odbora poverilaca. Ako se odbor poverilaca saglasi sa obustavom sprovođenja i izvršenja plana reorganizacije, stečajni sudija donosi odluku kojom se obustavlja sprovođenje i izvršenje plana reorganizacije i otpočinje postupak bankrotstva.

IV
O harmonizovanosti našeg Zakona o stečajnom postupku

Na osnovu gore iznete analize evolucije stečajnog prava, tj. prava insolvencije u Evropskoj Uniji, odnosno nacionalnih zakonodavstava, kao i važećih odredaba domaćeg stečajnog prava, generalno se može reći da

[38] V. čl. 137. st. 2. i 3. Zakona o stečajnom postupku RS.
[39] V čl. 133. st.5. Zakona o stečajnom postupku RS.
[40] V čl. 138. st. 1. Zakona o stečajnom postupku RS.
[41] V čl. 138. st. 2. tačke 1-4. Zakona o stečajnom postupku RS.
[42] V čl. 139. st. 1. tačke 1-4. Zakona o stečajnom postupku RS.

je domaće pravo usklađeno sa modernim tendencijama prava insolvencije u EU. Na osnovu sadržaja pravila našeg Zakona o stečajnom postupku, smo ocenili, da su odredbe o reorganizaciji stečajnog dužnika, najbliže onome što se u EU podrazumeva pod pravnom sintagmom postupka inslovencije. Konvergentnost je u tome, da je i insolventnom pravu EU i našem stečajnom postupku, u domenu reorganizacije, zajednički cilj, da se sačuva pravni subjektivitet stečajnog dužnika, tako da se preduzimanjem pravnih mera, stečajni dužnik ekonomski oporavi, tj. da izađe iz stanja insolventnosti, da bi namirio u celosti potraživanja poverilaca. Međutim, postoje i razlike. Cilj EU Uredbe o insolvenciji je da se svi poverioci, uključiv i potraživanja zaposlenih, stave u ravnopravan položaj. Za razliku od toga, u našem pravu se rangiraju poverioci po klasama, tako da klasa poverilaca čija potraživanja prema planu reorganizacije treba da budu u potpunosti izmirena, ne glasa o planu reorganizacije, već se smatra da je plan za reorganizaciju za tu klasu usvojen. Zatim, prema novoj smernici EU, za radnike se iz stečajne mase mora formirati poseban fond za isplatu zarada. Toga, i u tom smislu, u našem pravu nema, osim ako se ne uzme u obzir odredba Zakona o stečajnom postupku koja predviđa da se tokom sprovođenja usvojenog plana reorganizacije prava zaposlenih ostvaruju u skladu sa propisima koji regulišu radne odnose (osim ako ovim zakonom nije drugačije određeno).

Marija Salma, Ph. D., Associate Professor
Novi Sad School of Law

Procedure concerning the eu insolvency law - in light of regulations of our bankruptcy law in the field of restructuring of an insolvent debtor –

Abstract

The paper is devoted to the analysis of the new insolvency procedure introduced in the EU law by the EU Regulation no. 1346/2000 of 29 May 2000 and its application in the EU member states. At the same time, our Bankrutpcy Procedure Law of 2004/2005 is analysed in the light of the EU Regulation, in particular with regard to the procedure of restructuring of an insolvent company.

On the basis of the rules of our Bankruptcy Procedure Law, we have estimated that the provisions concerning restructuring of the bankruptcy debtor are closest to that what is understood in the EU under legal syntagma of the insolvency procedure. The convergence is found in the fact that the common objective in the field of restructuring both in the EU insolvency law and our bankruptcy procedure is to safeguard the legal personality of the bankruptcy debtor so that the debtor is recovered in economic terms by way of taking legal measures i.e. that it gets out from the insolvency condition with a view to cover in full the creditors' receivables. However, there are also some differences The objective of the EU Regulation on insolvency is that all creditors, including claims by employees, are put in an equal position. Unlike that, the creditors are classified in our law by categories, so that the category of creditors, whose claims should be fully settled in accordance with the restructuring plan, does not vote on the restructuring plan, but it is rather deemed that the restructuring plan has been adopted for such class. Then, pursuant *4o* the new EU guidelines, a special fund for payment of wages must be set up for workers from the bankruptcy assets. Our law does not have anything similar in that sense, except if we do not take into consideration the provision of the Bankruptcy Procedure Law providing that during the implementation of the adopted restructuring plan the rights of employees shall be enforced in compliance with the rules regulating employment (save if not otherwise provided for under this law).

Originalni naučni rad 347.235

Dr Radenka Cvetić, vanredni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

JEDINSTVENA EVIDENCIJA NEPOKRETNOSTI

Sažetak: *U radu se polazi od pojma i značaja evidencije nepokretnosti uopšte, te stanja u kome se ona nalazi u Srbiji u jednom dužem vremenskom periodu. Zatim se detaljnije razmatra koncept jedinstvene evidencije nepokretnosti i katastar nepokretnosti, kao registar kroz koji se ona ostvaruje. To se čini kroz poređenje regulativnih pravila važećeg Zakona o državnom premeru i katastru i upisima prava na nepokretnostima i utvrđenog Nacrta Zakona o državnom premeru i katastru nepokretnosti. Poređenje i analiza dovodi do konstatacije da se utvrđenim Nacrtom nastoji da se svi uočeni nedostaci u dosadašnjoj regulativi prevaziđu na zadovoljavajući način, što se čini usvajanjem proverenih pravila zemljišnoknjižnog prava (načela, prava koja se upisuju, vrste i dejstva upisa, postupak upisa, pravni lekovi). Ipak, stavlja se primedba da neke novine, a naročito u pogledu sastava katastra nepokretnosti i samog lista nepokretnosti, trajno ovu evidenciju udaljavaju od zemljišnoknjižnog koncepta.*

Ključne reči: *evidencija nepokretnosti (pojam, značaj, stanje), katastar nepokretnosti, načela, list nepokretnosti*

1. EVIDENCIJA NEPOKRETNOSTI

1. 1. Pojam i značaj evidencije nepokretnosti

Evidencija nepokretnosti predstavlja sistematizovane podatke o nepokretnostima koji pružaju saznanje o tačnom položaju, prostiranju i granicama nepokretnosti, vrsti i kvalitetu zemljišta, zgradama koje se na njemu nalaze, ali i o pravima koja na nepokretnostima (zemljištu i zgradama) postoje. Svi ti podaci čine potpunu evidenciju neopokretnosti, a mo-

gu biti sadržani u jedinstvenom registru ili u različitim evidencijama koje se međusobno nadopunjavaju.

Potrebe koje se zadovoljavaju postojanjem takve evidencije su mnogobrojne i raznovrsne (fiskalne, privredne, statističke, naučne). Sa pravnog aspekta, međutim, najvažnija je činjenica da se stvarna prava na nepokretnostima stiču, menjaju i gase, odnosno da se njihov promet vrši upisom, zasnovanim na punovažnom pravnom osnovu, u odgovarajući javni registar. Ti registri, dakle, merodavni su za pravno stanje nepokretnosti.[1] Zbog toga su oni pogodno sredstvo da se sva zainteresovana lica upoznaju s pravnim stanjem nepokretnosti (koja i čija prava na njoj postoje, kakav je njihov obim, odnosno da li postoje neka ograničenja, te ko je ovlašćen da njima raspolaže), kao i da se u dobroj veri pouzdaju u upisane i publikovane podatke. To je istovremeno temelj sigurnosti pravnog prometa nepokretnosti i pravne sigurnosti titulara upisanih prava.

Zahtev sigurnosti pravnog prometa nepokretnosti uslovio je vrlo rano uvođenje određenih formalnosti čija je funkcija bila da publikuju izvršenu promenu u pravnom stanju nepokretnosti, odnosno da se podaci o vrsti prava, njegovom obimu i titularu učine vidljivim i tako dostupnim svim zainteresovanim licima. Razvoj se može pratiti počev od srednjeg veka od uvođenja obaveze upisa i polaganja u odgovarajuće javne knjige isprava o prenosu ili zasnivanju stvarnih prava na nepokretostima. Ukidanje feudalizma i intenziviranje pravnog prometa nepokretnosti dovelo je do razvoja različitih vidova evidencije nepokretnih stvari.[2] Njihova uloga u početku je bila da se postojeći promet publikuje, da bi vremenom upis u odgovarajući javni registar dobio konstitutivni karakter (postao način sticanja stvarnih prava na nepokretnostima kada se sticnje vrši na osnovu pravnog posla). Istorijski posmatrano, za nas je najznačajni germanski zemljišnoknjižni sitem evidencije nepokretnosti.

1.2. Stanje evidencije nepokretnosti u Srbiji

Našim pozitivnim stvarnim pravom predviđeno je da se „Na osnovu pravnog posla pravo svojine na nepokretnosti stiče upisom u javnu knjigu ili na drugi odgovarajući način određen zakonom.“[3] Imajući u vidu posto-

[1] Radi njihove potpunosti vrši se i evidencija stvarnih (i nekih obligacionih) prava koja su stečena vanknjižno, tj. bez upisa (na primer, održajem ili po osnovu nasleđivanja), kao i nekih pravno relevantnih činjenica koje su od značaj bilo za promet, bilo za obim upisanog prava (na primer, činjenica maloletstva vlasnika, činjenica vođenja spora o postojanju samog prava ili njegovom obimu).

[2] O različitim sistemima publikovanja stavnih prava na nepokretnostima videti više u: Tatjana Josipović u: Nikola Gavela i dr., *Stvarno pravo,*Zagreb, 2007, str. 274-275.

[3] Član 33 Zakona o osnovama svojinsko-pravnih odnosa.

jeće stanje u Srbiji u tom pogledu, može se reći da je konstitutivni momenat za sticanje prava svojine na nepokretnosti na osnovu pravnog posla ili upis u zemljišne knjige ili upis u katastar nepokretnosti ili prenos tapije. To znači da u Srbiji, već skoro dve decenije, postoje tri paralelna, međusobno izuzetno različita, sistema pravne evidencije nepokretnosti: sistem zemljišnih knjiga, tapijski sistem i sistem tzv. jedinstvene evidencije nepokretnosti u vidu katastra nepokretnosti.

Sistem ***zemljišnih knjiga*** postoji na području Vojvodine od 1855. godine i na približno jednoj trećini područja Srbije bez pokrajina, gde je uvođenje zemljišnih knjiga počelo posle donošenja zemljišno-knjižnih zakona u Kraljevini Jugoslaviji 1930. i 1931. godine, i to počev od severa od Save i Dunava prema jugu i posebno za Grad Niš. Kada je 1946. godine, stupanjem na snagu Zakona o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. godine i za vreme neprijateljske okupacije došlo do prekida pravnog kontinuiteta s pravnim poretkom Kraljevine Jugoslavije i navedeni zemljišnoknjižni zakoni izgubili su pravnu snagu. Na osnovu čl. 4 Zakona o nevažnosti ... primenjivana su pravna pravila sadržana u zemljišnoknjižnim zakonima iz 1930. i 1931. godine, a primenjuju se još uvek u nedostatku važećih propisa u ovoj oblasti.

Zemljišna knjiga predstavlja tzv. pravnu evidenciju nepokretnosti (u nadležnosti suda) koja je zasnovana na katastru zemljišta kao faktičkoj evidenciji (u nadležnosti organa uprave).[4] Dakle, zemljišna knjiga ne sadrži podatke o nepokretnosti (površina, oblik, granice prostiranja) koji se dobijaju njenim izvornim premerom, već se nepokretnost u njoj opisuje prema podacima iz katastra zemljišta.

U ostalim delovima Srbije (južna Srbija i Kosovo i Metohija) zemljišne knjige nisu uvedene ni nakon donošenja spomenutih zemljišnoknjižnih zakona, već je i dalje postojao, a u nekim i danas postoji ***tapijski sistem*** kao nasleđe iz turskog vremena.

---

[4] Na primer, u Republici Hrvatskoj ta odvojenost zemljišne knjige kao pravne evidencije od katastra kao faktičke evidencije nepokretnosti došla je do izražaja i kroz postojanje dva posebna zakona: Zakon o državnoj izmjeri i katastru nekretnina iz 2007. godine i Zakon o zemljišnim knjigama iz 1996. godine. U Zakonu o državnoj izmjeri i katastru nekretnina izričito je utvrđeno da su podaci u katastru nekretnina osnov za zemljišne knjige koje vode zemljišnoknjižni sudovi. O uspostavljanju saglasnosti zemljišne knjige i katastra (ručno vođene zemljišne knjige i katastra zemljišta, odnosno EOP zemljišne knjige – zemljišne knjige vođene elektronskom obradom podataka – i katastra nekretnina), odnosno o stvaranju jedinstvene baze podataka sadržanih u katastru nekretnina i EOP zemljišnoj knjizi, videti u: Hano Ernst, *Primarna uspostava suglasnosti zemljišne knjige i katastra,* Liber amicorum Nikola Gavella (Građansko pravo u razvoju), Zagreb, 2007, str. 177-226.

Srpskim građanskim zakonikom iz 1844. godine (§ 292) predviđeno je da se prenos svojine na nepokretnim dobrima vrši jedino upisom pribavioca u baštinske tj. zemljišne knjige. Do uvođenja baštinskih knjiga, kao privremeno rešenje, a na osnovu zakonodavnog rešenja iz 1850. godine, naređeno je da se upis u knjige zameni sudskim prenosom tapije, a da za taj prenos važe propisi koji se odnose na upis u baštinske knjige, pod uslovom da se mogu primeniti.[5] Taj „privremeni sistem" je ostao u apsolutnoj važnosti u celoj ondašnjoj Srbiji sve do 1930. godine (skoro 90 godina nakon donošenja Zakonika), kada se počelo sa uvođenjem zemljišnih knjiga, a u jednom njenom delu postoji i danas.

Katastar nepokretnosti u smislu jedinstvene (faktičke i pravne) evidencije nepokretnosti kao pozitivnopravno rešenje postoji u Srbiji dve decenije, a sada važeći Zakon o državnom premeru i katastru i upisima prava na nepokretnostima[6] stupio je na snagu 1992. godine. Planirano je da katastar nepokretnosti bude ne samo jedinstvena već i jedina evidencija nepokretnosti (da se njome zamene postojeće zemljišne knjige i tapijski sistem) u isključivoj upravnoj nadležnosti (Republički geodetski zavod). Ipak, u jednom dugom periodu nakon stupanja zakona na snagu, do marta 2000. godine, katastar nepokretnosti je ustrojen tek na oko 4% ukupne teritorije Srbije. Međutim, nakon izmena Zakona o državnom premeru i katastru i upisima prava na nepokretnostima učinjenih 2002. godine, intenziviran je rad na uvođenju katastra nepokretnosti. Srednjoročnim programom radova Republičkog geodetskog zavoda, za preriod od 1. januara 2004. do 31. decembra 2008. godine, predviđeno je dalje intenziviranje radova na izradi katastra nepokretnosti, tako da je planirano da do kraja 2008. godine bude obrazovan katastar nepokretnosti na skoro celoj teritoriji Srbije (od ukupno 4591 katastarskih opština, bez Kosova i Metohije, do tada bi u 4217 trebao da postoji katastar nepokretnosti). Do sada je katastar nepokretnosti uspostavljen na oko 85% celih katastarskih opština u Srbiji, (u 3821 katastarskoj opštini).[7] Planira se da će izrada katastra ne-

[5] „Tako je kombinovan sistem tapija sa sistemom baštinskih knjiga i stvoren je jedan novi sistem, koji slobodno može da se nazove srpskim sistemom". (Lazar Marković, *Građansko pravo, Opšti deo i Stvarno pravo,* Beograd, 1912, str. 353)

[6] Službeni glasnik Republike Srbije, br. 83/1992; izmene i dopune u br. 53/1993, 67/1993, 48/1994,12/1996, 15/1996, 34/2001 i 25/2002.

[7] U okviru Republičkog geodetskog zavoda postoji poseban Sektor za katastar nepokretnosti koji je izradio pregled svih katastarskih opština na teritoriji Srbije (prezentovan na sajtu www.rgz.sr.gov.yu). Za sve katastarske opštine i svaku posebno može se videti da li je uspostavljen katastar nepokretnosti (i datum uspostavljanja) ili i dalje postoji sistem zemljišnih knjiga zasnovanih na katastru zemljišta, ili, pak, postoji samo faktička

pokretnosti na celokupnoj teritoriji Republike Srbije biti završena do kraja 2010. godine.

1.3. Prevazilaženje postojećeg stanja

Iz navedenog se vidi da je stanje evidencije nepokretnosti kod nas nezadovoljavajuće i da je više razloga u osnovi toga. Pre svega, nikada nije postojala jednoobraznost u pravnoj evidenciji nepokretnosti,[8] a, samim tim, zemljišne knjige, kao pouzdani registri primenjeni u nekim visoko razvijenim zemljama (Austrija, Nemačka, Švajcarska[9]), nisu dobile istu šansu i kod nas. Zemljišne knjige nikada nisu bile uvedene u celoj Srbiji, a i na onim područjima gde jesu, nisu uvek bile uredno vođene, negde su zapuštene, a negde gde su uništene još u toku Drugog svetskog rata nikada nisu do kraja obnovljene. Povrh svega, u velikom broju slučajeva podaci koji su evidentirani u zemljišnim knjigama razlikuju se od podataka u katastru zemljišta, a i zemljišnoknjižno i katastarsko stanje razlikuju se od stvarnog (faktičkog) stanja nepokretnosti.[10]

Imperativ stvaranja potpune i precizne evidencije nepokretnosti, kao preduslova legalnog prometa nepokretnosti i iskorišćavanja njene vrednosti radi dobijanja što povoljnijih kredita njenim hipotekovanjem, trebalo je, po mišljenju brojnih pravnih teoretičara i praktičara, zadovoljiti dono-

---

evidencija nepokretnosti kroz katastar zemljišta. Dostupni su i podaci o ustanovljenom katastru nepokretnosti na delu katastarske opštine, u onim katastarskim opštinama gde nije postojala zemljišna knjiga.

[8] Do kakvog apsurda to može da dovede pokazuje jedan primer iz prošlosti. U Čačku je uvođenje zemljišnih knjiga započeto 1940. godine, a nastavljeno je po završetku rata. Tokom 1946. i 1947. godine zemljišne knjige uvedene su u 28 katastarskih opština na području leve obale Zapadne Morave. Zbog nedostatka sredstava tada se „zastalo" tako da je u 29 katastarskih opština na desnoj obali i dalje važio tapijski sistem. Takvo stanje potrajalo je sve do uvođenja jedinstvene evidencije (katastra nepokretnosti) u svim katastarskim opštinama, što se desilo u periodu od 2000. do 2008. godine.

[9] Zemljšnoknjižni sistem postoji i u brojnim drugim državama čiji se pravni poredak razvijao pod uticajem germanskog prava (u Poljskoj, Slovačkoj, Češkoj, Mađarskoj, Sloveniji, Hrvatskoj). Treba istaći da su Slovačka i Mađarska danas imaju jedinstven sistem evidencije fakata i prava na nepokretnostima koji se nalazi u nadležnosti upravne vlasti. Videti više o tome u: Tamas Prugberger, *Evidencija prava na nepokretnostima prema mađarskom pravu* i Jožef Salma, *Pravni značaj zemljišnih knjiga i hipoteke* (radovi su objavljeni u Zborniku radova sa Naučnog skupa: Jezik, obrazovanje, nauka, kultura, zaštita ljudskih i manjinskih prava u Vojvodini i zemljama u tranziciji, VANU, Novi Sad, 2007, str. 7-27 i 28-79.

[10] Ažurna zemljišna knjiga podrazumeva postojanje svesti privatnopravnih subjekata da je upis neophodan za legalan promet nepokretnosti, da je nedostatak upisa nešto što umanjuje tržišnu vrednost nepokretnosti i od nje čini tzv. mrtav kapital koji ne može da se optereti hipotekom u cilju dobijanja (povoljnih) kredita.

šenjem odgovarajućih pozitivnih propisa o zemljišnim knjigama, uspostavljanjem zemljišnoknjižne evidencije na onim područjima Srbije gde postoji tapijski sistem, te ažuriranjem postojećih zemljišnih knjiga (dovođenjem u sklad pravnih podataka ubeleženih u zemljišne knjige sa faktičkim stanjem koje je u međuvremenu znatno izmenjeno). Umesto toga, došlo je do opredeljenja za uvođenje sistema jedinstvene evidencije nepokretnosti. Komentari su bili brojni i raznovrsni, ali bi se mogli svesti na sledeću konstataciju: „Uvođenje jedinstvene katastarske evidencije je osoben pokušaj da se napusti najsavršeniji sistem zemljišnoknjižne evidencije koji je doživeo svoju potpunu afirmaciju u najrazvijenijim državama Evrope i da se problem nastao usled nedovršenog registra reši pokušajem uvođenja 'nove' evidencije."[11]

Na osnovu podataka o broju katastarskih opština u kojima je ustanovljen katastar nepokretnosti (3821, oko 85% teritorije Srbije, bez Kosova i Metohije), može se zaključiti da je jedinstvena evidencija nepokretnosti nakon višegodišnjeg postojanja samo u vidu pozitivnopravnog rešenja postala realnost u Srbiji. U toku je i rad na donošenju novog zakona koji uređuje ovu materiju. Republički geodetski zavod izradio je nacrt Zakona o državnom premeru i katastru nepokretnosti[12] čija rešenja treba da otklone sve teškoće koje su nastale zbog neadekvatnog regulisanja sada važećim Zakonom o državnom premeru i katastru i upisima prava na nepokretnostima. Uočljiva je težnja autora Nacrta da se poboljšanje postojećih zakonskih rešenja traži u usvajanju proverenih pravila zemljišnoknjižnog prava (u pogledu načela, prava koja se upisuju, vrsta i dejstva upisa, postupka upisa, pravnih lekova). Međutim, pri regulisanju pojedinih pitanja uočava se napuštanje ovih pravila što je najuočljivije u pogledu sastava lista nepokretnosti.

U ovom radu biće prikazan onaj deo Nacrta koji sadrži odredbe o katastru nepokretnosti radi ukazivanja na predložena nova rešenja, te njihovog poređenja sa važećom regulativom i komentarisanja.

2. KATASTAR NEPOKRETNOSTI

Nacrtom Zakona o državnom premeru i katastru nepokretnosti kao predmet regulisanja određena su sva pitanja od značaja za državni premer i katastar nepokretnosti (državni premer, katastar nepokretnosti i upis pra-

[11] Miroslav Lazić, *Značaj javnog registra za hipoteku,* Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, 2000/2001, str. 85.

[12] Poslednja verzija nacrta utvrđena je 04. 12. 2007. godine. Nakon toga Nacrt je ušao u fazu usaglašavanja od strane nadležnih ministarstava radi stavljanja u skupštinsku proceduru.

va na nepokretnostima, katastar vodova, topografsko-kartografski proizvodi, geodetsko-katastarski informacioni sistemi, Nacionalna struktura geoprostornih podataka i druga). U osnovnim odredbama sadržane su, između ostalih, i one kojima se određuje šta predstavlja državni premer,[13] šta je katastar nepokretnosti, te da je predmet uređivanja ovim zakonom od opšteg interesa za Republiku Srbiju, a da se nepokretnostima smatraju katastarske parcele, nadzemni i podzemni objekti i posebni delovi objekata. Zakonom je utvrđena nadležnost Republičkog geodetskog zavoda, posebne organizacije u okviru državne uprave, za sve poslove od značaja i za faktičku i za pravnu evidenciju nepokretnosti.[14]

Budući da se katastar nepokretnosti zasniva na podacima katastarskog premera samo u osnovnim crtama ćemo prikazati inače detaljnu zakonsku regulativu ovog pitanja. Katastarski premer može da se vrši u cilju osnivanja ili obnove katastra nepokretnosti, a predstavlja prikupljanje i utvrđivanje podataka za pozicioniranje (horizontalno i vertikalno) nepokretnosti u državnom referentnom sistemu, prikupljanje podataka o načinu korišćenja i drugim podacima o nepokretnostima (u katastarskoj opštini ili njenom delu) i to prema faktičkom stanju nepokretnosti. Katastarski premer obuhvata niz radnji usmerenih na potpunu identifikaciju nepokretnosti: pozicioniranje nepokretnosti, utvrđivanje katastarske teritorijalne jedinice (katastarska parcela, opština i srez), geodetsko merenje i prikupljanje podataka o nepokretnosti (podaci o granicama katastarske opštine, parcelama, objektima, posebnim delovima objekata i dr.), prikupljanje podataka o imaocu prava na nepokretnostima, o samim pravima i o držaocu nepokretnosti, prikupljanje podataka o kućnim brojevima, ulicama i trgovima i o granicama prostornih jedinica. U postupku katastarskog premera vrši se katastarsko klasiranje i bonitiranje zemljišta radi određivanja katastarskog prihoda[15] i vrši se procena vrednosti nepokretnosti.[16]

---

[13] Državni premer obuhvata geodetske radove na projektovanju, izvođenju i nadzoru u oblastima: osnovnih geodetskih radova, katastarskog premera, komasacionog premera, premera vodova, topografskog premera i premera državne granice.

[14] Stručne poslove u pogledu premera i izrade katastra nepokretnosti i vodova i njihovo održavanje i obnovu, pored Republičkog geodetskog zavoda, obavljaju i godetske organizacije (za koje je rešenjem Zavoda određeno da ispunjavaju propisane uslove za rad). Geodetska organizacija u Nacrtu se određuje kao privredno društvo, radnja i drugo pravno lice koji su registrovani kod nadležnog organa za izvođenje geodetskih radova.

[15] Katastarski prihod je novčani ekvivalent razlike vrednosti prosečnih prinosa i prosečnih materijalnih troškova proizvodnje za svaku katastarsku kulturu i katastarsku klasu u katastarskom srezu.

[16] Procena vrednosti nepokretnosti moguća je budući da se neophodni parametri za to nalaze među podacima sadržanim u katastru. Na taj način se prilično lako dolazi do

2.1. Pojam i načela katastra nepokretnosti

2.1.1. Katastar nepokretnosti je javna knjiga koja predstavlja osnovnu evidenciju o nepokretnostima i pravima na njima. Iz ovakvog zakonskog određenja proističe da katastar nepokretnosti objedinjuje u sebi i faktičke i pravne podatke o nepokretnosti (jedinstvena evidencija nepokretnosti).

2.1.2. U Nacrtu su, za razliku od važećeg Zakona, utvrđena načela na kojima se temelji uređenje katastra nepokretnosti. Izričito su predviđena sledeća načela: načelo katastarskog premera, načelo upisa, načelo obaveznosti, načelo javnosti, načelo pouzdanja, načelo zakonitosti, načelo prvenstva i načelo određenosti. Radi se uglavnom, o tradicionalnim načelima zemljišnih knjiga od kojih se, kao idejnog okvira pri uređenju ove oblasti, i mora poći ako se želi stvoriti pouzdana evidencija nepokretnosti.[17]

2.1.2.1. Po *načelu katastarskog premera* katastar nepokretnosti zasniva se na podacima katastarskog premera, čime se ističe da se faktičko stanje nepokretnosti, po kome se ona opisuje i identifikuje u katastru nepokretnosti, utvrđuje isključivo katastarskim premerom.[18]

2.1.2.2. *Načelo upisa* upućuje na pravilo da se prava na nepokretnostima stiču, prenose i ograničavaju upisom u katastar nepokretnosti, dok prestaju brisanjem. U tom smislu upis ima konstitutivni karakter, što je slučaj kada se pravna situacija nepokretnosti menja na osnovu pravnog posla. U određenim slučajevima prava na nepokretnosti mogu se steći i pre upisa u katastar nepokretnosti (originarno sticanje). Međutim, i tada se vrši upis da bi se stečeno pravo publikovalo (deklarativnost upisa) i na taj način omogućilo njegovo suprostavljanje prema svim trećim licima.

2.1.2.3. Po *načelu obaveznosti* upis u katastar nepokretnosti vrši se po zahtevu ili po službenoj dužnosti uz propisivanje dužnosti imaoca prava na nepokretnosti da podnese zahtev za upis. U našoj pravnoj teoriji stavljena je primedba da uvođenje načela obaveznosti upisa u katastar nepokretnosti predstavlja ograničenje autonomije volje, jer se time odstupa

---

vrlo bitnog svojstva nepokretnosti koje ima višestruki značaj (za razvoj tržišta nepokretnosti, kreditne poslove, sudkse sporove, oporezivanje i dr.).

[17] Uporediti sa načelima zemljišnoknjižnog uređenja u Republici Hrvatskoj: načelo stvarnosti, načelo upisa, načelo knjižnog prednika, načelo javnosti, načelo poverenja, načelo privole ili konsenza, načelo zakonitosti, načelo prvenstva, načelo potpunosti, načelo određenosti i načelo preglednosti. Videti više o tome u: Tatjana Josipović, *op. cit.,* str. 286-297.

[18] U sistemu zemljišnih knjiga, zemljišne knjige su zasnovane na katastru zemljišta koji se osniva na osnovu izvršenog katastarskog premera.

od principa slobodne inicijative odnosno stranačke dispozicije pri vršenju i zaštiti građanskih subjektivnih prava. Pravilo o obaveznosti upisa u katastar nepokretnosti suprotno je onom koje važi u zemljišnoknjižnom sistemu, a prema kome se upis vrši po predlogu zainteresovanog lica,[19] a samo izuzetno po službenoj dužnosti.[20] Pošto za upis nije dovoljan samo predlog ovlašćenog lica već i izričita saglasnost zemljišnoknjižnog prethodnika da se traženi upis izvrši *(clausula intabulandi*), ovo načelno pravilo za vršenje upisa u zemljišne knjige zove se načelo privole ili konsenza. To praktično znači da se upis u zemljišne knjige može izvršiti samo uz obostranu privolu (saglasnost) lica koje upisom stiče pravo i lica čije se pravo upisom ograničava, prenosi na drugoga ili ukida.[21] Međutim, ako se ima u vidu da se upis vrši ne samo u privatnom, nego i u opštem interesu, te imperativ postojanja uredne i ažurne evidencije, intervencija države u privatnopravne odnose propisivanjem obaveznosti upisa po službenoj dužnosti može se prihvatiti kao opravdana.

Ni među pobornicima zemljišnih knjiga, kao najprihvatljivije evidencije nepokretnosti, nema jedinstvenog stava po ovom pitanju. Po nekima, načelo obaveznosti je izlišno i nespojivo sa standardima pravne civilizacije koji važe za građanska subjektivna prava,[22] dok neki smatraju da, naprotiv, treba obezbediti njegovu doslednu primenu pri uvođenju zemljišnoknjižne evidencije.[23] Smatramo da načelo obaveznosti upisa, te sprovođenje upisa po službenoj dužnosti, ma koliko na prvi pogled izgledalo kao drastično odstupanje od slobodne inicijative ima društveno opravdanje. Stoga ga treba prihvatiti kao pravnu mogućnost intervencije države radi održavanja ažurne evidencije, onda kada izostane inicijativa zainteresovanog privatnog subjekta. Ono što je, međutim, od

---

[19] To je lice koje bi upisom steklo zemljišnoknjižno pravo, ali i ono čije bi se već upisano pravo promenilo tako što bi bilo ograničeno ili prestalo. To je izričito predviđeno čl. 95, st. 1. Zakona o zemljišnim knjigama Republike Hrvatske. U praksi skoro bez izuzetka predlog za upis podnosi ono lice koje upisom stiče neko pravo, jer je to, pre svega, u njegovom interesu. Ipak, značajno je ostaviti pravnu mogućnost i drugoj strani (čije pravo se upisom ograničava ili prestaje), jer je moguće zamisliti i njegov interes da se upis sprovede (na primer, da se ne tereti više on kao poreski obveznik).

[20] Videti §§ 84-85 Zakona o zemljišnim knjigama Kraljevine Jugoslavije i Miodrag Orlić, *Uvođenje i obnavljanje zemljišnih knjiga (Predlog za najpogodniju vrstu javnih registara nepokretnosti u Srbiji) za XXI vek,* Glasnik AK Vojvodine, br. 12/2000*,* str. 431-434.

[21] O ovom načelu videti više: Tatjana Josipović, *op.cit.,* str. 214-215 (»Knjižna su prava privatnopravne naravi pa su jedino njihovi nositelji ovlašteni njima raspolagati. ... Zbog toga upis knjižnih prava ovisi isključivo o dispoziciji njihovih nositelja.«).

[22] Videti, na primer: Miodrag Orlić, *op. cit.,* str. 434 i Dragoljub Simonović, *Reafirmacija zemljišnih knjiga,* Pravni život, br. 10/1998, str. 777.

[23] Videti, na primer: Miroslav Lazić, *op. cit.,* str. 102.

posebnog značaja za ažurnost evidencije nepokretnosti je postojanje svesti privatnopravnih subjekata da je upis neophodan za legalan promet nepokretnosti i da je taj upis prvenstveno značajan za njih, da izbegavanje upisa ne dovodi samo do uspešnog izbegavanja fiskalnih obaveza, već do smanjenja tržišne vrednosti nepokretnosti, koja postaje mrtav kapital čija se vrednost ne može iskoristiti za dobijanje kredita, jer se bez upisa ne može hipotekovati.

2.1.2.4. *Načelo javnosti* (podaci u katastru nepokretnosti su javni i svako može tražiti da izvrši uvid u njih) stvara neoborivu pretpostavku da je svako upoznat sa podacima upisanim u katastar nepokretnosti. Niko se ne može pozivati na to da mu upisani podaci nisu bili ili nisu mogli biti poznati, niti to može dokazivati.

2.1.2.5. *Načelo pouzdanja* je s obzirom na dugotrajno nezadovoljavajuće stanje evidencije nepokretnosti u Srbiji ozbiljno dovedeno u pitanje. Zbog toga je veoma bitno izričito propisivanje ovog načela i to na način koji treba da promeni postojeću sudsku praksu. Načelo pouzdanja zasniva se na pretpostavci da data evidencija nepokretnosti istinito i potpuno odražava činjenično i pravno stanje nepokretnosti, te zbog toga štiti savesna lica na način da ne mogu imati negativnih posledica čak i kada se upisano stanje razlikuje od stvarnog. Pokušavajući da uvaži načelo pouzdanja, a polazeći od činjenice da se knjižno i faktičko stanje vrlo često razlikuju, naša sudska praksa je savesnost lica koje se poziva na ovo načelo strožije cenila. Odlučujući uticaj na formiranje takve sudske prakse imao je zaključak sa savetovanja građanskih i građansko privrednih odeljenja Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda iz 1986. godine.[24] Zauzet je stav da o tome ko ima jače pravo u slučaju višestruke prodaje jedne iste nepokretnosti,[25] sud odlučuje primenom načela savesnosti i poštenja i načela zabrane zloupotrebe prava. U tom smislu, prednost se daje savesnom kupcu, ali pitanje je po kom kriterijumu se utvrđuje njegova savesnost, a naročito da li postoji savesnost kasnijeg kupca. U obrazloženju navedenog zaključka istaknuto je između ostalog i sledeće: „S obzirom na koliziju između formalnog stanja u javnim knjigama i materijalnopravnog stanja u prirodi, kod ocene pitanja valjanosti sticanja prava svojine na nepokretnosti ne može se osloniti samo na kriterijum prioriteta i bezrezervnog pouzdanja u zemljišnoknjižno stanje, već se to pitanje prosuđuje i rešava s obzirom na savesnost kupca. Stoga kupac nepokretnosti

[24] *Bilten sudske prakse,* Vrhovni sud Srbije, br. 3/1987.

[25] Kada je više lica zaključilo posebne pravne poslove radi sticanja prava svojine na istu nepokretnost.

svoju savesnost u sticanju ne može opravdati samo pozivom na pouzdanje u apsolutnu tačnost zemljišnoknjižnih upisa, već je dužan da proveri i posedovno stanje nepokretnosti koju želi da pribavi, odnosno da se uveri nije li zemljišnoknjižni vlasnik istu nepokretnost već ranije drugom prodao. Propusti li ovu dužnu pažnju pa se ispostavi da je dotična nepokretnost već ranije drugom prodata kupac će se smatrati nesavesnim, jer se uzima da je znao ili mogao znati da je pravni posao o prodaji nepokretnosti ranije zaključen." Dakle, da bi se lice koje kupuje nepokretnost moglo pozvati na svoju savesnost neophodno je da proveri ne samo zemljišnoknjižno stanje,[26] već i vanknjižno odnosno faktičko stanje nepokretnosti.[27]

Odredba člana 71. Nacrta Zakona o državnom premeru i katastru nepokrenosti glasi: „Savesno lice može se pouzdati da su podaci o nepokretnostima i pravima na njima upisani u katastar nepokretnosti istiniti i potpuni, i u slučaju kada ovi podaci to nisu, i ne može snositi štetne posledice zbog tog pouzdanja. (stav 1.) Savesnim licem is stava 1. ovog člana smatra se lice koje ne zna niti je prema okolnostima moglo znati da podaci o nepokretnostima i pravima na njima upisani u katastar nepokretnosti nisu istiniti, odnosno potpuni. (stav 2.)" Da se u uslovima uredne evidencije nepokretnosti ne bi nastavilo sa ranijom sudskom praksom, smatramo da navedenu odredbu treba dopuniti izričitim stavom da se nedostatak dobre vere, odnosno nesavesnost ne može prigovoriti nikome samo iz razloga što nije istraživao faktičko (vanknjižno) stanje.[28] Iako takav stav proističe iz načela pouzdanja u javni registar, njegova neophodnost u ovom momentu potencirana je postojećim stavom sudske prakse.

2.1.2.6. Iz *načelo zakonitosti* proizilazi da Republički geodetski zavod ispituje po službenoj dužnosti da li su ispunjeni zakonom propisani uslovi za upis u katastar nepokretnosti. Opšte pretpostavke za upis (postojanje upisanog prethodnika, postojanje odgovarajuće isprave za upis, ispunjenost uslova za traženu vrstu upisa), vrste upisa (uknjižba, predbeležba i zabeležba), kao i upis prava svojine i drugih prava na nepokretnosti-

[26] U tom smislu: da li je nepokretnost upisana na ime prodavca, da ne postoji već neka molba za upis istog prava koja bi uživala prvenstvo, a, takođe i da li je nastupila fikcija apsolutne tačnosti zemljišnih knjiga (da li je proteklo tri godine od izvršenog upisa knjižnog prethodnika).

[27] Ko ima državinu nepokretnosti: knjižni prethodnik ili neko drugi, a u potonjem slučaju po kom osnovu i u kom svojstvu to lice drži datu nepokretnost. O domašaju načela pouzdanja u našem pravnom sistemu videti više u: Obren Stanković, Miodrag Orlić, *Stvarno pravo,* Beograd, 1996, str. 330-340.

[28] Kao što je učinjeno u Zakonu o zemljišnim knjigama Republike Hrvatske u čl. 8.

ma (stvarnih i ličnih službenosti, hipoteke, zajedničke hipoteke, ugovornog prava preče kupovine, prava otkupa, prava prekupa, zakupa) detaljno je regulisano.[29] Predložena regulativa polazi od tradiconalnih pravila zemljišnoknjižnog prava.

2.1.2.7. *Načelo prvenstva* uređuje pravno dejstvo upisa prema drugim upisima u pogledu iste nepokretnosti, zavisno od vremenskog redosleda kojim su upisi sprovedeni. Izričito je predviđeno da se upis vrši i red prvenstva prava određuje prema vremenskom redosledu podnošenja zahteva za upis[30] *(prior tempore potior iure)*. Ako su zahtevi primljeni istovremeno red prvenstva je jednak.[31]

2.1.2.8. *Načelo određenosti* podrazumeva da sadržina svakog upisa u katastar nepokrenosti mora biti potpuno određena u pogledu: nepokretnosti na koju se upis odnosi, vrste upisa koja se vrši, vrste prava (ili druge činjenice) koje se upisuje, subjekta upisa, redosleda prvenstva upisa (tačno vremensko određenje upisa), te isprava na osnovu kojih je upis izvršen.

2.2. Sastav katastra nepokretnosti

2.2.1. Prema važećem Zakonu, katastar nepokretnosti sastoji se od:

1) *radnog originala plana* (kopija arhivskog originala) – služi za održavanje premera i katastra nepokretnosti;

2) *zbirke isprava* – sastoji se iz originala ili overenih prepisa isprava od značaja za upis prava na nepokretnostima;[32]

3) *katastarskog operata*[33] – sastoji se iz listova nepokretnosti.[34]

2.2.2. Prema Nacrtu, katastar nepokretnosti sastoji se od:

1) *elaborata katastarskog premera* – skup projekata i originalnih podataka o pozicioniranju nepokretnosti, originalnih podataka kojima se nepokretnost identifikuje i opisuje i tehničkih izveštaja o izvršenim radovima.

---

[29] Sa više od trideset članova (čl. 83-114 Nacrta).

[30] Osim ako je zakonom određeno drukčije.

[31] Sam potupak upisa promena na nepokretnostima i pravima na njima detaljno je regulisan (čl. 146-162): stranke u postupku, uslovi za urednost zahteva, redosled rešavanja i odlučivanje o zahtevu, sadržina rešenja o upisu, vršenje upisa, žalba, izmena prvenstvenog reda).

[32] Ulaganje isprava u zbirku isprava vrši se po godinama, za svaku katastarsku opštinu, i čuvaju se trajno.

[33] Katastarski operat u sistemu jedinstvene evidencije predstavlja ono što je glavna knjiga u zemljišnoknjižnom sistemu evidencije nepokretnosti.

[34] Listovi nepokretnosti su pandan zemljišnoknjižnom ulošku u sistemu zemljišnih knjiga. Na osnovu podataka unetih u listove nepokretnosti formira se niz pomoćnih evidencija: spisak katastarskih parcela, sumarnik katastarskog prihoda, zbirni pregled površina i katastarskog prihoda prema načinu korišćenja i katastarskim klasama, azbučni pregled vlasnika, nosilaca prava korišćenja i držalaca nepokretnosti.

Zasniva se na podacima katastarskog i komasacionog premera i postojećeg premera katastra zemljišta i čuva se trajno. Eaborat, dakle, obuhvata sve ono što se odnosi na faktičku evidenciju nepokretnosti.

2) *zbirke isprava* – predstavlja skup isprava na osnovu kojih je izvršen upis ili brisanje upisa na nepokretnostima i, kao i elaborat, čuva se trajno.

3) *baze podataka katastra nepokretnosti* – formira se na osnovu podataka sadržanih u elaboratu i zbirci isprava, a koji daju kompletno (faktičko i pravno) stanje nepokretnosti. Za svaku katastarsku opštinu formira se posebna baza podataka. Podaci sadržani u njoj podeljeni su u određene tematske celine: o parcelama, o objektima, o posebnim delovima objekata, o vrednosti nepokretnosti, o katastarskom prihodu, o adresnom registru, o prostornim jedinicama, o imaocima prava na nepokretnostima, o pravima na nepokretnostima, o činjenicama koje su zabeležene,[35] o geografskim i drugim nazivima, o ispravama, o aktima nadležnog organa za utvrđivanje prostornih jedinica i naziva ulica i trgova.[36]

2.3. List nepokretnosti

2.3.1. Prema važećem Zakonu, podaci koji se upisuju u list nepokretnosti raspoređeni su u četiri lista:

1) A list – sadrži podatke o zemljištu

2) B list - sadrži podatke o nosiocu prava[37] na zemljištu

3) V list – sadrži podatke o zgradi, stanu i poslovnoj prostoriji, kao posebnim delovima zgrade i drugim građevinskim objektima *i* nosiocima prava na njima

4) G list – sadrži podatke o teretima i ograničenjima: stvarne i lične službenosti, hipoteka, pravo dugoročnog zakupa, ugovorno pravo preče kupovine, pravo otkupa i prekupa. U ovaj list vrši se i zabeležba pravnih činjenica koje se odnose na vlasnika nepokretnosti ili samu nepokretnost, a koje mogu da budu od uticaja na postojanje i promet prava na nepokretnostima.

List nepokretnosti obuhvata sve katastarske parcele koje pripadaju istom nosiocu prava na zemljištu i objekte na tim parcelama, a koje se nalaze u istoj katastarskoj opštini.

---

[35] To su činjenice od značaja za sticanje, prestanak ili prenos prava na nepokretnostima koje se odnose na ličnost imaoca prava, na samu nepokretnost ili na pravne odnose povodom nepokretnosti).

[36] Baza podataka sadrži i podatke o držaocima nepokretnosti kada je to predviđeno zakonom, a mogu se formirati i druge tematske celine.

[37] Nosiocem prava smatra se vlasnik nepokretnosti, nosilac prava korišćenja na nepokretnostima u državnoj svojini i nosilac prava u pogledu raspolaganja, korišćenja i upravljanja na nepokretnostima u društvenoj svojini.

2.3.2. U Nacrtu je izostalo deljenje lista nepokretnosti na određene listove koji sadrže unapred predviđene podatke. Polazi se od toga da je list nepokretnosti osnovni dokument o nepokretnostima i pravima na njima i propisuje koje podatke sadrži. To su podaci o: 1) parceli i imaocu prava svojine, odnosno odgovarajućeg prava na parceli; 2) objektima i imaocima prava svojine, odnosno drugog odgovarajućeg prava na njima; 3) posebnim delovima objekata i imaocima prava svojine, odnosno odgovarajućeg prava na njima; 4) teretima i ograničenjima i drugim činjenicama koje se po zakonu upisuju u katastar nepokretnosti.

List nepokretnosti izdaje se za katastarsku parcelu (*realni* list nepokretnosti – sadrži sve podatke koji se odnose na jednu parcelu) ili imaoca prava svojine, odnosno odgovarajućeg prava ili držaoca (*personalni* list nepokretnosti – sadrži sve podatke koji se odnose na sve katastarske parcele koje pripadaju istom imaocu prava svojine, odnosno odgovarajućeg prava ili držaoca na nepokretnosti u jednoj opštini). Izvod iz lista nepokretnosti sadrži pojedine podatke iz tog lista. I list nepokretnosti i izvod štampaju se na propisanom obrascu i imaju snagu javne isprave.

2.4. Zaključne napomene u pogledu predloženih novih rešenja

Poređenje regulativnih pravila sadržanih u važećem Zakonu i Nacrtu navodi na nekoliko konstatacija i zaključaka. Sastav katastra nepokretnosti je izmenjen u pravcu stvaranja u pravom smislu reči jedinstvene evidencije o nepokretnostima i pravima na njima u vidu baze podataka katastra nepokretnosti. Naime, dok prema važećem Zakonu katastarski operat oponaša glavnu knjigu u sistemu zemljišnih knjiga,[38] Nacrtom se predviđa formiranje baze podataka (na osnovu podataka sadržanih u elaboratu i zbirci isprava) koja prikazuje kompletno (faktičko i pravno) stanje nepokretnosti. Ovakav pristup predstavlja, međutim, i neophodan ustupak zahtevima elektronske obrade podataka. Ono što će se eventualno pokazati kao nedostatak je činjenica da baza podataka, zbog detaljnosti i izvršene fragmentacije (podeljenost podataka u određene tematske celine) neće biti u stanju da pruži jednostavnu i celovitu informaciju o stanju nepokretnosti kao što to može glavna knjiga. Treba, takođe, imati u vidu da bi potpuno prevođenje evidencije nepokretnosti u elektronski sistem podataka (naročito u pogledu zbirke isprava i brisanja ranijih upisa) mogao ugroziti sigurnost podataka i poverenje u samu evidenciju.[39]

[38] Katastarski operat sastoji se iz listova nepokretnosti na isti način kao što glavna knjiga predstavlja zbir zemljišnoknjižnih uložaka.

[39] O skepticizmu u pogledu toga da bi potpuni elektronski sistem mogao ugroziti sigurnost podataka i poverenje u zemljišne knjige videti u: Willibald Posch, *Daljnji razvoj*

U pogledu sastava lista nepokretnosti mogao bi se staviti sličan prigovor. Već je važeći Zakon napustio tradicionalni sastav zemljišnoknjižnog uloška iako se stvarao privid da je on samo donekle izmenjen. U Nacrtu je potpuno izostala podela ovog osnovnog dokumenta o nepokretnostima na određene listove koji sadrže unapred predviđene podatke. Polazi se od toga da je list nepokretnosti osnovni dokument o nepokretnostima i pravima na njima i propisuje koje podatke sadrži, te vrši njihovo grupisanje u nekoliko tematskih celina. Takvim uređenjem lista nepokretnosti u suštini napušta se koncept zemljišnoknjižnog tela kao pravne celine i previđa mogućnost da u našem stvarnom pravu dođe do reafirmacije pravila *superficies solo cedit,* koja je, međutim, nagoveštena ako se ima u vidu postojeći Nacrt Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima.[40]

3. UMESTO ZAKLJUČKA

Značaj uređene i time pouzdane evidencije nepokretnosti na početku XXI veka nije više potrebno posebno isticati. Sagledavanje nezadovoljavajućeg stanja u kojem se ta evidencija u Srbiji nalazila u jednom dugom vremenskom periodu samo je polazište za moguće zaključke u kom pravcu se moglo, te kako se krenulo u njegovo prevazilaženje.

Realnost je da je u Srbiji preovladalo shvatanje da izlaz treba tražiti putem jedinstvene evidencije u vidu katastra nepokretnosti koji sadrži podatke o faktičkom i pravnom stanju nepokretnosti. Do sada je katastar nepokretnosti uspostavljen na oko 85% celih katastarskih opština u Srbiji, a formalna potvrda opredeljenja za ovaj koncept je činjenica da je u pripremi donošenje već trećeg zakona, za poslednjih dvadeset godina, kojim se uređuje jedinstvena evidencija nepokretnosti. Utvrđenim Nacrtom nastoji se da se svi uočeni nedostaci u dosadašnjoj regulativi prevaziđu na zadovoljavajući način i to se čini usvajanjem proverenih pravila zemljišnoknjižnog prava (načela, prava koja se upisuju, vrste i dejstva upisa, postupak upisa, pravni lekovi). Ipak, čini se da neke novine, a naročito u pogledu sastava katastra nepokretnosti i samog lista nepokretnosti, trajno ovu evidenciju udaljavaju od zemljišnoknjižnog koncepta čiji su temelji zemljišnoknjižno telo kao pravna celina i princip *superficies solo cedit.*

EOP zemljišne knjige u Austriji. Model za Hrvatsku?, Liber amicorum Nikola Gavella (Građansko pravo u razvoju), Zagreb, 2007, str. 227-240.

[40] Član 25. Nacrta glasi: „Stvar trajno spojena sa zemljištem svojina je vlasnika zemljišta, i prenosi se, zalaže, nasleđuje, podleže drugom raspolaganju i zapleni po istim odredbama kao i zemljište, ako nije drukčije određeno ili ugovoreno."

Radenka Cvetić, Ph. D., Associate Professor
Novi Sad School of Law

Uniform real estate public records

Abstract

The article begins with the notion and importance of real estate public records in general, and the current structure of these records which has existed in Serbia for a while. The article then gives an overview of the concept of uniform real estate public records and the cadastre as a model for achieving the uniformity in real estate public records. The analysis is focused on the comparison between the provisions of the Act on Land Survey and Cadastre and Registration of Rights Relating to Real Estate, currently in force, with the Draft of the Act on Land Survey and Cadastre. The author comes to the conclusion that the new Draft will adequately remove all deficiencies of the law of in force, since it adopts established and reliable rules of land registry legal rules (principles, rights to be registered, types and effects of registration, registration procedure, remedies). However, the author emphasizes the fact that novelties introduced by this Draft, especially those relating to the composition of the cadastre and the real property deed, will permanently distance this type of registration from the old land register books.

Originalni naučni rad 339.54:336.56

Dr Drago Divljak, vanredni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

PRAVNI ZNAČAJ SUBVENCIJA

***Sažetak**: U radu se razmatraju pravni značaj subvencija, i to sa aspekta obezbeđenja slobodne i fer konkurencije u međunarodnoj trgovini. Zbog svoji implikacija i značaja , kako u pogledu liberalizacije međunarodne trgovine, tako i pogledu očuvanja nacionalnih ekonomskih interesa od nelojalnog postupanja stranih uvoznika, ovo pitanje spada u korpus aktuelnih i spornih pitanja prava spoljne trgovine. Prevashodno se razmatra koncept zaštite od subvencija u našem novom spoljnotrgovinskom zakonodavstvu , i to naravno u korelaciji sa nadnacionalnim međunarodnim pravnim pravilima iz te oblasti nastalim u okviru Svetske trgovinske organizacije i Evropske unije.*

Naš pravni sistem je dugo bio hendikepiran nedostatkom kvalitetnih propisa koji bi sankcionisali nelojalnu konkurenciju u međunarodnoj trgovini po navedenom osnovu Procesi liberalizacije našeg spoljnotrgovinskog sistema i konstantni spoljnotrgovinski deficit, sve aktuelnijim čine problem zaštite sopstvene privrede i kreiranje odgovarajućeg odbrambenog instrumentarija. Stoga je kreiranja adekvatnih pravila o subvencijama donošenjem Zakona o spoljnotrgovinskom poslovanju iz 2005. godine , značajan pomak u ovoj oblasti. Relevantna pravna pravila našeg pozitivnog prava u osnovi poštuju standarde pravne regulative EU i STO. Međutim, nije dovoljno doneti nove harmonizavone propise sa međunarodnim standardima, već je potrebno obezbediti uslove i prateće institucionlne kapacitete za njihovo tumačenje i primenu ,u čemu smo tradicionalni deficitarni.

***Ključne reči:** državna pomoć, subvencija, kompenzatorne carine, STO, EU, izvozna subvencija*

Uvod

Moderno doba karakteriše visok stepen konkurencije na unutrašnjem i međunarodnom tržištu. U tom okviru, kompanije se susreću sa velikim pritiskom da u cilju uvećanja svog tržišnog udela stalno jačaju svoju konkurentsku poziciju, oslanjajući se u prevashodno u svoje sposobnosti. Međutim, ponekad se to može učiniti angažmanom trećih lica, dakle eksternim putem. Neretko se to realizuje i uz aktivno finansijsko učešće državnih institucija i to putem državne pomoći, odnosno subvencija, čime obezbeđuje određenu prednost koja nije zasnovana na tržišnim kriterijuma.

Razlozi i ciljevi njihovog korišćenja su raznovrsni. [1] I implikacije njihove primene nisu jednoznačne i mogu biti političkog, pravnog i ekonomskog karaktera. Ekonomski, oni s jedne strane mogu biti važan generator privrednog razvoja i korektor nedostataka tržišta kao neprikosnovenog regulatora, ali i druge strane oblik negativnog uplitanja države u privrednu konkurenciju i njenog dodatnog iskrivljavanja. Navedene reperkusije su uslovile i karakter i pravnog značaja ovih kategorija, koja je dvojakog karaktera. S jedne strane, njihovo korišćenje u cilju ostvarivanja ciljeva ekonomske politike jedne zemlje je sistematizovano kao institut javnog prava u formi koncepta državne pomoći. U ovom slučaju, pravna regulativa je usmerena da se uredi način davanja pomoći i obezbedi nediskriminaciju i nadzor nad njenim korišćenjem, što je posebno karakteristično zemlje EU. [2] S druge strane u privatnom, odnosno pravu spoljne trgovine subvencije su problematizuju u kontekstu obezbeđenja lojalnog i fer ponašanja u međunarodnoj trgovini. Pravna pravila ovakvog karaktera imaju za cilj da se obezbedi zaštita od štetnih posledica subvencija koje

[1] Ti razlozi su uglavnom vezni za jačanje platno-bilansne pozicije države i rešavanje problema zapošljavanja, kao si ostvarivanje specifičnih ciljeva ekonomskog razvoja. U ovom kontekstu su najčešće vezane za razvoj industrija u početnom periodu njihovog razvoj (tzv. mlade industrije),kako bi se ostvario razvoj novih proizvod ili tehnoloških procesa. Međutim, istu argumentaciju je moguća koristiti i za tzv. zrele industrije, kojima je potrebno prestruktuiranje na tehnološkom i finansijskom planu. Sve ovo zajedno možemo podvesti pod potrebu strukturnog prilagođavanja. Poseban oblik pomoći je vezan za stratešku promociju nacionalne ekonomije, namenjenu domaćim izvoznicima, ali domaćim proizvođačima da bi ojačali u odnosu na stranu konkurenciju . One jačaju domaće privredne subjekte u odnosu na tržišnu konkurenciju i same po sebi nisu suprotstavljene tržištu, štaviše, ona nekad mogu imati ulogu da povećaju tržišnu konkurenciju.

[2] Sistem državne pomoći u na nivou Evropske Unije, bazično je uređen je čl .87. i 88. Ugovora o osnivanju Evropske zajednice (Rimski ugovor), a na toj osnovi je nastao vrlo složen i razgranat korpus pravnih pravila, a praćena su razrađenim institucionalnim mehanizmima koji treba da obezbede njihovo sprovođenje. Nju posebno karakteriše segmentiranost po pojedinim sektorima.

svojim izvoznicima i konkuretnima na tržištu daju druge zemlje učesnice u međunarodnoj trgovini.

U fokusu ovog rada su upravo subvencije kao instrument koji u najvećoj meri diskriminatorno utiče na međunarodnu trgovinu. Nelojalna, odnosno nepoštena konkurencija je jedna od najspornijih problema međunrodne trgovine. Istovremeno sve veća liberalizacija međunarodne trgovine stvara povoljnu klimu za državni preokcionizma u ovoj oblasti, između ostalog i putem subvencija. Posebno ćemo se baviti problemom pravne zaštite od nelojalnog poslovanja u međunarodnoj trgovini po ovom osnovu u našem novom spoljnotrgovinskom zakonodavstvu, i to naravno u korelaciji sa nadnacionalnim međunarodnim pravnim pravilima nastalim u okviru Svetske trgovinske organizacije i Evropske unije. To nije nužno samo iz potrebe usklađivanja sa pravilima ovih organizacija, , već i stoga što su to standardi koji se primenjuju u najvećem broju država, naših ekonomskih partnera.

1. Pojam i međunarodnopravni okviri subvencija

Pojmovno odrediti subvencije nije nimalo lako, s obzirom da se ona pojavljuje u raznovrsnim pojavnim oblicima i vrstama, koji se vremenom menjaju i dobijaju drugačije varijacije. Ipak, generalno rečeno, pod subvencijom se podrazumeva oblik finansijske intervencije države sa ciljem da se poboljša konkurentska pozicija preduzeća , kao primaoca subvencije.

Moguća je različita tipologija subvencija. Najčešća je podela[3] na izvozne subvencije i domaće proizvodne subvencije. Takva podela je relevantna i kod njihovog pojmovnog definisanja. Izvozne subvencije su neposredna i posredna plaćanja vlade izvoznicima roba i usluga , u cilju uvećanja izvoza, koja se realizuju kada roba napusti domaći carinski prostor ili se pruže usluge stranim rezidentima. Odobravanje izvoznih subvencija je motivisano stimulisanjem izvoza ili povećanjem konkurentske izvozne sposobnosti preduzeća ili grupe preduzeća. Sva ta pomoć je selektivne prirode, tako da korisnici stiču prednost u odnosu na druge subjekte, jer po tom osnovu mogu sniziti cene svojih proizvoda i usluga i tako povećati svoju cenovnu konkurentnost i time dovesti u teškoće strane konkurente. Tako se menjaju i međusobni odnosi konkurencije koji su pre toga postajali između subvencionisanih i ostalih preuzeća, ali i veštač-

[3] Postoje i trgovinske subvencije a to su subvencije koje omogućavaju niže troškove života potrošače, pa se na taj način one iskazuje kao instrument kontrole životnih troškova ,a ne instrument zaštite.

ki utiče na trgovinu između država koja je do tada postojala. Po određenim okolnostima, i domaća proizvodna subvencija može imati isti efekat kao i izvozne subvencije. Naime, s takvim subvencijama, povećava se konkurentnost domaćih proizvođača, tako da uvoz pada.

Izvozne subvencije se mogu ostvariti u različitim oblicima. Tako one mogu biti u formi direktnih vladinih finansijskih transfera, fiskalnih podsticaja kao što su odlaganja plaćanja poreza, javnih nabavki ili posrednih plaćanja kroz mehanizam fondova ili preko privatnih tela za sprovođenje navedene funkcije, ali i izdavanja obveznica namenjene finansiranju preduzeća i sl. [4]

U međunarodnoj trgovini robama ali i uslugama preovlađujuće je usmerenje ka liberalizovanoj prekograničnoj trgovini, jer se smatra da su koristi te trgovine najviše ispoljavaju kada je ona slobodna. Ona načelno obezbeđuje optimalnu proizvodnu specijalizaciju na univerzalnom svetskom nivou. Iako slobodna trgovina, na načelnom novu, obezbeđuje koristi svim državama, u stvarnosti nijedna države se nije odrekla mogućnosti da svojim ekonomskim i drugim merama aktvno utiče na stanje na tržištu, na vođenje ekonomske i socijalne politike. U tom okviru oni koriste instrumente kojima se usmerava i ograničava spoljnotrgovinska razmena. I naša zemlja, kao država u tranziciji koristi državnu pomoć ,odnosno subvencije u značajnoj meri, u cilju sprečavanja stečaja, rasta nezaposlenosti i uspostavljanja socijalnog mira.

Posebno treba apostrofirati ponašanje razvijenih zemalja. One su u načelno za smanjivanja državne intervencije i stega slobodnoj konkurenciji. Međutim u praktičnom ponašanju, vidljiva je ambivalentnost. Dok s jedne strane one načelno podržavaju i hoce da koriste prednosti slobodne trgovine za sebe, s druge strane pokušavaju da u međunarodnoj trgovini steknu prednost u konkurenciji i korišćenjem subvencija.

Svesni da ovakvo daljnje parcijalno postupanje svake države ponaosob donosi dugoročne štete svima, one zajednički pokušavaju prinaći rešenje na nadnacionalnom nivou, međunarodnim ugovorima[5] ili kreiranjem međunarodnih pravila za subvencije. U tom pogledu od posebnog značaja su ona nastala u okviru GATT-a, STO i EU. S obzirom na svoje značajne političke i ekonomske implikacije, koje nekad se po svojim efektima mogu imati karakter mera ekonomskog rata, pravna pravila iz ove oblasti imaju za cilj da se utvrde režim korišćenja subvencija, kao i zaštitni instrumentarij u slučaju kršenja tog režima.

---

[4] Reid, D, Sustinable developoment, An introduckctionary guide, London, 1995, str. 2.

[5] U ugovorima o stabilizaciji i pridruživanju između Evropske unije i zemalja u procesu pridruživanja se dogovorno pokušava urediti problem subvencija u međusobnoj trgovini. Uporedi čl. 70. ovog sporazuma između Evropske unije Hrvatske

Od svog osnivanja, pravila GATT-a su se postavila prema subvencijama kao jednoj od većih zala međunarodne trgovine. Osnovni sporazum GATT-a je sadržao malo odredbi o subvencijama, njihovom nadzoru ili negativnom uplivu na međunarodnu trgovinu. Izvozne subvencije se prvo spominju u čl. VI, u kome se daje opšta definicija subvencija i dozvoljava uvođenje kompenzatornih instrumenata za slučaj njihovog korišćenja s ciljem da se učinak izjednači, i propisuju uslovi za njihovu primenu. U članu XVI se priznaje negativan učinak subvencija na međunarodnu trgovinu i insistira na njihovoj notifikaciji dogovornom rešavanju sporova između članica tim povodom..

Međutim ovakav pravni okvir nije bio posebno efektivan.[6] To je uslovilo da se u to Kenedijevoj rundi pregovara razmotri i problem protekcionizma nastalog po osnovu korišćenja antisubvencijskih mera,[7] a i da one postanu i glavna tema Tokijske runde pregovora. Kao rezultat je nastao Protivsubvencijski kodeks iz 1979. godine, kao prvi posebni dokument na univerzalnom planu, specijalno posvećen subvencijama.

U međunarodnoj trgovini koja se zasniva na liberalizaciji i slobodnoj konkurenciji, svako uplitanje države trebalo bi biti ograničeno. Posebno bi to trebalo da važi za državne transfere tržišnim subjektima u vidu subvencije. Na tom tragu je i bila Urugvajska runda pregovora kojim je nastala Svetska trgovinska organizacija. Naime, u okviru regulacije ključnih procedura spoljnotrgovinskih sporazuma,[8] u okviru STO sistem državne pomoći na međunarodnom nivou regulisan je Sporazumom o subvencijama i kompenzatornim merama (Agreement on Subsidies and Countervailing Measures iz 1995. godine. U skladu sa opštim karakterom pravila STO, navedena pravila o subvencijama obavezuju države članice, a ne određuju ponašanje privrednih subjekta u ovoj oblasti. Po svojoj sadržini ,ona su koherentna odnosnim pravilima o dampingu nastalih u okviru GATT-a.

Ovaj sporazum multilateralno uređuje dve međusobno povezane oblasti : subvencije i upotreba kompenzatornih mera, kao unilateralan instrument zaštite države od štete nanete subvencijama. Iako konceptualno i sadržinski označava bitan pozitivan pomak, ipak on u praksi i dalje nije

---

[6] Uspostavljenja pravila GAT-a su u praksi skoro isključivo koristile SAD, što je posebno bilo izraženo posle 1974. godine ,nakon izmene zakonskih pravila iz te oblasti.

[7] Besseler , J.F.-W.-Wiliams, Anti-Dampingand Anti –Subsidy Law European Communitties, London, 1986., str. 6-111.

[8] U njih spadaju pravila o antidampingu, tehničkim preprekama trgovini, carinskoj vrednosti, kontroli pre isporuke, pravilima o poreklu robe, procedurama za izdavanje uvoznih dozvola, zaštitnom sistemu, sanitarnim i fitosanitarnim merama i sl. Više: August, R, International Business Law, 2002., str.358.

doveo do obustave prakse, da države, više ili manje često i prikriveno koristi ovaj instrument.[9]

Kao rezultat kompromisa između najrazvijenijih zemalja i ekonomskih grupacija, posebno između SAD i EU, [10] navedeni sporazum ima diferenciran pristup problemu subvencija u međunarodnoj trgovini, koji je u osnovi zasnovan na klasifikaciji subvencija po učincima na međunarodnu trgovinu. [11] Tako se razlikuju dve vrste subvencija, specifične i nespecifične subvencije. Specifične su one koje su ograničena na pojedina preduzeća ili industrijske grane, ili grupe preduzeća ili industrija, ili na preduzeća iz pojedinih geografski oblasti. Nespecifične su one koje su raspoređene i dostupne svim preduzećima ili granam industrije u zemlji. Smatra se da ove druge ne prouzrokuju štetu ili realokaciju prihoda, pa su tako predmet sporazuma samo specifične subvencije.

Svetska trgovinska organizacija u načelu zabranjuje subvencionisanje izvoza, odnosno izvozne subvencije i subvencije koje zahtevaju od primaoca korišćenje domaćih roba umesto uvoznih. Za njih se smatra sa prouzrokuju štetu međunarodnoj trgovini i kao takve nisu dozvoljene. Od njih se razlikuju subvencije koje nisu zabranjene, ali koje mogu prouzrokvati štetu, čije postojanje se dokazuje u posebnom postupku. Sporazum STO razlikuje i dozvoljene subvencije One obuhvataju subvencije za bazična istraživanja i prekonkurentni razvoj, subvencije za razvoj nerazvijenih područja, subvencije koje predstavljaju pomoć pri uvođenju nove tehnologije u cilju smanjenja zagađivanja ljudske sredine, subvencije u poljoprivredi [12] i sl.

U okviru instrumenata spoljnotrgovinske politike Evropske unije, svoje mesto imaju i protivsubvencijska pravila.[13] Po osnovu člana 113, Rimskog ugovora, EU ima isključiva ovlašćenja zajedničke spoljnotrgovinske politike, što uključuje i zaštitu unutrašnjeg tržišta od nelojalnog nastu-

---

[9] To ilustrativno pokazuje praksa ,prevashodno SAD, Vidi: The WTO Case Law of 2001. Cambridge, 2003,. str, 72-115, 170-201.

[10] SAD se tradicionalno zalaže da se prema subvencijama uvede vrlo restriktivan pristup, za razliku od EU, koja je više otvorena prema njihovoj primeni.

[11] Ovakav pristup se slikovito označava kao tzv. semafornski pristup regulisanju (traffic lights aprroach), koji subvencije deli na vrste prema pravnom režimu.

[12] I pored toga sve zemlje članice STO su u obavezi da u određenom roku smanje vrednost izvoznih subvencija u poljoprivredi za više od trećine u odnosu na bazno razdoblje.

[13] Protivdampinška pravila Evropske unije najviše su korišćeni oblik trgovinske zaštite. Od januara 1995. godine do decembra 2004. godine, EU je uvela 189 anti-damping mera. U istom periodu bilo je 300 pokrenutih postupaka. Istovremeno, do 31. oktobra 2006, godine u EU stupile su na snagu 12 antisubvencijskih mera. Anti-damping i antisubvencija mere protiv nepoštenih trgovina predstavlja manje od 0,45% vrednosti ukupnog uvoza EU.

panja. Cilj antisubvencijske politike je suzbijanje uvoza po veštačkim nižim cenama, čija je osnova u subvencijama države izvoznice.

Po ugledu na pravila ove organizacije i EU je donela Uredbu o zaštiti od subvencionisanog izvoza. [14] Evropski sistem subvencija je u osnovi zasnovan na pravilima STO,[15] što se pre svega odnosi na pojmovno određenje subvencija, kompenzatorne naknade. Određena odstupanja postoje u pogledu utvrđivanja povrede kao i pogledu antisubvecijskog postupka. Kao i kod protivdampinškog postupka, Evropska komisija sprovodi istrage i nameće privremene mere. Definitivno mere i utvrđuje Savet ministara. Prigovori i postupak ispitivanja su slični onima koji važe odnose na protivdampinške postupke.

2. Subvencije i zaštita od subvencija u našem pravu

Naš pravni sistem je dugo bio hendikepiran nedostatkom kvalitetnih propisa koji bi sankcionisali nelojalnu konkurenciju u međunarodnoj trgovini. Pravila o kompenzatornim merama ,kao zaštiti od subvencija su postojala u ranijem zakonu, ali ona bila na nivou načelnih deklarativnih pravila. Procesi liberalizacije našeg spoljnotrgovinskog sistema i konstantni spoljnotrgovinski deficit, sve aktuelnijim čine problem zaštite sopstvene privrede i kreiranje odgovarajućeg odbrambenog instrumentarija. Stoga je kreiranja adekvatnih pravila o zaštiti od subvencionisanog izvoza od velikog značaja, U novim ekonomskim uslovima toj potrebi je odgovoreno donošenjem Zakona o spoljnotrgovinskom poslovanju iz 2005. godine. [16]

Navedena materija je regulisana u delu III zakona koji se odnosi na mere zaštite u spoljnotrgovinskom pravu. U skladu sa standardima uporednom pravu, pravna regulativa iz ove oblasti se pre svega utvrđuje pojam kompenzatorne dažbine, kao i pojam subvencija , ali i uslove i nadležnost za uvođenje ovih zaštitih mera, uređuje postupak ispitivanja, kao i njihovu primene. Dve su vrste pravila obuhvaćena navedenim zakonom. Odredbama materijalnog karaktera se definišu uslovi za donošenje kompenzatornih dažbina ,dok pitanja postupaka i prava stranaka u tim postupcima čine drugi segment zakona, procesnog karaktera. U skladu sa međunarodnom praksom, prema kojoj se u subvencije i damping zbog svojih

[14] Uredba 2026/97 Evropske unije..

[15] O relevantnim aspektima odnosa ovih organizacija: Scott,J. Internationa Trade and Envirometal Governance relating Rules (and Standards(in the Eu and the WTO, EJIL Vol 15 /2004/ 307-354

[16] Službeni glasnik RS", br. 101/2005.

sličnosti tretiraju na jedinstven način, [17] i u našem pravu je ovaj drugi segment regulacije zajednički i za oba instrumenta.

U ovoj oblasti, na konceptualnom nivou, kao osnovno polazište u regulaciji koristi pravne standarde uspostavljenje pravilima STO, odnosno Evropske unije, što je eksplicitno izraženo u samom zakonu To se neposredno ispoljava na dva načina. Prvo, kod definisanja kompenzatorne mere, a time i polja njene primene, zakonodavac se izričito poziva na Sporazum Svetske trgovinske organizacije o subvencijama i kompenzatornim merama (Agreement on Subsidies and Countervailing Measures). Drugo, ovlašćenja data Vlada da može da propiše bliže uslove za primenu mera zaštite, se ograničavaju time da ona moraju biti u skladu sa pravilima Svetske trgovinske organizacije i propisima Evropske unije. Ovakav obavezujuća intencija Vladi je vrlo značajna, s obzirom na raniju praksu u ovoj oblasti, da se inače korektna zakonska rešenja dezavuišu i obezvrede podzakonskim aktima.

Osnovna zaštitna mera u slučaju izvoznih subvencija poslovanje u našem pravu kompenzatorna dažbina. Radi se posebnoj dažbini na uvoz robe koja se uvodi radi otklanjanja posledica subvencija koju država porekla, odnosno izvoza robe, posredno ili neposredno odobrava za proizvodnju ili za izvoz te robe u našu zemlju. [18] Subvencija se u našem pravu definiše kao je poseban, posredan ili neposredan, finansijski doprinos države porekla, odnosno izvoza robe, u korist lica koje proizvodi ili posredno ili neposredno izvozi tu robu u zemlju.[19] Pri tome, pod subvencijom se ne smatra oslobađanje robe namenjene izvozu od poreza kome podleže takva roba kada je namenjena domaćem tržištu ili povraćaj tog poreza. [20] U osnovi navedeno pojmovno određenje zasniva na pravilima EU i relevantnim univerzalnim pravilima međunarodne trgovine.[21] Tako se u okviru STO subvencija definiše kao finansijska pomoć (doprinos) vlade ili bilo kog javnog tela na teritoriji zemlje članice ili bilo druga dohodovna ili cenovne podrška u skladu sa čl. XVI GATT-a 1994,godine. [22] Isto ocena važi i za bliže definisanje finansijskog dopri-

[17] U oba slučaj se strano tržište osvaja netržišnim metodama. Podloga takvog nastupanja izvoznika su poreske i druge olakšice ili direktne finansijske dotacije Njihova međusobna povezanost se ogleda u činjenici da i subvencije mogu biti uzrok dampinga. Problem nastaje u tome, koja pravila će se primeniti u takvim situacijama, pravila od dampingu ili ona o subvencijama.

[18] Čl. 36. st. 1. Zakona o spoljnotrgovinskom poslovanju iz 2005. godine.

[19] Čl. 36. st. 2. Zakona o spoljnotrgovinskom poslovanju iz 2005. godine.

[20] Čl. 36. st. 5. Zakona o spoljnotrgovinskom poslovanju iz 2005. godine.

[21] U pravilima GATTA-ona se definišu koji oblik posebnih davanja koje država izvoznica daje za robu u vidu subvencija ili premija .

[22] Čl. čl. 1.1 Sporazuma Svetske trgovinske organizacije o subvencijama i kompenzatornim merama (Agreement on Subsidies and Countervailing Measures)

nosa. Tako se pod njim preciznije smatra: neposredni prenos državnih sredstava (donacije, zajmovi, uvećanje akcijskog kapitala i sl.) ili neposredno preuzimanje obaveza (preuzimanje dugova, davanje garancije za zajmove i sl.);odricanje države od dospelog javnog prihoda ili nenaplaćivanje takvog prihoda (carina, porez, poreski podsticaji i sl.); državni doprinos fondovima za unapređivanje izvoza;proizvodnja ili nabavka robe ili pružanje usluga, od strane države, osim za potrebe opšte infrastrukture (izgradnja puteva, gasifikacija i dr.);. Osim toga on obuhvata i posredno pribavljanje koristi po navedenim osnovama, putem poveravanje ili naloga drugim licima da izvrše neku od prethodni radnji, kao i podsticaj uslovljen izvoznim uspehom ili korišćenjem domaće umesto uvozne robe u proizvodnji.[23]

Osim postojanja subvencije, kao uslov za uvođenje kompenzatornih mera u našem pravu se zahteva da taj finansijski doprinos bude poseban.[24] A takvim se smatra ako je selektivan, odnosno ako se odobrava samo pojedinom licu ili grupi lica, uključujući i finansijski doprinos koji se odobrava samo pojedinom licu ili grupi lica na osnovu geografskog položaja tih lica. Takvim se ne smatra doprinos koji se automatski odobrava svim licima na osnovu zakonom propisanih kriterijuma. Poseban doprinos postoji i ako se daje samo određenom broju lica na osnovu zakonom propisanih kriterijuma, ili u najvećoj meri samo određenom broju lica na osnovu zakonom propisanih kriterijuma. [25]

Stopa kompenzatorne dažbine utvrđuje se u visini koja je potrebna da se otklone posledice uvoza predmetne robe ali ne može da bude viša od punog iznosa.[26] Ovim pravilom se utvrđuje samo gornja granica iznosa naknade, a to znači da može biti i manja. [27]

U našem pravu nadležnost za uvođenje obavezu plaćanja kompenzatorne dažbine, pripada Vladi. Ona to ne može učiniti arbirterno, već tek nakon sprovedenog postupka ispitivanja ,a sve na osnovu dokaza o postojanju bitnih pretpostavke za njeno izricanje. Osim dampinga, mora da postoji šteta naneta domaćoj proizvodnji ili opasnost da dođe do takve štete. [28]

Zakonom bi se maksimalnoj meri trebali štititi interesi domaćih proizvođača od nelojalne konkurencije stranih kompanija. Međutim, to mora

---

[23] Čl. 37. st. 3 . Zakona o spoljnotrgovinskom poslovanju iz 2005. godine.

[24] I Uredba 2026/97 Evropske unije daje listu primera izvozne subvencije koji se smatraju specifičnim.

[25] Čl. 36. Zakona o spoljnotrgovinskom poslovanju iz 2005. godine.

[26] Č. 38. Zakona o spoljnotrgovinskom poslovanju iz 2005. godine.

[27] U pogledu detaljnog regulisanja izračunavanja ove stope, mogu biti instruktivna pravila EU.

[28] Čl. 39. st. 1. Zakona o spoljnotrgovinskom poslovanju iz 2005. godine.

biti učinjeno adekvatno, u smislu da prevelika zaštita domaćih proizvođača ne bi oštetila druge domaće privredne subjekte koji koriste tu robu stranih proizvođača. Stoga je našim zakonom dobro postupljeno, što se za uvođenje kompenzatorne dažbine traži postojanje ne svake, već samo znatnije štete. Znatna šteta ili opasnost da dođe do takve štete postoji ako je uvoz predmetne robe doveo, odnosno ako može da dovede, do stvarnog ili mogućeg pada domaće proizvodnje, pada prodaje domaće robe, udela na tržištu, profita, produktivnosti, prihoda od investicija, iskorišćenosti kapaciteta, stvarnog ili mogućeg uticaja na promet, do pada zaliha, zaposlenosti, zarade, privrednog rasta, kao i do pada mogućnosti pribavljanja kapitala ili investicija. Njeno postojanje se utvrđuje na osnovu većeg broja ekonomskih činilaca. [29]

Osim navedenog potrebno je da postoji i uzročna veza između subvencija na jednoj strani, i znatne štete ili opasnosti da dođe do znatne štete, na drugoj strani.

Uzročna veza postoji naročito ako je uvoz robe koja je predmet subvencija znatno povećan u odnosu na prosečan uvoz u periodu od tri godine koji prethodi periodu u kome se obavlja uvoz robe koja je predmet subvencija , odnosno za period za koji postoje podaci. Ona postoji ako su cene takve uvozne robe znatno niže od cena slične domaće robe i kada je takav uvoz uticao na smanjenje cena slične domaće robe u značajnoj meri, odnosno kada je sprečio povećanje cena domaće robe do koga bi inače došlo. [30]Ako se u postupku ispitivanja utvrdi da znatna šteta nastaje i zbog drugih uzroka, [31] a ne isključivo zbog subvencija , šteta nastala iz drugih uzroka ne može da bude osnov za uvođenje kompenzatornih dažbina.[32] Osim ove nediskriminacione odredbe, sličnu usmerenost ima i pravilo da se prilikom utvrđivanja postojanja subvencija , uzimaju u obzir sve razlike u uslovima prodaje, uključujući i sve razlike koje utiču na strukturu cena.[33]

---

[29] To se naročito utvrđuje na osnovu smanjenja ili mogućeg smanjenja količine prodate robe, dobiti, udela na tržištu, produktivnosti, isplativosti ulaganja, iskorišćenosti proizvodnih kapaciteta, protoka novca, ulaganja, zaposlenosti, privrednog rasta, finansijske sposobnosti, cena, kao uvećavanja dampinške marže. Čl. 39. st. 2. Zakona o spoljnotrgovinskom poslovanju iz 2005. godine.

[30] Čl.39. st. 2. Zakona o spoljnotrgovinskom poslovanju iz 2005. godine.

[31] Pod drugim uzrocima se naročito podrazumevaju: količinu i cenu uvezene robe koja nije predmet dampinga;smanjenje tražnje ili promene u oblicima potrošnje;narušavanje konkurencije između domaćih i stranih proizvođača;razvoj tehnologije proizvođača uvezene robe;izvozni učinak i produktivnost domaće proizvodnje. Čl. 39. st. 4. Zakona o spoljnotrgovinskom poslovanju iz 2005. godine.

[32] Čl. 39. st. 3. Zakona o spoljnotrgovinskom poslovanju iz 2005. godine.

[33] Čl. 35. st. 3. Zakona o spoljnotrgovinskom poslovanju iz 2005. godine.

Kompenzatorne dažbine se uvide posle završenog antisubvencijskog postupka. Radi se o složenom procesu pravnog, tehničkog i ekonomskog karaktera. Ova kompleksnost zahteva stručan angažman stručnjaka različitih profila, koji mogu na kompetentan način da učestvuju u složenim analizama u postupku koji se vodi. U našem pravu ovaj postupak se sastoji iz više faza, kao što su: prethodni postupak, postupak ispitivanja ,okončanje postupka ispitivanja i primena donetih mera.

Postupak ispitivanja okončava se najkasnije u roku od 12 meseci od dana pokretanja[34] O uvođenju dažbine odlučuje Vlada.[35] Postupak ispitivanja sprovodi nadležno ministarstvo i to po službenoj dužnosti, ako postoje dokazi o subvenciji , uzročnoj vezi i šteti. On to čini i na osnovu dokumentovanog pismenog zahteva,[36] podnetog od strane domaćih proizvođača, odnosno lica koje su oni ovlastili za podnošenje zahteva.[37] Aktivnu legitimaciju imaju samo domaći relevantniji proizvođači.[38] O pokretanju postupka ispitivanja. odlučuje Vlada.

Međunarodna pravila u ovoj oblasti, ,imaju za cilj, između ostalog postizanje i poželjnog stepena pravne sigurnosti i izbegavanja proizvoljnog i diskrimatorskog ponašanja. To se pokušava postići na više načina. [39] I u našem pravu bitan segment zakonodavnog regulisanja se odnosi na obezbeđenje verodostojnosti i objektivnosti u čitavom postupku ispitivanja postojana subvencija i uslova za primenu zaštitnih

[34] Čl. 52. Zakona o spoljnotrgovinskom poslovanju iz 2005. godine.

[35] Najkasnije u roku od 45 dana od dana objavljivanja obaveštenja u „Službenom glasniku Republike Srbije.“. Čl. 53. Zakona o spoljnotrgovinskom poslovanju iz 2005. godine.

[36] Podnosioci zahteva moraju priložiti potrebne dokaze i podatke koji obuhvataju naročito:podatke o podnosiocu zahteva i o njegovom udelu u ukupnoj proizvodnji domaćih proizvođača. Uz zahtev podnet u ime domaćih proizvođača prilaže se i spisak svih poznatih domaćih proizvođača robe za koju se traži pokretanje postupka, kao i podaci o količini i vrednosti domaće proizvodnje iste ili slične robe; podatke o robi za koju se traži pokretanje postupka ispitivanja; podatke o državi ili državama porekla ili izvoza, o svakom poznatom licu koje u Republiku uvozi, odnosno izvozi ili u inostranstvu proizvodi predmetnu robu; podatke o cenama takve robe, a naročito o cenama u državi porekla ili izvoza; podatke o promeni količine robe za koju se traži pokretanje postupka, posledicama uvoza takve robe na cene sličnih proizvoda na domaćem tržištu i uticaj takvog uvoza na domaće proizvođače; dokaze o dampingu, odnosno subvenciji;dokaze o uzročnoj vezi, i dokaze o šteti.

[37] Čl. 40. Zakona o spoljnotrgovinskom poslovanju iz 2005. godine.

[38] To mogu biti samo lica čija ukupna zajednička domaća proizvodnja predstavlja više od 25% ukupne domaće proizvodnje iste ili slične robe ili ukupna zajednička domaća proizvodnja proizvođača predstavlja više od 50% proizvodnje domaćih proizvođača robe koja je predmet ispitivanja, koji podnose zahtev, podržavaju zahtev i suprotstavljaju se zahtevu. Čl. 43. Zakona o spoljnotrgovinskom poslovanju iz 2005. godine.

[39] To se pokušava ne samo propisivanjem uslova za primenu zaštitnih mera, već i utvrđivanjem limita u propisivanju vrednosti zaštitnih mera,naknada i sl.

mera, odnosno obezbeđenju prava zainteresovanih lica, posebno lica protiv koga se vodi postupak ispitivanja. U tom smislu, nadležno ministarstvo, ako je potrebno, u postupku ispitivanja pribavlja mišljenja drugih organa, organizacija, udruženja i ustanova[40] Isto tako se omogućava da postupku ispitivanja učestvuju i zainteresovana lica, uključujući naročito lica koja predmetnu robu koriste u proizvodnji, kao i reprezentativne organizacije potrošača, u cilju zaštite svojih interesa. Njima se dostavljaju sva relevantna dokumentacija koja se koristi u postupku ispitivanja. Fakultativno ono može , radi provere prikupljenih podataka ili pribavljanja novih, i da sarađuje sa stranim organima, ustanovama, udruženjima i licima.[41] Vrlo je važno obezbediti prava uvoznika protiv koga se vodi postupak.[42] U našem pravo lice protiv koje se postupak ispitivanja vodi, ima neotuđivo pravo da pre donošenja odluke o postojanju subvencija bude obavešteno o svim bitnim činjenicama, kao i da se njima izjasni u određenom roku.

Tokom primene kompenzatornih dažbina, nadležno ministarstvo ispituje potrebu za njihovom daljom primenom, na isti način kao i u postupku ispitivanja. Vlada, na predlog nadležnog ministarstva, može, ako utvrdi da su prestali razlozi koji su doveli do uvođenja kompenzatorne dažbine, da je ukine.[43] Ova dažbina ostaje na snazi koliko je potrebno da se otkloni šteta, a najduže pet godina: od dana njenog uvođenja uvođenja, koji uključuje i period primene privremene mere. [44] Postoji i mogućnost produženja ovog roka ako postoji osnovana sumnja o daljem postojanju subvencija i štete.

Zaključak

Subvencije su jedan od osnovnih izvora restrikcija u međunarodnoj trgovini, i faktor remećenja procesa liberalizacije u toj oblasti. Takvo ponašanje je zbog svojih ekonomskih posledica, nužno podvrgnuto pravilima nacinalnog i međunarodnog karaktera. S obzirom na svoje značajne političke i ekonomske implikacije, koje nekad se po svojim efektima mogu imati karakter mera ekonomskog rata, ona imaju za cilj da se utvrdi režim korišćenja subvencija, kao i kompenzatornih mera u slučaju kršenja tog režima.

[40] Čl. 42. Zakona o spoljnotrgovinskom poslovanju iz 2005. godine.
[41] Član 44. Zakona o spoljnotrgovinskom poslovanju iz 2005. godine.
[42] August, R,nav. delo.str. 401.
[43] Član 54. ,st 1. Zakona o spoljnotrgovinskom poslovanju iz 2005. godine.
[44] Član 54. st. 2 .Zakona o spoljnotrgovinskom poslovanju iz 2005. godine.

Procesi liberalizacije našeg spoljnotrgovinskog sistema i konstantni spoljnotrgovinski deficit, sve aktuelnijim čine problem zaštite sopstvene privrede i kreiranje odgovarajućeg odbrambenog instrumentarija i u našem pravu. U novim ekonomskim uslovima toj potrebi je odgovoreno donošenjem Zakona o spoljnotrgovinskom poslovanju iz 2005. godine . Novi zakon je u oblasti subvencija u najvećoj meri usklađen sa zahtevima Svetske trgovinske organizacije (WTO), a time i standardima Evropske unije. Međutim, njihova funkcionalnost može biti ugrožena nedostatkom institucionalnih i kadrovskih uslova za njihovo tumačene i primenu.

Drago Divljak, Ph. D., Associate Professor
Novi Sad School of Law

Legal significance of subsidies

Abstract

The paper analyses the legal significance of subsidies from the aspect of provision of free and fair competition in international trade.Due to its implications and significance, both in terms of liberalisation of international trade and in terms of protection of national economic interests against unfair acts of foreign importers, this issue belongs to the corps of current and disputable issues in foreign trade law. The paper analyses primarily the concept of protection of subsidies in our new foreign trade legislation, naturally in correlation with supra-national international legal rules in the subject field that have emerged within the World Trade Organisation and European Union.

Our legal system has long been handicapped because of the lack of quality pieces of legislation that would sanction unfair competition in international trade based on the above-mentioned grounds. The process of liberalisation of our foreign trade system and constant foreign trade deficit make the problem of protection of our own economy and creating of appropriate defence instrumentation more and more urgent. That is why the development of adequate rules on subsidies through enactment of the Law on Foreign Trade Operations from 2005 makes a significant step forward in this field.The relevant legal rules of our positive law observe basically the standards of the EU and WTO legislation. However, it is not sufficient to enact new regulations harmonised with international standards but it is necessary to provide conditions and accompanying institutional capacities for their interpretation and implementation, which is the field that we are traditionally in deficit with.

Originalni naučni rad

331.108.6:342.7]:061.1EU
331.108.6:342.7(497.11)

Dr Senad Jašarević, vanredni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

MOBING U PRAKSI I DOKUMENTIMA EU I SRBIJE[1]

Sažetak: *U radu se govori o problemu povrede dostojanstva na radu zaposlenih sistematskim zlostavljanjem – mobingom, u zemljama EU i Srbiji.*

Ključne reči: *dostojanstvo, zlostavljanje, mobing.*

1. Uvod

Jedan od najvećih problema u oblasti radnih odnosa danas je mobing – zlostavljanje na radu. U uočavanju i borbi protiv ove štetne pojave prednjačile su zemlje članice Evropske unije (EU). U ovom radu prikazaćemo ukratko saznanja, praktična i zakonodavna rešenja o mobingu u zemljama EU, da bismo se nakon toga osvrnuli i na našu praksu. Pokušaćemo da izbegnemo već rečeno o ovoj, u poslednje vreme, dosta obrađivanoj temi kod nas.

Mobing predstavlja multidisciplinarnu pojavu, koju su prvi počeli da proučavaju psiholozi,[2] a danas se njime bave i zdravstveni stručnjaci, sociolozi, ekonomisti i pravnici. Pravnici bi trebalo da pruže odgovor kako da se pojedinac i društvo efikasno zaštitite od mobinga i u tome pravna nauka za sada relativno teško napreduje, verovatno zbog multidisciplinarnosti pojave.

[1] *Ovaj tekst je nastao kao rezultat rada na projektu Pravnog fakulteta u Novom Sadu "Harmonizacija prava Republike Srbije i prava Evropske unije", a u okviru rada na invididualnoj temi: „Harmonizacija radnog i socijalnog prava Republike Srbije i prava Evropske unije“*

[2] Prvi ga je zapazio švedski psiholog nemačkog porekla Hans Lejman (Leymann).

Otkuda naglo interesovanje za mobing, kada se zna da su slični oblici ponašanja postojali oduvek u ljudskom društvu i među životinjama?[3] Razlog je masovnost zlostavljanja na radu u poslednje vreme. Mobing postaje učestala pojava krajem ovog veka, usled promena u životnom i radnom okruženju. Globalizacija i ekonomska kriza uticale su na to da je zaoštrena ekonomska konkurencija među zemljama. U cilju snižavanja troškova proizvodnje povećava se eksploatacija radnika, a uslovi rada i života neprekidno pogoršavaju (tzv. trka ka dnu). Sve je veća i konkurencija među zaposlenima, zbog činjenice da je povećana mogućnost gubitka zaposlenja. Uočljivo je i smanjenje solidarnost među ljudima, što je posledica sve izraženije borbe za opstanak, koju nazivaju „Socijalni darvinizam".[4]

Mobing je inače tesno povezan sa jednom drugom štetnom pojavom koja izuzetno opterećuje savremeni život – a to je *stres*. Svetska zdravstvena organizacija izdala je pre desetak godina upozorenje u kojem je stres na radu proglašen epidemijom svetskih razmera. U industrijalizovanim zemljama oko 40% zaposlenih smatra da im je posao izuzetno stresan, a u zemljama u tranziciji to je mnogo više.[5] Posledice trajnog stresa su brojni poremećaji u fiziološkom i psihološkom funkcionisanju organizma (prvo se javlja zamor), a prolongirani stres jakog intenziteta može da izazove bolest, pa i smrt. Danas stres izazivaju pretereni zahtevi koje sredina ili druge osobe postavljaju pred pojedinca. Kada se u sve to umeša i zla namera prema zaposlenom – nastaje mobing.[6] Stručnjaci ističu da mobing stvara stres najvećeg intenziteta.

2. Osnovne osobine mobinga

Izraz mobing potiče od engleske reči - „mobbing" – što znači bučno navaliti, nasrnuti u masi, maltretirati nekoga („mob" - rulja, gomila,

[3] Pre nego što je Lejman uočio mobing u radnoj sredini, terminom mobing označavalo se ponašanje nekih vrsta životinja koje se udružuju protiv jednog svog člana, napadaju ga i isteruju iz zajednice, terajući ga ponekad i u smrt (Tonrad Lorenz).

[4] O takvim odnosima, koji su slični odnosima u vučjem čoporu videti više: V. Baltazarević, *Mobing: Komunikacija na četiri noge,* Beograd, 2007.

[5] Videti više: *Pojam stresa i stres na poslu,* Revija rada, Beograd, 2007, br. 320, str. 60.

[6] Gerero smatra da je mobing opasniji i ima teže psihološke posledice od stresa, koji je često izazvan okolnostima kod kojih nema namere zlostavljanja. M. I. S. Guerero, *The Development of Moral Harassment (or Mobbing Law in Sweden and France as a Step Towards EU Legislation,* Internet: www.bc.edu/schools/law/lawreviews/metaelements/journals/ bcicrl/27_2/10ftn.htm#F*(2007), str. 3.

ološ).[7] Za ovu pojavu se na engleskom govornom području koristi i reč «bullyng» (zlostavljati, kinjiti), koji se uglavnom povezuje sa zlostavljanjem učenika u školama. Neki teoretičari smatraju da su „mobing" i „buling" dve slične, ali delimično različite pojave. *„Bullying"* po njima predstavlja kinjenje koje se spontano javlja u javnim organizacijama, uglavnom od strane pojedinaca (najčešće šefova) i usmeren je ka slabijim osobama, da bi se stekla nadmoć nad njima. **„***Mobbing"* se smatra štetnijom pojavom zato što se sprovodi sistematski, na kompleksniji i suptilniji način, indirektnije, traje duže, uključuje veći broj lica, ima za posledicu veći stepen ugrožavanja dostojanstva i zdravlja pojedinca, često se završava napuštanjem posla i nije retkost da je usmeren prema odgovornim i sposobnim (sposobnijim) radnicima.[8]

Termin mobing se u mnogim zemljama prihvata bez prevođenja (npr. u švedskoj, nemačkoj i italijanskoj stručnoj literaturi), a na našem jeziku nemamo još uvek opšteprihvaćen izraz. Mobing bi se mogao prevesti na srpski jezik kao: zlostavljanje na radu, moralno zlostavljanje, psihološko maltretiranje, šikaniranje.

Definicije mobinga su mnogobrojne. Pošto je u literaturi najviše citirana Lejmanova definicija, ovde je nećemo navoditi. Afirmaciji borbe protiv mobinga u poslednje vreme naročito je doprinela francuska psihologica Mari-Frans Hirigojan („Marie-France Hirigoyen"). Njena definicija, iz 1998. godine ugrađena je u Francuski Zakon o radu 2002. godine: „Mobbing je psihičko maltretiranje koje se ponavlja putem akcija kojima je cilj ili posledica degradacija radnikovih radnih uslova, koje može prouzrokovati napad i naneti štetu ljudskim pravima i ljudskom dostojanstvu, fizičkom ili mentalnom zdravlju ili kompromitovati žrtvinu profesionalnu budućnost".[9] Međunarodna organizacija rada (MOR), definiše mobing kao: „Uvredljivo ponašanje koje se manifestuje kao osvetoljubivi, surovi,

---

[7] U zemljama engleskog govornog područja nailazimo i na termine «employee abuse» – maltretiranje zaposlenog, «workplace terrorism, workplace bullying,» itd. Videti više: *Increasing Focus on Workplace «Mobbing»,* European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2004, Internet: www/eiro.eurofond.eu.int/about-/2004/02&feature/it0402104f.html/; B. Lubarda, *Mobing/Buling na radu,* Bilten sudske prakse Vrhovnog suda srbije, Beograd, 2008, br. 2; S. Jašarević, *Zaštita jednakosti zaposlenih u dokumentima EU i Srbije,* Radno i socijalno pravo, Udruženje za radno pravo i socijalno osiguranje Srbije, Beograd, 2006, br. 1-6, str. 171-191.

[8] O razlici ove dve pojave videti više: C. Bultena, R. B. Whatcott, *Bushwhacked at Work: Comparative Analysis of Mobbing and Bullying at Work,* Proceedings of ASBBS; 2008, Vol. 15, No. 1, Internet: http://asbbs.org/files/2008/PDF/B/Bultena.pdf/, str. 653. i 661.

[9] Videti više: M. I. S. Guerero, op. cit, i izmene francuskog krivičnog zakona: Code penal, čl. 222-3-2, Zakon br. 2002-73 od 17 januara 2002.

zlonamerni ili ponižavajući pokušaji da se sabotira jedan ili grupa zaposlenih".[10] Prema Evropskom rečniku industrijskih odnosa, mobing na radu karakteriše sistematsko psihološko zlostavljanje ili ponižavanje osobe od strane drugog pojedinca ili grupe, sa ciljem da se naruši njegova ili njena reputacija, ugled, ljudsko dostojansto, interitegritet, sa konačnim ciljem da se žrtva navede da napusti posao.[11] Savetodavni odbor Evropske komisije za sigurnost, higijenu i zdravstvenu zaštitu na radu (2001) definiše mobing kao: „...negativan oblik ponašanja, između kolega ili između hijerarhijskih nadređenih i podređenih, kojim se dotična osoba učestalo ponižava i napada direktno ili indirektno od strane jedne ili više osoba u svrhu i s ciljem otuđivanja iste te osobe."[12]

Mobing se često meša sa sličnim oblicima ponašanja i drugim povredama prava zaposlenih. Porede ga sa *diskriminacijom i uznemiravanjem* povezanim sa diskriminacijom. Kao njegova specifičnost ističe se da je to „nespecifičan vid uznemiravanja", koji se za razliku od diskriminacije, obično ne zasniva na nekom od diskriminacionih osnova, vrši se na drugačiji način (predstavlja agresivniji vid ponašanja), sa drugačijim ciljevima (diskreditovanje ili dobrovoljni otkaz).[13] Međutim, nije retkost da je mobing podstaknut nekim od osnova za diskriminaciju (npr. kod nas u sudskoj praksi postoje slučajevi mobinga po osnovu političke i religijske pripadnosti).

Mobing treba ga razlikovati i od *konflikta.* Razlika između konflikta i mobinga nije u tome šta se i kako čini, već u frekventnosti, trajanju i nameri. Konflikt najčešće postoji između zaposlenih sa simetričnim odnosom u hijerarhiji i u dosta slučajeva je kratkotrajan. Mobing se vrši sistematično i smišljeno, a vršilac obično pokušava da uspostavi ili ima psihološku dominaciju nad žrtvom. Mobing treba ga razlikovati i od *šikaniranja* koje je slično mobingu, ali takođe nema sve njegove elemente. Mobing treba razlučiti i od *zloupotrebe ovlašćenja* od strane pretpostavljenih lica, ili tiranskog ponašanja rukovodilaca, kada je pritisak i teror usmeren prema svim potčinjenima.[14]

---

[10] Videti više na: http://www.ilo.org/public/english/bureau/inf/magazine/26/violence.htm/.

[11] Videti više: http://www.eurofound.europa.eu/.

[12] Videti u: Mišljenje o nasilju na radnom mestu", preuzeto iz: *Nacrt prijedloga Zakona o sprečavanju zlostavljanju na radu,* Udruga za pomoć i edukaciju žrtava mobinga, Zagreb, 2007 (dostupno na Internetu).

[13] Videti više: K. Hartig and J. Frosch, *Wokplace Mobbing Syndrome: The 'Silent and Unseen' Occupational Hazard,* (konferencija: Our Work…Our Lives: National Conference on Women and Industrial Relations), Queensland Working Women's service and Griffith Business School Griffith University, Brisbane 12-14 July, 2006, dostupno na Internetu.

[14] Videti: M. I. S. Guerero, op. cit, str. 2. i 3; A. *Cvetko, Mobing – psihičko nasilje na radnom* mestu, Evropski pravnik, Novi sad, 2007, br. 2, str. 109; *Mobing: jučer, danas*

Subjekti mobinga su po pravilu zaposleni i poslodavci (pretpostavljeni, grupa radnika koja podstaknuta nekim slabostima zlostavlja kolegu, grupa radnika koja svoje frustracije iskaljuje na jednoj žrtvi ili radnik koji zbog zavisti ili osećaja ugroženosti zlostavlja kolegu), ali to mogu da budu i druga lica angažovana na radu kod poslodavca (učenici na praksi, lica koja rade po ugovoru o delu i sl). Neki autori u mobing svrstavaju i zlostavljanje od strane klijenata i kupaca. Činjenica je da su pojedini zaposleni, kao na primer šaltersko i medicinsko osoblje, izloženi sličnom ponašanju od strane klijenata (i obrnuto).

Postoje mnoge podele mobinga, a najčešće su pominjane sledeće *vrste*: *horizontalni* (između zaposlenih), *vertikalni* (od strane rukovodilaca); *pojedinačni i kolektivni; interni* (unutar preduzeća) i *eksterni*; *strateški (upravljački) i emotivni.*

Identifkovan je i *„lažni mobing",* kada se u stvari radi o zloupotrebi, odnosno vršenju mobinga u suprotnom smeru – od podređenoga ka pretpostavljenom. Kao razlozi ovog ponašanje navode se: 1) nedovoljna efikasnost zaposlenog; 2) izvlačenje koristi iz celokupne situacije; 3) odbrana od osećaja lične neuspešnosti i nedovoljne kompetentnosti zaposlenog itd.).[15]

U pravnoj teoriji još uvek nisu do kraja razjašnjene osnovne osobine mobinga, što je veoma važno za njegovo sprečavanje i sankcionisanje. Ukoliko se uzme u obzir sve ono što su o ovoj pojavi zapazili psiholozi, pravnici, sociolozi, medicinski stručnjaci i drugi, moglo bi se zaključiti da su *osnovne osobine – bitna obeležja mobinga*: *1) namera zlostavljanja – ciljno uznemiravanje, 2) agresivnost, 3) nepostojanje realnog osnova, 4) učestalo ponavljanje radnje, 5) duži period vršenja (sistematičnost).*

Oko ovih osobina postoje izvesna neslaganja. Pojedini stručnjaci smatraju da uslov ponavljanja nije nužan – odnosno da se mobing može počiniti i jednom radnjom (npr. raspoređivanjem na rad u neodgovarajuće i nezdrave prostorije - bez svetla, vlažne, izolovane i sl.). Psiholozi i lekari obrnuto, ističu da je za mobing karakteristično da se ovi postupci vrše sistematski, često i tokom dužeg vremenskog perioda (Lejman pominje rok od 6 meseci, a neki istraživači – 2 meseca), jer je potrebno izvesno vreme da se zlostavljanje negativno odrazi na psihu zaposlenog.[16] Postoji

– *ali ne i sutra!,* Međunarodna konferencija, Dubrovnik, Zbornik sažetaka, 2007, str. 14; N. Dumitras, *Mobbing in the European Union: Social and Legal Aspects of Mobbing in France,* Centre for Advanced European Studies and Research University of Novi Sad, 2008, str. 18.

[15] *Kako razlikovati mobing od mobinga?,* Sindikalni puls, Beograd, 2007, br. 62, str. 2007.

[16] O osobinama mobinga videti npr: A. Cvetko, op. cit, str. 109.

dilema i da li mobing predstavlja isključivo psihološko zlostavljanje ili ga čine i akti fizičkog zlostavljanja (štipanje, guranje, uvrtanje ruke i sl). Mada je mobing zaista primarno vid psihološkog zlostavljanja (zato zahteva ponavljanje i duže delovanje), smatramo da bi u cilju efikasne zaštite, zakonskom definicijom mobinga trebalo obuhvatiti i oblike fizičkog zlostavljanja, koji su npr. čest način vršenja mobinga kod nas.

Uzroci mobinga mogu da budu dvojaki: 1) inter-personalni sukob ili 2) okolnosti – situacija u radnoj okolini.[17] Kao osnovni *razlozi* učestalog zlostavljanja navode se: 1) pojačana konkurencija između zaposlenih; 2) smanjenje solidarnosti, 3) nerešeni sporovi; 4) strah od promena; 5) odsustvo jasnih pravila o odgovornosti i rukovodećim ovlašćenjima; 6) osećaj ugroženosti podobnih i manje sposobnih radnika; 7) pokušaj korumpiranih zaposlenih da odstrane lica koja ukazuju na korupciju.[18]

Kao *faktori* u organizaciji koji podstiču mobing pominju se: atmosfera (kultura u preduzeću), 2) zahtevi (preterani), 3) kontrola nad uslovima rada, 4) socijalni odnosi u preduzeću, 5) razvoj preduzeća (informisanost i mogućnost uticaja na politiku razvoja), 6) uloga i vrednovanje rada zaposlenog u preduzeću, 7) podrška u organizaciji (od rukovodstva i drugih zaposlenih, 8) kompetentnost zaposlenog (i mogućnost usavršavanja).[19]

Jedan od razloga zašto je teško sačiniti preciznu pravnu kvalifikaciju mobinga je velika heterogenost postupaka kojima se vrši mobing. Lejman je uočio da se radi o 45 različitih konkretnih *aktivnosti* kojima se vrši zlostavljanje na radu, a u novijim istraživanjima pominje se i preko 70 različitih oblika ponašanja.[20] Lejman je ove radnje svrstao u sledeće grupe: *1) napad na mogućnost komunikacije* (ograničavanje mogućnosti izražava-

---

[17] Videti više: *Bullyng at Work,* European Agency for Safety and Health at Work, Luxembourg, 2002, str. 1.

[18] Videti više: *Mobing: jučer, danas – ali ne i sutra!,* op. cit, str. 19; A. Renaut, *Moral Harassment – Work Organization to Blame?,* Internet: www.2ilo.org/public/english/dialogue/actrav/publ/133/1.pdf (2007); *Working on Stress – Prevention of Psyhosocial Risks and Stress at Work in Practice,* European Agency for Safety and Health at Work, Luxembourg, 2002, str. 61.

[19] *Conseil pratiques aux travailleurs pour maitriser le stress lié au travail et causes,* Agence eu européenne pour la sécurité au travail, Facts, Spain, 2002, Internet : http://agency.osha.eu.int/; str. 3.

[20] O načinu vršenja mobinga videti više: *Framework Agreement on Work-related Stress* – dodatak uz ugovor; *Increasing Focus on Workplace «Mobbing»,* European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2004, str. 2, Internet: www/eiro.eurofond.eu.int/about/2004/02&feature/it0402104f.html/; A. Kostelić-Martić, *Mobing: psihičko maltretiranje na radnome mjestu",* Školska knjiga, Zagreb, 2005; E. Koić i grupa autora, *Mobbing,* Radna sigurnost, Zagreb, br. 7, 2003-06-10, ISSN 0352-3675, str. 1.

nja žrtve, prekidanje u razgovoru, odbijanje neverbalnih kontakata, neprimećivanje znakova koje upućuje žrtva)*, 2) napad na socijalne odnose* (izolovanje žrtve, premeštanje u izdvojene prostorije, ignorisanje, nepozivanje na sastanke, proslave i sl), *3) napad na ličnu reputaciju* (izmišljanje priča o žrtvi, ogovaranje, ismevanje, ponižavanje, izražavanje sumnje u mentalno zdravlje); *4) napad na profesionalni život* (neosnovane kritike, vređanje, preterana kontrola, niska ocena rada, prozivanje pred drugima, pretrpavanje poslovima, neobezbeđivanje opreme i osnovnih sredstava, pretrpavanja poslovima ili obrnuto - „sindrom punog i praznog stola"); *5) napad na fizičko zdravlje* **(**raspoređivanje na poslove koji štete zdravlju, neomogućavanje korišćenja odmora, slobodnih dana, pretnje fizičkim obračunom, verbalno seksualno zlostavljanje).[21]

Ono što je stručnjake nagnalo na borbu protiv mobinga, su njegove *štetne posledice*. Ističe se da je mobing trenutno najozbiljniji zdravstveni i bezbednosni rizik na radu.[22] Posledice mobinga su mnogostruke: 1) po pojedinca, 2) po radnu atmosferu i produktivnost kod poslodavca, 3) po celu državu (troškovi lečenja, pad efikasnosti, inventivnosti i sl).

Kod pojedinca nastaju mnoge zdravstvene smetnje (od manjih psiholoških i fizioloških smetnji, pa do smrti), narušavaju se porodični i drugi odnosi, a nisu retka ni samoubistva. U Velikoj Britaniji je izračunato da 75,6% žrtava mobinga ima zdravstvene posledice, pati od depresije i ima pad samopoštovanja. U Italiji i Švedskoj se 15% samoubistava pripisuje mobingu.

„Međusobno poštovanje dostojanstva drugih na svim nivoima na radnom mestu je jedna od ključnih karakteristika uspešnih organizacija".[23] Mobing deluje razorno na ovakve odnose. Pored toga, kao štetne posledice mobinga za preduzeće navode se: 1) pad motivacije, entuzijazma i kreativnosti, 2) smanjenje efikasnosti i produktivnosti, 3) negativna atmosfera u kolektivu, 4) više se izostaje zbog bolesti, 5) javljaju se dodatni troškovi vezani za privremeno uključivanje novih zaposlenih i njihovo osposobljavanje, 6) štetne posledice za ugled firme.[24] Stručnjaci MOR su izračunali

[21] Preuzeto iz: M. I. S. Guerero, op. cit, st. 2; D. Vuković, *Mobing na radnom mestu,* časopis Viktimološkog društva Srbije, 2006, br. 12 (Internet: - www.vds.org.yu/file/te40604.pdf/, str. 5).

[22] Ovo ističe Šeril Edvards (Cheriyl Edwardes), prema: K. Hartig and J. Frosch, op. cit, str. 1.

[23] Videti uvod u Autonomni okvirni sporazum o zlostavljanju i nasilju na radu (EU) iz 2006, o kojem ćemo govoriti nešto kasnije.

[24] Prema Bruno de Paskalu i Čarlsu Bulteni, preuzeto iz: A. Kostelić-Martić, op. cit, str. 71, 77; C. Bultena, op. cit, str. 659. Videti više i: *Nacrt prijedloga Zakona o sprečavanju zlostavljanju na radu,* Udruga za pomoć i edukaciju žrtava mobinga, Zagreb, 2007 (dostupno na Internet-u), str. 7.

da mobing preduzeće od 1.000 zaposlenih godišnje košta oko 150.000 EUR. Pored toga se procenjuje da uznemiravani zaposleni smanjuje radni učinak za 60%, te da se troškovi kompanije povećavaju do 180%. U SAD se troškovi proizašli iz mobbinga procenjuju se na 4 milijarde $.[25]

3. Mobing u evropskoj praksi i zakonodavstvu

Kao što smo pomenuli, mobing je najpre bio zapažen u zemljama članicama EU, te je i sama Unija među prvima počela da se organizovano bavi ovim problemom.

Prvi je na psihičko uznemiravanje na radu ukazivao Brodski (Brodsky), još 1976. godine, da bi mobing kao zlostavljanje na radu formulisao 1984. godine Hajnc Lejman.[26] Nakon toga vršena su brojna istraživanja koja su uklazala na štetnost mobinga.

Evropska fondacija za unapređenje životnih i radnih uslova vršila je istraživanja 2000. i 2001. godine, koja su iz pokazala da je u EU 13-15% radne snage (13 miliona zaposlenih) bilo izloženo mobingu (6% bilo je fizički maltretirano na poslu, 2% bilo je žrtva seksualnog zlostavljanja, a 9% meta zastrašivanja). Prema poslednjem istraživanju pomenute Fondacije (iz 2007 godine), u toku prethodne godine u EU 5% zaposlenih trpelo je mobing. Ustanovljeno je i da u Uniji 28% zaposlenih (ili 1/3) trpi stres na radu – a od toga 47% lica izloženih stresu su žrtve mobinga. Inače, stres je u 50-60% slučajeva razlog odsustvovanja sa rada. U Britaniji je npr. izračunato da se 40 miliona radnih dana gubi zbog stresa, pri čemu je kod 1/3 odsustvovanja uzrok mobing.

Istraživanja u pojedinim zemljama pokazuju da je broj lica koja trpe mobing verovatno i veći, ali da se često ne prijavljuje. Npr. noviji podaci u Finskoj (za 2006). godinu pokazuju da je čak 17% zaposlenih bilo žrtva mobinga. U Italiji, prema podacima oko 2006. godine mobing trpi 1,5 milion radnika. U Francuskoj se pominje da je mobingu izloženo čak 30-37% zaposlenih.[27]

---

[25] O štetnim posledicama mobinga navedenim u ovom i prethodnom pasusu videti više: M. I. S. Guerero, op. cit, str. 3; A. Kostelić-Martić, op. cit, str. 76, 114; E. Koić i grupa autora, op. cit, str. 1; S. Dunn, *What's Going On With Mobbing, Bullying And Work Harassment Internationally,* 2003, Internet: www/webpronews.com/; *Increasing Focus on Workplace «Mobbing»,* op. cit; *Nacrt prijedloga Zakona o sprečavanju zlostavljanju na radu,* op. cit, str. 7.

[26] LJ. Kovačević, *Pojam uznemiravanja na radu u domaćem, uporednom i međunarodnom pravu,* Radno i socijalno pravo, Udruženje za radno pravo i socijalno osiguranje Srbije, Beograd, 2006, br. 1-6, str. 344.

[27] O navedenim statističkim podacima videti više: *Framework Agreement on Work-related Stress* – dodatak uz ugovor; *Increasing Focus on Workplace «Mobbing»,* European

Nakon uočavanja ovog problema, u Evropi počinje borba za dostojanstvo na poslu. Savet Evrope, u Izmenjenoj socijalno-ekonomskoj povelji od 1996. godine (1961), u čl. 26. predviđa *„Pravo na dostojanstvo na poslu"*: „U nameri da obezbede efikasno ostvarivanje prava svih radnika na zaštitu njihovog dostojanstva na poslu, strane ugovornice se obavezuju: 1. da unaprede svest, informacije i sprečavanje seksualnog uznemiravanja na radnom mestu ili u vezi sa poslom i da preduzmu sve odgovarajuće mere radi zaštite radnika od takvog ponašanja; 2. da podstiču svest, informacije i sprečavanje ponovljenih prekornih ili izrazito negativnih i uvredljivih postupaka usmerenih protiv pojedinih radnika na radnom mestu ili u vezi sa poslom i da preduzmu odgovarajuće mere radi zaštite od takvog ponašanja."

U Evropskoj uniji sprovodi se veliki broj aktivnosti u cilju borbe protiv ovog fenomena. Mada Unija nije uvela direktnu legislativnu zaštitu od mobinga, veći broj dokumenata podrazumeva indirektnu zaštitu. Ta zaštita zasniva na Povelji o fundamentalnim pravima u EU iz 2000, kojom se utvrđuje da radnici imaju pravo na zdrave, bezbedne i dostojanstvene uslove rada (čl. 31, tač. 1).

Zaštitu od mobinga predviđa i veći broj direktiva. Tako npr. *Okvirna direktiva br. 89/391/EEZ o uvođenju mera za podsticanje poboljšanja bezbednosti i zdravlja radnika na radu,* iz 1989, predviđa obavezu poslodavaca da se staraju o zdravlju i bezbednosti „u svakom aspektu koji se odnosi na rad".[28] U pripremi su izmene ove direktive kojima bi se uredilo pitanje psihičkog uznemiravanja na radu, a na osnovu *Rezolucije evropskog parlamenta o uznemiravanju na radu* od 2001. godine, [29] koja je jedini dokument Unije koji direktno ukazuje na neophodnost zaštite od mobinga.

U Rezoluciji se procenjuje da 12 miliona ljudi u EU trpi mobing, odnosno „bullying" (tač. A preambule). Zapaža se da je ovakvo ponašanje naročito rasprostranjeno prema ženama (tač. D preambule). Ističe se da je mobing fenomen koji je malo poznat, ali predstavlja ozbiljan problem u svetu rada i zahteva mnogo veću pažnju (tač. 1). Zato se države članice pozivaju na donošenje odgovarajućeg zaštitnog zakonodavstva (tač. 10), a socijalni partneri da uvedu procedure za zaštitu od mobinga i

---

Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2004, Internet: www/eiro.eurofond.eu.int/about/2004/02&feature/it0402104f.html/; M. Isabel S. Guerero, op. cit, str.. 4; S. Dunn, op. cit; za pojedine evropske zemlje videti više na Internet adresi Evropske fondacija za unapređenje životnih i radnih uslova: www/eiro.eurofond.eu./

[28] OJ L 183, 29/06/1989, p. 1-8.

[29] European Parliament resolution on harassment at the workplace (2001/2339 INI). OJ, C 77 E/138. O tome videti više u: LJ. Kovačević, op. cit, str. 356.

uznemiravanja na radu (što bi npr. obuhvatilo: informisanje i obuku zaposlenih, rukovodilaca, socijalnih partnera i lekara u preduzećima o mobingu, imenovanje poverljivog medijatora).[30]

Sledeći poslednju sugestiju, organizacije zaposlenih i poslodavaca na nivou EU donose decembra 2006. godine *Autonomni okvirni sporazum o uznemiravanju i nasilju na radu.*[31] U Sporazumu se ističe da su zlostavljanje i nasilje predstavljaju neprihvatljivo ponašanje pojedinca ili grupe lica koje može da se javlja u veoma različitim oblicima i da predstavljaju ozbiljan rizik u radnoj sredini. *Uznemiravanje postoji* kada se jedan ili više radnika ili rukovodilaca učestalo zloupotrebljava, ugrožava ili ponižava u vezi sa okolnostima na radu, a *nasilje* kada radnik pojedinac ili rukovodilac bude izložen napadu u vezi sa radom (deo 3. Sporazuma). Sporazumom se predlažu mere usmerene na prevenciju i identifikovanje mobinga, a članovi organizacija potpisnica zadužuju da u roku od tri godine obezbede adekvatnu zaštitu od uznemiravanja i nasilja na radu odgovarajućim sporazumima.

Zaštitu od *uznemiravanja* koje može da uzrokuje mobing predviđaju i: Direktiva EZ br. 200/43 od 2000 godine, o primeni principa jednakog tretmana između lica bez obzira na rasno ili etničko poreklo, Direktiva EU br. 2000/78 iz 2000 o ustanovljavanju opštih uslova za jednak tretman u zaposlenju i zanimanju (čl. 1. st. 3), Direktiva 76/207 od 1976. godine o primeni principa jednakog tretmana muškaraca i žena u pogledu pristupa zaposlenju, stručne obuke i unapređenja i uslova rada (novelirana u br. 2002/73 EC), čl. 2, st. 2.[32] Uz to, najnovija *Strategija Zajednice o bezbednosti i zdravlju na radu za period 2007-2013*. naglašava značaj unapređivanja mentalnog zdravlja na radu.

Nekoliko reči i o borbi protiv mobinga u zemljama EU. Mere usmerene protiv mobinga mogu se podeliti u tri grupe: *1) mere primarne prevencije, 2) sekundarna prevencija i 3) tercijarna zaštita.* Mere primarne prevencije, koje su usmerene na to da uopšte ne dođe do mobinga za sada su u evropskim zemljama slabije razvijene. Zastupljenije su sekundarna prevencija (zabrana mobinga i borba za umanjenje negativnih zdravstvenih efekata zlostavljanja) i tercijarna zaštita (tretman obolelih lica izazvanih mobingom).[33]

---

[30] Tačka 10. i 12. Rezolucije.

[31] Zaključen između Europske konfederacije sindikata s jedne strane, te udruženja poslodavaca koje deluju na evropskom nivou (UNICE, UEAPME, CEEP).

[32] Ove direktive su objavljene u: 1) OJ L 180, 19/07/2000, p. 0022-026; 2) OJ L 303, 02/12/2000, p. 0016-0022, 3) OJ L 039, 14/02/1976, p. 0040-0042. i OJ, L 269/15, od 5/10/2002.

[33] Videti više: N. Dumitras, str. 17.

Konkretne mere borbe protiv mobinga u evropskim zemljama su: 1) borba na mestu rada, 2) zakonska zabrana mobinga, 3) regulisanje kolektivnim ugovorima i unutrašnjom regulativom kod poslodavca, 4) mogućnost interne i eksterne medijacije, 5) sudska zaštita.

Broj zemalja koji su donele posebne *propise* o mobingu je relativno malobrojan (Švedska je prva, 1993. donela Uredbu o merama protiv zlostavljanja na poslu, Belgija – Zakon o psihičkom maltretiranju iz 2002). Veći broj država je zabranu mobinga ugradio u druge zakone: Norveška (1993), Francuska (2002), Holandija (1994), Finska (2002), Velika Britanija (1997), Poljska (2004), od prošle godine i Slovenija.[34]

Pored toga što se zakonodavstvom zabranjuju mobing, obično se predviđaju i konkretne *sankcije* kako bi se suzbilo nepoželjno ponašanje. To su mahom novčane kazne, materijalne kompenzacije za žrtve, pa čak i zatvor.[35] Zahvaljujući ovome u sudskoj praksi evropskih, pa i drugih zemalja (SAD, Australija, Kanada),[36] sve češće se javljaju sudske presude u kojima je žrtvama dosuđuje naknada štete zbog zlostavljanja na radu.[37]

Jednu od specifičnosti zakonodavstva o mobingu, slično kao kod propisa o zaštiti od diskriminacije, predstavlja promenjeni *teret dokazivanja* (na poslodavcu). Zapaženo je da su zlostavljana lica često zaplašena i inferiorna u odnosu na poslodavca, te da je dokazivanje zlostavljanja veoma komplikovano u praksi. Zato se zahteva da poslodavac dokaže da mere koje su preduzimane prema zaposlenom nisu bile podstaknute zlim namara. Pri tome se očekuje da žrtva zlostavljanja pruži izvesne dokaze o tome da je mobing verovatno počinjen.[38]

---

[34] O ovim propisima videti više: M. I. S. Guerero, op. cit; A. Kostelić-Martić, op. cit, str. 114; V. Baltazarević, *Mobing: komunikacija na četiri noge,* op. cit, str. 138; E. Karpič-Horvat i D. Senčur Peček, *Zaštita ličnosti i dostojanstvo radnika prema zakonodavstvu Republike Slovenije,* Radno i socijalno pravo, Udruženje za radno pravo i socijalno osiguranje i Intermex, Beograd, 2008, br. 1, str. 69.

[35] Npr. Francuski Krivični zakon propisuje sankciju za mobbing koja glasi: 1 godina zatvora i novčana kazna u iznosu od 15.000 Eura, dok Zakon o radu takođe propisuje zatvorsku kaznu od 1 godine i/ili novčanu kaznu od 3.750 Eura.

[36] Kanada je prva od američkih zemalja uvela zakonsku zabranu mobinga, 2004. godine.

[37] Među prvima se pominju slučajevi kada je jedan španski sud (u Geroni) zaposlenom dosudio naknadu štete od 30.000 EUR zbog toga što je bio prinuđen da radi poslove koji nisu u opisu njegovog radnog mesta i koji su ispod njegovog kvalifikacionog nivoa. Drugi zaposleni, u Koriji, dobio je naknadu 4.500 EUR, zato što je bio obavezan da radi u podrumu bez dnevne svetlosti i ventilacije. Videti više: S. Dunn, op. cit. str. 1. i P. Espluga, *Court Rulings Recognise Bullying as 'Occupational Risk',* EIROnline, EIRO, 2002, Internet: www.eurofond.europa.eu/eiro/2002/07/feature/es0207202f.htm/ (2007).

[38] Tako je npr. rešenje primenjeno u francuskom zakonu, kao i u nacrtu hrvatskog zakona.

Na bazi zakonodavstva sve su zastupljenije i *mere prevencije*, tako da se u mnogim zemljama predviđaju usluge savetovanja i podrške zaposlenima koji trpe mobing. Evropska fondacija za unapređenje životnih i radnih uslova kao mere prevencije mobinga predlaže: proširenje slobode zaposlenih u pogledu obavljanja poslova, smanjenje obima monotonih poslova, poboljšanje informisanja o ciljevima preduzeća, razvoj stila rukovođenja (od autoritarnog, ka konsensualnom), izbegavanje nejasnih ciljeva i poslovnih zadataka, razvoj organizacione kulture (svest o mobingu, istraživanje problema, formulisanje politike borbe protiv mobinga, ustanovljavanje transparentnih i jasnih organizacionih standarda i vrednosti, unapređenje veštine kominiciranja i razvijanja sposobnosti rukovodilaca za rešavanje sukoba, uključivanje zaposlenih u prevenciju i borbu protiv mobinga, edukacija predstavnika sindikata, obuka inspektora rada).[39]

U cilju prevencije afirmiše se i *medijacija (posredovanje)* na radnom mestu ili izvan organizacije, koja se pokazala kao veoma korisno sredstvo prevazilaženja ove vrste problema i za smanjenje budućih konflikata. Medijacija je npr. rasprostranjena u Švajcarskoj, Belgiji, Francuskoj, Nemačkoj, Engleskoj, SAD, Kanadi.[40] Vode se i kampanje za suzbijenje mobinga (kao dobar primer navodi se Britanska – preventivna strategija pod nazivom „Nacionalna zabrana mobinga na radu", sprovedena prvi put 2003. godine).[41]

Rezultat povećane svesti o problemu zlostavljanja na radu kod socijalnih partnera su i brojni *kolektivni ugovori i kodeksi ponašanja* u evropskim zemljama koji zabranjuju mobing. Tako je npr. u Luksemburgu 2001. godine zaključen Kolektivni ugovor o psihičkom maltretiranju, u Danskoj postoje mnogi kodeksi prakse i kolektivni ugovori o ovome, u Nemačkoj se takođe zaključuju kolektivni ugovori, a u Italiji se praktikuje zaključivanje *«ugovora o radnoj atmosferi»* u preduzećima (postoji i jedan granski kolektivni ugovor o mobingu).[42]

4. Mobing u Srbiji

U Srbiji je mobing poslednjih godina predmet velikog interesovanja. To je i razumljivo, pošto su zbog nepovoljnih društveno-ekonomskih okolnosti, zaposleni su sve više izloženi i skloni konfliktima.

---

[39] Videti više: *Bullyng at Work,* op. cit, str. 2.

[40] Videti više: A. Kostelić-Martić, op. cit, str. 109, 113.

[41] Videti više: K. Hartig i J. Frosch, op. cit.

[42] Videti više: *Preventing Violence and Harassment in the Workplace,* European Fonudation for the Improvement of Living and Working Conditions, Infosheet, 2003 (TJ-52-03-506-D); *Increasing Focus on Workplace «Mobbing»,* op. cit, str. 1, 3. i 4. i LJ. Kovačević, op. cit, str. 349.

U nekim istraživanjima navodi se da je 47-50% zaposlenih u Srbiji izloženo stresu. Udruženje „Stop-mobing“ (koje se već nekoliko godina bavi zaštitom žrtava mobinga), pominje da se prema njihovim istraživanjima iz 2008. godine, kod nas čak 60% anketiranih zaposlenih izjasnilo da je bilo žrtva mobinga.[43]

Stres i mobing u vezi sa poslom su izuzetno rasprostranjeni u zemljama u tranziciji, pa i kod nas. Njihovi razlozi su: visoki zahtevi na poslu, kratki rokovi, nejasna pravila, osećaj preterane ili nedovoljne iskorišćenosti, monotonija u radu, loša radna atmosfera, nerazumevanje od strane kolega i menadžmenta, unutrašnja i spoljna konkurencija. Uz to, radna mesta su postala mnogo nesigurnija. Postoji velika mogućnost da se ostane bez posla usled reorganizacije, zatvaranja firmi, promene vlasnika itd., a očekuje se da će se taj problem pojačati u 2009. godini zbog svetske finansijske krize. Takođe, zbog drugačije organizacija radnog vremena sve teže se uklapa posao sa privatnim životom.

Kao specifičnost mobinga u Srbiji se ističu pojedini oblici zlostavljanja, koji su izraženiji od drugih. Tako se npr. pominju „stečajni“ i „tranzicioni“ mobing. U privatizovanim preduzećima poslodavci često žele da se na što lakši način reše velikog broja zaposlenih koje su zatekli, pa se radi navođenja na „dobrovoljni otkaz“ odlučuju na različite vidove zlostavljanja. Pominju se i „profesionalni moberi“, lica koja su se već specijalizovala za ovakve poslove. To su osobe koje poslodavac angažuje po ugledu na izbacivače, samo što su obučeni za suptilnije metode kinjenja, dok žrtvu ne nateraju da sama ode.[44]

Naše zakonodavstvo, kao i legislativa EU, pruža samo indirektnu zaštitu od mobinga.[45] Ustav Srbije,[46] u čl. 21. predviđa zabranu diskriminacije, kao i pravo na dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti, u čl. 23 („Ljudsko dostojanstvo je neprikosnoveno i svi su dužni da ga poštuju i štite“). Garantuje se i „Nepovredivost fizičkog i psihičkog integriteta“ - članom 25. st. 2. Ustava predviđeno je da niko ne može biti izložen mučenju, nečovečnom ili ponižavajućem postupanju ili kažnjavanju.

---

[43] Prema: V. Baltazarević, *Mobing u Srbiji – imaju li radnici šansu?,* iz: *Mobing: - jučer, danas – ali ne i sutra!,* op. cit, str. 35; Videti više i: *Tortura a* poslu, Politika, 15. 6. 2007, str. 9. i *Mobing ili psihičko maltretiranje na poslu,* Sindikalni puls, Beograd, 2007, br. 55, str. 6.

[44] Videti više: V. Baltazarević, *Hoću da znam šta je mobing,* Beograd, 2007, str. 67.

[45] O ovome videti detaljno: P. Jovanović, *Normativni okviri mobinga,* Radno i socijalno pravo, Udruženje za radno pravo i socijalno osiguranje i Intermex, Beograd, 2008, br. 1, str. 58.

[46] Službeni glasnik RS , br.98/2005.

Zakon o radu,[47] predviđa u čl. 12. st. 1. pravo zaposlenog na zaštitu ličnog integriteta. U tom cilju propisuje se i zabrana diskriminacije (neposredne i posredne) u domenu rada (čl. 18-23). U okviru zaštite od diskriminacije, posebno se zabranjuju i uznemiravanje i seksualno uznemiravanje, radnje kojima se često vrši mobing (čl. 21). Međutim, pokazalo se da je ova vrsta zaštite u praksi neefikasna pošto se diskriminacija izuzetno teško dokazuje.

Zaštita od zlostavljanja na radu mogla bi se izvršiti i putem naknade materijalne (troškovi lečenja, smanjenje sposobnosti za rad) i nematerijalne štete (zbog pretrpljenog fizičkog bola i straha, povrede prava ličnosti), na osnovu Zakona o obligacionim odnosima.[48]

Moguća je i krivično-pravna zaštita, na osnovu Krivičnog zakonika Republike Srbije,[49] kojim se sankcioniše: zlostavljanje i mučenje (čl. 137). Prema stavu 1. tog člana „Ko zlostavlja drugog ili prema njemu postupa na način kojim se vređa ljudsko dostojanstvo, kazniće se zatvorom do jedne godine." Ako se zlostavljanje izvrši službeno lice u vršenju službe, može se izreći kazna zatvora od 3 meseca do 3 godine.[50] Izgleda da su brojne rasprave o ovoj temi doprinele da sudska praksa, upravo na osnovu ovih odredaba, počne da sankcioniše mobing. Godine 2008. donete dve sudske presude kojima se počinioci zlostavljanja osuđuju na zatvorsku kaznu zbog zlostavljanja na radu.[51]

Prateći dešavanja u Evropi i svetu, i naš zakonodavac je reagovao. U oktobru ove godine sačinjen je Nacrt zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu, koji je upućen na javnu raspravu.[52] Prikazaćemo nekoliko osnovnih rešenja u Zakonu.

Zabrana zlostavljanja obuhvata sve zaposlene, odnosno poslodavce (važi za privatni i javni sektor, kao i državne organe). Zlostavljanje se, u čl. 5. Nacrta zakona, određuje kao: „...svako aktivno ili pasivno ponašanje prema zaposlenom ili grupi zaposlenih kod poslodavca od strane poslodavca, nekog od zaposlenih ili grupe zaposlenih, koje se ponavlja a ima za cilj ili

---

[47] Službeni glasnik RS, br.24/2005, 61/2005.

[48] Službeni list SFRJ, br. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, Službeni list SRJ, br. 31/93, (22/99, 23/99, 35/99, 44/99).

[49] Službeni glasnik RS, br.85/2005, 88/2005, 107/2005.

[50] P. Jovanović pominje u pomenutom tekstu četiri grupe krivičnih dela koja bi se mogla dovesti u vezu s mobingom.

[51] Jedna presuda je doneta u Jagodini (septembar), druga u Bačkoj Palanci (oktobar). Videti: B92, Info, Vesti (www.b92.net/info/vesti/index.php?yyy=2008&mm=09&dd=05&nav_id=317159/ i dnevni list „Dnevnik", *Opštinski sud u Bačkoj Palanci izrekao prvu presudu za mobing u Vojvodini,* Novi Sad, 2008, 18. oktobar, str. 1. i 8.

[52] Tekst Zakona je dostupan na Internet adresama: www.psrzrp.vojvodina.gov.rs/ i www.minrzs.gov.rs/. Prilikom izrade Nacrta zakona, radna grupa uzela je u obzir i Model zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu koji je sačinio Centar za unapređivanje pravnih studija, objavljeno u Beogradu, 2008.

predstavlja povredu dostojanstva, ugleda, ličnog i profesionalnog integriteta, zdravlja, položaja zaposlenog i koje izaziva strah ili stvara neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje ili dovodi do toga da se zaposleni izoluje ili navede da na sopstvenu inicijativu otkaže ugovor o radu ili raskine radni odnos." Mobingom se smatra i podsticanje ili navođenje na ovakvo ponašanje. Inače, zaštita od mobinga je obostrana, pošto se predviđa je i zaštita poslodavca od zlostavljanja.

Poslodavac ima obavezu da odmah zaštiti zaposlenog od zlostavljanja bez odlaganja (čl. 7) i odgovara za štetu koju zaposleni vršeći zlostavljanje pričini drugom zaposlenom (čl. 8). Prema čl. 10, poslodavac počiniocu mobinga može da izrekne disciplinsku kaznu ili neku od sledećih mera: 1) opomena, 2) mera privremenog udaljenja sa rada od četiri do 30 radnih dana bez naknade zarade, 3) otkaz (ako ponovi ponašanje u roku od šest meseci). Ako zaposlenom preti neposredna opasnost po zdravlje ili od nastanka nenaknadive štete predviđaju se i privremene mere koje izriče poslodavac: 1) premeštaj u drugu radnu okolinu; 2) udaljenje sa rada (čl. 20).

Načini rešavanja problema u vezi sa zlostavljanjem su: 1) medijacija (u preduzeću), od strane neutralnog i nepristrasnog lica, 2) mogućnost utvrđivanja odgovornosti zaposlenog i 3) sudska zaštita. Kao specifičnosti sudske zaštite predviđaju se: 1) teret dokazivanja (koji je na poslodavcu), 2) hitnost postupka, 3) mogućnost predviđanja privremenih mera, 4) dozvoljenost revizije, 5) oslobađanje od sudske takse.

5. Zaključak

Zlostavljanje na radu (mobing) predstavlja danas veliki problem u celom svetu. Ponekad su štetne posledice zlostavljanja teže vidljive, ali su mnoga istraživanja ukazala da se radi o trenutno najtežem riziku za bezbednost i zdravlje na radu. Uvidevši ovo, Evropska unija i zemlje članice se poslednjih godina aktivno bore protiv mobinga.

U zemljama u tranziciji, kao što je i naša, stres i zlostavljanje na radu su još izraženiji nego u EU. Sledeći praksu razvijenih evropskih zemalja, naš zakonodavac je pripremio Nacrt zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu. Analiza tog dokumenta ukazuje da bi Zakon mogao da pruži efikasnu zaštitu od mobinga, pošto su pri njegovoj izradi uvažavana uporedna iskustva. Ipak, treba imati u vidu da se radi o oblasti u kojoj ni razvijene zemlje nemaju dovoljno prakse, te još uvek ne postoje provereni „recepti". Zato će tek praksa pokazati primenjivost Zakona. Uslov za uspešnost u zaštiti od mobinga biće i to da se Zakon dosledno primenjuje i da bude energično podržan od strane države i socijalnih partnera, pošto se za sada slične odredbe u drugim zakonima nedovoljno poštuju.

Senad Jašarević, Ph. D., Associate Professor
Novi Sad School of Law

Mobbing in Practice and Documents of the EU and Serbia

Abstract

The article is giving brief presentation of European and Serbian experiences, legislative and other measures on combatting of mobbing and bullying. Mobbing at work is characterised by systematic psychological abuse or humiliation of a person by and individual or a group, with the aim of damaging his or her reputation, honour, dignitu, integrity. It has already been described as a more serious safety and health issue than any other in the workplace. At european level (the EU), diverse efforts have been made to promote actions to tackle mobbing, starting with Directive 89/391. The European Parliament also approved a Resolution on harrasment at the workplace (2001). The new European Strategy on Health and Safety (2007-2013) highlihts the importance of promoting mental health at work. Following this, Serbian Government also haS prepared the Draft act on combating harassment at the workplace.

Originalni naučni rad 343.143(497.11)

Dr Snežana Brkić, vanredni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

USTAV SRBIJE IZ 2006. GODINE I NAGOVEŠTAJ NOVIH AKUZATORSKIH ELEMENATA U KRIVIČNOM POSTUPKU

Sažetak: *U radu se ukazuje na potrebu usaglašavanja našeg krivičnog procesnog zakonodavstva sa odredbom Ustava Srbije iz 2006, koja uvodi režim unakrsnog ispitivanja svedoka. Prikazane su razlike između kontinentalnog i angloameričkog modela saslušanja svedoka. Zatim je ukazano na zakonske izmene koje će biti neophodne, kao i na jedan broj dilema, koje se pri tom mogu postaviti. Pri tome se ne spori mogućnost da sve to ima za posledicu jačanje i drugih akuzatorskih elemenata u našem pravu.*

Ključne reči: *Ustav, unakrsno ispitivanje, svedok, akuzatorski elementi.*

I

Novi Ustav Srbije proglašen je 8. novembra 2006. godine (Sl. gl. RS 46/2006). Prema čl. 15. Ustavnog zakona za sprovođenje Ustava (Sl. gl. RS 98/2006), svi zakoni koji nisu u skladu sa novim Ustavom treba da budu usklađeni sa njim do 31. decembra 2008. godine. Usaglašavanje sa Ustavom našeg krivično procesnog zakonodavstva, predstavlja malo složeniji problem zbog činjenice da su trenutno na snazi dva Zakonika o krivičnom postupku, od kojih se jedan u celosti primenjuje (ZKP iz 2001. godine), a drugi (ZKP iz 2006. godine) samo delimično (čl. 107; čl. 110; čl. 117 – 122; čl. 333 – 335). Ovakva situacija je posledica jedne nove mode u našoj normativnoj tehnici, koja sasvim neopravdano razlikuje stupanje na snagu zakona od početka njegove primene. Tako je ZKP iz

2006. godine stupio na snagu osmog dana od dana objavljivanja, ali je početak njegove primene dva puta odlagan: najpre do 01. 06. 2007, a potom do 31.12.2008. godine. Kuriozitet je da je novi ZKP iz 2006. donet neposredno pre usvajanja novog Ustava Srbije, a da se početak njegove primene poklapa sa poslednjim rokom za usaglašavanje sa Ustavom.

Iako bi u ovakvoj situaciji bilo logično da treba pristupiti usaglašavanju novog ZKP iz 2006. godine sa Ustavom, mnogo argumenata govori u prilog suprotnog rešenja. Naime, ZKP iz 2006. godine je ishitreno donet, bez neophodne prethodne javne rasprave, bez temeljnog proučavanja i empirijskog istraživanja nekih ustanova, tako da je ubrzo postao predmetom oštrih kritika u naučnoj i stručnoj javnosti. Odlaganje njegove primene zvanično je obrazloženo nepripremljenošću kadrovskih, tehničkih, finansijskih i drugih uslova za njegovo sprovođenje u život. Međutim, ne radi se samo o nespremnosti državnih organa da preuzmu novu ulogu, već o brojnim njegovim rešenjima koja su neprincipijelna i neprihvatljiva. U prilog tome govori i samokritičnost samog predlagača tog zakonika, koji je ubrzo pripremio predlog njegovih opsežnih izmena i dopuna, koje, sticajem okolnosti, nikada nisu došle na dnevni red Narodne skupštine. Zbog svega navedenog, u naučnim i stručnim krugovima je preovladala teza da treba pristupiti usaglašavanju sa novim Ustavom ZKP iz 2001. godine.

