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

ZBORNIK RADOVA
COLLECTED PAPERS

XLII 3 (2008)

NOVI SAD, 2008.

ZRPFNS, Godina XLII Novi Sad, br. 3 (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

Rencezenti:

Prof. dr Srđan Šarkić, prof. dr Jožef Salma, prof. dr Rodoljub Etinski, prof. dr Dušan Nikolić, prof. dr Magdolna Sič, doc. dr Dragiša Drakić

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 Aleksandar Đurđev, redovni profesor (u penziji)
Uvođenje parlamentarizma u Srbiji kao put njene evropeizacije 7

Dr Ljubomirka Krkljuš, redovni profesor (u penziji)
Jaša Tomić i „Zastava“ o nacionalnom i državnom jedinstvu u vreme stvaranja Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca 19

Dr Đorđe Popov, redovni profesor
Podsticaji i kontrola inostranih investicija 37

Dr Srđan Šarkić, redovni profesor
Shvatanja Atanasija iz Aleksandrije o monarhiji 55

Dr Mile Vranješ, redovni profesor
Problemi u finansiranju zdravstvenog osiguranja u Srbiji 67

Dr Miloš Marjanović, redovni profesor
Sociološka jurisprudencija i sociologija prava – paund versus gurvič 79

Dr Danica Popov, redovni profesor
Prevara kao razlog rušljivosti pravnog posla 105

Dr Bernadet Bordaš, redovni profesor
Regulisanje boravka stranaca u Republici Srbiji: na putu ka harmonizaciji sa pravom Evropske zajednice 119

Dr Magdolna Sič, vanredni profesor
Fiducia i *pignus* u izvorima postklasičnog rimskog prava – sinonimi ili termini korišćeni za različite vrste zaloge? 143

Dr Radenka Cvetić, vanredni profesor
Mesto prava preče kupovine u građanskom zakoniku 173

Dr Snežana Brkić, vanredni profesor
Rehabilitacija: tri zakona – tri značenja 185

Dr Tatjana Lukić, docent
Borba protiv pranja novca u Evropi 201

Dr Branislav Ristivojević, docent
Granica između slobode govora i dostojanstva društvenih skupina u odabranim evropskim krivičnim pravima: govor mržnje 211

Dr Nataša Deretić, docent
Politička uslovljenost brakova srpskih srednjovekovnih vladara 247

Mr Gordana Drakić, asistent
Kolonizacija u međuratnoj Jugoslovenskoj državi 265

Mr Sanja Radovanović, asistent
Zaključivanje ugovora putem Interneta (Ide li pravo u korak sa vremenom?) 279

Mr Bojan Tubić, asistent
Pravna priroda pravila o iskorišćenosti lokalnih pravnih lekova 293

Mr Maša Kulauzov, asistent
Ustavni nacrt Stojana Novakovića od 1896. godine 309

Mr Samir Aličić, asistent
Akvilijanska odgovornost za štetu prouzrokovanu uništavanjem dokumenata u klasičnom Rimskom pravu 329

Mr Atila Dudaš, asistent
Pružanje pravne zaštite ugovornim obećanjima u anglosaksonskom pravu – nastanak instituta *consideration*-a 349

Mr Emir Ćorović, asistent
Krivično delo nedavanje izdržavanja - Teorijski i praktični aspekti - 363

ODELJAK ZA INOSTRANE AUTORE

Dr Tamaš Prugberger, profesor emeritus
Pravna pravila o otkazu i grupnom otpuštanju zaposlenih prema mađarskom pravu i pravu susednih zemalja 383

Dr Tamaš Notari, vanredni profesor
Pravno-istorijska i filološka zapažanja o salzburškim registrima (poseda) iz VIII veka 401

Dr Čaba Fenjveši, docent
Isledni sudija u mađarskom krivičnom postupku 425

Dr Herke Čongor, docent
Obustava istrage i medijacija 433

In memoriam Prof. dr Milijan Popović 453

TABLE OF CONTENTS

Aleksandar Djurdjev, Ph. D., Full Professor
Institution of parlamentarism in Serbia as a course of its Europenization 7

Ljubomirka Krkljuš, Ph. D., Full Professor
Jaša Tomić and „Zastava“ on the national and state unity during the creation of Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes 19

Đorđe Popov, Ph. D., Full Professor
Encouragement and Control of Foreign Investment 37

Srđan Šarkić, Ph. D., Full Professor
Athanasius of Alexandria on Monarchy 55

Mile Vranješ, Ph., D., Full Profesor
Problems regarding financing health insurance in Serbia 67

Miloš Marjanović, Ph. D., Full Professor
Sociological Jurisprudence and Sociloogy of Law – Pound *versus* Gurvitch ... 79

Danica Popov, Ph. D., Full Professor
The Effect of Misrepresentation 105

Bernadet Bordaš, Ph. D., Full Professor
Regulation of residence of foreigners in the Republic of Serbia: on the way to harmonization with the law of European Community 119

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? 143

Radenka Cvetić, Ph. D., Associate Professor
The right of prior purchase (pre-emption) in the civil code 173

Snežana Brkić, Ph. D., Associate Professor
Rehabilitation: Three Laws – Three Meanings 185

Tatjana Lukic, Ph.D. Assistant professor
Anti - Money Laundering in Europe 201

Branislav Ristivojević, Ph.D., Assistant Professor
The Frontier Between Freedom of Speech and Dignity of Social Groups in Selected European Criminal Laws: Hate Speech 211

Nataša Deretić, Ph.D. Assistant professor
The influence of politics in creation of marriages of Serbian meadieval rulers 247

Gordana Drakić LL. M. Assistant
Colonization in Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes (Yugoslavia 1918-1941.) 265

Sanja Radovanović, LL. M. Assistant
Contracting via the Internet (Does the law go parallel with the time?) 279

Bojan Tubić, LL.M. Assistant
Legal nature of the exhaustion of local remedies rule 293

Maša Kulauzov, LL.M. Assistant
Constitution Draft of Stojan Novaković of 1896 309

Samir Aličić, LL. M., Assistant
Aquilian responsibility for the damage caused by destruction of documents in the classical Roman law 329

Attila Dudás, LL.M., Assistant
Enforceability of Future Promises at Common Law - the Formation of Doctrine of Consideration - 349

Emir Ćorović, LL.M. Assistant
Crime of Failure to provide maintenance - Theoretical and practical aspects - 363

Tamás Prugberger, PhD, Professor Emeritus
Kündigungs- und massenentlassungsregelungen in ungarn und in den postkommunistischen nachbarländern ungarns 383

Tamás Nótári, PhD, Associate Professor
Remarks on the 8th century registers of Salzburg 401

Csaba Fenyvesi, Ph.D. Assistant Professor
Investigating Judge in the Hungarian Criminal Procedure 425

Herke Csongor, Ph.D. Assistant Professor
Der Abschluss der Ermittlung und die Mediation 433

In memoriam Prof. dr Milijan Popović 453

Originalni naučni rad 342.52(497.11)“1903/1914“

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

UVOĐENJE PARLAMENTARIZMA U SRBIJI KAO PUT NJENE EVROPEIZACIJE

Sažetak: *U radu je prikazan način uvođenja i razvoj parlamentarizma u Kraljevini Srbiji od 1903. godine do Prvog svetskog rata. U prvom delu naznačeni su osnovni društveno-ekonomski i politički uslova, nosioci i teoretska polazišta ideje parlamentarizma. Put ka parlamentarnoj demokratiji je bio kratak ali u osnovi blagotvoran. Mlada srpska država prilagođavala se ustavnoj praksi evropskih zemalja, a pre svega Engleske, Francuske i Belgije. Drugi deo posvećen je aktivnostima osnovnih ustavnih institucija (skupštini, kruni i vladi) kao i aktivnostima političkih stranaka. Donošenjem Ustava iz 1903. godine izvršene dinastičke promene liberalizovale su i ojačale Srbiju i popravile njen ugled u svetu.*

Ključne reči: *Parlamentarizam, skupština, kralj, vlada, političke stranke, vojska.*

Uvod

Uvođenje parlamentarizma u Srbiju, kao puta njene ponovne evropeizacije, predstavlja aktuelno društveno, a pre svega ustavnopravno i političko pitanje. Ono je delimično, parcijalno, ali nikad celovito i interdisciplinarno nije proučavano. Postoje, istina, brilijantni radovi iz ove oblasti, ali aktuelna stvarnost zahteva da se iskustva parlamentarizma što celovitije spoznaju. To je, ne samo zbog prošlosti, nego pre svega zbog sadašnjosti i projekcije racionalnije budućnosti.

Protekla jubilarna proslava dvestogodišljice srpske državnosti je podstrek da se proučavanja intenziviraju.

I

Period srpske političke istorije pre usvajanja Ustava 1903. godine može se nazvati borbom za uvođenje parlamentarnog režima.[1] To vreme, od Berlinskog kongresa 1878. do 1903. godine prema Vladimiru Ćoroviću „pada među najteže i najmračnije u novijoj istoriji Srbije".[2]

Ekonomske teškoće, oličene u krizama, blokadama zajedno sa političkim sukobima i ratovima postepeno menjaju tradicionalne nasleđene kulturne vrednosti Srpskog naroda. Kultura predstavlja stimulans a češće smetnju društvenih promena. Petovekovno tursko ropstvo, sa utemeljenim osmanskim standardima, predstavljalo je polaznu osnovu srpskog puta ustavnosti u pravcu demokratskog liberalizma. Srpski razvitak ka liberalnom demokratskom društvu je trnovit, krvav, ispresecan ratovima i naznakama revolucionarnih promena. Liberalizam i demokratija su, posle dva veka, konačno posejani ali još nedovoljno razvijeni. Postoji zapravo diskontinuitet u liberalnoj tradiciji društva.

Za uvođenje modernih političkih institucija najveće zasluge imaju liberali. Srbija je za vreme namesnika i Jovana Ristića dobila ustav 1869. kojim je učvršćen predstavnički sistem i princip podele vlasti. Iako njime nisu obezbeđene neophodne pravne garancije za parlamentarnu vladu uvedeni su elementi ministarske odgovornosti pred skupštinom. Ministri, iz činovničke pozicije, dobijaju obeležje političara. Nastavljajući započeti politički trend mladokonzervativci, kasnije naprednjaci, produbljuju reforme inspirisani evropskim iskustvom. Naprednjaci u svom programu 1879. ističu da ih inspiriše „tvrda volja da u težnji za opšti napredak stojimo u redovima morala evropskih, čiju civilizaciju visoko poštujemo...".[3]

Parlamentarizam u Srbiji postepeno se razvija pod uticajem savremene evropske političke misli, a pre svega, engleskog parlamentarnog iskustva. Treba podsetiti da su južni krajevi Srbije, za kontinentalnu Evropu, kao što je pisao Kanic, tako i cela mlada srpska država bili za bratance terra incognita sve do Berlinskog kongresa. Nakon toga događaja „otvorena je nova stranica u odnosima Velike Britanije i Srbije, što je označilo intenzivnu saradnju dve zemlje i njihovih naroda".[4]

Prva kulturne veze Srbije sa Engleskom uspostavljaju se nakon Dositejevog boravka u Britaniji (1784-1785). Nakon zatišja, dolaskom pu-

[1] Miloje Popović, *Borba za parlamentarni režim u Srbiji*, Beograd, Biblioteka Politike 1939.g.

[2] Vladimir Ćorović, *Istorija Srba*, Artprint Novi Sad, 2005. str. 791.

[3] Srpska napredna stranka, Beograd 1883, str. 4.

[4] Aleksandar Rastović, *Velika Britanija i Srbija*, Sl. list, Beograd 2000, str. 215.

kovnika Hodžesa u Srbiju 1837. godine uspostavljaju se veze, ne samo na kulturnom, nego i na privrednom i političkom nivou. Nepravedno je zapostavljen u domaćoj istoriografiji značaj celokupnog stvaralaštva Elodi Mijatović. Posebno njeno delo „The History of Modern Serbia" štampano u Londonu 1872. godine u četiri knjige. U njemu je prikazan nastanak moderne srpske države što je doprinelo upoznavanju anglofonskog sveta sa političkim, ekonomskim, finansijskim i prosvetnim prilikama u Srbiji. „Ova zanimljiva i energična žena ostaće upamćena kao strasni zastupnik ideje da se engleski i srpski narod što bolje upoznaju, a njihove zemlje tešnje sarađuju na svim poljima".[5]

Nekoliko poznatih britanskih intelektualaca imalo je angažovan odnos prema Srbiji. Pored Elodi Loton-Mijatović, treba istaći i Paulinu Irbi, Mejsona, Evansa Dentona, A. Hordija i E. Dženkinsa, a uoči iza vreme Prvog svetskog rata grupu uglednih humanista, na čelu sa dr Ketrin Makfeld.

Začetnici saradnje Engleske i Srbije bili su malobrojni srpski studenti stipendisti koji su sredinom XIX veka boravili na britanskim univerzitetima. Među njima se nalaze političar i istoričar Konstantin Nikodijević, advokat Konstantin Bogdanović, književnici Bagoboj Atanacković i Ljubomir Nenadović, filozof i pisac Milan Kujundžić-Aberdar, profesor istorije, književnosti i diplomata Svetomir Nikodijević, poznati anglista dr Ljubomir Nedić, publicista Nikola Jovanović-Amerikanac i dr.[6] Posebno treba istaći snažan uticaj Čedomilja i njegove supruge Elodi Mijatović na širenju kulturnih veza Velike Britanije i Srbije.

Uticaj Francuske na Srbiju vršen je preko školovanja srpskih studenata u Francuskoj i delovanja brojnih francuskih stručnjaka u zemlji. Istovremeno, sa različitim intenzitetom i u različitim intervalima na Srbiju su uticale Nemačka, Austrija i Rusija. Kao reakcija na te uticaje i modernizaciju koja je sledila u Srbiji se javlja otpor, strah i nespremnost prihvatanja standarda evropskog života, a naročito formi i principa organizovanja državne vlasti. „Udruživanje naprednjačkog evropejstva sa monarhovim konzervatizmom, političkim stremljenjima i njegovim vezivanjem za Austrougarsku radikalni su videli pre kao pretnju nego kao uslov nezavisnosti Srbije".[7]

---

[5] Aleksandar Rastović, *Velika Britanija i Srbija*, Sl. list SRJ, Beograd 2000, str. 2005.

[6] *Planiranje elite, Pitomci Kraljevine Srbije u inostranstvu 1882-1914*, Istorijski institut ANU, Beograd, 1998.

[7] Dr Stevan K. Pavlović, *Istorija Balkana* 1805-1945, CLIO, 2004. str. 188.

Stojan Protić smatra da je parlamentarizam u Srbiji uveden po Engleskom uzoru i da se u svim prilikama može koristiti njeno iskustvo. No, iako je parlamentarni model organizacije državne vlasti preuzet u Srbiji nisu postojali identični društveni, ekonomski i politički uslovi i tradicija. Srbija nije imala razvijenu građansku klasu, borba za parlamentarizam i demokratiju vođena je u redovima seljaštva i njegove radikalne političke organizovanosti.

Srpski put ka parlamentarnoj demokratiji bio je težak, relativno kratak, ali u osnovi blagotvoran. Njega je uslovljavala pojava i razvoj srednjih slojeva kao elementa novog građanskog društva u nastajanju. Srednji sloj je sporo stvaran, uz mukotrpno uvođenje ličnih sloboda i principa zakonitosti. Sa njim je uspostavljena ustavnost, kapitalistička proizvodnja i začetni oblici liberalne demokratije.

Ustav iz 1903, odn. 1888. godine, predstavlja refleksiju ustavne prakse Engleske prenete na evropske zemlje a pre svega na Francusku (Ustavne povelje od 1830) i Belgiju (Ustav od 1831). Uspostavljen je model ustavne monarhije i parlamentarne vlade. U pravnoj literaturi ima mišljenja da ustavna rešenja asociraju na ograničenu parlamentarnu monarhiju.[8] Ustavom je ponovo uspostavljen princip podele vlasti kao osnov parlamentarizma. Ovog puta zametak iz 1888. godine uspešno se primio.

Pre majskog prevrata politička borba vodila se između stranaka i vladara, dok su u novom režimu na poprištu ostale samo političke stranke „Ovaj ustav nije uništio njeno staro birokratsko uređenje, ali je – javno mnjenje u zemlji bilo snažno demokratski raspoloženo, a kraljeva vlast prilično organična, tako da je Srbija u periodu 1903-1914. zaista predstavljala građansku, relativno demokratsku državu“.[9] Razvitak parlamentarizma u Srbiji nije se odvijao bez teškoća, koje su proizilazile iz političke opstrukcije i terorizma pojedinih stranaka kao i uticaja vojske na rad državnih organa.[10] Period parlamentarizma kratko je trajao te se njegove osnovne institucije nisu mogle jasno odrediti i učvrstiti. Pozicija kralja, partijski pluralizam, odnosi predstavničkog tela i vlade bili su postepeno profilisani, „Partijski sistem, koji je srpski parlamentarizam i sam gurao u pravcu koalicionih vlada, prešao je put od faktičkog monizma, preko kratkotrajnog bipartizma, do partijskog pluralizma sa najvećom strankom,

[8] Olga Popović-Obradović, *Parlamentarizam u Srbiji 1903-1914*. Sl. list SRJ, Beograd 1998, str. 140.

[9] Dr Ljubinka Ćirić-Bogatić, Novija politička istorija jugoslovenskih naroda, Privredni pregled, Beograd 1971, str. 132.

[10] Dr Radoš Ljušić, *Istorija srpske državnosti*, knjiga II, Beseda, Novi Sad, 2001, str. 219.

koja, međutim, već pred kraj ovog perioda više nije bila u stanju da obezbedi dovoljno snažnu skupštinsku većinu da bi očuvala homogenu vladu".[11]

U srpskom političkom životu ne prelazu između dva veka dolazi do velikih promena: izvršena je smena generacije u strankama i u velikoj meri njihovo prestruktuiranje, novi kralj prihvata načelo da vlada, a ne upravlja, pridržavajući se dosledno ustavnih normi, skupština slobodno realizuje svoje široka ovlašćenja koristeći zakonodavnu i budžetsku funkciju, vrši kontrolu vlade i poziva ministre na odgovornost, poslanici se biraju neposredno, tajnim glasanjem. Autoritet kralja Petra su učvršćuje kako u zemlji tako i u inostranstvu. Jasno se uočava razlika između obrenovićevskog patrijarhalnog despotizma i oživljavanje novih principa zapadnog parlamentarizma. Pri svemu tome, treba imati u vidu činjenicu da se srpski parlamentarizam rađao u uslovima postojanja malobrojne građanske klase i uz podršku širokih slojeva seljaštva. Demokratija u Srbiji razvijala se iz seljačkih slojeva pa je i parlamentarizam nastajao iz takve seljačke demokratije i u kratkotrajnom razvitku pokazao punu životnu snagu.[12] Princip parlamentarizma zadržan je i u Vidovdanskom ustavu Kraljevina SHS, uz dodatak da je država pored toga što je ustavna, još i parlamentarna monarhija. Aktuelnost parlamentarizma u novoj državi prestaje da bude prioritetno pitanje. Drugo prioritetnije – nacionalno pitanje potiskuje ga u drugi plan.

Prvi svetski rat je onemogućio srpski građanski politički potencijal da realizuje i utemelji demokratsku parlamentarnu ustavnu (državu) monarhiju. „Prvi svetski rat je prekinuo i zaustavio srpske građanske snage u pokušaju, ne baš dugog trajanja, da u Srbiji izgrade i učvrste građansku, demokratsku i parlamentarnu državu koja je u proteklom periodu postala konačno opredeljenje svih političkih snaga u zemlji".[13]

Parlamentarizam u Srbiji, vrednovan iz aspekta analize ustavnih institucija, ne pruža realnu sliku o njegovoj vrednosti. Delovanje političkih stranaka, vojnog faktora i spoljnopolitičkih uticaja objašnjavaju njegove realne domete, uspone i zastoje.

II

Dinastička promena, rusofilska spoljna politika i liberalizacija u unutrašnjoj politici, ekonomski jačaju zemlju i popravljaju njen međuna-

[11] Olga Popović-Obradović, Ibidem. str. 421.

[12] Milivoje Popović, *Borbe za parlamentarni režim u Srbiji*, Biblioteka Politike, Beograd 1939, str. 110.

[13] Dr Janko Nicović, *Ustani razvoj Srbije 1804-2006,* Beograd 2007. str. 237.

rodni ugled. Novi suveren uživao je veliki ugled u svetu. „Petar je za svoju zemlju imao poglede jednog zapadnjaka“.[14]

Petar I Karađorđević, evropski čovek, posebno omiljen u Francuskoj, nosilac Legije časti, za svoju zemlju imao je poglede zapadnjaka. „Da bi izbrisao užas koji je ubistvo njegovog prethodnika izazvalo u svetu, on se trudio da, polazeći od ustava i uz pomoć ministra radikala Pašića, pruži uzornu sliku Srbije. Pojednostavljujući protokol, poštujući parlament, pomažući časne izbore, reorganizujući finansije, on je neosporno bio prvi srpski suveren koji je odlučno i sa uverenjem primenio demokratska pravila parlamentarizma. Dok su se svi njegovi prethodnici služili ustavom u lične svrhe, Petar I, častan čovek i savestan monarh, nastojao je da mu služi“.[15]

Dolaskom u zemlju, posle 45. godina izgnanstva, u Proklamaciji srpskom narodu „Ja hoću da budem istinski ustavni kralj Srbije“ kralj Petar se dosledno zalagao za ustavnost, demokratiju i principe parlamentarizma. Apsolutistička monarha Obrenovića ustupila je mesto ustavnoj i liberalnoj monarhiji Karađorđevića. Uprkos protivljenjima uspeo je, tokom vladavine, da obezbedi sebi i dinastiji autoritet i podršku naroda i osigura neophodne uslove za ostvarivanje parlamentarizma. Širinu njegovih političkih shvatanja potkrepljuje i misao „Uveravam Vas da ako bi naš narod želeo republiku, ja se tome ne bi protivio. U burnom političkom životu Kralj Petar je težio stabilnosti naginjući više engleskom nego francuskom parlamentarizmu važećem u Srbiji. No, i pored očiglednih rezultata u Engleskoj je vladalo mišljenje da Srbija nije spremna za slobodan ustavni razvoj.

Javni i politički život u Srbiji posle Ustava 1903. godine pod uticajem političkih partija i slobode štampe omogućio je razvitak građanskog parlamentarizma. Novi Kralj Petar I vladao je u granicama ustavnih ovlašćenja ne mešajući se u rad vlade i političkih partija. Narodna skupština i njeni poslanici birani neposrednim tajnim glasanjem, imala je široke nadležnosti a pre svega zakonodavnu, budžetsku i političko-kontrolnu funkciju. Skupština je bila jednodomna, a njen mandat je, sa tri, produžen na četiri godine.

Narodna skupština, od 2.VI 1903. do 14. XII 1918. godine imala je 25 zasedanja od toga četiri za vreme Prvog svetskog rada, dva u zemlji, a dva na Krfu.

---

[14] Gi Gotje*, Istorija balkanskih monarhija (1887-1974),* Paideia, BIGZ, Beograd, 2002, str. 16.

[15] Gi Gotje, Ibidem str. 16.

Kraljevina Srbija od 1903. do 1914. godine imala je 19 skupštinskih saziva.

1. Vanredni saziv 1903. od 16. do 30. IX 1903. – predsednik Aca Stanojević.
2. Redovni saziv za 1903. od 1. X 1903. do 25. III 1904. – predsednik Aca Stanojević.
3. Redovni saziv za 1904. od 1. XI 1904. do 3. III 1905. – predsednik Aca Stanojević.
4. Vanredni saziv za 1905. od 8. do 17. V 1905. – privremeni predsednik Ignjat Lukić.
5. Drugi vanredni saziv za 1905. (posle izbora) od 25. VII do 5. VIII 1905. – predsednik Ljubomir Davidović.
6. Redovni saziv za 1905. od 1. H 1905. do 19. IV 1906. – predsednik Nikola Nikolić.
7. Vanredni saziv za 1906. (posle izbora) od 25. VI do 22. VII 1906. – predsednik Aca Stanojević.
8. Redovni saziv za 1906. od 1. H 1906. do 7. VII 1907. – predsednik Mihailo A. Popović.
9. Redovni saziv za 1907. od 1. H 1907. do 31. III 1908. predsednik dr Stanojlo Vukčević.
10. Vanredni saziv za 1908. (posle izbora) od 5. VI do 7. VIII 1808. predsednik dr Stanojlo Vukčević.
11. Drugi vanredni saziv za 1908. od 27. IH do 30. IH 1908. – predsednik Ljubomir Jovanović.
12. Redovni saziv za 1908. od 1. IH 1908. do 20. IV 1909. – predsednik Ljubomir Jovanović.
13. Redovni saziv za 1909. od 1. IH 1909. do 12. IV 1910. - predsednik Andra Nikolić.
14. Redovni saziv za 1910. od 1. IH 1910. do 19. V 1911. – predsednik Andra Nikolić.
15. Redovni saziv za 1911. od 1. . IH 1911. do 19. II 1912. – predsednik Andra Nikolić.
16. Vanredni saziv za 1912. (posle izbora) od 19. IV do 30. VI 1912. – predsednik Andra Nikolić.
17. Drugi vanredni saziv za 1912. od 20. IH do 30. IH 1912. – predsednik Andra Nikolić.
18. Redovni saziv za 1912. od 1. H 1912. do 30. IH 1913. – predsednik Andra Nikolić.
19. Redovni saziv za 1913. od 1. H 1913. do 10. VI 1914. – predsednik Andra Nikolić.

Sledeći svoje uzore, nameće se pitanje, u kojoj meri je novi ustav stvarno uobličio parlamentarizam? Analiza odnosa između izvršne vlasti i skupštine daje normativnu sliku koja ima svoje refleksije u praksi. Autonomija skupštine bila je na više načina ograničena preko odlaganja sednica od strane krune, pravo kralja da, zajedno sa skupštinom odlučuje o njenom poslovniku kao i prava sazivanja sednica skupštine.

Nakon donošenja Ustava 1903. do 3. HI 1918. godine srpski parlamentarizam karakteriše dinamičan politički život i česte promene vlade. Parlamentarnu organizaciju državne vlasti, za 16. godine obogatilo je iskustvo 22. vlade.

Prva vlada:

Predsednik Ministarskog saveta Jovan Đ. Avramović - od 29. V 1903. do 12. VI 1903, trajala nepun 1 mesec. Imala 8 ministarstava: spoljnih poslova, vojnih poslova, narodne privrede, građevine, unutrašnjih poslova, pravde, prosveta i ekonomskih poslova i finansija;

Druga vlada:

Predsednik Ministarskog saveta i ministar bez portfelja Jovan Đ. Avramović - od 12. VI 1903. do 21. IH 1903, trajala oko 3 meseca.

Treća vlada:

Predsednik Ministarskog saveta i ministar bez portfelja Sava Grujić – od 21. IH 1903. do 26. I 1904, trajala četiri meseca.

Četvrta vlada:

Predsednik Ministarskog saveta i ministar bez portfelja Sava Grujić – od 26. IH 1904. do 27. HI 1904, trajala 10 meseci.

Peta vlada:

Predsednik Ministarskog saveta i ministar spoljnih poslova Nikola P. Pašić – od 27. HI 1904. do 16. V 1905. Trajala oko 6 meseci.

Šesta vlada:

Predsednik Ministarskog saveta i ministar unutrašnjih poslova Ljubomir Stojanović – od 16. V 1905. do 30. VII 1905. Trajala 2,5 meseca kada je jedan ministar vodio spoljne poslove, resor prosveta i crkvene poslove.

Sedma vlada:

Predsednik Ministarskog saveta i ministar prosvete i crkvenih poslova Ljubomir Stojanović – od 30. VII 1905. do 1. III 1906. – trajala 7 meseci.

Osma vlada:

Predsednik ministarskog saveta i ministar vojni Sava Grujić od 1. III 1906. do 17. IV 1906. – trajala 2 meseca. Imala isti broj ministarstava s tim što je jedan ministar pokrivao dva resora.

Deveta vlada:

Predsednik Ministarskog saveta ministar spoljnih poslova i zast. ministra građevine Nikola P. Pašić – od 17. IV 1906. do 30. V 1907. – trajala 11 meseci.

Deseta vlada:

Predsednik Ministarskog saveta i ministar spoljnih poslova Nikola P. Pašić – od 30. V 1907. do 30. III 1908. – trajala 10 meseci. Imala isti broj ministarstava.

Jedanaesta vlada:

Predsednik Ministarskog saveta i ministar inostranih dela Nikola P. Pašić – od 30. III 1908. do 7. VI 1908. – trajala 3 meseca. Imala isti broj ministarstva, s tim što su dva resora vodila po jedan ministar.

Dvanaesta vlada:

Predsednik Ministarskog saveta i zastup. ministra građevine Petar Velimirović - od 7. VI 1908. do 11. II 1909. – trajala oko 8 meseci.

Trinaesta vlada:

Predsednik Ministarskog saveta i ministar bez portfelja Stojan Novaković – od 11. II 1909. do 11. H 1909. – trajala 8 meseci.

Četrnaesta vlada:

Predsednik Ministarskog saveta i ministar bez portfelja Nikola P. Pašić – od 11. H 1909. do 25. VI 1911. – trajala punih 8 meseci.

Petnaesta vlada:

Predsednik Ministarskog saveta i ministar inostranih dela Dr Milovan Đ. Milovanović – od 25. VI 1911. do 27. I 1912. – trajala 7 meseci.

Šesnaesta vlada:

Predsednik Ministarskog saveta i ministar inostranih dela Dr Milovan Đ. Milovanović – od 27. I 1912. do 18. VI 1912. – trajala 5 meseci.

Sedamnaesta vlada:

Predsednik Ministarskog saveta i ministar unutrašnjih dela Marko Trifković – od 18. VI 1912. do 30. VIII 1912. – trajala 2 meseca.

Osamnaesta vlada:

Predsednik Ministarskog saveta i ministar inostranih poslova Nikola P. Pašić – od 30. VIII 1912. do 22. HI 1914. – traja 2 godine i 3 meseca.

Devetnaesta vlada:

Predsednik Ministarskog saveta i ministar inostranih poslova Nikola P. Pašić – od HI 1914. do 10. VI 1917. – trajala 2 godine i 7 meseci.

Dvadeseta vlada:

Predsednik Ministarskog saveta i ministar inostranih dela Nikola P. Pašić – od 10. VI 1917. do 10. III 1918. – trajala 10 meseci. Imala isti broj ministarstava.

Dvadeset prva vlada:

Predsednik Ministarskog saveta i ministar inostranih dela Nikola P. Pašić – od 10. III 1918. do 3. HI 1918. – trajala 8 meseci.

Dvadeset druga vlada:

Predsednik Ministarskog saveta Nikola P. Pašić od 3. HI 1918. do 20. HII 1918. – trajala 1,5 mesec. Imala 10 ministarstava, dva više os svih prethodnih.

Vlade, kao izvršni organ, u posmatranom periodu imale su relativno kratke mandate, u proseku bile su na vlasti 18 meseci. Broj i naziv ministarstava bio je relativno konstantan, (finansije, unutrašnji poslovi, privreda, pravda, vojni, prosveta i crkveni poslovi). Poslednja vlada je imala dva resora više: saobraćaja i trgovine). Predsednik ministarskog saveta odnosno vlade, u pojedinim slučajevima pokrivao je i neke od resora. Tako je N. Pašić osam puta pokrivao inostrane poslove, S. Grujić, vojna pitanja i dva puta bez portfelja, LJ. Stojanović i M. Trifković unutrašnje poslove, a P. Velimirović građevinu.

Koalicione vlade između radikala i samostalaca bile su nesložne i kratkotrajne. Brojnije i snažnije radikale opstrukcijom su ometali samostalci. Radikali su preduzimali različite mere ali nisu ukidali opstrukciju koja je nametala skupštinskoj većini kooperativnost i samokontrolu. Sukobljavanja radikala i samostalaca nisu dovodila u pitanje ustavni poredak jer im je zajednička bila vera u demokratiju i parlamentarizam.

Odsustvo političke kulture, saradnje, tolerancije i neprekidna stranačka sukobljavanja često su nanosile štetu zemlji, usporavale njen razvoj i uzrokovale krizu parlamentarizma. Rasprave u skupštini ukazivale su na međupartijske sukobe koji nisu prestajali ni za vreme unutrašnjih kriza i spoljnih opasnosti. Kraljevim autoritetom pre svega, postepeno se uspostavljala ravnoteža među ustavnim činiocima.[16]

U Kraljevini Srbiji, od 1903. do 1912. godine, održano je pet opštih izbora. Šesti izbori, zakazani za avgust 1914. usled početka Prvog svetskog rata nisu održani. Svi izbori su bili vanredni jer nijedan Skupštinski saziv nije realizovan u punom mandatu.

Tokom razvoja parlamentarizam je postepeno afirmisao i autoritet predsednika narodne skupštine. Na političkoj sceni javljaju se novi državni autoriteti oličeni u ličnosti predsednika predstavničkog tela. Od 19 skupštinskih saziva mandate predsedavajućeg su dobijala u više puta uva-

[16] Dr Dragoljub R. Živojinović, *Kralj Petar I Karađorđević*, knjiga II, Zavod za izdavanje udžbenika, Beograd 2003, str. 131.

ženi političari kao što su: Ljubomir Jovanović (3 puta), Aca Stojanović (4 puta) i Andra Nikolić (7 puta).

Posle Balkanskih ratova srpski parlamentarizam preživljava velika iskušenja. Jačanje vojske kao vanustavnog političkog faktora, opstrukcija ujedinjene opozicije, kršenje ustava i zakona od strane vlade podriva osnovne postulate parlamentarizma. Pozitivna jedanaestogodišnja parlamentarna iskustva dovela su u pitanje postignute rezultate. „Srpski parlamentarizam 1914. godine izgledao je čak slabiji nego što je bio u početku".[17]

Zaključak

Srpski parlamentarizam kratko je trajao, uspostavljao osnovne principe demokratske vlasi i sticao pozitivna iskustva. Mlada država u razvoju, pod uticajem građanske demokratske ustavnosti, postepeno se približavala evropskim standardima. To je vreme ustavnopravnog konstituisanja i na principima ustavnosti i zakonitosti, razvijanja i ostvarenja funkcija najznačajnijih državnih organa. Nasleđena prošlost, odsustvo liberalne tradicije, borba i veliki uticaj vojnog faktora limitirale su osnovne principe parlamentarne državnosti. No, i pored toga sazrevala je svest o poštovanju ustavnosti i zakonitosti i poštovanju procedure parlamentarnih formi političkog odlučivanja.

Predstavničko telo, kruna, vlada i pravosuđe dobijali su dimenziju projektovanih modela.

Skupština kao narodno predstavništvo sa produženim mandatom, od tri na četiri godine, radeći u mirnim i ratnim uslovima, imala je sednice u zemlji i inostranstvu. Skupština je birana nakon sprovedenih pet opštih izbora. U radu predstavničkog tela razvijao se demokratski duh i izgrađivao autoritet predsedavajućeg čiji su mandati često u više navrata ponavljani.

Dinastičkom promenom ustavnopravno i faktički učvršćen je autoritet krune. Ličnost Kralja Petra i njegov pozitivan odnos prema principima parlamentarizma učvrstile su ugled Srbije u inostranstvu i stabilizovale situaciju u zemlji. Dinamičan demokratski parlamentarizam uzrokovao je česte promene vlade i njihove relativno kratke mandate.

[17] Olga Popović-Obradović, Ibidem str. 419.

Aleksandar Djurdjev, Ph. D., Full Professor
Novi sad School of Law

Institution of parlamentarism in Serbia as a course of its Europenization

Abstract

The paper presents the history of parlamentarism, ist institution and development in the Kingdom of Serbia, in the period from 1903 until the outbreak of I World War. The first part outlines the basic socio-economic and political conditions, the pillars and theoretical position of the concept of parlamentarism. The journey towards a parlamentary democracy was short but generally beneficial. The new Serbian state conformed to the constitutional practice of the European countries, above all, England, France and Belgium. The second part is dedicated to the activities of the basic constitutional institutions (the assembly, the crown and the government), as well as to the activities of the political parties. The enactment of the Constitution in 1903, brought about dynastic changes, which liberalized and strengthened Serbia and improved its reputation throughout the world.

Originalni naučni rad 323.1(497.1)“1918“

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

JAŠA TOMIĆ I „ZASTAVA“ O NACIONALNOM I DRŽAVNOM JEDINSTVU U VREME STVARANJA KRALJEVINE SRBA, HRVATA I SLOVENACA[1]

Sažetak: *Prvak Radikalne stranke u Vojvodini Jaša Tomić se u toku svoga dugogodišnjeg političkog rada bavio u prvom redu nacionalnim pitanjem, koje je u u vreme života pod Austro-Ugarskom imalo karakter borbe za nacionalnu ravnopravnost. U sklopu nacionalnog pitanja su važno mesto imali srpskohrvatski odnosi. Tomić nije prihvatao doktrinu o nacionalnom jedinstvu Srba, Hrvata i Slovenaca, koja se posle ujedinjenja 1918. javila u funkciji ustavnog uobličavanja nove zajedničke države, Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca. Svoje političke poglede iznosio je najviše u glasilu Srpske radikalne stranke „Zastavi“.*

Ključne reči: *Jaša Tomić, „Zastava“, nacionalno pitanje, nacionalna ravnopravnost, ujedinjenje 1918, Kraljevina Srba, Hrvata i Slovenaca, nacionalno jedinstvo, unitarizam.*

U državi u kojoj je vladala doktrina o političkom narodu i gde je pomađarivanje sprovođeno uporno i na svim poljima, borba za nacionalna prava značila je i borbu za osnovna građanska prava. Nacionalno pitanje je stoga za Jašu Tomića i njegovu stranku bilo jedno od najvažijih. Na početku svog javnog delovanja Tomić se izjašnjavao za internacionalizam, mada je pod tim zapravo podrazumevao nacionalnu ravnopravnost: „Najnapredniji ljudi našeg vremena, kad se stavljaju na uzvišeno gledište

[1] Rad je posvećen projektu *Pravo Srbije u evropskoj perspektivi* br. 149042 koji finansira Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije.

internacionalizma... priznaju jednako narodnosno pravo svim narodnostima, oni time ispovedaju načelo: da jedan narod nema pravo da ugnjetava druge", dok oni koji sprovode političko nasilje, ti ljudi „preziru internacionalizam" i to su nacionalisti.[2] O pojmu nacije Tomić je imao eklektičko shvatanje, zasnovano na brojnim tekstovima tada poznatih i popularnih autora, stranih i srpskih.[3] Narod je shvatao kao istorijsku, a ne prirodnu pojavu: „Narod je deo čovečanstva koji stvara duševnu celinu. On je imao zajedničku prošlost, duševno je nerazdvojan u sadašnjosti, teži da ima zajedničku budućnost. Narod je jedinica, koja ima svoju volju, svoj moral, svoju zasebnu dušu, svoju snagu, svoje shvatanje, svoje težnje, To je sve dobio vekovnim razvitkom. To jedinstvo postalo je i razvilo se postepeno, ono je čuvalo narod da ne propadne, ono mu daje snage da opstane u budućnosti".[4] Tim shvatanjem se najviše približio subjektivno-psihološkom učenju građanskih teoretičara o naciji.[5]

Tomić je odlučno osporavao mađarsku državnu ideju o političkom narodu: On smatra, naprotiv, da su svi građani države jednaki i ravnopravni. „Svi oni imaju pravo da traže od države potpuno priznanje vere svoje, jezika svoga, naroda svoga, kulture svoje, pa ne samo to, nego i potrebnu državnu pomoć i zaštitu." „Mi znamo samo za jednu državnu ideju, a ta je: ravnopravnost, duševni, moralni i materijalni razvitak sviju državljana i naroda Ugarske. I ma koliko da nam se preti, za nju ćemo se uvek boriti".[6] Vlada uskraćuje narodnostima prava jer bi dovela u pitanje svoju prevlast: „Dati svakome svoje, znači za Mađare ostati u manjini: Manjina ne može da vlada, a oni bi to hteli". Tomić je upozoravao da gušenje narodnosti od strane Tisine vlade neće nikom, ni njoj samoj, ni zemlji, doneti dobra.[7] Desetogodišnji bilans Tisine vladavine je porazan i u ekonomskom pogledu i, naročito, zbog ograničavanja građanskih prava, pre svega prava narodnosti.[8]

---

[2] L. Rakić, *Jaša Tomić (1856-1922)*, 152; *Političko stanje Srba u Ugarskoj,* 47.

[3] J. Tomić, *Kako se zovemo*, Novi Sad 1909, 80-90, 135-140, 171, 173. Proučavao je radove E. Renana, V. Bedžhota, Blunčlija, G. Jelineka, O. Bauera i drugih, a od srpskih autora M. Vesnića, M. Milovanovića, G. Geršića i S. Jovanovića.

[4] J. Tomić, *Jedna nejasna rečenica (u zadarskoj odluci)*, „Zastava", 10. oktobra 1905.

[5] L. Rakić, *Jaša Tomić*, 153. Mora se napomenuti da ni u savremenijoj naučnoj misli nema jedne opšteprihvaćene definicije nacije. Postoje spiritualističke, subjektivno-psihološke, vulgarno-materijalističke, antropogeografske, austromarksističke, marksističke teorije (*Enciklopedija političke kulture*, Savremena administracija, Beograd 1993, 709-724; M. Marjanović, S. Markov, *Osnovi sociologije*, Novi Sad 2003, 134)

[6] J. Tomić, (J. T.), *Van – zakona*, „Srpsko kolo", 2/14. septembra 1884; J. Tomić (-ša), *Mađarska državna ideja*, „Zastava", 30. novembra 1900.

[7] J. Tomić, (J. T.), *Nastavlja se, što je započeto*, „Srpsko kolo", 6/18. septembra 1884.

[8] J. Tomić, (J. T.), *Tisina vladavina*, „Zastava", 29. januara/10. februara 1885.

Tomić se za nacionalnu ravnopravnost zalagao u brojnim napisima, ali se može smatrati da je najcelovitiji pogled na ovo pitanje sadržan u političkom programu Radikalne stranke donetom u Okučanima 1903. godine.[9] Tu na samom početku stoji da je „država dužna osigurati pravo na opstanak i pravo na svestrani mirni razvitak svima državljanima i svima svojim narodima". Državno ustrojstvo mora počivati na temelju demokratizma, a misao vodilja mora biti sloboda i pravda, bratstvo i jednakost. U svom poslednjem programu Radikalna stranka je tražila: „20) da se svi narodi Ugarske priznaju kao narodi sa jednakim pravima i dužnostima i da se izmeni dosadašnji zakon o narodnosnoj ravnopravnosti (XLIV zak. čl. od 1868. god.). Da se u novom zakonu zaštite i osiguraju nemađarski narodi, njihov jezik, njihov razvitak i njihovo sudelovanje u upravi."

* * *

U sklopu nacionalnog pitanja, a u vezi sa odnosom srpskog i hrvatskog naroda Tomićevu je pažnju dugo i intenzivno zaokupljala teza o nacionalnom jedinstvu. Instinktom vrsnog političara, on je shvatio da je ovaj odnos predstavljao jezgro političkog klupka u kojem su južnoslovenski narodi bili upleteni. Nacionalnom jedinstvu je posvetio veliki broj tekstova, manje ili više obimnih, nastalih u razno vreme i različitim povodima, sve do vremena kada je novostvorenu zajedničku državu trebalo ustavno uobličiti.[10]

Svoja razmišljanja i svoje zaključke o odnosu srpskog i hrvatskog naroda i o nacionalnom jedinstvu Srba i Hrvata Tomić je 1909. godine izložio detaljnije i opširnije u brošuri pod naslovom *Kako se zovemo*. U obimnom tekstu dao je pregled pojma naroda (nacije) poznatih teoretičara svoga vremena, kao i pregled istorije dvaju naroda. Nije se slagao sa tezom o nacionalnom jedinstvu Srba i Hrvata: „Ja bih rekao da Hrvati slabo danas pričaju to svome narodu. Oni ostavljaju to nama Srbima". U pogledu jezika je zaključio da je između Srba i Hrvata uvek postojalo osećanje bliskosti i da postoji jedan književni jezik. Međutim, ni Srbima ni Hrvatima nije padalo na pamet da se odriču svoga imena i naroda. Uvek je bilo opasno, kada su treći hteli da bratime dva naroda. Verska unija je predsta-

[9] *Knjižica za članove srpske narodne radikalne stranke (sa programom stranke i pravilnikom o organizaciji)*, Novi Sad 1907, 5; Jaša Tomić, *Političko vjeruju*, Novi Sad 1886, 14-19.

[10] J. Tomić, *Jedna nejasna rečenica (u zadarskoj odluci)*, „Zastava", 10. oktobra 1905; *Iz bliske prošlosti*, „Zastava", 9. avgusta 1907; „Zastava", 10. avgusta 1907; „Zastava", 11. avgusta 1907; J. Tomić, *S kim ćemo i kuda ćemo*, Novi Sad, 1919, 19-20.

vljala most ka katolicizmu. Kada je počelo življe da se radi na prisvajanju Bosne i Hercegovine, počelo se misliti na novu, veliku Hrvatsku, a u vezi s tim na što više Hrvata.[11] Plod te politike je negiranje postojanja Srba, a njen rezultat su događaji u Zagrebu 1902. godine. Ističe da je Radikalna stranka oduvek smatrala da su Srbi i Hrvati dva naroda o čemu navodi i argumente, između ostalog i *Program Radikalne stranke* iz Okučana, u kojem se jasno razlikuju dva naroda, što svedoči o stavovima stranke – da su Srbi i Hrvati dva naroda.[12]

Objašnjavajući uzroke nastanka teze o nacionalnom jedinstvu Srba i Hrvata, on je pripisuje austrijskoj politici. U vreme aneksije Bosne i Hercegovine iz Beča se proturala misao o velikoj Hrvatskoj, većoj nego ikad. „Velika Hrvatska posta idol svima hrvatskim strankama bez razlike. Ali velika Hrvatska ne trpi Srbe, ona ih isključuje. U velikoj Hrvatskoj sme da bude samo jedan narod. Narod hrvatski. Zato velika Hrvatska mora pre svega da osvoji i skrši Srbe: Milom ili silom." „S toga sam i rekao jednom prilikom, da je bezrazložno isticanje ovog jedinstva najveća pogreška srpske politike u XX veku."[13] Svako shvatanje o nacionalnom jedinstvu Srba i Hrvata Tomić je smatrao za „veštačku misao" i tumačio ga kao formu hrvatskog nacionalizma i veliku opasnost za nacionalni pokret Srba u Hrvatskoj.[14] U vreme Veleizdajničkog procesa u Zagrebu 1909. godine, Tomić je kritikovao ne samo protivsrpsku i protivjugoslovensku politiku Frankove stranke i nekih drugih hrvatskih političkih grupa i katoličkih krugova, nego i optužene srpske političare, Valerijana i Adama Pribićevića, zbog toga što su na sudu izrazili stav o nacionalnom jedinstvu Srba i Hrvata. [15]

Tomić je svoje mišljenje o uzrocima nastanka teze o nacionalnom jedinstvu Srba, Hrvata i Slovenaca verovatno najjasnije izneo u jednom spisu nastalom uoči Balkanskih ratova, *Gde je srpska politika?* Ovde on ponavlja da je misao o narodnom jedinstvu potekla iz Zagreba, i to od omladine, a njen nastanak je vezan neposredno sa pitanjem Bosne i Hercegovine. Korene teze o nacionalnom jedinstvu Tomić nalazi u austrougarskoj politici: „I najnovija unija, najnovije jedinstvo poniče na istoj onoj grani, na kojoj ponikoše i sve druge unije. Nas su u Austriji katoličili i katoličili, pa kad su videli da ne mogu, onda izmisliše uniju. Ne moramo

---

[11] J. Tomić, *Kako se zovemo?*, Novi Sad 1909, 6-7.

[12] *Knjižica za članove srpske narodne radikalne stranke (sa programom stranke i pravilnikom o organizaciji)*, Novi Sad 1907, 7-8.

[13] J. Tomić, *Kako se zovemo?* , Novi Sad 1909, 71.

[14] J. Tomić, *Kako se zovemo?* , Novi Sad 1909, 26.

[15] J. Tomić, *Kako se zovemo?* , Novi Sad 1909, 53.

biti čisti katolici, (naravno kad nećemo), ali im je glavno bilo, da ne budemo ni pravoslavni. Zato da stupimo u ono srednje, u crkvenu uniju. Svi, koji su stupili u uniju, razume se, propali su ne samo za pravoslavlje, nego i za Srpstvo. Kad su austrijski političari videli, da ne mogu od nas da naprave ni Ilire, ni Hrvate, sad su pronašli narodnu uniju sa Hrvatima. Sve, samo da ne budemo čisti Srbi, a posle je lako."[16]

* * *

Mada je Jaša Tomić tvrdio da je Radikalna stranka složna u pitanju nacionalnog jedinstva, nije u njoj postojalo jednodušno mišljenje o nacionalnom jedinstvu, što se pokazalo u vreme ujedinjenja i neposredno posle njega. Tada je Tomić mnogo pisao o nacionalnom jedinstvu, razrađujući uglavnom svoje ranije stavove. U vreme ujedinjenja je smatrao da bi preovlađivanje jedne ili druge varijante teze o vezama srpskog i hrvatskog naroda moglo uticati na način ulaska Vojvodine u zajedničku državu.

Način ujedinjenja za koji se Tomić zalagao, tj. prisajedinjenje Bačke, Banata i Baranje neposredno Kraljevini Srbiji bio je prirodan ishod njegovih političkih stavova. Jaša Tomić je i u ovo vreme ostao pri mišljenju koje je oduvek imao: da su Srbi, Hrvati i Slovenci tri zasebna naroda.[17] Prilikom razmatranja pitanja o nacionalnom jedinstvu i jugoslovenstvu, treba imati na umu i činjenicu da se u političkim krugovima Južnih Slovena u habzburškim pokrajinama pod jugoslovenstvom podrazumevalo pre svega jedinstvo austrougarskih zemalja naseljenih Južnim Slovenima, najčešće u okvirima Monarhije, a ne zajednica svih Južnih Slovena. Ovo je „staro" jugoslovenstvo bilo produkt nastojanja hrvatskih i slovenačkih političkih krugova, pretežno klerikalnih, da se Monarhija i njena dinastija očuvaju preuređenjem na federalnoj osnovi, gde bi Južni Sloveni činili jednu od zemalja. Hrvatska, odnosno Štrosmajerova jugoslovenska politika, je, kako zaključuje V. Krestić, proistekla pre svega iz neophodne praktične potrebe hrvatske politike. „Štrosmajer i narodnjaci prihvatali bi saradnju sa Srbijom i zajedno s njom i pod njenim vođstvom želeli su da rešavaju južnoslovensko i istočno pitanje onda kada bi se našli u bezizlaznom položaju i kada bi propali svi

[16] J. Tomić, *Gde je srpska politika?*, Novi Sad 1911, 24-27, 31-32.

[17] L. Rakić, *Jaša Tomić (1856-1922)*, Novi Sad 1986; LJ. Bogetić, *Idejne i političke pozicije Jaše Tomića o nacionalnom pitanju pred prvi svetski rat*, Zbornik za istoriju MS 5/1972, 172-174; J. Tomić, *Krajnje vreme da se razumemo*, Novi Sad 1909, 10; *S kim ćemo i kuda ćemo*, Novi Sad 1919, 39; *Građa za nov radikalni program*, Novi Sad 1919, 11, 13; J. Tomić, *Narodnosno pitanje u našij novoj državi*, „Zastava", 5. februar 1919.

njihovi planovi o primatu među Južnim Slovenima, koji bi imali u federalistički uređenoj Monarhiji".[18]

Stoga je bitno imati u vidu ovakvo tumačenje termina „jugoslovenski" i „jugoslovenstvo", prilikom razmatranja događaja krajem 1918. i stvaranja zajedničke države. Ovako je termin „jugoslovenstvo" shvatao i Jaša Tomić u članku *Na koju ćemo stranu?*. On upozorava na to da Srbi iz Bačke, Banata i Baranje moraju što pre doneti odluku o svojoj sudbini. Govoreći o Jugoslaviji, on pominje neka nastojanja da se stvori Jugoslavija, koja bi obuhvatila sve zemlje osim Srbije i Crne Gore, kao i nameru da se formira vlada te države, na osnovu vesti iz Švajcarske o zajedničkoj vladi koju bi činile vlade te Jugoslavije i Srbije i Crne Gore, što se verovatno odnosi na Ženevsku konferenciju i njene odluke. Tomić je upozoravao da treba iskoristiti priliku. „Može proći još 500 godina, a mi da ne dobijemo više prilike popraviti ono, što sad pokvarimo". On smatra da su konačno ostvarene mogućnosti da se ostvari ujedinjenje sa maticom, što ne isključuje i ujedinjenje svih Južnih Slovena: „Mi ne bežimo od zajednice s drugima, najmanje bežimo od zajednice s našom najbližom braćom Hrvatima i Slovencima. Ali hoćemo da živimo u prvom redu s onima, koji se zovu Srbi kao i mi. Hoćemo tamo odakle smo došli. Došli smo iz Srbije; hoćemo u Srbiju zajedno sa našim imanjem i zemljom. Hoćemo da obučemo prvo srpsku košulju, jer nam je ona najbliža; a posle toga zaogrnućemo se i sa ogrtačem Jugoslovena, ako to može biti, a da niko ne skida sa nas srpsku košulju, niti nas deli od druge naše braće Srba. I poveravamo Srbiji, da nas ona zastupa na konferenciji mira i u ime naše govori". Ukoliko ne bi došlo do ujedinjenja sa Srbijom i Crnom Gorom, Srbi iz Banata, Bačke i Baranje nemaju u takvoj državi šta da traže; ako dođe do stvaranja jedinstvene države svih Jugoslovena, njihovo opredeljenje za prisajedinjenje Srbiji neće ništa pokvariti, te je ono samo stvar gole forme.[19] I pored slikovitih metafora i patetičnog tona, u ovoj izjavi je jasno vidljiva i trezvena politička realnost. Svestan toga da je sudbina austrougarskih zemalja, odnosno njihovih teritorija još u velikoj meri neizvesna, Tomić je opravdano procenio da će interes srpskog naroda biti pouzdanije zaštićen u okrilju Srbije, države koja je svojim učešćem i ogromnim žrtvama u Prvom svetskom ratu stekla među saveznicima visok ugled.

---

[18] V. Đ. Krestić, *Jugoslovenska politika Josipa Juraja Štrosmajera* u knjizi *Srpsko-hrvatski odnosi i jugoslovenska ideja u drugoj polovini XIX veka*, Nova knjiga, Beograd 1988, 119-151; V. Krestić, *Istorija Srba u Hrvatskoj i Slavoniji 1848-1914*, Beograd 1991, 68-69; K. Milutinović, *Nacionalnooslobodilačka stremljenja Vojvodine krajem XIX i početkom XX veka, Jugoslovenski narodi pred Prvi svetski rat, Beograd* 1967, 575-619.

[19] J. Tomić, *Na koju ćemo stranu?* , „Srpski list", 4. novembra 1918.

* * *

U državi su posle ujedinjenja otvorena mnoga nova politička pitanja, mada je bilo i onih koja su se nadovezivala na stare odnose i stara trvenja. Neki politički problemi kojima se Jaša Tomić bavio i ranije dobili su sada novu sadržinu, s obzirom na nove državne okvire i političke odnose.[20] To je bio pre svega nacionalno pitanje, odnosno nacionalno jedinstvo i, u najtešnjoj vezi sa njim, ustavno organizovanje nove države i njeno državno uređenje, potom privredni problemi, a na prvom mestu agrarna reforma. U tim novim prilikama našli su se isti ljudi, iste stranačke grupacije, ili nove, nastale okupljanjem starih stranaka, te su stranačke suprotnosti nastavljene, na starim osnovama, ali sa novim sadržajem.

Nacionalno pitanje se u državi posle ujedinjenja javilo u funkciji državnog uređenja. Stavovi o jedinstvenoj jugoslovenskoj naciji s jedne strane i o postojanju različitih nacija s druge strane, trebalo je da posluže kao osnov i ideološko opravdanje odgovarajućih koncepcija o državnom uređenju. Postojanje jedne nacije podrazumevalo bi i uređenje jedinstvene, unitarne državne organizacije. Prema tome, nacionalno pitanje se faktički rešavalo najpre na državnopravnom planu.

Tomićevu pažnju je najviše zaokupljalo ono, čemu je mnogo pažnje posvećivao i pre ujedinjenja: nacionalno jedinstvo. Vrlo bitno u vreme ujedinjenja, podloga na kojoj je ujedinjenje i ostvareno, nacionalno jedinstvo je sada dobilo novu sadržinu i značaj, jer se vezivalo za državno uređenje nove zajednice. Već 1. januara 1919. Tomić je upozorio na opasnost da nova država pođe stopama Austrije.[21] Raspravljajući o obliku državnog uređenja, on se odlučno izjašnjava za jedinstvenu (unitarnu) državu. Uzor jedinstvene države je bila Srbija, a uzor državne pocepanosti Austrougarska. Tomić i radikali zastupali su mišljenje da se sa Hrvatima i Slovencima može stvoriti jedna država, a nikako 9, 7, pa ni 3 ni dve pokrajinske državice: „Ako nismo zreli za jednu državu onda da se bratski raziđemo i to što pre.“ „Spomenuo sam već“, nastavlja Tomić, „da je Srbija i manja nego što je danas postojala i mogla postojati samo za sebe.“[22] Tomić nije nikada osporavao stvaranje zajedničke države, ali je do kraja,

[20] I posle ujedinjenja je Jaša Tomić aktivno učestvovao u političkom životu. Bio je poslanik u Ustavotvornoj skupštini i glasao za Ustav od 28. juna 1921. (Vidovdanski) i u sazivima Narodne skupštine sledećih godina: vanrednom za 1921. godinu, od 21. jula do 20. oktobra 1921, i redovnom od 20. oktobra 1921. godine. Zbog narušenog zdravlja tada već nije prisustvovao skupštinskim sednicama, ali se do marta 1920. gotovo u svakom broju *Zastave* pojavljuju njegovi članci.

[21] J. Tomić, *Svakom svoje*, Zastava, 14. januara 1919.

[22] J. Tomić, *Krajnje vreme da se razumemo*, Novi Sad 1919, 8, 15.

uporno, negirao postojanje jedinstvenog naroda. Treba stvoriti zajednicu, ali ne narodnu, nego državnu.[23]

Posle ujedinjenja, kada su odnosi između dvaju naroda dobili drugačiji značaj, Tomić nije izmenio svoje stavove, iako su oni sada potpuno odudarali od vladajućeg mišljenja. Nasuprot službenoj unitarističkoj tezi o jednom troimenom narodu, uporno je ostajao pri svome stavu da Srbi, Hrvati i Slovenci nisu jedan nego tri srodna naroda, koji su imali zaseban, dug istorijski razvitak. Svi oni imaju svest o svojoj nacionalnoj posebnosti i od nove države očekuju mogućnosti slobodnog razvitka svog nacionalnog života: „... Svaki Srbin zna da je Srbin i želi da ostane Srbin, Hrvat zna da je Hrvat i želi da ostane Hrvat, a sa Slovencem je isto tako. Svaki traži da u novoj državi ostane ono što je i dobije prava i mogućnost, da se razvije."[24] U nizu članaka u „Zastavi" u toku 1919. i 1920. godine osporavao je koncepciju narodnog jedinstva i insistirao na postojanju tri zasebna naroda.[25] Tomić nije negirao činjenicu da su Srbi, Hrvati i Slovenci etnički srodni narodi i da to može biti dobar osnov za život u zajedničkoj državi, ali da državna zajednica ne podrazumeva i nacionalno jedinstvo i ne mora ga podrazumevati.[26] Proglašenje Srba i Hrvata za jedan narod je po Tomićevom mišljenju jedan potpuno politički diktiran čin, koji nema nikakve realne osnove. Tomić je isticao da je jugoslovenstvo tvorevina intelektualnih krugova, a nije ponikla u narodu.[27]

U pogledu uređenja nove države Tomić ukazuje na protivrečnost koja se javila u političkim krugovima u vezi sa ovim pitanjem: baš oni koji tvrde da su Srbi, Hrvati i Slovenci jedan narod zahtevaju rascepkanu državu. Upravo ovaj njihov zahtev otkriva ono što oni neće da priznaju, da ne postoji jedan narod. To nije značilo neminovno da je on bio za centralističko uređenje, jer unitarno uređenje jedne države ne podrazumeva i unutrašnju centralističku organizaciju. Tomić nije bio protiv decentralizacije: „Dobra opštinska i okružna (županijska) samouprava

---

[23] J. Tomić, *Da čujemo istoriju*, „Zastava", 26. oktobra 1919; *Sad znamo: kako se zovemo!* , „Zastava", 13. novembar 1919.

[24] J. Tomić, *Krajnje vreme da se razumemo*, Novi Sad 1919, 10.

[25] „Zastava", 4. decembra 1919; 9. decembra 1919; 7. oktobra 1919; 16. januara 1920; 20. januara 1920.

[26] J. Tomić, *S kim ćemo i kuda ćemo*, Novi Sad 1919, 39.

[27] J. Tomić, *Najnovije stanje*, „Zastava", 4. decembra 1919; *Zgrada u zraku (Srbima svima i svuda)*, „Zastava", 17. januara 1920. Takvu ocenu daje i Tejlor: „'Jugoslavenska' ideja bila je intelektualna tvorevina, a ne rezultat nacionalnog razvoja." „Tako je južnoslavensko pitanje ovisilo samo o odnosima Srba i Hrvata, a njih, osim u Dalmaciji, ne bi združile nikakve Štrosmajerove plemenite ideje da nije bilo bezumlja i nacionalističkog nasilja Madžara". (A. J. P. Taylor, *Habsburška monarhija 1809-1918*, Zagreb 1990, 235-236.

dovoljna je, da narod razvije što jače svoju ekonomsku, duševnu i umnu snagu, da diže puteve, škole, knjižnice, muzeje i zadovolji svaku plemenitu i korisnu težnju za opsežnim radom. Jedinstvena država ima prava na jedinstveno zakonodavstvo. A ako treba imati obzira na razliku pojedinih krajeva, to može jedinstveno zakonodavstvo imati boljeg obzira, nego pokrajinski sabori. Što treba da je jedinstveno, to ne treba parčati pod firmom autonomije. Ko ne može da se pomiri sa državnim jedinstvom, koje se najpre ogleda u jedinstvenom zakonodavstvu, bolje je da i ne ulazi u zajednicu."[28]

Zbog toga se razišao i sa unitaristima u svojoj stranci. Naime, zvaničan stav Radikalne stranke u Vojvodini nije se podudarao sa Tomićevim i stranka je prihvatila koncepciju nacionalnog unitarizma.[29]

Politički razlozi prihvatanja ideje o nacionalnom jedinstvu su u vreme i posle ujedinjenja imali drugačije pobude i drugačije posledice nego za vreme života pod Austrougarskom. U vremenu kada je nova država tek trebalo da izgradi svoje osnove, pitanje nacionalnog identiteta je imalo izuzetno veliki značaj. Tomić je tačno predviđao i upozoravao na opasnosti koje za razvoj nove države može predstavljati ovako pogrešna postavka jednog od najvažnijih njenih temelja. Ustavno fiksiranje takve pogrešne koncepcije, kao što je nacionalni unitarizam samo bi dovelo do borbi pojedinih naroda za očuvanje svojih nacionalnih osobenosti: „Moje je tvrdo uverenje", piše Tomić, „da bi u našoj zajedničkoj državi mnogo lakše bilo sporazuma, kad ne bi stajali na trulom zemljištu da smo jedan narod. Da smo kazali da smo tri vrlo bliska naroda, ali svaki ima razlike, koje su mu svete. Zato osigurajmo svakom te razlike... Bili mi tri bliska naroda, bili jedan narod sa velikim razlikama, zajedničku državu možemo sklopiti i u jednom i u drugom slučaju... Samo zapamtite, ako pogrešimo u osnovi, mora izaći iz toga veliko zlo... Između Crne Gore i Srbije i iz-

[28] J. Tomić, *Državno jedinstvo ili rascepkanost?* , „Zastava", 11. februara 1919.