II

Na ovom mestu nećemo se baviti svim odredbama od značaja za krivično procesno zakonodavstvo koje reguliše novi Ustav, već samo jednim novim pravom okrivljenog, koje raniji naši ustavi nisu poznavali: pravom na pravično suđenje. Tačnije, u fokusu naše pažnje biće samo jedan segment tog prava, postuliran u čl. 33. stav 5. Ustava: „Svako kome se sudi za krivično delo ima pravo da sam ili preko branioca iznosi dokaze u svoju korist, ispituje svedoke optužbe i da zahteva da se, pod istim uslovima kao svedoci optužbe i u njegovom prisustvu, ispitaju i svedoci odbrane“. Iako je očigledno da su uzor ovim ustavnim odredbama bile odgovarajuće odredbe Evropske konvencije o osnovnim pravima i slobodama, među njima nema apsolutne podudarnosti. Naime, pomenuto pravo okrivljenog je u čl. 6. stav 3. d) Evropske konvencije formulisano na unekoliko drugačiji način: svako ko je optužen za krivično delo ima pravo „da ispituje ili da postigne da se ispitaju svedoci protiv njega i da se obezbedi prisustvo i saslušanje svedoka u njegovu korist pod istim uslovima koji važe za one koji svedoče protiv njega“. Ovaj segment prava na pravično suđenje odraz je načela kontradiktornosti u krivičnom postupku i podrazume-

va da svako ko je stranka mora imati odgovarajuću mogućnost da izloži svoj slučaj pred sudom pod uslovima koji ga ne stavljaju u suštinski nepovoljniji položaj u odnosu na njegovog protivnika. Iz formulacije upotrebljene u Evropskoj konvenciji proizilazi da ona ravnopravno priznaje oba modela ispitivanja svedoka: angloamerički i evropsko kontinentalni. Prema prvom modelu svedoke ispituju stranke, a prema drugom sud. Naš Ustav je iz svog teksta izbacio ovu drugu mogućnost i praktično obavezao našeg zakonodavca da napusti tradicionalni metod saslušanja svedoka od strane suda i uvede novi sistem ispitivanja svedoka od strane samih stranaka. U tom pogledu sa novim Ustavom bi se morali usaglasiti i ZKP iz 2001. godine i ZKP iz 2006. godine, jer oba počivaju na evropsko kontinentalnom modelu saslušanja svedoka.[1]

III

Evropskokontinentalni model saslušanja svedoka predstavlja svojevrstan relikt inkvizitorskog postupka u kome je vrhovna vrednost princip istraživanja materijalne istine a odgovornost za utvrđeno činjenično stanje leži na sudu. Zbog toga on ima aktivnu ulogu tokom celog postupka i mogućnost odlučivanja o nastupanju dokaza po službenoj dužnosti. Iako i u tom sistemu stranke imaju mogućnost predlaganja dokaza, oni ne obavezuju sud. On ih može odbiti, ali je dužan da razloge o tome položi u obrazloženju presude. U vezi sa nastupanjem dokaza važi princip procesne akvizicije, prema kome je irelevantno po čijoj inicijativi je dokaz unet u krivični postupak (po službenoj dužnosti, na predlog tužioca ili okrivljenog). Jednom unet u postupak, dokaz se odvaja od subjekta od kojeg je potekao i postaje akvizicija (tekovina) postupka. Na njega se u postupku svako može pozivati odnosno njime raspolagati. On može da bude upotrebljen u interesu okrivljenog, iako potiče od tužioca, i obrnuto. Stranka koja je dokaz unela u postupak ne može ga povući ili ga se odreći.[2] Saslušanje svedoka smatra se procesnom radnjom suda. Svedoka saslušava predsednik veća i ostali članovi veća, a stranke, branilac, oštećeni, zakonski zastupnici i punomoćnici mogu posle toga da im postavljaju pojedina pitanja neposredno, odnosno preko predsednika veća. Sam čin saslušanja svedoka sastoji se iz kombinacije spontanog i izazvanog iskaza. Sud najpre poziva svedoka da se izjasni o svemu što o kritičnom događaju zna, a potom mu radi proveravanja, dopune i razjašnjenja može postavljati dopunska pitanja.

[1] Videti npr. čl. 103. i čl. 331. ZKP iz 2001. godine; čl. 109. i čl. 356. ZKP iz 2006. godine

[2] M. Grubač, Krivično procesno pravo, Beograd, 2006, str. 252.

IV

Prema angloameričkom modelu, ispitivanje svedoka je procesna radnja stranaka a ne suda. To je relikt čisto optužnog načela, po kome sud nema aktivnu poziciju u postupku, već predstavlja pasivnog i neutralnog arbitra pred kojim se odvija „dvoboj" ravnopravnih stranaka. Sud samo pazi na regularnost postupka i na kraju presuđuje. Dokazni postupak je u rukama stranaka u skladu sa principom podele tereta dokazivanja. Svedok u ovom sistemu nema mogućnost spontanog iskaza, već je izložen tzv. unakrsnom ispitivanju. Unakrsno ispitivanje počiva na podeli svedoka na svedoke optužbe i svedoke odbrane. Ono obuhvata glavno, unakrsno i dodatno ispitivanje. Glavno ili direktno ispitivanje (examination in chief) svedoka obavlja stranka koja se pozvala na njega. Zatim svedoka ispituje suprotna strana (unakrsno ispitivanje – cross examination), pa ponovo stranka koja ga je pozvala u postupak (re-examination). Režim unakrsnog ispitivanja je mnogo „agresivniji" od kontinentalnog saslušanja svedoka. Naime, cilj glavnog ispitivanja je da svedok da iskaz o činjenicama koje idu u prilog njegove stranke. Cilj unakrsnog ispitivanja je izdejstvovanje od svedoka odgovora koji dovode u pitanje njegov prvobitan iskaz, a ponekad i izdejstvovanje odgovora u prilog vlastitih navoda. Ako protivstranka ne preduzmee unakrsno ispitivanje, smatra se da priznaje tačnost svedočenja dobijenog glavnim ispitivanjem.Najzad, svrha dodatnog ispitivanja je da utvrdi pravi smisao odgovora koji je svedok dao prilikom unakrsnog ispitivanja. Suprotna stranka ima pravo da postavlja samo ona pitanja koja se odnose na pitanja koja je postavila stranka koja je pozvala svedoka. Dodatno ispitivanje se mora ograničiti na pitanja koja je postavila suprotna stranka prilikom unakrsnog ispitivanja. Sudija takođe može da postavlja pitanja svedoku u toku čitavog postupka ispitivanja, a najčešće to radi na kraju, nakon ispitivanja stranaka.

U pogledu glavnog ispitivanja važi nekoliko pravila: zabrana sugestivnih pitanja (leading questions),[3] ograničenost mogućnosti „osvežavanja" memorije svedoka čitanjem beležaka i zabrana unakrsnog ispitivanja vlastitog svedoka radi njegove diskreditacije. Težnja za ovim poslednjim se često javlja kod svedoka koji pred sudom počnu iskazivati na štetu stranke koja se na njih pozvala. U takvom slučaju, zastupnik te stranke ne

[3] Iako se i na sugestivna pitanja može odgovoriti na razne načine, ona su tako postavljena da na vode na određenu vrstu odgovora. Tako npr. pitanje ne bi smelo da glasi: „Da li je tom prilikom padala kiša?", već „Kakvo vreme je bilo tom prilikom?". Sugestivna pitanja su zabranjena jer lažnom svedoku mogu staviti do znanja kakav odgovor se od njega očekuje, a istinitog svedoka mogu navesti da zbog nepažnje da pogrešan odgovor.

sme ih unakrsno ispitivati, jer bi to odugovlačilo postupak i ugrozilo integritet ličnosti svedoka.

I kod unakrsnog ispitivanja postoji nekoliko ograničenja: ne smeju se postavljati pitanja koja narušavaju čast i dostojanstvo svedoka, osim ako za to ne postoji valjan razlog – u tom slučaju sme se postaviti samo jedno pitanje; na suđenju za silovanje ili neko drugo krivično delo protiv polne slobode, odbrana ne sme, bez posebne dozvole sudije, postavljati pitanja žrtvi o njenim ranijim seksualnim iskustvima sa bilo kojim drugim licem, osim sa optuženim. Pošto je cilj unakrsnog ispitivanja proveravanje istinitosti svedokovih navoda iznesenih prilikom glavnog ispitivanja, angloameričko pravo dopušta protivstranci različite taktike ispitivanja u cilju razotkrivanja protivrečnosti i manjkavosti u iskazu, da se izazove sumnja u verodostojnost iskaza, pa čak i da se baci senka na ličnost svedoka (impeachment methods).[4] U tom smislu, dopuštena su i sugestivna pitanja. Sugestivna pitanja su, međutim zabranjena prilikom dodatnog ispitivanja, jer je stranka vezana za predmet pitanja protivstranke prilikom unakrsnog ispitivanja.

V

Postavlja se pitanje dometa koje navedene ustavne odredbe moraju ili mogu imati na naše krivično procesno zakonodavstvo. Nesumnjivo da one rađaju neophodnost izmene jednog broja konkretnih zakonskih rešenja. Pre svega, moraće se izmeniti odredbe čl. 103. i čl. 331. ZKP iz 2001. godine, odnosno čl. 109. i čl. 356. ZKP iz 2006. godine, koje govore o tradicionalnom načinu saslušanja svedoka od strane suda. Umesto toga, moraće se promovisati režim unakrsnog ispitivanja svedoka.[5] Zatim, do sada postojeća zabrana postavljanja sugestivnih pitanja prilikom saslušanja svedoka, moraće se vezati samo za glavno i dodatno, a ne i unakrsno ispitivanje, što je u duhu angloameričkog modela.

S druge strane, neke kategorije lica bi se morale izuzeti od režima unakrsnog ispitivanja zbog rizika sekundarne viktimizacije. Njih bi i dalje saslušavao sud i to na veoma obazriv način, a stranke im ne bi mogle neposredno postavljati pitanja, već samo preko predsednika veća. U tom pogledu imamo već izvestan napredak u našem zakonodavstvu, koje odnedavno poznaje kategoriju posebno osetljivih oštećenih ili svedoka. Takvi-

[4] Videti primer naveden kod D. Krapca, Engleski kazneni postupak, Zagreb, 1995, str. 83.

[5] Takav način ispitivanja već je počeo da hvata korena u kontinentalnim pravima (npr. u BiH i Italiji, a jedan kombinovani metod u Hrvatskoj).

ma se smatraju lica za koja organ koji vodi postupak utvrdi da su s obzirom na svoj uzrast, životno iskustvo, način života, pol, zdravstveno stanje, prirodu ili posledice krivičnog dela, odnosno druge okolnosti slučaja, posebno osetljivi i da bi saslušanje u prostorijama organa koji vodi postupak, moglo imati štetne posledice po njihovo fizičko ili psihičko stanje (čl. 110. ZKP iz 2006. godine). Takvim licima se već sada pitanja mogu postavljati samo preko organa koji vodi postupak, koji će se prema takvom oštećenom ili svedoku odnositi sa posebnom pažnjom, nastojeći da se izbegnu moguće štetne posledice krivičnog postupka po njegovu ličnost, telesno i duševno stanje. Njihovo saslušanje se može obaviti i uz pomoć psihologa, socijalnog radnika ili drugog stručnog lica, a moguće je i njihovo saslušanje upotrebom tehničkih sredstava za prenos slike i zvuka. Takvo saslušanje se sprovodi bez prisustva stranaka i drugih učesnika postupka u prostoriji u kojoj se oštećeni ili svedok nalazi, tako da mu stranke, branilac i lica koja na to imaju pravo, pitanja postavljaju posredstvom organa koji vodi postupak, psihologa, pedagoga, socijalnog radnika ili drugog stručnog lica. Slične odredbe ima i Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica u odnosu na maloletna lica kao oštećene u krivičnom postupku za određena krivična dela (čl. 152). Primarni cilj svedočenja putem video konferencijske veze je zaštita posebno osetljivih svedoka radi eliminisanja svih negativnih posledica atmosfere u sudnici koja bi mogla izazvati sekundarnu viktimizaciju žrtava. Njen sekundarni cilj je savladavanje prostornih prepreka, uključiv tu i pružanje međunarodne krivičnopravne pomoći. Protiv primene ove mere navodi se da tehnička veza ne može zameniti lični kontakt.[6] Ipak, pogrešno je takve svedoke označavati kao virtuelne svedoke, jer oni stvarno postoje, samo nisu fizički prisutni. Po nekima, ova mera predstavlja odstupanje od načela neposrednosti.[7] Smatramo da se njome samo fizički odstupa od načela neposrednosti, ali se ono u suštini poštuje, zahvaljujući tehničkoj vezi tokom suđenja. Očuvano je pravo na procesnu komunikaciju učesnika krivičnog postupka kakva je moguća i u uslovima fizičke prisutnosti svih lica u sudnici.

Iako naš zakonodavac do sada nije poznavao režim unakrsnog ispitivanja, i tegobe koje on može imati za pojedine svedoke, u ovom kontekstu treba pomenuti odredbu čl. 107. ZKP iz 2006. godine, koja je već po-

[6] Vid. H. Diemer, Der Einsatz der Videotechnik in der Hauptverhandlung, Neue Juristische Wochenschrift 23/99, s. 1668.

[7] G. Krapf, Audiovisuelle Zeugenvernehmung, Kriminalistik 5/02, s. 309; M. Hussels, Videoübertragungen von jugendlichen Zeugen in Missbrauchsprozessen – eine Bestanaufnahme und Überlegungen de lege ferenda, Zeitschrift für Rechtspolitik 7/1995, s. 243.

čela da se primenjuje danom njegovog stupanja na snagu. Radi se o listi pitanja koja je zabranjeno postavljati oštećenom ili svedoku, bilo zbog njihovog viktimizirajućeg karaktera, bilo zbog toga što se ne odnose neposredno na predmet krivičnog postupka.[8] Naime, oštećenom ili svedoku zabranjeno je postavljati pitanja koja se odnose na njegov polni život i seksualne sklonosti, političko i ideološko opredeljenje, rasno, nacionalno i etničko poreklo, moralne kriterijume, druge isključivo lične i porodične okolnosti, osim izuzetno, ako su odgovori na takva pitanja neposredno i očigledno povezani sa potrebom razjašnjenja bitnih obeležja krivičnog dela koje je predmet postupka.

Ove izmene će sa svoje strane uticati na jačanje ili slabljenje nekih, do sada važećih procesnih načela. Tako će se načelo kontradiktornosti podići na jedan viši nivo i realizovati u punijem obimu nego do sada, zahvaljujući novoj inicijativi u rukama stranaka i jačanju njihove ravnopravnosti. Samim tim, to će doprineti boljem kvalitetu sudskih odluka.

S druge strane, ostaje otvoreno pitanje koliko će biti ograničena ovlašćenja suda, a time i načelo istraživanje materijalne istine. Naime, i pri režimu unakrsnog ispitivanja u savremenim adverzijalnim krivičnim postupcima, sud takođe može postavljati pitanja svedocima, ali on ne izbija u prvi plan. Takođe, smatra se da navedena odredba Evropske konvencije ne daje optuženom apsolutno pravo da poziva svedoke ili pravo da prisili sud da sasluša nekog određenog svedoka. Domaći zakoni mogu propisati uslove za prihvatanje svedoka i nadležne vlasti mogu odbiti dozvolu za pozivanje određenog svedoka ako se čini da svedočenje nije relevantno. Međutim, procedura pozivanja i saslušanja svedoka mora biti ista za optužbu kao i za odbranu i zahteva se jednakost strana.[9] Inače, načelo istraživanja materijalne istine, koje se nekada smatralo vrhovnim procesnim načelom, i u kontinentalnim pravima trpi značajna ograničenja. Danas se sve češće smatra da ono nije vrhovni postulat krivičnog procesnog prava, i da treba da ustupi mesto jednom drugom principu, tačnije pravu okrivljenog na pravično suđenje.[10] U vezi sa činjenicama čije bi utvrđivanje inicirao sam sud, postavlja se dilema kojim redosledom bi bila postavljana pitanja od strane pojedinih stranaka.

Navedena ustavna odredba bila bi i u funkciji jačanja načela neposrednosti na glavnom pretresu. Da bi izuzetno mogla poslužiti kao dokaz

[8] Vid. M. Škulić, Komentar Zakonika o krivičnom postupku, Beograd, 2007. str. 385.

[9] Nuala Mole, Catharina Harby, Pravo na pravično suđenje, Vodič za primenu člana 6 Evropske konvencije o ljudskim pravima,, Beograd, 2003, str.131.

[10] M. Grubač, op. cit., str. 257; D. Krapac, Kazneno procesno pravo, knjiga prva: Institucije, Zagreb, 2000, str. 83.

na glavnom pretresu, sva saslušanja svedoka pre glavnog pretresa morala bi se sprovesti pod istim uslovima, odnosno u prisustvu okrivljenog. U tom svetlu, već sada se pokazuju kao direktno protivustavne odredbe novog ZKP iz 2006. godine, koje omogućavaju upotrebu na glavnom pretresu dokaza iz prethodnog, pa čak i iz pretkrivičnog postupka, koji nisu dobijeni na opisani način.

Pošto režim unakrsnog ispitivanja počiva na podeli svedoka na svedoke optužbe i svedoke odbrane, svakako da bi se time potpuno derogiralo načelo procesne akvizicije.

Osim toga, pred našim procesnim zakonodavcem su još neke dileme: da li režim unakrsnog ispitivanja svedoka treba da važi i za veštake, budući da se oni u angloameričkom pravu tretiraju kao posebna vrsta stručnih svedoka. Pozitivan odgovor na ovo pitanje bi značajno izmenio sliku ovog dokaznog sredstva, koje prema važećem zakonodavstvu naređuje isključivo sud. Uprkos nedvosmislenosti te zakonske odredbe, u našoj sudskoj praksi bilo je pokušaja provlačenja i tzv. privatnih veštačenja i veštaka koje nije imenovao sud, što je bilo protivzakonito.

Dalje, moglo bi se postaviti i pitanje da li bi ovakvom režimu ispitivanja podlegao i okrivljeni. Podsetimo da on u našem pravu ne može imati položaj svedoka u vlastitoj stvari. Dakle, ako se na tom planu ništa ne bi izmenilo, prelazak na novi režim ne bi bio neophodan. U ovom kontekstu, treba ukazati i na neophodnost nekih terminoloških izmena. Podsetimo da je ZKP iz 1976. godine dosledno govorio o „ispitivanju“ okrivljenog, za razliku od „saslušanja“ svedoka, težeći time da ukaže na bitno drugačiju poziciju okrivljenog u krivičnom postupku koji je ne samo aktivni subjekt, nego i pasivno dokazno sredstvo. ZKP iz 2001. godine, usaglašavajući se sa Ustavom SRJ iz 1992., godine, menja ovu terminologiju, tako da pominje „saslušanje“ kako svedoka, tako i okrivljenog. Smatralo se da ta promena ima i suštinski značaj, jer je položaj procesnog učesnika koji se ispituje nepovoljniji od položaja onoga koji se saslušava. Izraz „saslušanje“ je više u skladu sa pravom okrivljenog da ne mora dati iskaz. U novoj situaciji, u kojoj bi režimu unakrsnog ispitivanja podlegao samo svedok, a ne i okrivljeni, bila bi potrebna izmena terminologije, ovog puta u obrnutom smeru: dakle, okrivljeni bi se i dalje „saslušavao“, a svedok „ispitivao“. Ako bi se, pak, okrivljenom omogućilo da svedoči u sopstvenoj stvari, za njega bi ponovo vezali termin „ispitivanje“.

Naglašena aktivnost stranaka mogla bi imati za posledicu i preispitivanje postojećih odredaba o formalnoj odbrani okrivljenog. Suštinski pomak na bolje okrivljenog koji sam ispituje svedoke i deli teret dokazivanja sa tužiocem, teško je zamisliti bez angažovanja stručnog pomagača.

Zato bi trebalo očekivati širenje obavezne odbrane, kao i odbrane siromašnih.

Pored toga što će navedena ustavna odredba zahtevati usaglašavanje našeg procesnog zakonodavstva u navedenom smislu, pretpostavljam da bi ona mogla imati i jedan dalekosežniji značaj. Ona bi mogla predstavljati svojevrstan podsticaj našem zakonodavcu da prihvati i neke druga obeležja akuzatorstva, koja potiču iz angloameričkog prava i u poslednje vreme pokazuju snažnu tendenciju probijanja i u evropskokontinentalne sisteme (npr. sporazumevanje o krivici, kontradiktorno ročište za odlučivanje o pritvoru, itd).

Snežana Brkić, Ph. D., Associate Professor
Novi Sad School of Law

Constitution of Serbia from 2006. and announcement the new accusatorial elements in criminal procedure

Abstract

This paper considers the need of the harmonization of the criminal procedure legislation with the new Constitution of Serbia, which introduces the method of cross-examination of witnesses. Author describes the differences between continental and anglosaxon model of witness hearing. Afterwards, he points to legal changes which are necessary, and also to some dilemmas. That cannot be denied the possibility that al of that results in strengthen of other accusatorial elements in our legislature.

Originalni naučni rad 35(497.113)
342.4(497.11)“2006“

Dr Zoran Lončar, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

POLOŽAJ POKRAJINSKE UPRAVE U PREDLOGU STATUTA AUTONOMNE POKRAJINE VOJVODINE

Sažetak: *Nakon usvajanja novog Ustava Republike Srbije proces pravnog uobličavanja autonomije Vojvodine bi trebalo da bude nastavljen donošenjem Statuta AP Vojvodine. Utvrđivanje Predloga statuta od strane Pokrajinske skupštine i njegovo upućivanje u Narodnu skupštinu Republike Srbije radi davanja prethodne saglasnosti je, međutim, izazvalo veliku pažnju stručne javnosti koja je gotovo jednoglasno ustvrdila da u budućem najvišem pokrajinskom pravnom aktu ima odredbi koje nisu u saglasnosti sa Ustavom. U ovom radu se zato pažljivoj pravnoj analizi potvrgavaju odredbe Predloga statuta AP Vojvodine koje se tiču položaja pokrajinske uprave, istovremeno ukazujući na najznačajnije novine koje se u tom pogledu javljaju i iznose razlozi zašto neke od tih odredbi nisu u potpunosti usaglašene sa Ustavom i važećim republičkim zakonodavstvom.*

Ključne reči: *uprava, pokrajinska uprava, ustav, statut Vojvodine*

Uvodne napomene

Na osnovu Ustavnog Zakona za sprovođenje Ustava Republike Srbije, posle pokrajinskih izbora i konstituisanja novog saziva Skupštine AP Vojvodine, Statut Vojvodine bi trebalo da bude prvi korak u postupku pravnog uobličavanja pokrajinske autonomije nakon usvajanja Ustava Republike Srbije 2006. godine. Posle punih sedamnaest godina Statutom bi ponovo trebalo da se definiše autonomija Vojvodine čiji je pravni okvir

određen odredbama važećeg Ustava Srbije. Skupština AP Vojvodine je dosada utvrdila Predlog statuta i uputila ga u Narodnu skupštinu Republike Srbije, koja u skladu sa članom 185. Ustava treba da odluči o davanju prethodne saglanosti kao neophodnog uslova da bi Statut mogao da bude proglašen u pokrajinskoj Skupštini.[1]

U međuvremenu budući Statut AP Vojvodine je postao značajna tema ne samo političke, već i stručne rasprave. Brojni autori koji su se do sada u javnosti izjašnjavali o tekstu Nacrta ili samog Predloga statuta ukazuju na niz odredbi koje nisu u saglasnosti sa Ustavom Republike Srbije i sa važećim republičkim zakonodavstvom, što bi svakako prema odredbama člana 194. i 195. Ustava morali da budu.[2] Da Statut u značajnom delu sadrži neustavne odredbe je uostalom jednoglasna ocena i stručnog skupa posvećenog Predlogu statuta Vojvodine koji je održan na Pravnom fakultetu u Beogradu o1. decembra 2008. godine.

Ostavljajući po strani ovom prilikom brojne odredbe Statuta za koju je stručna javnost zbog njihovog značaja već iskazala pažnju i izrekla svoj sud, poput odredbi o određenju Vojvodine, teritoriji, glavnom gradu, službenom jeziku i pismu, Vojvođanskoj akademiji nauka i umetnosti, Razvojnoj banci, međunarodnim odnosima, pravnim aktima, imovini, nadležnosti, prihodima, ostvarivanju manjinskih prava itd, u narednim redovima biće analizirane isključivo odredbe Predloga statuta o položaju buduće pokrajinske uprave. Naime, novi Ustav Republike Srbije, bez obzira na to što donosi određene novine u pogledu pre svega izvorne nadležnosti, sopstvene imovine i izvornih prihoda, celokupni položaj Autonomne pokrajine u odnosu na Republiku u osnovi ipak nije promenio. Autonomna pokrajina Vojvodina je i dalje kao i do sada autonomna teritorijalna jedinica u okviru unutarno uređenje Republike Srbije. Stoga u pogledu položaja pokrajinske uprave u Predlogu statuta nije trebalo očekivati neke bitne novine. Zbog toga ćemo u ovom radu kroz pažljivu pravnu analizu nastojati da ukažemo na najznačajnije novine koje se javljaju u pogledu pokrajinske uprave i pokušati da utvrdimo da li su sve odredbe tog dela Predloga statuta AP Vojvodine u potpunosti u saglasnosti sa Ustavom Republike Srbije.

---

[1] „Statut autonomne pokrajine donosi njena skupština, uz prethodnu saglasnost Narodne skupštine". Ustav Republike Srbije, član 185. stav 2.

[2] „Ustav je najviši pravni akt Republike Srbije. Svi zakoni i drugi opšti akti doneti u Republici Srbiji moraju biti saglasni sa Ustavom". Ustav Republike Srbije, član 194. stav 2 i 3. „Statut, odluke i svi drugi opšti akti autonomnih pokrajina i jedinica lokalne samouprave moraju biti saglasni sa zakonom". Ustav Republike Srbije, član 195. stav 2.

Princip organizacije pokrajinske vlasti

S obzirom na to da položaj svake uprave zavisi u prvom redu od njenog odnosa sa skupštinom i izvršnim organom, za razumevanje mesta pokrajinske uprave u Predlogu statuta AP Vojvodine od prvenstvenog značaja je princip organizacije pokrajinske vlasti koji je na osnovu Ustava trebalo da bude prihvaćen u Predlogu statuta. Stoga prihvaćeni princip organizacije pokrajinske vlasti ima karakter svojevrsnog prethodnog pitanja za celokupni pravni položaj pokrajinske uprave.

Ustav autonomnim pokrajinama, kao i jedinicama lokalne samouprave (opštinama i gradovima) garantuje između ostalog i pravo na samostalno uređivanje sopstvenih organa.[3] To znači da su autonomne pokrajine samostalne da svojim aktima u skladu sa Ustavom urede pitanje sopstvene organizacije. Ustav je autonomne pokrajine i lokalne samouprave u pogledu izbora i uređenja njihove organizacije ograničio samo kada je u pitanju skupština. Naime, već samim Ustavom je propisano da je skupština *najviši organ* autonomne pokrajine i jedinice lokalne samouprave, kao i da skupštinu autonomne pokrajine čine poslanici, a skupštinu jedinice lokalne samouprave odbornici.[4] Isto tako, Ustavom je propisano i da se način izbora poslanika uređuje odlukom pokrajinske skupštine, a odbornika zakonom i da im mandat traje 4 godine.[5] U svemu ostalom autonomne pokrajine i jedinice lokalne samouprave su slobodne da sopstvenu organizaciju urede sopstvenim statutima.

Predlog statuta AP Vojvodine Skupštinu određuje kao najviši organ u AP Vojvodini i kao nosioca celokupne normativne vlasti.[6] Na prvi pogled, u formalno-pravnom smislu, ova odredba Statuta je u potpunosti u saglasnosti sa Ustavom. Međutim, problem je u tome što sve ostale odredbe koje se odnose na položaj pokrajinskih organa, a pre svega one koje se tiču odnosa Skupštine i pokrajinske izvršne vlasti, nisu u suštinskom smislu u saglasnosti sa ovom odredbom Statuta, pa prema tome ni sa Ustavnom odredbom koja propisuje da je Skupština najviši organ u Autonomnoj pokrajini. Naime, na osnovu formulacije odredbe stava 1. člana 180. Ustava da je skupština „*najviši organ*“ u autonomnim pokrajinama i lokalnim samoupravama, ustavotvorac je

[3] „Autonomne pokrajine, u skladu sa Ustavom i statutom autonomne pokrajine, a jedinice lokalne samouprave, u skladu sa Ustavom i zakonom, samostalno propisuju uređivanje i nadležnost svojih organa i javnih službi“, član 179. Ustava Republike Srbije.

[4] Ustav Republike Srbije, član 180. stav 1 i 2.

[5] Ustav član 180. stav 3.

[6] Predlog statuta AP Vojvodine, član 33.

unapred jasno odredio i princip organizacije vlasti – jedinstvo vlasti i to skupštinski tip. Dakle, sve odredbe Statuta koje se tiču položaja i međusobnih odnosa pokrajinske skupštine i pokrajinske izvršne vlasti moraju biti zasnovane na skupštinskom sistemu vlasti. Međutim, Predlog statuta u svojoj odredbi člana 33. samo forme radi navodi da je skupština najviši organ u AP Vojvodini, dok se u svim ostalim odredbama koje se tiču odnosa Skupštine i izvršne vlasti opredelio za sistem podele vlasti i to parlamentarni tip. Preuzimajući većinu odredbi čak i jezički potpuno doslovno iz Ustava Republike Srbije, Predlogom statuta je u pogledu organizacije pokrajinske vlasti time preuzet i parlamentarni sistem podele vlasti na kome počiva organizacije republičke vlasti. To je slučaj sa odredbama Statuta o pojedinim nadležnostima Skupštine (član 34), položaju i odgovornosti Pokrajinske vlade (član 47), nadležnosti, izboru i mandatu Pokrajinske vlade (član 48, 51 i 52), interpelaciji (član 53), glasanju o nepoverenju Pokrajinskoj vladi (član 54), glasanju o poverenju Pokrajinskoj vladi (član 55), ostavci Pokrajinske vlade (član 56 i 57) itd. Da je u Predlogu statuta Pokrajinska skupština samo forme radi određena kao najviši organ vlasti i da ostale odredbe o njenom odnosu sa pokrajinskom izvršnom vlašću nisu na takvom principu i zasnovane, više nego očigledno se vidi iz odredbe člana 43. Predloga statuta koji predviđa čak mogućnost raspuštanju Skupština od strane Pokrajinske vlade! [7]

S obzirom na to da Ustav (član 180. stav 1) izričito propisuje da je skupština najviši organ ne samo autonomne pokrajine, već istovremeno i lokalne samouprave, interesantno je da je republički zakonodavac uređujući organizaciju lokalne samouprave u Zakonu o lokalnoj samoupravi iz 2007. godine, skupštinu odredio ne samo forme rade kao najviši organ lokalne samouprave, već je i kompletnu organizaciju lokalne samouprave predvideo prema skupštinskom sistemu jedinstva vlasti. Pravni položaj predsednika opštine (član 43, 44, 47, 49, 50), opštinskog veća (član 45, 46, 48) i opštinske uprave (člčan 52-64) je u Zakonu o lokalnoj samoupravi u potpunosti zasnovan na skupštinskom sistemu. Pošto su nakon lokalnih izbora sve jedinice lokalne samouprave bile dužne da u roku od 90 dana od konstituisanja skupštine svoje najviše pravne akte usklade sa Zakonom o lokalnoj samoupravi,

[7] „Predsednik Skupštine, na obrazloženi predlog Vlade AP Vojvodine, može da raspusti Skupštinu. (...) Vlada AP Vojvodine ne može predložiti raspuštanje Skupštine ako je podnet predlog da joj se izglasa nepoverenje ili ako je postavila pitanje svoga poverenja. (...) Skupština ne može biti raspuštena za vreme ratnog ili vanrednog stanja. Skupština koja je raspušena vrši samo tekuće ili neodložne poslove, određene zakonom i pokrajinskom skupštinskom odlukom“. Predlog statuta AP Vojvodine, član 43. stav 1, 3, 4 i 5.

danas sve opštine i gradovi u Republici Srbiji su u pogledu organizacije lokalne vlasti u potpunosti zasnovane na odredbama važećeg Ustava i skupštinskom sistemu jedinstva vlasti. U cilju doslednog poštovanja Ustava Republike Srbije ostaje da to isto uradi i Autonomna pokrajina Vojvodina, kroz potpunu izmenu koncepta organizacije pokrajinske vlasti koji je predviđen u Predlogu statuta.

Interesantno da je svojevremeno u samom tekstu Nacrta statuta koji je bio u javnoj raspravi, bilo predviđeno da je Pokrajinska skupština „najviše predstavničko telo" u AP Vojvodini,[8] a u skladu sa tom odredbom i sve ostale odredbe o organizacije pokrajinske vlasti su sasvim prirodno počivale na parlamentarnom tipu podele vlasti. Međutim, menjajući kasnije nakon održane usmene rasprave samo termine „najviše predstavničko telo" sa „najvišim organom" predlagači Statuta su sa Ustavom uskladili samo odredbu člana 33. Predloga statuta, dok su sve ostale odredbe i dalje ostale neusaglašene sa Ustavom. Očigledno da se razlog za prihvatanje ovakve organizacije pokrajinske vlasti nalazi u činjenici da su autori Statuta u mnogim odredbama, pa i u onim o organizaciji pokrajinske vlasti nastojali da buduću pokrajinsku vlast u Vojvodini ustroje što je više moguće po ugledu na državnu vlast, ne vodići pri tome mnogo računa o Ustavnim preprekama za tako nešto.

Pokrajinska Vlada

U okviru ustavnog prava autonomnih pokrajina na samostalno uređivanje organa svakako spada i pravo na slobodno određivanje naziva sopstvenih organa. Stoga se sa čisto formalnog ustavno-pravnog aspekta ne bi moglo prigovoriti bilo kakvom izboru u pogledu naziva pokrajinskih organa, pa ni samom izboru termina „pokrajinska vlada" za naziv izvršnog organa u Pokrajini. Međutim, indikativno je da se Predlogom statuta sada po prvi put, otkada se Vojvodina uopšte naziva Autonomnom pokrajinom i nalazi u sastavu Srbije, za izvršni organ uvodi naziv – Vlada Autonomne pokrajine Vojvodine (član 47-59). Bez obzira na to što se ustavno-pravni položaj Vojvodine u okviru Republike Srbije dosada bitno menjao, i to od faktički federalne jedinice kakav je položaj Vojvodina imala prema Ustavu iz 1974. godine, do jedinice teritorijalne autonomije u okviru unitarno uređene države, kakav je položaj Vojvodina imala prema Ustavu iz 1990. godine i kakav pravni položaj ona u

[8] „Skupština AP Vojvodine je najviše *predstavničko telo* i nosilac narmativne vlasti u AP Vojvodini". Nacrt statuta AP Vojvodine, član 33.

osnovi ima i danas na osnovu odredbi Ustava iz 2006. godine, izvršni organ u Vojvodini je uvek nosio isti naziv – Izvršno veće Autonomne pokrajine Vojvodine.

Ovakva promena naziva za izvršni organ u Pokrajini je u javnosti uglavnom pravdana potrebom za modernizmom i željom da se više ne robuje bilo kakvim teorijskim stereotipima u pogledu naziva pokrajinskih organa. Pri tome je kao ključan argument za promenu naziva izvršnog organa iznošeno uporedna isustvo iz Nemačke, Španije i Italije, gde se izvršni organi pokrajina, odnosno regiona takođe nazivaju pokrajinskim ili regionalnim vladama. Bez obzira na potpunu tačnost ovog terminološkog podataka, njegovo korišćenje kao glavnog argumenta u slučaju Autonomne pokrajine Vojvodine, ima „samo tu manu" što se zaboravlja na činjenicu da je Nemačka federalno uređena država, a Španija i Italija su regionalno uređene, dok je Srbija u tom pogledu unutarno uređena država, a Vojvodina u njoj nema status ni federalne jedinice, ni regiona, već samo autonomne teritorijalne zajednice.[9]

Da ovakva simbolička izmena u pogledu naziva izvršnog organa nije samo obično terminološko pitanje potvrđuje i činjenica da su u Predlog statuta AP Vojvodine unete i brojne novine koje se tiču nekih od klasičnih državnih poslova koje vrše vlade u državama. Tako je odredbom člana 47. Predloga statuta Pokrajinska vlada izričito i označena, ne kao izvršni organ što bi trebalo da bude da je prihvaćen Ustavom proklamovani skupštinski tim vlasti, već kao „*nosilac izvršne vlasti na teritoriji Pokrajine*," a članom 48. tačka 1. Predloga statuta predviđeno je da Pokrajinska vlada „*utvrđuje i vodi politiku u okviru prava i dužnosti AP Vojvodine u oblastima njene izvorne nadležnosti*". Isto tako bez obzira na to što Vojvodina kao autonomna teritorijalna jedinica u okviru Republike Srbije nema međunarodno-pravni subjektivitet koji je isključivo rezervisan za Republiku, članom 48. tačka 15. Predloga statuta je predviđeno da Pokrajinska Vlada „*zaključuje međunarodne ugovore iz oblasti koje su u nadležnosti AP Vojvodine"*. Očigledno da je tu reč o pravnom pokušaju autora Predloga statuta da izvršni organ Autonomne pokrajine što više pravno uobliče po ugledu na vlade država. To se jasno vidi iz činjenica da više odredaba Predloga statuta koje se tiču Pokrajinske vlade, posebno one koje su posvećene pitanjima kao što su: početak i prestanak mandata (član 52*),* glasanje o nepoverenju Vladi (član 54), glasanje o poverenju Vladi (član 55), ostavci i razrešenju Vlade (član 56-57), interpelaciji (član 53),

[9] „Autonomne pokrajine su *autonomne teritorijalne zajednice* osnovane Ustavom, u kojima građani ostvaruju pravo na pokrajinsku autonomiju". Ustav Republike Srbije, član 182. stav 1.

nespojivosti funkcija (član 50) itd., uređuju Vladu AP Vojvodine znatno detaljnije nego što je to bio slučaj sa Izvršnim većem AP Vojvodine u važećem Statutu.

Svakako da je u Predlogu statuta vredna pravne pažnje i odredba kojom se predviđa imunitet za predsednika i članove Pokrajinske vlade, odnosno nemogućnost krivične odgovornosti za izneto mišljenje na sednici Pokrajinske vlade ili Skupštini, kao i za glasanje na sednici Pokrajinske vlade.[10] Naime, Ustav pravo imuniteta predviđa samo za pojedine nosioci funkcija isključivo na republičkom nivou, kao što su narodni poslanici (član 103. Ustava), Predsednik Republike (član 119. Ustava), Predsednik i članovi Vlade (član 134. Ustava), sudije (član 151. Ustava), javni tužioci (član 162. Ustava), Zaštitnik građana (član 138. Ustava). Bez obzira na to koliko uvođenje takvog imuniteta za članove pokrajinske Vlade možda izgleda opravdano, izuzimanje od primene krivične odgovornosti koja je propisana Krivičnim zakonikom, dakle aktom više pravne snage u odnosu na Statut Autonomne pokrajine, ipak nije pravno moguće.

Organi pokrajinske uprave

Pokrajinskoj upravi je u Predlogu statuta posvećen svega jedan član (60.) i njime je regulisano, ne samo isključivo pitanje *položaja pokrajinske uprave*, kako glasi sam naslov tog člana, već u okviru njega i način *uređivanja unutrašnjih odnosa* u pokrajinskoj upravi (stav 4.), *vrste akata* koje donose organi pokrajinske uprave (stav 5.), *nadzor nad radom* organa pokrajinske uprave (stav 6.) i *kontrola zakonitosti akata* pokrajinske uprave (stav 7.). Ovakvom odredbom Predloga statuta su utvrđeni osnovni elementi pravnog položaja koji će imati buduća pokrajinska uprava, a Pokrajinskoj skupštini i Pokrajinskoj vladi ostavljeno je da svojim aktima kasnije u potpunosti uobliče konačni pravni položaj organa pokrajinske uprave.

Na osnovu Predloga statuta već sada je jasno da će pokrajinska uprava biti samostalna u svom radu i da će i za nju važiti opšti princip zakonitosti rada, odnosno da će poslove iz svoje nadležnosti morati da obavlja u skladu sa zakonom, Statutom i odlukama Pokrajinske skupštine.[11]

---

[10] „Predsednik i član Pokrajinske vlade ne odgovaraju za mišljenje izneto na sednici Pokrajinske vlade, Skupštie ili za glasanje na sednici Pokrajinske vlade“. Predlog statuta AP Vojvodine, član 58.

[11] „Pokrajinska uprave je samostalna, poslove iz svoje nadležnosti obavalja u skladu sa zakonom, Statutom i pokrajinskom skupštinskom odlukom“. „Pojedinačni akti i radnje pokrajinskih organa uprave i organizacija kojima su poverena ovlašćenja, moraju biti

Po ugledu na Ustav koji je propisao da je državna uprava za svoj rad odgovorna Vladi Republike Srbije (član 136. stav 1), Predlog statuta je predvideo da će i pokrajinska uprava za svoj rad odgovarati Pokrajinskoj vladi.[12] Poslove iz nadležnosti pokrajinske uprave će obavljati pokrajinski organi uprave i pokrajinske organizacije čija će nadležnost biti uređena odlukom Pokrajinske skupštine,[13] dok će unutrašnje uređenje organa pokrajinske uprave i pokrajinskih organizacija, kao i do sada biti određeno odlukom Pokrajinske vlade.[14]

Interesantno je primetiti da se u Predlogu statuta odustalo od davanja organima pokrajinske uprave naziva ministarstva kao što je to danas slučaj na republičkom nivou, a što je svojevremeno bilo predviđeno nacrtnom verzijom Statuta (član 64) i oko čega se tokom javne rasprave vodila velika polemika. Međutim, to što je sada u samom tekstu Predloga statuta izostavljen termin „ministarstva" kao organizacioni oblik organa pokrajinske uprave, ne znači još da se i odustalo od davanja takvog naziva budućim najvišim organima pokrajinske uprave. Naime, Predlogom statuta nije neposredno uređeno pitanja naziva samih organa pokrajinske uprave, već je to pitanje stavljanjem u nadležnost Skupštine, samo ostavljeno da se kasnije reguliše pokrajinskom skupštinom odlukom.[15] Da je u tekstu Predloga statuta zadržana odredba iz važećeg Statuta (član 41), prema kojoj poslove pokrajinske uprave danas obavljaju „*pokrajinsk*i *sekretarijati* i drugi organi pokrajinske uprave", na jasan i nesumljiv način bi se propisao naziv najviših organa buduće pokrajinske uprave, kao što to čini i Ustav u pogledu ministarstva kao najviših oblika organa državne uprave,[16] i ne bi se ostavila nikakva mogućnost za kasnije uvođenje ministarstava kao organizacionih oblika organa pokrajinske uprave i u Vojvodini. Ovako su autori Predloga statuta, koji se inače veoma često odlučuju za preuzimanje i potpuno nepotrebno prepisivanje brojnih odredbi Ustava, u slučaju naziva organa pokra-

---

zasnovani na zakonu i pokrajinskoj skupštinskoj odluci". Predlog statuta AP Vojvodine, član 60. stav 1. i 5.

[12] Predlog statuta AP Vojvodine, član 60. stav 1.

[13] „Poslove pokrajinske uprave obavljaju pokrajinski organi uprave i druge pokrajinske organizacije određene pokrajinskom skupštinskom odlukom". „Poslovi pokrajinske uprave i broj pokrajinskih organa uprave određuje se pokrajinskom skupštinskom odlukom". Predlog statuta AP Vojvodine, član 60. stav 2 i 3.

[14] „Unutrašnje uređenje pokrajinskih organa uprave i drugih pokrajinskih organizacija propisuje Pokrajinska vlada." Predlog statuta AP Vojvodine, član 60. stav 4.

[15] Predlog statuta AP Vojvodine, član 60. stav 2.

[16] „Poslove državne uprave obavljaju ministarstva i drugi organi državne uprave". „Poslovi državne uprave i broj ministarstava određuju se zakonom". Ustav Republike Srbije, član 136, stav 2 i 3.

jinske uprave propustili da to pitanje urede po ugledu na ustavotvorca i da već u samom tekstu Predloga statuta propišu naziv najviših organa buduće pokrajinske uprave, kako je to urađeno u tekstu Ustava kada su u pitanju ministarstva.

U pogledu nadzora nad radom organa pokrajinske uprave Predlogom statuta je propisano da će pokrajinska Vlada moći, na način koji će biti naknadno propisan odlukom pokrajinske Skupštine, da poništi ili ukine svaki opšti i pojedinačni akt organa pokrajinske uprave koji po njenom mišljenju nije u skladu sa Statutom, zakonom ili pokrajinskom skupštinskom odlukom.[17] Ovakva odredba Predloga statuta, bez obzira na to što svoje poreklo vodi iz slične odredbe Zakona o Vladi,[18] predstavlja nastojanje da se na pokrajinskom nivou obezbedi poštovanje pricipa zakonitosti u radu pokrajinske uprave i sa ustavno-pravnog aspekta joj se stoga ne bi mogao uputiti nikakav prigivor. Međutim, navođenjem redosleda prema kome će buduća pokrajinska izvršna vlast morati da vodi računa kada bude cenila zakonitost rada organa pokrajinske uprave, gde se Statut Autonomne pokrajine navodi pre republičkog zakona, dovodi u pitanju Ustavom utvrđenu hijararhiju domaćih pravnih akata. Naime, Ustav izričito propisuje da je Statut Autonomne pokrajine akt niže pravne snage od zakona i da iz tog razloga on mora biti sa njim u saglasnosti.[19] Istovremeno, ovakav redosled pravnih akata o kojima će buduća pokrajinska izvršna vlast morati da vodi računa kada bude cenila zakonitost rada organa pokrajinske uprave je u suprotnosti i samom odredbom stava 1 istog člana 60. Predloga statuta, u kojoj se u skladu sa Ustavom potpuno ispravno navodi da pokrajinska uprava poslove iz svoje nadležnosti obavlja u skladu sa „zakonom, Statutom i pokrajinskom skupštinskom odlukom“. Očigledo da je neustavnost ove odredbe Predloga statuta nastala kao posledica nedovoljne stručne pažnje prilikom njene formulacije. No, bez obzira na to i ta odredba Predloga statuta bi morala da bude u potpunosti usaglašena sa Ustavom.

Predlogom statuta je propisana i upravno-sudska kontrola zakonitosti upravnih akata. Bez obzira na to što odredba stava 7. člana 60. Predlo-

[17] „U sklopu nadzora nad radom pokrajinskih organa uprave, na način utvrđen pokrajinskom skupštinskom odlukom, Pokrajinska vlada može poništiti ili ukinuti svaki opšti i pojedinačni akt pokrajinskih organa uprave koji nije u skladu sa Statutom, zakonom ili pokrajinskom skupštinskom odlukom“. Predlog statuta AP Vojvodine, član 60. stav 6.

[18] „Vlada može poništiti ili ukinuti propis organa državne uprave koji je u suprotnosti sa zakonom ili propisom Vlade i odrediti rok za donošenje novog propisa“. Zakon o Vladi, član 8. stav 3.

[19] „Statuti, odluke i svi drugi opšti akti autonomnih pokrajina i jedinica lokalne samouprave moraju biti saglasni sa zakonom“. Ustav Republike Srbije, član 195. stav 2.

ga statuta prema kojoj zakonitost konačnih pojedinačnih akata kojima se odlučuje o pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu, podleže preispitivanju pred sudom u upravnom sporu, ako u određenom slučaju zakonom nije predviđena drugačija sudska zaštita, ne predstavlja ništa drugo nego potpuno doslovno, ali i nepotrebno preuzimanje teksta odredbe člana 198. Ustava,[20] ona ipak nije u saglasnosti sa Ustavom i kao takvoj joj nije mesto u Statutu. Naime, Ustav u odredbi člana 142. stav 2. propisujući samostalnost i nezavisnost sudske vlasti, izričito navodi da sudovi u Srbiji sude samo kada je to predviđeno zakonom, opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima.[21] Dakle, Ustav ne predviđa da se nadležnost sudova može propisivati i podzakonskim opštim pravnim aktom kakav je po svojoj prirodi Statut Autonomne pokrajine.

Pokrajinski upravni okruzi

Bitnu novinu u pogledu načina vršenja poslova buduće pokrajinske uprave predstavlja postojanje pokrajinskih upravnih okruga. Predlogom statuta je predviđeno da se radi vršenja poslova pokrajinske uprave van sedišta pokrajinskih organa uprave obrazuje ukupno sedam pokrajinskih upravnih okruga. Njihiva sedišta bi bila na teritoriji Bačke – u Subotici i Somboru, na teritoriji Banata – u Kikindi, Vršcu, Pančevu i Zrenjaninu, i na teritoriji Srema – u Sremskoj Mitrovici, dok bi se njihovo područje i nadležnost uredila naknadno odlukom pokrajinske Skupštine.[22] Ovakva relativno štura odredba o toliko važnom pitanju koje predstavlja potpunu novinu u pogledu funkcionisanja pokrajinske uprave sama po sebi izaziva niz spornih pravnih pitanja.

Osnovni nedostatak odredbe člana 32. Predloga statuta o pokrajinskim upravnim orkuzima ogleda se u činjenici da ona izričito propisuje da se Vojvodina sastoji od tri teritorije – Bačke, Banata i Srema. Takvo određenje teritorije Vojvodine ne poznaje ni Ustav, a ni Zakon o teritorijal-

[20] „Zakonitost konačnih pojedinačnih akata kojima se odlučuje o pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu podleže preispitivanju pred sudom u upravnom sporu, ako u određenom slučaju zakonom nije predviđena drugačija sudska zaštita". Ustav Republike Srbije, član 198. stav 2.

[21] „Sudovi su samostalni i nezavisni u svom radu i sude na osnovu Ustava, zakona i drugih opštih akata, kada je to predviđeno zakonom, opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima". Ustav Republike Srbije, član 142. stav 2.

[22] Predlog statuta AP Vojvodine, član 32.

noj organizaciji Republike Srbije, čijom je odredbom člana 27. teritorija Vojvodine određena kao „*celina koja se sastoji od opština"* koje su u njemu izričito navedene.[23] S obzirom na to da je Ustav u pogledu određivanja teritorija autonomnih pokrajina više nego jasan kada kaže da se „teritorija autonomnih pokrajina određuje samo *zakonom*", dakle ne i podzakonskim aktom kakav je Statut Autonomne pokrajine ovakva odredba člana 32. Predloga statuta je očigledno da nije u saglasnosti sa Ustavom. Uvođenje bilo kakvih novih naziva za delove teritorije Vojvodine koja je sastavni deo jedinstvene državne teritorije Srbije, mimo Zakona o teritorijalnoj organizaciji Republike Srbije, na osnovu Ustava nije pravno moguće.

Predlogom statuta je predviđeno da se pokrajinski upravni okruzi osnivaju radi vršenja poslova pokrajinske uprave van sedišta pokrajinskih organa uprave, što podrazumeva da u okviru pokrajinske uprave istovremeno postoje i područni organi koji vrše poslove pokrajinske uprave van njihovog sedišta. Međutim, do sada su uvek pokrajinski organi uprave u Vojvodini bili organizovani isključivo kao samostalni organi uprave. Nikada do sada ni jedan pokrajinski organ uprave nije imao u svom sastavu neki područni organ koji bi radio van njegovog sedišta. Važeća Odluka o pokrajinskoj upravi iz jula 2008. godine predviđa da u Vojvodini postoji ukupno 17 pokrajinskih sekretarijata i 1 direkcija i da su svi oni samostalni organi uprave. Istina, na osnovu Odluke o pokrajinskoj upravi postoji mogućnost da budu obrazovani i područni organi pokrajinske uprave za područje koje odredi Izvršno veće,[24] međutim takva mogućnost do sada nije iskorišćena. Zbog toga bi formiranje u budućnosti čak sedam pokrajinskih upravnih okruga na teritoriji Vojvodine zahtevalo prethodno masovno osnivanje područnih organa pokrajinske uprave širom teritorije Vojvodine, dok bi posao novoustanovljenih pokrajinskih upravnih okruga zatim bio samo da koordinaraju radom područnih ograna pokrajinske uprave koji bi se nalazili na njihovom području. Dakle, obrazovanje pokrajinskih upravnih okruga istovremeno bi značilo i višestruko uvećava-

[23] „Teritoriju Autonomne pokrajine Vojvodine čine teritorije sledećih opština: Ada, Alibunar, Apatin, Bač, Bačka Palanka, Bačka Topola, Bački Petrovac, Bečej, Bela Crkva, Beočin, Vrbas, Vršac, Žabalj, Žitište, Inđija, Irig, Kanjiža, Kikinda, Kovačica, Kovin, Kula, Mali Iđoš, Nova Crnja, Novi Bečej, Novi Kneževac, Opovo, Odžaci, Pećinci, Plandište, Ruma, Sečanj, Senta, Srbobran, Sremski Karlovci, Stara Pazova, Temerin, Titel, Čoka i Šid i gradovi: Novi Sad, Zrenjanin, Pančevo, Sombor, Sremska Mitrovica i Subotica". Zakon o teritorijalnoj organizaciji Republike Srbije, član 27.

[24] „Organi uprave mogu radi obavljanja određenih poslova iz svog delokruga obrazovati određene organizacione jedinice van sedišta, za područje koje odredi Izvršno veće". Odluka o pokrajinskoj upravi, „Službeni list AP Vojvodine", broj 23/2002, 5/2004 i 16/2005, član 36.

nje ne samo broja organa pokrajinske uprave, već i ukupnog broja zaposlenih u pokrajinskoj upravi. U prilog neracionalnosti odluke o postojanju pokrajinskih upravnih okruga, govori i činjenica da danas na teritoriji Vojvodine već postoji sedam republičkih upravnih okruga, koji kao područni centri državne uprave Republike Srbije koordiniraju radom područnih ograna državne uprave koji postoje na teritoriji Vojvodine.[25] Međutim, njihova sedišta se ne poklapaju u potpunosti sa predviđenim sedištima pokrajinskih upravnih okruga, što znači da bi takvo dupliranje upravnih okruga (republičkih i pokrajinskih) izazvalo dodatnu neekonomičnost rada celokupne uprave (i državne i pokrajinske).

Predloženo rešenje Predloga statuta o pokrajinskim upravnim okruzima podrazumeva po prirodi stvari da sedište organa pokrajinskih uprave bude u Novom Sadu, kao što je to danas i slučaj. Samo bi u tom slučaju bilo opravdano, osnivati pokrajinske upravne okruge. U protivnom, ako bi se sedišta organa pokrajinske uprave nalazila na celoj teritoriji AP Vojvodine, ne bi bilo moguće osnivati pokrajinske upravne okruge, pošto se njihov osnovni zadatak sastoji baš u tome da koordiraju radom onih organa (područnih) koji se nalaze van samog sedišta pokrajinskog organa. Stoga je odredba člana 32. Predloga statuta kojom se predviđa postojanje pokrajinskih upravnih okruga suprotna i odredbi člana 10. stav 3. samog Predloga statuta, prema kojoj se skupštinskom odlukom može predvideti da je sedište određenih pokrajinskih organa u nekom drugom mestu u AP Vojvodini. Naime, ako su sve veće sredine u AP Vojvodini koje danas imaju status grada, već samim Predlogom statuta određene za sedišta budućih pokrajinskih upravnih okruga u kojima će se vršiti poslovi pokrajinske uprave van sedišta pokrajinskih organa uprave, onda odredba Satuta o mogućnosti određivanja nekog drugog mesta u Vojvodini za sedište nekog od pokrajinskih organa, gubi svoj smisao i služi samo kao puka dekleracija.

---

[25] Upravni okruzi na teritoriji Vojvodine su: *Južno-bački* upravni okrug sa sedištem u Novom Sadu za teritoriju opština Bač, Bačka Palanka, Bački Petrovac, Beočin, Bečej, Vrbas, Žabalj, Srbobran, Sremski Karlovci, Temerin, Titel i za grad Novi Sad; *Zapadno-bački* sa sedištem u Somboru za teritorije opština Apatin, Kula, Odžaci i za grad Sombor, *Severno-bački* sa sedištem u Subotici za teritoriju opština Bačka Topola, Mali Iđoš i za grad Suboticu, *Severno-banatski* sa sedištem u Kikindi za teritoriju opština Ada, Kanjiža, Kikinda, Novi Kneževac, Senta i Čoka, *Srednje-banatski* sa sedištem u Zrenjaninu za teritoriju opština Žitište, Nova Crnja, Novi Bečej, Sečanj i za grad Zrenjanin, *Južno-banatski* sa sedištem u Pančevu za teritoriju opština Alibunar, Bela Crkva, Vrpac, Kovačica, Kovin, Opovo, Plandište i za grad Pančevo; i *Sremski* upravni okrug sa sedištem u Sremskoj Mitrovici za teritoriju opština Inđija, Irig, Penćinci, Ruma, Stara Pazova, Šid i za grad Sremska Mitrovica. Videti: Uredba o upravnim okruzima, „Službeni glasnik Republike Srbije“ broj 15/06, član 12.

Da koncept pokrajinskih upravnih okruga kao način za efikasnije vršenje poslova pokrajinske uprave van sedišta pokrajinskih organa uprave nije pažljivo osmišljen, govori samo po sebi i činjenica da se odredba o pokrajinskim upravnim okruzima, ne nalazi u okviru dela IV Predloga statuta kojim se regulišu pitanja funkcionisanja pokrajinske uprave (član 60), već u delu III Predloga statuta koji je posvećen nadležnosti Autonomne pokrajine Vojvodine (član 32).

Ako je stvarni cilj unošenja pokrajinskih upravnih okruga u Predlog statuta racionalnija teritorijalna organizacija pojedinih republičkih upravnih okruga koji postoje i u Vojvodini od 1991. godine, onda je bilo mnogo svrsishodnije izmeniti republičku Uredbu o upravnim okruzima iz 2006. godine, nego na protivustavan način, i to još nespretno, veštački i krajnje neracionalno praviti pokrajinske upravne okruge. S obzirom na to da unošenje nefunkcionalnih odredbi o pokrajinskim upravnim okruzima u Statut AP Vojvodine ne služi efikasnijem i racionalnijem funkcionisanju pokrajinske uprave, opravdano se može pretpostaviti da ono ima sasvim drugu svrhu, tj. pripremanje mogućnosti da se na teritoriji Vojvodine uspostave novi oblici autonomije zasnovani na etničkom ili nekom drugom kriterijumu.[26]

Pokrajinski ombudsman

Za razliku od važećeg Statuta, Predlogom statuta je predviđeno postojanje Pokrajinskog ombudsmana kao nezavisnosnog i samostalnog orana koji je nadležan da štiti ljudska prava i slobode. Sâmo pravo Pokrajine da Statutom predvidi postojanje institucije ombudsmana, sa ustavnopravnog aspekta uopšte nije sporno, pošto bi se ono moglo

[26] Verovatno da ovako nedovoljno jasne odredbe u Predlogu statuta Vojvodine navode mnoge na sumnju u pravu svrhu postojanja pokrajinskih upravnih okruga, a pojedine autore, poput prof. dr Koste Čavoškog, čak i da ustvrdi da „Posebnu zabrinutost izaziva način na koji su članom 32 Nacrta statuta uspostavljeni pokrajinski upravni okruzi. Oni su tako obrazovani i teritorijalno razgraničeni da Mađari dobijaju svoj nacionalni okrug sa sedištem u Subotici, u kojoj oni, inače, nisu većina. (...) U stvari, krajnji cilj teritorijalnog zaokruženja izdvajanja mađarskog okruga jeste ostvarenje i problematizovanje položaja mađarske manjine u Srbiji da bi se pre ili posle pristupilo secesiji Subotičkog okruga i njegovom pripajanju Mađarskoj. To je, inače, već poznati scenario. Najpre se administrativno izdvoji i zaokruži teritorija na kojoj nacionalna manjina ima većinu u stanovništvu. Potom se na toj teritoriji uspostavi svojevrsna autonomija, što će se prema Nacrtu Statuta (član 32 stav 1) učiniti pokrajinskom skupštinskom odlukom. Naposletku se problematizuje položaj takve manjinske nacionalne autonomije u okvirima Srbije, da bi se opravdao zahtev za njeno prisjedinjenje matičnoj državi“. Kosta Čavoški, Nova srpska politička misao, 5.oktobar 2008. godine, str. 4.

podvesti pod Ustavom zagarantovano pravo autonomnih pokrajina na samostalno uređivanje svojih organa (član 179. Ustava). Međutim, sam koncept određivanja nadležnosti Pokrajinskog ombudsmana koji je prihvaćen u odredbi člana 61. stav 2. Predloga statuta, a koji se zasniva na teritorijalnom principu, a ne na *vrsti akta* kojim je pravo građana povređeno (republički ili pokrajinski), direktno je suprotan odredbi člana 138. stav 1. Ustava i člana 17. Zakona o zaštitniku građana. Naime, Ustav i Zakon o zaštitniku građana propisuju da je zaštitnik građana nezavisan državni organ koji je nadležan da štiti prava građana i kontroliše rad svih organa uprave uvek kada se radi o primeni republičkih propisa,[27] dok Predlog statuta utvrđuje nadležnost Pokrajinskog ombudsmana da štiti ljudska prava i slobode *svih lica* na teritoriji Pokrajine, nezavisno od toga da li je do povrede njihovih prava došlo primenom pokrajinskih propisa ili možda Ustava, potvrđenih međunarodnih ugovora i zakona, kao propisa više pravne snage koji uopšte nisu u nadležnosti Pokrajine.[28] Isto tako, Predlog statuta u nadležnost Pokrajinskog ombudsmana ne stavlja samo kontrolu rada organa pokrajinske uprave, već i svih drugih organa uprave koji postoje na teritoriji Vojvodini.[29] Dakle, ovakva odredba Predloga statuta predstavlja zadiranje u nadležnosti Zaštitnika građana kao institucije ombudsmana koja postoji na republičkom nivou i čija nadležnost je propisana Ustavom i Zakonom kao aktima više pravne snage u odnosu na Statut. Isto tako, ovakav način određivanja nadležnosti Pokrajinskog ombudsmana je u direktnoj suprotnosti i sa odredbom člana 97. stav 1. Zakona o lokalnoj samoupravi, kada su u pitanju nadležnosti opštinskih i gradskih zaštitnika građana u jedinicama lokalne samouprave na teritoriji AP Vojvodine, pošto je njihova nadležnost Zakonom takođe

[27] „Zaštitnik građana je nezavisan državni organ koji štiti prava građana i kontroliše rad organa državne uprave, organa nadležnog za pravnu zaštitu imovinskih prava i interesa Republike Srbije, kao i drugih organa i organizacija, preduzeća i ustanova kojima su poverena javna ovlašćenja". Ustav Republike Srbije, član 138. stav 1. „Zaštitnik građana je ovlašćen da kontroliše poštovanje prava građana, utvrđuje povrede učinjene aktima, radnjama ili nečinjenjem organa uprave, ako se radi o povredi republičkih zakona, drugih propisa i opštih akata". Zakon o zaštitniku građana, član 17. stav 1.

[28] „Pokrajinski ombudsman je nezavisan i samostalan organ autonomne pokrajine, koji štiti ljudska prava i slobode svakog lica, zajemčena Ustavom, potvrđenim međunarodnim ugovorima o ljudskim pravima, opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava, zakonom i propisima AP Vojvodine". Predlog statuta AP Vojvodine, član 61. stav 1.

[29] „Pokrajinski ombudsman posebno štiti ljudska prava i slobode od povreda učinjenih nezakonitim, necelishodnim i neefikasnim postupanjem organa pokrajinske, gradske i opštinske uprave, organizacija i javnih preduzeća i ustanova koje vrše upravna i javna ovlašćenja, a čiji je osnivač pokrajina, odnosno grad ili opština na teritoriji AP Vojvodine". Predlog statuta AP Vojvodine, član 61. stav 2.

određena s obzirom na vrstu akta kojim je učinjena povreda prava građana (lokalni propis).[30]

Ovako prihvaćeni koncept određivanja nadležnosti Pokrajinskog ombudsmana u Predlogu satatuta je posledice potpuno doslednog i nekritičnog preuzimanja teksta iz Odluke o pokrajinskom ombudsmanu iz 2002. godine kojom je prvi put kod nas na nekom od nivoa organizacije vlasti bila uvedena ova institucija.[31] Međutim, s obzirom na to da je kasnija institucija ombudsmana u vidu zaštitnika građana uvedena i na republičkom i lokalnom nivou i da im je aktima više pravne snage poput Ustava i Zakona o zaštitniku građana, odnosno Zakona o lokalnoj samoupravi određena nadležnost, čitav koncept uređenja nadležnosti Pokrajinskog ombudsmana u Predlogu statuta AP Vojvodine bi danas morao da bude bitno drugačiji, kako bi i ovaj deo Statuta bio usaglašen sa Ustav i važećim zakonodavstvom.

U Predlogu statuta svakako da je vredna pravne pažnje i odredba stava 3. člana 61. kojom je propisano da Skupština pokrajinskog ombudsmana bira *dvotrećinsko*m *većino*m glasova od ukupnog broja poslanika. Ovakva odredba Predloga statuta nije ni protivustavna, a ni ne zakonita. Verovatno da ona predstavlja samo izraz težnje da se instituciji ombudsmana u Pokrajini obezbedi maksimalan legitimitet i autoritet, koji jesu jedna od pretpostavki njenog uspešnog funkcionisanja. Međutim, ipak se ne može tek tako preći preko činjenice da se Pokrajinski ombudsman u Vojvodini, ne samo drukčije naziva i to terminom koji ne postoji u našem jeziku, nego da se u odnosu na opštinskog i gradskog zaštitnika građana, kao istovrsne institucije nižeg nivoa, ali i u odnosu na republičkog zaštitnika građana, kao institucije višeg nivoa, bira sa neuporedivo većom većinom (2/3 u odnosu na 1/2). Propisana većina za izbor Pokrajinskog ombudsmana posebno dobija na značaju kada se uporedi sa izborom ostalih najviših pokrajinskih funkcinera (predsednika i potpredsednika Skupštine, predsednika i članova Pokrajinske Vlade) za čiji se izbor i razrešenje traži samo apsolutna većina

[30] „U jedinici lokalne samouprave može se ustanoviti zaštitnk građana koji je ovlašćen da kontroliše poštovanje prava građana, utvrđuje povrede učinjene aktima, radnjama ili nečinjenjem organa uprave i javnih službi, ako se radi o povredi propisa i opštih akata jedinica lokalne samouprave“. Zakon o lokalnoj samoupravi, član 97. stav 1.

[31] Pokrajinski ombudsman je „nezavisan i samostalan organ koji se stara o zaštiti i unapređenju ljudskih prava i sloboda svakog lica koja su zajemčena Ustavom, potvrđenim i objavljenim međunarodnim ugovorima o ljudskim pravima, opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava, zakonom i propisom Autonomne Pokrajine Vojvodine“. „Ombudsman posebno štiti ljudska prava i slobode od povreda učinjenih od strane pokrajinske i opštinske uprave, organizacija i javnih službi, koje vrše upravna i javna ovlašćenja, a čiji osnivač je Autonomna Pokrajina ili opština“. Odluka o pokrajinskoj upravi, „Službeni list AP Vojvodine“, broj 23/2002, 5/2004 i 16/2005, član 1. stav 1 i 2.

poslanika (član 41. stav 2. Predloga statuta). Izbor Pokrajinskog ombudsmana se time po značaju faktički izjednačava samo sa promenom Statuta, za koju je takođe propisana dvotrećinska većina poslanika. Ovakvim načinom izbora pokrajinski ombudsman će se učiniti najvažnijim pokrajinskim funkcionerom, na primer, čak iznad predsednika Skupštine i predsednika pokrajinske Vlade.

Zaključno razmatranje

Bez obzira na to što novi Ustav Republike Srbije u osnovi ne donosi bitno drugačiji položaj Vojvodine koja je i dalje samo autonomna teritorijalna jedinica u okviru unitarno uređene Republike Srbije, ukupni pravni položaj pokrajinske uprave je u Predlogu statuta AP Vojvodine ipak znatno drugačije uređen nego što je to danas slučaj. Osnovna novina u pogledu položaja pokrajinske uprave u Predlogu statuta se tiče, pre svega potpuno drugačijeg principa organizacije pokrajinske vlasti, koji je neminovno uticao i na bitno drugačiji odnos pokrajinske uprave sa pokrajinskom Skupštinom i pokrajinskom Vladom. Značajnu novinu u Predlogu statuta predstavlja i uvođenja pokrajinskih upravnih okruga koji bi trebali da se obrazuju radi vršenja poslova pokrajinske uprave van sedišta pokrajinskih organa uprave, a koji danas uopšte ne postoje, kao i uvođenje Pokrajinskog ombudsmana koji danas postoji, ali nije predviđen najvišim pokrajinskim pravnim aktom. Potpuna slika o novom pravnom položaju buduće pokrajinske uprave svakako da će moći da se sagleda u pravom svetlu tek kasnije kada i druga važna pitanja pravnog položaja i organizacije pokrajinske uprave budu regulisana odlukama Pokrajinske skupštine i Pokrajinske vlade koje Predlog statuta na to ovlašćuje.

Pojedinim odredbama o pravnom položaju pokrajinske uprave sadržanim u Predlogu statuta se, međutim, može prigovori na isti način kao što je to slučaj i sa drugim brojnim odredbama ovog akta na koje je stručna javnost već ukazala da nisu u saglasnosti sa Ustavom Republike Srbije. Svakako da najveći nedostatak u odredbama Predloga Statuta o položaju pokrajinske uprave predstavlja potpuni promašaj u pogledu izbora principa organizacije pokrajinske vlasti. Umesto skupštinskog sistema jedinstva vlasti koje Ustav izričito propisuje kada su u pitanju autonomne pokrajine i lokalne samouprave u Srbiji, autori Predloga statuta su se opredelili bez ikakvog ustavno-pravnog osnova za princip podele vlasti i parlamentarni sistem. Isti takav problem neusaglašenosti sa Ustavom imaju i pojedine odredbe Predloga statuta o upravnim okruzima, a pre svega one koje Vojvodinu dele na Bačku, Banat i Srem kao geografske

oblasti koje ne poznaje ne samo Ustav, već ni važeći Zakon o teritorijalnoj organizaciji Republike Srbije kao jedini propis kojim se kod nas na osnovu Ustava određuje teritorija lokalnih samouprava i autonomnih pokrajina. Veliki problem, ali ne samo sa Ustavom, već i sa Zakonom o zaštitniku građana i Zakonom o lokalnoj samoupravi koji uređuju nadležnost republičkog i lokalnih zaštitnika građana, imaju i odredbe Predloga statuta koje su posvećene Pokrajinskom ombudsmanu. Tim odredbama je u potpunosti promašen način uređivanja nadležnosti ove pokrajinske institucije, odnosno u Predlogu statuta je propuštena prilika da se ispravi nedostatak iz Odluke o pokrajinskom ombudsmanu od 2002. godine i nadležnost Pokrajinskog ombudsmana time uskladi sa novim Ustavom i republičkom zakonima, kao aktima više pravne snage koji su u međuvremenu doneti.

Pored ovih odredbi Predloga statuta koje su koncepcijski potpuno u suprotnosti sa Ustavom i pojedinim republičkim zakonima, postoje i broje druge odredbe o pokrajinskoj upravi koje nisu u saglasnosti sa Ustavom ili zakonima, pa čak i one kod kojih je neustavnost samo posledice nedovoljne stručne pažnje prilikom njihovog formulisanja. No, u svakom slučaju da bi položaj pokrajinske uprave u Predlogu statuta AP Vojvodine bio u potpunosti zasnovan na rešenjima iz novog Ustava i važećeg republičkog zakonodavstva, neopdhodno je otkloniti sve uočene nedostatke, ali isto tako i brojne nedostatke na koje je stručna javnost dosada ukazala pažnju u pogledu ostalih delova Predloga statuta. Svakako da je sa aspekta ustavnosti budućeg Statuta AP Vojvodine ohrabrujuće što se u poslednje vreme i u političkoj javnosti javljaju stavovi da bi Predlog statuta trebalo da pretrpi određene izmene.[32] Međutim, s obzirom na to da se Predlog statuta već nalazi u proceduri pred Narodnom skupštinom Republiku Srbije koja bi o njemu uskoro trebala da se izjasni, postavlja se pitanje kako to pravno uraditi?

Narodna skupština o Predlogu statuta može da odluči samo davanjem ili odbijanjem saglasnosti. Nikakva amandmanska izmena u Statutu

[32] U tom pogledu indikativne su tvrdnje dvojice visokih političkih funkcionera, jednog republičke Vlade i drugog Pokrajinskog izvršnog Veća. Najpre je ministar za državnu upravu i lokalnu samoupravu u Vladi Republike Srbije Milan Marković izneo stav da bi „pojedine odredbe Statuta AP Vojvodine trebalo doraditi pre usvajanja u Skupštini Srbije, i da je odgovor na pitanje koje su to sve odredbe posao za pravne stručnjake." („Statut treba doraditi", Politika, 1. novembar 2008. godine, str. 7). Zatim je potpredsednik IV Vojvodine i pokrajinski sekretar za upravu, propise i nacionalne manjine Tamaš Korhec nakon održanog Naučnog skupa o Predlogu Statuta AP Vojvodine na Pravnom fakultetu u Beogradu na kome je i sam bio jedan od uvodničara, u intervju datom dnevnom listu „Dnevnik" iz Novog Sada potvrdio „da je moguće da budu korigovane određene nadležnosti Vojvodine u Statutu" (Dnevnik, 2. decembar 2008. godine, str. 3.).

u ovom trenutku kada se on već nalazi pred Narodnom skupštinom nije pravno moguća. Narodna skupština o Predlogu statuta može da se izjasni samo u pogledu onakvog teksta koji joj je od strane Pokrajinske skupštine kao predlagača dostavljen. Zbog toga jedini način za neophodne i najavljene izmene u tekstu Predloga statuta je njegovo povlačenje i ponovno utvrđivanje od strane Skupštine AP Vojvodine. Bez takve promene u Predlogu Statuta čini nam se da najviši budući pokrajinski pravni akt ili neće moći da dobije neophodnu prethodnu saglasnost u Narodnoj skupštini koja je neophodna da bi on mogao da bude proglašen u Pokrajinskoj skupštini i da stupi na snagu ili će njegovo konačno pravno uobličavanje morati da vrši Ustavni sud Republike Srbije.

Da su tokom kratke dvonedeljne javne rasprave o Nacrtu statuta AP Vojvodine organizatori našli vremena, pa da su umesto promocije samog teksta, o njemu održali i poneku stručnu raspravu, bar na Pravnom fakultetu u Novom Sadu, verovatno bi danas i primedbe stručne pravne javnosti izgledale bitno drugačije, ako bi ih uopšte i bilo. Ovako, ostaje nada da će bar naknadno svi uočeni ustavno-pravni nedostaci biti otklonjeni i da Ustavni sud neće morati da interveniše, što bi svakako bilo pogubno za legitimitet najvišeg budućeg pokrajinskog pravnog akta, ali istovremeno i neophodno radi njegovog legaliteta.

Zoran Lončar, Ph.D., Assistant Professor
Novi Sad School of Law

Status of the provincial government in the Draft for the Statute of the Autonomous Province of Vojvodina

Abstract

Regardless of the fact that a new Constitution of the Republic of Serbia basically doesn't foresee significantly different status of Vojvodina, which is still just an autonomous territorial unit within the unitary regulated Republic of Serbia, nevertheless, is the total legal status of provincial administration in the Draft for the Statute of the Autonomous Province significantly differently regulated. The most important changes are in the entirely different principle of the organization of the provincial government which affected significantly different relations between the provincial administration and the Assembly of the Autonomous Province and the Government of the province as well as on the constitution of provincial administration counties which should execute the affairs of the provincial administration outside the main office of the provincial administration bodies which currently don't exist. To have a total view of the new legal position of future provincial administration in legal aspect will be possible later, when other important issues of the legal status and the organization of provincial administration are regulated by the decisions of the Provincial Assembly and the Provincial Government, authorized by the future Statute of the AP Vojvodina.

To some provisions of the Draft for the Statute about the legal status of the provincial administration could be raised objections, however, equally as it was the case with numerous provisions of this act, to which the competent public already pointed out that they were not in concordance with the Constitution of the Republic of Serbia. Surely, the greatest imperfection in this regard represents the total failure regarding the choice of principle of provincial administration organization, where instead of the constitutionally stipulated assembly system of the government union, there is introduced the principle of the division of government and the parliamentary system. Similar problem exists with the provision about the

provincial administration counties, which divide Vojvodina to geographical regions unknown to the Constitution of Republic of Serbia. Great issue with the Constitution, but also with the Act about the protector of the citizen's rights and the Act about Local Self-Government, have the provisions of the Statute addressing the Provincial Ombudsman, by which the manner of regulating the jurisdiction of this provincial institution is entirely failed. Beside these there are numerous other provisions about provincial administration which are not entirely in concordance with the Constitution or some of the Republic Laws. Therefore, in order to make the status of provincial administration entirely founded on solutions from the new Constitution and valid republic legislation, it is vital to eliminate all the noted imperfections, so that the final legal shaping of the major future provincial legal act wouldn't have to be performed by the Constitutional Court of the Republic of Serbia.

Originalni naučni rad

323.28:351.74]:061.1EU
34.9.02:061.1EU

Dr Tatjana Lukić, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

EVROPA I BORBA PROTIV TERORIZMA: jačanje saradnje između pravosudnih i policijskih organa

Sažetak: *Zemlje EU su dugo nastojale da poboljšaju saradnju između policije i pravosuđa unutar njih samih kao deo težnje Unije da se kreće prema političkim integracijama, ali i izraz želje da se stvori evropski prostor slobode, sigurnosti i pravde. Veći deo inicijativa EU u policiji i pravosuđu koje su se primenile u septembru 2001.(posle napada na SAD) i martu 2004. godine (posle terorističkog napada u Madridu) fokusiraju se na uspostavljanje pogranične kompatibilnosti među državnim krivičnim zakonima u zemljama EU i poboljšanje saradnje između državne policije, obaveštajnih službi i pravosudnih vlasti. U ovom radu posebna pažnja je posvećena merama jačanja saradnje, obustavljanju finansiranja terorizma, jačanju kontrole na spoljnim granicama EU, jačanju saradnje između SAD-a i EU kao i problemu unutrašnjih prepreka u okviru EU, ali i prepreka za bližu saradnju EU sa SAD-om.*

Ključne reči*: terorizam, pravosudni organi, policija, Evropska Unija, saradnja*

Zemlje EU su dugo nastojale da poboljšaju saradnju između policije i pravosuđa unutar njih samih kao deo težnje unije da se kreće prema političkim integracijama, ali i izraz želje da se stvori evropski prostor slobode, sigurnosti i pravde. Ministarstva unutrašnjih poslova, ministarstva pravde, drugi državni organi zaduženi za sprovođenje zakona, kao i bezbednosne službe u Evropskoj uniji počele su neformalnu saradnju sredi-

nom 1970-tih u borbi protiv terorizma i drugih oblika kriminaliteta zbog značajnog porasta prelazaka granice od strane državljana Evrope ali i drugih nacionalnosti. Sporazum u Mastrihtu postignut 1992. oblikovao je ovu saradnju u *Treći stub pravde i unutrašnjih poslova* usmerenu ka unapređenju zajedničkih mera za unutrašnju bezbednost i slobodno kretanje građana unutar granica EU[1]. Uprkos tome što su ustanovljene institucije, napredak u policiji i oblasti pravosuđa je bio ometan godinama potrebama zemalja članica u očuvanju suvereniteta nad vlastima za sprovođenje zakona, nedovoljnih novčanih sredstava i manjkom poverenja među policijskim i obaveštajnim agencijama.

Teroristički napad 11. septembra 2001. godine, a potom i otkrivanje ćelija Al Kaide u Evropi, bio je alarm vladama Evropske Unije. U nedeljama nakon napada, u mnogim zemljama EU policija je otkrila desetine osumnjičenih terorista koji su bili povezani sa Osama Bin Ladenom. Nemačka i Španija su identifikovane kao glavne baze za logistiku i planiranje napada i brojna lišenja slobode su sprovedena u Belgiji, Francuskoj, Italiji i Velikoj Britaniji. Pokazalo se da je Al Kaida imala mogućnosti da koristi sredine sa relativno lošim obezbeđenjem u Zapadnoj Evropi. Ovu činjenicu su spremno dočekali evropski lideri koji su brzo shvatili da su otvorene granice EU i različiti pravni sistemi omogućili teroristima i drugim kriminalcima da se nesmetano kreću i izbegnu lišenje slobode i krivično gonjenje. Mnoge zemlje EU, na primer, nisu imale usvojen zakon o antiterorizmu ili čak pravnu definiciju terorizma[2]. Bez jakih dokaza da je osumnjičeni počinio zločin zajednički svim zemljama, kao što je ubistvo, teroristi ili njihovi pomagači su često izbegavali hašenje u jednoj od zemalja EU tako što bi pobegli u drugu zemlju koja ima druge zakone. Osim toga, iako su osumnjičeni mogli brzo da putuju kroz zemlje EU, izručivanje često zahteva nekoliko meseci ili godina da se sprovede.

Nakon napada na Sjedinjene Države, lideri EU demonstrirali su obnovljenu političku predanost da se pojača saradnja između policije i pravosuđa i to kako među zemljama EU tako i sa zemljama SAD-a. 11. mart 2004. godine, bombaški napad terorista u Madridu, u Španiji, je samo još više motivisao napore EU da se bori protiv terorizma. Iako su mnogi potezi EU u policiji i pravosuđu usmereni najpre protiv pretnji terorista, po-

[1] Prvi stub Evropske Unije čini Evropska zajednica, koja obuhvata ekonomsku, trgovinsku i društvenu politiku; drugi stub teži razvoju zajedničke politike koja bi se odnosila na spoljne i bezbednosne poslove unutar EU.

[2] Pre terorističkog napada 11. septembra, samo šest zemalja EU je imalo specifične zakone o antiterorizmu: Francuska, Nemačka, Italija, Portugal, Španija i Velika Britanija.

smatrtači navode da bi nekoliko tih poteza kao što je nalog za hapšenje na prostoru EU poboljšali mogućnosti EU da sprovodi istrage i vrši krivično gonjenje, kao i da postavi temelje pravosudnog identiteta u EU. Međutim, prevođenje ovih političkih dogovora u EU u delotvorno oruđe za sprovođenje zakona nije bilo lako. Veliki broj političkih, pravnih i kulturnih izazova je ostao.

Dosadašnji napredak

Lideri EU koji su se sastali na vanrednoj hitnoj sednici doneli su ključne odluke vezane za 11. septembar 2004. godine, da se pojača saradnja između policije i pravosuđa unutar EU, anuliranje izvora iz kojih se finansiraju teroristi i pojačanje koordinacije radi sprovođenja zakona u Sjedinjenim Američkim Državama i EU kao deo svobuhvatnog plana da se suprotstave terorizmu[3]. Takođe je usvojen detaljan program rada koji uključuje preko 30 inicijativa za bližu saradnju među policijom i pravosuđem i stroge kontrole na spoljnim granicama. Rad na mnogim ovim predlozima je bio zapostavljen dobar deo prošle decenije. Međutim, bombaški napad terorista u Španiji u martu 2004. godine bio je najveći podsticaj EU da obnovi svoju prednost, da primeni postojeće zakone koji se koriste u borbi protiv terorizma i najavi nekoliko dodatnih mera u novoj Deklaraciji o borbi protiv terorizma.

Ove nove inicijative usmerene su najpre ka daljem jačanju koordinacije i razmene informacija među obaveštajnim službama, i to između agencija zemalja EU koje su uključene u borbu protiv terorizma i unapređenja kontrole na granicama. Sve mere donete nakon napada u septembru 2001. godine u EU su ocenjene kao neophodne u izgradnji zajedničkog unutrašnjeg bezbednosnog prostora.

Jačanje saradnje između policije i pravosudnih organa unutar EU

Veći deo inicijativa EU u policiji i pravosuđu koje su se primenile u septembru 2001. i martu 2004. godine fokusiraju se na uspostavljanje pogranične kompatibilnosti i poboljšanje saradnje između policije, obaveštajnih službi i pravosudnih organa. Glavne mere uključuju:

1. *Donošenje opšte definicije terorizma u EU i zajedničke kazne*. U decembru 2001, zemlje EU postigle su politički dogovor koji definiše

[3] Plan EU o akcijama za borbu protiv terorizma takođe uključuje diplomatske, humanitarne i ekonomske pomoćne mere koje nisu napisane u izveštaju.

različite tipove napada koje su počinili teroristi u cilju zastrašivanja naroda ili destabilisanja političkog i ekonomskog sistema jedne zemlje. On takođe standardizuje i kazne za učesnike terorističke grupe.

2. *Definisanje opšte liste terorističkih organizacija*. EU vodi dve liste ljudi i entiteta koji su povezani sa teroristima. Jedna lista je usmerena protiv ljudi i entiteta udruženih sa Osamom Bin Ladenom, Al Kaidom i Talibanima, i ovo bitno utiče na propise EU, sankcije Saveta bezbednosti UN protiv ovih pojedinaca i grupa. Druga lista EU trenutno broji 91 dodatno ime terorista i organizacija baziranih kako u Evropi tako i širom sveta. Primeri uključuju Baskijsku grupu ETA, Kurdijsku Partiju Rada osnovanu u Turskoj (PKK), Kolumbijske gerilce (FARK) i Hamas. Sve članice EU moraju da zamrznu imovinu svih onih koji se nalaze na obe liste i obezbede pomoć jedni drugima u sprovođenju policijskih istraga i zakonskih procedura.

3. *Stvaranje naloga za hapšenje na teritoriji EU*. U decembru 2001. vlade EU postigle su politički dogovor o primeni naloga za hapšenje koji obuhvata teritoriju EU kako bi se eliminisala potreba za procesom izručenja među zemljama EU, a koji se odnosi na 32 delikta, uključujući terorizam kao i organizovani kriminal, trgovinu ljudima, korupciju i ubistva. Zvaničnici EU tvrde da će nalog za hapšenje pospešiti hapšenje kriminalaca s obzirom da kompletan proces, počev od hapšenja do predaje izvesnim vlastima, mora biti završen najkasnije za 90 dana. Nalog je baziran na principu obostranog priznavanja drugih pravosudnih sistema zemalja EU. Nalog za hapšenje je trebalo da se sprovede u celoj EU do januara 2004, ali neke zemlje članice nisu uspele da ispoštuju ovaj rok.

4. *Jačanje policijskih i pravosudnih institucija u EU*. Evropska Unija je radila na tome da obezbedi Europolu jasniju ulogu u sprovođenju zakona. Od 1999. Europol je funkcionisao kao mesto razmene informacija nadležnim organima uprave i pravosuđa u državama članicama u vezi sa prekograničnim kriminalom, kao što su terorizam i trgovina drogom. Europol trenutno broji 391 ljudi, uključujući 60 oficira za vezu iz državne policije, carinskih, imigracionih i obaveštajnih agencija. U aprilu 2002. lideri EU složili su se da dozvole Europolu da zatraži od službe državne policije da započnu specifične krivične istrage i učestvuju u eventualnoj zajedničkoj istrazi koju će sprovoditi timovi EU. Agentima Europola i dalje će biti zabranjeno da pritvore ili uhapse osumnjičene i mogu samo da učestvuju u zajedničkim istragama za krivična dela iz svoje nadležnosti. Nakon 11. septembra EU je takođe uvećala budžet Europolu za gotovo 50% kako bi povećali svoj radni kadar i pokrivli povećane izdatke potrebne u borbi protiv terorizma. Za 2004. godinu budžet Europola grubo je iz-

nosio 74 miliona dolara[4]. Eurojust je zvanično oformljen u februaru 2002. Njegova dužnost je da pomogne u istragama da se usklade, kao i krivična gonjenja koja se odnose na pogranični kriminal u državama EU. Neki od zvaničnika EU voleli bi da potpomognu Šefu policije za specijalne zadatke Evropske Unije, sa kojim se sastaje jednom u šest meseci, kako bi prikupila više nformacija.

5. *Jačanje saradnje između policije i obaveštajnih službi*. Prateći 11. septembar, EU je sazvala policijske službe svojih zemalja, službe bezbednosti i obaveštajnih službi da pojačaju razmenu informacija među sobom i sa Europolom. Lideri EU naredili su čelnicima policijskih jedinica za borbu protiv terorizma da se sastanu i pozvali državne bezbednosne obaveštajne službe da se konsultuju na pravnim osnovama. Međutim, mnoge državne službe su odbile da podele informacije. 11. marta 2004. teroristički napad na Madrid istakao je ovaj problem pošto su se pojavili izveštaji da je nekoliko osumnjičenih za napad na Madrid već bilo poznato službama državne bezbednosti u Španiji i drugim državama EU, ali nisu uspeli zbog propusta u komunikaciji. Od tada, direktori 25 bezbednosnih službi EU su osnovali Grupu za borbu protiv terorizma, koja se obavezala da će se redovno sastajati u Briselu zbog razmene informacija i analiza terorističkih pretnji. Evropska Unija takođe razmatra dva nova predloga: jedan se tiče nalaženja načina da se poboljša razmena informacija među državnim vlastima o tekućim istragama o pretnjama terorista, Europol i Evropska pravda; drugi zahteva razmenu informacija među državnim agencijama za sprovođenje zakona o teškom kriminalu i to u roku od 12 sati. Evropska Policijska Akademija takođe traži načina da pojača saradnju između državnih policijskih službi[5].

6. *Uvođenje lidera iz EU za borbu protiv terorizma i mogućnosti obaveštajne službe*. Nakon napada u Španiji marta 2004., lideri EU stvorili su novog koordinatora za borbu protiv terorista da uskladi napore različitih tela iz EU koji učestvuju u borbi protiv terorizma i da promoviše efikasno sprovođenje usvojenih mera. Gij De Vries, bivši zvaničnik Ministarstva unutrašnjih poslova Holadnije i član Evropskog Parlamenta, postavljen je na ovu dužnost 26. marta; on o svemu izveštava zvaničnika za spoljnu politiku EU, Havijera Solanu. U junu 2004. godine lideri EUnije složili su se da se kapaciteti obaveštajnih službi za borbu protiv terorizma ojačaju uz pomoć zajedničkog Centra za Situacije (SITCEN) koji bi bolje

[4] U poređenju sa 30 000 zaposlenih u FBI-u i 3 milijardi godišnjeg prihoda, Europol je mali sa minimalnim budžetom. EU povećava troškove za Europol da bi se borio protiv terorizma.

[5] Jan Blek, Na ivici rata: EU ujedinjuje obaveštajne službe; Guardian (London, Septembar 2001)

podržao stvaranje zakona za borbu protiv terorizma u EU. SITCEN je radio nekoliko godina, ali je imao vrlo malo analitičara koji su bili zaduženi za izradu analiza o spoljnim pretnjama; novi predlog bi bio potpora SITCEN-u tako što bi ga pojačao sa više osoblja i proširio njegovu upravu kako bi se obračunao sa pretnjama unutar EU[6].

Obustavljanje finansiranja terorista

Evropska Unija je napredovala u pogledu nekoliko inicijativa nakon septembra 2001. koje su bile usmerene ka pomoći da se zatvore izvori finansiranja terorista i da se poboljšaju sredstva potrebna u sprovođenju istraga. Neki su se poslužili inicijativama EU koje datiraju pre napada 11. septembra kako bi obustavili pranje novca. Glavni napori u ovoj oblasti su se fokusirali na:

❖ *Proširenje direktive za pranje novca u EU*. U novembru 2001. ministri finansija EU složili su se da prošire polje delovanja Direktive iz 1991. u prevenciji upotrebe finansijskih sistema u svrhu pranja novca, koja je prethodno bila primenljiva samo na procese vezane za trgovinu drogom, sve teške oblike kriminaliteta, sa namerom da uključe i terorizam. Direktiva takođe proširuje broj pravnih lica koja moraju da beleže sumnjive transakcije prilikom sprovođenja zakona. S obzirom da su u početku samo oni u bankarskoj industriji imali ovu obavezu, sada je imaju i advokati, računovođe i ostali koji se smatraju „ranjivim" na zloupotrebe pranje novca.

U junu 2004. Evropska Komisija predložila je novu direktivu za pranje novca koja konsoliduje dve prethodne direktive i koja proširuje definiciju pranja novca na legalno pribavljen novac za finansiranje terorista. Nova direktiva takođe proširuje polje prethodnog delovanja ka podnošenju zahteva i pooštravanju pravila o poznavanju svoje mušterije.

❖ *Formiranje naloga za zramrzavanje imovine na području EU*. U februaru 2002. ministri unutrašnjih poslova EU postigli su politički konsenzus da se od državnih sudova sprovedu naređenja koja su izdata od drugih država, da se zamrzne imovina osumnjičenih terorista i drugih kriminalaca. Ova naređenja se mogu odnositi na sve istrage od 32 delikta koji podležu nalogu EU za hapšenje. EU je formalno usvojila ovu inicijativu u julu 2003. nakon što je šest zemalja propisalo mere u svom nacionalnom zakonodavstvu.

[6] EU žuri da popravi zajednički rad obaveštajnih službiu, Agencia Franc Press, 8. jun, 2004.

❖ *Olakšavanje konfiskovanja imovine*. U avgustu 2002. Danska je predložila dve mere koje bi olakšale konfiskovanje imovine kriminalcima u EU. U decembru 2002. godine zemlje EU postigle su politički dogovor o jednom od ovih predloga, koji bi smanjio teret dokazivanja, ali još nije formalno usvojen jer dve države moraju da dobiju odobrenje od državnog parlamenta. Drugi predlog koji se odnosi na obostrano sprovođenje konfiskacije je bio kontraverzniji, ali politički dogovor je postignut u junu 2004. Iako će se ove mere primenjivati na široko područje kriminala, postoji nada da će opravdati korisna sredstva koja se koriste u borbi protiv terorizma.

Jačanje kontrole na spoljnim granicama EU

Napredak EU u pogledu novih predloga u borbi protiv terorizma i drugog pograničnog kriminala je bio najsporiji u oblasti granične kontrole. Granična konrola je najmanje definisana kategorija koja se pojavila na hitnoj Sednici EU u septembru 2001. Razvoj u ovoj oblasti je takođe bio ometan jer su mnogi povezani sa naporima EU da smanji ilegalna useljenja, koja nastaju pred olakšicama različitih državnih zakona i domaćih političkih motiva. U proleće 2002, međutim, lideri EU usvojili su nekoliko mera koje treba da spreče teroriste i druge kriminalce da steknu uporište na teritoriji EU. Ove su mere usmerene ka poboljšanju saradnje među državnim carinama i zvaničnicima iz imigracione službe, kao i protiv prevara sa vizama i pružanja azila. Do 2003. godine EU je takođe posvetila veću pažnju bezbednosti putničkih dokumenata, uključujući korišćenje biometrijskih podataka i razmenu podataka o putnicima. Napadi na Madrid 11. marta 2004, dali su dodatni podsticaj naporima koji se ulažu u ovoj oblasti. Ključna inicijativa za jačanje kontrole na spoljnim granicama EU i bezbednost dokumenata podrazumevaju sledeće:

❖ *Poboljšanje saradnje u upravljanju spoljnim granicama EU*. U junu 2002. lideri EU odobrili su kompleksan plan za upravljanje spoljnim granicama kako bi se zaustavilo ilegalno useljavanje, naročito na Evropskim aerodromima i u lukama. On je pokušao da izgradi mrežu članova granične kontrole, da ustanovi društveni program obuke i standarde opreme, kao i da centralizuje fond EU koji bi podelio finansijski teret ovih mera. Zvaničnici EU takođe su pozvali na početak udruženih operacija u sprovođenju zakona na spoljnim granicama do kraja 2002. godine; najmanje 15 združenih projekata za kontrolu granica u ovu svrhu je sprovedeno do sada. U novembru 2003. Evropska Komisija je predložila formiranje nove Agencije za evropske granice, koja bi dalje radila na pravljenju plana za upra-

vljanje spoljnim granicama. Taj plan bi obezbedio kontrolu na granicama, nadzor i obuku za zemlje članice, pomoć u vođenju kriznih situacija i usklađen rad u naporima EU da vrati u svoje zemlje ilegalne imigrante. Pogranična agencija ne bi imala nikakvu ulogu u sprovođenju zakona. Lideri EU dali su politički pristanak u decembru 2003. godine.

❖ *Jačanje kontrola na pomorskim granicama*. U aprilu 2002. zvaničnici EU su se složili da je jačanje kontrole na pomorskim granicama prioritet s obzirom da broj imigranata koji žele da uđu u EU ilegalno brodovima, raste. U novembru 2003. EU je odobrila plan za efikasniju borbu protiv ilegalnog useljavanja preko pomorskih granica EU, uključujući bolju saradnju među članovima i zemljama trećeg sveta i moguću upotrebu zajedničkih patrola koje bi nadgledale naročito problematična područja, kao što su obala Španije, Italije i Grčke.

❖ *Jačanje vizne saradnje*. Zvaničnici EU stvaranje zajedničkog zakona o vizama među zemljama EU smatraju presudnim u sprečavanju ilegalnog useljavanja i držanja kriminalaca i terorista van granica. U februaru 2002. ministri pravde i unutrašnjih poslova EU odobrili su formiranje zajedničkih konzularnih kancelarija u zemljama van EU koje bi zaustavile kupovinu viza i u kojima narodi iz zemalja van EU iskušavaju svoju sreću u različitim ambasadama EU. U aprilu 2002. oni su odobrili stvaranje zajedničke forme vize za EU sa digitalnom fotografijom kako bi se sprečile prevare. U junu 2002. lideri EU dali su zeleno svetlo stvaranju baze podataka EU koja bi na spisku imala sve vize izdate i odbijene od strane zemalja EU kako bi se sprečila prevara i poboljšala razmena informacija između međunarodnih vlasti za sprovođenje zakona.

❖ Sprovođenje Eurodac-a. U februaru 2002. zvaničnici EU usvojili su sprovođenje Eurodac-a, baze podataka koja pokriva teritoriju EU o otiscima prstiju onih koji traže azil. Eurodac treba da spreči kupovinu aziila, u kojoj kandidati stave zahteve za azil u nekoliko država, pogledaju gde su prihvaćeni i koja zemlja im nudi najbolje uslove za prijem. Sistem je zvanično bio pokrenut u januaru 2003. U prvim godinama rada, 7% onih koji su tražili azil su podneli molbe u više od jedne zemlje EU.

❖ *Jačanje bezbednosti putničkih dokumenata.* Na samitu u Solunu održanom u junu 2003. lideri EU pozvali su na jedinstven pristup EU u uključivanju biometrijskih identifikatora na vizama i boravišne dozvole koje se izdaju narodima zemalja van EU kao i u pasošima državljana EU. U septembru 2003. Evropska komisija je predložila dva propisa koja pružaju legalnu osnovu za uvođenje slike lica i dva otiska prstiju na evropskoj vizi i boravišnoj dozvoli. Zvaničnici EU odobrili su ove predloge u

novembru 2003. U februaru 2004. Komisija je predložila drugi propis koji zahteva da svi pasoši EU sadrže digitalne fotografije koje može da prepozna mašina, dok je uključivanje otiska prsta još neobavezno; lideri EU usvojili su ovaj predlog u junu 2004.

❖ *Uspostavljanje novih pravila za razmenu podataka o putnicima*. U aprilu 2004. zvaničnici EU odobrili su nova pravila koja zahtevaju od aviona da proslede podatke o putnicima zemljama članicama pre nego što stignu u EU. Podaci će biti izbrisani posle 24 časa,osim ako nisu potrebni u svrhu sprovođenja zakona. Avio-kompanije koje ne budu ovo poštovale, suočiće se sa izvesnim sankcijama. U prilog borbi protiv terorizma, ova mera takođe treba da spreči ilegalno useljavanje u EU. Zemlje članice EU treba da usklade režim svojih nacionalnih podataka sa novim direktivama EU.

Jačanje saradnje između Sjedinjenih Američkih Država i Evropske Unije

Pored jačanja saradnje među nadležnim organima u državama EU, glavni cilj EU, nakon 11. septembra je jačanje saradnje sa Sjedinjenim Državama kako bi se bolje suprotstavili terorizmu. Zvaničnici EU su u Briselu pojačali diplomatska zaduženja u policiji, pravosuđu i pograničnoj kontroli sa saradnicima iz Sjedinjenih Država i Ministarstva spoljnih poslova, Pravde, Državne bezbednosti i Finansija. Sjedinjene Države su pozdravile pojačane napore EU za bolju saradnju i komunikaciju ističući da je saradnja sa drugim vladama presudna za otkrivanje terorističkih skloništa, da se utvrdi kuda putuju i odakle se finansiraju i da se osigura integritet granica Amerike. U Americi se Javni tužilac, Ministar spoljnih poslova i Ministar državne bezbednosti sastaju na nivou vlade sa saradnicima iz EU bar jednom godišnje i radna grupa viših zvaničnika koju čine SAD i EU sastaje se na svakih šest meseci da razgovara o saradnji između policije i pravosudnih organa u borbi protiv terorizma. Od aprila 2004. godine Sjedinjene Države i EU sastaju se bar dva puta godišnje kako bi se razgovaralo o razmeni informacija o putnicima, bezbednosti tovara, biometriji, zakonu o vizama i šefovima avio-službe. U junu 2004. Sjedinjene Države i EU odlučile su da uvedu redovne razgovore o finansiranju terorista. Zvaničnici EU takođe priželjkuju bližu saradnju Europol-a i Eurojust-a sa službom FBI, CIA i drugim službama za sprovođenje zakona[7]. Glavni napori uključuju sledeće:

[7] Na američkoj strani, Ministarstvo Spoljnih poslova ima vodeću ulogu u upravljanju procesom pravljenja zakona koji bi ojačali policiju SAD-a i EU, pravnu saradnju i kontrolu na granicama, dok Ministarstvo Pravde i Državne bezbednosti obezbedi mnoštvo

- Jačanje saradnje između policije i pravosuđa Sjedinjenih Država i Evropske Unije. Nakon napada 11. septembra EU osnovala je Odred specijalaca za borbu protiv terorizma, koji se nalazi u Europol-u i sastoji se od policije i predstavnika obaveštajne službe za svaku zemlju EU, kako bi pojačala saradnju između ovih službi i radila na vezama sa saradnicima iz Amerike. Lideri EU su smatrali da je potrebno da se ovaj Odred reaktivira u martu 2004. nakon terorističkih napada na Madrid. Zvaničnici EU navodno razmatraju stacioniranje oficira za vezu u Hagu koji bi sarađivao sa pripadnicima Tajne službe SAD-a, kao i u Europol-u da radi na kfalcifikatima. Dva oficira za vezu iz Europol-a rade u Vašingtonu od juna 2002. U prilog tome, zvaničnici iz pravosuđa EU i Amerike sarađuju u Eurojust-u, i predstavnici Amerike su bili pozvani da prisustvuju sastanku čelnika protivterorističkih jedinica Evropske Unije.
- Omogućavanje razmene informacija između Sjedinjenih Država i Evropske Unije. U decembru 2001. Sjedinjene Države i EU su se složili da dozvole američkim pravosudnim organima i Europol-u da razmenjuju strateške ili tehničke informacije, uključujući savete, šablone kriminala, procene rizika i procedure istrage. U decembru 2002. pregovori su zaključeni na drugom dogovoru Europol-a da se dozvoli Americi i evropskim istraživačima da razmene lične informacije kao što su imena, adrese, brojevi telefona i kriminalni dosijei o osumnjičenim licima.
- Dogovor o saradnji Sjedinjenih Država i Evropske Unije o izručenju i pravnoj pomoći. U aprilu 2002. lideri EU odobrili su početak pregovora sa Sjedinjenim Državama o sporazumu koji se tiče promovisanja saradnje u izručenju osumnjičenih terorista i pružanju pravne pomoći u ovakvim slučajevima. Na samitu održanom u Vašingtonu maja 2002. godine između SAD-a i EU, Bušova administracija se složila da istraži stvaranje takvih instrumenata sa Unijom. Dva sporazuma, jedan o izručenju i drugi o obostranoj pravnoj pomoći, su zaključeni u februaru 2003. i potpisani u junu 2003. Vašington i Brisel se nadaju da će pomoći usklađivanju bilateralnih ugovora koji već postoje između Sjedinjenih Država i pojedinih članova EU, kao i da će pomoći pojednostavljenju procesa izručenja, promociji bolje razmene informacija i da će biti korisno oruđe u bor-

---

tehničkih i pravnih ekspertiza. Ministarstvo finansija ima vodeću ulogu u ulaganju napora da spreči finansiranje terorista. Intervju zvaničnika EU i Amerike, 2003. i 2004. Sjedinjene Države i zemlje EU su radile na zaključenju protokola koji će pomiriti uslove njihovih pojedinačnih bilateralanih sporazuma sa novim sporazumom EU. Zvaničnici Amerike i EU se nadaju da će se protokoli sa 15 pravih zemalja biti zaključen do decembra 2004; druga runda će onda početi sa novih 10 članova EU. Zvaničnici Amerike mogu poslati prvobitnih 15 protokola Senatu zbog ratifikacije već početkom 2005.

bi protiv prevara i organizovanog kriminala kao i protiv terorizma. Odredbe sporazuma treba da postanu deo međunarodnog prava.

- Jačanje kontrole na granicama i saradnje u bezbednosti transporta.

Sjedinjene Države i Evropska Unija su ulagale velike napore u saradnji u ovim oblastima što se vidi po vođenju dijaloga o donošenju propisa koji bi se odnosili na SAD i Evropsku Uniju u aprilu 2004. Veliki broj inicijativa je takođe zaključen na ovoj diskusiji. U aprilu 2004. Sjedinjene Države i EU su potpisale sporazum o saradnji carina koji, između ostalog, zahteva proširenje Američke inicijative za bezbednost kontejnera (CSI) u Evropskoj Uniji. CSI postavlja Američke carinske službenike u strane luke kako bi bili sigurni da kontejneri sa tovarom koji ide u SAD ne sadrži oružje za masovno uništenje ili druge opasne sadržaje. U maju 2004. Sjedinjene Države i EU su priznali dogovor koji dozvoljava vazdušnim kompanijama koje lete u Ameriku, kao i iz nje, da dostave vlastima Amerike podatke o putniku sa rezervacijom i sistemom za kontrolu dolazaka. Ovaj sporazum je dobio konačan oblik marta 2003. godine, ali je izazvao kontraverze u EU. Članovi evropskog Parlamenta i advokati za građansku slobodu nastavljaju sa pobijanjem ovog sporazuma, tvrdeći da on narušava privatna prava. Sjedinjene Države i EU su se obavezale da će pojačati međunarodnu razmenu podataka o izgubljenim i ukradenim pasošima i promovisaće bezbednost putničkih dokumenata kroz uključivanje inter-operativnih biometrijskih identifikatora. Saradnja na biometrijskim identifikatorima je delom usmerena kako bi pomogla da se smanje konflikti zbog novih pravila Amerike za Program odricanja od vize (VWP) i da se olakša legitimno preko okeansko putovanje.

Petnaest od 25 zemlja EU učestvuje u VWP, koji omogućava putovanje u Sjedinjene Države bez vize. Nova pravila Amerike su obavezala državljane zemalja koje imaju VWP da do 26. oktobra 2004. nabave aparate koji očitavaju pasoše, ali Kongres je pomerio rok za pribavljanje biometrijskih uslova za VWP pasoše do 26. oktobra 2005., kako bi dao više vremena da se reše tehnički i operativni problemi. Putnici sa VWP su već od 30. septembra prošli tzv. obradu kroz SAD program, po kome se putnicima uzimaju otisci prstiju i fotografišu se po dolasku.

Predstojeći izazovi

Bez obzira na napredak EU od 11. septembra 2001. da održi blisku saradnju policije i suda, Unija se i dalje susreće sa važnim političkim, zakonskim i kulturnim preprekama u potrazi za prevodom svojih inicijativa u efektivne EU – široko pravno važeće instrumente.

Različite inerpretaicje dogovorenih mera, dugotrajna nesaradnja policije i tajnih službi u pogledu razmene informacija, slabe moći prisiljavanja EU, trenutna pitanja nacionalne suverenosti, domaćih preokupacija, razmatranja građanskih sloboda raznih država članica su takođe kočili progres EU. Nakon 11. septembra 2001. i teorističkih napada u Madridu marta 2004., EU je priznala ove propuste i obnovila svoju obavezu da potpuno i brzo primeni sve ledalne instrumente potrebne u borbi protiv terorizma. Ovo je bilo ključno i racionalno za utemeljivanje novog EU – protiv terorističkog koordinatora sa zadatkom supervizora. Lideri EU sazvali su sve članove država da promene mnoge od već dogovorenih inicijativa EU, kao na primer nalog za hapšenje, u nacionalni zakon do kraja juna 2004. Nekoliko članova država još uvek nisu ostvarili ovaj cilj.

Da bi se rešili ovi problemi između 25 članova država, EU se suprotstavlja izazovima da bi poboljšala usaglašenost sa SAD propisa. Iako su neki problemi između EU i SAD-a slični preprekama sa kojim se suočava EU u svojoj unutrašnjosti, kao što su problemi komunikacije pravnih snaga, ili različita definisanja terorizma, drugi imaju svoje poreklo u različitim legalnim tradicijama i društvenim stavovima prema ličnoj privantosti, kriminalu i kazni.

Unutrašnje prepreke Evropske Unije

Evropska Unija smatra da je učinila nagli progres od 11. septembra 2001. godine, u vezi sa utvrđivanjem političkih dogovora po pitanju policije i pravosudnih organa koji su bili oslabljeni godinama. Svakako, koraci su bili brzi za EU, tradicionalno „sporo krećuće telo“ zbog svoje unutrašnjo-vladalačke prirode i procesa jednoglasnog donošenja odluka. Posle marta 2004. i napada u Madridu, Evropska komisija je usvojila čitav niz pravnih instrumenata EU za borbu protiv terorizma, koji su pokazali da nekolicina članova država EU još uvek nisu primenili mnoge od već dogovorenih mera, uključujući i nalog za hapšenje EU[8]. U izlaganju planova za nalog, lideri EU ostavili su 1. januar 2004. kao datum za početak primene u svim državama članicama, da bi imali vremena da usaglase sve neophodne ustavne amandmane. Uprkos ovom dugom vremenskom periodu, nalog za hapšenje je zakasnio. Do kraja roka, samo 8 od 15 članica EU je prenelo nalog u nacionalni zakon. Pet članova država u EU od 25

[8] Vidi: Press Releace, Postojeći legalni instrumenti bitni u borbi protiv terorizma, i mere već postojeće na savetničkom stolu, Evropska komisija, 18.mart, 2004.

još nisu izvršili potrebne izmene, ili one još nisu stupile na snagu. „Bavljenje“ građanskom slobodom usporilo je unošenje novina u Nemačkoj, Republici Češkoj, Grčkoj i Italiji. Nalog za hapšenje nije još stupio na snagu ni u Latviji[9].

Pojedini eksperti ističu da neće svi članovai EU biti u mogućnosti da primene sve delove naloga za hapšenje EU, odmah, pa će tako npr. Nemačkoj, Austriji, Danskoj i Grčkoj trebati pet godina. Uprkos takvim mogućim odlaganjima, svi članovi bi rado potvrdili svoje pripadanje do 2004. zato što će moći da izvršavaju nalog protiv građana drugih država na svojoj teritoriji. Na primer, Danski pravni organi bi mogli sprovoditi nalog za hapšenje francuskom državljaninu traženom u Nemačkoj[10]. Neke kritike takođe pokazuju da bi tehnički problemi sa izdavanjem naloga za hapšenje EU putem Šengen Informacionog sistema (SIS) mogli usporavati pravne sile autoriteta u brzom delovanju. SIS u bazi podataka EU, korištena prvobitno od strane carinskih vlasti i imigracionih službi, sadrži informacije o osuđenim ili osumnjičenim kriminalcima koji su falsifikovali pasoše, i informacije o ukradenim vozilima[11].

Postavlja se pitanje koliko je efektivan protivteroristički koordinator EU. Pojedini autori sugerišu da zato što koordinatorska pozicija izveštava najvišem stranom činovniku EU, položaju nedostaje dovoljan udarac i vidljivost i jedino predstavlja još jedan neefektivni birokratski sloj[12].

Uprkos pokušajima EU da harmonizuje nacionalne zakone u vezi sa terorizmom, definicije EU i slične kazne će i dalje biti otvorene za interpretacije od strane svake članice. Evropska komisija je prvobitno predložila određene standardizovane sankcije za terorističke aktivnosti, rangirane od maksimalne kazne u svakoj državnoj članici od najmanje dve do dvadeset godina u zavisnosti od prekršaja. Države članice se nisu složile i

[9] Vidi izveštaj Evroskom Savetu na promeni Deklaracije o borbi protiv terorizma, 11. juni 2004./www.eurounion. org./Partner/EUU sterror Dec.Comb Terror Rept. pdf; i zanimanja članica o progresu i zaostatku, Agence Europe, 24.) 2004. Italija je bila najviše protiv svih u EU u vezi sa nalogom za hapšenje 2002. Tvrdila je da su 32 prekršaja previše i da variraju. Italija je u početku htela da nalog sa 32 prekršaja redukuje na šest, uključujući terorizam ali isključujući finansijski kriminal. Novinarski izveštaji spekulišu da je to bilo zbog optužbi za korupciju i izbegavanje taksi protiv predsednika vlade Berluskonija u Italiji i drugde u Evropi. James Blitl, Italija pada na liniju u vezi sa nalozima za hapšenje, Financial Times, 12 decembar, 2001.

[10] Intervju činovnika SAD, Maj, 2002.

[11] Simon Coss, Rasprostranjeno kašnjenje naloga za hapšenje EU do 2006., nadgradnja policijske baze podataka, European Voice, 10. juli, 2003.

[12] Anti teroristički car EU susreće, naleće na klopku, Reuters, 25. Mart 2004. Antiteroristički car i nemoguća misija? Agence France Presse, 28, Mart, 2004.

našle su da je predloženi sistem previše komplikovan. Kao rezultat, određene kazne su izrečene za samo dva prekršaja: vođenje terorističke grupe i učestvovanje ili finansiranje aktivnosti terorističke grupe, tj. organizacije. Kazne za druge prestupe, kao što su ubistvo, kidnapovanje ili otmica su u većem broju ostavljene tj. prepuštene diskreciji svake članice, iako odluka EU dozvoljava nametanje veće kazne ako je delo izvršeno sa terorističkom namerom.

Izveštaj iz juna 2004. Evrospke Komisije u vezi sprovođenja jednake definicije terorizma EU i jednake kazne, otkrila je da postoje, još uvek, razilaženja u interpretaciji i prenošenju ovih mera među članicama[13].

Kulturološke barijere

EU vidi rastuću komunikaciju i razmenu informacija među policijom, pravosudnim organima i službama bezbednosti među državama kao krucijalnu za unapređivanje svojih mogućnosti suprostavljanja i hapšenja terorista i drugih preko-graničnih kriminalaca. Ovaj problem je doživeo obnovljeni fokus nakon bombardovanja u Madridu. Izveštaji upućuju da je nekolicina osoba osumnjičenih u Madridskom napadu bila poznata bezbednosnim službama u Španiji i drugim državama EU, ali ova informacija nije bila razmenjena. Kao u SAD, dugo važeće tradicije protiv deljenja informacija, kao i rivalstvo između raznih lokalnih, regionalnih i nacionalnih službi moraju biti prevaziđene da bi se poboljšala saradnja i zatvorile sigurnosne rupe u zakonu. Takva saradnja je visoka zapovest zato što zahteva promenu dobro ustaljenih kultura i mentaliteta policije.

Možda takve tenzije nisu nigde bolje evidentne nego u Europol-u, koji zavisi od primanja informaicja od službi članica.

Jyrgen Storbeck, direktor Europol-a i bivši činovnik Nemačke policije, sumirao je probolem na ovaj način: za policajca, informacija u vezi njegovog slučaja je kao lično vlasništvo. On se čak protivi da je da svom šefu ili drugom odeljenju, ne uzimajući u obzir davanja regionalnim ili nacionalnim službama. Za internacionalno telo kao što je Europol, je veoma teško[14]. Prema nekim posmatračima EU, nacionalna policija i tajne službe gaje duboko nepoverenje prema Europol-u. Sumnja oko deljenja osetljivih tajnih informacija i moguće kompromitovanih izvora i metoda, takođe su uslovile pozive iz Austrije i Belgije u jutro 11. marta, za kreiranje centralizovane tajne službe EU.

---

[13] Komisijina osuda članica, European Report, No.2875, 9. jun, 2004.

[14] Citirano u Judy Dempsey, Europol-ovo nastojanje za uspehom, Financial Times, 27. februar, 2002.

Nedostatak istog jezika u EU takođe može predstavljati problem za bližu saradnju među policijskim službama, posebno na lokalnom ili regionalnom nivou. Na primer, uz Francusko-Belgijsku granicu, belgijski policajci ne moraju da pričaju Francuski, a većina francuskih policajaca ne priča flamanski. A u nekim državama, kao što je Nemačka, gde istorija „naci" prošlosti još uvek ima težak uticaj, legalne zabrane ne dozvoljavaju deljenje informacija između policije i tajnih službi.

Uprkos ovim problemima, nadležni organi EU se suprotstavljaju promenljivoj prirodi kriminala i povećanju prekograničnih terorista, i kriminalne organizacije će u velikom broju naterati policijske službe da sarađuju na nacionalnom i internacionalnom nivou. Oni prepoznaju da će građenje poverenja i gajenje jačih komunikacija među ovim snagama pravnih autoriteta potrajati, ali naznačavaju da je ovo ključni razlog za EU da podrži *Evropski Policijski Koledž* i druge slične trening programe. Takođe ističu da problemi sa kojim se suočava EU u ovom pogledu nisu toliko različiti od onih trenutnih sa kojim se suočava SAD, dok pokušava da poboljša tok informacija između FBI-a, državnih i lokalnih policijskih snaga i carinskih činovnika da bi sprečila osumnjičene teroriste i druge kriminalce da prođu kroz „pukotine"[15].

Jačanje policije EU i pravnih institucija, posebno Europol-a, je iskrslo kao centralni deo u pokušajima EU da sačuva saradnju. Kritike ističu da su Europol i Eurojust još uvek većinom priče o stručnim stvarima, ostaju minimalno kapitalizovane i imaju nekoliko sposobnosti provođenja. Iako su se lideri EU složili da Europol treba da ima veću ulogu u operacijama prekograničnih istraga i pravo da pita nacionalne autoritete da pokrenu kriminalističke istrage, ova nova ovlašćenja neće imati efekta dok svi nacionalni paramenti ne odobre tražene promene konvencije Europol-a 1995. Eurojust može predložiti da nacionalne vlasti započnu istragu, ali ne mogu započeti ili izneti istu sami.

Podaci o problemima privatnosti su takođe usporili neke pokušaje da se poveća sposobnost Europol-a i Eurojust-a. Na primer, EU lideri su se složili u principu decembra 2002. da odobre parcijalni pristup Šengen informacionom sistemu da bi pomogli deljenje informacija, ali to još nije formalno usvojeno zbog trenutnih briga oko zaštite podataka.

Funkcioneri EU veruju kritikama da Europol-u i Eurojust-u nedostaju sposobni autoriteti i da predpostavka da ova tela daju malo rezultata nije tačna. Ističu da su Europol i Eurojust u još uvek ranim fazama razvoja. Ključni tekući cilj ovih tela je da bliže čuvaju koordinaciju, rutinsku ko-

---

Judy Dempsey, Europol-ovo nastojanje za uspehom, Financial Times, 27. Februar, 2002., Intervju sa činovnikom EU, Mart, 2002.

munikaciju i veće poverenje među policijom, službama i pravnim činovnicima iz svih članica. Drugi ističu da je Europol imao svojih analitičkih uspeha, pomažući u identifikaciji narkotika i mreža trgovine ljudima koji su doveli do koordinisanog sprovođenja operacija i u članicama EU, i u drugim Evropskim zemljama[16], a od Marta 2004. godine i terorističkog napada u Španiji, činovnici EU su se ponovo fokusirali na mere da sačuvaju i Europol i Eurojust. 2005., Europol je primio ekstra 2.1 milion dolara za protiv-terorističke aktivnosti, a u Junu 2004., Europol i Eurojust su potpisali sporazum o saradnji koji dozvoljava obema organizacijama da razmenjuju informacije između sebe.

Nacionalni suverenitet i domaća razmatranja

Tradiconalno, sprovođenje pravnih akata se ljubomorno čuva kao nacionalna povlastica. Progres u građenju policijske i pravne sfere EU je iznet kroz međusobno prepoznavanje članica i njihovih legalnih sistema, pre nego sveobuhvatnu harmonizaciju. Uprkos uspesima EU od septembra 2001., u realizaciji svojih pravnih programa rada, neki posmatrači EU ostaju pri tome da članice treba da nastave obazrivo. Države će se opirati merama koje „udaraju" u pravni federalizam EU. Skeptici veruju da će ove brige sprečiti Europol-ov razvoj u ekvivalent FBI-a ili Eurojust-ovo sazrevanje u Evropsku javnu tužilačku kancelariju, sa mogućnošću započinjanja i koordinisanja istraga i krivičnog gonjenja.

Pojedini eksperti smatraju da je unapređivanje unutrašnje granične kontrole u EU bilo teško, zato što su neke članice odbijale da prepuste bilo kakvu kontrolu nacionalnih granica ili policijsku aktivnost između sebe do Brisela. Na Seviljskom skupu u Junu 2002., vođe EU su zatražili zajednički korpus na granici, baš zbog ovog razloga. I iako je dogovor postignut, da se uskoro postavi Evropska granična agencija, kritike kažu da će imati ograničene moći i izvore, i neće imati ulogu pravnog provođenja[17].

Neki analitičari takođe ističu da će efikasnost pokušaja EU da ojačaju spoljašnje granične kontrole delimično zavisiti od uspeha EU u borbi protiv ilegalne imigracije i standardizovanja imigracije i pravila utočišta putem EU. Godinama su pokušaji EU da tako učine sprečavani velikim različitim nacionalnim sklonostima i osetljivošću prema emigrantima i ljudima u potrazi za skloništem.

---

[16] Na primer, maja 2002., uz pomoć Europol-a, policija je u nekoliko zemalja EU pretražila 30.000 kontejnera u lukama i stanicama i pronašla 200 ilegalnih imigranata i uhapsila 10 osumnjičenih krijumčara ljudi, Agence France Presse, 29. Maj, 2002.

[17] Raphael Minder, EU granična agencija planira isticanje teškoća, Financial Times, 11. Novembar, 2003.

Ako su članice EU sklopile politički dogovor o grupi mera da harmonizuju pravila utočišta, rukovodeći druge aspekte imigracije i pravila utočišta, ostaje sve komplikovano[18].

Nekoliko zajedničkih mera predloženih u poslednjih nekoliko godina su smatrane prekomerno stroge od strane nekih članica i bile su odbijene. Na primer, u junu 2002., Britanija i Španija su predložile suspendovanje finansijske pomoći EU zemljama u razvoju koje nisu uspele da smanje ilegalnu imigraciju ili su odbile da ponovo propuste svoje državljane.Francuska i Švedska su vodile borbu protiv ove inicijative; njihov argument protiv bio je da nametanje sankcija na razvoj bi samo povećalo siromaštvo koje navodi ljude da emigriraju. Komentatori su naznačili da se Francuska, čija celina legalnih i ilegalnih emigranata dolazi i Afrike, takođe bojala da će sankcije uznemiriti njene bilateralne odnose sa tim državama i proizvesti dalje nerede, tj. nemire. Slično, u Junu 2003., Velika Britanija je predložila da se utemelje centri utočišta van EU da bi se bavili izbegličkim problemima, predlog je odbijen od strane drugih članica, kao što su Nemačka i Švedska, na bazi ljudskih prava.

Jedna grupa analitičara je raspravljla o tome da je nacionalni suverenitet postao manje važan mnogim članicama EU. Oni tvrde da EU nastavlja da se zbližava na brojnim poljima, a države manje integracionog mišljenja kao što su Velika Britanija i Danska su u manjini. Na primer, mnogi članovi, uključujući Francusku, Nemačku i Italiju podržavaju formaciju policijskih graničnih snaga. Ovi optimisti takođe ističu da se stavovi nekih članica prema prekograničnim policijskim hapšenjima mogu promeniti. U Šengen delu, neki bilateralni dogovori žestoke potere uveliko postoje među članicama da bi omogućile i jednim i drugim policijskim službenicima da idu u poteru ali ne i uhvate osumnjičene koji prelaze na teritoriju druge članice. Francuska je naišla na prihvatanje u Nemačkoj, Belgiji i Španiji svojih predloga koje će omogućiti njenoj policiji pravo na hapšenje i na jednoj i drugoj teritoriji, tj. obe teritorije[19]. Neki vide ove bilateralne dogovore kao moguće pripreme za slične sporazume EU u budućnosti.

---

[18] EU gleda da postavi jednake definicije utočišta, standarde i vremenske rasporede za procesovanje zahteva kao krucijalne za svršavanje kupovine utočišta i prevenciju eksploatacije razlika u procedurama utočišta članica. 2002., članoviu EU zatvorili su dogovore postavljajnog minimumu prijemnih standarda za tragače utočišta i pravila koja opreljuju koja članoca treba da procesuje tvrdnje utočišta. U proleće 2004., iako dobro za prvobitnih rokova, članovi EU konačno su postigli dogovor o zajedničkoj definiciji izbeglice i jednakih procedura utočišta.

[19] Francusko - Nemački dogovor o policijskim hapšenjima Agence France Presse, 27. Maj, 2002.; Pariz i Madrid u preko-graničnim policijskim dogovorima. The Quardian, 7. Novembar, 2003.

Nepovrenje među nekim članicama, legalni režimi i opreznost u vezi stepena zaštite koji nude za individualna građanska prava mogu takođe predstavljati prepreke za bližu saradnju policije i pravosudnih organa. Kao što je navedeno pitanje građanske slobode usporilo put izvršavanju naloga za hapšenje EU u Nemačkoj, konzervativne opozicione partije u Švedskoj i Velikoj Britaniji su takođe prigovorile, iako bezuspešno, nalogu za hapšenje da će ugroziti domaće legalne zaštite.

SAD i EU rade na tome da približe liste svoje grupe i liste osoba u radu sa terorističkim aktivnostima. Neke članice EU su oklevale u početku da imenuju određene grupe koje su bazirane u nacijama sa nepouzdanim stavovima prema ljudskim pravima i stave na lusti, kao što su Tursko-bazirana Kurdistanska Radnička partija (PKK), Revolucionarne Naoružane snage Kolumbije (FARC), i Palestinske organizacije. EU je oklevala da doda takve grupe na listu zato što ih neke članice vide više kao revolucioonarne nego terorističke. U drugim slučajevima, EU je pravila razliku između političkih i vojnih grana istih organizacija, kao što je Hamas. Iako je teroristička lista EU uključivala Hamasovo vojno krilo od svog prvog pojavljivanja decembra 2001., EU se nije složila da doda političko krilo do Septembra 2003. Neke države članice su smatrale da Hamasovo političko krilo daje krucijalne društvene usluge na Zapadoj obali i Gazi, i brinuli su da stavljajući ga na listu samo produbljuju Izraelsko-Palestinski konflikt. Odluka EU da uključi Hamasovo političo krilo došlo je usred eskalacije samoubistava bombama i rastućem shvatanju da je Hamas pojedinačna organizacija. EU nije mogla da postigne dogovor o dodavanju humanitarnih akcija ili osoba osumnjičenih za skupljanje para za Hamas.

SAD i druge zemlje kao što je Turska, Kolumbija i Izrael su uspešno lobirali EU da uključi PKK, FARC, Hamas i druge organizacije na terorističku crnu listu. SAD je preuzeo neke stavove od EU, dodajući na svoju listu terorističkih stavki broj Baskijskih separatista, nekoliko Severno-Irskih paravojnih organizacija, i dve separatističke grupe, među ostalima. SAD i Izrael nastavljaju da vrše pritisak na EU da doda lebanonsko-bazirani Hezbolah na svoju terorističku listu. Kao i sa Hamasom prethodno, neke članice ostaju zabrinute da će uključivanjem Hezbolaha, napraviti nešto kontraproduktivno[20].

Da bi približila policijsku saradnju i saradnju pravosudnih organa sa EU, SAD mora da prevaziđe brige da nije obezbedila zaštitne standarde

[20] David E. Kalisk, Evropska sporost u blokiranju terorističkih stavki, Associated Press, 8. Mart, 2002.; Pal Geinter, EU pomaže Palestincima da zamene bilo koji Hamas fond, Associated Press, 8. Septembar, 2003.; Intrvju sa činovnicima EU, proleće-leto, 2003.

podataka EU. EU smatra da su lični podaci stvar privatnosti, i propisana je zabrana za javne i privatne entitete u EU koji čuvaju ili prenose lične podatke transfera takvih podataka u zemlje gde su zakonske zaštite neadekvatne. Evropsko iskustvo sa totalitarnim režimima jasno podržava ovo stanovište, i doprinosi zahtevu Evropskih političara za strogim pravilima o privatnosti podataka.

Premoštavanje jaza između režima zaštite podataka EU i SAD-a je bilo i biće veliki izazov. Pregovori o dozvoli službenicima državnih organa SAD-a i predstavnicima Europol-a da razmenjuju informacije o sumnjivim teroristima i drugim kriminalcima su bili naporni i trebalo je preko godinu dana da se završe. EU je takođe odbijala nove regulative SAD-a koje su zahtevale od avio kompanija, koje su kontrolisale letove za ili iz SAD-a, da daju američkim vlastima podatke o putnicima (PNR informacije) iz njihovih rezervacija i odlaznih kontrolnih sistema. U Maju 2004., SAD i EU su podpisali dogovor koji je trebao da umiri evropske brige o dužini i tipu podataka koji su sačuvani i kako će ih upotrebiti vlasti SAD-a. Evropski Parlament i Evropske grupe za građanske slobode i dalje nastavljaju da se bore protiv tog dogovora. Evropski Parlament je podneo slučaj protiv PNR dogovora Evropskom sudu pravde, koji bi mogao poništiti dogovor ako utvrdi da od on ugrožava pravo na privatnost.

EU je insistirala na uspostavljanju kooperativnih dogovora sa SAD-om o izrčenju i međusobnom zakonitom saradnjom da bi unapredili borbu protiv terorizma i druge internacionalne kriminalne aktivnosti, pomogne u harmonizaciji politike članica prema SAD-u. Zaključujući ove SAD-EU sporazume kao izazov, zato što su pregovarači morali da se bore sa brojnim spornimh problemima ukorenjenim u različitim društvenim stavovima SAD-a i EU prema kriminalu i kazni. Mnogi Evropljani su sve više svesni onoga što vide kao široki razdor između dve strane Atlantika oko koncepta pravde i američkih tendencija prema kaznama više nego rehabilizaciji. Veoma teško se prihvata činjenica da zemlja sa kojom dele fundamentalne vrednosti prema zaštiti individualnih ljudskih prava može da zauzme toliko različito viđenje sistema kazni. Za mnoge u EU, odnos SAD-a prema zatvorenicima AlKaide u Gvantanama zalivu i Bušova administraciona odluka da ne podpiše U.N. ugovor stvarajući međunarosni krivični sud su dalji dokaz u prilog razlikama. Najveći problem je predstavljala mogućnost izricanja smrtne kazne u SAD-u. U EU je zabranjena smrtna kazna kao i izručenje osumnjičenih u zemlje gde se mogu suočiti sa smrtnom kaznom. EU je izričito bila na stanovištu da neće sklopiti saglasnost ukoliko osumnjičenom koga je izručila neka država članica EU može biti izrečena smrtna kazna.

Sa malo prostora za kompromis od strane EU, Vašington se složio za zahtevima EU da osumnjičena lica izručena iz EU u SAD neće biti osuđeni na smrtnu kaznu.

Neki lideri EU i evropski aktivisti za ljudska prava se suprotstavljaju SAD-EU izručenjima i mogu usporiti ovaj proces u određenim državama članicama. Ove kritike su usmerene na to da garancije protiv izricanja smrtne kazne u postojećem tekstu nisu dovoljno jake. One ističu da su garancije pravednog suđenja neodređene, i brinu da ugovor ne zabranjuje eksplicitno, suđenje od strane vojnog suda. Mnogi Evropljani se suprotstavljaju predloženom korišćenju vojnih tribunala za osumnjičene teroriste u SAD-u, s obzirom da im nedostaje transparentnost i ograničenost zaštite građanskih prava[21].

Po tekućim bilateralnim ugovorima, samo neke zemlje EU dozvoljavaju predaju svojih državljana SAD-u. Rezultirajući SAD-EU dogovori o predaji (izručenju) i međusobnim legalnim asistencijama reflektuju nekoliko kompromisa. SAD brine da je ova saglasnost, neoslabljeni postojeći bilateralni ugovor olakšan provizijom koja poziva svaku članicu EU da zaključi protokol sa SAD-om, ponovo razmatrajući uslove svojih bilateralnih rasprava sa novim dogovorima EU. Ovi protokoli će reći koji delovi bilateralnih ugovora će biti zadržani, a koji delovi će biti dodati ili zamenjeni provizijama u širim SAD-EU pregovorima. I SAD i EU činovnici tvrde da će ova procedura zaštititi te delove bilateralnih ugovora koij su jači ili efikasniji nego oni u SAD-EU saglasnosti. Iako Vašington nije uspeo da postigne, tj. pridobije izručenje svih nacionalnosti EU u SAD, u SAD-u se ističe da će ugovor o izručenju EU modernizovati postojeće bilateralne ugovore. Na kraju krajeva, pregovarači SAD-a bili su zadovoljni sa MLA dogovorom, koji će omogućiti vlastima SAD-a pristup informacijama bankovnih računa Evrope o potencijalnim teroristima i drugim kriminalnim osumnjičenima, uspostavlja pospešne procedure za procesovanje MLA zahteva, i dozvoljava postavljanje solidarnih istraživačkih timova. Beleže da je prihvatanje bankovnih informacionih provizija bilo teško za mnoge EU članice zbog njihovih briga o zaštiti prava privatnosti. Činovnici EU i SAD-a takođe ističu da MLA dogovor obuhvata sve trenutne i buduće EU članice u jednom dogovoru; Vašington ima aktivan bilateralni MLA ugovor sa samo 17 od postojećih 25 država članica[22].

[21] EU se slaže sa dogovorom za isporučivanje sa SAD-om, Reuters, 6. Jun, 2003; Intervju sa činovnicima SAD-a i EU, 2002. i 2003.

[22] SAD je potpisala zajedničku legalnu asistenciju sa EU članicama Švedskom i Nemačkom, ali one još nisu odobrene. Ne postoje dogovori SAD sa Danskom, Finskom, Portugalom, Slovačkom i Slovenijom.

Evropske perspektive

Teroristički napad 11. marta 2004. godine u Madridu refokusirao je pažnju EU na pretnju terorizma u Evropi i povećao potrebu za hitnost postupanja EU da pojača saradnju policije i pravosudnih organa u samoj EU, ali i sa SAD-om. Kao što je zabeleženo, EU unija je ponovo promenila svoju obavezu da potpuno iskoristi postojeće legalne instrumente za borbu protiv terorizma. Neki posmatrači brinu da će, kako sećanja na terorističke napade blede, tako bledeti i obnovljena politička volja EU. Ovi skeptici veruju da će obaveza EU da propagira svoje zajedničke policijske i pravne agende splasnuti kada se pojave konkurentni prioriteti, i dok dalji progres u ovoj oblasti počinje da prodire na teritoriju nacionalnog suvereniteta. Neki sugerišu da novi nalog za hapšenje EU može predstavljati redovnu spoljašnju hitnu pravnu saradnju EU. Kritičari takođe sumnjaju da će EU posvetiti resurse da izgradi efektivnije policijske i pravne institucije širom EU.

Drugi Evropski komentatori naglašavaju da postoji dovoljan zamah da se održi pokušaj EU da pojača saradnju policije i pravosudnih organa, posebno nakon napada u Madridu. Smatraju da Evropska javnost oseća visok stepen „ranjivosti" i Evropske vođe znaju da je cena neuspeha visoka. Iako se EU kao entitet i mnoge individualne države članice bore sa uspostavljanjem balansa između pravnih snaga, individualnih privatnosti i civilnih prava nakon 11. septembra, promene u domaćim zakonima pokazuju da Evropske vlade shvataju da su potrebna nova oruđa za borbu protiv novih izazova.

Čak i u Nemačkoj, koja ima najstarije zakone o zaštiti podataka od svih zemalja EU, zakonodavac je uveo nove mere kojima se omogućava da se efikasnije prate osumnjičeni teroristi i omoguće policijske i pravne bolje komunikacije.

Pomeranje granice EU istočno do Rusije i dalje na Balkan, oblasti koje su „raj" za organizovani kriminal i druge vidove kriminala, daje dalji podstrek inicijativama EU namenjenim suzbijanju prekograničnih kriminalaca i zatvaranju sigurnosnih rupa.

Pridruživanjem EU, novi članovi će morati da osnaže svoje granične kontrole, postave stroge zahteve za vizu i prihvate nova rešenja Evropskih pravnih zakonodavnih „alata", kao što je npr. nalog za hapšenje. Evropski činovnici ističu da je 11. Septembar pružio inicijalnu iskru da se započne kooperacija na poljima policije i prava. Evropske vođe su uvek smatrale veću kooperaciju u zakonodavstvu i pravosuđu kao krucijalni korak na putu za dalju Evropsku integraciju.

EU prepoznaje da je povećana saradnja sa pravnim zakonodavstvom SAD-a i vlastima tajnih obaveštajnih službi (posebno sa FBI-em, CIA-om i službama ispod odeljenja domaće bezbednosti SAD-a) esencijalna za poboljšanje unutrašnje sigurnosti, prevencije daljih terorističkih napada u Evropi, i osiguranje bezbednosti građana EU. Posmatrači ističu da je želja mnogih Evropskih vođa da izgrade pravni identitet, završe sa jednakim institucijama EU kao što je institucija evropskog javnog tužilaštva, kao i pokušaji EU da se poveća saradnja sa SAD-om.. EU smatra uspostavljanje spoljnih odnosa sa SAD-om i drugim zemljama na polju policije i prava kao esencijalni deo za razvoj jednakog pravnog identiteta. Činovnici EU shvataju da će biti potrebno vreme za uspeh. Posebno dok EU pokušava da formuliše jednaku politiku, definicije i sankcije za zločine terorizma, i van terorizma, kao što su šverc droge ili eksploatacija dece, ona zaostaje.

Analitičari procenjuju da je zajednički pravni identitet EU najmanje deceniju daleko sa trenutnim brigama nacionalnog suvereniteta nekih država članica.

Neki analitičari smatraju da među – atlantske tenzije mogu negativno uticati na buduću saradnju SAD-a i EU u borbi protiv terorizma. Razlika u pristupima EU i SAD-a u borbi protiv terorizma su postale evidentnije kada je Vašington započeo rat protiv terorizma AlKaide i Afganistana. Većina članica EU i dalje smatraju terorizam primarno problemom za pravne snage nego problem koji treba rešiti vojnim snagama.

Evropljani su u velikom broju zabrinuti da SAD gubi bitku, ne samo zbog rata sa Irakom i tradicionalne podrške Vašingtona za Izrael, već i zbog odluka SAD-a od kojih neke krše ljudska prava, kao što je držanje osumnjičenih terorista AlKaide u Gvatanama zalivu. Optužbe SAD-a za maltretiranje zarobljenika otežavaju izgradnju diplomatskog, političkog i vojnog savezništva koje Sjedinjene Države trebaju u borbi protiv terorizma širom sveta. Uprkos takvim neslaganjima SAD-a i EU, Evropa ostaje osetljiva na terorističke napade, i saradnja pravnog zakonodavstva će se nastaviti zato što je u interesu i Evrope (EU) i SAD-a[23].

[23] Intervjui Evropskih činovnika, 2002. i 2003.

Tatjana Lukić, Ph.D., Assistant Professor
Novi Sad School of Law

Europe annd Counterterrorism: Strengthening Police and Judicial Cooperation

Abstract

EU member states have long sought to improve police and judicial cooperation among themselves as part of the Union drive toward further political integration and its desire to create a European area of freedom, security and justice. Since the attacks on the United States, Eu leaders have demonstrated a renewed political commitment to boosting police and juducual cooperation both among member states and with U.S. law enforcement counterparts. The March 11, 2004, terrorist bombing in Madrid , Spain, have further energized EU efforts to combat terrorism. The bulk of EU initiatives in the police and juducual fields set forth in September 2001 and march 2004 focus on establishing greater cross-border compatibility among EU members states criminal law and improving cooperation among national police, intelligence and judicial authorities. Key measures, which are the subject of this article, include: establishing a common EU definition of terrorist and common penalties, defining a common EU list of terrorist organizations, creating an EU-wide arrest warrant, strenghtening EU police and judicial institutions, increasing cooperation among police and intelligence services, establishing an EU counterterrorism czar and intelligence capacity. Major efforts in suppressing terrorist funding have focused on: expanding the EU money-laundering directive, establishing an EU-wide asset-freezing order, facilitating asset confiscation. In this article the author also delas with strenghtening external EU border controls, enhancing U.S. - EU cooperation with special accent on internal EU obstacles and obstacles to closer U.S. - EU cooperation.

Originalni naučni rad 343.852(497.11)“2005“(094.5)

Dr Dragiša Drakić, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

MERE BEZBEDNOSTI OBAVEZNOG LEČENJA NARKOMANA I ALKOHOLIČARA PREMA NOVOM KRIVIČNOM ZAKONIKU SRBIJE

Sažetak: *U prvom delu rada autor govori o pojedinim aspektima problematike mera bezbednosti kao krivičnih sankcija uopšte, kao i mera bezbednosti medicinskog karaktera.*

U drugom odnosno trećem delu rada autor vrši doktrinarnu analizu zakonskih odredaba kojima se propisuju uslovi za izricanje mera bezbednosti obaveznog lečenja narkomana i obaveznog lečenja alkoholičara, što predstavlja centralni deo naučnog rada.

Na kraju, autor zaključuje da je zakonska regulativa koja se odnosi na predmetne mere bezbednosti novog Krivičnog zakonika lošija od prethodne. Takođe, donosi i odgovarajući zaključak o legalnosti izricanja odnosnih mera bazbednosti sa pozicija ustavnog prava.

Ključne reči*: mere bezbednosti kao krivične sankcije, obavezno lečenje narkomana, obavezno lečenje alkoholičara, Krivični zakonik Srbije*.

Naše novo krivično zakonodavstvo, barem deklarativno, zadržava koncept „dualizma“ krivičnih sankcija, pri čemu se na jednoj strani nalaze kazne sa merama upozorenja, kao supstitutima kazne, a na drugoj – mere bezbednosti, gde se mogu svrstati i vaspitne mere kao posebna vrsta mera bezbednosti koje se primenjuju prema maloletnim učiniocima krivičnih dela. Ipak, sistem krivičnih sankcija koji sadrži Krivični zakonik[1] po mnogo čemu se razlikuje od pređašnjeg. Naime, ili se pod uticajem savremenih trendova uvode nove krivične sankcije koje dosadašnje krivič-

[1] Krivični zakonik Republike Srbije, Službeni glasnik Republike Srbije, br.85, Beograd, 6.oktobar, 2005.

no pravo nije poznavalo[2], ili se manjim odnosno većim intervencijama u sadržinu pojedinih sankcija žele obezbediti uslovi za ostvarivanje boljih rezultata u njihovoj praktičnoj primeni.

Što se tiče sistema mera bezbednosti u našem novom krivičnom pravu, može se reći da Krivični zakonik sadrži neuobičajeno veliki broj ovih krivičnih sankcija u poređenju sa krivičnim pravima drugih zemalja. On naime poznaje čak devet mera bezbednosti,[3] dve više od pređašnjeg Krivičnog zakona. Tako, nova mera bezbednosti je *javno objavljivanje presude,* dok druga i nije nova, već je zakonodavac nekada jedinstvenu meru obaveznog lečenja alkoholičara i narkomana sada transformisao u dve – *obavezno lečenje narkomana* odnosno *obavezno lečenje alkoholičara*.