[29] „Zastava", 24. januara 1919. Januara 1919. godine je dr Žarko Miladinović, jedan od najistaknutijih vojvođanskih radikala, dao intervju dopisniku Jugoslovenskog dopisnog ureda o aktuelnim političkim problemima. Kao odgovor na pitanje kakvi su stavovi radikala u Vojvodini o narodnom jedinstvu, on je odgovorio: „U svom programu radikalna stranka ne spominje ništa o jedinstvu Srba i Hrvata jer su dosad bila druga vremena. Radikalna stranka ispoveda potpuno jedinstvo Srba i Hrvata. Trudiće se na izgrađivanju jugoslovenske ideologije." Kao početak rada u ovom pravcu, rekao je Miladinović, u podnaslovu partijskog organa „Zastave" izbrisano je u nazivu stranke „srpska", te je ostalo samo „narodna radikalna stranka". U jednom govoru koji je držao na sednici Privremenog narodnog predstavništva, Miladinović je rekao: „... nas nazivaju Južnim Slovenima i jesmo to. Ali ja tvrdim da smo mi i više nego to, a to je, da smo jedan narod, narod od tri imena, ali narod sa jednim osećajem, jednom voljom. (*Stenografske beleške Privremenog narodnog predstavništva*, 23. marta 1919, 70.)

među Vojvodine i Srbije nema nikakvog spora – ti su krajevi pokazali da su sa narodom u Srbiji jedan narod."[30]

Tokom 1910. i 1911. godine je Stojan Protić je polemisao s vojvođanskim radikalima i Jašom Tomićem o pitanju narodnog jedinstva. Stojeći na poziciji srpsko-hrvatskog jedinstva, Protić je ipak isticao da i pored narodnog jedinstva postoje posebna obeležja i razlike koje su svojstvene svakom narodu.[31] Posle ujedinjenja, kada je njegovo mišljenje ostalo usamljeno, Jaša Tomić je i u Protićevim stavovima pokušao da nađe neki oslonac: „Veliki pisac Stojan Protić kaže, da se ujedinjenje Srba, Hrvata i Slovenaca ne mora izvršiti tako da se u tom ujedinjenju utope sve jedinice: i Srbi i Hrvati i Slovenci. Ne mora da se u tom ujedinjenju utope osobine, sve pokrajinske i istorijske razlike, kao što bi to želeo Pribićević."[32] Svoje stavove je Tomić rezimirao sledećim rečima: „Srbi, Hrvati i Slovenci su tri veoma bliska slovenska naroda. Današnje političke prilike zahtevaju jedinstvo njihove države, koje će ovim bratskim i bliskim narodima jednako osigurati svako opravdano narodno i građansko pravo."[33]

* * *

U kompleksu ustavnog pitanja ističe se nekoliko krupnijih političkih pitanja oko kojih su bile vođene najburnije raspre, jer je njihova priroda bila takva da je određivala fizionomiju države. Nesumnjivo najvažnije pitanje bilo je pitanje državnog uređenja zemlje – hoće li nova država biti organizovana kao jedinstvena, unitarna država, federativna, ili sa autonomijama pojedinih oblasti države. Drugo je bilo pitanje oblika vladavine – monarhijsko ili republikansko uređenje. Tesno vezano za ova dva pitanja postavljalo se i treće – pitanje položaja Srbije u novoj državi. Na izgled manje bitna, ali suštinski takođe veoma značajna bila je rasprava o suverenosti ustavotvorne skupštine.

Pošto su se u većini izjasnili za tezu o nacionalnom jedinstvu jugoslovenskih naroda, koja je trebalo da posluži kao premisa za odgovarajuće državno uređenje, vojvođanski radikali su se listom opredelili za unitarističko i centralističko državno uređenje. Čak i Jaša Tomić, koji se, za razliku od većine svojih partijskih drugova suprotstavljao teoriji o nacio-

[30] J. Tomić, *Građa za nov radikalni program*, Novi Sad 1919, 11-13.

[31] D. Janković, *Koncepcija srpsko-hrvatskog nacionalnog unitarizma u Hrvatskoj i Srbiji 1903 – 1918. godine*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu IV/1970, 333.

[32] *Zastava*, 13. novembra 1919.

[33] J. Tomić, *S kim ćemo i kuda ćemo*, Novi Sad 1919, 39.

nalnom jedinstvu jugoslovenskih naroda, zalagao se odlučno za potpuno državno jedinstvo: „... No neka nismo i jedan narod, čim stvorimo zajedničku državu, moramo tražiti u toj državi što jače jedinstvo, a ne rascepkanost, koja ni jednoj državi nije donela dobra.“[34]

Predsednik vojvođanske Radikalne stranke dr Žarko Miladinović je već januara 1919. godine dao izjavu o političkim stavovima vojvođanskih radikala. Govoreći o uređenju države, on je naglasio da su radikali za potpuno državno jedinstvo. Nije osporavao potrebu uvođenja lokalnih samouprava, ali je istakao da se mogu dopustiti samo administrativne, a ne legislativne samouprave.[35] Radikali su državno jedinstvo poistovećivali sa strogom centralizacijom, a zahteve za uvođenje pokrajinskih autonomija i samouprava sa cepanjem države i separatizmom.[36] „Što treba da je jedinstveno“, piše Jaša Tomić, „ne valja parčati, pod firmom autonomije. Ko ne može da se pomiri sa državnim jedinstvom, koje se ponajpre ogleda u jedinstvenom zakonodavstvu, bolje je da i ne ulazi u zajednicu.“[37] Na zboru radikalne stranke u Novom Sadu 27. februara 1919. Tomić je rekao: „Mi smo za državno jedinstvo; zakoni se moraju donositi na jednom nestu i važiti za sve krajeve“.[38] Jedinstveno državno uređenje trebalo je da doprinese i pospeši proces daljeg stapanja Srba, Hrvata i Slovenaca u jedan narod. Federativno uređenje prouzrokovalo bi neravnomeran razvoj pojedinih naroda što bi omogućilo političku prevlast i hegemoniju nekom od njih. Centralizacija državne uprave u Beogradu izravnala bi kulturne i ekonomske razlike među pojedinim krajevima.[39]

Svoj program su radikali sažeto istakli ovako: „Načela radikalne stranke traže u novoj državi jednu krunu, jedan parlament, jednu vladu.“[40] Ovaj stav svoje stranke zastupao je dr Žarko Miladinović i u Ustavnom odboru Ustavotvorne skupštine, čiji je član bio. Govoreći u debati u načelu o ustavnom nacrtu vlade, on je o ovom pitanju izjavio: „... ko neće jedinstvenu, jednostavnu državu, kako se to predlaže u nacrtu vlade, ko je protiv toga i ko još izjavljuje da ovaj nacrt ne može primiti ni za podlogu specijalne debate, taj hoće sovjetsku republiku, ili hoće federaciju, taj hoće da razjedini i oslabi našu državu, trećega nema... Jedinstvena država i

---

[34] Jaša Tomić, *Građa za nov radikalni program*, Novi Sad, b. g, 34.

[35] „Zastava“, 24. januara 1919; „Zastava“, 20. februara 1920.

[36] „Zastava“, 11. februara 1919; „Zastava“, 14. februara 1919; „Zastava“, 20. februara 1919; „Srbija“, 26. marta 1919, „Zastava“, 15. juna 1919.

[37] J. Tomić, *Državno jedinstvo ili rascepkanost*, „Zastava“, 11. februara 1919.

[38] „Zastava“, br. 23, 1919.

[39] „Zastava“, 15. juna 1919, 11. jula 1919.

[40] „Zastava“, 22, oktobra 1920.

jaka centralna vlast potrebna je našem narodu i za držanje granica i za uvođenje reda... "[41]

Za neprikosnovenu ustanovu u novoj državi radikali su smatrali monarhijski oblik vladavine.[42] Postojanje monarhije i vladavinu dinastije Karađorđevića radikali su smatrali za konstantu, koja je izvan i iznad svake diskusije o ustavnom uređenju nove države. Pri tom su se pozivali na odluke Velike narodne skupštine u Novom Sadu 25. novembra 1918. godine.[43] Radikali su u „Zastavi" 25. januara kritikovali stavove nekih slovenačkih političara da ustavotvorna skupština treba da odluči i o obliku vladavine: „To znači", piše „Zastava", „da je kralju Petru i regentu Aleksandru otkazan presto do sastanka Ustavotvorne skupštine. Ali neka to pomenuta gospoda izbiju iz glave. Nisu oni i njihove pristalice izvojevali slobodu, nego srpska vojska... Stoga neka ne potrzaju dinastičko pitanje, koje je konačno rešeno..."[44] Mada o tome tada nije bilo mnogo reči ni u samoj partiji, ni u njegovim napisima, Tomićevo mišljenje o obliku vladavine nije bilo potpuno u skladu sa onim koje je preovlađivalo. Budući dosledni protivnik obrenovićevskog režima, Tomić je u svoje vreme, posle Majskog prevrata, mada diskretno, isticao prednosti republikanskog uređenja, u kojem je suveren narod. I posle ujedinjenja pominjao je republikanstvo, u kontekstu srpsko-hrvatskih odnosa i kritike rada vlade. Mada postoji republikanska stranka, ona nije značajna, a u hrvatskim omladinskim krugovima se republikanstvo javilo zbog toga što je vladar srpskog porekla. Tomić ipak kaže da „... je već danas isuviše jasno, da će teško postojati iole obrazovana i napredna država, a da ne bude republika". U Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca za to nije vreme.[45] Ovom svojom ovlašnom naklonošću prema republikanizmu, Tomić se vratio svojim mladalačkim pogledima na državu. U vreme Istočne krize, razmišljajući o stvaranju jedne jedinstvene srpske države posle oslobođenja od turske i austrijske vlasti, on je isti-

[41] *Rad Ustavnog odbora Ustavotvorne skupštine Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca, Stenografske beleške*, X sednica, 14. februara 1921, 105-106.

[42] Za monarhijski oblik vladavine zalagali su se i ugledni intelektualci i naučnici koji su pripadali radikalima: „Kralj Petar je simbol slobode, on ju je izvojevao, a ne Vilson. Bilo bi neblagodarno da odgurnemo Karađorđeviće u onom momentu kada nam oni donose na poklon najveće dobro, slobodu i državu. Srbi neće postati republikanci. Veza koja nas vezuje za Srbiju i njenu dinastiju neizmerno je snažnija i jača od veze koja nas spaja sa Hrvatima i Slovencima". (Dr Aleksa Ivić, *Odgovor na članak Vase Stajića*, u A. Lebl, *Politički lik Vase Stajića*, Novi Sad 1963, 403)

[43] „Zastava", 24. januara 1919; „Srbija", 26. marta 1919; „Zastava", 18. novembra 1919; „Zastava", 8. jula 1920.

[44] „Zastava", 25. januara 1919.

[45] J. Tomić, *Republika*, „Zastava", 18, novembra 1919.

cao teškoće koje bi pri tom postojale: srpski narod je živeo rasut, bez prirodnih granica, različito je razvijen. Stoga po njegovom mišljenju, jedini realan oblik koji bi mogla imati jedinstvena država predstavlja „federalna republika slična Švajcarskoj".[46]

U svojim istupanjima u vezi sa ustavom i u toku same procedure donošenja ustava, vojvođanski radikali su u svakoj prilici naglašavali stvaralačku ulogu Srbije u stvaranju nove države, i kao posledicu takve njene uloge, državnopravni kontinuitet koji je, po njima, postojao između Kraljevine Srbije i Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca.

Prihvativši tezu o oslobodilačkoj ulozi Srbije, „osloboditeljke, spasiteljke i ujediniteljke sviju nas", u ratu i u procesu stvaranja države, radikali su očekivali od „poražene i pobeđene braće" da prihvate onakvu organizaciju države, kakvu predlaže Srbija.[47] Kao razlog za rukovodeću ulogu Srbije u novoj državi ističe se osim toga da je Srbija jedina od jugoslovenskih zemalja imala državu, i to državu koja se u ratu našla na strani pobednika. Vojvođanski radikali ne samo da nisu odbijali strahovanja i optužbe zbog srpske prevlasti, nego su tvrdili da nje treba i mora da bude, jer je srpski narod, zahvaljujući svom političkom i državotvornom iskustvu i pozvan da u novoj državi zauzme najistaknutiji položaj.[48] Ove stavove o ulozi Srbije i njene dinastije u novoj državi zastupao je u Ustavnom odboru Žarko Miladinović: „Srbija je... kvasac za novu državu, ona je baza i osnovica za nju. Ona je uređena kao ustavna monarhija i mi smo ušli u njeno naručje, i bilo bi vrlo čudno, kad bi mi, koji smo tek bili u embriju, u začetku, diktirali Srbiji, državi jednoj, da ostavi svoga popularnoga kralja, koji ima toliko mnogo zasluga i za domovinu i za narod... "[49]

U toku priprema za donošenje ustava radikali su održavali zborove na kojima je zahtevalo da se država nazove „Srbija" ili „Velika Srbija". Radikalni klub u Novom Sadu je na sednici od 24. aprila 1921. doneo rezoluciju upućenu predsedniku vlade Pašiću u kojoj apeluje da se država nazove „Srbija, kraljevina Srba, Hrvata i Slovenaca", a nikako „Jugoslavija"; na radikalnom zboru 8. maja 1921. godine u Novom Sadu zaključeno je da se makar u nazivu države srpsko ime stavi na prvo mesto, ako već ne može da bude jedino. [50] Na zboru u Sremskoj Mitrovici takođe se protestovalo protiv mogućeg naziva države „Jugoslavija". [51] I u drugim

[46] L. Rakić, *Jaša Tomić (1856-1922)*, Novi Sad 1986, 23-24.

[47] „Zastava", 14. februara 1919; „Zastava", 11. jula 1920; „Zastava", 13. avgusta 1920.

[48] „Zastava", 26. februara 1920; „Zastava", 8. maja 1921; „Zastava", 17. februara 1921.

[49] *Rad Ustavnog odbora*, 99.

[50] „Zastava", 27. aprila 1921; „Zastava", 11 maja 1921.

[51] „Srbija", 27. aprila 1921.

mestima su držani zborovi sa istim ciljem: u Pančevu je radikalski zbor tražio da se država nazove „Velika Srbija", u Sremskim Karlovcima i Rumi 8. maja 1921: „Srbija – Kraljevina Srba, Hrvata i Slovenaca". [52]

U Ustavotvornoj skupštini je vojvođanski radikalski poslanik dr Dušan Grgin u ustavnoj debati izjavio: „da smo išli za onim što hoće veliki deo Vojvodine, i to 99% srpskog življa u Vojvodini – onda u predlog ustava ne bi ušao u naslov za naziv „Kraljevina Srba, Hrvata i Slovenaca", nego bi u tom slučaju bio naslov za naziv ove države u najmanju ruku „Kraljevina Srbija".[53]

Dosledni u ovakvom shvatanju značaja i uloge Srbije, vojvođanski radikali su, želeći da učvrste svoju i naglase svoju vezu sa Srbijom zahtevali da se Ustav Srbije proširi i na Vojvodinu. Veliki zbor sremskih radikala održan u Rumi 16. novembra 1919, doneo je između svojih zaključaka i zahtev da se ustav Srbije primeni i na Vojvodinu.[54] Međutim i kasnije, kada je posao na donošenju ustava uznapredovao i kada su načinjeni prvi ustavni nacrti, radikali u Vojvodini su i dalje isticali da bi ipak najviše odgovarao stari srpski ustav.[55] U debati u ustavnom odboru, Žarko Miladinović je dokazivao da ustav postoji, da je srpski ustav u važnosti, sve do ujedinjenja i da su poslanici ustvari položili zakletvu na taj ustav. [56]

Iako su većim delom bili složni u prihvatanju centralističkog uređenja države, među vojvođanskim radikalima je našao pristalica i Stojan Protić sa svojim ustavnim projektom. U svom nacrtu ustava, Stojan Protić je predvideo postojanje dosta velikih samoupravnih jedinica: pokrajina, i to u granicama koje bi se poklapale sa „istorijskim" pokrajinama, onakvim kakve su bile u trenutku stvaranja države. Iako je u osnovi prihvaćen centralistički sistem, ove bi pokrajine, prema Protićevom ustavnom nacrtu imale dosta široke samouprave.[57]

U skladu sa svojim strogo centralističkim načelima, radikali su u početku čak potpuno negirali potrebu uvođenja lokalnih samouprava.

---

[52] „Zastava", 13. maja 1921; „Zastava", 20. maja; „Zastava", 21. maja 1921; „Zastava", 26. maja 1921.

[53] *Stenografske beleške Ustavotvorne skupštine*, XXVIII red. sednica 11. i 12. maja 1921, 36.

[54] „Srbija", 12. novembra 1919; „Zastava", 19. novembra 1919; „Zastava", 20. novembra 1919; „Zastava", 25. novembra 1919.

[55] „Zastava", 22. decembra 1920.

[56] *Rad Ustavnog odbora*, 99.

[57] S. Jovanović, *Ustavno pravo kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca*, Beograd 1924, 35. Protićeve pristalice među radikalima u Novom Sadu su se okupljale oko lista „Dunav". Među njima su se nalazili istaknuti vojvođanski radikali: Đorđe Tapavica, Kosta Hadži, Kamenko Subotić i Mita Klicin.

Zahteve za lokalne samouprave oni su pripisivali separatističkim težnjama hrvatskih i slovenačkih političkih krugova: „Samouprava može se kod nas dozvoliti i može biti potrebna samo kod opštine, kod malih sela i kod varoši radi ekonomskih razloga i njihovih lokalnih sitnih potreba, da se državi olakšaju te male brige. Samouprava većih pokrajina, srezova, okruga, oblasti nije nikako potrebna.“[58] Prilikom podele zemlje na administrativne jedinice treba što manje uzimati u obzir istorijske i tradicionalne granice, jer bi takva podela usporila i otežala stvaranje jedinstva u državi. U pogledu administrativne podele Vojvodine, radikali su smatrali da bi južni deo Bačke i Banata i Srem trebalo priključiti Srbiji, a ostale delove Bačke i Banata podeliti na tri okruga.[59]

Međutim, sprovođenje u život odredaba o administrativnoj podeli zemlje pokazalo je do kakvih problema može dovesti podela izvršena prema ovakvim principima. Zakonski predlog Pašićeve vlade o administrativnoj podeli zemlje od 5. novembra 1921. godine izazvao je negodovanje kod vojvođanskih radikala. Ovim predlogom Srem je podeljen na četiri razne oblasti. U Sremu su pripremani i protestni zborovi protiv ovakvog predloga.[60]

Administrativnu podelu zemlje koja je konačno izvršena Uredbom od 28. aprila 1922. godine, „Zastava“ je pokušavala da pravda nacionalnim razlozima, tj. potrebom da se obezbedi srpska većina u pojedinim srezovima, ali je priznavala da je izvršeno „kidanje i raspačavanje“ Vojvodine. Vojvođanski radikali su svoj protest protiv predviđenje administrativne podele zemlje izrazili i na zboru radikala koji je održan u Somboru, 26. marta 1922. i gde je raspravljano o političkoj situaciji u Vojvodini. U 4. tački rezolucije koju je zbor usvojio stajalo je: „Da se podela zemlje na oblasti u suprot jasnog naređenja Ustava tako namerava sprovesti, da će se u celoj Vojvodini, a naročito u somborskom okrugu uništiti vekovne ekonomske, prirodne i saobraćajne veze, te stvoriti nove neprirodne i nemoguće oblasti, usled čega će i pojedine općine, naročito pak grad Sombor za navek biti upropašćeni, a celom životu Vojvodine biće nanešena nenaknadiva ekonomska šteta.“[61]

---

[58] „Zastava“, 24. decembra 1920; „Zastava“, 21. januara 1921; „Zastava“, 10. jula 1921; „Zastava“, 25. septembra 1921.

[59] „Zastava“, 7. jula 1921.

[60] „Dunav“, 13. novembra 1921; „Zastava“, 19. novembra 1921; „Zastava“, 2. decembra 1921.

[61] „Dunav“, 30. marta 1922; „Zastava“, 1. aprila 1922; „Zastava“, 22. aprila 1922.

* * *

Tomić je podozrevao da stvaranje zajedničke države nije ni za Srbiju bilo korisno. „Srbija je sama sebe izbrisala iz spiska država". Po njegovom mišljenju, na to nisu dobrim okom gledale ni svetske sile. I Hrvatska i Slavonija i Slovenija su se do juče borile protiv onih koji su zastupljeni na mirovnoj konferenciji. „I sada, uz srpsku državu, koje više nema kao takve, učestvuju i zastupnici Hrvatske i Slovenačke na pariskoj konferenciji". On se ipak ograđuje, priznajući da se narodi Hrvatske, Slavonije i Slovenije sigurno nisu rado borili uz Austrougarsku, kao što to nisu činili ni Vojvođani. Vojvođani su se prvi izjasnili za Srbiju, ali nisu zahtevali da ih Srbija, kao ravnopravnog člana povede na mirovnu konferenciju. Tako je trebalo da postupe i Hrvati i Slovenci, jer su se do skora borili i protiv Srbije i protiv učesnica Pariske konferencije. Možda je Radikalna stranka manje odgovorna, ali je i ona, zajedno sa svim ostalim srpskim, hrvatskim i slovenačkim strankama grešila u ovom pitanju. Naškodili su Srbiji, tako što je ušla u jugoslovensku papazjaniju, te nije bila u stanju da brani ni sebe, ni druge. Te tri zemlje su mogle u svoje vreme, na zdravoj i pametnoj osnovi osnovati državnu zajednicu.[62]

U Tomićevim posleratnim napisima se uočava jedna pojedinost, koja se može tumačiti dvojako: kao obična omaška, posledica dugogodišnje navike i opalih snaga čoveka zamorenog dugom životnom i političkom borbom, ali i kao potsvesna želja za drugačijim rešenjem: on često, govoreći o državi, ovu naziva „Srbija", umesto „Kraljevina Srba, Hrvata i Slovenaca".[63] U jednom članku on državu naziva „Srbija i drugovi", što je očigledno bila potsmešljiva aluzija na njeno dugo ime: Kraljevina Srba, Hrvata i Slovenaca.[64]

Poslednji članak je Tomić objavio u *Zastavi* 10. marta 1920, čime je završena njegova duga saradnja sa ovim listom, ali i njegovo učešće u političkom životu.

---

[62] J. Tomić, *Velika opasnost*, „Zastava", br. 209, 1919.

[63] J. Tomić, *Nova vlada u Srbiji*, Zastava, 7. oktobra 1919; *Hoćemo li u dobrovoljce?* , Zastava, 23. april 1919; *Državno jedinstvo ili rascepkanost?*, Zastava, 11. februara 1919; *Italijanske ujdurme*, Zastava, 27. novembra 1919; *Verovatna promena u Srbiji*, Zastava, 24. januara 1920; *Kriza u Srbiji*, Zastava, 17. februara 1920; *Treba biti filozof*, Zastava, 19. februara 1920.

[64] J. Tomić, *Zbog Baranje vri – i u Baranji vri*, Zastava, 27. januara 1920.

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

Jaša Tomić and „Zastava“ on the national and state unity during the creation of Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes

Abstract

Jaša Tomić, the leader of Radical Party in Vojvodina, was mostly devoted to the national issue during his long political career, since the national issue had the character of struggle for national equality during the period under the rule of Austro-Hungarian Empire. Serbo-Croatian relations took up a prominent place within this national issue. Tomić did not accept the idea of national unity between Srbs, Croats and Slovenes. After the unification, the thesis on national unity became relevant for the constitutional organization of the new and unified state. Tomić was of the opinion that Serbs, Croats and Slovenes are three closely related but still separate nations, which could and should have organized a unified state. He thought that it would have been wrong to organize the state on the assumption of their national unity. Although he was against the idea of national unity, he was still of the opinion that the state should have been organized as a unitary state with adequate system of local self-government. His political views were mostly conveyed in numerous articles published in the publication of the Serbian Radical Party „Zastava“.

Originalni naučni rad 339.727.22

Dr Đorđe Popov, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

PODSTICAJI I KONTROLA INOSTRANIH INVESTICIJA[1]

Sažetak: *Postoje više oblika kontrole inostranih investicija, od strane zemlje domaćina. Takođe postoje i međunarodni standardi u ovoj oblasti. Najrasprostranjeniji oblik kontrole je još uvek sektorska zabrana inostranih investicija.*

Osnovne mere i tehnike u privlačenju inostranih direktnih investicija sastoje se u odsustvu zamornih administrativnih mera za prihvatanje inostranih investicija i generalni izostanak kontrole nad vlasništvom kao i ispitivanja perfomansi kapitala kao uslova za dozvolu investiranja. Privlačenju inostranih investicija pomažu takođe i aktivnosti oko promocije mogućnosti za investiranje u određenoj zemlji. Neke zemlje daju i ustavne garancije za privatnu svojinu, a to se pojačava i skapanjem bilateralnih sporazuma o investicijama.

Rimski ugovor garantuje da će se postojeće restrikcije za direktne investicije za zemlje članice postepeno ukinuti i da nove neće biti uvođene. Generalno članice Unije vode „open door" politiku prema inostranim investicijama tako da postoje male realne opasnosti da investitori van Unije budu u lošijem položaju u odnosu na one iz Unije.

Da bi se osigurale od postojećih političkih rizika vlade zemalja izvoznica kapitala pomažu preko javnog sektora stvaranje organizacija najčešće u mešovitom vlasništvu koji imaju za zadatak da pokriju bar deo rizika investiranja u inostranstvu. Kao dopunu navedenim nacionalnim merama Svetska banka je 1985. ustanovila Multilateralnu agenciju za garanciju investicija (MIGA) čime je počelo uspostavljanje multilateralnog sistema garancija protiv političkih rizika u zemljama domaćinima.

[1] Rad je posvećen projektu *Pravo Srbije u evropskoj perspektivi* br. 149042 koji finansira Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije.

Ključne reči: *inostrane investicije, posticaji,regionalni podsticaji, agencije za podsticaje, kontrola, dozvole za investiranje, sektorska zabrana, rizik investiranja,politički rizik, Evropska unija, nacionalni tretman, međunarodni standardi, osiguranje investicija, garancije za investicije.*

I

Postoje tri osnovna tipa državne kontrole inostranih direktnih investicija od strane zemlje domaćina. Najpre to su restrikcije kojima država isključuje mogućnost stranog investiranja u celini u pojedine sektore odnosno grane industrije. Druga mogućnost je da se strana investicija može odobriti posle procesa provere od strane organa zemlje domaćina. I na kraju treći osnovni model kontrole je da kada je strana investicija dozvoljena i kada otpočne proces investiranja, investitor postaje subjekt na koga se odnosi određeni zakoni zemlje.

Prvi i drugi model se primenjuju na počecima stranog investiranja. U ovakvim slučajevima zemlja domaćin ima suvereno pravo kontrole na svojoj teritoriji. Prema međunarodnom pravu zemlja domaćin ima neograničeno pravo odlučivanja od koga može ako hoće dobrovoljno odustati u pojedinim međunarodnim ugovorima.

Kod trećeg modela koji po pravilu zemlje domaćini počinju da primenjuju u kasnijoj fazi inostrani investitor je predmet domaćeg prava. Po pravilu u ovoj fazi zakoni koji se primenjuju na domaće privredne subjekte, tj. one osnovane sa kapitalom domaćeg porekla, primenjuju se i na strane investitore, odnosno privredne subjekte osnovane sa kapitalom iz inostranstva. Međutim, primena domaćih zakona može biti u izvesnoj meri otežana usled prirode i specifičnosti organizacione strukture multinacionalnih kompanija, koje se inače pojavljuju kao najznačajniji investitori u inostranstvu. Specifična struktura multinacionalnih kompanija obično rezultira u kreiranju novih zakonodavnih rešenja stvorenih naročito za njih. Vredi ponoviti, da u skladu sa principom nacionalnog suvereniteta, zemlja domaćin ima teoretski neograničeno diskreciono pravo da reguliše aktivnosti inostranih investitora.[2]

Na drugoj strani postoje pak, nasuprot ovome minimalni međunarodni standardi kada se radi aktivnostima inostranih investitora u nekoj zemlji. Naravno, da nije nikakvo iznenađenje da insistiranje na njima zastupaju prevashodno zemlje glavni izvoznici kapitala. Zemlje uvoznice

[2] O ovome: C.D. Wallace, *Legal Control of the Multinational Enterprises*, Nijhof, Hague, 84 str.

kapitala se, što opet ne čudi, tradicionalno opiru kontroli njihovih diskrecionih prava u ovoj oblasti putem opštih međunarodnih pravnih normi.

Takođe u praksi vrlo često brojne zemlje domaćini povlastice inostranim investitorima, ali i odricanje od dela suvereniteta realizuju tako što sklapaju bilateralne sporazume o investicijama i/ili slobodnoj trgovini. Na taj način domaće pravo se u jednom delu suspenduje sadržajem međunarodnog ugovora u kome se daju određena prava inostranom investitoru.

Kada se analiziraju tehnike kontrole inostranih direktnih investicija inicijalni problem proizilazi između ostalog i iz potrebe razumljivog sistema klasifikacije ovih tehnika. Pojedini autori smatraju da treba praviti razliku kada je reč o politikama kontrole između razvijenih zemalja i zemalja u razvoju.[3] Međutim, ova distinkcija je od male pomoći kada se analiziraju pravni, ekonomski i politički fenomeni povezani sa savremenom međunarodnom podelom rada koja je posledica ekonomske globalizacije.[4] Kada je reč o praksi otklon od restriktivne politike prema inostranim direktnim investicijama u bivšim socijalističkim zemljama Centralne i Istočne Evrope, kao i u onima koje su i dalje socijalističke kao Kina i Vijetnam[5], doveo je primene modela koji se ne razlikuju mnogo od onih u razvijenim zemljama.

Drugi pokušaj klasifikacije tehnika kontrole inostranih direktnih investicija polazi od njihovih ideoloških korena. Tako na primer Sajdman pravi razliku u prilazu inostranim investicijama između zemalja koje su inspirisane „prokapitalističkom" ekonomskom politikom i nastoje da vode politiku otvorenih vrata za strane investitore. Drugi model je izrada „pravila"[6] za inostrane investitore koji su, po Sajdmanu, karakteristični za „mešane" ideologije koji nastoje da uvedu inostrane investitore uz zadržavanje socijalno inspirisanih programa „države blagostanja"[7]. Treći pak idu na oblik „kontrole" inostranih investitora pri čemu države dozvoljavaju inostranim investitorima, tj. pre svega multinacionalnim kompanijama da uđu u administrativnu ekonomiju po pravilima striktne regulacije investicija, gde su često zajednička ulaganja[8] kontrolisana od strane zemlje

[3] Vidi: A.E. Safarian, *Multinational Enterprise and Public Policy*- A Studiy of the Industrial Countries, E.Elgar, 1992.

[4] Na primer u: N. Harris, *The End of the Third World- Newly Industrializing Countries and the*- Decline of an Ideology, Pelican, 1986.

[5] Treba podsetiti da be bez obzira na niz promena u ekonomskim sistemima ovih zemalja u njima zadržan jednopartijski sistem, sa Komunističkom partijom kao jedinom.

[6] Code of conducts

[7] Vredi podsetiti da je model „države blagostanja" promovisan u razvijenim zemljama, pre svega zapadne Evrope 60-tih i 70-tih godina prošlog veka.

[8] Joint ventures.

domaćina jedini dozvoljeni tip investiranja.[9] Kod ovakvog tipa klasifikacije kontrole inostranih investitora od strane zemlje domaćina treba podvući značaj interdisciplinarnog pristupa razumevanju kontrole inostranih investitora[10].