Ukoliko bi se analizirali uslovi za izricanje pojedinih mera, kao i njihova sadržina, moglo bi se lako doći do zaključka da neke od njih i nisu po svojoj prirodi mere bezbednosti, već su to istinske kazne. Ipak, to nije specifičnost samo našeg krivičnog prava, već i krivičnog prava drugih zemalja. Jer, danas ne postoji idealni, klasični tip mere bezbednosti. Postoje samo međuforme, sa više ili manje izraženim karakterom kazne, odnosno, više ili manje izraženim karakterom mere bezbednosti.[4] Kada se, dakle, danas kaže mera bezbednosti, misli se na krivičnu sankciju koja u sebi sadrži u većoj ili manjoj meri i elemente represije, a koja se od kazne razlikuje u prvom redu prema načinu ostvarivanja zaštitne funkcije krivičnog prava. Stoga se napred pomenuti pojam „dualizam" krivičnih sankcija treba shvatiti više kao jedan tehnički termin, teorijski fundirani pojam, a manje kao termin koji ima svoju potvrdu u stvarnosti i samim tim svoju praktičnu upotrebljivost.[5]

Delikatnost mera bezbednosti kao krivičnih sankcija najbolje se vidi ukoliko se uzmu u obzir mere medicinskog karaktera. U zavisnosti od zakonskih uslova za njihovo izricanje, stanja ljudskih prava i političkih sloboda, ekonomskog stanja i uopšte stanja društvene svesti jednog naroda, odnosne mere mogu biti istinske mere bezbednosti, čije se izricanje i iz-

[2] Tako npr. kazne rada u javnom interesu (čl.52) i oduzimanje vozačke dozvole (čl.53), mera bezbednosti javnog objavljivanja presude (čl.89), kao i neke vaspitne mere.

[3] S tim u vezi, naš Krivični zakon iz 1976. godine, koji je bio na snazi do 31. decembra 2005, poznavao je sedam mera bezbednosti, dok je Krivični zakonik iz 1951. predviđao najpre tri, a posle izmena iz 1959. godine sedam mera bezbednosti. Vid. o tome detaljnije, G.Tomašević, *Mjere sigurnosti u krivičnom pravu*, Split, 1986, str.45-55.

[4] Vid. o tome detaljnije, D.Drakić, *Opravdanost mera bezbednosti kao krivičnih sankcija*, Pravni život, br.9, Tom I, Beograd, 2006, str.895.

[5] Slično mišljenje zastupa i F.Streng koji kaže, da „uobičajeni pojam 'dualizam' predstavlja više jednu sliku, nego egzaktan opis višetomije odnosno mnogovrsnosti sistema sankcija", F.Streng, *Strafrechtliche Sanktionen – Die Strafzumessung und ihre Grundlagen*, 2. Auflage, Stuttgart-Berlin-Köln, 2002, s.150.

vršenje bazira na temeljima humanosti, ali i najrepresivnije prisilne državne mere, koje su najpogodnije za svekolike zloupotrebe i manipulacije, kojima se najgrublje krše osnovna ljudska prava i slobode.

Naš Krivični zakonik poznaje četiri mere bezbednosti medicinskog karaktera – dve se odnose na duševno bolesne i poremećene izvršioce krivičnih dela, a dve na izvršioce zavisnike od upotrebe alkohola odnosno opojnih druga. Mi ćemo se u daljem izlaganju ograničiti na dve poslednje mere, pri čemu se nećemo upuštati u analizu stanja društvene i individualne svesti, kao i stanja ljudskih prava i sloboda, u našoj zemlji i uopšte, od kojih okolnosti umnogome zavisi i konačan sud o istinskoj prirodi odnosnih mera, jer bi to mogao biti predmet drugog samostalnog rada ili studije.[6] Naglasak ćemo naime staviti na doktrinarnu analizu zakonskih odredaba, koja će nam poslužiti za formiranje zaključaka *de lege ferenda*, a u kontekstu donošenja novog Krivičnog zakonika.

Pre toga treba konstatovati da gotovo da ne postoji krivično zakonodavstvo u Evropi koje ne poznaje mere bezbednosti koje su namenjene učiniocima krivičnih dela – alkoholičarima i narkomanima.[7] Zakonodavstva se razlikuju samo prema tome pod koji naziv ih svrstavaju. Takođe, treba reći da je naš novi Krivični zakonik jedan od retkih koji predviđa dve različite mere bezbednosti koje se mogu primeniti na učinioce koji su zavisni od upotrebe alkohola odnosno droga. U većini zemalja to je jedna jedinstvena mera bezbednosti[8], kako je bilo i u našem krivičnom pravu koje je do nedavno važilo[9]. Stav, da je opravdano što sada Krivični zakonik propisuje dve mere umesto jedne, „jer su alkoholičari i narkomani dve različite kategorije koje zahtevaju i drugačiji tretman“[10], treba prihvatiti sa rezervom. Naime, različitost tretmana treba svakako da dođe do izražaja prilikom propisivanja odgovarajućih odredaba krivičnog izvršnog prava, ali to ne treba da bude glavni razlog za stvaranje nove krivične sankcije. Taj razlog bi mogao eventualno biti kriminalno-političke prirode. Tako, opšti trend porasta narkomanije u svetu, položaj naše zemlje na putevima krijumčarenja

[6] O tome smo delom pričali u članku „Društvena opasnost učinioca i krivično pravo“, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br.3/2007, Novi Sad, 2008.

[7] Doduše, neke zemlje predviđaju posebnu krivičnopravnu meru, koja nije krivična sankcija, koja se primenjuje na ovu kategoriju učinilaca, mada je takvih zemalja malo.

[8] O napred rečenom vid. detaljnije, V.Kambovski, Kazneno-pravnata reforma pred predizvicite na XXI vek, Skopje, 2002.

[9] O nastanku i razvoju ove mere kroz istoriju našeg krivičnog prava vid. ukratko, S.Stefanović, Mera bezbednosti obaveznog lečenja alkoholičara i narkomana, Narkomanija i krivična odgovornost, Kopaonik, 2000, str.114-116.

[10] Z.Stojanović, Komentar Krivičnog zakonika, Beograd, 2006, str.269.

droge, kao i „poroznost“ državnih granica, mogli bi biti razlozi da se „iz psiholoških razloga“ izdvoji odnosna mera u samostalnu krivičnu sankciju. Uprkos tome, kako je krivična sankcija samo jedno manje važno i to „poslednje“ sredstvo u nastojanjima države da se suprotstavi ovom opšte društvenom fenomenu, kada je još došlo i do izvršenja krivičnog dela u stanju zavisnosti, smatramo da nije bilo dovoljno razloga da se „cepa“ nekada jedinstvena krivična sankcija.

1. Obavezno lečenje narkomana

Ova mera može se izreći učiniocu krivičnog dela koji je delo učinio usled zavisnosti od upotrebe opojnih droga i kod kojeg postoji ozbiljna opasnost da će usled ove zavisnosti i dalje vršiti krivična dela.[11]

Da bi se dakle izrekla ova mera moraju kumulativno biti ispunjena dva uslova – da je osoba počinila krivično delo usled zavisnosti od upotrebe opojnih droga i da postoji ozbiljna opasnost da će zbog ove zavisnosti i dalje vršiti krivična dela.

a) Mera se, prema izričitoj zakonskoj odredbi, može izreći isključivo osobi koja je zavisna od upotrebe opojnih droga. Pored toga, neophodno je da je počinjeno delo posledica ove zavisnosti.

S tim u vezi, treba razlikovati psihičku i fizičku zavisnost. Psihička zavisnost postoji kada je neko psihički, psihološki odnosno emotivno zavistan od neke droge. „To se dešava kod onih koji svoje neurotične ili druge psihičke tegobe, a na prvom mestu strah i depresiju, potiskuju ili otklanjaju (privremeno ili sasvim) uzimanjem droge“.[12] Ovde je bitno to da ukoliko se droga ne uzme, ne događa se ništa naročito, osim što se tegobe prolazno pojačavaju.[13] „Fizička zavisnost je daleko ozbiljnija. To su slučajevi kada se droga na neki način „uvukla“, uključila u metabolizam onoga koji je uzima, pa čini njegov sastavni i nezaobilazni deo. Takav čovek, jednostavno, ne može bez droge. To su pravi toksikomanski oblici zavisnosti.“[14] Kada ovakva osoba ostane bez droge tada nastaje i subjektivno i objektivno vrlo neugodno stanje, koje se naziva apstinencijalna ili narkomanska kriza. Mada se ovom razlikovanju u našoj teoriji krivičnog prava ne pridaje značaj, smatramo da ima opravdanja da se samo ovoj drugoj grupi zavisnika izrekne predmetna mera bezbednosti. Osobama koje su samo psihički zavisne od droge treba se izreći neka od mera bez-

[11] Član 83 stav 1 KZ.
[12] B. Kapamadžija, Forenzička psihijatrija, Novi Sad, 1989, str.107,108.
[13] Ibid, str.108.
[14] Ibid.

bednosti psihijatrijskog karaktera. Jer, lečenjem od osnovne duševne bolesti ili poremećenosti u okviru psihijatrijske mere doći će i do otklanjanja zavisnosti, u čijoj osnovi se nalazi, videli smo, upravo neka bolest odnosno poremećenost. Ipak, kako se mera bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi odnosno mera obaveznog psihijatrijskog lečenja na slobodi može, prema slovu Zakonika, izreći samo neuračunljivim ili bitno smanjeno uračunljivim učiniocima, to se i psihičkim zavisnicima od droge može izreći samo mera obaveznog lečenja narkomana, premda bi se bolji rezultati u lečenju postigli u okviru psihijatrijske mere. Analogno tome, zavisniku od droge koji je u vreme dela, kojeg je počinio pod uticajem ove zavisnosti, bio neuračunljiv ili bitno smanjeno uračunljiv, ne može se izreći mera bezbednosti obaveznog lečenja narkomana, jer se ova mera može izricati samo uračunljivim učiniocima. Tada se lečenje od zavisnosti sprovodi u okviru neke od psihijatrijskih mera bezbednosti, iako bi se bolji rezultati u lečenju postigli primenom predmetne mere.

Iako krivično delo mora biti učinjeno usled zavisnosti od upotrebe opojnih droga, ne traži se da je učinilac u vreme dela bio pod uticajem droge. Šta više, narkomani mnogo češće vrše krivična dela kada nisu pod uticajem droge, najčešće kada se nalaze u apstinencijalnoj krizi ili vremenu koje joj neposredno prethodi da bi došli do novca za njenu kupovinu, nego kada su pod neposrednim uticajem droge. Suprotno tome, kada je neko u vreme izvršenja dela bio pod direktnim uticajem droge i zbog toga delo izvršio, ali se kod njega još nije razvila bolesna zavisnost, takvom učiniocu ne može se izreći mera obaveznog lečenja narkomana.

b) Drugi uslov za izricanje ove mere je da postoji ozbiljna opasnost da će učinilac, usled zavisnosti, i u budućnosti vršiti krivična dela. Opasnost od vršenja krivičnih dela u budućnosti je zajednični uslov izricanja svih mera bezbednosti kao krivičnih sankcija. One se među sobom razlikuju samo prema uzroku te opasnosti. Izvorište opasnosti kod mere bezbednosti obaveznog lečenja narkomana ogleda se u zavisnosti od droge. Dakle, zavisnost od droge predstavlja uzrok vršenja krivičnog dela povodom čijeg izvršenja se mera izriče, kao i potencijalni uzrok vršenja krivičnih dela u budućnosti. Stoga se može reći da je zavisnost od droge uzrok delinkventnog ponašanja u prošlosti, ali i potencijalni uzrok takvog ponašanja u budućnosti. Na ovom mestu nas interesuje ovo drugo, jer smo o uzročno-posledičnoj relaciji bolesne zavisnosti od droge i izvršenog dela govorili u prethodnom izlaganju.

S tim u vezi, postavlja se pitanje, šta se podrazumeva pod „ozbiljnom opasnošću“ da će učinilac, usled zavisnosti, i ubuduće vršiti krivična dela. Uobičajeno, pod „opasnošću“, u smislu zajedničnog uslova za

izricanje bilo koje mere bezbednosti, podrazumeva se verovatnoća da će učinilac ponavljati krivična dela, ukoliko mu ne bude izrečena mera. Ipak, novi Zakonik sada koristi izraz „ozbiljna opasnost“, koji raniji Zakon nije poznavao. Isti izraz Zakonik upotrebljava i kada propisuje uslove za izricanje drugih mera bezbednosti medicinskog karaktera, ali ne i kod preostalih mera bezbednosti gde je dovoljna „obična opasnost“.[15] Neki autori navode da je „ozbiljna opasnost“ visok stepen verovatnoće da će se ponoviti krivično delo.[16] Po logici stvari, onda je „obična opasnost“-„prosečan stepen verovatnoće“ da će se ponoviti krivično delo. Smatramo da ovakvo gradiranje opasnosti nema svoje teorijsko opravdanje. Naime, osim kada je u pitanju mera bezbednosti psihijatrijskog karaktera stacionarnog tipa, koja najteže pogađa učinioca krivičnog dela, jer je apsolutno neodređenog trajanja te može trajati doživotno, i koja se, teorijski, treba narediti samo kada postoji visok stepen verovatnoće vršenja dela u budućnosti, za ostale mere medicinskog karaktera ovo nije nužno zahtevati. Jer, ako bi se to zahtevalo, to bi značilo, preneseno na naš teren, da se na primer narkomanu koji je izvršio neko krivično delo usled zavisnosti od droge, a postoji „obična verovatnoća“ da će zbog nje ponoviti krivično delo, ne može izreći mera obaveznog lečenja samo zato što u visokom stepenu nije verovatno da će izvršiti neko delo u budućnosti. Navedeno gradiranje „opasnosti“ nema ni svoju praktičnu upotrebljivost. S tim u vezi, mi ne raspolažemo pouzdanim metodama koje bi mogle „predskazati“ buduće ponašanje individue, tako da je procena „opasnosti“ u stvarnosti prognostička odluka o budućem deliktnom ponašanju učinioca. Dosledno tome, veoma je teško u praksi izvršiti gradaciju na verovatnoću i „običnu mogućnost“ delinkventnog ponašanja u budućnosti, a kako će se tek izvršiti razlikovanje između „obične verovatnoće“ i „visokog stepena verovatnoće“ potencijalnog kriminalnog ponašanja. Mi možemo samo doći do uverenja da učinilac određene situacije, u kojima će se naći i u budućnosti, verovatno može „savladati“ jedino vršenjem krivičnog dela.[17] Ili, preneto na teren predmetne mere, da će učinilac u budućnosti, a zbog svoje zavisnosti od droga, verovatno zapadati u situacije koje će „razrešavati“ vršenjem krivičnih dela. Stoga bi trebalo napustiti izraz „ozbiljna opasnost“, ne samo kada je u pitanju ova već i ostale mere medicinskog karaktera, uključujući i psihijatrijsku meru stacionarnog tipa, i zameniti ga izrazom „opasnost“, kako je to već bilo u našem ranijem Krivičnom zakonu.

[15] Videti čl.81-89 Krivičnog zakonika.

[16] Tako, Z.Stojanović, Komentar Krivičnog zakonika, ibid, str.266.

[17] Tako, H.H.Jescheck, T.Weigend, Lehrbuch der Strafrechts – Allgemeiner Teil, 5.Auflage, Berlin, 1996, s.805.

Ova mera se mora izreći ukoliko su ispunjeni zakonom predviđeni uslovi. Dakle, njeno izricanje je obavezno, što je slučaj i sa drugim merama bezbednosti medicinskog karaktera, ali ne i sa ostalim merama čije je izricanje, kada su ispunjeni zakonom propisani uslovi, po pravilu fakultativno. Međutim, za razliku od mera bezbednosti psihijatrijskog karaktera koje se mogu izreći samostalno, kao jedine sankcije, učiniocu dela, mera bezbednosti obaveznog lečenja narkomana je u tom smislu nesamostalna, jer se može izreći samo uz neku drugu krivičnu sankciju. Naime, može se izreći uz kaznu zatvora odnosno novčanu kaznu, uslovnu osudu, sudsku opomenu, oslobođenje od kazne, a može se izreći i uz vaspitnu meru i maloletnički zatvor.

S tim u vezi, kada je odnosna mera izrečena uz kaznu zatvora postavlja se pitanje koja krivična sankcija će se prvo izvršavati – zatvor ili mera bezbednosti. Iako to nije izričito propisano Zakonikom, po logici stvari, a to proističe i iz drugih odredaba koje se odnose na meru obaveznog lečenja narkomana, najpre se izvršava mera, a zatim kazna. Vreme provedeno u ustanovi za lečenje uračunava se tada u kaznu zatvora.[18] Iako to nije izričito propisano, mada nije jasno zašto to nije učinjeno, treba uzeti da, ukoliko je mera trajala kraće od vremena izrečene kazne zatvora, učinilac će se uputiti na izdržavanje kazne u trajanju koje je jednako razlici vremena za koje je izrečena kazna zatvora i vremena koje je učinilac već proveo na lečenju od bolesti zavisnosti. Druga mogućnost je da je mera trajala jednako kao i kazna zatvora. U tom slučaju će se učinilac pustiti na slobodu i smatraće se da je izdržao kaznu zatvora na koju je osuđen. Konačno, mera bezbednosti obaveznog lečenja narkomana može trajati, na osnovu izričite zakonske odredbe, i duže od vremena izrečene kazne zatvora, u kojem slučaju se takođe uzima da je izdržao i kaznu zatvora. Ipak u sva tri slučaja mora se voditi računa o tome da ukupno trajanje mere ne može biti duže od tri godine.[19] Nakon isteka tri godine od početka primene mere ona se *ex lege* obustavlja, pa čak i kada nije ispunjen njen cilj, a to je odvikavanje od bolesne zavisnosti. Ako je odnosna mera trajala kraće od kazne zatvora uz koju je izrečena, negativno dejstvo ograničavajuće zakonske odredbe donekle se može otkloniti lečenjem u zatvoru za vreme njegovog izdržavanja.[20] No, postavlja se pitanje, šta će biti ako je mera trajala duže od ove kazne, ili jednako kao i kazna zatvora. Tada imamo

[18] Član 83 stav 4 KZ.

[19] Član 83 stav 3 KZ.

[20] Mera bi se tada izdržavala u zatvorskoj bolnici, tako da bi to faktički bilo svojevrsno produženje trajanja mere, preko njenog maksimalnog zakonskog trajanja od tri godine.

situaciju da se učinilac pušta na slobodu iako nije ispunjena svrha izricanja mere, naime, nije otklonjen kriminogeni faktor budućeg delinkventnog ponašanja – zavisnost od droge, a to se ne može donekle kompenzovati lečenjem u zatvoru za vreme njegovog trajanja kao u prethodnom slučaju. Kako ne bi bilo kriminalno-politički opravdano da se propiše apsolutno neodređeno trajanje ove mere, moglo bi se razmisliti da se u nekim budućim zakonskim izmenama produži maksimalno moguće trajanje ove mere, kako bi se na taj način izbegla napred navedena štetna dejstva. Ipak, vremenski period od tri godine najčešće će biti dovoljan da se u redovnim situacijama otkloni zavisnost od droge. Kada su u pitanju atipični slučajevi ili najteži oblici ove zavisnosti tada na žalost nije dovoljan ni mnogo duži vremenski period od tri godine, a nekada ni ceo jedan život, da bi se osoba izlečila ili barem zalečila. No, krivično pravo ne može i ne treba da prilikom zakonskog regulisanja predmetne problematike vodi računa o tim drastičnim slučajevima odstupanja od „normale".

U slučaju da je mera bezbednosti obaveznog lečenja narkomana izrečena uz novčanu kaznu, uslovnu osudu, sudsku opomenu ili oslobođenje od kazne, ona se tada izvršava na slobodi i takođe ne može duže trajati od tri godine.[21] Ovom zakonskom rešenju može se uputiti nekoliko prigovora. Najpre, što se tiče maksimalnog trajanja odnosne mere kada se ona izvršava na slobodi, smatramo da je trebalo napraviti razliku u trajanju mere, u zavisnosti od toga da li se ona izriče uz kaznu zatvora, ili se izriče uz novčanu kaznu, mere upozorenja ili oslobođenje od kazne. Naime, kazna zatvora, koja se izriče za teže krivično delo, po pravilu govori u prilog tome da je u pitanju učinilac koji je u većem stepenu opasan za okolinu nego onaj kojem se mera bezbednosti izriče uz drugu sankciju odnosno oslobođenje od kazne. Visoki potencijal budućeg delinkventnog ponašanja učinioca u prvoj situaciji ukazuje na delikatnost i kompleksnost lečenja od bolesne zavisnosti, koja stoji u osnovi visokog stepena, sadašnje i buduće, opasnosti za okolinu, tako da je ovde po pravilu neophodno propisati duži rok maksimalnog mogućeg trajanja mere u odnosu na drugu situaciju. Dosledno tome, kako mera, kada se izriče uz kaznu zatvora, može trajati najduže tri godine, trebalo bi razmisliti o tome da se propiše, da kada se ista izvršava na slobodi i izriče uz drugu sankciju ili oslobođenje od kazne – ne može trajati duže od dve godine. Dalji naš prigovor navedenoj zakonskoj odredbi odnosi se na način izvršenja mere. Tako, ističe se da se ona, kada se ne izriče uz kaznu zatvora, izvršava na slobodi. Dakle, u pitanju je ambulantno

[21] Član 83 stav 5 KZ.

lečenje uz obavezu da se učinilac – zavisnik povremeno javlja lekaru u zdravstvenoj ustanovi. U vezi sa tim citiraćemo našeg uglednog psihijatra koji je rekao: „...da započinjanje lečenja u ambulantnim uslovima može kod alkoholičara imati realnog izgleda na uspeh, ali što se tiče narkomana – na takvu soluciju ne treba ni pomišljati“.[22] Konačno, poslednji naš prigovor tiče se nekih problema koji mogu nastati kada se odnosna mera izriče uz novčanu kaznu, o čemu Zakonik nije vodio računa. Ovde se postavlja pitanje, šta će se desiti ukoliko učinilac bez opravdanog razloga ne plati novčanu kaznu u roku[23] koji mu je u sudskoj odluci određen. Tada se po sili zakona neplaćena novčana kazna zamenjuje sa kaznom zatvora, s tim da takav zatvor (supletorni) ne može trajati duže od šest meseci. U takvoj situaciji mera bezbednosti se mora izvršiti odnosno dovršiti u zatvorskoj bolnici, ili u zdravstvenoj odnosno drugoj specijalizovanoj ustanovi.[24] Međutim, to je u suprotnosti za odredbom Zakonika da, kada se mera obaveznog lečenja narkomana izriče uz novčanu kaznu, ista se izvršava na slobodi. Doduše, prema drugoj zakonskoj odredbi, „ako se učinilac bez opravdanih razloga ne podvrgne lečenju na slobodi, ili lečenje samovoljno napusti, sud će odrediti da se mera prinudno izvrši u odgovarajućoj zdravstvenoj ili drugoj specijalizovanoj ustanovi“.[25] Ipak, šta će biti ako se učinilac podvrgnuo lečenju na slobodi a nije ga samovoljno napustio?! U takvoj konstelaciji ispada da, ako želimo da dosledno poštujemo slovo zakona, treba da obustavimo dalje izvršenje mere, što bi prouzrokovalo dalekosežne negativne posledice po zdravstveno stanje učinioca – zavisnika, a pored toga izvršenje kazne zatvora ne bi odgovoralo svojoj svrsi. Da bi se to izbeglo, zakonodavac bi morao u nekim budućim zakonskim izmenama da propiše da i u ovakvoj situaciji sud može narediti da se mera izvrši u zatvorskoj bolnici, odnosno zdravstvenoj ili drugoj specijalizovanoj ustanovi.

Kako smo videli, mera bezbednosti obaveznog lečenja narkomana izvršava se u zavodu za izvršenje kazne ili u odgovarajućoj zdravstvenoj ili drugoj specijalizovanoj ustanovi. Ona se izvršava u zavodu za izvršenje kazne kada je izrečena uz kaznu zatvora. Ovo pod uslovom da u ustanovi u kojoj se kazna izdržava postoje uslovi za izvršenje odnosne mere bezbednosti. Ako takvi uslovi ne postoje, mera se uzvršava u specijalizovanoj ustanovi, odnosno, psihijatrijskim zavodima. Najzad, treći tip usta-

[22] B.Kapamadžija, Forenzička psihijatrija, ibid, str.113.
[23] On ne može biti kraći od petnaest dana niti duži od tri meseca.
[24] Vid. član 83 stav 2 KZ.
[25] Član 83 stav 6 KZ.

nove u kojoj se mera može izvršavati su zdravstvene ustanove i ovaj način izvršenja mere primenjuje se kada je ista izrečena uz neku drugu krivičnu sankciju ili oslobođenje od kazne. U tom slučaju mera se izvršava na slobodi, ali uz obavezu osuđenog da se povremeno podvrgava odgovarajućem tretmanu u zdravstvenoj ustanovi koju sud odredi u presudi.[26]

2. Obavezno lečenje alkoholičara

Ova mera može se izreći osobi koja je učinila krivično delo usled zavisnosti od upotrebe alkohola i kod koje postoji ozbiljna opasnost da će usled ove zavisnosti i dalje da vrši krivična dela.[27]

Da bi se dakle izrekla ova mera moraju kumulativno biti ispunjena dva uslova – da je osoba počinila krivično delo usled zavisnosti od upotrebe alkoholnih pića i da postoji ozbiljna opasnost da će zbog ove zavisnosti i dalje vršiti krivična dela.

a) Mera se, prema izričitoj zakonskoj odredbi, može izreći isključivo licu koje je zavisno od upotrebe alkohola i koje se u uobičajenoj jezičkoj upotrebi naziva alkoholičar. To je osoba koja je dospela u stanje zavisnosti od alkohola, koja ne može bez alkohola, to jest, osoba koja oseća nedoljivu permanentnu želju za konzumiranjem alkohola. S tim u vezi, može se dogoditi da neka osoba često pije, ali da još nije dospela u stanje zavisnosti od alkohola, ili da pije samo povremeno – na primer „vikend alkoholičari". Ako bi ovakva osoba počinila krivično delo, ne bi joj se mogla izreći predmetna mera bezbednosti. Treba voditi računa o tome, da izvršeno krivično delo mora biti rezultat alkoholne zavisnosti, odnosno, da između zavisnosti od alkohola i izvršenog dela postoji uzročno-posledična veza. S tim u vezi, ne može se izreći ova mera učiniocu – alkoholičaru koji je izvršio neko krivično delo, ali to delo nije proizvod njegove zavisnosti od alkohola. Takođe, ukoliko između izvršenog dela i alkoholizma učinioca postoji uzročno-posledična veza ispunjen je prvi uslov za njeno izricanje, pa čak i ako alkoholičar nije bio pod uticajem alkohola u vreme izvršenja dela. Dakle, s jedne strane, treba praviti razliku između alkoholizma i alkoholisanosti, a s druge, treba voditi računa o uticaju alkoholizma na izvršeno delo u vreme njegovog izvršenja. Tako, samo alkoholizam izvršioca koji je bio uzrok njegovog delinkventnog ponašanja može biti povod za izricanje mere, bez obzira na to da li je isti još i bio alkoho-

[26] Tako, LJ.Lazarević, Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije, Beograd, 2006, str.265.

[27] Član 84 stav 1 KZ.

lisan u vreme izvršenja dela. Ipak, ako je učinilac u vreme izvršenja dela bio neuračunljiv ili bitno smanjeno uračunljiv, njemu se ne bi mogla izreći ova mera, jer se ona može izricati samo uračunljivim učiniocima. U takvoj situaciji lečenje od zavisnosti moglo bi se sprovesti u okviru neke od mera bezbednosti psihijatrijskog karaktera.

b) Pored toga, neophodno je da na strani učinioca postoji „ozbiljna opasnost" da će, usled zavisnosti od alkohola, i u budućnosti vršiti krivična dela. Dakle, alkoholizam učinioca predstavlja, kako uzrok njegovog delinkventnog ponašanja u sadašnjosti, tako i potencijalni uzrok takvog ponašanja u budućnosti. Ovaj uslov je ispunjen kada se dođe do uverenja da će učinilac, zbog svoje zavisnosti, u budućnosti verovatno zapadati u određene situacije koje će moći da „savlada" jedino vršenjem krivičnog dela.[28]

Izricanje mere je obavezno ako su ispunjeni zakonom propisani uslovi. No, ona se tada ne može izreći samostalno, kao jedina krivična sankcija, već samo uz neku drugu sankciju – kaznu zatvora, novčanu kaznu, uslovnu osudu, sudsku opomenu, odnosno, uz oslobođenje od kazne. Sve što smo o tome rekli kod prethodne mere važi i ovde, uz dva izuzetka. Naime, odnosna mera, kao uostalom i prethodna, traje dok postoji potreba za lečenjem[29], ali ukoliko je izrečena uz kaznu zatvora, ona može trajati najduže koliko i kazna zatvora.[30] Kod mere obaveznog lečenja narkomana propisano je pak da ista može trajati i duže od kazne zatvora uz koju je izrečena, ali ne može nikada trajati duže od tri godine. Ovde se vidi sva nedoslednost zakonodavca u propisivanju vremena najdužeg trajanja navedenih mera. Naime, dok mera obaveznog lečenja narkomana može trajati najduže tri godine, kada se izriče uz kaznu zatvora, mera obaveznog lečenja alkoholičara je doduše vezana za dužinu trajanja kazne zatvora uz koju je izrečena, ali nije propisano maksimalno moguće njeno trajanje. To znači da ova mera može trajati i duže od tri godine, pod uslovom da je izrečena kazna zatvora u trajanju dužem od tog vremena, a za tri godine nije otklonjena zavisnost od alkohola. Ukoliko se uzme u obzir da je lečenje zavisnosti od droge mnogo kompleksnije, teže i samim tim dugotrajnije nego lečenje od alkoholizma, može se zaključiti da odnosna zakonska odredba nije dobra i da je treba menjati. Kao uzor ovde nam može poslužiti zakonska odredba kojom se propisuje trajanje mere obaveznog le-

[28] Sve što smo rekli o „ozbiljnoj opasnosti" u okviru izlaganja o meri mezbednosti obaveznog lečenja narkomana važi i ovde, tako da nećemo ponavljati napred navedeno. Vid. o tome na odgovarajućem mestu.

[29] Iz toga LJ.Lazarević izvlači pogrešan zaključak da je „trajanje mere u načelu vremenski neograničeno". Tako, LJ.Lazarević, ibid, str.268.

[30] Vid. član 84 stav 2 KZ.

čenja alkoholičara kada se ona izvršava na slobodi i izriče uz neku drugu sankciju. Tako, ovde je propisano da odnosna mera, kada se izvršava na slobodi, ne može trajati duže od dve godine.[31] Ovaj rok bi po pravilu bio dovoljan i za lečenje od alkoholizma kada se mera bezbednosti izriče uz kaznu zatvora, tako da bi se u nekim budućim zakonskim izmenama moglo propisati, da mera bezbednosti obaveznog lečenja alkoholičara, kada se izriče uz kaznu zatvora, ne može trajati duže od kazne zatvora uz koju je izrečena, niti sme preći dve godine.

Inače, mera se izvršava u zavodu za izvršenje kazne zatvora, ili u odgovarajućoj zdravstvenoj ili drugoj specijalizovanoj ustanovi[32], po istim principima kao i prethodna.

Ako se mera izvršava na slobodi, a učinilac se, bez opravdanih razloga, ne podvrgne lečenju na slobodi ili lečenje samovoljno napusti, sud će odrediti da se ista prinudno izvrši u odgovarajućoj zdravstvenoj ili drugoj specijalizovanoj ustanovi.[33]

3. Zaključna razmatranja

Iz svega što smo do sada rekli može se zaključiti da je zakonska regulativa novog Krivičnog zakonika koja se odnosi na predmetne mere bezbednosti lošija od prethodne. Uzrok tome je nedovoljna komunikacija između pravnika i lekara prilikom koncipiranja odredaba koje se odnose na odnosne krivične sankcije. Jer, predmetna problematika je multidisciplinarna i kao takva zahteva tešnju saradnju između dvaju struka. Ipak, o tome se ne vodi dovoljno računa, ne samo prilikom zakonskog regulisanja ove materije, već i kada su u pitanju druge „granične oblasti“ koje se nalaze između krivičnog prava, ali i drugih grana prava, na jednoj strani, i medicine, na drugoj, što uslovljava i brojne probleme u sudskoj praksi.

Na kraju bi ukazali na još jednu dimenziju problematike izricanja mera bezbednosti obaveznog lečenja narkomana odnosno alkoholičara. Ona čak seže u domen ustavnog prava, i može kao takva postati predmet njegovog interesovanja. S tim u vezi, jedan poznati profesor krivičnog prava postavio je sledeće pitanje: „Da li i u kojim granicama može važiti kao legitimno u jednom slobodnom državnom biću da se pojedinac ne sprečava samo putem prinude da vrši delikte, već se prinuđava da se i

[31] Vid. član 84 stav 4 KZ.
[32] Član 84 stav 2 KZ.
[33] Član 84 stav 5 KZ.

sam promeni?“[34] No, može se postaviti i pitanje legalnosti takvog postupka u kontekstu prava svakog pojedinca, pa to važi i za pojedinca – učinioca krivičnog dela, da slobodno odluči da li će se lečiti ili neće. Svakako, legitimno je da se duševno bolesni i teško duševno poremećeni učinilac leči protiv svoje volje, jer ne može da se samostalno stara o svojim pravima i interesima, a nije po pravilu ni svestan svoje bolesti odnosno poremećenosti. Ali, diskutabilno je da li je to legalno sa gledišta ustavnog prava u napred navedenom smislu? Ovo pitanje postaje još aktuelnije kada su u pitanju učinioci koji pate od nekog lakšeg poremećaja ličnosti, pri čemu su svesni svog poremećaja a ne žele da se leče. Konačno, šta tek reći za prisilno lečenje od bolesti zavisnosti u okviru mere bezbednosti, kada su u pitanju uračunljivi učinioci - narkomani odnosno alkoholičari koji nisu uopšte zainteresovani za sprovođenje tretmana odvikavanja. Pored toga, ukoliko se uzme u obzir da se tretman odvikavanja od stalnog uzimanja alkohola ili droga uspešno može realizovati samo uz tesnu saradnju lekara i pacijanta, može se lako doći do zaključka da je prinudno lečenje u okviru mere bezbednosti ovde unapred osuđeno na neuspeh. Njihovim ubeđivanjem da je to ipak u njihovom interesu ništa nećemo promeniti. Ovde se po ko zna koji put interesi zajednice stavljaju ispred interesa pojedinaca ili, bolje reći, „lažno predstavljaju“ kao interesi pojedinca. Po principu – ono što je interes za društvenu većinu, interes je i za svakog pojedinog njegovog člana. Pa i onda kada se time, kao što je to u našem slučaju reč, očigledno krše osnovna prava koja su zagarantovana ustavom.

[34] G.Stratenwerth, L.Kuhlen, Strafrecht – Allgemeiner Teil I, 5.Auflage, Köln-Berlin-München, 2004, s.21.

Dragiša Drakić, Ph.D., Assistant Professor
Novi Sad School of Law

Safety measures of obligatory treatment of alcoholics and drug addicts according to the new serbian criminal code

Abstract

Some aspects of the safety measures subject matter is discussed in the first part of the paper.

In the second and third part of the paper the author carries out an doctrinal analysis of the legal clauses wich regulate conditions for passing the safety measures of obligatory treatment of alcoholics and drug addicts.

In the end the author concludes that new legal clauses wich refer to safety measures in the new Criminal Code are worse than in the anterior one. He also draws a conclusion about legality of passing those safety measures from the standpoint of the Constitutional law.

Originalni naučni rad 341.4:343.222

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 Međunardnog suda pravde.*

Ključne reči*: Međunarodno krivično pravo, Rimski statut, oblici krivice, umišljaj, nehat, anglosaksonsko 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 stalan 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 jeste prvi akt u istoriji međunarodnog prava koji nije samo pobrojao međunarodna krivična dela, već je dao njihove odred-

[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***, Michigen Law Review, Vol 103, 2005, p. 1298.

be.[2] Statuti međunarodnih krivičnih tribunala za bivšu Jugoslaviju i 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 opšteg 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 opšteg 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 crimina 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]

---

[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 normama: 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 Latanzi, ***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, šerijatskog prava i drugih režima kaznenog pravosuđa: 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.

Međunarodno krivično pravo nastaje u međureagovanju pravnih normi dve najveće porodice pravnih sistema na svetu, anglosaksonske i 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 svođenje 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 nehata 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 nazive 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 pojaviti po redovnom toku stvari. **3.** U svrhu ovog člana, eventualni umišljaj jeste svest da elementi bića dela postoje i da će se posledica pojaviti po redovnom toku stvari. Izrazi „zna“ i „znajući“ 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 conse-

Nezaokružen popis oblika krivice u članu 30.

Član 30. ne zaokružuje sve oblike krivice koje su mogući po Statutu. O tome govori 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 likeky 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 opšteg 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 kri-

---

quence will occur in the ordinary course of events. "Know" and "knowingly" shall be construed accordingly.

[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.

vičnog prava.[10] U kontinentalnoj pravnoj celini se koriste samo dva oblika krivice, umišljaj i nehat.

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 pojmova. 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 pojmova 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]

---

[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 kažnjen samo ako je kriv stvorili mnoštvo zbunjujućih pojmova 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.": ***Morrissette 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.

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 (circumstence) i sa posledicom (consequence). 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, jezičko 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? Pretpostavka je da je to zbog „Elemenata bića krivičnih dela". Postoji mogućnost da taj 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 krivice za neki element, onda jedini mogući zaključak jeste da se za taj elemenat ne traži oblik krivice.": Stephen Erikkson, ***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 predviđenim u Statutu.

ment 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 element 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 direktan 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 sveščću 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 direktan 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

---

[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.

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.

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

[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.

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 direktan umišljaj, i više se ne pojavljuje.[24] Ovde je volja, čak, vrlo slična 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, sastoji 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]

---

[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 krivično zakonika preveo kao namera, znanje, bezobzirnost i nehat. U originalu oni se zovu purpose, knowledge, recklessness i 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 Aćimovićevo 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

Čini nam se da stavovi većine imaju potporu u samom jeziku odredbe. Već je izveden zaključak da se koriste opisi već iskorišćeni za direktni umišljaj. Ipak treba reći da postoje i razlozi protiv ovog stava. Zašto bi se tvorci Statuta, uopšte, trudili da daju dva različita imena ovim subjektivnim sadržajima i da daju dve različite odredbe, ako nisu želeli da stvore dva različita oblika krivice? Namera tvoraca Statuta je nesumnjivo bila da stvore dva oblika krivice. Ukoliko je jedan od njih direktan 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 direktan 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

---

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; 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. Piragoff misli da je u pitanju dolus eventualis 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; Slično Piragoff-u izjašnjava se i Olasolo, sa jednom značajnom razlikom. Olasolo pravilno razume sadržaje oblika krivice, ali pogrešno drži da je odredba člana 30. uvela pretpostavku da je izvršilac prihvatio posledicu krivičnog dela čim je preduzeo radnju dela, a bio je svestan da ona može da izazove posledicu: Hector Olasolo, ***A Note on the Evolution of the Principle of Legality in International Criminal Law***, Criminal Law Forum, 2007, Vol. 10, p. 305.

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 direktan 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, direktan 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 delatnosna krivična 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 Statuta, 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 primenjeni značaj kao i umišljaj. Statut načelno polazi od pretpostavke 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

[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.

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 sudskih veća Tribunala 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 namera? 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 (recklesness i negligence) kao oblici krivice za najteže zločine u nadležnosti Suda neprihvatljivi.[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 uobličava 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]

---

[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.

[29] Clark smatra da Statut poznaje 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.

Ima mišljenja da bi Statut trebalo da dozvoli mogućnost da se ratni zločini mogu izvršiti sa svesnim nehatom (recklesness). 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 prihvatiti 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 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 (rec-

[33] Antonio Cassese, ***The Statute Of International Criminal Court: Some Preliminary Reflections***, European Journal of International Law, Vol. 10, 1999, p. 154.

[34] „Moj mentor je okupio tri različite osobe, jednu iz Evrope... ...drugu iz Kine... ...treću iz Australije. Sve se dobro odvijalo do određene 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 Pađen, ***Rasprava***, objavljeno u: ***Zapovjedna odgovornost***, Hrvatski helsinški 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 helsinški odbor, Zagreb, 2003, str. 163-164.

klesness).[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 umišaj i eventualni umišljaj. Negligence je oblik krivice za koji zakon mora izričito da naglasi da postoji odgovornost. Na kontinentu se odgovara za direktni i evetualni 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. Takođe, treba istaći da zakoni kod Anglosaksonaca često ne sadrže odredbe oblika vinosti, ali zato daju njihove nazive.[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.

---

[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 helsinški odbor, Zagreb, 2003, str. 54.

[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 helsinški 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 helsinški odbor, Zagreb, 2003, str. 33.

[39] Wayne R. LaFave, ***Criminal Law***, West Group, Saint Paul, 2000, podnožna napomena broj 4, str. 247.

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 (recklesness). Za kontinentalnog pravnika u pitanju je najviši stepen nehata, svesni nehat.[41]

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 sprovodeno 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 slu-

---

[40] „Profesor John Willis… …kojega sam došao pitati da mi objasni pojam 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 Evrope 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 Pađen, ***Rasprava***, objavljeno u: ***Zapovjedna odgovornost***, Hrvatski helsinški odbor, Zagreb, 2003, str. 187-188.

[41] Schabas pravilno uviđa da se oblici krivice anglosaksonske i kontinentalne pravne celine ne poklapaju. Ipak, on greši 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 neopravdanog rizika da materijalni elemenat bića dela postoji, ili da će proisteći 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: Mihajlo M. Aćimović, ***Subjektivni elemenat krivičnog dela u Američkom pravu***, Beograd, Savez Udruženja pravnika Jugoslavije, 1966 , str. 69.

čaj. 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 anglosaksonsko krivično pravo jasno zaostaje za kontinentalnim na polju opšteg dela krivičnog prava. Iako se ta razlika smanjuje tokom vremena putem preuzimanja kontinentlanih krivičnopravnih 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, recklesness, negligence). Novi sadržaj koji im je dat dao im je i novi domašaj.

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
Novi Sad School of Law

On general forms of culpability in Rome statute

Abstract

The classification of the form of guilt set forth in Article 30 of the Rome Statute into certain concepts of the criminal law is not easy, as it seems to be at the first glance.

The task is even more difficult due to the limited scope of the provision, vague and incomplete provision of Article 30 and position of the interpreter of the Law.

The Statute did not finally define the form of the guilt in Article 30 although it should be a general provision, common for the entire Statute. The provision of Article 30 relates only to this Article and the form of guilt may be prescribed in other articles of the Statute as well. There is no obstacle to define the forms of guilt in other articles of the Statute and this has been done in several instances. By doing this, the meaning of different forms of guilt, which have the same or similar title, is being mixed. It should be noted that the only forms of guilt that have content are those stated in Article 30. The content of all the others can only be speculated.

Insufficiently regulated and unclearly set legal provision is clearly a product of the common law legal drafting. The comparison with some classical texts of common law criminal code, like the Model Penal Code, unambiguously leads to this conclusion. One of the most significant characteristics of the Model Penal Code that was transmitted to the Statute was a different regulation of the contents of the guilt bearing in mind different elements of the criminal act.

If, during the interpreting, the provision is approached from a various angles, different conclusions will be reached. If the provision is approached from a common law angle, one conclusion would be reached; if the provision is approached from a continental law angle, a different conclusion would be reached.

This is how it happened that the basic assumption of the work stating that one form of the guilt recognized by Article 30 was a direct intent

and the other was indirect intent was denied. It relied on a targeted interpretation of the Statute which stated that after direct intent the next level of the guilt, from the perspective of the gravity, is indirect intent.

The first form of the guilt stated in Article 30 is certainly direct intent, but the other one cannot, beyond any doubts, be considered as indirect intent. The opinions that are classifying the later in one or another form of the guilt are not correct.

The solution that seems the most valid is the one that takes into consideration the fact that the Statute recognizes criminal acts related to conduct and criminal acts related to a consequence. A various content of the other form of the guilt in Article 30 related to different elements of the criminal acts leaves an open space for different conclusions. In relation to the criminal acts related to the consequence, it is beyond any doubt that the form of the guilt of Article 30 is direct intent. As far as the criminal acts related to conduct are concerned, Article 30 does not contain a clear definition, so both direct and indirect intent are possible.

Although Article 30 does not state anything about negligence as a form of guilt necessary for commitment of criminal acts prescribed by the Statute, negligence is present through several doctrines, whereby the command responsibility is the most important among them all. Through the command responsibility negligence can have the same significance in the Rome Statute as intent. Therefore it seems that the creator of the Statute made a mistake by not giving a definition of the negligence in Article 30.

Originalni naučni rad

94(497.1)“1918/1941“
340.131(497.1) “1918/1941“

Mr Gordana Drakić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

FORMIRANJE PRAVNOG SISTEMA U MEĐURATNOJ JUGOSLOVENSKOJ DRŽAVI

Sažetak: *U radu je prikazano nastojanje državnih vlasti u međuratnoj jugoslovenskoj državi da se prevaziđe problem pravnog partikularizma i da se putem procesa izjednačenja prava i donošenja novih zakona formira jedinstveni pravni sistem. Ukazano je, takođe, na probleme koji su pratili proces prevazilaženja pravnog partikularizma i na rezultate koji su postignuti.*

Ključne reči: *međuratna jugoslovenska država,pravna područja, pravni sistem, pravni partikularizam,izjednačenje zakonodavstva, jedinstveni zakoni.*

Jedna od izrazitih karakteristika zajedničke države Srba, Hrvata i Slovenaca stvorene 1. decembra 1918. godine bio je pravni partikularizam. Jugoslovenske zemlje su ušle u zajedničku državu svaka sa svojim pravom, na osnovu kog su, do trenutka ujedinjenja, živele u okviru prethodnih država.

Pravni sistem novostvorenog Kraljevstva Srba, Hrvata i Slovenaca je bio nejedinstven i ogledao se u paralelnom postojanju više pravnih područja na istoj državnoj teritoriji. To su bila: srbijansko, vojvođansko, crnogorsko, hrvatsko-slavonsko, dalmatinsko-slovenačko i bosansko-hercegovačko pravno područje. Podela je bila načinjena s obzirom na pravne propise koji su se na pojedinom području primenjivali, kao i na sudsko-administrativnu nadležnost.

- Srbijansko pravno područje obuhvatalo je teritoriju Kraljevine Srbije. U sudsko-administrativnom pogledu to je bilo područje nadležnosti Kasacionog suda u Beogradu i apelacionih sudova u Beogradu i Skoplju.

Na ovom području je važilo pravo nekadašnje Kraljevine Srbije, ukoliko nije bilo izmenjeno kasnijim propisima Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca. U oblasti krivičnog prava važio je *Kazneni zakonik* iz 1860, dok se u domenu građanskog prava primenjivao *Srpski građanski zakonik* iz 1844. godine;

- Vojvođansko tj. pravno područje Vojvodine sa Međumurjem bilo je u nadležnosti Kasacionog suda Odeljenja B. u Novom Sadu. Na ovoj teritoriji važilo je uglavnom mađarsko pravo. Ono je bilo primenjivano ukoliko nije bilo u suprotnosti sa odredbama novog zakonodavstva. Međutim, na onom delu teritorije Vojvodine, koji je nekada pripadao Vojnoj granici važilo je austrijsko pravo;

- Crnogorsko pravno područje činila je teritorija nadležnosti Velikog suda u Podgorici. Na ovom području važilo je pravo bivše Kraljevine Crne Gore, *Opšti imovinski zakonik* od 1888. i *Krivični zakonik* od 1906. godine;

- Hrvatsko-slavonsko pravno područje je obuhvatalo teritoriju bivše Kraljevine Hrvatske, Slavonije i Dalmacije, bez Dalmacije, Međumurja i Istre. U sudsko-administrativnom pogledu nadležan je bio Stol sedmorice u Zagrebu –Odeljenje A (za Hrvatsku) Banskog stola, odnosno kasnije Apelacionog suda u Zagrebu. Na ovom području je važilo autonomno pravo Hrvatske, tzv. zajedničko hrvatsko-ugarsko pravo i austrijsko pravo;

- Dalmatinsko-slovenačko pravno područje je obuhvatalo Dalmaciju sa ostrvima Pagom, Rabom i Krkom, područje kotara Kastav i Sloveniju. Prema sudsko-administrativnoj podeli to je bilo područje nadležnosti Odeljenja B. Stola sedmorice u Zagrebu i apelacionih sudova u Ljubljani i Splitu. Na ovom području je važilo novelirano austrijsko pravo;

-Bosansko-hercegovačko pravno područje obuhvatalo je teritoriju Bosne i Hercegovine tj. nadležnosti Vrhovnog suda u Sarajevu. Na ovom području je jednim delom važilo austrijsko pravo, dok je za Muslimane u oblasti bračnog prava važilo isključivo šerijatsko pravo.[1]

Pravni mozaik sklopljen stvaranjem zajedničke države Srba, Hrvata i Slovenaca nije predstavljao odgovarajući temelj na kojem bi se stvorila jedinstvena pravna svest i koji je trebalo da obezbedi uniformnu zaštitu pravne sigurnosti građana. Stoga je bilo, neophodno, potrebno stvoriti jedinstveni pravni sistem i doneti odgovarajuće zakone koji bi se primenjivali na celoj državnoj teritoriji. „Jedinstvo države, jednakost državljana pred zakonom, učvršćenje pravnoga poretka i sigurnosti u državi zahtijeva, da se barem najvažniji zakoni, koji postoje u različitim pravnim pod-

[1] Bliže o prethodno izloženom videti: F. Čulinović, *Državnopravna historija jugoslavenskih zemalja XIX i XX vijeka II*, Zagreb 1959, 308. i dalje.

ručjima države, što prije izjednače. Za to je potreban intenzivan rad na svim poljima prava".[2] Jedan od najvažnijih zadataka državnih vlasti u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca bilo je organizovanje rada na izjednačenju partikularnih prava i pripremanju jedinstvenih zakona koji bi se primenjivali na čitavoj državnoj teritoriji.

Ispunjavanje navedenog zadatka podrazumevalo je izvršavanje dva komplementarna posla. Prvi je podrazumevao temeljno reformisanje zastarelih zakonskih tekstova, dakle izradu čitavog niza novih odgovarajućih zakona. S druge strane bilo je potrebno, što je moguće brže, izvršiti izjednačenje zakona kako bi se obezbedilo nesmetano funkcionisanje pravnog saobraćaja. Ocenjujući pomenuti zadatak kao „naročito nezgodnu situaciju" jedan od brojnih savremenika koji su pisali o tome je istakao: „Položaj je bio dosta komplikovan, jer *temeljna* reforma, za koju je potrebna izrada čitavog niza novih zakonika, zahteva više vremena, a time se odugovlači *izjednačenje* zakona; i obratno, ako bi prihvaćena bila ideja *što bržeg* izjednačenja tim samim bi postala nemoguća *temeljna* reforma koja bi potpuno odgovarala savremenim zahtevima nauke, novim društvenim prilikama, i sadanjoj komplikovanosti pravnih odnosa".[3]

Rad na izjednačenju i izradi novih zakona bio je poveren Ministarstvu pravde i Ministarstvu pripreme za ustavotvornu skupštinu i izjednačenje zakona. Ministarstvo pravde je u svom sastavu imalo četiri odeljenja: 1) Odeljenje administrativno; 2) Odeljenje za izradu zakonskih projekata; 3) Odeljenje za kaznene zavode i računovodstvo i 4) Odeljenje za naknadu štete pričinjene ratom.

Odeljenje za izradu zakonskih projekata se bavilo proučavanjem zakonskih tekstova i, potom, je ministru pravde davalo mišljenje koje zakonske odredbe je bilo potrebno ispraviti. Ono je, zatim, vršilo uporedno-pravno proučavanje zakona iz oblasti sudstva i ukazivalo na napredna rešenja stranih zakonskih tekstova koja bi trebalo prihvatiti. U delokrug poslova ovog Odeljenja spadalo je i prikupljanje odluka Kasacionog suda, poslovi u vezi sa štampanjem Zbornika zakona i uredaba i druge aktivnosti.[4]

U cilju obezbeđivanja neprekidnog rada na usavršavanju postojećeg zakodonavstva, kao i stručne i harmonične izrade zakonskih projekata osnovan je Stalni zakonodavni savet. Zadatak Saveta bio je da izrađuje projekte jedinstvenog zakonodavstva, najpre, iz resora Ministarstva prav-

---

[2] E. Lovrić, *Rad oko izjednačenja zakona u našoj državi*, Mjesečnik, Zagreb 1921, 1, 43.

[3] M. Čubinski, *Izjednačenje i reforma zakona u Kraljevini SHS*, Letopis Matice srpske, Novi Sad 1926, 307, 1-2, 250-251.

[4] *Uredba o uređenju Ministarstva pravde*, *Službene Novine Kraljevstva SHS* br.168 od 23. decembra 1919. godine.

de ali i iz nadležnosti drugih ministarstava. Ostala ministarstva su bila dužna da projekte koje izrade upute Savetu na pregled.

Stalni zakonodavni savet bio je ustanovljen *Uredbom o uređenju Ministarstva pravde* kao autoritativna instanca za izradu i izjednačenje zakona. Savet je imao trideset članova i tri odseka: privatno-pravni, krivično-pravni i javno-pravni. Članovi su se delili na: stalne, počasne i privremene. Stalne članove je postavljao ministar pravde iz reda univerzitetskih profesora prava, sudija i drugih pravnih stručnjaka. U okviru Saveta postojao je uži odbor, od tri člana, koji je odlučivao koje zakonske projekte treba raditi i, potom, ih upućivao odgovarajućem odseku. Stalni zakonodavni savet je sarađivao sa Ministarstvom pravde i Zakonodavnim odborom Narodne skupštine.

Prvi ustav zajedničke države Srba, Hrvata i Slovenaca donesen 28. juna 1921. godine propisao je svojim prelaznim odredbama ustanovljavanje jednog novog tela - Zakonodavnog odbora. Na Zakonodavni odbor je bio prenet dobar deo zakonodavne nadležnosti. „Prema nekim podacima, ideja o formiranju jednog ovakvog tela potekla je od grupe demokratskih poslanika, koji su u formiranju jednog specijalnog odbora sa samostalnom delatnošću - „Skupštine u minijaturi“, videli najpogodnije rešenje da se olakša i ubrza rad oko izjednačenja zakonodavstva“.[5] Sa njima su se složili poslanici Radikalne stranke, dok su predstavnici opozicije bili protiv ustanovljavanja Zakonodavnog odbora jer su smatrali da se na taj način parlamentu ograničavaju njegove osnovne funkcije.

Zakonodavni odbor je imao dvostruku ulogu. Najpre, je trebalo da svojom delatnošću izvrši likvidaciju pravnog provizorijuma. Dakle, da ukine, izmeni ili ostavi u važnosti sve privremene zakone, uredbe, pravilnike i rešenja koje su vlade do tada izdavale. Shodno članu 130. Vidovdanskog ustava, svi ti akti dobili bi zakonsku snagu. Međutim, jedan manji deo pravnih propisa iz perioda provizorijuma mogao se izmeniti samo zakonodavnim putem. U pitanju su bili privremeni zakoni, uredbe, pravilnici i rešenja koji su se odnosili na: agrarne odnose u zemlji; Narodnu banku Kraljevine SHS; likvidaciju moratornog stanja i likvidaciju pravnog stanja stvorenog ratom i naknadu štete ratom pričinjene; državne zajmove; i na ubrzanje rada i postupka kod sudova. Za drugi veći deo privremenih zakona, uredaba, pravilnika i rešenja Ustavom je bio propisan postupak ispitivanja i ozakonjenja u Zakonodavnom odboru.

Vlada je, tako, prema članu 130. Ustava bila dužna da, u roku od mesec dana od proglašenja Ustava, sve pomenute akte uputi Zakonodav-

[5] B. Gligorijević, *Parlament i političke stranke u Jugoslaviji (1919-1929)*, Beograd 1979, 114.

nom odboru na pregled. Odbor je bio dužan da u roku od pet meseci pregleda sve dostavljene pravne propise i, potom, donese odluku koji od njih ostaju na snazi bez izmena, koji se menjaju, a koji ukidaju. Ozakonjenje pojedinog akta, za koji je Odbor doneo odluku, postizalo se proglašenjem u *Službenim Novinama Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca*. Ukoliko Zakonodavni odbor, u predviđenom roku od pet meseci, ne donese nikakvu odluku o nekim podnesenim aktima, oni su važili i dalje, s tim da su se ubuduće mogli izmeniti samo redovnim zakonodavnim putem. Oni privremeni zakoni, uredbe, pravilnici i rešenja koje vlada nije podnela, u roku od mesec dana, Odboru na pregled prestajali su da važe.

Zakonodavni odbor je u odnosu prema Narodnoj skupštini bio, u skladu sa izloženom procedurom, potpuno nezavistan, za njegove odluke nije se zahtevala saglasnost Skupštine. Međutim, na njegov rad je, svakako, uticala vlada, koja je, kako se vidi, dostavljala Zakonodavnom odboru spisak pravnih akata, donetih u periodu provizorijuma, na pregled i odlučivanje o ozakonjenju. Zakonodavni odbor je putem ustavnih odredaba dobio zakonodavnu vlast sa određenim rokom trajanja. U predviđenom roku od pet meseci, Zakonodavni odbor je rešavao blizu osam stotina predmeta. Uspeo je da donese odluku za 571 predmet, dok je 212 različitih pravnih propisa ostalo nerešeno, ali su i bez toga dobili pravnu snagu.[6]

Druga, značajnija uloga Zakonodavnog odbora sastojala se u pretresanju i usvajanju zakonodavnih predloga koji su za predmet imali izjednačenje zakonodavstva. Dok je u pogledu likvidacije pravnog provizorijuma imao dodeljenu, vremenski ograničenu, zakonodavnu vlast koju je samostalno vršio, na izjednačenju zakonodavstva radio je zajedno sa Skupštinom. Članom 133. Vidovdanskog ustava bio je predviđen kraći postupak za izjednačenje zakonodavstva i uprave u zemlji. Ustav je propisivao da se svi zakonski predlozi, koji imaju za predmet izjednačenje zakonodavstva i uprave, podneseni od vlade ili pojedinih poslanika, imaju uputiti, preko Predsedništva Skupštine, Zakonodavnom odboru.

Predlog koji je Zakonodavni odbor usvojio i izveštaj o njemu slao se, potom, Narodnoj skupštini na rešavanje. Skupština je o podnetim zakonskim predlozima rešavala poimeničnim glasanjem jedanput i u celini da li ih prima ili odbacuje. U Skupštini se samo izjašnjavalo o zakonskim predlozima u onakvoj redakciji u kakvoj su stigli iz Zakonodavnog odbora. Poslanici nisu imali prava da predloge Zakonodavnog odbora menjaju niti da o njima diskutuju, bile su dozvoljene samo kratke izjave predstavnika parlamentarnih grupa.[7]

---

[6] N. Trifunović, *Zakonodavni odbor*, Novi život, Beograd 1922, VIII, 2, 234-235.

[7] Tekst Vidovdanskog ustava videti: *Službene Novine Kraljevine SHS* br. 142 A od 28. juna 1921. godine.

Kraći postupak za izjednačenje zakona važio je, prema Ustavu, u roku od pet godina od dana stupanja na snagu najvišeg pravnog akta. Vidovdanski ustav je sadržao i odredbu prema kojoj se rok od pet godina za izjednačenje zakonodavstva po kraćem postupku mogao zakonom produžiti. Kada se uzme u obzir raznolikost i neujednačenost pravnih propisa u Kraljevini SHS jasno je da se skoro svaki zakonski predlog mogao okarakterisati kao predlog za izjednačenje zakonodavstva. To je Zakonodavnom odboru obezbeđivalo, na duži period, naročito mesto u zakonodavnom postupku. Pored toga, Ustavom predviđena mogućnost da se taj petogodišnji rok, po potrebi, produži, takođe je značajno doprinela da težište zakonodavnog rada u zajedničkoj državi Srba, Hrvata i Slovenaca predstavljaju aktivnosti Zakonodavnog odbora, a ne skupštinskog plenuma.

Vidovdanski ustav je utvrdio temeljna državnopravna načela koja su predstavljala okvirne propise za dalji zakonodavni rad. I pored propisanog kraćeg postupka za izjednačenje zakonodavstva u praksi je posao usled brojnih okolnosti, uglavnom političke prirode, sporo odmicao. „I ako je Vidovdanski Ustav ostvario ideju unitarizma i administrativnog centralizma i rešio na taj način problem osnovnog državnog uređenja, ipak je u stvarnosti usled nenormalnih parlamentarnih prilika, naša država u izvesnom smislu federativna...do izjednačenja zakonodavstva nije se došlo usled gore rečenih prilika...“.[8]

Različiti zakoni koji su važili na različitim područjima zajedničke države Srba, Hrvata i Slovenaca stvarali su brojne teškoće i pravničke dileme. „Ono što je zakon u Hrvatskoj nije zakon u Srbiji. Propis koji važi u Vojvodini bez dejstva je u Bosni. Zbog toga stanja stvari svakodnevno se dešavaju sukobi zakona, za čije je rešenje potrebno potražiti pomoć od međunarodnog privatnog prava“. Autor je, zatim, naglasio da se situacija pogoršava donošenjem novih zakona „ograničenog obima za celu državu“, čije odredbe se, dalje, najrazličitije primenjuju u zavisnosti od važećih pravnih pravila pojedinog pravnog područja. On je, potom, zaključio: „Jedini izlaz iz ovog haosa je izjednačenje zakona, ukidanje sviju pokrajinskih zakonodavstava i stvaranje istih zakonika za celu državnu teritoriju“.[9]

Izjednačenje zakonodavstva u zajedničkoj državi Srba, Hrvata i Slovenaca nije bilo ostvareno u periodu od pet godina koji je bio određen u Ustavu. Zbog toga je u junu 1926. godine Narodna skupština raspravljala

[8] D. Danić, *Federalizam pravosuđa u našoj državi*, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd 1926, XIII, 1-2, 80-81.

[9] M. Konstantinović, *Izjednačenje zakona*, Književni sever, Subotica 1925, I, 2, 54 i 59.

o potrebi produženja rada Zakonodavnog odbora. Poslanici većeg broja političkih stranaka, u poređenju sa 1921. godinom kada je to telo ustanovljeno, su bili protiv produženja rada Zakonodavnog odbora. Oni su isticali da je prenošenje zakonodavnog rada na jedno uže telo u suprotnosti sa idejom narodnog suvereniteta. Međutim, za produženje rada Zakonodavnog odbora, pored Radikalne stranke, bila je i Hrvatska seljačka stranka koja se 1921. godine odlučno protivila njegovom ustanovljavanju. S obzirom na konstelaciju snaga u Narodnoj skupštini u tom trenutku, to je bilo dovoljno da se usvoji zakonski predlog kojim je rad Zakonodavnog odbora bio produžen za još tri godine.[10]

Tako je 27. juna 1926. godine donesen *Zakon o produženju roka za kraći postupak za izjednačenje zakonodavstva i uprave u zemlji*. Propisivao je da se kraći postupak za izjednačenje zakonodavstva i uprave u zemlji, određen članom 133. Vidovdanskog ustava, produžava za još tri godine počev od 29. juna 1926. godine.[11]

Zakonodavni rad na polju prevazilaženja pravne nejednakosti, prema kritičkim ocenama brojnih savremenika, nije imao zadovoljavajuću brzinu niti rezultate. Ocenjujući da se rad na izjednačenju zakona odvija sporo i teško, jedan autor je zaključio da je većina zakona u fazi projekata, da se postupalo nešto brže samo u slučajevima kada su „vlada i vladajuće partije bile neposredno zainteresovane".[12] U toku prve godine nakon produženja rada Zakonodavnog odbora situacija nije bila bitno promenjena „Nemamo još Krivični i Građanski Zakonik s postupcima krivičnim i građanskim i zakonom o uređenju sudova, osnovni i najobimniji deo svakog pravnog poretka. Nemamo još izjednačene razne upravne zakone, sem nekoliko zakona o organizaciji državnih vlasti, nepotpuno izrađenih, sem nekoliko srpskih finansijsko-upravnih zakona proširenih na celu državnu oblast i sem nekoliko drugih manjih zakona".[13]

Svakako da su političke i društvene prilike uticale na zakonodavni rad, usporavajući, tako, i posao na izjednačenju prava u državi. Nijedna skupština izabrana u periodu od 1921. do 1929. godine nije ispunila svoj četvorogodišnji mandat usled izrazito nestabilnih društvenih i političkih okolnosti. Politička nestabilnost se ogledala i u čestim smenama vlada. Mnogi zakonski projekti su prošli kroz odbore ali nisu dospeli na dnevni

[10] B. Gligorijević, nav. delo, 228.

[11] *Službene Novine Kraljevine SHS* br. 268 od 24. novembra 1926. godine

[12] F. Nikić, *Zakonodavni rad Narodne skupštine*, Letopis Matice srpske, Novi Sad 1926, 310, 227.

[13] T. Živanović, *Dosadanji rad na izjednačenju zakonodavstva u Kraljevini S. H. S*, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd 1927, XV, 3, 162.

red skupštinskog odlučivanja, naročito nisu rešavani oni zakoni na kojima je naročito insistirala opozicija.[14]

Složena politička situacija koja se reflektovala na sve aspekte života u tadašnjoj jugoslovenskoj državi kulminirala je tragičnim događajem u Narodnoj skupštini 20. juna 1928. godine. Atentat u Skupštini je označio kraj postojanja parlamentarizma u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca. Tragični događaj kralj je iskoristio kao povod da 6. januara 1929. godine zavede već pripremanu otvorenu diktaturu.

Međutim, upravo je u periodu Šestojanuarske diktature pravo međuratne jugoslovenske države srazmerno najviše unifikovano. Vlada je u šestojanuarskom apsolutističkom režimu dobila više mogućnosti da, bez učešća predstavničkog tela, sama oktroira zakone. U novim okolnostima „besparlamentarnog režima zakonodavstvo je krenulo bržim tempom". Posebnim Zakonom donesenim 31. januara 1929. godine osnovan je Vrhovni zakonodavni savet i Komisija stručnjaka pri Ministarstvu pravde sa zadatkom pripreme zakonodavstva. Na taj način je razrađeno mnoštvo zakonskih nacrta, uredaba i drugih pravnih propisa i to ne samo iz oblasti državnog organizacionog prava.[15]

Izjednačenje prava je najviše rezultata dalo u oblasti javnog prava, tzv. državnog organizacionog prava, propisa o ustrojstvu državne vlasti. Upravno pravo je bilo u procesu unifikacije prava naročito zastupano. Tako su još 1922. godine bile donesene *Uredba o podeli zemlje na oblasti*, *Zakon o opštoj upravi*, kao i *Zakon o oblasnoj i sreskoj samoupravi*. Za vreme Šestojanuarske dikatature za tu pravnu granu donesen je 3. oktobra 1929. *Zakon o nazivu i podeli Kraljevine na upravna područja* i *Zakon o banskoj upravi* od 7. novembra iste godine.[16]

Kada je reč o krivičnom pravu, već prvih godina postojanja međuratne jugoslovenske države bile su posebnim Zakonom proširene u važnosti na celu njenu teritoriju odredbe glave IX i X *Kriminalnog (Kaznitelnog) zakonika za Kraljevinu Srbiju*, kao i odredbe uvodnih pravila i „časti prve istog zakonika, ukoliko je u pitanju primena glave IX i X". *Krivični zakonik za Kraljevinu Srba, Hrvata i Slovenaca* donet je 27. januara 1929, a stupio na snagu 1. januara 1930. godine kojim je unificirano do tada partikularističko krivično materijalno pravo u državi. Njegov osnovni zadatak se sastojao u zaštiti vladajućeg političkog i ekonomskog sitema. Sadržao je

[14] O tome videti: B. Petranović, *Istorija Jugoslavije 1918-1988*, Beograd 1988, 134. i dalje; B. Gligorijević, nav. delo, 225. i dalje.

[15] F. Čulinović, *Jugoslavija između dva rata II*, Zagreb 1961, 10-14.

[16] F. Čulinović, *Državnopravna historija jugoslavenskih zemalja XIX i XX vijeka II*, Zagreb 1959, 312-313.

mnoštvo propisa o krivičnopravnoj zaštiti vlasti i na oštar način štitio režim od svih „antidržavnih" elemenata.[17]

Pravni partikularizam je naročito u oblasti imovinskih odnosa predstavljao problem i imao negativan uticaj na privredni razvitak zemlje. Ministarstvo pravde je još u drugoj polovini 1919. godine odredilo komisiju koja je trebalo da pripremi odgovarajuće projekte za građansko i trgovačko pravo jedinstvene za celu državnu teritoriju. Istovremeno je bila formirana i komisija za izjednačenje propisa iz oblasti krivičnog materijalnog i procesnog prava. Međutim, rad pomenutih komisija nije mogao da napreduje u skladu sa očekivanjima, pa je, kako smo napred naveli, zatim osnovan Stalni zakonodavni savet.[18] Ministarstvo pravde je donelo odluku da privatnopravni odsek Stalnog zakonodavnog saveta izradi građanski zakonik i zakonik o građanskom sudskom postupku.

Privatnopravni odsek Stalnog zakonodavnog saveta je, početkom 1921. godine, odlučio da kao osnovu za donošenje jedinstvenog trgovačkog zakonika uzme *Predpredlog trgovinskog zakonika za Kraljevinu Srbiju od 1912. godine*. Pored toga, kao osnova za rad uzeti su i novi nemački i austrijski trgovački zakoni. Kasnije je, ipak, preovladalo mišljenje da donošenje jedinstvenog kodeksa trgovačkog prava pretpostavlja da, najpre, postoji jedinstveni građanski zakonik.[19] Ministarstvo pravde je, u skladu s tim, 1930. godine odredilo Komisiju za izradu nacrta građanskog zakonika za celu državu. „Predosnova" građanskog zakonika je bila dovršena i predata nadležnom Ministarstvu 1934. godine, koje je, potom, istu uputilo pravnim fakultetima i privrednim ustanovama radi davanja mišljenja. Usled polemike koja se razvila u stručnoj javnosti nakon objavljivanja „Predosnove" kao i zbog teških prilika u zemlji i složene spoljno-političke situacije, vlada nije, pomenuti nacrt predložila Skupštini. Oblast građanskog prava je, tako, i pored višegodišnjeg rada ostala uglavnom neunifikovana. Neki jedinstveni propisi iz ove oblasti su, ipak, doneti, poput propisa o regulisanju stvarnih prava na nepokretnostima, i to za sistem zemljišnih knjiga ali i za sistem tapija.[20]

Proces izjednačenja prava u međuratnoj jugoslovenskoj državi je najviše uspeha, pored oblasti organizacionog prava, imao kada je reč o propisima koji su regulisali sudski postupak. Donošenjem niza formalnopravnih propisa bio je likvidiran pravni partikularizam koji je postojao u postupku pred sudovima. *Zakonik o sudskom krivičnom postupku* donet je

[17] F. Čulinović, *Jugoslavija između dva rata II*, Zagreb 1961, 14.

[18] E. Lovrić, *Izjednačenje zakona*, Mjesečnik, Zagreb 1921, 1, 43-44.

[19] LJ. Krkljuš, *Pravna istorija srpskog naroda*, Novi Sad 2002, 539.

[20] F. Čulinović, *Državnopravna historija jugoslavenskih zemalja XIX i XX vijeka II*, Zagreb 1959, 321-322.

16. februara 1929, a 13. jula iste godine i *Zakonik o sudskom pos-tupku u građanskim stvarima*. Bili su to moderni procesualni zakonici koji su doprineli izjednačenju, ubrzanju i jasnoći postupka suđenja u međuratnoj jugoslovenskoj državi.[21]

Za sve vreme postojanja jugoslovenske države između dva svetska rata unifikovan je manji deo prava, dok je pretežni deo ostao u stanju partikularizma. Naime, proces izjednačenja prava je tekao sporo jer su se na njega reflektovale društvene i političke prilike. Politički život je u zajedničkoj državi Srba, Hrvata i Slovenaca bio nestabilan, što je izazivalo čestu smenu vlada i promenu ministara pravde čiji resor je bio zadužen za organizovanje posla na izjednačenju prava. Formirane su brojne komisije za izradu zakonskih projekata koje su počinjale posao iz početka ili su činile intervencije u nacrtima sastavljenim od strane svojih prethodnika. Sve je to usporavalo proces izjednačenja zakonodavstva i odlagalo rezultate. Prema rečima savremenika čitavom poslu nedostajao je racionalan plan kojim bi se, u svom radu, rukovodili organi zaduženi za izjednačenje prava u državi.

Proces izjednačenja prava u međuratnoj jugoslovenskoj državi koji je započeo neposredno po njenom nastanku, a najviše rezultata ostvario za vreme Šestojanuarske diktature i nakon ukidanja tog režima, predstavljao je jedno od njenih najvećih pregnuća. Taj proces je iznedrio novo jedinstveno jugoslovensko pravo koje je u sebi sjedinjavalo elemente partikularističkog prava i novih pravnih propisa. To je celokupnom pravnom sistemu davalo izrazitu specifičnost. Partikularizam pravnih pravila pojedinih područja u državi je u pojedinim granama prava bio toliki da se, s obzirom na posledice koje je izazivao u pravnom životu, postavljalo pitanje jedinstvenosti, pa čak i samog postojanja, pravnog sistema u međuratnoj jugoslovenskoj državi. I pored toga što potpuna unifikacija prava nije bila ostvarena, možemo zaključiti da je u međuratnoj jugoslovenskoj državi bio formiran jedinstveni pravni sistem. Pored sasvim novih zajedničkih pravnih propisa, unutrašnju povezanost prava pojedinih područja u jedinstveni pravni sistem obezbeđivali su unitarna državna vlast i zajednička društveno-ekonomska sredina.

[21] Isto, 329. i dalje.

Gordana Drakić, L.L.M. Assistant
Novi Sad Faculty of Law

Arising of the Legal System in the Yugoslav State between the Two World Wars

Abstract

The Paper discusses the problem of legal particularism that existed in the common state of Serbs, Croats and Slovenes. The author firstly points to the legal territories which existed in the Yugoslav state, as well as the reason for initiating the task of the equating of the law and drafting of uniform laws, along with the state organs which were involved in this. Particular reference is made to the shortened procedure for equating of law, which was prescribed by the St. Vitus' Day (Vidovdan) Constitution, along with the role of the Legislative Committee of the National Parliament in that procedure.

The author shortly describes the results of the legislative work done in the enacting of uniform laws in different legal areas. The paper also discusses the reasons and socio-political circumstances which rendered the legislative work in the Yugoslav state between the Two World Wars inert and without more success.

Originalni naučni rad 347.77:004.4

Mr Sanja Radovanović, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

UGOVORI O LICENCI SOFTVERA NA OMOTU PROIZVODA
(nove forme zaključenja ugovora)

Sažetak: *U ovom radu biće reči o novoj formi zaključenja ugovora koja je na tržište ušla kroz plasman standardnih (korisničkih) softvera, ugovorima na omotu proizvoda. Naime, kako je softver delo intelektualnog stvaralaštva čiji autor ima ekonomski interes da kontroliše iskorišćavanje dela, najčešći način ekonomske ekploatacije jeste putem ugovora o licenci softvera. Nadalje, imajući u vidu činjenicu da softveri imaju široko polje primene, na tržištu roba i usluga oni uživaju status proizvoda masovne potrošnje. Polazeći upravo od te „masovnosti", zaključivanje ugovora o licenci neposredno sa svakim korisnikom pojedinačno nije nemoguće, ali je izuzetno skupo i nepraktično u vremenu koje karakteriše brz promet roba i usluga. Stoga su najveći proizvođači softvera, kroz poslovnu praksu, uobličili ugovore na omotu proizvoda kod kojih se uslovi ugovora nalaze, kako i sam naziv upućuje, na omotu ambalaže. Korisnik zaključuje ugovor o kupoprodaji primerka softvera, a ugovor o licenci, nakon upoznavanja sa ponuđenim uslovima, zaključuje u jednom kasnijem momentu, u momentu otvaranja pakovanja. Upravo ova činjenica da se zaključenje ugovora vezuje za jednu realnu radnju, otvara niz pitanja u vezi sa punovažnošću tako zaključenog ugovora, o kojima će u ovom radu naročito biti reči.*

Ključne reči: *softver, ugovori o licenci softvera, ugovori na omotu proizvoda, shrink-wrap licence, kupoprodaja, izjava volje, obim saglasnosti, tipski ugovori, jezik ugovora, konkludentna izjava volje, punovažnost ugovora*

UVOD

Softveri u informacijskom društvu predstavljaju proizvode masovne potrošnje. Kao takvi, primerci ovog autorskog dela namenjeni krajnjim korisnicima (tzv. korisnički, standardni softveri) pribavljaju se u maloprodaji kupovinom na nekom telesnom nosaču podataka, najčešće CD-rom-u. S obzirom na to da u ovim situacijama korisnik zaključuje ugovor o kupoprodaji sa prodavcem, čime on postaje vlasnik primerka softvera, postavlja se pitanje na koji način on biva vezan ugovorom o licenci koji najčešće predstavlja osnov iskorišćavanja softvera kao autorskog dela, budući da se ne nalazi u neposrednom odnosu sa nosiocem prava.

Najzastupljeniji način licenciranja standardnih softvera jesu ugovori na omotu proizvoda ili, na engleskom govornom području poznatije kao shrink-wrap licence.

Iako u praksi široko prihvaćeni, ugovori na omotu proizvoda normativno su uobličeni jedino u dve države SAD-a, gde se njihova punovažnost vezuje za ispunjenje tri uslova: a) da je sticalac licence morao znati da se na zaključeni kupoprodajni ugovor nadovezuje ponuda za zaključenje dodatnog ugovora[1] (jer se u američkom pravnom sistemu kupoprodaja preobražava u licencu); b) sticaocu licence mora biti omogućeno da vrati primerak softvera uz povraćaj cene;[2] c) sticaocu moraju biti nadoknađeni razumni troškovi koje je imao prilikom ponovnog uspostavljanja sistema ukoliko je bilo prekida prilikom instalacije teksta ugovora radi njegovog pregleda.[3] U kontinentalnom pravnim sistemima se, pak, o punovažnosti ovih ugovora može govoriti samo u kontekstu primene pravila opšteg ugovornog prava ili drugih oblasti vezanih za promet roba odnosno usluga, o čemu će u ovom radu biti reči.

1. Pojam ugovora na omotu proizvoda

Sam naziv ovih licenci upućuje na način zaključivanja ugovora. Naime, softver je zabeležen na nekom fizičkom nosaču, najčešće CD-rom-u i upakovan u zaštitnu ambalažu. Tekst ugovora odštampan je na spoljnoj strani ambalaže, ili na posebnom listu, i prekriven providnom folijom ta-

[1] Čl. 208. st. 2. UCITA (Uniform Computer Information Transaction Act). Značaj ovog akta je izuzetno mali s obzirom na to da je stupio na snagu samo u dve američke države: Virdžinija i Merilend.

[2] Čl. 209. b. UCITA

[3] Čl. 209.b.2. UCITA

ko da ga kupac može videti pre nego što otvori pakovanje odnosno skine foliju. Pored toga, na rubu po kojem se skida folija najčešće postoji upozorenje odštampano velikim slovima da kupac otvaranjem pakovanja prihvata uslove licencnog ugovora.

Težnja proizvođača softvera da u što većoj meri ograniče posebnim odredbama ugovora prava korisnika dovela je do toga da su ugovori o licenci sve obimniji. Stoga je nemoguće celokupni tekst ugovora odštampati na delu ambalaže koji je vidljiv kroz foliju. U takvim slučajevima ugovor o licenci nalazi se u odvojenoj koverti koja je zapečaćena na zaštitnoj plastičnoj ili kartonskoj ambalaži. Korisnik se obavezuje ugovorom ukoliko odstrani taj zaštitni pečat.[4] Sem toga, moguće je na vidljivom delu ambalaže odštampati samo bitne elemente ugovora o licenci, uz napomenu da se unutar pakovanja nalazi kompletan tekst ugovora.[5]

Bez obzira na to na koji način se korisnik upozorava na postojanje ugovora o licenci, otvaranje pakovanja predstavlja njegovo saglašavanje sa uslovima ugovora, i obrnuto. Ukoliko se sa navedenim uslovima ne saglasi, može kupljeni primerak softvera neotvoren vratiti uz povraćaj cene.[6]

U kontekstu zaključivanja ugovora, postavlja se pitanje da li se otvaranje omota može smatrati izjavom volje datom konkludentnom radnjom ili je u pitanju samo činjenična radnja. Uz to, prava potrošača odnosno korisnika softvera su ovim načinom zaključivanja ugovora bitno ograničena jer su oni primorani da se saglase sa sadržinom koja im, po pravilu, nije poznata u momentu otvaranja pakovanja.[7] Čak i kada se korisnik upozna sa uslovima ugovora o licenci u celini, njegov položaj je ugrožen činjenicom da se mora saglasiti sa restriktivnim klauzulama kako bi mogao upotrebiti softver u granicama koje mu zakon garantuje.

Ako se uzme u obzir da se pored navedenih pojavnih oblika ugovora o licenci na omotu proizvoda, u prodaji mogu naći i standardni softveri na čijem pakovanju nisu odštampani uslovi licence niti upozorenje da se oni nalaze unutar pakovanja, ova pitanja se čine još složenijim.

---

[4] V: M. Damjan: *Sklepanje ovojnih pogodb in pogodb s klikom (shrink-wrap in click-wrap),* Podjetje in delo, 3-4/2005, str. 567

[5] V: M. Damjan: *op. cit*, str. 568

[6] V: J. M. Rolling: *The UCC Under Wraps: Exposing the Need for More Notice to Consumer of Computer Software With Shrinkwrapped Licenses*; Commercial Law Journal, Vol. 104, 1999; str. 197-229

[7] *Ibidem*

2. Zaključenje ugovora na omotu proizvoda

2.1. Izjava volje u ugovorima na omotu proizvoda

Ugovor nastaje saglasnošću volja dve strane o bitnim sastojcima prevnog posla.[8] Volja, pak, nije ništa drugo do ponuda jedne strane odnosno prihvat druge.

Uslovi ugovora o licenci odštampani na omotu ili priloženi u ambalaži primerka softvera predstavljaju ponudu proizvođača softvera za zaključenje tog ugovora. S druge strane, pak, otvaranje pakovanja od strane korisnika, kako je to već objašnjeno, proizvodi pravne posledice davanja izjave o prihvatu ponude. Međutim, postavlja se pitanje da li realnom aktu otvaranja kupljenog proizvoda odnosno primerka softvera moguće pripisati dalje pravne posledice. Naime, korisnik je ugovorom o kupoprodaji pribavio primerak standardnog softvera u nameri da se njime koristi. Ovlašćenje korišćenja, pak, proističe iz njegovog svojstva vlasnika primerka, te otpakivanje predstavlja realni akt u ostvarivanju prava. No, kod ovog načina zaključivanja ugovora se upravo tom realnom aktu pripisuje značaj izjave volje o prihvatu novog ugovora, ugovora o licenci softvera, te je neophodno odgovoriti na pitanje u čemu se sastoji pravni osnov punovažnosti tako zaključenog ugovora.

Da bi izjava volje proizvodila pravno dejstvo, ona mora biti data slobodno i ozbiljno.[9] Pri tom, volja ne mora biti izražena rečima, što ovde svakako nije slučaj, već i uobičajenim znacima ili drugim ponašanjem iz kojeg se sa sigurnošću može zaključiti da postoji volja ponuđenog da stupi u ugovorni odnos.[10] Polazeći od navedenih premisa, na ovom mestu biće analizirano da li i pod kojim uslovima se otvaranju pakovanja može pridati značaj konkludentnog prihvata ponude.

Kao što proističe iz zakonskih odredbi o posrednom izražavanju volje, skidanje omota ne predstavlja samo po sebi prihvat ponude za zaključenje ugovora o licenci. Da bi takva posledica proistekla iz ovog realnog akta, potrebno je da se ispune osnovni preduslovi: postojanje svesti kupca odnosno korisnika da otvaranjem pakovanja zaključuje ugovor o licenci sa propisanom sadržinom i nameru da takvu radnju preduzme upravo u cilju zaključenja tog ugovora. Svest odnosno namera, pak, može postojati samo ako je korisnik bio unapred upoznat sa eventualnim pravnim posledicama njegovog realnog akta ili ih je prema običajima u prometu mogao očekivati.

---

[8] Čl. 26. ZOO
[9] Čl. 28.st.2. ZOO
[10] Čl. 28.st.1. ZOO

Činjenica da je najčešće na omotu primerka softvera odštamano upozorenje kupcu da se otvaranje smatra prihvatom priloženog ugovora o licenci, nije nužno dovoljna potvrda da se kupac sa navedenim posledicama zaista i upoznao odnosno da je na njih pristao. No, nedostatak svesti se nadomešćuje pretpostavkom o njenom postojanju ukoliko je kupac pri uobičajenoj pažnji u prometu mogao očekivati takve posledice.[11] Upravo iz navedenog proističe dalje razmatranje da li je kupac primerka softvera pri uobičajenoj pažnji mogao biti svestan činjenice da otvaranje pakovanja predstavlja njegovu izjavu volje usmerenu na zaključenje ugovora o licenci, budući da on, zapravo, preduzima radnju koja je nužna za normalnu upotrebu kupljene stvari. Drugim rečima, kada se može smatrati da je kupac bio dužan da se upozna sa odštampanim upozorenjem, a time i sa pravnim posledicama koje su mu stavljene u izgled.

Ako se uzme u obzir da se ugovor o licenci nadovezuje, u kontekstu zaključivanja, na kupoprodajni ugovor, iz kupčeve obaveze da stvar pregleda s dužnom pažnjom[12] može proisteći i zaključak da je on mogao odnosno morao primetiti i upozorenje odštampano na omotu primerka softvera. Ipak, iako kupoprodajni ugovor i ugovor o licenci stoje u neposrednoj vezi, oni su potpuno samostalni, te se ne bi moglo smatrati razumnim dodatno obavezivati novim ugovorom stranu koja je savesno izvršila obavezu iz prethodno zaključene kupoprodaje. Razlog tome je u činjenici da se njegova obaveza odnosi na otkrivanje eventualnih fizičkih nedostataka stvari i u tom smislu bi kupac morao čak i otvoriti pakovanje kako bi kupljenu stvar odnosno primerak softvera mogao pregledati.[13] Ukoliko on propusti to da učini, gubi pravo na zaštitu od fizičkih nedostataka stvari, ali ne može biti sankcionisan nametanjem novog ugovornog odnosa.

Međutim, preduzimanju određenih radnji se može pridati značaj konkludentne izjave volje, bez obzira na to da li ih je ponuđeni bio svestan ili ne, ukoliko takve posledice proističu iz običaja u prometu odnosno poslovnih običaja.

Da bi se, pak, moglo govoriti o poslovnom običaju kao izvoru obaveze, moraju biti ispunjeni određeni uslovi. Naime, izvesno ponašanje može proizvoditi pravno dejstvo ukoliko su, usled učestalog i dugotrajnog ponavljanja među učesnicima pravnog prometa roba i usluga, takve posledice postale opšteprihvaćene.[14]

---

[11] V: C.A. Baus: *Verwendungs-beschränkungen in Software-Überlassungsverträgen,* Verlag Dr. Otto Schmidt Köln, 2004, str. 48

[12] Čl. 481. st. 1. ZOO

[13] U vezi sa čl. 482. ZOO

[14] V: Š. Ivanjko, *Dobri poslovni običaji kao pravni standardi*, Privreda i pravo, br. 5/1982, str. 6; A. Goldštajn, *Trgovački običaji u jugoslovenskom pravu*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 3-4/1985, str. 362; J. Salma, *Obligaciono pravo*, str. 71

Zastupljenost ugovora na omotu proizvoda u prometu standardnih softvera, međutim, ne vodi nužno nastanku poslovnog običaja iz kojeg proističe da se otvaranje pakovanja smatra konkludentnim prihvatom ugovora o licenci. Kao što je već rečeno, običaj mora biti spontano prihvaćen od učesnika u prometu, a ne jednostrano nametnut, što je ovde slučaj. Štaviše, običaj ne može biti pravno obavezujući ni ako je nastao ciljnim delovanjem određenih subjekata koji imaju dominantan položaj na tržištu, konkretno proizvođača softvera.[15] Stoga se, u nedostatku kumulativno ispunjenih uslova, ne može govoriti o postojanju navedenog običaja. Tome u prilog govori i činjenica da proizvođači softvera i dalje štampaju na omotu upozorenje o pravnim posledicama skidanja zaštitne folije, koje ne bi bilo neophodno da se radi o opšte prihvaćenim običajima u prometu.[16]

Pošto smo isključili postojanje običaja u sferi ugovora na omotu proizvoda, a saznanje za pravni značaj preduzetih radnji ne možemo vezati za prethodno zaključenu kupoprodaju, mogao bi se izvesti zaključak da ugovori na omotu proizvoda ne proizvode pravno dejstvo.[17]

Ipak, ovakvo usko tumačenje postojanja svesti i namere u izvesnoj meri narušava pravnu sigurnost i poverenje u pravni promet.

S jedne strane, proizvođač softvera je istakao svoju ponudu za zaključenje ugovora uz upozorenje drugoj strani da otvaranje pakovanja označava prihvat ponuđenih uslova. Time on, zapravo, izražava spremnost da bude vezan ugovorom i ukazuje određeni stepen poverenja u pravnu relevantnost preduzete radnje od strane kupca primerka softvera. Činjenica da se pravne posledice vezuju za realni akt otvaranja pakovanja proističe, ne prvenstveno iz dominantnog položaja proizvođača softvera već iz prirode dobra koji je predmet ugovora. Naime, kada se jednom skine zaštitna folija i cd smesti u računar korisnika, vrlo je jednostavno načiniti rezervnu kopiju. Ukoliko bi korisnik nakon toga stvar (odnosno primerak softvera) vratio jer ne odgovara njegovim potrebama, on bi, realno, mogao da nastavi da koristi softver. Štaviše, i da na osnovu pribavljenog primerka načini veći broj kopija. Razumljivo, bez pravnog osnova, što bi

---

[15] V: C.A. Baus: *op. cit*, str. 49

[16] *Ibidem*

[17] Na tom stanovištu stoje pojedini nemački teoretičari. V: C.A. Baus: *op. cit* str. 50. Isti rezultat kod: *Marly,* Softwareüberlassungsverträge (Ugovori o prenosu softvera), Rn. 389; *Schuhmacher,* CR 2000, 641 (643); *Mehrmgs,* NJW 1993, 3102 (3109); *Chrocziel,* CR 1989, 675 (678), *Salje,* FS Lukes, S. 183 (189); *Loewenheim,* FS Kitagawa, S. 949 (954); *Köh-ler/Fritzsche,* u: Lehmann, Rechtsschutz (Pravna zaštita), S. 513 (536); drugačije mišljenje u: *Moritzffybussek,* Rn. 943; *Moritz,* u: Kilian/Heussen, § 42 Rn. 176; *D. Schneider,* CR 1996,657 (662).

ugrozilo prava proizvođača odnosno autora softvera.[18] Iz toga, nadalje, sledi da se time favorizuje nesavesna strana koja bi se u svim slučajevima upotrebe softvera preko granica određenih priloženim ugovorom mogla pozvati na njegovu nevažnost.

S druge strane, poverenje u pravni promet se, između ostalog, zasniva na principu *favor contractus*[19] kojim se nastoji da se ugovoru prizna punovažnost kad god je to moguće. Ako se uzme u obzir i realna zastupljenost ugovora na omotu proizvoda na masovnom tržištu, princip *favor contractus* postaje imperativ u prevazilaženju raskoraka između aktivnosti zakonodavca i dinamike razvoja globalnog društva. S tim u vezi, nameru obvezivanja navedenim ugovorima moguće je utvrđivati ekstenzivnim tumačenjem okolnosti iz kojih se može zaključiti da je kupac sa posledicama morao biti upoznat.

Podsetimo se, obaveza kupca da pregleda stvar ne postoji kada je reč o nastajanju pravnih odnosa jer se ne može očekivati od kupca da zahteva ponudu za zaključenje novog ugovora, niti je on dužan pretpostaviti njeno postojanje. Stoga je na ponudiocu da pomenutu ponudu učini vidljivom na takav način da je ponuđeni odnosno kupac nesumnjivo mora opaziti.

Tako, može se smatrati da je kupac odnosno korisnik bio dužan da zna da otvaranje pakovanja kupljenog primerka softvera povlači za sobom posledice konkludentne izjave volje ukoliko je upozorenje bilo odštampano krupnim slovima i na takvom mestu da ga nije bilo moguće ne primetiti, kao što su, primera radi, zaštitni pečat na omotu ili rub po kojem se omot skida.

Suprotno, ovim pristupom dolazimo do zaključka da diskretna upozorenja na ili unutar pakovanja ne bi mogla proizvesti takve posledice.[20] No, to opet ne znači da ugovor o licenci nije zaključen. Ukoliko kupac počne da upotrebljava softver, ugovor nastaje na osnovu same te činjenice, pod uslovom da je ponuda proizvođača priložena unutar pakovanja.[21] U tom slučaju, dakle, ugovor o licenci ne nastaje otvaranjem pakovanja kao konkludentnom izjavom volje već korišćenjem stvari.

---

[18] Te okolonosti uzete su u obzir i *Direktivom EU 97/7 o zaštiti potrošača pri kupovini na daljinu*. Naime, potrošač ima pravo da odustane od ugovora u roku od 15 dana od dana prijema naručene robe, a izuzetak predstavljaju računarski programi u kom slučaju potrošač ima pravo da dobro vrati samo ukoliko ne odstrani zaštitni pečat odnosno ne skine zaštitnu foliju (čl. 6. st. 3. tačka 4. Direktive)

[19] Opširnije o nastanku ugovora i primeni navedenog principa u: M. Živković*, Obim saglasnosti neophodan za zaključenje ugovora*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Službeni glasnik, Beograd, 2006, str. 181. i dalje

[20] V: M. Damjan, *op. cit.,* str. 572

[21] U skladu sa čl. 39.st.2. ZOO

2.2. Obim saglasnosti kod ugovora na omotu proizvoda

Prihvatanjem pravnih posledica otvaranja pakovanja nadovezuju se, zapravo, i druga sporna pitanja vezana za zaključenje ugovora na ovaj način. Jedno od njih svakako jeste i obim saglasnosti koji je obuhvaćen ovom konkludentnom radnjom.

Naime, već je rečeno da uslovi ugovora koji su odštampani na pakovanju primerka softvera ili priloženi unutar pakovanja predstavljaju ponudu proizvođača. Prihvat ponude, pak, da bi doveo do nastanka ugovora mora se podudarati sa učinjenom ponudom.

Ako se osvrnemo na prethodno izlaganje o pravnoj važnosti konkludentne izjave volje kod ugovora na omotu proizvoda, dolazimo do zaključka da otvaranje pakovanja može, pod određenim uslovima, dovesti do zaključenja ugovora sa sadržinom koja je kupcu primerka softvera morala biti poznata. Drugim rečima, konkludentna radnja podrazumeva prihvat onih uslova koji su odštampani na vidljivom mestu i na takav način da ih je kupac morao primetiti i sa njima se upoznati.

Međutim, masovno tržište standardnih softvera učinilo je ugovor o licenci ne samo sredstvom prometa nego i zaštite prava. Stoga su uslovi korišćenja softvera vrlo detaljno određeni, te obim teksta sa kojim kupac treba da se saglasi prevazilazi realne mogućnosti štampanja u celini na spoljnom delu ambalaže. S tim u vezi neophodno je opredeliti minimum sadržine koja je kupcu morala biti poznata da bi ugovor o licenci u opšte mogao nastati.

Teorija ugovornog prava se pitanjem saglasnosti volja bavila vrlo detaljno, ali s obzirom na obim ovog rada biće izneta samo razmatranja ključna za rasvetljavanje problema ugovora na omotu proizvoda.

Zajedničko pojmovno određenje ugovora u svim pravnim sistemima jeste *saglasnost dve strane o uslovima pravnog posla*.[22] Ipak, ovo izuzetno apstraktno pozitivnopravno i teorijsko jedinstvo se narušava u primeni na konkretne slučajeve. Stoga je neophodno odrediti smernice za tumačenje neophodnog obima saglasnosti u zaključivanju ugovora.

U uporednom pravu postoje dva različita pristupa: tradicionalni i moderni.[23]

---

[22] Ovo se može istaći kao zajednička odrednica u definicijama dostupnim u uporednom zakonodavstvu i literaturi. Najčešće se govori o: saglasnost u svemu o čemu su strane pregovarale, saglasnost o uslovima ugovora itd. ali iz analize dostupne literature proističe da se u primeni ovih određenja na konkretne slučajeve zapravo postavlja pitanje šta je to bitno za stranke.

[23] Prema: M. Živković, *op.cit*., str. 195-201

Tradicionalni pristup se oslanja na subjektivni kriterijum koji proističe iz autonomije volje ugovornih strana. Naime, u duhu dominantne teorije u periodu emancipacije ugovornog prava[24], u pogledu nastanka i sadržine ugovora odlučujući faktor jeste volja ugovarača. Iz takvog opredeljenja jasno proističe i stav da je ugovor ništa drugo do podudarnost ponude i prihvata odnosno saglasnost o svemu.[25] S tim u vezi, u pravnim sistemima u kojima dominira navedeno tumačenje (nemački, francuski i engleski) ugovori na omotu proizvoda imaju dejstvo samo ukoliko su svi uslovi ugovora bili vidno istaknuti na način da ih je kupac morao spoznati pre nego što se konkludentom radnjom sa njima saglasi.[26]

Ovakav rigidan pristup je i u vremenu najizraženije odbrane autonomije volje dovodio do nepoželjnih osporavanja punovažnosti ugovora i onda kada strane nisu postigle saglasnost o potpuno marginalnim elementima pravnog posla, te ga je sudska praksa donekle ublažavala u skladu sa zahtevima nesmetanog odvijanja ekonomskog i pravnog saobraćaja.[27] No, takvo ekstenzivno tumačenje volje ugovornih strana zadržavalo se na nivou izuzetaka.

Intenzivnije korekcije načela autonomije volje usledile su u periodu modernizacije tržišta i donošenja novijih građanskih regula. Uvidevši praktičnu nelogičnost dosledne zaštite privatne autonomije, polako je u pravni život počelo da prodire shvatanje o ugovoru kao saglasnosti strana o bitnom. Tako je, najviše kroz švajcarsko i američko pravo, zaživeo tzv. moderni pristup u poimanju neophodnog obima saglasnosti. Da bi ugovor proizvodio pravno dejstvo, prema mišljenju pristalica novijeg shvatanja,[28] strane treba da postignu saglasnost o objektivno bitnim elementima posla, bez kojih ne bi bilo pravnog dejstva, odnosno o elementima posla za koje je jedna strana vezala nastanak ugovora, te je pristanak druge strane i na takve uslove neophodan.[29]

Naš Zakon o obligacionim odnosima zasnovan je na rešenjima modernih zakonodavstava, te nastanak ugovora uslovljava saglasnošću strana o bitnim sastojcima,[30] pri čemu se bitnim sastojcima ne smatraju samo objektivno

[24] Reč je zapravo o periodu velikih građanskih kodifikacija kada se trgovina počela oslobađati srednjovekovnih „stega i ograničenja". Navedeno prema: M. Živković, *op.cit*, str. 196

[25] Opširnije vidi u: M. Živković, *op.cit*. str. 195-210 i M. Orlić, *Zaključenje ugovora*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1993, str. 335-342

[26] V: C.A. Baus: *op. cit*, str. 53

[27] V: M. Živković, *op.cit*, str. 196

[28] Navedeno prema: M. Živković, *op.cit*. str. 61-66

[29] V: M. Živković, *op.cit*, str. 199

[30] Čl. 26. st.1. ZOO

bitni elementi koji predstavljaju tipološko određenje ugovora već i subjektivno bitni elementi koji za jednu stranu predstavljaju *sine qua non*.[31]

Ugovori na omotu proizvoda, prema modernom pristupu, stoga imaju dejstvo ukoliko se kupac odnosno korisnik saglasio sa bitnim sastojcima ugovora. Da bi njegova saglasnost data konkludentom radnjom, nadalje, mogla proizvoditi pravno dejstvo, neophodno je da postoje okolnosti iz kojih se može zaključiti da je on morao znati o kojim bitnim sastojcima je reč. Stoga oni moraju biti istaknuti i vidljivi na ambalaži softvera jer se samo u tom slučaju može uzeti da je kupac odnosno korisnik morao biti upoznat sa uslovima ugovora. Drugim rečima, kupca odnosno korisnika obavezuju uslovi ugovora koji su mu poznati pre nego što je pristupio otvaranju pakovanja. O važnosti sporednih tačaka, u slučaju spora odluku će doneti sud, budući da ovaj način zaključivanja ugovora ne ostavlja mogućnost naknadnog sporazuma ugovornih strana.[32]

Iako bi se moglo uzeti da je ovim kratkim pregledom dat odgovor na pitanje obima saglasnosti koja se daje otvaranjem pakovanja, upravo potonja konstatacija nas vodi u dodatnu analizu još jednog segmenta ugovora na omotu proizvoda.

2.3. Ugovori na omotu proizvoda kao tipski ugovori

Činjenica da ugovori na omotu proizvoda po svojoj prirodi ne predstavljaju rezultat pregovora ugovornih strana, već naprosto unapred pripremljeni tekst ugovora sa kojim se kupac odnosno korisnik saglašava *en bloc*, bez mogućnosti menjanja njegove sadržine, ukazuje na to da je reč o tipskim ugovorima.[33] U tom smislu, tumačenje obima saglasnosti i okolnosti koje su kupcu odnosno korisniku morale biti poznate prilikom zaključivanja ugovora dobija nove okvire.

Naime, sloboda ugovaranja je ograničena u smislu da kupac ne utiče na svoja prava i obaveze već ima mogućnost da ugovor, takav kakav je, prihvati ili odbaci. Da bi se o ponudi mogao izjasniti, on mora biti upoznat sa propisanom sadržinom u celini. U tom pogledu dileme ne može biti, ali se ponovo postavlja pitanje da li ugovor može nastati i ako nisu

---

[31] Opširnije o tome vidi: M. Živković, *op.cit*, str. 201-210, M. Orlić, *Zaključenje ugovora*, *op.cit*, str. 258-268

[32] Čl. 36. st.2. ZOO

[33] Reč je zapravo o ugovorima čija je sadržina unapred određena bilo od jedne ugovorne strane (adhezioni) bilo od trećeg lica (formularni), ali ćemo na ovom mestu zanemariti njihovu teorijsku odvojenost jer su praktične posledice iste. Zakon o zaštiti potrošača tipske ugovore definiše kao ugovor koji je bez učešća potrošača unapred formulisao prodavac odnosno davalac usluge, zaključujući ugovor identičnog sadržaja sa određenim brojem ili neograničenim brojem potrošača (čl. 44.st.1. Zakona)

svi njegovi elementi bili jasno istaknuti odnosno za kupca saznatljivi. Stoga ćemo na ovom mestu prethodno razmatrani problem neophodnog obima saglasnosti staviti u kontekst ugovora po pristupu.

Naime, budući da je tekst ugovora unapred pripremljen i da se njegova punovažnost odnosi na celinu, pretpostavka je da su svi elementi ugovora bitni jer se ni jedan od njih, *argumentum a contrario*, ne može isključiti voljom druge ugovorne strane. U navedenom smislu bi se moglo reći da tradicionalni i moderni pristup imaju isto ishodište. Ugovorne strane moraju postići saglasnost o svemu jer su svi elementi ugovora bitni. Ipak, razlike ponovo dolaze do izražaja u slučajevima kada se na vidljivom mestu ambalaže ne nalaze svi uslovi ugovora.

Prema tradicionalnom pristupu, pretpostavka je da ugovor nije ni nastao.[34] Suprotno, logika novijih teorija ide ka tome da se ugovor smatra zaključenim. No, oslanjajući se na opšta pravila ugovornog prava o kvalitetu izjave volje, u ovom slučaju konkludentnog prihvata, ugovor proizvodi dejstvo samo u pogledu onih odredaba odnosno uslova koji su kupcu morali biti poznati. Drugim rečima, elementi ugovora sa kojima se kupac nije mogao upoznati ne mogu ga ni obavezivati.[35] Do ovakvog zaključka možemo doći i shodnom primenom pravila o obavezujućoj snazi opštih uslova poslovanja, koji su u poslovnoj praksi proizvođača softvera vrlo često sastavni deo ugovora o licenci na omotu proizvoda.

Naime, izbegavajući suvišna ponavljanja uslova ugovora o licenci koji su postali deo poslovne strategije proizvođača softvera, oni se najčešće opredeljuju da na ambalaži softvera navedu bitne elemente, a da u pogledu ostalih odredaba upute kupca na primenu opštih uslova poslovanja čiji sadržaj, takođe, mora biti poznat u času zaključenja ugovora.[36] Ukoliko taj uslov nije ispunjen, opšti uslovi ne obavezuju.[37] Pri tom se činjenica upoznavanja sa opštim uslovima ne vezuje za subjektivni već za objektivni kriterijum. U tom smislu, oni obavezuju ako su bili objavljeni ili istaknuti na način da ih je kupac mogao saznati pre donošenja odluke o otvaranju pakovanja. Tako, ukoliko su priloženi na spoljnoj strani ambalaže ili je navedena veb adresa na kojoj se putem Interneta korisnik može sa njima upoznati, smatra se da su oni na odgovarajući način istaknuti i time dostupni zainteresovanoj strani.

---

[34] Opširnije vidi u: M. Živković, *op.cit*, str. 195

[35] Čl. 44. st. 3. Zakona o zaštiti potrošača

[36] Čl. 142. st.3. ZOO, čl. 305, 305a, 305b, 305c noveliranog nemačkog Građanskog zakonika

[37] To, naravno, ne znači da ugovor nije nastao jer se zapravo samo postavlja pitanje da li obavezuju ili ne obavezuju opšti uslovi poslovanja za ugovor koji proizvodi pravno dejstvo.

Nadalje, kupca odnosno korisnika ne obavezuju ni opšti uslovi poslovanja koji su suprotni cilju ugovora o licenci softvera (npr. odredbe kojima se zabranjuje sačinjavanje jedne rezervne kopije) ili dobrim poslovnim običajima (npr. kojima se isključuje odgovornost proizvođača za nedostatke koji onemogućavaju upotrebu softvera, a koji su mu bili poznati).[38] Uz to, primenu pojedinih odredbi može odbiti i sud ukoliko one lišavaju korisnika da stavi prigovore ili na osnovu kojih on gubi pravo iz ugovora ili gubi rokove ili koje su inače nepravične ili preterano stroge prema njemu.[39]

Navedena pravila o pravnoj obaveznosti tipskih ugovora i opštih uslova poslovanja moraju se, na kraju, dopuniti i pravilima o tumačenju nejasnih odredbi. Naime, polazeći od činjenice da je jedna ugovorna strana u prednosti budući da sama određuje uslove pravnog posla, nejasne odredbe tumače se u korist druge, po pravilu, ekonomski slabije strane.[40]

3. Jezik ugovora o licenci softvera na omotu proizvoda

Upotreba računara danas predstavlja pitanje tehnološke pismenosti čiji je značaj u savremenom društvu nesporan. Njen stepen se može meriti različitim nivoima, od upotrebe do obavljanja najsloženijih operacija. S obzrom na prirodu standardnih softvera, za korišćenje najvećeg broja neophodan je minimum poznavanja rada na računaru koji zadovoljavaju i nepismeni korisnici programa, kao što su npr. kompjuterske igrice čiji su konzumenti u velikom broju upravo pripadnici najmlađe populacije. Razlog tome leži u činjenici da oni opcije koje program nudi prihvataju mehanički; primera radi: strelice za kretanje po poljima, enter taster ako želite da pokrenete igricu, itd. Stoga je nevažno da li na ekranu piše „Pritisni taster“ ili „click“. U tom smislu, standardni softver ne mora biti sačinjen na jeziku koji korisnik poznaje.[41]

Međutim, pitanje jezika se ne može zanemariti u svetlu pravnih aspekata korišćenja softvera odnosno punovažnosti ugovora o licenci, o kojem je reč.

---

[38] Čl. 143. st.1. ZOO

[39] Čl. 143.st.2. ZOO

[40] Čl. 100. ZOO i čl. 45. Zakona o zaštiti potrošača

[41] Premda naš Zakon o zaštiti potrošača propisuje obavezu da tehničko uputstvo, uputstvo za upotrebu i deklaracija moraju biti u pismenoj formi i na jeziku koji je u službenoj upotrebi u Republici Srbiji (čl. 56. Zakona), što bi se moglo primeniti i na softvere.

Ako se nadovežemo na iznete zaključke u pogledu obima saglasnosti, nužno se nameće dodatni uslov da tekst ugovora i odgovarajuća upozorenja moraju biti štampana na jeziku koji kupac razume.

Tako, da bi otvaranje pakovanja predstavljalo konkludentni prihvat ugovora, kupac mora na odgovarajući način biti upozoren na takve posledice. Nadalje, da bi se takva radnja smatrala slobodnom i ozbiljnom voljom za zaključenje ugovora, uslovi ugovora moraju biti poznati kupcu u trenutku otvaranja pakovanja. Ukoliko kupac poznaje jezik kojim su relevantni tekstovi štampani, može se smatrati da iz opštih pravila ugovornog prava proističe i pravna valjanost tako zaključenog ugovora. Ipak, imajući u vidu činjenicu da se kvalitet izjave volje ceni prema onome što je kupcu moralo biti poznato u času zaključenja ugovora, ovo pravilo iziskuje određenu dopunu.

Naime, na svetskom, a i domaćem tržištu, najveći broj proizvođača softvera potiče sa engleskog govornog područja. Čak i kada to nije slučaj, pripremljeni su formulari ugovora o licenci na najzastupljenijim svetskim jezicima. Kupac, pri tom, vrlo često razume bar jedan od njih. No, razlozi pravne sigurnosti i logika ugovornog prava se ne mogu bez rezerve osloniti na takvu pretpostavku, ma koliko ona u praksi bila tačna. Stoga se nastoje pronaći egzaktne i proverljive relevantne činjenice iz kojih bi se pouzdano mogao izvesti zaključak da je kupac *morao* razumeti jezik ugovora. Naš zakonodavac je upravo to imao u vidu propisujući obavezu da tipski ugovori, u koje ugovori o licenci na omotu proizvoda svakako spadaju, moraju biti sačinjeni na jeziku koji je u službenoj upotrebi u Republici Srbiji[42] odnosno na srpskom jeziku.[43] Premda sankcija nije izričito navedena, iz formulacije odredbe proističe ništavost kao sankcija za njeno nepoštovanje.[44] Takva sankcija, međutim, pogađa samo ugovore u kojima se kao druga strana javlja domaći potrošač, budući da je odredba sadržana u odnosnom zakonu. No, da li ugovori o licenci softvera na omotu proizvode dejstvo, iako ne ispunjavaju ovaj jezički uslov, prema licima koja nisu obuhvaćena primenom potrošačkog prava odnosno da li se primena ove odredbe može isključiti u odnosima sa elementom inostranosti?

---

[42] Čl. 44.st.5. Zakona o zaštiti potrošača

[43] Čl. 1. st. 1. Zakona o službenoj upotrebi jezika i pisama, Službeni glasnik RS br. 45/91; 53/93; 67/93; 48/94; 101/2005 i čl. 10. Ustava Republike Srbije od 8. novembra 2006. godine, Službeni glasnik RS, br. 83/06

[44] Moglo bi se tumačiti kao da je ugovor nepostojeći pošto nedostaje bitan element nastanka pravnog posla: slobodno i ozbiljno data izjava volje jer ponuđenom nisu bili poznati svi uslovi tipskog ugovora koji ga u celini obavezuje.

3.1. Jezik ugovora o licenci softvera na omotu proizvoda u privredi

Pod potrošačem se, u smislu Zakona, podrazumevaju sva fizička i pravna lica koja proizvode nabavljaju ili koriste usluge radi zadovoljavanja sopstvenih potreba.[45] Sledstveno, lica koja kupuju primerke softvera radi korišćenja u neke druge svrhe, na primer, radi sticanja dobiti stavljanjem u promet, izuzeta su iz zaštite. To, nadalje, znači da se navedena imperativna odredba na njih ne odnosi, tj. da ugovor o licenci na omotu proizvodi dejstvo, ukoliko su ispunjeni svi uslovi o kojima je prethodno bilo reči, bez obzira na to što ne postoji tekst ugovora štampan na srpskom jeziku. Ovakav zaključak logično sledi ne samo zbog odsustva izričite norme koja predviđa drugačije posledice, već i iz činjenice da privredni subjekti moraju postupati sa većim stepenom pažnje (pažnja dobrog privrednika odnosno dobrog stručnjaka) nego što je to slučaj sa prosečnim i pažljivim građaninom.[46] U tom smislu je razumno očekivati od subjekata na koje se ovaj pravni standard odnosi da prilikom obavljanja svoje privredne delatnosti učine sve, konkretno obezbede prevod ukoliko jezik ugovora ne razumeju, kako bi se upoznali sa sadržinom prava koja stiču i ograničenjima koja ih prate, a naročito sa okolnostima koje su relevantne u smislu preuzimanja obaveza.

3.2. Jezik ugovora o licenci softvera na omotu proizvoda u međunarodnom kontekstu

Iako se privredni subjekti realno mogu pojaviti kao kupci primeraka softvera u trgovinama, daleko veći praktični značaj imaju ugovori o licenci na ambalaži primerka softvera sa elementom inostranosti, pri čemu se pitanje jezika formulara čini aktuelnijim, a u vezi sa tim i primena pomenute odredbe.

Obaveza da tipski ugovor bude sačinjen na srpskom jeziku inspirisana je upravo činjenicom da se na našem tržištu sve više nudi roba odnosno usluge inostranih subjekata. Štaviše, u tehničko-tehnološkoj sferi, u koju softveri svakako spadaju, njihova ponuda dominira. Stoga je postojeća odredba u službi zaštite domaćih potrošača, kao ekonomski slabije strane, od dodatno nepovoljnijeg položaja. Ipak, kako je reč o ugovornim odnosima, postavlja se pitanje da li se ona može isključiti voljom strana ili zakonskim odredbama.

---

[45] Čl. 2. Zakona o zaštiti potrošača

[46] Iz primene ove odredbe mogla bi biti izuzeta i lica koja imaju određena tehnička znanja, te se podrazumeva da znaju jezik ugovora s obzirom na to da je to najčešće jezik koji koriste u radu sa računarima odnosno softverima.

S obzirom na to da se u tipskim ugovorima po pravilu nalaze i odredbe o merodavnom pravu sa kojima se ponuđeni saglašava, moguće je da takva odredba predviđa primenu prava zemlje porekla proizvođača softvera ili neke druge zemlje, a ne našeg domaćeg prava.[47]

Drugo pitanje je da li se odredba o jeziku može isključiti ukoliko kolizione norme upućuju na primenu prava zemlje porekla proizvođača softvera kao merodavnog za ugovor o licenci.

S tim u vezi, na ovom mestu neophodno je osvrnuti se na objašnjenja dejstva imperativnih normi u domaćem i međunarodnom kontekstu.

Naime, ugovorni odnosi regulisani su voljom strana odnosno u nedostatku ove, dispozitivnim odredbama zakona. Ipak, u pojedinim pitanjima država nastoji da zaštiti neke više, društvene ili ekonomske interese, te ih ne prepušta autonomiji volje subjekata već nameće obavezu primene određenih pravila sadržanih u odredbama prinudnog, imperativnog karaktera. Ugovornici od takvih odredbi ne mogu odstupiti kada je u pitanju domaći pravni saobraćaj. Međutim, za pojedine odnose koji su regulisani imperativnim normama država nema opravdan interes da ih štiti i u međunarodnom pravnom prometu (primera radi, odredbe o zastarelosti obavezuju domaće ugovornike, ali nema razloga da država nameće njihovu primenu i u ugovorima sa elementom inostranosti).[48] Stoga se u teoriji pravi razlika između pravila koja su prinudna u domaćem pravu i onih koja su prinudna i u međunarodnom kontekstu.[49] Za potonje je karakteristična obaveznost primene bez obzira na merodavno pravo u konkretnom slučaju, te ih pravna doktrina označava kao „norme neposredne primene“ ili „prinudni propisi koji se neposredno primenjuju“.[50] Do derogiranja kolizione norme, nadalje, dolazi određivanjem polja primene u propisima u kojima je takva norma sadržana.[51]

---

[47] Ipak, takva odredba postaje relevantna samo za ugovor koji proizvodi pravno dejstvo, a kako je punovažnost ugovora uslovljena postojanjem teksta na srpskom jeziku, u odsustvu potonjeg nema nikakvog pravnog značaja.

[48] V: M. Živković, M. Stanivuković: *Međunarodno privatno pravo – opšti deo*, Službeni glasnik, Beograd, 2006, str. 339

[49] V: M. Živković, M. Stanivuković: *op.cit*, str. 340

[50] Termin „norme neposredne primene“ potiče iz francuske doktrine. U Nemačkoj se koristi termin *Eingriffsnormen*, a na engleskom govornom području se obe vrste prinudnih propisa označavaju terminom *mandatory rules*. Navedeno prema: M. Živković, M. Stanivuković: *op.cit*, str. 340

[51] Danas je opštepriznato pravo države da na odnose sa elementom inostranosti neposredno primeni svoje prinudne propise mimo pravila na koje upućuje koliziona norma. Ilustrativni su i slučajevi iz sudske prakse (v: Case concerning the Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants, ICJ Reports 1958. u: M. Živković, M. Stanivuković, str. 343 i C – 381/98 (Ingmar GB v. Eaton Leonard Technologies, Inc.) pred Evropskim sudom pravde na www.europa.eu, 02. jula 2008. godine

U vezi sa navedenim, postavlja se pitanje da li se odredba o jeziku tipskih ugovora ima primeniti i na ugovore o licenci softvera na omotu proizvoda sa elementom inostranosti, budući da koliziona norma upućuje na primenu prava države proizvođača softvera.[52]

S obzirom na to da Zakon o zaštiti potrošača, u kojem je ta odredba sadržana, ne određuje polje sopstvene primene, ne postoji ni jednostrana norma koja bi bila osnov odstupanja od primene kolizione norme. No, polazeći od cilja Zakona da zaštiti interese potrošača koji imaju prebivalište na teritoriji Srbije, bez obzira na državljanstvo, te da upravo u kontekstu međunarodnog prometa robe i usluga ima svoje opravdanje, ugovori o licenci na omotu proizvoda ne proizvode dejstvo prema potrošačima ukoliko nisu sačinjeni na srpskom jeziku.

Ipak, neposredna primena ove odredbe bi mogla bez sumnje uslediti samo za one primerke softvera koji se distribuiraju potrošačima na našoj teritoriji. U situacijama kada se primerak softvera, pak, pribavlja putem Interneta ili u susednoj državi takva mogućnost je sporna.[53]

ZAKLJUČAK

Na savremenom tržištu korisničkih softvera dominantni oblik zaključivanja ugovora o licenci jesu ugovori na omotu proizvoda. S obzirom na to da se za realni akt otvaranja pakovanja primerka softvera vezuju pravne posledice, pitanje njihove punovažnosti u našem pravnom sistemu, u nedostatku zakonske regulative, zauzima značajno mesto.

Primenom opštih pravila ugovornog prava i drugih odnosnih propisa može se izvesti zaključak o uslovima koji moraju biti ispunjeni da bi tako zaključen ugovor mogao proizvoditi pravno dejstvo.

U tom smislu, otvaranje pakovanja se može smatrati slobodno datom izjavom volje za zaključenje ugovora o licenci ukoliko su korisniku takve posledice mogle biti poznate u momentu preduzimanja relevantne radnje, a to se postiže isticanjem upozorenja na vidno mesto ambalaže. Ukoliko takvog upozorenja nema, ugovor o licenci može biti zaključen korišćenjem softvera, ali tada ponuda za zaključenje ugovora mora biti priložena unutar pakovanja. U potonjem slučaju, dakle, ugovor ne nastaje otvaranjem pakovanja već korišćenjem stvari odnosno softvera koji je predmet obaveze.

---

[52] Čl. 20. st. 1. tačka 14. Zakona o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja, Službeni list SFRJ, br. 43/1982, 72/1982 i Službeni list SRJ br. 46/1996

[53] V: M. Živković, M. Stanivuković: *op.cit*, str. 341

Data saglasnost, nadalje, obavezuje korisnika na one uslove iz ponude koji su mu bili poznati ili morali biti poznati s obzirom na transparentnost ugovornih odredbi ili opštih uslova poslovanja koji čine sastavni deo ugovora o licenci softvera.

Na kraju, u slučaju da se kao korisnik javlja potrošač, ugovor o licenci mora biti sačinjen na srpskom jeziku uvek kada se primerci softvera distribuiraju na teritoriji naše države. Ukoliko je, pak, korisnik privredni subjekt, takva obaveza ne postoji.

Sanja Radovanović, LL.M. Assistant
Novi Sad Faculty of Law

The Shrink-Wrap Software Licence Agreements (New Forms of Contracting)

Abstract

Since licences agreements are the most frequent way to explore economic value of the software nowadays, software producers settled new forms of contracting in order to make its' concluding much faster and cheaper. The shrink-wrap licences are the form of the licence agreements where contract conditions are published on the package and shrink wrapping produces the legal consequences. Taking into account that those act is, actually, the real act that one is supposed to undertake as owner of cd-rom, in most countries, including our which was in the centre of this work, the question of their validity occupy the legal and software experts public.

In that sense, applying the general contract and other related regulations, it is possible to conclude on conditions sine qua non in order to make a valid shrink-wrap software licence contract.

According to mentioned, wrapping the package could be treat as expressing the will to be fasten by the contract if the user could expect those consequences, regarding the fact that notion was published on clear and doubtless way. On contrary, contract could be valid on the fact of using, just if the offer was attached inside the package.

Further, acceptance obliged the user in the range of the contract conditions with whose he was acknowledged or he has has to be, since those conditions or general terms of contracts had been expose.

Finally, if the user is consumer under the consumer rights regulations, the shrink-wrap licences has to be published in Serbian language, doubtless when cd-rom with software on it is distributed on the Serbian market.

Originalni naučni rad 347.65(410)

Mr Jelena Vidić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

NASLEDNOPRAVNE POSLEDICE ODNOSA SRODSTVA, BRAKA I VANBRAČNE ZAJEDNICE U PRAVU ENGLESKE

Sažetak: *Jedan od najvećih problema sa kojima se suočavaju kreatori novog pravnog poretka u Evropi predstavljaju razlike koje postoje između anglo-američkog modela pravne regulative koji je razvijen u Engleskoj i modela pravne regulative evropsko-kontinentalnog prava. Te razlike se tiču, s jedne strane, samog koncepta, a sa druge strane i konkretnih normativnih rešenja. Iz tih razloga veoma je značajno uporediti pravnu regulativu koja postoji u okviru pojedinih pravnih sistema, a koja se odnosi na pitanje odnosa činjenice srodstva, braka i vanbračne zajednice u formulisanju pravila zakonskog i nužnog nasleđivanja. S obzirom da se radi o dugoročnom istraživanju, u ovom radu se najpre proučava naslednopravni položaj bračnog druga, vanbračnog partnera i srodnika ostavioca u pravu Engleske, odnosno konkretan uticaj koji imaju brak, srodstvo i vanbračna zajednica kao pravnorelevantne činjenice na formiranje zakonskih i nužnih naslednih prava u ovom zakonodavstvu. Dalje istraživanje će za svoj predmet imati pravnu regulativu navedenog pitanja u pravima evropsko-kontinentalnog sistema, da bi na kraju u okviru istraživanja bila data jedna sinteza, u kojoj će biti izneta komparacija analiziranih pravnih sistema, te ukazano na postojeće razlike, ali i na odgovarajuća približavanja koja postoje među njima.*

Ključne reči: *srodstvo, brak, vanbračna zajednica, zakonsko nasleđivanje, nužni deo (pravo na izdržavanje iz zaostavštine).*

Uopšte o srodstvu, braku i vanbračnoj zajednici kao pravno relevantnim činjenicama u zasnivanju zakonskih naslednih prava i ostalih prava iz zaostavštine ostavioca

Odnos srodstva, braka i vanbračne zajednice u ostvarivanju zakonskih naslednih prava, kao i u ostvarivanju prava na izdržavanje iz zaostavštine ostavioca u zakonodavstvu Engleske je kompleksan i može se sagledati kroz prizmu brojnih zakonskih propisa, pri čemu su osnovna pravila sadržana u The Administration of Estates Act iz 1925. godine, koji je dopunjen sa The Intestates′ Estates Act iz 1952. godine, The Family Provision Act iz 1966. godine, The Family Law Reform Act iz 1969. godine, The Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act iz 1975. godine, The Administration of Justice Act iz 1977. godine, The Family Law Reform Act iz 1987. godine, The Law Reform (Succession) Act iz 1995. godine, The Trusts of Land and Appointment of Trustees Act iz 1996. godine, kao i u The Civil Partnership Act iz 2004. godine.

Osnovne pravnorelevantne činjenice koje se u ovom pravu primenjuju prilikom formulisanja pravila zakonskog nasleđivanja predstavljaju činjenica srodstva, bračne veze i registrovanog istopolnog partnerstva. Vanbračna zajednica između partnera različitog pola ne predstavlja osnov ostvarivanja zakonskih naslednih prava, ali ne predstavlja ni činjenicu kojoj zakon ne pridaje nikakav značaj, s obzirom da ova činjenica u određenim situacijama može predstavljati pravno relevantni osnov za ostvarivanje odgovarajućeg prava na izdržavanje iz zaostavštine ostavioca. Kada je reč o srodstvu, pravnorelevantne vrste srodstva predstavljaju krvno i adoptivno srodstvo, dakle ne i tazbinsko srodstvo, s tim što i ono u određenim stepenima, poput vanbračne zajednice između partnera različitog pola, može predstavljati pravnorelevantni osnov za ostvarivanje prava na izdržavanje iz zaostavštine ostavioca. Unutar krvnog srodstva ne pravi se nikakva razlika između bračnog i vanbračnog srodstva, do čijeg je izjednačenja u pogledu mogućnosti ostvarivanja zakonskih naslednih prava dolazilo postepeno, s obzirom na to da je The Family Law Reform Act iz 1969. godine vanbračnom detetu najpre priznao samo zakonsko nasledno pravo u odnosu na svoje roditelje, ali ne i u odnosu na njihove srodnike, kao što je isto takvo pravo priznato i roditeljima, ali ne i njihovim srodnicima u odnosu na zaostavštinu ovakvog deteta.[1] Do potpunog izjednače-

[1] Tako, vanbračno dete nije moglo da nasledi svoju braću ili sestre, dede i babe, ujake, stričeve, tetke, niti su navedeni srodnici mogli njega da naslede, usled čega se često dešavalo da zaostavštinu vanbračnog deteta koje nije sačinilo zaveštanje, a iza kojeg nisu ostali njegovi potomci, bračni drug ili roditelji nasledi Kruna. V. Parry & Clark: The Law of succession, London, 2002., str. 19.

nja je došlo u The Family Law Reform Act iz 1987. godine, tako da u slučaju smrti ostavioca počev od 03.04.1988. godine, vanbračno dete u pravu Engleske stiče identična zakonska nasledna prava kakva imaju i bračna deca, dakle kako prema svojim roditeljima, tako i prema njihovim srodnicima, kao što i roditelji i ostali srodnici vanbračnog deteta stiču odgovarajuća zakonska nasledna prava kakva imaju i u odnosu na zaostavštinu bračnog deteta. Usvojeno dete se u skladu sa The Adoption Act iz 1976. godine smatra zakonskim detetom bračnog para usvojitelja (ili ako je dete usvojeno samo od strane jednog lica - zakonskim detetom svog usvojitelja), te stoga ono ima ista zakonska nasledna prava prema svojim adoptivnim roditeljima, kao što i adoptivni roditelji imaju ista zakonska nasledna prava prema usvojenoj deci, kao da su njihova prirodna deca. Ukoliko je dete usvojeno od bračnog para, ono će se smatrati rođenim bratom ili sestrom bilo kog deteta, pa i drugog usvojenog deteta bračnog para usvojitelja. U svakom drugom slučaju usvojenja, osim slučaja kada dete usvaja bračni par, usvojeno dete će se smatrati polubratom, odnosno polusestrom bilo kog drugog deteta usvojitelja.[2]

Da bi bračni drug kao potencijalni zakonski naslednik imao zakonsko pravo nasleđivanja neophodno je da se nalazio u braku sa ostaviocem u momentu njegove smrti, odnosno, da brak sa ostaviocem nije proglašen nevažećim, niti da je pravnosnažno okončan razvodom, niti da je pravnosnažno poništen pre smrti ostavioca.[3] Kao rezultat jedne od preporuka iz Izveštaja Pravne Komisije br. 187. iz 1989. godine, kao uslov zakonskog prava nasleđivanja bračnog druga, u situaciji kada ostavilac umre nakon 01.01.1996. godine, postavlja se i uslov da je bračni drug nadživeo ostavioca najmanje 28 dana.[4] Kako to proizlazi iz gore navedenog i istopolni

[2] V. Parry & Clark: op. cit., str. 18-19. V. i kod: Mellows, A. R: The Law of Succession, London, 1993., str. 187-188.

[3] Sudsko rastavljanje ne prekida brak, ali ako je sudsko rastavljanje na snazi i postupak rastavljanja je u toku, a jedan od bračnih drugova umre bez zaveštanja, bilo koja imovina ovakvog ostavioca će se dodeliti kao da je drugi bračni drug umro pre ostavioca. Međutim, ne treba zanemariti mogućnost bračnog druga da u ovakvom slučaju traži odgovarajuće izdržavanje iz zaostavštine V. Parry & Clark: op. cit., str. 9.; V. i kod: Mellows, A. R: op. cit., str. 175.

[4] Ukoliko je ostavilac umro pre 31. 12. 1995. godine bilo je dovoljno da je bračni drug nadživeo ostavioca, makar i neko kratko vreme. Međutim, Pravna Komisija br. 187. je 1989. godine preporučila kao neophodan period za koji je potrebno da bračni drug nadžii ostavioca, period od 14 dana, ali je 14 dana produženo na 28 dana. Naime, u pravu Engleske se primenjuje generalna pretpostavka The Law of Property Act iz 1925. godine, prema kojoj se u slučaju kada su dva lica umrla u okolnostima u kojima se ne može utvrditi tačan momenat smrti, smatra da je mlađe nadživelo starije lice. Nasuprot tome, kada su bračni drugovi umrli u ovakvim okolnostima, The Administration of Estates Act iz 1925. godine je polazio od pretpostavke da mlađi bračni drug nije nadživeo starijeg brač-

partneri iz registrovanog građanskog partnerstva imaju pravo uzajamnog zakonskog nasleđivanja, i to prema istim pravilima koja su propisana i za nasleđivanje između bračnih drugova. Naime, u Engleskoj su 2004. godine, donošenjem Zakona o građanskom partnerstvu (The Civil Partnership Act)[5] istopolne partnerske zajednice u pravnim dejstvima, koja podrazumevaju i naslednopravna dejstva, izjednačene sa brakom.[6] Neophodan uslov da istopolni partneri uživaju ista prava i obaveze kao i bračni drugovi predstavlja postupak registrovanja ove zajednice pred nadležnim organom, koji je sličan postupku za sklapanje braka, kao što se i raskid vanbračne zajednice odvija pred sudom, po sličnoj proceduri po kojoj se razvodi brak, pri čemu su i dejstva sudske separacije u pogledu nasleđivanja ista, kao i u slučaju bračnih drugova.[7]

Naslednopravne posledice odnosa srodstva, braka i vanbračne zajednice prilikom ostvarivanja zakonskih naslednih prava

U teoriji se navodi da su pravila zakonskog nasleđivanja u pravu Engleske, u situaciji kada ostavilac nije uopšte raspolagao svojom imovinom putem zaveštanja, u kom slučaju se može govoriti o postojanju potpunog zakonskog nasleđivanja, napravljena na takav način da odražavaju želje prosečnog ostavioca i zasnivaju se na analizi velikog broja zaveštanja, odnosno da bi ova pravila trebalo da daju porodici ostavioca, otprilike ono što zakonodavac smatra da bi im i sam ostavilac ostavio da je sačinio zaveštanje.[8]

Kao što je to slučaj i u najvećem broju evropskih zakonodavstava, potomci ostavioca i njegov bračni drug (ili istopolni partner) predstavljaju naslednike kojima zakon daje prioritet u ostvarivanju zakonskog prava na nasleđe, a na osnovu analize naslednopravnih ovlašćenja svakog od njih,

---

nog druga, odnosno da nijedan bračni drug nije nadživeo drugoga, te stoga u ovom slučaju između njih nije postojalo uzajamno zakonsko nasleđivanje, osim ukoliko je postojao dokaz da je jedan bračni drug, makar i na kratko nadživeo drugog, kada se prethodno pravilo nije primenjivalo. Ovo je otvaralo prostor za neslaganja, odnosno rasprave, te je iz ovih razloga i došlo do usvajanja napred spomenute preporuke Pravne Komisije o neophodnom periodu nadživljavanja ostavioca. V. Parry & Clark: op. cit., str. 8-9.; V. i kod: Caroline Sawyer: Sussession, wills & probate, Bristol, 1995., str. 172-173.

[5] V. http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2004/ukpga_20040033_en_1

[6] V. The Civil Partnership Act 2004., Chapter 3, s. 71. (Schedule 4, Part 2 - Administration of estates and family Provision)

[7] V. The Civil Partnership Act 2004., Chapter 2, s. 57.

[8] V. u tom smislu: Mellows, A. R.: op. cit., str. 173.; V. i kod: Caroline Sawyer: op. cit., str. 167.

sa sigurnošću bi se moglo zaključiti da je naslednopravni položaj bračnog druga (istopolnog partnera) u konkurenciji sa potomcima ostavioca izuzetno povoljan. Naime, u slučaju kada su ostavioca pored bračnog druga (istopolnog partnera) nadživeli i njegovi potomci, tada bračnom drugu (istopolnom partneru) na ime njegovih naslednopravnih ovlašćenja pripadaju u potpunosti u svojinu najpre sve pokretne stvari iz lične imovine. Izraz „pokretne stvari iz lične imovine" definisan je široko, te kao takav obuhvata predmete u domaćinstvu, predmete lične upotrebe ili predmete za ukrašavanje, odeću, nakit, nameštaj, automobil, domaće životinje.[9] Međutim, pod ovim stvarima se ne podrazumevaju predmeti koje je ostavilac koristio u poslovne svrhe, niti novac i hartije od vrednosti. Stoga je neophodno uzeti u obzir samu prirodu ovih predmeta, ali i svrhu koju su oni imali u momentu smrti, a ukoliko se predmet koristio delimično u lične, a delimično u poslovne svrhe, po stavu sudske prakse, klasifikovaće se po glavnoj svrsi u koju je korišćen u momentu ostaviočeve smrti.[10] Nadživelom bračnom drugu (istopolnom partneru), kada konkuriše sa potomcima, na ime njegovih naslednopravnih ovlašćenja pripada, kada je

[9] The Administration of Estates Act iz 1925. godine u pokretne stvari iz lične imovine - „personal chattels" ubraja sledeće stvari: kočije, konje, stajsku opremu (koja se ne koristi u svrhu zarade), motorna vozila i prateću opremu (koja se ne koristi za posao), baštovanski alat, domaće životinje, posteljinu, porcelan, vaze, knjige, slike, grafike, nameštaj, nakit, predmete za pokućstvo ili ličnu upotrebu, ukrase, muzičke ili naučne instrumente i aparaturu, vino, piće i zalihe namirnica. U teoriji se navodi da bez obzira na to što je ova zakonska definicija kritikovana, s obzirom na to da je uvodno upućivanje na „kočije, konje i stajsku opremu" u današnje vreme manje relevantno nego 1925. godine, data definicija funkcioniše prilično dobro, te da je uobičajeno da i sami zaveštaoci putem zaveštanja ostave sve svoje pokretne stvari iz lične imovine, na način kao što je to definisano prethodno spomenutim zakonom. Inače, pojam pokretnih stvari za ličnu upotrebu u sudskoj praksi Engleske se široko tumači. Smatra se da ovaj izraz obuhvata i 60 stopa dugačku motornu jahtu koju je ostavilac koristio iz zadovoljstva - *Re Chaplin (1950), Ch. 507;* kolekciju poštanskih markica koje je ostavilac sakupljao iz hobija – *Re Reynolds's W.T.(1966) 1.W.L.R. 19;* dragocenu kolekciju satova u kojoj je ostavilac uživao – *Re Crispin's W. T. (1975), Ch. 245, 251;* dvanaest trkačkih konja koje je ostavilac koristio za rekreaciju – *Re Hutchinson (1955) Ch. 255.* V. Parry & Clark: op. cit., str. 10-11.

[10] U slučaju *Re Ogilby (1942) Ch. 288*. stado stoke ostavioca nije se smatralo pokretnim stvarima iz lične imovine, jer se koristilo u svrhe stočarstva, iako su predstavljale neuspeh u poslovnom smislu. V. Caroline Sawyer: op. cit., str. 174-175. Navešćemo još jedan primer dat u literaturi, gde se izraz lične pokretnosti nalazio u zaveštanju, a radi ilustrovanja značenja njegovog izraza u svrhe pravila zakonskog nasleđivanja. U konkretnom slučaju zaveštalac je posedovao jahtu ukotvljenu na seoskom imanju pored vode, a koju su on i njegova supruga koristili za sopstvene potrebe jedan deo vremena, a drugi deo vremena je zaveštalac navedenu jahtu izdavao. Zaveštalac je svojoj supruzi, između ostalog ostavio sve predmete lične, domaće i kućne upotrebe i ukrasa. Sud je smatrao da je dominantna upotreba jahte bila komercijalna, te stoga ista nije dodeljena supruzi pod tom odredbom - *Re MacCulloch's Estate (1981).* V. Mellows, A. R: op. cit., str. 176-177.

nasleđe otvoreno nakon 30. 11. 1993. godine i zakonski legat u iznosu od 125 000 funti čisto, dakle, bez ikakvih oduzimanja poreza na nasledstvo ili troškova,[11] kao i kamata na zakonski legat 6 % godišnje, počev od dana smrti ostavioca, pa do isplate. Ova kamata se prvenstveno plaća od prihoda imovine, ali ako prihod nije dovoljan, razlika se plaća iz kapitala, odnosno glavnice.[12] Ovakvim regulisanjem naslednopravnih ovlašćenja bračnog druga (istopolnog partnera) u mnogim, verovatno u većini slučajeva zakonskog nasleđivanja može se desiti da zaostavština faktički u celosti pripadne isključivo nadživelom bračnom drugu (istopolnom partneru), jer će je pokretne stvari iz lične imovine i vrednost zakonskog legata iscrpeti. U kojoj meri je jak naslednopravni položaj bračnog druga (istopolnog partnera), govori i činjenica da će se nakon što dođe do odvajanja pokretnih stvari iz lične imovine, zakonskog legata i kamate kao vidova naslednopravnih ovlašćenja bračnog druga (istopolnog partnera), preostala zaostavština deliti na dve polovine, pri čemu će jedna polovina ostatka zaostavštine pripasti potomstvu ostavioca, dok će na drugoj polovini ostatka zaostavštine bračnom drugu (istopolnom partneru) pripasti još i pravo na doživotnu kamatu (koja imovina će nakon smrti bračnog druga, odnosno istopolnog partnera pripasti potomstvu).[13] Zaostavština na koju potomci imaju pravo će se držati u zakonskom trastu (statutory trust),[14]

---

[11] U skladu sa svojim ovlašćenjima iz The Family Provision Act iz 1966. godine da povremeno odredi visinu navedene fiksne neto sume (zakonskog legata), Lord Chancellor doneo je Family Provision (Intestate Succession) Order 1993. (S.J. 1993 No. 2906), kojom je zakonski legat određen u iznosu od 125 000 funti. U periodu od 1925. do 1952. godine zakonski legat je iznosio 1000 funti, u periodu od 1953. do 1966. godine 5000 funti, od 1967. do 1972. godine 8750 funti, od 1972. do 1977. godine 15 000 funti, od 1977. do 1981. godine 25 000 funti, od 1981. do 1987. godine 40 000 funti, a od 1987. do 1993. godine 75 000 funti. V. Parry & Clark: op. cit. str. 11. Department for Constitutional Affairs u aktu Administration of Estates-Review of the Statutory Legacy predložio je 2005. godine povećanje zakonskog legata bračnog druga (istopolnog partnera) u situaciji kada istom u nasleđivanju konkurišu potomci, sa postojećih 125 000 funti na 350 000 funti. Videti: K. Standley: Family Law, London, 2006., str. 102.

[12] U skladu sa ovlašćenjima iz The Administration of Estates Act iz 1925. godine da specifikuje kamatnu stopu Lord Chancellor doneo je Intestate Succession (Interest and Capitalisation) Order 1983. (No. 1374), kojom je kamata na zakonski legat određena u iznosu od 6 %. Ova stopa je pre 1977. godine iznosila 4 %, a od 1977. do 1983. godine 7 %. V. Parry & Clark: op. cit., str. 11.

[13] V. s. 46(2) The Administration of Estates Act iz 1925. godine. V. i The Civil Partnership Act 2004., Schedule 4, Part 2 - Administration of Estates and Family Provision kojim se primena s. 46(2) The Administration of Estates Act iz 1925. godine u kojem se normira naslednopravni položaj bračnog druga u konkurenciji sa potomcima ostavioca proširuje i na istopolnog građanskog partnera.