II

Najrestriktivniji pravni pristup odnosu prema inostranim investitorima je uvođenje kompletne prohibicije za strane investitore. Takav prilaz je zagovaran od strane radikalnih zagovornika ekonomskog nacionalizma i teorije „depedencije".[11] Sa današnje tačke gledišta , imajući u vidu iskustva poslednjih 40 godina, takav prilaz se može okarakterisati kao zastareo. Izolacija zemlje od inostranih investicija i tehnologije za posledicu ima razvoj nekonkurentnih proizvodnji i finansijsko ruiniranje privrede.

Pored kompletne zabrane inostranih investicija postoji i praksa zabrane investiranja u pojedine sektore privrede. Većina zemalja ima praksu parcijalne ili totalne zabrane investiranja u pojedine za njih posebno važne sektore privrede. To su po pravilu sektori povezani za nacionalnom bezbednošću i odbranom, ali i delatnosti bitne za nacionalnu kulturu kao npr. filmska industrija, radio, televizija ili pak komunalne delatnosti.[12] Opšta primena ovakvih zakonskih normi može voditi pojavi problema za zemlje koje ih primenjuju u međunarodnim ekonomskim odnosima. Na drugoj inostrani opšti trend privatizacije,

---

[9] Seidman, *Foreign Private Investors and the Host Country*, 19 JWTL, 637, 1985.

[10] Samo pravna i ekonomska znanja, ali i instrumenti nisu dovoljni za efektivnu kontrolu poslovanja stranih investitora naročito ako se radi o tehnološki intenzivnim, ili monopolskim proizvodnjama.

[11] Teorija „zavisnosti"-„depedencije" je jedno vreme bila izuzetno popularna među radikalnim kritičarima tržišnog modela, kapitalizma, kao i saradnje sa razvijenim zemljama naročito multinacionalnim kompanijama. To je bio kraj šezdesetih i prva polovina sedamdesetih godina prošlog veka. Nastala je prvobitno u Latinskoj Americi, a kasnije su se javili brojni autori zagovornici ovog pristupa i u Africi, ali i na tada takođe aktuelnoj i salonski pomodnoj evropskoj „novoj levici". Prema teoriji „zavisnosti" strane direktne investicije od strane multinacionalnih kompanija vode u krajnjoj konsekvenci „razvoju nerazvijenosti" u zemljama u razvoju.

1978 u časopisu Treći program br. 1 od strane 413 do 640 pod zajedničkim naslovom „Zemlje u razvoju i neokapitalizam" sam napisao predgovor i objavio izbor prevedenih tekstova najznačajnijih autora ove orijentacije. Zanimljivo je da je i doskorašnji predsednik Brazila Kardoso ,svojevremeno, bio jedan od autora koji su pripadali ovoj školi mišljenja.

[12] Vidi: David Conklin and Donald Lecraw, *Restrictions on Foreign Ownership During* 1984-1994*: Developments and Alternative Policies*, Transnational Corporations, No. 1,1997.

deregulacije, politike jačanja tržišnih elemenata široko primenjivan od strane zemalja domaćina učinio je ovakve zakonske norme manje značajnim.

Teškoće u primeni ovog modela, pak mogu nastati tamo gde se pod firmom zaštite nacionalnih interesa nastoje domaće kompanije zaštititi od inostrane konkurencije.

Tako je naprimer, čak i u SAD koje važe za lidera u promociji tržišta s jedne strane i s druge strane koje su zemlja sa najvećim obimom inostranih investicija[13] dolazilo do periodičnih poziva da se spreče preuzimanja domaćih kompanija od strane stranaca tamo gde dolaze u pitanje vitalni nacionalni ekonomski interesi[14]. Naprimer, prema Ekson- Florio amandmanu na Zakon o proizvodnji za potrebe odbrane Predsednik SAD ima pravo da zabrani preuzimanje američke kompanije od strane investitora iz inostranstva ako postoje ozbiljne indicije da tim činom može biti dovedena u pitanje nacionalne bezbednost[15].

Komitet za strane investicije u SAD (*CFIUS*[16]) kome se prijavljuju nameravana preuzimanja američkih firmi od strane stranaca ima 30 dana da odluči da li ima primedbi na planiranu akviziciju. Tada se daje preporuka Predsedniku, a on ima rok od 15 dana da objavi svoju odluku da li je preuzimanje dozvoljeno ili ne. Po pravilu radi se, kao što je istaknuto o delatnostima, koje su bitne za nacionalnu bezbednost. Međutim, 1993[17] je dodat amandman koji predviđa „da svako preuzimanje neke američke kompanije od strane kompanije koja je u vlasništvu ili pod kontrolom strane vlade može ugroziti nacionalnu bezbednost SAD". To se tumači kao davanje diskrecionog prava odlučivanja Komitetu za strane investicije u SAD, da li da odobri neku investiciju ili ne.[18]

Komitet je ovo svoje ovlašćenje koristio restriktivno. Tako je naprimer 2005. od 1593 prijavljena slučaja samo 25 bilo rezultat proučavanja, a u samo jednom slučaju preuzimanje od strane inostrane kompanije je sprečeno[19]. Ali na drugoj strani vredi podvući da je 2005. u 13 potencijalnih transakcija došlo do odustajanja inostranih partnera kada su njihove

---

[13] Kompanije iz SAD su istovremeno i najveći investitor u inostranstvu.

[14] Naprimer u: David Balley, *US Policy Towards Inward FDI*, JOURNAL OF WORLD INVESTMENT, 2003.

[15] E.M. Graham and D.M. Marchick, *US National Security and Foreign Direct Investment*, Washington DC, Institute for International Economics, 2006, str. 40-46.

[16] Committee on Foreign Investment in the US.

[17] National Defense Authorization Act 1993.

[18] Graham and Marchick, op.cit. str. 37.

[19] Radilo se o pokušaju preuzimanja proizvođača delova za avioindustriju Mamko od strane Kineske nacionalne kompanije za avio-tehnologiju. Izvor; *Financial Times*.

predviđene investicije postale predmet pažnje Komiteta za inostrane investicije.

Takođe, treba ukazati da je posle terorističkih napada od 11. septembra broj slučajeva koji su bili predmet proučavanja porastao, kao i da je pojačan pritisak Kongresa i javnosti na Komitet da bude restriktivniji prema preuzimanju od strane inostranih kompanija „krucijalnih infrastrukturnih" objekata.[20]

Japan je tradicionalno neke sektore držao zabranjenim za strane investitore. Politika zabrana je zamenjena sistemom provere koji dopušta mogućnost revizije i otkaza investicionih projekata kod kojih se utvrdi da mogu ugroziti nacionalnu bezbednost, javni red ili su pak realizovani u određenim granama industrije, poljoprivredi, šumarstvu, rudarstvu, naftnoj industriji, itd. Mogućnost revizije i provere je predviđena i u slučajevima kada je zaobiđena regulativa o kapitalnim transakcijama.

Ali uvođenje sistema provere, umesto zabrana potvrđuje isto tako da je i u Japanu otpočeo proces liberalizacije inostranih investicija. Dokaz za to je i svojevremena odluka vlade Japana da se proces provere inostranih investicija vodi u skladu sa Pravilima OECD-a o liberalizaciji kretanja kapitala.[21] Dalja liberalizacija je sprovedena donošenjem novog Zakona o privrednim društvima od 29. juna 2005.[22] Prema ovom zakonu potrebna je jedino registrovati osnivanje filijale ili predstavništva kod Kancelarije za pravne poslove.[23]

Ipak i posle svih ovih promena ostaje, u poređenju sa ostalim razvijenim tržišnim ekonomijama značajan stepen nedovoljnosti liberalizacije inostranih investicija u Japanu, ali pre svega kroz nedovoljno transparentne administrativne procedure.

Kada je reč o zemljama u razvoju zabrana inostranih investicija u određenim sektorima bila je svojevremeno rezultat težnji da se pojedine industrijske grane zaštite od strane dominacije. Teoretsku osnovu za ovu predstavljao je List-ov „*infant industry*" argument[24]. To je bio argument koji je svojevremeno koristila Južna Koreja za svoju restriktivnu politiku prema inostranim investicijama. Sličnu politiku vodile su i sada značajne ekonomske sile u svetskim razmerama Indija i Brazil.

---

[20] Prema: Muchlinski, op. cit. str. 182.

[21] OECD *Code on the Liberalization of Capital Movements*.

[22] Prema: Muchlinski, op. cit. str. 183.

[23] Legal Affairs Bureau.

[24] Ovaj argument je svojevremeno korišćen i od strane sada razvijenih zemalja, pre svega SAD i Nemačke, a osnovna ideja je da treba dozvoliti prelazan period industrijama u razvoju pre njihovog potpunog izlaganja tržišnoj utakmici na svetskom tržištu.

Pojedine zemlje u razvoju su takođe svoju restriktivnu politiku prema inostranim investicijama pravdale i strahom da će ulazak stranog kapitala otežati formiranje nacionalnog kapitala i za posledicu imati, usled pojave konkurencije njegovo bekstvo u inostranstvo[25].

III

Osnovne mere i tehnike u privlačenju inostranih direktnih investicija sastoje se u odsustvu zamornih administrativnih procedura za prihvatanje inostranih investicija i generalni izostanak kontrole nad vlasništvom kao i ispitivanja perfomansi kapitala kao uslova za dozvolu investiranja. Kao dodatni podsticaj neke zemlje mogu ponuditi kao podsticaj investiranju mere koje su rezultat deregulacije i privatizacije ali i poreske i druge olakšice, kao i otvaranje posebnih ekonomskih zona za izvozno orijentisane investicije.

Procedura za dobijanje dozvole za investiranje se nastoji maksimalno pojednostaviti i ubrzati između ostalog i kroz uvođenje „*one stop*“[26] agencije za investicije.[27] Privlačenju inostranih investicija pomažu takođe i aktivnosti oko promocije mogućnosti za investiranje u određenoj zemlji.[28] Neke zemlje daju i ustavne garancije za privatnu svojinu, a to se pojačava i sklapanjem bilateralnih sporazuma o investicijama, odnosno bilateralnih sporazuma o slobodnoj trgovini gde je uobičajeno da zemlje potpisnice jedna drugoj garantuju minimum standarda u zaštiti inostranih investicija.

Međutim, čak i u zemljama koje sprovode politiku „otvorenih vrata“ prema inostranim direktnim investicijama često postoje sektori u kojima nisu moguće strane investicije, ili su pak one uslovljene većinskim udelom domaćeg partnera.

Takođe u slučaju izostanka privilegovanog „koncesionog statusa“[29], uobičajeno je da se inostranim investitorima daje tzv. „nacionalni tretman“[30] što znači da za njih važe zakonski i drugi propisi koji se primenjuju i na privredne subjekte koji se nalaze u vlasništvu domaćeg kapitala. To znači da bez obzira na sve podsticaje inostrani investitori ipak ne mo-

[25] Tkzv. „crowding-in-impact.“

[26] Vidi npr. Alvin, G. Wint, *Promoting Transnational Investment*, Transnational Corporations 71/No 1, 1993/.

[27] Radi se o tome da se nastoji postići takav vid organizacije da se svi poslovi potrebni za realizaciju investicije obave na jednom mestu.

[28] Vidi: UNCTAD, *The World of Investment Promotion at a Glance*, United nations, 2002.

[29] Tako su naprimer bile regulisane istina retke strane investicije u Rumuniji, u vreme dominacije planskog modela privređivanja do 1990.

[30] To je slučaj sa važećom regulativom u Srbiji.

gu očekivati da se ponašaju u potpunosti u skladu sa svojim željama. Vredi takođe podvući da je čest slučaj da zemlje koje primenjuju politiku „otvorenih" vrata imaju na drugoj strani vrlo veliki uticaj vlade na ekonomiju i/ili čak neku vrstu planske privrede.[31] Radi se tu ponekad o zemljama koje upravo usled velikog mešanja države u privredu imaju ozbiljne privredne probleme koje nastoje bar delom rešiti privlačenjem inostranih investitora.

Na drugoj strani to je i moguće praktično ostvariti samo u takvom tipu privreda, sa kojim je po pravilu povezan i odgovarajući politički sistem, jer bi u normalnom privrednom okruženju domaći privredni subjekti negodovali protiv isuviše privilegovanog statusa investitora iz inostranstva čime bi se ozbiljno narušili principi „fer" tržišne utakmice.

Države nastoje da uvođenjem podsticaja za investiranje privuku strane investicije. Podsticaji za investiranje mogu biti usmereni u dva pravca.

Prvo oni mogu biti usmereni na smanjivanje rizika za investiranje, i na taj način učiniti zemlju atraktivnijom lokacijom za investicije u odnosu na konkurenciju. I drugo podsticaji mogu biti usmereni na to da ohrabre investitore da poslovne odluke usmere u pravcu koji je važan gledano iz perspektive zemlje domaćina.

Ovi ciljevi mogu biti ostvareni ili kroz direktne podsticaje, npr. ukidanje uvoznih i izvoznih carina vezanih za poslovanje stranog investitora, koncesije, smanjenje ili potpuno ukidanje poreza i taksi, ili pak davanje državnih sredstava kao učešće u investiciji. Drugi tip podsticaja inostranih investicija oslanja se na smanjivanje regulative, poboljšanje infrastrukture ili koncesije na tržištu.[32] Ovaj drugi tip podsticanja inostranih investitora sprovode pre svega zemlje koje su ili od marginalnog interesa za potencijalne strane investitore ili imaju vrlo nizak nivo nacionalnog dohotka.

Dobar primer u privlačenju inostranih direktnih investicija daje iskustvo Irske. Irska je bila jedna od prvih zemalja čija je politika prema inostranim investicijama bila pre svega formulisana kao politika podsticanja. Od 1958. Irska daje poreske podsticaje za investicije u prerađivačku industriju. Poslednjih godina je stopa poreza na profit 12,5%, no i ta će se stopa za one kompanije koje su se registrovale pre 30. jula 1998. početi primenjivati tek od 2010, a trenutno iznosi 10%.[33]

---

[31] Treba samo pogledati praksu Vijetnama i Kine na početku reformi, ili podsetiti na već navedeni primer Rumunije u vreme režima Čaušeskua.

[32] Vidi*; UNCTAD Incentives Series on issues in international investment agreements*, UN Geneva 2004.

[33] Prema: Peter Muchlinski*, Multinational Enterprises & The Law*, Oxford Univ. Press, 2007, str. 220.

Ovakva politika je za rezultat imala činjenicu da je Irska od strane multinacionalnih kompanija korišćena kao „poreski raj". Multinacionalne kompanije su strukturirale svoje operacije tako da su ili iskorišćavale pune prednosti nižih poreskih stopa u Irskoj, ili su pak osnivale „ofšor" holding kompanije u Irskoj koje su onda služile za reinvestiranje profita knjigovodstveno registrovanih u Irskoj u inostranstvo, ili su pak koristile tehnike transfernog određivanja cena[34] kao način da iznesu profit iz svojih filijala u Irskoj.[35]

Na sličan način je i Singapur ponudio podsticaje inostranim investitorima od početka 60- tih godina prošlog veka. Vlada Singapura je tada promovisala razvojnu strategiju baziranu na ekspanziji izvozno orijentisanih industrija koje su bile pod prevashodnom kontrolom multinacionalnih kompanija. Da bi realizovala postavljene ciljeve vlada Singapura je formirala slobodne zone u kojima je ponudila poreske, i druge olakšice za kompanije koje su se odlučile da posluju u njima. Ove zone su omogućile kompanijama lociranim u njima da trguju sa ostatkom sveta bez restrikcija, da proizvodnju organizuju sa niskim troškovima i da koriste „ofšor" bankarstvo bez deviznih kontrola. Kao dodajni podsticaj vlada je ustanovila posebne poreske olakšice za takozvane „pionirske industrije" sa namerom da podstakne ulaganja kapitala u nove tehnologije.[36]

Na drugoj inostrani ekonomski razvijene zemlje koriste podsticaje za investiranje pre svega da bi privukle inostrani kapital u manje razvijena područja.

Tako na primer, u Velikoj Britaniji, selektivna politika prema inostranim investitorima u cilju podsticaja ulaganja u određene regione dolazi do izražaja na lokalnom i regionalnom nivou. Osnovni princip ove politike je da se obezbede finansijski podsticaji za strane, ali i domaće investitore, kroz pomoć industriji, kao i selektivne povlastice investitorima. Na ovaj način želeli su se elementima industrijske politike i planiranja prevazići socijalni i ekonomski problemi prouzrokovani pre svega propašću tradicionalnih industrija u nekim regionima Velike Britanije[37]. U slučaju Velike Britanije ove mere su predmet ocene i kontrole njihove usklađenosti sa pravilima Evropske Unije, ali isto tako i istovremeno i mogući osnov dodajne pomoći iz fondova Unije.

---

[34] Transfer pricing.

[35] O tome: Muchlinski, op. cit. Str. 220.

[36] O aktuelnom režimu podsticaja u Singapuru vidi*: Investor Guide to Singapore*, godišnja publikacija Privredne komore Singapura.

[37] Tekstil, industrija gvožđa i čelika, rudnici uglja.

Na komunalnom nivou lokalne vlasti su ovlašćene da promovišu ekonomski, socijalni i ekološki razvoj svojih sredina.[38] Takođe predviđen je čitav niz mera koje treba da podstaknu obnovu pojedinih gradova uključujući pomoć lokalnih vlasti pri realizaciji „revitalizacije" određenih kvartova.

Na regionalnom planu agencije za regionalni razvoj su ustanovljene 1970. u Škotskoj i Velsu, a sledilo ih je osnivanje Agencije za razvoj industrije u Severnoj Irskoj. Sva napred navedena tela pri podsticanju inostranih investicija rade po svojim pravilima, ali u skladu sa nacionalnom i regionalnom regulativom. S tim u vezi vredi podvući da na primer, Agencija za investicije u Severnoj Irskoj daje podsticaje koji daleko prevazilaze prosečne imajući u vidu izuzetno visok stepen nezaposlenosti kao i političku nestabilnost u tom regionu.[39]

U drugim regionima Velike Britanije vlada nudi pomoć na osnovu svojih diskrecionih prava baziranih na unapred definisanim kriterijumima iz za to specijalno namenjenih fondova: Fonda za selektivnu pomoć za investiranje u Engleskoj (*SFIE*) kao i Fonda Selektivnu regionalnu pomoć (*RSA*)[40].

Kriterijumi za dobijanje podrške oba Fonda su sledeći:

1. Lokacija- projekat mora biti realizovan u određenim područjima.
2. Potreba- podnosilac prijave mora pružiti dokaze da mu je potrebna finansijska podrška da bi projekat mogao biti realizovan.
3. Podobnost investicije- projekat moral imati predviđene izdatke za zemljište, opremu, zgrade.
4. Uticaj na zaposlenost- projekat treba da obezbedi otvaranje sigurnih, trajnih radnih mesta isključivo u Velikoj Britaniji. Ali projekti koji mogu dovesti do kreiranja suvišnih kapaciteta, ili premeštanja radnih mesta na druge lokacije u Engleskoj, smatraju se nepodobnim za podsticaje od srane navedenih Agencija.
5. Ekonomska održivost- projekti moraju biti sposobni da posle proteka roka od tri godine mogu da obezbede funkcionisanje pogona bez dodajne pomoći.
6. Kvalitet- među ključnim faktorima za ocenu projekta su nivo plata, doprinos zapošljavanju, ulaganja u istraživanje i razvoj kao i obuku zaposlenih.
7. Koristi za regiju i zemlju u celini- projekti treba da doprinesu kako regionalnoj tako i nacionalnoj ekonomiji.

---

[38] Vidi: *Local Government Act 2000*, Chapter 22.

[39] Tako na primer u troškovima obuke nezaposlenih Agencija učestvuje sa 50%, a takođe snosi i 50% troškova istraživanja i razvoja.

[40] Vidi: : Muchlinski, op. cit. Str. 223.

8. Najveći deo sredstava treba da obezbedi podnosilac prijave, ili da dolaze iz drugih izvora, ali iz privatnog sektora.

Evropska komisija je prihvatila Pravila za regionalne podsticaje 21. decembra 2005.[41] Nova pravila redukuju procenat stanovništva u ukupnoj populaciji Evropske Unije koji žive u regijama u kojima su regionalni podsticaji dozvoljeni.

No, glavna opasnost kod politika podsticanja investicija je da one mogu, de fakto, biti neefikasne u privlačenju dugoročnih investicija. Može lako da se desi da inostrani investitor iskoristi podsticaje i čim mu to bude moguće izvrši dezinvestiranje i preseli se na drugu lokaciju. Znači osnovni problem kod različitih oblika podsticanja investicija je da se stvore okolnosti koje će obeshrabrivati kratkoročne investicije[42]. Uspešna politika podsticanja investicija treba da nađe balans između legitimnih zahteva investitora za redukciju početnih troškova i rasipničkog trošenja budžetskih sredstava u korist privatnog kapitala.

U suštini vredi ponoviti da na odluku privatnog kapitala da investira ili ne najviše utiču faktori kao što su veličina tržišta i lokacija i da oni teško mogu biti zamenjeni samo legislativom.

Rimski ugovor garantuje da će se postojeće restrikcije za direktne investicije za zemlje članice postepeno ukinuti i da nove neće biti uvođene.[43] Član 48 sugeriše dva moguća načina da se posluje u drugoj zemlji članici: prvi osnivanje nove kompanije, i drugi transfer postojeće kompanije iz jedne zemlje članice u drugu[44]. Osnivanje nove kompanije je poznato „kao primarno osnivanje", a osnivanje filijale ili poslovnice kao „sekundarno osnivanje".

---

[41] Guidelines on National Regional Aid for 2007-2013.

[42] Ilustrativan je primer podsticaja koje je dala vlada Velike Britanije za otvaranje De Loran fabrike automobila u Severnoj Irskoj. 1978 dato je 55 miliona funti, a daljih 30 miliona 1980. Fabrika je bankrotirala posle samo godinu dana poslovanja i proizvedenih 10.000 automobila, a najveći deo novca datog kao podsticaj je jednostavno ispario. *The Guardian* 21 March 2005.

[43] Član 48 Rimskog ugovora kaže: Kompanije koje su osnovane u skladu sa zakonima zemalja članica i koje imaju registrovano sedište i glavno mesto poslovnih operacija u Zajednici biće tretirane kao i lica koja su građani zemalja članica.

[44] Tako su naprimer Španija i Portugal nakon ulaska u EU morale da liberalizuju svoje restriktivne zakone o stranim investicijama. Na drugoj strani za osam novih članica iz istočne Evrope (Češka, Estonija, Litvanija, Letonija, Poljska, Slovačka, Bugarska i Rumunija) ostavljen je prelazni period u kojem im je dozvoljen preferencijalni tretman investitora iz SAD u skladu sa njihovim ranije preuzetim obavezama u bilateralnim aranžmanima sa SAD. Ovo je učinjeno iako je to nekonzistentno sa obavezama zemlje člana Evropske Unije. Vidi*: US-EU Bilateral Investment Understanding for Accession Countrie*s, od 22. septembra 2003.

Najčešći metod pomoću koga kompanije iz jedne zemlje članice otpočinju svoje poslovanje u drugoj zemlji članici je kroz otvaranje kancelarije, agencije, filijale odnosno podružnice. Ako pak kompanija iz jedne zemlje članice nastoji da uđe u drugu na „sekundarni" način onda mora pokazati realnu i kontinuiranu vezu sa ekonomijom zemlje članice da bi ostvarila prednosti od ovoga prava.[45]

Jasno je iz člana 48. da pravo osnivanja i pravo poslovanja u drugoj zemlji članici mogu uživati samo kompanije koje su osnovane u skladu sa zakonima zemalja članica i koje imaju upravu i glavno mesto poslovnih operacija u okvirima Unije. To je dovoljno široko tumačenje da se odvoje filijale osnovane u zemljama Unije od kompanija koje nemaju centralu u nekoj od zemalja Unije. Ugovor ne garantuje ova prava kompanijama koje nemaju pravno priznato prisustvo u zemljama Unije u smislu člana 48. To znači da naprimer kompanije iz SAD ili Japana nemaju pravo da se pozivaju na Ugovor ako im se ne dozvoli poslovanje u Uniji. Ali istovremeno na drugoj inostrani u odsustvu zajedničke politike Unije prema inostranim investicijama zemlje članice imaju diskreciono pravo odlučivanja prema investitorima van Unije. Generalno pak, članice Unije vode „*open door*" politiku prema inostranim investicijama tako da postoje male realne opasnosti da investitori van Unije budu u lošijem položaju u odnosu na one iz Unije.

No, u nekim osetljivim sektorima Evropska Unija ipak sprovodi neke mere opreza prema inostranim investitorima. Tako naprimer na području finansijskih usluga firme koje nisu sa područja Unije mogu računati na identičan tretman u Uniji koji kompanije iz Unije imaju u njihovim zemljama. No, ove mere su na određeni način ublažene primenom koncepta reciprociteta baziranog na standardima „nacionalnog" tretmana inostranih investicija.[46]

Isti pristup je primenjen i u nekim drugim dokumentima Unije[47] gde se ne spominju posebno kompanije iz zemalja van Unije pa se prema tome proizilazi da se prema njima i ne primenjuje poseban tretman.[48]

IV

„Nacionalni tretman" je takav tretman prema kome inostrani investitori neće uživati lošiji tretman od domaćih investitora koji su angažovani

[45] Vidi: *General Program for the Abolition of Restrictions on Freedom of Establishment*, Official Journal of European Communities Special Edition, 1986.

[46] Vidi: Muchlinski, op.cit. str. 247.

[47] *Investment Services Directive.*

[48] *European Commission Amended Proposal*, COM, 2006.

u istoj vrsti poslovne aktivnosti.[49] Na ovaj način se žele osigurati da uslovi konkurencije inostranih i domaćih investitora budu isti. Ali treba istaći da ovo ponekad može biti ispod minimuma zaštite koji je predviđen međunarodnim standardima o zaštiti investicija. No, na drugoj strani „nacionalni tretman" obezbeđuje maksimum zaštite koji je moguć prema zakonima zemlje domaćina.[50]

U praksi je ipak moguće da inostrani investitor bude tretiran lošije nego domaći zato što da bi bio tretiran jednako on mora dokazati nekoliko činjenica. Prvo inostrani investitor mora dokazati da postoji domaći investitor u istoj vrsti poslovne aktivnosti. Drugo da je on tretiran manje povoljno ili lošije nego njegov domaći konkurent i treće, možda najvažnije, da ta razlika u tretmanu ima diskriminatorni karakter. Prema gledištu OECD-a ključni elemenat za utvrđivanje činjenice o diskriminatornom tretmanu je da je manje povoljan tretman barem delom prouzrokovan činjenicom da se kompanija nalazi u stranom vlasništvu. Na drugoj strani Deklaracija OECD-a o inostranim investicijama ne smatra manje povoljnim tretman stranog investitora ako je on posledica potrebe održavanja javnog reda, zaštite ključnih nacionalnih interesa i ispunjenja zahteva za održavanje svetskog mira i bezbednosti.

Prema Komitetu OECD-a za strane investicije i multinacionalne kompanije „nacionalni tretman" u sebe uključuje pet glavnih elemenata: dostupnost javnih sredstava, poreske obaveze, vladine porudžbine i mogućnost ugovaranja sa javnim sektorom, investicije posle formiranja kompanije u stranom vlasništvu i pristup kreditima lokalnih banaka i lokalnom tržištu kapitala.[51]

Tretman po standardu „najpovlašćenije nacije"[52] je široko prihvaćen u ugovorima u kojima države jedna drugoj garantuju recipročna prava. No, ovaj tretman nije priznat kao obavezno korišćeni princip u međunarodnom pravu.[53] To znači da njegova primena zavisi od ugovora čiji je deo. Tretman po standardu najpovlašćenije nacije treba da osigura stranom investitoru ravnopravan tretman na tržištu sa investitorima poreklom

[49] *OECD- Declaration on International Investment and Multinational Enterprises*, 27. juni 2000, čl. 22.

[50] J.P. Laviec, *Protection et Promotion Des Inestissements*: Etude de Droit Intarnational Economique, PUF, 1985, str. 96.

[51] *The OECD Declaration and Decisions on International Investment and Multinational Enterprises,* Paris, 1992, str. 27.

[52] Po ovom principu povlasticu koja je data kapitalu iz jedne zemlje imaju pravo da uživaju i kapitali poreklom iz drugih zemalja. Ovo je svojevremeno bio glavni princip funkcionisanja GATT-a, a danas je osnova Svetske trgovinske organizacije.

[53] G. Schwarzenberger, *International Law and Order*, u: Stevens, 1971, str. 137-38.

iz drugih zemalja. U bilateralnim sporazumima o investicijama je često slučaj da se u istom članu kombinuju tretman po standardu „najpovlašćenije nacije" i „nacionalni tretman". To za posledicu ima da investitor može iskoristiti tretman po standardu najpovlašćenije nacije, u slučaju da je investitoru iz neke treće zemlje ponuđen tretman koji je povoljniji od tretmana koji bi uživao po standardima „nacionalnog" tretmana.

„Fer i pravičan" tretman nije lako definisati, jer sam pojam u sebi sadrži pretpostavke za moguće različito razumevanje. U *Concise Oxford Dictionary* „fer" je definisan kao „nepristrasan, pravičan i u skladu sa pravilima"[54]. Potreba da se osigura dobra investicija je jedna strana ovoga standarda. Na drugoj inostrani je obaveza i pravo zemlje domaćina da reguliše i usaglasi ulazak stranog kapitala sa javnim interesom. Ovo pravo je ispred svakog ograničenja koje mu može biti nametnuto kroz međunarodne sporazume.

Znači kod fer i pravičnog tretmana nužno je izbalansirati ova dva cilja. Suviše visok stepen zaštite inostranih investitora može proizvesti utisak da je ugrožen nacionalni suverenitet, i prenešen na međunarodne tribunale čije odluke mogu ograničiti regulatorna prava organa zemlje domaćina. Na drugoj strani premnogo diskrecionih prava zemlje domaćina može za rezultat imati stvaranje utiska o lošoj investicionoj klimi u zemlji barem kod dela investitora.

Najveći broj bilateralni sporazuma o inostranim investicijama sadrži klauzule koje garantuju kompenzaciju stranom investitoru za gubitke koji bi bili izazvani u slučaju izbijanja oružanih konflikata i unutrašnjih nereda u zemlji. To ipak ne znači uspostavljanje apsolutnog prava na kompenzaciju. Oni uglavnom garantuju da će inostrani investitor u pitanjima eventualne kompenzacije biti tretiran u skladu sa „nacionalnim" ili pak „fer i pravičnim" principom. Najveći broj bilateralnih sporazuma garantuje slobodan transfer sredstava dobijenih kao kompenzacija u zemlju porekla investitora.

V

Vlade razvijenih zemalja su razvijale i određene mere i postupke za davanje garancije investitorima. Mogućnost eksproprijacije, naprimer, bez obzira da li bi ona bila posledica političkih promena ili nekih drugih okolnosti naprimer značajno povećava troškove investicije. Naravno da se ovi troškovi mogu smanjiti osiguranjem od političkih rizika. Ova vrsta rizika može biti pokrivena i privatnim osiguranjem, iako nije uvek lako kvantifikovati rizik koji je prisutan.

[54] *Concise Oxford Dictionary*, Oxford, Clarendon Press, 1990, str. 420.

Da bi se osigurale od postojećih političkih rizika vlade zemalja izvoznica kapitala pomažu preko javnog sektora stvaranje organizacija najčešće u mešovitom vlasništvu koji imaju za zadatak da pokriju bar deo rizika investiranja u inostranstvu. Takve organizacije su tradicionalno usmerene na zemlje uvoznice kapitala i obično se tretiraju kao deo programa pomoći inostranstvu. One su ustvari mnogo više od obične institucije za osiguranje od rizika. Po pravilu one su deo ekonomske i razvojne politike zemlje izvoznice prema inostranstvu.

Jedan od primera takve organizacije je i Odsek za garantovanje izvoznih kredita u Velike Britanije[55] (*ECGD*).[56] Prema praksi ovog organa svako lice koje posluje u Velikoj Britaniji, ili lice čija je kompanija direktno ili indirektno kontrolisana od njega podobno je za zaštitu prilikom investiranja u inostranstvu. Pokriće se daje samo u slučaju ako je direktna investicija u inostranstvu pretrpela direktne ili indirektne gubitke usled eksproprijacije, restrikcije u povraćaju kapitala ili neizvršenja ugovora.[57] Posle analize poslovanja agencije izvršene od strane vlade tokom 1999. i 2000. *ECDG* sada mora kao kriterijume uzeti i održivi razvoj, promociju ljudskih prava kao i dobro upravljanje.[58]

Inače prvi nacionalni program ove vrste je bio institucionalizovan u SAD 1948. Njegov smisao bio je da ponudi garancije za investicije usmerene na obnovu posleratne Evrope. Kasnije je nastala američka Agencija za međunarodni razvoj *(AID*) pre svega sa ciljem da garantuje investicije u zemljama u razvoju.[59] Posle dužeg razmatranja poslovanja *AID*-a predloženo je formiranje nove agencije i tako je nastala *Overseas Private Investment Corporation (OPIC*).[60]

OPIC nudi podršku za nove investicije, učešće u privatizaciji, kao i modernizaciji i razvoju postojećih postrojenja, pod pretpostavkom da se ove investicije realizuju u „podobnim" zemljama, koje imaju potrebe za razvojnom pomoći i da ove investicije podstiču razvoj privatnog sektora i konkurencije. Uticaj projekta koji konkuriše za podršku, na okolinu takođe je jedan od parametara. *OPIC* ne podržava projekte koji deluju loše na čovekovu okolinu, ali i na bezbednost na radu i zdravlje zaposlenih. Minimalni standardi prava zaposlenih takođe moraju biti ispoštovani, kao i praktična borba protiv korupcije zasnovana na zakonu.

---

[55] *UK Export Credit Guarantee Department*.

[56] Vidi: *UK Export and Investment Guarantees Act 1991*, str. 1 i 2, 1991.

[57] Vidi: *ECDG`s Business Principles*, Dec. 2000.

[58] Department of Trade and Industry *Review of ECDG`s Mission and Status,* London jul 2000.

[59] *Agency for International Development*.

[60] *OPIC* je nastala kao rezultat Foreign Assistance Act 1969.

OPIC daje garancije za investicije samo uz pretpostavku postojanja punog poverenja u vladu SAD. To između ostalog pretpostavlja zaključenje odgovarajućeg sporazuma sa vladom zemlje domaćina.

Kao dodatak navedenim nacionalnim merama Svetska banka je 1985. ustanovila Multilateralnu agenciju za garanciju investicija (*MIGA*)[61] čime je počelo uspostavljanje multilateralnog sistema garancija protiv političkih rizika u zemljama domaćinima. Agencija je takođe nudila i tehničku pomoć zemljama u razvoju radi poboljšanja uslova za investiranje.

Radi obezbeđenja od političkih rizika prema osnovnoj šemi Agencije sve zemlje članice Svetske banke su dužne da se plaćaju doprinos za MIGA u skladu sa svojim učešćem u kapitalu banke. Zauzvrat MIGA nudi garancije za rizike investicije koje mogu proizići iz sledećih slučajeva: restrikcije u transferu deviza, eksproprijacije i sličnih mera, nepoštovanja ugovora, rata i građanskih nemira.[62]

Na drugoj strani garancije ne pokrivaju mere koje vlade zemlje domaćina sprovode u javnom interesu radi regulacije ekonomskih aktivnosti na svojoj teritoriji. To su na primer mere koje vlade mogu sprovoditi na svojoj teritoriji radi uvođenja opštih poreza, kontrole cena, kao i propisa koji regulišu zaštitu okoline i radne odnose, ali i mere koje se preduzimaju radu zaštite javnog reda.

Ugovor o garanciji za investiciju koji se sklapa sa MIGA specifikuje obim garancije. Može se zaključiti kompletna ili parcijalna zaštita od gubitaka. Investicije koje mogu biti uključene kao predmet ugovora su kako zajedničke tako i one direktne investicije koje nemaju taj karakter. U svim slučajevima investicija mora imati ugovoreno trajanje od najmanje tri gocine i zavisiti u principu od visine proizvodnje i profita u investicionom projektu. Predmet garancije mogu biti kako investicije izražene u novcu tako i one u stvarima. No izuzetno je značajno istaći da jedino nove investicije mogu biti predmet garancije MIGA.

Investitori mogu biti kako kompanije tako i fizička lica iz zemlje članice Svetske banke. Za fizička lica uslov je da moraju biti državljani zemlje članice koja nije mesto realizacije investicije. Za pravna lica je uslov da moraju imati glavno mesto poslovanja u zemlji članici, ili pak većinski deo njihovog kapitala mora biti u vlasništvu državljana zemalja članica, s tim da to ponovo ne važi za državljane zemlje realizacije investicije. Dodajni uslov za pravna lica je da posluju po tržišnim principima bez obzira u kom obliku svojine se kompanija nalazi.

---

[61] *Multilateral Investment Guarantee Agency*.

[62] Akt o osnivanju MIGA članovi 4-10.

Uslov za garanciju investicije je i da ona mora biti realizovana na teritoriji zemlje u razvoju koja je zemlja članica Banke.[63] Garancija se ne daje dok vlada zemlje domaćina ne izda garancije protiv rizika koje pokriva MIGA.

Zahtev za naknadu investitoru nastalu usled okolnosti predviđenih ugovorom se prosleđuje MIGA, a odobrava ga Upravni odbor u skladu sa opštim smernicama poslovanja. Uslov za podnošenje zahteva za nadoknadu od MIGA je da je on prethodno podnešen i vlastima zemlje domaćina.

[63] Akt o osnivanju MIGA član 14.

Đorđe Popov, Ph. D., Full Professor
Novi sad School of Law

Encouragement and Control of Foreign Investment

Abstract

At the beginning we are described the major techniques of inward investment control that have been used by host states. Both economically advanced and less developed countries are turning away from the strict regulation of foreign ownership and control of investment and are permitting such investment on less stringent terms. The remaining prohibitions on foreign investment are to be found in sectors of the national economy important to national security. In this connection, the question remains whether states are willing to extend the meaning of „national security" to include „national economic security".

The chapter of the paper has considered policies of investment liberalization and promotion both at the level of unilateral measures undertaken by host states and at the bilateral, regional and multilateral levels. The removal of host state controls cannot automatically guarantee adequate levels, or useful kinds, of inward investment. Regional bodies such as the EC have been willing to reduce barriers to direct investment within their territories.

In addition to national schemes, the World Bank Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) establishes a multilateral system for investment insurance against political risks in the host state. All member states of the World Bank are eligible to joint MIGA on payment a share subscription. MIGA will offer investment guarantees against loss resulting from one or more of the following types of risks: restrictions on currency transfer outside the host country, expropriation, breach of contract, and war and civil disturbance.

Originalni naučni rad 342.36(091)

Dr Srđan Šarkić, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

SHVATANJA ATANASIJA IZ ALEKSANDRIJE O MONARHIJI[1]

***Sažetak*:** *U radu se razmatraju ideje o monarhiji, koje je u nekoliko svojih dela, različite sadržine, izneo Atanasije iz Aleksandrije, jedan od najznačajnijih crkvenih otaca iz četvrtog veka. Mada su Atanasijeva dela, pre svega teološke sadržine, u njima se mogu naći i zanimljive ideje o autorovim pogledima na različite oblike vladavine i državnog uređenja. Iako se protivi mešanju carske vlasti u crkvena pitanja i crkvenu politiku, Atanasije smatra da je monarhija ipak najbolji oblik vladavine.*

***Ključne reči*:** *Atanasije iz Aleksandrije, Konstantin, Arije i Arijanstvo, pagani, Evsevije iz Nikomedije.*

Atanasije iz Aleksandrije **(Αθανάσιος)**, jedan od najznačajnijih crkvenih otaca iz IV veka, rođen je 293. ili 295. godine, najverovatnije u Aleksandriji.[2] Podataka o njegovim roditeljima i detinjstvu, gotovo da i nema. Izgleda da je još u ranoj mladosti bio u tesnoj vezi sa tada čuvenim pustinjakom, patrijarhom Antonijem, bilo kao njegov učenik, bilo kao sa-

[1] Rad je posvećen projeku *Pravo Srbije u evropskoj perspektivi* br. 149042 koji finansira Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije.

[2] Iz ogromne literature o Atanasijevom životu upućujem na nekoliko najvažnijih radova: X. Le Bachelet, *Athanase (Saint), Dictionnaire de Theologie Catholique,* tome 1, Paris 1909, col. 2143-2178; N. H. Baynes, *Athanasiana, The Journal of Egyptian Archaeology,* vol. XI, London 1925, pp. 58-70; G. Bardy, *Athanase d'Alexandrie (Sainte), Dictionnaire d'Histoire et de Geographie ecclésiastique,* tome 4, Paris 1930, col. 1314-1340. Navedeni radovi sadrže i detaljan spisak literature o Atanasiju iz Aleksandije, objavljene do 1930. godine. Detaljan spisak literature može se naći i u predgovoru knjizi *Athanase d'Alexandrie, Apologie pour sa fuite,* ed. Jan-M. Szymusiak, Paris 1958, *Sources chrétiennes 56,* pp. 80-85.

drug u asketskom životu u pustinji.[3] Za sve to vreme bio je vezan za aleksandrijsku crkvu i nakon šest godina službe postao je sekretar patrijarha Aleksandra, koji se na tom položaju nalazio od 312. godine. Iz tog perioda potiču Atanasijevi spisi ***Protiv pagana*** **(Κατὰ ’Ελλήνων)**[4] i ***O očovečenju Reči*** **(Περι τῆς ’Ενάνθρώπησεως τοῦ λογοῦ).** Kada je između 318. i 320. godine izbio spor oko Arijevog učenja,[5] Atanasije se nije nimalo dvoumio i njegovo ime nalazimo među đakonima koji su potpisali encikliku patrijarha Aleksandra, upućenu ostalim episkopima. Od tog trenutka su arijanci zamrzeli Atanasija. Ubrzo nakon toga, Atanasije je, sa svojim već ostarelim episkopom Aleksandrom, prisustvovao Prvom vaseljenskom saboru hrišćanske crkve 325. godine u Nikeji (danas Iznik u Turskoj), gde se istakao kao vatreni branilac nikejskog učenja.

---

[3] Videti *Vita Antonii, praef. Patrologiae Cursus Completus, Series Graeca* (u daljem tekstu P. G.)*,* ed. J. P. Migne, Paris 1857-1866, vol. 26, col. 840.

[4] Doslovan prevod naslova Atanasijevog spisa bio bi *Protiv Helena,* ili *Jelina,* kako stoji u starim srpskim tekstovima.. Međutim, izraz ’Ελληνες (Heleni, Jelini, odnosno Grci), ne označava, sve do propasti Vizantijskog carstva (1453), pripadnost grčkoj naciji, već pagane, zbog toga što stanovnici Istočnog Rimskog carstva (Vizantije) sebe nazivaju Ρωμαίοι (Romeji, odnosno Rimljani). Prema Epifaniju Kiparskom († 403) ’Ελληνισμός (Єlinьstvo, Jelinstvo, odnosno paganstvo) je jedna od četiri majke jeresi (uz Varvarstvo, Skitstvo i Judejstvo), koja potiče iz vremena Seruha, pradede Avramovog. Osnovne odlike Jelinstva su idolosluženje, mnogoboštvo i gatarstvo. Spis Epifanija Kiparskog o jeresima uneo je u celini Sveti Sava u 61. glavi svoga Nomokanona (Zakonopravila). Videti *Zakonopravilo ili Nomokanon Svetoga Save, Ilovički prepis 1262. godina, fototipija,* priredio M. Petrović, Gornji Milanovac 1991, 355 a.

[5] Arije je aleksandijaski prezviter, koji je oko 320. godine, pod nedovoljno razjašnjenim okolnostima, počeo da propoveda novo učenje o odnosu Reči (Logosa) prema Ocu. Osnovne ideje tog učenja su sledeće: Postoje u Svetom Trojstvu tri *ipostase* (pojavna oblika), potpuno heterogene i različite. Reč nije večita, samo je Otac ἀγεννητος (večan, nerođen) i ἀναρχος (bespočetan, pravi Bog), mada Reč prethodi stvaranju i stvorio ju je Otac, pre vremena, da bi mu služila kao instrument stvaranja. Ona je, dakle, kreacija, ali nije slična kao i druga stvaranja. Ona je savršena i promenljiva, ona je takođe Mudrost, stvorena prema slici večite mudrosti, koja nije ništa drugo nego Otac. Otac ju je stvorio kada je i kako je on to hteo, i to je delo njegove milosti. Nasuprot Ocu, Sin je po prirodi rođen (γεννητός) i postao je u vremenu, dakle nije večan (ἀναρχος). Tako su izrazi ἀγεννητος (nerođen) i γεννητός (rođen) suprotstavljeni jedan drugom, kao stvoren i nestvoren. „Sin nije uopšte jednak ni jedinosuštan (ὁμοούσιος) Ocu. U svojoj prirodi i u svojim svojstvima on je potpuno različit od Oca. Otac je nevidljiv za sina; sin ne posmatra niti poznaje potpuno Oca. Ono što on vidi i spoznaje u razmerama svojih snaga, je kao što ga i mi možemo spoznati u razmerama naših snaga. Sin ne poznaje potpuno svoju prirodu.“ Dakle, ni Sin, a još manje Sveti Duh nemaju nikakvih zajedničkih svojstava sa Ocem, jedinim pravim Bogom. Sin može biti Bog samo milošću ili netačnošću. Kada se dogodila inkarnacija (kada se Logos ovaplotio), Reč je uzela telo bez duše (ἀψυχον σῶμα ili ψυχή ἀλογος). Valja napomenuti da Arijevi spisi nisu sačuvani, već se njegovo učenje rekonstruiše na osnovu Atanasijevih govora u kojima je pobijao arijansku dogmu, što nikad ne može biti sasvim pouzdano.

Patrijarh Aleksandar je umro 17. aprila 328. godine,[6] a Atanasije ga je nasledio na episkopskom tronu, jer ga je Aleksandar na samrti, prema svedočenju crkvenog istoričara Sozomena, u Atanasijevom otsustvu, naznačio za naslednika.[7] Narod je izbor aklamacijom odobrio, a pravoslavni[8] episkopi su ga, uprkos izvesnoj opoziciji, potvrdili.

Ubrzo je za novog patrijarha počeo život pun borbi i trzavica. Napadi su najpre počeli protiv valjanosti njegovog izbora, a pošto je odbio da primi u versku zajednicu Arija i njegove pristalice, borba se nastavila. Pristalice Meletija,[9] saveznici Atanasijevog protivnika Eusebija iz Nikomedije,[10] su u Egiptu lansirali čitav niz optužbi protiv patrijarha, koje su sve bile lažne: da je opteretio Egipćane posebnim porezom u naturi prema kome su bili obavezni da aleksandrijsku crkvu snabdevaju platnom, a dažbinu pripisao carskoj vlasti. Prebacivano mu je da je čak bio umešan i u zločin veleizdaje, poklonivši zlatnu kutiju nekom buntovniku Filomenu. Među doljim otpužbama stajalo je i sledeće: Atanasijev izaslanik Makarije se našao kod izvesnog Ishirasa, lažnog sveštenika, da bi ga opomenuo i primorao da napusti položaj koji mu ne pripada. Atanasijevi protivnici su izmislili scenu svađe, u kojoj je Makarije, navodno, srušio oltar i spalio svete spise, zbog čega je aleksandijski patrijah pozvan krajem 330. godine u Nikomediju, da se pred carem Konstantinom opravda. Iako je u po-

---

[6] P. G. vol. 26, col. 1351.

[7] Sozomenos, *Historia ecclesiastica* II,17, P. G. 63, col. 176.

[8] Izrazi *pravoslavna* i *katolička* ne označavaju nikako u ovo vreme (IV – VI vek) Istočnu i Zapadnu crkvu, odnosno pripadnost jednoj ili drugoj. *Pravoslavna* je prevod grčkog izraza όρθόδοξος, koji je složen iz dve reči: όρθῶς = pravilno, tačno, i δοκέω = mislim, smatram, verujem, te otuda termin όρθοδοξία znači prava misao, pravoverje ili pravoslavlje. Nasuprot *ortodoksiji* (pravoslavlju) stoji *heterodoksija* = drugačije mišljenje (*inoslovije, inomislije, inoverje*), što dolazi od grčkog ἑτέρως = drugačije, i δοκέω = mislim. Izraz *katolička* dolazi od grčke reči καθολική, što znači vaseljenska, sveobuhvatna, celovita. Ova dva izraza nisu nikako u suprotnosti. Prvi se upotrebljava da označi karakter hrišćanske dogme, a drugi karakter hrišćanske crkve. Mnogo kasnije, posle rascepa od 1054. godine, uobičajiće se da izraz *pravoslavna* označava Istočnu, a *katolička* Zapadnu crkvu. Videti J. Popović, *Dogmatika pravoslavne crkve*, knjiga 1, Beograd 1980, str. 15 sq, i knjiga 3, Beograd 1978, str. 213 sq.

[9] Meletije je bio dvolični antiohijski patrijarh, čiji je dolazak na episkopski tron u Antiohiji izazvao rascep (šizmu), koji će potrajati 85 godina, podelivši vernike u tri tabora. Do izmirenja je došlo 415. godine, što je označilo kraj takozvane *Antiohijske* ili *Meletijeve šizme.* Detaljnije o tome videti F. Cavallera, *Le schisme d'Antioche (IV-V siècle),* Paris 1905; E. Amann, *Melèce d'Antioche, Dictionnaire de Theologie Catholique,* tome 10, Paris 1928, col. 520-531.

[10] Eusebije iz Nikomedije je bio vođa arijanske stranke u Carstvu, koji će 341. godine pokrstiti Ulfilu, prevodioca Biblije na gotski jezik i time prevesti Gote u arijansko hrišćanstvo. Ne treba ga pomešati sa njegovim savremenikom, Eusebijem iz Cezareje, čuvenim crkvenim istoričarem.

četku imao teškoća, uspeo je da ubedi cara u svoju nedužnost i vratio se u Aleksandriju sa Konstantinovim pismom, u kome ga ovaj naziva „božjim čovekom".[11] Ali, klevetnici su nastavili sa optužbama. Izmislili su da je Atanasije ubio Arsenija, jednog njihovog pristalicu i episkopa Hipsele, a kao dokaz priložili nečiju isečenu ruku. Konstantin je zadužio svog bratanca Dalmatija da ispita stvar. Ispostavilo se da je „ubijeni" potplaćen i da se krije u jednom manastiru. Atanasije je dobio ponovo od Konstantina blagonaklono pismo, koje mu je donelo pobedu u sporu i neposredno podčinjavanje meletijskog vođe Jovana Arkafa i Arsenija, „povampirenog" mrtvaca.[12]

No, borba je bila samo na kratko vreme obustavljena. Nakon neuspelog pokušaja Eusebijevih pristalica da dovedu Atanasija pred sabor držan 334. godine u Cezareji, uspeli su da dobiju od cara dozvolu za sazivanje novog sabora u Tiru (današnji Liban). Atanasiju je zapovedeno da se tamo pojavi. Na saboru, koji je počeo 11. jula 335, evsevijanci su se postavili kao sudije, a meletinci kao tužioci. Sve stare optužbe su ponovo pokrenute. Pred evsevijanskom većinom Atanasije se povukao i krenuo u Carigrad da traži od cara pravdu. Kada je stigao u prestonicu sačekala ga je bila već nova optužba, da je nameravao da spreči redovni godišnji dovoz žita iz Egipta u Carigrad i da time izgladni prestonicu. Ne saslušavši odbranu, car ga je poslao u progonstvo u Galiju, ali nije dozvolio da ga bilo ko zameni na aleksandijskom patrijaršijskom tronu.

U Triru,[13] gde je stigao 6. novembra 336, dočekali su ga sa najvećom blagonaklonošću najstariji Konstantinov sin Konstantin II[14] i episkop Maksimin. Istovremeno, aleksandrijski hrišćani su mu ostali verni, uporno odbijajući da prihvate Arija za patrijarha. Iste godine, Arije umire u Carigradu, ali car ni tada ne dozvoljava Atanasiju da se vrati. Usledila je uskoro i Konstantinova smrt (22. maja 337), te je patrijarhu dozvoljeno da se vrati u svoj rodni grad. Ušao je trijumfalno u Aleksandiju 23. novembra 337. godine.

Sledeće godine, ugledni patrijarh Antonije je došao u Aleksandriju da bi se otvoreno izjasnio protiv arijanaca i pružio podršku Atanasiju.

---

[11] *Apologia contra Arianos* 62, P. G. 25, col. 363.

[12] *Ibid.* 65, P. G. 25, col. 365.

[13] Grad u Nemačkoj (nemački Trier) u pokrajini Rheinland-Pfalz. Od vremena tetrarhije jedna od carskih rezidencija u kojoj je najpre boravio Konstancije Hlor, Konstantinov otac. Od svih nemačkih gradova najbogatiji spomenicima iz rimskih vremena.

[14] Najstariji sin cara Konstantina, koji je nakon očeve smrti 337. godine, zajedno sa najmlađim bratom Konstansom, upravljao zapadnim delom Carstva, ali samo do 340. godine, kada je umro. Istočnim delom Carstva upravljao je srednji Konstantinov sin – Konstancije II.

Meletinci i arijanci sa svoje strane, ohrabreni činjenicom da je na patrijaršijsku stolicu u Carigradu stupio Eusebije iz Nikomedije, započeli su ponovo sa neprijateljstvima. Pored starih, sročene su i nove optužbe: Atanasije je izazvao, pri svom povratku, krvave sukobe, jer je zauzeo položaj bez prethodnog odobrenja crkve. Za aleksandrijskog episkopa određen je arijanac Pistus. Krajem 338. godine upućeno je poslanstvo papi Juliju I (337-352), koje je trebalo da ga upozna sa optužbama protiv Atanasija i zatraži potvrdu naimenovanja Pistusa. Papa je smatrao da i optuženi treba da dobije mogućnost da se izjasni. Na to je Atanasije sazvao u Aleksandriji sabor od oko sto sveštenika, koji su dokazali njegovu nevinost. Nakon toga, papa je pozvao obe sukobljene strane u Rim, gde je stvar trebalo da bude ispitana.

U međuvremenu eusebijanci su nastavili sa borbom protiv Atanasija. Na saboru održanom u Antiohiji krajem januara ili početkom februara 339. godine, odredili su Grigorija iz Kapadokije za aleksandrijskog episkopa. Pripreme za njegovo rukopoloženje izazivaju nasilje. Atanasije, čiji je život bio ugrožen, uspeva da pobegne 19. marta i ostaje izvesno vreme sakriven u okolini grada, a zatim, posle Uskrsa (15. aprila) kreće za Rim. Krajem 340. godine izneo je svoju odbranu pred rimskim saborom, koji ga je posle detaljne istrage proglasio nevinim. Sa svoje strane, pristalice Eusebija, okupljeni u leto naredne godine u Antiohiji, potvrdili su Atanasijevo smenjivanje, a kanonima 4. i 12. istoga sabora, je trebalo da bude zauvek sprečen njegov povratak.

Izgnanik je proveo tri godine u Rimu, gde je stekao brojne simpatije, a prisustvo dvojice monaha koji su ga pratili, izazvalo je na Zapadu interes za monaški život. Za sve to vreme Atanasije je primao pisma iz Aleksandrije, koja su ga obaveštavala o arijanskim progonima, ali koja su bila puna izjava vernosti prema njemu.

Aprila ili maja 342. godine Atanasija je pozvao zapadni car Konstans u Milano i saopštio mu da želi, zajedno sa svojim bratom Konstancijem II, carem na Istoku, da sazove veliki sabor hrišćanskih episkopa oba dela carstva. Zajedno sa Osijem,[15] sa kojim se sreo u Galiji, Atanasije je otišao u Sardiku (današnja Sofija u Bugarskoj), gde ga je pravoslavna većina proglasila nevinim. Da bi se obznanila ta odluka, dva pisma su bila upućena: jedno sveštenstvu i vernicima Aleksandrije, drugo episkopima Egipta i Libije. Sa svoje strane eusebijanci, koji su se povukli u Filipopolj (današnji Plovdiv u Bugarskoj), bacili su anatemu

[15] Osije (rođen oko 256, umro posle 357), episkop Kordobe u Španiji, poreklom iz Egipta, bio je, za Konstantinova života, osoba carevog poverenja i izvršilac nekoliko važnih misija.

na sve episkope i njihove podstrekače. Ni progoni pravoslavnih nisu prestali na Istoku. Od Konstancija II, koji je nasuprot svome bratu Konstansu otvoreno štitio arijance, Eusebijeve pristalice su dobile dozvolu da uhapse i ubiju Atanasija i njemu najvernije episkope, ako pokušaju da se vrate u Aleksandriju. Atanasije odlazi u Naisus (*Naissus,* današnji Niš), gde je proslavio Uskrs 344, a zatim na Konstansov poziv stiže u Akvileju.[16]

Očevi iz Sardike su poslali caru Konstanciju II dva legata, koji su mu preporučivali da dozvoli Atanasiju povratak. Iz obzira prema svom bratu, Konstancije II je popustio. Smrt Grigorija iz Kapadokije, 26. juna 345, ubrzala je odluku. Ali, trebalo je tri puta zvati Atanasija da bi pristao. Pošto je napustio Akvileju, otišao je prvo u Trir kod cara Konstansa, svog zaštitnika, a zatim u Rim, gde ga je papa Julije primio uz puno počasti i dao mu vrlo laskavo pismo za stanovnike Aleksandrije. Zatim je krenuo na put i 345. se susreo sa Konstancijem II u Antiohiji. Car ga je lepo primio i opozvao sve ranije preduzete mere protiv patrijarha. Za vreme boravka u Antiohiji Atanasije je odbijao da razgovara sa arijanskim episkopom Leontijem. Odatle je preko Jerusalima, gde ga je srdačno dočekao episkop Maksim, krenuo ka Aleksandiji, gde se trijumfalno vratio 21. oktobra 346. Vernici su mu izašli daleko u susret.

Sledeće godine protekle su u sređivanju odnosa u crkvi i suzbijanju arijanaca, a mnogi bivši protivnici su se izmirili sa njim. Smrt cara Konstansa, koji je poginuo u borbi sa uzurpatorom Magnom Magnencijem (350), lišila je Atanasija moćnog zaštitnika. Konstancije II, zauzet ratom sa Magnom Magnencijem, ostaje u dobrim odnosima sa Atanasijem i hvali ga u svojim pismima, uveravajući ga da želi da Atanasije ostane zauvek na čelu aleksandrijske crkve.[17] Ali, posle Magnencijevog poraza 351. godine,[18] nova koalicija se oformila protiv Atanasija na čelu sa Leontijem iz Antiohije, Akakijem iz Cezareje, Valensom iz Murse (Osijek) i Urzasom iz Singidunuma (Beograd). Atanasije je nastojao da spreči buru, ali Konstancije II, koji se nakon Magnencijeve smrti 353. godine najzad oslobodio svake opasnosti, hteo je da mu se osveti za svu mržnju koju je potiskivao u sebi. Koalicija se služila svime da bi razjarila Konstancija protiv Atanasija. Optuživan je da je podsticao Konstansa protiv svog brata; zatim, da je Magnencijev čovek dolazio u Aleksandriju da pridobije

[16] Grad u današnjoj Italiji (italijanski Aquileia) u pokrajini Friuli, 35 kilometara severozapadno od Trsta. Od kraja trećeg veka sedište episkopa, koji se od 558. nazivao patrijarhom.

[17] *Apologia ad Constantium* 23, P. G. 25, col. 624.

[18] Konstancije je uspeo da savlada uzurpatora u krvavoj bici kod Murse (današnji Osijek u Hrvatskoj).

Atanasija za uzurpaciju, mada se on u tom slučaju držao lojalno, i još za neke druge stvari. U Rimu je papa Julije I, prijatelj i branilac Atanasijev umro 12. aprila 352. godine. Njegov naslednik Liberije podbadan je protiv Atanasija od strane eusebijanaca.

Atanasijevo smenjivanje je već bilo pripremljeno, ali je on, držeći se careve reči, u dva navrata (355. i 356) odbio careve ljude koji su hteli da ga odvedu, čekajući carevo naređenje. Ali, u noći između 8. i 9. februara 356, general Sirijan sa pet hiljada vojnika je upao u crkvu i primorao Atanasija da pobegne. Patrijaršijski tron je predat Georgiju iz Kapadokije, koji ga je zauzeo 24. februara 357. godine. Pošto se nekoliko dana krio po Aleksandriji, Atanasije je uspeo da pobegne u pustinju. Šta je tamo radio, teško je reći, jer se tu isprepliću istorija i legenda, ali izvesno je da je često menjao mesto boravka i da monasi nisu hteli da ga izdaju. Za sve to vreme ostao je duša antiarijevskog pokreta.

Nakon Konstancijeve smrti 3. novembra 361, Atanasije je iskoristio edikt, kojim je novi car-paganin Julijan, pozvao sve prognane hrišćanske episkope da se slobodno vrate. Aleksandrijska patrijaršijska stolica bila je tada upražnjena jer je narod uhvatio i zverski ubio Georgija iz Kapadokije (21. februara 362). U Aleksandiji je sazvan sabor, koji je istorijski značajan jer su na njemu izričito definisani stavovi prema arijancima.

No, Atanasije je bio isuviše vatreni hrišćanin da bi bio u milosti kod Julijana, vatrenog pobornika paganskih kultova, koji naređuje da ga 24. oktobra 362. ponovo proteraju iz Aleksandije. Ovo progonstvo će kratko trajati jer Julijan umire 26. juna 363. godine i nasleđuje ga hrišćanin Jovijan, čiji je dolazak na vlast značio novi Atanasijev trijumf. Vraća se ponovo 5. septembra u Aleksandriju gde sastavlja Jovijanu (koji ga inače neobično uvažava), spis o pravoslavnoj veri.[19] Ali, situacija se ponovo menja kada Jovijan iznenada umire u noći između 16. i 17. februara 346. godine.

Jovijanov naslednik na Istoku, arijanac Valens izdaje 5. maja 365. edikt kojim se ponovo proteruju episkopi koji su bili u izgnanstvu pod Konstancijem II, a koje je Julijan bio pomilovao. Aleksandrijski narod je pisao caru pismo sa molbom da im ostavi njihovog patrijarha, ali Atanasije shvatajući promenu napušta 5. oktobra tajno grad. Sledeće noći vojska je opkolila crkvu svetog Dionisija, u kojoj je Atanasije obično bivao, sa namerom da ga uhapsi. Ipak, molbe naroda i strah od zavere, primorali su Valensa da popusti i izda naređenje da se Atanasije više ne uznemirava.

[19] *Ad Iovianum de fide,* P. G. 26, col. 813 sq.

Vratio se u Aleksandriju 1. februara 366. godine, gde je mirno proveo ostatak života. Umro je 2. maja 373. godine.

Zbog svoje nepopustljivosti u borbi protiv arijanaca i za odbranu nikejskog simvola vere, Atanasije je još za života stekao veliki ugled. U istoriji hrišćanske crkve njemu, između ostalog, pripada i zasluga da se prvi otvoreno suprotstavio carskoj vlasti ističući da postoje dva carstva – zemaljsko i nebesko: carska vlast proteže se samo nad zemaljskim carstvom, te stoga carevi ne mogu da se mešaju u crkvena pitanja.

Atanasijevi mnogobrojni spisi su apologetski, dogmatski, istorijski i egzegetički. Svi su u službi njegove teološke borbe za odbranu verovanja, utvrđenog na saboru u Nikeji (325), o jedinosušnosti Boga Sina sa Bogom Ocem. Ali, u njima srećemo i Atanasijeva pravno-politička shvatanja u kojima nas uverava da nema boljeg oblika vladavine od monarhije, iako se protivio mešanju carske vlasti u crkvena pitanja. Iz njegovih govora izabrali smo nekoliko najkarakterističnijih odlomaka vezanih za pravno-političke probleme.