[14] Trast je ustanova koja potiče iz anglosaksonskog sistema. U angloameričkom pravu trast označava pravni odnos između lica u kojem je jedno od njih ovlašćeno da upravlja imovinom, a drugo ima pravo da dobija koristi od te imovine. Specifičnost ove

koja će se deliti na jednake delove između one dece ostavioca koja su živa u trenutku njegove smrti i koja su navršila 18 godina ili su stupila u brak, odnosno formirala građansko partnerstvo pre navršenih 18 godina života.[15] Dakle, dete, odnosno bilo koji potomak ne može dobiti imovinu iz trasta sve dok ne napuni 18 godina života ili ne stupi u brak, odnosno ne formira građansko partnerstvo pre toga, što znači da se nasledni delovi ovakvih potomaka drže na način propisan zakonom, dok ne steknu pravo koje im je preneto u potpunosti - punoletstvom, ili stupanjem u brak, odnosno formiranjem građanskog partnerstva pre toga. Primena principa reprezentacije je neograničena, što znači da ukoliko je dete umrlo pre ostavioca, ali je iza sebe ostavilo potomka(e), onda ovi potomci, kada i ako napune 18 godina ili stupe u brak, odnosno formiraju građansko partnerstvo pre toga, dobijaju deo zaostavštine koji bi pripao njihovom roditelju da je nadživeo ostavioca.[16] Bračni drug (istopolni partner) ima pravo da zahteva da mu lični predstavnici[17] umesto doživotne kamate na polovini ostatka zaostavštine isplate kapitalnu sumu, odnosno glavnicu, koje pravo može iskoristiti u roku od 12 meseci od momenta kada je dobijeno prvo odobrenje predstavništva**,** davanjem pismenog obaveštenja ličnim

---

ustanove ogleda se u tome što trustee ima državinu, pravo korišćenja i raspolaganja imovinskim pravima, pri čemu prema trećim licima istupa kao vlasnik. Međutim, u odnosu prema beneficijaru, u čiju korist trustee vrši raspolaganje i upravljanje poverenom imovinom, on ne istupa kao vlasnik, već upravo beneficijar ima pravo na sve koristi iz konkretne imovine. Trustee ima fiducijarnu obavezu prema beneficijaru da upravljanje i korišćenje imovinom vrši na način kojim se ostvaruje korist za beneficijara. Pravna konstrukcija trasta je takva da se i trasti i beneficijar smatraju vlasnicima imovine – prvi je pravni vlasnik (legal owner), a drugi vlasnik na osnovu pravičnosti (equitable owner). V. Mirko Živković, Maja Stanivuković: Međunarodno privatno pravo, Beograd, 2006., str. 228.

[15] V. s. 47(1) The Administration of Estates Act iz 1925. godine. V. i The Civil Partnership Act 2004., Schedule 4, Part 2 - Administration of Estates and Family Provision kojim se primena s. 47(1) The Administration of Estates Act iz 1925. godine u kojem se normira pravo lica koja su sklopila brak pre navršenih 18 godina života da dobiju imovinu iz trasta proširuje i na ona lica koja su zaključila istopolno građansko partnerstvo pre navršenih 18 godina života.

[16] V. opširnije o zakonskom trastu za potomke kod: Caroline Sawyer: op. cit., str. 180-182; Mellows, A. R.: op. cit., str. 181-182.; Parry & Clark: op. cit. str. 16-17.

[17] U pravu Engleske izvršilac zaveštanja ili ukoliko izvršioca nema (nije postavljen u zaveštanju ili ne može da vrši tu ulogu iz bilo kog razloga), administrator zaostavštine je dužan da se postara da svi dugovi ostavioca prethodno budu namireni, pa tek onda uručuje nasledniku čistu zaostavštinu. U slučaju kada je ostavilac umro bez zaveštanja, sud će postaviti ličnog predstavnika (koji može biti i lice koje je istovremeno zakonski naslednik), koji kao administrator zaostavštine ima zadatak da se stara da se zaostavština raspodeli u skladu sa pravilima zakonskog nasleđivanja, da svi dugovi ostavioca budu namireni, te da uruči nasledniku čistu vrednost zaostavštine.

predstavnicima, osim ukoliko sud ne produži ovaj rok iz posebnih razloga.[18] Međutim, nadživeli bračni drug (istopolni partner) i potomci koji su punoletni i poslovno sposobni mogu i putem međusobnog sporazuma na bilo koji način, odnosno za bilo koju sumu regulisati isplatu glavnice i na taj način otkloniti primenu spomenutih zakonskih odredaba.

U slučaju kada iza ostavioca nisu ostali potomci, ali su ostali bračni drug ili istopolni partner, kao i roditelji ili rođena braća i sestre ili njihovi potomci, naslednopravni položaj nadživelog bračnog druga ili istopolnog partnera je uzimajući u obzir ukupnost njegovih naslednopravnih ovlašćenja izrazito povoljniji od položaja navedene grupe srodnika ostavioca. Naime, u ovom slučaju, kao i u slučaju kada bračni drug (istopolni partner) konkuriše na nasleđe sa potomcima ostavioca, nadživelom bračnom drugu (istopolnom partneru) pripada pravo na sve pokretne stvari iz lične imovine, kao i zakonski legat, koji je u ovom slučaju veći nego kada konkuriše sa potomcima, jer iznosi 200 000 funti, bez oduzimanja poreza na nasledstvo ili troškova,[19] uz kamatu na zakonski legat 6 % godišnje, počev od dana smrti ostavioca pa do isplate. Nakon odvajanja pokretnih stvari iz lične imovine, zakonskog legata i kamata na njega, preostala zaostavština se deli na dve polovine, od kojih jedna polovina pripada takođe bračnom drugu (istopolnom partneru).[20] Dakle, u situaciji kada konkuriše

---

[18] V. s. 47 A. (1), (5) The Administration of Estates Act iz 1925. godine. V. i The Civil Partnership Act 2004., Schedule 4, Part 2 - Administration of Estates and Family Provision kojim se primena s. 47 A. (1), (5) The Administration of Estates Act iz 1925. godine proširuje i u pogledu istopolnog građanskog partnera. Kapitalna vrednost se ustanovljava statističkom procenom koja se zasniva na godinama nadživelog bračnog druga (istopolnog partnera) i kamatama koje su važile na dan izbora. Precizan metod izračunavanja propisuje Intestate Succession (Interest and Capitalisation) Order 1977. V. Mellows, A. R: op. cit., str. 178-179.; V. i kod: Parry & Clark: op. cit. str. 12.

[19] Ova suma je u periodu do 1953. godine iznosila 1 000 funti, u periodu od 1953. do 1966. godine 20 000 funti, od 1967. do 1972. godine 30 000 funti, od 1972. do 1977. godine 40 000 funti, od 1977. do 1981. godine 55 000 funti, od 1981. do 1987. godine 85 000 funti, a od 1987. do 1993. godine 125 000 funti. V. Parry & Clark: op. cit., str. 13. Department for Constitutional Affairs u aktu Administration of Estates-Review of the Statutory Legacy 2005. godine predložio je povećanje zakonskog legata u situaciji kada bračnom drugu (istopolnom partneru) na nasleđivanje konkurišu roditelji, odnosno njihovi potomci sa postojećih 200 000 funti na 650 000 funti. Videti: K. Standley: op. cit., str. 102.

[20] V. s. 46(3) The Administration of Estates Act iz 1925. godine. V. i The Civil Partnership Act 2004., Schedule 4, Part 2 - Administration of Estates and Family Provision kojim se primena s. 46(3) The Administration of Estates Act iz 1925. godine u kojem se normira naslednopravni položaj bračnog druga u konkurenciji sa roditeljima, odnosno punorodnom braćom i sestrama i njihovim potomcima proširuje i na istopolnog građanskog partnera.

sa navedenim krugom srodnika, bračnom drugu (istopolnom partneru) ne pripada samo pravo na doživotnu kamatu na polovini preostale zaostavštine, kao što je slučaj kada konkuriše sa potomstvom, već pravo na polovinu glavnice, što znači da se druga polovina ostatka zaostavštine deli između roditelja na jednake delove, ili pripada u celini samo jednom od roditelja, ukoliko samo on nadživi ostavioca. U slučaju nepostojanja roditelja, navedena polovina ostatka zaostavštine će pripasti rođenoj braći i sestrama, odnosno njihovim potomcima u zakonskom trastu. Ishod ovoga, kao i u slučaju imovine potomaka koja se drži u zakonskom trastu, predstavlja najpre činjenica da ni brat ni sestra, niti potomak umrlog brata ili sestre ne mogu dobiti imovinu sve dok ne napune 18 godina života ili ne stupe u brak, odnosno formiraju građansko partnerstvo pre toga, kao i činjenica da potomci umrlog brata ili sestre nasleđuju na jednake delove deo koji je trebao da nasledi ranije umrli brat ili sestra (primena principa reprezentacije je neograničena).[21] S obzirom na to da visina zakonskog legata koji pripada bračnom drugu (istopolnom partneru) i onda kada konkuriše sa potomcima, može iscrpeti celu zaostavštinu, ovo se tim pre može desiti u situaciji kada on konkuriše sa prethodno spomenutim ostaviočevim srodnicima, što znači da se u ovakvim slučajevima bračni drug (istopolni partner) može faktički javiti kao jedini zakonski naslednik, iako pored njega postoje i drugi srodnici ostavioca koji u konkretnom slučaju imaju odgovarajuća zakonska nasledna prava.[22] Ukoliko iza ostavioca ne ostanu niti potomci, niti roditelji, niti rođena braća i sestre, niti njihovi potomci, bračni drug (istopolni partner) će imati pravo da nasledi celu zaostavštinu, što znači da niko od

[21] V. Parry & Clark: op. cit., str. 20.; V. i kod: Mellows, A. R: op. cit., str. 185-186.

[22] Naslednopravni položaj bračnog druga može zavisiti i od događaja nakon ostaviočeve smrti. Zapravo, posledica zahteva da je naslednik živ u trenutku smrti ostavioca je takva da se minimalna vrednost koja može da se dodeli svakom nasledniku utvrđuje u momentu smrti ostavioca, pa ako naslednik koji je u tom trenutku živ, ne može da dobije svoj deo, jer nije napunio 18 godina ili se ne nalazi u braku ako je mlađi od tog uzrasta, od trenutka kada taj eventualni naslednik umre, zaostavština se raspoređuje, kao da taj naslednik nikada nije ni bio živ. Tako, ukoliko su ostavioca nadživeli bračni drug, njegovo maloletno dete od šest godina, kao i jedan bratanac od četiri godine, onda u tom slučaju, bračnom drugu u najmanju ruku pripadaju naslednopravna ovlašćenja koja on ima u konkurenciji sa potomcima. Ukoliko maloletno dete umre pre navršene 18 godine, odnosno ne sklopi brak pre ovog uzrasta nadživeli bračni drug će imati bolji naslednopravni položaj, jer će mu pripadati naslednopravna ovlašćenja koja on ima u konkurenciji sa ostaviočevim roditeljima, odnosno njihovim potomcima. Ukoliko umre i bratanac pre navršene 18 godine, odnosno ukoliko ne sklopi brak pre ovog uzrasta, nadživelom bračnom drugu će pripasti cela zaostavština. V. primer naveden kod: Parry & Clark: op. cit., str. 13.

ostalih srodnika kao potencijalnih zakonskih naslednika neće moći ostvariti zakonsko pravo na nasleđivanje.[23]

Naposletku, u okviru razmatranja naslednopravnog položaja bračnog druga (istopolnog partnera), ne sme se zanemariti ni činjenica da njemu pripada i jedno posebno pravo - pravo na bračni dom. U engleskom pravu ne postoji zajednička ili bračna imovina, već bračni drugovi imaju odvojene pravne subjektivitete, te se stoga na njih primenjuju ista pravila imovinskog prava, kao i za ostala lica. Od ovog pravila ponekada postoje izuzeci, a jedan od njih postoji u slučaju kada ostavilac nije sačinio zaveštanje, u kom slučaju može doći u obzir primena posebnih pravila o raspodeli imanja. Naime, ovo pravo poznaje dve vrste svojine: zakonsku (pravnu, *legal*) i svojinu zasnovanu na ustanovi *equity*.[24] Bračni drugovi su najčešće zajedno zakonski vlasnici bračnog doma i ostalih nepokretnosti. Ako su zajedno vlasnici, oni drže imovinu kao *joint tenans* (zajednički titulari) ili *tenants in common* (držaoci na uobičajen način). Ako se radi o zajedničkim držaocima, tada su bračni drugovi vlasnici cele imovine i kao individue ne poseduju posebne delove, pa stoga u slučaju smrti, svojina na celoj imovini, pa i na bračnom domu prelazi pravilom nadživljavanja na nadživelog bračnog druga, što znači da će njemu povrh toga pripasti i ceo nasledni deo određen prema gore spomenutim pravilima zakonskog nasleđivanja. Međutim, u slučaju kada se radi o *tenants in common* svaki bračni drug je sopstvenik određenog dela imovine, te se u slučaju smrti jednog od njih, njegov deo raspoređuje prema pravilima zakonskog nasleđivanja, u kom slučaju se može postaviti pitanje da li će nadživeli bračni drug efektivno zadržati bračni dom, s obzirom na to da pravila zakonskog nasleđivanja ne daju bračnom drugu automatski pravo na bračni dom.[25] Bračni drug, a od 2004. godine i istopolni partner, ima pravo da od ličnih predstavnika zahteva da izvrše zakonsko ovlašćenje apropriacije bračnog doma (odnosno doma građanskih partnera) u njegovu

[23] V. s. 46(1) The Administration of Estates Act iz 1925. godine. V. i The Civil Partnership Act 2004., Schedule 4, Part 2 - Administration of Estates and Family Provision kojim se primena s. 46(1) The Administration of Estates Act iz 1925. godine u kojem se normira pravo bračnog druga na celu zaostavštinu (u slučaju nepostojanja konkurencije potomaka, roditelja, odnosno punorodnih braće i sestara i njihovih potomaka) proširuje i na istopolnog građanskog partnera.

[24] Eqyity – u engleskom pravu naročito, pravni principi van common law i statutarnog prava, koji se koriste da isprave pravo kada bi njegova primena bila nepravična u posebnim okolnostima. *Oxford Advanced Learner's Dictionary of Current English,* 1974., str. 1924. Navedeno prema: Gordana Kovaček-Stanić: Uporedno porodično pravo, Novi Sad, 2002., str. 59. Opširnije o zakonskom režimu imovine u Engleskoj v. Gordana Kovaček-Stanić: op. cit., str. 59-60.

[25] V. Mellows, A. R: op. cit., str. 178. V. i kod: Caroline Sawyer: op. cit., str. 177-178.

korist.[26] Dakle, bračni drug (istopolni partner) ima pravo da postavi zahtev da mu se dodeli bračni dom, kao stan (kuća) u kojoj je on živeo u momentu smrti ostavioca, radi zadovoljenja bilo kog njegovog apsolutnog interesa u ostaviočevoj zaostavštini (ovaj interes obuhvata njegovo pravo na zakonski legat, kao i njegovo pravo na vrednost kapitalizovane doživotne kamate), ili delom radi zadovoljenja njegovog interesa u ostaviočevoj zaostavštini, a delom radi naknade razlike u vrednosti, s obzirom da vrednost ostaviočevog udela u bračnom domu može biti jednaka, manja, ali i veća u odnosu na apsolutni interes, odnosno prava koja nadživeli bračni drug ima u pogledu ostaviočeve zaostavštine.[27] Naime, kako udeo ostavioca u bračnom domu može biti i veći od vrednosti zakonskog legata i kapitalizovane doživotne kamate, koja prava pripadaju bračnom drugu (istopolnom partneru) iz zaostavštine ostavioca, to će u ovom slučaju bračni drug (istopolni partner) morati doplatiti određenu sumu novca za izjednačenje, da bi nadoknadio razliku u vrednosti.[28] Ovo pravo bračni drug može ostvariti u roku od 12 meseci od prvog odobrenja predstavništva (osim ukoliko sud ne produži ovaj rok) davanjem pismenog obaveštenja ličnim predstavnicima, tokom kojeg perioda lični predstavnici po pravilu ne smeju prodati ili na drugi način otuđiti udeo ostavioca u bračnom domu, bez pismene saglasnosti nadživelog bračnog druga.[29] Pre donošenja odluke o vršenju ovog posebnog prava, nadživeli bračni drug (istopolni partner) ima pravo da zahteva od ličnih predstavnika da pro-

[26] V. Schedule 2, s. 5. The Intestates' Estates Act 1952. V. i The Civil Partnership Act 2004., Schedule 4, Part 2 - Administration of Estates and Family Provision kojim se ovo ovlašćenje proširuje i na istopolnog građanskog partnera.

[27] V. Parry & Clark: op. cit., str. 14.

[28] U slučaju *Re Phelps (1980) Ch. 275.* sud je našao da bračni drug može zahtevati od ličnih predstavnika da izvrše dodeljivanje bračnog doma delimično zarad zadovoljenja interesa bračnog druga (odnosno onoga što njemu pripada na ime naslednog dela), a delimično zauzvrat za isplatu novca za doplatu (equality money). V. Caroline Sawyer: op. cit., str. 179. V. i kod: Mellows, A. R: op. cit., str. 179.

[29] Naime, s. 33(1) The Administration of Estates Act iz 1925. godine predviđa da je zaostavština ostavioca koji nije sačinio zaveštanje automatski podvrgnuta zakonskom trastu za prodaju. Iz fonda nastalog nakon prodaje, lični predstavnici plaćaju troškove sahrane, dugove i ostale obaveze ostavioca, troškove administracije, pa se tek ostatak raspoređuje prema pravilima zakonskog nasleđivanja. Dakle, lični predstavnici drže svu imovinu ostavioca u zakonskom trastu za prodaju, u pogledu koje prodaje ipak postoje ograničenja kada se radi o prodaji pokretnih stvari iz lične imovine, s tim što se i one mogu prodati ukoliko ne postoji nijedan drugi način da se obezbedi novac neophodan za plaćanje troškova administracije, ili kada lični predstavnici imaju poseban razlog za njihovu prodaju, kao i kada se radi o otuđenju udela ostavioca u bračnom domu bez saglasnosti bračnog druga dok ne protekne 12 meseci od prvog odobrenja predstavništva, do kojeg takođe može doći samo ukoliko lični predstavnici ne mogu na drugi način obezbediti novac za plaćanje troškova administracije (Schedule 2, para 4(1) The Intestates′ Estates Act iz 1952. godine). V. Mellows, A. R: op. cit., str. 174. V. i kod: Caroline Sawyer: op. cit., str. 170.

cene vrednost ostaviočevog udela u domu[30] i obaveste ga o rezultatu procene. Praktične nepogodnosti u kojima se može naći bračni drug (istopolni partner) ostavioca, proizlaze iz činjenice da se vrednost zakonskog legata koji mu pripada određuje u momentu smrti ostavioca, dok se ostaviočev udeo u domu izdvaja u skladu sa vrednošću koju ima u vreme aproprijacije, a ne u skladu vrednošću koju je imao u momentu smrti ostavioca, što u vremenu brzih promena u vrednosti imovine može da znači veliku razliku.[31]

Kada je reč o raspodeli zaostavštine između samih srodnika, dakle, u slučaju nepostojanja konkurencije bračnog druga (istopolnog partnera), zakonom je u osnovi prihvaćen parentelarno-linearni red pozivanja srodnika na nasleđe, u okviru kojeg relativno širi krug srodnika može konkurisati na nasleđe. Osnovne karakteristike uzajamnih odnosa srodnika prilikom ostvarivanja zakonskih naslednih prava ogledaju se u pravilu prema kojem postojanje bilo kog srodnika kao naslednika prethodnog naslednog reda isključuje mogućnost pozivanja na nasleđivanje srodnika kao potencijalnih naslednika narednog naslednog reda, u jednakim naslednim delovima srodnika u okviru istog naslednog reda (osim kada se radi o srodnicima koji nasleđuju primenom principa predstavljanja), kao i u prednosti punorodnih krvnih srodnika ostavioca u ostvarivanju zakonskih naslednih prava u odnosu na polurodne krvne srodnike ostavioca.

Tako će u slučaju nepostojanja konkurencije bračnog druga (istopolnog partnera), celokupna zaostavština pripasti najpre potomcima, koja će se, na način, kako je to napred navedeno, držati u zakonskom trastu. U slučaju nepostojanja potomstva ostavioca, zaostavština će se deliti između ostaviočevih roditelja, kao naslednika naredne grupe, a ukoliko je samo jedan od njih nadživeo ostavioca, on će naslediti zaostavštinu u celosti. Ako nema roditelja, cela zaostavština će pripadati rođenoj braći i sestrama, te njihovim potomcima po pravu predstavljanja, pa tek ako njih nema, polubraći i polusestrama, kao i njihovim potomcima po pravu

[30] Nadživeli bračni drug može dokazivati svoj doprinos u udelu ostavioca, što će doprineti ostvarenju pravila da samo pravični deo ostavioca u imovini može da predstavlja deo njegove zaostavštine, kao što će i smanjiti vrednost koju eventualno bračni drug treba da doplati radi sticanja bračnog doma. V. Mellows, A. R: op. cit., str. 178-179.

[31] Stoga se može desiti da je vrednost koji na ime zakonskog legata pripada bračnom drugu u momentu ostaviočeve smrti dovoljna da on „otkupi" udeo ostavioca u bračnoj kući, a da u vreme aproprijacije nije dovoljna za ovo pokriće. Tako je u slučaju *Robinson v. Collins (1975) 1 W.L.R. 309.,* bračna kuća u momentu smrti ostavioca, odnosno 1971. godine bila procenjena na 4 200 funti, ali je u momentu aproprijacije, odnosno 1974. godine vrednost kuće procenjena na 8 000 funti, koji iznos je morao da obezbedi bračni drug. V. Caroline Sawyer: op. cit., str. 179. V. i kod: Mellows, A. R: op. cit., str. 179.

predstavljanja, pri čemu će se zaostavština za sve njih držati u zakonskom trastu. U sledeću grupu srodnika koji imaju zakonsko pravo nasleđivanja ulaze dede i babe ostavioca, odnosno onaj od njih ko je nadživeo ostavioca. Kategorija naslednika, koji će moći ostvariti zakonsko pravo nasleđa onda kada ostavioca nije nadživeo nijedan deda, niti baba su ostaviočevi stričevi, ujaci i tetke, kao i njihovo potomstvo po pravu predstavljanja, te naposletku, ako ni njih nema, ostaviočevi polustričevi, poluujaci i polutetke, kao i njihovo potomstvo po pravu predstavljanja, u pogledu kojih naslednika će se zaostavština takođe držati u zakonskom trastu. Zakonski trastovi za prethodno spomenute grupe naslednika (braću i sestre, polubraću i polusestre, stričeve, ujake i tetke, polustričeve, poluujake i polutetke) su isti kao i trastovi za ostaviočeve potomke, dakle, svako od ovih naslednika, kao što smo to videli može biti reprezentovan od strane svojih potomaka, pri čemu je dodeljivanje imovine iz trasta odloženo sve dok konkretno lice ne napuni 18 godina života ili ne stupi u brak, odnosno ne formira građansko partnerstvo pre toga.[32]

Napred navedena pravila zakonskog nasleđivanja, koja se primenjuju u slučaju potpunog odsustva zaveštanja, primenjivaće se i u slučaju kada je ostavilac zaveštanjem efektivno raspolagao samo delom svoje imovine, s tim što će u ovom slučaju njihova primena biti podređena onim odredbama sadržanim u zaveštanju koje se mogu primeniti (delimično zakonsko nasleđivanje).[33] Spomenućemo da su se u pravu Engleske sve do

---

[32] V. s. 46(ii)(iii)(iv)(v) The Administration of Estates Act 1925. O pravilima zakonskog nasleđivanja u slučaju nasleđivanja srodnika videti kod: Mellows, A. R: op. cit., str. 185-186.; Parry & Clark: op. cit., str. 20-21.; Caroline Sawyer: op. cit., str. 184.

[33] V. s. 49. The Administration of Estates Act 1925. Do delimičnog zakonskog nasleđivanja će obično doći u slučaju kada zaveštanje sadrži raspolaganja u korist određenih lica, koja umru pre zaveštaoca. U slučaju *Re Thornber (1937) Ch. 29.,* zaveštalac je naložio svojim trastima da njegovom bračnom drugu plaćaju anuitete iz čiste vrednosti zaostavštine, a da akumuliraju sav višak prihoda u korist njegove dece u periodu od 21 godine od njegove smrti, ili do trenutka ranije smrti njegovog bračnog druga. Zaveštalac je umro bez potomaka, pa se višak prihoda tretirao kao deo koji nije raspoređen zaveštanjem, te je stoga prešao na lica koja su imala pravo na zakonsko nasleđivanje. Do ovoga neće doći jedino ako samo zaveštanje sadrži neku drugu odredbu, odnosno uputstvo zaveštaoca u vezi sa tom imovinom. V. Mellows, A. R: op. cit., str. 192. Delimično zakonsko nasleđivanje se može javiti i određeno vreme nakon smrti zaveštaoca, u momentu smrti njegovog bračnog druga kao uživaoca prava na doživotno uživanje. Tako je u slučaju *Re McKee, Public Trustee v McKee (1931) 2 Ch 145.* zaveštalac uputio trastije da drže čistu vrednost zaostavštine za svoju udovicu doživotno, a da nakon njene smrti ista pripadne braći i sestrama ostavioca (imovina je dakle bila raspoređena u momentu smrti ostavioca). S obzirom da nijedno od braće i sestara nije nadživelo bračnog druga ostavioca (što znači da će postojati neraspoređena imovina u momentu smrti bračnog druga), to je Apelacioni sud smatrao da treba primeniti pravila zakonskog nasleđivanja nakon smrti bračnog druga,

31. decembra 1995. godine, u slučajevima kada je ostavilac umro bez zaveštanja, primenjivala pravila o uračunavanju određenih vrednosti datih pojedinim zakonskim naslednicima, koja su imala značaj i u slučaju delimičnog zakonskog nasleđivanja, odnosno onda kada je ostavilac raspolagao efektivno jednim delom svoje zaostavštine putem zaveštanja.[34] Međutim, kao rezultat određenih preporuka iz Izveštaja Pravne Komisije br. 187. iz 1989. godine, koje su date u cilju poboljšanja sistema zakonskog nasleđivanja, u

---

te da zaostavština bračnog druga treba da obuhvati zakonski legat sa odgovarajućom kamatom na legat (napomenućemo da u ovo vreme nije postojalo pravilo prema kojem bračni drug mora uneti u obračun deo koji je dobio po zaveštanju, s obzirom da su ova pravila uvedena 1952. godine). Međutim, u jednom kasnijem slučaju *Re Bowen-Buscarlet's Will Trusts, Nathan v Bowen-Buscarlet's (1972) Ch 463 (1971) 3 All ER 636)*, gde je zaveštalac koji je iza sebe ostavio bračnog druga i udatu kćerku, uputio trastije da drže čistu vrednost zaostavštine za udovicu doživotno, pri čemu je propustio da odredi šta nakon toga treba da bude sa imovinom, sud je doneo odluku o vrednovanju (procenjivanju) doživotnog uživanja bračnog druga koje on ima po zaveštanju (pravila o uračunavanju su se u vreme donošenja ove odluke primenjivala) i momentalnoj isplati zakonskog legata sa kamatom nadživelom bračnom drugu. Posledica donošenja poslednje navedene odluke, koju su u kasnijem vremenu sudovi preferirali u odnosu na prethodno navedenu odluku je ta da su u praksi bili potrebni različiti metodi u cilju izračunavanja da li je vrednost doživotnog uživanja u fondu manja ili veća od iznosa zakonskog legata. O navedenim odlukama v. opširnije kod: Mellows, A. R: op. cit., str. 198-199. Videti i kod: Caroline Sawyer: op. cit., str. 186-187.

[34] Tako je deci ostavioca, kako u slučaju kada ostavilac nije uopšte bio sačinio zaveštanje, tako i u slučaju kada je delimično raspolagao putem zaveštanja, ali samo ukoliko ostavilac nije izrazio suprotnu nameru ili ukoliko je neuračunavanje proizlazilo iz okolnosti slučaja, uračunavana u zakonski deo ona imovina ili novac koji im je ostavilac dao unapred za života ili prilikom sklapanja braka. Ovo pravilo primenjivano je jedino u pogledu poklona učinjenih deci, ne i daljim potomcima, niti ostalim srodnicima, niti bračnom drugu ostavioca i to pretežno u slučajevima kada se radilo o većem poklonu učinjenom u svrhu zbrinjavanja deteta za života ili njegovog trajnog obezbeđenja, a kada je reč o davanjima učinjenim deci prilikom sklapanja njihovog braka bez obzira na njihovu vrednost ili svrhu. V. s. 47(1)(iii) The Administration of Estates Act 1925. U slučaju delimičnog zakonskog nasleđivanja, odnosno onda kada je ostavilac efektivno raspolagao delom svoje imovine, svakom potomku ostavioca i nadživelom bračnom drugu ostavioca uračunavana je bilo kakva korist koju su oni dobili putem zaveštanja, osim pokretnih stvari iz lične imovine koje su bračnom drugu specijalno ostavljene zaveštanjem. V. s. 49(1)(a), (aaa) The Administration of Estates Act 1925. Ukoliko je bračnom drugu ostavljeno doživotno uživanje, isto se moralo stvarno vrednovati i dodati na drugu imovinu ostavljenu zaveštanjem, ako postoji. Sva napred navedena davanja su smanjivala iznos koji je bračnom drugu mogao pripasti na ime zakonskog legata sa kamatom, ili ga čak u potpunosti iscrpeti, s tim što su bračnom drugu u svakom slučaju pripadala ostala prava na ime zakonskog nasleđivanja (pravo na neraspoređene pokretne stvari iz lične imovine i udeo u ostatku zaostavštine). V. o ovome opširnije kod: Mellows, A. R: op. cit., str. 183-185.; 193-197.; V. i kod: Parry & Clark: op. cit., str. 26-29.

pravu Engleske je došlo do ukidanja zakonskih pravila o uračunavanju, a kao što smo to videli i do prihvatanja perioda za koji bračni drug mora nadživeti ostavioca da bi imao zakonsko nasledno pravo, pri čemu nije došlo do usvajanja samo prve glavne preporuke, koja se odnosila na mogućnost nasleđivanja cele zaostavštine od strane bračnog druga.

Naslednopravne posledice odnosa srodstva, braka i vanbračne zajednice u slučaju postojanja zahteva za izdržavanje iz zaostavštine

Prema The Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act iz 1975. godine postoji nekoliko kategorija lica koja mogu ostvariti odgovarajući zahtev za izdržavanje iz zaostavštine ostavioca, onda kada sud dođe do zaključka da konkretno lice nije dobilo, bilo po zaveštanju, bilo po zakonskom nasleđivanju, ili u kombinaciji navedena dva osnova, odgovarajući novčani iznos iz zaostavštine, te ukoliko nakon ovog zaključka sud u vršenju svog diskrecionog prava utvrdi da li će i na koji način naložiti obezbeđenje za podnosioca zahteva (primereno izdržavanje).[35] U situaciji kada je sačinjeno zaveštanje,[36] u pogledu ocene zaveštaočeve razboritosti primenjuje se objektivna kvalifikacija, što znači da nije relevantno da li je sa subjektivnog stanovišta ostavilac odredio nerazumno obezbeđenje, čineći ili propuštajući da sačini odgovarajuću odredbu u zaveštanju, već da sud treba da proceni objektivnu situaciju do koje je došlo, pri čemu su u zakonu sadržana generalna uputstva u pogledu onoga što bi sud trebalo da uzme u obzir kada procenjuje razumno obezbeđenje. Ova generalna uputstva svode se na procenjivanje finansijskih izvora i potreba koje ima podnosilac zahteva, bilo koji drugi podnosilac zahteva, kao i naslednici ili koje će oni imati u doglednoj budućnosti, sve obaveze i odgovornosti koje je ostavilac imao prema bilo kom podnosiocu zahteva ili nasledniku, veličina i priroda čiste vrednosti zaostavštine, fizičke ili mentalne nesposobnosti bilo kog podnosioca zahteva ili naslednika, te naposletku na procenjivanje bilo kog drugog pitanja, uključujući ponašanje

[35] Zahtev se može podneti u roku od 6 meseci od otvaranja zaostavštine, s tim što sud ima diskreciono ovlašćenje da proširi ovo vremensko ograničenje. Neke od odluka koje sud može doneti povodom podnetog zahteva predstavljaju dodeljivanje periodičnih isplata određene sume novca iz zaostavštine, kao i isplata cele sume podnosiocu zahteva. V. s. 2(1), s. 3(1), s. 20(1) The Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975.

[36] Spomenućemo da ovaj zakon ovlašćuje sud da spreči izigravanje pravila o primerenom izdržavanju koje bi ostavilac mogao da učini i pravnim poslovima za života učinjenim u periodu od šest godina pre smrti. V. s. 10. The Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975.

podnosioca zahteva ili bilo koje druge osobe koje u okolnostima slučaja sud može smatrati relevantnim.[37]

Zahtev može postaviti ostaviočev bračni drug, a od 2004. godine i njegov istopolni partner, koji se u momentu smrti nalazio u punovažnom braku, odnosno istopolnom partnerstvu sa ostaviocem, ali i bračni drug (istopolni partner) sudskim putem rastavljen od stola i postelje,[38] bračni drug (istopolni partner) iz rušljivog braka (istopolnog partnerstva) čiji brak (istopolno partnerstvo) nije poništen(o) pre smrti ostavioca, a naposletku i savesni bračni drug (istopolni partner) koji je zaključio ništav brak (ništavo istopolno partnerstvo), osim ukoliko za života ostavioca brak (istopolno partnerstvo) nije razveden (nije prestalo) ili poništen(o) i ukoliko bračni drug, odnosno istopolni partner za života ostavioca nije sklopio novi brak ili novo građansko partnerstvo.[39] Zakon iz 1975. godine predviđa dva različita standarda u pogledu razumnog finansijskog obezbeđenja, u zavisnosti od toga ko se javlja u svojstvu podnosioca zahteva. Prema standardu „nadživelog bračnog druga ili istopolnog partnera" koji se dakle, primenjuje samo u pogledu ovih kategorija lica, odgovarajuće finansijsko obezbeđenje podrazumeva svako finansijsko obezbeđenje koje bi bilo razumno da bračni drug, odnosno istopolni partner, primi u svim okolnostima slučaja, bez obzira da li je to obezbeđenje neophodno za izdržavanje ovih lica.[40] Spo-

[37] V. s. 3(1)(a-g) The Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975. V. šire o generalnim uputstvima koje sud ima uzeti u obzir prilikom procenjivanja razumnog obezbeđenja kod: Parry & Clark: op. cit., str. 164-169.

[38] Međutim, u skladu sa s. 15(1) The Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975., kao i prema The Civil Partnership Act 2004., Schedule 4, Part 2. - Administration of Estates and Family Provision, koji je primenu ove odredabe u pogledu bračnih drugova proširio i na istopolne građanske partnere - prilikom donošenja odluke o sudskoj separaciji braka, odnosno istopolnog građanskog partnerstva, ili bilo kada nakon donošenja ove odluke, sud može, ukoliko to smatra pravednim, a usled zahteva jednog od bračnih drugova (istopolnih partnera) doneti odluku da drugi bračni drug, odnosno drugi istopolni partner, neće imati pravo na postavljanje zahteva za izdržavanje iz zaostavštine u momentu smrti onog bračnog druga (istopolnog partnera), koji je tražio donošenje ovakve odluke.

[39] V. s. 1(1)(a), s. 25(4) The Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975. V. i The Civil Partnership Act 2004., Schedule 4, Part 2. - Administration of Estates and Family Provision, koji je primenu svih gore spomenutih odredaba u pogledu bračnih drugova proširio i na istopolne građanske partnere.

[40] V. s. 1(2)(a) The Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975. V. i The Civil Partnership Act 2004., Schedule 4, Part 2. - Administration of Estates and Family Provision, koji je primenu ove odredbe proširio i na istopolne građanske partnere. Pravna Komisija br. 61. je opravdala uvođenje ovog novog standarda time da bi pravo nadživelog bračnog druga u porodičnim stvarima trebalo da bude barem jednako onom pravu koje ima razvedeni bračni drug, a da sudsko ovlašćenje da naloži obezbeđenje za nadživelog bračnog druga treba biti jednako široko, koliko i ovlašćenje suda

menuti standard se primenjuje u pogledu svakog zahteva nadživelog bračnog druga (istopolnog partnera), uključujući i onog koji je savesno zaključio ništav brak (istopolno partnerstvo), ali ne i onog koji je sudskom odlukom bio separisan od ostavioca u momentu njegove smrti.[41] Pored napred navedenih generalnih uputstava, postoje i određena konkretna uputstva, koja sud mora uzeti u obzir u slučaju podnošenja zahteva od strane nadživelog bračnog druga (istopolnog partnera): starost podnosioca zahteva i trajanje braka (istopolne partnerske zajednice), doprinos podnosioca zahteva blagostanju porodice ostavioca, uključujući i doprinos poput staranja o kući i porodici, kao i naposletku iznos koji bi podnosilac zahteva mogao razumno očekivati, da je u danu ostaviočeve smrti, brak (istopolno partnerstvo), umesto što je prestao smrću ostavioca, prestao razvodom braka, odnosno odlukom o prestanku zajednice[42] (poslednje navedeno uputstvo se ne pri-

---

da naloži finansijsko obezbeđenje usled razvoda braka. V. Parry & Clark: op. cit., str. 159.

[41] Međutim, na osnovu s. 14. The Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975., te na osnovu The Civil Partnership Act 2004., Schedule 4, Part 2. - Administration of Estates and Family Provision, sud može iskoristiti svoje diskreciono pravo da i u pogledu sudski separisanog bračnog druga (istopolnog partnera) – onda kada je sudska odluka o separaciji bila na snazi i rastavljenost je i dalje trajala u momentu smrti ostavioca - primeni standard nadživelog bračnog druga (istopolnog partnera), pod uslovom da je ostavilac umro u toku 12 meseci od odluke o sudskoj separaciji i ukoliko u momentu ostaviočeve smrti nije bila doneta odluka o dodeljivanju ili odbijanju obezbeđenja u brakorazvodnom postupku za takvog bračnog druga prema The Matrimonial Causes Act 1973., odnosno ukoliko nije bila doneta odluka o dodeljivanju ili odbijanju obezbeđenja za takvog građanskog partnera prema The Civil Partnership Act 2004., (Schedule 5, Part 1- Financial provision in connection with dissolution, nullity or separation).

[42] Uvođenje uputstva imaginarnog razvoda je predloženo od strane Pravne komisije br. 61. da bi se sudu omogućilo da usvoji pristup sličan onom koji je usvojen u proceduri razvoda braka. Zakon iz 1975. godine ne zahteva od suda da ovo uputstvo tretira kao odlučujuće, već kao ono koje postavlja minumum ili maksimum iznosa za podnosioca zahteva. Glavna zamerka izneta u teoriji ovom uputstvu je da ono zanemaruje suštinsku razliku brakorazvodnog postupka i postupka za određivanje porodičnog iznosa, s obzirom na to da je u ovom poslednjem ostavilac preminuo, te se ne može govoriti o postojanju njegovih budućih potreba ili zarada o kojima bi se vodilo računa o brakorazvodnom postupku. Stoga, u slučaju *Re Bunning (1984) Ch. 480* sud je, iako je procenio da bi maksimalan iznos koji bi udovica primila u brakorazvodnom postupku iznosio 36 000 funti, istoj ipak dodelio 60 000 funti. Pravilo koje važi u brakorazvodnim postupcima, prema kojem je ponašanje bračnog druga tokom braka irelevantno u pogledu određivanja iznosa koji dodeljuje sud, takođe se primenjuje i u kontekstu postupaka pokrenutih od strane bračnog druga prema Zakonu iz 1975. godine, s tim što se ipak može pojaviti određeni, manji broj slučajeva, gde će odgovarajuće ponašanje podnosioca zahteva za sud biti relevantno, a usled kojeg podnosilac zahteva neće dobiti razumno finansijsko obezbeđenje, ili će ono predstavljati umanjeni iznos. Tako u slučaju *Re Snoek (1983)* ekstremno okrutno ponašanje žene

menjuje kada je sudska odluka o separaciji bila na snazi i rastavljenost je i dalje trajala u momentu smrti ostavioca, osim ukoliko sud ne iskoristi svoje diskreciono pravo da i u ovom slučaju primeni „standard nadživelog bračnog druga“).[43]

Pravo na podnošenje zahteva ima i ostaviočev bivši bračni drug ili bivši istopolni partner, ukoliko nije stupio u novi brak ili nije zaključio novo registrovano partnerstvo.[44] Pod bivšim bračnim drugom ili bivšim istopolnim partnerom smatra se samo ono lice čiji je brak, odnosno registrovano partnerstvo bio razveden (prestalo) ili poništen(o) od strane sudova Engleske i Velsa. U pogledu zahteva ove kategorije lica sud primenjuje standard izdržavanja, prema kojem razumno finansijsko obezbeđenje podrazumeva svako finansijsko obezbeđenje, koje bi se smatralo razumnim u svim okolnostima slučaja za podnosioca zahteva da dobije na

---

prema njenom mužu tokom poslednjeg perioda njenog braka nije u potpunosti anuliralo njen doprinos dobrobiti porodice u ranijem periodu braka, ali je za sud bilo relevantno, te je on ženi dodelio skroman iznos od 5 000 funti iz zaostavštine muža koja je iznosila 40 000 funti. V. Parry & Clark: op. cit., str. 171-174.

[43] V. s. 3(2) The Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975. V. i The Civil Partnership Act 2004., Schedule 4, Part 2. - Administration of Estates and Family Provision, koji je primenu ove odredbe proširio i na istopolne građanske partnere. U slučaju *Re Besterman (1984) Ch. 458* supruga je podnela zahtev za iznos koji joj se trebao dodeliti iz zaostavštine njenog supruga. Supružnici su bili u braku 18 godina, supruga je imala 66 godina i bila verna i vredna žena, a ostavilac joj je zaveštanjem ostavio pokretne stvari iz lične imovine i godišnji prihod od 3 500 funti doživotno, pri čemu je glavni naslednik bio Oksford Univerzitet koji je priznao da je dato obezbeđenje bilo neadekvatno za udovicu milionera, s obzirom da je neto vrednost zaostavštine iznosila preko 1 400 000 funti. Prvostepeni sud je rukovođen standardom izdržavanja odredio sumu od 238 000 funti, ali je Apelacioni sud povisio ovaj iznos na 378 000 funti, s obzirom na to da se razuman iznos morao meriti prema „standardu nadživelog bračnog druga“ (tj. razuman iznos sa suprugu u svim okolnostima), a ne standardom izdržavanja (tj. razuman iznos za izdržavanje supruge). Osim toga, suma koju je odredio prvostepeni sud nije bila slična onoj koju bi supruga mogla opravdano očekivati u slučaju imaginarnog razvoda braka, kao što nije uzimala u obzir ni potrebu supruge da se ublaže moguće neizvesnosti u budućnosti, poput lošeg zdravstvenog stanja. V. Parry & Clark: op. cit., str. 173.; V. i kod: Caroline Sawyer: op. cit., str. 369-370.

[44] Međutim, prilikom donošenja odluke o razvodu (prestanku) i poništaju braka, odnosno istopolnog građanskog partnerstva, ili bilo kada nakon donošenja ovih odluka, sud može, ukoliko to smatra pravednim, a usled zahteva jednog od bračnih drugova (istopolnih partnera) doneti odluku da drugi bračni drug, odnosno drugi istopolni partner, neće imati pravo na postavljanje zahteva za izdržavanje iz zaostavštine u momentu smrti onog bračnog druga (istopolnog partnera), koji je tražio donošenje ovakve odluke. V. s. 1(1)(b)., s. 15(1) The Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975. V. i The Civil Partnership Act 2004., Schedule 4, Part 2. - Administration of Estates and Family Provision, koji je primenu ovih odredaba u pogledu bračnih drugova proširio i na istopolne građanske partnere.

ime svog izdržavanja,[45] s tim što sud ipak može odlučiti da u određenim situacijama primeni standard nadživelog bračnog druga (istopolnog partnera).[46] Sva prethodno spomenuta posebna uputstva u pogledu zahteva ostaviočevog bračnog druga (istopolnog partnera) primenjuju se i u pogledu bivšeg bračnog druga (istopolnog partnera), sem uputstva o imaginarnom razvodu, s tim što se i ono može primeniti, ukoliko sud odluči da primeni standard nadživelog bračnog druga.[47] Važnu stavku prilikom odlučivanja suda u pogledu zahteva bivšeg bračnog druga (istopolnog partnera) predstavljaće iznos koji im je dodeljen u samom brakorazvodnom postupku, odnosno u postupku prestanka građanskog partnerstva, te se u teoriji navodi da će postojati relativno mali broj slučajeva u kojima će podnosilac zahteva iz ove kategorije uspeti u svom zahtevu za izdržavanje iz zaostavštine.[48]

U skladu sa rezultatima izveštaja Pravne Komisije br. 187. iz 1989. godine, u kojem se između ostalog preporučilo da vanbračne partnere različitog pola ne bi trebalo obezbediti prema pravilima zakonskog nasleđivanja, već da bi im trebalo pružiti obezbeđenje odgovarajućim po-

---

[45] V. s. 1(2)(b) The Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975

[46] Na osnovu s. 14. The Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975., te na osnovu The Civil Partnership Act 2004., Schedule 4, Part 2. - Administration of Estates and Family Provision, sud može iskoristiti svoje diskreciono pravo da i u pogledu bivšeg bračnog druga (istopolnog partnera) primeni standard nadživelog bračnog druga (istopolnog partnera), pod uslovom da je ostavilac umro u toku 12 meseci od konačne odluke o razvodu (prestanku građanskog partnerstva) ili poništaju braka (građanskog partnerstva) i ukoliko u momentu ostaviočeve smrti nije bila doneta odluka o dodeljivanju ili odbijanju obezbeđenja u brakorazvodnom postupku za takvog bračnog druga prema The Matrimonial Causes Act 1973., odnosno ukoliko nije bila doneta odluka o dodeljivanju ili odbijanju obezbeđenja za takvog građanskog partnera prema The Civil Partnership Act 2004. (Schedule 5, Part 1 - Financial provision in connection with dissolution, nullity or separation).

[47] V. s. 3(2) The Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975. V. i The Civil Partnership Act 2004., Schedule 4, Part 2. - Administration of Estates and Family Provision, koji je primenu ove odredbe proširio i na istopolne građanske partnere.

[48] Tako je na primer bilo u slučaju *Re Fullard (1982) Fam. 42.,* gde podnosilac zahteva – bivši bračni drug nije uspeo sa svojim zahtevom za dodeljivanje iznosa iz zaostavštine, zbog već dodeljenog joj iznosa u brakorazvodnom postupku. Međutim, to ne mora uvek biti pravilo. U slučaju *Re Farrou* (1987) *1. F.L.R. 205*. nadživelom bivšem bračnom drugu su u okviru brakorazvodnog postupka dodeljene periodične isplate na ime izdržavanja, pri čemu je do smrti ostavioca koji nije sačinio zaveštanje, došlo u roku od nepunih godinu dana nakon toga, te je zbog kratkog vremenskog perioda u kojem je vršeno ovo periodično isplaćivanje, zahtev nadživelog bivšeg bračnog druga za dodeljivanje iznosa iz zaostavštine usvojen. U teoriji se navodi da će i u slučaju kada se radi o bivšim bračnim drugovima kao podnosiocima zahteva, sud smatrati irelevantnim ponašanje strana koje je dovelo do prekida braka, osim u manjem broju slučajeva gde bi ono bilo relevantno i prilikom određivanja finansijskog iznosa u brakorazvodnim parnicama. V. Parry & Clark: op. cit., str. 176-177.; V. i kod: Caroline Sawyer: op. cit., str. 347-348.

rodičnim iznosom, The Law Reform (Succession) Act iz 1995. godine je u odnosu na već postojeće kategorije lica koja su imala pravo na podnošenje zahteva za izdržavanje i prema Zakonu iz 1975. godine, dodao i kategoriju vanbračnih partnera, da bi The Civil Partnership Act iz 2004. godine primenu ove odredbe proširio i na istopolne partnere. Naime, ukoliko ostavilac umre na dan ili posle 01. 01. 1996. godine (kada je reč o vanbračnim partnerima različitog pola) ili nakon 2004. godine (kada je reč o istopolnim partnerima), zahtev za izdržavanje može podneti i bilo koje lice (koje nije lice iz prethodne dve spomenute kategorije), koje je živelo u zajedničkom domaćinstvu sa ostaviocem tokom celog perioda od dve godine koji je okončan neposredno pre smrti ostavioca, i to kao njegov muž ili žena, dakle kao njegov vanbračni partner različitog pola, ili kao njegov istopolni partner.[49] U pogledu zahteva ovih lica, primenjuje se standard izdržavanja, pri čemu posebna uputstva koja sud ima uzeti u obzir predstavljaju godine vanbračnog, odnosno istopolnog partnera i dužina perioda tokom kojeg je vanbračni (istopolni) partner živeo kao bračni drug, odnosno istopolni partner ostavioca u zajedničkom domaćinstvu sa njim, kao i doprinos vanbračnog (istopolnog) partnera dobrobiti porodice ostavioca, uključujući i doprinos u vidu brige oko kuće i porodice.[50] Uslov „da je vanbračni partner živeo kao muž ili žena ostavioca" je unet po preporuci Pravne komisije, a koji je sličan definiciji vanbračnih partnera koji se koristi u The Fatal Accidents Act iz 1976. godine.[51] U teoriji je svojevremeno izneto mišljenje da su pod navedenom kategorijom podrazumevani samo vanbračni partneri različitog pola, koje se zasnivalo na činjenici da to proizlazi i iz same formulacije „da su živeli kao muž i žena", te su stoga, sve do izjednačenja pravnih dejstava registrovanih istopolnih zajednica sa brakom, do kojeg je došlo 2004. godine, istopolni partneri eventualno mogli isticati zahtev za izdržavanje iz zaostavštine ostavioca samo u okviru jedne druge

[49] V. s. 1(1)(ba) 1 (A) Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975. V. i The Civil Partnership Act 2004., Schedule 4, Part 2. - Administration of Estates and Family Provision, koji je primenu ove odredbe u pogledu vanbračnih partnera različitog pola proširio i na istopolne partnere.

[50] V. Parry & Clark: op. cit., str. 177.

[51] U teoriji se kao sporno pojavilo značenje spomenutog uslova. Tako je u slučaju *Re Watson* (1999) 1 F.L.R. 878. Neuberger J. izneo mišljenje da sredovečni par koji je živeo zajedno, ali spavao u odvojenim sobama, ispunjava prethodno spomenuti uslov, te da dvogodišnji period zajedničkog života nije osporen kratkotrajnim periodom hospitalizacije ostavioca neposredno pred njegovu smrt, kao i da bi sud uvek trebao da se zapita da li se po mišljenju razumne osobe sa normalnim opažanjima može reći da dvoje ljudi žive kao muž i žena, pri čemu se prilikom razmatranja ovog pitanja ne sme ignorisati raznolika priroda bračnih odnosa. V. Parry & Clark: op. cit., str. 178.

kategorije podnosilaca zahteva - ukoliko su neposredno pred smrt ostavioca bili u potpunosti ili delimično izdržavani od strane ostavioca.[52]

Pravo na postavljanje zahteva pripada i krvnim srodnicima prave nishodne linije srodstva, dakle detetu ostavioca[53] (odnosno preciznije bilo kom potomku),[54] pod kojim se podrazumeva pre svega njegovo maloletno bračno, vanbračno ili usvojeno dete, ali i njegovo punoletno dete, u pogledu čijih zahteva se takođe primenjuje standard izdržavanja. Ukoliko se radi o maloletnom detetu, posebno uputstvo koje sud treba uzeti u obzir predstavlja način na koji je podnosilac zahteva stekao ili način na koji se može očekivati da bi on stekao obrazovanje ili obučavanje, što će takođe biti relevantno i u pogledu zahteva odraslog deteta, ukoliko ga je ostavilac izdržavao u procesu sticanja određenog obrazovanja ili profesionalne obuke,[55] pri čemu, treba uzeti u obzir i generalna uputstva, u smislu postojanja fizičke ili mentalne nesposobnosti punoletnog deteta za izdržavanje ili njegove ozbiljne hendikepiranosti u pogledu sposobnosti privređivanja, kao i u smislu eventualnih obaveza i odgovornosti ostavioca prema odraslom detetu, koji je primera radi, morao da napusti posao da bi se starao o ostaviocu tokom bolesti ili starosti.[56]

Pravo na postavljanje zahteva ima i bilo koje lice (maloletno ili punoletno) koje nije dete ostavioca, dakle i pastorci kao tazbinski srodnici

---

[52] Navedeno mišljenje se oslanja na slučaj *Fitzpatrick v. Stirling Housing Association (2001) 1. A..C.27*., gde su članovi Gornjeg Doma jednoglasno smatrali da su reči „kao njegova... žena ili muž" u The Rent Act iz 1977. godine bile polno određene, te da se nisu mogle primenjivati na istopolni odnos. V. Parry & Clark: op. cit., str. 178.

[53] V. s. 1(1)c The Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975

[54] V. u tom smislu: Caroline Sawyer: op. cit., str. 349.

[55] V. s. 3(3) The Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975. Za malo dete nisu potrebne posebne okolnosti da bi isto moglo podneti zahtev, zato što ono ima moralna i materijalna prava prema svojim roditeljima. Tako je u slučaju *Re Robinson (2001) W.T.L.R. 267.* ostavilac dva puta bio u braku i imao dvoje dece sa svojom prvom ženom, kao i jedno dete i pastorka iz braka sa drugom ženom. Nije ostavio zaveštanje, pa je njegova druga žena nasledila gotovo celu njegovu zaostavštinu. Odlučeno je da iznos za njegovu decu iz prvog braka zavisi prosto od njihovih potreba izdržavanja. V. Parry & Clark: op. cit., str. 182.

[56] U teoriji se navodi da će do usvajanja zahteva odrasle dece koja su u stanju da privređuju i samostalno se izdržavaju retko doći (*Re Coventry (1980) Ch. 461)*. Do usvajanja zahteva odrasle dece najčešće će doći u slučajevima kada je dete po sporazumu radilo za roditelja, u kom slučaju se smatra da postoji jasna moralna obaveza ostavioca prema ovakvom detetu (*Re Abram (1996) 2. F.L.R. 379.); (Re Pearce (1998) 2.F.L.R. 705.);* ili u slučajevima koji se odnose na izvor zaostavštine (kao što je slučaj *Re Espinosa v. Bourke (1999) 1.F.L.R. 747)* gde je majka ostavila svoju zaostavštinu ocu, očekujući da će istu potom naslediti dete, odnosno očekujući da će otac uraditi ono što je mislila da su njihove zajedničke namere, te gde se stoga takođe smatralo da postoji moralna obaveza prema detetu. V. Parry & Clark: op. cit., str. 179-181.

ostavioca, a koje je ostavilac u slučaju bilo kog njegovog braka ili registrovanog građanskog partnerstva u kojem se on nalazio, tretirao kao dete porodice u odnosu na taj brak, odnosno u odnosu na to registrovano partnerstvo,[57] u pogledu kojih zahteva će se primenjivati standard izdržavanja. Pored načina na koji je podnosilac zahteva stekao ili načina na koji se može očekivati da bi on stekao obrazovanje ili obučavanje, u pogledu ove kategorije lica postoje još tri posebna uputstva koje sud ima uzeti u obzir: da li je ostavilac preuzeo bilo kakvu obavezu u pogledu njihovog izdržavanja i ukoliko jeste, obim i osnov te obaveze, kao i vremenski period u toku kojeg je istu ispunjavao, da li je ostavilac prilikom preuzimanja i ispunjavanja ove obaveze znao da podnosilac zahteva nije njegovo rođeno dete, te naposletku odgovornost bilo koje druge osobe da izdržava podnosioca zahteva.[58]

Naposletku, pravo na postavljanje zahteva ima i bilo koje lice, koje je neposredno pred smrt ostavioca bilo izdržavano od strane ostavioca u potpunosti ili delimično, pri čemu trajanje minimalnog perioda izdržavanja pre smrti ostavioca nije propisano. Ova kategorija nije ograničena na srodnike ostavioca, ili članove njegovog domaćinstva, već može da podrazumeva bilo koje lice, u odnosu na koje ostavilac nije imao zakonsku obavezu izdržavanja, pod uslovom da ne ulazi ni u jednu od prethodno navedenih kategorija potencijalnih podnosilaca zahteva.[59] Lice će se smatrati izdržavanim samo ukoliko je ostavilac, izuzev u slučaju pune materijalne nadoknade, znatno doprinosio u novcu ili vrednosti koja

---

[57] V. s. 1(1)d The Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975. V. i The Civil Partnership Act 2004., Schedule 4, Part 2. - Administration of Estates and Family Provision, koji je primenu ove odredbe proširio i na dete, koje je ostavilac tretirao kao dete porodice u odnosu na bilo koje registrovano građansko partnerstvo u kojem se nalazio. U teoriji se navodi da nije dovoljno da je ostavilac pokazivao samo naklonost, ljubaznost ili gostoljubivost prema pastorku, već da je izričito ili prećutno zauzeo poziciju roditelja sa svim pravima i obavezama koja proizlaze iz tog odnosa. V. Caroline Sawyer: op. cit., str. 351-352.

[58] V. s. 3(3)(a-c) The Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975. U slučaju *Re Callaghan (1985) Fam.1. at p. 6.* podnosilac zahteva imao je 35 godina kada se njegova majka udala za ostavioca. Ostavilac je podnosioca zahteva tretirao kao dete porodice u vezi sa ovim brakom, vršeći ulogu dede njegovoj deci, verujući mu u pogledu svoje imovine i finansijskih pitanja i oslanjajući se na njegovu brigu tokom njegove poslednje bolesti. Ostavilac je umro bez zaveštanja, što znači da podnosilac zahteva prema pravilima zakonskog nasleđivanja nije trebao ništa da nasledi iz zaostavštine vrednosti 31 000 funti. Sud je međutim podnosiocu zahteva dodelio odgovarajući iznos na ime izdržavanja u vrednosti od 15 000 funti, pogotovo što je imovina ostavioca izvedena od majke podnosioca zahteva (koja je umrla pre ostavioca), a koja je tu imovinu stekla poklonom od strane dede podnosioca zahteva sa očeve strane. V. Parry & Clark: op. cit., str. 183-184.

[59] V. s. 1(1)e The Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975

se može izraziti u novcu, zadovoljenju razumnih potreba podnosioca zahteva.[60] U pogledu ove kategorije podnosilaca zahteva primenjuje se standard izdržavanja, a posebno uputstvo koje sud mora imati u vidu se odnosi na obim preuzete odgovornosti izdržavanja podnosioca zahteva od strane ostavioca, osnov njenog zasnivanja, kao i vremenski period njenog izvršavanja.[61] Spomenućemo da je postojanje vanbračnih zajednica u najvećoj meri uticalo na uvođenje navedene kategorije podnosilaca zahteva, koji su dakle pravo na izdržavanje mogli ostvarivati po ovom osnovu, sve do donošenja Zakona iz 1995. godine, kada su svrstani u posebnu kategoriju podnosilaca zahteva, te koji stoga, od tog momenta, ova svoja prava mogu ostvarivati pod drugačijim (gore navedenim) uslovima.[62]

---

[60] V. s. 1(3) The Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975

[61] V. s. 3(4) The Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975

[62] U teoriji je izneto mišljenje da novo zakonsko rešenje iz 1995. godine, prema kojoj su vanbračni partneri svrstani u posebnu kategoriju podnosilaca zahteva, na mnogo bolji način omogućuje zaštitu vanbračnih partnera u slučaju smrti jednog od njih. Naime, u pravnoj teoriji su na račun Pravne Komisije br. 61. na čiji je predlog došlo do uvođenja zakonskog rešenja o kategoriji izdržavanih lica kao podnosilaca zahteva, svojevremeno iznete ozbiljne kritike u smislu da je ona propustila da obrazloži kako bi trebalo rešiti problem interakcije finansijske zavisnosti i brige. Naime, ako se od podnosioca zahteva traži da je bio zavisan od ostavioca, onda onaj podnosilac zahteva koji je konstantno vodio brigu o ostaviocu, a pritom dobijao po vrednosti manje izdržavanje od ostavioca, neće moći ostvariti svoj zahtev. Posledice ovoga često su dovodile do rezultata koji su mnogi smatrali nepravičnim, jer on stavlja u bolji položaj one koji su „živeli na tuđi račun", te čiji je doprinos bio manji od doprinosa ostavioca, naspram onih čiji je doprinos bio veći ili jednak doprinosu ostavioca, te čije je ponašanje povlačilo bolji moralni osnov prema zaostavštini ostavioca. Tako je u slučaju *Re Willkinson (1978) Fam. 22.* ostaviteljica živela sa svojom sestrom, plaćala joj sve troškove domaćinstva, pri čemu je sestra obavljala deo poslova u domaćinstvu. Sud je uvažio zahtev sestre, s obzirom na to da je procenio da ona nije pružila punu materijalnu naknadu za smeštaj i hranu koju joj je obezbedila ostaviteljica, odnosno da je finanasijska vrednost rada podnosioca zahteva oko kuće, bila manja od vrednosti smeštaja koji joj je obezbeđivala sestra kao ostaviteljica. Kasnije su sudovi počeli da zauzimaju drugačiji pristup povodom ovog spornog pitanja. Primer za to je slučaj *Bishop v. Plumley (1991) 1.W.L.R. 582.*, gde se radilo o zahtevu vanbračnog partnera iz vanbračne zajednice koja je trajala deset godina. Nadživeli vanbračni partner je od 1981. godine pružao negu i brigu obolelom vanbračnom partneru. Ostavilac nije izmenio svoje zaveštanje sastavljeno 1974. godine, kojim je svoju zaostavštinu ostavio sinu i kćerki. Na odluku suda prema kojoj zahtev vanbračnog partnera za izdržavanje iz zaostavštine nije usvojen, obrazložen time da je briga i nega koju je podnosilac zahteva pružio ostaviocu činila punu vrednost naknade za besplatan smeštaj koji je podnosiocu zahteva pružio ostavilac, podnosilac zahteva se žalio. Povodom ove žalbe, Apelacioni sud je zauzeo suprotan stav prema kojem nega, briga i pažnja podnosioca zahteva pružena ostaviocu, čak i kada je ona bila izuzetna, nije konstituisala punu vrednost naknade u ovim okolnostima, te da se ista ne može posmatrati odvojeno od međusobne ljubavi i podrške para koji je živeo zajedno, što znači da je ista predstavljala deo njihovih uzajamnih odnosa u celini. V. opšir-

Zaključna razmatranja

Za razliku od evropsko-kontinentalnih prava, koja poznaju ustanovu nužnog dela kao neposredno ograničenje slobode zaveštanja, a u kojima se krug nužnih naslednika određuje na način koji podrazumeva redukovanje kruga zakonskih naslednika, što znači da nužni naslednik nikada ne može biti lice koje istovremeno ne ulazi u krug zakonskih naslednika, te u kojima i naslednopravne posledice odnosa srodstva, bračne i vanbračne veze prilikom ostvarivanja nužnih naslednih prava, ne isključivo, ali svakako u velikoj meri zavise od položaja koji konkretan srodnik, bračni ili vanbračni partner imaju prema pravilima zakonskog nasleđivanja, ovo nije slučaj u pravu Engleske, koje ne poznaje institut nužnog dela, već posredno ograničenje slobode zaveštanja, koje se ostvaruje u vidu ostvarivanja prava na izdržavanje iz zaostavštine. U ovom pravu, krug potencijalnih podnosilaca zahteva za izdržavanje iz zaostavštine ostavioca je širi od kruga zakonskih naslednika, s obzirom da u isti ne ulaze samo lica koja ulaze i u krug zakonskih naslednika, kao što su potomci - krvni i adoptivni, bračni drug, istopolni građanski partner, preci zaključno sa drugim stepenom srodstva, te svi potomci roditelja i deda i baba kao pobočni srodnici ostavioca, već se pravna relevantost priznaje i nekim drugim činjenicama, koje nisu pravno relevantne kada je reč o zakonskom nasleđivanju, a to su činjenica bračne veze (registrovane istopolne zajednice) koja je prestala, činjenica faktičke vanbračne zajednice između partnera različitog ili istog pola, činjenica krvnog srodstva u stepenima koji ne predstavljaju osnov pozivanja na zakonsko nasleđivanje, kao i činjenica tazbinskog srodstva.

U slučaju kada bilo ko od spomenutih lica nije primio odgovarajuće novčano obezbeđenje iz zaostavštine ostavioca, visinu primerenog izdržavanja će u svakom konkretnom slučaju, za jednog ili više njih, odrediti sud, što istovremeno znači da između navedenih lica ne postoji nekakav redosled, odnosno prioritet u ostvarivanju ovog prava, niti unapred određen iznos koji im bi im na osnovu ovog njihovog prava pripadao, kao što je to slučaj sa nužnim naslednicima u evropsko-kontinentalnom sistemu prava, te se na osnovu prethodno navedenog ne može govoriti o postojanju prednosti jedne ili druge kategorije, odnosno konkretno, kada je reč o predmetu našeg interesovanja, o boljem ili lošijem položaju pojedinih srodnika ili bračnog druga, odnosno vanbračnog partnera u ostvarivanju ovih prava. Ono što bi se ipak moglo zaključiti

---

nije o kategoriji izdržavanih lica kod: Parry & Clark: op. cit., str. 184-189. V. i kod: Caroline Sawyer: op. cit., str. 352-358.

iz načina normiranja kruga lica, kao potencijalnih podnosilaca zahteva za izdržavanje iz zaostavštine ostavioca, kao i uslova pod kojima oni mogu ostvariti ovo pravo je da je u pravu Engleske na približno jednak način prisutno uvažavanje činjenice krvnog, tazbinskog i adoptivnog srodstva u pravoj nishodnoj liniji i bračne veze, odnosno heteroseksualne i istopolne vanbračne zajednice, te da činjenici srodstva u pravoj ushodnoj i pobočnoj liniji nije dat značaj kao prethodno navedenim činjenicama, imajući u vidu činjenicu da ove linije srodstva ne predstavljaju samostalan osnov za ostvarivanje prava na izdržavanje iz zaostavštine, ukoliko ovakvo srodstvo nije istovremeno bilo praćeno postojanjem izdržavanjem u određenom vremenskom periodu od strane ostavioca. Pritom, moglo bi se zaključiti da je pravo Engleske prilikom normiranja ostvarivanja prava na izdržavanje iz zaostavštine, u najvećoj meri nastojalo osigurati ostaviočevog bračnog druga, odnosno njegovog registrovanog istopolnog partnera, koji evidentno imaju povoljniji naslednopravni položaj od bilo koje druge kategorije podnosilaca ovakvih zahteva, pa čak i od potomaka ostavioca, uzimajući u obzir pre svega povoljniji tretman pod kojima mogu ostvariti pravo na izdržavanje iz zaostavštine, u smislu da oni razumno mogu očekivati više od ostalih (standard nadživelog bračnog druga/istopolnog partnera). Stoga, ono što može biti razumno obezbeđenje za ostala lica, za bračnog druga, odnosno istopolnog partnera iz registrovane zajednice, možda neće predstavljati razumno obezbeđenje, tako da oni prema tome, imaju bolje mogućnosti u pogledu ostvarivanja većeg iznosa izdržavanja iz zaostavštine.

I u situaciji kada se primenjuju pravila zakonskog nasleđivanja, dakle, kada se ne radi o ostvarivanju prava na izdržavanje iz zaostavštine, osnovne karakteristike odnosa srodstva, braka i vanbračne zajednice ogledaju se u posebno jakom naslednopravnom položaju bračnog druga (registrovanog istopolnog partnera) u odnosu na naslednopravni položaj srodnika ostavioca, s obzirom na činjenicu da bračnom drugu (registrovanom istopolnom partneru) na nasleđe može konkurisati uži krug srodnika, koji obuhvata potomke ostavioca i njegove roditelje, kao i njihove potomke po pravu predstavljanja (i to samo ako se radi o punorodnim pobočnim srodnicima), uz isključenje svih ostalih srodnika ostavioca kao potencijalnih zakonskih naslednika iz mogućnosti pozivanja na nasleđivanje, kao i s obzirom na činjenicu da će (imajući u vidu izložena zakonska rešenja o visini pripadajućeg mu prava na zakonski legat) se on, čak i u slučaju prethodno spomenute konkurencije, praktično u najvećem broju slučajeva javiti kao jedini naslednik zaostavštine.

Međutim, prethodno navedene karakteristike odnosa srodstva, braka i vanbračne zajednice koje proizlaze iz pravila zakonskog nasleđivanja ne

moraju predstavljati pravilo. Naime, za razliku od evropsko-kontinentalnih prava u kojima ovo nikada ne može biti slučaj, u pravu Engleske, postojanje situacije kada ne postoji zaveštanje, a kada sud zaključi da pravila zakonskog nasleđivanja neće obezbediti razumno finansijsko obezbeđenje za konkretnog zakonskog naslednika kao podnosioca zahteva, odnosno da nepostojanje iznosa za podnosioca zahteva prema pravilima zakonskog nasleđivanja neće obezbediti razumno finansijsko obezbeđenje, jer isti ni ne ulazi u krug potencijalnih zakonskih naslednika, te kada usled toga dodeli nekom od spomenutih lica određeni iznos iz zaostavštine ostavioca, u velikoj meri može izmeniti naslednopravni položaj kako bračnog druga, odnosno njegovog registrovanog istopolnog partnera, tako i srodnika kao zakonskih naslednika. Dakle, naslednopravne posledice odnosa srodstva, braka i vanbračne zajednice u pravu Engleske, u slučaju zakonskog nasleđivanja, kada ima uslova i za primenu odredaba The Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act 1975. godine mogu biti drugačije od spomenutih naslednopravnih posledica odnosa analiziranih činjenica, koje postoje u slučaju kada nema uslova za primenu odredaba prethodno spomenutog zakona. Tako, spomenuto dejstvo činjenice, prema kojem visina zakonskog legata koji bračnom drugu (istopolnom partneru) ostavioca pripada na ime njegovih zakonskih naslednih prava može iscrpeti celu zaostavštinu i dovesti u pitanje mogućnost srodnika koji bračnom drugu (registrovanom istopolnom partneru) inače mogu konkurisati u zakonskim naslednim pravima, da ih zaista i ostvare, može biti ublaženo mogućnošću usvajanja zahteva za izdržavanje od strane ovakvih srodnika – bilo kog ostaviočevog potomka[63] (krvnog ili adoptivnog) ili roditelja, odnosno njihovih potomaka kao punorodnih pobočnih srodnika ostavioca, pri čemu poslednje navedeni srodnici ovaj zahtev mogu podneti samo po osnovu činjenice izdržavanja od strane ostavioca. Štaviše, naslednopravni položaj bračnog druga (registrovanog istopolnog partnera) kao zakonskog naslednika može biti u određenoj meri oslabljen i u slučaju zahteva za izdržavanje od strane lica koja bračnom drugu (registrovanom istopolnom partneru) uopšte ne mogu konkurisati prema pravilima zakonskog nasleđivanja, što će biti slučaj kada dođe do usvajanja zahteva pastoraka ostavioca,[64] ili eventualno zahteva bivšeg bračnog druga (bivšeg istopolnog partnera) koji nisu stupili u novi brak ili registrova-

[63] V. u ovom smislu slučaj *Re Robinson (2001) W.T.L.R. 267.;* naveden kod Parry & Clark: op. cit., str. 182.; kao i slučaj *Re Collins (1990) Fam.56*. naveden kod Caroline Sawyer: op. cit., str. 350.

[64] V. u ovom smislu slučaj *Re Callaghan (1985) Fam.;* naveden kod Parry & Clark: op. cit., str. 183-184.

no istopolno partnerstvo, ostalih srodnika, kako onih koji ulaze u krug potencijalnih zakonskih naslednika, tako i onih koji uopšte ne ulaze u ovaj krug, a po osnovu činjenice izdržavanja od strane ostavioca, kao i bilo kog drugog lica, takođe po osnovu činjenice izdržavanja od strane ostavioca. Na isti ovaj način i položaj bilo kojih srodnika ostavioca kao zakonskih naslednika koji su u konkretnom slučaju pozvani na nasleđivanje, može biti pogoršan usled usvajanja zahteva za izdržavanje od strane nekih drugih srodnika ostavioca koji ulaze u krug potencijalnih zakonskih naslednika daljih naslednih redova, svih po osnovu činjenice izdržavanja od strane ostavioca, ili u slučaju usvajanja zahteva za izdržavanje podnetih od strane lica koji srodnicima uopšte ne mogu konkurisati prema pravilima zakonskog nasleđivanja - pastoraka ostavioca, njegovog bivšeg bračnog druga (bivšeg istopolnog partnera), heteroseksualnog ili istopolnog vanbračnog partnera ostavioca, ostalih srodnika, koji ne ulaze u krug potencijalnih zakonskih naslednika, a po osnovu činjenice izdržavanja od strane ostavioca, kao i bilo kog drugog lica, takođe po osnovu činjenice izdržavanja od strane ostavioca.

Na osnovu svega iznetog, moglo bi se zaključiti da su u pravu Engleske naslednopravne posledice odnosa srodstva, braka i vanbračne zajednice u velikoj meri kompleksne. Složenost odnosa spomenutih osnova pozivanja na nasleđe proizlazi iz činjenice da se naslednopravne norme koje regulišu zakonsko nasleđivanje u ovom pravu ne mogu posmatrati izolovano od onih normi koje regulišu pravo na izdržavanje iz zaostavštine ostavioca, te da ove norme sa aspekta predmeta našeg istraživanja čine jednu nerazdvojnu celinu. Imajući u vidu odredbe zakona ove države, kojima se pravo na postavljanje zahteva za izdržavanje iz zaostavštine omogućuje ne samo u slučaju nepostojanja odgovarajućeg novčanog iznosa iz zaostavštine ostavioca po zaveštanju ostavioca, već i u slučaju nepostojanja ovakvog iznosa i po zakonskom nasleđivanju, te imajući u vidu široko postavljen krug lica kojima zakon omogućuje ovo pravo, može se pretpostaviti da naslednopravni položaj bračnog druga, odnosno njegovog registrovanog istopolnog partnera, te naslednopravni položaj srodnika, u velikom broju slučajeva neće ostati identičan onom položaju koji navedene kategorije naslednika inače imaju prema pravilima zakonskog nasleđivanja. Moglo bi se reći da je naslednopravni položaj bilo koje kategorije zakonskih naslednika u pravu Engleske u određenoj meri elastičan, usled čega se i naslednopravne posledice odnosa srodstva, braka i vanbračne zajednice ponekad mogu razlikovati od slučaja do slučaja, što se, čini se javlja kao direktna posledica težnje zakonodavstva Engleske ka prilagodljivosti što većem broju životnih naslednopravnih situacija.

Jelena Vidić, LL.M., Assistant
Novi Sad Faculty of Law

Inheritance law effects of kinship, marriage and cohabitation in the law of England

Abstract

One of the greatest problems that the creators of the new legal order in Europe are facing are the differences that are present between the Anglo-American Common Law legal system that has been developed in England and the European Continental Law system. These differences, on one hand, concern the concept itself and on the other hand specific normative solutions. Therefore, it is very important to compare the legislations that exists within certain legal systems in relation to the effect of kinship, marriage and cohabitation in formulating the rules of intestacy and forced heirship. This article being a subject of longterm legal research, firstly tackles the matter of the legal position of a spouse, unmarried partner or relatives as heirs of the deceased in the Law of England, i.e. specific effect that marriage, kinship and cohabitation as legal facts have on creation of intestacy and forced heirship rights in the legislation. A matter of further analysis will be the legal regulation of the above mentioned issue in the laws of the Continental legal system. Finally, there is a synthesis providing a comparison of analysed legal systems, implying the present differences, but also certain merging tendencies that exist between them.

Originalni naučni rad 340.12:340.131

Mr Dragana Ćorić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

RECEPCIJA AUSTRIJSKOG (GERMANSKOG) KONCEPTA ZAŠTITE STEČENIH PRAVA U SRPSKOJ PRAVNOJ NAUCI

Sažetak: *srpska pravna nauka beleži puna dva veka recepcije različitih uticaja u svojoj pravnoj nauci, no krajem 19 i početkom 20 veka u oblasti temporalnog prava i zaštite stečenih prava, naizmenično su prihvatane ili kritikovane austrijska ili francuska koncepcija.*

Sama tematika retroaktivnosti, tj povratnog dejstva propisa je bila malo razrađena u srpskoj pravnoj nauci.Kao formalni početak ovih razmatranja može se uzeti 1805. godina i prvi ustavni projekat Božidara Grujovića, pod nazivom „Slovo".Sledeća značajna studija, koja je bila najobuhvatnija i decidno se bavila samo ovom problematikom je usledila više od 80 godina kasnije, tačnije tek 1888.godine i unela je prilično revolucinarna shvatanja za to vreme. Pokušaj Žarka Miladinovića iz 1926 da monografijom dosegne uspeh Geršićeve studije je ostao uglavnom na poziciji pokušaja, izuzev dela u kom je definisao principe zaštite stečenih prava, ali na postavkama austrijske pravne nauke.

Ključne reči: *stečena prava,Gligorije Geršić, Žarko Miladinović, Živojin Perić, Đorđe Tasić, Toma Živanović*

Uvodne napomene

Stečena prava,kao prava ili obaveze koji su stečeni, realizovani ili na drugi način dobijeni za vreme važenja jednog prava su poseban koncept koji je prisutan u pravnoj teoriji ,valjda od samih prapočetaka stvaranja prava. Jedina razlika je u izvoru tih stečenih pava, jer neki autori su ih posmatrali kao isključivo zakonska prava (koja je ustanovio zakon) a neki

pak, kao prava koja je zakon samo prepoznao i prihvatio a ona već postoje u stvarnom svetu (prirodna prava)

Sama teorija i koncept stečenih prava su neraskidivo povezani sa principom (ne)retroaktivnosti,čija sadržina i posledice su predmet izučavanja pravnika i drugih stručnjaka još u prvobitnim pravnim izvorima. Retroaktivnost, koja podrazumeva mogućnost važenja jednog propisa ne samo *pro futuro*, već i unazad- *retro agere*, je tako shvatana kao „najveći atentat koji zakon može da učini" i prava subjekata bila bi podložni stalnim,svojevoljnim promenama koje država u okviru vršenja diskrecione vlasti ,čini.Ustanovljavanjem važnosti nekog propisa unazad,u vreme kada on nije ni postojao, je na neki način *contradictio in adiecto*,jer se potencira kažnjavanje lica koja su u određenom vremenskom periodu ponašala shodno tada postojećim pravilima, ni ne razmišljajući da će se ista, jednog momenta u budućnosti promeniti na takav način, da će to važiti i za njih.Tako adresati normi , koji su se ponašali na potpuno odgovarajući način, kako su nalagale norme pozitivnog prava, u jednom momentu postaju prekršioci normi za čije postojanje nisu znali niti su ga mogli predvideti, pa stoga nisu mogli prilagoditi tim zahtevima svoje ponašanje.

Brojne koncepcije, koje su nastale usled dugotrajnih promišljanja o ovom problemu se mogu grupisati prema različitim kriterijumima.Teorija stečenih prava je dobila svoj poseban oblik u germanskoj pravnoj misli, u romanskoj, našoj domaćoj, zatim u pravu Evropske Unije i na kraju u anglosaksonskoj pravnoj provenijenciji. U pitanju su koncepcije koje su se međusobno različite, često čak i dijametralno suprotne, ali i koje su se međusobno preplitale i uticale jedna na drugu.Čak i kad je jedna teorija nastajala isključivo na kritikama drugih teorija, čak i kada nije doprinosila rešavanju odnosa između stečenih prava retroaktivnosti, opet je svaka teorija svojim individualnim viđenjem doprinosila njenom rešenju.

Pod germanskim autorima svakako svrstavamo jednako i austrijske i nemačke autore, pri čemu je austrijska pravna nauka imala pretežniji uticaj u prvoj polovini 19. veka. Sa jačanjem istorijsko pravne škole, kao pandana prirodnopravnoj teoriji i pokretu upravljenom ka stvaranju nemačkog pravnog identiteta, nemački pravni teoretičari se pojavljuju kao relevatni u drugoj polovini 19. veka.Spominjanje stavova i mišljenja nekih od njih, budući da se u savremenoj pravnoj literaturi retko ili nimalo ne spominju,čini se nužnim i sa stanovišta savremene pravne nauke, budući da njihove koncepcije mogu biti primenljive i prihvatljive. Treba napomenuti da su neki od njih bavili ovom materijom samo u nekom specifičnom smislu, tj. da su se

zadržavali samo u oblasti krivičnog materijalnog ili procesnog prava, ili u oblasti građanskog prava. No njihovi stavovi su značajni i radi sagledavanja razvoja misli u oblasti odnosa između stečenih prava i povratnog dejstva zakona i drugih opštih akata.

Začeci recepcije inostranih uticaja u srpskoj pravnoj nauci i kriticizam domaćih teoretičara

Počev od pozitivističkog pristupa iskazanog u ustavnom projektu Božidara Grujovića u „Slovu" iz 1805. godine, srpska pravna misao beleži treći vek promišljanja o značajnim državnopravnim temama, između ostalog i o zaštiti stečenih prava.Iako u „Slovu" nalazimo samo nagoveštaj istog, u delu gde se govori o sigurnosti života, imovine i časti[1], možemo smatrati upravo ovo delo prvim delom koje se organizovano bavi ovom tematikom.

Sledeći značajniji projekat u ovoj oblasti je svakako studija Gligorija Geršića iz 1888. godine.Sem što je predstavljala obimnu studiju, prvu takve vrste nastalu posle duge pauze, sama studija nije donela neke novine.Od rusofilskog uticaja, koji je Božidar Grujović doneo sa sobom, i snažnog intelektualnog naboja koji je sa sobom donela Francuska buržoaska revolucija, ostalo je malo, i u ovom periodu je pretežno prihvatanje uticaja germanske provenijencije.Takva situacija je i u Geršićevoj studiji.

Iako na momente liči da je Geršić prihvatao više francusku doktrinu, to ipak,nakon pažljivijeg čitanja,postaje vidljivo upravo njegovo priklanjanje stavovima nemačke provenijencije.Čak je naklonjenost Lasalovim[2] stavovima, koliko god i oni sami ponekad delovali neutemljeni, još očiglednija,. Kritički osvrt na sve do tada poznate teorije i konstatovanje nji-

[1] Sigurnost života, imanja i časti su postavljeni u projektu Božidara Grujovića kao najšire koncipirana prava, koja svaki vladar treba da poštuje i da obezbedi njihovo nesmetano uživanje. U suprotnom, nije se dostojan ni nazvati vladarom, i to je istovremeno i opravdanje i legitimitet postojanja same države. Stojan Novaković*: Ustavno pitanje i zakoni Karađorđeva vremena- studija o postanju i razviću vrhovne i središnje vlasti u Srbiji 1805-1811*,Nova štamparija „Davidović", Beograd, 1907,str.5-7.

[2] Ferdind Lasal, nemački socijalista, tvorac savremene teorije stečenih prava. Ova Ferdinand teorija se bazira na sledećim premisama: zakon koji utiče na individuu i prava koja je ona stekla vršenjem neke individualne radnje svoje volje ne sme biti retroaktivan.; zakoni koji se primenjuju na lica neposredno, tj. koji pogađa individuu samo posredstvom njene voljne akcije, mogu biti retroaktivni.To znači da novi zakon može dobiti retroaktivno dejstvo i ako se sadržinski odnosi na stečena prava, samo ako je održavanje tih prava ili eventualno ispunjenje ugovora uslovljeno vršenjem neke radnje od strane titulara takvog prava, a on je potpuno slobodan da odluči da li će taj uslov ispuniti ili ne. Ferdinand Lassale,Gesamelte Reden und Schriften , druck von Oscar Brandstetter, Leipzig, 1920.

hovih nedostataka(posebno na teorije Savinjija,Ungera i Vindšajda), Gligorije Geršić je upotrebio kao uvod u potragu za što tačnijom i što potpunijom sadržinom pojma stečenih prava, smatrajući da je to upravo polazište za što tačnije i definisanje principa (ne)retroaktivnosti i njegovog polja primene.

Tako je Geršić povratno dejstvo zakona smatrao povredom čovekove slobode i uračunljivosti.Jer, čovek se uvek i u svakoj situaciji ima smatrati „stvorenjem slobodnim sa sopstvenom voljom“[3].Nijedan subjekat ne može da prilagodi svoje ponašanje pravilu,koje nije postojalo u vreme kada je preduzimao izvesnu radnju,pa stoga ni njegova sloboda odlučivanja i postupanja ne smeju kasnije biti napadnuta ili kažnjena. Nije u pitanje nepoznavanje sadržine prava(jer to nikoga ne ekskulpira),već nepostojanje samog pravila, čija se sadržina treba saznati.

Kritika je upućena i Savinjijevoj teoriji, zbog nedovoljno jasne distinkcije između dve kategorije zakona koje je identifikovao[4], bez davanja pravne ideje ili unutrašnje misli na kojoj se zasniva navedena podela.Geršić kao najveći napredak Savinjijev i doprinos nauci u ovom delu ocenjuje to što je odbio mogućnost da ustanovi brojne izuzetke od pravila zabrane povratnog dejstva, kao što su to činili brojni drugi autori.Tako je pokazao i dokazao da povratna sila zakona u određenim oblastima prava može biti i pravilo kao i nepovratna snaga, a značajno je i što je celo pitanje preneo na teren unutrašnje prirode onih prava na koje se novi zakoni odnose.

Neku značajniju kritiku samoj Lasalovoj koncepciji Geršić nije uputio, budući da ju je smatrao jednoj od doslednijih i logički najutemeljenijom. No bitno jeistaći da je većim delom rpihvatio, tj recepirao stavove svojih savremenika.

Toma Živanović je dosledno interpretirao stavove nemačkih teoretičara Girkea i Vindšajda[5], što je posebno izraženo prilikom gradacije retroaktivnosti. Naime,Toma Živanović, kao i Girke,poznaje slabiji i jači

---

[3] Gligorije Geršić, Diplomatsko i konzularno pravo; Teorija o povratnoj sili zakona “, Edicija klasici jugoslovenskog prava , Službeni list SRJ, Beograd, 1995, str. 361.

[4] Prva grupa zakona sadrži pravila o sticanju ili gubitku nekog prava (*Erwerb der Rechte*), i oni ne mogu imati retroaktivno dejstvo jer bi time bila povređena stečena prava pojedinaca. Druga grupa zakona, definisani kao pravna očekivanja , mogu podneti retroaktivnost bez bojazni da će biti povređeno bilo koje pravo(*Dasein der Rechte–Sein/ Nichtsein,So-und Anders-sein*) . U pitanju su zakoni javnog poretka. Savigny Carl Fridrich von: System des heutigen romischen Recht, Veit und Comp., Berlin, 1840

[5] Toma Živanović: Sistem sintetičke pravne filozofije, Beograd, 1959, str.242-252

stepen retroaktivnosti.Kada zakon svojom povratnom snagom utiče na ranije stečena prava ,smatra se da takva povratna snaga ima manji intenzitet. Ako se teži postizanju većeg stepena retroaktivnosti, onda se „u sumnji nov zakon neće primeniti na pravni odnos, koji je već utvrđen presudom na osnovu starijeg prava“[6],ili je postupak rešen već ispunjenjem neke činidbe ili poravnanjem .

Iako je Lasalova formula imala veliki broj pristalica u našoj pravnoj teoriji, Ninko Perić[7] ulazi u krug autora koji su pored prihvatanja Lasalove koncepcije u načelu, iskazali i neke novine u poimanju ove problematike.Ako je slediti striktno Lasalovu koncepciju,stečeno pravo imamo onda ako je ono pribavljeno sopstvenom voljnom radnjom.Iz toga sledi da nema stečenog prava gde nema voljnih radnji;međutim to ne može biti tačno.Prava iz otvorenih nasleđa su stečena kao i ona iz delikata i sudskih naredbi iako nema voljne radnje lica koja su titulari tih prava.

Recepcija je, kao što je vidno, tekla malo drugačijim smerom negošto to uobičajeno ide svakak recepcija. Naime ovde govorimo o visokom stepenu kriticizma domaćih teoretičara uperenom protiv skoro svih inostranih uticaja na pravnu nauku. Skoro je opravdano reći da se srpska pravna nauka krajem 19 veka i početkom 20.veka gradila na kritikama, sa manjim teoretskim domašajima.

No najdosledniji slučaj recepcije (bilo koje koncepcije) je izveden u studiji *Iura quaesita* **Žarka Miladinovića,**jednog od istaknutih srpskih političara početkom 20 veka.Njegovo bavljenje pravom je ostalo u senci nakon započinjanja prilično uspešne ali i intrigantne političke karijere.I sama studija o stečenim pravima je stigla nekako na samom kraju i pravničke i političke karijere ali i samog Miladinovićevog života. U raspravama o pojmu, značaju i posledicama postojanja stečenih prava,sam dr Miladinović nema sopstveni stav povodom ovog pitanja. Monografija predstavlja više veličanje već postojećeg rešenja,bez imalo kriticizma koji bi se mogao uputiti celoj koncepciji stečenih prava.Tačnije, jedine kritičke note su vidljive u delu u kome se navode mišljenja drugih poznatih domaćih pravnika u ovoj materiji,posebno prema Lazi Markoviću i Slobodanu Jovanoviću, svojim više političkim nego pravnim oponentima.Njena vrednost je i u tome što u opštoj saglasnosti domaćih autora sa francuskom koncepcijom stečenih prava,stičemo prvi kompletan uvid u nešto drugačiju, austrijsku pravnu provenijenciju,predstavljanjem stavova Pfafa i Hofmana, inače

[6] Toma Živanović,navedeno delo, str. 247.

[7] Ninko Perić, Osnovi građanskog prava,Beograd, 1992,str.42

komentatora Austrijskog građanskog zakonika.Navedeno je i korisno zbog samog mehanizma recepcije, bez puno kritičkih nota, kojima inače obiluje srpska pravna nauka u ovom periodu[8].

Miladinovićeva rasprava o pojmu stečenih prava

Na samom početku, Miladinović tvrdi da je pojam stečenih prava sporan,budući da ima onih autora koji smatraju da nije osnovana razlika između tzv.zakonskih prava, koja su sama po sebi na zakonu zasnovana i tzv.stečenih prava, jer svako pravo ima karakter stečenog prava.Shodno tom mišljenju,termin stečena prava nema nikakve vrednosti, zbog čega ne bi bilo potrebno ni da se sam termin kao takav održava[9].I kod francuskih pravnika,navodi se,mišljenje je podeljeno.Neki smatraju da je dovoljno sve podvesti pod pojam stečenih prava,bez nekog posebnog objašnjavanja,dok npr.Digi i Planiol su smatrali da niko ne može dati takvu definiciju stečenih prava koja bi bila zadovoljavajuća i sveobuhvatna.

Austrijski pravnici Pfaf i Hofman, po njemu, postavljaju opravdano pitanje, koja prava mogu dobiti naročitu „štednju“ ili zaštitu, tj. koja prava zakonodavac treba naročito da „poštedi“.Tek nakon jasnog definisanja vrste i obima takvih prava, se može govoriti o razumevanju koncepta stečenih prava[10].Dalje, bitno je istaći i da ako i postoje prava koja treba da se „štede“,u kom smislu ta zaštita može da se garantuje.Uz to, konstatovano je,da je i sam termin stečena prava „prilično nezgodan“ za neprikosnovena iliti „nepovredna“ prava[11],jer ne iskazuju u potpunosti suštinu njihovog postojanja, kao prava koja treba da opstanu kao nedirnuta od strane zakonodavstva .

Miladinović izdvaja tri različita mišljenja o pojmu i posledicama stečenih prava[12].Prvo je mišljenje da su stečena prava ona koja su nastala za vreme pređašnjeg, starog zakona,koje je steklo neko lice, „na posebnom

---

[8] Andra Đorđević je smatrao da sve što su dosad teoretičari učinili, jeste da su pobrojali izuzetke od načela neretroaktivnosti, tj. situacije kada je moguće primeniti povratnu snagu zakona,a da nema negativnih efekata.Zadatak nauke nije ustanovljavanje liste izuzetaka od pravila, već upravo ustanovljavanje pravila.Nabrajanje izuzetaka se stoga poima kao negativno definisanje, koje je jednako štetno kao i da definisanje uopšte nije ni izvršeno ili je prilikom definisanja istaknuto neko svojstvo koje nije karakteristično za tu grupu pojava. Andra Đorđević: „Sistem privatnog (građanskog) prava“, edicija Klasici jugoslovenskog prava , Beograd, 1995 str.168. I ovde imamo dosledno prihvatanje Lasalove koncepcije, ali i razrađenije koncepcije samog Geršića..

[9] Žarko Miladinović:“ Stečena prava- *iura quaesita*“, monografija, Knjižara Gece Kona, Beograd, 1926.

[10] Isto,str. 10.

[11] Isto,str.11

[12] Isto.

pravnom razlogu“[13].Lasalovo mišljenje je svrstano ovde,kao jedno od srodnih, no s izvesnom varijacijom,da se takva prava stiču samo putem izričitih ljudskih radnji. Lasal dalje zato tvrdi, da ono što se obično naziva stečenim pravom, zapravo je konkretno određeno subjektivno pravo.

Prema drugom mišljenju, sva su prava stečena prava, kao što tvrdi Jelinek.A treće je mišljenje Pfafa i Hofmana da su to nepovrediva prava koja treba i sam zakonodavac da štedi i da ne povređuje ni na koji način.To i Miladinović na kraju, prilično logičnim argumentima i prihvata i opravdava kao jedino pravo rešenje i definiciju pojma stečenih prava, a koja zadovoljava zahtev s početka, tj.da je sveobuhvatan.

Miladinović ipak izriče i izvesne kritičke ocene, no češće to čini u pogledu domaćih nego inostranih pravnika.Jedna od možda najoštrijih kritika je upućena upravo Slobodanu Jovanoviću[14],zbog nedoslednosti i nelogičnosti u izlaganjima o tematici poštovanja stečenih prava. Naime,u svom prvom izdanju *Ustavnog prava Kraljevine Srbije,*Jovanović ne govori šta su stečena prava ,već samo citira čl. 36 srpskog ustava iz 1903. koji kaže da zakon ne može da ima povratnu silu, na štetu prava stečenih ranijim zakonima.No već u istoj knjizi dodaje,da prema tadašnjem uobičajenom shvatanju stečenih prava,stečena prava nisu neprikosnovena za našeg zakonodavca.Isti stav ponavlja i u knjizi *Osnove pravne teorije o državi*,tačnije da zakonodavni organi mogu u svako doba promeniti zakone, a s njima ukinuti i suziti i ona pojedinačna prava, koja na osnovu tih zakona postoje.

Miladinović posebno ističe domete[15] drugih značajnih pravnih umova u ovoj oblasti i nesumnjivo ukazuje i na sopstvenu orijentaciju.Tako, citira stav Živojina Perića,da se vrlo često ne može znati postoje li u nekom slučaju stečena prava ili ne, zbog čega i sumnja u tačnost ovog principa[16]. No svakako ističe da su stečena prava „garantija našim tekovinama“[17].Prostor u kome takva prava egzistiraju je prostor pred kojim zastaje i državna suverenost, sa obavezom da novi zakon usmeri samo *pro futuro.* Normiranje se odnosi samo na odnose koji će tek nastati ili su u nastajanju.Svršeni fakti, već stečena i osvojena prava ostaju izvan dometa novih propisa, bezbedna i zaštićena.

---

[13] Isto, str.12

[14] Isto, str. 16

[15] Isto ,str. 21.

[16] Perić je pokušao definisati stečena prava je u članku „Princip stečenih prava i socijalizacija dobara povodom agrarne reforme kod nas“, u časopisu „Društveni život“, 1920, str, 124.

[17] Žarko Miladinović, navedeno delo, str12.

Stečena prava kao već postojeća prava

Miladinović je svakako pristalica onog trećeg mišljenja da su to prava koja mora da poštuje i sam zakonodavac, i da su to svakako postojeća prava a ne „puke nade, ovlašćenja ili očekivanja“[18], što objašnjava na sledeći način.Apstraktno ovlašćenje za sticanje nekog prava znači ostvarivanje izvesnih pretpostavki navedenih u nekom zakonu.Tako isto stoji i sa ovlašćenjima,koja izvesne klase lica ili stvari imaju na osnovu singularnog pravnog pravila.Ukoliko stariji zakon jednoj klasi lica ili stvari daje *in abstracto* ovlašćenja,a noviji zakon to isto ovlašćenje oduzima,proteže se novo zakonsko određenje na sva lica ili stvari,onoj klasi kojoj pripadaju.No nikako se ne mogu odnositi na lica koja će u budućnosti živeti ili stvari koje će tek u budućnosti nastati.Konkretna prava, koja su pod pređašnjim zakonom stečena , ili stvari, ostaju netaknuta i pod novim zakonom, sem ako novi zakon ne donese novu odredbu koja potire pomenuta stečena prava[19].

Dalje,ako je osuda već za vreme važenja jednog zakona izrečena od strane prvostepenog suda,viši sud ne može primeniti novi zakon, jer apelacioni sud ima da ispita da li je prvostepeni sud pravilno primenio pravila ranijeg zakona, koji je bio važeći u vreme kad je nastala i prvostepena presuda.Ako stvar kod prvostepenog suda nije bila presuđena a počeo se primenjivati novi zakon, to se onda apelacioni sud ne treba obazirati na odredbe ranijeg zakona.Drugačije je, ako je tom presudom utvrđen i regulisan neki društveni odnos, koji novi zakon baš želi da ukine.U takvom slučaju i osuda i presuda, itd., ostaju bez pravne važnosti.

Prava koja su vezana za rok ili uslov nisu prosta očekivanja ili nade, već se imaju smatrati konkretnim pravima koja već postoje.Ne mogu se smatrati stečenim pravima ni ovlašćenja koja počivaju na pravilu da što nije zabranjeno je dozvoljeno.Ali ako bi se upravnim zakonom određivalo npr. koliko hleba da se troši,kao što je rađeno za vreme rata i posle rata u nekim državama, tada se građani pogođeni tom odredbom ne mogu pozivati na neko stečeno pravo, niti takva odredba znači zadiranje u bilo čija stečena prava.Tu je odlučivanje izvršeno u opštem interesu.

Kao jedan od retkih stavova sa kojim se ne slaže,Miladinović navodi stav Laze Markovića,da se ne treba ograničiti samo na imovinska prava kad se definiše obim stečenih prava,već da to treba proširiti i na porodična prava i lična prava.Ovo mišljenje ne treba usvojiti jer je porodično pra-

[18] Isto, str.22 i dalje.

[19] Navedeno je u potpunosti prihvaćeno stanovište Pfafa i Hofmana, iskazan povodom imovinskih prava i njihove zaštite.

vo u najvećem delu,kako tvrdi Miladinović[20], javnopravnog karaktera i ne može se menjati privatnom voljom,jer se u ovom konkretnom slučaju,u zakonodavstvu ostvaruje moralno uverenje narodno ili većine. No sa druge strane,tome na putu stoji načelo pouzdanosti zakona na važnim poljima prava i tu je potrebno mudro zakonodavstvo,da poštedi takve društvene odnose,koji postoje, mogućih moralnih zabluda i urušavanjem postojećih međuljudskih odnosa.

Stečena prava kao garancija pravne sigurnosti

Pfaf i Hofman su dalje bili mišljenja da svako ko ima jasnu sliku o tome koja je razlika između „elastičnih" i kogentnih normi, između prava koja se mogu neograničeno koristiti i onih koja su vremenski oročena, ali i između odnosa sa stereotipnim obeležjima i onih sa individualnim značajem, može lako prepoznati da li je osnovano ili ne pozivanje na pouzdanje, poverenje u „svagdanji pravni poredak"[21].Ovo je kritikovao Burkhard,postavljanjem novog pitanja, kad je takvo pouzdanje opravdano a kad je ludo očekivanje,da se pravno stanje neće promeniti. No Pfaf i Hofman tvrde da je najvažniji stvarni princip,da zakoni žele i treba da budu norme za naše ponašanje i mi im se moramo pokoravati ali sa druge strane moramo imati i mogućnost da se u iste te norme pouzdamo,da se možemo osloniti na njihovu sadržinu. Mi moramo zato biti obezbeđeni u našem pravu oslanjajući se na zakone, tj da osećamo sigurnost kad naše ponašanje prilagođavamo zahtevima sadržanim u zakonima.U slučaju postojanja bilo kakve sumnje, treba uzeti sledeći princip u obzir a to je da zakoni treba da štede stečena prava a u slučaju da sumnjamo u to ili ta namera nije izričito navedena, treba uzeti da zakoni to zaista i čine.Miladinović je i ovo u potpunosti prihvatio bez ijedne zamerke formlanog ili logičkog tipa.

Neki autori smatraju da je pojam stečenih prava i njihove zaštite identičan sa pojmom o povratnosti ili nepovratnosti.Savinjiji je smatrao,kao i Unger,da je formula da zakoni nemaju povratne moći identična sa formulom da novi zakoni ostavljaju stečena prava nedirnutima.Po shvatanju samog Miladinovića, ova dva pojma iako su srodna, nisu istovetna ni po povodu ni po obimu.Nisu slična ni po tome što se stečena prava mogu ukinuti i upravnim putem, a ne samo zakonom, kao što je to slučaj kod eksproprijacije,dok se povratna snaga može izvršiti samo putem zakona.Kod ukidanja stečenih prava jeste jedino to ukidanje predmetom

[20] Isto, str. 27.
[21] Isto,str.28.

zakona ili upravne odluke, dok u slučaju povratne snage,razlozi za njeno ustanovljavanje mogu biti i društveno političke a ne isključivo pravne prirode.

Podudarnost postoji u sledećim momentima.Posmatrano po osnovida se imaju odbaciti „teže vrste povratnosti", što je logičan sled jer ne memogu istovremeno postojati dva protivurečna zakona i da oba podjdnko važe i primenjuju se.Ako se neko pravno stanje ukida unazad, to tada novi zakon sebi podvrgava vremekoje je već neki drugi zakon pod svojojm vlašću imao. A i retroaktivnost blažeg stepena treba izbegavati jer će se svakako „uzdrmati" poverenje u zakone.

Zahtev da se stečena prava trebaju poštovati, potiče iz saznanja ili slutnje da su naša stečena prava jedan deo našeg ličnog života i iz činjenice da se svako zadiranje u stečeno pravo oseća kao nepravda.

Ako je gledati po njihovom obimu, ima slučajeva retroaktivnosti gde se ne radi o povredi stečenih prava,npr.ako zakon uvede lakšu i jednostavniju formu testamenta tako da time mogu biti sanirani i testamenti koji su pre bili sačinjeni u drugačijem obliku.Sa druge strane,stečena prava mogu biti povređena i novim zakonima koji nemaju povratne snage.Ako se izvrši konfiskacija imanja jednog lica ili čitave grupe,to je najteža povreda.Tu nema povratnog dejstva, jer država oduzima zbog pretežnog javnog interesa ono što je stečeno.

Posebno je interesantna i rasprava koja obuhvata tumačenje par.5 Austrijskog građnaskog zakonika kome odgovara par.7 Srpskog građanskog zakonika.Oba paragrafa u identičnom tekstu postavljaju nepovratnost zakona kao više i značajnije načelo,dok se stav o stečenim pravima promišlja kao jedna jedina primena ovog načela.Zato isti paragrafi u identičnom tekstu razlikuju prethodne radnje od pre stečenih prava.

Pfaf i Hofman smatraju da „nepovratnost", pored brojnih značenja koja joj se pripisuju, nije ni previše „moćan" termin,jer „ne može sa svojim maglovitim sadržajem opisivati sve moguće situacije"[22]. Smatra se da su odredbe iz spomenutih paragrafa(dakle, one koje se odnose na neretroaktivno delovanje propisa)samo uputstvo sudijama, kako da postupaju u nekim slučajevima, a da se na budućeg zakonodavca ova odredba ne odnosi, pa onda zakonodavac može slobodno da da zakonu povratnu snagu.

Na kraju,važno je napomenuti i raspravu o prirodi interpretativnih zakona. Živojin Perić je tvrdio da interpretativni zakoni mogu da imaju povratnu snagu, ali *ne uvek*[23]. Takav novi zakon se prostire svojim dej-

[22] Isto,str. 31.

[23] Živojin M, Perić: „Nekolika pravna saopštenja", Mjesečnik pravničkoga družtva u Zagrebu, XXXI/1905.

stvom na sve ranije pravne radnje, sem ako nisu završene pravosnažnom presudom ili poravnanjem. Zakonodavac naime ne stiže da neposredno izrazi i rastumači svoju volju, već „opunomoćava sudsku vlast da tu njegovu volju iznađe i proklamuje“[24].

Sa druge strane,Laza Marković je tvrdio da ti zakoni *uvek* imaju povratnu snagu, samo ne mogu vređati stečena prava.Pfaf i Hofman, a što svakako prihvata i Miladinović,se ne slažu sa ovim jer smatraju da se ovaj zakon može posmatrati kao deo postojećeg zakona, pa se i interpretativni i onaj stari zakon koji se tumači, imaju smatrati za jedan isti zakon.Prava autentična interpretacija ima samo prividno povratnu snagu, i ovi zakoni kako tvrdi i Kapitan,ne menjaju prethodne zakone, jer samo jasnije određuju neki nejasni deo u nekom zakonu.Miladinovićevo mišljenje, je kao i uvek negde između, no nekako više na strani spomenutih austrijskih komentatora.

Principi stečenih prava

Na osnovu svega iznetog, Miladinović je definisao osnovne principe koji se trebaju poštovati radi očuvanja stečenih prava:

„1.stečena prava treba štedeti koliko god se može

2.stečena prava ne smeju stojati na putu opštem napretku a mogu se ukinuti i bez naknade štete,

3.gdegod je u pitanju nečija egzistencija,opstanak,mora se za stečeno pravo dati naknada a naročito gde to zahteva pravičnost, jer danas,zakonodavac mora da ima u vidu maksimu da je pravo veština dobrog i pravičnog.

4.javno pravo ne poznaje stečena prava.Politička prava nisu nikada bila stečena prava, i ako javno pravo ne poznaje stečena prava, ipak se može činovniku čije se mesto ukine prilikom reorganizacije službe dati otpravnina ili penzija shodno tome za šta ispunjava uslove“[25].

Ukidanje stečenih prava ne sme predstavljati nasilje ili ukidanje sloboda, jer ukidanje sloboda izaziva samo kontraefekat, kao i nepravedno poništavanje ili ukidanje stečenih prava i sloboda.Tako,cenzura predstavlja ozbiljno nasilje prema novinarskoj slobodi,ali privatni interes ipak treba da bude potisnut opštim i javnim interesom.

Poštovanje stečenih prava vodi ka zaštiti imovinskih prava pojedinca, a sve u cilju sprečavanja mogućnosti da država može nemilosrdno postupati sa pojedincima u državi i njihovom imovinom.Tako se ne bi izgu-

[24] Đorđe Tasić: O prirodi interpretativnih zakona, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 5/1920, str.363-368

[25] Žarko Miladinović, navedeno delo, str.26. i dalje.

bila svaka vera u zakon jer svaki državljanin treba da zna po kojim će se zakonima vladati.To je jedino moguće ako se poštuju pravni poslovi učinjeni za vreme vladavine tadašnjih zakona te se ne ukidaju novim zakonima.Na ovaj način se utvrđuje i učvršćuje „autoritet i ugled državnih zakona i zakonskog reda“[26].

Umesto zaključka

Prilikom kritika uperenih na pretprojekat nemačkog krivičnog zakonika[27], konstatovano je da postoji sve više pristalica i među teoretičarima i praktičarima, da se uvek treba primeniti novi zakon, koji je na snazi dok se sprovodi suđenje. Jednostavno, ne može počinilac krivičnog dela da se poziva na svoje stečeno pravo da mu se sudi po blažem zakonu, jer ni krivično delo nije počinjeno iz tog razloga.

Nasuprot tome, civilistika i uopšteno ostali pravni odnosi ostavljaju više prostora ze različita teorijska stanovišta, koja sva u jednakom obimu mogu biti prihvatljiva i logički dosledna.Takvih kritika ovde nije bilo,te je u tom smislu ova koncepcija, proistekla iz pera austrijskih komentatora civilista postala najdoslednije prihvaćena koncepcija u srpskoj pravnoj nauci, i to ne samo u delu Miladinovića, već i delima drugih domaćih teoretičara.Možda i nije slučajno što je upravo koncepcija zaštite stečenih prava i jedna od najrazvijenijih u austrijskoj i nemačkoj pravnoj nauci, budući da se kod njih „sticanje“ automatski povezuje sa pravima imovinske prirode.

Zaštita stečenih prava je bila i ostala dovoljno intrigantno pitanje kojim su se bavili brojni teoretičari i praktičari.No konkretno usvajanje posebno u ovom radu navedene austrijske koncepcije ima i svoju implikaciju, da je srpska pravna nauka u tom periodu , iako poklanjajući dosta vremena stranim uticajima, uspela da izgradi sopstveni upečatljiv stil.

[26] Isto

[27] Mihailo P. Jovanović:Retroaktivnost krivičnih zakona, Arhiv za pravne i društvene nauke, br 1/1920, str.1-13

Dragana Ćorić, LL. M.Assistant
Novi Sad Faculty of Law

Reception of Austrian (german) concept of protection of acquired rights in serbian legal science

Abstract

Serbian legal science has marked two centuries of reception of different influences, especially during last decades of 19century and first few decades in 20 century.The problems of retroactivity as such and protection of earlier acquired rights were not fully established, explained or made as progressive and modern concepts till 1888. and study of Gligorije Geršić on that topic. Fourty years later, the attempt of Žarko MIladinović, former minister of justice, Miladinović didn't established something special in this area, but it is important to be mentioned because it is one of the kind studies in which we can see how the reception of any foreign influence was taken.In this case, we are talking about reception of austrian legal concepts, in very specific time.

Originalni naučni rad 347.751

Mr Sandra Fišer-Šobot, asistent
Pravnog fakultet u Novom Sadu

UGOVORNO ODREĐENJE SAOBRAZNOSTI ROBE

Sažetak: *Osnovna obaveza prodavca iz ugovora o prodaji robe, pa i iz ugovora o međunarodnoj prodaji, je da kupcu isporuči robu. Prema Konvenciji Ujedinjenih Nacija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe iz 1980. godine, prodavac je dužan da kupcu isporuči u ugovoreno vreme i na ugovorenom mestu saobraznu robu. Cilj ovog rada je razjašnjenje i analiza koncepta saobraznosti robe, odnosno da odgovori na pitanje kad i pod kojim uslovima je roba koju je isporučio prodavac saobrazna ugovoru kad je za ugovor merodavna Bečka konvencija.*

Ključne reči: *saobraznost robe, subjektivna saobraznost robe, Bečka konvencija.*

1. Uvod

U savremenoj međunarodnoj trgovini, kad su nacionalne granice izgubile svoj izvorni značaj, veoma važnu ulogu igraju unifikovana međunarodna pravila kojima je ova oblast regulisana. Međunarodni izvori, u prvom redu međunarodne konvencije, sadrže pravila koja odgovaraju posebnostima koje postoje u međunarodnoj trgovini, odnosno pravila koja su primerena odnosima koje regulišu. U cilju prevazilaženja značajnih razlika koje postoje između nacionalnih pravila često se prilikom donošenja međunarodnih konvencija stvaraju pojmovi koji su potpuno novi i različiti od svih postojećih rešenja u nacionalnim pravima.

Osnovna obaveza prodavca iz ugovora o prodaji robe, pa i iz ugovora o međunarodnoj prodaji, je da kupcu isporuči robu. Prema *Konvenciji Ujedinjenih Nacija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe*[1] (u daljem

[1] Sl. list SFRJ 10/1/84 od 31.12.1984.

tekstu: Bečka konvencija, Konvencija, BK) prodavac je dužan da kupcu isporuči u ugovoreno vreme i na ugovorenom mestu *saobraznu* robu. Imajući u vidu obim ovog rada i složenost koncepta „saobraznost robe", naša analiza će biti ograničena na ugovorno određenje saobraznosti robe, odnosno na subjektivnu saobraznost robe, dok će tzv. objektivna saobraznost robe biti predmet razmatranja u nekom od narednih radova.

2. Značaj koncepta „saobraznost robe"

Pitanje saobraznosti robe po svom značaju zaslužuje da mu bude posvećena naročita pažnja iz sledećih razloga. Naime, radi se o jedinstvenom konceptu koji je usvojen u Bečkoj konvenciji, a koji je u velikoj meri uticao na promene koje su se dogodile u savremenim nacionalnim zakonima o prodaji robe[2]. Takođe, u čl. 2 *Direktive 1999/44/EZ Parlamenta i Saveta ministara od 25.05.1999. godine o nekim aspektima prodaje robe široke potrošnje i propratnih garancija*[3] (u daljem tekstu: Direktiva) je preuzeta definicija saobraznosti robe. Implementacijom Direktive je ovaj ključni koncept uveden i u pravne sisteme zemalja članica Evropske Unije.

Saobraznost robe predstavlja jedan od ključnih pojmova za analizu obaveza i odgovornosti prodavca iz ugovora o međunarodnoj prodaji robe. Takođe, značajan broj svih sporova iz oblasti međunarodne prodaje robe nastaje zbog tvrdnje da je isporučena nesaobrazna roba. Nasuprot tome, ni Bečka konvencija ni literatura ne daju definiciju ovog koncepta, nego se do nje mora doći analizom koncepta u celini.

3. Nastanak koncepta „saobraznost robe"

U svojoj uporednopravnoj studiji[4] je Rabel ukazao na različitosti između nacionalnih prava u regulisanju odgovornosti prodavca za stvarne nedostatke isporučene robe. Najpre je analizirao razlike između engleskih *conditions* i *warranties* i kontinentalnog prava, a potom i razlike između pravnih normi država koje pripadaju *civil law* sistemu i predložio pronalaženje opšte definicije za stvarne nedostatke robe[5].

---

[2] Videti više kod Schlechtriem, *Basic Structure and General Concepts of the CISG as Model for Harmonisation of the Law of Obligations*, Juridica International, X/2005, str. 30-31.

[3] *EC Directive 1999/44/EC of 1999 of the European Parliament and of the Council on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees*, OJ L 171, 7.07.1999, str. 12-16.

[4] Rabel, *Das Recht des Warenkaufs – eine rechtsvergleichende Darstellung*, Band 1 i 2., Berlin, Tübingen, 1958.

[5] Rabel, nav. delo, Band 2, Poglavlje VI, str. 101-291.

Prvi put je pojam saobraznost uveden u čl. 19 *Jednobraznog zakona o međunarodnoj prodaji telesnih pokretnih stvari* (u daljem tekstu: ULIS) prilikom određenja pojma isporuke. Prema navedenoj normi, isporuka robe se sastoji u predaji robe saobrazne ugovoru. Ovakav način određenja pojma isporuke je bio opravdano mnogo kritikovan[6], a kasnije prilikom izrade Bečke konvencije i napušten. Naime, BK u potpunosti odvaja obavezu isporuke robe i obavezu prodavca da isporuči saobraznu robu. I dok je prema ULIS-u nesaobraznost robe značila neizvršenje obaveze isporuke, prema BK nesaobraznost nema dejstvo na isporuku, odnosno na njeno izvršenje. Posledica ovog razdvajanja je da prodavac može izvršiti obavezu isporuke, ali se u slučaju nesaobraznosti robe kupac može koristiti svim pravnim sredstvima iz čl. 45 BK. Da zaključimo, u slučaju isporuke nesaobrazne robe radi se o manljivom izvršenju isporuke.

Stvaranje jedinstvenog koncepta manljivog izvršenja predstavlja način regulisanja odgovornosti prodavca za robu sa nedostatkom koji odgovara potrebama međunarodne trgovine i koji se istovremeno razlikuje od većine nacionalnih pravila. Takvo postupanje je plod kompromisa, a bilo je potrebno radi prevazilaženja i izbegavanja razlika koje postoje između nacionalnih prava. Međutim, treba istaći da razlike između rešenja iz Bečke konvencije i nacionalnih prava nisu dramatične iz dva razloga. Prvo, za izradu čl. 35 BK, koji reguliše nesaobraznost, su kao model poslužila pravila koja postoje u nacionalnim zakonima. I drugo, osnovna razlika je u stepenu opštosti. Naime, nacionalna prava sadrže detaljnija pravila i prave mnogo suptilnije razlike nego što to čini BK.

Kao i uvek uvođenje novog opšteg pojma sa sobom nosi i određene teškoće. Sa stanovišta pojma saobraznosti robe kako ga reguliše Bečka konvencija nemaju značaj razlike koje postoje u nekim pravnim sistemima između isporuke *peius*-a i *aliud*-a, kao ni razlike između npr. *aliud*-a koji kupac naknadno može odobriti i *aliud*-a koji se ne može naknadno odobriti. Takođe, ne pravi se razlika između običnih svojstava robe i posebne garancije da roba poseduje određene karakteristike.[7] Činjenica da se radi o opštem pojmu se mora imati na umu prilikom njegovog tumačenja jer u suprotnom postoji veliki rizik da će svaki sud tumačiti čl. 35 BK prema sopstvenim klasifikacijama što bi imalo dvojako negativno dejstvo. Prvo, sama Konvencija bi se udaljila od svog osnovnog teksta i dru-

[6] Videti više kod Vilus, Carić, Šogorov, Đurđev, Divljak, *Međunarodno privredno pravo*, Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2008, str. 202, 203.

[7] Videti više kod Poikela, *Conformity of Goods in the 1980 United Nations Convention of Contracts for the International Sale of Goods*, Nordic Journal of Commercial Law, 2003/1, str. 18.

go, razlike u tumačenju bi sprečile jednoobraznu primenu i unifikaciju prava. Takođe, prilikom tumačenja Bečke konvencije u pogledu saobraznosti robe ne mogu poslužiti nacionalni zakoni, jer su pravila sadržana u njima međusobno veoma različita. Stoga se u svakom konkretnom slučaju treba pridržavati onoga što su strane ugovorile, kao i pravila iz čl. 7(1) BK o njenom tumačenju. To znači da i pojam saobraznosti treba tumačiti vodeći računa o međunarodnom karakteru BK i potrebi da se unapredi jednoobraznost njene primene.

4. Pojam saobraznosti

U Konvenciji nije na izričit način određen pojam saobraznosti, ali iz naslova čitavog Odseka II *Saobraznost robe i prava ili potraživanja trećih lica*, kao i iz čl. 35 do 44 BK možemo izvesti dva zaključka. Prvo, kao i u nacionalnim pravima, u Konvenciji je zadržana razlika između odgovornosti za saobraznost robe, s jedne i odgovornosti za pravne nedostatke, s druge strane. Prema tome, saobraznost robe predstavlja sve osobine robe koje ne bi mogle biti obuhvaćene pravnim nedostacima. I drugo, Bečka konvencija koristi jedinstven pojam saobraznost robe koji obuhvata sva fizička svojstva robe, odnosno ne samo odstupanja u kvalitetu, nego i razlike u količini, isporuku *aliud*-a i nedostatke u pakovanju robe.

Članom 35 BK je predviđena obaveza prodavca da isporuči saobraznu robu, odnosno ovom normom su bliže određene obaveze koje prodavac ima u pogledu fizičkih svojstava robe.

Saobraznost robe obuhvata obavezu prodavca da isporuči robu u količini, kvalitetu i vrsti kako je to predviđeno ugovorom i da roba bude zapakovana ili zaštićena na način predviđen u ugovoru[8]. Primarno je pravilo da je za saobraznost robe merodavno ono što su strane ugovorile. Međutim, ako sporazum između strana o određenim pitanjima izostane, saobraznost se procenjuje prema objektivnim kriterijumima predviđenim čl. 35(2) BK.

Za nastanak svakog ugovora, pa i ugovora o međunarodnoj prodaji robe potrebno je da ugovorne strane postignu saglasnost o bitnim elementima ugovora. Prema Konvenciji za nastanak i punovažnost ugovora o prodaji robe strane moraju postići saglasnost o vrsti i količini robe. Čl. 14(1) BK predviđa da ponuda za zaključenje ugovora mora biti dovoljno određena i mora ukazivati na nameru ponudioca da se obaveže u slučaju njenog prihvatanja. Ponuda je dovoljno određena ako je u njoj označena

[8] Videti čl. 35(1) BK.

roba i izričito ili prećutno utvrđena količina ili postoje elementi za njeno određivanje. Označavanje robe podrazumeva da su strane opredelile o kojoj vrsti robe se radi. Vidimo da vrsta robe mora biti određena i to može biti izvršeno izričito ili prećutno. S druge strane, količina može biti određena ili iz elemenata ponude odrediva.

Imajući u vidu navedeno, možemo reći da je za postojanje svakog ugovora o prodaji *conditio sine qua non* utvrđenje vrste i količine robe. Prema tome, jedino je moguće da strane ne odrede kvalitet robe koja je predmet ugovora i tada se primenjuju objektivni kriterijumi iz čl. 35(2) BK.

Da zaključimo, saobraznost robe može biti određena na dva načina. Prvo, osobine koje treba da poseduje saobrazna roba mogu biti utvrđene *subjektivno*, voljom ugovornih strana. A kad u sporazumu strana u tom pogledu postoji praznina, onda se primenjuju *objektivni kriterijumi* utvrđeni Bečkom konvencijom. Kriterijumi iz Bečke konvencije imaju dopunsku i ograničenu ulogu, jer se primenjuju tek u odsustvu izričite ili prećutne ugovorne odredbe o kvalitetu robe.

I na kraju, treba imati na umu da nabrajanje iz čl. 35(1) BK da se obaveza prodavca sastoji u isporuci robe ugovorenog kvaliteta, količine, vrste i pakovane ili zaštićene na ugovoreni način nije isključivo[9]. To znači da se strane mogu sporazumeti da roba mora ispunjavati i druge zahteve npr. zakonske norme u zemlji korišćenja robe. Ukoliko postoji takav sporazum, onda pojam saobraznosti uključuje i ugovorene osobine robe, odnosno prodavac odgovara za sve osobine koje je kupac na osnovu ugovora od robe mogao očekivati.

4.1. Ugovorno određenje saobraznosti – subjektivna saobraznost robe

Prodavac je dužan isporučiti robu u količini, kvalitetu i vrsti kako je to predviđeno ugovorom i pakovanu ili zaštićenu na način predviđen u ugovoru[10]. Ovde su još jednom potvrđeni princip autonomije volje ugovornih strana, kao jedno od osnovnih načela ugovornog prava i dispozitivnost odredbi sadržanih u BK[11]. Prema tome, prilikom određenja da li je isporučena saobrazna roba prednost ima ono što je bila namera stranaka, odnosno ono što su strane u tom smislu ugovorile. Kod procene saobraznosti će se najpre razmotriti ono što su strane utvrdile u ugovoru putem kvalitativnih i kvantitativnih opisa.

---

[9] Videti više kod Staudinger, Magnus, *Wiener UN-Kaufrecht (CISG)*, Berlin, 2005, str. 355.

[10] Čl. 35(1) BK.

[11] Navedeni principi su izričito priznati u čl. 6 BK, a potvrđeni su i u brojnim drugim normama u BK.

Prodavac i kupac zaključuju ugovor o međunarodnoj prodaji robe sa određenim očekivanjima. Prodavac očekuje dobijanje novčanog ekvivalenta za prodatu robu, a kupac koji je platio cenu ovlašćeno očekuje da će kupljena roba posedovati određena ugovorena svojstva (*quid pro quo*). Međunarodna prodaja je, po pravilu, distanciona i kupac redovno kupuje robu bez prethodnog uvida u njeno stanje. Zbog toga se kaže da prodavac predstavlja „oči" kupca. Saobraznost robe je u sferi kontrole prodavca i on stvarno snosi rizik da roba po svojim svojstvima odgovara ugovoru. Prema tome, u čl. 35(1) BK je kao osnovni prihvaćen princip *caveat venditor* i on predstavlja značajan elemenat garancije u međunarodnoj trgovini[12]. Međutim, u određenim situacijama se polazne pretpostavke mogu promeniti (npr. ako kupac prodavca snabdeva sirovinama ili se roba izrađuje prema uputstvima dobijenim od kupca ili ako kupac insistira na robi određene robne marke) i tada može doći do promene alokacije rizika. U takvim slučajevima se pojavljuju elementi koji mogu uticati na procenu saobraznosti robe, a koji su van sfere uticaja prodavca. Tada saobraznost robe spada u sferu uticaja kupca, odnosno primenjuje se princip *caveat emptor*.

Tekst čl. 35(1) BK je sažet i upućuje da je prodavac dužan da postupi na način kako je to predviđeno ugovorom. Prethodno pitanje koje je potrebno razjasniti je šta se podrazumeva pod *ugovorom*. Prvo, ugovor prema formi u kojoj je zaključen može biti pismen i usmen. U međunarodnoj trgovini je kao osnovni prihvaćen princip konsenzualnosti, što znači da ugovor ne mora da se zaključi u pismenoj formi, niti je podvrgnut drugim zahtevima u pogledu forme[13]. Međutim, veoma često se u praksi ugovori zaključuju u pismenoj formi.

4.1.1. Izričit sporazum

Strane svoju volju mogu izraziti izričito i prećutno. *Izričit sporazum* strana o količini, kvalitetu i vrsti robe podrazumeva da su u ugovoru jasno i detaljno, putem kvalitativnih i kvantitativnih opisa, određena fizička svojstva koja treba da poseduje roba koja je predmet ugovora. Navedeni način određivanja osobina robe je najbolji jer ostavlja malo mesta nedoumicama, ali takođe strane veoma retko prilikom ugovaranja postupaju na ovaj način iz više razloga. Prvo, one svakodnevno zaključuju veliki broj ugovora i često je porudžbina robe stvar rutine i zahteva brzu isporuku, pa bi detaljno regulisanje svih pitanja vodilo otežanom odvijanju i znat-

[12] Videti više kod Henschel, *Conformity of Goods in International Sales Governed by CISG Article 35: Caveat Venditor, Caveat Emptor and Contract Law as Background Law and as a Competing Set of Rules*, Nordic Journal of Commercial Law, 2004/1, str. 3.

[13] Videti čl. 11 BK.

nom usporavanju međunarodnih poslova. Drugo, strane često ne ugovaraju osobine robe koje se podrazumevaju npr. da kupljena mašina mora da bude ispravna i da može da radi.

Izričito određenje osobina koje će roba posedovati može biti izvršeno njenim nuđenjem samo za određene svrhe. Tada prihvatanje ponude znači i prihvatanje da će se roba koristiti samo za određene svrhe i da će imati tačno određene osobine[14].

Pored sporazumevanja o pojedinačnim osobinama koje roba treba da poseduje, moguće je da strane ugovore svojstva robe izričitim pozivanjem na opšte uslove poslovanja prodavca ili kupca. Saobraznost robe može biti izričito određena i ako se strane sporazumeju o primeni određenog običaja[15].

4.1.2. Prećutni sporazum

O *prećutnom sporazumu* možemo govoriti onda kad ne postoji izričit sporazum, ali je volja ugovornih strana dovoljno jasno izražena. To će biti slučaj npr. ukoliko su strane u svom ugovoru izvršile upućivanje na određeni industrijski standard[16].

Potom, prećutni sporazum strana postoji i ako su ispunjeni uslovi za prećutnu primenu opštih uslova poslovanja prodavca ili kupca. To će biti slučaj kad se radi o opštim uslovima poslovanja koje su strane već koristile u prethodnim ugovorima o prodaji određene robe ili ako je njihova primena do te mere uobičajena u prometu odnosne robe da je druga strana morala da računa na njihovu primenu.

Dalje, moguće je da strane prećutno podvrgnu svoj ugovor, pa samim tim i određenje saobraznosti, običaju. Za prećutnu primenu običaja, prema BK je potrebno kumulativno ispunjenje tri uslova: prvo, da je stranama običaj bio poznat ili da im je morao biti poznat; drugo, da se radi o običaju koji je široko poznat u međunarodnoj trgovini i treće, da ga redovno poštuju ugovorne strane u ugovorima iste vrste u odnosnoj struci[17].

Postojanje prećutnog sporazuma se ne pretpostavlja u slučaju određivanja osobina robe koje su potrebne da bi ona bila podobna za promet u zemlji uvoza[18].

---

[14] Videti više kod Achilles, *Kommentar zum UN-Kaufrechtsübereinkommen (CISG)*, Luchterhand, 2000, str. 94.

[15] Videti čl. 9(1) BK.

[16] Videti više kod Schlechtriem, *Commentary on the UN Convention of the International Sale of Goods (CISG)*, 1st edition, München, New York, 1998, str. 276, 277.

[17] Videti čl. 9(2) BK.

[18] Videti više kod Bamberger, Roth, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 3, München, 2003, str. 2819.

4.1.3. Razlike u količini

Isporučena količina robe mora odgovarati onome što su strane ugovorile. Nesaobraznom će se smatrati svaka razlika u količini, odnosno i isporuka manje i isporuka veće količine od ugovorene. Ako prodavac isporuči manju količinu, odnosno samo deo robe, u pogledu dela robe koji nedostaje kupcu na raspolaganju stoje sva pravna sredstva iz čl. 46 do 50 BK[19], odnosno on može zahtevati izvršenje isporuke, tražiti smanjenje cene i raskinuti ugovor. Treba primetiti da se prema BK isporuka manje količine robe smatra nedostatkom saobraznosti, a ne delimičnim neizvršenjem isporuke sa docnjom u isporuci u pogledu nedostajuće robe. Razlikovanje je važno zbog pravnih sredstava koja kupcu stoje na raspolaganju. Navedeno predstavlja jasnu ilustraciju činjenice da su isporuka saobrazne robe i obaveza isporuke prema BK odvojene obaveze, pa su stoga i pravne posledice njihove povrede različite. Ako bi isporuka manje količine robe od ugovorene bila tretirana kao delimična isporuka, onda bi kupac mogao prema čl. 45(1) BK da se koristi pravnim sredstvima iz čl. 46 do 52 BK i imao bi pravo da zahteva naknadu štete. Osnov za korišćenje bilo kojim od navedenih pravnih sredstava bi bilo neizvršenje isporuke,[20] kao jedne od obaveza prodavca. Nasuprot tome, kupac stiče pravo da se poziva na nesaobraznost robe i sledstveno tome da se koristi pravnim sredstvima iz čl. 45 BK samo pod određenim uslovima. On je dužan da primljenu robu pregleda[21] i da u razumnom roku prodavca obavesti o nedostacima[22]. Ovakav stav je potvrdila i sudska praksa, upućivanjem na primenu pravila o isporuci robe sa nedostatkom[23].

Neki autori u isporuci manje količine robe od ugovorene vide ponudu za izmenu ugovora, koju kupac nestavljanjem prigovora konkludentno prihvata[24]. U tom slučaju, kupac je dužan da plati cenu samo za isporučenu robu.

Ako, nasuprot tome, prodavac isporuči veću količinu robe od ugovorene, kupac može primiti ili odbiti isporuku koja premaša ugovorenu količinu. Ako kupac primi ceo višak ili jedan njegov deo iznad ugovorene količine, dužan je da ga plati po ugovorenoj ceni[25]. Nasuprot tome, ako

---

[19] Videti čl. 51(1) BK.

[20] Prema čl. 45 BK ako prodavac ne izvrši *bilo koju svoju obavezu* koju ima na osnovu ugovora ili Konvencije kupac se može koristiti predviđenim pravnim sredstvima.

[21] Videti čl. 38 BK.

[22] Videti čl. 39 BK.

[23] Videti više kod Poikela, nav. delo, str. 33.

[24] Tako Krüger, Westermann, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 3, 4. Auflage, München, 2004, str. 2347.

[25] Videti čl. 52(2) BK.

kupac želi da odbije višak isporučene robe, on mora, kao i u drugim slučajevima nesaobraznosti robe, prodavca o tome obavestiti.[26]

Isporuka veće količine robe od ugovorene je bila predmet spora koji je vođen u Francuskoj. Kupac iz Francuske je od prodavca iz Nemačke poručio elektronske komponente. Kupac je osporio količinu isporučene robe, navodeći da mu je isporučena veća količina robe i od prodavca je zatražio da višak robe uzme nazad. Sud niže instance je doneo odluku da je kupac bio dužan da plati cenu isporučene robe i da višak robe vrati prodavcu, umesto što je od prodavca tražio da robu uzme nazad. Kasnije je i Vrhovni sud Francuske potvrdio odluku nižestepenog suda[27]. Komentatori su opravdano kritikovali ovakvu odluku, jer je kupac dužan da robu pregleda i da prodavca obavesti o eventualnim nedostacima robe. Međutim, on nikada nema obavezu vraćanja robe prodavcu.

Opšteprihvaćen je stav da će nedostatak saobraznosti postojati i ako je razlika u količini očigledna iz dokumenata[28]. Prema drugoj teoriji, ako je nedostatak robe očigledan iz dokumenata, onda se tu radi o delimičnoj isporuci, a ne o nesaobraznosti. Prema našem mišljenju treba prihvatiti da se u ovom slučaju radi o nesaobraznosti robe, s tim da kupac u ovom slučaju u skladu sa čl. 40 BK nije dužan da prodavca obavesti o nedostatku.

Nedostatkom u količini se smatra ne samo isporuka manje količine generične robe, nego takođe i isporuka individualno određene stvari kojoj nedostaje neki deo, jer nesaobraznost postoji ako nedostaje pojedini deo celine isporučene stvari[29].

U nekim granama trgovine su dopuštena određena odstupanja od ugovorene količine, odnosno postoji određena tolerancija (npr. ± 2%). Razlog za prihvatanje navedenih odstupanja leži u tome što se roba najčešće isporučuje u velikoj količini i jer može, naročito ako roba duže putuje, doći do gubitaka u količini usled rastura ili isparavanja. Nekad je priroda robe takva da ne dopušta isporuku tačno ugovorene količine. To će biti slučaj kad se isporučuje npr. roba u rasutom stanju. Bečka konvencija izričito ne reguliše slučaj kad postoje manja odstupanja. Ako su običajima ili praksom takva odstupanja dozvoljena, a konkretna isporuka se kreće u granicama tolerancije, onda nema nedostatka saobraznosti. Ukoliko je namera stranaka da se odstupanja ne tolerišu, to se mora precizirati u ugovoru. Ovde se radi o veoma važnoj okolnosti budući da se kupac tada

[26] Videti *Nemačka 25.09.2002. Oberlandesgericht Rostock*, www.unilex.info

[27] Videti više kod Poikela, nav. delo, str. 34.

[28] Videti više kod Schlechtriem, nav. delo, str. 277. Isto tako, Krüger, Westermann, nav. delo, str. 2348.

[29] Videti više kod Krüger, Westermann, nav. delo, str. 2347, 2348.

može koristiti tačno određenim, a ne svim pravnim sredstvima. Naime, on ne može zbog manjeg odstupanja tražiti raskid ugovora ili isporuku druge robe, ali svakako mu na raspolaganju stoji zahtev za naknadu štete i zahtev sniženje cene.

4.1.4. Razlike u kvalitetu

Prodavac ima obavezu da kupcu isporuči robu ugovorenog kvaliteta. Pod *kvalitetom* robe se podrazumeva fizičko stanje robe (npr. starost), kao i sve faktičke i pravne okolnosti koje se odnose na odnos robe sa njenim okruženjem[30]. Kupac uvek kupuje robu imajući na umu određeni cilj, pa je zainteresovan da mu bude isporučena roba određenog kvaliteta. Nedostatak saobraznosti u pogledu kvaliteta će postojati ako prodavac isporuči robu lošijeg ili boljeg kvaliteta od ugovorenog. Pritom sa stanovišta nedostatka saobraznosti nije od značaja da li nedostatak koji ima roba pogađa njenu mogućnost korišćenja ili vrednost, odnosno nebitno je da li se ona zbog odstupanja od ugovorenog kvaliteta neće moći koristiti na planirani način ili je njena vrednost manja od pretpostavljene. Ovo razlikovanje bi moglo biti od značaja prilikom procene gubitaka koje je kupac pretrpeo zbog nesaobraznosti prilikom odmeravanja naknade štete.

Kao i kod odstupanja u količini, i razlike u kvalitetu kupac mora utvrditi pregledom robe i o tome u razumnom roku obavestiti prodavca u skladu sa čl. 39 BK.

I na kraju, ako strane nisu ugovorom odredile kakav kvalitet treba da ima roba koja je predmet ugovora, primenjuju se dopunski objektivni kriterijumi iz čl. 35(2) BK.

4.1.5. Razlike u vrsti robe

Prodavac mora kupcu isporučiti robu ugovorene vrste da bi isporuka bila saobrazna. Vrsta robe koju prodavac duguje kupcu može biti određena na razne načine. Prvo, prodavac može vrstu robe odrediti u ponudi i tada ga taj opis robe obavezuje. Čak i ako se ponuda odnosi na oglas koji ilustruje robu i njen kvalitet, ta ilustracija čini deo ponude i za prodavca postaje obavezujuća u slučaju prihvata ponude[31]. Drugo, vrsta robe može biti određena u ponudi koju je kupac učinio prodavcu. Naravno, prihvatanje ponude od strane prodavca znači da ga opis robe obavezuje.

---

[30] Tako Schlechtriem, nav. delo, str. 277.

[31] Videti više kod Enderlein, Maskow, *International Sales Law*, Oceana Publications, 1992, str. 142.

Prema čl. 35(1) BK *prodavac je dužan isporučiti robu u ... vrsti kako je to predviđeno ugovorom*. *A contrario*, isporuka druge vrste od ugovorene se smatra nesaobraznom. Navedeni stav je bio predmet brojnih rasprava, pre svega, jer se u nacionalnim pravima različito tretira isporuka druge vrste robe. Možemo reći da ni danas u pogledu isporuke *aliud*-a ne postoji jedinstven stav. Prema jednom mišljenju, isporuka druge vrste robe od ugovorene predstavlja nesaobraznu isporuku, dok se prema drugom stanovištu, u tom slučaju radi o neisporuci. Takođe, ima mišljenja po kojima se razlikuju pravne posledice isporuke robe druge vrste u zavisnosti od toga da li je predmet ugovora individualno određena stvar ili generična roba[32].

Postoji velika razlika između određenja isporuke *aliud*-a kao nesaobrazne isporuke s jedne i kao neizvršenja isporuke s druge strane, jer prema BK nesaobrazna isporuka i neisporuka predstavljaju različite osnove povrede ugovora sa različitim pravnim posledicama. Iako su stvaraoci Bečke konvencije pokušali da unifikuju pravna sredstva kupca u slučaju povrede ugovora od strane prodavca, analiza odredbi BK nam pokazuje da se one oslanjaju na razliku koja postoji između nesaobraznosti i neizvršenja isporuke. Upravo zbog toga, rasprava o tome kako treba shvatiti isporuku *aliud*-a nije samo teoretska, nego ima praktičan značaj, jer pravilna kvalifikacija isporuke *aliud*-a neposredno utiče na to koja će pravna sredstva i pod kojim uslovima imati kupac, odnosno da li će kupac uopšte moći da se koristi pravnim sredstvima predviđenim u BK. Naime, kupac gubi pravo da se poziva na nesaobraznu isporuku ako blagovremeno ne obavesti prodavca o nesaobraznosti. To znači ako mu prodavac isporuči pirinač umesto kukuruza i kupac tome blagovremeno ne prigovori jer smatra da do isporuke nije ni došlo, on gubi mogućnost pozivanja na nesaobraznost. Ovaj problem može da se prevaziđe uvođenjem pretpostavke da je isporuka izvršena uvek kad prodavac preda robu kupcu ili prevoziocu u cilju izvršenja ugovora o prodaji.

S druge strane, sa stanovišta odgovornosti prodavca način na koji ćemo odrediti isporuku *aliud*-a nije od značaja. Ako se isporuka *aliud*-a shvati kao nesaobrazna, to znači da je prodavac obavezu isporuke izvršio, ali je izvršenje manljivo. A ako se isporuka druge vrste robe tretira kao neizvršenje isporuke, onda prodavac odgovara za neizvršenje ugovorne obaveze. U oba slučaja prodavac će biti odgovoran. Naime, osnov prodavčeve odgovornosti je povreda ugovora[33] koja postoji i kad je izvršenje isporuke bilo manljivo i kad isporuka uopšte nije izvršena.

[32] Videti više kod Schmidt, Münchener Kommentar zum Hardelsgesetzbuch, München, 2004, str. 514.

[33] Videti čl. 45(1) BK.

ULIS je u čl. 33(1)(b) isporuku robe različite od one na koju se ugovor odnosi i isporuku druge vrste robe izričito tretirao kao nesaobraznost. Bečka konvencija to ne čini eksplicitno, ali je, prema našem mišljenju, pravna situacija ista.

Isporuka druge robe u odnosu na ugovorenu ili isporuka druge vrste robe predstavlja nesaobraznu isporuku. Na primer, nesaobraznom se smatra isporuka krompira treće klase umesto prve klase, ali takođe i isporuka pirinča umesto krompira. Znači čak i u slučajevima grubih odstupanja tj. kad je isporučena druga vrsta robe u odnosu na ugovorenu radi se o manljivoj isporuci. U prilog našoj tvrdnji govori tekst čl. 35(1) BK u kome se ne pravi razlika između toga da li je isporučena roba lošijeg kvaliteta ili roba druge vrste. Takođe, ovakav stav podržava i činjenica da odstupanje od vrste robe predviđene u ugovoru može biti „izlečeno" nestavljanjem prigovora nesaobraznosti[34].

Za razliku od navedenog danas opšteprihvaćenog stava, u Komentaru Sekretarijata UNCITRAL-a[35] se pravi razlika između isporuke *aliud*-a i robe lošijeg kvaliteta, tako što se u slučaju isporuke robe druge vrste u odnosu na ugovorenu (ako prodavac umesto kukuruza isporuči krompir) smatra da do isporuke nije ni došlo. Stav iznet u Komentaru Sekretarijata ne čudi ako se imaju u vidu dve činjenice. Prvo, vreme njegovog donošenja. Naime, ovaj Komentar datira iz perioda neposredno pre donošenja Bečke konvencije, kad koncepti prihvaćeni u njoj još nisu primenjivani. I drugo, na formiranje ovakvog mišljenja su u velikoj meri uticala pravna pravila u nacionalnim pravima, po kojima isporuka robe koja nema ništa zajedničko sa robom koju je kupac želeo ne predstavlja isporuku[36]. Prema našem mišljenju stav zauzet u Komentaru Sekretarijata UNCITRAL-a nije dosledan i mogu mu se uputiti određeni prigovori. Prvo, kupac se može pozivati na nesaobraznost samo ako je prodavcu poslao obaveštenje o tome. To znači da prodavac mora biti svestan činjenice da je isporuka nesaobrazna. Ovde treba razlikovati dva slučaja: kad je prodavac savestan i kad je nesavestan. Naime, nekada se može dogoditi da su slučajno pomešane robe namenjene za dve različite isporuke i da prodavac zaista ne zna

[34] Videti više kod Enderlein, Maskow, nav. delo, str. 142.

[35] Videti Komentar čl. 31 - UN DOC. A/CONF. 97/5 (Komentar UNCITRAL-a), Official Records str. 29. Komentar UNCITRAL-a predstavlja komentar Nacrta BK iz 1978. godine, a ne same Bečke konvencije. Budući da zvanični Komentar same Konvencije u okviru UNCITRAL-a ne postoji, ovaj tekst se smatra najbližom verzijom Komentara BK i u velikoj meri se i danas koristi.