1. *Protiv pagana* (Κατά 'Ελλήνων).[20] Ovaj spis, koji se bavi odbacivanjem politeizma, nastao je oko 318. godine kao prvi Atanasijev rad. U njemu nalazimo shvatanje o monarhu koji je apsolutista, čija reč je zakon i čije prisustvo izazaiva poštovanje i poslušnost.

Oratio contra gentes 43:

„Da bismo razumeli na primeru jednu tako veliku stvar,[21] pretstavimo sebi sve što smo upravo rekli slikom velikog hora. Taj hor je sastavljen od različitih ljudi, dece, žena, staraca i mladića. I na znak samo jednog rukovodioca **(καθηγεμόνος),** svako peva prema svojoj prirodi i svojim snagama, muškarac glasom muškarca, dete kao dete, starac kao starac, mladić kao mladić, čineći svi jedan sklad **(πάντες δέ μίαν ἀποτελοῦσιν ἁρμονίαν).** Ili kao naša duša, koja u isto vreme pokreće sva naša čula prema svačijoj vrlini i u prisustvu takvog istog predmeta ih pokreće sve zajedno: oko da gleda, uvo da sluša, ruku da dodiruje, miris da oseća, ukus da proba, a često i druge delove tela, kao noge koje pokreće da hodaju. Ili, da bi se razumelo šta sam upravo rekao trećim primerom, to liči na osnivanje jako velikog grada, kojim upravljaju lično prefekt i car **(ἄρχοντος καὶ βασιλέως),** koji ga je osnovao. Kada je prisutan i kada

[20] *Oratio contra gentes* 43, P. G. 25, col. 85-88 = *Athanase d'Alexandrie, Contre les païens,* ed. P. Th. Camelot, Paris 1977, *Sources chrétiennes* 18 bis, pp. 194 -196.

[21] Vladavinu božanske reči (Logosa).

zapoveda, i kada sve posmatra, svi se pokoravaju; jedni idu u polje, drugi se žu-re da donesu vodu iz akvadukta **(ύδραγωγους);** neki drugi ide po n-amirni-ce, jedan se upućuje prema senatu **(έπί τήν βουλήν),** drugi prema skupštini **(έπί τήν έκκλησίαν),** sudija će suditi, magistrat će donositi zak-one **(ό δέ άρχων έπί τό θεσμοθετειν);** zanatlija radi svoj posao, mornar ide na more, stolar se baca na svoj rad, graditelj **(οικοδόμος)** gradi. Jedan ide u polje, drugi se vraća sa polja, jedni kruže oko grada, zatim ponovo ulaze. Sve se to obavlja u redu zahvaljujući prisustvu samo jednog upra-vnika **(άρχοντος)** i njegovim zapovestima. Ma koliko neznatno izgledalo ovo poređenje, treba ga šire uzeti i razumeti, a to je da se stvari tako odvi-jaju pri svakom stvaranju. Jedinim nagonom **(ρίπῆς)** i zapovešću Boga R-eči **(τοῦ Θεοῦ Λόγου),** sve stvari se stavljaju u poredak, svako radi ono što mu je blisko, i svi zajedno u isto vreme slede jedinstveni poredak."

U istom spisu Atanasije nešto dalje opisuje prednosti mira i poredka kojim upravlja idealni monarh. Atanasijeva ideja je odraz helenističkog shvatanja o vladaru kao živom ili oduhovljenom zakonu **(νόμος έμψυχος,** ***lex animata***).

Ibid. 38:

„Pošto u svetu postoji red, a ne nered **(άταξία),** srazmera a ne nesra-zmera, kosmos i harmonično jedinstvo kosmosa, a ne disharmonija, neop-hodno je da se razmisli i da se stvori predstava o tom gospodaru **(δεσπότου),** koji je sakupio i stegao sve te delove i stvorio od njih sklad. Iako je nevidljiv očima, moguće je počevši od poredka i sklada suprotnih delova, zamisliti rukovodioca, naredbodavca i cara svih bića **(άρχοντα καὶ κοσμήτορα καὶ βασιλέα).** U jednom gradu, satavljenom od mnogobrojnih i različitih stanovnika, malih i velikih, bogatih i siromašnih, mladih i starih, muškaraca i žena, vidimo upravljanje zapovešću **(εί θεωρήσαιμεν εύτάκτως οίκουμένης)** i različite stanovnike kako ipak žive među sobom u slozi; bogati nisu protiv siromašnih, ni veliki protiv malih, ni mladi protiv starih, već svi žive mirno u jednakosti; ako to vidimo, shvatićemo da pri-sustvo jednog upravljača prethodi slozi **(άρχοντος παρουσία τήν όμόνοιαν πρυτανεύει),** čak i ako ga ne vidimo. Jer nered je znak odsustva vlasti **(ή μέν γάρ άταξία άναρχίας έστί γνώρισμα),** dok red poznaje vođu **(ή δέ τάξις τόν ήγεμονεύοντα δείκνυσι)."**

2. ***Treći govor protiv arijanaca*** **(Κατά 'Αρείανων λόγος τρίτος),**[22] je sastavni deo četiri besede koje je Atanasije izgovorio od 356. do 361.

[22] *Oratio III contra Arianos* 5, P. G. 26, col. 332.

godine protiv pristalica Arijevog učenja. To su sa dogmatskog stanovišta najvažnija dela aleksandrijskog patrijarha u kojima se izlaže, pobija i odbacuje jeretičko učenje. Pored teoloških izlaganja govor sadrži i odlomak o kultu carskih slika, u čemu Atanasije ne nalazi ništa što bi bilo protivno hrišćanskom učenju.

Oratio III contra Arianos 5:

„Careva slika tako savršeno liči na njega da... ako bi neko poželeo da vidi cara, pošto je video sliku, slika bi mu ovo kazala: 'Ja i car smo jedno: jer ja sam u njemu, a on je u meni; što god vidiš u meni, vidiš i u njemu, i što si video u njemu, vidiš u meni.' Jer svako ko se klanja slici **(προσκυνῶν),** takođe se klanja i caru; slika je dakle, njegov izgled i njegov oblik **(μορφή καὶ είδος)."**

Već je rečeno da je Atanasije iz Aleksandrije bio prvi među hrišćanskim Očevima koji se energično suprotstavio carevom mešanju u crkvene stvari i time izričito razdvojio duhovnu od svetovne vlasti.[23] Reči koje je posudio od Osija, episkopa Kordobe, da bi izrazio svoje stavove nalaze se u njegovoj *Istoriji arijanaca,* nastaloj 357. ili 358. godine i upućene su caru Konstanciju II, pristalici i zaštitniku arijanstva.

Historia Arianorum ad monachos 44, P. G. 25, col. 745-748:

„Ne mešaj se u crkvene stvari **(είς τά έκκλησιαστικά),** niti nam izdaj naređenja u vezi sa tim; bolje uzimaj pouke od nas. Tebi je Bog poverio carsku krunu **(βασιλεία);** nama je poverio crkvu. Ko otme tvoju vrhovnu vlast **(άρχή),** povredиće božji poredak **(διαταξαμένῳ θεῷ);** isto tako, boj se ako potčiniš crkvu sebi, jer ćeš biti odgovoran za veliko nedelo. Napisano je: 'Dajte caru carevo, a Bogu Božje.'[24] Kao što mi ne smemo da vladamo svetom, ti nemaš vlast da uznemiravaš tamjan **(ούτε σύ τοῦ θυμιᾶν έξουσίαν έχεις)."**

---

[23] O tome detaljno videti: K. F. Haegel, *Kirche und Kaisertum in Lehre und Leben des Athanasius,* Borna – Leipzig 1933; K. M. Setton, *Christian Attitude towards the Emperor in the Fourth Century,* New York 1941, pp. 78-108; R. Bernard, *L'image de Dieu d'apres Saint Athanase,* Paris 1952; W. Schneemelcher, *Athanasius von Alexandrien als Theologe und als Kirchenpolitiker, Zeitschrift für die neutestamentliche Wissenschaft und die Kunde des Urchristentums 43,* 1950/51, pp. 242-256. Cf. H. Berkhof, *Kirche und Kaiser. Eine Untersuchung der Entstehung der byzantinischen und der theokratischen Staatsanffasung in vierten Jahrhundert,* Zürich 1947, pp. 126-135, 162-170.

[24] *Matt.* 22,21.

U istom spisu Atanasije ne poriče caru pravo da saziva crkvene sabore, ali pod određenim uslovima.

Ibid. 52, P. G. 25, col. 756:

„Ako je stvar episkopa da izdaju dekrete **(κρίσις),** zašto bi se to ticalo cara? Ako je carev posao da izriče pretnje **(άπειλή),** kakva je onda potreba za ljudima koje zovemo episkopima? Ko je ikada čuo za takve stvari? Kada je crkveni dekret dobijao potvrdu **(το κῦρος)** ili osporavanje **(τό κρῖμα)** od cara? Mnogi sabori su održani pre toga; mnogobrojni dekreti su bili izdati, ali nikad Očevi nisu odgovarali za njih pred carem; nikad se car nije mešao u poslove crkve."

U sledećem odlomku Atanasije napada Konstancija II, koji nameće svoju volju episkopima.

Ibid. 51, P. G. 25, col. 753-756:

„Zašto se on [Konstancije] toliko brine da arijanci, koji se ovde porfirijancima nazivaju,[25] pristupe crkvi i štiti ih, dok druge proganja.... Zašto se on pretvara da toliko brine o crkvenim kanonima, kada uvek protiv svih njih dela? Po kom kanonu izbacuje episkope iz dvora? Po kom kanonu vojnici zaposedaju crkve? Ko je naredio komesima[26] i nerazumnim evnusima[27] da počnu da se mešaju u crkvene stvari, ili da putem edikata proglašavaju odluke onih, koje nazivamo episkopima?"

---

[25] Cf. C. Th. XVI, 5,66, koji osuđuje carigradskog patrijarha Nestorija (vođu jeretičke sekte, po njemu nazvane *nestorijanci,* koja je osporavala svetoj devici tradicionalni naziv Bogorodica – θεοτόκος), kaže da se arijanci nazivaju i porfirijanci, prema Porfiriju *zbog sličnosti njihove bezbožnosti* (*ob similitudinem impietatis*). Porfirije, o kome je reč, je neoplatoničar iz Cezareje u Palestini ili iz Tira (današnji Liban) rođen 232. ili 233, umro između 303. i 305. Jedno vreme bio je sledbenik Plotina. Slovio je kao veliki erudita, mada je često menjao svoje stavove i mišljenja. Do kraja života je ostao žestoki protivnik hrišćana. Sastavio je spis *Protiv hrišćana* (Κατά Χριστιανῶν), koga su kasniji hrišćanski pisci napadali i odbacivali. Mada se arijanstvo ne može direktno izvesti iz Porfirijevog učenja, ta dva načina mišljenja su često dovođena u vezu. Videti o tome L. Vaganay, *Porphyre, Dictiopnnaire de Theologie Catholique*, tome 12*,* Paris 1933, col. 2555-2590.

[26] Komes (comes) je carski pratilac. Ustanovu carskih pratilaca (comitiva), kao neke grupe najpoverljivijih carevih ljudi, ustanovio je Konstantin. Kako se broj carskih pratilaca vremenom uvećavao, razvrstani su prema svom značaju u pratioce prvog, drugog i trećeg reda (comitiva primi, secundi et tertii ordinis). Od latinske reči comes nastalo je italijansko conte, engleski count, francuski comte, španski conde (sve u značenju grof), kao i slovenski izraz *kmet.*

[27] Evnusi su na dvoru najčešće zauzimali položaj nadzornika carske ložnice (*praepositus sacri cubiculi*) i za vlade slabih careva mogli su se uzdići do neslućene moći.

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

Athanasius of Alexandria on Monarchy

Abstract

Athanasius of Alexandria (c. 293 – May 2, 373), also known as **St Athanasius the Great**, **Pope Athanasius I of Alexandria**, and **St Athanasius the Apostolic**, (Greek: Αθανάσιος) was a theologian, Bishop of Alexandria, Church Father, and a noted Egyptian leader of the fourth century. He is best remembered for his role in the conflict with Arius and Arianism. At the first Council of Nicaea (325), Athanasius argued against Arius and his doctrine that Christ is of a distinct substance from the Father.

Although the works of Athanasius of Alexandria (*Apology Against the Arians, Four Orations Against the Arians, History of the Arians, Apology to Constantius, Apology for His Flight, Against the Heathen*) are basically of theological subjects, he also writes about monarchy considering it as the best form of government.

Originalni naučni rad 364.32:336.2(497.11)

Dr Mile Vranješ, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

PROBLEMI U FINANSIRANJU ZDRAVSTVENOG OSIGURANJA U SRBIJI[1]

Sažetak: *U radu je analiziran udeo javnih rashoda za zdravstvo po stanovniku; udeo javnih rashoda u procentima od ukupnih rashoda za zdravstvo; ukupna izdvajanja za zdravstvo; kao i neki problemi u finansiranju zdravstvenog osiguranja u Srbiji.*

Na temelju analize formulisani su predlozi za prevazilaženje teškoća u finansiranju zdravstvenog osiguranja.

Ključne reči: *Finansiranje, zdravstveno osiguranje, prihodi, rashodi.*

1. Uvod

U finansiranju zdravstvenog osiguranja u Srbiji prisutni su brojni problemi. Zajednički su im imenitelj veliki troškovi zdravstvenog osiguranja sa kojima nije lako izaći na kraj. Drugim rečima, dok na jednoj strani imamo preširoka zajemčena prava iz zdravstvenog osiguranja, na drugoj strani imamo nedovoljna sredstva kojima bi se ta prava realizovala. Iako su prethodnih godina prihodi Zavoda za zdravstveno osiguranje rasli kao rezultat nekoliko značajnih reformi sprovedenih u ovom sektoru, Fond za zdravstveno osiguranje beleži u proseku deficit od 0,2 procenta BDP-a. Ako tome dodamo i činjenicu da Zavod za zdravstveno osiguranje godišnje potroši oko 6 procenata BDP-a ili u proseku oko 14 procenata ukupne javne potrošnje[2], onda se dalji rad na reformi sistema zdrav-

[1] Rad je posvećen projeku *Pravo Srbije u evropskoj perspektivi* br. 149042 koji finansira Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije.

[2] Bilten javnih finansija, za mesec avgust 2008, br. 48., str. 24. i 67. Beograd, oktobar 2008, Republika Srbija, Ministarstvo finansija. Obračun autora.

stvenog osiguranja nameće kao jedan od prioriteta . Do sada je deficit Zavoda za zdravstveno osiguranje uglavnom finansiran transferima iz republičkog budžeta, što svakako nije održivo rešenje.

Pre nego što se pristupi problemima finansiranja zdravstvenog osiguranja u Srbiji, zanimljivo bi bilo osvrnuti se na izdvajanja za zdravstvo u Srbiji i u nekim zemljama. Na temelju navedene analize skiciraće se mogući pravci i putevi za prevazilaženje teškoća na području finansiranja zdravstvenog osiguranja u Srbiji.

2. Izdvajanja za zdravstvo

Postavlja se pitanje koliki su rashodi za zdravstvo, koliki je udeo javnih rashoda u ukupnim rashodima za zdravstvo i kolika su ukupna izdvajanja za zdravstvo u Srbiji u poređenju s nekim drugim zemljama. Da bismo odgovorili na navedena pitanje, potrebno je dati brojčane pokazatelje o tome.

Tabela 1. Rashodi za zdravstvo u nekim zemljama[3]
Ukupni rashodi za zdravstvo po glavi stanovnika (u američkim dolarima**)**

	1998.	**2000.**	**2002.**	**2004.**	**2006.**
Austrija	2650	2867	3071	3398	3545
Bugarska	289	386	552	655	741
V. Britanija	1942	2265	2566	2885	3122
Danska	2176	2378	2696	3030	3349
Italija	1830	2053	2224	2405	2623
Kanada	2315	2509	2867	3217	3672
Mađarska	763	852	1114	1315	1382
Nemačka	2482	2671	2936	3166	3328
Poljska	559	583	733	808	910
SAD	4112	4570	5305	6014	6714
Slovačka	584	603	730	1058	1235
Slovenija	1226	2930	3755	4457	2065
Srbija	304	244	332	395	525
Francuska	2252	2492	2862	3211	3554
Holandija	2053	2336	2833	3002	3383
Hrvatska	676	855	852	974	1084
Češka	926	980	1195	1388	1496
Švajcrska	1569	1846	2164	2506	2784
Švedska	1982	2283	2597	2964	3119
Španija	1383	1536	1746	2097	2388

[3]. www. Who. int /whosis

Izneti podaci dovoljno jasno i uverljivo pokazuju da su u svim posmatranim zemljama porasla izdvajanja za zdravstvo po stanovniku u periodu od 1998. do 2006. godine, izuzev Srbije, gde su oni 2000. godine bili smanjeni u odnosu na 1998. godinu, i Slovenije gde su 2006. bili znatno smanjeni (čak za više od 50%) u odnosu na 2004. godinu. Navedeni porast je posebno visok u Bugarskoj, Mađarskoj, Velikoj Britaniji, Holandiji i Češkoj. U Srbiji je ovaj porast neznatan. Za razliku od drugih zemalja u kojima su izdvajanja za zdravstvo po stanovniku (u američkim dolarima) značajna, u Srbiji takva izdvajanja ne postoje. Drugim rečima, Srbija je na poslednjem mestu po izdvajanju za zdravstvo po glavi stanovnika. Izdvajanja za zdravstvo u Srbiji 2006. godine iznosila su svega 525 američkih dolara po stanovniku.

Tabela br. 2 prikazuje procentualni udeo javnih rashoda u ukupnom rashodu za zdravstvo.

Tabela 2. Rashodi za zdravstvo u nekim zemljama[4]
Procenat javnih rashoda u ukupnim rashodima za zdravstvo

	1998.	**2000.**	**2002.**	**2004.**	**2006.**
Australija	66,4	67,0	66,6	66,9	67,2
Austrija	75,7	75,9	75,4	75,6	77,0
Bugarska	68,3	58,7	59,6	60,5	59,8
V. Britanija	80,4	80,9	83,4	86,3	87,4
Danska	82,0	82,4	82,9	83,5	84,0
Italija	70,4	72,5	74,5	75,8	77,1
Kanada	70,7	70,4	69,6	70,3	70,4
Mađarska	74,8	70,7	70,2	70,5	70,8
Nemačka	80,1	79,7	79,2	76,9	76,6
Poljska	65,4	70,0	71,2	68,6	69,9
SAD	44,0	43,7	44,6	44,8	45,8
Slovačka	91,6	89,4	89,1	73,8	73,9
Slovenija	75,5	74,0	72,9	73,5	73,0
Srbija	67,3	67,4	70,7	71,6	71,0
Francuska	78,6	78,3	78,6	79,4	79,7
Holandija	64,1	63,1	62,5	64,5	81,8
Hrvatska	87,0	86,1	74,2	80,7	80,1
Češka	90,4	90,3	90,5	89,2	87,9
Švajcrska	54,9	55,6	57,9	58,5	60,3
Švedska	85,8	84,9	85,5	81,8	81,2
Španija	72,2	71,6	71,3	70,9	72,5

Iz gornjeg prikaza se vidi da je u svim navedenim zemljama, osim u Sjedinjenim Američkim Državama, procenat javnih rashoda u ukupnim

[4] www. Who. int/whosis

rashodima za zdravstvo velik. On je posebno visok u Češkoj (87,9%) i Velikoj Britaniji (87,4%). U Srbiji je taj procenat u 2006. godini 71%. Potrebno je posebno istaći da se veliki udeo rashoda za zdravstveno osiguranje izdvaja putem javnog sistema osiguranja.

No, kako se posmatrane zemlje znatno razlikuju po bogatstvu i stepenu privrednog razvoja, potrebno je uporediti udeo rashoda za zdravstvo u BDP-u. U tabeli br. 3 daje se takav pregled.

Tabela 3. Ukupna izdvajanja za zdravstvo u 2006. godini (kao procenat bruto društvenog proizvoda)[5]

	2006.
Austrija	9,9
Bugarska	6,9
V. Britanija	8,4
Danska	6,5
Italija	9,0
Kanada	10,0
Mađarska	7,6
Nemačka	10,4
Poljska	6,2
SAD	15,3
Slovačka	7,0
Slovenija	8,4
Srbija	7,6
Francuska	11,1
Holandija	9,3
Hrvatska	7,5
Češka	6,8
Švajcrska	11,3
Švedska	8,9
Španija	8,1

Uočljivo je da izdvajanja za troškove zdravstva predstavljaju znatan deo BDP-a. Ukupna izdvajanja za zdravstvo u 2006. godini razlikuju se od zemlje do zemlje. Najveći udeo javnih rashoda za zdravstvo u BDP-u imaju Sjedinjene Američke Države (15,3%), Švajcarska (11,3%), Francuska (11,1%) i Nemačka (10,4%). Najmanji udeo javnih rashoda za zdravstvo u BDP-u imaju Poljska (6,2%), Danska (6,5%), Češka (6,8%) i Bugarska (6,9%). Srbija je u 2006. godini izdvajala za zdravstvo 7,6 procenata BDP-a. Zemlje u tranziciji izdvajaju za zdravstvo od 6 do 8 % BDP-a, a visoko razvijene zemlje od 8 do 11% BDP-a. Shodno tome, Srbija se

[5] www.Who.int/whosis

po izdvajanju za zdravstvo nalazi na gornjoj lestvici zemalja u tranziciji. No, navedeni podaci Svetske zdravstvene organizacije (WHO) za Srbiju bitno se razlikuju od podataka Ministarstva finansija Republike Srbije. Prema podacima Ministarstva finansija Republike Srbije, udeo javnih rashoda za zdravstvo u 2006. godini u Srbiji iznosi 5,8 procenata BDP-a, što se može videti iz podataka u narednoj tabeli, a to je gotovo za 2 procenta BDP-a manje od navedenih podataka Svetske zdravstvene organizacije, zbog čega se naša zemlja nalazi ispod donje lestvice izdvajanja za zdravstvo među zemljama u tranziciji.

Tabela 4. Prihodi i rashodi Republičkog zavoda za zdravstveno osiguranje [6]
U procentu BDP-a

	2003.	**2004.**	**2005.**	**2006.**	**2007.**
I Prihodi	5,8	6,0	6,2	6,0	6,2
II Rashodi	5,8	6,0	6,0	5,8	6,2
III Suficit/deficit (I-II)	0	0	0,2	0,2	0

3. Neki problemi u finansiranju zdravstvenog osiguranja

Pravni propisi kojima se uređuju prava i obaveze iz zdravstvenog osiguranja i sistem finansiranja zdravstvenog osiguranja u Srbiji su: Zakon o zdravstvenom osiguranju[7], Zakon o zdravstvenoj zaštiti[8], Zakon o doprinosima za obavezno socijalno osiguranje[9] i Statut Republičkog zavoda za zdravstveno osiguranje[10] .

Republički zavod za zdravstveno osiguranje sprovodi obavezno i dobrovoljno zdravstveno osiguranje.

Razlozi za postojanje obaveznog zdravstvenog osiguranja („prvi stub“) su, između ostalog, i u tome što je zdravlje pojedinca pitanje od opšteg značaja, odnosno predstavlja javno dobro i što pojedinci nemaju dovoljno znanja o potrebi i dobrim stranama zdravstvene zaštite. Dobrovoljno zdravstveno osiguranje („drugi stub“) pak, omogućuje da osiguranici individualno osiguravaju prava koja su predviđena osnovnim zdravstvenim osiguranjem.

---

[6] Bilten javnih finansija br. 48. za mesec avgust 2008., Beograd, oktobar, 2008., str. 24. i 67. Republika Srbija, Ministarstvo finansija. Beograd, 2008. Obračun autora.

[7] Službeni glasnik RS, br. 107/05, 109/05- isp.

[8] Službeni glasnik RS, br. 107/05.

[9] Službeni glasnik RS, br. 84/04, 61/05, 62/06.

[10] Službeni glasnik RS, br. 38/06, 25/07, 64/07. 99/07.

Zdravstveno osiguranje načelno pokriva dva rizika: (1) bolest (troškovi medicinskog zbrinjavanja i naknada plate za vreme bolesti) – lice koje oboleva smatra se primaocem usluga zdravstvenog osiguranja, (2) visoka starost – ko duže živi više će potraživati usluge zdravstva, jer učestalosti bolesti i troškovi koji pri tome nastanu rastu srazmerno starosti osiguranika.

Obaveznim zdravstvenim osiguranjem obezbeđuju se svim zaposlenima i drugim licima obuhvaćenim obaveznim zdravstvenim osiguranjem dva osnovna prava: (1) pravo na zdravstvenu zaštitu i (2) pravo na novčane naknade.

Zdravstveno se osiguranje finansira pomoću doprinosa za zdravstveno osiguranje. Finansiranje zdravstvenog osiguranja je bilo i ostalo oslonjeno na doprinose iz zarada i na zarade, kao svoj jedini oblik izvornih prihoda. Zbog svoje fragilnosti i direktnog uticaja na cenu rada, doprinosi za zdravstveno osiguranje sve su više iskazivali svoje slabosti kao izvor finansiranja najvažnijih zdravstvenih programa, što je i bio razlog za smanjenje stope doprinosa za zdravstveno osiguranje. Bez obzira na navedene slabosti izvora finansiranja zdravstvenog osiguranja, doprinosi za zdravstveno osiguranje ostaće i dalje osnovni (ne i jedini) izvor finansiranja zdravstvenog osiguranja. Oko 80% zdravstva se finansira doprinosima za zdravstveno osiguranje, a ostalo se obezbeđuje iz budžeta porezima. Zbog toga se može se reći da srpski sistem zdravstva ima karakteristike mešovitog sistema finansiranja. Iako je reč o mešovitom sistemu finansiranja zdravstvenog osiguranja, izvor finansiranja gotovo je isključivo javan, jer se finansiranje ostvaruje većim delom iz doprinosa i poreza (transferi iz budžeta). Posebno je značajno ukazati na ovom mestu da samo trećina stanovništva plaća doprinose za obavezno zdravstveno osiguranje, dok dve trećine – penzioneri, članovi porodice, nezaposleni i drugo neaktivno stanovništvo ne plaćaju, iako na njih otpada više od dve trećine troškova zdravstva.

Zdravstveno osiguranje se finansira putem doprinosa za zdravstveno osiguranje i pokriva troškove zdravstvenih izdataka sredstvima prikupljenim u sistemu međugeneracijske solidarnosti. Suština sistema međugeneracijske solidarnosti, *pay as you go system,* jeste da se tekućim prihodima, doprinosima za zdravstveno osiguranje trenutno zaposlenih lica i poslodavaca, moraju finansirati rashodi i izdaci zdravstvenog osiguranja. Ovaj sistem funkcioniše tako što članovi sistema i njihovi poslodavci plaćaju doprinose za zdravstveno osiguranje iz zarada i na zarade. Aktivni osiguranici, korisnici penzija i in-

validnina, nezaposlena lica prijavljena Nacionalnoj službi za zapošljavanje i ostala osigurana lica, ostvaruju pravo na zdravstvene usluge utemeljeno na doprinosima za zdravstveno osiguranje koje uplaćuju zaposlena lica i poslodavci i iz tih sredstava se finansiraju rashodi i izdaci zdravstvenog osiguranja, kao npr. prava iz socijalnog osiguranja i rashodi za zaposlene. Prava iz zdravstvenog osiguranja ne zavise od obima ulaganja sredstava doprinosa za zdravstveno osiguranje. Ostvarivanja prava iz zdravstvenog osiguranja nema bez plaćenih doprinosa za zdravstveno osiguranje. Sredstva prikupljena ovim putem se ne zadržavaju, već se odmah koriste za finansiranje tekućih i kapitalnih izdataka, zbog čega ovde nema akumulacije kapitala, odnosno kapitalizacije doprinosa za javno zdravstveno osiguranje. U sistemu tekućeg finansiranja zdravstvenog osiguranja postojeće generacije zaposlenih obezbeđuju prava iz zdravstvenog osiguranja ne samo sebi, nego i članovima porodice, korisnicima penzija i invalidnina, nezaposlenim licima prijavljenim kod Nacionalne službe za zapošljavanje i ostalim osiguranim licima uplatom doprinosa za zdravstveno osiguranje na zarade i iz zarada. Sisitem tekućeg finansiranja zdravstvenog osiguranja, tj. sistem međugeneracijske solidarnosti dugoročno nije održiv zbog znatnog porasta troškova zdravstvenog osiguranja. Zdravstvo je, naime, istovremeno i radnoaktivna i kapitalnointenzivna delatnost, što se negativno odražava na ekspanziju troškova zdravstvene zaštite. Rashodi za zdravstvenu zaštitu su velikim delom investicije, a ne potrošnja.

Navedena dugoročna neodrživost finansiranja zdravstvenog osiguranja na bazi tekućeg finansiranja, to jest međugeneracijske solidarnosti, dovela je do toga da se finansiranje zdravstvenog osiguranja sve više okreće merama tržišno orijentisanog sistema u kome i osiguranici učestvuju u pokrivanju troškova svoje zdravstvene pomoći – bilo participacijom, direktnim učestvovanjem u troškovima nastalim njihovim zdravstvenim zbrinjavanjem, bilo plaćanjem premija dopunskog zdravstvenog osiguranja. Pri tome treba imati u vidu da u zdravstvu ponudu određuje vlastita potrošnja, što velikim delom onemogućuje primenu tržišnog mehanizma na zdravstvene usluge, kao i to da je socijalna komponenta zdravstvene zaštite izuzetno važna i osetljiva. Uvođenjem novih oblika zdravstvenog osiguranja javno zdravstveno osiguranje će se smanjiti.

Zanimljivo bi bilo osvrnuti se na strukturu prihoda i rashoda Republičkog zavoda za zdravstveno osiguranje što se može videti u sledećoj tabeli.

Tabela 5. Struktura prihoda i rashoda Republičkog zavoda za zdravstveno osiguranje [11]

Prihod/rashod/godina		**2003.**	**2004.**	**2005.**	**2006.**	**2007.**
1.	Socijalni doprinosi	71,3	70,5	67,7	71,1	72,1
2.	Donacije i transferi	6,1	3,3	2,7	0,0	2,3
3.	Ostali prihodi	22,6	26,2	27,5	27,0	25,6
4.	Primanja od zaduživanja	0,0	0,0	2,1	1,9	0,0
5.	Primanja od prodaje finansijske imovine	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
Ukupni prihodi i primanja		100,0	100,0	100,0	100,0	100,0
1.	Rashodi za zaposlene	0,9	1,0	1,0	1,2	1,4
2.	Korišćenje roba i usluga	1,6	1,0	0,4	0,5	0,5
3.	Otplata kamata	0,0	2,3	1,7	0,1	0,2
4.	Donacije i transferi	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
5.	Prava iz socijalnog osiguranja	97,4	93,9	96,7	98,1	97,5
6.	Ostali rashodi	0,1	0,1	0,1	0,1	0,1
7.	Kapitalni izdaci	0,0	0,0	0,1	0,1	0,3
8.	Otplata glavnice	0,0	1,7	0,0	0,0	0,0
9.	Nabavka finansijske imovine	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
Ukupni rashodi i izdaci		100,0	100,0	100,0	100,0	100,0

Iz prikazanog je očito da se u Republičkom zavodu za zdravstveno osiguranje po osnovu naplate doprinosa za zdravstveno osiguranje nalazi oko dve trećine ukupnih prihoda i primanja Zavoda, dok je učešće ostalih prihoda oko jedne četvrtine. Prihodi od donacija i transfera pokazuju trend smanjenja i iznose neznatnih 2,3% ukupnih prihoda u 2007. godini. Što se tiče strukture rashoda Republičkog zavoda za zdravstveno osiguranje, gotovo sve odlazi na prava iz zdravstvenog osiguranja. U 2007. godini prava iz socijalnog osiguranja učestvuju sa 97,5% u ukupnim rashodima i izdacima zdravstvenog osiguranja. Rashodi za zaposlene su na drugom mestu sa neznatnih 1,4%.