[36] Prema stavu naše sudske prakse prodavac nije izvršio isporuku ako kupcu preda drugu stvar, a ne onu koja je bila ugovorena.Videti više kod Jankovec, *Ugovorna odgovornost*, Beograd, 1993, str. 144 i fusnota 18 i 19. Takođe, prema ranijem nemačkom pravu je isporuka *aliud*-a smatrana isporukom neporučene robe, odnosno smatralo se da u tim slučajevima isporuka nije izvršena. Tako, Enderlein, Maskow, nav. delo, str. 143.

da je kupcu npr. umesto soli poslao brašno. U tom slučaju i prodavac će imati interes da odmah po dobijanju obaveštenja od kupca ispravi nastalu grešku i u takvoj situaciji bi prodavac trebalo da bude zaštićen. Nasuprot tome, prodavac ne može izvlačiti koristi iz svoje nesavesnosti. Pa tako, on nema pravo da se koristi čl. 38 i 39 BK kad se nedostatak saobraznosti odnosi na činjenice koje su mu bile poznate ili mu nisu mogle biti nepoznate, a on ih nije otkrio kupcu[37]. Drugo, isporuku nesaobrazne robe kupac može osnažiti nestavljanjem prigovora. U tom slučaju, je potpuno očigledno da je isporuka izvršena i kupac je dužan da plati cenu. Treće, ako bi se pravila razlika između isporuke *aliud*-a i robe lošijeg kvaliteta, i teorijski i praktični problem bi predstavljalo razgraničenje ta dva, odnosno kad je isporučen *aliud*, a kad ne. I na kraju, neki nemački autori prave razliku između „grubog" i „običnog" *aliud*-a. „Grubi" *aliud* bi postojao u slučaju isporuke druge vrste robe npr. soli umesto šećera, dok bi o „običnom" *aliud*-u mogli govoriti kad je isporučen npr. beli umesto žutog šećera. Prema njihovom stavu, „grubi" *aliud* predstavlja neisporuku, a „obični" *aliud* nedostatak saobraznosti[38]. Vidimo da među teoretičarima ne postoji saglasnost o tome šta sve pojam *aliud*-a obuhvata, odnosno o njegovom domašaju. Uvođenje pojmova „grubog" i „običnog" *aliud*-a bi u praksi stvorilo brojne teorijske i praktične teškoće, pre svega, jer nije uvek moguće njihovo precizno razgraničenje. Smatramo da razlikovanje „grubog" i „običnog" *aliud*-a, koje ima svoje korene u nekim nacionalnim pravima, nije prihvatljivo budući da sam tekst čl. 35 Konvencije za to ne daje nikakav osnov.

4.1.6. Pakovanje ili zaštita robe

I na kraju, prodavac je dužan da kupcu isporuči robu pakovanu ili zaštićenu na način predviđen u ugovoru. Ako su se ugovorne strane dogovorile o načinu zaštite ili pakovanja robe, onda roba nije saobrazna ugovoru ako u tom pogledu postoje odstupanja. U međunarodnoj trgovini obaveza pakovanja robe je osnovna obaveza prodavca i čini sastavni deo pojma saobraznosti. Praktična posledica ovakvog rešenja Konvencije se sastoji u tome što se kupac koji uoči nedostatke u pakovanju ili zaštiti robe, na njih može pozivati samo pod uslovom da je o tome blagovremeno obavestio prodavca. Za razliku od rešenja prihvaćenog u BK, obaveza prodavca u vezi pakovanja robe se u nacionalnim pravima najčešće tretira kao dopunska obaveza prodavca.

[37] Videti čl. 40 BK.
[38] Videti više kod Krüger, Westermann, nav. delo, str. 2346.

Sandra Fišer-Šobot, LL. M. Assistant,
Faculty of Law Novi Sad

Contractual requirements for the conformity of the goods

Abstract

Seller's main obligation arising from the sale contracts, both national and international, is to deliver the goods to the buyer. According to the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, the seller must, in agreed time and place, deliver the goods that are in conformity with the contract. The main goal of this paper is to clarify and analyze the concept of conformity of the goods, i.e. to asses when the delivered goods are deemed to conform to the contract.

Originalni naučni rad 336.74:347.9(4)

Mr Petar Đundić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

POSTUPAK ZA IZDAVANJE EVROPSKOG PLATNOG NALOGA

Sažetak: *U skladu sa odredbom čl. 61. Ugovora o osnivanju EZ, Zajednica je dužna da se stara o uspostavljanju prostora slobode, bezbednosti i pravde, između ostalog, kroz preduzimanje mera na polju pravosudne saradnje u građanskim stvarima. Na osnovu ovog ovlašćenja, organi Zajednice su usvojili Uredbu koja omogućuje sudovima država članica da, počev od decembra 2008. godine, na zahtev poverilaca izdaju evropske platne naloge, u stvarima sa prekograničnim elementom. Postupak za izdavanje evropskog platnog naloga bi trebalo da ubrza i olakša ostvarivanje neosporenih novčanih potraživanja u drugoj državi članici, tako što će eliminisati potrebu za vođenjem parnice u situacijama kada je jasno da između stranaka nema spora u pogledu postojanja i visine potraživanja. Osim toga, cilj donošenja Uredbe br. 1896/2006 kojom je ovaj postupak ustanovljen, bio je da definiše minimalne standarde čije poštovanje garantuje zaštitu prava dužnika, čineći na taj način nepotrebnom bilo kakvu kontrolu naloga koja bi prethodila njegovom izvršenju u drugoj državi članici. Pravila iz Uredbe se odnose na polje primene, nadležnost, uslove za izdavanje naloga, njegovu sadržinu, dostavljanje naloga dužniku, mogućnost osporavanja potraživanja itd. Ovaj rad sadrži pregled i komentar najvažnijih odredaba Uredbe, uz osvrt na njen značaj za Republiku Srbiju i domaća fizička i pravna lica.*

Ključne reči: *evropski platni nalog, postupak, potraživanje, dostavljanje, izvršenje.*

Pravni osnov i svrha postupka

Počev od decembra 2008. godine, sudovi država članica EU će moći da izdaju evropske platne naloge, čiji je osnovni cilj da omoguće efikasnije ostvarivanje potraživanja u odnosima sa prekograničnim elementom. Postupak za izdavanje evropskog platnog naloga trebalo bi da poveriocima olakša naplatu neosporenih novčanih potraživanja u drugoj državi članici. Osnov za to jeUredba (EZ) br. 1896/2006 Evropskog parlamenta i Saveta od 12. decembra 2006. godine o uspostavljanju postupka za izdavanje evropskog platnog naloga (u daljem tekstu: Uredba), koja predstavlja još jedan od propisa donetih u realizaciji obaveze Evropske zajednice da radi na stvaranju područja slobode, bezbednosti i pravde, u skladu sa odredbom čl. 61. Ugovora o osnivanju EZ. Prema istoj odredbi, stvaranje područja slobode, bezbednosti i pravde se postiže, između ostalog, kroz preduzimanje mera na polju pravosudne saradnje u građanskim stvarima.[1] Pored pomenute, osnov donošenja Uredbe je bila i odredba čl. 65(c) Ugovora o osnivanju EZ, prema kojoj pravosudna saradnja u građanskim stvarima prekograničnog karaktera obuhvata i mere čiji je cilj da ukinu prepreke za dobro funkcionisanje građanskih postupaka, tako što će se promovisati usklađenost ovih pravila na snazi u državama članicama. Intenzivna zakonodavna delatnost Zajednice na ovom polju je omogućena stupanjem na snagu Amsterdamskog ugovora, kojim je pravosudna saradnja u građanskim stvarima izmeštena iz tzv. trećeg u prvi stub Evropske unije.[2] Time su organi Zajednice dobili ovlašćenje da pomenutu materiju uređuju donošenjem propisa nadnacionalnog karaktera (direktiva i uredbi), za razliku od dotadašnjeg načina regulisanja putem međunarodnih ugovora zaključenih između država članica.

Donošenju Uredbe prethodilo je usvajanje zaključaka Evropskog saveta na sastanku u Tampereu, u oktobru 1999. godine, kojima se Savet EZ i Komisija pozivaju da usvoje propise neophodne za dobro odvijanje pravosudne saradnje, pri čemu je posebno naglašena potreba za radom na uspostavljanju naloga za izvršenje novčanih obaveza.[3] Sledeće godine, Komisija i Savet EZ su doneli Zajednički program o merama za sprovođenje načela uzajamnog priznavanja odluka u građanskim i trgovinskim stvarima, koji izdvaja ukidanje postupka egzekvature kod neosporenih

[1] Vidi, čl. 61(c) Ugovora o osnivanju EZ.

[2] Amsterdamski ugovor je na snazi od 1. maja 1999. godine.

[3] Vidi, Objašnjenja uz Predlog Uredbe koji je podnela Komisija (*Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council creating a European order for payment procedure*, COM (2004) 173 Final 1/3), str. 2.

potraživanja kao jedan od prioriteta Zajednice i izričito pominje i potrebu ujednačavanja procesnog prava koja može, u određenim oblastima, biti preduslov za ukidanje egzekvature.[4] Važna etapa bila je i usvajanje Zelenog papira o postupku za izvršenje evropskog platnog naloga i merama za pojednostavljenje i ubrzanje postupaka u vezi sa potraživanjima male vrednosti,[5] od strane Komisije, u decembru 2002. godine. U ovom dokumentu je posebno istaknuto da je brza naplata neosporenih potraživanja od najveće važnosti za privredne subjekte u Evropskoj uniji, a da vođenje skupog, teškog i dugotrajnog sudskog postupka i kada su u pitanju ovakva potraživanja, pojačava negativne ekonomske posledice.[6]

Uredba o kojoj je reč, u suštini, plod je zakonodavne inicijative Komisije usmerene na to da se ekonomskim subjektima olakša ostvarivanje potraživanja čije je postojanje nesporno i za samog dužnika. Jedan deo tih napora bio je koncentrisan na obezbeđivanje uzajamnog priznavanja odluka sudova država članica koje se odnose na neosporena potraživanja, a rezultirao je usvajanjem Uredbe Evropskog parlamenta i Saveta o uspostavljanju evropskog izvršnog naloga za neosporena potraživanja.[7] Sa druge strane, Komisija je inicirala donošenje zasebnog akta kojim bi bila uspostavljena specijalna procedura za pribavljanje odluka o neosporenim potraživanjima, u postupku pred sudovima država članica, što je i dovelo do nastanka Uredbe kojoj je posvećen ovaj rad.

Svrha donošenja Uredbe, prema samom njenom tekstu, jeste da se pojednostave prekogranični sporovi koji se odnose na neosporena novčana potraživanja, da se ubrza postupak i smanje troškovi, stvaranjem posebnog postupka za izdavanje evropskog platnog naloga (u daljem tekstu: nalog), kao i da se dozvoli slobodno „kretanje" naloga kroz države članice, tako što će utvrditi minimalne standarde čije postojanje čini nepotrebnim bilo kakav postupak u državi članici, koji bi prethodio izvršenju.[8]

Polje primene Uredbe

Uredba pruža mogućnost poveriocu da naplati potraživanje u postupku koji je ustanovljen njenim odredbama, ali ne isključuje korišće-

[4] *Ibidem*.

[5] *Green Paper on a European Order for Payment Procedure and on Measures to Simplify and Speed Up Small Claims Litigation*, COM (2002) 746 Final.

[6] Vidi, *Ibidem*, str. 8.

[7] *Regulation (EC) No 805/2004 of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on creating a European Enforcement Order for uncontested claims*, OJ 2004, L143/15.

[8] Čl. 1. st. 1 (a) i (b) Uredbe.

nje postupka predviđenog u nacionalnom pravu države članice ili u pravu Zajednice.[9] Poverilac uvek može, na primer, da se odluči da za realizaciju potraživanja u drugoj državi članici iskoristi odredbe o egzekvaturi prisutne u Uredbi o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovinskim stvarima (u daljem tekstu: uredba Brisel I)[10], ili da izdejstvuje sertifikaciju odluke kao evropskog izvršnog naloga.[11]

Odredbe ovog akta se primenjuju u građanskim i trgovinskim stvarima sa prekograničnim karakterom, bez obzira na prirodu suda koji odlučuje. Posebno je naglašeno da se ona ne primenjuje u poreskim, carinskim i upravnim stvarima, kao ni u slučajevima koji podrazumevaju odgovornost države za štetu prouzrokovanu u vršenju državne vlasti.[12] Takođe, iz polja primene su izdvojena imovinska prava koja potiču iz bračnih odnosa, testamentarnog i zakonskog nasleđivanja, a Uredba se ne primenjuje ni na postupak stečaja i likvidacije, sudska i vansudska poravnanja, socijalno osiguranje i, uz određene izuzetke, potraživanja zasnovana na vanugovornim obavezama.[13]

Prekogranični karakter slučaja zavisi od toga gde se nalazi prebivalište ili redovno boravište stranaka. Primena Uredbe dolazi u obzir samo u slučajevima u kojima bar jedna stranka ima prebivalište ili redovno boravište u državi ugovornici različitoj u odnosu na državu čiji sud postupa, i to u trenutku podnošenja zahteva za izdavanje naloga, u skladu sa Uredbom.[14] Pri tome, prebivalište stranaka se utvrđuje na osnovu čl. 59. i 60. uredbe Brisel I.[15] To znači da, kada je reč o fizičkim licima, nadležni sud utvrđuje da li stranka ima prebivalište u državi članici primenom njenog unutrašnjeg prava. Sa druge strane, pravno lice ima prebivalište u državi u kojoj se nalazi njegovo statutarno sedište, sedište glavne uprave ili glavno mesto poslovanja.

---

[9] Čl. 1. st. 2. Uredbe.

[10] Vidi više o tome kod: M. Stanivuković, Regulativa Saveta o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovinskim stvarima (2001/44/EC), *Evropsko zakonodavstvo* br. 1/2002, str. 9.

[11] Vidi, čl. 3. Uredbe o uspostavljanju evropskog izvršnog naloga za neosporena potraživanja. Više o ovome vidi kod: M. Knežević, Regulativa broj 805/2004 o ustanovljenju evropske izvršne isprave za neosporene tužbene zahteve, *Evropski pravnik* br. 2/2007.

[12] Čl. 2. st. 1. Uredbe.

[13] Čl. 2. st. 2. Uredbe.

[14] Čl. 3. st. 1. i 3. Uredbe.

[15] Čl. 3. st. 2. Uredbe.

Podnošenje i sadržina zahteva za izdavanje naloga

Postupak za izdavanje naloga je predviđen za novčana potraživanja u tačno određenom iznosu, koja su dospela u trenutku podnošenja zahteva.[16] Prema tome, zahtev za izdavanje naloga se ne može odnositi na nenovčana potraživanja, ali ni na novčana koja ne mogu biti izražena u tačno određenom iznosu (na primer, potraživanja nastala prouzrokovanjem neimovinske štete ne mogu biti precizirana bez sprovođenja sudskog postupka) Prema shvatanju Komisije, nenovčana potraživanja je bilo potrebno isključiti imajući u vidu teškoće praktične prirode koje bi nastale prilikom obrade i realizacije naloga u vezi sa ovakvim potraživanjima, a naročito zbog njihovog malog praktičnog značaja.[17] Na nekoliko mesta u Uredbi se naglašava da se postupak izdavanja naloga odnosi na neosporena novčana potraživanja.[18] Međutim, o neosporenom potraživanju može se govoriti samo uslovno, jer ova činjenica zavisi upravo od toga da li će dužnik osporiti potraživanje na koje se odnosi nalog, u skladu sa ovlašćenjem koje mu je pruženo.[19]

Poverilac koji želi da koristi postupak utvrđen Uredbom podnosi zahtev sudu države članice („država porekla"). Podnosilac zahteva se ipak ne može obratiti sudu bilo koje države članice. Naime, nadležnost za izdavanje naloga je utvrđena u skladu sa odredbama uredbe Brisel I.[20] Ovaj izvor predviđa opštu međunarodnu nadležnost prema prebivalištu tuženog (za potrebe primene Uredbe – dužnika), ali dozvoljava uspostavljanje nadležnosti i po drugim osnovama, kao što su mesto izvršenja ugovorne obaveze ili mesto u kojem se nalazi predstavništvo, agencija ili druga poslovna jedinica, ako je reč o sporu koji je nastao u vezi sa poslovanjem nekog od ovih subjekata.[21] Uredba izdvaja slučajeve u kojima se kao dužnik javlja potrošač. Ako je potraživanje nastalo na osnovu ugovora koji je neko lice zaključilo u svojstvu potrošača, za izdavanje naloga je isključivo nadležan sud države ugovornice u kojoj potrošač ima prebivalište.[22]

---

[16] Čl. 4. Uredbe.

[17] Vidi, Objašnjenja Komisije uz predlog Uredbe, str. 10.

[18] Vidi, na primer, pasuse 7. i 9. u uvodnom delu Uredbe i čl.1. st. (a).

[19] Vidi, P. Bohunova, Problematic Provisions of the Regulation Creating a European Order for Payment Procedure, str. 2, tekst dostupan na: http://www.law.muni.cz/edicni/sborniky/ cofola2008/files/pdf/mps/bohunova_petra.pdf.

[20] Čl. 6. st. 1. Uredbe.

[21] Čl. 5. st. 1. i 5. uredbe Brisel I.

[22] Čl. 6. st. 2. Uredbe.

Čl. 7. st. 2. Uredbe detaljno propisuje sadržinu zahteva za izdavanje naloga. Prema pomenutoj odredbi, zahtev mora sadržati:

a) imena i adrese stranaka i njihovih zastupnika, kao i suda kome se podnosi zahtev;

b) iznos potraživanja, uključujući glavnicu i, kada je neophodno, kamate, iznos ugovorne kazne i troškova;

v) ako se zahteva isplata kamate, kamatnu stopu i vremenski period za koji se zahteva isplata kamate, osim kada se zakonska kamata automatski pripisuje glavnici prema propisima države čiji sud izdaje nalog;

g) osnov potraživanja, uključujući opis okolnosti koje se navode kao osnov potraživanja glavnice i, kada je neophodno, kamate;

d) opis dokaza koji potkrepljuju potraživanje;

đ) osnov nadležnosti i

e) činjenice na osnovu kojih se vidi da je reč o slučaju sa prekograničnim karakterom, u smislu čl. 3.

Uz zahtev, poverilac prilaže izjavu kojom potvrđuje da su informacije sadržane u zahtevu prema njegovim saznanjima tačne, kao i da razume da svako namerno pružanje lažnih informacija može voditi odgovarajućim sankcijama, u skladu sa pravom države čiji sud izdaje nalog.[23] Odredba, međutim, ne precizira da li je reč o krivičnim ili građanskopravnim sankcijama. U cilju postizanja što veće efikasnosti prilikom izdavanja i realizacije naloga, Uredba predviđa da zahtev može biti podnet u pisanom obliku, ali i putem nekog drugog sredstva komunikacije prihvaćenog od strane suda i dostupnog sudu u državi porekla naloga, uključujući elektronska sredstva komunikacije.[24] Time se širom otvaraju vrata za zahteve koji se podnose putem elektronske pošte. U svakom slučaju, zahtev mora biti potpisan, a ako je podnet u elektronskom obliku, potpis mora biti dat u skladu sa Direktivom o elektronskim potpisima.[25] Izuzetak od ovog poslednjeg pravila postoji ako sud države članice primenjuje alternativni sistem elektronske komunikacije, koji je dostupan određenoj grupi prethodno registrovanih korisnika i koji omogućuje njihovu identifikaciju na bezbedan način. O upotrebi ovog vida komunikacije države članice su dužne da izveste Komisiju.[26]

---

[23] Čl. 7. st. 3. Uredbe.

[24] Čl. 7. st. 5. Uredbe.

[25] *Directive 1999/93/EC of the European Parliament and of the Council of 13 December 1999 on a community framework for electronic signatures*, OJ 2000, L 13/15.

[26] Čl. 7. st. 6. Uredbe.

Odlučivanje o zahtevu za izdavanje naloga

Sud države članice kojem je podnet zahtev, dužan je da ispita da li je reč o građanskoj ili trgovinskoj stvari, da li postoji neophodni prekogranični element, da li je u pitanju dospelo novčano potraživanje, da utvrdi da li su ispunjeni uslovi za zasnivanje njegove nadležnosti, da ispita ispunjenost uslova iz čl. 7, kao i to da li je potraživanje na prvi pogled osnovano. Propisano je da ova provera može imati oblik automatizovane procedure.[27] Ispitivanje koje sprovodi nadležni sud, kao što se može videti iz navedenih odredaba, koncentrisano je na formalnu stranu zahteva. Poverilac nije dužan da podnese dokaze uz zahtev, već samo da opiše dokaze kojima raspolaže u pogledu osnovanosti potraživanja. Sud ne ulazi u meritum stvari, već samo konstatuje da bi potraživanje moglo biti osnovano. Tek ako dužnik u kasnijoj fazi ospori njegovo postojanje ili osnovanost, pokreće se parnica u kojoj se ispituju sve relevantne okolnosti. Imajući u vidu „tehnički" karakter provere ispunjenosti uslova, ideja tvoraca teksta Uredbe je bila da ovaj postupak ne mora da sprovodi sudija, već to može činiti i drugi službenik suda.[28]

Ako zahtev ne ispunjava sve uslove predviđene u članu 7. Uredbe, sud će podnosiocu odrediti dodatni rok u kome ima priliku da ga dopuni ili ispravi, pod uslovom da potraživanje nije očigledno neosnovano i da zahtev nije neprihvatljiv. Ostavljeni rok sud može naknadno produžiti.[29] Ako proceni da zahtev samo delimično ispunjava potrebne uslove, u skladu sa čl. 10, sud će upozoriti podnosioca zahteva na to da može izdati nalog samo na sumu koja čini deo potraživanja. Podnosilac zahteva može izmeniti svoj zahtev u skladu sa upozorenjem dobijenim od strane suda, u roku koji mu je za to ostavljen. Ukoliko podnosilac zahteva odbije predlog suda ili se ne izjasni u ostavljenom roku, sud će odbiti predlog za izdavanje naloga u celini. Isto važi i za slučaj da podnosilac zahteva ne ispravi nedostatke u zahtevu u ostavljenom roku.[30]

Pored prethodno pomenutih slučajeva, sud će odbiti zahtev za izdavanje naloga ako utvrdi da nije ispunjen neki od uslova iz čl. 2, 3, 4, 6. ili 7. Uredbe, odnosno, ako zaključi da je potraživanje očigledno neosnovano.[31] Žalba protiv odluke suda nije dozvoljena, što je razumljivo s obzirom na to da je stvaranje procesnog okvira za brzu realizaciju potraživa-

[27] Čl. 8. Uredbe.
[28] Vidi, Uvodni deo Uredbe, pasus br. 16.
[29] Čl. 9. Uredbe.
[30] Čl. 11. st. 1. (a) i (b) Uredbe.
[31] Čl. 11. st. 1(a) i (b) Uredbe.

nja bio jedan od glavnih ciljeva donošenja ovog akta. Međutim, odluka kojom se odbija zahtev nema karakter *res iudicata*, što znači da se poverilac uvek može obratiti nadležnom sudu sa novim zahtevom ili pokušati da ostvari potraživanje koristeći neki drugi pravni okvir.[32]

Zaštita prava dužnika

Nakon što utvrdi ispunjenost uslova, sud je dužan da što je pre moguće, a po pravilu u roku od 30 dana od podnošenja zahteva, izda nalog.[33] Takav nalog može biti izvršen u drugoj državi ugovornici bez donošenja bilo kakve deklarativne odluke o podobnosti za izvršenje.[34] Sam postupak prinudnog izvršenja se sprovodi na osnovu propisa države u kojoj je izvršenje zatraženo, pod istim uslovima koji važe za izvršnu odluku domaćeg suda.[35] Sud u državi priznanja može odbiti izvršenje naloga samo ako je u pitanju presuđena stvar, ili ako je utvrđeno da je dužnik isplatio poveriocu iznos na koji glasi nalog, ali se ni u kom slučaju ne može upuštati u meritum onoga što je njime obuhvaćeno.[36]

Cilj donošenja Uredbe je bio da se olakša realizacija potraživanja u pogledu kojih ne postoji spor između poverioca i dužnika, ali da to ne bude učinjeno na uštrb zaštite prava dužnika. S obzirom na to da se nalog izdaje isključivo na osnovu činjenica koje nadležnom sudu prezentuje poverilac, od izuzetne je važnosti da dužnik bude obavešten o postupku, kao i da mu se pruži prilika da se izjasni o potraživanju koje je njegov predmet. Iz ovog razloga Uredba propisuje pravila o dostavljanju naloga dužniku. Dostavljanje se vrši u skladu sa nacionalnim propisima konkretne države, ali uz obavezno poštovanje minimalnih standarda utvrđenih Uredbom.[37] Pravila kojima su obuhvaćeni minimalni standardi u pogledu dostavljanja se dele u dve grupe: **dostavljanje dužniku uz dokaz o prijemu i dostavljanje bez dokaza o prijemu**.

Suština **dostavljanja uz dokaz o prijemu** je u tome da dužnik ili osoba koja je za to ovlašćena u državi u kojoj se vrši dostavljanje svojim potpisom potvrdi da je ovo lice primilo nalog, bez obzira da li je samo dostavljanje izvršeno poštom, od strane ovlašćenog lica ili elektron-

[32] Čl. 11. st. 2. i 3. Uredbe.
[33] Čl. 12. st. 1. Uredbe.
[34] Čl. 19. Uredbe.
[35] Čl. 21. st. 1.
[36] Čl. 22. Uredbe.
[37] Čl. 12. st. 5. Uredbe.

skim sredstvima komunikacije.[38] Uredba priznaje kao valjano i **dostavljanje bez dokaza o prijemu**, ali i u takvim slučajevima se obezbeđuje visok stepen verovatnoće da je dužnik zaista i primio nalog. Na primer, dozvoljeno je dostavljanje licima koja žive u istom domaćinstvu kao i dužnik ili su tu zaposlena ili dostavljenje, kada je reč o pravnim licima ili samozaposlenim licima, u poslovnim prostorijama dužnika.[39] Međutim, ovlašćeno lice je tada dužno da navede metod i datum dostavljanja, ime lica kome je dostavljanje izvršeno, njegovu vezu sa dužnikom ili da od ovog lica dobije potvrdu o prijemu naloga.[40] Pravila o dostavljanju iz čl. 13. i 14. su gotovo potpuno identična onima iz Uredbe o uspostavljanju Evropskog izvršnog naloga. Uredba ne sadrži rešenje za slučaj da dostavljanje ne bude izvršeno u skladu sa njenim pravilima, a dužnik ipak ospori potraživanje. Tada se može postaviti pitanje da li je nalog punovažan i da li na osnovu odgovora dužnika može biti pokrenuta parnica.

Dužnik koji je primio nalog ima mogućnost da sudu pošalje izjavu kojom osporava potraživanje podnosioca zahteva. U izjavi koja mora biti poslata u roku od 30 dana od dana prijema naloga i potpisana od strane dužnika ili njegovog zastupnika, dužnik ne mora da iznosi činjenice na kojima zasniva svoje protivljenje.[41] Kao i svim ostalim slučajevima koji podrazumevaju komunikaciju između suda i stranaka, i ovde se izjava upućuje na propisanom obrascu koji je dat u prilogu uz tekst Uredbe. Izjava može biti data i u elektronskoj formi.

Pod uslovom da dužnik ospori potraživanje obuhvaćeno nalogom, postupak će biti nastavljen kao parnica pred nadležnim sudom u državi u kojoj je izdat nalog, po uobičajenim pravilima građanskog postupka na snazi u toj državi.[42] Imajući u vidu da je nadležnost za izdavanje naloga utvrđena u skladu sa odredbama uredbe Brisel I, isti onaj sud koji je izdao nalog će biti nadležan da odlučuje u parničnom postupku. Podnosilac zahteva ima mogućnost, u skladu sa čl. 7. st. 4. Uredbe, da prilikom njegovog podnošenja navede da se protivi transferu postupka u okvire redovne građanske parnice, u slučaju da dužnik ospori potraživanje. U takvoj situaciji se postupak okončava na osnovu činjenice da je potraživanje osporeno.

[38] Vidi, čl. 13. Uredbe.
[39] Čl. 14. st. 1(a) i (b) Uredbe.
[40] Čl. 14. st. 3. Uredbe.
[41] Čl. 16. st. 3. Uredbe.
[42] Čl. 17. st. 1. Uredbe.

Protekom roka u kojem dužnik ima pravo da ospori potraživanje, nalog postaje izvršiv i sud ga šalje podnosiocu zahteva.[43] Kao što je već rečeno, izuzetno je mali broj razloga koji mogu poslužiti kao opravdanje za odbijanje izvršenja ovakvog naloga u drugim državama članicama.[44] Međutim, i nakon isteka roka od 30 dana, u izuzetnim slučajevima dužnik može tražiti od nadležnog suda u državi izdavanja da preispita nalog. Ovakav zahtev je moguće podneti u dve grupe slučajeva. Prvo, ako je nalog dostavljen dužniku propisanim metodom koji ne obezbeđuje dokaz o prijemu, u skladu sa čl. 14. Uredbe, dužnik može podneti zahtev ako dostavljanje nije izvršeno u vremenskom okviru koji bi mu pružio dovoljno vremena za pripremu odbrane ili ako je sprečen da ospori potraživanje višom silom ili vanrednim okolnostima, a u svakom slučaju bez sopstvene krivice.[45] Sa druge strane, bez obzira na to kako je bilo izvršeno dostavljanje, dužnik može podneti zahtev za preispitivanje naloga ako je on, imajući u vidu uslove definisane Uredbom, očigledno nepravilno izdat ili ako postoje druge vanredne okolnosti.[46] Nadležni sud u državi izvršenja može, na zahtev dužnika koji je podneo zahtev za preispitivanje, ograničiti izvršenje naloga na mere zaštitnog karaktera, usloviti ga polaganjem obezbeđenja od strane poverioca, pa čak i prekinuti postupak izvršenja.[47] Ako nadležni sud prihvati argumente iz zahteva dužnika, proglasiće nalog ništavim. U suprotnom, on ostaje na snazi i može biti izvršen.

Primena Uredbe i njen značaj

Prilikom usvajanja Uredbe, njeni tvorci su se nadali da će postupak za izdavanje evropskog platnog naloga uštedeti značajan deo troškova koje preduzeća i fizička lica snose prilikom realizacije dospelih i neosporenih potraživanja, u slučajevima sa prekograničnim karakterom. Njene odredbe bi trebalo da zaštite privredne subjekte, budući da je kašnjenje u plaćanju najvažniji uzrok njihove insolventnosti.[48] Cilj Uredbe je bio i da sudove država članica oslobodi troškova vođenja nepotrebnih sporova, u situaciji kada među strankama ne postoji neslaganje u vezi sa pravom ili činjenicama. U tom smislu, Uredba ide korak dalje kada je reč o ostvari-

[43] Čl. 18. st. 1. i 3. Uredbe.
[44] Vidi, na str. 6.
[45] Čl. 20. st. 1. Uredbe.
[46] Čl. 20. st. 2. Uredbe.
[47] Vidi, čl. 23. Uredbe. U ovoj odredbi je naglašeno da je prekid postupka izvršenja moguć u izuzetnim okolnostima. Time je još jednom naglašena namera uspostavljanja postupka čiji je glavni cilj efikasna i brza realizacija potraživanja.
[48] Vidi, Uvodni deo Uredbe, pasus br. 6.

vanju neosporenih potraživanja u prekograničnim slučajevima, u odnosu na rešenja iz Uredbe o uspostavljanju evropskog izvršnog naloga. Ova poslednja, naime, podrazumeva da je poverilac uspeo da dođe do sudske odluke koja potvrđuje postojanje potraživanja, a tek nakon toga može zahtevati sertifikaciju ovog naslova kao evropske izvršne isprave i izbeći egzekvaturu u državi izvršenja. Kada je u pitanju evropski platni nalog, nikakav sudski postupak ne prethodi postupku njegovog izdavanja. Da li će i u kojoj meri ovi ciljevi biti ostvareni ostaje da se vidi u vremenu posle 5. decembra 2008. godine, kada najveći broj odredaba Uredbe počinje da se primenjuje, u skladu sa odredbom čl. 33.

Kada je reč o značaju Uredbe za Republiku Srbiju, pored činjenice da ona čini sastavni deo pravnih tekovina Zajednice i kao takva predstavlja propis koji će direktno obavezivati domaće sudove u slučaju stupanja Srbije u punopravno članstvo, njena pravila mogu biti značajna za domaća fizička i pravna lica koja imaju imovinu na teritoriji Zajednice. Naime, njihova imovina se potencijalno može naći na udaru naloga izdatog na osnovu ovog akta, pod uslovom da su ispunjeni uslovi za zasnivanje nadležnosti suda države članice. Nadležnost suda se određuje u skladu sa uredbom Brisel I, koja predviđa da se u postupku protiv tuženog bez prebivališta na teritoriji države članice mogu koristiti osnovi nadležnosti prisutni u nacionalnim propisima država članica.[49] Među njima su brojni prekomerni osnovi nadležnosti,[50] koji se ne zasnivaju na čvrstoj i stvarnoj vezi između tuženog i države suda. Međutim, u Uredbi postoji jedna odredba koja otežava realizaciju potraživanja poverilaca kada je reč o dužnicima iz trećih država. Prema čl. 3. st. 1, njene odredbe se primenjuju samo ako u trenutku podnošenja zahteva bar jedna od stranaka ima prebivalište ili redovno boravište u državi članici različitoj u odnosu na onu čiji sud postupa. Drugim rečima, postupak ustanovljen Uredbom se može koristiti protiv dužnika iz trećih država, samo ukoliko poverilac ima prebivalište ili redovno boravište izvan države čiji bi sud mogao zasnovati nadležnost. Ako je ovaj uslov ispunjen, izdavanje naloga gotovo sigurno znači da će on biti i izvršen u drugoj državi članici.

[49] Čl. 4. st. 1. uredbe Brisel I.
[50] Vidi, M. Stanivuković, *op. cit*., str. 12.

Petar Đundić , LL. M. Assistant
Novi Sad Faculty of Law

European order for payment procedure

Abstract

According to article 61 of the Treaty of Rome, Community has the duty of developing an area of freedom, security and justice, inter alia, trough adoption of measures in the field of judicial cooperation in civil matters. Based on this, Community's institutions have adopted the Regulation which will, starting from December 2008, enable courts in member states to issue European orders for payment in matters with cross-border implications. European order for payment procedure should speed up and simplify recovery of uncontested pecuniary claims in other member states by eliminating unnecessary litigation when it is clear that there is no dispute between parties as to existence or amount of a claim. Furthermore, Regulation no. 1896/2008 creating European order for payment procedure has the objective of establishing minimum standards for protection of defendant's rights, compliance with which renders unnecessary any control of order prior to its enforcement in other member state. The Regulation contains rules dealing with its scope of application, jurisdiction, conditions for issue of an order, service of the order to the defendant, statement of opposition to the European order for payment etc. This article contains an overview and comments on the most important characteristics of the Regulation, as well as observations on its significance for Republic of Serbia and domestic natural and legal persons.

Originalni naučni rad 341.24:061.1EU
061.1EU

Mr Bojan Tubić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

SUDSKA KONTROLA LEGALNOSTI MEĐUNARODNIH UGOVORA KOJE ZAKLJUČUJE EVROPSKA ZAJEDNICA

***Sažetak**: Međunarodni ugovori zauzimaju značajno mesto u pravnom poretku Zajednice i zbog toga je potrebno ustanoviti mehanizme kontrole njihove zakonitosti. Pošto su to akti koji proizvode pravna dejstva oni ne mogu izbeći ovu vrstu kontrole. Unutar Zajednica je uspostavljen sistem da se ipak ne kontroliše sam ugovor nego unutrašnji akt Zajednice koji dovodi do zaključivanja ugovora. Njegovo sudsko poništavanje ima za rezultat neprimenljivost datog međunarodnog ugovora unutar Zajednice, ali ne poništava ugovor na planu međunarodnog prava, niti oslobađa Zajednicu njenih međunarodnih obaveza. Sud pravde je u slučajevima Jusuf i Kadi na kraju ipak potvrdio da ni konkretna uredba koja predstavlja implementaciju jedne obavezujuće rezolucije Saveta bezbednosti ne može da izbegne sudsku kontrolu unutar Zajednice. Na taj način je sačuvao jednoobraznu primenu prava Zajednice i do određene mere uklonio pretnju primatu prava EZ.*

***Ključne reči:** kontrola legalnosti, međunarodni ugovori, Evropska zajednica, Sud prve instance, Sud pravde*

Uvod

Sud pravde i Sud prve instance imaju, na osnovu člana 230 Ugovora o osnivanju Evropske zajednice, nadležnost da ispituju zakonitost akata koje donose institucije EZ. Ova kontrola zakonitosti je dopunjena i mogućnošću da nacionalni sudovi upute Sudu pravde, pitanja o valjanosti

akata institucija, na osnovu člana 234 Ugovora o EZ. Sud pravde i Sud prve instance su tokom razvoja pravnog poretka EZ ispitivali zakonitost svakog pravnog akta, koji je mogao da proizvede pravno dejstvo unutar tog sistema. Pristup Suda da obezbedi da taj pravni poredak bude u skladu sa osnivačkim ugovorima nije menjan ni kada je akt predstavljao međunarodnu obavezu Zajednice. Postoje različita mišljenja u teoriji o ovom pitanju. Jedni tvrde da ugovor o EZ daje prednost primarnom pravu EZ u odnosu na međunarodno pravo, odnosno da je međunarodno pravo, zbog jedinstvenog karaktera EZ podređeno pravu EZ.[1] Drugi pak, tvrde da Sud ne može da zanemari primat međunarodnog prava, kada tumači osnivačke ugovore, čak i ako su oni u koliziji.

Priroda EZ kao međunarodnog subjekta

Pravna priroda Zajednica je bila podvrgnuta jednoj pravnoj dialektici. Jedni su tvrdili da su osnove pravnog poretka EZ tako posebne da se ona ne može smatrati međunarodnom organizacijom.[2] Drugi su pak, tvrdili da je EZ međunarodna organizacija i da je stoga njeno međunarodno ponašanje rukovođeno opštim međunarodnim pravom.[3] U slučaju Kosta protiv Enela, Sud je smatrao da je suprotno običnim međunarodnim ugovorima, Ugovor o EEZ stvorio svoj sopstveni pravni sistem, iako nijedna od Bečkih konvencija o pravu ugovora ne razlikuje obične i posebne ugovore.[4] Ovu izjavu Suda kritikovali su teoretičari koji shvataju pravni poredak EZ kao samo malo uznapredovalu međunarodnu organizaciju.[5] Oni tvrde da je ustavna struktura poretka EZ, a posebno primat prava EZ nad nacionalnim pravom i doktrina direktnog dejstva, inspirisana opštim međunarodnim pravom. Ono se primenjuje na ponašanje Zajednice, kao i na svaku drugu međunarodnu organizaciju. Normativno tumačenje osnivačkih ugovora koje obavlja Sud jeste ustavnog karaktera,[6] ali to ne menja činjenicu da je EZ podvrgnuta klasičnom međunarodnom pravu. Ovakav stav je u saglasnosti sa presudom Međuna-

[1] J.P. Jacqué, Droit Institutionnel de l'Union Européenne, Dalloz, Second Edition, Paris, 2004, p. 499, P. Pescatore, Les relations extérieures des Communautés européennes, vol. 126 Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, 1961, p. 129.

[2] D. Simon, Les fondements de l'autonomie du droit communautaire, Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles, Paris, Pedone, 2000, str. 207.

[3] A. Pellet, Les fondements juridiques internationaux de l'ordre juridique communautaire, Colected Courses in Academy of European Law (1994, vol. V), str. 232-238.

[4] C-6/64 Costa v Enel, 1964, ECR 1141

[5] A. Pellet, ibid.

[6] Case C-294/83 Les Verts v Parliament, 1986, ECR, 1339, para 23.

rodnog suda pravde, u kojoj je ovaj sud zaključio da se međunarodna običajna pravila primenjuju ne samo na primarne subjekte, već i na međunarodne organizacije. Sud je rekao da su međunarodne organizacije subjekti međunarodnog prava i kao takve one su vezane svakom obavezom koja im se nametne prema opštim pravilima međunarodnog prava.[7] U skladu sa ovim, kada EZ zaključi jedan međunarodni ugovor, ona se obavezuje na međunarodnom nivou da se isključuje eventualna međunarodna odgovornost država članica u pogledu datog međunarodnog ugovora, jer međunarodna organizacija koja je strana ugovornica ne može da se poziva na svoja pravila kao na opravdanje da ne izvrši ugovor.

Nadležnost Suda pravde u odnosu na Zajedničku spoljnu i bezbednosnu politiku EU

U skladu sa članom 46 Ugovora o osnivanju Evropske unije, Sud pravde nema nadležnost nad pitanjima spoljne politike i bezbednosti, iako jedan ograničeni oblik sudske kontrole može nastati iz kombinovanog dejstva ove odredbe i člana 47 Ugovora o EU, koji sprečava dejstvo prava EU na nadležnost Zajednice, u pogledu kontrole izbora pravnog osnova i utvrđivanja kršenja postupaka donošenja odluka u EZ. Odsustvo sudske kontrole nad vršenjem ovlašćenja EU i njenih država članica u ovoj potencijalno osetljivoj oblasti, ne garantuje očuvanje institucionalne ravnoteže, ustanovljene Ugovorom o EU. Sud pravde je ukazao na pravna pitanja koja mogu nastati zbog odsustva sudske kontrole u postupku međuvladine saradnje. On je tvrdio da sudska zaštita pojedinaca pogođenih aktivnošću EU mora da bude garantovana i postavljena na takav način da omogući dosledno tumačenje i primenu kako komunitarnog prava, tako i odredaba usvojenih u okviru Drugog i Trećeg stuba EU.[8]

Član 46 Ugovora o EU navodi granice nadležnosti Suda pravde u odnosu na pitanja obuhvaćena Ugovorom o EU. Nadležnost suda se ne proteže na Naslov I Ugovora o EU, koji ustanovljava zajedničke odredbe na kojima je EU zasnovana, sa izuzetkom člana 6(2) u pogledu poštovanja osnovnih prava od strane institucija Zajednice. Takođe, nadležnost se

[7] CJ Advisory Opinion of 20 December 1980, Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt, ICJ Rep, 1980, p. 89.

[8] Report of the Court of Justice on Certain Aspects of the Application of the Treaty on European Union, Luxembourg, May 1995, para 4.

ne proteže ni na akte koje preduzimaju države članice u oblasti Zajedničke spoljne i bezbednosne politike. U pogledu zajedničkih odredbi, nedostatak ovlašćenja za sudsku kontrolu je potvrđen od strane Suda u slučaju *Grau Gromis*. U ovom slučaju, zahtev za donošenjem odluke po prethodnom pitanju, koji se odnosio na obaveze država članica na osnovu člana 2 Ugovora o EU, je proglašen nedopuštenim. Sud je rekao da je, u skladu sa članom 46, jasno da nije imao nadležnost da tumači taj član u kontekstu takvih postupaka.[9] Ipak, istaknuto je da Sud može da koristi preambulu i zajedničke odredbe Ugovora o EU, kako bi tumačio i razjasnio ciljeve Zajednice.[10]

Odluka da se Sudu ne daju ovlašćenja kontrole Zajedničke spoljne i bezbednosne politike može se opravdati po nekoliko osnova. Države članice se obično protive uplitanju komunitarnog sudstva u ZSBP plašeći se da bi ono moglo da ograniči njihov suverenitet na polju međunarodne politike. Zbog izrazito političke prirode datih pitanja, obim sudske kontrole odluka i aktivnosti na polju spoljne politike je tradicionalno bio ograničen. Takođe, obim i priroda ovlašćenja EU, iz Naslova V otežavaju vršenje sudske kontrole. Ovo se dešava zbog opšte formulacije ciljeva ZSBP, otvorenog karaktera odredaba Ugovora i činjenice da spoljna i bezbednosna politika teško može biti primenjena putem jakih legislativnih instrumenata.[11]

Neke države članice imaju sumnje u pogledu moguće sudske aktivnosti Suda pravde, koja može za rezultat imati stvaranje „prava Unije" koje bi bilo suprotno komunitarnom pravu. Takođe, moglo bi doći do toga da se obim i priroda spoljnih odnosa Zajednice, njeno ovlašćenje za zaključivanje ugovora i pravno dejstvo međunarodnih obaveza prebaci i u ZSBP, uprkos njenom posebnom međuvladinom karakteru. Strahovi da bi Sud pravde mogao da postane konačna instanca u pitanjima spoljne politike su verovatno preterani. Teško je zamisliti situaciju u kojoj bi sudovi Zajednice zamenili svoju sopstvenu presudu zbog politički osetljivih odluka koje donose države članice i institucije EU u oblasti ZSBP. Zapravo, pokazalo se da uvek kada je Sud imao priliku da rešava spor koji se doticao pitanja koja u sebi uključuju vršenje diskrecionih ovlašćenja, on se

[9] Order of 7 April 1995, Case C-167/94, 1995, ECR I-1023, para 6.

[10] Case 43/75, Defrenne, 1976, ECR 455. Sud je koristio odredbe članova 6 i 3 Ugovora o EU, kao pomoć pri tumačenju Ugovora o EZ. Case C-473/93, Commission v Luxembourg, 1996, ECR I-3207, para 35; Judgments of 21 September 2005, Case T-306/01, Yusuf and Al Barakaat and Case T-315/01 Kadi.

[11] Maria-Gisella Garbagnati Ketvel, The Jurisdiction of the European Court of Justice in Respect of the Common Foreign and Security Policy, International and Comparative Law Quarterly, 2006, vol 55, str. 80.

donekle kontrolisao. Ovo se pokazalo i u rezonovanju opšteg pravobranioca Džejkobsa u slučaju sankcija Makedoniji. Komisija je, na osnovu člana 298 Ugovora o EZ, pokrenula postupak protiv Grčke zbog usvajanja restriktivnih trgovinskih mera protiv Bivše jugoslovenske republike Makedonije.[12] Grčka je tvrdila da su takve mere opravdane u skladu sa članom 297 Ugovora o EZ, koji izričito dozvoljava državama članicama da deluju jednostrano, u slučaju ozbiljnih unutrašnjih poremećaja koji utiču na održavanje pravnog poretka, u slučaju rata, ili ozbiljnih međunarodnih tenzija koje predstavljaju ratnu pretnju, kako bi se ispunile obaveze koje je prihvatila u cilju održavanja mira i međunarodne sigurnosti. Opšti pravobranilac je odbacio mogućnost da ovo pitanje može izbeći sudsku kontrolu zbog svoje političke prirode. On je ipak rekao i da odsustvo sudski primenljivog kriterijuma ozbiljno ograničava obim i intenzitet sudske kontrole, koju Sud može da obavi u odnosu na odluku koja je suštinski političke prirode.[13] Ova odluka je pokazala da je sudstvo Zajednice svesno osetljivog konteksta u kojem se odluke sa spoljnopolitičkim posledicama moraju doneti. Takođe, ona je odbila da posmatra ulogu Suda kao potpuno potčinjenu poltičkoj moći država članica. Pošto je Komisija prekinula spor zbog njegovog političkog rešenja, Sud pravde nije imao priliku da odluči o ovom pitanju.[14]

Pored ograničenja s obzirom na član 46 Ugovora o EU, aktivnost EU i njenih država članica u oblasti Zajedničke spoljne i bezbednosne politike ne može u potpunosti da izbegne sudsku kontrolu. Ovaj član Ugovora se ne može tumačiti tako da pogađa obim postojećih ovlašćenja komunitarnih sudova, koje im daje Ugovor o EZ, u pogledu pitanja koja spadaju u nadležnost Zajednice. Sud prve instance je u slučaju *Svenska Journalistforbundet* rekao da, iako nema nadležnost da kontroliše zakonitost dokumenata donetih na osnovu Naslova VI, to ga ne sprečava da kontroliše pitanja koja se tiču javnog pristupa tim dokumentima. Procena legalnosti odluke Saveta kojom se odbija pristup bila je zasnovana na nadležnosti Suda na osnovu člana 230 Ugovora o EZ, da kontroliše legalnost akata Saveta donetih na osnovu odgovarajućih propisa o javnom pristupu dokumentima Saveta.[15]

---

[12] Case c-120/94, Commission v Hellenic Republic, 1996, ECR I-1513, Opinion of 6 April 1995.

[13] U slučaju Rake, opšti pravobranilac je tvrdio da postoji jedna značajna politička dimenzija kod zaključivanja i okončavanja međunarodnih ugovora, koja nije uvek podobna za sudsku kontrolu.

Case C-162/96 Racke, 1998, ECR I-3655, paras 76-90.

[14] Order of 19 March 1996, ECR I-3040

[15] Case T-174/95 Svenska Journalistforbundet, 1998, ECR II-2289.

Inkorporiranje međunarodnih akata u pravni poredak EZ

Inkorporiranje međunarodnih pravila u pravni poredak Zajednice može se posmatrati u okviru teoretskih modela o odnosu između dva tipa prava. Dva čista modela su dualizam i monizam. U monističkom modelu međunarodno i domaće pravo su samo različiti elementi jednog univerzalnog prava i pitanje inkorporacije međunarodnog prava u unutrašnje se i ne postavlja. Dualistički koncept pak predstavlja ova dva prava kao dva odvojena pravna sistema, jer imaju različite izvore, sadržaj i subjekte. Monistički ustavni sistemi ne zahtevaju jedan formalan akt kojim se inkorporira neka međunarodna obaveza da bi ona imala obavezujuće dejstvo na subjekta koji je preuzeo tu obavezu. Kada se da pristanak na vezivanje međunarodnim ugovorom, on stupa na snagu u skladu sa odredbama samog ugovora i članom 12 Bečke konvencije o pravu ugovora između država i međunarodnih organizacija i između međunarodnih organizacija.[16] Danas preovlađuje stav da je odnos između komunitarnog i međunarodnog prava upravo monistički. Monistička teorija ne negira *sui generis* karakter komunitarnog prava, kao različitog od međunarodnog prava, nego samo smatra da su ova dva prava deo jednog univerzalnog pravnog poretka.[17] Ugovor o EZ zaista podseća na monističke sisteme i Sud je u slučaju Hegeman utvrdio da su odredbe nekog međunarodnog ugovora sastavni deo pravnog poretka EZ, kada on postane obavezujući. U ovom slučaju to su bile odredbe ugovora između EEZ i Grčke.[18] Iz ovog rezonovanja Suda, zaključivanje međunarodnog ugovora je shvaćeno kao jednostrani akt institucija EZ i stoga potpada pod obuhvat člana 7 Ugovora o EZ.[19]

Kontrola zaključivanja međunarodnih ugovora

Sud pravde je je u svojoj praksi utvrdio da međunarodno pravo mora da bude u skladu sa primarnim pravom EZ. Ovde je on napravio jednu *a posteriori* kontrolu valjanosti zaključivanja nekog međunarodnog ugovora, čija je jedna strana ugovornica EZ. Ovi slučajevi su upućeni Sudu

[16] Article 12 of the Vienna Convention on the Law of Treaties between States and international organizations or between international organizations

[17] Anne peters, The Position of International Law Within the European Community Legal Order, German Yearbook of International Law, 1997, Vol. 40, str. 21.

[18] Case C-181/73 Haegemann v Belgium, 1974, ECR, 449, para 5.

[19] Bjorn Kunoy, The Jurisdiction of the ECJ to Review the Legality of the Transposition of an International Act in the EC Legal Order, Nordic Journal of International Law, 76 (2007), str. 22.

pravde zbog činjenice da su institucije Zajednice zaključile ugovore uz kršenje procesnih uslova predviđenih članom 300 Ugovora o EZ, a za koje se smatra da su ustavne prirode.[20] U svojoj analizi, Sud je svoje rezonovanje zasnivao na osnivačkom ugovoru, koji je njemu dao ovlašćenja da obezbedi da se za tumačenje i primenu Ugovora o EZ poštuje pravo. U skladu sa ovim, Sud zadržava nadležnost da ispituje legalnost nekog akta koji inkorporira neku međunarodnu obavezu u pravni sistem EZ.

U svom Mišljenju 1/75 Sud je indirektno rekao da je njegova nadležnost proširena da može da proglasi nevažećim zaključenje nekog međunarodnog ugovora. On je rekao da je pitanje da li zaključenje nekog ugovora ulazi u ovlašćenje Zajednice i da li je to ovlašćenje korišćeno u skladu sa odredbama Ugovora, u principu, pitanje koje se može postaviti Sudu pravde, bilo direktno na osnovu tadašnjeg člana 169, ili člana 173.[21] Pre ove odluke, postojalo je sporenje u teoriji oko pitanja da li je Sud imao nadležnost da vrši *a posteriori* kontrolu, ukoliko *a priori* postupak u članu 300(6) nije bio pokrenut.[22] Neki autori su bili protiv legalnosti jedne *a posteriori* kontrole, jer ona nije bila u skladu sa međunarodnim obavezama EZ.[23] Drugi su, pak podržavali ovaj pristup Suda pravde.[24]

U slučaju Francuska protiv Komisije javilo se pitanje osporavanja jednog međunarodnog ugovora.[25] Komisija je postavila pitanje da li tužba treba da bude podignuta protiv njene odluke kojom se njen potpredsednik ovlašćuje da potpiše ugovor, ili protiv samog ugovora. Opšti pravobranilac Tezauro je u svom mišljenju tvrdio da Sud nikako ne isključuje mogućnost direktnog ispitivanja ugovora.[26] On se pozvao na Mišljenje 1/75 i na slučaj Hegeman kako bi podržao svoj stav da je međunarodni ugovor akt institucije, kao što je i odluka da se on zaključi. Sud ipak nije poslušao sugestiju

---

[20] Case C-327/91 France v Commision, 1994, ECR 3641, para 28.

[21] Opinion of 11.11.1975, 1/75, 1975, ECR 1355

[22] „Savet, Komisija ili država članica mogu tražiti mišljenje Suda pravde o usklađenosti predloga nekog sporazuma sa odredbama ovog Ugovora. U slučaju da je mišljenje Suda pravde negativno, takav sporazum može da stupi na snagu samo pod uslovima utvrđenim članom 48 Ugovora o Evropskoj uniji". Član 300(6) Ugovora o evropskoj zajednici.

[23] V. Constantinesco, D. Simon, Quelques problèmes des relations extérieures des Communautés européennes, 1975, 11 Revue Trimestrielle de Droit Européen, p. 454. R. Kovar, Les accords liant les Communautés européennes et l'ordre juridique communautaire: à propos d'une jurisprudence récente de la Cour de Justice, 1974, Revue du Marche Commun, p. 358.

[24] P. Pescatore, Les relations extérieures des Communautés européennes, vol. 126 Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, 1961, p. 129.

[25] Case C-327/91 France v Commision, 1994, ECR 3641. Francuska je tvrdila da je Komisija sama zaključila ugovor sa SAD, bez uključivanja Saveta i tvrdila je da je to u suprotnosti sa članom 300 Ugovora o EZ.

[26] Case C-327/91 France v Commision, 1994, ECR 3641, Opinion of AG para. 9

opšteg pravobranioca u ovom slučaju, jer je mišljenje Suda jasno da ovlašćenja da se direktno ispituje neki međunarodni ugovor može da dovede do nepoštovanja međunarodnih pravnih normi i do međunarodne odgovornosti. Sud je i rekao da u slučaju nepoštovanja ugovora od strane Komisije, Zajednica može biti odgovorna na međunarodnom planu. Kako bi se ovo izbeglo, Sud je napravio jednu konceptualnu i pravnu razliku između zaključivanja ugovora i unutrašnje odluke da se zaključi ugovor. U skladu sa ovim, Sud nije poništio zaključivanje ugovora, već je samo poništio unutrašnji akt kojim je odlučeno da se zaključi taj ugovor. Ovakav pristup je lišio ugovor bilo kakvog dejstva, iako ovakvo pravno rezonovanje može biti posmatrano da ima iste efekte kao i sam poništaj ugovora. Sud je izjavio i da je poništio dati akt jer je Komisija EZ tražila da zaključi Ugovor.[27] Ovo konceptualno razlikovanje je prihvaćeno u kasnijoj praksi Suda. U slučaju Nemačka protiv Saveta,[28] povodom Okvirnog sporazuma o bananama, rečeno je da nezakonitost može da nastane i zbog određenih materijalnih odredaba samog ugovora. U ovom slulaju su i tužilac i Sud podržali stav iz slučaja Francuska protiv Komisije.

Sud nije primenio član 46 Bečke konvencije o pravu ugovora iz 1986,[29] jer je mislio da nisu ispunjeni strogi kriterijumi. U skladu sa ovim, Sud je, da bi obezbedio da je pri tumačenju osnivačkih ugovora poštovano pravo, napravio razliku između odluke da se zaključi ugovor i samog zakučivanja, jer bi u suprotnom slučaju morao da odbije nadležnost da kontroliše legalnost zaključivanja ugovora. Ovo bi negiralo suštinske principe pravnog poretka EZ, jer obaveze iz međunarodnih ugovora, kako su navedene u članu 46 Bečke konvencije iz 1986. godine, nisu bile ispunjene. Takozvani „Hegemanov princip" se primenjuje samo na ugovore koji su zaključeni u skladu sa relevantnim odredbama Ugovora i neki nepotpuno zaključeni ugovor nikada nije bio primenjen u pravnom poretku EZ i stoga se ne može posmatrati da je akt institucije. Kada je pristanak na vezivanje nekim međunarodnim ugovorom dat kršenjem nekog materijalnog ili procesnog pravila osnivačkih ugovora, taj ugovor nikada neće postati sastavni deo pravnog poretka Zajednice.

---

[27] Ibid. Para 45.

[28] Case c-122/95 Germany v Council, 1998, ECR I-973, para. 42, Case C-360/93 Parliament v Council, 1996, ECR I-1195.

[29] Član 46: „1. država ne može da se poziva na činjenicu da je njen pristanak da bude vezana ugovorom dat kršenjem neke odredbe njenog unutrašnjeg prava u pogledu nadležnosti da se zaključe ugovori, kako bi povikla svoj pristanak, osim ukoliko to kršenje nije bilo očigledno i ako se odnosilo na pravilo unutrašnjeg prava od izuzetne važnosti. 2. kršenje je očigledno, ukoliko je ono objektivno poznato svakoj državi koja se se nalazi u ovoj materiji, u skladu sa uobičajenom praksom i u dobroj veri.

Međutim, jedan od osnovnih principa u međunarodnom pravu jeste da utvrđivanje da li je ugovor bio propisno suspendovan mora biti učinjeno u skladu sa pravom ugovora.[30] Trenutak od kojeg su odredbe nekog ugovora obavezujuće je pitanje međunarodnog javnog, a ne unutrašnjeg prava.

Stvarajući pomenuto konceptualno razlikovanje i vršeći *a posteriori* kontrolu legalnosti zaključivanja međunarodnih ugovora, Sud je zapravo podredio međunarodne obaveze primarnom pravu EZ. On je opravdavao ovakav pristup na osnovu toga da vršenje ovlašćenja delegiranih institucijama Zajednice u međunarodnim stvarima, ne može da izbegne sudsku kontrolu legalnosti usvojenih akata.[31] Međutim, ukoliko bi suprotno pogodilo sam sistem, može se tvrditi da je irelevantno da je zaključivanje nekog ugovora rukovođeno međunarodnim pravom.

Takođe, ukoliko bi se Sudu pravde uputio zahtev da kao o prethodnom pitanju odluči o valjanosti nekog međunarodnog ugovora, on bi morao da razmotri da li je taj ugovor u sagalsnosti sa Ugovorom o EZ. U slučaju nesaglasnosti, Sud bi morao da zaključi da Ugovor o EZ ima primat u odnosu na taj konkretan ugovor. Ovde se javljaju sumnje, kao i u slučaju direktnih tužbi protiv međunarodnih ugovora, u pogledu nadležnosti Suda da proglasi nevažećim sam međunarodni ugovor, koji nije akt Zajednice, već zajednički sporazum ugovornih strana. Rešenje koje je više u skladu sa članom 234 Ugovora o EZ jeste da se dozvoli oglašavanje ništavim samo unutrašnjeg akta kojim se zaključuje ugovor.

Praksa Suda pravde o odnosu komunitarnog i međunarodnog prava

EZ poseduje funkcije koje mogu da proizvedu međunarodnu odgovornost ukoliko ih pojedinačno obavljaju države članice. Na osnovu toga, međunarodna odgovornost može da bude povezana sa EZ u vršenju njenih spoljnih nadležnosti, pod uslovom da postoji korelacija između međunarodnopravnog kapaciteta i međunarodne odgovornosti.

Sud pravde je do određenog stepena prihvatio pristup po kojem je EZ u svojim međunarodnim aktivnostima podvrgnuta međunarodnom pravu. Takođe, on je u svojoj novijoj praksi priznao svoje međunarodne obaveze koje su mu nametnute međunarodnim običajnim pravilima, dok je u ranijoj praksi ovo bilo samo povremeno, kroz princip *pacta sunt servanda*.[32] Sud

[30] International Court of Justice, Gabcikovo Nagymaros, Slovakia v Hungary, merits, 25 September 1997, ICJ rep. 1997, p. 38, para. 47.

[31] Case C-327/91 France v Commision, 1994, ECR 3641, para 16.

[32] Case C-104/81 Hauptzollamt Mainz v C.A. Kupferberg, 1982, ECR 3663, para. 18, Case C-142/88 Hoesch and others v Bergrohr, 1989, ECR 3454 para 30.

se najčešće pozivao na Bečku konvenciju o pravu ugovora iz 1968. godine, kada je ispitivao zakonitost sekundarnog prava EZ u odnosu na njene međunarodne obaveze.[33] U slučaju Francuska protiv Komisije, Sud se pozvao na Bečku konvenciju o pravu ugovora između država i međunarodnih organizacija i između međunarodnih organizacija iz 1986. godine.[34] Ovo se jasno vidi iz tri presude u kojima Sud, kada je tumačio ribolovni režim unutar EZ, ne upućuje izričito na međunarodno pravo, nego prihvata njegov obavezujući karakter u EZ.[35] U ovim slučajevima su u sukobu sa opštim međunarodnim pravom bile odredbe sekundarnog prava EZ. Prema mišljenju Suda, Evropska zajednica mora poštovati međunarodno pravo u vršenju svojih ovlašćenja i odgovarajući član Uredbe EZ mora da bude tumačen u svetlu relevantnih pravila međunarodnog prava mora.[36] Na osnovu ovoga, vršenje ovlašćenja koja su institucijama data kroz osnivačke ugovore mora biti uz poštovanje opšteg međunarodnog prava. Ovaj pristup Suda je u skladu sa opštim principom međunarodnog prava da unutrašnje pravo ne može biti suprotstavljeno međunarodnom , čak ni kada je unutrašnje pravo ustavnog karaktera.[37] Bez obzira da li su unutrašnja pravila sastavni deo neke međunarodne organizacije ne utiče na povlačenje takve analogije u odnosima između prava Zajednice i međunarodnog prava.

Praksa komunitarnih sudova u slučajevima Jusuf i Kadi

Dve presude Suda prve instance – *Jusuf*[38] i *Kadi*[39] dovele su u pitanje rezonovanje Suda pravde u pogledu njegove nadležnosti da kontroliše legalnost akta neke od institucija Zajednice, koji prenosi neki međunarodni akt u pravni sistem EZ jer su u njima različito posmatrani osnovni

[33] Case C-432/92 The Queen v Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Anastasiou, 1994, ECR I-3132, para 43, Case T-115/94 Opel Austria v Council, 1997, ECR II-70, paras 20, 90 and 91

[34] Case C-327/91 France v Commision, 1994, ECR 3641, para 25.

[35] Case C-146/89 Comm v United Kingdom, 1991, ECR I-3577, para 36, C-286/90 Anklagemindigheden / Poulsen and Diva Navigation, 1992, ECR I-6048, para. 8, C-162/96 Racke v Hauptzollamt Mainz, 1998, ECR I-3655, para. 45.

[36] C-286/90 Anklagemindigheden / Poulsen and Diva Navigation, 1992, ECR I-6048, para. 9.

[37] PCIJ, 25 May 1926, Certain German Interest in Polish Upper Silesia, merits, Germany v Poland, PCIJ Rep. 1926, Ser. A, No. 7, p. 19. PCIJ, Treatment of Polish Nationals and other persons of Polish origin or speech in the Dantzig territory, Advisory Opinion, 4 February 1932, Ser. A/B, No. 44, p. 24.

[38] Case T-306/01 Yusuf and Al Barakaat International Foundation v Council and Commission, 2005, ECR, II-3533

[39] Case T-315/01 Kadi v Council and Commission, 2005, ECR, II-3549

pravni principi koji su doveli do toga da Sud podredi međunarodno javno pravo primarnom pravu EZ. U njima je Sud prve instance prihvatio novo rezonovanje, koje je u suprotnosti sa principima koje je do tada ustanovio Sud pravde i odbio da kontroliše legalnost Uredaba Zajednice koje su unele nekoliko rezolucija Saveta bezbednosti Ujedinjenih nacija u pravni sistem EZ. Na osnovu analize ovih odluka može se zaključiti da on podvrgava primarno pravo EZ supremaciji međunarodnog prava.

Praksa Suda pravde je bila dosledna u tome da je glavni kriterijum za utvrđivanje da li Sud ima nadležnost da kontroliše legalnost nekog akta institucije da se utvrdi da li dati akt proizvodi pravno dejstvo. U slučaju IBM protiv Komisije, Sud je smatrao da je dejstvo akta glavni kriterijum da li on može biti obuhvaćen članom 230 Ugovora o EZ. Svaki akt čija su pravna dejstva obavezujuća za tužioca i sposobna da pogode njegove interese i izazovu promenu u njegovoj pravnoj poziciji, predstavlja akt ili odluku koja može biti predmet tužbe za poništaj na osnovu člana 230.[40] Ovakav pristup je prihvaćen u kasnijoj jurisprudenciji.[41] U slučaju *Reynolds Tobacco and Others* protiv Komisije Sud prve instance je odbio nadležnost u jednoj tužbi za poništaj odluke Komisije, na osnovu koje je podneta građanska tužba protiv nekoliko kompanija pred federalnim sudom u SAD. Sud prve instance i Sud pravde po žalbi, odbacili su kao neosnovane tužbe za poništaj zbog toga što sporne odluke nisu proizvodile konačno obavezujuće pravno dejstvo.[42] Ovo pokazuje da je naglasak stavljen na konačno obavezujuće dejstvo koje akt može da proizvede, kako bi Sud mogao da zasnuje svoju nadležnost i zatim izvrši direktnu kontrolu legalnosti usvojenog akta. Presude Suda prve instance u slučajevima Jusuf i Kadi su na kratko promenile ovu ustaljenu praksu Suda.

U ovim slučajevima tužioci su tražili poništaj nekoliko Uredaba EZ, između ostalih i Uredbe 881/2002 od 27. maja 2002. godine, koja je inkorporirala nekoliko rezolucija Saveta bezbednosti UN u pravni sistem EZ. Ove rezolucije su donete nakon napada na Svetski trgovinski centar u Njujorku 11. septembra 2001. godine. Uredbe EZ su nametnule određene restriktivne mere protiv određenih pojedinaca i grupa povezanih sa Osamom Bin Ladenom, mrežom Al-kaide i talibanskim režimom. Sud prve instance je odbio sve zahteve tužilaca.

U ovim slučajevima je Sud prve instance doneo određene odluke o odnosu između međunarodnog pravnog poretka stvorenog u okviru UN i

[40] Case C-60/81 IBM v Commission, 1981, ECR 2639, para. 9.

[41] Case C-117/91 Bosman v Commission, 1991, ECR I-4837, para. 13, Case C-123/03 P Commission v Greencore, 2004, ECR I-11647, para. 44.

[42] Joined Cases T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01 and T-272/01 Philip Morris and Others v Commission, 2003, ECR II-1, paras 74-77, 107.

pravnog poretka Zajednice. Sud je smatrao legitimnim da mehanički podvrgne pravo Zajednice primenljivim međunarodnim normama, povlačeći paralelu sa klasičnim pravilom u međunarodnom pravu, koje je predviđeno u članu 27 Bečke konvencije o pravu ugovora, prema kojem se unutrašnje pravo ne može pretpostaviti međunarodnom, jer pravo EZ je samo domaće u poređenju sa međunarodnim.[43] Neki evropski pravnici osporavaju ovakvu kvalifikaciju jer po njima posebnosti nadnacionalnog pravnog poretka Zajednice daju joj jedinstvene institucionalne karakteristike na osnovu kojih suprematija međunarodnog prava ne postoji u odnosu na pravni poredak Zajednice.[44]

Sud prve instance se u slučaju Kadi osvrnuo na to da u skladu sa članom 103 Povelje UN, odredbe iz Povelje imaju prednost u odnosu na sve ostale ugovore.[45] Suprematija ovih odredaba se odnosi i na odluke koje donosi Savet bezbednosti u skladu sa članom 25 Povelje UN. Sud je tvrdio da je bio obavezan, na osnovu osnivačkih ugovora da usvoji sve mere neophodne da omoguće državama članicama da ispune te obaveze, koje su im nametnute članstvom u Ujedinjenim nacijama.[46] Sud prve instance je bio mišljenja da EZ ne može da usvoji legislativne akte nezavisno od obaveza koje proističu iz Povelje UN. On je rekao da moraju da budu odbačeni tužiočevi argumenti zasnovani na tvrdnji da je pravni poredak Zajednice pravni poredak nezavisan od Ujedinjenih nacija, rukovođen sopstvenim pravnim pravilima,. Ovo je međutim u suprotnosti sa daljim stavovima Suda, u kojima se kaže da je EZ zasnovana na vladavini prava, tako da ni države članice ni institucije ne mogu da izbegnu kontrolu pitanja da li su njihovi akti u skladu sa osnovnim ustavnim aktom – Ugovorom, koji je ustanovio kompletan sistem pravnih lekova i postupaka, stvorenih da omoguće Sudu pravde da kontroliše legalnost akata institucija. Ove dve izjave se teško mogu posmatrati kao kompatibilne u svetlu činjenice da se jedva može smatrati da je Ugovor ustanovio kompletan sistem pravnih lekova ukoliko postoje strukturalna ograničenja kontrole legalnosti nekog akta, koji bi eventualno doveo do kršenja osnovnih ljudskih prava na koje se tužilac oslanja. Sud prve instance je u slučaju *Reynolds, Tobacco and Others* protiv Komisije rekao da je pristup pravdi jedan od konstitutivnih elemenata Zajednice, zasnovan na vladavini prava i garan-

[43] Kadi, ibid. Para 182.

[44] P. Pescatore, Les relations extérieures des Communautés européennes, vol. 126 Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, 1961, p. 129, D. Simon, Les fondements de l'autonomie du droit communautaire, Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles, Paris, Pedone, 2000, str. 207.

[45] Član 103 Povelje UN.

[46] Kadi, ibid. Para 204.

tovan u pravnom poretku zasnovanom na Ugovoru o EZ, tako što je ovim Ugovorom ustanovljen kopmletan sistem pravnih lekova i postupaka stvorenih da omoguće Sudu pravde da kontroliše legalnost akata institucija.[47] Ova izjava je u suprotnosti sa onom u slučaju *Kadi* u kojoj je Sud prve instance smatrao da je ovlašćenje institucija kada su usvajale osporavane Uredbe EZ, bilo ograničeno, jer one nisu mogle da menjaju sadržaj rezolucija Saveta bezbednosti. U skladu sa ovim, kontrola legalnosti usvajanja Uredaba EZ bila bi izjednačena sa kontrolom legalnosti suštine rezolucija Saveta bezbednosti. Na osnovu ovoga se može reći da je Sud prve instance indirektno odlučio da neki akti institucija mogu do određene mere da izbegnu sudsku kontrolu. On je smatrao da ne može da kontroliše legalnost osporavane Uredbe EZ zbog strukturalnih ograničenja, nametnutih opštim međunarodnim pravom.[48] Ova izjava je u velikoj suprotnosti sa mišljenjem Suda pravde o stvaranju jednog autonomnog pravnog poretka EZ u kojem taj Sud ima ovlašćenja ustavnog suda. Takođe, ovakav pristup menja ustanovljenu praksu u skladu sa kojom primarno pravo EZ ima primat u odnosu na međunarodno pravo, jer bi suprotno rešenje pogodilo sam sistem.

Sud prve instance je jasno odbio nadležnost da kontroliše zakonitost osporavane Uredbe EZ uprkos mogućem kršenju osnovnih ljudskih prava tužioca. Postavilo se pitanje da li na ovaj način Sud prihvata da su neki akti podobni da izbegnu sudsku kontrolu. Sud pravde je uspeo da ustanovi jednu Zajednicu zasnovanu na vladavini prava između ostalog i zbog toga što nije podvrgao svoju nadležnost strukturalnim ograničenjima. Njegovo razlikovanje između zaključivanja međunarodnog ugovora i unutrašnjeg akta kojim se odlučuje o preuzimanju međunarodne obaveze, prihvaćeno je jer bi suprotno dovelo do toga da bi određeni akti bili izuzeti od sudske kontrole. Sud prve instance je na neki način osporavao pristup Suda pravde i pokušao da obezbedi da se poštuje pravo pri tumačenju osnivačkih ugovora, bez obzira da li je akt institucije zapravo inkorporacija nekog međunarodnog akta.

U slučaju *Kadi* Sud prve instance je rekao da nije imao nadležnost da kontroliše zakonitost rezolucija, niti na osnovu međunarodnog prava, niti na osnovu prava Zajednice. Pozivajući se na slučajeve *Racke* i *Poulsen* on je smatrao da ukoliko bi zadržao nadležnost to ne bi bilo u skladu sa principom da ovlašćenja Zajednice, pa samim tim i ovlašćenja Suda prve instance moraju biti korišćena u skladu sa međunarodnim pravom. Ovaj stav Suda, upućujući po analogiji na slučajeve *Racke* i *Poulsen*, je pogrešan jer je situa-

[47] Reynolds, Tobacco and Others v Commission, paras 74-77, 107, para. 121.
[48] Kadi, ibid. Para 212.

cija bila drugačija u ovim slučajevima, zbog činjenice da je pravo EZ koje treba da bude tumačeno u odnosu na međunarodno pravo, bilo sekundarno pravo, dok se u slučaju *Kadi* tužilac oslonio na svoja neotuđiva osnovna ljudska prava, koja su sastavni deo opštih principa prava Zajednice.[49] Sud je rekao da kršenja osnovnih ljudskih prava koje štiti pravni pravni poredak Zajednice ili principa tog pravnog poretka ne mogu da utiču na valjanost nekog akta Saveta bezbednosti ili njegovih efekata na teritoriji Zajednice.[50] Sud prve instance naravno ne može ni pod kojim okolnostima imati ovlašćenja da proglasi odluku Saveta bezbednosti nevažećom. Umesto toga, on može, u skladu sa praksom Suda pravde, da napravi konceptualno razlikovanje između međunarodnog akta koji treba da bude unet u pravni sistem Zajednice i akta institucije kojim je odlučeno da se preduzme implementacija rezolucija Saveta bezbednosti i na taj način da liši rezoluciju bilo kakvog pravnog dejstva u poretku Zajednice.

U slučaju *Internationale Handelsgesellschaft* Sud pravde je stao na stanovište da valjanost nekog akta institucije može biti procenjena samo u svetlu prava EZ, uz isključivanje svih nacionalnih odredaba, čak i onih ustavne prirode.[51] U slučaju *Dow Chemical Ibérica* protiv Komisije, Sud je rekao da pozivanje na povrede osnovnih ljudskih prava, onako kako su ona formulisana u nekom ustavu države članice ili na principe nacionalne ustavne strukture, ne mogu da utiču na valjanost nekog akta Zajednice ili njegovog dejstva na teritoriji te države.[52] Sud pravde je napravio razlikovanje između međunarodnog akta i spoljnog akta kada navodna suprotstavljenost sa primarnim pravom Zajednice ima međunarodni pravni izvor. Međutim, prema shvatanju Suda prve instance, koji ne prihvata razlikovanje između akta institucija i međunarodnog pravnog izvora koji treba da bude implementiran, kršenja prava EZ, čak i onih fundamentalne prirode, ne mogu da opravdaju pravnu kontrolu Uredbe EZ koja inkorporira rezoluciju Saveta bezbednosti UN u pravni poredak EZ, jer takvi akti, u principu, spadaju van okvira kontrole Suda, koji nema ovlašćenja da dovodi u pitanje, ni indirektno, njihovu zakonitost u svetlu prava Zajednice.[53] Sud prve instance je rekao da ipak ima ovlašćenja da kontroliše zakonitost ne-

[49] Case C-11/70 Internationale Handelsgesellschaft, 1970, ECR 1125, para. 3, Case 4/73 Nold, Kohlen – und Baustoffgrosshandlung v Commission, 1974, ECR 491, Case 36/75 Rutili, 1975, ECR 1210.

[50] Kadi, ibid. Para 224.

[51] Case C-11/70 Internationale Handelsgesellschaft, 1970, ECR 1125, para. 1, Slično je bilo i u slučaju C-44/79 Hauer, 1979, ECR, 3727, para. 14.

[52] Case C-97/87-99/87, Dow Chemical Ibérica and Others v Commission, 1989, ECR 3165, para. 38.

[53] Kadi, ibid. Para 225.

ke rezolucije Saveta bezbednosti, ukoliko je ona u suprotnosti sa nekom imperativnom normom međunarodnog javnog prava, tj. normom *ius cogens*. Međutim, ovo je nesumnjivo nov način razmišljanja, jer je jasno povlačeći analogiju sa slučajem Bosforus, gde je osporavana legalnost jedne Uredbe Saveta, koja je inkorporirala rezoluciju Saveta bezbednosti u pravni poredak Zajednice, na osnovu toga da je došlo do kršenja imovinskih prava tužilaca. Sud je smatrao da je ustaljena praksa da osnovna ljudska prava na koja se pozvao *Bosphorus Airways*, nisu apsolutna i da njihovo uživanje može biti podvrgnuto ograničenjima koja su opravdana opštim interesom Zajednice.[54] Iz ovoga sledi da zbog toga što cilj Uredbe Saveta sledi jedan opšti interes Zajednice, uzimanje tužiočeve imovine ne predstavlja povredu njegovih osnovnih ljudskih prava. Znači, Sud pravde u slučaju Bosforus ne bi odbio svoju nadležnost da je našao da rezolucija nije bila u skladu sa opštim interesom Zajednice, jer on nije primetio nikakva strukturalna ograničenja pri vršenju svoje nadležnosti da kontroliše legalnost osporavane uredbe. Suština je stavljena na cilj rezolucije, a ne na strukturalne granice Suda.

Sud prve instance je tvrdio da kada bi osporio konkretnu uredbu EZ na osnovu toga što taj akt krši osnovna ljudska prava tužioca, koja su zaštićena u pravnom poretku Zajednice, takvo poništavanje bi indirektno značilo da i date rezolucije Saveta bezbednosti same krše ta ljudska prava. Na ovaj način, tužilac traži od Suda da dosudi da konkretna odredba međunarodnog prava krši osnovna prava pojedinaca, koja štiti poredak Zajednice.[55] Sud pravde je, međutim, ranije presudio da tužba za poništaj mora da bude dostupna u slučaju svih akata institucija, koje proizvode pravna dejstva, bez obzira na njihovu prirodu i formu.[56] Sud prve instance u slučaju *Kadi* zaboravlja na staru praksu prema kojoj sudovi Zajednice imaju nadležnost da kontrolišu svaki akt suprotan osnivačkim ugovorima.

Ugovor o EZ ne zahteva formalan akt implementacije za inkorporiranje nekog međunarodnog ugovora u pravni sistem EZ. Iako se u članu 300 Ugovora nalaze monističke odredbe, praksa Evropskog suda pravde u vršenju svoje nadležnosti, putem člana 220(1) Ugovora o EZ modifikovala je ustavni režim EZ u pogledu međunarodnih ugovora. Nakon slučaja *Kadi* može se zaključiti da Sud prve instance menja dualistički ustavni režim EZ, koji je stvorio Sud pravde. Sud prve instance je odbio nadležnost, jer bi kontrola legalnosti Uredbe EZ bila identična kontroli

[54] Case C-84/95 Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS v Minister for Transport, Energy and Communications and others, 1996, ECR I-03953, para. 21.

[55] Kadi, ibid. Para 216.

[56] Case C-22/70, Commission v Council, 1971, ECR 263, para 42.

rezolucija Saveta bezbednosti. On je mogao da prihvati nadležnost na osnovu kontrole unutrašnje odluke kojom se inkorporira neki međunarodni akt i što je u praksi Suda pravde bilo okarakterisano kao akt institucije EZ i stoga podložan sudskoj kontroli. U slučaju Francuska protiv Komisije sporni akt je bio ugovor, a u slučaju Kadi je to bila rezolucija Saveta bezbednosti. Ovo razlikovanje nije značajno, jer je nesporno da pristup Suda pravde ima svoje korene u želji Suda da Zajednica bude zasnovana na vladavini prava, gde nijedan akt ne može biti izuzet od sudske kontrole.

Sud prve instance, nakon presude u slučaju Kadi, ne funkcioniše kao apsolutni čuvar osnivačkih Ugovora, jer on priznaje strukturalna ograničenja u pogledu kontrole legalnosti nekih akata iz pravnog poretka Zajednice. Sud pravde je insistirao na pitanju osnovnih ljudskih prava u okviru Zajednice zbog pravnih neslaganja sa nacionalnim ustavnim sudovima, a posebno Ustavnim sudom Nemačke oko pitanja nadležnosti. Naime, Ustavni sud Nemačke je presudio da u odsustvu adekvatne zaštite osnovnih ljudskih prava u pravnom poretku Zajednice, on će proveravati usaglašenost pravnih akata EZ sa Osnovnim zakonom Nemačke. Ovo je međutim revidirano i Ustavni sud Nemačke je napustio ulogu čuvara osnovnih ljudskih prava u sistemu EZ, nakon nekoliko presuda Suda pravde o osnovnim ljudskim pravima. Nemački ustavni sud je u svojoj presudi od 22. oktobra 1986. godine, rekao da je zaštita ljudskih prava u pravnom poretku Zajednice dostigla stepen zaštite koji odgovara standardima ustanovljenim u Ustavu Nemačke.

Zbog ovoga je Sud pravde u slučaju *Internationale Handelsgesellschaft* pokušao da izbegne eroziju principa supremacije prava EZ. Potvrda ovlašćenja Ustavnog suda Nemačke da individualno i unilateralno tumači da li pravo EZ poštuje neotuđiva ljudska prava pojedinaca ukazuje na to da nacionalna jurisdikcija pokušava da ima poslednju reč kada se pravo EZ primenjuje u Nemačkoj. Vršenje ove nadležnosti bi ugrozilo suštinske ustavne principe u Zajednicama.

Ovakav pristup Suda prve instance u slučajevima Jusuf i Kadi menja ustanovljenu praksu Suda pravde prema kojoj nijedan akt nije izuzet od sudske kontrole i prema kojoj međunarodno poreklo nekog akta ne može biti opravdanje za izuzetak od ovog pravila. Međunarodni karakter nekog akta je smatran irelevantnim, jer je Sud pravde razdvajao izvor obaveze od pravnog instrumenta koji daje dejstvo toj međunarodnoj obavezi na teritoriji Zajednice. Ovakav stav je zasnovan na vladavini prava, gde su države članice prihvatile bezuslovni primat prava EZ nad nacionalnim pravom.

Međutim, Sud pravde je u žalbenom postupku u ovim slučajevima odlučio da su tužbe za poništaj protiv osporavane uredbe podobni za raspravljanje i donošenje odluke.[57] Sud pravde je potvrdio da je Zajednica zasnovana na vladavini prava i da države članice i njihove institucije ne mogu da izbegnu kontrolu da li su njihovi akti u skladu sa osnovnim ustavnim tekstom – Ugovorom o EZ. Takođe, potvrđeno je da ljudska prava čine sastavni deo opštih pravnih načela čije poštovanje obezbeđuje Sud. Poštovanje ljudskih prava je uslov zakonitosti akata Zajednice i mere koje nisu u skladu sa poštovanjem ljudskih prava nisu prihvatljive u Zajednici. Iz ovoga sledi da obaveze koje su propisane nekim međunarodnim ugovorom ne mogu biti protivne ustavnim principima iz Ugovora o EZ, koji uključuju i princip da svi akti Zajednice moraju poštovati osnovna ljudska prava. U okolnostima ova dva slučaja, kontrola zakonitosti se primenjuje na akt kojim se omogućava dejstvo međunarodnog ugovora, a ne na sam ugovor. Na osnovu člana 220 Ugovora o EZ komunitarni sudovi nisu nadležni da kontrolišu zakonitost neke rezpolucije koju usvoji međunarodno telo, kao što su rezolucije Saveta bezbednosti usvojene na osnovu Glave VII Povelje UN. Presuda Suda kojom bi se odlučilo da je neki akt Zajednice koji treba da omogući dejstvo rezolucije, u suprotnosti sa višim pravom u pravnom poretku Zajednice, ne bi dovela do osporavanja primata takve rezolucije u međunarodnom pravu. Sud se u ovoj presudi osvrnuo na raniju odluku u sporu Nemačka protiv Saveta, gde je poništena odluka Saveta kojom se odobrava međunarodni ugovor nakon što je utvrdio da odluka krši jedan opšti princip komunitarnog prava – princip nediskriminacije.[58]

Sud je takođe, u ranijoj praksi, utvrdio da ovlašćenja Zajednice predviđena članovima od 177 do 181 Ugovora o EZ, u oblasti saradnje i razvoja, moraju biti korišćena uz poštovanje obaveza propisanih u Ujedinjenim nacijama i drugim međunarodnim organizacijama.[59] Poštovanje obaveza propisanih u okviru UN je takođe potrebno u oblasti održavanja međunarodnog mira i bezbednosti, kada Zajednica, usvajanjem akata na osnovu članova 60 i 301 Ugovora o EZ, omogućava pravno dejstvo rezolucijama Saveta bezbednosti usvojenim na osnovu glave VII Povelje UN. Član 24 Povelje UN kaže da usvajanje ovih rezolucija predstavlja vršenje primarne odgovornosti koja je poverena ovom organu na globalnom nivou. Ova odgovornost uključuje i ovlašćenje da se utvrdi šta predstavlja

[57] Case C-415/05 P Yusuf and Al Barakaat, Case C-402/05 P Kadi v Council and Commission

[58] C-122/95 Germany v Council, 1998, ECR I-973

[59] Case C-91/05 Commission v Council, 2008, ECR I-0000

pretnju međunarodnom miru i bezbednosti i da se preduzmu mere koje su neophodne da se on održi ili ponovo uspostavi. Takođe, ovlašćenja navedena u članovima 60 i 301 Ugovora o EZ mogu biti vršena samo u skladu sa usvajanjem zajedničke pozicije ili preduzimanjem zajedničke akcije, na osnovu odredaba Ugovora o EZ koje se odnose na ZSBP. Iako, zbog usvajanja takvog jednog akta, Zajednica mora da preduzme mere na osnovu Ugovora o EZ, ta obaveza znači da kada je cilj da se implementira rezolucija Saveta bezbednosti, Zajednica mora da vodi računa o uslovima i iciljevima date rezolucije i o relevantnim obavezamana osnovu Povelje koje se tiču te implementacije.

Povelja UN ne nameće neki poseban način implementacije rezolucija koje usvoji Savet bezbednosti na osnovu Glave VII Povelje UN, pošto one dobijaju pravno dejstvo u skladu sa postupkom koji se primenjuje u domaćem pravnom poretku svake države članice UN. Povelja ostavlja članicama slobodan izbor od mnogih različitih načina uključivanja ovih rezolucija u njihov domaći pravni poredak. Na osnovu ovoga Sud je zaključio da nije posledica međunarodnih principa to što je sudska kontrola unutrašnje zakonitosti osporavane uredbe u odnosu na osnovne slobode isključena zbog činjenice da je ta mera trebala da omogući dejstvo rezoluciji Saveta bezbednosti. Takav imunitet od nadležnosti za neku meru Zajednice kao što je data uredba, na osnovu primata obaveza iz Povelje UN, nema svoju osnovu u Ugovoru o EZ.

Sud je u svojoj prethodnoj praksi prihvatio da tadašnji član 234 Ugovora o EZ (sada je to član 307) može da dozvoli derogiranja čak i primarnog prava, na primer člana 113 Ugovora o EZ, o zajedničkoj trgovinskoj politici. Član 297, pak implicitno dozvoljava postojanje prepreka u funkcionisanju zajedničkog tržišta, kada su prouzrokovane merama koje preduzimaju države članice da bi sprovele međunarodne obaveze koje su prihvatile u cilju održavanja međunarodnog mira i bezbednosti. Ove odredbe se, međutim, ne mogu tumačiti tako da dozvoljavaju neko derogiranje principa slobode, demokratije i poštovanja ljudskih prava i osnovnih sloboda, ustanovljenih članom 6(1) Ugovora o EU.

Član 307 Ugovora o EZ ne dozvoljava osporavanje principa koji čine deo samih osnova pravnog poretka Zajednice. Jedan od tih principa je i zaštita osnovnih ljudskih prava, uključujući i sudsku kontrolu zakonitosti akata Zajednice u pogledu njihove usaglašenosti sa tim osnovnim pravima.

Član 300 (7) Ugovora o EZ predviđa da su sporazumi zaključeni pod uslovima predviđenim u tom članu obavezujući za institucije Zajednice i države članice. Na osnovu ove odredbe, pod uslovom da je primenljiva na Povelju UN, Povelja bi imala primat u odnosu na skundarne akte

u EZ. Ovaj primat na nivou prava Zajednice se ne bi proširio na primarno pravo, odnosno na opšte pravne principe čiji su jedan deo i ljudska prava. Ovakvo tumačenje ima podršku i u članu 300(6) Ugovora o EZ, koji predviđa da neki međunarodni ugovor ne može stupiti na snagu ukoliko je Sud dao negativno mišljenje o njegovoj usaglašenosti sa Ugovorom o EZ.

U ovom slučaju je pred Sudom prve instance usvojen stav da sudovi Zajednice treba da, kao Evropski sud za ljudska prava, da se uzdržava od kontrolisanja zakonitosti osporavane uredbe u odnosu na osnovne slobode, jer ta uredba treba da omogući dejstvo takvih rezolucija. Evropski sud za ljudska prava je primetio da postoji osnovna razlika između prirode mera uspostavljenih tom odlukom, u odnosu na koje je sud odbio da ustanovi svoju nadležnost da izvrši kontrolu njene usaglašenosti sa Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i prirode drugih mera u odnosu na koje bi njegova nadležnost bila nesporna.

U ovom slučaju, sporna uredba ne može biti posmatrana kao akt koji je direktno pripisan UN, kao akt jednog od njegovih organa stvorenih na osnovu Glave VII Povelje UN, ili kao akt koji ulazi u vršenje ovlašćenja koja je zakonito delegirao Savet bezbednosti u skladu sa tom glavom Povelje.

Sud je na kraju zaključio da sudovi Zajednica moraju, u skladu sa ovlašćenjima koja im je poverio Ugovor o EZ da obezbede kontrolu i to u principu punu kontrolu zakonitosti svih akata Zajednice u odnosu na osnovna ljudska prava koja čine deo opštih principa komunitarnog prava, uključujući i kontrolu akata Zajednice, koji su, kao osporavana uredba, stvoreni da omoguće dejstvo rezolucija usvojenih od strane Saveta bezbednosti na osnovu Glave VII Povelje Ujedinjenih nacija. Sud pravde je doneo odluku da je Sud prve instance pogrešio u primeni prava kada je tvrdio da iz principa koji uređuju odnos između međunarodnog pravnog poretka u okviru UN i pravnog poretka Zajednice proizilazi da sporna uredba mora biti izuzeta od nadležnosti sve dok je u skladu sa normama *jus cogens*, pošto je ona zapravo doneta da bi omogućila dejstvo rezoluciji usvojenoj od strane Saveta bezbednosti na osnovu Glave VII Povelje UN. Na osnovu toga, Sud pravde je utvrdio da su osnovi za tužbu dobro zasnovani i da se ukidaju presude protiv kojih su izjavljene žalbe. Takođe, Sud je poništio Uredbu Saveta *(EC) No 881/2002* od 27. maja 2002. godine.

Verovatno bi se sukob između Suda pravde i nacionalnih ustavnih sudova ponovo pojavio, da je Sud pravde podržao najnovije stavove Suda prve instance. Ovo je za posledicu moglo imati da jednoobrazna primena prava EZ, kojom rukovodi Sud pravde, bude ugrožena i da to bude ozbiljna pretnja primatu prava EZ. Da su presude u slučajevima Jusuf i Kadi bile potvrđene pred Sudom pravde, nacionalni ustavni sudovi bi verovatno vršili svoju nadležnost u sličnim slučajevima i tako ugrozili jednoobraznu primenu prava EZ.

Zaključak

Evropska zajednica je činilac na međunarodnoj sceni sa međunarodnim pravnim kapacitetom i ima ovlašćenja da donosi normativne međunarodne akte. Iz ovoga se može zaključiti da međunarodno ponašanje EZ mora da bude u skladu sa međunarodnim javnim pravom. Međunarodnopravni subjektivitet podrazumeva i međunarodnu odgovornost, što znači da Zajednica može da bude odgovorna ukoliko njeno ponašanje nije u skladu sa međunarodnim pravom.[60] Sud pravde je jasno ustanovio da sekundarno pravo Zajednice mora da bude tumačeno u skladu sa međunarodnim pravom. Međutim, kada u sukob dođu poštovanje međunarodne obaveze i primarno pravo EZ, Sud pravde je prednost davao pravu Zajednice.

Kontroverze oko naknadne kontrole međunarodnih ugovora, na osnovu članova 230 i 234 Ugovora o EZ odražava tenzije između unutrašnje kontrole zakonitosti i spoljašnje zaštite treće strane koja deluje u dobroj veri. Ova tenzija je rešena ograničavanjem sudske kontrole na unutrašnje akte zaključenja ugovora. Unutrašnji akt je nevažeći ukoliko on zanemaruje formalne ili materijalne uslove Ugovora o EZ. Njegovo sudsko poništavanje ima za rezultat neprimenljivost datog međunarodnog ugovora unutar Zajednice, ali ne poništava ugovor na planu međunarodnog prava, niti oslobađa Zajednicu njenih međunarodnih obaveza.

Uloga čuvara Ugovora je dovela do toga da Sud pravde odluči da ne postoji neki pravni akt koji je izuzet od sudske kontrole. Ukoliko bi on odbio da ispituje legalnost uključivanja nekog međunarodnog pravnog instrumenta u pravni poredak EZ, tada bi neki akti koji proizvode pravno dejstvo bili izuzeti od kontrole. Zbog ovoga, Sud je doneo odluku da činjenica da je neki akt međunarodnog porekla nije relevantna za njegovu nadležnost da obezbedi vladavinu prava u EZ. Takođe, u skladu sa članom 220(1) Ugovora o EZ Sud je obavezan da proveri da su osnivački ugovori poštovani u međunarodnim odnosima Zajednice.

Da je Sud pravde u slučajevima Jusuf i Kadi odbio nadležnost da kontroliše akta EZ moglo je nastati novo razlikovanje između Suda pravde i nacionalnih sudova, gde bi ovi drugi jednostrano kontrolisati legalnost tih akata u odnosu na osnovna ljudska prava. Ovo bi moglo imati dalekosežne posledice na ustavni sistem u Evropi.

[60] Case C-327/91 France v Commision, 1994, ECR 3641, para 21.

Bojan Tubić, LL. M. Assistant,
Faculty of Law Novi Sad

Judicial Legality Review of International Treaties of the European Community

Abstract

There were constant debates on the question of primacy between international and Community law. International treaties have very important role in the Community legal order. They are the acts which have legal effects and they cannot avoid judicial review of their legality. In the Community a system was established that treaties cannot be directly challenged through procedure for annulment. Instead of this, an internal act that leads to a conclusion of a treaty can be reviewed before the Community courts. The result of its annulment is in non-applicability of the treaty in a Community legal order, but it does not annul the treaty on international level nor does it liberate Community from its international obligations. The Court of Justice, in cases Yusuf and Kadi, has at the end confirmed that the Regulation in question, which gives the effect to a resolution of a Security Council, cannot be immune to a judicial review inside the Community. By doing so, the Court has kept the uniform implementation of the Community law and to certain extent it removed the threat to the primacy of EC law.

Originalni naučni rad 342.565.2(4)

Mr Boško Tripković, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

EVROPSKI NALOG ZA HAPŠENJE U PRAKSI USTAVNOG SUDSTVA: KA KOOPERATIVNOM KONSTITUCIONALIZMU

Sažetak: *U postupcima kontrole ustavnosti nacionalnog zakonodavstva kojim se implementira Okvirna odluka o Evropskom nalogu za hapšenje otvorene su mnoge dileme. Među njima je i problem definisanja uloge ustavnog sudstva u uslovima ustavnog pluralizma Evropske unije. Rad analizira praksu ustavnih sudova Nemačke, Češke i Poljske po ovom pitanju, u pokušaju da se provere njihovi stavovi prema sudskom dijalogu unutar Evropske unije, kao i da se utvrdi stepen njihove spremnosti da se domaće zakonodavstvo tumači u skladu evropskim propisima. Postojanje tri potpuno različita pristupa nacionalnog ustavnog sudstva problemu implementacije Evropskog naloga za hapšenje, poslužilo je kao polje za širu analizu uloge i mesta organa za kontrolu ustavnosti u evropskim integracijama. Pri tome je razmatrano do koje mere se funkcija kontrole ustavnosti u nacionalnim okvirima može i sme menjati.*

Ključne reči: *ustavno sudstvo, Evropska unija, Evropski nalog za hapšenje, kooperativni konstitucionalizam*

1. Ustavno sudstvo i evropski ustavni pluralizam

O ulozi ustavnih sudova u zemljama članicama Evropske unije poslednjih godina intenzivno se raspravlja. Njihov položaj, delovanje i svrha se iznova preispituju, jer su promenjene pravne okolnosti u kojima obavljaju osnovnu nadležnost - kontrolu ustavnosti. Promena je uzrokovana širim evropskim okvirom unutar koga oni deluju, a koji se može okarak-

terisati kao ustavni pluralizam ili kooperativni konstitucionalizam i koji podrazumeva paralelno postojanje više ustavnih poredaka, zasnovano ne na odnosu hijerarhije, već na saradnji i napuštanju „državocentričnog" pogleda na ustavnost. U tom smislu je uloga ustavnog sudstva u razvoju evropskog ustavnog konteksta i do sada bila značajna. Kroz praksu ustavnih sudova i njihov dijalog sa Evropskim sudom pravde se značajnim delom pisala pravna istorija Evropske zajednice, a kasnije i Evropske unije.

Prenošenje sve većeg broja nadležnosti na Evropsku uniju i razvoj prava u toj oblasti uzrokuje pojavu novih problema i otvaranje brojnih pitanja, među kojima se u poslednje vreme izdvaja implementacija zajedničkog Evropskog naloga za hapšenje. Dovoljno je reći da su se o tome izjašnjavali organi koji obavljaju ustavnosudsku funkciju u Poljskoj, Nemačkoj, Češkoj, Belgiji i Kipru. U postupcima kontrole ustavnosti pokrenuta su mnoga značajna pitanja, kao što su pitanje suverenosti država članica, karaktera odnosa unutar trećeg stuba Evropske unije i pravne prirode akata koji se unutar njega usvajaju, odnosa državljanstva EU i nacionalnog državljanstva, zaštite ljudskih prava, odnosa međunarodnog i unutrašnjeg prava i hijerarhije pravnih akata.

Svaki od pomenutih problema zahtevao bi opširnu analizu. No, sa stanovišta uloge ustavnog sudstva, bilo bi neophodno razmotriti nekoliko dilema, koje se pred njega često postavljaju u uslovima postojanja više povezanih pravnih poredaka. Da li pluralistički pravni poredak podrazumeva da se više ne pretpostavlja neupitna supremacija sopstvenog, odnosno da li u svom delovanju ustavni sudovi moraju da ukalkulišu i koherenciju i konzistentnost evropskog pravnog prostora? Da li se pored prava, u razmatranje moraju uzeti stavovi drugih sudova, odnosno šta bi značila primena tzv. načela sudske tolerancije i dijaloga? Koji se sve interesi moraju uzeti u obzir prilikom ocenjivanja ustavnosti propisa za implementaciju prava EU? Odgovori na pomenuta pitanja mogu razjasniti ulogu i mesto nacionalnog ustavnog sudstva unutar Evropske unije. Da li ustavni sudovi predstavljaju „veto tačke" na putu evropskih integracija ili su poslednji bastioni odbrane ustavnosti i prava sopstvenih državljana? Da li bi njihova uloga trebalo da bude promenjena i da li bi aktivno trebali da se uključe u oblast evropskih integracija, kao što su to učinile druge vlasti u državama članicama?

Da bi se makar delimično razrešile ove dileme, potrebno je ispitati praksu ustavnih sudova i načiniti pokušaj da se utvrde njihova stanovišta. Ona su često skrivena i ne mogu se lako uočiti, ali dva njihova stava pokazuju koliko su ustavni sudovi spremni da se prilagode novom pluralističkom ustavnom okviru: 1) stav prema sudskoj toleranciji i dijalogu

unutar EU kroz uzimanje u obzir prakse Evropskog suda pravde; i 2) stav prema korišćenju mogućnosti koje im pruža unutrašnje pravo da bi se ostavio na snazi domaći akt evropskog porekla, naročito kroz donošenje interpretativnih odluka. Retku priliku za ispitivanje ovih hipoteza pruža slučaj Evropskog naloga za hapšenje, jer se o veoma sličnim pravnim pitanjima izjašnjavalo više ustavnosudskih organa. Kao primer tri različita pristupa, razmatrana je praksa nemačkog Saveznog ustavnog suda, češkog Ustavnog suda i poljskog Ustavnog tribunala.

2. Okvirna odluka o Evropskom nalogu za hapšenje

Nakon terorističkih napada 11. septembra 2001. godine, sudska saradnja u krivičnim pitanjima unutar Evropske unije doživela je intenzivan razvoj. Prva mera koja je bila usmerena ka produbljivanju ove saradnje bilo je usvajanje Okvirne odluke o Evropskom nalogu za hapšenje. Komisija je predlog uputila već 25. septembra 2001. godine,[1] politički dogovor je postignut 11. decembra 2001, a samu Okvirnu odluku o Evropskom nalogu za hapšenje i proceduri predaje između država članica Savet je usvojio 13. juna 2002. godine.[2]

Okvirna odluka je deo šireg plana zacrtanog još 1999. godine u zaključcima Evropskog saveta, koji je predviđao unapređivanje principa uzajamnog priznavanja (*mutual recognition*) sudskih odluka unutar Evropske unije.[3] Uzajamno priznavanje je zapravo pravni izraz principa uzajamnog poverenja (*mutual trust*) pravnih poredaka članica Evropske unije, koji je pretpostavka zajedničkog evropskog sudskog prostora. Stoga Evropski nalog za hapšenje nije imao značaj samo za zajedničku borbu protiv terorizma i drugih kriminalnih radnji koji su nadilazili državne okvire, i nije samo služio da zameni dotadašnji ne baš uspešan sistem parcijalnog regulisanja ovog pitanja putem konvencija,[4] već je trebalo da

[1] COM(2001) 522 final/2.

[2] Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States (2002/584/JHA) [2002] OJ L 190/1. Stupila je na snagu 1. januara 2004. godine. U daljem tekstu - Okvirna odluka ili Okvirna odluka o Evropskom nalogu za hapšenje.

[3] Videti zaključke predsedništva Evropskog saveta iz Temperea (Finska) od 15. i 16. oktobra 1999. godine, deo VI, dostupno na stranici http://www.europarl.europa.eu /summits/tam_en.htm#b, poslednji put posećeno 22. novembra 2008. godine. Takođe, videti i Okvirnu odluka o Evropskom nalogu za hapšenje, član 1(2).

[4] Pored Evropske konvencije o ekstradiciji usvojene 1957. godine u okviru Saveta Evrope, pitanje ekstradicije je unutar Evropske unije bilo regulisano Konvencijom od 10. marta 1995. o pojednostavljenoj proceduri ekstradicije između država članica Evropske

predstavlja jedan od prvih konkretnih koraka ka uspostavljanju kvalitativno drugačijih odnosa među pravnim porecima.

Okvirna odluka je donela nekoliko značajnih novina. Osnovni ciljevi su bili isključivanje političke dimenzije ekstradicije, kao i ubrzavanje i pojednostavljivanje procedure. Evropski nalog za hapšenje je potpuno izmešten iz nadležnosti izvršne vlasti i stavljen pod kontrolu sudskih organa u državama članicama.[5] Stoga je ekstradicija, tradicionalno shvaćena kao saradnja suverenih država gde politički principi igraju dominantnu ulogu, zamenjena procedurom u kojoj se sudska saradnja ostvaruje unutar jedinstvenog nadnacionalnog sudskog sistema. Na taj način su se države odrekle dela svog suvereniteta i odlučivanje o ovom pitanju u velikoj meri prenele na državu članicu koja izdaje nalog za hapšenje.[6]

Procedura po kojoj se vrši „predaja" lica značajno je ubrzana i pojednostavljena. Država u kojoj je lice uhapšeno dužna je da ga preda državi izdavanja naloga u roku od 90 dana, a u slučaju da se lice saglasi sa predajom, u roku od 10 dana.[7] U cilju pojednostavljivanja procedure, uvedena je značajna novina u dotadašnji sistem ekstradicije. Za 32 krivična dela ukinut je takozvani princip dvojne inkriminacije (*dual criminality principle*), koji znači da i država koja zahteva ekstradiciju i država koja treba da uhapsi lice predviđaju navodno počinjen akt kao krivično delo. Evropski nalog za hapšenje, izdat u vezi sa nekim od 32 navedena krivična dela, prema Okvirnoj odluci mora biti izvršen bez obira da li je biće krivičnog dela isto u obe države, uz uslov da je delo kažnjivo sa najmanje tri godine kazne lišenja slobode u državi koja izdaje nalog. U svim drugim slučajevima, nalog može biti izdat samo ako je za delo moguće izreći kaznu lišenja slobode u trajanju od 12 meseci, ili je lice već osuđeno na najmanje četiri meseca, odnosno ako mu je određen pritvor u tolikom trajanju. Za takva dela se i dalje primenjuje princip dvostruke inkriminacije.[8]

Sa ustavnopravnog stanovišta, značajnu novinu predstavlja činjenica da države po implementaciji Okvirne odluke više ne mogu da odbiju da

---

unije, Konvencijom od 27. septembra 1996. o ekstradiciji između država članica Evropske unije i, jednim delom Konvencijom od 19. juna 1990. koja implementira Šengenski sporazum. Konvencije iz 1995. i 1996. godine nisu ni bile stupile na snagu budući da ih nisu ratifikovale sve države članice.

[5] Okvirna odluka o Evropskom nalogu za hapšenje, član 1(1).

[6] Videti O.Pollicino, *European Arrest Warrant and Constitutional Principles of the Member States: a Case Law-Based Outline in the Attempt to Strike the Right Balance between Interacting Legal Systems*, German Law Journal, Vol. 9, No. 10, 2008, str. 1321.

[7] Okvirna odluka o Evropskom nalogu za hapšenje, član 17.

[8] Okvirna odluka o Evropskom nalogu za hapšenje, član 2(2) i 2(1).

predaju sopstvene državljane, iako je u ustavima takva zabrana veoma često postojala. Princip međusobnog poverenja ovde dolazi do potpunog izražaja, a bitan element zaštite domaćih državljana se ukida, čime se zapravo, u ovom pravnom području, daje veći značaj državljanstvu Evropske unije. Tako shvaćen princip međusobnog poverenja, odnosno međusobnog priznavanja kao njegov logični pratilac, jeste apsolutan i statičan pojam. Njime se u odnose koji su do tada bili zasnovani na rezervama i odbijanju, uvodi gotovo neupitna vrednost saradnje bez mogućnosti odbijanja. Zato je zanimljivo pratiti promenu od postupanja izvršne vlasti na *case by case* osnovi, do postupanja sudova na principima saradnje i poverenja. Vrlo često su sudovi primenjivali strožiju kontrolu postupka predavanja da bi na neki način nadoknadili ono što su smatrali gubitkom na strani zaštite prava sopstvenih državljana.[9]

Sličan problem se javio i u postupcima pred pojedinim ustavnim sudovima u državama članicama, jer je pre donošenja okvirne odluke čak trinaest ustava na neki način zabranjivalo ili ograničavalo ekstradiciju sopstvenih državljana.[10] Neke od država, kao što su Letonija, Slovačka, Slovenija i Portugalija, izmenile su svoje ustave pre nego što je imlementirajuće zakonodavstvo o Evropskom nalogu za hapšenje došlo u sukob sa ustavnim odredbama, dok je u drugim ustavno sudstvo moralo da odlučuje o saglasnosti, ponekad se istovremeno stavljajući u ulogu zaštitnika sopstvenih državljana, koja je do tada uglavnom pripadala izvršnoj vlasti.

3. Pravna priroda okvirnih odluka i slučaj *Pupino*

Glava VI Ugovora o Evropskoj uniji, odnosno „treći stub“, daje Evropskoj uniji nadležnosti u oblasti policijske i sudske saradnje u krivičnim pitanjima. U okviru trećeg stuba postoje četiri različita tipa pravnih instrumenata: zajednički stavovi, okvirne odluke, odluke i konvencije. Okvirne odluke su zapravo vrlo slične direktivama, s tim što prema članu 34, stav 2, tačka b Ugovora o Evropskoj uniji, obavezuju države članice samo u pogledu rezultata koje bi trebalo postići, ali ostavljaju nacional-

[9] Videti E. van Sliedregt, *The European Arrest Warrant: Extradition in Transition,* European Constitutional Law Review, No. 3, 2007, str. 248-250.

[10] Ustavi Austrije (član 12, stav 1), Kipra (član 11, stav 2), Letonije (član 98), Nemačke (član 16, stav 2), Poljske (član 55), Slovačke (član 23, stav 4), Slovenije (član 47), Finske (član 8, stav 3), Češke (član 14 Povelje o osnovnim slobodama i pravima), Portugalije (član 33, stav 3) poznaju zabrane ekstradicije, dok ustavi Estonije (član 36, stav 2), Italije (član 26, stav 1) i Litvanije (član 13) kao izuzetak poznaju ekstradiciju predviđenu međunarodnim ugovorom.

nim telima da izaberu formu i metod implementacije, dok isti član eksplicitno utvrđuje da one „nemaju direktan efekat".

Pravni karakter trećeg stuba je, pri tome, dvojak. Sa jedne strane, postoje međudržavne komponente koje ga određuju kao vid međunarodnopravne saradnje, kao što su monopol Saveta u legislativnoj aktivnosti, nemogućnost pojedinaca i Parlamenta da direktno osporavaju akte Unije i nepostojanje direktnog dejstva pravnih akata. Sa druge strane, postoje neki nadnacionalni elementi kao što je, doduše poprilično ograničena, nadležnost Evropskog suda pravde da ispituje zakonitost akata ili obavezujući karakter okvirnih odluka i odluka. Takva „hibridna" priroda saradnje u krivičnim stvarima pokreće pitanje ustavnih efekata pravnih instrumenata usvojenih u okviru trećeg stuba. Pitanje je do koje mere je moguće, zbog nadnacionalnih elemenata trećeg stuba, postavljati paralele između okvirnih odluka i akata usvojenih u oviru prvog stuba.[11]

Evropski sud pravde se o pitanju pravne prirode okvirnih odluka izjasnio u slučaju *Pupino*,[12] gde je usvojio zaključke koji su kasnije izazvali brojne posledice i kontraverzne reakcije. Sud je, naime, zaključio da bi za Uniju bilo veoma teško da ostvari i obavlja svoje funkcije i zadatke, ako princip lojalne saradnje, koji zahteva od države članice da preduzme sve prikladne mere da bi obezbedila izvršavanje obaveza koje proističu iz prava Evropske zajednice,[13] ne bi bio obavezujuć i unutar saradnje u okviru trećeg stuba. Stoga je, prema stavu Suda, princip usklađenog tumačenja (*conforming interpretation*) obavezujuć i u pogledu okvirnih odluka usvojenih u okviru glave VI Ugovora o Evropskoj uniji. Kada primenjuju domaće pravo, sudovi država članica su u obavezi da ga tumače koliko god je moguće u svetlu značenja i svrhe okvirne odluke, da bi se ostvario rezultat koji se njome želi postići i time izbeglo kršenje člana 34(2)(b).

Ovakvo tumačenje, prema Evropskom sudu pravde, nije bez ograničenja. Njime se ne smeju narušiti osnovni pravni principi, kao što su pravna sigurnost i zabrana retroaktivnosti. To posebno znači da nije moguće samo putem takvog tumačenja, bez implementirajućeg zakonodavstva, ustanovljavati ili pooštravati krivičnu odgovornost. Pored toga, obaveza domaćeg suda da uzima u obzir sadržaj okvirne odluke prestaje kada nije moguće tumačenje domaćeg prava koje bi dovelo do rezultata kompatibilnog sa okvirnom odlukom. Princip usklađene inerpretacije ne može služiti kao osnova tumačenja *contra legem*, ali taj princip zahteva da se,

[11] E.Spaventa, *Opening Pandora's Box: Some Reflections on the Constitutional Effects of the Decision in Pupino*, European Constitutional Law Review, No. 3, 2007, str. 8.

[12] Slučaj C-105/03, Presuda OJ C 193, 06.08.2005, str. 3, ECR I-5285, *Maria Pupino*.

[13] Član 10 Ugovora o Evropskoj zajednici.

kada je neophodno, u obzir uzme celina domaćeg prava, da bi se videlo do koje mere se ono može primeniti na način koji nije suprotan okvirnoj odluci.[14] Evropski sud pravde zapravo zahteva određenu aktivnost domaćih sudova i tumačenje u skladu sa okvirnim odlukama sve do granice preko koje bi takvo tumačenje bilo suprotno domaćim propisima. Pitanje je, prevedeno na jezik postupanja ustavnih sudova, u kojoj meri ovaj stav Evropskog suda pravde podrazumeva donošenje „interpretativnih", „manipulativnih" ili odluka „proste deklaracije neustavnosti", da bi se ispunio princip „lojalne saradnje".[15]

3. Odluka Saveznog ustavnog suda Nemačke: evroskepticizam ili doslovna primena prava?

Odlukom od 18. jula 2005. godine,[16] nemački Savezni ustavni sud je proglasio Zakon kojim je implementirana Okvirna odluka o Evropskom nalogu za hapšenje neustavnim, i istovremeno ga u celini lišio pravne snage.[17] Slučaj je pred sud dospeo putem ustavne žalbe koju je uložio nemački i sirijski državljanin, gospodin Darkazanli (*Darkazanli*), čiju je „predaju", prema odredbama o Evropskom nalogu za hapšenje, zahtevala Španija. Protiv Darkazanlija je trebalo da se vodi postupak za krivično delo terorizma, jer je smatran ključnom osobom Al Kaide u Evropi. U svojoj žalbi, Darkazanli je osporavao odluku Višeg pokrajinskog suda u Hamburgu (*Oberlandesgericht Hamburg*), kojom je dozvoljeno izručenje Španiji, kao i ustavnost samog Zakona o Evropskom nalogu za hapšenje, tvrdeći u oba slučaja da su mu povređena ustavna prava. Postupajući po njegovom zahtevu, Savezni ustavni sud je 24. novembra 2004. doneo privremenu meru kojom je suspendovao izručenje na šest meseci, što je kasnije još jednom produžio.[18]

---

[14] *Pupino*, tačke 42-47.

[15] Videti o tipovima odluka ustavnog suda u R.B.Llorente, *Constitutional Jurisdiction as Law Making*, u A.Pizzorusso, (ed), *Law in the Making: A Comparative Survey*, Springer-Verlag, Berlin, 1988, str. 167-175.

[16] BVerfG, 2 BvR 2236/04 07/18/2005, odluka je dostupna na http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20050718_2bvr223604.html, poslednji put posećeno 25. novembra 2008. godine.

[17] Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, Europäisches Haftbefehlsgesetz – EuHbG, od 21. jula 2004. godine, dostupan na http://www.eurowarrant.net/documents/cms_eaw_14_1_EJN576.pdf, poslednji put posećeno 25. novembra 2008. godine.

[18] BVerfG, BvR 2236/04 (F.R.G.) 24/11/2004. Pored pomenutih odluka Saveznog ustavnog suda, kao odličan izvor informacija o ovom slučaju mogu poslužiti sledeći

Konačna odluka nemačkog Ustavnog suda u ovom slučaju, u javnosti je čekana sa velikom pažnjom. Očekivalo se da će odluka sadržati mišljenje Ustavnog suda o prenošenju nadležnosti država članica na Evropsku uniju, u svetlu dvostruke prirode trećeg stuba i tzv. demokratskog deficita, te da će nakon donošenja odluke Evropskog suda pravde u slučaju *Pupino*, biti zauzet stav i po pitanju pravne prirode okvirnih odluka. Pretpostavljalo se da će presuda Ustavnog suda biti jednako značajna kao prelomne odluke u slučajevima *Solange I*, *Solange II* i *Maastricht*.[19] No, ništa od toga se nije dogodilo. Sud nije ušao u ozbiljno preispitivanje slučaja *Maastricht*, niti je probudio uspavani *Solange* konflikt, ali se ipak ne može tvrditi da odluka nije imala reperkusije na odnos unutrašnjeg i prava Evropske unije. Sud je jasno stavio do znanja da postoji razlika između prvog i trećeg stuba, te da je još jača obaveza zakonodavca da obezbedi usaglašenost sa Ustavom akta kojim se iplementiraju propisi doneti u okviru trećeg stuba.

Savezni ustavni sud je poništio Zakon o Evropskom nalogu za hapšenje jer je smatrao da je suprotan članovima 16, stav 2 i 19, stav 4 Osnovnog zakona (ustava). Član 16(2) sadrži zabranu ekstradicije nemačkih državljana, koja prema stavu Ustavnog suda, treba da posluži jačanju poverenja državljana u sopstveni pravni sistem. Ipak, isti stav sadrži i mogućnost izuzetka od ovog opšteg pravila, ukoliko se radi o ekstradiciji u državu članicu EU ili izručenju međunarodnom sudu, dokle god su poštovani principi pravne države. Princip proporcionalnosti, prema zaključivanju Suda, nije ispunjen u ovom slučaju – nemački državljani nisu u dovoljnoj meri zaštićeni samom činjenicom da druga država članica poštuje principe pravne države. Da bi utvrdio da li je izručenje proporcionalno, odnosno da li su prava nemačkih državljana neproporcionalno povređena izručenjem, Sud je ustanovio razliku između tri situacije.

članci: C.Tomuschat, *Inconsistencies: The German Federal Constitutional Court on the European Arrest Warrant*, European Constitutional Law Review, No. 2, 2006, str. 209-226, H.Satzger, T.Pohl, *The German Constitutional Court and the European Arrest Warrant: 'Cryptic Signals' from Karlsruhe*, Journal of International Criminal Justice, No. 4, 2006, str. 686-701, A.H.Parga, *Case Law: National Courts,* Common Market Law Review, No. 43, 2006, str. 583-595, N.Nohlen, *Germany: The European Arrest Warrant Case,* International Journal of Constitutional Law, Vol. 6, No. 1, 2008, str. 153-161, S.Mölders, *European Arrest Warrant Act is Void: The Decision of the German Federal Constitutional Court of 18 July 2005*, German Law Journal, Vol. 7, No. 1, 2005, str. 45-58, A.Sinn, L.Wörner, *The European Arrest Warrant and Its Implementation in Germany: Its Constitutionality, Laws and Current Developments*, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, No. 7, 2007, str. 204-220.

[19] *Solange I*, 37 BVerfGE 271 (1974); *Solange II*, 73 BVerfGE 339 (1986); *Brunner (Maastricht)*, 89 BVerfGE, 155 (1993). Videti N.Nohlen, *op.cit*, str. 157-158.

U prvom slučaju, nemački državljanin je optužen za krivično delo učinjeno u potpunosti ili delom na nemačkoj teritoriji, odnosno postoji značajna veza sa domaćim pravnim poretkom (*maßgeblicher Inlandsbezug*). Okvirna odluka o Evropskom nalogu za hapšenje je u takvim situacijama dozvoljavala da se odbije izručenje,[20] ali nemački zakonodavac nije implementirao tu odredbu. Stoga je Ustavni sud zaključio da, ako su ispunjeni uslovi relevantne veze sa domaćom državom, Zakon nije proporcionalan, jer prava državljana nisu u dovoljnoj meri zaštićena.

U drugom slučaju, krivično delo je izvršeno na teritoriji Nemačke, ali su posledice nastupile na teritoriji druge države. Prema shvatanju Ustavnog suda, tada je neophodno balansiranje interesa u svakom slučaju zasebno, a tu mogućnost Zakon o implementaciji Evropskog naloga za hapšenje nije predvideo.

U trećem slučaju je krivično delo značajno povezano sa teritorijom druge države. Tada nema razloga za zaštitu državljana, jer svako ko deluje unutar nekog pravnog poretka mora pretpostaviti da će biti odgovoran po pravilima tog poretka. Zbog toga i ne postoji povreda ustavom zagarantovanih prava nemačkih državljana.

Pored povrede prava iz člana 16(2), Savezni ustavni sud je utvrdio da je zakon u suprotnosti sa članom 19(4) u kojem je garantovano pravo na obraćanje sudu u slučaju povrede prava od strane javnih vlasti. Zakon o Evropskom nalogu za hapšenje je podelio proceduru ekstradicije: o dozvoljenosti je odlučivao viši sud, a konačnu odluku je donosila Savezna vlada. Poslednja odluka nije kontrolisana od strane sudskog organa. Ustavni sud je zauzeo stanovište da se odluka o ekstradiciji više nije donosila na osnovu diskrecionog ovlašćenja vlade, koje bi isključilo sudsku kontrolu takvog političkog akta, već na osnovu procene interesa državljanina da mu se sudi u njegovoj državi, što nužno znači i odlučivanje o njegovom ustavnom pravu. Takva odluka se ne može više smatrati tzv. suverenim aktom države (*Hoheitsakt*) i mora biti podložna sudskoj kontroli. U ovom slučaju, iako se to u odluci Ustavnog suda eksplicitno ne pominje, povređene su i odredbe Okvirne odluke,[21] čiji je jedan od osnovnih ciljeva da se odlučivanje o predaji lica drugoj državi izmesti iz političke sfere, te da odluke o tom pitanju donose sudovi na osnovu pravnih merila.

Obrazloženja koja je ponudio Ustavni sud su na prvi pogled utemeljena i teško da bi se mogla naći nedoslednost ili nelogičnost u argumentovanju. No, potrebno je utvrditi, imajući u vidu slučaj *Pupino*, da li je ona mogla biti drugačija, odnosno da li su uopšte postojale mogućnosti za razli-

[20] Okvirna odluka o Evropskom nalogu za hapšenje, član 4, stav 1, tačka 7.
[21] Okvirna odluka o Evropskom nalogu za hapšenje, članovi 3, 4(3), 6 i 15.

čita tumačenja, ili pretpostavke za odluku koja ne bi podrazumevala stavljanje celog zakona van snage. Tako se može uvideti da li je Savezni ustavni sud postupao imajući u vidu zahteve koje je postavio Evropski sud pravde, ili, čak, da li je bio naklonjen evropskom pravu ili ne.

U proceni tih pitanja uputno je poći od izdvojenih glasova i mišljenja sudija, suprotstavljenih obrazloženju i ishodu odluke. U tom smislu, pored izdvojenog mišljenja sudije Brosa (*Broß*), koji je smatrao da za odluku treba ponuditi drukčije obrazloženje, značajna su mišljenja sudinice Libe-Volfove (*Lübbe-Wolff*) i sudije Gerharta (*Gerhardt*). Sudije u izdvojenim mišljenjima ističu da se zaštita prava mogla ostvariti i ukazivanjem na specifične slučajeve u kojima bi ekstradicija bila nedozvoljena, dok se ne donese novi akt koji bi bio usklađen sa Ustavom. Zbog toga smatraju da poništavanje zakona nije bilo neophodno. Stav sudije Gerharta je pri tome da bi Darkazanlijeva žalba morala biti odbijena kao neosnovana, a utemeljenje presude pronađeno i u praksi Evropskog suda pravde, naročito u slučaju *Pupino*. Oba mišljenja ukazuju na načine na koje je Ustavni sud mogao da postupi kako ne bi prekršio obaveze tumačenja domaćeg prava u skladu sa Okvirnom odlukom – donošenjem interpretativne presude kojom bi se određena tumačenja propisa ili određeni slučajevi postupanja po tom propisu proglasili neustavnim, čime bi se sporni akt ostavio na snazi, ili tumačenjem ustava i drugih propisa u skladu sa ciljevima okvirne odluke kojim bi se izbeglo poništavanje zakona. Pored toga, dejstvo odluke je moglo biti upodobljeno ispunjenju obaveza koje proističu iz članstva u Evropskoj uniji. Stoga je potrebno proveriti da li su prema nemačkom pravu zaista postojale takve mogućnosti.

Prilikom tumačenja prava, Ustavni sud, čini se, nije uzeo u obzir sve relevantne okolnosti i propise. Pre svega, odluka u slučaju *Pupino* nije pomenuta u obrazloženju presude Ustavnog suda, ako se izuzme izdvojeno mišljenje sudije Gerharta. Čak i da je smatrao da zaključci Evropskog suda pravde nisu primenjivi u ovom slučaju, Ustavni sud se morao osvrnuti na novoustanovljenu obavezu tumačenja domaćeg prava u skladu sa evropskim unutar trećeg stuba. Međutim, ignorisanje odluke Evropskog suda pravde ne bi bilo suviše značajno da je Ustavni sud iskoristio sve mogućnosti za tumačenje koje su mu stajale na raspolaganju i da je u obzir uzeo ciljeve Okvirne odluke i obaveze Nemačke u okviru trećeg stuba.

Jedna od mogućnosti bilo je upućivanje zahteva za odlučivanje o prethodnom pitanju Evropskom sudu pravde. Odnos saradnje među sudovima bi podrazumevao takav pravni put za izmenu stanovišta zauzetih u slučaju *Pupino*, jer član 35(1) Ugovora o Evropskoj uniji poznaje nadležnost Evropskog suda pravde da donosi odluke o tumačenju i važenju

okvirnih odluka i implementirajućih mera. Nemačka je prihvatila takvu nadležnost Evropskog suda i čak predvidela obavezu sudova poslednje instance da mu se obrate za preliminarnu odluku.[22] Ignorisanjem potpuno jasnog presedana Evropskog suda pravde, Ustavni sud je jasno stavio do znanja da ne smatra neophodnim da se u ovom pitanju uspostave odnosi kooperacije dva suda.[23]

Iako je jasno da je nemački zakonodavac propustio da iskoristi sve mogućnosti predviđene Okvirnom odlukom da bi se implementacija upodobila unutrašnjem pravnom poretku, tumačenje koje bi održalo zakon na snazi je ipak bilo moguće. Član 83b, stavovi 1 i 2, Zakona o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim pitanjima,[24] koji je upravo izmenjen Zakonom o Evropskom nalogu za hapšenje, predviđa mogućnost da nemačke vlasti odbiju izručenje kada se lice u Nemačkoj već krivično goni za isto delo ili kada su nadležni organi odlučili da lice ne gone ili da obustave postupak. Mada državljani samo na osnovu tih odredaba ne bi bili u dovoljnoj meri zaštićeni, treba imati u vidu obavezu državnih organa u Nemačkoj da pokreću postupke protiv učinilaca krivičnih dela,[25] kao i obavezu sudova da poštuju član 16(2) Ustava, uključujući i pomenuti princip proporcionalnosti, kada odlučuju o ekstradiciji. Tako bi nemački državljanin samo teoretski mogao biti izručen stranoj državi ako je učinio krivično delo na teritoriji Nemačke. Ovakvo tumačenje propisa bi obezbedilo usklađenost sa Okvirnom odlukom o Evropskom nalogu za hapšenje.[26]

Nemogućost sudske provere konačne odluke o ekstradiciji je već u praksi Ustavnog suda bila osporavana, jer je u Nemačkoj iz tradicionalnih razloga taj posao dodeljen Saveznoj vladi. U prethodnim slučajevima je Sud našao da je takav postupak u skladu sa Ustavom, iako se i onda ticao

---

[22] A.H.Parga, *op. cit*, str. 591.

[23] O odnosima saradnje i sukoba međunarodnih i domaćih sudova videti iscrpnu studiju: S.Đajić, *Međunarodni i nacionalni sudovi - od sukoba do saradnje: prilog raspravi o odnosu međunarodnog i unutrašnjeg prava*, Pravni fakultet, Novi Sad, 2004.

[24] Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen in der Fassung der Bekanntmachung vom 27. Juni 1994 (BGBl. I S. 1537), dostupan na http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/irg/gesamt.pdf, poslednji put posećeno 26. novembra 2008. godine.

[25] Obaveza proističe iz člana 152, stav 2 nemačkog Zakona o krivičnom postupku. Strafprozeßordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. April 1987 (BGBl. I S. 1074, 1319), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 31. Oktober 2008 (BGBl. I S. 2149), dostupan na http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stpo/gesamt.pdf, poslednji put posećeno 26. novembra 2008. godine.

[26] Detaljno obrazloženje takvog tumačenja može se pronaći u C.Tomuschat, *op.cit*, str. 220-223.

ljudskih prava. To što Evropski nalog za hapšenje podrazumeva i odlučivanje o pravima nemačkih državljana, ne znači da ranije odluke o ekstradiciji nisu imale veze sa nekim drugim ljudskim pravima, kao što su lična sloboda ili pravo na pravično suđenje.[27]

Princip lojalne kooperacije primenjen u ovom slučaju ne bi, međutim, podrazumevao samo tumačenje domaćeg prava u skladu sa evropskim, već i preduzimanje svih mera kako bi se ispoštovale obaveze proistekle iz Okvirne odluke. Jedna od mogućnosti je poništenje samo neustavnih delova Zakona. Tako bi se akt ostavio na snazi, a Nemačka ne bi povredila svoje obaveze iz Okvirne odluke.

Drugu mogućnost predstavlja odluka po kojoj bi Zakon bio neprimenjiv u označenim neustavnim slučajevima, sve dok zakonodavac ne promeni sporne odredbe. Mogućnost za takvu odluku postoji u nemačkom pravu, jer je klasična ustavnosudska dilema između proglašavanja akta neustavnim, koje podrazumeva poništavanje, i proglašavanja akta ustavnim, koje ga ostavlja na snazi, dopunjena i jednom međukategorijom koja se razvila prvo kroz *extra legem* praksu Ustavnog suda, da bi kasnije ušla i u Zakon o ustavnom sudu.[28] Takve odluke se nazivaju „prostom deklaracijom nesaglasnosti" (*bloße Unvereinbarkeiterklärung*), a donose se u situacijama kada zakonodavac ima više mogućnosti da modifikuje svoju odluku kako bi se ona uskladila sa Ustavom. Takva odluka za rezultat nema poništavanje zakona, njena jedina posledica je zabrana primene zakona u meri u kojoj je on neustavan. Da bi se izbegla pravna nesigurnost, Ustavni sud može predvideti konkretne posledice svoje odluke, a zakonodavac je u obavezi da ispravi pravnu situaciju koja je dovela do povrede Ustava, za šta se mogu odrediti i precizni rokovi. Takvom odlukom bi se izbeglo tumačenje Ustavnih odredaba u skladu sa zakonom, iako ni ovakva praksa nije strana nemačkom Ustavnom sudu. Tumačenje jeste bilo moguće, ali je u sličnim situacijama Ustavni sud češće pribegavao upravo ovom drugom rešenju, tj. prostoj deklaraciji nesaglasnosti, te na taj način izbegavao da „spasi" zakonodavca, ali i da poništi sporni zakon.[29] Time se pitanje zakonodavne politike vraća zakonodavcu, a da se pri tome izbegavaju negativne posledice koje bi mogle proizaći iz poništavanja zakona.

Zaključak koji se nameće je da je nemački Savezni ustavni sud imao mogućnosti za drugačija tumačenja, kako je to definisano u odluci *Pupi-*

---

[27] Videti u Odluci Saveznog ustavnog suda, paragraf 108.

[28] Bundesverfassungsgerichtsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. August 1993 (BGBl. I S. 1473), zuletzt geändert durch Artikel 5 des Gesetzes vom 23. November 2007 (BGBl. I S. 2614), članovi 31, stav 2 i 79, stav 1.

[29] U praksi Saveznog ustavnog suda su „proste deklaracije nesaglasnosti" gotovo jednako česte kao i proglašavanje zakona ništavim.

no. Takođe, postojale su mogućnosti za ostavljanje akta na snazi uprkos njegovoj delimičnoj nesaglasnosti sa Ustavom. U ovom slučaju, čak ni prava nemačkih državljana ne bi bila povređena, jer se zakon ne bi primenjivao u situacijama označenim od strane Ustavnog suda. Odnosi saradnje dva suda bi podrazumevali korišćenje svih pravnih mogućnosti da se akt implementacije održi na snazi, dok se potpuno ignorisanje presedana uspostavljenog u praksi Evropskog suda pravde ne može nazvati sukobom, ali ni lojalnom kooperacijom.

4. Odluka Ustavnog suda Češke: ustavni sud kao pozitivni zakonodavac?

Češki Ustavni sud je 3. maja 2006. godine doneo odluku o ustavnosti amandmana na Krivični zakon i Zakon o krivičnom postupku, kojima je u češki pravni sistem uveden institut Evropskog naloga za hapšenje.[30] Predlog za ocenu ustavnosti je podnet od strane grupe poslanika, koji su tvrdili da su predaja čeških državljana i ukidanje principa dvojne inkriminacije suprotni Povelji o ljudskim pravima i slobodama, koja je sastavni deo Ustava Češke.[31] Ustavni sud se u svojoj odluci izjasnio o tri značajna pitanja: (1) o odnosu između instrumenata usvojenih u okviru trećeg stuba i češkog nacionalnog prava, uključujući i ustavno pravo; (2) o saglasnosti izručenja čeških državljana sa Ustavom; i (3) o tome da li je ukidanje principa dvojne inkriminacije u suprotnosti sa načelom *nullum crimen sine lege*.

Češki Ustavni sud je u pitanju odnosa prava Evropske unije i domaćeg prava pokazao otvorenost za uticaj Evropskog suda pravde i naklonjenost implementaciji evropskog prava. Pozivajući se na član 1, stav 2 Ustava Češke, u kome se navodi da će Češka ispunjavati obaveze koje proizlaze iz međunarodnog prava, kao i na član 10 Ugovora o Evropskoj zajednici, koji predviđa da države članice moraju da preduzimaju sve prikladne mere kako bi ispunile svoje obaveze iz Ugovora ili obaveze koje proizlaze iz aktivnosti institucija Zajednice, zaključio je da postoji ustavni princip koji zahteva da se domaće pravo, uključujući Ustav, mora tumačiti u skladu sa principima evropskih integracija i saradnje evropskih i nacionalnih institucija. Pokazujući još viši stepen otvorenosti, Ustavni sud je eksplicitno pomenuo slučaj *Pupino*, te je zauzeo stav da se u situa-

[30] Odluka Ustavnog suda Češke od 3. maja 2006. godine, br. PL.US 66/04, dostupna na engleskom jeziku na http://angl.concourt.cz/angl_verze/doc/pl-66-04.php, poslednji put posećeno 25. novembra 2008. godine.

[31] Ustavni akt br. 2/1993.

ciji kada postoji više mogućih tumačenja Ustava, mora izabrati ono kojim će se ispuniti obaveze koje proizlaze iz članstva u Evropskoj uniji. Dakle, postoji dužnost da se od svih mogućih interpretacija relevantne Ustavne odredbe, u ovom slučaju zabrane izručenja državljana, usvoji ono koje nije u suprotnosti sa pravom Evropske unije.[32] Pored toga, Ustavni sud je pokazao volju za otpočinjanjem dijaloga sa Evropskim sudom pravde, ozbiljno razmatrajući upućivanje zahteva za odlučivanje o prethodnom pitanju. Budući da je belgijski *Cour d' Arbitrage* to već prethodno učinio, takva opcija je odbačena, ali se razmišljalo i o zastajanju sa postupkom do donošenja odluke Evropskog suda pravde.[33]

Odlučivši da ipak donese presudu, ne čekajući razjašnjenje iz Luksemburga, Ustavni sud se suočio sa daleko jasnijom pravnom situacijom od one u Nemačkoj. Naime, Povelja o ljudskim pravima i slobodama je u članu 14, stav 4 sadržala odredbu koja je zabranjivala primoravanje čeških državljana da napuste zemlju, bez izuzetaka. Čak je i Vlada istovremeno sa amandmanima Zakona kojima je uvođen Evropski nalog za hapšenje podnela predlog za promenu Povelje u tom delu, priznajući da bi u suprotnom amandmani bili neustavni. Predlog za promenu člana 14(4) nije dobio podršku u Odboru za ustavna pitanja donjeg doma češkog Parlamenta, a kasnije je odbačen na sednici Parlamenta. Verovatan razlog je važnost koja se pridavala zaštiti državljana od proterivanja u svim bivšim komunističkim državama, zbog iskustva iz nedemokratskog perioda u kojem je svako ko je predstavljao opasnost za režim bio na neki način uklanjan, između ostalog i proterivanjem. Pored toga, ceo Ustav Češke karakterišu odredbe usmerene na zaštitu dugo priželjkivane suverenosti, te se njima prilikom donošenja Ustava pripisivao poseban značaj.

Međutim, Ustavni sud je pronašao utemeljenje za gotovo sve sporne odredbe kojima se implementira Evropski nalog za hapšenje. Sud je odbacio tvrdnje poslanika da je stalna veza države i građana ugrožena njihovim izručenjem sudu strane države. Od svih mogućih tumačenja, Ustavni sud Češke je izabrao „gotovo nemoguće", navodeći za to istorijske, kompartivnopravne i druge razloge. Odbijajući da prihvati široko tumačenje, prema kojem odredba o zabrani primoravanja češkog državljanina da napusti zemlju obuhvata i ekstradiciju drugoj državi, Sud se rukovodio time što češki državljanin u svakom slučaju mora dati saglasnost da se kazna zatvora izvrši u drugoj državi, što ima pravo žalbe sa suspenzivnim dejstvom na odluku o nalogu i što se poštuje princip *ne bis in idem*. Izru-

[32] Videti odluku Ustavnog suda Češke, paragrafi 52-60.
[33] O.Pollicino, *op.cit*, str. 1335-1336.

čenje drugoj državi članici se dalje pravda primenom principa reciprociteta, te daleko efikasnijim krivičnim postupkom u državi u kojoj je počinjeno delo. Veoma je zanimljivo, takođe, objašnjenje Ustavnog suda, prema kojem češki državljani moraju preuzeti deo odgovornosti kao posledicu državljanstva Evropske unije, jer uživaju i prednosti proizašle iz njega. Sud, na taj način, pravi važnu vezu između državljanstva EU i naloga za hapšenje, što je činjenica koja se često previđala. Na kraju, Ustavni sud smatra da je poštovanje ljudskih prava u Evropskoj uniji na tom nivou da se ne može očekivati da će državljanima Češke prava biti povređena izručenjem.[34]

Propusti zakonodavca, koji su nemački Savezni ustavni sud naterali da proglasi ceo zakon ništavim, iako su mu na raspolaganju stajale i druge mogućnosti, postojali su i u češkom slučaju. Češki Parlament je propustio da izuzme iz primene proceduru Evropskog naloga za hapšenje u slučajevima kada postoji značajna povezanost krivičnog dela sa teritorijom Češke, što je dozvoljeno članom 4(7) Okvirne odluke. Stoga je Ustavni sud zaključio, prethodno primenjujući princip „lojalne interpretacije" i približavajući se *contra legem* tumačenju, da češki pravni sistem ne sme dozvoliti da državljani izgube poverenje u njega, te da će sudovi postupajući u takvim slučajevima odbiti nalog za predaju izdat od suda druge države.[35] Osnov odbijanja bi trebalo da bude član 377 Zakona o krivičnom postupku, koji predviđa da nijedan zahtev za saradnju ne može biti ispunjen ako je u suprotnosti sa Ustavom.

Slično tumačenje Ustavni sud je ponudio i odbijajući tvrdnje predlagača da je Evropski nalog za hapšenje suprotan principu *nullum crimen sine lege*, smatrajući da se radi o procesnom, a ne materijalnom pitanju, te da izručenje ne znači i odlučivanje o odgovornosti i sankciji za krivična dela. Neustavan bi bio jedino nalog za hapšenje u slučaju da je delo počinjeno na teritoriji Češke, a da je posledica nastupila na teritoriji druge države članice (npr. u slučaju kompjuterskog kriminaliteta), ako učinjeni akt ne predstavlja krivično delo po pravu Češke. I tada bi se morao primeniti član 377 Zakona o krivičnom postupku, koji ne dozvoljava neustavno izručenje, odnosno sudovi koji postupaju bi imali obavezu da na izrečeni način tumače Ustav.[36]

Van svake sumnje, to je interpretativna odluka Ustavnog suda, koji, ostavljajući na snazi pravni akt, proglašava neustavnim određeni vid

[34] Odluka Ustavnog suda Češke, paragrafi 61-96.

[35] O.Pollicino, *op.cit*, str. 1337.

[36] Odluka Ustavnog suda Češke, paragrafi 97-108. Za suprotna stanovišta videti izdvojena mišljenja sudija Ustavnog suda.

tumačenja ili primene tog akta. Ustavni sud, nadomeštajući propuste legislative i mešajući se aktivno u zakonodavnu politiku, prestaje da bude Kelzenov „negativni" i postaje „pozitivni" zakonodavac. Češki Ustavni sud je princip „međusobnog poverenja" ugradio među načela o tumačenju prava i bio je spreman da interpretira relativno jasnu ustavnu odredbu na način koji bi je doveo u sklad sa ciljevima Okvirne odluke. Doslovno jezičko tumačenje zabrane primoravanja državljana da napuste teritoriju, podrazumevalo bi i nemogućnost implementacije Evropskog naloga za hapšenje bez promene Ustava.

5. Odluka Ustavnog tribunala Poljske: može li se pomiriti nepomirljivo?

Ustavni tribunal Poljske je 27. aprila 2005. godine, na zahtev regionalnog suda u Gdanjsku, doneo odluku o ustavnosti amandmana na Zakon o krivičnom postupku kojim su implementirane odredbe Okvirne odluke o Evropskom nalogu za hapšenje.[37] Ustavnopravna situacija je bila veoma slična situaciji u Češkoj, jer je Ustav u članu 55, stav 1 eksplicitno zabranjivao ekstradiciju poljskih državljana, bez ikakvih izuzetaka.[38] Da bi Evropski nalog za hapšenje upodobio pravnom sistemu Poljske, zakonodavac se odlučio na izmene krivičnog postupka, a ne Ustava Poljske. Pri tome je napravljena razlika između pravnih koncepata „ekstradicije", koja je po Ustavu zabranjena i važi u međunarodnom pravu, i „predaje" koja je vezana za pravo Evropske unije i putem koje se može izvršiti Evropski nalog za hapšenje. Sud *a quo* je u svom zahtevu za izjašnjavanje o pravnom pitanju tvrdio da ne postoji razlika između ova dva koncepta, odnosno da je „predaja" samo podvrsta ekstradicije, te da je za punu primenu Evropskog naloga za hapšenje potrebna promena Ustava.[39]

Odluka Ustavnog tribunala se sastoji od dva dela. Tribunal je proglasio deo Zakona o krivičnom postupku koji je dozvoljavao „predaju" poljskih državljana neustavnim, ali je u drugom delu izreke odložio dejs-

[37] Odluka Ustavnog tribunala Poljske od 27. aprila 2005. godine, br. P 1/05, dostupna na engleskom jeziku na http://www.trybunal.gov.pl/eng/summaries/ summaries_assets/documents/P_1_05_full_GB.pdf, poslednji put posećeno 25. novembra 2008. godine. Odličan komentar ove odluke može se pronaći u A.Nußberger, *Poland: The Constitutional Tribunal on the Implementation of the European Arrest Warrant*, International Journal of Constitutional Law, Vol 6, No. 1, 2008, str. 162-170. Videti takođe i A.Lazowski, *Constitutional Tribunal on the Surrender of Polish Citizens under the European Arrest Warrant*, European Constitutional Law Review, No. 1, 2005, str. 569-581.

[38] Odredba je glasila: „Ekstradicija poljskih državljana je zabranjena".

[39] Odluka Ustavnog tribunala Poljske, Deo III, paragrafi 1-1.7.

tvo odluke za 18 meseci, jer je odredio da neustavni akt gubi pravnu snagu protekom tog roka. Tako je i obrazloženje sastavljeno iz dva dela i sadrži razloge neustavnosti spornih odredbi i objašnjenje odloženog dejstva presude.

Tribunal je delimično dotakao i pitanje odnosa unutrašnjeg prava i prava EU, ali samo u meri koja mu omogućuje da ocenjuje ustavnost akta kojim se implementira Okvirna odluka. Status evropskog prava u poljskom ustavnom sistemu se ne razlikuje od opšteg položaja međunarodnog prava – član 9 Ustava predviđa da Poljska poštuje međunarodno pravo. Prema stavu Ustavnog tribunala, ta odredba ne garantuje sama po sebi ustavnost akata koji poizlaze iz sekundarnog prava Evropske unije, niti akata usvojenih da bi se ono implementiralo.[40] Iako je presuda doneta pre nego što je okončan slučaj *Pupino*, Tribunal je razmatrao odnos između prava usvojenog unutar prvog i trećeg stuba, pravnu prirodu akata iz trećeg stuba, kao i mogućnost za interpretaciju domaćeg prava u skladu sa evropskim. U skladu sa uvreženim shvatanjem, Tribunal je odbacio mogućnost konzistentne interpretacije, iako su već debate povodom slučaja *Pupino* mogle biti uzete u obzir.[41] No, odluka u tom slučaju je doneta naknadno, a Tribunal je zaključio da je obavezan isključivo eksplicitnim odredbama Ustava i dužnošću zaštite Ustavom garantovanih ljudskih prava.

Upoređujući Ustavnu sa spornom zakonskom odredbom, Tribunal je razmatrao navodne razlike između ekstradicije i predaje. On je odbacio bukvalno jezičko tumačenje nekih stručnjaka po kojem postoji razlika među institutima, iz čega sledi da je odredba Zakona o krivičnom postupku ustavna. Takođe je odbačeno stanovište Zakonodavnog saveta[42] koji je ponudio razjašnjenje razlika u procedurama ekstradicije i predaje, što je smatrao dovoljnim da bi predaja bila izuzeta od primene člana 55(1) Ustava. Ustavni tibunal je ove stavove odbacio jer je smatrao da „kada se tumače ustavni koncepti, definicije formulisane u aktima slabije pravne snage ne mogu imati značenje koje obavezuje i određuje način njihovog tumačenja“, te da su „ustavni koncepti autonomni u odnosu na važeće zakonodavstvo“. Upravo obrnuto, prema shvatanju Tribunala „ustavne norme bi trebalo da nameću način i pravac tumačenja drugih akata“, a „polazna tačka u tumačenju ustava je razmatranje upotrebljenih termina, njihovog istorijskog razvoja i stavova u pravnoj doktrini“.[43]

---

[40] Isto, Deo III, paragraf 2.4.

[41] Videti A.Nußberger, *op.cit*, str. 166-167.

[42] Zakonodavni savet je savetodavno telo premijera Poljske, koje ga savetuje o primeni prava, zakonskim predlozima, usklađenosti zakona sa Ustavom i evropskim zakonodavstvom i drugim pitanjima.

[43] Odluka Ustavnog tribunala Poljske, Deo III, paragrafi 3.2-3.3.

Iako je Tribunal utvrdio da u Zakonu postoje razlike između ekstradicije i predaje, Ustav takvu raliku ne poznaje. Razlike su procesne prirode, ali je suština ista. Čak su oba termina bila najčešće smatrana sinonima u poljskom jeziku sa značenjem „instituta koji se sastoji od predaje optuženog lica na zahtev strane države, da bi se sproveo krivični postupak protiv tog lica ili da bi se lice uputilo na izdržavanje kazne“.[44] Istorijsko tumačenje pokazuje takođe da ne postoji mogućnost izručenja poljskih državljana stranom sudu, jer su izuzeci u slučaju da „međunarodni ugovor predviđa drugačije“ eksplicitno odbačeni u ustavotvornom postupku. Stoga je potpuno razumljiv stav Ustavnog tribunala da je prema poljskom pravu „predaja“ neustavna, te da bi ograničenja prava poljskih državljana u ovom smislu mogla biti učinjena jedino Ustavom i da dinamična sudska interpretacija u ovom slučaju nije moguća.[45]

Ustavni tribunal je izbegao da, kao što je to učinio češki Ustavni sud, donese interpretativnu odluku i tumačenjem ispravi nesklad između Ustava i Zakona. Ali to ne znači da se u potpunosti uzdržao od mešanja u zakonodavnu politiku. Drugi deo presude, kojim se odlaže njeno dejstvo na 18 meseci, zapravo predstavlja kompromis između dosledne primene prava, koje bi podrazumevalo poništavanje spornog akta, i proevropskog tumačenja, koje bi značilo ostavljanje akta na snazi. Mogućnost za odlaganje dejstva presude je prema članu 190, stav 3 Ustava Poljske dozvoljeno najduže do 18 meseci i time je ostavljen prostor da se dejstvo svake odluke prilagodi konkretnim okolnostima, odnosno da se ublaže negativni efekti kasiranja propisa, koje nužno proizlazi iz njihove neustavnosti. Zanimljivo je, međutim, kakvo je obrazloženje Ustavni tribunal ponudio za korišćenje maksimalnog mogućeg trajanja odlaganja u ovom slučaju.

U tom delu presude, Tribunal iskazuje naklonjenost poštovanju obaveza koje su proistekle iz članstva u Evropskoj uniji, kao i sklonost da donosi odluke koje nisu utemeljene isključivo na pravnim razlozima. Prema shvatanju sudija, a ovo je jedina od tri presude koja je doneta bez izdvojenih mišljenja, direktan efekat presude ne bi značio i osiguravanje saglasnosti ostalog prava sa Ustavom i nije dovoljan za ostvarivanje te svrhe. Ovaj cilj se može dostići jedino delovanjem zakonodavca. Tribunal stoji na stanovištu da obaveza poštovanja međunarodnog prava i dužnosti proizašle iz članstva Poljske u EU nesumnjivo zahtevaju implementaciju Okvirne odluke, ali na način koji je istovremeno u saglasnosti sa Ustavom. Ustavni tribunal stoga ne odbacuje mogućnost promene Ustava, a

[44] Isto, Deo III, paragraf 3.1.
[45] A.Nußberger, *op.cit*, str. 162. i 166.

zapravo je posredno i inicira, jer bez toga ne može biti implementirana Okvirna odluka.[46]

Ipak, ovakva presuda nije lišena kontraverznih efekata. Odloženo pravno dejstvo znači da će se neustavne odredbe primenjivati sve do stupanja na snagu presude nakon 18 meseci. Tribunal eksplicitno navodi da je takvo dejstvo obavezujuće i za sudove koji postupaju po Evropskom nalogu za hapšenje. Sudovi se čak ne mogu pozvati ni na direktno dejstvo Ustava, da bi odbili izručenje na osnovu prava garantovanog u članu 55(1). Dakle, prema obavezujućoj odluci Ustavnog tribunala, oni moraju da primenjuju neustavan zakon, za koji je i sam Tribunal utvrdio da je neustavan.[47]

Pored toga, kršenje ustavnih prava državljana Poljske neće biti činjeno samo praksom redovnih sudova. Može se osnovano tvrditi da je Ustavni tribunal i sam povredio pravilo o ograničenju ljudskih prava iz člana 31(3) Ustava, koje je moguće učiniti samo zakonom, pod precizno definisanim uslovima, i bez povrede suštine prava. Prema stanovištu izrečenom u presudi, Tribunal ovde raspolaže sa više diskrecione slobode i moguće je da odlaganje bude primenjeno iz razloga koji nisu navedeni u članu 31(3), čak i kada to podrazumeva privremeno ostavljanje na snazi akta kojim se ograničavaju ljudska prava.[48] Sa takvim obrazloženjem Tribunala se zaista teško saglasiti. Ne samo da ustavno sudstvo ovde preuzima legislativnu funkciju, nego može ograničiti ljudska prava i u slučajevima u kojima zakonodavac to ne može. Nema precizno definisanih osnova ograničenja, te je u ovom slučaju Tribunal naveo mogućnost nametanja sankcija Poljskoj, probleme sa rastom organizovanog i transnacionalnog kriminaliteta i neke druge razloge karakteristične za zakonodavnu politiku, a ne za postupanje prilikom kontrole ustavnosti.[49] Čini se da je Tribunal svoje obrazloženje temeljio na ograničenom vremenskom trajanju odluke, što suštinski ne menja pravnu situaciju, jer će nečije ljudsko pravo biti prekršeno na osnovu te odluke, a definisanje roka u kojem se to može dogoditi ne znači da je ograničenje u konkretnom slučaju proporcionalno.

Jasan zaključak koji se ovde nameće je da je Ustavni tribunal „izmenio“ Ustav na 18 meseci, te predložio ustavotvorcu da ga formalno promeni u datom roku. Svoju nameru Tribunal nije sakrio – u obrazloženju presude se navode primeri država koje su morale da menjaju sopstveni Ustav zarad evropskih integracija.[50] Na taj način su ispunjene obaveze

[46] Odluka Ustavnog tribunala Poljske, Deo III, paragraf 5.
[47] Isto, Deo III, paragraf 5.4.
[48] Isto, Deo III, paragraf 5.1.
[49] Isto, Deo III, paragrafi 5-5.9.
[50] Isto, Deo III, paragraf 5.7.

Poljske iz Okvirne odluke o Evropskom nalogu za hapšenje, Ustav nije menjan interpretativnom odlukom i utvrđena je neustavnost osporenih odredbi, ali je otvorena mogućnost za kršenje prava građana u određenom vremenskom roku. „Srednji put" koji je izabrao poljski Ustavni tribunal, ako se kao krajnosti shvate odluke nemačkog i češkog ustavnog sudstva, ima nesumnjivo i negativne posledice.

6. Uloga ustavnog sudstva u evropskim integracijama

Na kraju, trebalo bi nešto reći o posledicama ustavnosudskih postupaka i pravnom raspletu „sage o Evropskom nalogu za hapšenje", o dvema hipotezama sa početka teksta, te, konačno, o ulozi koju bi ustavni sudovi trebalo da imaju u „kooperativnom konstitucionalizmu".

U sistemima u kojima je utvrđena nesaglasnost implementirajućeg zakonodavstva sa ustavom – nemačkom i poljskom, doneti su novi propisi kojima se ispravlja postojeća neustavnost. U Nemačkoj je usvojen inovirani Zakon o Evropskom nalogu za hapšenje,[51] dok je u Poljskoj Ustav dopunjen odredbama koje obezbeđuju ustavnost naloga.[52] Time je sklad pravnog sistema ponovo uspostavljen, a odluke ustavnog sudstva donekle učinjene manje važnim, barem kada je u pitanju pozitivno pravo. Njihove presude, čini se, ipak ostavljaju dalekosežne posledice na teorijska gledišta o ovom pitanju.

Konačnu reč u raspletu ovog pravnog problema dobio je Evropski sud pravde. Belgijsko ustavno sudstvo (*Cour d' Arbitrage*) uputilo je zahev za prethodno izjašnjavanje u pogledu Evropskog naloga za hapšenje, a Evropski sud pravde je propustio da se izjasni o čitavom nizu pitanja koji su se pojavili u praksi ustavnih sudova.[53] Tako su rešeni problemi u primeni Evropskog naloga za hapšenje, ali nisu okončane dileme o načinu postupanja ustavnih sudova prilikom ocene ustavnosti. Zato se i u budućnosti može očekivati intenzivna praksa u ovakvim slučajevima.

---

[51] Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, Europäisches Haftbefehlsgesetz – EuHbG, od 20. jula 2006. godine, dostupan na http://www.eurowarrant.net/documents/cms_eaw_id1456_1_Europ%C3%A4isches%20Haftbefehlsgesetz%202006.pdf, poslednji put posećeno 25. novembra 2008. godine.

[52] Ustav Poljske, član 55, stavovi 2,3,4 i 5.

[53] Slučaj C-303/05, Presuda od 3. maja 2007. godine, OJ C 140, 23.06.2007, str. 3, *Advocaten voor de Wereld VZW v Leden van de Ministerraad*. Sud se kretao u okvirima zahteva i nije se osvrnuo na ustavne dileme u državama članicama. Videti o ovome u E. van Sliedregt, *op.cit*, str. 250-251, O.Pollicino, *op.cit*, str. 1338-1341, D.Sarmiento, *European Union: The European Arrest Warrant and the Quest for Constitutional Coherence*, International Journal of Constitutional Law, Vol. 6, No. 1, 2008, str. 171-183.

Tri ustavna suda su pokazala različite pristupe problemu: 1) Nemački Savezni ustavni sud je ignorisao praksu Evropskog suda pravde i dosledno primenio domaće pravo, pri tome propuštajući priliku da iskoristi sve mogućnosti tumačenja i različitih dejstava presude koje su mu stajale na raspolaganju; 2) Češki Ustavni sud je interpretativnom odlukom uspeo da održi implementirajuće zakonodavstvo na snazi, zabranjujući samo određena tumačenja, dok je bez rezervi prihvatio nova pravila iz slučaja *Pupino*; 3) Poljski Ustavni tribunal je pokušao da izbegne interpretativnu odluku, te je proglasio neustavnom predaju državljana po Evropskom nalogu za hapšenje, ali je tako odredio dejstvo presude da je postignut efekat sličan interpretativnoj odluci, pri tome ignorišući preliminarna pravna stanovištva iznesena povodom slučaja *Pupino*. U pogledu pravnih pretpostavki za „usaglašeno tumačenje", nemačko ustavno sudstvo je potencijalno imalo najviše slobode za odlučivanje, kroz institut „proste deklaracije nesaglasnosti" i mogućnosti interpretacije pozitivnog zakonodavstva. Kontrola ustavnosti u Poljskoj je bila ograničena u pogledu tumačenja, ali je odlaganje dejstva dopustilo da se izbegne poništavanje spornog akta. U Češkoj pretpostavke nisu postojale, ni u pogledu tumačenja, ni u pogledu dejstva, ali je donešena interpretativna odluka. Iz toga se može zaključiti da institucionalni okvir i pravne pretpostavke ne moraju igrati najvažniju ulogu kod donošenja odluke o ustavnosti akata evropskog porekla, jer stavovi ustavnih sudova o sopstvenoj ulozi u ustavnom sistemu, o ulozi ustavnog sudstva u evropskim integracijama, kao i o sudskoj saradnji unutar međusobno preklapajućih ustavnih poredaka mogu imati presudan značaj.

Donošenje interpretativnih odluka potencijalno ima dalekosežne posledice, jer nije na ustavnom sudstvu da se aktivno meša u zakonodavni postupak – ono bi ipak moralo ostati, koliko je to moguće, samo „negativni" zakonodavac. Interpretativne odluke unose pravnu nesigurnost, stvaraju debalans u sistemu podele vlasti, dovode u pitanje demokratski legitimet odlučivanja i, kao što je pokazao primer Poljske, mogu ograničiti ljudska prava. Teret ispunjavanja obaveza proisteklih iz članstva u Evropskoj uniji, nesumnjivo pada i na ustavno sudstvo, ali samo pod pretpostavkom da su političke vlasti, zakonodavna i izvršna, obavile sve što je bilo u njihovoj nadležnosti. Ne mogu se problemi u implementaciji evropskog prava, nastali propustima zakonodavca i ustavotvorca, ispraviti kroz praksu ustavnih sudova. To ne znači da, ako postoje mogućnosti za različita tumačenja, ustavno sudstvo ne treba da uzima u obzir ciljeve i odredbe instrumenata EU. No, tada treba paziti da interpretacija ne bude *contra constitutionem*. Delovanje ustavnog sudstva u procesu evropskih inegracija ne sme dramatično da naruši smisao, funkcionisanje i mesto kontrole ustavnosti u nacionalnom ustavnom sistemu.

Boško Tripković, LL. M. Assistant
Novi Sad Faculty of Law

European Arrest Warrant in Constitutional Courts' Case Law: Pursuing Cooperative Constitutionalism

Abstract

In the cases dealing with the constitutionality of national laws that implement the Framework Decision on European Arrest Warrant many dilemmas arose. Among these is the problem of defining the constitutional courts' role under the EU constitutional pluralism. The article mainly discusses case law of the German, Czech and Polish constitutional courts in an attempt to check their attitudes towards the judicial dialogue within the EU, as well as to test their readiness to interpret domestic legislation in conformity with EU law. The existence of three diverse approaches of constitutional courts to the implementation of the European Arrest Warrant, served as a field for a broader analysis of the role and position of constitutional courts in European integrations. At the same time, the question to what extent the judicial review of constitutionality within national constitutional framework could and should be changed is analyzed.

Originalni naučni rad 347.6–055.2(=163)

Mr Maša Kulauzov, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

POLOŽAJ ŽENA U PORODIČNOJ ZADRUZI PREMA OBIČAJNOM PRAVU JUŽNIH SLOVENA

Sažetak: *Autor u radu vrši istorijskopravnu analizu običajnopravnih normi putem kojih je regulisan položaj žena u porodičnoj zadruzi Južnih Slovena. Akcenat je stavljen na odredbe koje se odnose na pravne aspekte njihovog statusa kao što su poslovna sposobnost, svojinskopravna ovlašćenja i nasledna prava. Mišljenja smo da one zaslužuju posebnu pažnju jer su u velikoj meri poslužile kao osnov za formulisanje normi o mestu i ulozi žene u patrijarhalnoj porodici u "Zakoniku građanskom za Kneževinu Srbiju" od 1844. godine.*

Ključne reči: *Običajno pravo, porodična zadruga, Južni Sloveni, pravo svojine na zadružnoj imovini, poslovna sposobnost žene, imovinski odnosi bračnih drugova, nasledna prava žene.*

Položaj žena u porodičnoj zadruzi Južnih Slovena regulisan je odredbama običajnog prava. Dragocene podatke o mestu i ulozi žene u svakodnevnom životu patrijarhalne porodice, ali i o pravnim aspektima njenog položaja dao nam je vrsni poznavalac običajnog prava i znameniti pravnik Valtazar Bogišić.[1]

[1] Valtazar Bogišić (1834 Cavtat – 1908 Rijeka) - pravnik, istoričar i sociolog, studirao je pravo u Beču, ali je pored toga slušao i predavanja iz filozofije, filologije i istorije. Doktorsku disertaciju iz filozofije odbranio je u Gisenu 1862, a pravo je doktorirao u Beču 1864. godine. Bio je aktivni član *Ujedinjene omladine srpske*. Posvetio se univerzitetskoj karijeri u Odesi gde je predavao *Istoriju slovenskih prava* od 1869. do 1873. godine. Na molbu knjaza Nikole Petrovića 1873. godine dolazi u Crnu Goru kako bi započeo rad na kodifikaciji crnogorskog imovinskog prava. Autor je *Opšteg imovinskog zakonika za Knjaževinu Crnu Goru* od 1888. godine. Funkcije crnogorskog ministra pravde i državnog

Kao pristalica istorijske škole prava on je smatrao da su običaji najneposredniji izraz narodnog duha bez kojih je nemoguće istinski upoznati svojstva i osobenosti jednog naroda. Svaki zakon koji je u suprotnosti sa običajima ostaće van primene jer neće odgovarati potrebama naroda za koji je donet.[2] Zato je Bogišić sproveo opsežnu anketu običajnog prava u svim krajevima naseljenim Južnim Slovenima na osnovu dva upitnika. To su *Naputak za opisivanje pravnijeh običaja, koji u narodu živu*, objavljen kao prilog knjizi *Pravni običaji u Slovena*, knjiga I, Zagreb 1867, str. 225 – 241 i *Upitnik za opisivanje pravnih običaja Crnogoraca* koje je priredio za štampu i objavio Niko Martinović u knjizi *Valtazar Bogišić II – Upitnik ankete za opisivanje pravnih običaja Crnogoraca*, Cetinje 1964, str. 9 – 64. Odgovore poznavalaca običajnog prava iz anketiranih krajeva na pitanja iz upitnika Bogišić je sistematizovao u dva svoja zbornika običajnog prava: *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena – Građa u odgovorima iz različnih krajeva Slovenskoga Juga*, knjiga I, Zagreb 1874 i *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji (Anketa iz 1873. g.)*, priredio Tomica Nikčević, Titograd 1984. Rezultate Bogišićevih sveobuhvatnih etnografskih istraživanja koji se odnose na pravni položaj žene u porodičnoj zadruzi koristili smo kao osnovni izvor prilikom pisanja ovog rada.

Mišljenja smo da proučavanje običajnopravnih normi o statusu žene u zadružnoj kući zaslužuje posebnu pažnju jer su te odredbe u znatnoj meri poslužile kao osnov za formulisanje normi o položaju ženskih članova patrijarhalne porodice u *Zakoniku građanskom za Kneževinu Srbiju* od 1844. godine. Zato smo pokušali da u radu damo celovit prikaz običajnopravnih odredaba o mestu i ulozi žene u zadruzi a potom da izvršimo njihovu istorijskopravnu analizu.

I

Zbog jednakosti običaja položaj žena u porodičnoj zadruzi u svim krajevima naseljenim Južnim Slovenima vrlo je sličan, kako u oblasti njihovih međusobnih odnosa, tako i u pogledu prava i dužnosti. Žene su za-

---

savetnika vršio je od 1893. do 1899. godine da bi nakon toga definitivno napustio Crnu Goru. Poslednjih deset godina života proveo je u Parizu kao cenjeni naučni radnik i uvaženi član brojnih akademija i naučnih društava. Napisao je niz dela velike naučne vrednosti među kojima se, između ostalih, izdvajaju i: *Pravni običaji u Slovena*, knjiga I, Zagreb 1867, *Pisani zakoni na Slovenskom Jugu*, Zagreb 1872, *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena – Građa u odgovorima iz različnih krajeva Slovenskoga Juga*, knjiga I, Zagreb 1874 i *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji* (*Anketa iz 1873. g.*), priredio Tomica Nikčević, Titograd 1984.

[2] V. Bogišić, *Pravni običaji u Slovena*, knjiga I, Zagreb 1867, str. 24 – 26.

dužene za vođenje porodičnog domaćinstva, brigu o deci i obavljanje kućnih poslova u zadruzi.[3] O ekonomičnom vođenju domaćinstva stara se domaćica, razborita starija žena koja rešava sitnije nesporazume među ženskim članovima zadruge i poverava im vršenje pojedinih kućnih poslova. Ostale žene su dužne da joj ukazuju poštovanje i pokoravaju se njenim naredbama, a za uzvrat ona snosi posebnu odgovornost za nesmetano odvijanje svakodnevnog života u zadruzi. Domaćica je najčešće supruga domaćina – izabranog starešine zadruge, ili njegova majka. Tek ako njih nema, ili su zbog starosti, bolesti ili drugih razloga sprečene da vrše tu dužnost, ona se poverava nekoj drugoj pametnoj i iskusnoj ženi u zadruzi. O izboru domaćice tada odlučuje domaćin ili veće zadrugara koga čine punoletni muški članovi zadruge, većinom glasova.[4]

U porodičnoj zadruzi izvršena je striktna podela poslova na muške i ženske. Imajući u vidu opšti položaj žene u patrijarhalnom društvu u XIX veku, sasvim je razumljivo što ženski članovi zadružne kuće nisu učestvovali u odlučivanju o raspolaganju nepokretnom porodičnom imovinom (tzv. stožer, dedovina, korjenina) i u sklapanju pravnih poslova. Članstvo u zadružnom veću kao najznačajnijem organu koji je rešavao sva pitanja bitna za opstanak zadruge bilo je rezervisano samo za punoletne muškarce. Žene su u njemu mogle samo da iznesu svoje mišljenje koje nije bilo obavezujuće za zadrugare, a pravo glasa su imale jedino u retkim slučajevima, kada se odlučivalo o vršenju kućnih poslova u zadruzi.[5] U ulozi starešine porodične zadruge žena se mogla naći samo izuzetno, kada u kući nema punoletnih muških glava. Tada ona zastupa kuću u odnosima sa javnim vlastima, upravlja zadružnim imetkom, poverava obavljanje kućnih poslova zadrugarima i izdaje im naredbe, a uz saglasnost zadružnog veća raspolaže porodičnom imovinom. Međutim, starešinstvo žene je uvek bilo vremenski ograničeno, do punoletstva muških članova ili prijema u zadrugu muškarca sposobnog za upravljanje.[6]

---

[3] Videti o tome V. Bogišić, *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena – Građa u odgovorima iz različnih krajeva Slovenskoga Juga*, knjiga I, Zagreb 1874, str. 106 – 109, u daljem tekstu: *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena* i V. Bogišić, *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji (Anketa iz 1873 .g.)*, priredio Tomica Nikčević, Titograd 1984, str. 22 - 23, u daljem tekstu: *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji*.

[4] *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena*, str. 57 – 66; *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji*, str. 28 – 29.

[5] *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena*, str. 74 – 76; *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji*, str. 32; V. Popović, *Zadruga – istorijska rasprava*, Sarajevo 1921, str. 6 – 7.

[6] *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena*, str. 32 – 34; *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji*, str. 25.

Porodična zadruga je tradicionalna ustanova običajnog prava Južnih Slovena koja je bila prisutna na selu, u patrijarhalnoj i konzervativnoj sredini koja se odlikuje dominantnom ulogom muškarca u odnosu na ženu. Zato je u svim opisanim krajevima žena bila u podređenom položaju, a njena poslovna sposobnost u znatnoj meri ograničena.

Neravnopravnost muškarca i žene primetna je i u oblasti bračnog prava. Žena mužu duguje poslušnost, pokorava se njegovim naredbama i ukazuje mu poštovanje. Sa druge strane, i on je dužan da nju poštuje, štiti i izdržava, ali ima daleko šira ovlašćenja u pogledu sklapanja pravnih poslova i raspolaganja zajedničkom imovinom.[7]

II

Imovinski odnosi među supružnicima u svim anketiranim krajevima regulisani su na gotovo identičan način. Imovina stečena u toku trajanja braka je zajednička, nalazi se pod upravom muža, ali on sa njom ne može raspolagati bez ženinog pristanka. Žena u zadruzi zadržava i svoju posebnu imovinu (tzv. osobinu, peculium) koju, pored odeće, nakita i predmeta za ličnu upotrebu čine i mirazna dobra. Ona se uglavnom sastoje iz pokretnih stvari i novca, a samo ponekad žena u miraz dobija i nepokretnosti. To je najčešće slučaj kada devojka potiče iz inokosne porodice u kojoj nema muških potomaka.[8] U pojedinim delovima Hrvatske, Dalmacije, Vojne Granice Austrijske Monarhije i Bugarske ženama je dopušteno da, uz dozvolu porodičnog starešine, nakon što završe kućne poslove obavljaju poljske radove i u nekoj drugoj zadruzi. Prihod koji na taj način steknu njihova je posebna imovina sa kojom mogu slobodno da raspolažu. U Hercegovini se tek krajem XIX veka uobičajilo da žene ovim putem stiču materijalnu dobit. Dotad je ovo pravo u Crnoj Gori i Hercegovini bilo rezervisano isključivo za ženske članove siromašnijih zadruga pri čemu su sredstva obezbeđena na ovaj način upotrebljavana samo za njihovu ishranu i ishranu njihove dece.[9]

---

[7] *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena*, str. 266 - 271; *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji*, str. 25 - 26.

[8] *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena*, str. 115 – 117 i 218 - 219; *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji*, str. 34.

[9] *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena*, str. 117 - 118; *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji*, str. 34; *Dodatak arhimandrita Nićifora Dučića za Hercegovinu od 1898. godine* objavljen kao prilog knjizi *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji*, str. 122, u daljem tekstu: *Dodatak za Hercegovinu od 1898. godine*.

Za razliku od imovine stečene radom van kuće koja se nalazi u punoj privatnoj svojini žene, ona sa svojim mirazom ne može slobodno raspolagati. Mirazom u toku trajanja braka upravlja muž, a nakon ženine smrti on pripada deci. U slučaju da dece nema vraća se njenoj porodici uz mogućnost da muž zadrži manji deo ženine imovine. Ovakav običaj bio je prisutan u svim krajevima naseljenim Južnim Slovenima u kojima je porodična zadruga bila dominantan oblik porodice. Jedini izuzetak zabeležen je na ostrvu Lastovu u Jadranskom moru gde suprug nakon ženine smrti i u odsustvu direktnih potomaka zadržava miraz u celini.[10]

Razvod braka je bio dozvoljen samo ukoliko je ispunjen neki od sledećih uslova: 1) nesposobnost za bračni život; 2) teška bolest; 3) osuda na zatvorsku kaznu zbog izvršenja teškog krivičnog dela; 4) nemoral supružnika. I tada je razvod bio moguć samo među pravoslavcima i protestantima, dok su katolički crkveni brakovi bili neraskidivi. Daleko češći bili su slučajevi odvojenog života supružnika jer se smatralo da se razvodom nanosi sramota porodici. Ukoliko do razvoda ipak dođe, imovina stečena u braku deli se među bračnim drugovima na jednake delove, dok žena zadržava i miraz koji nakon njene smrti pripada deci. Odrasla muška deca ostaju sa ocem, a sasvim mala deca oba pola i odrasla ženska deca vraćaju se sa majkom u njenu porodicu. Otac je dužan da žensku decu izdržava i da ih uda prema postojećim običajima, dok nejaka deca kada odrastu imaju pravo povratka u očevu zadrugu.

Kako su razvodi brakova bili zaista retki, i običaji su u ovoj oblasti malobrojni i nedovoljno precizni. Nije sasvim jasno da li navedeni imovinski režim među bivšim supružnicima važi bez obzira na to ko je kriv za razvod braka. Ovo pitanje detaljnije je regulisano običajnim pravom samo u Hercegovini, Katunskoj nahiji u Crnoj Gori i delovima Bugarske. Tako je u Crnoj Gori i Hercegovini navedeno da žena uvek zadržava svoje lične stvari i miraz, a da je muž dužan da ženi dâ još i određen novčani iznos, najčešće sto talira, ako je on odgovoran za prestanak braka. U Ljeskovcu i okolini Trnova u Bugarskoj, kada je do razvoda došlo ženinom krivicom ona ne dobija ništa, dok ukoliko je kriv muž, žena ima pravo na svu imovinu koju je unela u brak. U tom slučaju muž je dužan da je izdržava do kraja života. Sporazum bračnih drugova o podeli imovine mimo postojećih običaja nije bio moguć.[11]

Dakle, u opisanim krajevima predviđene su daleko strožije sankcije za ženu ukoliko snosi krivicu za razvod braka. Muž za razliku od svoje

[10] *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena*, str. 279 - 280; *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji*, str. 109

[11] *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena*, str. 285 – 287.

supruge niukom slučaju nije mogao ostati bez udela u zajednički stečenoj imovini, a najteža kazna za njegovu bračnu krivicu sastojala se u obavezi doživotnog izdržavanja bivše žene.

Budući da žena nije bila nosilac prava svojine na zadružnoj imovini, nije bila ni ovlašćena da inicira deobu porodične zadruge. Ukoliko do nje ipak dođe, u većini krajeva naseljenim Južnim Slovenima ženski članovi domaćinstva ne dobijaju nepokretnu imovinu. Ovakvo rešenje predviđeno je zato što žene nastavljaju da žive sa mužem, a ako nisu udate sa ocem, bratom ili drugim najbližim muškim krvnim srodnikom koji je dužan da ih izdržava. Kad se radi o devojci, on je obavezan da joj obezbedi devojačku spremu i da je uda prema postojećim običajima. Samo u Ljeskovcu i okolini Trnova u Bugarskoj žene prilikom deobe bez obzira na bračni status dobijaju deo u nepokretnostima – voćnjacima i vinogradima. U ostalim krajevima ženski članovi zadružne kuće dobijaju deo u pokretnim stvarima, najčešće u stoci a ponekad i u novcu, dok udate žene u svakom slučaju zadržavaju i miraz. Svi ukućani bez obzira na pol nakon deobe ostaju vlasnici svoje posebne imovine.

Primetno je odsustvo običaja koji bi regulisali svojinskopravna ovlašćenja udovice jer ona u podeljenoj zadruzi nema krvnih srodnika sa kojima bi nastavila da živi. Naravno, uvek je postojala mogućnost da je primi neko od tazbinskih srodnika sa kim je u naročito bliskim odnosima,[12] ali se sigurno često dešavalo da ona izrazi želju da se vrati svojoj biološkoj porodici. Jedino u Crnoj Gori i Hercegovini propisano je da u tom slučaju udovica sa decom dobija deo svog pokojnog muža u zadružnoj imovini u punu privatnu svojinu. Ukoliko nema dece ima pravo plodouživanja na toj imovini do smrti ili ponovne udaje nakon čega se imovina vraća muževljevoj braći. Samo u pojedinim delovima Hercegovine postojala je mogućnost da udovica i nakon ponovne udaje ili odvajanja od dece zadrži osminu imovine pokojnog muža dok se ostatak vraćao njegovoj porodici.[13]

Svojinskopravna ovlašćenja žene u patrijarhalnoj porodici su u znatnoj meri ograničena. Ona nema pravo svojine na zadružnim nepokretnostima, miraz mora sačuvati za decu, a udelom u imovini stečenoj u toku trajanja braka može raspolagati samo uz pristanak muža. Jedino posebnu imovinu stečenu radom van kućne zadruge može slobodno prodati, pokloniti, zaveštati ili na bilo koji drugi način otuđiti.

---

[12] *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena*, str. 337 – 339; *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji*, str. 99.

[13] *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji*, str. 99; *Dodatak za Hercegovinu od 1898. godine*, str. 123.

III

Za vreme trajanja zadruge nema mesta nasleđivanju u pravom smislu reči. Porodična imovina – stožer nalazi se u kolektivnoj svojini patrijarhalne porodice bez opredeljenih udela pojedinih zadrugara u njoj. Ona je po pravilu neotuđiva i prenosi se sa predaka na potomke.[14] Pošto se većina nepokretnosti – kuća i zemlje nalazi u kolektivnoj svojini, nasledna prava članova zadruge oba pola su u bitnoj meri sužena. Naročito se smatralo da bi priznanje prava nasleđivanja žena prouzrokovalo raspadanje zadruga i deobu porodične imovine. Ovo stoga što one napuštaju zadrugu nakon udaje ili eventualnog povratka svojoj porodici po prestanku braka ili posle smrti muža.

Zato udovica u većini anketiranih krajeva ne nasleđuje imovinu svog pokojnog muža već ima samo pravo doživotnog plodouživanja na njoj ako odluči da ostane u muževljevoj porodičnoj zadruzi. Najčešće će ona tako i učiniti, posebno ukoliko nije više mlada i ima dece. Ako, pak, reši da se vrati u svoju srodničku zadrugu, ima pravo da sa sobom ponese samo predmete za ličnu upotrebu, odeću i nakit. Za miraz je već rečeno da ga mora sačuvati za decu, a u slučaju da ih nema, on se nakon njene smrti vraća njenoj porodici. Odrasla deca ostaju u očevoj zadruzi a mala deca idu sa majkom, ali zadržavaju pravo povratka u kuću u kojoj su rođena.[15]

Najšira nasledna prava udovica je imala u krajevima koji ulaze u sastav današnje Vojvodine. Ona je nakon smrti muža dobijala svu imovinu koju je zajedno sa njim stekla u toku trajanja braka. U Ljeskovcu i okolini Trnova u Bugarskoj udovici pripada osmina muževe posebne imovine ako ima dece, a ukoliko dece nema, četvrtina njegove osobine. Ona polaže pravo i na sve lične stvari bračnog druga i poklone koje je dobila u muževljevoj zadruzi. U Hercegovini se tek krajem XIX veka ustalio običaj da udovica bez dece ne mora da se vraća u svoju porodicu ako želi da se preuda. Ona može ostati u zadruzi svog pokojnog muža koja je tada dužna da snosi sve svadbene troškove i preda joj osminu njegovog udela u zadružnoj imovini. Imovina koja se sastoji iz nepokretnosti bila bi joj isplaćena u novcu kako bi se sprečila deoba porodičnog stožera.[16] Nije navedeno kakvim pravima u odnosu na zadružno imanje raspolaže udovica sa decom kada želi da sklopi drugi brak.

---

[14] *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena*, str. 24 – 26; *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji*, str. 24 – 25.

[15] *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena*, str. 138 – 141; *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji*, str. 106 – 107; F. Krauss, *Sitte und Brauch der Südslaven*, Wien 1875, str. 579.

[16] *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena*, str. 140 – 141; *Dodatak za Hercegovinu od 1898. godine*, str. 123.

Žensko dete može naslediti celokupnu porodičnu imovinu samo ukoliko je jedini preostali član zadruge. Pošto tada imanje prelazi u njenu punu privatnu svojinu ona sa njim može slobodno raspolagati. Međutim, najčešće se u tom slučaju naslednica udaje za siromašnog momka sa kojim bi produžila zajednički život na svojoj očevini. Ovakav režim nasleđivanja zadružnog imetka bio je prisutan u Srbiji, Hrvatskoj, Dalmaciji, Bosni, Bugarskoj i Vojnoj Granici Austrijske Monarhije. Nasledna prava jedine kćeri – naslednice su u Crnoj Gori i Hercegovini sužena zbog postojanja širih krvnosrodničkih zajednica poput bratstava i plemena. Porodično imanje u ovim krajevima nasleđuje bratstvo, a u odsustvu bratstva pleme, dok jedini preostali ženski potomak u zadruzi ima pravo samo na miraz i devojačku spremu, odnosno udaju prema postojećem običaju. Ako ne želi da se uda, naslednica ima pravo doživotnog plodouživanja na očevoj imovini ali bez mogućnosti da je otuđi. Samo u vrlo retkim slučajevima bratstvenici bi joj dozvolili da dovede muža na svoje imanje i sa njim formira novu porodičnu zadrugu.[17]

Ovakvo običajnopravno regulisanje naslednih prava ženske dece bilo je, van svake sumnje, vrlo nepravično prema njima. Sigurno nije bilo ni u skladu sa očevom voljom da njegovo imanje umesto rođenog deteta naslede neki daleki srodnici koje možda nikad nije ni upoznao. Ipak, ovaj naslednopravni režim imao je za cilj očuvanje porodične imovine jer je u narodu deoba zadružnog imetka smatrana za veliku štetu i sramotu. Do toga bi sasvim izvesno dolazilo da su priznata puna nasledna prava ženske dece. Pri oceni štetnosti tih običaja treba imati u vidu da su Crna Gora i Hercegovina bile patrijarhalni, zaostali krajevi u kojima su se najduže zadržali različiti oblici kolektivne svojine dobrim delom zahvaljujući i ovakvim rešenjima.

* *
*

Položaj žene u porodičnoj zadruzi odraz je opštih prilika u patrijarhalnoj seoskoj sredini XIX veka. U uslovima zatvorene kućne privrede njoj je bila poverena briga o vođenju domaćinstva, ishrani zadrugara i vaspitavanju dece. Odgovorna za nesmetano funkcionisanje svakodnevnog života u zadruzi, žena je u pravnom pogledu bila u podređenom položaju u odnosu na muškarca. Ograničena poslovna sposobnost, kao i svo-

[17] *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena*, str. 354 – 356; *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji*, str. 112.

jinskopravna ovlašćenja i nasledna prava bitna su obeležja njenog položaja. Ali, vrlo je verovatno da su se muškarci pre donošenja odluka u zadružnom veću savetovali u prvom redu upravo sa svojim ženama na koji način da glasaju u organima upravljanja zadrugom. Tako su žene neformalnim, posrednim putem ostvarivale daleko veći uticaj na sklapanje pravnih poslova i raspolaganje zadružnim nepokretnostima nego što se činilo na osnovu običajnopravnih normi.

Maša Kulauzov, LL. M. Assistant
Novi Sad Faculty of Law

Position of Women in *zadruga* according to Customary Law of South Slavs

Abstract

Position of women in so – called *zadruga* (extended family, common among South Slavs) till the end of 19th century was similar in all South Slavic lands. The author examined especially the legal status of women according to customary law. Female members of *zadruga* had restricted legal capacity, as well as restricted property rights and rights of succession. Although women had significant influence in everyday life. The rules of customary law, regarding the position of women in *zadruga*, served as a model for the provisions on *zadruga* in Serbian *Civil Code* of 1844.

Originalni naučni rad 347.441
347.447.52

Mr Atila Dudaš, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

MOGUĆNOST OPOZIVA PONUDE ZA ZAKLJUČENJE UGOVORA I ODGOVORNOST PONUDIOCA ZA NESAVESNO VOĐENJE PREGOVORA

Sažetak: *Pravni sistemi imaju različiti pristup pitanju vezanosti ponudioca uslovima svoje ponude, tj. da li ponudilac može opozvati ponudu koja je postala efektivna, odnosno koju je ponuđeni primio. Tako, institut vezanosti ponudioca svojom ponudom ima najpotpunije dejstvo u zemljama germanskog pravnog kruga (u nemačkom, austrijskom i švajcarskom pravu). U zemljama koje pripadaju romanističkoj pravnoj tradiciji (u predmetnom istraživanju to su francusko i italijansko pravo) postoji mogućnost opoziva efektivne ponude, ali nastupa odgovornost za nesavesno vođenje pregovora. I najzad, anglosaksonsko pravo prihvata tezu o negativnom konceptu slobode ugovaranja, što, između ostalog, znači da ponudilac svoju ponudu može bilo kada da opozove, sve do momenta njenog prihvata od strane ponuđenog. Zakon o obligacionim odnosima, u duhu germanske pravne kulture, kojoj naše privatno pravo bez sumnje pripada, prihvata institut vezanosti ponudioca svojom ponudom, te se efektivna ponuda u našem pravu ne može opozvati.*

Predmet ovog istraživanja čini uporednopravna analiza instituta vezanosti ponudioca svojom ponudom, mogućnosti njenog opoziva u periodu nakon njenog prijema, ali svakako pre njenog prihvata od strane ponuđenog. I, konačno, imajući u vidu da u nekim zemljama postoji mogućnost opoziva efektivne ponude, predmet istraživanja čini i pitanje da li u slučaju opoziva ponude nastupa odgovornost ponudioca za štetu koju ponuđeni trpi usled opoziva ponude, što se može kvalifikovati kao slučaj nesavesnog vođenja pregovora od strane ponudioca (odgovornost za culpa in contrahendo), šta je osnov odgovornosti ako ona postoji (da li je u pi-

tanju ugovorna ili deliktna odgovornost) i koji je obim odgovornosti ponudioca (da li će odgovarati samo za negativni ugovorni interes ponuđenog ili i za pozitivni).

Ključne reči: *odgovornost za nesavesno vođenje pregovora, culpa in contrahendo, predugovorna odgovornost, mogućnost opoziva ponude, vezanost ponudioca sopstvenom ponudom*

Uvodne napomene

U skladu sa etičkom maksimom da data reč obavezuje izjavioca (*pacta sunt servanda*), davalac ponude za zaključenje jednog obligacionog ugovora (ponudilac) bi, u načelu, trebalo da bude vezan svojom ponudom, što znači da nakon prijema ponude od strane ponuđenog nju ponudilac ne bi mogao izmeniti, već bi trebalo da nastupi vezanost ponudioca sopstvenom ponudom. Od momenta prispeća ponude ponuđenom inicijativa za zaključenje ugovora prelazi na ponuđenog - nastanak ugovora više ne zavisi od volje ponudioca već od volje ponuđenog.

Ipak, ova načelna konstatacija o vezanosti ponudioca sopstvenom ponudom nema podjednaku važnost u svim pravnim sistemima. Tako, vezanost ponudioca sopstvenom ponudom je najstroža u pravnim sistemima koji pripadaju germanskom pravnom krugu, najblaža u angloameričkom pravu, dok neku vrstu srednjeg stava zauzimaju pravni sistemi koji pripadaju romanističkoj porodici prava, pre svega francusko i italijansko pravo.[1]

Cilj predmetnog istraživanja je uporednopravna analiza mogućnosti opoziva ponude od strane ponudioca[2] i pravnih posledica opoziva ponude u onim pravnim sistemima u kojima je ona moguća, tj. da li opoziv ponude povlači odgovornost za *culpa in contrahendo*, pri čemu će se pažnja posvetiti i pozitivnom pravu Republike Srbije.

---

[1] ZWEIGERT, Konrad, KÖTZ, Hein, *Introduction to Comparative Law*, Third Revised Edition, Clarendon Press, Oxford, 1998, str. 357.

[2] Predmet analize u ovom radu neće biti mogućnost opoziva ponude od strane ponudioca pre nego što ona stigne ponuđenom ili u isto vreme sa ponudom, jer se ovakav „opoziv" ni ne može smatrati opozivom ponude u pravom smislu reči, budući da je opoziv stigao ponuđenom pre ili u isto vreme kada mu je stigla i ponuda. Pažnja u istraživanju je usmerena isključivo na „suštinski" opoziv ponude, odnosno na mogućnost opoziva ponude od strane ponudioca nakon što je ona stigla ponuđenom. Ponuda koju je ponuđeni primio postaje efektivna. Izraz „*efektivna ponuda*" je poreklom iz anglosaksonske pravne terminologije. V. SCHLESINGER, B. Rudolf in: *Formation of Contracts - A Study of the Common Core of Legal Systems*, edited by SCHLESINGER, B. Rudolf, Oceana Publications, Inc. - Stevens & Sons, New York - London, 1968, str. 106. Termin efektivna ponuda će biti u upotrebi i u ovom tekstu za označavanje ponude koju je ponuđeni primio.

Mogućnost opoziva ponude od strane ponudioca

a) Mogućnost opoziva ponude u pravnim sistemima koji pripadaju germanskom pravnom krugu

U *nemačkom* pravu se, zapravo, uopšte ni ne može govoriti o mogućnosti suštinskog opoziva ponude. Nemački građanski zakonik[3], naime, lakonski predviđa da ponuda za zaključenje ugovora obavezuje ponudioca, izuzev ako je ponudilac izjavio da se ne smatra vezanim svojom ponudom,[4] dok uopšte ne sadrži odredbu o mogućnosti opoziva ponude. Prema tome, u nemačkom pravu je vezanost ponudioca svojom ponudom potpuna, u smislu da ne postoji mogućnost njenog opoziva i od momenta davanje ponude ponudilac više ne može da utiče na nastanak ugovora - nastanak ugovora zavisi od izjave volje ponuđenog.

Vrlo slično nemačkom je i rešenje *austrijskog* prava. Austrijski građanski zakonik[5] predviđa da se ponuda ne može opozvati u roku koji je predviđen za njen prihvat.[6]

Od ovog rešenja ne odstupa ni *švajcarsko* pravo. Švajcarski zakon o obligacijama[7] predviđa da je ponudilac vezan svojom ponudom do isteka roka za prihvatanje ponude.[8] Ako je ponuda data bez roka za prihvatanje, Švajcarski zakon o obligacijama razlikuje dve situacije, zavisno od toga

---

[3] Za tekst i komentar Nemačkog građanskog zakonika v., na primer, JAUERNIG, Otthmar, *Bürgerliches Gesetzbuch - Kommentar*, bearbeitet von BERGER, JAUERNIG, MANSEL, SCHLECHTRIEM, STADLER, STÜRNER, TEICHMANN, VOLLKOMMER, 10. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2007 (u daljem tekstu: NGZ).

[4] V. §145 NGZ-a. *„Wer einem anderen die Schließung eines Vertrags anträgt, ist an den Antrag gebunden, es sei denn, dass er die Gebundenheit ausgeschlossen hat."*

[5] Za tekst i komentar Austrijskog građanskog zakonika v., na primer, KOZIOL, Helmut, BYDLINSKI, Peter, BOLLENBERGER, Raimund, *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch - Kommentar*, Springer Verlag, Wien-New York, 2005 (u daljem tekstu: AGZ).

[6] V. §862 AGZ-a, drugu i treću rečenicu *„(...) In Ermanglung einer solchen muß der einem Anwesenden oder mittels Fernsprechers von Person zu Person gemachte Antrag sogleich, der sonst einem Abwesenden gemachte Antrag längstens bis zu dem Zeitpunkte angenommen werden, in welchem der Antragsteller unter der Voraussetzung, daß sein Antrag rechtzeitig angekommen sei, bei rechtzeitiger und ordnungsmäßiger Absendung der Antwort deren Eintreffen erwarten darf; widrigenfalls ist der Antrag erloschen. Vor Ablauf der Annahmefrist kann der Antrag nicht zurückgenommen werden. (...)"*

[7] Za tekst i komentar Švajcarskog zakonika o obligacijama v., na primer, HONSELL, Heinrich, VOGT, Nedim Peter, WIEGAND, Wolfgang (Hrsg.) *Basler Komentar Obligationenrecht I (Art. 1-529. OR)*, 4. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2007 i HONSELL, Heinrich, VOGT, Nedim Peter, WATTER, Rolf (Hrsg.) *Basler Komentar Obligationenrecht II (Art. 530-1186. OR)*, 3. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2008 (u daljem tekstu: ŠvZO).

[8] V. čl. 3. st. 1. ŠvZO-a. „*Wer einem andern den Antrag zum Abschlusse eines Vertrages stellt und für die Annahme eine Frist setzt, bleibt bis zu deren Ablauf an den Antrag gebunden.*"

da li se ugovor zaključuje između pravno prisutnih ili odsutnih lica. Ako se strane pravno smatraju prisutnim licima, ponuđeni treba da reaguje odmah na ponudu, inače ponudilac prestaje biti vezan sopstvenom ponudom.[9] Ponudilac ostaje vezan svojom ponudom u slučaju zaključenja ugovora između odsutnih lica do trenutka do kojeg se razumno može očekivati prijem blagovremenog i urednog prihvata ponude.[10] I u švajcarskom pravu važi pravilo da vezanost ponude uopšte ne nastupa, ako ju je ponudilac unapred isključio.[11]

Zajednička karakteristika nemačkog, austrijskog i švajcarskog prava je u tome da je u ovim pravnim sistemima vezanost ponudioca svojom ponudom potpuna, tj. efektivna ponuda se u suštini ne može opozvati.[12] U ovom pogledu savremena prava koja pripadaju germanskoj pravnoj kulturi odstupaju od rešenja važećeg u svojevremenom *ius*-u *commune*[13], koje je predviđalo mogućnost opoziva ponude sve do njenog prihvatanja.[14] Ovo rešenje *ius*-a *commune*, za razliku od germanskih zemalja, usvajaju pravni sistemi koji pripadaju romanističkoj pravnoj kulturi.

b) Mogućnost opoziva ponude u pravnim sistemima koji pripadaju romanističkom pravnom krugu

Vezanost ponudioca sopstvenom ponudom u *francuskom* pravu nije tako stroga kao u pravnim sistemima koji pripadaju germanskoj pravnoj kulturi, pre svega u nemačkom pravu. Francuski građanski zakonik[15] ne sadrži eksplicitna pravila o ponudi za zaključenje ugovora, prihvatu ponude, niti o punovažnosti ovih izjava volja, te u Zakoniku ne postoje ni pravila koja bi regulisala i pitanje vezanosti ponudioca sopstvenom ponudom, odnosno mogućnost opoziva ponude od strane ponudioca. Francuski građan-

---

[9] V. čl. 4. st. 1. ŠvZO-a. „*Wird der Antrag ohne Bestimmung einer Frist an einen Anwesenden gestellt und nicht sogleich angenommen, so ist der Antragsteller nicht weiter gebunden.*"

[10] V. čl. 5. st. 1. ŠvZO-a. „*Wird der Antrag ohne Bestimmung einer Frist an einen Abwesenden gestellt, so bleibt der Antragsteller bis zu dem Zeitpunkte gebunden, wo er den Eingang der Antwort bei ihrer ordnungsmässigen und rechtzeitigen Absendung erwarten darf.*"

[11] V. čl. 7. st. 1. ŠvZO-a.

[12] V. LARENZ, Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I Band, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin, 1958, str. 50-55; FIKENTSCHER, Wolfgang, *Schuldrecht*, 6. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1976, str. 62-69.

[13] Pod *ius*-om *commune* podrazumeva se pravo koje je važilo na teritorijama evropskih zemalja do donošenja kodifikacija iz oblasti građanskog prava.

[14] LORENZ, Werner in: *Formation of Contracts - A Study of the Common Core of Legal Systems*, op. cit., str. 780.

[15] Za tekst i komentar Francuskog građanskog zakonika v., na primer, HENRY, Xavier, VENADET, Guy, WIEDERKEHR, Georges, JACOB, François, TISSERAND-MARTIN, Alice, *Code civil*, 106e édition, Dalloz, Paris, 2007 (u daljem tekstu: FGZ).

ski zakonik samo konstatuje da je za zaključenje punovažnog ugovora potrebno ispunjenje četiri preduslova, od kojih je pristanak one strane koja preuzima obavezu (saglasnost volja) na prvom mestu.[16] O pristanku (saglasnosti volja)[17] Francuski građanski zakonik sadrži detaljne odredbe, ali su one posvećene pitanju nevažnosti pristanka usled mana volje (zabluda, prevara i pretnja). Uporednopravna literatura stoji na stanovištu da, u svetlu odredbi Zakonika, ponuda u kojoj izričito nije navedeno da je neopoziva do isteka određenog roka, može biti opozvana sve dok ona ne bude prihvaćena od strane ponuđenog.[18] Ovaj stav skoro jednoglasno prihvata i francuska doktrina i sudska praksa,[19] što je najpreciznije formulisano u klasičnom delu *Aubry*-a, *Rau*-a i *Bartin*-a rečima da „s obzirom na to da je ponuda sama nedovoljna da veže lice koje ju je dalo, u načelu se ona može opozvati, ako nije prihvaćena od strane ponuđenog".[20] Sličan stav zauzima i Kasacioni sud. U jednom slučaju je Kasacioni sud, naime, zauzeo stav da ako je ponudilac u svojoj ponudi odredio rok za prihvatanje ponude, ponudilac može opozvati svoju ponudu do isteka tog roka i time sprečiti nastanak ugovora, ali će biti dužan naknaditi štetu ponuđenom.[21] Štaviše, mogućnost opoziva je proširena i na ponude u kojima nije eksplicitno određen rok za njen prihvat, ako se u svetlu relevantnih poslovnih običaja ili okolnosti konkretnog slučaja implicitno može pretpostaviti da je ponuda bila otvorena za prihvatanje u razumnom roku.[22]

Italijansko pravo, koje pripada romanističkoj pravnoj kulturi, u pogledu mogućnosti opoziva ponuda od strane ponudioca, principijelno

---

[16] V. čl. 1108. FGZ.

[17] Pitanju saglasnosti volja je u Zakoniku posvećen poseban odeljak koji sadrži čak 13 članova. V. čl. 1109-1122. FGZ.

[18] V. ZWEIGERT, KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, op. cit., str. 359.

[19] V. BONAISSES, Pierre in: *Formation of Contracts - A Study of the Common Core of Legal Systems*, op. cit., 770. str.

[20] V. AUBRY & RAU, *Cours de droit français*, 1. izdanje od 5 tomova, Paris, 1838-47, 6. izdanje od 12 tomova, Paris, 1936-62, u redakciji BARTIN-a (tom 1-4) i ESMEIN-a (tom 5-12), 1. tom, str. 426. V. širu francusku literaturu u ovom smislu VALÉRY, *Des contrats par correspondance*, Paris, 1985, str. 173.; DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, 6 tomova, Paris, 1923-35, 1. tom, str. 558.; PLANIOL & RIPERT, *Traité pratigue de droit civil français*, 14 tomova, 1. izdanje, Paris, 1925-34, 2. izdanje, Paris, 1952-60, 6. tom (*Obligations*), 2. izdanje u redakciji ESMEIN-a, str. 131; BEUDANT, *Cours de droit français*, 1. izdanje, 1932, Paris, 2. izdanje BEUDANT & LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, Paris, 1952, str. 72.; RIPPERT & BOULANGER, *Traité de droit civil de Planiol*, Paris, 1957, 2. tom str. 326.; MAZEAUD, Henry, Leon & Jean, *Leçons de droit civil*, 4 toma, Paris, 1959-63, 2. tom, str. 135.; MARTY & RAYNAUD, *Droit Civil*, 2. tom, Paris, 1962, str. 101.

[21] V. Odluku Kasacionog suda od 10. maja 1968. godine, *Bulletin civil* 1968. III. 162.

[22] '*delai raisonable*'. V. ZWEIGERT, KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, op. cit., str. 359. i Odluku Kasacionog suda od 10. maja 1972. godine, *Bulletin civil* 1972. III. 214.

stoji na sličnom stanovištu kao i Francuski građanski zakonik i sudska praksa, s razlikom da Italijanski građanski zakonik[23] sadrži nešto detaljniju regulativu o ovom pitanju, dok to nije slučaj sa Francuskim građanskim zakonikom, kako smo to gore istakli. Tako, Zakonik propisuje da se ponuda može opozvati sve dok ugovor ne nastane, tj. sve do momenta dok nije dat prihvat ponude od strane ponuđenog.[24] Ako se, međutim, ponudilac u svojoj ponudi obavezao da će ponudu u određenom vremenskom periodu smatrati otvorenom za prihvatanje, eventualni opoziv ponude učinjen u tom roku je bez pravnog dejstva. Ovakva vrsta ponude je u italijanskom pravu, prema tome, neopoziva, dok je ponuda koja ne sadrži rok za njeno prihvatanje opoziva sve do momenta njenog prihvata od strane ponuđenog.[25]

v) Mogućnost opoziva ponude u angloameričkom pravu

U *common law* pravnim sistemima ne postoji institut vezanosti ponudioca sopstvenom ponudom, što znači da ponudilac može svoju ponudu u bilo kom momentu opozvati[26], bez ikakvih za njega štetnih pravnih posledica. Razume se, mogućnost opoziva ponude postoji samo do momenta dok ponuđeni nije prihvatio ponudu, jer u tom momentu dolazi do zaključenja ugovora, nastaje ugovorna obligacija. Mogućnost opoziva ponude, u načelu, postoji čak i u slučaju kada je sam ponudilac u ponudi naznačio rok do čijeg isteka neće opozvati ponudu, tj. kada se radi o ponudi koja je formulisana kao neopoziva.[27] Objašnjenje za ovo, u očima kontinentalnog pravnika pomalo začuđujućeg rešenja, nalazi se u doktrini *consideration*-a.[28] Naime, u anglosaksonskom pravu nijedna ugovorna obaveza ne može biti prinudno izvršiva, ako nije praćena nekom protivčinid-

---

[23] Za tekst i komentar Italijanskog građanskog zakonika v., na primer, CENDON, Paolo, BALDASSARI, Augusto, *Codice civile annotato con la giurisprudenza*, Wolters Kluwer Italia, 2007 (u daljem tekstu: IGZ).

[24] V. čl. 1328. st. 1. prvu rečenicu IGZ-a. „*La proposta può essere revocata finché il contratto non sia concluso.*"

[25] V. čl. 1329. st. 1. IGZ-a „*Se il proponente si è obbligato a mantenere ferma la proposta per un certo tempo, la revoca è senza effetto.*"

[26] U engleskom jeziku postoje dva izraza za glagol opozvati, „*to withdraw*" i „*to revoke*". U jezičkom pogledu u pitanju su sinonimi, odnosno oba glagola imaju u suštini isto značenje - opozvati neku radnju ili izjavu. Međutim, stručna terminologija ugovornog prava u *common law* zemljama pridaje ovim rečima različito značenje: reč *withdraw* ima značenje opoziva ponude koju ponuđeni još nije primio, tj. ponude koja još nije postala efektivna, dok se reč *revoke* odnosi na opoziv ponude koja je postala efektivna. V. FARNSWORTH, Allan, *Contracts*, 4th edition, Aspen publishers, New York, 2004, str. 152.

[27] V. ZWEIGERT, KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, op. cit., str. 359.

[28] Ibid.

bom, ako nije ispunjen uslov *consideration*-a.[29] Obećanja koja ne ispunjavaju uslove *consideration*-a, tj. nisu praćena adekvatnom protivčinidbom, prinudno su izvršiva samo ako su nastala u naročitoj formi ili, pak, ako su ispunjeni uslovi za primenu jednog posebnog instituta, *promissory estoppel*-a.[30] Imajući u vidu da ponuđeni ne daje nikakvu protivčinidbu za vezanost ponudioca sopstvenom ponudom, nije ispunjen uslov *consideration*-a, niti postoji neki drugi, alternativni osnov prinudne izvršivosti obaveze (forma ili *promissory estoppel*), ponudilac bez pravnih posledica može svoju ponudu opozvati, sve do momenta njenog prihvata od strane ponuđenog. Ako je ispunjen uslov *consideration*-a, tj. ako ponuđeni daje bilo kakvu protivčinidbu ili se uzdržava od nekog činjenja zbog toga što se ponudilac obavezao da neće opozvati svoju ponudu (dakle, ne protivčinidbu za glavno, ugovorno obećanje ponudioca, jer bi time nastao osnovni, glavni ugovor među stranama), smatra se da je nastao poseban ugovor, sporazum između strana o neopozivosti ponude. Ovakav ugovor se u američkoj pravnoj terminologiji naziva opcionim ugovorom, ili samo opcijom.[31]

---

[29] Detaljnije o pojmu, značaju i razvoju instituta *consideration*-a u anglosaksonskom pravu v. rad autora *Pojam consideration-a u anglosaksonskom pravu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu br. 3/2006, Novi Sad, 2006, str. 449-472.

[30] V. rad autora *Promissory estoppel, alternativni osnov prinudne izvršivosti ugovornih obaveza u anglosaksonskom pravu,* Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu br. 3/2007, Novi Sad, 2008, str. 483-499.

[31] Drugi Ristejtment ugovora definiše opcioni ugovor kao obećanje koje ispunjava uslove za nastanak punovažnog ugovora i ograničava pravnu moć ponudioca da opozove svoje ponudu. V. §25. Drugog Ristejtmenta ugovora.

Ristejtment (*Restatement*) je ujednačena zbirka pravnih načela i instituta u određenoj oblasti prava, izdata od strane Američkog pravnog instituta (*American Law Institute*), koja daje prikaz načela i instituta u datoj oblasti prava i prati njihov dalji razvoj. Ristejtmenti se ne smatraju formalnim izvorima prava, te pravno nisu obavezujući i sudije nisu obavezne postupati po njima, ali je njihov praktičan značaj i uticaj vrlo veliki. Sudska praksa prihvata stavove iz Ristejtmenta. Ristejtmenti su doneti u sledećim oblastima prava: zastupništvo, sukob zakona (međunarodno privatno pravo), ugovorno pravo, pravo međunarodnih odnosa SAD, presude, pravo koje reguliše rad pravnika, stvarno pravo, pravo restitucije, hartije od vrednosti, jemstva i garancije, prouzrokovanje i naknada štete, pravo *trust*-ova, pravo konkurencije, i sl. V. Black's Law Dictionary, edited by GARNER, A. Bryan, 7th edition, West Group, St. Paul, Minnesota, USA, 1999. str. 1314-1315.

Prvi Ristejtment ugovora je donet 1932. godine, koji je u nekoliko navrata bio predmet noveliranja, počev od 1962. godine, da bi 1981. godine bio objavljen Drugi Ristejtment ugovora, pod rukovodstvom jednog od najpoznatijih profesora ugovornog prava u SAD tih vremena, *Allan Farnsworth*-a. Detaljnije o pojmu Ristejtmenta uopšte v. ĐAJIĆ, Sanja, *Ristejtmenti prava Američkog pravnog instituta*, Evropski pravnik 3/2007, str. 133-138, a u vezi sa Ristejtmentom ugovora v. na primer BEALE, G. Hugh, BISHOP, W.D., FURMSTON, M.P., *Contract, Cases and Materials*, Butterworths, London, 1985, str. 59-60. U srpskoj pravnoj terminologiji se naziv *Restatement* po pravilu ne prevodi već se koristi njegova transkripcija na srpski jezik (ristejtment), mada su učinjeni (inače vrlo uspešni)

Međutim, kako u Engleskoj, tako i u SAD postoji tendencija postepenog napuštanja principa prema kojem ponudilac uopšte nije vezan svojom ponudom i može da je opozove u bilo kom momentu, sve do njenog prihvata od strane ponudioca. Tako, u Engleskoj je Komisija za pravnu reformu još 1937. godine predložila da se, u svetlu opšteg trenda slabljenja uticaja doktrine *consideration*-a, ovo pravilo modifikuje u smislu da se ponuda, u kojoj se ponudilac obavezao da će ponuda biti otvorena za prihvatanje do isteka roka ili nastupanja nekog uslova predviđenih u ponudi, neće smatrati neizvršivom zbog neispunjenosti uslova *consideration*-a. Međutim, ovaj predlog nije prerastao u zakonsku regulativu.[32]

U sudskoj praksi SAD postepeno se prihvataju određeni tipični slučajevi u kojima nije moguće opozvati efektivnu ponudu, kao odstupanje od opšteg pravila da ponudilac uvek može do opozove svoju ponudu, sve do njenog prihvata od strane ponuđenog. Tako, u prvoj polovini XX veka razvijen je koncept da se ponuda ne može opozvati ako je ponuđeni, oslanjajući se na ponudu, preuzeo neku obavezu ili preduzeo neke faktičke ili pravne radnje na svoju štetu.[33] Ova tendencija je došla do izražaja i u Drugom Ristejtmentu ugovora, koji predviđa da ponuda obavezuje ponudioca, tj. ne može da je opozove, ako je ponudilac u momentu davanja ponude razumno mogao očekivati da će ponuda podstaknuti ponuđenog na preduzimanje neke značajne radnje ili uzdržavanje od neke radnje na svoju štetu, pod uslovom da se nepravda na drugi način ne može otkloniti.[34] Ovo nije ništa drugo do specijalan slučaj primene opšteg instituta *promissory estoppel*-a.[35] Potreba za prihvatanjem principa vezanosti ponudioca sopstvenom ponudom je naročito došla do izražaja u trgovinskim ugovorima, te Jednoobrazni trgovački zakonik[36] predviđa da se ponuda

---

pokušaji da se da njegov prevod na srpski jezik. Tako, *Restatement* je moguće prevesti sintagmom „*zbornik prava*“ (STANIVUKOVIĆ, Maja, ŽIVKOVIĆ, Miodrag, *Međunarodno privatno pravo*, Službeni glasnik Republike Srbije, Beograd, 2006, str. 369-370, navedeno po ĐAJIĆ, op.cit. str. 133, fn. 1.) ili „*zbirka pravnih pravila*“ (ĐAJIĆ, ibid.).

[32] V. MACNEIL, R. Ian in: *Formation of Contracts - A Study of the Common Core of Legal Systems*, op. cit., str. 747. i ZWEIGERT, KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, op. cit., str. 358.

[33] V. *James Baird Co. v. Gimbel Bros.*, Inc., 64 F. 2d 344 (2d Cir. 1933); *Northwestern Engineering Co. v. Ellermann*, 69 SD 397, 10 NW 2d 879 (1943); *Drennan v. Star Paving Co.*, 51 Cal 2d 409, 333 P. 2d 757 (1958).

[34] V. §87. st. 2. Drugog Ristejtmenta ugovora.

[35] V. §90. Drugog Ristejtmenta ugovora.

[36] Američki Jednoobrazni trgovački zakonik (*Uniform Commercial Code* - u daljem tekstu: UCC) je sredinom XX veka sačinila grupa eksperata, predvođena od strane čuve-

data u pisanoj formi u trgovinskim odnosima smatra neopozivom do isteka roka predviđenog u ponudi za njeno prihvatanje, a ako nije određen rok za prihvatanje, ponuda je neopoziva do isteka vremena koje je razumno potrebno da se ona razmotri, ali nikako ne duže od tri meseca.[37]

Ovi izuzeci su nastali kao rezultat potrebe za pravnom sigurnošću u prometu, odnosno potrebe da u određenim tipičnim slučajevima ponudilac ne bi smeo da opozove svoju ponudu bez pravnih posledica, u cilju zaštite sigurnosti pravnog prometa i zaštite interesa ponuđenog. Ipak, oni ne dovode u pitanje principijelno važenje opšteg pravila da u *common law* pravnim sistemima ne nastupa vezanost ponudioca sopstvenom ponudom i on je može opozvati do momenta njenog prihvata od strane ponuđenog. U pitanju su samo izuzeci od pravila.

---

nog američkog profesora tih vremena, *Karl*-a *N. Llewellyn*-a, pod pokroviteljstvo Američkog pravnog instituta (*American Law Institute*) i Nacionalne konferencije odbornika za jednoobrazno pravo država članica SAD (*National Conference of Commissioners on Uniform Sales Law*), najznačajnijih strukovnih udruženja pravnika u SAD. Trgovačko i ugovorno pravo u SAD spada u regulativnu nadležnost država članica, a ne u nadležnost Federacije. Federacija je nadležna samo za uređenje onih pitanja koje se tiču odnosa iz oblasti tzv. „trgovine između država članica" (*interstate commerce*). Iz ovoga proizilazi da u SAD u oblastima trgovinskog i ugovornog prava, koje se ne mogu kvalifikovati kao odnosi u trgovini između država članica, vlada pravni partikularizam, jer je svaka država članica ovlašćena da ih uređuje svojim zakonskim normama i da u ovim oblastima razvija samostalnu sudsku praksu, precedentno pravo. Da bi se ovaj pravni partikularizam ublažio (što je izuzetno važno u oblasti trgovačkog i ugovornog prava) početkom XX veka započinje proces pripremanja raznih model-zakona, koje su države članice kao zakone iz sopstvene nadležnosti postepeno usvajale. Najznačajniji model-zakon u ovom pogledu je, svakako, Jednoobrazni trgovački zakonik, koji je zapravo samo u nazivu zakonik, a u suštini je legislativni nacrt koji je bio ponuđen državama članicama na usvajanje, a obuhvatao je pojedine oblasti trgovinskog i ugovornog prava. Imajući u vidu evidentnu potrebu za eliminisanjem pravnog partikularizma u ovoj oblasti, gotovo sve države članice SAD su usvojile Jednoobrazni trgovački zakonik u integralnom obliku ili samo uz neznatne izmene i dopune. Prema tome, u proučavanju američkog ugovornog prava Jednoobrazni trgovački zakonik je nezaobilazni izvor jer, iako nije neposredan izvor prava, predstavlja prikaz proseka važećeg trgovinskog i ugovornog prava država članica. On se inicijalno sastojao iz devet poglavlja (*Articles*), odnosno predstavljao je zbirku devet zasebnih model-zakona koji su sukcesivno donošeni i kasnije usvajani u državama članicama. Proces usvajanja novih poglavlja Zakonika, novih model-zakona, kao i izmena i dopuna postojećih, neprestano traje i dan-danas. Za ugovorno pravo su daleko najvažnija poglavlja 1,2, 2a i 9, koja se tiču opštih pojmova, kupoprodaje, zakupa-lizinga i sredstava obezbeđenja potraživanja. Detaljnije o Jednoobraznom američkom zakoniku v. FARNSWORTH, *Contracts*, op. cit., str. 31-36.; LLEWELLYN, Karl, *Why we need the Uniform Commercial Code,* 10 U.Fla.L.Rev. 367.378 (1957).

[37] V. §2-205 UCC-a.

Odgovornost ponudioca za štetu prouzrokovanu ponuđenom opozivom ponude

a) Odgovornost ponudioca za štetu prouzrokovanu ponuđenom opozivom ponude u pravnim sistemima koji pripadaju germanskom pravnom krugu

Kao što je već istaknuto, u *nemačkom*, *austrijskom* i *švajcarskom* pravu, vezanost ponudioca sopstvenom ponudom je potpuna, tj. ponudilac ne može da opozove efektivnu ponudu. Ponudu koja još nije postala efektivna ponudilac može da opozove bez pravnih posledica, ako opoziv ponude stigne ponuđenom ranije ili najkasnije u isto vreme kada i ponuda.[38] Efektivnu ponudu ponudilac ne može da opozove - sudbina daljih pregovora, odnosno zaključenje ugovora zavisi isključivo od volje ponuđenog. Na njega prelazi inicijativa za zaključenje ugovora.

Iz ovoga logično proizilazi da u ovim zemljama ne može nastupiti odgovornost ponudioca za *culpa in contrahendo* zbog opoziva efektivne ponude, jer je takvu ponudu jednostavno nemoguće opozvati. Eventualna izjava ponudioca kojom opoziva ponudu je bez pravnog dejstva. Ako je ponuđeni prihvatio ponudu, ugovor nastaje i eventualna odgovornost ponudioca će biti ugovorna zbog neispunjenja ugovora. Ako ponuđeni ne prihvati ponudu ponudioca, ne nastaje ugovor, te ne nastupa ni ugovorna odgovornost, niti odgovornost za nesavesno vođenje pregovora. Ako ponuđeni sa svoje strane dâ novu ponudu ili prihvati ponudu ponudioca, ali sa dodatnim uslovima, pregovori se nastavljaju, ali sa promenjenim ulogama: ponudilac prvobitne ponude sada postaje ponuđeni.

b) Odgovornost ponudioca za štetu prouzrokovanu ponuđenom opozivom ponude u pravnim sistemima koji pripadaju romanističkom pravnom krugu

U *francuskom* i *italijanskom* pravu princip vezanosti ponudioca sopstvenom ponudom za zaključenje ugovora ima daleko slabije dejstvo nego u zemljama koje pripadaju germanskom pravnom krugu. Ponudilac u ovim pravnim sistemima može da opozove i efektivnu ponudu do momenta njenog prihvata od strane ponuđenog čime ponudilac sprečava nastanak ugovora. Eventualni prihvat ponude od strane ponuđenog nakon opoziva ponude od strane ponudioca je bez pravnog dejstva, jer više ne postoji punovažna ponuda koja bi se mogla prihvatiti. Prema tome, opozivom ponude ugovor ne nastaje, ali može doći do odgovornosti za štetu prouzrokovanu ponuđenom opozivom ponude, zbog nesavesnog vođenja

[38] V. §130 NGZ-a, čl. 7. st. 1. ŠvZO-a.

pregovora za zaključenje ugovora (odgovornost za *culpa in contrahendo*). U francuskoj teoriji postoji jedinstven stav da ponudilac koji je bez opravdanog razloga opozvao svoju ponudu treba da odgovara za štetu[39], međutim, sporno je po kojem osnovu nastupa odgovornost. S jedne strane, postoji stav da ponudilac koji je bez opravdanog razloga opozvao svoju ponudu za zaključenje ugovora treba da odgovara za štetu koju je ponuđeni pretrpeo zbog toga što postoji *krivica* ponudioca (opozivanje ponude je protivno načelu savesnosti i poštenja).[40] Prema tome, određena struja u francuskoj doktrini smatra da je u ovom slučaju posredi deliktna odgovornost, na osnovu pravila Francuskog građanskog zakonika da svako treba da odgovara za štetu koju prouzrokuje sopstvenom krivicom.[41] Shvatanje po kojem je krivica osnov odgovornosti za štetu prouzrokovanu opozivom ponude od strane ponudioca, podržava i francuska sudska praksa. Ono je prihvaćeno u sudskoj praksi još pred kraj XIX veka.[42] I Kasacioni sud u svojim odlukama prihvata krivicu kao osnov odgovornosti za štetu prouzrokovanu opozivom ponude.[43] S druge strane, postoji i mišljenje da osnov odgovornosti ponudioca u ovom slučaju nije deliktnog već ugovornog karaktera, tj. da se radi o povredi obaveze ponudioca po svojevrsnom predugovoru, *preliminarnom ugovoru*. Prema ovom shvatanju, davanjem ponude za zaključenje (glavnog) ugovora od strane ponudioca, prećutno nastaje i jedan preliminarni ugovor u kojem se ponudilac obavezuje da će ponudu određeno vreme ostaviti otvorenom za prihvatanje. Ovaj preliminarni ugovor je po svojoj prirodi jednostrano obavezujući, jer stvara obavezu samo za ponudioca. Ako ponudilac opozove svoju ponudu za zaključenje (glavnog) ugovora, ne ispunjava svoju obavezu iz preliminarnog ugovora. Tako, prema ovom shvatanju, osnov odgovornosti za štetu prouzrokovanu ponuđenom opozivom ponude je ugovornog karaktera, jer se radi o povredi obaveze iz prećutno zaključenog preliminarnog ugovora.[44] Po preovlađujućem mišljenju uporednopravne literatu-

---

[39] V. ZWEIGERT, KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, op. cit., str. 360.

[40] V. MAZEAUD, Henry, MAZEAUD Léon & TUNC, André, *Traité théorique et pratique de la responsibilité civile délictuelle et contractuelle*, Paris, 1. tom, 6. izdanje, 1965, 2. tom, 5. izdanje, 1958, 3. tom, 5. izdanje, 1960, 1. tom, str. 380.

[41] V. čl. 1382 FGZ-a. „*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.*"

[42] V. odluku suda u Bordou iz 1870. godine. Bordeaux, 17. Jan. 1870, S. 1870.2.219.

[43] V. odluku Kasacionog suda od 8. oktobra 1958. godine. Cass., 8. Oct. 1958., Bull. 1.331.

[44] V. ZWEIGERT, KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, op. cit., str. 360.; GHESTIN, Jacques, *Traité de droit civil, Les Obligations: Le Contrat: formation*, 2. izdanje, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1988, str. 210.; SCHMIDT, Joanna, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, Paris, 1982, str. 223.

re drugo shvatanje je previše izveštačeno i zasniva se na čistoj fikciji postojanja preliminarnog ugovora.[45] Ipak postoje u sudskoj praksi neke odluke koje kao osnov odgovornosti ponudioca ističu povredu prećutno zaključenog preliminarnog ugovora.[46]

Dilema u pogledu osnova odgovornosti za štetu prouzrokovanu opozivom ponude od strane ponudioca nije samo od teorijskog, već i od praktičnog značaja, jer ovo pitanje određuje i obim odgovornosti za štetu. Stav teorije je da je, ako se za osnov odgovornosti uzme povreda ugovorne obaveze od strane ponudioca, naknada potpuna, tj. uključuje i prostu štetu i izmaklu dobit, ali ako se opoziv ponude može podvesti pod kategoriju vanugovorne (deliktne) odgovornosti, odnosno ako se opoziv smatra deliktom u smislu čl. 1382 Francuskog građanskog zakonika, naknada obuhvata samo prostu štetu.[47] Drugo shvatanje je više u skladu sa logikom odgovornosti za *culpa in contrahendo,* po kojoj se u slučaju osujećenja nastanka ugovora usled nesavesnosti tokom pregovora nadoknađuje samo negativni ugovorni interes strane koja je bila savesna tokom pregovora.

v) Odgovornost ponudioca za štetu prouzrokovanu ponuđenom opozivom ponude u angloameričkom pravu

Kao što je istraživanje pokazalo, u *common law* pravnim sistemima, uz neke izuzetke, važi pravilo da ponudu za zaključenje ugovora ponudilac može opozvati u bilo kom momentu, sve do njenog prihvata od strane ponuđenog. Ovo se odnosi kako na efektivnu ponudu, odnosno na ponudu koju je ponuđeni primio, tako i na ponudu koju još nije primio, s jedne, kao i na ponudu koja je formalno naznačena kao neopoziva, s druge strane. Opozivost ponude bez načelnog ograničenja je posledica koncepta tzv. *negativne slobode ugovaranja*[48] ili „*slobode od ugovora*“,[49] vladajućeg u *common law* pravnim sistemima, po kojem za strane ne nastupa nikakva obaveza (tako ni neka obaveza iz pregovora) sve dok se ne postigne saglasnost volja.

U skladu sa načelnom slobodom opoziva ponude za zaključenje ugovora od strane ponudioca, vrlo retki su slučajevi kada može da nastupi građanskopravna odgovornost ponudioca za štetu koju je pretrpeo ponu-

---

[45] V. ZWEIGERT, KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, op. cit., str. 360.

[46] V. presudu Apelacionog suda u Kolmaru od 1936. godine. Colmar, 4. Feb. 1936, DH 1936, 187.

[47] V. BONAISSES, Pierre in: *Formation of Contracts - A Study of the Common Core of Legal Systems*, op. cit., 770. str.

[48] V. COHEN, Nili, *Israeli Law as a Mixed System - Between Common Law and Continental Law* in: The Comon Core of European Private Law, edited by BUSSANI, Mauro and MATTEI, Ugo, Kluwer Law International, The Hague, London, New York, 2003, str. 23.

[49] '*freedom from contract*. V. FARNSWORTH, *Contracts*, op. cit., str. 190.

đeni usled opoziva ponude. Takvi slučajevi smatraju se izuzecima od opšteg pravila, koje je sudska praksa postepeno razvijala, u skladu sa kazuističkim stilom anglosaksonskog prava. Prema tome, ne postoji jedinstveni osnov odgovornosti za štetu prouzrokovanu opozivom ponude od strane ponudioca, već specifične činjenične osnove koje dovode do građansko-pravne odgovornosti ponudioca. Ove izuzetne slučajeve, imajući u vidu moguće osnove odgovornosti, teorija svrstava u četiri grupe.[50]

a) *Sticanje bez osnova*. Ponudilac će odgovarati po osnovu pravila o sticanju bez osnova (neosnovanog obogaćenja) ako je kao posledica ponude i oslanjanja ponuđenog na ponudu neko imovinsko dobro prešlo iz imovine ponuđenog u imovinu ponudioca. Naknada se u ovom slučaju iscrpljuje u povraćaju stečenog bez osnova[51], tj. ponuđeni ima pravo na naknadu tzv. interesa restitucije.[52]

b) *Fraudolozno dovođenje ponuđenog u zabludu*. Ako je ponudilac pri davanju ponude postupao prevarno, nastupa njegova deliktna odgovor-

---

[50] Ibid. str. 192.

[51] Ibid.

[52] '*restitution interest*.

U *common law* pravnim sistemima postoje tri metoda za izračunavanje visine odštete, merenih povređenim interesom oštećenog lica: *reliance interest, expectation interest* i *restitution interest. Restitution interest* služi otklanjanju štetnih efekata sticanja bez osnova, pri čemu je, po logici stvari, u centru pažnje sticalac bez osnova, a ne oštećeno lice (naknada odgovara vrednosti stvari koju je sticalac bez pravnog osnova stekao). *Expectation interest* označava dobitak koji je ugovoru verna strana osnovano očekivala od ispunjenja ugovora, dok *reliance interest* predstavlja ukupan iznos troškova preduzetih u vezi sa zaključenjem i ispunjenjem ugovora.[52] Prema tome, naknada po osnovu *reliance interest*-a predstavlja naknadu stvarno pretrpljene štete, dok naknada po osnovu *expectation interest*-a obuhvata i izgubljenu dobit, dobit koja se očekivala od ugovora čije je ispunjenje izostalo. Zavisno od okolnosti konkretnog slučaja, usled povrede ugovora može se tražiti naknada *expectation interest*-a, ili pak i *expectation interest*-a i *reliance interest*-a kumulativno. Detaljnije o ovim pojmovima v. FULLER, L.L. & PERDUE, William R., Jr., *The Reliance Interest in Contract Damages*, 46 Yale Law Journal 52 (1936); LEITZEL, Jim, *Reliance and Contract Breach*, 52 Law and Contemporary Problems 87 (1989).

Dualizam *reliance interest*-a i *expectation interest*-a je u načelnom smislu vrlo slična paru pojmova pozitivnog i negativnog ugovornog interesa, koji je vrlo dobro poznat u kontinentalnom ugovornom pravu. O pojmu i opsegu pozitivnog i negativnog ugovornog interesa v. SALMA, Jožef, *Obligaciono pravo*, 7. izdanje, Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2007, str. 496-497; RADIŠIĆ, Jakov, *Obligaciono pravo - opšti deo*, Nomos, Beograd, 2000, str. 171, RADIŠIĆ, Jakov, *Predugovorna odgovornost*, Centar za pravna istraživanja Instituta društvenih nauka, Beograd, 1991; SALMA, Jožef, *Predugovor*, Glasnik Advokatske komore Vojvodine, Novi Sad, br. 6/1986, str. 22-29.; ORLIĆ, Miodrag, *Negativni ugovorni interes*, Pravni život, Beograd, br. 9-10/1992, str. 1193-1209. U načelu, pojmu *expectation interest*-a u anglosaksonskom pravu odgovara pojam pozitivnog ugovornog interesa u kontinentalnom pravu, dok pojmu *reliance interest*-a pojam negativnog ugovornog interesa.

nost za štetu koju trpi ponuđeni. Tako, u ovom slučaj osnov naknade nije sticanje bez osnova, već krivica ponudioca te se radi o deliktnoj odgovornosti. Do odgovornosti ponudioca po ovom osnovu će doći ako ponuđeni dokaže da je ponudilac dao ponudu u „nedostatku ozbiljne namere"[53] da se zaključi ugovor. Budući da je i osnov odgovornosti različit, i obim naknade se razlikuje od prethodnog slučaja. Tako, ponuđeni će imati pravo na naknadu tzv. interesa pouzdanja.[54] Ipak, vrlo retko dolazi do pozivanja ponudioca na odgovornost po ovom osnovu zbog toga što ponuđeni treba da dokaže *mala fides* ponudioca, a dokazivanje subjektivnog stanja svesti uvek predstavlja težak procesni zadatak za tužioca, oštećenog.

v) *Posebno obećanje ponudioca*. Odgovornost ponudioca za svoje posebno obećanje[55] nastupa u slučaju kada je ponudilac prilikom davanja ponude ponuđenom dao posebno, specifično obećanje ne bi li ga zainteresovao za svoju ponudu, a ponuđeni se pouzdao u to specifično obećanje ponudioca. Kako je ponudilac opozvao svoju ponudu, do nastanka ugovora nije došlo, ali ponuđeni ima legitiman interes za naknadu one štete koju je pretrpeo pouzdajući se u njemu dato posebno obećanje ponudioca.[56] Osnov odgovornosti je i u ovom slučaju *mala fides*, tj. krivica ponudioca, te se radi o deliktnoj odgovornosti. Što se obima odgovornosti tiče, prema dikciji *Hoffman v. Red Owl Stores* naknađuje se *reliance interest*, mada sud nije isključio mogućnost naknade i izgubljene dobiti, jedino što njeno postojanje u konkretnom slučaju tužilac, oštećeni nije uspeo da dokaže. Ipak, teorija smatra da se zbog kauzalne udaljenosti specifičnog obećanja i izgubljene dobiti, ona ne bi trebalo da se nadoknađuje, već samo *reliance interest*, negativni ugovorni interes, u smislu pretrpljene štete.[57] Postoji shvatanje u američkoj doktrini ugovornog prava da bi se na osnovu odgovornosti za opoziv ponude po osnovu fraudoloznog dovođenja ponuđenog u zabludu i odgovornosti po osnovu specifičnog obećanja ponudioca moglo izgraditi opšte načelo dužnosti pregovaranja u dobroj veri (u skla-

---

[53] Vodeći i još uvek važeći precedent u pogledu odgovornosti ponudioca za štetu prouzrokovanu opozivom ponude usled nedostatka ozbiljne namere za zaključenje ugovora je slučaj *Markow v. ABC Transfer & Storage Co.* 457 P.2d 535,539 (Wash. 1969).

[54] '*reliance interest*.

[55] '*liability for specific promise*. U našoj literaturi se ovaj osnov odgovornosti prevodi i kao odgovornost za specifično obećanje, što isto smatramo prihvatljivim izrazom jer i on verno odslikava suštinu ovog pojma. V. ORLIĆ, *Negativni ugovorni interes*, op.cit., str. 1204.

[56] Vodeći precedent za ovaj osnov odgovornosti za štetu je *Hoffman v. Red Owl Stores*, 133 N. W.2d 267, 274-77 (Wis. 1965.). Detaljan prikaz ovog slučaja u našoj literaturi v. u ORLIĆ, *Negativni ugovorni interes*, op.cit., str. 1203-1205. Noviji precedent u kojem se dalje razrađuje ideja iz slučaja *Hoffman v. Red Owl Stores* je *Cyberchrom Corp. v. Calldata Systems Development*, 47 F.3d 39, 45 (2nd Cir. 1995).

[57] V. FARNSWORTH, *Contracts*, op. cit., str. 197.

du sa načelom savesnosti i poštenja)[58], kao u kontinentalnom pravu. Međutim, ova ideja je odbačena kako od strane većine stručne i naučne javnosti, tako i od strane sudske prakse.[59]

g) *Poseban sporazum strana da će se tokom pregovora pridržavati načela savesnosti i poštenja*. Kao što je istraživanje pokazalo, u *common law* pravnim sistemima u načelu ne postoji opšta dužnost vođenja pregovora u skladu sa načelom savesnosti i poštenja. To je u skladu sa „aleatornom prirodom pregovora"[60], tj. da je do momenta prihvata ponude u potpunosti neizvesno da li će nastati ugovor između strana u pregovorima, i svaka strana treba da snosi rizik neuspeha pregovora. Anglosaksonsko pravo ne nameće opštu obavezu vođenja pregovora u dobroj veri, kao kontinentalna prava. Međutim, postavlja se pitanje pravne prirode ovog pravila - da li je u pitanju pravilo dispozitivne ili imperativne prirode, odnosno da li je sud dužan da vodi računa o tome da li su strane pregovore vodile u dobroj veri, ako su se one same posebno sporazumele da će pregovore voditi u dobroj veri, u skladu sa načelom savesnosti i poštenja. Sudska praksa je neujednačena povodom ovog pitanja. S jedne strane, postoji shvatanje da je sporazum strana o vođenju pregovora u skladu sa načelom savesnosti i poštenja pravno neizvršiv i ne treba da uživa sudsku zaštitu.[61] S druge, pak, strane, postoje i presude u kojima je sud smatrao da je preliminarni sporazum, predugovor, izjava o namerama ili neki drugi sličan akt strana, kojim su se obavezale da će pregovore voditi u dobroj veri, prinudno izvršiv.[62] Ako ponudilac opozove ponudu, smatra se da je postupio protivno obavezi vođenja pregovora u dobroj veri i nastupa njegova odgovornost za štetu koja je u ovom slučaju ugovorne prirode. Obim naknade se odnosi na negativni ugovorni interes, na prostu štetu (*reliance interest*). Vladajući stav teorije je da je ova druga struja u sudskoj praksi, po kojoj prethodni sporazum strana o vođenju pregovora u dobroj veri uživa sudsku zaštitu i čijom povredom nastupa građanskopravna odgovornost, ispravna, te sudovi treba da je prihvate.[63]

---

[58] V. SUMMERS, Robert S., *"Good faith" in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code*, 54 Va. L. Rev. 190, 225 (1968).

[59] V. FARNSWORTH, *Contracts*, op. cit., str. 197.; FARNSWORTH, Allan, *Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations*, 87 Colum. L. Rev. 217, 242 (1987).

[60] V. FARNSWORTH, *Contracts*, op. cit., str. 190.

[61] V. na primer *Honolulu Waterfront Ltd. v. Aloha Tower Dev.*, 692 F. Supp. 1230 (D. Haw. 1988).

[62] V. slučajeve *Itek Corp. v. Chicago Aerial Industries* 248 A.2d 625, 629 (Del. 1968) i *Channel Home Centers v. Grossman* 795 F.2d 291, 300 (3d Cir. 1986).

[63] FARNSWORTH, *Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiation,* op. cit., str. 263.

Zaključna razmatranja

Istraživanje je pokazalo da pravni sistemi imaju vrlo različit pristup institutu vezanosti ponudioca sopstvenom ponudom, tj. neopozivosti ponude, kao i pitanju eventualne odgovornosti ponudioca za štetu koju prouzrokuje ponuđenom opozivom efektivne ponude, tj. ponude koju je ponuđeni već primio.

Tako, s jedne strane, nemačko, austrijsko i švajcarsko pravo stoje na stanovištu da se efektivna ponuda ne može opozvati, tj. da je vezanost ponudioca svojom ponudom u ovim pravima potpuna. Od momenta prijema ponude od strane ponuđenog nastanak ugovora više nije u dispoziciji ponudioca već ponuđenog, na koga je prešla inicijativa za zaključenje ugovora. Od njegove volje zavisi da li će ugovor nastati ili neće. Kako ponudilac ne može da opozove efektivnu ponudu, tako se ne može govoriti ni o njegovoj odgovornosti za štetu koju bi prouzrokovao ponuđenom opozivom ponude, jer do opoziva ponude prosto ne može ni doći. S druge strane, u zemljama koje pripadaju francuskom pravnom krugu (u predmetnom istraživanju su to bile Francuska i Italija) opoziv efektivne ponude je u načelu moguć, ali povlači odgovornost za štetu prouzrokovanu opozivom ponude. I najzad, u anglosaksonskom pravu u načelu ne postoji institut vezanosti ponudioca sopstvenom ponudom, te ponudilac uvek može opozvati ponudu (osim u nekim izuzetnim slučajevima o kojima je gore već bilo reči). U pogledu opozivosti ponude, anglosaksonsko pravo je slično francuskom, ali se od njega i bitno razlikuje, u smislu da u *common law* pravnim sistemima opoziv ponude izuzetno retko povlači odgovornost ponudioca za štetu koju opoziv prouzrokuje ponuđenom, dok je to redovna pojava u francuskom pravu.

Naš Zakon o obligacionim odnosima[64] eksplicitno propisuje da je ponudilac vezan svojom ponudom, izuzev ako je obavezu da održi ponudu isključio ili ako nevezanost ponudioca ponudom proizilazi iz okolnosti pravnog posla[65], kao i da ponudu može opozvati ako opoziv ponuđenom stigne pre ili najkasnije u isto vreme kad i sama ponuda.[66] *Argumentum a contrario*, efektivna ponuda se u našem pravu ne može opozvati - može se opozvati samo ponuda koja još nije postala efektivna, tj. koju ponuđeni još nije primio odnosno koju prima u isto vreme kada mu stigne i opoziv ponude. Iz nemogućnosti opoziva ponude od strane ponudioca proizilazi i

[64] 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).

[65] V. čl. 36. st. 1. ZOO.

[66] V. čl. 36. st. 2. ZOO.

nepostojanje takve pravne situacije u kojoj bi on mogao biti pozvan na odgovornost za štetu prouzrokovanu opozivom ponude, jer bi eventualni opoziv efektivne ponude od strane ponudioca bio bez pravnog dejstva. Vezanost ponudioca svojom ponudom dejstvuje do isteka roka za prihvatanje ponude, ako je određen rok za prihvatanje.[67] Ako ponuda ne sadrži rok za prihvatanje, a upućena je odsutnom licu, ponudilac je vezan svojom ponudom do isteka vremena koje je redovno potrebno da ponuda stigne ponuđenom, da je ponuđeni razmotri, o njoj odluči i da odgovor o prihvatanju stigne ponudiocu.[68] Za ponudu datu između prisutnih lica, u kojoj nije određen rok za prihvatanje, važi pravilo da ponuđeni treba odmah da je prihvati, inače se smatra da je ponuda odbijena, ako iz prirode same ponude ne proizilazi da ponuđenom pripada određen rok za razmišljanje, za donošenje odluke o tome da li će ponudu prihvatiti ili neće.[69] Prema tome, u slučaju ponude bez roka za prihvatanje, upućene prisutnom licu, vezanost ponudioca svojom ponudom prestaje ako ponuđeni odmah ne da odgovor na neposrednu ponudu.[70]

U skladu sa gore iznetim, može se izvesti zaključak da naše pravo u potpunosti prihvata institut vezanosti ponudioca svojom ponudom, te se efektivna ponuda ne može opozvati. I ovim se samo potvrđuje činjenica da naše privatno pravo pripada germanskoj pravnoj kulturi.

[67] V. čl. 37. st. 1. ZOO.
[68] V. čl. 37. st. 4. ZOO.
[69] V. čl. 40. st. 1. ZOO.
[70] U pogledu vezanosti ponudioca svojom ponudom (dejstva ponude) i roka do čijeg isteka ova vezanost postoji, *Skica* profesora Konstantinovića u suštini sadrži sadržinski istu regulativu kao i ZOO. V. 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), čl. 11, 12 i 16.

Attila Dudás, LL.M., Assistant
Novi Sad Faculty of Law

Revocation of Offer and Liability for Conducting Negotiations in Bad Faith

Abstract

A contract is, in principle, formed by the device of offer and acceptance. The offeror dispatches their offer to the offeree, a proposal containing all the essential elements needed for the formation of a given type of contract, after which the offeree has the initiative to conclude a contract by accepting the offer or end the negotiation phase by rejecting it. However, a question arises whether the offeror can revoke their offer once it has become effective, i.e. once it has reached the offeree.

Various legal systems take a different path in this respect and the problem of a binding nature of an offer has produced three different solutions. On one hand, in countries belonging to German legal culture (Germany, Austria and Switzerland in the present research) the offeror is most strongly bound, meaning that they cannot actually revoke an effective offer. On the other hand, legal systems belonging to Romanistic legal culture (France and Italy in this paper) adopt a somewhat liberal standpoint: the offeror may under certain conditions withdraw an effective offer. And, finally, there is the approach of common law, which adopts a completely "aleatory view of negotiations", in the meaning that the offeror may at any time before acceptance revoke their offer without any consequences - no obligation for any party arises before the formation of the contract, whatsoever.

The issue of revocation of an effective offer may be brought in correlation with the institution of liability for damages caused by conducting negotiations in bad faith (*culpa in contrahendo*). Namely, even if the offeror is in position to revoke their offer and, hence, preclude the formation of a contract, the revocation itself may cause damage to the offeree. The question appears whether the offeror should be liable for the damages suffered by the offeree, in the amount of their reliance interest. Diffe-

rent legal systems take a different course on this issue. Since the revocation of an effective offer is not possible under German, Austrian and Swiss law, in these countries the issue of liability for damages caused by revocation simply doesn't appear. Under French and Italian law, the revocation of an effective offer is possible, but it will inevitably lead to offeror's liability for the damage caused to the offeree by the revocation. Finally, under common law the revocation of offer is, in principle, almost always possible and it will lead to offeror's liability for damages only exceptionally, provided specific circumstances exist.

Under Serbian law the offeror is bound by their offer, i.e. an effective offer cannot be revoked. Since it cannot be revoked (any statement of the offeror on the revocation is without legal effect), the offeror's liability for conducting negotiations in bad faith in this case simply cannot arise in this case, just as in other countries belonging to German legal culture, where Serbian law undoubtedly belongs to.

Originalni naučni rad 347.72.034

Mr Vladimir Marjanski, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

UTVRĐIVANJE EMISIONE CENE AKCIJA

Sažetak: *Pitanje utvrđivanja emisione cene akcija ima velik značaj. Uspeh emisije odlučujuće zavisi od njenog pravilnog utvrđivanja. Utvrđivanje (pronalaženje) adekvatne emisione cene je komplikovano, jer se interesi emitenta, emisione banke (ili konzorcijuma banaka) i ulagača razmimoilaze. U cilju pronalaženja načina za pomirenje ili ublažavanje ovih međusobno suprotstavljenih interesa, u praksi su izgrađeni različiti postupci određivanja emisione cene akcija. Poznata su tri postupka utvrđivanja (pronalaženja) emisione cene: postupak čvrstog određivanja emisione cene, postupak aukcije i postupak stvaranja knjige (eng. bookbuilding). U radu se obrađuju prvenstveno pravni aspekti vezani za utvrđivanje emisione cene akcija, kao npr. pravna ograničenja u pogledu određivanja visine emisione cene, ograničenja u pogledu izbora postupka za pronalaženje emisione cene*[1]*, pravna pravila vezana za primenu pomenutih postupaka, polje njihove primene, kao i prednosti i nedostaci koji iz njihove primene proističu.*

Ključne reči: *emisiona cena, akcije, čvrsto određivanje emisione cene, aukcija, postupak stvaranja knjige (bookbuilding).*

1) Značaj adekvatnog utvrđivanja emisione cene akcija

Emisiona cena akcija je cena po kojoj se akcije izdaju.[2] Pitanje utvrđivanja emisione cene akcija ima velik značaj. Uspeh emisije odlučujuće zavisi od adekvatnog utvrđivanja emisione cene. Iako na emisionu cenu

[1] U radu se posebno ukazuje na slabosti koje u tom domenu postoje u našem pravnom sistemu, kao i na njegovu neusklađenost sa važećim normama u Pravu EU.

[2] O definisanju emisione cene videti opširnije kod W. Groß, *Kapitalmarktrecht,* München, 2006. p. 306.

utiče procena vrednosti „preduzeća“[3] emitenta, postignuta cena na tržištu kapitala[4] zavisi i od niza drugih faktora. Utvrđivanje (pronalaženje) „pravilne“[5] emisione cene je komplikovano jer se interesi emitenta, emisione banke (ili konzorcijuma banaka) i investitora[6] razmimoilaze. Potencijalni investitori su zainteresovani za što je moguće povoljniju (nižu) cenu emisije, kao i potpuno ispunjenje njihove „porudžbine“ tj. sticanje onog broja akcija za koji su zainteresovani. Emitent je suprotno njima zainteresovan za potpuni uspeh emisije i ostvarivanje što većeg priliva kapitala (uspostavljanje više emisione cene). Emitent, međutim, po pravilu, ne sprovodi emisiju akcija samostalno, već to čini uz angažman emisione banke odnosno konzorcijuma banaka. Stoga u čitavom postupku ne treba zanemariti i ulogu emisione banke u čijem je primarnom interesu da ostvari uspešan plasman preuzetih akcija.[7] Emisiona banka odnosno vođa konzorcijuma banaka treba da razvije takav koncept plasiranja kojim bi u okviru tržišno orjentisanog određivanja cene podjednako bio uzet u obzir interes emitenta i ulagača (investitora) i koji bi istovremeno omogućio fer preraspodelu emisionog rizika na sve učesnike u postupku emisije.[8] Osim toga, kada je emisija akcija u pitanju, treba uzeti u obzir i poseban interes „starih“ akcionara, koji su, posebno u slučaju isključenja njihovog prava prioritenog upisa, zainteresovani za uspostavljanje više emisione cene, jer niža cena emisije po pravilu može uticati na pad vrednosti „starih“ akcija koje oni poseduju.

U cilju pronalaženja načina za pomirenje ili ublažavanje ovog višestranog sukoba interesa, u praksi su izgrađeni različiti postupci određivanja emisione cene akcija. Oni su istovremeno doveli do izmena u postojećoj pravnoj regulativi i stvaranja novih mehanizama sprovođenja postupka preraspodele

---

[3] Termin preduzeće koji će biti korišćen na nekoliko mesta u radu, se upotrebljava da označi objekat delatnosti emitenta, a ne u značenju jedne vrste privrednog subjekta kako se on često upotrebljava u ekonomskoj literaturi i ranijim zakonskim propisima kod nas (npr. Zakon o preduzećima iz 1996.)

[4] Tržište kapitala podrazumeva berzansku i vanberzansku trgovinu hartijama od vrednosti, finansijskim instrumentima tržišta novca i derivatima.

[5] Adekvatna je ona cena koja je tržišno opravdana. Drugim rečima, to je najviša cena koja istovremeno dovodi do uspeha emisije.

[6] Pored termina investitor u literaturi i pozitivnom uporednom pravu se koristi i izraz ulagač. U radu će biti korišćen izraz investitor kao izraz (pojam) koji je definisan u našem pozitivnom pravu. Videti član 2 st. 1 t. 9 i 10 Zakona o tržištu hartija od vrednosti „Službeni glasnik RS“ br. 47/2006 (u daljem tekstu ZTHoV).

[7] Postoje različiti modaliteti angažmana emisione banke. Ona može istupati kao zastupnik, komisionar emitenta ili čvrsto preuzeti (upisati) sve ili deo akcija i nuditi ih dalje u svoje ime i za svoj račun. O tome videti detaljnije izlaganja kod S. Šogorov, Bankarsko pravo, Novi Sad, 2004, od str. 163-166.

[8] S. Kümpel, *Bank- und Kapitalmarktrecht*, 2000, p. 1285.

u slučaju prebukiranosti emisije (prekobrojnog upisa efekata). Kao posledica nekih od njih (npr. postupka stvaranja knjige[9]), nastali su i mehanizmi za vršenje stabilizacije cene akcija nakon završetka službenog plasmana („*Greenshoe*" metod, na primer). Konačno, treba imati u vidu da je postupak pronalaženja adekvatne emisione cene različito težak u zavisnosti da li je u pitanju prvobitno javno plasiranje akcija (inicijalna javna ponuda) ili su predmet ponude „nove" akcije emitenta čije su „stare" akcije iste klase već uključene na organizovano tržište (naredna javna ponuda). U praksi su poznata tri postupka[10] utvrđivanja (pronalaženja) emisione cene akcija: čvrsto određivanje cene, postupak aukcije i postupak stvaranja knjige (eng. *bookbuilding*). Na kraju, valja istaći da izbor postupka utvrđivanja (pronalaženja) emisione cene akcija često zavisi i od toga da li će pri njegovom izboru preovladati interes jednog ili drugog *stakeholder-a*[11] [12]

2) Pravna ograničenja prilikom utvrđivanja emisione cene akcija

a) Uvodne napomene

U pogledu utvrđivanja visine emisione cene akcija, ali i izbora različitih postupaka njenog utvrđivanja (pronalaženja) mogu postojati određena pravna ograničenja. Ta ograničenja se obično uspostavljaju prinudnim normama Prava privrednih društava, ali ponekad i normama Prava tržišta kapitala[13] (to je npr. slučaj u našem pravu). Uobičajena pravna ograniče-

[9] U stranoj literaturi i praksi je postupak stvaranja knjige poznat pod nazivom „*bookbuilding*".

[10] U literaturi se upotrebljava i izraz metode utrvđivanja (pronalaženja) emisione cene. U daljem tekstu ćemo koristiti izraz postupak, jer se izraz metod procene, koji se sreće u računovodstvenim propisima, upotrebljava za označavanje različitih metoda procene vrednosti „preduzeća". Izraz metod ćemo, koristiti prilikom označavanja pojedinih varijanti utvrđivanja emisione cene u postupku aukcije.

[11] *Stakeholderom* se smatraju pripadnici određene grupe koje dotiče delatnost određenog privrednog subjekta.

[12] O interesima pojedinih *stakeholder-a* (akcionara i uprave emitenta, emisione banke odnosno konzorcijuma, investitora i dr.) videti opširnije kod T. Jabas, *Lizentiatsarbeit – Preisbildung bei Initial Public Offerings: Bookbuildung - Verfahren Versus Auktionen*, Basel, 2004, od p. 47-52.

[13] Pravo tržišta kapitala (nem. *Das Kapitalmarktrecht*, eng. *Capital Market Law*) predstavlja skup svih pravnih pravila (načela i pravnih normi) koje služe uspostavljanju i poboljšanju alokativne, operacionalne i institucionalne sposobnosti funkcionisanja tržišta kapitala. Pri tome se pod tržištem kapitala podrazumeva berzanska i vanberzanska trgovina hartijama od vrednosti, finansijskim instrumentima tržišta novca i derivatima. O tome videti opširnije kod M. Lenenbach, *Kapitalmarkt- und Börsenrecht*, Köln, 2002., p. 21-23 i kod P. Buck-Heeb, *Kapitalmarktrecht*, 2. Auflage, Heidelberg, 2007, p. 1-6.

nja uspostavljena Pravom privrednih društava tiču se minimalne (donje) cene izdavanja akcija. Naime, opšte je prihvaćeno pravilo da se akcije ne smeju izdavati ispod njihove nominalne odnosno obračunske vrednosti (princip održanja osnovnog kapitala). Pod cenom izdavanja akcija podrazumeva se iznos koji se plaća prilikom davanja izjave o upisu (potpisivanja upisnice). Cena izdavanja se, međutim, ne mora poklapati sa iznosom po kome se akcije konačno plasiraju trećim licima (on je često veći), npr. posredstvom pokrovitelja emisije (emisione banke odnosno konkzorcijuma banaka). U svakom slučaju, ako pokrovitelj emisije u svoje ime upisuje akcije pa ih tek nakon toga (obično u skladu sa uslovima predviđenim u emisionom poslu sa emitentom) plasira na treća lica, on takođe mora računati sa minimalnim iznosom ispod kojih akcije ne sme upisati. Ponekad se dodaje kriterijum da cena izdavanja, pored toga što ne sme biti niža od nominalne odnosno obračunske vrednosti, ne sme biti niža ni od tržišne cene akcija.

Pored ograničenja koja se tiču minimalne cene ispod koje se ne sme ići prilikom izdavanja akcija, u specifičnim situacijama prinudne norme Prava privrednih društava isključuju primenu otvorenih postupaka utvrđivanja emisione cene (aukciju i *bookbuilding*). To je u pojedinim pravima slučaj (npr. pravo Austrije[14] i pre najnovijih izmena u pravu SR Nemačke[15]), kada se povećanje osnovnog kapitala vrši bez prethodnog isključenja prava prioritetnog upisa akcija. U tom slučaju emisiona cena tj. cena po kojoj se vrši prioritetni upis mora unapred biti određenja u fiksnom iznosu, te je u skladu sa tim jedini mogući postupak utvrđivanja emisione cene, postupak njenog fiksnog (čvrstog) utvrđivanja. Norme Prava tržišta kapitala i opšte norme građanskog prava, po pravilu, ne sadrže dodatna ograničenja u pogledu utvrđivanja visine emisione cene akcija. Ipak, norme Prava tržišta kapitala ponekad (kao što je to npr. slučaj u našem pravu), onemogućavaju primenu različitih postupaka koji bi se mogli koristiti prilikom pronalaženja emisione cene akcija.

b) Naše pravo

Naše pravo sadrži veoma restriktivne odredbe kada je utvrđivanje emisione cene akcija u pitanju. U tom pogledu postoje brojna ograničenja koja se tiču ne samo visine uvtrđivanja emisione cene, već i izbora po-

[14] Videti o tome opširnije kod S. Kalls – M. Oppitz – J. Zollner, *Kapitalmarktrecht – System (I)*, Wien, 2005, p. 237.

[15] U pogledu poslednjih izmena člana 186 Zakona o akcionarskim društvima SR Nemačke (skraćeno AktG) videti izlaganja kod J. Ekkenga – H. Maas, *Das Recht der Wertpapieremissionen*, Berlin, 2006, p. 95.

stupka za njeno pronalaženje. Prva grupa ograničenja je uspostavljena prinudnim normama Zakona o privrednim društvima[16] (u daljem tekstu ZPD). Akcije se ne mogu izdavati za emisionu cenu koja je niža od njihove nominalne vrednosti odnosno računovodstvene vrednosti kada se akcije izdaju bez nominalne vrednosti.[17] To je uobičajeno ograničenje koje se sreće i u drugim pravima. Pored toga, akcije iz nove emisije izdaju se po tržišnoj vrednosti utvrđenoj ovim zakonom.[18] Tržišna vrednost akcija jeste njihova prosečna cena koja se redovno objavljuje na berzi ili drugom odgovarajućem tržištu, u periodu koji neposredno prethodi danu na koji se utvrđuje, a koji nije kraći od tri niti duži od šest meseci.[19] U slučaju da se akcijama ne trguje redovno ili ne postoji odgovarajuće tržište, njihova tržišna vrednost se utvrđuje na osnovu procenjene vrednosti kapitala društva primenom odgovarajućih metoda procene.[20] [21]Definisanje tržišne cene na navedeni način dosta je neprecizno, što otežava primenu navedenih odredaba i zahteva dodatna tumačenja. Osim toga naše berzansko tržište je nedovoljno likvidno, pa i kod kontinuiranog i kod aukcijskog trgovanja postoji problem reprezentativnosti prosečne cene sa stanovišta ostvarenog prometa i broja transakcija.[22] Ovako propisan način određivanja emisione cene čini emisiju nedovoljno atraktivnom, jer obezbeđuje identične uslove kao na sekundarnom tržištu (ili čak gore, u slučaju povoljnog trenda u prethodna 3 meseca). U slučaju kada u periodu od šest meseci pre dana donošenja odluke o izdavanju akcija nije bilo trgovanja, odnosno nije ostvaren bilo kakav promet na berzi, upravni odbor društva odlukom utvrđuje emisionu cenu akcija na osnovu izveštaja o proceni vrednosti kapitala izvršenog primenom odgovarajućeg metoda procene (prinosni metodi i imovinski metod, kome pripada i knjigovodstveni metod procene), u skladu sa članom 445 ZPD. U skladu sa članom 213 st. 12 ZPD upravni odbor je dužan da skupštini društva obrazloži predloženu cenu izdavanja akcija. Odredba člana 240 koja sadrži normu da se akcije izdaju po tržišnoj ceni, prema našem mišljenju, ima zaštitni karakter. Ovde je, smatramo, intencija zakonodavca bila da spreči izdavanje akcija ispod tržišne ce-

[16] „Službeni glasnik RS“ br. 125/2004.

[17] Član 212 st. 1 ZPD.

[18] Član 240 ZPD.

[19] Član 445 st. 1 rečenica 1 ZPD.

[20] Član 445 st. 1 rečenica 2 ZPD.

[21] Ovde se misli na računovodstvene metode procene (npr. knjigovodstveni metod), a ne na postupke utvrđivanja emisione cene (aukciju, postupak stvaranje knjige i sl.)

[22] Videti Mišljenje Komisije za hartije od vrednosti Republike Srbije u vezi određivanja vrednosti po kojoj se mogu emitovati akcije od 21.03.2006. godine zavedeno pod brojem 2/0-03-156/2-06.

ne, a ne i da onemogući njihovo izdavanje po većoj ceni od tržišne (suprotno rešenje ne bi bilo logično). Stoga smatramo da ZPD zapravo ne sprečava primenu otvorenih postupaka za pronalaženje emisione cene. Prema našem mišljenju je dovoljno da cena koju utvrdi upravni odbor bude samo indikativna minimalna po kojoj se akcije nude na osnovu javne ponude, kao i da tako utvrđena emisiona cena bude u skladu sa pomenutim prinudnim normama, a da u postupku aukcije ili *bookbuilding-a* može biti postignuta viša emisiona cena.

Ipak, prinudne norme Prava tržišta kapitala kod nas zahtevaju da emisiona cena u fiksnom iznosu bude utvrđena još u prospektu, čije odobrenje i objavljivanje predstavlja osnovni uslov za upućivanje javne ponude. ZTHoV pri tome ne sadrži odredbe o mogućnosti izostavljanja pojedinih informacija u prospektu (kao što su npr. emisiona cena i obim emisije) i pravnim posledicama takvog postupka (pravo ulagača na opoziv ponude i sl.), što je sada već uobičajeno pravilo u Pravu EU.[23] [24]

Pravilnik o sadržini i formi prospekta i drugih dokumenata koji se podnose radi izdavanja hartija od vrednosti (u daljem tekstu Pravilnik) koji se primenjuje zajedno sa Uputstvom o sadržini i formi prospekta za izdavanje akcija (prilog 1)[25] predviđa da u uvodnom delu prospekta obavezno mora biti navedena cena po kojoj se akcije nude. Kako odobrenje prospekta predstavlja uslov za punovažno upućivanje javne ponude, postaje jasno da su time u našem pravu za sada zatvorena vrata za primenu otvorenih postupaka pronalaženja emisione cene akcija (aukcije ili *bookbuilding* postupka). To svakako nije dobro rešenje uzimajući u obzir sve nedostatke postupka čvrstog utvrđivanja emisione cene, o kojima će detaljno biti reči kasnije.

v) Pravo EU

U pravu država članica EU se danas takođe sreću izvesna ograničenja u pogledu utvrđivanja minimalnog iznosa ispod koga se ne sme vršiti izdavanje akcija, ali je izbor postupka pronalaženja emisione cene u gotovo svim slučajevima potpuno liberalizovan. Uobičajena pravna ograničenja uspostavljena Pravom privrednih društava, kao što smo već istakli, tiču se minimalne (donje) cene izdavanja akcija. Naime, opšte je prihvaće-

[23] Videti član 8 Direktive EU o prospektu.

[24] ZTHoV predviđa mogućnost izostavljanja pomenutih informacija samo u slučaju preliminarnog prospekta. Njegova važnost se, međutim ne proteže na period važenja javne ponude.

[25] Pravilnik i Uputstvo koje predstavlja njegov sastavni deo je donela Komisija za hartije od vrednosti.

no pravilo da se akcije ne smeju izdavati ispod njihove nominalne odnosno obračunske vrednosti (princip održanja osnovnog kapitala). Ponekad se dodaje i kriterijum da cena izdavanja, pored toga što ne sme biti niža od nominalne odnosno obračunske vrednosti, ne sme biti niža ni od tržišne cene akcija (npr. onih društava čijim se „starim" akcijama već trgovalo na uređenom tržištu).

Pored ograničenja koja se tiču minimalne cene ispod koje se ne sme ići prilikom izdavanja akcija, u specifičnim situacijama prinudne norme Prava privrednih društava isključuju primenu otvorenih postupaka utvrđivanja emisione cene (aukciju i *bookbuilding*). To je još ponegde slučaj kada se povećanje osnovnog kapitala vrši bez prethodnog isključenja prava prioritetnog upisa akcija (npr. u pravu Austrije). U tom slučaju emisiona cena tj. cena po kojoj se vrši prioritetni upis mora unapred biti određena u fiksnom iznosu (objavljena u novinama društva)[26], te je u skladu sa tim, u tom slučaju, jedini mogući postupak utvrđivanja emisione cene, postupak njenog fiksnog (čvrstog) utvrđivanja. Nakon najnovijih izmena Zakona o akcionarskim društvima SR Nemačke ovo ograničenje više ne postoji, jer se i cena po kojoj se vrši pravo prioritentog upisa može pronaći primenom nekog od otvorenih postupaka. Dovoljno je da cena izdavanja (tj. cena vršenja prava prioritetnog upisa) bude konačno utvrđena i objavljena 3 dana pre isteka roka za vršenje prava prioritetnog upisa.[27] Time je izbor postupka pronalaženja emisione cene u svim slučajevima postao slobodan.

Norme Prava tržišta kapitala u okvirima EU pružaju punu slobodu izbora različih postupaka utvrđivanja (pronalaženja) emisione cene. Emisiona cena ne mora biti unapred utvrđena u prospektu. Član 8 Direktive EU o prospektu (eng. *Prospectus Directive*)[28] sadrži norme o mogućnosti izostavljanja pojedinih informacija (emisione cene i obima emisije). Izričito je predviđeno da države članice trebaju da obezbede da tamo gde konačnu cenu i količinu hartija od vrednosti koje se nude nije moguće uključiti u prospekt trebaju biti određeni kriterijumi i, ili uslovi u skladu sa kojima će gornji elementi biti određeni, ili da u slučaju cene u prospektu bude prikazana barem maksimalna cena, ili da u suprotnom ponuda kupovine ili upisa hartija od vrednosti može biti opozvana za ne manje od dva radna dana nakon konačnog određenja cene i količine hartija od vrednosti koje se nude javnosti. Opoziv ponude je dopušten ako u prospektu nisu

[26] Videti član 156 Zakona o akcionarskim društvima Austrije (skraćeno AktG).

[27] J. Ekkenga – H. Maas, *op.cit*., p. 95.

[28] Direktiva 2003/71/EC Evropskog parlamenta i Saveta od 4. novembra 2003. (u daljem tekstu Direktiva EU o prospektu).

određeni barem maksimalna cena i, ili količina hartija od vrednosti koje se nude i ako nisu određeni barem kriterijumi i, ili uslovi za njihovo određivanje. Ovde je reč o opozivu ponude, jer javna ponuda u otvorenim postupcima utvrđivanja emisione cene kakvi su aukcija ili postupak stvaranja knjige (*bookbuilding*) ima karakter javnog poziva da se učini ponuda (*invitatio ad offerendum*). Kako je ponuda koju čini sticalac[29] prema opštim pravilima građanskog prava obavezujuća (neopoziva), izričitom normom Prava tržišta kapitala se njemu daje mogućnost da u navedenim slučajevima, u relativno kratkom roku, opozove svoju ponudu. Opoziv ponude sticaoca je u pomenutim slučajevima pravno opravdan, jer cena kao bitan element ugovora (*essentia negotii*) predstavlja odlučujući faktor za odluku o upisu odnosno kupovini, te u slučaju nedostatka njenog čvrstog utvrđivanja ili barem kriterijuma za njeno utvrđivanje ulagaču mora biti data mogućnost da ponudu za sticanjem hartija od vrednosti opozove ukoliko ona nije u skladu sa konačno utvrđenom cenom[30]. Ovde, se međutim nameće još jedno značajno pitanje: u kojoj meri kriterijumi i uslovi moraju biti konkretni? U svakom slučaju cena mora biti barem odrediva. Stoga se u javnoj ponudi obično unapred određuju ili opseg (minimalna–maksimalna cena) ili samo maksimalna emisiona cena.[31] Na taj način javnost na prvi pogled može prepoznati sa kojom najvišom cenom može računati.[32] U slučaju izostanka tih kriterijuma i, ili uslova za određivanje cene i količine hartija od vrednosti koje se nude javnosti, upisnik ima pravo opoziva svoje ponude, nakon objavljivanja konačne cene i količine akcija ili drugih hartija od vrednosti koje se nude. Mogućnost opoziva, videli smo mora postojati u roku koji ne može biti kraći od 2 radna dana.[33] Konačna cena i količina hartija od vrednosti koje se nude javnosti se beleže od strane nadležne vlasti države članice domaćina[34] i objavljuju u skladu sa odredbama sadržanim u članu 14 st. 2 Direktive EU o prospektu. Uvođenjem odredaba o mogućnosti izostavljanja navedenih informacija je zapravo omogućena primena najrazličitijih postupaka utvrđivanja

[29] U Direktivi EU o prospektu se na ovom mestu koristi izraz sticalac koji je širi od termina ulagač. Praktično to znači da pravo opoziva ponude, pod navedenim uslovima, nema samo ulagač već i preuzimalac emisije koji je upisao hartije od vrednosti radi lakšeg plasmana emitentovih efekata.

[30] S. Kalss – M. Oppitz – J. Zollner, *op. cit.*, p. 260.

[31] *Ibid.*

[32] W. Groß, *op.cit.,* p. 307.

[33] U zakonodavstvima država članica može biti propisan i duži, ali svakako ne kraći rok od onog predviđenog u Direktivi.

[34] Država članica domaćin je u Direktivi definisana kao država u kojoj je emitent (izdavalac) registrovan.

(pronalaženja) emisione cene efekata (time naravno i akcija), kao i podešavanje obima emisije u skladu sa interesovanjem koje vlada za efektima koji se izdaju javnom ponudom.

3. Postupci utvrđivanja (pronalaženja) emisione cene akcija

a) Uvodne napomene

U uporednom pravu i praksi emisije akcija sreću se tri postupka za utvrđivanje (pronalaženje) emisione cene. Oni se uslovno rečeno mogu podeliti u dve grupe. U prvu, spada postupak čvrstog (u fiksnom iznosu) utvrđivanja emisione cene. U drugu grupu, spadaju otvoreni postupci[35] pronalaženja emisione cene. To su: postupak aukcije sa svojim varijantama (metod jedinstvene i metod višestruke cene) i postupak stvaranja knjige koji je opšte poznat pod nazivom *bookbuilding*. Kod njih se za razliku od postupka čvrstog utvrđivanja emisione cene u trenutku upućivanja javne ponude utvrđuje samo indikativna (minimalna ili maksimalna) emisiona cena ili njen cenovni raspon (minimalna–maksimalna cena).

b) Čvrsto (u fiksnom iznosu) određivanje emisione cene

Čvrsto određivanje emisione cene akcija podrazumeva da se emisiona cena po kojoj se one nude utvrđuje u fiksnom iznosu unapred i kao takva predstavlja sastavni deo javne ponude još od početka njenog važenja.

U slučaju inicijalne javne ponude emisiona cena se određuje na bazi analize preduzeća emitenta odnosno procene njegove vrednosti pri čemu se uzima u obzir cena preduzeća uporedivih društava čiji se efekti već nalaze na organizovanom tržištu. Na kraju se u dogovoru između emisione banke (vođe konzorcijuma) i emitenta određuje emisiona cena efekata. U slučaju naredne javne ponude pored analize preduzeća emitenta, uzima se u obzir i kurs postojećih akcija emitenta kojima se već trguje ili se trgovalo na uređenom tržištu.

Ovaj postupak određivanja emisione cene ima određenih prednosti, ali i krupnih nedostataka. Prednost se sastoji u tome što kod fiksnog određivanja emisione cene, emitent može unapred da izračuna kakav priliv kapitala će ostvariti i kako će prikupljeni kapital rasporediti. Pored toga, čvrsto određivanje emisione cene je po pravilu praćeno čvrstim preuzimanjem emisije od strane emisione banke. U takvoj situaciji rizik pla-

[35] Ovi postupci se nazivaju otvorenim jer u utvrđivanju cene koja nije poznata u trenutku početka važenja javne ponude, pored emitenta učestvuju i investitori.

smana efekata na tržištu snosi emisiona banka kao pokrovitelj emisije, a ne emitent.

Osnovni nedostatak ovakvog postupka sastoji se u teškoćama da se odredi realna emisiona cena, koja bi dovela do potpunog uspeha emisije i istovremeno zadovoljila potrebe emitenta, emisione banke i investitora (ulagača). Emitent nije siguran, koju je najvišu cenu „tržište" spremno da plati. On se nalazi na svojevrsnoj „klackalici" u odmeravanju visine emisione cene.[36]

Utvrđivanje previsoke emisione cene stvara rizik da emisija ne uspe. Čak i kada rizik plasmana akcija, čvrstim preuzimanjem emisije (upisivanjem akcija u svoje ime i za svoj račun) preuzme emisiona banka, emitent iako oslobođen rizika neuspeha emisije, nije lišen drugih ekonomskih rizika. U slučaju da je emisiona cena utvrđena previsoko, emisiona banka će imati problem u pogledu daljeg plasmana. Nemogućnost plasiranja preuzetih akcija od strane emisione banke ima negativno povratno dejstvo i na emitenta. Akcije koje preostanu (koje nisu plasirane) po pravilu opterećuju tržišni kurs ostalih, „starih" akcija emitenta. Da bi ublažila štetu po sebe, emisiona banka ih po zvaničnom kraju javnog plasmana, može otuđiti po nižem kursu od utvrđene emisione cene. To neminovno može uticati i na opadanje tržišne cene ostalih, „starih" akcija (ranije emitovanih od strane istog emitenta).

Utvrđivanje niže emisione cene, po pravilu dovodi do uspeha emisije, ali ima druge negativne efekte. Prvo, emitent može da računa na manji iznos prikupljenog kapitala. Drugo, ako odredi prenisku cenu emisije doći će do skupog kapitala, po kome će imati srazmerno veće obaveze nego što bi trebalo (isplata kamata kod „dužničkih" hartija, isplata dividende kod akcija i dr.) Treće, utvrđivanje niže emisione cene može dovesti do prevelike zainteresovanosti potencijalnih investitora i samim tim do tzv. prebukiranosti emisije (prekobrojni upis efekata). Broj akcija koje se emituju je ograničen. Iako zadovoljni emisionom cenom potencijalni investitori, po pravilu, neće moći da računaju na potpuno ispunjenje njihove „porudžbine", odnosno na upis onog broja akcija koji su želeli upisati. Stoga se u slučaju prebukiranosti emisije mora poseći za određenim, ne tako popularnim rešenjima. U tom smislu, postoje različita rešenja, koja, međutim, moraju očuvati ravnopravan tretman ulagača. Upis i uplata vrše se na način kojim se obezbeđuje ravnopravan tretman svih lica koja u datom roku i pod

[36] N. Jovanović, *Emisija vrednosnih papira – pravna razmatranja*, Beograd, 2001. str. 192.

utvrđenim uslovima vrše upis odnosno uplatu hartija od vrednosti.[37] Ako dođe do prebukiranosti emisije, a zakon i javna ponuda ne predviđaju uslove preraspodele, primenjuje se tzv. pro rata sistem. Prema njemu svakom investitoru pripada određen broj efekata u srazmeri sa brojem koje je upisao i uplatio u roku predviđenom za taj upis i uplatu. Naš ZPD predviđa drugačije pravilo samo u slučaju tzv. osnivačke javne emisije akcija, i to samo u pogledu preraspodele viška upisanih akcija. Ako je broj upisanih akcija u odnosu na ponuđeni broj akcija iz javne ponude veći, osnivačka skupština može odlučiti da prihvati upisani višak odnosno njegov deo, pri čemu upisnici akcija koji su ranije upisali akcije imaju pravo prvenstva, a ako je više lica istovremeno upisalo te akcije onda prihvata upisani višak srazmerno upisanim akcijama tih upisnika koje nisu višak.[38] Ovakva preraspodela se, međutim, odnosi samo na višak upisanih akcija, dok se u pogledu akcija koje su upisane do ponuđenog broja primenjuje pro rata sistem. Ipak, osnivačke javne emisije akcija su veoma retke. U nekim zemljama uopšte i nisu zakonom predviđene kao mogućnost. Kada je reč o javnoj ponudi akcija u postupku povećanja osnovnog kapitala, tu naši zakoni (ni ZPD, ni ZTHoV) ne predviđaju izričito mehanizme preraspodele, osim što ZTHoV, kao što smo već istakli, predviđa ravnopravan tretman svih koji su upisali odnosno uplatili „hartije“ u predviđenom roku. Dakle, preraspodela se kod povećanja osnovnog kapitala na osnovu javne ponude u slučaju prebukiranosti emisije vrši po pro rata sistemu, osim ako nije nešto drugo predviđeno javnom ponudom (npr. sistem prvenstvenog upisa prema datumu izvršenog upisa i sl.). Ovaj sistem, međutim, ne zadovoljava u potpunosti ni interese emitenta, ni interese investitora. Konačno, sistemu čvrstog određivanja emisione cene se prigovara i nemogućnost učestvovanja potencijalnih investitora u postupku utvrđivanja emisione cene.

Koncept čvrstog određivanja emisione cene je dominirao u prošlosti u svim zemljama, bez obzira na vrstu efekata koji su bili predmet javne ponude. Danas to, međutim, nije slučaj. Postupak čvrstog određivanja emisione cene je kada je reč o izdavanju akcija gotovo u potpunosti zamenjen tzv. postupkom stvaranja knjige (*bookbuilding*) i u razvijenim zemljama (npr. SR Nemačkoj) se može sresti samo u pojedinačnim slučajevima. U slučaju izdavanja drugih efekata postupak čvrstog utvrđivanja emisione cene i dalje dominira.

[37] Videti član 44 st. 2-3. ZTHoV.
[38] Član 202 st. 2 ZPD.

v) Određivanje emisione cene aukcijom

Određivanje emisione cene akcija aukcijom podrazumeva da se ona određuje u postupku aukcije. Emitent određuje samo minimalnu cenu akcija, po kojoj je spreman da ih otuđi, pozivajući ulagače da ih upišu ili kupe, uz napomenu da će akcije prvenstveno steći ulagači koji ponude veću cenu. Time emitent poziva potencijalne ulagače na takmičenje radi sticanja akcija. U praksi postoje dve metode (varijante) utvrđivanja emisione cene u postupku aukcije. To su metod jedinstvene i metod višestruke cene.

Metod jedinstvene cene, koji je poznat još pod nazivom holandska aukcija, u osnovi podrazumeva da iz „igre" ispadaju oni, koji emitentu ponude cenu koja je niža od naknadno utvrđene jedinstvene cene po kojoj će akcije steći svi oni koji su „u igri" ostali. Drugim rečima, to su oni koji su ponudili jednaku ili višu cenu od pomenute naknadno utvrđene cene. Metod jedinstvene cene u postupku aukcije se sprovodi na sledeći način: tokom važenja ponude (obično se poklapa sa rokom za upis akcija po upućenoj javnoj ponudi), investitori emitentu (ili emisionoj banci) prijavljuju broj akcija koje žele da steknu, kao i cenu koju su spremni da za njih plate, ali ne ispod najniže cene koju je emitent odredio. Po isteku roka upisa emitent utvrđuje emisionu cenu. To je najviša cena, među cenama koju su ulagači ponudili emitentu, pod uslovom da po njoj mogu da se otuđe sve ponuđene akcije. Ako to ipak nije moguće, emitent utvrđuje prvu sledeću nižu cenu po kojoj je moguće plasirati sve hartije od vrednosti. Pri tome je emitent dužan da sve akcije otuđi po istoj ceni, pa i ulagačima koji su mu ponudili višu cenu. Zapravo, sticaoci plaćaju jedinstvenu cenu koja je jednaka ceni koja je bila izražena u najnižoj prihvaćenoj ponudi. Ako po jedinstveno utvrđenoj ceni ima viška traženih akcija, one se dodeljuju kupcima (upisnicima) u srazmerno umanjenom broju, prema veličini njihovog učešća u ukupno traženom broju (pro rata sistem se koristi u slučaju prekobrojne tražnje, kada ništa drugo nije predviđeno). U tom slučaju je, međutim, moguće da emitent postavi dodatni kriterijum za prvenstveno sticanje akcija (npr. prema visini cene koju su ponudili bez obzira na to što se akcije stiču po jedinstveno utvrđenoj ceni, prema broju traženih akcija - prednost imaju oni koji traže više ili prema redosledu predaje ponude i dr.). Tada pun traženi broj dobijaju ulagači koji zadovolje taj dodatni kriterijum. Dodatni kriterijum svakako mora biti unapred određen, pre otpočinjanja aukcije, već u samom javnom pozivu, kako bi potencijalni ulagači sa njim bili unapred upoznati. U suprotnom bi se moralo primeniti načelo srazmernosti (pro rata sistem), kako bi se izbegla samovolja emitenta (načelo jednakog tretmana investitora).

Na prvi pogled, ovaj metod ima nedostataka za emitenta, jer omogućava investitorima da plate manje od cene koju su sami ponudili. Ipak, budući da oni koriste različite strategije nuđenja kod različitih varijanti aukcije, metod jedinstvene cene, pod izvesnim okolnostima može zapravo dovesti do većeg priliva kapitala za emitenta. Ovaj metod ohrabruje investitore da učine realnu ponudu za sticanje efekata, jer cena koju će oni zapravo trebati da plate često nije u direktnoj vezi sa cenom koju su ustvari ponudili.[39]

Metod višestruke emisione cene je nešto složeniji.[40] U okviru ove metode se emisiona cena (odnosno cene) utvrđuje na jednom ili više berzanskih sastanaka, ali najkasnije do isteka roka za upis „hartija" po javnom pozivu i u skladu sa odlukom emitenta hartija od vrednosti. Emitent još u javnom pozivu određuje minimalnu cenu po kojoj se može vršiti izdavanje. Pri tome na „prodajnoj" strani učestvuje isključivo jedan limit nalog „prodaje" koji sadrži minimalnu cenu utvrđenu u odluci emitenta. Svaki potencijalni ulagač (upisnik-kupac) može da ispostavi samo jedan (zapečaćena ponuda, eng. *sealed bid*) ili neograničen broj (progresivna ponuda, eng. *progresive bid*) limit ili tržišnih naloga „kupovine". Limit nalog je nalog u kome se unapred utvrdi broj i cena po kojoj se „hartije" žele steći. Tržišni nalog je nalog u kome se određuje broj, ali ne i cena po kojoj se „hartije" žele steći.

Postupak utvrđivanja emisione cene (odnosno cena) se odvija tako što se prvo određuje da li ima limit naloga „kupovine". Ukoliko ih nema, izvršiće se realizacija tržišnih naloga u celosti po ceni koju je odredio emitent u svojoj odluci. Ako ih ima, onda se utvrđuje ukupna tražnja u svim limit nalozima kupovine, kao i ukupna tražnja u svim tržišnim nalozima kupovine. Od ukupne količine „hartija" koje se nude (utvrđene u limit nalogu „prodaje"), oduzima se ukupna količina iz svih tržišnih naloga kupovine. Količina raspoloživih efekata namenjena je za realizaciju limit naloga „kupovine" po cenama koje su sadržane u limit

[39] K. Dorton, *Auctioning new issues of corporate securities*, Virginia Law Review, br. 71/1985, p. 1385.

[40] U Pravilniku o poslovanju Beogradske berze metod višestruke emisione cene je predviđen kao jedan od mogućih načina određivanja emisione cene, u slučajevima kada se emitent opredeli da direktno izda hartije od vrednosti na organizovanom vanberzanskom ili berzanskom tržištu. Inače, hartije od vrednosti se najčešće prvo izdaju van organizovanog tržišta, a onda se potom podnosi zahtev za njihovo uključenje na organizovano vanberzansko ili berzansko tržište. U svakom slučaju, odredbe ovog Pravilnika u domenu primene ovog metoda nisu mogle doći do izražaja zbog restriktivnih odredaba našeg prava (ZPD, ZTHoV i Pravilnika o sadržini i formi prosekta i drugih dokumenata koji se podnose radi izdavanja hartija od vrednosti), koje je do sada omogućavalo isključivo primenu čvrstog postupka utvrđivanja emisione cene.

nalozima „kupovine“. Ako je količina raspoloživih efekata manja od ukupne količine iz svih ispostavljenih limit naloga kupovine, prednost pri realizaciji imaju limit nalozi kupovine sa većom cenom, osim u slučaju jednake cene kada se vrši svođenje limit naloga „kupovine“ u srazmeri sa količinom traženih efekata u svakom od njih. Ako je, međutim, količina raspoloživih efekata veća od ukupne količine traženih efekata iz svih limit naloga „kupovine“, svi limit nalozi „kupovine“ se realizuju u celosti po cenama koje su u njima sadržane. Stoga se ovaj metod i naziva metodom višestruke cene. Efekti koji u tom slučaju preostanu dodeljuju se davaocima tržišnih naloga. Pri tome se svi tržišni nalozi „kupovine“ realizuju po prosečnoj ponderisanoj ceni realizovanih limit naloga „kupovine“. Ako je, međutim, broj raspoloživih efekata manji od broja ukupno traženih efekata u tržišnim nalozima kupovine, prednost pri realizaciji tržišnih naloga kupovine imaju nalozi veći po količini, osim u slučaju jednake količine u svakom od njih kada se vrši svođenje tržišnih naloga na raspoloživ broj efekata.

Metod višestruke emisione cene je kao što se vidi iz prethodnih izlaganja veoma složen, pa se iz tog razloga i ređe koristi. Osim toga, svaki ponudilac (ulagač) čija ponuda bude prihvaćena, stiče efekte po ceni koju je ponudio. To dovodi do neke vrste diskriminacije, jer jedni plaćaju više, a drugi manje za sticanje identičnih efekata u istom trenutku.

Uopšteno gledano, bez obzira na vid aukcije, prednost aukcijskog načina određivanja emisione cene je dvojaka. Prvo, izdavaocu se omogućava da postigne optimalnu emisionu cenu po kojoj će istovremeno moći da plasira sve ponuđene efekte. Drugo, time se barem za izvesno vreme onemogućavaju špekulanti da nakon sticanja velikog broja ili čak svih efekata u neaukcijskoj emisiji, iste potom preprodaju po znatno višoj ceni. Otvoreni načini određivanja emisione cene (*open pricing*), u koje spada i aukcija, su se javili kao odgovor na nedostatke koji u praksi prate čvrsto određivanje emisione cene. To su po pravilu prenisko određivanje emisione cene, koje je istovremeno praćeno problemima koje sa sobom nosi prebukiranost emisije.

Aukcijska emisija se retko posebno uređuje u zakonima koji predstavljaju izvor Prava tržišta kapitala. Ona se, po pravilu, odvija po opštim pravilima o javnim nadmetanjima (čl. 229 – 233 ZOO) ili po berzanskim pravilima, ako se organizuje berzanska emisija. U svakom slučaju potrebno je da emitent unapred još u javnom pozivu (ili prospektu) jasno odredi uslove aukcije. U suprotnom je moguće da se emisija poništi kao nezakonita.

g) Određivanje emisione cene u postupku stvaranja knjige (*bookbuilding*)

Postupak stvaranja knjige (*bookbuilding*) je fleksibilan postupak određivanja emisione cene koji je podeljen u više faza. Tokom ovog postupka se tek u jednoj od njegovih kasnijih faza utvrđuje cenovni raspon (minimalna i maksimalna emisiona cena) unutar koga se trebaju kretati ponude potencijalnih investitora. Postupak stvaranja knjige se primenjuje prvenstveno kod inicijalne javne ponude akcija. Akcije su korporativne hartije od vrednosti, a akcionari su članovi društva. Stoga na strani emitenta može postojati interes da njegovi članovi budu što „kvalitetniji" ili tačno određene kategorije investitora. U uporednoj praksi se u novije vreme ovaj postupak primenjuje i u slučaju upućivanja privatne ponude.[41]

U prvoj fazi postupka se, kao i kod postupka čvrstog određivanja emisione cene, vrši analiza vrednosti preduzeća emitenta, pri čemu se uzima u obzir tržišna cena akcija uporedivih društava (npr. društava koja se u sličnom obimu bave istom ili sličnom delatnošću). To je tzv. **premarketing faza.**

Nakon toga se preduzeće emitenta predstavlja institucionalnim (profesionalnim) investitorima. To je tzv. **marketing faza.** Postupak predstavljanja emitenta profesionalnim investitorima se u inostranoj poslovnoj praksi naziva „*Road-show*". Na osnovu razgovora sa profesionalnim investitorima emitent može predvideti kako će na tržištu kapitala ponuda njegovih efekata biti prihvaćena. Ipak, oglasi, reklame, prezentacije preduzeća emitenta, čak ni u formi „*Road-show-a*" bez utvrđivanja predmeta ponude (akcija koje se nude) i unapred poznatog cenovnog okvira još uvek ne predstavljaju javnu ponudu akcija, jer još uvek nedostaju bitni elementi budućeg ugovora.[42] U tom momentu, između ostalog, još uvek ne postoji ni konkretna mogućnost sticanja akcija, jer nije počeo da teče rok za njihov upis i uplatu. Interesantno je, međutim, da u toku „*Road-show-a"*, još pre nego što bude utvrđen cenovni raspon, i pre upućivanja javnog poziva, profesionalni investitori mogu predavati svoje „kupovne" ponude. Oni daju svoje ponude na osnovu predstavljanja preduzeća emitenta, individualnih informacija koje poseduju, prethodnih procena vrednosti preduzeća emitenta i sl.

---

[41] To je pojednostavljeni ubrzani postupak stvaranja knjige poznat pod nazivom „*Accelerated Bookbuilding"*.

[42] A. Heidelbach im *Kapitalmarktrechts - Kommentar*, Hrsg. Schwark E., München, 2004, p. 685.