Rast uplaćenih doprinosa za zdravstveno osiguranje u odnosu na rast rashoda za zdravstveno osiguranje ima za posledicu pad učešća transfernih sredstava iz budžeta u prihodima Republičkog zavoda za zdravstveno osiguranje.

U domenu finansiranja zdravstvenog osiguranja gotovo da nije moguće mimoići neka pitanja. Na ovom mestu mi ćemo se pozabaviti nekim od tih pitanja.

Prvo od tih pitanja jeste *preširoko zajemčena prava iz zdravstvenog osiguranja*. Takva prava zahtevaju i adekvatna sredstva za njihovo finan-

[11] Bilten javnih finansija za mesec avgust 2008., br. 48, str. 67. Republika Srbija. Ministarstvo finansija. Beograd, 2008.

siranje. No, po pravilu tih sredstava nema dovoljno. Zbog toga je nužno revidirati prava iz zdravstvenog osiguranja. Revidiranje prava iz zdravstvenog osiguranja je moguće izvršiti na više načina, kao npr. participacijom, dopunskim osiguranjem. Srbija ne može imati isti obim zajamčenih prava iz zdravstvenog osiguranja kakva imaju razvijenije zemlje sveta.

Drugo od tih pitanja jeste *evazija* odnosno *izbegavanje plaćanja doprinosa za zdravstveno osiguranje,* što je posledica bujanja nelegalnog rada, odnosno sive ekonomije i što dovodi do nepovoljnih odnosa na području finansiranja zdravstvenog osiguranja. Ako se prava iz zdravstvenog osiguranja mogu ostvariti samo po uslovom da je dospeli doprinos za zdravstveno osiguranje plaćen, odnosno da bez plaćenog doprinosa za zdravstveno osiguranje nema overe zdravstvene knjižice, tj. ostvarivanja prava iz zdravstvenog osiguranja, postavlja se pitanje da li ona lica koja nisu u prethodnim godinama plaćali doprinose za zdravstveno osiguranje mogu ostvarivati prava iz zdravstvenog osiguranja? Smatramo da je potrebno doneti zakon o uplati doprinosa za zdravstveno osiguranje za osiguranike koji ranijih godina nisu plaćali doprinose za zdravstveno osiguranje, kao i da treba omogućiti osiguranicima koji sada plaćaju tekuće doprinose za zdravstveno osiguranje da overe zdravstvene knjižice, odnosno da mogu ostvariti prava iz zdravstvenog osiguranja.

Treće od tih pitanja jeste *nejednaka dostupnost kvalitativne zdravstvene zaštite* svim slojevima stanovništva. Naime, siromašno stanovništvo ima teži pristup kvalitativnj zdravstvenoj zaštiti, ne samo u korišćenju privatnih zdravstvenih usluga nego i u korišćenju javnih zdravstvenih usluga. Plaćanje participacije najviše pogađa upravo siromašne slojeve stanovništva.

Četvrto od tih pitanja jeste *fiskalna decentralizacija u zdravstvenom sistemu.* U fiskalno decentralizovanom zdravstvenom sistemu odgovornost za finansiranje se prenosi na lokalne zajednice. Navedeni proces fiskalne decentralizacije u zdravstvenom sistemu je započeo i valja ga obogaćivati.

Peto od tih pitanje jeste sistem *participacije* pacijenata u plaćanju troškova pregleda i lekova. Koliko god participacija bila nepopularno sredstvo u razvoju zdravstvene zaštite, čini se da stvarno utiče na smanjivanje /preteranog i/ili nepotrebnog) korišćenja zdravstvenih usluga, a da uopšte nepovoljno ne utiče na zdravstveno stanje stanovništva[12] . Pritome treba imati u vidu praksu da se često puta participacije u zdravstvu naplaćuju i onda kada nema osnova za to ili se naplaćuje u većim iznosima od

[12] Gullis, J.G. 1990. Perscription charges, Social Policy and Admininstration, 24, (2), 126-144; Jones, P. And Gullis, J., 2000. Individual Failure and Analyties of Social Policy. Jourland of Social Policy, 29)1),73-93.

propisanog. Najsiromašniji slojevi stanovništva trebalo bi da su oslobođeni plaćanja participacije u zdravstvu.

Nedovoljni učinci pružanja zdravstvenih usluga, posebno nedostupnost zdravstvene zaštite, povećani troškovi i izdvajanja za zdravstvo i nezadovoljstvo korisnika kvalitetom zdravstvenih usluga i njihovom dostupnošću i brzinom zahtevaju promene u zdravstvenom sistemu. Reforme u zdravstvu moraju biti u funkciji poboljšanja zdravstvenog položaja stanovništva i finansijske održivosti zdravstvenog sistema, privatizacije dela zdravstvenih kapaciteta, osnaženju primene zdravstvene zaštite i zdravstvenog sistema u celini i smanjenju znatnih razlika u dostupnosti zdravstvenih usluga. Reformama u zdravstvenom sistemu pokušava se rešiti pitanje nedovoljnog, odnosno neracionalnog finansiranja zdravstvenog sistema i upozoriti na potrebu većeg privatnog finansiranja. Glavni je izazov kako urediti odnos između obaveznog i dodatnog privatnog osiguranja i kako obezbediti da predloženo povećanje privatnog finansiranja ne ugrozi mogućnost jednakog pristupa zdravstvenoj zaštiti bolesnih i siromašnih.

U tom kontekstu, reforma sistema finansiranja zdravstvenog osiguranja, kao sastavni i nerazdvojni deo ukupne reforme zdravstvenog sistema, obuhvatila bi sva tri stuba zdravstvenog osiguranja.

U okviru „prvog stuba“ zdravstvenog osiguranja, reforma sistema finansiranja zdravstvenog osiguranja bi obuhvatila stope doprinosa za obavezno zdravstveno osiguranje, koje bi trebalo smanjiti za nekoliko procentnih poena. To bi dovelo do smanjenja prihoda po osnovu doprinosa za obavezno zdravstveno osiguranje. Zbog toga je potrebno navedeno smanjenje kompenzovati povećanjem budžetskih dotacija za zdravstvo. Budžetske dotacije za zdravstvo koristile bi se prvenstveno za zdravstvenu zaštitu dece, starijih lica i nezaposlenih, kao i za preventivu i promociju kampanje o zdravlju kao javnom dobru. Jačanjem dopunskog zdravstvenog osiguranja može se smanjiti stopa doprinosa za obavezno zdravstveno osiguranje.

Unutar „drugog stuba“ zdravstvenog osiguranja, tzv. dopunskog zdravstvenog osiguranja, reforma sistema finansiranja bi obuhvatila doplatu za zdravstvene usluge većeg obima i to od onih koji se mogu i žele dodatno osigurati.

U okviru „trećeg stuba“ zdravstvenog osiguranja, reforma sistema bi obuhvatila povećanje participacije pri korišćenju zdravstvenih usluga na oko 10% njihove cene.

Pri tome treba imati u vidu da finansiranje zdravstvenog osiguranja ne podrazumeva samo prihodnu stranu, već i rashodnu, tj. prava iz zdravstvenog osiguranja. Javni rashodi u zdravstvenom sistemu moraju takođe biti obuhvaćeni reformom.

4. Zaključak

Sprovedena analiza pokazala je svu složenost problematike finansiranja zdravstvenog osiguranja u Srbiji. Osnovni problem zdravstvenog osiguranja u našoj zemlji su njegovi veliki troškovi. Naše zdravstvo se uvek lomilo između preširoko zajamčenih prava iz zdravstvenog osiguranja i nedovoljnih sredstava kojima bi se finansirala ta prava

Ovakvo stanje u sistemu zahteva reformu našeg sistema finansiranja zdravstvenog osiguranja. Ova reforma treba da reši pitanje nedovoljnog, odnosno neracionalnog finansiranja zdravstvenog osiguranja i upozori na potrebu većeg privatnog osiguranja. Pri tome jedno od najsloženijih pitanja je kako urediti odnos između obaveznog zdravstvenog osiguranja i privatnog osiguranja i kako obezbediti da privatno finansiranje ne ugrozi mogućnost jednakog pristupa zdravstvenoj zaštiti bolesnih i siromašnih.

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

Problems regarding financing health insurance in Serbia

Abstract

The analysis proves the complexity of financing health insurance in Serbia. Main problems of health insurance in Serbia are its overwhelming expenses. Our health system has always been divided between a wide range of rights covered by insurance and insufficient funds for their financing.

These problems have and still do require the reform of health insurance financing system. The reform of health insurance system need to resolve the issue of insufficient and unreasonable health insurance financing and point to an increasing need for the system of private insurance. At the same time, one of the most complex issues still to be resolved is how to strike balance between mandatory health insurance and private insurance, and how to ensure that private health insurance does not limit the right to equal access to health care of sick and poor.

Originalni naučni rad 316:34

Dr Miloš Marjanović, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

SOCIOLOŠKA JURISPRUDENCIJA I SOCIOLOGIJA PRAVA – PAUND VERSUS GURVIČ[1]

Sažetak: *Paund je napisao predgovor za američko izdanje Gurviče-ve Sociologije prava (1942) a u njoj je Gurvič skoro pola istorijskog pregleda posvetio sociološkoj jurisprudenciji i pravnom realizmu u SAD. Kasnije, on se oslobađa i sociološke jurisprudencije koja, striktno gledano, ne spada u sociologiju prava, i zavisnosti sociologije prava od filozofije prava što ga je, takođe, povezivalo sa Paundom. Iako tvorci škola, pravi osnivač sociologije prava u SAD nije ni Paund, ni Gurvič, nego Parsons. Kritika američke sociologije konstitutivna je za Gurvičevo delo. Uticaj Paundove sociološke jurisprudencije je opao a Ljuelinovog pravnog relizma porastao. Iako obimno i značajno, Gurvičevo delo nije mnogo uticalo na moderne tokove sociologije prava. Postoje mišljenja da su njegove sociološkopravne ideje o pravnom pluralizmu, zbog svoje sistematičnosti, širine, demokratičnosti i kritičkog stava prema etatizmu i normativizmu, potencijalno obnovljive, osobito sa nadolazećom krizom.*

Ključne reči: *Sociologija prava – sa i bez američke sociološke jurisprudencije i filozofije prava, zaborav Paunda i Gurviča, reafirmacija pravnog pluralizma.*

Odnos američke sociološke jurisprudencije i sociologije prava malo je obrađen u literaturi a odnos Paunda (Roscoe Pound, 1870–1964) i Gurviča (Georges Gurvitch, 1894–1965), savremenika i njihovih istaknutih predstavnika, jedva da se i pominje. Gurvič je bio jevrejskog porekla i

[1] Rad je posvećen projeku *Pravo Srbije u evropskoj perspektivi* br. 149042 koji finansira Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije.

posle okupacije Francuske je izbegao u SAD, gde je proveo sve vreme Drugog svetskog rata i, između ostalog, držao predavanja na Harvardu. Na istom univerzitetu, Paund je na Pravnom fakultetu bio profesor prava od 1910–1936. (od 1916–1936. i dekan), gde je nastavio sa profesurom sve do 1946. godine.[2]

U *Sociologiji prava,* Gurvičev pregled Paundove i celokupne američke sociološke jurisprudencije, ali i drugog značajnog pravca – američkog pravnog realizma, daleko je iscrpniji, sistematičniji, potpuniji nego Paundova najava Gurvičevih ideja u pomenutom predgovoru, što je na neki način i razumljivo, ali je Paund i škrtiji u komplimentima.

Paund u predgovoru ističe kako je rat izazvao emigraciju velikog broja eminentnih naučnika iz Evrope u SAD čime je, u domenu prava, ostvaren bliži kontakt i bolje razumevanje između anglosaksonske i evropske kontinentalne pravne tradicije, između kojih postoje velike razlike u stvaranju prava, pravnom obrazovanju i u oblasti sudstva.[3] On se pohvalno izražava o Gurviču i kaže da je dobro „što jedan ugledni zastupnik savremene sociologije prava izlaže svoje stavove o dometima i svrsi svoje nauke i što, istovremeno, kritikuje sociološku jurisprudenciju“ (s. 10). On ističe i Gurvičevu zaista dobru obradu odnosa između jurisprudencije, s jedne i filozofije prava i sociologije prava, s druge strane, koje su, po Paundu, osnova za kritiku i specijalizovane generalizacije u jurisprudenciji (s. 16). Gurviču su podeljeni komplimenti i „zbog minucioznog prikaza radova preteča i osnivača sociologije prava“.[4] Međutim, zamera mu da je reč pravo izjednačio sa celokupnom društvenom kontrolom, koja leži iza čitavog sistema sociologije prava.[5] Gurvič kaže, doduše, „da pravo ni-

---

[2] M. Ranković, *Gurvičevo shvatanje strukture i tipologije globalnih društava*, Beograd, 1970, s. 405 – 406; R. Paund, *Jurisprudencija*, I, Beograd – Podgorica, 2000, s. 5 (Uvodna beleška američkog izdavača o piscu).

Ključni Gurvičevi radovi za sociologiju prava su: njegova doktorska disertacija *L'idée du droit social* (Paris,1932), *Le temps présent et l' idée du droit social* (Paris, 1932), *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit* (Paris, 1935), *Éléments de sociologie juridique* (Paris, 1940) i prerađeno američko izdanje pod naslovom *Sociology of Law* (New York, 1942, za koje je Paund napisao predgovor) koje je prevedeno na španski, portugalski, italijanski i srpski (Podgorica, 1997) dok je nemački prevod (1960), sa predgovorom autora, sa francuskog izdanja (1940). Njegov poslednji rad u ovom domenu je "*Problèmes de sociologie du droit",* dans: G. Gurvitch (dir.), *Traité de sociologie,* II (Paris, 1960), p. 173 – 206 (prevod: „Problemi sociologije prava“, u: G. Gurvitch (ur.), *Sociologija,* II (Zagreb, 1966), s. 185 –219.

[3] R. Paund, Predgovor za knjigu Žorža Gurviča, *Sociologija prava*, Podgorica, 1997, s. 9.

[4] R. Paund, *Jurisprudencija*, I, Beograd – Podgorica, 2000, s. 181.

[5] Isto, s. 394.

je sinonim za društvenu kontrolu jer su pravni propisi (to jest, propisi koji sadrže elemente pravičnog i prava) višestrani i imaju određeni i ograničeni karakter, zasnovan na zahtevima, pravima i obavezama. Međutim, i društvena kontrola je višestrana. U suštini, i ovaj autor koristi izraz „pravo“ da bi označio sve vrste društvenog pritiska koje su nerazdvojne od postojanja grupa i organizacija.“[6] U jednom kratkom, više nego sažetom osvrtu na Gurvičevu sociologiju prava, kao njene ključne odrednice naglašava autorove reči da je ona neka vrsta sociologije ljudskog duha, u uzajamnoj zavisnosti sa filozofijom, i da je njegova filozofija „radikalni empirizam sa intuitivnom osnovicom“.[7]

U drugom odeljku svoje *Sociologije prava* Gurvič razmatra osnivače sociologije prava i to, najpre, u Evropi (s. 107–148) a zatim, na gotovo isto toliko prostora, i američke osnivače (s. 149–176). U tom sklopu kaže za Paunda i Kardoza da su analitičku jurisprudenciju kritikovali na „briljantan i svestrani način” a za Paundovu programsku studiju *The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence* (1912) da je „značajna“. Za njega je Rosko Paund „najveći američki sociolog prava“, kome je Edvard Ros posvetio svoje *Principles of Sociology* (1902) a on je Rosove ideje uspešno razvio, stalno naglašavajući svoje prihvatanje njegovog opšteg načela društvene kontrole.

Probranim rečima Gurvič naglašava: „Sociologija prava u Sjedinjenim Državama našla je svoj najrazuđeniji, najdetaljniji, najšire shvaćeni i najdelikatniji izraz u bogatoj naučnoj produkciji Roska Paunda“ kao „neospornog vođe“ tzv. „sociološke jurisprudencije“. On je neprestano konfrontirao sociološke (društvena kontrola i interesi), filozofske (pragmatizam, teorija vrednosti), istorijsko-pravne (tipovi pravnih sistema) aspekte i probleme rada američkih sudova. Ova mnogostruka interesovanja i polazne tačke omogućile su Paundu „da još intenzivnije i proširi i razjasni široke perspektive pravne sociologije i da postepeno razvije njene raznovrsne aspekte“ (s. 151).

Iz Gurvičeve analize se implicitno može zaključiti da je Paundovo poimanje sociološke jurisprudencije, iz njegove zrele ili monografske faze, prilično po njegovom ukusu, odnosno da je u skladu sa Gurvičevom opštom teorijom sociološkog relativizma ili „dijalektičkog hiperempirizma“, kako on naziva svoje stanovište. Paund je, veli Gurvič, dospeo do „dubokih analiza“ u genetičkoj sociologiji prava, pravnoj tipologiji globalnih društava i raščlanjivanju različitih nivoa dubine dru-

[6] Isto, s. 395.
[7] Isto, s. 181.

štvene stvarnosti prava čime je doprineo rešavanju problema sistemske sociologije prava. Ukazao je na sociološku relativnost pravne tehnike i pravnih kategorija i koncepcija u odnosu na tipove globalnih društava i njihovih kulturnih tradicija kao i na aktuelne preobražaje prava, čime je unapredio genetičku sociologiju prava, primenjenu na savremeno društvo. Ti preobražaji vode ka socijalizaciji savremenog prava. Različita tumačenja pravne istorije uslovljena su konkretnim situacijama posebnih tipova globalnih društava. Paund je uočio četiri dubinska nivoa prava kao društvene pojave i istakao da je za istinsko proučavanje prava od suštinske važnosti da se pravna stvarnost ne može svesti na apstraktne obrasce i da to proučavanje mora ići i dalje od simbola – do onoga što oni simbolizuju (s. 152–153).

Gurvič potencira „čvrstinu" Paundove „funkcionalističke, relativističke i idealno-realistične orijentacije" ali mu zamera da nije dospeo do „jedne sasvim tačne definicije ciljeva i metoda sociologije prava" (s. 155). On je i kasnije ostao dosledan svom početnom izjednačavanju sociologije prava sa jurisprudencijom kao pravnom veštinom ili tehnikom. Pripisuje sociologiji prava praktične ciljeve i čini je teleološkom disciplinom, ne videći da su njene realistične ocene nezavisne od ciljeva i predviđanja jurisprudencije. Štaviše, čak i sociološki, pravom se može baviti samo teleološki a ne deterministički jer se pravne pojave objašnjavaju u terminima svrhe a ne uzroka. Isto tako, on ne pravi razliku između filozofske refleksije i sociološke deskripcije, čime se stvara izvesna konfuzija u odnosu vrednosnih sudova i stvarnosnih ocena. Ovo se još i pojačava time što u raspravljanju o idealnim elementima prava ne pravi jasnu razliku između pravnih i moralnih vrednosti. Tačnije rečeno, on pravdu i pravosuđe pomera ka moralnom idealu. Ova dogmatizacija i moralizacija ugrožava sociološki metod u pravu. Rezultat ove teleološke orijentacije je shvatanje da je država nužno i apriorno prevashodnija od svih ostalih grupa u društvu pa se, u svim civilizovanim društvima, pravni poredak izjednačava sa društvenim poretkom. On zapostavlja posebne grupe (izuzev kada govori o društvenim interesima), gubeći iz vida da svaka grupa ima svoj poredak, pravni okvir i sopstvene pravne vrednosti dok je država samo jedna posebna grupa, sa posebnim poretkom. Usled ove supremacije državnog poretka, on ne uspeva da sagleda probleme mikrosociologije prava i diferencijalne pravne tipologije pojedinačnih grupa, na čemu Gurvič, u svom shvatanju društvenog prava, posebno insistira. Uprkos tih granica relativizma i funkcionalizma, on zaključuje da je sociologija prava Roska Paunda „tanana i bogata" (s. 155–157).

Po Gurviču, neorealistička škola, koja se tokom 1930-ih godina razvila u SAD, predstavlja burnu reakciju protiv izrazito teleološke i moralizatorske orijentacije američke sociološke jurisprudencije. Ali predstavnici pravnog realizma, kako se još naziva ova škola, teže da eliminišu teleološke elemente i vrednosne sudove ne samo iz sociologije prava, nego i iz same jurisprudencije. Ovi realisti su skloni da pravo svedu isključivo na odluke sudija. Stoga Gurvič primećuje da je Paund „u svojoj opravdano oštroj kritici pravnog realizma" snažno istakao da ovaj decizionistički trend pravo rastvara u administrativnu samovolju i da predstavlja opasnost za postojanje samog prava kao specifične pravne regulacije (s. 162–165).

Žan Karbonije navodi kako se smatra da je Rosko Paund osnivač škole sociološke jurisprudencije u čijim je radovima ukazano na vezu prava sa drugim društvenim pojavama. Njen najoriginalniji doprinos – stavljanje prava u društvenu kontrolu kao opštiju sociološku kategoriju – nije nikad prihvaćen izvan Amerike jer je ona, zapravo, samo ublažena forma društvene prinude. Za Paunda je pravo glavni i najsavršeniji instrument društvene kontrole iz čega Karbonije zaključuje da se tako ispod sociologa pojavljuje pravnik, čime sledi Gurvičevu ideju da Paund ima teškoća da u shvatanju društvene kontrole u potpunosti bude sociolog.[8] S druge strane, Trivo Inđić[9] smatra da kod Paunda ne postoji jedna ključna ideja ili teorija, kojoj bi se mogao „podrediti ostatak njegovog bogatog, nadasve razuđenog i podsticajnog dela". Stoga je skoro nemoguće govoriti o nekoj „paundovskoj" školi jurisprudencije. Škola američkog pravnog realizma, sa kojom je Paund „ratovao", pretočila je sociološku jurisprudenciju u istraživački rad.

Izraz „sociološka jurisprudencija" Paund je počeo da koristi 1911. godine i nastavio je da ga upotrebljava „jer je ta škola izrasla iz nauke o društvu" a u težnji da jurisprudencija kao pravna nauka dobije svoje mesto među društvenim naukama.[10]

Sociologija prava i sociološka jurisprudencija nisu identične jer je prva teorijska a druga primenjena nauka. Ni sociologija prava, ni filozofija prava ne mogu da zamene jurisprudenciju, iako joj mogu biti osnovica za kritiku i korektiv nekih specijalizovanih generalizacija, jer ona još uvek raspolaže jednom oblašću u kojoj ni jedna od ovih grana nije dovoljna u potpunosti. Američkim zastupnicima sociološke jurispruden-

[8] Ž. Karbonije, *Pravna sociologija,* Novi Sad – Titograd, 1992, s. 109 – 111.

[9] T. Inđić, „Paundovo zauzimanje za filozofiju prava", predgovor za: R. Paund, *Uvod u filozofiju prava,* 1996, s. 33.

[10] R. Paund, nav. delo, s. 158.

cije sociolozi upućuju dve primedbe. Prvo se zamera zbog „preokupiranosti problemima pravnog poretka i sudskog i administrativnog postupka, kao i našoj odbojnosti da razmatramo teorije odvojeno od njihove primene. Drugo, zameraju našem preteranom bavljenju pravnim poretkom u politički organizovanom društvu, umesto da se usredsredimo na poredak koji je karakterističan za sve grupe, asocijacije i odnose. Ti načini mišljenja koje oni kritikuju osobeni su za anglo-američkog pravnika, obrazovanog više u profesionalnoj nego u akademskoj atmosferi i naučenog da razmišlja u relacijama pravosuđa u savremeno politički organizovano društvu“.[11]

Reč „pravo“ upotrebljava se u engleskom a, uglavnom, i u drugim jezicima u jednom od tri različita značenja (ponekad i u sva tri): 1) pravni poredak, to jest kao režim prilagođavanja odnosa i uređivanja ponašanja kroz silu politički organizovanog društva; 2) korpus merodavnih smernica za sudsko i administrativno odlučivanje a time i za predviđanje i 3) sudski i upravni postupak kojim se te smernice nalaze i primenjuju. Ta tri značenja se sjedinjuju kroz ideju o društvenoj kontroli i to iz perspektive izvan pravne nauke, uz pomoć nauke o društvu. Sociološka jurisprudencija proučava pravo kao visoko specijalizovanu društvenu kontrolu u modernoj državi, koja se ostvaruje kroz pritisak politički organizovanog društva, tako da se pravne institucije, doktrine i propisi pokazuju kao instrumenti društvene kontrole, podobnih poboljšavanju. I dok pravnici-analitičari propise proučavaju dogmatski a da kritika tih propisa u svetlosti istorije, filozofije i društvenih ciljeva nije deo jurisprudencije, dotle pravnici sociološkog pravca smatraju tu kritiku najvažnijim elementom.[12]

Šestu glavu svoje prve knjige o jurisprudenciji Paund posvećuje sociološkoj jurisprudenciji (s. 155–190). Najpre razmatra osnovne karakteristike sociološke jurisprudencije, zatim faze u razvoju sociološke škole i, na posletku, odnos savremene sociologije i sociološke jurisprudencije. Sledbenici sociološkog pravca u jurisprudenciji proučavaju: 1) delovanje prava kao instrumenta društvene kontrole; 2) pravo kao društvenu instituciju koja nalazi norme kroz iskustvo i svesno stvaranje (iskustvo koje se razvija razumom i razum koji se proverava kroz iskustvo); 3) ne toliko sankcije koliko društvene svrhe jer tek obezbeđenje društvenih interesa daje pravnim propisima konačan autoritet; 4) funkcionalnost pravnih propisa a njihovu formu kao najprikladnije sredstvo za ostvarenje svrhe pravnog propisa i 5) filozofska

[11] Isto, s. 184.
[12] Isto, s. 11 –17 i 184 – 185.

gledišta na koja se oslanjaju pravni teoretičari sociološkog smera koji, uglavnom, primenjuju pragmatički metod, iako sa različitim metafizičkim polaznim tačkama. Detaljno su razmotrene četiri faze u razvoju sociološke jurisprudencije – mehanička, biološka, psihološka i unifikacijska. Kada je reč o razvoju sociološke jurisprudencije u kontekstu savremene sociologije posebno se, između ostalog, naglašavaju Veberov uticaj na kontinentalnu evropsku sociologiju prava, Kelzenovo oštro razgraničavanje juristističkog i sociološkog metoda, Erlihovo proučavanje „živog prava", sudije Holms kao preteča i Kardozo kao značajan predstavnik američke sociološke jurisprudencije, radovi Horvata, Timaševa i Gurviča, neosholastička sociološka jurisprudencija u Francuskoj i Španiji, psihološki intuicionizam Petražickog. Na kraju se analiziraju glavne tačke progresa jurisprudencije posle nestanka škola 19. veka kao i programa sociološke škole na kojima insistiraju teoretičari u raznim krajevima sveta. U glavi o teorijama prava Paund, ukratko, analizira i realističke i sociološke škole (s. 336 – 338), u glavi o prirodi prava doktrinu sociologa (s. 391–397) i u glavi o pravu i moralu, sociološki pogled (s. 435–438).

Za Gurviča je sociologija prava jedna od grana teorijske sociologije i, najpre, je smatra delom sociologije ljudskog duha[13] a kasnije je ubraja u sociologije tvorevina civilizacije ili dela civilizacije.[14] Ova izmena proizlazi iz drugačije postavljenog odnosa filozofije prava i sociologije prava u posleratnim spisima, što ćemo kasnije posebno razmotriti. U S*ociologiji prava* Gurvič uvodno raspravlja o predmetu i problemima sociologije prava, zatim o pretečama i osnivačima sociologije prava, pa slede glave o sistematskoj, diferencijalnoj i genetičkoj sociologiji prava i, na kraju, u zaključku, razmatra se odnos sociologije prava i filozofije prava.

Kao što se u opštoj sociološkoj teoriji oblici društvenosti ne smeju pretvarati u tipove posebnih grupacija niti strukture globalnih društava, a koje proučavaju mikro, makro i dinamička sociologija, tako se i u sociologijama pojedinih dela civilizacije (saznanja, morala, prava) moraju jasno razgraničiti glavne oblasti proučavanja. Tako se u sociologiji prava razlikuju vrste, okviri i sistemi prava, koje proučavaju sistematska, diferencijalna i genetička sociologija prava. Stoga se u mikrosociologiji prava proučavaju problemi sistematske sociologije prava, a to će reći vrste prava kao funkcije oblika društvenosti i dubinskih nivoa društvene stvarnosti. U makrosocio-

[13] Ž. Gurvič, *Sociologija prava,* Podgorica, 1997, s. 52 i 57.

[14] G. Gurvitch, „Problemi sociologije prava", u: G. Gurvitch (ur.), *Sociologija,* II , Zagreb, 1966, s. 459; Ž. Gurvič, *Savremeni poziv sociologije*, Sarajevo, 1965, s. 31.

logiji prava izučavaju se problemi diferencijalne sociologije prava, odnosno okviri prava kao funkcije stvarnih kolektivnih jedinica. Najzad, u okviru dinamičke makrosociologije prava pojavljuju se problemi genetičke sociologije prava, to jest koji pravni sistemi su svojstveni globalnim strukturama društva.[15]

U mikrosociološkom proučavanju prava, vrste prava se mogu razlikovati iz horizontalnog aspekta, kao funkcije različitih oblika društvenosti, i iz vertikalnog aspekta, kao funkcije slojeva dubine, koji postoje u svakom obliku društvenosti kada postane normativna činjenica. A normativna činjenica je svaka manifestacija društvenosti koja je u stanju da rađa pravo, odnosno da bude njegov primarni ili materijalni izvor.[16] Gurvič ističe da samo aktivna a ne i pasivna društvenost stvara pravo i društvenu organizaciju.[17] U Gurvičevoj koncepciji dubinske sociologije, pa i sociologije prava, dolazi do izražaja transformisana bergsonovska i fenomenološka ideja „dubine" kao osnovni princip strukturacije – po dubini društvo je sve više spontano i fluidno a prema površini sve više kristalizovano i struktuirano. Otuda su oblici društva astrukturalni, posebne grupacije delimično a globalna društva potpuno strukturisana.[18]

Na četvrtom od ukupno deset spratova Gurvičeve dubinske sociologije, nalaze se kolektivna ponašanja koja se odlikuju izvesnom redovnošću, ali se ostvaruju izvan organizacionih aparata. U tom pogledu, veli on, u sociologiji prava postoje nebrojeni primeri tako da su već postali poslovični mnogobrojni sukobi procedura i statuta sa „pravnom praksom". I kod pravno regulisanih pojava postoje razni nivoi dubine pravnih slojeva. Neorganizovano, fleksibilno *ad hoc* i intuitivno pravo, kao načini vršenja dužnosti, dolaze u sukob sa unapred fiksiranim a još i češće sa organizovanim pravom. Ta praksa neposrednog prilagođavanja spontanom pokretu društvenog života svojstvena je, premda u različitoj meri, svakoj društvenoj grupi i svakom globalnom društvu. Za njega, međutim, ti sukobi nisu puke devijantne ili patološke pojave jer mogu biti pokazatelji i deo pokreta razaranja, raspadanja i restitucije društvenih struktura.[19]

---

[15] Ž. Gurvič, *Savremeni poziv sociologije*, Sarajevo, 1965, s. 130 – 131 i Ž. Gurvič, *Sociologija prava,* Podgorica, 1997, s. 69 i 187. O vrlo složenim klasifikacijama unutar sistematske, diferencijalne i genetičke sociologije prava videti sažeta izlaganja u: J. Stanković, *Osnovi opšte sociologije prava – II deo, Stvaranje prava,* Beograd, 1998, s. 94 – 114 i A. Igličar, *Sociologija prava,* Ljubljana, 2004, s. 119 – 151.

[16] Ž. Gurvič, *Sociologija prava,* s. 185 –*196.*

[17] Ž. Gurvič, *Savremeni poziv sociologije*, s. 192 – 198.

[18] M. Ranković, nav. delo, s. 254.

[19] Ž. Gurvitch, nav. delo, s. 87 – 89 i Ž. Gurvič, *Sociologija prava*, s. 205 – 212.