Nakon toga sledi treća faza u kojoj se na osnovu unapred određenog cenovnog okvira prikupljaju ponude. Ova faza se naziva **fazom uzimanja ponuda** (eng. *order-taking phase*). U okviru nje se upućuje javni poziv potencijalnim investitorima da izvrše predaju svoje ponude za upis i uplatu akcija. Dakle, javna ponuda ovde uvek ima karakter samo poziva da se učine ponude (*invitatio ad* offerendum). Od tog trenutka počinje važenje javne ponude i sve obaveze i odgovornosti emitenta i drugih lica koje se za nju vezuju. U toku faze uzimanja ponuda potencijalni investitori daju svoje ponude koje se moraju kretati u okviru cenovnog okvira (minimalna – maksimalna cena) koji je utvrđen u javnom pozivu. Ovaj postupak se naziva postupkom stvaranja knjige, jer se sastavlja posebna lista (knjiga) o ponudama i profesionalnim investitorima koji su ih učinili. Privatni (obični) investitori se ne naznačavaju u knjizi, već se evidentira samo broj akcija koji oni žele da upišu. Profesionalni investitori se naznačavaju u knjizi, jer se u odnosu na njih primenjuje **sistem bodovanja** (eng. *scoring model*) o njihovom kvalitetu. Faza uzimanja ponuda se poklapa sa periodom važenja javne ponude i u praksi traje između 2 i 10 radnih dana.[43]

Nakon završetka faze uzimanja ponuda, emitent u dogovoru sa emisionom bankom ili vođom konzorcijuma banaka, a na osnovu prikupljenih ponuda, utvrđuje jedinstvenu emisionu cenu i vrši prerapodelu akcija (**faza preraspodele**) u zavisnosti od prethodno izraženog interesovanja za upisom akcija i u skladu sa odgovarajućim sistemom bodovanja (ako je emisija prebukirana). Prema sistemu bodovanja pored visine cene koju su investitori ponudili, raspodela akcija zavisi i od „kvaliteta“ i vrste investitora koji su te ponude učinili. Proces izbora investitora je veoma važan, jer u interesu emitenta može biti da akcije steknu kvalitetni i dugoročni investitori, koji imaju visok stepen poverenja u „menadžment“ kompanije. Sistem bodovanja dolazi do izražaja u slučaju prekobrojnog upisa (prebukiranosti emisije) tj. kada porudžbina akcija bude veća od obima emisije. U tom slučaju emisiona cena može biti fiksirana pri gornjoj granici cenovnog raspona. To je po pravilu najviša cena po kojoj je moguće plasirati celokupnu emisiju. Ukoliko se, međutim, želi postići veća disperzija investitora postavlja se nešto niža emisiona cena. Konačna preraspodela se, međutim, vrši u skladu sa modelom bodovanja. On se precizira unapred u ugovoru između emitenta i pokrovitelja emisije (emisione banke ili konzorcijuma banaka). Prema sistemu bodovanja se ne vrednuju samo ponuđena cena, već i kvalitet odnosno ciljna grupa kojoj potencijalni investitor pripada. Prednost se pri to-

[43] J. Ekkenga – H. Maas, *op.cit.,* p. 93

me može dati različitim investitorima u skladu sa interesima emitenta. To mogu biti investitori koji su na određen način povezani sa emitentom[44] (npr. redovno mu vrše isporuku određene robe), investitori koji su dugoročno ili kratkoročno zainteresovani za posedovanje akcija emitenta, profesionalni ili obični (privatni) investitori, oni koji su dali ponudu za sticanjem većeg ili manjeg broja akcija i sl.[45] U zavisnosti šta je u interesu emitenta, vrši se tzv. kvotacija tj. određen broj bodova se dodeljuje svakoj pojedinoj grupi investitora (npr. investicioni fondovi dobijaju 10 bodova, osiguravajuća društva 6 itd), a potom se on množi sa cenom koju su pojedini investitori ponudili. Forum evropskih komisija za harije od vrednosti (skraćeno *FESCO*)[46] je usvojio Kodeks raspodele, koji treba da obezbedi fer postupanje prilikom vršenja preraspodele efekata. Ovaj Kodeks sadrži pravila ponašanja koja se odnose na stabilizaciju kursa, postupak preraspodele, kao i postupak preraspodele viška prilikom izvršenje tzv. *Greenshoe* metoda.[47]

Postupak stvaranja knjige može izazvati izvesne pravne nedoumice. Prvo, naveli smo da još u toku tzv. marketing faze i predstavljanja preduzeća emitenta pred profesionalnim investitorima (*Road-show*), a pre određivanja cenovnog raspona, profesionalni investitori mogu učiniti ponude za „kupovinu" akcija. Problem, međutim, može nastati u slučaju ako njihova ponuđena cena ostane izvan naknadno utvrđenog cenovnog raspona. U tom slučaju kupovne ponude tih profesionalnih investitora nisu podobne za prihvat. One su pored toga tada i opozive. U praksi je, međutim, to redak slučaj jer su već primljene ponude od strane profesionalnih investitora dovoljan pokazatelj emitentu kako da postavi realni cenovni raspon. Drugo, ponude investitora pod određenim uslovima mogu biti opozive.[48] Na kraju, jedna od karakteristika ovog postupka ogleda se i u tome što se uplata akcija vrši tek po izvršenoj preraspodeli, za razliku od postupka čvrstog određivanja cene gde investitori upisuju i istovremeno vrše uplate za željeni broj akcija, pri čemu im se tek po izvršenoj preraspodeli vraćaju uplaćena sredstva za onaj broj akcija koji im nije dodeljen, a koje su platili još u trenutku njihovog upisa.

---

[44] U stranoj literaturi se nazivaju „Friends and Family " investitorima.

[45] J. Ekkenga – H. Maas, *op.cit.,* p. 336.

[46] Forum of European Securities Comissions.

[47] J. Ekkenga – H. Maas, *op.cit.,* p. 337.

[48] Takva situacija npr. postoji u slučaju nenavođenja u prospektu barem maksimalne emisione cene i kriterijuma (uslova) za njeno utvrđivanje. U pogledu toga videti detaljnije izlaganja u okviru naslova 2 v „Pravo EU".

Postupak stvaranja knjige ima svoje nedostatke, ali i brojne prednosti. Osnovni nedostatak se sastoji u tome što kao i kod drugih otvorenih postupaka pronalaženja emisione cene emitent ne može znati unapred sa kakvim prilivom kapitala može računati. Nasuprot ovome, stoji prednost koja se sastoji u tome da se uključivanjem potencijalnih investitora u postupak pronalaženja emisione cene pre može doći do adekvatne cene tj. najviše po kojoj celokupna emisija može biti plasirana. Rizik da pokrovitelj emisije (emisiona banka) neće uspeti da plasira sve akcije, što bi istovremeno opteretilo kurs „starih" akcija je u ovom slučaju sveden na minimum. Pored postizanja optimalne emisione cene, vrednost postupka stvaranja knjige se ogleda i u tome što se primenom posebnog sistema bodovanja omogućava emitentu da prilikom raspodele akcija, u skladu sa svojim preferencijalima, da prednost investitorima određenog „kvaliteta" tj. onima koji mu pogoduju. Pri tome se izborom dugoročno i, ili kratkoročno orjentisanih ulagača može obezbediti likvidnost i stabilnost kursa svih akcija emitenta nakon završetka emisije.

Vladimir Marjanski, LL. M. Assistant
Novi Sad Faculty of Law

Determining of shares' emission price (Pricing)

Abstract

The question of the shares' emission price finding (pricing) has a great importance. Emission success decisively depends on proper emission price determining. Finding of an adequate emission price is difficult, since the interests of the issuer, emission bank and investor are regularly different. In order to get beyond these different interests, in praxis were made three methods for emission price determining: fixed price procedure, auction and bookbuilding procedure. In the paper are analized mainly legal aspects related to emission price finding, such as: legal limitations concerning determining of the emission price, legal constrains related to the possibility of making choice of emission price finding procedures, legal rules regulating these procedures, field of their application, as well as adventages and disadventages of their usage in praxis.

Originalni naučni rad 343.6/.7

Mr Milena Pavlović, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

ZLOČINI MRŽNJE U KONTEKSTU RESTORATIVNE PRAVDE

Sažetak: *Pojave zločina mržnje se u radu razmatraju u svetlu moguće primene načela restorativne pravde. Nakon što je ukazano na osnovna obeležja restorativne pravde i zauzet definitivan stav u pogledu pojedinih obeležja koja u teoriji i dalje izazivaju polemike, izložene su karakteristike zločina mržnje i preispitana mogućnost primene restorativnih principa na ovaj oblik delinkvencije. Dodirne tačke su pronađene u pogledu pojma zajednice, obeležja učinilaca, specifičnosti žrtava i karakteristika izvršenih dela.*

Ključne reči: *zločini mržnje, restorativna pravda.*

Osnovni principi restorativne pravde

Zločini mržnje se po mnogo čemu razlikuju od drugih, klasičnijih formi devijantnog ponašanja. Razlike su ponajviše vezane za okolnosti pod kojima je delo učinjeno, a specifičnosti postoje i u pogledu karakteristika žrtava i učinilaca. Za razliku od većine krivičnih dela, zločini mržnje najčešće nisu plod ranijeg poznanstva ili veze između učinioca i žrtve – naprotiv, oni su tipičan primer onoga što se u kriminologiji naziva *stranger danger,* a što je, kako statistike pokazuju, izuzetno retka pojava kada se radi o kriminalitetu uopšte. Osim toga, ovi akti nisu motivisani racionalnim razlozima, već u njihovoj pozadini stoje neistinita verovanja – stereotipi i neprijateljski stavovi – predrasude.[1] Kada se radi o učinioci-

[1] Allport, Gordon W, *The Nature of Prejudice,* Perseus Books, Cambridge, Massachusetts, 1979, strane 7 i 191.

ma, oni čine relativno jednoobraznu grupu – najčešće su to mlade, slabo socijalizovane osobe, sa izraženim ličnim problemima, što ih čini sugestibilnim i prijemčivim za ideje o nadmoći i dominaciji. Smatra se da oni izvršenjem akta zapravo leče osećaj inferiornosti i duboko usađene komplekse, jer dokazuju odanost grupi kojoj pripadaju ili se osećaju kao njen deo, što stvara osećaj zajedništva koji nisu stekli u okviru svoje primarne socijalne sredine. Stereotipi i predrasude, iako svakako postoje, kod učinilaca nisu preterano izraženi, tj. najčešće nemaju funkcionalan značaj, te predstavljaju uslov, a ne uzrok izvršenja akta. Kada se radi o žrtvama, karakteristično je da njihov status nije stečen na osnovu ličnih svojstava, niti iz bilo kojih drugih razloga na koje bi oni eventualno mogli da utiču. Status žrtve je predodređen gotovo isključivo pripadnošću određenoj društvenoj grupi, što ima dalekosežne posledice na mnogo širi krug lica od viktimiziranog pojedinca.

Na osnovu izloženih obeležja zločina mržnje, moglo bi se zaključiti da su oni akti bez mnogo smisla – učinioci od njih nemaju materijalne ni emotivne koristi, već samo privremeno i beznačajno zadovoljstvo, dok žrtvom može da postane svako, samo ako je pripadnik društvene grupe prema kojoj neko oseća animozitet. Vršenje stroge represije prema učiniocima zločina mržnje stoga ne deluje kao dobar vid državne reakcije, jer se uslovi koji su doveli do izvršenja akta neće otkloniti primenom ozbiljnih kaznenih mera, dok istovremeno ovakav ishod nije opravdan ni sa aspekta žrtava - od slanja učinioca u zatvor one nemaju gotovo nikakvu satisfakciju.

Zločini mržnje su dela za čije suzbijanje je od represije daleko bitnija prevencija. U njihovom korenu leži društvena netolerancija, odnosno stanje latentne socijalne netrpeljivosti. Iako sami učinioci najčešće nisu, kao što je pomenuto, opterećeni intenzivnim predrasudama, socijalna klima je takva da doprinosi njihovom održavanju i stvaranju predstave o njihovoj opšteprihvaćenosti. Postojanje predrasuda u društvu ne mora rezultovati izvršenjem zločina mržnje, ali će oni svakako biti učestaliji u onim socijalnim sredinama koje ne postavljaju branu netoleranciji. Dakle, ako bi društvo blagovremeno i pravilno reagovalo i sprečilo razvoj negativnih emocija, pojave zločina mržnje bi trebale da budu potpuno isključene ili svedene na minimum.

Pošto su specifičnosti akata mržnje očigledno toliko izražene, opravdano je upitati se da li ovakve akte treba procesuirati i učinioce kažnjavati jednako kao i većinu vinovnika „klasičnijih“ krivičnih dela, ili je možda moguće razmotriti mogućnosti za „skretanje“ krivičnog postupka i blaže, ili barem alternativnije kažnjavanje učinilaca. Kako je jedan od osnovnih ciljeva krivičnog prava da spreči dalje vršenje delikata, izrazito retributiv-

na reakcija bi u slučaju zločina mržnje mogla biti kontraproduktivna. Odmazda nad učiniocem bi zaista mogla da generiše dalje sukobe u zajednici, kao što to sugerišu protivnici trenda posebnog inkriminisanja i strožijeg kažnjavanja zločina mržnje.

Jedno od rešenja koje, barem teorijski, ima izgleda za uspeh, je unošenje načela i principa restorativne pravde u postupak prema učiniocima zločina mržnje. Restorativna pravda, novo ime za princip koji je postojao i primenjivao se u pojedinim delovima Evrope sve do XIII veka,[2] bi mogla ponuditi korisnu alternativu strogom kažnjavanju najčešće mladih učinilaca, za koje osuda predstavlja stigmu koju je gotovo nemoguće izbrisati. Ovaj princip bi istovremeno mogao obezbediti restauraciju poljuljane sigurnosti, samopoštovanja, dostojanstva i osećaja kontrole žrtava.[3] Principi restorativne pravde se zapravo zasnivaju na tezi da krivični postupak ne zadovoljava i zanemaruje potrebe ne samo, kao što bi se moglo očekivati, učinilaca, već paradoksalno ni žrtava.

Pokret restorativne pravde u sebi uključuje više ideja i ciljeva. Udaljavajući se od retributivnog, on se približava danas napuštenom rehabilitativnom odnosu prema učiniocu.[4] Njegovi ciljevi se ne sastoje samo u obezbeđivanju reparacije i restauracije izgubljenog ili povređenog, već i u skretanju krivičnog postupka, kao i primeni alternativnih krivičnih sankcija. Istovremeno, on predstavlja i otelotvorenje ideje o aktivnijoj ulozi žrtava i doslednijem poštovanju njihovih prava. Princip, dakle, u sebi uključuje krivičnomaterijalne, krivičnoprocesne, krivičnoizvršne i viktimološke aspekte.

Iako u pogledu osnovnih obeležja ideja restorativne pravde i dalje postoje brojna i vrlo duboka neslaganja, može se bez rezerve reći da ona podrazumeva proces u kome učestvuju svi subjekti koji na neki način imaju veze sa učinjenim krivičnim delom (učinilac, žrtva, zajednica) i čiji je osnovni cilj da se razreše sporna pitanja nastala izvršenjem kriminalnog akta, kao i da se postigne saglasnost u pogledu toga kako se može uspostaviti stanje najsličnije onom koje je postojalo pre učinjenog dela.[5]

---

[2] Ono što danas nazivamo principima restorativne pravde se, istina u dosta drugačijem obliku, u Evropi primenjivalo sve dok je krivično delo bilo smatrano privatnom stvari žrtve, tj. kada je ona slobodno disponirala odlukom da li će na delo reagovati i da li će do krivičnog progona doći. Akuzatorsko načelo je kasnije napušteno u korist države i shvatanja da zločini vređaju društvo, tj. kolektivitet.

[3] Morris, Allison, *Critiquing the Critics, A Brief Response to Critics of Restorative Justice,* British Journal of Criminology, tom 42, 2002, strana 598-599.

[4] Roach, Kent, *Changing Punishment at the Turn of the Century: Restorative Justice on the Rise,* Canadian Journal of Criminology, tom 42, broj 3, 2000, strana 276.

[5] Najugledniji teoretičari restorativne pravde je definišu na sledeći način: „Restorativna pravda je proces spajanja pojedinaca na koje je krivično delo uticalo, da bi se složili

Restorativna pravda je suštinski najsličnija ideji o potrebi da se na zločin reaguje ne toliko pravnim, koliko socijalnim merama.

Bez obzira na to što se restorativna pravda često shvata kao pokret čiji je konačan cilj reforma krivičnog prava kakvo danas poznaje većina država,[6] što i dovodi do toga da postoje brojni protivnici ove ideje, za postizanje njenih osnovnih ciljeva nije neophodno rušiti sistem i graditi ga ponovo, već je dovoljno, rukovodeći se njenim osnovnim principima, izvršiti blage korekcije u postojećem sistemu krivičnog prava.[7] Postupak utvrđivanja svih okolnosti dela i kažnjavanja učinioca ne „pripada" u potpunosti ni državi ni žrtvi, već bi trebao, tamo gde je to moguće, da bude rezultat međusobno usklađenih aktivnosti.[8] Brojni teoretičari restorativne pravde tvrde da se u savremenim uslovima krivična dela smatraju deliktima protiv države, te je to razlog zbog koga je ona preuzela na sebe obavezu da kažnjava njihove učinioce.[9] To nije sasvim tačno. Krivična dela su dela protiv čoveka i osnovnih društvenih vrednosti, a država je samo subjekt u čijoj je nadležnosti da te vrednosti zaštiti snagom svog autoriteta. Tvrdnja da je država „otela" gonjenje dela iz ruku žrtve, odnosno da rešavanje konflikta „pripada" žrtvi,[10] se, iako tačna u smislu faktičkog stanja,

---

kako da se popravi šteta koja je nastala. Svrha je da se restauriraju žrtve, učinioci i zajednice na način za koji svi učesnici smatraju da je pravedan". Braithwaite, John, *A Future Where Punishment is Marginalized,* UCLA Law Review, tom 46, 1999, strane 1727,1743. Prema Hauardu Zeru, restorativna pravda je „proces koji uključuje, u najvećoj mogućoj meri, one koji su povezani sa pojedinim krivičnim delom, kako bi se zajednički identifikovalo i razgovaralo o njegovim štetnim posledicama, potrebama i obavezama, u cilju isceljenja i popravljanja stvari koliko je to moguće." Zehr, Howard, *The Little Book of Restorative Justice,* Good Books, 2002, prema Coates, Robert B; Umbreit Mark S; Vos, Betty, *Responding to Hate Crimes through Restorative Justice Dialogue,* Contemporary Justice Review, tom 9, broj 1, mart 2006, strana 9.

[6] Roach, Kent, *op. cit,* strana 254.

[7] Slično: Roche, Declan, *Dimensions of Restorative Justice,* Journal of Social Issues, tom 62, broj 2, 2006, strana 235.

[8] To naravno ne znači da kritike formalnog sistema kontrole kriminaliteta, kakav danas postoji u većini država, nisu osnovane. U šta se on pretvorio i kakve su dalje tendencije njegovog razvoja može se čitati u takvim inspirativnim delima kao što je knjiga Nilsa Kristija, „Kontrola kriminaliteta kao industrija" (Nils, Christie, *Crime Control as Industry, Towards Gulags, Western Style,* treće izdanje, Routledge, 2000).

[9] Videti npr. Zehr, Howard, *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice,* Herald Press, 1990, strane 81-82, i Umbreit, Mark S; Lewis, Ted; Burns, Heather, *A Community Response to a 9/11 Hate Crime: Restorative Justice Through Dialogue,* Contemporary Justice Review, tom 6, broj 4, 2003, strana 383.

[10] Christie, Nils, *Conflicts as Property,* British Journal of Criminology, tom 17, broj 1, 1977, strana 1. Hauard Zer kaže da se taj proces odvijao na sledeći način: „pokret (transformacije, prim. aut.) od privatne, ili komunalne pravde do javne pravde ... je započeo sa otvaranjem mogućnosti da država bude inicijator postupka. Vremenom je država postala

ipak ne može smatrati potpuno ispravnom, jer je progon učinilaca od strane žrtve karakterisao vreme u kome su države bile zasnovane na sasvim drugim postulatima nego danas. Mogućnost žrtve da goni učinioca bila je uslovljena postojanjem države koja nija imala sve elemente koje u savremenim uslovima poseduje. Privatna reakcija na zločin samo je jedno kratko vreme, i to u pojedinim državama, bila pravno regulisana i civilizovana, dok je daleko duži vremenski period imala obeležja odmazde i osvete. Samopomoć teško da može biti ideal kome treba težiti u savremenim uslovima, a ponovno uspostavljanje srednjevekovnih i ranijih praksi reakcije na kriminalitet teško da se može opravdati. Dakle, država mora ostati jedini subjekat u čijoj je nadležnosti vršenje represije, ali glas žrtve treba i mora da se čuje. Svako odstupanje od ovoga vodi ili u anarhiju ili u apsolutizam.

Specifična obeležja zločina mržnje čine ova dela podobnim da budu procesuirana u skladu sa načelima restorativne pravde. Pre nego što se ukaže na ta obeležja, neophodno je zauzeti definitivan stav u pogledu pitanja koja su i dalje sporna u teoriji restorativne pravde. Ovo je neophodno učiniti stoga što se ispravnost i svrsishodnost određenih praksi restorativne pravde ponekad dovode u pitanje, čime se skoro u potpunosti negira njena vrednost.

Pored ranije pomenutog opredeljenja da sistem krivičnog prava treba da opstane, a ne da bude zamenjen, već samo korigovan načelima restorativne pravde, mogu se istaći i sledeći predlozi:

- Gonjenje učinilaca mora biti prepušteno državnim organima. Oni moraju uzeti učešće u svim fazama postupka, bez obzira na to da li je on „skrenuo“ u neki vid restauracije, jer se samo tako mogu ispoštovati načela jednakosti i pravne sigurnosti, kao i dosledno poštovanje principa pravne države. „Privatizacija“ postupka se ne sme dozvoliti, država ne treba da se povuče iz procesa, već samo da se skloni sa strane i omogući učiniocu i žrtvi da uzmu aktivnije učešće u iznalaženju najboljeg rešenja, koje će na kraju zadovoljavati sve uključene subjekte. U tom slučaju, definicija samog krivičnog postupka bi morala da uključi nove elemente pored utvrđivanja odgovornosti i izricanja sankcije, a koji bi ukazivali na to da je cilj postupka takođe i adekvatan post-deliktni rad sa žrtvama i mogućnost restorativne reakcije na učinjeno krivično delo.
- Moderatori ili medijatori, tj. subjekti koji koordiniraju i omogućavaju odvijanje postupka restorativne pravde, moraju biti posebno obu-

---

partner, zatim vlasnik, sve dok na kraju ... država nije ostvarila monopol nad pravdom. U tom procesu, pojam žrtve je redefinisan, jer država postaje legalna žrtva“. Zehr, Howard, *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice,* strana 121.

čeni za obavljanje tog posla i po mogućstvu imati znanja iz oblasti prava, psihologije i sociologije. To nikako ne mogu biti *ad hoc* postavljeni volonteri, koji osim dobre volje za učestvovanjem, uglavnom nemaju nikakvih drugih stručnih kvalifikacija. Ne treba takođe izbegavati po svaku cenu da to budu lica zaposlena u policiji, tužilaštvu ili sudu, mada bi i na njih morao da se primenjuje pomenuti princip stručnosti.

- Postupak mora biti vođen po tačno utvrđenim pravilima i zasnovan na jedinstvenim načelima, kako bi učesnici mogli znati šta ih očekuje. Ovaj princip takođe predstavlja otelotvorenje načela jednakosti i pravne sigurnosti.
- Žrtvama ne sme da bude dozvoljeno da same određuju sancije, već samo da ukažu na to koji tip sankcije bi za njih bio zadovoljavajući, kako bi na taj način ilustrovale svoj stav o učinjenom delu i izvršiocu. Bez obzira na neobaveznost takvog predloga, ovo svakako treba da bude nešto čime će se postupajući sudija rukovoditi.
- Treba omogućiti da postupak „skrene" u različitim fazama, jer žrtva i okrivljeni tokom trajanja procesa mogu promeniti stav u pogledu želje za učestvovanjem.
- Postupak mora počivati na apsolutnoj dobrovoljnosti, odnosno svi akteri u procesu (uključujući i sud, tj. javnog tužioca, u zavisnosti od faze u kojoj se postupak nalazi) moraju dati svoj pristanak, odnosno saglasnost.
- Postupanje ne sme biti takvo da učiniocima stavi u izgled blažu kaznu od one koju bi dobili u redovnom krivičnom postupku, jer se samo na taj način može izbeći da oni postupku restorativne pravde pristupe neiskreno, sa željom da budu blaže kažnjeni. To implicira da postupak može biti primenjen bez obzira na težinu učinjenog krivičnog dela, jer svrha restorativne pravde svakako nije da amnestira učinioca, već da uspostavi ranije postojeće stanje. Pretpostavka da će učinioci lakših krivičnih dela biti spremniji da razgovaraju i da objasne svoje ponašanje od učinilaca težih dela, ne mora biti tačna. Na primer, lice koje je nanelo laku telesnu povredu susedu sa kojim je godinama u zavadi će vrlo verovatno biti manje spremno da se opravda od lica koje je nehatno izazvalo smrt drugog u saobraćajnoj nezgodi. Podela dela na lakša i teža, kada se radi o restorativnoj pravdi, nema puno opravdanja, jer su pomirenje, kajanje i restauracija uvek i svuda mogući, a veštačka i striktna podela krivičnih dela može predstavljati nepremostivu prepreku na putu ka pomirenju.

U praksi, primena načela restorativne pravde trebala bi da se dogodi u toku krivičnog postupka. Zasnovan na principu dobrovoljnosti i sagla-

snosti suda, odnosno javnog tužioca, on bi mogao predstavljati fakultativnu fazu krivičnog postupka, koja ne bi bila usmerena ka amnestiranju učinioca od odgovornosti, već ka ostvarivanju svih ostalih ciljeva restorativne pravde – razumevanju ukupnih okolnosti dela, mogućnosti učinioca i žrtve da iskažu svoje mišljenje, stavove i osećanja, mogućnosti da učinilac nadoknadi štetu, izvini se i sl. Ipak, kazna za učinioca u propisanom rasponu bi morala i dalje da preti, ali bi u procesu odmeravanja, sudija morao da uzme u obzir okolnost da je učinilac pristao da učestvuje u delu postupka zasnovanom na načelima restorativne pravde. Ako je delo takvo da podrazumeva mogućnost izricanja sasvim blage sankcije, postupak može veoma brzo da se završi, i pre nego što dođe u fazu odlučivanja. To praktično dovodi do stvaranja dvostrukog koloseka sankcija kada se radi o postupanju za teža krivična dela. Dok bi kod lakših krivičnih dela kazna mogla da se izrekne odmah nakon restorativnog postupka, kod težih ovo ne bi bio slučaj, već bi se na taj postupak naslanjao redovan krivični postupak, a pored sankcije koje je „dogovorena" u postupku restauracije (izvinjenje, obavljanje posla u korist žrtve ili njene zajednice, nadoknađivanje štete), izricala bi se i redovna, „državna" sankcija. Pojedini protivnici pokreta restorativne pravde ovakvu ideju kategorički odbacuju, smatrajući da takvi potupci dovode do tzv. širenja mreže (*net-widening*), ali treba imati na umu da je učestvovanje okrivljenog u delu postupka zasnovanom na načelima restorativne pravde, a naročito ostvarivanje određenih uspeha u ovom procesu, jak motivacioni faktor za sudiju pri odmeravanju stepena krivice optuženog.

Specifične karakteristike zločina mržnje kao uslovi za primenu principa restorativne pravde

Postoji više razloga zbog kojih bi bilo oportuno primeniti načela restorativne pravde u postupku prema učiniocima zločina mržnje. Razlozi su vezani upravo za ona obeležja zločina mržnje koja ih čine specifičnim i daju im posebno mesto u ukupnosti kriminalnog ponašanja.

Dijalog, kao jedan od osnovnih metoda za postizanje ciljeva restorativne pravde, je istovremeno jedan od najbitnijih načina za otklanjanje predrasuda, koje predstavljaju bitan uslov za pojavu netolerantnog ponašanja. Sa obzirom na to da se ne treba preterano nadati da će kažnjavanje učinioca od njega stvoriti tolerantnu ličnost, krivični postupak bi mogao biti mesto na kome će učinilac steći prva saznanja o stvarnim posledicama svog akta, o njegovom implikacijama na žrtvu i njenu zajednicu. Veliki broj aspekata zločina mržnje omogućavaju i olakšavaju ostvarivanje ovog cilja.

Problem određivanja pojma zajednice

O zajednici se govori kao o „problemu" zbog toga što njeno definisanje, a samim tim i učestvovanje u procesu, često predstavljaju kamen spoticanja, iako je ona po definiciji nesporan subjekat u postupku zasnovanom na principima restorativne pravde. Ko čini zajednicu, koliki broj ljudi će je reprezentovati i na koji način, su pitanja od kojih zavisi kako tok, tako i ishod postupka. Određenje zajednice u teoriji varira od uključivanja isključivo porodice ili lica veoma bliskih učiniocu i žrtvi, preko suseda i prijatelja, do predstavnika organa lokalne vlasti. Tendencija proširivanja je tolika da se pod zajednicom ponekad podrazumevaju sva ona lica koja podržavaju učinioca i žrtvu.[11]

Zajednica svakako treba da učestvuje u postupku, jer se smatra da ona ima odgovornost i prema žrtvama i prema učiniocima, jer prve nije adekvatno zaštitila, dok druge nije ispravno socijalizovala, obrazovala i integrisala.[12] Ona mora da bude prisutna kao svedok, kao subjekat koji verifikuje postupanje i daje legitimet nastojanjima da se uspostavi stanje koje je ranije postojalo. Ona takođe treba da bude prisutna kako bi učiniocu bilo stavljeno do znanja da jedan znatan segment društva ne odobrava akt koji je učinio. Izgleda da su upravo ovo razlozi zbog kojih se smatra da broj ljudi koji predstavljaju zajednicu u postupku treba da bude što je moguće veći.

Bez obzira na prigovore koji se mogu uputiti ovakvom stavu[13] i dalje ostaje problem kako odrediti zajednicu, tj. konkretnije, kome dozvoliti da učestvuje u postupanju zasnovanom na načelima restorativne pravde.[14] Za razliku od većine drugih akata, zločini mržnje su jedan od retkih oblika kriminaliteta gde je moguće dati relativno osnovanu sugestiju za određivanje kruga lica koji bi trebali i mogli da učestvuju. Jedno od osnovnih obeležja zločina mržnje je da se njihove posledice, kao talas, šire na mnogobrojna lica – najpre na porodicu žrtve, zatim zajednicu neposredne žrtve u susedstvu, zajednicu neposredne žrtve van sused-

---

[11] Doolin, Katherine, *But What Does It Mean? Seeking Definitional Clarity in Restorative Justice,* Journal of Criminal Law, tom 71, broj 5, 2007, strana 436.

[12] Van Ness, Daniel WM; Heetderks Strong, Karen, *Restoring Justice,* LexisNexis/Anderson, 2005, strana 35.

[13] Ukoliko bi se ova ideja prihvatila, postupak restorativne pravde bi lako mogao da preraste u novo suđenje, za učinioca čak dramatičnije i štetnije od onog pravog. Žrtva će sasvim sigurno uvek imati veći broj „svojih" predstavnika zajednice, te se spremnost okrivljenog da iskreno učestvuje u nekoj vrsti predstave sa ogromnom, neprijateljski raspoloženom publikom, sa puno osnova dovodi u pitanje.

[14] O značenjima reči „zajednica" u kontekstu restorativne pravde, videti šire u Weisberg, Robert, *Restorative Justice and the Danger of „Community",* Utah Law Review, broj 1, 2003. godina, strane 343-374.

stva itd.[15] Dakle, osim onih koji su žrtvi najbliži, kao što su njena porodica, prijatelji i susedi, efekat zločina mržnje osećaju svi koji se sa žrtvom identifikuju po osnovu onog obeležja koje je i bilo osnov za izvršenje dela, kao što je na primer rasa, religija, seksualna orijentacija i sl.

Zajednicu dakle, ne predstavlja veštački određen krug ljudi koji je za učestvovanje možda zainteresovan iz sasvim pogrešnih razloga, već nju čine *sva ona lica koji pripadaju društvenoj grupi koja je bila ključna za izvršenje dela.* Sa obzirom na to da su zločini mržnje zločini poruke, odnosno pošto njihova osnovna funkcija nije toliko da viktimiziraju neposrednu žrtvu, koliko da pošalju poruku mržnje što širem krugu lica, sasvim je jasno ko sve ovim aktima može biti ugrožen. Iz tog razloga, zajednica je ovde stvarno zainteresovana da učestvuje, da pokaže učiniocu svoju patnju, strah i nesigurnost.

Dalje, zajednicu žrtve bi predstavljao ne samo svaki predstavnik njene grupe, već i različite organizacije koje se staraju o pravima pojedinih društvenih grupa. Pomenute organizacije bi mogle da budu naročito korisni učesnici u postupku restorativne pravde, jer se od njih može očekivati kako stvarna zainteresovanost za slučaj, tako i postojanje određene doze objektivnosti i posedovanje drugačije, obuhvatnije perspektive o zločinima mržnje. Pitanje je samo kako i koliko uključiti zajednicu, pošto se efekat jednog zločina mržnje širi na mnogobrojna lica i svakako da bi dopuštanje svakom pripadniku društvene grupe kojoj pripada žrtva da učestvuje u postupku bilo besmisleno.

Bez obzira na to kako će ovaj problem konkretno biti rešen, veoma je značajno da „zajednica", kada se radi o zločinima mržnje, nije apstraktan, proizvoljan pojam, već se on izvodi iz realnog osećaja ugroženosti jednog šireg kruga lica nego što je to sama žrtva. Jedno od najopasnijih obeležja ovih akata, to da su oni zločini poruke, tako postaje jedan od najsnažnijih argumenata za primenu načela restorativne pravde.

Karakteristike učinilaca

Učinioci zločina mržnje su, kao što je pomenuto, najčešće maloletnici, ili sasvim mladi punoletnici. Tvrdnja je zasnovana na statističkim podacima, koji svedoče da se među učiniocima tek s vremena na vreme nađe poneko lice u četvrtoj ili petoj deceniji života.

Ovo je samo po sebi dovoljan argument za primenu načela restorativne pravde prema učiniocima zločina mržnje. U onim zemljama u kojima je postupanje zasnovano na ovom načelu već duboko ukorenjeno, kao

[15] Ideju je osmislio i detaljno razradio britanski kriminolog Paul Iganski u raspravi *Hate Crimes Hurt More,* American Behavioral Scientist, tom 45, broj 4, decembar 2001.

što su SAD, Ujedinjeno Kraljevstvo, Kanada, Australija, Novi Zeland i pojedine evropske države, postupak se uglavnom i primenjuje ili se barem u prvo vreme primenjivao isključivo prema maloletnicima.[16]

Puno je argumenata koji opravdavaju ovo opredeljenje. Maloletnici su i inače kategorija lica za koju zakon propisuje blaže sankcije, a postupak karakterišu prilagođenija procesna pravila, u cilju da se izbegne stigmatizacija i etiketiranje koji ostavljaju neizbrisiv trag na život mlade osobe. U tom smislu je jasno zbog čega su načela restorativne pravde prvo „testirana" na ovakvim vinovnicima krivičnih dela.

Ipak, nisu samo karakteristike učinilaca, kao što su njihova mladost, nezrelost, nepromišljenost i sugestibilnost, ono što uslovljava primenu principa restorativne pravde, već je to i stav većine žrtava, koje imaju daleko više razumevanja za mlade nego za odrasle učinioce krivičnih dela. Kada ih vide i sa njima porazgovaraju, žrtve obično dolaze do zaključka da su maloletnici najmanje krivi za učinjeno delo, da potiču iz nesređenih i razorenih porodica, da ne shvataju značaj onoga što su učinili i ozbiljnost posledica koje su prouzrokovali. Suočavanje sa mladim učiniocima kod žrtava obično izaziva žaljenje, želju da se odustane od striktnog kažnjavanja i da im se nekako pomogne.[17]

Ipak, može delovati da je primena restorativne pravde prema maloletnicima signal neodgovorne kaznene politike države, jer umanjuje mogućnost da budu adekvatno sankcionisani čime im se realno ne stavlja do znanja da društvo njihova dela smatra ozbiljnim i da ih ubuduće neće tolerisati. Sa ovim stavom se, ipak, ne slaže veliki broj teoretičara restorativne pravde smatrajući da je suočavanje sa žrtvom za učinioca nekad i teža kazna od zatvorske.[18] U redovnom krivičnom postupku, učinilac i žrtva se retko sreću, tj. učinilac nije dužan žrtvu ni da vidi, a kamoli da sa njom razgovara. Ovakve situacije se čak i izbegavaju, iskazivanje ljudskih osećanja i uspostavljanje neformalnih kontakata se obeshrabruju, kako ne bi ugrozili „slepilo" prava. U postupku restorativne pravde, učinioci dolaze u situaciju da moraju da se suoče sa stvarnim posledicama svog dela, da vide koliko su i kako povredili svoje žrtve. Smatra se da se takvim postupanjem oni onemogućavaju da primene tzv. tehnike neutralizacije i racionalizacije svojih dela.[19] Učinioci, kako se smatra, imaju ten-

[16] Coates, Robert B; Umbreit Mark S; Vos, Betty, *op. cit,* strana 8.

[17] Umbreit, Mark S, *Crime Victims Seeking Fairness, not Revenge: Toward Restorative Justice,* Federal Probation, broj 53, 1989, strane 54-56.

[18] Roach, Kent, *op. cit*, strana 263.

[19] Beven, Jaimie P; Hall, Guy; Froyland, Irene; Steels, Brian; Goulding, Dorothy, *Restoration or Renovation? Evaluating Restorative Justice Outcomes,* Psychiatry, Psychology and Law, tom 12, broj 1, 2005, strana 196.

denciju da minimalizuju značaj dela, jer im sudsko postupanje nameće potrebu da se suoče sa drugim problemima, a ne reperkusijama sopstvenih postupaka. Zbog toga ono ponašanje zbog koga su dospeli pred sud postaje događaj od manjeg značaja, jer se treba suočiti sa ozbiljnim, često bezličnim postupanjem suda i izboriti se za što manju kaznu. Svet optuženika, a kasnije i osuđenika, počinje da se vrti oko nepravdi koje se njima nanose, kršenja njihovih ljudskih prava, uskraćivanja mogućnosti da se izbore za po njima najpravičnije rešenje slučaja. Žrtve i njihova osećanja se potpuno gube iz vida. Postupak restorativne pravde vraća fokus na ono što je zaista bitno – da se delo dogodilo, da je učinilac njegov vinovnik, a žrtva povređena strana. Smatra se da je suočavanje sa žrtvama jedini način da se učinioci „očiste" i trajno oslobode stigme.[20] Ovakav učinak postupka restorativne pravde na učinioca je i empirijski dokazan,[21] a upravo o tome govori Džon Brejtvejt kada upotrebljava termin „reintegrativno posramljivanje", kako bi označio proces pomoću koga se učinilac ponovo integriše u društvenu zajednicu.

Izuzetno bitnu ulogu u postupku prema mladim učiniocima zločina mržnje mogu imati njihovi roditelji ili staratelji. Iako je njihovo učešće bitno i kada se radi o drugim oblicima delinkventnog ponašanja, roditelji bi neizostavno trebali da budu deo postupaka za zločine mržnje, jer, kao što smatra Olport, predrasude nisu urođene, one nastaju pod uticajem socijalne sredine, a „ogledalo su mržnje i netolerancije kako roditelja, tako i prijatelja".[22] Na taj način, tokom procesa restorativne pravde, ne odvija se samo uticaj na netolerantne mlade, već i one koji su u velikoj većini slučajeva odgovorni za takvu situaciju. Od roditelja bi trebalo očekivati značajnu podršku, jer istraživanja pokazuju da oni ovaj postupak smatraju manje formalnim, prijatnijim i manje stigmatizirajućim za dete.[23]

Optimizam u pogledu primene restorativnog modela pravde prema maloletnicima se donekle može dovesti u pitanje kada se uzmu u obzir sada već ne toliko malobrojna empirijska istraživanja na ovu temu.[24] Bez obzira na to što većina okrivljenih izražava želju za učestvovanjem i ko-

[20] Bennett, Christopher, *Taking the Sincerity out of Saying Sorry,* Journal of Applied Philosophy, tom 23, broj 2, 2006, strana 128.

[21] *Ibidem,* strana 203.

[22] Abrahamovsky, Abraham, *Bias Crime: Is Parental Liability the Answer,* Annual Survey of American Law, 1992/1993, strana 538.

[23] Karp, David R; Sweet, Matthew; Kirshenbaum, Andrew; Bazemore, Gordon, *Reluctant Participants in Restorative Justice? Youthful Offenders and Their Parents,* Contemporary Justice Review, tom 7, broj 2, 2004, strane 210-211. U ispitanim slučajevima, većina roditelja je svakako mogla da da objektivnu procenu, jer njihovo dete nije bilo primarni prestupnik.

[24] *Ibidem,* strane 200-202.

municiranjem sa žrtvama, kvalitet takve „saradnje" varira. Dok neki okrivljeni deluju veoma iskreno i aktivno učestvuju u postupku, ponašanja drugih sugerišu da su na učestvovanje primorani, bilo od strane roditelja ili drugih autoriteta ili su motivisani sopstvenom predstavom da je to za njih puno bolje. Kada se razmisli o karakteristikama ovih lica, deluje da nije toliki problem da li oni žele da učestvuju u ovom postupku, već koliko to uopšte mogu da žele, odnosno koliko je pitanje učešća, kao i postizanja neke vrste dogovora stvar njihove slobodne volje.

Specifične karakteristike žrtava

Koncept restorativne pravde se svojim velikim delom oslanja na određena viktimološka shvatanja, a nastao je i razvio se ponajviše zahvaljujući aktivnostima viktimoloških udruženja. Suštinski, restorativna pravda predstavlja manifestaciju ideje o potrebi doslednijeg poštovanja žrtava i njihovih prava. Viktimološka saznanja su ukazala na to da se povrede prava i najveće nepoštovanje žrtava dešavaju upravo u toku krivičnog postupka i to od strane državnih organa. Iako žrtve često nisu zadovoljne ishodom krivičnog potupka, one daleko više negodovanja iskazuju prema odnosu organa krivičnog gonjenja i suda prema njima i njihovim potrebama koje se događa za vreme trajanja procesa.

Nakon što registruju izvršeni delikt i pribave potrebne informacije i dokaze, državni (policijski ili sudski) organi prestaju da kontaktiraju sa žrtvama, te one nemaju nikakav uvid u dalje postupanje. Prvi sledeći kontakt se obično ostvaruje u fazi izvođenja dokaza, kada žrtve budu pozvane da svedoče i eventualno pre toga, ukoliko imaju zakonsku mogućnost da postave imovinskopravni zahtev. Istraživanja su pokazala da žrtve ustvari nisu nezadovoljne nedovoljnom retributivnošću sankcija koje se izriču učiniocima, kao što se to obično smatra, već sistemom krivičnog pravosuđa,[25] koji ih tretira kao nebitne faktore, slučajne posmatrače i marginalne učesnike u postupku.

Ova okolnost, koja karakteriše postupanje za većinu krivičnih dela, daleko je problematičnija kada se radi o zločinima mržnje. Taj oblik delinkvencije uzrokuje daleko traumatičnija iskustva i žrtve pogađa na drugi način nego kada se radi o „klasičnim" krivičnim delima. Takva iskustva proizilaze iz nekoliko karakteristika ovih akata: žrtve zločina mržnje su bezlične, izabrane samo na osnovu pripadnosti određenoj grupi, odabrane samo da bi prenele poruku mržnje ostalim članovima grupe. One stoga

[25] Videti detaljnije u Strang, Heather; Sherman, Lawrence W, *Repairing the Harm: Victims and Restorative Justice,* Utah Law Review, tom 15, broj 1, 2003, strane 18, 20-25.

nemaju načina da se odbrane od budućih napada i sa pravom očekuju od države i njenih organa da ih zaštite. Neaktivnost, nezainteresovanost i preterana formalnost u postupanju ovde imaju dalekosežnije posledice nego kada su u pitanju druga devijantna ponašanja, te žrtve zločina mržnje često u toku postupka doživljavaju iskustva „sekundarne viktimizacije". Dodatan otežavajući faktor postoji ako su žrtve pripadnici nedominantne društvene grupe (rasne, nacionalne, verske itd.), jer ovakvo postupanje državnih organa pripadnike manjina može uveriti da su društveno nevidljivi i da njihova prava vrede manje od prava pripadnika većinske grupe. Dakle, dok bi se nezainteresovanost organa gonjenja u slučaju, na primer, krivičnog dela krađe, mogla shvatiti kao signal njihove dezorganizovanosti i nesposobnosti da reše slučaj, isto ponašanje u slučaju zločina mržnje ima tendenciju da izazove drugačije reakcije i sumnju u dobronamernost i želju ovih organa da jednako tretiraju sve građane, bez obzira na aspekte njihovog identiteta.

Model postupanja koji u sebi inkorporira načela restorativne pravde otklanja navedene negativne efekte redovnog postupka, jer su žrtve po definiciji njegov neizostavan deo. Ova prednost restauracije svakako nije razlog da se od redovnog postupka odustane, jer, kao što je pomenuto, pokušaj restauracije treba da bude samo fakultativni deo postupka, a ne alternativni model. Faza postupka koja počiva na restorativnim načelima stavlja naglasak na žrtvu i učinioca i omogućava im da barem formalno kontrolišu svoj odnos, čime žrtve postaju vidljive i aktivnije u postupku. Mogućnost da učestvuju u procesu i utiču na njegov tok, može ih osnažiti i uveriti da ipak kontrolišu svoju sudbinu.

Još jedan pozitivan aspekt ovog postupka se ogleda u tome što se žrtvama daje mogućnost da upoznaju učinioce i uvere se, u velikom broju slučajeva, da to nisu okoreli kriminalci, već najčešće naivni maloletnici. Sasvim je sigurno da će se njihova perspektiva i osećanje ugroženosti promeniti kada shvate da delo nije proizvod pažljivo planirane i osmišljene akcije, već posledica želje za dokazivanjem i privlačenjem pažnje. Žrtve ovakvu mogućnost svakako nemaju u redovnom postupku, gde mogu da steknu samo površnu sliku o učiniocu i usputni utisak o njegovom karakteru i motivaciji.

Ipak, primena načela restorativne pravde u slučaju učinjenog zločina mržnje ima i određena ograničenja, koja dolaze do izražaja prilikom pokušaja uspostavljanja komunikacije između učinioca i žrtve. Naime, uočeno je da uspeh u pomirenju i vraćanju na stanje kakvo je ranije postojalo izuzetno zavisi od karakteristika ovih lica i njihovih individualnih raz-

lika – rase, nacionalne pripadnosti, jezika itd.[26] Za ove karakteristike se vezuju različita iskustva, kultura, tradicija, način komunikacije i sl. Različite grupe primenjuju različite vidove verbalne i neverbalne komunikacije, pa emocije koje iskazuju ne moraju uvek odgovarati onima koje zaista osećaju. Primera radi, izbegavanje da se osoba sa kojom se razgovara gleda u oči, može, u zavisnosti od kulture i tradicije biti signal laganja, poštovanja, straha, nelagodnosti, nesigurnosti itd, te se ovi simboli moraju pravilno rastumačiti. Da bi postupak restorativne pravde bio uspešan, mora se pronaći način da se ova barijera prevaziđe, a ključ za uspostavljanje dobre komunikacije i otklanjanje nesporazuma koji proizilaze iz kulturnih razlika je angažovanje stručnih i osposobljenih medijatora.

Okolnosti izvršenja i struktura krivičnih dela

Naposletku, ne treba izgubiti iz vida o kakvim se krivičnim delima radi kada se govori o zločinima mržnje. Pod ovim upečatljivim terminom zapravo se kriju krivična dela koja najčešće nisu naročito društveno opasna i koja se obično svode na akte vandalizma, oštećenja ili uništenja imovine, nanošenja lakih telesnih povreda, vređanja itd. Iako je rečeno da ne treba praviti veštačke prepreke primeni načela restorativne pravde uzimanjem u obzir kriterijuma težine dela, činjenica da se ovde obično radi o lakšim delima je svakako povoljna i može se smatrati okolnošću koja doprinosi odluci da proces uđe u fazu restauracije. Sa stanovišta žrtava, svakako da je puno lakše razgovarati sa nekim ko je, na primer, crtao grafite sa verskom simbolikom po tuđem automobilu, nego sa nekim ko je izvršio verski motivisano ubistvo. Ipak, individualna osećanja i stavovi mogu znatno odstupati od ove pretpostavke, te ne treba da čudi to što žrtve ponekad ne žele da se susretnu ni sa učiniocem sasvim lakog krivičnog dela.

Značajno je pomenuti i to da struktura dela predodređuje krivične sankcije, o čemu se takođe može razgovarati tokom restorativne faze. Dela koja su posledica nezrelosti i nepromišljenosti se, naročito uzimajući u obzir uzrast učinioca, mogu sankcionisati na alternativni način. Uloga žrtve u sugerisanju pogodnog načina reagovanja na učinjeni delikt je, u slučaju zločina mržnje, od neprocenjivog značaja, iako, kao što je pomenuto, ne bi smela da bude odlučujuća. Kada su deliktom mržnje ugrožena rasna, nacionalna ili verska osećanja žrtve, ona je svakako najpozvanija da ukaže na to zašto je i na koji način akt vređa. Žrtva takođe može predložiti adekvatne načine uticaja na učinioca, na primer, pohađanje određenih

[26] Detaljnije o ovome videti u Umbreit, Mark S; Coates, Robert B, *Multicultural Implications of Restorative Juvenile Justice,* Federal Probation, broj 63, 1999.

edukativnih programa, prisustvovanje sastancima određene grupe, rad u korist neke zajednice itd. Ovakva vrsta sancija je naročito korisna ako se obavlja u okviru one zajednice koja je povređena aktom učinioca.[27] Smisao i sadržina ovih sankcija, kao predloga, može u potpunosti biti na kursu odluke koju će kasnije doneti sudija.

Zaključna razmatranja

Zasnovan na načelima starim više vekova, koncept restorativne pravde se ponovo pojavio u krivičnom pravu pre nekoliko decenija i ponudio sasvim drugačiji način reagovanja na učinjena krivična dela. Iako osporavan, on je postao sastavni deo krivičnog prava velikog broja zemalja i u njima se standardno primenjuje kao dopuna ili fakultativna faza postupka.

Prednosti ovog postupka su to što je neobavezan, zasnovan na načelu dobrovoljnosti, manje formalan i više ličan od redovnog postupka. Njegova najveća prednost je što stavlja akcenat na originalne učesnike događaja koji je predmet postupka. Za razliku od redovnog postupka koji isključuje žrtvu iz kruga glavnih procesnih subjekata, postupak restauracije pretpostavlja njeno učešće kao jednog od glavna dva učesnika, dok državi daje sekundarni značaj.

Izložene karakteristike zločina mržnje vezane za zajednicu, učinioce, žrtve i karakteristike krivičnih dela, ukazuju na to da zločini mržnje i restorativna pravda imaju brojne dodirne tačke, te da su osnovni principi restorativne pravde u potpunosti primenjivi na akte mržnje. Ovu vezu je potrebno dalje istražiti, ali je sasvim jasno da rešavanju akata mržnje treba pristupiti sa velikom pažnjom. Opredeljenje ka uspostavljanju tolerantnijeg društva svakako podrazumeva pozitivne uticaje na one pojedince koji su svoj identitet počeli da grade na pogrešan način. Nije ni kasno, a ni pogrešno, vršiti ovaj uticaj u toku krivičnog postupka, jer je ponekad on poslednje, a možda čak i jedino mesto na kome se takvom pojedincu može pomoći.

[27] Abrahamovsky, Abraham, *op. cit*, strana 535.

Milena Pavlović, LL. M. Assistant
Novi Sad Faculty of Law

Hate crimes in the context of restorative justice

Abstract

Hate crime phenomenon is considered in the light of possible application of principles of restorative justice. After the main characteristics of restorative justice had been pointed out, and a definite stance taken on those that are still disputable in theory, the main characteristics of hate crimes were stated and the possibility of the application of principles of restorative justice on this form of delinquency was examined. Common points were found in the domain of the notion of community, traits of perpetrators and victims and specifics of criminal acts.

Originalni naučni rad 347.998.74

Marko Knežević, asistent
Pravnog fakuleta u Novom Sadu

O POJMU I ZNAČAJU ARBITRABILNOSTI

Sažetak: *Arbitraža u savremenoj koncepciji podrazumeva vršenje pravosudne delatnosti od strane nedržavnih organa. Stoga se kao prvo i osnovno pitanje postavlja kada će arbitraža biti dozvoljena. Odgovor daje arbitrabilnost, univerzalni institut savremenog arbitražnog prava. U radu se istražuje pojam arbitrabilnosti, te njen značaj i važnost. Arbitrabilnost se određuje kao skup opštih ograničenja kojima se određuje dopuštenost arbitraže. S obzirom na karakter ograničenja, formiraju se vrste arbitrabilnosti, uži nivoi značenja pojma. Istraživanje pokazuje da u tom segmentu nije moguće na globalnom nivou jedinstveno odrediti konkretne vrste, kao i krug pitanja u okviru njih, upravo s obzirom na domaće pozitivno pravo. U pogledu značaja arbitrabilnosti, polazi se od njenog funkcionalnog značaja, koji pak nema samo praktičnu važnost, već iz njega proizilazi veoma značajna uloga arbitrabilnosti, kako za arbitražno pravo, tako i za celopkupan pravni sistem. Takođe, arbitrabilnost ima i evaluativan značaj za stav države prema arbitraži, što se potvrđuje na primeru domaćeg prava.*

Ključne reči: *arbitraža, arbitrabilnost, vrste arbitrabilnosti, derogoranje nadležnosti sudova, javni poredak, stav države prema arbitraži.*

§ 1. Uvodne napomene

Dug je put prevalila civilizacija da bi došla do danas opšteprihvaćenog pravila – pružanje pravne zaštite suverena je državna prerogativa, nju organizuje isključivo država tako što određuje specijalizovane organe i predviđa odgovarajući postupak za navedenu delatnost.[1] Pružanje pravne

[1] G. Stanković, *Građansko procesno pravo*, 6. izdanje, Beograd, 2004, str. 14.

zaštite mimo državnog, sudskog mehanizma, bez obzira o kom konkretnom vidu se radilo, načelno je zabranjeno. Ipak, država dopušta da se njen monopol pravne zaštite u određenoj meri suzi, tako što omogućava, što je preciznije moguće, situacije kada se može ostvariti pravna zaštita na drugačiji način od sudskog puta. U tom smislu, država dopušta s jedne strane samopomoć, kao nužnu dopunu i korektiv organizovane pravne zaštite, i s druge strane arbitražu, kao odraz prirode prava koje se štite.

Arbitraža podrazumeva metod pružanja pravne zaštite putem nedržavnih institucija, arbitražnih sudova. Savremena država dozvoljava da se njen monopol u pružanju pravne zaštite ograniči tako što dozvoljava strankama da radi zaštite svojih prava kojima slobodno raspolažu sporazumno isključe kompetenciju sudova i da povere takvu, pravosudnu delatnost trećim licima koje same biraju – arbitrima. Arbitražni sudovi, sačinjeni od arbitara, prema tome predstavljaju nedržavnu pravosudnu ustanovu koja nastaje i vrši funkciju suđenja na osnovu sporazuma strana u sporu.[2]

Iako „drevni" fenomen, koji čak i prethodi organizovanoj sudskoj zaštiti, arbitraža danas, u savremenoj koncepciji, predstavlja izraz i imperativ instrumentalne prirode postupka. Smatra se da široka autonomija subjekata u regulisanju materijalnopravnih odnosa ne bi opravdala eventualni monopol države u zaštiti ovih prava, te da slobodi stranaka u uređivanju materijalnopravnih odnosa mora odgovarati sloboda u određivanju i ostvarivanju pravne zaštite.[3] Na početku, arbitraža je bila namenjena rešavanju sporova bez elementa inostranosti – tzv. unutrašnja arbitraža. Međutim kasniji razvoj i afirmacija arbitraže vezani su za ekspanziju međunarodnih trgovačkih odnosa, gde je arbitraža postala gotovo redovan vid pravne zaštite.[4] [5]

---

[2] G. Stanković, B. Starović, N. Petrušić, R. Keča, *Arbitražno procesno pravo*, Niš, 1999, str. 23.

[3] B. Starović, R. Keča, *Građansko procesno pravo*, 3. izdanje, Novi Sad, 2004, str. 463.

[4] R. Keča, *O arbitražnom rešavanju sporova u jugoslovenskom pravu*, Pravni život 12/97, str. 257.

[5] Izražena je ideja da je za uspešno funkcionisanje arbitraže u ovom domenu – tzv. međunarodne trgovačke arbitraže, neophodna harmonizacija nacionalnih pravila, što je imalo za posledicu usvajanje multinacionalnih konvencija. Naročito je značajan rad UNCITRAL-a na harmonizaciji arbitražnog prava koji je izradio i ponudio svim državama članicama Model-zakon o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži (Komisija Ujedinjenih nacija za međunarodno trgovačko pravo – UNCITRAL – je usvojila 1985. godine Model-zakon o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži, a Generalna skupština OUN je preporučila državama članicama da ga usvoje; 2006. godine UNCITRAL je usvojio izmenjenu verziju UMZ. U daljem tekstu: UMZ.) S druge strane, tekst UMZ je poslužio nacionalnim zakonodavcima i kao uzor za normiranje tzv. unutražnje arbitraže, shodno izraženom stavu da

Bez obzira na to da li se radi o jednom ili drugom vidu arbitraže, vladajuće mišljenje u nauci jeste da arbitražni sudovi vrše pravosudnu delatnost, tako da se u vršenju te funkcije suštinski ne razlikuju od državnih sudova. Imajući u vidu takvo određenje, kao osnovno i polazno se postavlja pitanje kada je arbitraža dozvoljena, odnosno kada će arbitraža moći da na osnovu sporazuma stranaka zameni državni sudski mehanizam u istom kapacitetu vršenja sudske delatnosti? Odgovor na takvo pitanje daje arbitrabilnost, institut arbitražnog prava koji je imanentan svim pravnim sistemima koji predviđaju arbitražu u savremenoj koncepciji. Ipak, kao što ćemo pokušati da prikažemo u radu, pojam arbitrabilnosti se ne može u svim svojim komponentama jedinstveno odrediti na globalnom planu, i to upravo imajući u vidu domaće pozitivno pravo.

§ 2. Pojam arbitrabilnosti

U najširem značenju arbitrabilnost (nem. *Schiedsfähigkeit*; eng. *arbitrability*) se u teoriji arbitražnog prava određuje kao skup opštih ograničenja kojima se određuje dopuštenost arbitraže.[6] Dakle, radi se o institutu koji određuje prostor u kome je dozvoljeno delovanje arbitražnih sudova kao pravosudnih ustanova. S druge strane, arbitrabilnost podrazumeva više vrsta graničnika takvog prostora, koji su kvalitativno različiti. Upravo s obzirom na tematske celine na koje se odnose takvi graničnici, uspostavljaju se vrste arbitrabilnosti – uža značenja pojma arbitrabilnosti. Međutim, konkretne vrste, kao i krug pitanja koji se postavljaju u okviru njih, variraju u raznim procesnim sistemima, te u raznim vremenskim dimenzijama istog procesnog sistema. S takvom rezervom, a oslanjajući se na domaće pravo prvenstveno, uži nivoi značenja arbitrabilnosti podrazumevaju arbitrabilnost pravosudne delatnosti, arbitrabilnost *ratione materiae*, arbitrabilnost *ratione personae*, i arbitrabilnost *ratione institutionis*.

I Arbitrabilnost pravosudne delatnosti

Imajući u vidu činjenicu postojanja različitih vrsta pravosudne delatnosti spram kvaliteta pravne zaštite koji se pruža, kao prvo pitanje se postavlja u kojoj komponenti sudske funkcije u pružanju građanskopravne

ne postoje razlozi za njihovo principijelno drugačije regulisanje u odnosu na tzv. međunarodne trgovačke arbitraže.

[6] V. G. Stanković, B. Starović, N. Petrušić, R. Keča, *op.cit.*, str. 98; S. Triva, A. Uzelac, *Hrvatsko arbitražno pravo*, Zagreb, 2007, str. 22.

zaštite je dopuštena participacija arbitražnih sudova. Drugim rečima, postavlja se pitanje da li arbitražni sud može vršiti kognicionu ili egzekutivnu pravosudnu funkciju. U praktičnom pogledu pak, navedena vrsta arbitrabilnost se svodi na pitanje kom građanskom sudskom postupku će arbitražni postupak moći biti alternativa, s obzirom da podeli vrste pravosudne delatnosti odgovora podela građanskog sudskog postupka na svoje sastavne delove.

Polazeći od prirode arbitražnih sudova, savremeno pravo ograničava delovanje arbitražnih sudova samo na jedan segment pravosudne funkcije, na autoritativno rešavanje građanskopravnih sporova.[7] Dakle, arbitraža podrazumeva kognicionu pravosudnu delatnost. Van toga, arbitraža nije dozvoljena. U tom smislu možemo govoriti o funkcionalnom zamenjivanju parničnog postupka arbitražnim. Teoretsko opravdanje za tako postavljenu granicu nalazi se u prirodi arbitražnog suda. Arbitri su fizička lica i nisu eksponenti državne vlasti, te im nije dozvoljeno da primenjuju prinudu, bilo posredno bilo neposredno. Stoga za postupke egzekucije, izvršni i stečajni postupak, arbitraža ne može optirati kao alternativa, jer u njima pružanje pravne zaštite podrazumeva preduzimanje prinude. S druge strane, navedena principijelna zabrana vršenja procesnih radnji koje podrazumevaju prinudu, opredeljuje okvir delovanja arbitara i u zoni vršenja kognicione pravosudne delatnosti.[8]

---

[7] V. član 1. Zakona o arbitraži, Sl. Glasnik RS br. 46/2006 (u daljem tesktu Zakon), koji izričito definiše arbitražu kao „arbitražno rešavanje sporova". S druge strane, u uporednom pravu nije uobičajeno da se na takav, izričit način definiše arbitrabilnst pravosudne delatnosti, već se do takvog zaključka dolazi posredno, ali ipak pouzdano. V. § 581. stav 1. austrijskog Zakonika o građanskom postupku (*Zivilprozeßordnung*, u daljem tekstu: öZPO); § 1029. stav 1. nemačkog Zakonika o građanskom postupku (*Zivilprozeßordnung*, u daljem tekstu: dZPO); § 806. stav 1. italijanskog Zakonika o građanskom sudskom postupku (*Codice di procedure civile*, u daljem tekstu: CPC).

[8] Prema tome, ne može se, barem bez rezerve, reći da arbitraža u svemu zamenjuje sudsku delatnost koja se vrši u parničnom postupku. Iako je nesporno da arbitraža u svojoj glavnoj i primarnoj delatnosti zaista funkcionalno zamenjuje parnični put pravne zaštite (pravnosnažno se rešava građanskopravni spor), važno je napomenuti da ne postoji mehaničko „prenošenje" prerogativa parničnog suda na arbitražni. Stoga arbitražni sud, u skladu sa navedenom zabranom, ne može vršiti one radnje parničnog suda koje imaju karakter prinude, iako one spadaju u kognicionu pravosudnu delatnost. Tako, arbitražni sud ne može primenjivati prinudu prema strankama, svedocima ili veštacima, odnosno ne može primenjivati uopšte prinudu u postupku. To je u našem starijem pravu, a i u starijem stranom, bilo izričito predviđeno. V. § 684. Zakonika o sudskim postupcima u građanskim parnicama iz 1929.g. (u daljem tekstu: GPP); čl. 445. st. 2. Zakona o parničnom postupku iz 1957.g. (u daljem tekstu: ZPP 57); čl. 479. st. 2. Zakona o parničnom postupku iz 1976.g. (u daljem tekstu: ZPP 76); biv. § 588. öZPO. Današnji zakoni ne sadrže tako generalno određenje, iako se može posredno zaključiti da je i danas pozitivno regulisano takvo opšte

I pored toga što se čini da je prethodno rečeno opštepoznata činjenica, koja ulazi u samo određenje pojma arbitraže, veoma je važno ukazati na savremeni trend u arbitražnom pravu koji neposredno tangira sam pojam arbitrabilnosti. Naime, savremeno arbitražno pravo karakteriše tendencija sve većeg osamostaljivanja arbitražnih sudova od sudova i preuzimanje što više ovlašćenja parničnog suda u korist arbitara. Tako, arbitražni sudovi su danas ovlašćeni i da određuju privremene mere, jedno od sredstava obezbeđenja. Sledeći takav kurs, i domaći zakonodavac daje ovlašćenje arbitražnom sudu da određuje privremene mere.[9] Međutim, u pogledu arbitrabilnosti, radi se o, može se reći, radikalnom menjanju njene kocepcije u našem pravu, s obzirom da se u tom slučaju ne delegira arbitražnom sudu vršenje kognicione pravosudne funkcije, već vršenje egzekutivne funkcije, koja je isključivo monopol države. Privremene mere se uvek određuju u postupku obezbeđenja, izvršnom postupku po svojoj pravnoj prirodi, koji se pak može voditi samostalno ili adheziono.[10] Omogućavajući arbitražnom sudu da određuje privremene mere, prema tome, omogućava se da arbitražni sud vodi i adhezioni postupak obezbeđenja, što u krajnjoj konsekvenci znači da arbitražni sud, odnosno arbitri, primenjuju prinudu.[11] U tom kontekstu, i sama arbitrabilnost kao dopuštenost arbitraže, poprima drugu dimenziju. Sada notorno određenje da je arbitrabilna samo kogniciona pravosudna delatnost, pozitivno pravo, kao i savremeno arbitražno pravo uopšte, dovodi do preispitivanja. Takođe, s obzirom da arbitrabilnost ove vrste opredeljuje i sam pojam arbitraže, navedeno zakonsko rešenje kao dalju posledicu indukuje preispitivanje klasičnog određenja pojma arbitraže kao metoda rešavanja građanskopravnih sporova putem nedržavnih sudova.

---

pravilo. V. čl. 44. st. 5. Zakona; § 602. öZPO; § 1051. dZPO; *per analogiam, argumentum a maiori ad minus* § 818. CPC.

[9] V. član 31. Zakona.

[10] Arg. iz člana 264. stav 3. Zakona o izvršnom postupku, Sl. Glasnik RS br. 125/2004.

[11] Probijanje teoretski opravdane barijere da arbitri ne mogu primenjivati prinudu, u slučaju privremenih mera spada u širenje delovanja arbitraže van kognicione delatnosti, a ne u omogućavanje arbitrima da vrše sve procesne radnje kao i parnični sud, dakle u okviru kognicione funkcije. I sam sud, kada u toku parničnog postupka određuje privremene mere, ne čini to kao parnični sud u parničnom postupku, već kao sud obezbeđenja u adhezionom postupku obezbeđenja. Stoga u bilo kom procesnom ambijentu, dakle i kada se postupak obezbeđenja vodi adheziono, određivanje privremene mere nije parnična delatnost. Krajnje ishodište jeste kompetencija arbitražnog suda u izvršnom postupku. Više o tome, kao i o naročito negativnim implikacijama domaćeg pozitivnopravnog artikulisanja tzv. arbitražnih privremenih mera: M. Knežević, *O privremenim merama arbitražnog suda*, Glasnik Advokatske komore Vojvodine 6/2008, str. 271-283.

II Arbitrabilnost *ratione materiae*

Objektivna arbitrabilnost, ili arbitrabilnost *ratione materiae*, određuje koji sporovi, barem principijelno bez obzira na stranke, mogu biti rešavani putem arbitraže. Svrha je ove vrste arbitrabilnosti da odredi krug subjektivnih prava za čiju zaštitu može biti izuzeto državno sudstvo i ugovorena arbitraža. Kriterijum koji služi da odredi takve granice jeste svojstvo predmeta spora.[12] Za određivanje zone arbitrabilnosti *ratione materiae*, koriste se različiti načini. Međutim, može se zaključiti da koji god se način koristi, on je u svom ishodištu materijalnopravne prirode, odnosno preciznije, svaki mogući način spram materijalnopravnih parametara određuje arbitrabilnost u ovom kontekstu. Takav zaključak, čini se da je neminovan s obzirom na instrumentalnost postupka koja je imperativ koji se ne može prenebreći.

Ukoliko se apstrahuju postojeće razlike u nacionalnim pravima u pogledu pojedinosti načina koji se koriste za određivanje arbitrabilnosti *ratione materiae*, dolazi se do zaključka da se u većini slučajeva ona određuje tako što se prvo sistemom generalne klauzule određuje krug sporova koji se mogu rešavati arbitražom, da bi se potom posebnim korektivnim mehanizmima tako određen krug sporova širio ili sužavao.

a) Sistem generalne klauzule

Sistem generalne klauzule podrazumeva da se propisuje, po pravilu pozitivno, određeno svojstvo predmeta spora da bi bio arbitrabilan. U teoriji se ističe da sistem generalne klauzule u najširem značenju izražava ideju o instrumentalnoj prirodi postupka, s obzirom da se na taj način kao arbitrabilni određuju principijelno svi sporovi koji proizilaze iz pravnih odnosa koje subjekti slobodno uređuju, odnosno sporovi u vezi prava kojima slobodno raspolažu.[13] U pogledu same sadržine takve klauzule, od-

[12] U literaturi se naglašava da ovde sintagma „predmet spora" nije najprikladnija, s obzirom na mogućnu polivalentnost značenja samog pojma „spor". Tako, pod sporom se podrazumeva i neslaganje subjekata u pogledu nekog subjektivnog prava, ali i sama parnica kao postupak rešavanja takvog neslaganja. U tom smislu, ukoliko se ovom terminu prida drugo navedeno značenje, onda sintagma predmet spora dobija sasvim drugu dimenziju, koja nije od značaja za arbitrabilnost, jer je predmet postupka sam tužbeni zahtev. Stoga, i kada se pod sporom podrazumeva sam postupak, u kontekstu arbitrabilnosti *ratione materiae* „predmet spora" se odnosi na posredan predmet postupka, na samo sporno (ne i isključivo sporno) subjektivno pravo. U tom smislu, s pozivom i na austrijsku doktrinu: G. Stanković, B. Starović, N. Petrušić, R. Keča, *op.cit.*, str. 99. U ovom radu će se pod predmetom spora podrazumevati subjektivno pravo.

[13] G. Stanković, B. Starović, N. Petrušić, R. Keča, *op.cit.*, str. 99.

nosno važnije, u pogledu njenog dejstva na arbitrabilnost, primetno je u novijim normativnim aktima u uporednom pravu širenje zone arbitrabilnih sporova. U tom smislu, omogućava se šire određenje arbitrabilnosti *ratione materiae* u odnosu na starije pravo, i to već putem sistema generalne klauzule.

Naime, tradicionalno generalna klauzula je u skladu sa svojom instrumentalnom prirodom predviđala kao objektivno arbitrabilne sporove o pravima kojima stranke slobodno raspolažu[14], ili sporove o kojima stranke mogu zaključiti poravnanje.[15] Iako različito formulisane, obe opcije se svode na isti imenitelj, te imaju isto dejstvo. Arbitrabilni su svi sporovi o pravima kojima se slobodno raspolaže, s obzirom da je poravnanje dozvoljeno samo u vezi prava kojima se slobodno raspolaže.[16] Takođe, u oba slučaja po sredi su materijalnopravni parametri, čak i u hipotezi tumačenja generalne klauzule kao mogućnosti zaključenja sudskog poravnanja stranaka u sporu.[17] Međutim, noviji zakoni koriste širu formulu pri određivanju generalne klauzule. Tako prvo švajcarsko pravo od 1987. godine, iako samo na nivou tzv. međunarodne arbitraže, predviđa da „predmet arbitražnog postupka može biti svaki imovinskopravni zahtev“.[18] Sličnu, ali i širu formulaciju predvideo je nemački zakonodavac pri noveliranju arbitražnog prava – paragraf 1031. stav 1. dZPO glasi: „Svaki imovinskopravni zahtev može biti predmet arbitra-

[14] U našem pravu tako je bila određena generalna klauzula u članovima 469. i 469a ZPP 76. Novo italijansko arbitražno pravo suštinski tako određuje generalnu kaluzulu. V. § 806. stav 1. CPC.

[15] U našem pravu tako je bila određena generalna klauzula u § 672. stav 1. GPP i članu 437. stav 1. ZPP 57; u austrijskom pravu do novele 2006. godine – biv. § 577. stav 1. öZPO; u nemačkom pravu do novele 1997. godine – biv. § 1025. stav 1. dZPO; u italijanskm pravu do novele iz 2006. godine – biv. § 806. CPC.

[16] U tom smislu smatramo da je određivanje generalne klauzule putem mogućnosti zaključenja poravnanja samo posredan način određivanja kao arbitrabilnih sporova o pravima kojima subjekti slobodno raspolažu. Do istog zaključka dolazi i: S. Triva, A. Uzelac, *op.cit.*, str. 29.

[17] Nema sumnje da se sudsko poravnanje može zaključiti samo o pravima kojima se slobodno raspolaže. Prema tome, iako se u ovom slučaju generalna klauzula odnosi *expressis verbis* na jedan procesni instrument, kao krajnji kriterijum procene se uzima materijalnopravni parametar. Na prvom mestu zbog same prirode takvog procesnog instrumenta, odnosno činjenice da se ne radi samo o procesnom institutu već i o ugovoru materijalnog prava. S druge strane, to proizilazi i iz same svrhe objektivne arbitrabilnosti koja u potpunosti odražava koncept o instrumentalnosti postupka. Suprotan zaključak bi, *ultima linea*, vodio ka ideji o postupku koji je sam sebi cilj.

[18] § 177. stav 1. švajcarskog Zakona o međunarodnom privatnom pravu (*Gesetz über das Internationale Privatrecht*, u daljem tekstu: IPRG). Treba primetiti da se ovde pod imovinskopravnim zahtevom kao predmetom arbitražnog postupka podrazumeva u smislu procesne nauke posredan predmet postupka.

žnog sporazuma. Arbitražni sporazum o neimovinskopravnom zahtevu će imati pravno dejstvo ukoliko su stranke ovlašćene da o predmetu spora zaključe poravnanje."[19] Na gotovo identičan način se u austrijskom pravu nakon novele arbitražnog prava određuje arbitrabilnost *ratione materiae* putem generalne klauzule.[20] Dakle, u citiranim primerima generalna klauzula šire određuje arbitrabilnost *ratione materiae* od tradicionalne formulacije, s obzirom da se za sporove o imovinskopravnim zahtevim više ne zahteva sloboda raspolaganja, iako će to prirodi stvari u većini slučajeva to biti tako.

Novo srpsko arbitražno pravo pak, suprotno od prikazanih savremenih tokova arbitražnog prava u pogledu formulisanja generalne kluzule, ali i od tradicionalnih, uže određuje granice arbitrabilnosti *ratione materiae*. U stavu 1. člana 5. Zakona se određuje da su arbitrabilni sporovi o imovinskim pravima kojima stranke slobodno raspolažu.[21] U po-

[19] Treba istaći neadekvatnost neslužbenog engleskog prevoda ove odredbe, te naročito neadekvatnost srpskog prevoda koji se vršio na osnovu engleske verzije!? Naime nemački termin *vermögensrechtliche Anspruch* se na engleski prevodi kao *claim involving economic interest.* V. prevod H glave dZPO Nemačkog instituta za arbitražu (*Deutsch Institution für Schiedsgerichtsbarkeit*), http://www.dis-arb.de/materialien/ schiedsverfahrensrecht98-e.html, poslednji pristup 18.11.2008. Domaći autori su onda takav, neadekvatan engleski prevod, koji se može eventualno pravdati objektivno velikim teškoćama da se prevode kontinetalni pravni pojmovi na engleski pravni jezik, prevodili na srpski kao „zahtev koji sadrži imovinski interes". V. *Nemački Zakon o arbitraži od 22. decembra 1997. godine*, Arbitraža 1/2000, str. 85. Međutim, u srpskoj civilistici je potpuno poznat pojam „zahtev", odnosno „imovinskopravni zahtev" koji u potpunosti odgovaraju nemačkim pojmovima *Anspruch* i *vermögensrechtliche Anspruch*, te nema razloga za bilo kakvo drugačije interpretiranje koje može samo stvoriti zabunu.

[20] Za razliku od navedene nemačke verzije, § 582. stav 1. öZPO naglašava da je neophodno da je za zaštitu takvih zahteva predviđena sudska nadležnost. Takođe, u domaćoj literaturi se pojavljuje isti problem kao i kod prevođenja nemačkog zakona. Tako se navodi da su objektivno arbitrabilni u austrijskom pravu „svi sporovi u kojma je predmet neki ekonomski interes". Up. M. Cukavac, *Austrija donela novi Zakon o arbitraži*, Arbitraža 2006, str. 204.

[21] Zakonska redakcija citirane odredbe glasi: „Arbitraža se može ugovoriti za rešavanje imovinskog spora o pravima kojima stranke slobodno raspolažu...". Pri ovakvoj redakciji, smatramo da je pogrešno stavljati atribut „imovinski" ispred „spora", s obzirom da se spominju i sama prava koja su predmet spora. Kako je arbitraža metod rešavanja pravnih sporova (ne npr. interesnih), onda se svako bliže određenje spora u smislu pravnih kategorija odnosi na prava koja su sporna. Otuda imovinski spor znači spor o imovinskim pravima. U svakom slučaju, generalna klauzula u našem pravu podrazumeva kumulativno ostvarenje dva uslova u pogledu svojstva predmeta spora: 1) imovinsko pravo; 2) sloboda raspolaganja pravom. U domaćoj literaturi se i suprotno zaključuje, tako da se ističe da će se, obzirom na zakonsku formulaciju, pojedini sporovi koji nisu dispozitivni smatrati imovinskim, uprkos činjenici da se u vezi njih ne može postići poravnanje, te će se time područje arbitrabilnosti proširiti i tamo gde mu izvesno ne bi bilo mesta. Up. M. Jovano-

rešenju sa uporednim pravom, vidi se da je naše pozitivno pravo manje liberalno u pogledu dopuštenosti arbitraže – ono uslovljava arbitrabilnost i dispozitivnošću imovinskih prava. S druge strane, ono je u ovom segmentu manje liberalno i od svojih prethodnika, koji su sami bili negativne orijentacije prema arbitraži kao metodu pravne zaštite.[22] Naime, za razliku od prošlih zakona koji su regulisali ovu materiju (GPP, ZPP 56 i ZPP 76), današnje pozitivno pravo dopušta arbitražno rešavanje samo sporova o imovinskim pravima kojima se slobodno raspolaže, ne i sporova o neimovinskim pravima kojima se slobodno raspolaže. Takođe, i u tom pogledu naše pravo odudara od savremenih uporednopravnih rešenja.

b) Korektivni mehanizmi sistema generalne klauzule

Pravnopolitički razlozi utiču da, kao što je rečeno u većini slučajeva, nacionalni zakonodavci sužavaju ili šire prethodno generalnom klauzulom određenu zonu arbitrabilnih sporova. Primetno je da su na normativnom planu više prisutni korektivi kojima se sužava zona arbitrabilnosti *ratione materiae* ispod hipotetičkog nivoa koji predviđa pojedina generalna klauzula. Konkretni razlozi za to su različiti, ali se oni svode u krajnjoj liniji na interes države da se za zaštitu određenih prava ne može derogirati sudski građanski postupak i sve garantije koje on pruža, bez obzira što se radi o potpuno dispozitivnim pravima. Pri tome, koriste se različite normativne metode za postizanje takvog cilja, koje se ipak mogu svrstati u dve vrste. Prva vrsta podrazumeva taksativno nabrajanje sporova, sistemom *numerus clausus*, koji su zbog važnost prava koja su njihov predmet nearbitrabilni.[23] U tom smislu, možemo govoriti o direktnom metodu – koristi se direktan, neposredan kriterijum za sužavanje arbitrabilnosti *ratione materiae*. Druga vrsta pak podrazumeva da se određenim posrednim kriterijumom dolazi do korekcije prethodno određene arbitrabilnosti *ratione materiae*. Tipičan primer za to jeste korišćenje kriterijuma nadležnosti

---

vić-Zatila, *Granice arbitrabilnosti u trgovinskim i drugim sporovima*, Pravni život 12/2007, str. 563-564.

[22] Treba istaći da kako ZPP 57, tako i ZPP 76, iako veoma restriktivni u pogledu arbitraže, u sferi određivanja generalne klauzule se nisu uopšte razlikovali od uporednog prava tog vremena.

[23] Tako, npr. § 1030. stav 2. dZPO kao nearbitrabilne označava sporove o postojanju ili zakupu stambenog prostora u Nemačkoj. Za austrijsko pravo v. § 582. stav 2. öZPO. Italijansko pravo pak sadrži specifično rešenje – radni sporovi su arbitrabilni samo kao je to predviđeno zakonom o kolektivnim ugovorima. V. § 806. stav 2. CPC.

suda, odnosno *ratione iurisdictionis*. Tako se u domaćem pravu određuju kao nearbitrabilni sporovi o imovinskim pravima kojima se može slobodno raspolagati za koje je predviđena isključiva nadležnost suda.[24] Radi se o indirektnom metodu, s obzirom da se posrednim, indirektnim putem dolazi do odgovora na pitanje koji sporovi, bliže o kojim pravima, nisu arbitrabilni. Posrednik putem kojeg se dolazi do takvog odgovora jeste institut isključive nadležnosti.[25] S druge strane, iako se ovde zona arbitrabilnosti određuje putem evidentno procesnog kriterijuma, na posletku će ipak biti relevantni materijalnopravni parametri, s obzirom da je u većini slučajeva isključiva nadležnost propisana upravo spram predmeta spora.

U domaćoj teoriji se arbitrabilnost *ratione iurisdictionis* svrstava u posebnu grupu arbitrabilnosti, dakle kao poseban entitet nezavistan od arbitrabilnosti *ratione materiae*.[26] Smatramo pak da tako postavljena granica arbitrabilnosti nije ništa drugo do korektivni mehanizam koji sužava arbitrabilnost određenu generalnom klauzulom. Argumentacija za takav stav jeste funkcija arbitrabilnosti *ratione iurisdictionis* – ona određuje kada jedan spor neće biti arbitrabilan, dakle vrši istu funkciju kao i bilo koji drugi korektivni mehanizam sistema generalne klauzule.[27] U krajnjoj liniji, ona vrši funkciju arbitrabilnosti *ratione materiae* – određuje dopuštenost arbitraže spram svojstava predmeta spora. U tom smislu, arbitrabilnost *ratione iurisdictionis* je samo deo arbitrabilnosti *ratione materiae*. Sama činjenica da ona predstavlja ograničenje izvršeno svojevrsnim procesnim kriterijumom, da i sama koristi jednu (negativnu) generalnu klauzulu, te da je zbog svoje širine veoma značajna i indikativna, ne dezavuiše njen navedeni cilj koji je i svrstava u okvire arbitrabilnosti *ratione materiae*.

---

[24] Član 5. stav 1. Zakona.

[25] Ovde ne zalazimo u veoma kompleksno pitanje šta podrazumeva takva sintagma. Naime, formulacija „isključiva nadležnost suda“ je u velikoj meri neodređena i indukuje pitanja kao što su: da li se to odnosi na sve oblike isključive nadležnosti (tzv. međunarodnu, stvarnu, mesnu); da li se takva formulacija odnosi samo na tzv. unutrašnje arbitraže, ili samo na tzv. međunarodne arbitraže, ili na obe vrste; i sl.

[26] Up. G. Stanković, B. Starović, N. Petrušić, R. Keča, *op.cit.*, str. 98; A. Jakšić, *Građansko procesno pravo*, 2. izdanje, Beograd, 2007, str. 667-668; G. Knežević, *Međunarodna trgovačka arbitraža*, Beograd, 1999, str. 52-53.

[27] Čini se da i pojedni autori koji svrstavaju arbitrabilnost *ratione iurisdictionis* u zasebnu kategoriju, latentno izražavaju ovakav stav. Tako pri njenom određivanju navode da se radi o drugoj grupi korektiva kojima se područje arbitrabilnosti sužava mimo granica određenih sistemom generalne klauzule. Up. G. Stanković, B. Starović, N. Petrušić, R. Keča, *op.cit.*, str. 98.

III Arbitrabilnost *ratione personae*

Arbitrabilnost *ratione personae*, ili subjektivna arbitrabilnost, određuje koji subjekti mogu ugovarati arbitražu kao metod rešavanja svojih sporova. Prema tome, polazeći od osnovne podele pravnih subjekata, kao prvo pitanje se javlja dopuštenost arbitraže za pravna, odnosno za fizička lica. Savremena koncepcija arbitraže omogućava i pravnim, i fizičkim licima arbitražno rešavanje svojih sporova, s obzirom na stav o arbitraži kao ovaploćenju slobode raspolaganja subjektivnim pravima bez obzira na titulare prava.[28] Naše novo arbitražno pravo, barem u ovom segmentu, sledi takvu koncepciju i omogućava arbitražno rešavanje sporova i fizičkim i pravnim licima.[29]

Ipak, na ovom mestu je važno ukazati na vremensku i prostornu relativnost kruga pitanja koja se postavljaju u okviru ove vrste arbitrabilnosti. Za potvrdu toga ne treba ići dalje od našeg procesnog sistema, i njegove ne tako davne istorije. Od donošenja ZPP 76, pa do novele iz 1990. godine, arbitražno rešavanje sporova je bilo zabranjeno fizičkim licima, dok je za altruistička pravna lica to bilo izuzetno dozvoljeno.[30] Novelom iz 1990. godine ukinuto je takvo ograničenje, ali samo načelno, obzirom na druge korektivne kriterijume koji su suštinski održali dotadašnje stanje.[31] Upravo imajući u vidu to, zakonodavac je u Zakonu o arbitraži izričito naglasio da „svako fizičko i pravno lice može da ugovori arbitražu...“[32], iako je suštinski takvo određenje bilo nepotrebno s obzirom na stav 3. istog člana.[33] Može se zaključiti da je takvo „dupliranje“ odredbi

---

[28] U tom smislu se u uporednopravim rešenjima izričito i ne reguliše ovo pitanje, već se posredno dolazi do takvog pravila. Tako se u nemačkom, austrijskom i italijanskom pravu prilikom rešavanja ovog pitanja samo koristi terimin „stranka“, što, s obzirom na zakonodavnu tehniku u odnosnim zakonima (pravila o arbitražnom postupku su deo Zakonika o građanskom sudskom postupku) znači da svako ko može biti stranka u parničnom postupku može ugovarati arbitražu. V. § 1029. stav 1. dZPO; § 581. stav 1. öZPO; § 806. stav 1. CPC. S druge strane, takav metod određivanja arbitrabilnosti *ratione personae* je u navedenim pravima prisutan od donošenja odnosnih zakona, i to izvornih verzija (dZPO je donet 1877. g., öZPO 1895. g., a CPC 1940.g.).

[29] Član 5. stav 2. i 3. Zakona.

[30] V. biv. 469. ZPP 76. Izuzetak je važio za preduzetnike.

[31] Opširnije o tome: R. Keča, *op.cit.*, str. 262. i sled.

[32] Član 5. stav 2. Zakona.

[33] Član 5. stav 3. glasi: „Arbitražu može da ugovori svako ko, u skladu sa odredbama zakona koji uređuje parnični postupak, ima sposobnost da bude stranka u postupku“. Dakle, radi se o principijelno identičnom metodu kao u nemačkom, austrijskom i italijanskom pravu. Naravno razlika je izričito upućivanje na pravila parničnog prava, jer je naš Zakon o arbitraži poseban normativni akt, te bi samo određenje

inspirisano potrebom da se izričito promoviše mogućnost arbitraže i za fizička i za pravna lica, odnosno da se deklariše promena u odnosu na anahronizam svojim prethodnika. S druge strane, prilikom razmatranja arbitrabilnosti *ratione personae* u doktrini izgrađenoj spram citiranih uporednopravnih sistema, pitanje dopuštenosti arbitraže za fizička ili pravna lica se gotovo i ne spominje posebno.[34]

Pitanje koje se postavlja u vezi arbitrabilnosti *ratione personae* u uporednom pravu jeste mogućnost države i pravnih lica javnog prava da ugovaraju arbitražu. Danas je, može se reći opšteprihvaćeno pravilo da navedeni subjekti mogu da ugovaraju arbitražu, naravno u granicama predviđenim drugim vrstama arbitrabilnosti, u prvom redu arbitrabilnosti *ratione materiae*.[35] Naš Zakon je u skladu sa tim, izričito i propisao da arbitražu mogu ugovoriti i država, njeni organi, ustanove i preduzeća u kojima ima svojinsko učešće.[36]

IV Arbitrabilnost *ratione institutionis*

Polazeći od osnovne podele arbitražnih sudova na tzv. institucionalne i *ad hoc* arbitražne sudove, arbitrabilnost *ratione institutionis* određuje pred kojim je arbitražnim sudovima, od navedenih vrsta, dozvoljena arbitraža. Time se, navodi se u teoriji, postavljaju institucionalne granice arbitrabilnosti.[37] Konstruisanje i isticanje ove vrste arbitrabilnosti, barem u kontekstu savremene arbitraže, izgleda u potpunosti nepotrebno. I zaista, principijelno vrsta arbitražnog suda nema nikakve veze sa idejnim osnovom arbitraže. Naime, u krajnjoj liniji, obe vrste arbitražnih sudova su istih onih osobina koje su *differentia specifica* arbitražnih sudova u odnosu na državne – stranke svojom voljom ugovaraju nadležnost arbitražnog suda, biraju arbitre, i na posletku, principijelno same kreiraju pravila postupka.[38] Stoga, ako država dopušta arbitražu kao metod pružanja pravne

„stranka“ kao mogući potpisnik arbitražnog sporazuma izazvala neželjenu nepreciznost i neodređenost.

[34] V. H. Fasching, *Shiedsgericht und Schiedverfahren im österreichischen und im internationalen Recht*, Wien, 1973, S. 13-15.

[35] Tako izričito: član § 177. stav 2. IPRG.

[36] Član 5. stav 2. Zakona.

[37] S. Triva, A. Uzelac, *op. cit.*, str. 22.

[38] Suštinski stranke kreiraju pravila postupka i kada koriste upapred predviđena pravila arbitražnih institucija. Činjenica da takva pravila već postoje, te da ih stranke *stricto sensu* same nisu odredile, u ovom kontekstu nije od značaja. Ovde je presuđujuća njihova volja da koriste takva pravila, te u tom smislu ona ih kreiraju.

zaštite, nema razloga da isključuje jednu vrstu arbitražnih sudova i da dopušta drugu, jer su oni, suštinski identični. U svakom slučaju izbor stranaka u vezi vrste arbitražnih sudova, i time određenih (nesuštinskih) razlika, spada u njihovu dispoziciju koja je supsumirana u mogućnosti arbitraže uopšte. Iz navedenog razloga, uporednopravna rešenja uopšte i ne spominju distinkciju između institucionalnih i *ad hoc* arbitražnih sudova – dozvoljavanje arbitraže *per se* znači dozvoljavanje obe vrste arbitražnih sudova.

Uvažavajući sve rečeno, ipak se čini da postoje argumenti koji govore u prilog konstruisanju arbitrabilnost *ratione institutionis* kao jedne od relevantnih vrsti arbitrabilnosti. Jedan od njih jeste uređenje arbitraže u našem procesnom sistemu, i to od Zakona o parničnom postupku iz 1976, pa do Zakona o arbitraži, kada se pravila razlika između institucionalnih i *ad hoc* arbitražnih sudova. Tada su *ad hoc* arbitražni sudovi izričito zabranjeni za sporove bez međunarodnog elementa, a osnivanje arbitražnih ustanova koje bi servisirale institucionalne arbitražne sudove znatno je pooštreno.[39] Poučeni time, iako novo arbitražno pravo ukida takve zabrane i ograničenja, smatramo da ima mesta isticanju arbitrabilnosti *ratione institutionis* kao relevante vrste arbitrabilnosti. S druge strane, upravo s obzirom na svog prethodnika, Zakon o arbitraži izričito dozvoljava i *ad hoc* arbitražne sudove, i institucionalne arbitražne sudove, iako bi i sam izostanak pređašnjih zabrana i ograničenja imao isto dejstvo. Time se pak, još jednom potvrđuje teza o relativnosti određenja jednog pojma „na komparativnom planu, sa tendencijom uopštavanja i sintetizovanja stavova“.[40]

§ 3. Značaj arbitrabilnosti

Pojmovno određenje arbitrabilnosti nesumnjivo ukazuje na njen funkcionalni značaj. Arbitrabilnost označava dopuštenost arbitražnog rešavanja određenih sporova, i to gledano kroz prizmu ukupnosti svih vrsta arbitrabilnosti. Njen konačani cilj jeste određivanje dopuštenosti arbitražnog sudovanja u jednoj konkretnoj građanskopravnoj stvari. Me-

[39] V. biv. član 469. ZPP 76, kao i članove 469a. i 469. ZPP 76 koji su ga zamenili novelom iz 1990. godine. S druge strane, izričita zabrana *ad hoc* arbitražnih sudova 1976. godine ne znači da je pre toga stanje bilo drugačije. Naprotiv, arbitraža je bila od Drugog svetskog rata u potpunosti zanemarena i skrajnuta, u skladu sa tadašnjim državim i društvenim uređenjem.

[40] S. Triva, *O arbitraži, njenoj pravnoj prirodi i o arbitražnom ugovoru*, u S. Triva, B. Poznić, N. Vorgić, T. Varadi, *Arbitražno rešavanje sporova*, Novi Sad, 1973, str. 7.

đutim, ovakvo sumarno ukazivanje na funkcionalni značaj arbitrabilnost, sa akcentom samo na praktičnom efektu, ne bi u potpunosti bilo odgovarajuće. Naprotiv, iz njenog funkcionalnog značaja proizilazi značaj i važnost arbitrabilnosti u sistemu arbitražnog prava, kao i u pravnom sistemu uopšte.

Arbitrabilnost se putem svoje funkcije, može se reći, afirmiše kao najvažniji institut arbitražnog prava. Putem arbitrabilnosti se određuje dopuštenost arbitraže, i to u svojoj ukupnosti. Drugim rečima, dejstvo svih komponenti arbitraže zavisi od ispunjenosti uslova arbitrabilnosti. Naime, poznato je da arbitrabilnost predstavlja uslov punovažnosti arbitražnog sporazuma, koji je osnov svake arbitraže. S obzirom na to, i arbitrabilnost postaje osnov celokupne arbitraže, te njen nedostatak uzrokuje ništavost arbitražnog sporazuma. Krajnji rezultat takve hipoteze jeste manjkavost zbog kojeg se arbitražna odluka može poništiti, ili se može odbiti priznanje strane arbitražne odluke. Međutim, bilo bi pogrešno arbitrabilnost tretirati samo kao uslov punovažnosti arbitražnog sporazuma, načelno isti kao i ostali uslovi. Za razliku od drugih, arbitrabilnost je takav uslov koji zapravo prethodi arbitražnom sporazumu. Suštinski, arbitrabilnost je izvorni osnov arbitraže, ona je inicijani institut koji uopšte omogućava arbitražno rešavanje sporova.[41] Time se ne negira ugovorni nastanak arbitražnog suda, odnosno relevancija volje stranaka iskazana u arbitražnom sporazumu. Međutim, volja stranaka izvorno nije činilac koji daje životni impuls arbitraži, već je to državna sankcija takve volje. Osnovni činilac takve državne sankcije je upravo arbitrabilnost. Drugim rečima, arbitraža nastaje na osnovu volje stranaka koju pravni poredak respektuje[42], što on čini prvenstveno putem arbitrabilnosti. U tom svetlu, arbitražni sporazum je sredstvo kojim se oživotvoruje arbitrabilnost, koja se tako manifestuje kao saglasnost države da se njen monopol u pružanju pravne zaštite prenese na nedržavnu ustanovu. U svakom konkretnom slučaju, pravila o arbitrabilnosti putem arbitražnog sporazuma pronalaze i dobijaju svoju potvrdu u pravnom životu.

Već i rudimentarno isticanje funkcionalnog značaja arbitrabilnosti, nameće zaključak o njenom značaju za pravni sistem uopšte. U tom kontekstu, u fokusu pažnje nije praktična strana takve funkcije, već kva-

[41] Barem u konkretizovanom obliku imajući u vidu i mogućnost da se u ustavnim aktima arbitražni sudovi spominju kao nosioci sudske vlasti – npr. Ustav SFRJ iz 1974, član 224. stav 2. u vezi člana 217.

[42] S. Triva, *op.cit.*, str. 12. Citirani autor ističući navedeno, predstavlja argumente procesualističke teorije o pravnoj prirodi arbitraže.

litativna. Tako, putem arbitrabilnosti se ne određuje samo u kojim situacijama je dozvoljena arbitraža, već se takođe određuje kada je dozvoljeno vršenje pravosudne delatnosti putem nedržavnih organa. Dakle, arbitrabilnost određuje granice dopuštenosti derogiranja izvorne nadležnosti države u vršenju sudske vlasti, te prenošenja iste na privatna lica, arbitre. Drugim rečima, arbitrabilnost definiše izuzetak od pravila da pravnu zaštitu pruža država preko svojih specijalizovanih organa u prethodno određenom postupku.[43] Prema tome, arbitrabilnost je od naročite važnosti za pravni sistem i za njegovo funkcionisanje uopšte, te spada u sferu javnog poretka. Bez obzira na koji način odredili pojam javnog poretka, s obzirom na fluidnost i promenljivost značenja takvog pravnog standarda, smatramo da je arbitrabilnost uvek njegov sastavni deo. Naime, čini se da je nesporno da su najvitalnije, fundamentalne norme i načela jednog pravnog sistema deo javnog poretka istog. Sporno je dalje određivanje sadržine javnog poretka (npr. da li sve imperativne norme ulaze u njegov sastav, i sl.). Stoga, obzirom da se arbitrabilnost odnosi na pitanje dopuštenosti prenošenja, delegacije sudske vlasti s državnih na nedržavne organe, njena pripadnost javnom poretku se prosuđuje spram ocene značaja njene suštinske funkcije. Kako je civilizacijsko pravilo da pravnu zaštitu organizuje i pruža država, onda propisivanje njegovih izuzetaka zasigurno spada u red normi koje su od fundamentalnog značaja za jedan pravni poredak. Dodatna argumentacija u prilog takvoj tezi jeste dužnost suda da *ex offo* kontroliše arbitrabilnost u postupku za poništaj arbitražne odluke, odnosno u postupku za priznanje strane arbitražne odluke.[44]

---

[43] Prema tome, ne može se prihvatiti stav pojedinih autora koji pri objašnjenju arbitrabilnosti, kao *ratio* njenog postojanja ističu potrebu da država „radi zaštite javnog interesa ili određenih stranaka izuzima (pod. M.K.) neke vrste sporova iz nadležnosti arbitraže". Up. M. Cukavac, *Arbitrabilnost spora*, Abritraža 1/2000, str. 26. Iz citiranog proizilazi da nadležnost arbitražnog suda već postoji, da je ona prethodno određena, pa je putem arbitrabilnosti država sužava. U tom smislu, kao da postoji inicijalni dualitet nadležnosti između arbitražnih i državnih sudova. Naprotiv, država je ta koja ima nadležnost u pružanju pravne zaštite, a putem arbitrabilnosti dozvoljava da se sporazumom stranaka njena nadležnost izuzme. Stvar, naravno, nije samo jezičke prirode već je suštinskog teorijskog značaja. Bez pretenzije da se ospori opravdanost, vrednost i značaj arbitraže, ipak treba naglasiti njenu prirodu.

[44] V. član 58. stav 2. tačka 1. i član 66. stav 2. tačka 1. Zakona. Oficijelno postupanje suda u građanskom sudskom postupku izražava zaštitu širih društvenih, odnosno javnih interesa. U tom smislu i dužnost suda da *offo* kontroliše arbitrabilnost u navedenim postupcima govori u prilog značaju i važnosti arbitrabilnosti, te pripadnosti javnom poretku. S druge strane, posebno normiranje povrede arbitrabilnosti i povrede javnog poretka kao razloga za poništaj arbitražne odluke, odnosno odbijanje priznanja

Na posletku, pored funkcionalnog značaja i ishodišta istog, arbitrabilnost ima i naročit, evaluativan značaj, i to za odnos države prema arbitraži. Naime, u okviru prostora dopuštenosti arbitraže, stvorenog putem arbitrabilnosti, država je spremna da se odrekne svog monopola u pružanju pravne zaštite te da dopusti jedan bitno drugačiji mehanizam rešavanja sporova od onog oličenog u sudskom postupku, a koji je po svojoj funkciji i učincima sa njime izjednačen. Arbitrabilnost je mera spremnosti države da deli svoju nadležnost sa arbitražnim sudom, ona odražava stepen prihvatljivosti arbitraže za državu. U tom smislu, arbitrabilnost je indikator stava države prema arbitraži. Široko određena arbitrabilnost zasigurno odražava pravnopolitičke zahteve koji stimulišu arbitražu, stvarajući tako ambijent u kome je ona poželjan i prihvatljiv metod rešavanja sporova. Suprotno, sužavanje arbitrabilnost u određenim njenim segmentima, izražava rezervu države prema arbitraži, njeno nepoverenje prema nedržavnoj tvorevini koja vrši sudsku vlast povodom sporova o dispozitivnim subjektivnim pravima. U tom smislu, postavljajući granice arbitrabilnost uže, država pre toleriše nego što stimuluše ovaj alternativni način rešavanja sporova.[45]

Sagledavajući arbitrabilnost na izloženi načoin, čini se da ona, više od bilo kog drugog instituta arbitražnog prava, izražava odnos države prema fenomenu arbitraže. Ona je u tom smislu najreprezentativniji indikator naznačenog odnosa. Naravno, ne i jedini. Tako, primera radi, stepen intervencije državnih sudova u arbitražnom postupku, opseg sudske kontrole arbitražnih odluka i sl. su takođe dobri pokazatelji odnosa države prema arbitraži i njenog mesta u pravnom sistemu. Zaključak o odnosu države prema ovom metodu pravne zaštite, na kraju, može se dati samo kroz prizmu celokupnog regulisanja ove materije, dakle u kumlaciji svih relevantnih instituta. Ipak, s obzirom na svoju funkciju, kao i navedeni značaj u sistemu arbitražnog prava, smatramo da arbitrabilnost saslužuje navedeni epitet.

---

strane arbitražne odluke, ne znači da se radi o različitim kategorijama. Opravdanje za takav normativni pristup se može naći u želji da se upravo arbitrabilnost učini nespornim delom javnog poretka, s obzirom na njegovu prirodu i neodređenost. Navedeno rešenje vodi poreklo iz Konvencije o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka iz 1958. godine (Njujorška konvencija) – član V stav 2. Isto rešenje prihvata i UMZ – član 34. stav 2. tačka b. Strana prava u većini slučajeva takođe prave navedenu normativnu distinkciju. V. § 611. stav 2. i 3. öZPO; § 1059. stav 2. tačka 2. dZPO; § 839. stav 2. CPC.

[45] S. Triva, M. Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, 7. izdanje, Zagreb, 2004. str. 863.

Naše domaće arbitražno pravo veoma je dobar pokazatelj za prednje rečeno. Krupne društvene promene, koje su se smenjivale tokom poslednjih 80ak godina, upravo su uticale na odnos države prema arbitraži oličen u postavljanju granica arbitrabilnosti. Arbitraža je prešla put od veoma poželjnog načina rešavanja sporova za vreme Kraljevine, do marginalnog, zapostavljenog i gotovo nepoželjnog, i to sve do donošenja Zakona o arbitraži 2006. godine.[46] Indikator takvog odnosa, gotovo u isključivosti je bila arbitrabilnost, s obzirom na ostale institute arbitražnog prava koji se, manje više, nisu menjali. U tom smislu, prilikom procene sadašnjeg odnosa države prema arbitraži, treba poći od novih granica arbitrabilnosti, postavljenih Zakonom o arbitraži. Otuda i sledeći zaključak, koji ima značenje i prolegomene za dalje naučno istraživanje – prvi korak u odgovoru na pitanje da li je država vratila arbitražu na njen kolosek iz kojeg je iskočila nakon Drugog svetskog rata jeste kritičko preispitivanje granica arbitrabilnosti.

§ 4. Zaključna razmatranja

U teoriji arbitražnog prava, arbitrabilnost se u najširem značenju određuje kao skup opštih ograničenja kojima se određuje dopuštenost arbitraže. U tom smislu, arbitrabilnost predstavlja univerzalni institut arbitražnog prava, imanentan svim savremenim pravnim sistemima. S druge strane, spram tematskih celina na koja se odnose navedena ograničenja, konstruišu se uži nivoi značenja pojma arbitrabilnosti, odnosno vrste arbitrabilnosti.

Međutim, konretne vrste arbitrabilnosti, kao i krug pitanja koja koji se postavljaju u okviru njih, variraju u raznim procesnim sistemima, te u raznim vremenskim dimenzijama istog procesnog sistema. Za potvrdu toga, ne treba ići dalje od istraživanja domaćeg arbitražnog prava i njegovog poređenja sa referentnim uporednopravnim sistemima. Prema tome, imajući u vidu prvenstveno domaće pravo, vrste arbitrabilnosti podrazumevaju arbitrabilnost pravosudne delatnosti, arbitrabilnost *ratione materiae*, arbitrabilnost *ratione personae*, i arbitrabilnost *ratione institutionis*.

Arbitrabilnost pravosudne delatnosti određuje u kom segmentu takve funkcije je dopušteno delovanje arbitražnih sudova. Polazeći od pri-

[46] Više o regulisanju arbitražnog rešavanja sporova u periodu od stupanja na snagu GPP pa sve do donošenja Zakona o arbitraži 2006. godine: R. Keča, *op.cit.*, str. 257-267; S. Triva, A. Uzelac, *op.cit.*, str. XXVIII-XXX.

rode arbitražih sudova, savremena koncepcija arbitraže ograničava njihovu delatnost samo na kognicionu pravosudnu funkciju – arbitrabilno je samo autoritativno rešavanje građanskopravnih sporova. Međutim, davanjem ovlašćenja arbitrima da određuju privremene mere, relativizuje se u potpunosti prethodno rečeno. Privremene mere se uvek određuju u postupku obezbeđenja, koji je izvršnopravne prirode, bez obzira da li se vodi samostalno ili adheziono. Stoga, sudeći po pozitivnom pravu, arbitražni sud vrši i ekzekutivnu pravosudnu delatnost.

Arbitrabilnost *ratione materiae* određuje koji sporovi, spram subjektivnih prava koja su njihov predmet, mogu biti rešavani putem arbitraže. U većini slučajeva, arbitrabilnost *ratione materiae* se određuje tako što se prvo sistemom generalne klauzule određuje krug sporova koji se mogu rešavati arbitražom, da bi se potom posebnim korektivnim mehanizmima tako određen krug sporova širio ili sužavao. Na taj način formirane granice u našem pravu, u poređenju sa uporednim savremenim rešenjima određuju uže arbitrabilnost *ratione materiae*.

Arbitrabilnost *ratione personae* određuje koji subjekti mogu ugovarati arbitražu za rešavanje njihovih sporova. U okviru ove vrste arbitrabilnosti je vidljiva relativnost kruga pitanja koji se postavljaju u okviru nje. Dok se u uporednom pravim ne postavlja pitanje da li fizička ili pravna lica mogu ugovarati arbitražu, već se to podrazumeva, u domaćoj teoriji se ono postavlja, s obzirom na ne tako davnu procesnu istoriju. Novo srpsko arbitražno pravo pak, dopušta podjednako fizičkim i pravim licima da koriste arbitražu. Takođe, domaće pravo prihvata savremenu koncepciju abitrabilnosti *ratione personae* koja podrazumeva da i država i pravna lica javnog prava mogu ugovarati arbitražu.

Arbitrabilnost *ratione institutionis* određuje da li je dozvoljeno ugovaranje arbitraže pred *ad hoc* ili tzv. institucionalnim arbitražnim sudovima. Višedecenijske zabrane korišćenja *ad hoc* arbitražnih sudova za rešavanje sporova bez elementa inostranosti, uslovile su konstruisanje ove vrste arbitrabilnosti, iako je ona nepoznata u uporednom pravu. S druge strane, Zakon o arbitraži izričito dozvoljava i *ad hoc* arbitražne sudove, i institucionalne arbitražne sudove, upravo zbog ranijeg uređenja iste materije.

Arbitrabilnost, spram svog pojmovnog određenja, nesumnjivo ima funkcionalni značaj. U prvom redu, ona ima praktičan značaj. Određuje se kada je korišćenje arbitraže dozvoljeno, a kada nije. Međutim, iz takve funkcije arbitrabilnosti, proizilazi njena važnost i značaj za arbitražno pravo, kao i za pravni sistem uopšte. Naime, arbitrabilnost je institut od kojeg zavisi dejstvo svih drugih komponenti arbitraže. Ona je inicijalni

institut koji uopšte omogućava arbitražu. U tom smislu, arbitrabilnost je izraz državne sankcije volje stranaka da ugovore arbitražu, te je ona izvorni osnov arbitraže, s obzirom da arbitažni sporazume bez arbitrabilnosti ne bi imao nikakvog dejstva. S druge strane, s obzirom na navedenu funkciju, arbitrabilnost je od izuzetnog značaja za celokupni pravni poredak – određuju se granice dopuštenosti derogiranja izvorne nadležnosti države da vrši sudsku vlast, te njenog prenošenja na nedržavne ustanove. Na osnovu toga, arbitrabilnost spada u korpus javnog poretka.

Najzad, arbitrabilnost ima svojevrsan evaluativni značaj za odnos države prema arbitraži. Ona je u tom kontekstu indikator stava države prema arbitraži. Što je arbitrabilnost postavljena šire, država ima pozitivniji odnos prema ovom fenomenu, ona je poželjnija i sa njenog aspekta, kao i *vice versa*. Štaviše, arbitrabilnost više od bilo kog instituta arbitražnog prava odslikava odnos države prema arbitraži. Potvrda takvog stava može se naći upravo u domaćem arbitražnom pravu u poslednjih osamdeset godina.

Marko Knezevic, LL.M., Assistant
Law school of Novi Sad

On the Notion and Importance of Arbitrability

Abstract

Arbitration in modern conception means exercising justice by private judiciary organs. Thereby, first and basic question is when arbitration will be admitted. The answer provides arbitrability, contemporary arbitration law's universal institute. This paper examines the notion of arbitrability, as well as its importance and value. Arbitrability is defined as a complex of general limitations which determine the admission of arbitration. By the characteristics of limitations, specific categories of arbitrability are formed, which are considered in the theory as narrower meanings of the notion. The research shows that in this segment it is not possible to determine uniquely on a global scale exact categories, as well as a scope of questions within them, in a first place by reason of domestic law. In the light of importance of arbitrability, its functional role is emphasized. Apart obvious practical value, from functional role of arbitrability derives its significant importance, both for the arbitrational law and legal system itself. At last, arbitrability has the evaluative role for the state's standpoint towards arbitration, what is validated on a domestic law example.

ODELJAK ZA INOSTRANE AUTORE

Оригинални научни рад 347.772

Dragan Zlatović, dipl.iur.
Šibenik

UVJETI ZAŠTITE U ŽIGOVNOM PRAVU

1. OPĆENITO O ZABRANAMA U ŽIGOVNOM PRAVU

Razlozi ograničenja u izboru znakova razlikovanja nalaze se najčešće u javnom interesu jer određene riječi ili slike moraju ostati slobodne poradi opće uporabe. Nadalje, uporaba nekih znakova kao žigova uzrokovala bi zabunu kod kupaca robe ili korisnika usluga označenih takvim znakom odnosno izazvala bi pomutnju na tržištu ili bi dovela do povrede morala ili dobrih poslovnih običaja, pa čak i zakona. Kako bi žig uopće mogao funkcionirati u svrhu označavanja nužno je da su ostvarene dvije pretpostavke: znak koji se štiti kao žig mora biti vizualan i perceptivan, te oblik njegovog vanjskog manifestiranja mora biti trajan.

Zbog toga je zakonodavac svake zemlje propisao određena ograničenja, određujući da određene vrste ili grupe znakova ne mogu imati zakonsku žigovnu zaštitu, i to propisujući razloge zbog koji se može ili mora odbiti registracija prijavljenog znaka.Iz same definicije pojma žiga proizlazi da znakovi koji ne ispunjavaju neki od navedenih uvjeta ne mogu uživati pravnu zaštitu propisanu propisima o žigovima.Međutim kako su definicije pravnih pojmova date obično u širokim općenitim formulacijama, što se *mutatis mutandis* odnosi i na žigove, to iste nisu pogodne za sudske sporove, te stoga svaki pravni sustav,više ili manje precizno, određuje slučajeve u kojima se neće pružiti zaštita određenom znaku u smislu prava žiga.[1]

Kako kao opće načelo vrijedi da se kao žig može zaštititi svaki znak podoban za razlikovanje roba i usluga u gospodarskom prometu, to se u zakonodavnim rješenjima obično koristi negativna metoda određivanja, odnosno navode se taksativno slučajevi kada zakon priječi zaštitu određenih znakova ili grupa zna-

[1] Zlatović, D., Zabrane u žigovnom pravu (Apsolutni i relativni razlozi za isključenje), Zbornik Prav. Fak. Sveuč. Rijeka, 2001., vol. 22., br. 2., str. 736.

kova, bilo da je to ograničenje predviđeno kao apsolutna zabrana registracije žiga ili apsolutni razlozi za odbijanje registracije (engl. absolute grounds for refusal, njem. absolute schutzhindernisse) ili kao relativna zabrana ili relativni razlozi za odbijanje registracije (engl. relative grounds for refusal) otklonjiva pod određenim uvjetima.[2]

Ova negativna metoda pokazuje se kao najbolje rješenje, koje bi jedino otpadalo kada bi postojala posve iscrpna definicija žiga uz točnu i sveobuhvatnu enumeraciju znakova koji se mogu štititi kao žigovi.Međutim metoda negativne enumeracije ili taksativnog nabrajanja razloga za isključenje, iako nalazi legislativnu potvrdu u brojnim primjerima, trpi značajne prigovore u predmetnoj materiji.Ovi prigovori se kod žigova naročito jasno manifestiraju budući da se enumeracijom isključuje ono što u njoj nije obuhvaćeno, primjerice kod uslužnog žiga koji se u nekim pravnim sustavima uopće ne navodi u definiciji žiga, a ova metoda je teško prilagodljiva brojnim novinama u praksi koja stalno stvara nove pojavne oblike znakova i sredstava razlikovanja roba različitih titulara.Na kraju očit je i interes pravnog poretka da se precizno utvrdi što se sve može štititi kao žig, do čega se lakše dolazi primjenom negativne metode.

To se rješava na taj način što, neovisno daje li se zakonska definicija žiga, zakonodavac obvezno navodi što ne može imati žigovnu zaštitu.Kako je već kazano, neki se znakovi isključuju apsolutno od zaštite, što drugim riječima znači da ne mogu postati žigovima, dok su neki drugi znakovi samo relativno zabranjeni tako što je njihova registracija kao žigova biti moguća ukoliko podnositelj prijave dokaže da je dobio potrebno odobrenje od nadležnog organa ili ovlaštene osobe za korištenje znaka kao žiga.

Međutim ni apsolutna zabrana registracije ne može se tumačiti tako da jedan određen znak koji spada u neku od zakonskih kategorija apsolutne zabrane registracije više nikada neće moći uživati žigovnu zaštitu.To se pogotovo odnosi na apstraktno postavljene slučajeve apsolutne zabrane, primjerice znakova koji su protivni moralu kod kojih njihova mogućnost da postanu zaštićeni znakovi ovisi o eventualnim promjenama poimanja moraliteta.

Uostalom pitanje ćudorednosti znaka ovisno je o pojedinom pravnom odnosno društvenom uređenju, te može biti različito od države do države, tako da bi ga upravni organi u nekoj državi mogli odbiti u postupku registracije žiga, dok bi ga drugi u potpunosti zaštitili.

Također moguće je da određeni tzv. slobodni znak, odnosno znak koji je uobičajen za označavanje određene vrste robe te se tako niti ne nože zaštititi kao žig, izgubi to svoje svojstvo odnosno prestane biti uobičajen za označavanje iste robe.U toj situaciji moguće je taj znak zaštititi kao žig kako za tu robu tako i za bilo koju drugu robu ili usluge.

[2] Giefers: Markenschutz, 4.Auflage, R.Haufe Verlag, Freiburg i.Br., 1995., str.31.

U pravnoj teoriji znakovi koji se ne mogu štititi žigom svrstani su u temeljne grupe:

a) znakovi koji predstavljaju državne ili druge javne grbove,zastave,amblеme,njihovo oponašanje,nazive ili kratice naziva neke države,međunarodne organizacije i sl.;

b) znakovi koji su javno dobro:

- deskriptivni znakovi (znakovi koji opisuju robu, njenu namjenu, vrijeme i način proizvodnje, kvalitet, cijenu, težinu,geografsko porijeklo,naziv mjesta,rijeke,planine i dr.)
- znakovi koji su služili za razlikovanje roba ali su postali uobičajeni za označavanje određene robe
- znakovi sastavljeni od slova i brojeva
- znakovi protivni zakonu, moralu i dobrim poslovnim običajima.[3]

Međutim ova teoretska klasifikacija nije najčešće potvrđena u legislativnim rješenjima, već se obično posebno ekspliciraju apsolutni te relativni razlozi za odbijanje registracije žiga.

Ipak treba posebno naglasiti da se ne mogu ekstenzivnim tumačenjem proširiti zakonski slučajevi zbog kojih je zabranjeno registriranje žigova, budući da u tom pogledu važi kao opće pravilo da se kao žig može zaštititi svaki znak podoban za razlikovanje u gospodarskom prometu robe odnosno usluga. Izuzeci od općeg pravila imaju se, dakle, najuže tumačiti.[4]

2. ZABRANE U MEĐUNARODNOM PRAVU

Do razvitka industrijskog vlasništva došlo je na iznimno potvrđenim zasadama pojedinih država na ovom području.Međutim, specifičnosti svake pojedine zemlje i njezine legislative te ukupne pravne tradicije nužno je rezultiralo da se pojedina pitanja ove grane prava, pa tako i problematika robnih i uslužnih žigova, različito rješavaju i bitno odudaraju u odnosu na druga zakonodavstva.

Takva raznolikost u zakonima o industrijskom vlasništvu, sve veća tržišna pokretljivost i gospodarska potreba odstupanja od načela teritorijalnosti, zaštita prava i izvan domicilnih granica, te svekolik razvitak međunarodnog privatnog prava i potreba unifikacije trgovačkih pravila, bila su poticaj za uređenje međunarodnih odnosa i na ovom pravnom području.[5]

Sagledavajući međunarodne pravne akte iz industrijskog vlasništva u svjetlu problematike koja se razmatra u ovom radu, bitno se je osvrnuti na odredbe

[3] Cornish, Intellectual Property, third edition, Sweet & Maxwell, London, 1996., str.582.

[4] Vidi presudu VpS U-4/68, od 6.11.1969.

[5] Čizmić, J., Ogledi iz prava industrijskog vlasništva, II, Pravni fakultet Mostar, Mostar, 1999., str.151.

Pariške konvencije za zaštitu industrijskog vlasništva i Madridski sporazum o međunarodnoj registraciji žigova.

Pariška konvencija najstariji je izvor međunarodnog prava industrijskog vlasništva i najznačajniji instrument međunarodne zaštite svih prava iz područja industrijskog vlasništva, pa tako i žigovnog prava.

Kada su u pitanju odredbe o zabranama zaštite na području prava žiga, Pariška konvencija u svojim člancima 6-bis i 6-ter regulira pitanja apsolutnih zabrana u pogledu općepoznatih žigova i relativnih zabrana glede uporabe državnih ablema, službenih znakova za kontrolu i ablema organizacija.

Tako odredba članka 6-bis predviđa da se zemlje Unije[6] obvezuju da *ex offo*, ukoliko to nacionalno zakonodavstvo dopušta, ili na zahtjev zainteresiranog, odbiju ili poniš̌te registraciju i zabrane uporabu tvorničkog ili trgovačkog žiga koji je takva reprodukcija, oponašanje ili prijevod da može stvoriti zbrku s nekim žigom što bi nadležna vlast zemlje registriranja ili uporabe smatrala da je u toj zemlji nedvojbeno poznat kao žig osobe koja uživa pravo da se koristi Pariškom konvencijom i uporabljuje se za istovjetne ili slične proizvode.Isto pravilo vrijedi i u slučaju kada je bitni dio žiga reprodukcija jednog takvog žiga koji je nedvojbeno poznat ili oponašanje koje može stvoriti zbrku s tim žigom.Nadalje određen je rok od pet godina u kojem se treba postaviti zahtjev za brisanje takvog žiga, izuzev slučaja žigova registriranih ili uporabljivanih zlonamjerno kada nema ograničenja glede zahtjeva za brisanje ili zabranu uporabe

U članku 6-ter predviđeno je da zemlje Unije, ako nema dozvole nadležnih vlasti, odbiju ili poniš̌te registraciju i da zabrane, odgovarajućim sredstvima, uporabu grbova, zastava i drugih državnih amblema zemalja Unije, službenih znakova i punceva za kontrolu i garanciju kao tvorničkih ili trgovačkih žigova, ili kao sastavnih dijelova tih žigova , te svako oponašanje u heraldičkom pogledu. Ista se relativna zabrana odnosi također i na grbove, zastave i druge ambleme, kratice ili nazive međunarodnih međudržavnih organizacija članovi kojih su jedna ili više zemalja Unije, osim grbova, zastava i drugih amblema, kratica ili naziva koji su već bili predmetom ranijih postojećih međunarodnih sporazuma namijenjenih osiguravanju njihove zaštite.Zemlje Unije nisu obvezne primijeniti ove odredbe kada premetna uporaba ili registracija nisu takve naravi da javnost navedu na misao da postoji neka veza između organizacije o kooj je riječ i grbova, zastava, amblema, kratica ili naziva, ili pak nije vjerovatno da su ista upotreba ili registracija takve da javnost mogu dovesti u zabludu o postojanju neke veze između korisnika i organizacije.Nadalje je određeno da zabrana službenih znakova i punceva na kontrolu ili garanciju se primjenjuje samo ako bi žigovi, koji bi ih sadržavali, bili namijenjeni upotrebi na robi iste vrste ili slične vrste.

[6] Verona, A, Pravo industrijskog vlasništva, Informator, Zagreb, 1978., str.30., Besarović, V., Žarković, B., Intelektualna svojina 2, Međunarodni ugovori, Dosije, Beograd, 1999., str 59.

Kako bi se osigurala primjena ovih odredbi zemlje Unije se dalje obvezuju da dostave jedna drugoj, preko Međunarodnog ureda kao tijela konvencije i Unije, popis državnih amblema, službenih znakova i punceva za kontrolu i garanciju za koje one žele ili će željeti staviti, neograničeno ili u stanovitim granicama, pod narečenu zaštitu, i svaku buduću izmjenu učinjenu u tom popisu.Ova obveza ne odnosi se na državne zastave.Što se tiče znakovlja međunarodnih organizacija pod zaštitom su ona koja su te organizacije priopćile zemljama Unije preko Međunarodnog ureda.Zemlje Unije obvezale su se na zabranu u trgovini nedopuštene upotrebe državnih grbova drugih zemalja Unije kad bi ta upotreba bila takove naravi da dovodi u zabludu o podrijetlu proizvoda.

Madridski sporazum o međunarodnoj registraciji žigova je međunarodni ugovor iz područja industrijskog vlasništva koji regulira stjecanje zaštite žigova u zemljama ugovornicama podnošenjem jedne prijave žiga Međunarodnom uredu WIPO-a. U odnosu na razmatranu problematiku ovaj sporazum u svom članku 5- bis regulira da su dokazna sredstva o zakonitoj uporabi stanovitih elemenata što ih sadrže žigovi, kao što su grbovi, štitovi, portreti, počasni znaci, titule, trgovačka imena ili imena osoba osim imena prijavitelja, ili drugi slični natpisi, koja bi mogla zahtijevati administracija zemalja ugovarateljica, oslobođena od svake legalizacije i od svake druge potvrde, osim potvrde administracije zemlje podrijetla.Prema tome pripadnici Hrvatske mogu tako jednom prijavom i registracijom kod Međunarodnog ureda WIPO-a zaštititi svoj žig u svim ili samo nekim od zemalja ugovornica, s tim da prijavi treba priležiti i potvrda nadležnih organa zemlje podrijetla kada prijavljeni žig sadrži navedeno znakovlje neke zemlje ugovarateljice.

Sredinom 19.stoljeća većina nezavisnih država donijela je nacionalne zakone o industrijskom vlasništvu, koji su temeljem načela teritorijalnosti bili isključivo rezervirani za domaće državljane. Pa iako je s vremenom rasla potreba za zaštitom prava industrijskog vlasništvana međunarodnom planu, ipak pravo industrijskog vlasništva teritorijalno je ograničeno, postoji i upotrebljava se samo pod jurisdikcijom one države ili onih država čiji zakoni to dopuštaju.

3. UVJETI ZAŠTITE U EUROPSKOM ŽIGOVNOM PRAVU

U postupku priznanja žiga Zajednice, Uredba o žigu Zajednice, na tragu rješenja njemačkog prava[7], propisuje apsolutne i relativne zabrane za stjecanje žiga Zajednice.[8]

[7] Berlit: Das neue Markenrecht, 3. Auflage, Verlag C.H. Beck, Muenchen, 1999, str.35-66.
[8] Krneta: Europsko pravo žiga, Hrvatski patentni glasnik, I, 1994, br.2-3., str.237.

Člankom 7. Uredbe predviđene su apsolutne zabrane koje isključuju priznanje žiga Zajednice, a na koje OHIM reagira *ex officio* u postupku po prijavi .[9] Tako se među ovim smetnjama navode znakovi koji nisu distinktivni, generički znakovi, slobodni znakovi, prevarni znakovi, znakovi protivni javnom poretku i moralu, crteži, amblemi ili zastave od posebnog javnog interesa te oni znakovi koji nemaju suglasnost sukladno čl.6. ter Pariške konvencije. Među apsolutne razloge za isključenje od žigovne zaštite Uredba naznačava i nedostatak funkcionalnosti kod trodimenzionalnih žigova, bilo da se radi o formi potrebnog za postizanje tehničkih učinaka, ili o formi vezanoj za vrstu robe ili formi koja robi pridaje bitnu vrijednost.[10] Prema čl.7.st.2. Uredbe prijava je predmet odbijanja, ako apsolutna smetnja postoji u Europskoj zajednici ili u dijelu Europske zajednice.

Za razliku od apsolutnih smetnji OHIM na relativne razloge za isključenje od žigovne zaštite pazi samo na temelju prigovora zainteresirane osobe podnesenog unutar tri mjeseca po objavi prijave. [11] Relativne smetnje nazivaju se i tzv. "starijim pravima" među koje spadaju prije svih priznati ili ranije prijavljeni žigovi Zajednice, priznati ili prvenstveno prijavljeni nacionalni žigovi te notorni well-known žigovi iz čl.6bis Pariške konvencije, a radi se o istovjetnosti znakova i identičnosti roba i usluga na koje se odnose. Među ove zabrane Uredba uvrštava i stariji priznati poznati žig i za slučaj kada se radi o različitim proizvodima ili uslugama na koje se odnose konkurentni znakovi.[12] Konačno u starija prava spadaju i raniji nepriznati žigovi i druge oznake u tržnom prometu, čije značenje nije lokalno ukoliko postoji odgovarajuća zaštita i na razini nacionalnog zakonodavstva.

4. ŽIGOVNE ZABRANE U HRVATSKOM PRAVU

4.1. Relativni razlozi za odbijanje

Po našem ranijem pravu relativno su bili isključeni od zaštite znakovi koji su navedeni u stavku 1.točka 9., te stavcima 2.-4. Zakona o industrijskom vlasništvu, te se sukladno zakonskoj sistematici mogu isti podijeliti u dvije grupe. U tadašnjem žigovnom pravu relativne zabrane nisu bile strogo određene, od-

[9] Giefers: Die europaeische Gemeinschaftsmarke, prilog knjige istog autora: Markenschutz, 4.Aufl.,1995.,str.6.

[10] Pagenberg – Munzinger : Manual on the European Community Trade Mark, Carl Heymanns Verlag KG, Koeln-Berlin- Bonn-Muenchen, 1996., str.7.

[11] Zlatović: Prigovor na objavljenu prijavu žiga, Informator br. 4795 iz 2000., (male stranice).

[12] Upućuje se na slučaj žiga „DIMPLE" poznatog za viski čije je korištenje uskraćeno za mušku kozmetiku. BGS GRUR 1985/550.

nosno mogle su se otkloniti posredstvom posebne dozvole nadležnog organa ili ovlaštene osobe. Prva grupa relativno nepodobnih znakova, kako je to bilo određeno u citiranom stavku 1.točka 9. ZIV-a, sastojala se iz onih znakova koji sadrže državni ili drugi javni grb, zastavu ili amblem, naziv ili kraticu naziva neke zemlje ili međunarodne organizacije te njihovo podražavanje.Da bi se neki znak iz narečene kategorije mogao zaštititi kao žig potrebno je bilo postići odobrenje nadležnog organa te zemlje ili organizacije.Kako je razvidno ova odredba odgovara odredbi članka 6-ter Lisabonske revizije Pariške konvencije.Druga grupa relativno nepodobnih znakova predstavljala je lik ili ime neke osobe (članak 30. stavak 2.-4. ZIV).

Imena odnosno likovi pojedinih osoba danas često koriste u međunarodnom trgovačkom prometu u čistoj funkciji robnih žigova, a posebno u reklamama preko televizije, radija i drugih masovnih medija . U tom kontekstu i u našoj novijoj praksi ima slučajeva da pojedini poduzetnici koriste na tržištu fenomen popularnosti određenih osoba kod potrošačkih masa, koja se popularnost pretvara u pravi komercijalni magnetizam ogromnog marketinškog intenziteta.

Sudionici u gospodarskom prometu samo su u načelu slobodni u izboru znakova za označavanje svojih roba ili usluga.U nastavku obradit ćemo ograničenja u izboru znakova koji se ne mogu zaštititi kao žig, posebice relativne zabrane u našem, međunarodnom i uporednom žigovnom pravu.

Kako kao opće načelo vrijedi da se kao žig može zaštititi svaki znak podoban za razlikovanje roba i usluga u gospodarskom prometu, to se u zakonodavnim rješenjima obično koristi negativna metoda određivanja, odnosno navode se taksativno slučajevi kada zakon priječi zaštitu određenih znakova ili grupa znakova kao relativne zabrane.

U ranijim rješenjima relativno zabranjeni znakovi određivali su se oni čija je registracija kao žigova biti moguća ukoliko podnositelj prijave dokaže da je dobio potrebno odobrenje od nadležnog organa ili ovlaštene osobe za korištenje znaka kao žiga. Situacija je bitno izmijenjena odredbama čl.6. ZOŽ-a iz 1999., koje su donekle izmijenjene u novom ZOŽ-u iz 2003. (čl.6.), koji predstavlja pozitivan zakonski izvor nacionalnog hrvatskog prava u ovom području.

U čl.6. ZOŽ-a navedeni su relativni razlozi za odbijanje, koji se u koncepciji bitno razlikuju od dosadašnjih, jer se više ne radi o razlozima koji su otklonjivi pristankom određenog ovlaštenika, nego o razlozima (tzv. raniji žig odnosno ranija prava) zbog kojih može (ali i ne mora) doći do uskrate zaštite takvog znaka.

Tako se temeljem podnesenog prigovora žigom neće registrirati ni znak :

a) ako je istovjetan s ranijim žigom registriranim za istovjetne proizvode ili usluge[13],

[13]Neki stariji autori izrazili su sumnju u opravdanost ovog rješenja, iz razloga što se ocjena da li je koji znak isti ili sličan ranijem žigu odnosno da li je sličnost tako izražena da bi mogla do-

b) ako zbog njegove istovjetnosti ili sličnosti s ranijim žigom i istovjetnosti ili sličnosti proizvoda ili usluga postoji vjerojatnost dovođenja javnosti u zabludu, što uključuje vjerojatnost dovođenja u svezu s ranijim žigom.[14]

Ukoliko unatoč postojanju relativnih razloga za isključenje od zaštite, ipak bude propustom u postupku registracije propušten sličan znak ranije zaštićenom žigu, a posebice kad su osnovni elementi u označavanju dva proizvoda raznih proizvođača, riječi koje su po zvučnosti izgovora slične do identičnosti, proizvođač koji ima zaštićeni žig, osnovano može zahtijevati upravnu i sudsku zaštitu, odnosno da se zabrani drugom proizvođaču uporabu slične riječi za označavanje svog proizvoda, bez obzira na kombinacije u detaljima upotrebljene riječi pri obilježavanju proizvoda.

Relativni razlozi odbijanja koji se odnose na " ranije žigove" (earlier trade marks) dijele se na četiri vrste[15]:

---

vesti do zabune na tržištu, prenosi tako iz nadležnosti sudova u ovlaštenje Zavoda koji nije organiziran da donosi odluke o ovim pitanjima koja su po istom stajalištu zapravo imovinski sporovi. Usp. Verona: Pravo industrijskog vlasništva, Informator, Zagreb, 1978., str.169. Međutim rješenja kao u novom hrvatskom žigovnom pravu harmonizirana su i postoje u većini pozitivnih zakonodavstava država članica WIPO-a. Za europsku praksu vidi odluke u predmetima OHIM-a : SOMAC/SOMAC B 693 921; ENIGMA ITALY/ ENIGMA R/1998-2; NOVA COL/NOVACOL B 742 033 (ne radi se o identičnim znakovima); FLOWER-POWER/flowerpower OD 2469/2000 (nisu istovjetni znakovi).

[14]Za praksu zemalja Beneluxa iz 1975 fonetski identični raniji žig KLAREIN (za tekućine za čišćenje) i kasniji žig CLARYN (za đin) su zamjenjivi. Navest ćemo neke poznate slučajeve sličnosti žigova i znakova : NESTLE/BESTLAIT, NIKE /NIKKE, AVIOLINA/AVIO LANOL, COCTA / COCKTA i dr. Za našu praksu vidi slučaj sličnosti znakova VIM/BIM iz presude VpS, Sl-1687/67, od 20.11.1967. Za noviju praksu vidi presudu ECJ u slučaju Sabel, C-251/95, od 11.11.1997. Zanimljiva je i presuda CFI T-33/03 u sporu Shark v. Hai, u kojem se ocjenjivala sličnost verbalnih figuativnih znakova koji imaju isto značenje – morski pas, ali jedan izražen u enegleskom jeziku, a drugi u njemačkom jeziku . Zauzet je stav kako se ne radi o sličnim znakovima neovisno što je jedan znak prijevod drugoga. U sporu ECJ C-39/97, od 29.9.1998. povodom predmeta Life v. Thompson Life, ocijenjeno je da postoji sličnost znakova ukoliko raniji žig ima nezavisni razlikovni karakter, bez obzira što taj segment u kasnijem znaku nema prevladavajući karakter. U slučaju SHARK/HAI CFI T-33/03 zauzeto je stajalište kako ovi znakovi, iako predstavljaju prijevode iste riječi – morski pas, ne predstavljaju slične znakove, dok su žigovi CINCO OCEANOS i 5 OCEANS ocijenjeni sličnima. Kriteriji glede sličnosti proizvoda I usluga postavljeni su u slučaju CANON prema presudi ECJ C-39/97, od 29.rujna 1998.

[15]U britanskom pravu (TMA 1994., s.5) također nalazimo tri vrste ranijih žigova i to:

a) kada su predmetni žigovi identični kao i usluge i proizvodi koje pokrivaju, mogućnost konfuzije se ne traži jer se radi o automatskom isključenju od registracije;

b) kada robe ili usluge nisu identične nego samo slične, ili kada su žigovi samo slični za identične ili slične proizvode ili usluge, mora biti ukazivo da postoji mogućnost izazivanja zabune u javnosti, koja uključuje opasnost od asocijacije sa ranijim žigom;

c) ranijeg "well-known" žiga sukladno odredbi čl.6.bis. Pariške konvencije .

Detaljnije kod Cornish, W.R., Intellectual property, Sweet & Maxwell, London, 1996., str.597-598.

a) žigove registrirani u Republici Hrvatskoj koji uživaju ranije pravo prvenstva (prvenstvo podnošenja prijave, unijsko pravo prvenstva i izložbeno pravo prvenstva) [16];

b) žigovi registrirani na temelju međunarodnih sporazuma koji vrijede u Republici Hrvatskoj i koji uživaju ranije pravo prvenstva [17];

c) žigovi koji su na dan prijave za registraciju žiga ili, ako je zatraženo pravo prvenstva, na datum prava prvenstva zatraženog u prijavi, dobro poznati[18] u Republici Hrvatskoj u smislu u kojemu se riječi »dobro poznat« rabe u članku 6.*bis.* Pariške konvencije.[19]

d) prijave za registraciju žigova u Republici Hrvatskoj koji uživaju ranije pravo prvenstva, pod uvjetom da žigovi budu registrirani.

Pariška konvencija sadrži odredbu članka 6-bis kojom se predviđa da se zemlje Unije obvezuju da *ex offo*, ukoliko to nacionalno zakonodavstvo dopušta, ili na zahtjev zainteresiranog, odbiju ili poniš̌te registraciju i zabrane uporabu tvorničkog ili trgovačkog žiga koji je takva reprodukcija, oponašanje ili prijevod da može stvoriti zbrku s nekim žigom što bi nadležna vlast zemlje registriranja ili uporabe smatrala da je u toj zemlji nedvojbeno poznat kao žig osobe koja uživa pravo da se koristi Pariškom konvencijom i uporabljuje se za istovjetne ili slične proizvode.Isto pravilo vrijedi i u slučaju kada je bitni dio žiga reprodukcija jednog takvog žiga koji je nedvojbeno poznat ili oponašanje koje može stvoriti zbrku s tim žigom.Nadalje određen je rok od pet godina u kojem se treba postaviti zahtjev za brisanje takvog žiga, izuzev slučaja žigova registri-

[16]Usp. Zlatović: Pravo međunarodnog prvenstva uz naznake glede prava izložbenog prvenstva, "IN" glasnik inovatora, br. 11-12/97, str. 23. Pregledom Uredbe o žigu Zajednice razvidno je da se pod ranijim žigom podrazumijevaju sci ranije registrirani žigovi Zajednice bilo pred OHIM-om ili putem međunarodne registracije, te svi žigovi država članica registrirani pred nacionalnim uredom ili putem međunarodne organizacije. Cit. prema Rački Marinković, A.,op.cit., str. 33.

[17]Usp. Tomasović: Međunarodna registracija žigova, "Hrvatski patentni glasnik", br.1/93, str.85.

[18] Prema presudi ECJ-a u slučaju DAVIDOFF v. GOFKID C-292/00 od 9.siječnja 2000. godine ne znači da se ovaj relativni razlog može primijeniti samo u slučajevima kada proizvodi i žigovi nisu slični, nego obuhvaća i ranije registrirane žigove s reputacijom za slične proizvode i usluge. Što znači da žig ima ugled, možemo izvesti iz presude ECJ-a u predmetu GENERAL MOTORS/YPLON SA C-375/97 od 14.rujna 1999.godine, kada se utvrđuje da žig ima ugled kad je poznat znatnom dijelu javnosti na koju se taj proizvod ili usluga označena tim žigom odnosi. Postojanje ugleda žiga nije notorna činjenica nego mora biti dokazana kad se radi o poznatim žgovima (NIKE/NIKE known R 212/1999-2 od 23.rujna 2003.) Treba napomenuti da prema čl. 7.st.2.toč.3. ZOŽ-a nositelj žiga može zabraniti trećim osobama upotrebu za svaki znak koji je istovjetan s njegovim žigom ili sličan njegovu žigu u odnosu na proizvode ili usluge koji nisu slični onima za koje je žig registriran, kad taj žig ima ugled u Republici Hrvatskoj i kad uporaba toga znaka bez opravdanoga razloga nepošteno iskorištava razlikovni karakter ili ugled žiga ili im šteti.

[19] Takova je poznatost žiga prema čl.6.st.3. ZOŽ-a iz 1999.godine uključivala i poznatost žiga u bitnom dijelu javnosti koja je stečena kao rezultat promidžbe žiga.

ranih ili uporabljivanih zlonamjerno kada nema ograničenja glede zahtjeva za brisanje ili zabranu uporabe .

Na temelju podnesenoga prigovora nositelja ranijega žiga neće se registrirati ni znak ako je istovjetan s ranijim žigom ili sličan ranijem žigu, a zatražena je registracija za proizvode ili usluge koji nisu slični onima za koje je registriran raniji žig kada raniji žig ima ugled u Republici Hrvatskoj i kada bi uporaba kasnijega žiga bez opravdanoga razloga nepošteno iskoristila razlikovni karakter ili ugled ranijega žiga ili im naštetila.[20]

Relativne razloge za isključenje iz zaštite žigom prema čl.6. u svezi s l.27. ZOŽ-a može prizvati samo podnositelj ranije prijave ili nositelj ranijeg žiga ili ranijeg prava.[21] Prema tome relativne razloge ne može ispitivati Državni zavod *ex officio* niti na njih mogu ukazivati zainteresirane osobe, nego je krug takvih osoba sužen samo na navedene u zakonu izričito ovlaštene osobe.[22]

Slijedom navedenog razvidno je da se ispitivanje po službenoj dužnosti svih uvjeta zaštite tzv. strogo ispitivanje, kako je bilo uređeno u ranijem ZIV-u, u novom hrvatskom pravu napustilo, a razdvajanje uvjeta zaštite na apsolutne i relativne razloge poradi kojih se neko znaku može uskratiti registracija za žig, osigurava brži, jeftiniji i jednostavniji postupak ispitivanja.Prilikom ocjene da li je jedan znak čija se zaštita traži istovjetan sa ranijim žigom, mora se polaziti od načela jedinstva i načela specijaliteta.Kod razmatranja pitanja novosti kod žigova, pravilo jedinstva žiga odnosi se na to da žig čine znak i popis proizvoda ili usluga koje znak pokriva, dok načelo specijaliteta određuje da znak koji je zaštićen žigom pokriva samo određene proizvode odnosno usluge za koje je zaštićen.

Prva smjernica vijeća 89/104/EEZ u čl.11.st.2. daje državama mogućnost da odrede kako se pozivanje na relativni razlog za odbijanje na temelju ranijeg žiga mora potkrijepiti dokazima o uporabi ranijeg žiga, međutim naš ZOŽ neu-

---

[20]U britanskom pravu ranija prava obuhvaćaju :

a) pravo zaštite neregistriranog znaka koji se upotrebljava u skladu sa trgovačkom praksom (djelomično kroz "passing - off zaštitu);

b) ostala prava iz autorskog prava, ili neregistrirana prava dizajna ili registrirana prava industrijskog obličja.

Detaljnije kod Marett, P., Intellectual property Law, Sweet & Maxwell, London, 1996., str.165.