I na „petom spratu“ svoje dubinske sociologije, koji se odnosi na spletove društvenih uloga, Gurvič upućuje nekoliko primedbi američkim naučnicima, od kojih su one koje se odnose na antropologa Ralfa Lintona od značaja za sociologiju prava. Ovaj je, najpre, preusko odredio društvenu ulogu, svodeći je na subjektivni a društveni status na objektivni aspekt društvene regulisanosti. I samu društvenu regulisanost svodi na pravnu regulisanost tako da društvene uloge poistovećuje sa subjektivnim pravima a statuse sa objektivnim pravom. Kasnije je Linton korigovao svoje shvatanje i ulogu tako široko odredio da je zbog toga ono postalo „potpuno neupotrebljivo“. Po ovom drugom shvatanju, uloga se odnosi na celinu kulturnih obrazaca koji su vezani za neki poseban status a koji uključuju stavove, vrednosti i ponašanja koje im društvo pripisuje kao i legitimna očekivanja ličnosti sa drugačijim statusom ali unutar istog sistema. Po Gurviču, pak, društvene uloge samo delimično ostvaruju očekivano ponašanje jer one mogu biti i inovativne i dinamičke i mogu, do izvesne mere, doprineti ponovnom stvaranju društvenih okvira i njihovih struktura.[20]

Gurvičevo shvatanje društvenih grupa, kao realnih društvenih okvira, koji produkuju pojedine oblike saznanja, prava, morala ima mnoge prednosti u odnosu na interakcionističko poimanje grupa.[21] Većina američkih sociologa potcenjuje nesvodivu osobenost društvenih grupa i globalnih društava i proučava ih kao individualne interakcije. Društveno se izvodi iz odnosa sa drugima, dok je relacija prema Mi zapostavljena. Pri tome Džordž Mid racionalistički jednostrano Drugog vidi samo kao nekog s kim se možemo sporazumeti i recipročno menjati mesta i uloge, tako da je odnos s drugim osnova funkcionisanja razuma i društva kao identičnih kategorija. Međutim, tvrdi Gurvič, odnos s drugim je i odnos delimičnog suprotstavljanja koji, uz to, sadrži i emotivne i intuitivne elemente. Društvenost na osnovu delimične spojenosti (koja preteže unutar Mi) stvara pravo integracije ili društveno pravo, dok je društvenost na osnovu delimičnog suprotstavljanja (koja preteže u odnosima s drugim) osnova individualnog prava (međuindividualnog i međugrupnog). Pošto Mi ima prvenstvo nad odnosima s drugim, to i društveno pravo ima prvenstvo nad individualnim, u raznim stepenima jačine.[22]

Iz perspektive svog shvatanja o totalnoj društvenoj pojavi i dubinskoj sociologiji, Gurvič kritikuje svojevrsni redukcionizam američkih

[20] Ž. Gurvič, *Savremeni poziv sociologije,* s. 91 – 93.

[21] M. Ranković, nav. delo, s. 288 –290.

[22] Ž. Gurvič, *Savremeni poziv sociologije,* s. 143 – 156 i Ž. Gurvič, *Sociologija prava*, s. 189 –204.

pravnika bihejviorista, za koje je pravo samo ponašanje sudije u sudu, ali isto tako ističe da se čak i dela civilizacije (znanje, religija, pravo umetnost, moralnost, vaspitanje) ne mogu svesti ni na individualno ni na kolektivno psihičko, iako u sebi sadrže njihove tragove raznih stepena jačine.[23]

U SAD je, u okviru brojnih posebnih sociologija, do detalja proučavan život raznih društvenih grupa, ali većina američkih sociologa precenjuje značaj malih na račun velikih grupa.[24] Gurvič smatra opravdanom Sorokinovu kritiku poimanja klasa kao socijalnog agregata ili amalgama individua različitih obeležja i kao društvene kategorije koja se uspostavlja prema visini prihoda, imovini ili po rangu. Sorokin, koji i sam pripada američkoj sociologiji, smatra jednom od najbitnijih svojstava klasa to što su po pravu otvorene ali su faktički upola zatvorene grupe. Ali Gurvič mu zamera da pridaje suviše veliku pažnju elementu prava jedne klase a da ostaje nejasno da li je to pravo nastalo iz same klase ili mu ga je nametnulo globalno društvo. On prihvata Sorokinovo gledište da su industrijska društva jedina društva u kojima nastaju društvene klase kao posebne, faktičke grupe sa distancom. Njihova su obeležja: „natfunkcionalnost, jaka tendencija ka struktuiranju, otpor prožimanju globalnim društvom i radikalna nespojivost sa drugim klasama".[25]

Gurvičeva tipologija globalnih društava je poslednji i najznačajniji deo njegove genetičke sociologije. U ranijim Gurvičevim radovima postoje pokušaji klasifikacije struktura globalnih društava posredstvom pravnih sistema. Stoga „genetika prava" kao „posebna genetika" ima značajnu ulogu u okviru rasprave o osnovi društvenog kretanja. Gurvič je u svojoj „pravnoj tipologiji globalnih društava" na osnovu sedam sistema prava izdvojio sedam sistema globalnih društava. Za kapitalizam je, na primer, karakterističan sistem svetovnog i potpuno logizovanog prava. Između ove Gurvičeve pravne tipologije i Veberovih „čistih tipova vlasti" postoje očigledne analogije. I kod Vebera se glavni tipovi društva izdvajaju na osnovu glavnih tipova vlasti i pravnih sistema.[26]

Gurvič je bio potpuno svestan da su njegova ispitivanja funkcionalnih veza pravnih poredaka i sistema kao i njihovih oblika s jedne, i tipova posebnih grupacija, društvenih klasa i globalnih društava s druge strane, imala samo programatski i, stoga, shematski karakter. Ali on na-

[23] Ž. Gurvič, *Savremeni poziv sociologije,* s. 52 – 54.
[24] Isto, 301, 303.
[25] Isto, s 393 – 399, citat na s. 399.
[26] M. Ranković, nav. delo, s. 347, 353, 354, 360, 370, 386.

glašava da su te uzajamne veze formulisane tako da mogu da posluže kao podsticaj i smernice za empirijska i produbljena istorijska istraživanja, kako bi se postigli konkretniji i bogatiji rezultati, u kojima bi se ogledala sva raznovrsnost stvarnog društvenog života prava.[27] Po Gurviču, da bi se obezbedila društvena učinkovitost i delotvornost prava, sociologija prava mora biti ne samo teorijski nego i empirijski usmerena. Pravno regulisanje društvenih odnosa iziskuje dobro poznavanje životnih uslova u datoj sredini. Zbog neophodnosti uvažavanja ovih društvenih elemenata, pravnik je nužno upućen na sociologa.[28] Stoga bi se moglo reći da, u ovom pogledu, postoji poprilična konvergencija između Paunda i Gurviča. Međutim, dok je za vreme Drugog svetskog rata boravio u SAD, Gurvič je bio impresioniran širinom sociooloških istraživanja ali i siromaštvom teorijskih uopštavanja.[29] Gurvič se, naprotiv, zalaže za dedogmatizaciju sociologije, istorije i posebnih društvenih nauka pomoću dijalektičke metode, čime se društvene nauke upućuju na efikasniju međusobnu saradnju, posebno u empirijskim istraživanjima koja valja osloboditi isuviše čestih površnosti.[30]

Pre Drugog svetskog rata Gurvič se pretežno bavio problemima prava ili, tačnije, filozofije prava, a posle rata problemima sociologije i socijalne filozofije. U ratnim godinama je elaborirao sociologiju prava koja, hronološki (a mi bismo rekli i logički) posreduje između ova dva perioda. Renato Treves misli da je ona više zaključak prvog nego uvod u drugi period.[31] Gurvič je u opštu sociološku teoriju ušao posle dve decenije vrlo plodnog rada u domenu pravnih nauka i filozofije prava, politike i morala, a posebno su ga privlačila pojedina područja sociologije kulture (sociologija prava, morala, saznanja, pa i religije). Štaviše, neki bitni elementi Gurvičevog shvatanja globalnih društava i njihove tipologije, nalaze se u njegovim ranijim radovima a osobito u *Sociologiji prava.*[32] Posle dugogodišnjeg bavljenja pravom, a naročito teorijom društvenog prava, Gurviču su se otvarali sve širi društveni horizonti i putevi ka opštoj sociološkoj teoriji.[33]

---

[27] G.Gurvitch, „Problemi sociologije prava“, u: G. Gurvitch (ur.), *Sociologija,* II ,Zagreb, 1966, s. 218.

[28] A. Igličar, nav. delo, s. 53.

[29] M. Ranković, nav. delo, s. 405 – 406.

[30] G. Gurvitch, *Dialectique et sociologie*, Paris, 1962, p. 239.

[31] R. Treves, "La sociologie du droit de Georges Gurvitch", *Cahiers internationaux de sociologie,* Vol. 45, no. 2/1968, p. 51.

[32] V. Milić, „Društvo i sociologija u delu Žorža Gurviča“, pogovor u knjizi Ž. Gurviča, *Savremeni poziv sociologije,* s. 528 – 529.

[33] A. Molnar, *Društvo i pravo: istorija klasičnih sociološkopravnih teorija,* knj.1, Novi Sad, 1994, s.121.

Žorž Gurvič je, svakako, jedno od najistaknutijih ali i najosporavanijih imena u savremenoj sociologiji. Dok je, po jednima, reč o najoriginalnijem i najcelovitijem savremenom pokušaju stvaranja teorijske sinteze i sistema u sociologiji čiji je uticaj, tokom 1960-ih, rastao u Francuskoj, a mi bismo dodali i kod nas, drugi ga prećutkuju ili čak (kao Rene Kenig) smatraju da je njegov naučni sistem sasvim po strani od osnovnih stremljenja i razvojnih tendencija u savremenoj sociologiji.[34] Ovo prilično začuđuje ako se ima u vidu da je Gurvič svoj sistem neprestano razvijao i menjao, unoseći mnogobrojne korekcije i dopune, a svoja gledišta o svakom pitanju je uobličavao kroz kritiku najpoznatijih socijalnih ideja ili sociooloških teorija 19. i 20. veka.[35] I Vojin Milić ističe da je Gurvič vrlo mnogo pažnje posvećivao kritičkim osvrtima na razna druga stanovišta.[36] Po Antonovu i Bertoldu, Gurvičev značaj za utemeljenje posleratne francuske sociologije bio je prvorazredan a ostao je u sećanju kao „intelektualac koji je plovio u kontrasmeru".[37] Dakle, Gurvič nije bio izvan nego naspram nekih modernih tokova u društvenim naukama. Gurvič je i sam bio svestan ove izolovanosti jer je u jednom osvrtu na svoj intelektualni put (1958) napisao da se oseća isključenim iz kohorte (plemena)[38] sociologa i filozofa. Iako je filozofiji i sociologiji prava posvetio preko hiljadu strana svog opusa, moglo bi se, isto tako, govoriti i o njegovoj isključenosti iz kohorte pravnika i sociologa prava.[39]

Erlihove ideje o društvenom pravu sledili su i dopunjavali, svako na svoj način, Paund, Sorokin i Gurvič.[40] Međutim, ne bi trebalo zaboraviti da je „paradigmu društvenog prava" formulisao Leon Digi koji se, u svojoj kritici pravnog formalizma, inspirisao dirkemovskom idejom o društvenoj (organskoj) solidarnosti.[41] Njegovu zamisao o pravu kao spontanom proizvodu društva i odbacivanje prinude kao bitnog obeležja prava preuzima i Gurvič, premda je ova ideja prisutna i kod Erliha.[42]

---

[34] V. Milić, nav. delo, s. 527.

[35] M. Ranković, nav. delo, s. 13 i 17.

[36] V.Milić, nav. delo, s. 530.

[37] M. Antonov – E. Berthold, "Sources russes de la pensée de Georges Gurvitch: écrits de la jeunesse dans les annales contemporaines (1924 – 1931) ", *Cahiers internationaux de sociologie,* Vol. 121, no. 2/2006, p. 198.

[38] Mislim da je u ovom kontekstu izraz „ *exclu de la horde* „ bolje prevesti u duhu našeg jezika kao isključen iz kohorte ili, čak, plemena, nego iz horde.

[39] J. G. Belley, „ Georges Gurvitch et les professionnels de la pensée juridique ", *Droit et société,* 4/1986 (http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/html/dsoo4-o4htm).

[40] A. Igličar, nav. delo , s. 23.

[41] Bruno Vigneron Cariello et all, „ Sociologia do direito: velhos e novos caminhos ", *Habitus,* Vol 01, No. 02, 2004 (www.robertexto.com).

[42] D. Vrban, *Sociologija prava,* Zagreb, 2006, s. 44.

Nama se čini da je Paund tu ideju naročito razvio u pravcu delovanja „živog prava“[43] a Gurvič u pravcu sistematizacije ideje o društvenom pravu kao osnovnom i širem pojmu a da je državno pravo samo jedan njegov deo, i to ne najvažniji. Zapravo, društveno pravo je sintetički izraz raznih vrsta prava i najdublji, intuitivni osnov integracije. U Gurvičevoj pravnoj filozofiji društveno pravo, kao pravo neorganizovane zajednice, je dublji nivo, kome na površini odgovara organizovano pravo.[44] Pravo koje država kompetentno stvara naziva se kondenzovano društveno pravo (dakle, kao vrsta društvenog prava) koje treba razlikovati od čistog društvenog prava globalnog društva nacije.[45] Zbog toga razrada ideje o društvenon pravu ima izuzetan značaj za njegovu dubinsku sociologiju i prva određenja strukture globalnog društva. Pri tome, u njegovom shvatanju o spontanom društvenom pravu, kao i strukturi i dinamici društvenog totalitata, vidljiv je psihologizam. Gurvičevo učenje o društvenom pravu bitno je za razumevanje demokratije kao „aktuelne perspektive pravnog pluralizma“. Demokratija je afirmacija čistog i nezavisnog prava i njome se ostvaruje suverenitet društvenog prava ili suverenitet prava nad silom.[46] Gurvič navodi radno i međunarodno pravo kao sadašnje manifestacije društvenog prava, „poimanog kao pravo integracije, zajedništva i saradnje u antihijerarhijskom totalitetu“. Društveno pravo je, suštinski, pravo demokratije ili, opet Gurvičevim rečima, „demokratija je organizovano društveno pravo“.[47]

Gurvičev projekt demokratskog društva obuhvata ravnotežu posebnih grupacija, pravno-normativnu zaštitu pojedinca od težnji grupa da ga potpuno apsorbuju i razmatranje o suprafunkcionalnosti države posredstvom pluraliteta grupa i organizacija. Demokratija je optimalni okvir društvene organizacije za ispoljavanje slobode u globalnom društvu ali i okvir za afirmaciju spontanog društvenog prava u odnosu na organizovano društvo. Ali Gurvičev pluralizam je više jedan demokratski program i predviđanje za društvo budućnosti nego što je objašnjenje dosadašnjih društvenih sistema. Stoga je Gurviča koncepcija ocenjena kao savremena i najrazvijenija pluralistička sociološka teorija.[48] Pogotovo u Francuskoj, njega smatraju i glav-

[43] Videti, naročito, Paundov osvrt na Erliha – R. Paund, *Jurisprudencija,* I, s. 178 – 181.

[44] M. Ranković, nav. delo, s. 20 i 176.

[45] A. Molnar, nav. delo, s. 125 i 130.

[46] M. Ranković, nav. delo, s. 20, 57, 176 i A. Molnar, nav. delo, s. 125.

[47] R. Treves, nav. delo, s. 53 –54.

[48] M. Ranković, nav. delo, s. 12, 262, 335, 404.

nim zastupnikom pluralističke doktrine ili pluralističke teorije prava, odnosno pravnog pluralizma.[49] Ali i u brazilskoj sociologiji prava se, osim o Paundovoj školi sociološke jurisprudencije, govori i o Gurvičevoj teoriji pravnog pluralizma ili, čak, i o paradigmi pravnog pluralizma koju je, na svoj način, preko ideje o društvenom pravu, formulisao Gurvič.[50]

Fenomenologija, pluralizam i učenja o društvenom pravu i demokratiji su glavni epistemološki i tematski okviri Gurvičeve socijalne filozofije.[51] I Paund i Gurvič imaju zapažene radove u domenu filozofije prava, smatraju da ona proučava idealnu ili vrednosnu dimenziju prava, da je treba razgraničiti ali i tesno povezati sa sociološkom jurisprudencijom, odnosno sociologijom prava. Pri tome se Paund oslanja na pragmatizam a Gurvič na fenomenologiju i bergsonovski vitalizam i intuicionizam. Po Gurviču, ako se ove dve discipline razdvoje, filozofija prava zapada u dogmatski racionalizam a sociologija prava u preterani realizam. Neposredno pravno iskustvo, koje se sastoji od intuitivnih kolektivnih radnji, i nalazi se na pola puta između moralnog i logičkog, duhovnog i čulnog iskustva, predstavlja zajedničku osnovicu filozofije prava, sociologije prava ali i jurisprudencije – dogmatsko-normativne pravne nauke.[52] Filozofski spisi čine osnovu Gurvičeve sociologije prava, naročito idejama o pravnom pluralizmu i društvenom pravu koje ih inspirišu. Međutim, kako dobro primećuje Renato Treves, dok se u S*ociologiji prava* Gurvič zalaže za tesnu međuzavisnost ove dve discipline, u posleratnim sociološkopravnim spisima upravo je zavisnost sociologije prava od filozofije prava jedna od ideja koju smatra zastarelom i koje se treba osloboditi. U predgovoru za pomenuto nemačko izdanje ove knjige, koji je napisao 1959. godine, on kaže da je postao mnogo više relativista i realista u odnosu na 1942. godinu (kada je izašlo američko izdanje). U *Problemima sociologi-*

---

[49] A. Molnar, nav. delo, s. 132.

[50] B. V. Cariello, nav. delo; Professor Minervína França Rodrigues, Disciplina: *Sociologia jurídica,* Univerzidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2006 (q=cache:8qRnWnAPCAcJ:sol.ccsa.ufrn.br./ccsa/areas/ftp/dpu25.pdf).

[51] M. Ranković, nav. delo, s. 19 –21.

[52] R. Paund, *Uvod u filozofiju prava*, Podgorica, 1996. sa studioznim predgovorom Trive Inđića pod naslovom „Paundovo zauzimanje za filozofiju prava". O filozofiji prava još i R.Paund, *Jurisprudencija,* I, Beograd –Podgorica, 2000: 19 –24, 49 –102, 249 –251, 272 –274, 324 –327, 335 –336, 389 –391, 408 –415; Takođe i poglavlje sa karakterističnim naslovom „Rosko Paund – američka pravna filozofija i sociološka jurisprudencija" u knjizi: G. Vukadinović – R. Stepanov, *Uvod u filozofiju prava,* Novi Sad, 2004, s. 64 –76. Ž. Gurvič, *Sociologija prava,* Podgorica, 1997, s. 57, –59 i 275 –279 i G.Gurvitch, „Problemi sociologije prava", u: G. Gurvitch (ur.), *Sociologija,* II, Zagreb, 1966, s. 218.

je prava (prvo izdanje 1960) on izričito kaže da je nastojao „sociologiju prava potpuno osloboditi svakog filozofskog stava".[53]

I jedan i drugi autor upotrebljavaju pojam društvene kontrole na u početku rada navedeni način, dok je kod Paunda uloga razuma kao osnovnog kriterijuma funkcionalnosti više naglašena. Paund je potencirao razliku (dihotomiju) između državnog i društvenog prava a Gurvič je davao primat društvenom pravu kao opštijem pojmu. Uticaj funkcionalizma na Paundovo određenje odnosa cilja prava i celokupnog društvenog sistema (preko uravnotežavanja interesa) i društvene kontrole kao osnovne funkcije civilizacije veoma je vidna kod Paunda. S druge strane, Gurvič se kritički suprotstavljao funkcionalizmu.[54]

Sociološka proučavanja prava u SAD, institucionalno su započela u okviru pravničkog profesionalnog obrazovanja, posebno iz perspektive sociološke jurisprudencije. Međutim, sociologija prava se intelektualno ukorenila u ovoj zemlji ne ni u sociološkoj jurisprudenciji, niti u radovima ruskih intelektualaca emigranata (Timašev, Sorokin, Gurvič) već u Veberovim i Dirkemovim kapitalnim delima. Ovaj zaokret ka sociološkim klasicima izveo je Talkot Parsons, čija kritička uloga kao osnivača američke sociologije prava nije dovoljno prepoznata.[55]Ali u pregledu razvoja sociološke jurisprudencije i socioloških teorija prava, Paund ne pominje Parsonsa iako pominje Gurviča, Timaševa, Sorokina i mnoge druge. Parsons je, takođe, pokazivao sklonost da prećutkuje svoje generacijske rivale, kao što je slučaj sa Gurvičem, ali je Gurvič, sa svoje strane, učestvovao u „antiparsonsovskoj pobuni".[56] Između Parsonsove i Gurvičeve sociološke koncepcije, pa i u poimanju normativnog, postoje duboke i sistematske razlike. Parsons naglašava legitimni karakter i stabilnost društvenog poretka a Gurvič unutrašnju dinamiku društvenih struktura. Za Parsonsa se društvena akcija odvija u okviru kulturnih standarda i institucionalnih okvira društvene kontrole a ponašanje je društveno tek u delovanju aktera u okvirima normativno određenih situacija. Gurvič polazi od društva u aktu, od svojevrsne dijalektike aktova individualnih i kolektivnih aktera koji, u datim društvenim okvirima i tipovima, ispoljavaju različite stepene slobode i spontaniteta

---

[53] R. Treves, nav. delo, s. 52, 58 – 59; G. Gurvitch, „Problemi sociologije prava", s. 218.

[54] A. Igličar, nav. delo, s. 90 i 164.

[55] Mathieu Deflem, "Jurisprudencia sociológica y sociología del derecho", *Opinión Jurídica,* 5(10), July / December, 2006, p. 107 – 119 (q=cahe:mc8Qrk51kHIJ:www.Cas.sc.edu/socy/faculty/zjurisprudencia).

[56] José María Péréez-Agote Aguirre, „ La sociologieía en el Léto: el largo Adiós de Georges Gurvitch ", *Política y Societad,* Vol. 42, Núm. 2*,* 2005, 150 /152.

kao osnove društvenog totaliteta.[57] Inače, Parsons i Gurvič se ocenjuju kao dve intelektualno moćne, harizmatične figure, jedna u američkoj a druga u kontinentalnoj evropskoj posleratnoj sociologiji.[58]

Ali sudbina zaborava kao da se, bar privremeno ili povremeno, nadvija i nad Rosko Paundom, glavnim predstavnikom američke sociološke jurisprudencije, i nad Žoržom Gurvičem, značajnim imenom evropske (ali i američke) sociologije prava.[59] U svojoj *Sociologiji prava* Duško Vrban posvećuje celo poglavlje teoriji prava i sociološkoj jurisprudenciji u Americi. On navodi mišljenje kasnijih komentatora, po kojima Paundov doprinos teoriji i sociologiji prava nije naročito bitan jer mu je pristup ostao u fazi nacrta i esejističko-kritičkog preispitivanja. Doduše, ni kod Ljuelina „nije bilo većih pomaka u izgradnji konzistentne sociološke teorije prava". Međutim, on navodi i Tviningovu (W.Twining, 1999) ocenu da je u 1960-im godinama Paundov ugled gotovo pao u senku dok je Ljuelinova zvezda bila u usponu.[60] Posle prevoda Paundovih radova *Uvod u filozofiju prava* (Podgorica,1996) i *Sociološka jurisprudencija,* knjige I – III, Beograd – Podgorica, 2000) stvoreni su uslovi za porast interesovanja, širu stručnu recepciju i temeljnije i sistematičnije kritičke analize i na srpskom jeziku.[61] Zanimljivo je da Vrban Paunda i Gurviča svrstava u začetnike (zajedno sa Savinjijnjm, Erlihom, Bogišićem) a ne u savremene predstavnike sociologije prava (Habermas, Luman, Fuko, Koterel). Jugoslav Stanković, pak, Gurviča obrađuje u knjizi o stvaranju a Paunda u knjizi o primeni prava.[62]

---

[57] M. Ranković, nav. delo, s. 224.

[58] Ph. Bósserman, "Georges Gurvitch et les durkhemiens en France, avant et après la seconde guerre mondiale", *Cahiers internationaux de sociologie,* Vol. 70, no. 1/1981, p.113.

[59] U pomenutom brazilskom programu iz Sociologije prava, među ukupno sedam klasičnih i modernih predstavnika o kojima se posebno govori, nalaze se Paundova škola sociološke jurisprudencije i Gurvičeva škola pravnog pluralizma. – M. F. Rodrigues, nav. delo.

[60] D. Vrban, *Sociologija prava,* Zagreb, 2006, s. 35. Videti i naš osvrt na ovu knjigu pod naslovom „O jednoj sociologiji prava", u: *Zbornik Matice srpske za društvene nauke,* 123/2007, s. 264 –274. Uporediti i: N. E. H. Hull, *Roscoe Pound and Karl Llevellyn. Searching for an American Jurisprudence*, Chicago – London, 1997.

[61] Videti naše radove: „Američka sociološka jurisprudencija", rezime, u: G. Vukadinović – A. Kartag-Odri (ur), *Američka jurisprudencija XX veka,* Sremski Karlovci, 2006, s. 22 –23 i na engleskom „American Sociological Jurisprudence", in: G. Vukadinović – A. Kartag-Odri (eds), *American Jurisprudence of the 20th Century,* p. 23 – 24: "Roscoe Pound's Sociological Jurisprudence from the European Continental Perspective", in: A. Kartag -Odri - G.Vukadinović (eds), *American Jurisprudence of the 20th Century,* Novi Sad, 2007, p. 117 – 130 i „Recepcije Paundove sociološke jurisprudencije na bivšem jugoslovenskom prostoru", *Pravni život,* 14/2007, tom VI, s. 391 – 398.

[62] J. Stanković, *Osnovi opšte sociologije prava, II deo – Stvaranje prava,* Beograd, 1998, odeljak „Socijalni okviri stvaranja prava – Žorž Gurvič", s. 94 – 114 i *III deo – Pri-*

Sudeći prema bibliografskim podacima Gurvičeva najveća popularnost i uticaj kod nas su ostvareni krajem pedesetih i tokom šezdesetih godina prošlog veka. Naime, u tadašnjim jugoslovenskim časopisima i zbornicima publikovano je, u periodu 1957 – 1970. godine, 14 radova o njemu, a 1970. u Beogradu je objavljena i doktorska disertacija Miodraga Rankovića *Gurvičevo shvatanje strukture i tipologije globalnih društava.* Ovome treba dodati i šest prevoda Gurvičevih radova.[63] Ako bismo prosuđivali po monografijama o Gurviču, izgleda da je zenit njegove popularnosti u Francuskoj bio nekako u isto vreme, ali da je trajao nešto duže.[64] Boserman navodi podatak da je krajem 1970-ih (1978 – 1980) u SAD u pet radova bilo kritički vrednovano Gurvičevo delo, među kojima je bila i jedna doktorska disertacija.[65] Tih godina je i u Italiji izašla jedna monografija o Gurviču.[66] Prema našim uvidima, dakle, interesovanje za Gurviča nije jenjavalo u svetu ni do početka 1980-ih.

Za Gurviča se i danas smatra da je najpoznatije ime francuske sociologije posle Dirkema. Posle Drugog svetskog rata postao je jedan od vodećih intelektualaca u Francuskoj, uporedo sa Žan-Pol Sartrom, Rejmonom Aronom i Klod Levi-Strosom. Njegov uticaj u zemlji i inostranstvu stalno je rastao, pa su mu (kao što smo naveli) dela prevedena na više jezika a često je kao gost pozivan da drži predavanja u inostranstvu (na svim kontinentima). Njegov veliki uticaj objašnjava se promenom intelektualne klime posle Dirkemove smrti i krizom akademske sociologije. Naspram shematizma i sterilnosti oficijelne sociologije, Gurvič je plenio insistiranjem na afirmaciji ljudske slobode i mogućnostima transformaci-

---

mena prava, Predmet sociologije prava, odeljak „Rosko Paund – menjanje društva pravom", s. 140 – 154.

[63] *Savremeni poziv sociologije,* Sarajevo, 1965. – za koji je Vojin Milić napisao vrlo obiman (108 s.) i studiozan pogovor; *Sociologija,* I – II, Zagreb, 1966, (pod Gurvičevim uredništvom); „Sociologija i dijalektika", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu,* 3/1958, s. 276 – 285, „Sociologija moralnog života", *Filozofija – Sociologija,* 1 -2/1958, s. 67 –77; „Radnički savjeti", *Pregled,* 2/1958, s. 99 –107 i „Da li je tehnobirokratija neizbežna posledica industrijalizacije?", Zbornik *Birokratija i tehnokratija,* II, Beograd, 1966, s. 199 – 202.

[64] R. Toulemon, *Sociologie et pluralisme dialectique. Introduction à l'oeuvre de Georges Gurvitch ,* Paris – Louvain, 1955; J. Duvignaut, *Gurvitch: symbolisme social et sociologie dynamique,* Paris 1969; G. Balandier, *Georges Gurvitch: sa vie, son oeuvre,* Paris, 1972 (prevedena na engleski).

[65] Richard Swedberg, *Georges Gurvitch. A Study of the Relationship between Class Strategy and Social Thought,* thèse pour le Ph. D. – Ph. Bosserman, nav. delo, s. 113, 126. Ovde navodimo i jednu njegovu raniju monografiju: Ph. Bosserman, *Dialectic Sociology. An Analysis of de Sociology of Georges Gurvitch,* Boston, 1968.

[66] A. Tanzi, *Georges Gurvitch. Il progetto della Libertà, Pisa, 1980.*

je društva. On je bio cenjen ne samo kao teoretičar opšte sociologije, nego i kao delatnik u domenu sociologije prava.[67]

Po Filipu Bosermanu,[68] oko Gurviča kao harizmatskog intelektualnog lidera formira se sociološka škola, sa nizom institucija u kojima su se okupljali i stasavali istraživački kadrovi (32 saradnika na dvotomnoj *Sociologiji,* izuzetno veliki broj autora iz raznih disciplina i zemalja sarađivao je u *Cahiers internationaux de sociologie*).[69] U prvom broju ovog časopisa iz 1946. uvodno je objavljen njegov programatski tekst *La vocation actuelle de la sociologie* koji kasnije postaje njegovo glavno delo (prvi put objavljeno 1950). Formulisao je novu „paradigmu multipliciteta" (po R. Ritzeru) a ključne odrednice njegove nove koncepcije su – dubinska, pluralistička, dijalektička, totalitetna i diskontinuitetna sociologija. Gurvičeva smrt 1965. i „mini-revolucija 1968" označavaju kraj ove škole.

Analizirajući razloge Gurvičrvog uspeha, Žan – Kristof Marsel ih nalazi u njegovoj ključnoj ulozi u institucionalnom i kadrovskom zasnivanju posleratne francuske sociologije, njegovom intelektualnom projektu koji je ispunjavao očekivanja i preokupacije tadašnje generacije sociologa koja je stasavala i izgrađivanju alternativne paradigme koja se suprotstavljala američkom modelu a oslanjala na nasleđe francuske teorijske i empirijske sociologije.[70] U 1946. godini je bio suosnivač *Centre d'étude sociologique,* pod okriljem *CNRS-a,* i osnivač *Cahiers internationaux de sociologie,*[71] 1950. je na *Presses universitaire de France* pokrenuo *Bibliothèque de sociologie contemporaine* a iste godine je izabran za redovnog profesora na Katedri za sociologiju na Sorboni, 1958. godine, sa Anri Žanom osnovao je *Association des sociologues de langue française.* Gurvič je uticao na sazrevanje i takvih, tada još mladih intelektualaca, kao što su: Cazeneuve, Dumazdier, Duvignaud, Isambert, Balandier, Bastide, Touraine, Lévi-Strauss, Bourricaud, Morin. Po povratku iz SAD, posle oslobođenja, Gurvič je sa sobom doneo gotovo čitavu biblioteku sa dokumentacijom o američkoj sociologiji, knjigu o (svetskoj) sociologiji XX veka[72] i „un capital de relations person-

[67] D. Vrban, nav. delo, s. 45 – 48.

[68] Ph. Bosserman, nav. delo, s. 11