[21] Prigovor u odnosu na članak 6. stavak 1. i 3. ZOŽ-a prema čl.27.st.1.toč.1. ZOŽ-a može podnijeti nositelj ranijega žiga, ali i stjecatelj licencije u skladu s člankom 39. stavkom 4. ili 5. ZOŽ-a. Kako su novelom ZOŽ-a iz 2007. brisane odredbe čl.39.st.4. i 5. ZOŽ-a, to bi tumačenjem proizlazilo da pravo na prigovor više nema stjecatelj licencije jer je to pravo direktno izviralo iz sada brisanih odredbi: Zakonodavac je propustio eksplicitno u noveli urediti to pitanje i izvršiti odgovarajuću korekciju odredbe čl.27.st.1.toč.1. ZOŽ-a..

[22]Prema čl.5.st.5. britanskog TMA 1994. registracija je moguća neovisno o postojanju relativnih razloga za isključenje iz zaštite žigom ako vlasnik ranijeg žiga ili ranijeg prava pristane na takvu registraciju.

porabu žiga ne uzima kao razlog za podnošenje prigovora u postupku registracije žiga, nego samo kao razlog za pokretanje postupka opoziva žiga.

Znak se neće registrirati kao žig ukoliko je istovjetan[23] s ranijim žigom za istovjetne proizvode i usluge. Ova odredba koju sadrži naš ZOŽ u čl.6.st.1. harmonizirana je sa odredbama čl.4.st.1a. Prve smjernice vijeća, te čl.8.st.1a. Uredbe o žigu Zajednice. Pri tome se ne traži postojanje opasnosti od dovođenja javnosti u zablusu, što se presumira i tako se olakšava pozicija nositelja ranijeg žiga u opozicijskom postupku.

Znak iz prijave žiga je istovjetan sa protivnim znakom ako predstavlja njegovu potpunu reprodukciju i ako se odnosi na iste proizvode odnosno usluge koji su pokriveni protivnim znakom (čl.6.st.1.toč.1. ZOŽ-a)[24], pri čemu protivni znak može imati širi opseg zaštite, dok se sličnost mora dovesti u svezu sa mogućnosti opasnosti od izazivanja zabune u gospodarskom prometu uključivo sa mogućnosti asocijacije predloženog znaka na raniji žig[25].

Na temelju podnesenoga prigovora znak neće biti registriran ako bi njegova uporaba vrijeđala neko od sljedećih ranijih prava:

1. pravo na osobno ime,
2. pravo na osobnu sliku,
3. autorsko pravo,
4. prava industrijskoga vlasništva.[26]

---

[23] Znak se smatra istovjetnim ranijem žigu kada reproducira, bez ikakvih promjena ili dodatak, sve elemente koji čine raniji žig ili cjelovito gledano sadrži azlike koje su toliko nebitne pa ih prosječni kupac niti ne primjećuje. Vidi presudu ECJ u sporu Arthur v. Arthur et Felice, C-291/00, od 20.3.2003. Istovjetnost roba i usluga postoji ne samo kad su naznae istovjetne nego I u slučaju sinonima, o kojima se zaključak donosi po komercijalnoj a ne jezičnoj osnovi.

[24] Voćni sok spada u grupu bezalkoholnih pića, te se ne može dati zaštita niti registrirati žig u kome se nalazi ista riječ koja se nalazi već na zaštićenom znaku koji se stavlja na bezalkoholna pića. Vidi slučaj znaka "FRISCO" iz presude VpS, U-2/65, od 18.6.1965.

[25]U ZIV-u se govorilo o kriteriju zablude prosječnog konzumenta, dok je sadašnja formulacija šira i obuhvaća misaonu (asocijativnu) reakciju javnosti. Za raniju praksu po kojoj je za ocjenu da li se radi o sličnim znakovima odnosno oponašanju zaštićenog žiga mjerodavan ukupan utisak prosječnog potrošača vidi odluku PSH, Pž-46/93, od 16.3.1993. u čijem obrazloženju između ostalog stoji: " ... bitan je ukupni utisak sličnosti znaka, dakle prvenstveno samog naziva proizvoda ili usluge, što u konkretnom slučaju ne postoji, kraj nesporne činjenice da tužitelj koristi naziv "Trius", a tužanik naziv "Trade centar". Osim toga kao što je rečeno i to grafičko rješenje koje koristi tužitelj i tuženik je različito i distinktivno za prosječnog kupca odnosno potrošača, a prosječni kupac ne mora obratiti posebnu pažnju, da bi uočio razliku naziva – tvrtki tužitelja i tuženika, pa u konkretnom slučaju nema mjesta primjeni odredbe čl.118.st.3.citiranog zakona (radi se o ZIV-u, op.aut.) tj. ne radi se o oponašanju tužiteljevog znaka – tvrtke."

[26] Ovaj razlog je u Prvoj smjernici vijeća utvrđen kao fakultativan (čl.4.st.4.c.), dok u Uredbi o žigu Zajednice nije naveden kao relativna zabrana nego kao razlog za traženje poništenja registriranog žiga (čl.52.st.2.)..

Pod pojmom „ranije pravo“ razumijevaju se prava stečena na datum koji je raniji od datuma prijave za registraciju žiga ili, ako je zatraženo pravo prvenstva, od datuma prava prvenstva zatraženog u prijavi.

Na temelju podnesenoga prigovora znak neće biti registriran ako bi njegova uporaba vrijeđala pravo osobe koja je u vrijeme podnošenja prijave za registraciju žiga imala tvrtku, pod uvjetom da je ta tvrtka ili bitni dio tvrtke istovjetan s prijavljenim znakom ili sličan prijavljenom znaku i pod uvjetom da su istovjetni ili slični proizvodi ili usluge predmet djelatnosti te tvrtke, osim ako je podnositelj prijave u trenutku prijave imao istovjetnu ili sličnu tvrtku.

Također, na temelju podnesenoga prigovora znak neće biti registriran ako je istovjetan s ranijim žigom ili sličan ranijem žigu koji je bio registriran za istovjetne ili slične proizvode ili usluge, a iz kojega proizlazi pravo koje je isteklo zbog neproduženja registracije žiga u razdoblju od najviše dvije godine od datuma isteka vrijednosti žiga, osim ako je nositelj ranijega žiga dao svoju suglasnost za registraciju kasnijega žiga ili nije rabio svoj žig.

Dakle, sadašnje ispitivanje žiga na novost vezano je za prizivnu reakciju podnositelja ranije prijave ili nositelja ranijeg prava odnosno ranijeg žiga, pa se i novost prijavljenog znaka po tom prizivu raspravlja prema trenutku prava prvenstva, a u odnosu na znakove podnositelja prigovora koji imaju ranije pravo prvenstva bilo da su već zaštićeni ili su predmet ranije prijave žiga.

4.2. Apsolutni razlozi za odbijanje

U ranijem hrvatskom pravu apsolutno se nisu mogli kao žig zaštititi znakovi taksativno navedeni u odredbi članka 30. stavak 1. točke 1.-8. ZIV-a .Na taj način isti znakovi isključeni su od žigovne zaštite, te ne mogu uživati zaštitu niti uz određene pretpostavke ili suglasnost ili pristanak određenih ovlaštenika.

Prema citiranom propisu nije se mogao zaštititi znak :

1) koji je protivan zakonu ili moralu;

2) koji nije prikladan za razlikovanje robe odnosno usluga u gospodarskom prometu ;

3) koji označava vrstu robe odnosno usluga, njihovu namjenu, vrijeme ili način proizvodnje, kvalitetu, cijenu, količinu, težinu, ime mjesta odnosno geografsko podrijetlo ;

4) koji je uobičajen za označavanje određene vrste robe odnosno usluga ;

5) koji svojim izgledom ili sadržajem može stvoriti zabunu u gospodarskom prometu, a osobito dovesti u zabludu prosječnog potrošača što se tiče podrijetla, vrste, kvalitete ili drugih svojstava robe odnosno usluga ;

6) koji sadrži službene znakove ili punce za kontrolu i garanciju kvalitete ili ih podražava;

7) koji je istovjetan s ranije zaštićenim znakom druge osobe za istu ili sličnu vrstu robe odnosno usluga;te konačno i onaj znak

8) koji je sličan ranije zaštićenom znaku druge osobe za istu ili sličnu vrstu robe odnosno usluga ako ta sličnost može dovesti u zabludu prosječnog potrošača.[27]

Izvorno hrvatsko žigovno zakonodavstvo, na tragu ranijih rješenja, ipak drugačije pristupa ovoj problematici, sukladno modernim rješenjima na ovom području i prihvaćenom konceptu uvjeta žigovne zaštite.

Tako je u čl. 5. ZOŽ-a iz 1999.godine, glede apsolutnih zabarana, bilo predviđeno da se neće zaštititi znak:

1) koji je protivan javnom poretku i ćudoređu,

2) koji se ne može grafički prikazati,

3) koji svojim izgledom nije prikladan za razlikovanje proizvoda ili usluga u gospodarskom prometu,

4) koji se sastoji isključivo od oznaka ili podataka koji u prometu služe za označavanje vrste, kakvoće, količine, namjene, vrijednosti, zemljopisnog podrijetla, vremena proizvodnje proizvoda ili pružanja usluga ili za označavanje nekih drugih obilježja proizvoda ili usluga,

5) koji se sastoji isključivo od oznaka ili podataka koji su uobičajeni u svakodnevnom ili stručnom govoru ili ustaljenoj trgovačkoj praksi,

6) koji je isključivo oblik određen vrstom proizvoda ili oblik proizvoda potreban za postizanje određenog tehničkog rezultata ili oblik koji proizvodu daje bitnu vrijednost,

7) koji svojim izgledom može dovesti u zabludu javnost, posebice u odnosu na zemljopisno podrijetlo, vrstu, kakvoću ili neko drugo obilježje proizvoda ili usluge,

8) koji sadržava ili se sastoji od oznake zemljopisnog podrijetla kojom se identificiraju vina ili jaka alkoholna pića, a odnosi se na vina ili alkoholna pića koja nisu toga zemljopisnog podrijetla, te

9) koji sadržava državni grb ili drugi javni grb, zastavu ili amblem, naziv ili kraticu naziva neke zemlje ili međunarodne organizacije te njihovo oponašanje, osim uz odobrenje nadležnog tijela te zemlje ili organizacije.

Naš novi ZOŽ iz 2003.godine uređuje apsolutne razloge za odbijanje na način da se neće registrirati:

1. znakovi koji se ne mogu zaštititi kao žig u skladu s uvjetima iz članka 2.ZOŽ-a,

2. znakovi koji nemaju razlikovni karakter u odnosu na proizvode ili usluge za koje je zatražena registracija,

[27] Manigodić: Robni i uslužni žigovi, Pronalazaštvo, Beograd, 1989., str.15-16.

3. znakovi koji se sastoje isključivo od oznaka ili podataka koji u trgovini mogu služiti za označavanje vrste, kakvoće, količine, namjene, vrijednosti, zemljopisnoga podrijetla ili vremena proizvodnje proizvoda ili pružanja usluge, ili za označavanje drugih karakteristika proizvoda,

4. znakovi koji se sastoje isključivo od oznaka ili podataka koji su postali uobičajeni u svakodnevnom govoru ili u dobroj vjeri i ustaljenoj trgovačkoj praksi,

5. znakovi koji se sastoje isključivo od oblika koji proizlazi iz same vrste proizvoda, ili oblika proizvoda potrebnoga za postizanje nekoga tehničkog rezultata, ili oblika koji proizvodima daje bitnu vrijednost,

6. znakovi koji su protivni javnom interesu ili prihvaćenim moralnim načelima,

7. znakovi koji mogu javnost dovesti u zabludu, primjerice u odnosu na vrstu, kakvoću ili zemljopisno podrijetlo proizvoda ili usluga,

8. znakovi koji nemaju odobrenje nadležnih tijela i koji moraju biti odbijeni prema članku 6.*ter.* Pariške konvencije za zaštitu industrijskoga vlasništva (u daljnjem tekstu »Pariška konvencija«),

9. znakovi za vina koji sadržavaju ili se sastoje od zemljopisnih oznaka koje služe za označavanje vina i znakovi za jaka alkoholna pića koji sadržavaju ili se sastoje od zemljopisnih oznaka koje služe za označavanje jakih alkoholnih pića, u odnosu na vina ili jaka alkoholna pića koja nisu toga zemljopisnog podrijetla,

10. znakovi koji sadržavaju naziv ili kraticu, državni grb, amblem, zastavu ili drugi službeni znak Republike Hrvatske ili nekoga njezina dijela te njihovo oponašanje, osim uz odobrenje nadležnoga tijela Republike Hrvatske.[28]

Ne može se ekstenzivnim tumačenjem proširivati slučajevi zbog kojih je zabranjeno registriranje žigova budući da u tom pogledu kao opće pravilo važi da se kao žig može zaštititi svaki znak podoban za razlikovanje u gospodarskom prometu roba ili usluga.Izuzeci od općeg pravila imaju se najuže tumačiti (v. presudu VSJ,U-4/68,od 27.11.1969.).

U nastavku osvrnut ćemo se na neke specifičnosti svake pojedine navedene apsolutne zabrane .

a) Negrafički znakovi

Naš ZOŽ određuje da se neće zaštititi znak koji se ne može zaštitti kao žig u skladu s uvjetima iz čl.2. ZOŽ-a, odnosno da se ne može grafički prikazati (čl.5.st.1.toč.1.).[29]

[28] Detaljnije o europskoj i hrvatskoj praksi glede apsolutnih razloga za odbijanje v. kod Rački Marinković, A., op.cit., str.5.

Ova odredba proizlazi iz same definicije žiga koja je dana u odredbi l.1.st.1. ZOŽ-a. Naime žig se određuje kao znak koji se, kao prvo, može grafički štititi, a tek ako je ispunjen taj uvjet, traži se i drugi odnosno da je prikladan za razlikovanje proizvoda ili usluga jednog sudionika u gospodarskom prometu od proizvoda ili usluga drugoga sudionika u gospodarskom prometu. Prema tome grafičko određenje znaka je *condictio sine qua non* žiga, te svi oni znakovi koji se ne mogu izraziti u bilo kojoj grafičkoj formi ne uživaju žigovnu zaštitu. Žigovi moraji biti prikladni za razlikovanje proizvoda ili usluga jednog poduzetnika od proizvoda ili usluga drugoga poduzetnika. Sukladno članku 2. nijedan znak nije automatski isključen iz mogućnosti registracije. Znakovi navedeni primjerično predstavljaju najčešće korištene znakove kojima poduzetnici označavaju proizvode ili usluge (tzv. konvencionalni znakovi), međutim lista ne isključuje mogućnost drugih znakova. Dakle znakovi koji nisu izričito navedeni mogu biti zaštićeni žigom ukoliko udovoljavaju uvjetima ovoga članka. Pri ispitivanju ovog apsolutnog razloga, ispitivač mora utvrditi da li prijavljeni znak udovoljava dvjema osnovnim pretpostavkama žiga: da se može grafički prikazati i da je prikladan za razlikovanje.[30]

Sukladno navedenoj zakonskoj definiciji žiga, žigovnu zaštitu mogu uživati znakovi u riječi, uključujući osobna imena, crteže, slova, brojke, oblike proizvoda ili njihova pakiranja, žigovi u slici, boje, trodimenzionalni žigovi[31], kratice, grafički prikazi, kombinacije svih tih znakova, pod uvjetom da su razlikovni, kao i kombinacije svih naprijed navedenih znakova.

Iz ovog proizlazi da u nas ZOŽ i dalje eksplicite ne priznaje zaštita znakovima u zvuku[32] ili mirisu[33], iako se radi o raširenoj pojavi u suvremenoj trgovini

[29] U čl.15. TRIPS sporazuma utvrđeno je da države mogu tražiti kao uvjet za registraciju žiga da su znakovi vizualno uočljivi. Ipak neke države ne traže taj uvjet, npr. SAD. Vidi kod Rački Marinković, A., Apsolutni i relativni razlozi za odbijanje registracije žiga, u Matanovac, R. (op.red.) et al., Hrvtasko pravo intelektualnog vlasništva u svjetlu pristupa Europskoj uniji, DZIV & Narodne novine, Zagreb, 2006., str. 6.

[30] DZIV, Priručnik za ispitivanje žigova, 2007.

[31] Radi se o bitnoj novini ZOŽ-a u odnosu na ranija rješenja kada oblici i tijela nisu bila navedena . U novom zakonu trodimenzionalni oblici su izričito navedeni, kako bi normirano bilo ono što godinama postoji u praksi (boca COCA COLE, Mercedesova zvijezda), čime se unosi pravna sigurnost glede zaštite trodimenzionalnih žigova. Slično za jugoslavensku praksu kod Besarović – Žarković: Intelektualna svojina - Industrijska svojina i autorsko pravo 1, Dosije, Beograd, 1998., str.64.

[32] Trebalo bi razmisliti o eksplicitnoj zakonskoj dozvoli registracije žiga kao glazbenih fraza koje se mogu grafički, odnosno notalno prikazati, jer bi se time slijedila szajališta žigovne prakse.

[33] U slučaju mirisnog znaka, DZIV će smatrati neodgovarajućim prikazom sljedeće: kemijsku formulu - zbog njene nečitljivosti uslijed čega se ne može odmah prepoznati o kojem se mirisu radi; opis riječima jer nije dovoljno jasan, precizan i objektivan; depozit uzorka koji nije trajan. Cit. prema DZIV, Priručnik za ispitivanje žigova, 2007.

i prodaji[34], posebice onoj u SAD. Međutim, širim tumačenjem i uvažavanjem prakse eurospkih institucija žigovnog prava zaštitu mogu uživati i zvučni znakovi, koji se mogu izraziti grafičkim prikazom znaka, bilo crtežom, pisanjem, fotografiranjem, ukoliko to omogućava vizualnu oučljivost znaka, odnosno da se unatoč nevidljivosti znaka može taj znak prepoznavati.[35]

Iz citirane presude Europskog suda pravde u slučaju Sieckmann, razvidni su strogi dodatni uvjeti u tom smislu priznavanja zaštite žigovima koji nisu klasično razvidni, te takav znak mora biti prikazan slikama, linijama ili znakovima, biti jasan, precizan, sadržan u sebi, lako dostupan, čitljiv, trahan i objektivan.[36]

b) Nedistinktivni znakovi

U čl.5. ZOŽ-a taksativno su nabrojani razlozi za apsolutno isključenje od žigovne zaštite. Pa iako je navedena među prvima, toč.2. st.1. ovog članka razumijeva se kao temelj za pokrivanje svih onih situacija nerazlikovnosti znaka koji nisu navedeni u ostalim točkama ove odredbe. Stoga bi nomotehnički ova točka trebala biti na posljednjem mjestu kako bi se na taj način pocrtao njen supsidijarni karakter kao opće odredbe.

Dakle naš ZOŽ zabranjuje zaštitu znaka koji svojim izgledom nije prikladan za razlikovanje proizvoda ili usluga za koje je zatražena registracija u gospodarskom prometu.[37]Na ovaj način izbjegavaju se negativni mogući efekti primjene metode negativne enumeracije, pa se ovom odredbom pokrivaju i oni slučajevi koje ne možemo podvesti pod ostale odredbe čl.5.ZOŽ-a. Razlikovni karakter može se postići dodavanjem figurativnih elemenata ili drugih elemenata koji su razlikovni. Minimalni razlikovni karakter može se postići upotrebom

---

[34] Vidi stanje u danskoj praksi u članku " Sound marks must be described", Trademark World br.124, str.4.

[35] Tako Philips, J., Trade Mark Law, A Practical Anatomy, Oxford, 2003., str.65.

[36] Rački Marinković, A., op.cit., str. 7.

[37] Europsko pravo žiga odbija zaštitu onim znakovima koji nemaju nikakav razlikovni karakter, dok se registracija dopušta onim znakovima koji imaju i najmanju distinktivnost (vidi slučaj kod CFI-a u predmetu BABY-DRY (T-163/98, od 8.srpnja 1999.), ali tada se radi o tzv.slabim žigovima.. Iz slučaja CFI-a u predmetu LITE (T-79/00) razlikovnost određujemo kao mogućnost znaka da ispunjava temeljnu funkciju žiga, tj.da identificira podrijetlo proizvoda ili usluga koje označava, te da kod potrošača izazove asocijaciju n ate proizvode ili usluge obilježene tim žigom. Znakove koji sadržavaju gramatičku pogrešku u pisanju u odnosu na opisni pojam, postignutu zamjenom slova, zamjenom slova znakom, pisanjem skraćenica prema izgovoru Zavod neće smatrati razlikovnima. Navedeno je utvrđeno u već spomenutom predmetu LITE. LITE je odbijen na osnovu nerazlikovnosti. Izgovor znaka 'LITE' identičan je izgovoru pojma 'LIGHT' u engleskom jeziku, koji u odnosu na prehrambene proizvode ima opisni karakter (lagana hrana). S obzirom da se zbog ovakve pogreške u pisanju znak ne sastoji 'isključivo' od opisnog pojma, temelj odbijanja neće biti opisnost znaka već nerazlikovnost. Ispitivač će u utvrđivanju razlikovnog karaktera procijeniti da li je znak neuobičajen, upečatljiv i da li je navednim elementima postignut odmak od opisnog elementa znaka.

ornamentalnog ili ukrasnog fonta slova, ovisno o stupnju stilizacije, što će ispitivač utvrditi za svaki konkretni slučaj. Korištenje uobičajenih fontova slova ne pridonosti postizanju razlikovnosti. Smatrat će se kako razlikovni karakter nije postignut samo gramatičkom greškom u pisanju, zamjenom slova znakom, pisanjem skraćenica prema izgovoru i slično. Znakovi koji se sastoje od nekoliko elemenata koji su svaki za sebe nerazlikovni mogu njihovim spajanjem steći razlikovnost, ali ovisno o konkretnom slučaju takvo spajanje nerazlikovnih elemenata ne mora dovesti do razlikovnosti znaka, pogotovo ako je spajanje učinjeno prema gramatičkim pravilima ili na uobičajeni način.

Ovi neprikladni znakovi, koji nemaju karakteristiku izvornosti i posebnosti, pokrivaju tako, između ostalih, neposredno i posredno generičke riječi, slova, slogane, kratice, kovanice, brojevi, poznati i jednostavni geometrijski oblici i tijela, slike proizvoda ili ambalaže, boje, te kombinacije ovih elemenata, koji nisu distinktivni. [38]

Neposredno generičke riječi u načelu ne mogu imati razlikovni učinak jer direktno ukazuju na proizvod[39], pa ni kao kombinacija više takvih riječi kako pojedninačno tako ni kao skup riječi. Posredno generičke riječi, iako samo asociraju na neku robu, također nemaju razlikovni učinak i zbog svoje učestalosti u korištenju ostaju izvan dosega žigovne zaštite .[40]

U žigovnom pravu vrijedi načelo da se jedno slovo u svom redovnom obliku ne može zaštititi kao žig, ukoliko se ne radi o opisanim slovima koja se mogu tumačiti[41], odnosno ako nije grafički izraženo.[42] Međutim kod ovih posljednih, radi se o slaboj zaštiti jer svatko drugi može koristiti isto slovo u grafičkoj inačici ili kombinirano sa drugim znakom ili drugim elementom istog znaka.[43]

---

[38] Tako i Manigodić: op.cit., str.20. Boja sama po sebi nije razlikovna, jer se to stječe uporabom. Oznaka datiranja proizvoda ne može vršiti funkciju žiga ni dugotrajnom uporabom . Slično i bar kodovi i oznake moneta. Zavod će odbiti zbog nerazlikovnosti jednostavne geometrijske oblike kao što su kružnica, kvadrat, jednako kao i jedno slovo ili broj, jer ih potrošač zbog njihove jednostavnosti neće moći doživjeti kao žig. Prilikom ispitivanja znakova koji se sastoje od ovakvih oblika, ispitivač će uzeti u obzir korištenje figurativnih elemenata, korištenje boja, odnosno opći dojam ovakvog znaka u smislu obavljanja funkcije žiga.

[39] Primjerice riječi "HLADNJAK", "LOPTA", "MUŠKO ODIJELO" i sl.

[40] Tako riječ "LED" za hladnjake, ili "FREDO" odnosno "CALDO" za kućanske aparate. U praksi OHIM-a nalazimo na presudu ECJ, C-104/00 P, COMPANYLINE, od 19.rujna 2002.

[41] Ovo je karakteristično za starija pisma, pa zaštitu uživaju riječi " ALFA", "OMEGA", "ZETA", "RO","DELTA", GAMA" i sl.

[42] Tako je poznata zaštita žiga u obliku stiliziranog slova "P" za tekstilne i kozmetičke proizvode poznatog modnog kreatora Pierrea Cardina, kao i stilizirano slovo "M" s karakterističnom bojom kao žig tvrtke McDonald's. Prema stajalištu BoA (Žalbenog odbora OHIMa) R0304/2005-2, od 29.rujna 2005., slovo *per se* u načelo ima apstraktnu mogućnost da posluži kao žig.

[43] Tako usporedno postoje žigovi "R" poznatog kreatora Pacco Rabana i žig drugog nositelja "RR".

Znak od dva ili više slova koja su arbitrarno određena, a nisu generičkog značenja, moža biti priznat kao žig.[44] Danas se zaštita priznaje i sloganu (od škotskog pokliča "sluagh-ghairm") i to ne samo ako je sastavljen barem od jedne razlikovne riječi[45], već ako ne sadrži riječi koje direktno ne upućuju na karakter ili kvalitet proizvoda.[46] U svakodnevnoj komunikaciji i korištenju uobičajeni znakovi ne mogu biti zaštićeni žigom ako ukazuju na određene proizvode.[47] Različite kratice mogu biti izuzete od žigovne zaštite, posebice one u vidu radikala,ukoliko mogu asocirati na neke proizvode ili usluge .[48]

Kovanice mogu biti izražene od dvije generičke riječi, iz dvije izmišljene riječi, ili njihove kombinacije. Ukoliko je kovanica sastavljena od dvije neposredno generičke riječi ne uživa zaštitu[49], dok se kovanica od izmišljenih riječi ne ispituje u odnosu na apsolutne razloge za isključenje od žigovne zaštite, nego samo u odnosu na relativne zabrane. S obzirom da su u svakodnevnoj općoj uporabi pojedini brojevi ne mogu biti sami za sebe predmet zaštite: Pod određenim uvjetima da ne dovode u zabludu javnost glede karakteristika robe, zaštitu mogu imati dva ili više brojeva zajedno, broj u slovnom izrazu i sl. Geometrijski oblici i tijela nemaju distinktivne karakteristike, tako da zaštitu uživaju samo višedimenzionalni oblici sa makar jednim razlikovnim elementom. ZOŽ eksplicite ne priznaje zaštitu znaka koji sadrži isključivo jednu boju, jer se žigom mogu štititi znakovi kao kombinacije boja i njihovih tonova, međutim praksa DZIV-a pod utjecajem europskih rješenja e izmijenila i priznaje i takvu zaštitu pod određenim uvjetima razlikovnosti.. Konačno naš zakon priznaje zaštitu kombinacijama navedenih elemenata i oblika, jer se smatra da i skup nerazlikovnih elemenata može tvoriti kao cjelina originalni distinktivni znak.

Zaštita žiga, koji se sastoji od slova ili kombinacije riječi ili slova, obuhvaća te riječi, slova i kombinacije ispisane bilo kojim tipom slova, u bilo kojoj

---

[44] Vidi žig "GMV" za mušku kozmetičku kolekciju Gian Marca Venturia ili čuvene žigove "BMW" , "IBM" i dr..

[45] Vidi kod nas zaštićeni žig Z20000506A "TORBA GLAVU ČUVA AKO JE U NJOJ ANDOL C ".

[46] Vidi kod nas za nositelja "Večernji list" priznati slogan " ODVJETNIK SVOJIH ČITATELJA".

[47] Takvi su znakovi "%", "?", "+" itd.

[48] Ne može uživati zaštitu znak " TERMO" kao kratica-radikal za kućanske uređaje, odnosno znakovi " C " ili " mA" za elektrotehničke uređaje, jer predstavljaju kratice određenih mjernih jedinica.

[49] Npr. "SUPERNOVA". Suprotno prihvaćena je podobnost znaka – kovanice "TECHNODENT", za koji je ocjenjeno da navedeni znak predstavlja kovanicu koja ne označava vrstu robe za koju se traži zaštita (tehnička sredstva ili instrumente koji se koriste u zubarstvu – op.aut.), već samo može ukazati na grupu proizvoda među koje spada i roba za koju se tražila zaštita.Pošto se u ovom slučaju nije radilo o izrazu odnosno o znaku koji isključivo označava vrstu robe, usluge, njenu namjenu itd., to nije bilo temelja da se odbije zatražena registracija (presuda VpS, U-4/68, od 27.11.1969.) .

boji ili izražene na bilo koji drugi način.[50] Jednostavni znaci, geometrijski oblici, te znakovi koji se sastoje od jednog slova ili brojke nemaju razlikovni karakter jer zbog presimplificiranosti ih javnost ne doživljava kao žigove, već isključivo u svom izvornom značenju kao brojke, slova ili oblike.[51] Znakovi koji se sastoje od dva ili više slova ili brojki ili kombinacija dugo nisu uživali zaštitu ako nisu imali značenje i mogli se izgovoriti. Ipak suvremena praksa je liberalizirana dopuštajući zaštitu i takvim znakovima osim ako se ne radi o uobičajenim kraticama čije je značenje opisno glede proizvoda ili usluga na koje se znak odnosi.[52] Znak koji se sastoji od osobnog imena, prema presudi Europskog suda pravde u slučaju NICHOLS može biti registriran kao i drugi znakovi ako ima stupanj razlikovnosti, međutim ukoliko je značenje imena opisno i nerazlikovno, znak se odbija od registracije bez obzira što je identično imenu podnositelja prijave.[53]

Znak koji nema razlikovni karakter u odnosu na proizvode ili usluge za koje je zatražena registracija neće se registirati. U okviru ovog apsolutnog razloga, ispitivač mora procijeniti razlikovni karakter prijavljenog znaka u odnosu na proizvode i/ili usluge za koje se traži zaštita znakom. Ispitivač će razlikovni karakter procjenjivati gledajući znak u cjelini, ne secirajući ga i procjenjujući razlikovnost samo njegovih elemenata.

Zaključno napominjemo da je pitanje znakova koji nemaju distinktivna karakter ipak prvenstveno faktično pitanje, pa se trebaju pri tome uzeti u obzir sve relevantne okolnosti, eventualna ranija uporaba znaka, reakcije u gospodarskom prometu i slično.

---

[50] Vidi odluku PSH, PŽ-291/93, od 14.4.1993., Informator, br.4095, od 5.6.1993.

[51] Tako su odbijeni znakovi u obliku slova S, M i L, jer se radi o oznakama veličine odjeće, kao i slovo L za autoškole radi svoje uobičajenosti. Dodavanje točke iza slova ili brojke Zavod ne smatra dovoljnim razlikovnim elementom, jer se točkom obično označavaju kratice. Kod znakova kojima su dodani drugi elementi kao što su znakovi uskličnika i upitnika, pisanje kurzivom ili podvučeno, Zavod će ispitati da li takav znak u odnosu na proizvode i/ili usluge za koje se traži zaštita ima dostatni razlikovni karakter. Kod utvrđivanja razlikovnosti stiliziranih znakova ispitivač će procijeniti da li uzimajući u obzir opći dojam prevladava sam broj/slovo kao dominantan dio znaka, ili znak ima, u cjelini, minimalni razlikovni karakter. Pri procjeni se mora posebno u obzir uzeti i moguće značenje slova u odnosu na određene proizvode i/ili usluge zbog kojeg bi znak mogao biti opisan. Cit. DZIV, Priručnik za ispitivanje žigova, Zagreb, 2007.

[52] Primjerice zaštita kod OHIM-a nije odobrena kratici DLC (diamond.like carbon koji služi za izradu žileta) iako široj javnosti nije poznato značenje te kratice. Odbijene su i kratice TDI (Turbo Diesel Intercooler) za motore, te ECO (jer se radi o uobičajenoj kratici u ekologiji). Prihvaćena je kratica MEDI-CARE CTM319202.

[53] ECJ, C-404/02, od 6.studenoga 2004. Vidi situacije glede takvih žigova koji sadržavaju imena poznatih osoba (celebrities) u praksi europskih institucija (CTM 642777 «Phil Collins», CTM 630566 «Diana, Princess of Wales», CTM 513663 «Mozart», CTM 2152007 «Zinedine Zidane».). Imena državnih suverena i vođa nisu distinktivna (vidi rješenje BoA, R – 198/04-4, kojim se odbija registracija žiga «Queen Elizabeth II»).

c) Deskriptivni znakovi

Prema čl.6 quinquies B. st.2. Pariške konvencije odbit će se registracija žiga kad je bez ikakvog distinktivnog obilježja ili kad je isključivo sastavljen od znakova ili obilježja koji bi mogli poslužiti u trgovini da označe vrstu, kvalitetu (kakvoću), količinu, namjenu, vrijednost, mjesto podrijetla proizvoda ili vrijeme proizvodnje, ili za označavanje drugih karakteristika proizvoda..

Ovi znakovi u pravnoj literaturi koji se odnose na podatke o robi ili uslugama nazivaju se i deskriptivnim ili opisnim znakovima (engl. descriptive trade marks), koji kao opće dobro ne mogu uživati žigovnu zaštitu, jer proizvode odnosno usluge samo opisuju umjesto da ih individualiziraju.[54]

Naime iz zakonske definicije žiga iz č.2.. ZOŽ-a izvodi se jedno od temeljnih načela u žigovnom pravu – načelo razlikovanja ili distinktivnosti, po kojem žig mora biti, između ostalog, upravo razlikovan znak. Za razliku od ranijeg ZIV-a[55], odredba čl.5.st.1.toč.3. ZOŽ-a pravilno interpretira i slijedi citiranu odredbu Pariške konvencije, jer je ovdje bitno utvrditi sadrži li prijavljeni znak isključivo deskriptivni znak, a ne da li opisni znak ima isključivo deskriptivno značenje ili ima i druga neopisna značenja.[56]

Naš ZOŽ tako regulira da se žigom neće zaštititi znak koji se sastoji isključivo[57] od oznaka ili podataka koji u prometu služe za označavanje vrste, kakvoće, količine, namjene, vrijednosti, zemljopisnog podrijetla[58], vremena proizvodnje proizvoda ili pružanja usluga ili za označavanje nekih drugih obilježja proizvoda ili usluga.

---

[54] Vlašković, B., Deskriptivni znaci u pravu o žigovima, Prizma, Kragujevac, 1996., str. 11.

[55] Naime Pariška konvencija govori o žigovima koji su isključivo sastavljeni od navedenih znakova, dok čl.30.st.1.toč.3. ZIV-a navodi da se ne može kao žig zaštititi znak koji označava određene karakteristike robe ili usluga. Tako i presuda VPS, br.U-4/67-3, od 11.11.1968.

[56] Ukoliko neki znak pored opisnog ima i neka druga značenja koja nisu deskriptivna već razlikovna, tada ne bi postojali razlozi za uskratu zaštite takvog znaka kao žiga. Ipak i u tim situacijama moguće je da neki takav žig se može zaštititi u dvije ili više zemalja, ali zbog razlika u značenju toga žiga u pojedinim zemljama njegova uporaba nije uvijek oportuna. Primjerice u SAD i u Meksiku može se valjano zaštititi žig CHEVROLET NOVA kao znak za novi tip automobila, ali će rijetko koji Meksikanac kupiti novi tip automobila koji "no va" (koji ne ide – prev.aut.) .

[57] Pojam 'isključivo' odnosi se na dodatne razlikovne elemente koje znak može sadržavati, a ne na jedino značenje znaka. Npr. složenica Doublemint u odnosu na gume za žvakanje može imati više značenja, može značiti gume za žvakanje s pojačanim okusom peperminta ili s dva različita okusa peperminta. Ispitivač mora utvditi da je barem jedno od mogućih značenja u odnosu na proizvode i usluge opisno. U tom slučaju znak će biti odbijen. Navedeno je utvrđeno presudom ECJ-a, 'Doublemint', C-191/01).Ispitivač ne mora dokazati da je ovakav opisni znak već u upotrebi, već se ovaj apsolutni razlog primjenjuje pod pretpostavkom da bi znak mogao biti korišten vezano uz prijavljene proizvode ili usluge. To proizlazi i iz dijela odredbe "može služiti" (prema presudi ECJ-a upredmetu 'Doublemint', C-191/01). Cit. DZIV, Priručnik za ispitivanje žigova, Zagreb, 2007.

[58] DZIV će zemljopisne pojmove smatrati opisnima samo ako se u relevatnom dijelu javnosti povezuju sa proizvodima ili uslugama za koje se traži zaštita, ili bi u budućnosti mogli biti korišteni kao oznaka zemljopisnog podrijetla za te proizvode i/ili usluge. (prema presudi ECJ-a, 'Chiemsee', C-108-109/97).

Kad govorimo o prvoj podvrsti opisnih znakova koji se sastoje isključivo od oznaka ili podataka koji u trgovini služe za označavanje vrste, kakvoće, vrijednosti i količine proizvoda ili usluga, te oznake ili podaci mogu biti izraženi verbalno[59] ili grafički[60]. Također i oni znakovi koji upućuju na namjenu proizvoda ili usluga predstavljaju opće dobro, može ih svatko upotrebljavati te stoga ne mogu uživati žigovnu zaštitu odnosno ne mogu biti zaštićeni samo u korist jednog nositelja žiga.[61]

Ipak napominjemo da jedna oznaka ili podatak, koji su isključeni od zaštite u odnosu na određenu vrstu proizvoda ili usluga, mogu biti prikladni da učine razlikovnom neku drugu vrstu proizvoda ili usluga pa im se u tom slučaju neće odbiti zaštita.[62] Pri tome je odlučno shvaćanje u gospodarskom prometu odnosno poslovni običaji i uzance. Poznati su slučajevi u inozemnoj praksi, primjenjivi i kod nas, gdje je zaštita određenih znakova odbijena[63], što ne znači da isti znakovi nisu pogodni za zaštitu u odnosu na neku drugu robu ili usluge za koje bi imali u potpunosti razlikovni karakter. Također je praktično mogući slučajevi gdje su fine nijanse između znaka koji sadrži podatke o robi te fantastičnog odnosno distinktivnog znaka, a naročito kada se radi o asocijativnoj svezi znaka i karakteristike proizvoda.[64]

Kada je riječ koja predstavlja generični pojam i označava isključivo vrstu robe zaštićena kao žig, takav žig poništit će se po zahtjevu koji može podnijeti svaka osoba.[65]

---

[59] U praksi su poznati primjeri uskrate zaštite za znakove "FOTONEGATIV", "BAKELIT", " 50 KN ", "SOMMA", "DOLAR", "GRAM" " 220 V ", "PROSATHMAN", "MINI KUHINJA", "TOKYO MUSIC FESTIVAL", "IDEAL MILK", "SUPER MILK", " 2 kg", " 500 KOM ","PRIMA", " TOP", "EXTRA","EXCLUSIVE", "PERFECTION", "WE SOUND BETTER" i sl.

[60] Primjerice odbijeni su znakovi sa slikom naliv-pera (IR 366934) i slikom četkice za zube (IR 385626).

[61] Primjerice znak "FOR BRUNETTES ONLY" (Ž.643/74). Postoje dvojbe glede registracije znaka koji indirektno ukazuje na namjenu robe (npr. znak "STEP" za uloške za cipele, IR 439/82 ili priznati znak "4 WAY" za farmaceutske proizvode po presudi SS, br. Us-514/79, od 16.1.1980.), međutim možemo se prikloniti onom stajalištu koji isključuje od zaštite kao žiga onog znaka koji neposredno upućuje na namjenu robe, dok bi se posredno upućivanje, koje traži misaoni napor potencijalnog korisnika ili kupca, toleriralo.

[62] Primjerice "TELEFON" kao žig za cigarete, ili "KLJUČ" za trikotažu, te "EXTRA VIOLA" za farmaceutske proizvode.

[63] Tako je uskraćena žigovna zaštita znakovima "EXACTUS" za satove, "DURABLE" za tekstil, "MULTEYES" za optičke proizvode, "POPULAIRE" za cigarete i duhanske proizvode i dr.

[64] Tako se ne mogu štititi znakovi " MALEN", "PICCOLO", "VELIKI" i sl., za razliku od mogućih žigova "LILIPUT" ili "GOLIJAT".

[65] Vidi presudu VpS, Sl-683/70, od 22.12.1970. O poništenju žiga detaljnije kod Zlatović: Modaliteti prestanka žiga u novom hrvatskom žigovnom pravu, Godišnjak 7, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Organizator, Zagreb, 2000., str.552.

Nadalje od žigovne zaštite isključeni su znakovi koji se sastoje od oznaka načina i vremena proizvodnje, tako da se ovdje može raditi o verbalnim znacima izraženim jednom ili više generičnih riječi, kovanicama[66], dodacima[67], sintagmama[68] i sl.

Najsloženije pitanje distinktivnosti znakova javlja se kod podvrste znakova koji se sastoje od imena mjesta odnosno oznaka zemljopisnog podrijetla.[69] Oznakom zemljopisnog podrijetla štiti se naziv mjesta u užem smislu riječi (lokalitet), područja ili, u iznimnim slučajevima, zemlje iz koje potječe proizvod ili usluga, kakvoće, ugleda ili drugog svojstva koje se u biti smatra nastalim pod utjecajem zemljopisnog podrijetla. Tako su isključeni od žigovne zaštite nazivi rijeka, jezera, planina, odnosno sve zemljopisne oznake neovisno što ih zakon takstativno ne nabraja.

U smislu ZOŽ-a pod zemljopisnim podrijetlom smatra se mjesto koje ukazuje na podrijetlo proizvoda, koje se sastoji od geografske oznake odnosno naziva jednog užeg lokaliteta, zatim od imena neke općepoznate ulice, gradske četvrti i sl.[70] Posebna se pozornost kod ispitivanja pridaje prevarnom korištenju ovih oznaka u cilju dovođenja potrošača u zabludu glede podrijetla robe ili usluge. Kod toga se odbija zaštita i znakova koji nisu doslovni ali su slični oznakama zemljopisnog podrijetla.[71]

Zaštita se može odobriti onim zemljopisnim oznakama za koje je notorno poznato da ne mogu predstavljati mjesto proizvodnje[72] ili za koje je podnesena međunarodna prijava za registraciju a zaštićena je u matičnoj zemlji[73]. U praksi

---

[66] Vidi slučaj znaka "SONNIGER SEPTEMBER", BpatGE 10/120.

[67] Npr. "NAČIN", "SUSTAV", "A LA" .

[68] Zanimljivo je da je u Njemačkoj odbijena zaštita primjerice znaka "MAERZENBIER", jer su isključene od zaštite sintagme sa naznakom godišnjeg doba, mjeseca, dana u tjednu ili dijela dana .

[69] Radi se o posebnoj vrsti industrijskog vlasništva, u nas uređenim Zakonom o oznakama zemljopisnog podrijetla ioznakama izvornosti proizvoda i usluga ("Narodne novine", br.173/03 i 76/07). Više kod Čizmić: Zaštita naziva podrijetla u hrvatskom pravu, Informator, br. 4403, od 18.5.1996., str.16-17.

[70] Primjerice znakovi "EUROP", " GERMANIA", "HELVETIA", "SAHARA", "DALMATINAC", " ŠIBENIK", "ILICA", "MAKSIMIR", "SPLIĆANIN", "CHAMPS ELYSEE", "YORK TRAILERS" i sl. U praski OHIM-a nalazimo na različitu praksu ovisnu o klasama proizvoda ili usluga za koje se zaštita traži, jer su tako prihvaćeni žigovi MALLORCA, KENT, SUDAN i TOGO, a dobijen žig WIEN.

[71] Poznat je slučaj odbijanja zaštite znaka "CUTINA" ili "BARY" koji su slični nazivima gradova Kutina i Bari.

[72] Primjerice znak koji sadrži isključivo ime vrha neke planine predstavlja distinktivan znak i može uživati zaštitu kao žig. Ali odbijena je u Njemačkoj primjerice zaštita znak "SAMOS" za informatičku opremu iako se radilo o doduše velikom, poznatom i slabo razvijenom otoku,ali gdje je moguće da u daljnjem industrijskom razvoju dođe do proizvodnje takve robe.

[73] Primjerice žig " HEIDELBERG" zaštićen u Njemačkoj.Naime može biti slučaj da znak koji sadrži isključivo oznaku mjesta može kao općepoznat i uslijed duge uporabe ishoditi žigovnu zaštitu (npr. WINCHESTER ".

postoje dvojbe glede zaštite turističkih motiva kao žigova, ali mišljenja smo da takvi znakovi, posebice oni grafički odnosno likovno riješeni, imaju svojstvo originalnosti pa i sve kondicije za zaštitu žigom.[74]

Oznaka zemljopisnog podrijetla ne uključuje samo određeni geografski pojam već može egzistirati i kao oznaka podrijetla bez sadržavanja zemljopisnog naziva.[75]

Znak koji isključivo označava ime mjesta, prema starijoj praksi može se izuzetno zaštititi kao robni žig ako je kontibuirano upotrebljavan za obilježavanje određenih roba određenog proizvođača u razdoblju koje predstavlja značajno vremensko razdoblje. Tako je poznat slučaj žiga "NEWPORT" za obilježavanje cigareta, za koje je proizvođač uspio ishoditi zaštitu stojeći na stajalištu da taj znak ne označava isključivo ime mjesta, nego da ta riječ označava i osobna imena, da znak uzet sam za sebe nije podoban da odredi geografsko podrijetlo, da ga rabi desetljećima, te da na ovim prostorima ne može stvoriti nikakvu zabunu glede podrijetla robe, jer da prosječnom potrošaču može ukazivati samo na američko podrijetlo, koje uistinu i jeste. Sud je u ovom slučaju stao na stajalište da se samo u iznimnim slučajevima ovakvom znaku može dati zaštita. Zaštita se takvom znaku može dati samo ako je ispunjena određena pretpostavka za to a koja se očituje u sljedećem: ako bi takav znak, koji se sastoji isključivo od riječi – riječi same za sebe- bez ikakvih distinktivnih obilježja, kojim se označava ime mjesta - kontiunirano rabio za obilježavanje određenih roba određenog proizvođača u razdoblju koje predstavlja značajno vremensko razdoblje, onda bi takav znak u tom razdoblju svojim stalnim postojanjem i korištenjem dobio novi sadržaj i tako dobio nov i samostalan pojam.Takav znak, zbog takve uporabe i novog sadržaja mogao bi se zaštititi. Takav znak svojom stalnom pojavom na tržištu, a vezan za određenu robu i određenog proizvođača s vremenom se otuđuje od prvotnog značenja i u svijesti javnosti te u privrednom prometu, izaziva poseban i svojstven pojam različit od prvobitnog značenja te riječi. Takav znak odvojen od svog izvornog značenja mogao bi se zaštititi kao žig jer je postao pogodan i podoban da izvrši osnovne funkcije žiga. Ovo naročito i zbog toga što takav znak, uslijed novog sadržaja u označavanju novog pojma, ne može ugroziti interese trećih osoba, koji bi takav znak koristili u njegovom prvotnom značenju, budući bi takav znak upotrijebljen u prvotnom značenju ostao u javnoj domeni.[76]

Zaštita znaka sa zemljopisnom oznakom kao žiga moguća je ako prema *prima facie* utisku isti nije u potpunosti generičan odnosno nema prijevarne

[74] Primjerice znakovi koji sadrže grafizme Nacionalnog parka Krka ili Plitvice, odnosno šibenske katedrale Sv.Jakova, zvonika Sv.Duje u Splitu i sl.

[75] Primjerice "DINGAČ" ili "POSTUP".

[76] Vidi presudu VpS, U-5/67, od 11.11.1968.

efekte niti asocijacije.[77] Naime naš zakon slijedeći rješenja iz europskog žigovnog prava odbija zaštitu znaka koji svojim izgledom može dovesti u zabludu javnost, posebice u odnosu na zemljopisno podrijetlo, vrstu, kakvoću ili neko drugo obilježje proizvoda ili usluga (čl.5.st.1.toč.7.).

U ovoj odredbi izostavljen je ranije korištena sintagma " prosječni potrošač" kao kriterij za ocjenu prikladnosti znaka za zaštitu žigom. Iz dugogodišnje prakse proizašlo je da je raniji termin prilično nepouzdan kriterij, s obzirom da postupak priznanja provode stručne osobe u Državnom zavodu za intelektualno vlasništvo, koje uz stručno znanje i višegodišnju praksu teško mogu fingirati ulogu prosječnog potrošača. Kako osim potrošača odnosno korisnika usluga u gospodarskom prometu sudjeluju i trgovci na veliko i malo, distributeri, dobavljači i drugi sudionici u prometu, to je sadašnji termin "javnost" adekvatniji ne samo za Državni zavod, nego i za sudove koji odlučuju o povredi žiga.[78] Na ovaj način ZOŽ je usklađen sa Pariškom konvencijom koja također, kao i brojna usporedna zakonodavstva, ne poznaje kriterij "prosječnog potrošača".

Posebno ZOŽ uvažava specifičnosti vinarstva i vinske industrije kada određuje da se žigom neće štititi znak za vina koji sadržavaju ili se sastoje od oznake zemljopisnog podrijetla kojom se identificiraju vina ili jaka alkoholna pića, a odnosi se na vina ili jaka alkoholna pića koja nisu tog zemljopisnog podrijetla (čl.5.st.1.toč.9.). Kod toga je bitno napomenuti u odnosu na toč.3. istog članka ZOŽ-a da je u ovom slučaju ograničenje šire određeno, jer se ne traži da je takva oznaka isključivi sastojak znaka nego je sama pojava te oznake u znaku razlog za isključenje od zaštite, neovisno što znak može sadržavati i druge distinktivne sastojke.[79]

Kod ove podvrste razloga za isključenje od žigovne zaštite nužno je imati stalan i recentan uvid u komparativnu praksu i zakonoslovlje, te u svakom pojedinom slučaju sagledati reakciju javnosti .

d) Slobodni znakovi

Polazeći od rješenja iz čl.6. quinquies B.st.1.toč.2. Pariške konvencije, naš ZOŽ određuje u čl.5.st.1.toč.4. da se žigom neće zaštititi znak koji se sastoji isključivo od oznaka ili podataka koji su postali uobičajeni u svakodnevnom govoru ili u dobroj vjeri i ustaljenoj trgovačkoj praksi. I ovdje treba obratiti pozor-

[77] Primjerice ne može se zaštititi verbalni znak "FRANCUSKA SALATA" na ime hrvatske firme.

[78] Žigovi mogu sadržavati pojedine distinktivne dijelove za koje prosječni potrošači i ne mogu znati da kao takvi jedino i uživaju žigovnu zaštitu.

[79] Primjerice ne bi se mogao zaštititi znak " CRVENI CHAMPAGNE IVIĆ" za alkoholna pića ili "NOĆNI ZUERICH" za satove. Za praksu OHIM-a upućujemo na slučaj odbijanja žiga DUQUE DE VILLENA (CTM 1215540) za razred 33. – vina.

nost na redakciju navedene zakonske odredbe, koja je drugačija u odnosu na ranije rješenje iz ZIV-a, odnosno na činjenicu da se za postojanje okolnosti za zabranu traži da znak isključivo sadrži narečene oznake ili podatke, što znači da ukoliko znak uz te podatke sadrži neke druge distinktivne elemente postoji mogućnost zaštite takvog znaka žigom sukladno zakonu.

Znači pod navedenim kondicijama znak koji je inače bio prikladan za razlikovanje roba ili usluga, ali je taj element s vremenom izgubio, odnosno postao općim dobrom dostupnim svakome, jer se pretvorio u uobičajenu oznaku određene robe ili usluga, ne može uživati žigovnu zaštitu ukoliko je isključivi sadržaj potencijalnog žiga.

Ovakvi znakovi u pravnoj teoriji nazivaju se slobodnim ili vulgariziranim znakovima (njem. Freizeichen)[80], jer su raspoloživi za korištenje svim zainteresiranim osobama budući da nitko na njima nema neko apsolutno pravo. Radi o znaku koji je uslijed dugotrajne i raširene uporabe, te posebice naglašene propagande ušao u svijest potrošača i izgubio distinktivnost te postao gotovo sinonimom za tu vrstu robe, odnosno koji je postao pojmom kao sastavnim dijelom suvremenog jezika.[81]

Ipak u praksi nije jednostavno utvrditi činjenicu slobodnog znaka, jer je pitanje gubitka razlikovnosti znaka uslijed njegovog poistovjećivanja sa određenom vrstom robe i uobičajene široke upotrebe istog kao naziva takove robe u prometu vrlo složeno i traži detaljnu raspravu i precizno utvrđenje svih relevantnih činjenica u svakom pojedinačnom slučaju, uz stalno praćenje domaće i međunarodne trgovinske prakse i usporedne pravne prakse. Kod znaka kod kojeg ispitivač utvrdi da se sastoji isključivo od generičkog pojma, neće se u obzir uzimati opisni karakter. Znak koji će se odbiti na temelju apsolutnog razloga generičnosti, ne može istovremeno biti odbijen i na temelju apsolutnog razloga opisnosti.[82]

Ovo pitanje može se pojaviti i za trajanja zaštite nekog žiga koji je postao generičnim a ne više distinktivnim znakom, što može biti temelj za pokretanje odgovarajućeg postupka prestanka žiga.[83]

Pojedini znak uživa pravnu zaštitu u jednoj zemlji (npr.ASPIRIN za tablete u Kanadi), ali ne može dobiti zaštitu u drugoj jer se taj isti znak smatra generič-

---

[80] Usp. Giefers: Markenschutz, Haufe Verlag, Freiburg i. Br., 4.Auf., 1995., str.50; David – Honsell – Vogt: Markenschutzgesetz, Muster- und Modellgesetz, 2.Aufl., Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1999.

[81] Primjerice pojmovi kalodont, najlon, celofan, vazelin i sl. proizašli od ranijih poznatih žigova, ili pojmovi magnetofon, geštetner, singer, dizel i sl. proizašli iz imena izumitelja i nositelja istoimenih žigova, koji su postali slobodnim znakovima po isteku patentne zaštite.

[82] Prema presudi ECJ-a u predmetu BRAVO, C-517/99.

[83] Usp. Zlatović, D., Modaliteti prestanka žiga u novom hrvatskom žigovnom pravu, Godišnjak br.7. „Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse“, Organizator, 2000.

kim pojmom (npr. BAYER aspirin u SAD, ali ne i BAYER ASPIRIN, s obzirom da se u SAD riječ aspirin koristi kao generički pojam).

e) Protuzakoniti i nemoralni žigovi

Ne može se zaštititi kao žig onaj znak koji je protivan javnom interesu ili prihvaćenim moralnim načelima u smislu čl.5.st.1.toč.6. ZOŽ-a 2003., ili kako je to određivao ZOŽ iz 1999. koji je protivan javnom poretku i ćudoređu prema. Dakle ne rabi se više ranija sintagma iz odgovarajućeg čl.30.st.1.toč.1. ZIV-a – " protivan zakonu ili moralu", jer je pojam "javni interes" precizniji i širi u odnosu na "zakon", a ranija stipulacija bila je suviše uopćenog karaktera..Time se u cilju daljnje harmonizacije domaćeg zakonodavstva slijede međunarodna rješenja jer prema čl.6 quienquies B, st.1.toč.3. Pariške konvencije, znak neće biti zaštićen žigom ako je protivan moralu ili javnom poretku, a naročito ako može biti prevaran.[84]

Citirana odredba prvenstveno se odnosi na znakove protivne ćudoređu i dobrim običajima, jer su žigovi protivni zakonu rijetka pojava u praksi.[85] Naime svi žigovi isključeni od zaštite su *contra legem*. Kako javni poredak jedne države čine prvenstveno imperativne norme, i to ne samo zakoni nego cijeli pozitivni pravni sustav različite razine i snage pojedinih pravnih propisa, u praksi možemo naći primjere povrede odredaba određenih pravnih propisa .Primjerice, znak koji sadrži tuđe likovno autorsko djelo, ne može biti zaštićen žigom. Javni interes još je širi pojam od javnog poretka, te podrazumijeva ne samo društvene norme uobličene u zakonska i druga pravna rješenja, nego i sve općeprihvaćene društvene norme.

U odnosu na znakove protivne ćudoređu, radi se o znakovima " *mala fide*" kojima se vrijeđaju nacionalni, vjerski, spolni, rasni i drugi osjećaji, i to kako riječima (neprikladna uporaba imena ili naziva, psovke i sl.) ili grafizmima (pornografski crteži,, vinjete,slike i sl.).[86] U nas nije formirana šira praksa na ovom području za razliku od bogate inozemne prakse. [87] U teoriji prevladava stajalište da se prigodom raspravljanja podobnosti za žigovnu zaštitu religioznih pojmova, imena poznatih junaka iz povijesti i narodne baštine, božanstava, sve-

[84] Slično i u Modelu zakona o žigu WIPO-a koji u čl.5(1)(e), štp primjerice podrazumijeva i uskratu opscenih slika i simbola javnih ustanova ili zabranjenih političkih stranaka kao mogućih priznatih žigova.

[85] Vidi slučaj znaka " COSA NOSTRA", BpatG, GRUR 1996, S.408.

[86] Proizvođač sportske opreme UMBRO uklonio je robnu marku "ZYKLON" sa svoje sportske obuće nakon prosvjeda židovskih organizacija da je uporaba tog naziva uvreda svim žrtvama holokausta, jer su nacisti prigodom pogubljenja Židova tijekom Drugog svjetskog rata rabili smrtonosni insekticid Zyklon B.

[87] Po ovoj osnovi po ranijoj praksi odbijeni su primjerice znakovi "Antikrist","Antibog", "Penny's", "Kidnapper", "SOS", "MAKRO", "PEDOFIL", "ANARHIST", naci-simboli i sl.

taca i čuvenih ljudi treba svestrano ocjeniti okolnosti svakog slučaja, bez apriornog negativnog određenja glede mogućnosti zaštite tih oznaka žigom. Kod toga bi primarno trebalo kao kriterije utvrditi očuvanje postignute vrijednosti tih pojmova ili naziva, vrsta i karakter robe ili usluga koje se označavaju tim riječima, te njihovo čuvanje od zlouporabe, vulgarizama i banalizacije. [88]

Kod toga treba voditi računa o stalnim promjenama i prilagodbe ćudoređa i običaja novim društvenim okolnostima, jer neki znak koji još jučer ne bi mogao biti zaštićen radi moralne upitnosti, već poslije kratkog vremena biva sasvim podoban i bez amoralnih asocijacija u odnosu na javno mijenje i stavove društvene sredine. Isto se, ako ne i u znatnijem izrazu, odnosi na vrtoglave promjene u trgovačkim ili poslovnim običajima, koji uslijed izražene brzine razvitka tehnologije, tržišta i trgovačkih odnosa traže još veću fleksibilnost i stalno praćenje aktualnog stanja, pa i kad je zaštita žiga u pitanju.

Prema tome na Državnom zavodu za intelektualno vlasništvo je odgovoran, stručan i trajan zadatak da prateći suvremene društvene trendove i stajališta javnost u svakom pojedinom slučaju formira pravilan stav koji bi štitio javni moral i poredak a u isto vrijeme ne bi bio kočnica modernim i brzim oblicima novih raznolikih gospodarskih i tržišnih pojavnih oblika.

I na strani potencijalnog nositelja žiga je odgovornost kod izbora i stvaranja znaka kako isti ne bi bio protivan postojećim propisima koji reguliraju pitanja prometa određenih roba, posebice pića i proizvoda od duhana, odnosno njihovog reklamiranja.

f) Javne, državne i međunarodne oznake

Naš zakon u čl.5.st.1.toč.8. i 10. izuzima od žigovne zaštite i znakove koji nemaju odobrenje nadležnih tijela i koji moraju biti odbijeni prema čl.6.ter Pariške konvencije, odnosno koji sadržavaju naziv ili kraticu, državni grb, amblem, zastavu ili drugi službeni znak Republike Hrvatske ili nekog njezina dijela te njihovo oponašanje, osim uz odobrenje nadležnog tijela Republike Hrvatske.

Za pravilnu i potpunu interpretaciju ove odredbe treba konzultirati čl.6 ter Pariške konvencije, kojeg smo uvodno raspravili . Dodatno napominjemo da se ograničenja i mjere iz citirane odredbe Pariške konvencije primjenjuju na državne zastave samo na žigove registrirane nakon 6.studenoga 1925.godine, a u slučaju zle namjere, zemlje članice imaju mogućnost brisanja i žigova registriranih prije navedenog datuma, ako sadržavaju državne ambleme, znakove i punce. Također su se ovom Konvencijom zemlje članice obvezale zabraniti u trgovini

[88] Primjerice ne bi se mogao koristiti i zaštititi znak „Da Vinci" za boje ili platno loše kvalitete odnosno isključen bi od zaštite bio znak u riječi „Chopin" za audio tehniku slabih performansi zvučne slike.

neovlaštenu uporabu državnih grbova drugih zemalja članica kada bi ta uporaba bila takve naravi da dovodi u zabludu o podrijetlu robe.

Držimo da zakonska odredba pokriva sve državne oznake pa tako i odlikovanja iako nisu eksplicitno navedena. Međutim naročitih propisa o izdavanju prethodnih dozvola za registracijom takvih žigova nema. Što više Zakon o grbu, zastavi i himni Republike Hrvatske te zastavi i lenti predsjednika republike Hrvatske ("Narodne novine", br.55/90, 26/93 i 29/94) dopušta uporabu dijelova grba ili zastave Republike Hrvatske kao sastavnog dijela drugih amblema odnosno znakova, pod uvjetima da se time ne vrijeđa ugled i dostojanstvo Republike Hrvatske te da je takova uporaba predviđena statutom ili drugim propisom pravnih osoba. Iako je doduše ovakva uporaba određena kao iznimka i u korist samo pravnih, a ne i fizičkih osoba, uvjeti su preopćenito regulirani . Bilo bi korisnije da se ovim zakonom precizno propisalo tko je ovlašten davati prethodne dozvole za korištenje državnih simbola u trgovinske svrhe, jer smo svjedoci raširene i raznolike upotrebe ovih oznaka u trgovini koja često prelazi razinu dobrog ukusa. Kako se radi o starijem propisu trebalo bi ga uskladiti sa konvencijskim odredbama i rješenjima iz ZOŽ-u kako bi se izbjegli mogući sporovi i zaštitilo državno znakovlje kako to priliči modernim državama.

Držimo da se izrazi kao što su "Croatia" ili njene izvedenice, mogu upotrebljavati bez prethodne dozvole. Verbalni ili figurativni znakovi koji sadrže riječi Hrvatska ili CRO, ili pak kraticu RH, bit će odbijeni jedino ako se utvrdi da ovakav znak dovodi u vezu sa državom kao institucijom, odnosno ako će biti shvaćen kao aluzija na službeni znak ili su navedene riječi opisne u odnosu na drugi dio znaka. Ispitivač će u obzir uzeti i postojanje dodatnih razlikovnih elemenata znaka. Kad je u pitanju državna zastava bitna je kombinacija boja, pa je prema čl.5. ZOŽ-a zabranjeno bez prethodne dozvole registrirati znakove koji sadrže već samu kombinaciju boja izraženu u poznatom rasporedu trikolora. Pojedine boje državne zastave naprotiv, ako nisu uspoređene ili ne stoje jedna do druge kao i na državnoj zastavi, mogu se nalaziti na žigu.[89]

Od zaštite su prema čl.5. ZOŽ-a isključeni ne samo žigovi, koji predstavljaju javne grbove u svojoj potpunosti, nego i žigovi koji su toliko slični sa kakvim državnim ili javnim grbom, da se u gospodarskom prometu mogu smatrati identičnima.Slobodno je uporabiti pojedine dijelove jednog grba kao sastavne dijelove jednog žiga, ako se u njima ne predstavlja sam grb u njegovim bitnim heraldičkim elementima.[90]

---

[89] Za stariju praksu na ovim prostorima kod Šuman: Zakonski propisi iz oblasti industrijske svojine, Zagreb, 1931., str.59.

[90] Neka zakonodavstva imaju i šira ograničenja. Tako britanski TMA 1994 propisuje da nije moguće, bez odobrenja, registrirati različite vojne odore, zastave, grbove i predstavnike kraljevske obitelji. Usp. Cornish: Intellectual Property, 3.ed., Sweet & Maxwell, London, 1996., str.596.

Još je Zakonom o robnim i uslužnim žigovima iz 1961.godine bilo propisano da se ne može zaštititi kao žig onaj znak koji predstavlja naziv, skraćenicu naziva ili znak Crvenog križa (čl.3.st.1.toč.7.). Ovakvu odredbu ispuštaju svi kasniji propisi uključujući važeći ZOŽ. Međutim to ne znači da je upotreba znaka Crvenog križa dozvoljena u gospodarskom prometu, odnosno da se radi o slobodnom znaku.

Status međunarodne organizacije Crvenog križa proizlazi iz Ženevskih konvencija od 12.kolovoza 1949.godine i njihovih dopunskih protokola.U slučaju neutralnog posrednika u slučaju oružanih sukoba ili nemira, Međunarodni komitet Crvenog križa, zajedno sa ligom društava Crvenog križa i Crvenog polumjeseca te takova nacionalna priznata društva, pokušava osigurati vlastitom inicijativom ili na temelju Ženevskih konvencija, zaštitu i pomoć žrtvama međunarodnih i građanskih ratova, kao i unutarnjih nemira i zategnutosti, te na taj način doprinosi miru u svijetu. Znak crvenog križa ili crvenog polumjeseca na bijeloj podlozi, simbol pomoći ranjenima i bolesnima, služi za označavanje zgrada, uređaja, prijevoznih sredstava, te osoblja i materijala koji imaju pravo na zaštitu. On se prema ovim međunarodnim aktima ne smije upotrebljavati u druge svrhe, niti postavljati bez odobrenja nadležne vlasti, Uvijek ga se mora strogo poštovati.

U Republici Hrvatskoj ova materija regulirana je bila prvo Zakonom o zaštiti znaka i naziva Crvenog križa („Narodne novine“, broj 75/93), a danas i odredbama Zakona o Hrvatskom crvenom križu („Narodne novine“, broj 92/01 i 28/03), koji, s obzirom na navedenu šutnju ZOŽ-a, predstavljaju i svojevrsni supsidijarni izvor žigovnog prava kod nas.

Znak Crvenog križa je križ jednakih krakova crvene boje na bijeloj podlozi, koji se rabi kao znak obilježavanja, pripadnosti i zaštite, sukladno Ženevskim konvencijama. Pravo na naziv Crvenog križa ima samo Hrvatski crveni križ kao nacionalna i humanitarna društvena organizacija ili njegova tijela.Nitko ne može uporabljivati znak ni naziv Crvenog križa ako Ženevskim konvencijama i posebnim zakonom nema na to pravo, odnosno nije za to ovlašten. Narečenim zakonom propisana je uporaba ovog znaka kao znaka obilježavanja, znaka pripadnosti te znaka zaštite. Nadzor nad izvršavanjem tog zakona obavljaju Ministarstvo zdravstva i Ministarstvo obrane, svaki u okviru svog djelokruga. U obavljanju tog nadzora nadležni organi imaju pravo i dužnost narediti uklanjanje znaka Crvenog križa koji se rabi, odnosno nosi protivno zakonskim uvjetima.

Prema tome znak Crvenog križa se ne može rabiti za označavanje roba ili usluga u gospodarskom prometu u smislu pojma i svrhe žiga kao znaka razlikovanja roba odnosno proizvođača. I onda kada se isti nalazi na određenim robama (sanitetski materijal i sl.) isti nema funkciju žiga, odnosno ne služi za razlikovanje roba različitih sudionika u prometu, već to znači da se radi o robama

obilježenim ovim znakom na temelju posebnih propisa sa područja zdravstva ili obrane koji tretiraju znak Crvenog križa kao znaka obilježavanja ili zaštite .

Pri tome napominjemo da žigovnu zaštitu ne mogu uživati ni znakovi koji podražavaju službeni znak Crvenog križa, niti oni koji predstavljaju prijevog naziva Crvenog križa (npr. Crveni krst, Red Cross i sl.) ili njegovu kraticu.[91]

Prema čl. 1.st.3. ZOŽ-a iz 199.godine žigom se nisu smatrali pečat, štambilj i punca – službeni znak za obilježavanje dragocjenih kovina, mjera i sl. Odredba ovakvog sadržaja bila je sadržana još u čl.6. prvotnog teksta Pariške konvencije, a sada se nalazi u odredbi čl.6 ter st.10. Stockholmskog akta iste konvencije. Iako ova odredba nije uključena u uvjete zaštite iz čl.5. ZOŽ-a iz 2003.,kao niti u definicijsku zakonsku odredbu o žigu iz čl.2. ZOŽ-a, s obzirom na činjenicu da punce predstavljaju originalnu tvorevinu na kojima država ima direktno pravo, ipak možemo zaključiti da se i ovdje radi o apsolutnom razlogu za isključenje. Zakonska zabrana odnosi se i na sve znakove koji su slični službenim znakovima.

Pečat i štambilj[92] u upravnom ili drugom oficijelnom postupku služe za potvrđivanje vjerodostojnosti akata, kojima se državni organi, tijela i pravne osobe koja imaju javne ovlasti međusobno ophode ili ih upućuju pravnim osobama i građanima. Pečat je okruglog oblika, izrađen od gume ili drugog odgovarajućeg materijala a služi za otiskivanje na papir ili drugu podlogu. Štambilj je okruglog oblika, izrađen od metala ili drugog odgovarajućeg materijala a služi za utiskivanje u papir ili drugu podlogu. Osim u upravnim i sudskim stvarima, u svakodnevnoj poslovnoj praksi vladajuće je stajalište o obveznoj uporabi pečata, odnosno da nema valjanog pravnog posla bez pečata. Takva poslovna praksa u inozemstvu, posebice kod velikih korporacija je gotovo napuštena. Međutim kod nas brojni propisi obvezuju trgovačka društva na izradu, čuvanje i obveznu uporabu pečata u poslovnoj komunikaciji.[93] Ove instrumente, s obzirom na njihovu funkciju, ipak moramo razlikovati od žiga kao oblika industrijskog vlasništva, što je ZOŽ i eksplicitno utvrdio.

Službeni znakovi za obilježavanje plemenitih kovina (punce) u Republici Hrvatskoj regulirani su posebnim propisima, od kojih izdvajamo Zakon o nadzoru predmeta od plemenitih kovina („Narodne novine“, broj 76/93), Pravilnik o oblicima državnih žigova („Narodne novine“, broj 107/93 i 73/03) i Naredbu o znaku proizvođača predmeta od plemenitih kovina („Narodne novine“, broj

[91] Tako i Verona: Pravo industrijskog vlasništva, Informator, Zagreb, 1978., str.169.

[92] Za štambilj se rabi i termin žig, kojeg bi trebalo razlikovati od žiga kao oblika industrijskog vlasništva.Vidi Zakon o pečatima i žigovima s grbom Republike Hrvatske (“Narodne novine”, broj 33/95).

[93] O uporabi pečata u trgovačkoj praksi detaljnije kod Čuveljak: Uloga pečata trgovačkog društva u pravnom prometu, Godišnjak 6, “Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse”, Organizator, Zagreb,1999., str.421.

9/94). Žigove za označavanje predmeta od plemenitih kovina čine osnovni oblik žiga za pojedinu plemenitu kovinu, oznaka stupnja čistoće plemenite kovine, osnovni mjeriteljski simbol, državna oznaka i znak proizvođača takvog predmeta. Sve ove oznake ne smatraju se žigovima u smislu propisa o industrijskom vlasništvu, jer ZOŽ implicite utvrđuje razliku između ovih znakova.[94]

Iako to u odnosu na raniju odredbu čl.30.st.1.toč.6. ZIV-a sadašnji ZOŽ eksplicitno ne propisuje, zaštitu kao žig ne bi, dakle, mogao uživati ne samo znak koji sadrži službene znakove ili punce za kontrolu kvalitete i jamstvo kvalitete, nego ni znak koji ih oponaša.

g) Nedopušteni trodimenzionalni znakovi

Odredbom čl.5.st.1.toč.5. ZOŽ-a propisano je da se neće žigom zaštititi znakovi koji se sastoje isključivo koji proizlazi iz same vrste proizvoda, ili oblika proizvoda potrebnoga za postizanje određenog tehničkog rezultata, ili oblika koji proizvodima daje bitnu vrijednost.

Kako je ZOŽ formalno priznao zaštitu trodimenzionalnim žigovima, to je u uvjetima zaštite, sukladno poznatih suvremenim rješenjima država koje također poznaju zaštitu trodimenzionalnih žigova, predviđeno da se isključuju od zaštite oni oblici koji se sastoje isključivo iz oblika određenih karakterom odnosno prirodom robe.

Prigodom utvrđivanja može li se određeni znak zaštititi kao žig ili za to postoje konkretne apsolutne ili relativne zabrane, nužno je poći od definicije žiga te imati u vidu načelo jedinstva žiga po kojem žig čine znak i popis proizvoda ili uslua na koji se znak odnosi, te funkciju žiga da ukazuje na razlikovost roba ili usluga odnosno subjekata u gospodarskom prometu.

Znakovima navedenim u čl.5.st.1.toč.2., 3 i 4. ZOŽ-a neće biti odbijena registracija ako podnositelj prijave za registraciju žiga, dokaže da je znak prije dana podnošenja prijave slijedom njegove uporabe stekao razlikovni karakter u odnosu na proizvode ili usluge za koje je zatražena registracija.[95]

Razlozi ograničenja u izboru žigova očituju se u javnom interesu da određeni znakovi moraju ostati slobodni i u općoj uporabi, pa je redovita pojava da

[94] Ovakva uporaba pojma žig za označavanje predmeta za obilježavanje vjerodostojnosti pravnih ili poslovnih akata odnosno za obilježavanje predmeta od plemenitih kovina, aktualizira pitanje podobnosti pojma žig glede njegovog korištenja za naziv jedne vrste industrijskog vlasništva. Kako je u poslovnoj i propagandnoj praksi česta upotreba drugih pojmova (marka, robni znak, robna marka, trademark) to se treba raspraviti da li je ovaj pojam pravilno odabran na području industrijskog vlasništva, ili se radi o pojmu zaostalom iz ranije pravne terminologije neprimjerene hrvatskom pravu.

[95] Vidi čl.5.st.2. ZOŽ-a. Ipak, moramo uputiti i na rješidbu ECJ C-191/01 (DOUBLEMINT) u kojoj je navedeno kako ne znači da znak mora obvezno biti u uporabi u vrijeme ispitivanja kod OHIM-a.

se zakonima i međunarodnim aktima uređuju uvjeti žigovne zaštite.Naime, uporaba nekih znakova kao žigova, kad ne bi bilo sustavno određenih uvjeta zaštite, uzrokovala bi zabunu kod javnosti odnosno izazvala bi pomutnju na tržištu ili bi dovela do povrede zakona ili čudoređa.

h) Zabludni znakovi

Znak ne može biti registriran kao žig ako može javnost dovesti u zabludu, primjerice u odnosu na vrstu, kakvoću ili zemljopisno podrijetlo proizvoda ili usluga (čl.5.st.1.toč.7. ZOŽ-a). Pri utvrđivanju ovog apsolutnog razloga za odbijanje ne mora se utvrditi da se znak sastoji 'isključivo' od pojmova koji mogu dovesti u zabludu. Znak koji uz ovakav pojam sadrži i dodatne razlikovne elemente, odbiti će se na temelju ovog apsolutnog razloga. Nužno je utvrditi radi li se o realnoj zabludi koja je relevantna za kupnju, odnosno da li će potrošač očekivati određenu karakteristiku proizvoda koja je odlučna za njegovu odluku o kupnji, a proizvod i/ili usluga je nemaju iz čega proizlazi potrošačeva zabluda.[96]

Zabluda će se u svakom pojedinačnom slučaju ocjenjivati u odnosu na prijavljeni popis proizvoda i/ili usluga. Kod znakova koji se sastoje od oznake zemljopisnog podrijetla, same za sebe ili u kombinaciji s nekim opisnim pojmom, ispitivač će utvrditi da li postoji realna mogućnost da će potrošač odluku o kupnji temeljiti na vezi između zemljopisnog podrijetla kao bitne karakteristike i proizvoda/usluge za koje se traži zaštita. Ukoliko se radi o proizvodima koji nisu s tog zemljopisnog područja, smatrat će se da postoji zabluda, te će znak biti odbijen. Također, znakovi koji su samo sugestivni u odnosu na određene proizvode i/ili usluge, te ne postoji realna mogućnost zablude, bit će registrirani.[97]

[96] Cit. DZIV, Priručnik za ispitivanje žigova, Zagreb, 2007.

[97] Tako znak 'Metal Jacket' (registriran pri OHIM-u) neće dovoditi u zabludu u odnosu na jakne od tekstila

Originalni naučni rad 343.195(439)

Antal Tamás, Ph.D., Assistant Professor
Szeged School of Law

THE JURY IN HUNGARY

When areas outside the British islands – the homeland of the jury – are considered,[1] in German territories a 12-member court was first organized in modern history by *Constitutio Criminalis Carolina* (1532), then the constitutional reform reached the Holy Roman Empire of the German Nation through the mediation of the Rhineland principalities upon the effect of the French Revolution (e.g. the principalities of Kurhessen, Würtemberg, Baden, Braunschweig, Saxe-Weimar, Meiningen, Hannover, Hessen, Nassau, and also Bavaria and Prussia, and even Austria [from 1850] for some time).[2] In France the jury, subject to much subsequent ordeal and regulation, was introduced in 1791, and it was later adopted both by the *Code d' Instruction Criminelle* (1808) and by the *Code Pénal* (1810), and then it was passed on to Belgium at the time of its foundation (1830).[3] In Europe the golden age of the jury was in the second part of the 19th century, it spread to almost each 'civilized state' with the exception of Spain and the Netherlands – even to Russia.[4] It is not surprising that Hungary was also affected by this development.

The idea of the introduction of the modern jury in Hungary was raised in the proposals of the thinkers only towards the end of the Reform Era. Although

---

[1] Compare with: *Turner, Ralph V.*: The Origins of the Medieval English Jury: Frankish, English or Scandinavian? *The Journal of Brithis Studies*. May 1968. Vol 7. No 2. pp. 2–6.

[2] *Réső Ensel, Sándor*: Az esküdtszék Magyarországon. [Jury in Hungary] Pest, 1867. pp. 127–128.

[3] *Donovan, James M.*: Magistrates and Juries in France, 1791–1952. *French Historical Studies*. 1999. Vol 22. No 3. pp. 379–420., *Ruszoly, József*: Európa alkotmánytörténete. Előadások és tanulmányok középkori és újkori intézményekről. [The Constitutional History of Europe. Lectures and Essays on Institutions of the Middle Age and the Modern Age] Budapest, 2005. pp. 270–272., pp. 352–355.

[4] *Kucherov, Samuel*: The Jury as a Part of the Russian Judical Reform of 1864. *American Slavic and East European Review*. April 1950. Vol 9. No 2. pp. 77–90.

it was mentioned by István Széchenyi in *Stádium* (1833, *Stadium*), Ferenc Kölcsey also argued for a court organization adhering to the feudal nature – Hungarian personalities with decisive influence both in national and county political life supported the further maintenance of the traditional court organization at the beginning of the 1830s.[5] The change was brought about by the Twelve Points of Szatmár in 1841, in which Antal Somogyi, Ferenc Darvay and others demanded the introduction of trial by indictment and the jury, in the case of the latter – similarly to the English model – both the grand jury and the trial ('petit') jury, and the establishment of a court of cassation was also propagated.[6] Following this, the transformation of the court system modelled partly on the Anglo-Saxon example was encountered in an increasing number of delegate instructions, until Bertalan Szemere, in his work entitled *Utazás külföldön* (1840, *Journey Abroad*), openly acknowledged the superiority of the French jury procedure over the Hungarian jurisdictional organization.[7] Lajos Kossuth supported the proposition in the columns of *Pesti Hírlap (Pest Print)*, which declared, in line with the aim of achieving the freedom of the press, the civilization-establishing power of the jury and the free press in an ever-wider range of the intellectuals (e.g. Ferenc Pulszky, Dániel Vay, Lajos Kuthi, and even Leibniz in his pamphlet entitled *Ungarn im Jahre 1841*[8]*)*.

In the national board appointed by Act V of 1840 the adaptation of the jury system was rejected notwithstanding the arguments made by Ferenc Deák, István Bezerédj, József Eötvös, Gábor Klauzál and Ferenc Pulszky, but the members standing up for it attached a dissent to the official standpoint. A short time later, on 28th November 1843, the debate on the code of criminal procedure was started at the district session of the national assembly (*Országgyűlés*), during which the introduction of the jury system irrespective of the feudal differences was first adjourned, then voted for by the counties on 27th January 1844, with a proportion of votes of 28:22.[9] However the lords rejected the entire bill.

The *Ellenzéki nyilatkozat* (1847, *Manifesto of the Opposition Statement*) did not support the jury system openly but the desire for the jury as one of the

---

[5] *Both, Ödön*: Küzdelem az esküdtbíráskodás bevezetéséért Magyarországon a reformkorban és az 1848. április 29-i esküdtszéki rendelet. [Struggle for Jury Jurisdiction in Hungary in the Reform Period…] *Acta Juridica et Politica Szeged*. Tomus VII. Fasciculus 1. Szeged, 1960. pp. 5–7.

[6] *Rácz, István*: Az 1841. évi szatmári 12 pont. [Twelve Points of Szatmár in 1841] *Acta Universitatis Debreceniensis de Ludovico Kossuth Nominate*. Tomus II. Budapest, 1955. Read point No. 11 par No. 3! pp. 122–123.

[7] *Szemere, Bertalan*: Utazás külföldön. [Journey Abroad] Budapest, 1983. pp. 160–161.

[8] *Tarnai, János*: A sajtótörvény keletkezésének története. [The History of the Formation of Press Act of 1848] *Jogtudományi Közlöny*. 31 May 1912. (No 22.) p. 188.

[9] *Both* 1960, pp. 9–13., *Stipta, István*: A magyar bírósági rendszer története. [The History of the Hungarian Court System] 2nd addition. Debrecen, 1998. pp. 133–134.

then ideas of Europeanism could be observed in the delegate instructions issued by several counties on the eve of the last feudal national assembly. As a matter of fact, the issue was neglected by the address proposal of March 1848, too, but Item 8 of the Twelve Points of March already included the demand to this effect *expressis verbis* ('Juries and representation on an equal basis'). Article 17 of the sanctioned Act XVIII of 1848 (Press Act) already declared that 'Press offences shall be judged publicly by a jury.'

On 19th April 1848, Ferenc Deák Minister of Justice – as drawn up by rapporteur István Békey – issued the decree regulating the jury procedure on the basis of the draft of the code of criminal procedure of 1843, which was the first 'codified' and *officially applied* legal matter of criminal procedural law in the bourgeois era of the Hungarian history.[10] Based on this decree – as far as we know – one complete jury procedure was held while another case reached only the grand jury; both cases occurred in Pozsony (Bratislava).[11]

The issue of reactualizing the juries was raised immediately upon the reorganization of the courts at the time of the Compromise between Austria and Hungary: the jury had to be fitted into the structure replacing the juridical system of neoabsolutism after 1867 – for lack of experience, according to the social-political considerations of the time.

Károly Pfendeszak expounded his views about the issue of organization simultaneously with the publication of *Jogtudományi Közlöny (Legal Gazette)*; he outlined the guarantee principles on which the *corpus* was to be founded: according to these, jurisdiction had to be separated from public administration and one had to guarantee the judges' independence both as regards unremovability and exemption from instruction, as well as publicity and orality, the freedom of the press, and he proposed 'in terms of criminal cases to vest the juries with judgement of guilt' with the simultaneous establishment of a well-trained faculty of lawyers.[12]

A question to be decided in the first place was what the nature of the institution of the jury should be. Should it be a legal, political or judicial means? Starting from these questions, *in a wider sense* the jury meant a complex institution which embodied the opposite of the exercise of jurisdiction based on the prince or on the systematized tribunal officials of the state. *In a stricter sense*,

[10] The formation and the text of the decree in 1848 are analysed by *Both* 1960, pp. 19–40.

[11] *Sarlós, Béla*: Az 1848/49-es forradalom és szabadságharc büntetőjoga. [The Criminal Law of the Revolution and the War of Independence in 1848/49] Budapest, 1959. p. 45., *Both, Ödön*: Sarlós Béla: Az 1848/49-es forradalom és szabadságharc büntetőjoga. (Recenzió) [Béla Sarlós: The Criminal Law of the Revolution and the War of Independence in 1848/49. Review.] *Századok*. 1963. pp. 261–264.; *Réső* 1867, p. XII.

[12] *Pfendeszak, Károly*: A bíróságok szervezéséről. [About the Organization of the Courts] *Jogtudományi Közlöny*. 12 March 1866. (No 11.) pp. 169–171.

however, it was a legal institution of procedural law and a means through which the persons selected made a decision concerning the issues of fact and law of the case under the chairmanship and leadership of trained judges.[13] In the following the juries are going to be examined as *legal instruments* instead of being considered primarily political institutions.

When planning the organization, it seemed expedient to take the European experience into consideration, too, in addition to the Hungarian solutions from the years of 1843 and 1848, as juries were working not only in England but also in Portugal, France, Belgium, in the German territories of the Rhine, in Prussia, Geneva and other Swiss cantons, in Malta, Sweden and Norway. Scholars of the time were familiar with and propagated mainly the English, French and German models – the former one as 'faultless', the latter ones as 'faulty adaptations'.

The starting point for science also was that the jury should not be a purely political institution as it was in France, where *mair*s and *prefect*s gained substantial influence in compiling the jurymen's lists and where the secrecy of vote and the determination of voting proportions also changed whimsically between 1791 and 1852.[14] Furthermore, folk elements should not be excluded from the organization and the influence of government organs on compiling the lists should not be too considerable.

Norm formation was repeatedly started in 1867 in view of the professional debates and discussions, based primarily on the draft of year 1843 and on the decree of year 1848. The legislative competence of the first governments of dualism was recognized by the national assembly by means of statutory authorizations even for subjects typically falling into the range of statutory regulations, at the same time demanding that the solution applied should be only provisional; however – like in this case – enactment failed to be carried out in many cases.[15] *Ergo* the codification of criminal procedure was implemented on the level of decrees, more than 20 of which were issued by the Ministry of Justice in the subsequent four years.

The first such norm was the proposal submitted by the Minister of Justice – presented at the government meeting of 5th February 1867 and made into a ruling in the House of Representatives (*Képviselőház*) on 9th March and in the House of Lords (*Főrendi Ház*) on 12th March – in which the idea was expressed for the first time that the press jury procedure should be adjusted to the altered public law

[13] *Ekmayer, Ágost*: Az esküdtszék. [Jury] *Jogtudományi Közlöny*. 16 Jun 1867. (No 24.) pp. 127–128.

[14] *Donovan, James M.*: Magistrates and Juries in France, 1791–1952. *French Historical Studies*. 1999. Vol 22. No 3. pp. 379–420.

[15] *Máthé, Gábor*: A magyar burzsoá igazságszolgáltatási szervezet kialakulása 1867–1875. [Conformation of the System of the Hungarian Bourgeois Jurisdiction, 1867–1875] Budapest, 1982. pp. 64–65.

circumstances in such a way that – by enacting the press act again – juries would not be working in all the municipalities but only in the seats of district courts of appeal and the royal court of appeal. This meant that preliminary censorship was to be terminated and the press act to be reactualized.[16] For this purpose the government called upon the municipalities concerned to compile the list of potential jurymen already in March and at the beginning of May.[17]

The 'great decree' regulating the jury procedure was prepared as early as at the end of April in accordance with the government meeting held on 25th April,[18] but it was promulgated by Boldizsár Horvát only on 17th May 1867 and came into force on 16th June: thereby a special norm, intended to be provisional yet staying in effect until 1st January 1900, was created, which at the same time represented our first 'code' of criminal procedure 'codified' statutorily in the period of the Dualism.[19] Essentially, the government observed considerations of expediency and centralization when repeating the seats of the courts in it: as concerns the personal side, it was illusory to operate a jury in every municipality in the first place; moreover, the number of press offences was not so high and thus the members of the judicial council could be appointed by the government. All these were entirely in harmony with the later Article 3 of Act IV of 1869 on exercising judicial power to be enacted later, pursuant to which judges were appointed by the king and countersigned by the minister of justice. In our opinion the objections made by *Béla Sarlós*, according to which this would have abused the freedom of the press, are not well-founded.[20] The new decree was

[16] HNA. K27 X57. 3744. 25 February 1867. p. 7. and 9 March 1867. p. 5.

[17] Miniszteri előterjesztés 1867. február 25-ről a sajtóügyben [...]. [Memorandum of the Minister of Justice on the press on 25th February 1867] CHR 1867. 2nd addition. Pest, 1871. pp. 34–36., A m. k. bel- és igazságügyministernek 1867. márczius 17-én kelt 490/B.M. és 16/I.M.E. számok alatt kelt rendelete a sajtóviszonyok tárgyában [...]. [Decree of the Minister of Justice on the press conditions on 17th March 1867. No 490/B.M] CHR 1867. 2nd addition. Pest, 1871. pp. 39–41., A m. k. igazságügyminister 1867. évi május 4-én 174/eln. sz. a. kelt rendelete, az esküdtszékek tárgyában [...]. [Decree of the Minister of Justice on the subject of juries on 4th May 1867. No 174/eln] CHR 1867. 2nd addition. Pest, 1871. pp. 83–84., also *Máthé* 1982, pp. 66–67.

[18] HNA. K27 X 57. 3744. 25 April 1867. p. 4.

[19] A m. k. igazságügyministeriumnak 1867. május 17-én 307/eln. sz. a. kelt rendelete a sajtóvétségek felett ítélendő esküdtszékek felállítása iránt. [Decree of the Minister of Justice on the subject of the organization of press juries on 17th May 1867. No 307/eln] CHR 1867. 2nd addition. Pest, 1871. pp. 89–115., *Révész, T. Mihály*: A sajtószabadság érvényesülése Magyarországon 1867–1875. [The Emergence of the Liberty of Press in Hungary, 1867–1875] Budapest, 1986. p. 38., *Sarlós* 1959, pp. 59–60., *Sarlós, Béla*: A sajtószabadság és eljárási biztosítékainak fő vonásai. [The Liberty of Press and the Main Features of its Assurances] in: Jogtörténeti tanulmányok II. A dualizmus korának állam- és jogtörténeti kérdései. [Essays on Legal History II. The Legal Historical Questions of the Era of the Dualism] Editors: Both Ödön, Csizmadia Andor [...] Budapest, 1968. pp. 195–196.

[20] *Sarlós* 1968, p. 195.

based on that of the year of 1848 and its text also showed considerable similarities, but it differed in some major points *mutatis mutandis*: for instance, the grand jury was abandoned, the voting proportions were changed (the number of votes required to ascertain guilt was decreased from 8 to 7), compulsory defence was ignored, yet all these did not render it a reactionary means allowing governmental absolutism over the freedom of the press.

However, the Decree of 1867, which not so much rejected the virtues of the Decree of 1848 but rather refined it, did not prove sufficient. As only one procedure was held on the basis of the Decree of 1848 – as already mentioned in Pozsony – its Achilles' heels could not be revealed either, but as legislators were compelled to make amendments in the years after the Compromise, the deficiencies soon came to light *in praxi* – this prompted the long process of norm formation during which the ministers of justice settled and refined each institution created, thereby contributing to legal security. This is how the first additional decree, which made the legal rule of 17th May more concrete and precise in 19 points, as well as Decree 480/1868 of the Minister of Justice for the correction of the previous two, appeared already in July 1867. [21] This legislation by decree proved to be sufficiently flexible to eliminate the anomalies.

The scope of the Decree of 1867 was not extended to Transylvania[22] so only the two decrees issued on 14th May 1871 created the enforceable freedom of the press there; the first one was drawn up on the basis of Article 12 of Act XLIII of 1868 on the detailed rules of the union of Hungary and Transylvania and provided for the introduction of the jury in Transylvania, while the other one was a decree regulating the operation of press juries in Transylvania, based on the text of the norm formulated for Hungary in 1867, which also incorporated several amendments made during the years since then and which designated Marosvásárhely (Tirgu Mures) as the seat of the press jury.[23]

It is interesting and noteworthy that Act LVI of 1868 on the expropriations in the area of the cities of Buda and Pest also provided for a jury, pursuant to the

---

[21] A magyar kir. igazságügyministernek 1867. július 25-én 307. számhoz kelt pótrendelete [...]. [Expletive decree of the Minister of Justice on 25th July 1867 to No 307] CHR 1867. 2nd addition. Pest, 1871. pp. 242–248., A m. kir. igazságügyminister 1868. évi május 15-én 480. sz. a. kelt rendelete [...]. [Decree of the Minister of Justice on 15th May 1868. No 480] CHR 1868. 3rd addition. Pest, 1884. pp. 184–185.

[22] HNA. K27 X57. 3744. 28 May 1867. p. 12.

[23] A m. k. igazságügyministernek 1871. május 14-én 1498. eln. sz. a. kelt rendelete [...] az esküdtszéki eljárásnak Erdélybe való behozatala iránt. [Decree of the Minister of Justice on the organization of the jury process in Transylvania on 14th May 1871. No 1498] CHR 1871. Pest, 1872. pp. 183–186. and A m. kir. igazságügyministernek 1871. május 14-én 1498. eln. sz. a. kelt rendelete a marosvásárhelyi sajtóbíróság előtt követendő eljárás iránt. [Decree of the Minister of Justice on the process of the press jury in Marosvásárhely on 14th May 1871. No 1498] CHR 1871. Pest, 1872. pp. 186–214.

French model, for the settlement of disputed cases of indemnification, thus for a short period of time juries appeared in private law, too.[24] However, the Act of year 1881 on expropriation did not adopt this institution.

However, the history of the regulation of juries in Hungary was not ended by this: the process of the comprehensive codification of criminal procedure repeatedly raised the question of transforming juries and extending their scope of authority.

Juries were not yet included in the codification of the criminal procedure led by Károly Csemegi in 1882, and neither were they in the bill submitted by Teofil Fabiny Minister of Justice in December 1888. This bill was withdrawn by Dezső Szilágyi, the new Minister, specifically because of the disregard of the juries. It was he who commissioned Lajos Schédius to prepare the draft of the jury procedure in 1890. Jenő Balogh, the then ministerial under-secretary of state and university professor was commissioned to draw up the new rapporteur draft of the entire code of procedure with the consideration of the comments received. The draft was submitted to a panel of experts, after which a six-member formulating committee was set up under the leadership of Dezső Szilágyi. Its members were Jenő Balogh, Imre Battlay, Ferenc Chorin, Lajos Schédius, Ferenc Vargha and Gyula Wlassics. The text intended as the final version was finished by April 1893. The work and expertise of Jenő Balogh had to be credited for the majority of the text formulation. Subsequently the reasoning of the previous bill was also revised in order to adjust it to the new draft. The final bill finished at the beginning of 1895 was submitted to the House of Representatives by Sándor Erdély Minister of Justice on 4th May, 1895.[25]

The accepted Code of Criminal Procedure left two questions open: the establishment of the scope of authority of the courts and the organization of the

---

[24] *Ruszoly, József*: A kisajátítás törvényi szabályozásának története Magyarországon (1836–1881). [The History of the Regulation of Expropriation in Hungary (1836–1881)] in: Ruszoly, József: Tíz tanulmány a jog- és alkotmánytörténet köréből. [Ten Essays on Legal History] Szeged, 1995. pp. 81–82., *Held, Kálmán*: Esküdtszéki eljárásunk kisajátítási ügyekben. [Our Jury Process in Expropriation Cases] *Magyar Themis*. 30 July 1872. (No 31.) p. 255.

[25] *Finkey, Ferenc*: A magyar büntető perjog tankönyve. [Textbook of The Hungarian Criminal Procedure Law] Budapest, 1916. pp. 58–59., *Jellinek, Arthur*: A büntető bíróságok szervezete és hatósági köre tekintettel a magyar bűnvádi eljárás tervezetére. [The Organization of Criminal Courts and their Competence in Special Regard to the draft of the Hungarian Code of Criminal Procedure] EHJA XI. Budapest, 1883. (Reading: 3 February 1883.) pp. 26–37., *Fayer, László*: Bűnvádi eljárás a törvényszék előtt. Szokásjogi forrásból. [Criminal Process at the Court. By the Common Law] Budapest, 1885. Paper 1–3.. Also about the reforms: *Liszt, Franz von*: A jövő büntetőjoga. [The Criminal Law of the Future] EHJA LXXVI. Budapest, 1892. (Reading: 4 April 1892.) pp. 4–23. *Szokolay, István*: Az esküdtszék körüli téveszmék. [Delusions about the Juries] *A Jog*. 11 January 1891. (No 2.) pp. 9–10., *r-e*: Erdélyi Sándor. [Sándor Erdélyi] *Ügyvédek Lapja*. 17 July 1897. (No 29.) p. 1.

juries. The first draft of these smaller acts was prepared by Imre Battlay commissioned by Szilágyi in 1894, then it was entirely rewritten in 1895 and in 1896. Finally, Jenő Balogh formulated both bills after the review of two panels of experts. These were submitted to the national assembly by Sándor Erdély in March 1897.[26]

Thus the much-awaited reorganization of the jury system was eventually realized by several acts: first of all Chapter XIX of the Code of Criminal Procedure (Act XXXIII of 1896) regulating the main trial before the jury and Act XXXIII of 1897 on the organization of juries. The provisions were presented in detail by *Andor Csizmadia*.[27] Act XXXIV of 1897 on the enactment of the Code of Criminal Procedure specified the new scopes of authority of the jury (Article 15). Here only the issues of accepting the criminal procedure related to the present topic are going to be dealt with.

The parliamentary debate of the Code of Criminal Procedure started on 3rd September 1896 at Session 647 in the House of Representatives. This was preceded by the report on the bill by the judicial board in which they voiced their opinion as to acknowledging and supporting the reorganization of the juries: 'the greatest value of the jury – according to Glaser, the renowned supporter of this institution[28] – lies in the fact that judicial power is shared between permanent qualified judges and irreproachable men from the ranks of the citizens destined for judicial function. Insistence on the indispensability of the juries does not stem from distrust in the court but rather from the idea what dizzying power is vested in the jurist working in a constant community when judging over life, freedom and social existence on the basis of an oral trial and the free appreciation of evidence.' The report emphasized: 'the situation in which the laws meant to ensure the law and order and the existence of the society are administered by a closed body of professional judges with the total exclusion of

[26] *Finkey* 1916, p. 60., Read About Dezső Szilágyi *Antal, Tamás:* Szilágyi Dezső igazságügyi reformjairól (1890–1900). [About the Judicial Reforms of Dezső Szilágyi (1890–1900)] in: Jogtörténeti tanulmányok VIII. [Essays on Legal History VIII] Edited by Kajtár István [...]. Pécs, 2005. pp. 9–28., Read about Gyula Wlassics *Mezey, Barna*: Wlassics Gyula, a büntetőjog és a bűnvádi perjog professzora. [Gyula Wlassics, Professor of Criminal Law and Criminal Procedure Law] in: Wlassics Gyula és kora 1852–1937. [Gyula Wlassics and his Age, 1852–1937] Zalaegerszegi füzetek 8. [Zalaegerszeg Papers 8.] Editor: Kapiller Imre. Zalaegerszeg, 2002. pp. 60–78.

[27] *Csizmadia, Andor*: Az esküdtbíróság Magyarországon a dualizmus korában. [The Jury in Hungary during the Era of the Dualism] in: Jogtörténeti Tanulmányok I. [Essays on Legal History I] Budapest, 1966. pp. 131–147., compare with : *Vámbéry, Rusztem*: Kézikönyv esküdtek számára. [Handbook for Jurymen] Budapest, 1900. pp. 1–96.

[28] *Julius Glaser* was a Wiener professor and law scientist in the 19th century. His most important literary works: Zur Juryfrage. Wien, 1864.; Anklage, Wahrspruch und Rechtsmittel im englischen Schwurgerichts-Verfahren. Erlangen, 1866.

the citizens can hardly be maintained'. Thus the incorporation of the institution of the jury in the criminal procedure was accepted by the board unanimously. On the other hand, the introduction of the institution of the people's tribunal (*Schöffengericht*) in the county courts, similarly proposed by the bill, was not recommended.[29] Concerning the jury procedure, only a few less significant modifications can be read in the detailed report.[30]

The general debate of the code of criminal procedure in the House of Representatives started with the opening statement of Ferenc Chorin, rapporteur from the judicial board. The procedural bill of 1843 and the press juries of 1848 were designated as the starting point for the reform of the juries. However, he called attention to the fact that the judgement of press offences showed a very kaleidoscopic picture in Hungary: in territories beyond Királyhágó (Bucea) the Austrian press procedure of year 1852 was in force with a jury, the same in Fiume (Rijeka) without a jury, in the Határőrvidék (Military Frontier) the Austrian press procedure of year 1862 and in other parts of the country the decree issued in 1848 and then in May 1867 was governing.[31] (Then again, in other regions of Transylvania the already mentioned decree of year 1871 had to be applied.)

The principles of the bill were identified as follows: indictment system, the assertion of orality and directness, publicity as well as the ensuring of the rights of the accused, the possibilities of the right to legal remedy and the regulation of the jury in such a way that judgement over not only criminal offences committed through printed matters but also over other serious crimes was referred to its scope of authority.[32] It was the jury itself which was regarded as the most important change in the bill: 'the judicial organization qualified for applying the criminal procedure cannot be construed properly without a jury'. As regards the press jury it was emphasized that 'they operated fairly satisfactorily when retaliation for a crime against the state or the nation was the case but several – let me remark that well-founded – objections were raised to their work in defamation and libel cases'.[33]

He claimed that data proved that jurymen were mistaken at the expense of the accused much more rarely than permanent trained judges were. The reason for this was that in contrast with other judicial forums jurymen enjoyed the great advantage of publicity, confidence in the verdicts, the right of rejection, the high proportion of votes when establishing guilt, the alert legal control on

[29] WHR92–96. XXXIV. (1896) No 1110. pp. 7–8.
[30] WHR92–96. XXXIV. (1896) No 1110. pp. 152–162.
[31] CHR92–96. XXXIV. (1896) p. 20. p.
[32] CHR92–96. XXXIV. (1896) pp. 21–22.
[33] CHR92–96. XXXIV. (1896) p. 25.

the part of the court and experience in life. 'The jury confined to press cases is more of a political than a legal institution – Chorin continued – because it deals exclusively with political or personal issues. The jury which investigates exclusively press cases is like an isolated tree, exposed to the vicissitude of times on barren soil, which cannot take roots, which cannot be uprooted by the storm of political passions. [...] But apart from this, juries are looked upon everywhere as the great security of civil and political freedom. [...]' This institution also prevents the alienation of the citizen and the judicial organization.

The objections raised regarding diversity of nationality and denomination were not considered substantiated as nationalities also lived in France, in England and in Germany. Language could not be problematic, either: there was not a single tribunal in the country where the sufficient number of jurymen with a command of the language of the state was not available – the rapporteur maintained.[34]

In addition to Sándor Erdélyi, Minister of Justice, only a few representatives spoke in the further debate of the bill: Géza Polónyi, Lajos Ragályi, Dániel Haviár, Győző Issekutz and Soma Visontai expounded their comprehensive view, and based on these and on the voting ordered the bill was deemed to be suitable for detailed debate by the House of Representatives.

The detailed debate proved to be surprisingly short and constructive. Here only the comments relating to the chapter on juries are mentioned: on 10th September Géza Polónyi, Győző Issekutz, Ferenc Chorin, Sándor Plósz (undersecretary of state at that time, later Minister of Justice) and Soma Visonta, while on 11th September Lajos Mérey and Károly Szalay commented on the planned norm text. The House of Representatives – after the speech of Sándor Erdélyi voicing his support – accepted some of them which were of slighter importance (e.g. the possibility of the jurors' voting by ballot as proposed by Issekutz).[35]

The third reading was made on 12th September 1896, then the accepted text was passed on to the lords. In the House of Lords, on 19th September 1896, Sándor Erdély argued for the jury and suggested that the bill be accepted in the form as already proposed in the House of Representatives. He pointed out that the code of procedure could not be formulated without juries considering public opinion, too.[36]

The only speaker in the debate was Nándor Zichy, who did not consider the introduction of 'administration of justice by jury' in Hungary fortunate on account of the proportions of nationalities and the under-representation of the

[34] CHR92–96. XXXIV. (1896) p. 26.

[35] *Antal, Tamás*: Törvénykezési reformok Magyarországon (1890–1900). [Jurisdictional Reforms in Hungary (1890–1900)] Szeged, 2006. pp. 223–229.

[36] CHL92–96. VII. (1897) pp. 6–7., WHL92–96. XXIII. (1896) No 989. pp. 5–8.

Hungarians in some places. He held the view that juries could not be based on firm grounds in this way. The reason was that the jury could be composed only of citizens who understood the Hungarian language while it was dangerous to exclude the others. Yet, because of the progressive and necessary nature of the code of procedure, he proposed the bill for *en block* acceptance. In agreement with Zichy's proposal, all the 592 articles of the bill on the code of criminal procedure were passed by the lords *en block,* at the same time.[37]

A separate act was made by the national assembly on the organizational issues of the jury, particularly with respect to the compilation of the jurymen's lists and the manner of selection, which was passed – unlike the code of criminal procedure after a fierce and lengthy debate – by the House of Representatives on 29th May 1897 and by the House of Lords on 16th August of the same year (Act XXXIII of 1897). In contrast with the code of criminal procedure and Act XXXIV of 1897 putting it into force, this rule of law came into force as early as on 1st January 1899 as the jurymen's lists and other organizational tasks of year 1900 had to be prepared in 1899.[38]

The Hungarian adaptation of the institution of the jury was completed with this, a major change was effected in it only by Act XIII of 1914 in the twenty-fourth hour of its history. As the case was, the use of the jury was suspended by the government in several of its decrees in autumn, 1914 – first only in Transylvania and in Felvidék (Upper Hungary), then also in the inner areas of the country[39] – which was reinforced by Prime Minister Károly Huszár in 1919 with reference to Paragraph 2 of Article 12 of Act LXIII of 1912, emphasizing its temporary nature.[40] However, it became *de facto* permanent, but it is worth

[37] CHL92–96. VII. (1897) pp. 8–10.

[38] *Antal* 2006, pp. 229–243.

[39] A m. kir. ministerium 1914. évi 5486. M. E. számú rendelete egyes bűncselekményeknek az esküdtbíróság hatásköréből a kir. törvényszékek hatáskörébe utalásáról. [Decree of the Government on the transfer of some of the crimes from the competence of juries to the competence of courts. No 5486/1914] CHR 1914. Budapest, 1914. p. 1433.; A m. kir. ministerium 1914. évi 5487. M. E. számú rendelete az esküdtbíróságok működésének egyes kir. törvényszékeknél felfüggesztéséről. [Decree of the Government on the waiving of the functioning of several juries. No 5487/1914] CHR 1914. Budapest, 1914. p. 1434.; A m. kir. ministerium 1914. évi 5735. M. E. számú rendelete a háború esetére szóló kivételes intézkedések tárgyában kiadott rendeletek hatályának kiterjesztéséről. [Decree of the Government on the extension of the effect of several decrees connected with the special actions in the case of a war. No 5735/1914] CHR 1914. Budapest, 1914. pp. 1448–1450. (point No 9., 10.); A m. kir. ministerium 1914. évi 6082. M. E. számú rendelete a háború esetére szóló kivételes intézkedések tárgyában kiadott egyes rendeletek hatályának kiterjesztéséről. [Decree of the Government on the extension of the effect of several decrees connected with the special actions in the case of a war. No 6082/1914] CHR 1914. Budapest, 1914. p. 1473. (point No 1., 2.).

[40] A magyar kormány 1919. évi 6898. M. E. számú rendelete az esküdtbíróságok működésének ideiglenes felfüggesztéséről. [Decree of the Hungarian Government on the provisional waiving

mentioning that the relevant rules of law were not repealed expressly; this was realized *de jure* only by repealing the entire code of criminal procedure (1st January, 1952).[41]

The introduction of the jury system in Hungary took place not because of its 'infallibility'. In the late 19th century a jury meant the *sine qua non* of the rule of law in every developed European country. Since there were no constitutional courts at the time, people regarded it as the means that would break legal positivism and govern laws. They also thought it would balance the text-based power of judges as there was a general disbelief in judges throughout Europe then. On the continent – except for Spain and the Netherlands –, the jury was praised and regarded as a victory of liberal democracy.[42] Hungary itself could not evade the mainstream since the idea of a 'unified' Europe already existed at that time, although it did not last for long.[43]

Abbreviations

WHR92–96	Writings of the House of Representatives of the Hungarian National Assembly (1892–1896)
WHL92–96	Writings of the House of Lords of the Hungarian National Assembly (1892–1896)
CHR92–96	Chronicles of the House of Representatives of the Hungarian National Assembly (1892–1896)
CHL92–96	Chronicles of the House of Lords of the Hungarian National Assembly (1892–1896)
EHJA	Essays of the Hungarian Jurist Association
HNA	Hungarian National Archives
CHR	Collection of the Hungarian Regulations

of the functioning of the juries. No 6898/1914] CHR 1919. Budapest, 1919. pp. 967–968. The title of the mentioned act is the following: *About the special actions in the case of a war*.

[41] Az 1951. évi III. törvénybe iktatott büntető perrendtartás hatálybaléptetéséről szóló 1951. évi 31. tvr. [Law-Decree No 31 of 1951 on giving effect to Act III of 1951 on the Code of Criminal Procedure] 1., 2. §.

[42] Read the classic work of *Jerome Frank*: Law and the Modern Mind. London, 1930.

[43] *Kosáry, Domokos*: Az európai kis államok fejlődési típusai. [The Types of Development of the Small States in Europe] in: *Kosáry, Domokos*: A magyar és az európai politika történetéből. [From the History of the Hungarian and European Politics] Budapest, 2001. 594–603. p., 627–636. p.

Dr Tamaš Antal, Docent
Pravnog fakulteta u Segedinu

Porota u Mađarskoj

Rezime

Ustanova porote u Mađarskoj nije bila duga veka; postojala je samo u vreme Austro-Ugarskog dualizma (1867-1918). Iako su prvi pokušaji regulisanja porote učinjeni još 1848. godine, neposredno posle revolucije, porota u sudskom postupku zaživela je tek nakon sklapanja Austro-Ugarske nagodbe 1867. godine. Njeno postojanje, sa istorijskopravnog stanovišta, može se podeliti na dva dela: prvi počinje uredbom od 1867. godine, a drugi 1. januara 1900, kada je mađarski Zakonik o krivičnom postupku stupio na snagu. Autor je u radu prikazao razvoj porote u Mađarskoj od vremena njenog uvođenja, pa sve do napuštanja sudske porote u prvim godinama Prvog svetskog rata.

Originalni naučni rad 341.4
061.1EU:341.4

Krisztina Karsai, Ph.D., Assistant Professor
Szeged School of Law

THE PRINCIPLE OF MUTUAL RECOGNITION IN THE INTERNATIONAL COOPERATION IN CRIMINAL MATTERS[1]

Negative function

The principle of mutual recognition in connection with criminal law and criminal procedure law, historically has appeared among the legal provisions of international cooperation in criminal matters. It can be stated – in a retrospective view from today –, that the principle functioned in *a negative way*: the requirement of double incrimination means the non-recognition of the foreign legislature's decision about the necessity of punishment, in other words the double incrimination means *the denial of mutual recognition*. Even, if it was not called to be eliminated on the stage of generally accepted legal customs and legal regulation for a while, jurisprudence had appreciated the possible success of the principle already in the early days.[2] In the development of extradition law and the regulation of international legal assistance in criminal matters respectively, the requirement of double incrimination had the central role[3]. Only in the case of the European Union, the latest legal achievements of the third pillar relativize its importance but obviously only between the Member States of the European Union.

---

[1] Special thank to *Ms. Andrea Törő* for her engagement in preparing the translation of the article.

[2] 1880 Oxford Decisions. (Institut de Droit International); *Franz von Liszt*: Sind gleiche Grundsätze des internationalen Strafrechtes für die europäische Staaten anzustreben und eventuell welche? Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge. I. (1882) 123.p. Liszt, Franz von: In: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge. I. 90-125.p. (1882)

[3] *Braum, Stefan*: Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung. Historische Grundlagen und Perspektiven europäischer Strafrechtsentwicklung. Goltdammer's Archiv. 2005/4. 681-699.p.

Mutual recognition of punishability or impunity?

The principle of mutual recognition *does not take a clear stand* on the question of punishability or impunity, it calls only for the execution of the concrete (foreign) decision in the legal framework of mutual cooperation in criminal matters between the Member States. It means that, if a state on account of physical circumstances can not enforce its decision for example because the accused has escaped to abroad or the evidences are abroad or the witness lives in a foreign country (etc.) – the other state renders help, without supervising the decision in all details. Only the formal obstacles of the cooperation can be supervised, the main issues (the existence of criminal responsibility) of the foreign criminal proceedings should remain untouched.

However, the principle of mutual recognition in connection with criminal decisions may have such 'side effects' that could have truly influence the substantive law-regulation. Therefore these 'side effects' demand separate examination in cases where the substantive-law regulations are different in the cooperating states. If the crime is the same but the legal provisions are not, there are two *theoretical* alternative on the functioning of the principle of mutual recognition. On the one hand, one state should admit this action as a crime, even if it is not considered to be a crime under domestic law provisions (mutual recognition of punishability); or in the other hand the requesting state should admit impunity under the law of the other state and accept the non-execution of its request based on the own punishability (mutual recognition of impunity). It is evident in case of such *collision* one option should take priority in order to ensure the purpose of correct functioning of this principle. If impunity is granted preference, we ignore the action committed in the other state and open widely the doors of criminal forum shopping. If it is punishability that is given priority, we force the state to do something against its protected social values. According to some literary opinions, the latter method can not be accepted since the states extend the scope of their criminal law particularly over actions committed abroad. The principle of mutual recognition might seem to be surprising or arbitrary[4] in such situation. Moreover, it could be deemed to be a type of 'state terrorism', as the state performs the handing over of – under its own domestic law – innocent citizens[5]. Nevertheless, the individual is getting to be a more important part of the international criminal cooperation (so called three-dimensional model[6]), due to the increasing protection of (individual) human

[4] *Vogel, Joachim*: Licht und Schatten im Alternativ-Entwurf Europäische Strafverfolgung. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 2004/2 411.p.

[5] *Schünemann, Bernd*: Fortschritte und Fehltritte in der Strafrechtspflege der EU. Goltdammer's Archiv 2004/4 203.p.

[6] *Lagodny, Otto*: Grundrechte als Auslieferungsgegenrechte, Neue Juristische Wochenschrift 1988, 2146.p.

rights. The main function of the cooperation is still the assistance for enforcement of criminal power of the other state. Consequently the – natural – individual interest of not being able to be punishable (for example the accused has escaped into a country, where the law does not criminalize the given behavior) cannot have priority before this main function. At the same time, during the procedure of the international cooperation based upon mutual recognition the protection of individual rights and interests must play a significant role.

The principle of mutual recognition in the EU-law

In the law of the international cooperation in criminal matters

Mutual recognition of decisions

The principle of mutual recognition in connection with cooperation in criminal matters is more and more gaining ground, parallel with the weakening of double incrimination in EU law. The European Council proclaimed in Tampere (15-16 October 1999) that the principle of mutual recognition should become the cornerstone of judicial cooperation also in criminal matters in the EU – the proclamation of the Presidency Conclusions lead to this 'dramatic' change[7].

The framework-decision on the European Arrest Warrant[8] has recognized this new attitude for the first time as a positive legal provision.[9] The base of the extraditing (surrending) procedure is the arrest warrant issued in another Member State which involves the request for the surrender of the individual for purpose of a criminal procedure or execution of imprisonment in another state. The extradition request was replaced also terminologically[10] by the European Arrest Warrant with the so-called surrender process. The principle of mutual recognition is effective the following way: in case of certain crimes there is no need for double incrimination, the executing state – subsequent to the examination of the

[7] *Ligeti, Katalin*: Mutual recognition of financial penalties in the European Union. International Review of Penal Law 77 1-2/2006 140.p.

[8] 2002/584/JHA Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States, Official Journal L 190, 18/07/2002 1-20.p.

[9] See *Alegre, Susie / Leaf, Marisa*: Mutual Recognition in European Judicial Cooperation: A Step Too Far Too Soon? Case Study – the European Arrest Warrant. European Law Journal 2004/10 200-217.p.; *Peers, Steve*: Mutual recognition and criminal law in the European Union: has the Council got it wrong? Common Market Law Review 2004/41 5-36.p.

[10] Although there are some legal systems, where this terminological difference does not exist, f. e. in Germany, where the „traditional" word of extradition (Auslieferung) is used for the surrender in the domestic legislation.

obstacles – proceeds automatically in compliance with the decision, namely the European Arrest Warrant.

The following EU legislations granted mutual recognition to other decisions of domestic authorities, such as in the Framework Decision on money laundering, the identification, tracing, freezing, seizing and confiscation of instrumentalities and the proceeds of crime[11], Framework Decision on the execution in the European Union of orders freezing property or evidence[12], Framework Decision on the application of the principle of mutual recognition to financial penalties[13] or the Framework on the application of the principle of mutual recognition to confiscation orders[14] – the principle of mutual recognition became the central element in the development of EU criminal law.[15]

Generally speaking, due to the characteristic of this whole procedure, the principle can not get across in its entirety in today's circumstances therefore the process is *reversed*. That means that at this stage is not yet place for a general acceptance of the principle (including every national decision in criminal matters), there are only *some type* of decisions over which the mutual recognition was accepted. It can be labeled as a fragmental acceptance of the principle. Despite this non-totality the ongoing progressive legislation in the EU promises the true expansion and the general acknowledgement of the mutual recognition regarding criminal decisions of all type and might achieve the ultimate target, 'the free movement' of judicial decisions (in criminal matters).

As a partial result it can be laid down as a fact that the principle of mutual recognition has the following objective: the decisions passed under different law systems of the Member States during the execution in another Member State have to *share the legal attributes* of decisions passed under its domestic law, i.e. they should not be divergent from 'interior legal assistance'[16].

---

[11] 2001/500/JHA Council Framework Decision of 26 June 2001 on money laundering, the identification, tracing, freezing, seizing and confiscation of instrumentalities and the proceeds of crime, Official Journal L 182, 05/07/2001 1-2.p.

[12] 2003/577/JHA Council Framework Decision of 22 July 2003 on the execution in the European Union of orders freezing property or evidence, Official Journal L 196, 02/08/2003 45-55.p.

[13] 2005/214/JHA Council Framework Decision of 24 February 2005 on the application of the principle of mutual recognition to financial penalties, Official Journal L 76, 22/3/2005 16-30.p.

[14] 2006/783/JHA Council Framework Decision of 6 October 2006 on the application of the principle of mutual recognition to confiscation orders, Official Journal L 328 24/11/2006 59-78.p.

[15] *Fuchs, Helmut*: Bemerkungen zur gegenseitigen Anerkennung justizieller Entscheidungen. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 2004/2 368-371.p.; *Gleß, Sabine*: Zum Prinzip der gegenseitigen Anerkennung. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 2004/2 354-367.p.

[16] This legal instrument is used for example if the municipal court requests some procedural acts (in the criminal procedure) from the court of another town in the same country.

Procedural assistance – restricted mutual recognition

A restricted form of the principle of mutual recognition is not unknown to the traditional institutional system of procedural assistance either. Procedural assistance has the most frequent occurrence among the forms of mutual legal assistance in criminal matters. In order to carry out the necessary procedural acts of criminal proceedings, assistance could be requested through procedural assistance. Such as questioning a witness, interrogating a suspect, executing search warrant, site-inspection, hearing of a forensic expert, delivery of document (etc). Many international multilateral agreements, treaties or declarations of reciprocity refer to procedural assistance – thanks to the long-existence of this legal institution. The Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters (1959) of the Council of Europe has a dominant role among EU Member States as well but more and more details are regulated by EU norms, which means that special EU provisions enjoy precedent. The EU Convention of the 29th of May 2000 on Mutual Assistance in Criminal Matters[17] has entered into force on the 23rd of August 2005. According to the traditional general rule, *locus regit actum* has to be enforced, i.e. procedural assistance is executed under the legal provisions of the executing Member State. Due to a separate request, it is not excluded to use the legal provisions of the issuing Member State. The EU Convention turns away from this traditional principle and enforces *forum regit actum*: the procedural act requested by the procedural assistance has to be executed according to the wish (procedural law) of the requesting Member State. This is a restricted form of the principle of mutual recognition.

Mutual recognition in a substantive sense

The development in EU law shows the international (European) headway of the principle ne bis in idem, which is laid down by Article 54 of the Schengen Convention[18]. With the integration of the Schengen acquis into the EU legal framework[19], the European Court of Justice (ECJ) gained new competence concerning to the interpretation of the Schengen Convention including taking decisions on preliminary questions in connection to it.

---

[17] Convention established by the Council in accordance with Article 34 of the Treaty on European Union, on Mutual Assistance in Criminal Matters between the Member States of the European Union, Official Journal C 197 12/07/2000 3-23.p.

[18] Convention implementing the Schengen Agreement of 14 June 1985 between the Governments of the States of the Benelux Economic Union, the Federal republic of Germany and the French Republic on the gradual abolition of checks at their common borders, on 19 June 1990.

[19] 1999/436/EC Council Decision of 20 May 1999 determining, in conformity with the relevant provisions of the Treaty establishing the European Community and the Treaty on European Union, the legal basis for each of the provisions or decisions which constitute the Schengen acquis, Official Journal L 176, 10/7/1999 17–30.p.

As the ECJ found in the joined cases of Gözütok and Brügge[20], the application of Article 54 *nowhere* in the Schengen Convention is made conditional upon harmonization or at the least approximation, of the criminal laws of the Member States relating to procedures whereby further prosecution is barred. In those circumstances, the ne bis in idem principle necessarily implies that regardless of the way in which the penalty is imposed, the Member States have mutual trust in each others criminal justice systems and that each of them recognizes the criminal law in force in the other Member States even if outcome of criminal procedure would be different if its own national law was applied.

It means that the final decision, concerning the same act, judged in other Member State has turned into a *non-discretionally obstacle of the criminal proceedings* in every Member State independent of the further contents.

The Lisbon Treaty upon the European Union recognizes (Article 6) the rights, freedoms and principles set out in the Charter of Fundamental Rights of the European Union of 7 December 2000, as adopted in Strasbourg, on 12 December 2007. The Treaty will come into force – after the ratification in all Member States – on 1 January 2009. The Article 50 of the Charta contains the general provision about the principle ne bis in idem: 'no one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings for an offence for which he or she has already been finally acquitted or convicted within the Union in accordance with the law.'

Mutual recognition of evidences – mutual recognition of facts or legal attributes?

The Commission introduced a proposal for a framework decision in 2003, which applies the principle of mutual recognition in connection with evidences (European Evidence Warrant)[21]. Once the proposal is adopted the European Evidence Warrant will provide a single, fast and effective mechanism for obtaining evidence and transferring it to the issuing state. It will not be necessary anymore to issue a prior freezing order. The draft framework decision applies to objects, documents or data obtained under various procedural powers, including seizure, production or search powers in any Member States.[22] The European Evidence Warrant should be used where the evidence is already directly avail-

[20] Joined Cases C-187/01 and C-385/01 Criminal proceedings against Hüseyin Gözütok and Klaus BrüggeGözütok and Brügge [2003] ECR I-1345, paragraph 32.

[21] Proposal for a Council Framework Decision on the European Evidence Warrant for obtaining objects, documents and data for use in proceedings in criminal matters. COM(2003) 688, 14.11.2003.

[22] *Gazeas, Nikolaos*: Die Europäische Beweisanordnung – Ein weiterer Schritt in die falsche Richtung? Zeitschrift für Rechtspolitik 2005/1 18-22.p.

able in the executing State for example by extracting the relevant information from a register (such as a register of criminal convictions).[23]

It will result the Member States' mutual submission – which followed the expansion of the principle concerning the issues of the international cooperation in criminal matters – to be disappear, by giving shape to a proper *resistance*. It did not happen accidentally: the questions arises, what kind of conceptual motivations could be the grounds of such development? Before examining the different basic attitude of the Member States there is more need to analyze the principle of mutual recognition more theoretically.

The justification of the principle of mutual recognition in EU-law

Judgementless method

The principle of mutual recognition as it lays in its name is a method without value judgement and has essentially three factors. The first factor is the object of recognition; and the recognition is accomplished between the other two factors (remitter entity and receiver entity). The main point of the acceptance is that the receiver acknowledges (adopts) the object of recognition *as the remitter offers it* to him or as the remitter treats it. In the sphere of law it means the following: a figure of law is accepted by an entity – which is independent of the original issuing entity – in the scope and depth without any modification, as it is originated from the issuing entity. The principle contains an automatic recognition (without any change in substance or form of the legal figure), meaning that the remitter has the 'claim' that its legal product not will be changed. The receiver is the concrete Member State's law system (or the judicial authority), the objective of recognition – in the widest sense – is any legal product of criminal procedure (decisions, coercive measures, evidences), and the Member State's law, from where the legal product comes, is the remitter.

The principle of mutual recognition, as the topic in the focus of interest in EU law development, is restricted to interstate relation as the remitter and the

[23] The European Evidence Warrant is not intended to be used to initiate the interviewing of suspects, taking statements, or hearing of witnesses and victims. Also the taking of evidence from the body of a person, in particular DNA samples, is excluded from the scope of the European Evidence Warrant. It is also not intended to be used to initiate procedural investigative measures which involve obtaining evidence in real-time such as interception of communications and monitoring of bank accounts. Nor is the European Evidence Warrant intended to be used to obtain evidence that can only result from further investigation or analysis. It could therefore not be used to require the commissioning of an expert's report. Nor, for example, could it be used to require an executing authority to undertake computerised comparison of information (computer matching) in order to identify a person.

receiver entities belong to *different* law-systems. But this interstate relation does not mean an international law context as the interaction does not take place between states themselves as bodies of their own sovereignty but between the concrete judicial authorities (only) representing states. One or two foreign elements appear during the carry out of national-framed criminal procedures: the accused or any of the witnesses resides abroad or the means of evidence (or seizured objects) stays abroad. The enforcement of the criminal jurisdiction and the carrying out of a criminal procedure is effective in a national framework of law but national law becomes inadequate if a substantial factor of the procedure is to be found abroad. This foreign element should be made – also physically – admissible (international cooperation in criminal matters) and if it is admissible and present, it should be made compatible (procedure of exequatur) with the domestic law system. Namely, the legal product coming from a foreign legal system shows the characteristics of its own system which might cause unlawfulness during the implementation in another State, if these characteristics are not reconcilable. At this point appears the principle of mutual recognition which may replace the transformation's acts of internal compatibility.

The principle of mutual recognition as a judgementless method theoretically might work in connection with every single legal product of criminal procedure. The principle of mutual recognition is functional as it concentrates on using the legal product in question everywhere for the same reason and the same way as it was originally made. This means that it has to fulfill the same function in the receiver's frame of reference as in its own. The greatest problem of the principle of mutual recognition as a method in criminal law context is that the legal products (legal institutions functioning in one legal system) cannot be independent of their system they will always maintain – almost – the whole characteristics of their own legal system. Therefore the object of mutual recognition, the legal product itself will never be suitable for recognition, the recognition means necessarily the recognition of the entire other legal system.

The principle of mutual recognition could be completely effective also in this area that would really mean that criminal jurisdiction would make a unified geographical area in the European Union. There would be no conflicting legislation and the relation among the acting authorities would be ruled by traditional *internal* provisions for competence and jurisdiction. This is known as cosmopolitan jurisdiction expressed also by Franz von Liszt, the attitude of the states is described as 'your law is my law'[24]. Such a system is hold together by the real *constructive confidence* put in each other's (the Member State's) jurisdiction, but today's illusion is not suitable for this. That is why we have complaints filed by Member States on both sides of the procedure and the stage of legal theory

[24] Franz von Liszt op. cit. 102.p.

referring to human rights deficits although. Each Member State is participant to the European Convention on Human Rights, the cases and the progressive burdening of the European Court of Human Rights also shows that the minimum standards laid down by the Convention are not guaranteed in practice. This also means that the recognition of a criminal law-product should mean also the recognition of the domestic procedural provisions with their immanent (or expressed or regulated) protection of human rights. But this aspect is not always acceptable for the different Member States with – in practice – different levels of human right protection.

Community law 'principle'

The principle of mutual recognition originates in the European Court's jurisdiction, concretely in connection with the free movement of goods in the decision known as Cassis de Dijon[25]. As a follow up the principle of mutual recognition become *one of the most important regulative principles* of the Community law in order to move forward the fundamental freedoms. According to it, the idea[26] was born that the principle might be followed also in relation to criminal cooperation and criminal law integration in general. This is how we meet – similar to the free movement of goods – *the theory of the free movement of criminal decisions*. The main point of it is that in the territory of the European Union, in the 'united jurisdictional area', a legal decision made by a Member State's authority is qualified the same way, and it produces the same legal effect as in the legal system of the issuing Member State.

Under Community law, the principle of mutual recognition is an instrument for reaching the fundamental freedoms adopted by Community law; in details it means the achievement of Community citizen's economic freedom. The central element of mutual recognition in connection with free movement of goods, is the following: after a concrete good is legally put on the market in whatever Member States legally, it can circulate in all the other Member States. The object of mutual recognition is not the good itself (like a television, a cucumber or a wine), rather the Member State-regulation which lays down how to put the goods on the (common) market the first time. The other Member States recognize here the lawfulness of these rules, accept them and consequently they also accept the further free trade in the whole European Union. It is important to notion that the trade-provisions can vary in the Member States. Nevertheless, these internal norms first have to conform Community law requirements (TEC) and furthermore this conformity has a higher (supranational) control, performed

[25] 120/78 REWE-Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein.

[26] At the first time in the Conclusions of the European Council, Tampere (15-16 October 1999).

by the competences of the European Court of Justice. Accordingly, Member States' regulation, which define the rules of trade nationally, have to fulfill also external, objective – enforced the same way to all Member States – requirements. The Community law itself provides the frames: it pronounces the enforcement of the fundamental freedom and its possible limitation as well. If the rules of the Member States are between these two frames, they will always fulfill Community law requirements.

Free movement of decisions in criminal matters

According to the mentioned Community law sense of mutual recognition, the object of the recognition is not the decision itself (since neither the goods are being recognized in relation to the free movement of goods) but rather the Member State's procedure leading to a lawful decision. The use of mutual recognition and the free movement of decisions in criminal matters would mean that if a decision is lawfully made then it could be executed (also) in all of the Member States. Nowadays it comes forward the following way: there are only certain decisions covered by mutual recognition, not all. The question rose naturally what could be the reason of this dual standard?

The process had started with the European Arrest Warrant but without letting each decision fall under the object of mutual recognition, rather simply stepping into this stage one by one. There is no confirmed contextual reason of this method since the concrete decision can not be more independent of the surrounding procedural and guaranteed rules, and not even less independent of the accused or third person's rights than the decisions not involved. There is a possibility to justify the mutual recognition of these decisions with the fact that the decisions were made by *judges*, meanwhile we presume lawfulness and contextual propriety. But why would one Member State's judge make a worse decision than the other? The question is still open. This is why not all the decisions passed by judges fall under mutual recognition. In my point of view the unsaid reason of this is that *the declared mutual confidence is still not complete.* It is only an illusion of confidence.

The community characteristics of mutual recognition could be enforced also for criminal decisions, if – similarly to the mutual recognition regarding goods – there would be an 'external' objective binding in all Member States legal substantial framework such as fundamental rights or other higher objectives. But this kind of framework or objective does not exist in this context: this system would so not extend the freedom of individuals, rather exclusively the freedom of the authorities (mostly imposing this burden on the individuals' freedom). This way *the method as such becomes the objective* which can not be acceptable. The common system of norms and its judicial control would neces-

sarily belong to a higher objective (or its framework). Since this is not fulfilled, the extension of mutual recognition to decisions in criminal matters (and the idea of their free movement) can not be preserved.

Free movement of evidences

The vision of free movement of evidences makes the question more complicated. According to the conception of evidence-exchange, the new planned system would replace most part of the cooperation in procedural assistance. The strengthening of the principle of forum regit actum would stop and locus regit actum will step forward and as a further consequence a higher stage of cooperation too. But *what* could be actually recognized by the Member States with mutual recognition of evidence? Is it that the object is an evidence or it has validity as evidence?

The conclusive force and its probability can not be the object of mutual recognition, as it is a question of the firm believe of the judge. The question about a fact being a fact also can not be the object of mutual recognition since real things such as blood or a signature are the same in all the other Member States. What is left is *real fact appearing as an evidence.* This 'transformation' proceeding – during which the fact becomes evidence – is a legal one, the procedural rules of the state give the normative framework to the 'transformation'. If a fact appears in one Member State as an evidence than it (that this evidence exists) has to be recognized. In this case the receiver state receives the existence of the fact already as an evidence. But the same problem burdens this aspect of mutual recognition – almost expectedly. Namely, the evidence, as the output of the mentioned transformation process also wears the marks of the procedural regulation (for example if the individual guaranties were violated during the proceedings). Consequently, in a non-national context if the evidence needs to 'distributed' to another Member State of the European Union, the another State should accept automatically also the procedural rules of the other. While there are no objective strict standards[27] to define the procedural frames resulting 'distributable' evidence, an automatic recognition system would lead to the recognition of *every* procedural rules in the Member States. But such a confidence does not exist today between the Member States, mutual recognition can not work in this context adequately, until there is no (at least partially) common system of norms, contextual standards and judicial control.[28]

[27] The human rights standards of the ECHR (and Convention) are not enough in this field, as it binds only the separate Member States, the legislation of the European Union is not covered by this standards.

[28] To the development in this field see: Green Paper from the Commission on Procedural Safeguards for Suspects and Defendants in Criminal Proceedings throughout the European Union, COM(2003) 75, 19.2.2003.

It is cold comfort but there could be one aspect where the lack of contextual standard does not appear: the event when if transformation of the evidence from the evidence embodied in a real fact does not affect other person' rights. The application of the principle of mutual recognition is acceptable at this stage.

Breaking points

The illusion of confidence

The mutual confidence placed in other Member States' judicial systems as a principle is in an *ideal case* a declaration which defines an existing phenomenon and custom. Nowadays this is only an illusion. This illusion is followed by The European Union and its Member States, as they declared something, which is not real. It is understandable since on the present stage of integration – especially in connection with the regulation of the surrender procedure (and the system of the European Arrest Warrant) – also the theoretical foundation seemed to be necessary. But the illusion breaks at the point when the chance for unconditional recognition of other Member States' legal systems totally or partially becomes reality.

Forum shopping

The principle of mutual recognition might easily let law enforcement authorities use forum shopping – without the several times mentioned (at least partial) common regulatory system and judicial control mechanism. Choosing the place for practicing jurisdiction might become a strategic decision on the basis of the place for the lowest intervention limits, i.e. it is the Member State with the lowest human rights' protection system. The fear for this could be felt, if we think of the aspirations for eliminating the parallel criminal procedure in connection with crimes crossing several Member States; actually with a decision settles finally the competent Member State.[29] The efficiency factor in connection with decision-making might lead to forum shopping.

Conclusion

The principle of mutual recognition is a judgementless method which could be efficient in criminal matters. There are *two ways* to settle its basic conditions.

[29] For a while by recommendations, criminal law enforcement authorities coming from Eurojust and Europol, and the already published green book of the Commission [Green Paper of the Commission on Conflicts of Jurisdiction and the Principle of ne bis in idem in Criminal Proceedings, COM(2005) 696 final, 23.12.2005]

First, when the confidence placed in other Member State' criminal jurisdiction is complete and real. Until this confidence is apparent, only the *other* way is open for the Member States; namely, an external, common system of norms and control – binding every Member State the same way (or at least partially) – is necessary to operate the principle of mutual recognition in an acceptable way. This system of norms could refer to requirements based on human rights or expressly to the rules laying down completely the procedure of evidence-recording.

The Member States (and also the European Union) did not choose any of the above mentioned ways. They opted for a *third* way which represents only an illusive confidence *and* the lack of common framework of control norms at the same time. This way can not be followed any more. Since the Member States in today's world are not matured enough for the first way, as the 27 Member States are not yet accustomed to each other, the jurisprudence has give a helping hand to support the second way. This means, that – being so much paradoxical[30] – to reach an untroubled and unburdened enforcement of the principle of mutual recognition, we have to provide a more stricter criminal law integration, approximation of laws or even the unification of law.

[30] *Sieber, Ulrich*: Memorandum für ein Europäisches Modellstrafgesetzbuch. Juristen Zeitung 1997/8 369-380.p.

Dr Kristina Karšai, docent
Pravni fakultet u Segedinu

Princip uzajamnog priznanja u međunarodnoj krivičnopravnoj saradnji

Rezime

Istorijski posmatrano, princip uzajamnog priznanja, vezan za krivično pravo i krivično procesno pravo, se pojavilo među prvim odredbama o međunarodnoj saradnji u krivičnim stvarima. Prvi oblik je bio negativan: poricanje uzajamnog priznanja (dvostruke inkriminacije).

U razvoju prava o ekstradicije i međunarodne pravne pomoći, zahtev dvostruke inkriminacije je imao centralnu ulogu, samo poslednja dostignuća «trećeg stuba» prava Evropske unije relativiziraju njen značaj i to naravno samo među zemljama članicama Evropske unije.

Princip uzajamnog priznanja ne zahteva zauzimanje stava o kažnjivosti ili nekažnjivosti okrivljenog, već samo poziva na izvršenje konkretne (inostrane) sudske odluke u pravnom okviru međusobne saradnje u krivičnim stvarima u zemljama članicama Evropske unije. To znači, ako jedna država, zbog nekih stvarnih okolnosti, ne može izvršiti svoju presudu (na primer zato, što je osuđeni pobegao u inostranstvo i sl.). druga država će joj pružiti pomoć, bez preispitivanja detalja presude. Može ispitati samo da li postoje formalne prepreke saradnje, dok glavna pitanja inostranog krivičnog postupka (npr.postojanje krivične odgovornosti) ostaju van razmatranja .

Rad se bavi najnovijim razvojem Evropskog prava vezanog za pitanje uzajamnog priznanja: prvo u oblasti međunarodne saradnje u krivičnim stvarima (uzajamno priznanje sudskih odluka, pravna pomoć kao ograničeno uzajamno priznanje), zatim uzajamno priznanje u materijalnom smislu i uzajamno priznanje dokaza (uzajamno priznanje činjenica ili pravnih shvatanja). Zatim, autor analizira moguće teorijsko opravdanje principa uzajamnog priznanja: princip „metode bez presude“ koja proističe iz sličnog principa komunitarnog prava. Konačno, rad sadrži neka razmatranja vezana za slobodno kretanja sudskih odluka u krivičnim stvarima i slobodan protok dokaza.

IN MEMORIAM

Prof. dr PAVLE JOVANOVIĆ

Trećeg septembra 2008. godine, posle teške i duge bolesti, preminuo je dr Pavle Jovanović, redovni profesor Pravnog fakulteta u Novom Sadu. Njegovom smrću Pravni fakultet u Novom Sadu izgubio je jednog od svojih najboljih i najobrazovanijih profesora, a pisac ovih redova jednog od svojih najboljih i najdražih prijatelja.

Rođen 1947. godine u Beogradu, Pavle Jovanović je prošao životni put prepun patnji, iskušenja i bola. Još kao dečak ostao je bez majke, koja je sebi u trenutku velikog životnog razočarenja, oduzela život. Ostao je i bez dve sestre, koje su surove bolesti prerano odnele. Sam Pavle se za života suočavao sa mnogim bolestima i nedaćama, izazvanim nedovoljnim razumevanjem njegove uže porodice za njegovu suptilnu i plemenitu ličnost. Uprkos svemu, uspeo je da da mnogo i da u našoj sredini ostane zapamćen kao jedan od najprefinjenijih intelektualaca koga je naš Fakultet ikad imao.

Pavle Jovanović je radio na Pravnom fakultetu od 1975. godine. Bio je to posao koga je on istinski voleo i kome se predao svim žarom. Bio je sjajan naučnik. Savremene političke sisteme, koje je predavao, poznavao je briljantno, ne samo kao pravnik pozitivista. Njegov pristup bio je i istorijski i filosofski i sociološki. Probleme je analizirao tako što je pronicao u njihovu dubinu, do poslednjeg sloja. Kada biste ga pitali nešto i kada bi vam bilo šta objašnjavao, osećali ste se kao đačić koji sluša nekog gorostasa misli. A sve je to izvodio lako, najčešće kroz neformalni razgovor uz nezaobilaznu cigaretu i kafu.

Studente i nastavu je obožavao. Ali ne onu formalnu, koja je počinjala u tačno određeno vreme i završavala se kroz 45 minuta. To za Pavla nije postojalo. Raspravljalo bi se o temi dok se ona ne završi. Nekad u učionici, nekad u šetnji pored Dunava, nekad na Petrovaradinskoj tvrđavi. Naravno, ovako neformalan rad sa studentima nisu svi uvek odobravali.

Pogotovo oni koji su se uvek držali krutih normi. Ali, piscu ovih redova vrlo dobro je poznato, da su starije generacije studenata, zbog ovakve, opuštene atmosfere bukvalno obožavali Pavla. On je za njih bio neobični prozor u svet, neformalni prorok koji im je objašnjavao šta je to politika, kako je treba poimati i doživljavati. I danas se kod tih generacija pamte Pavlovi časovi i diskusije.

Želeo je da se rad na Fakultetu uzdigne iznad krutih formi nastave. Da studenti dođu do nekih ljudi i saznanja, koja se ne mogu pročitati u udžbenicima. Inicirao je, stoga, osnivanja studentskog kluba „Scena“, koji je radio nekoliko godina, dovodeći kao goste istaknute intelektualce iz cele tadašnje Jugoslavije. Ali, komunističke cenzure, zavist i intrige, učinile su da se „Scena“ relativno brzo ugasila.

Iako je imao puno prijatelja, koji su ga istinski voleli, Pavlu se dopadao usamljenički život. Poslednje godine provodio je uglavnom na svom imanju u Crnoj Gori, nedaleko od manastira Morača. U gotovo monaškoj osami, posvetio se književnosti. Tako su nastali njegovi romani „Knjiga o sinovima“ i „Put u Karadag“, ispunjeni autobiografskim detaljima u kojima je saopštio neke svoje porodične dileme.

Nažalost, najmlađe generacije naših studenata, nisu nikad upoznale Pavla. Pre četiri godine razboleo se od opake bolesti, tumora na mozgu. Borio se svim snagama uz natčovečanski plemenitu podršku supruge Dijane. Na momente je izgledalo da će se čudo dogoditi i da će strašna bolest biti savladana. Čuda, nažalost, ne postoje. Pavle je podlegao u borbi sa bolešću, ali nije izgubio bitku. Za njegove kolege i prijatelje ostaće uvek tu, na našem Fakultetu i u našim srcima.

Dr Srđan Šarkić, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu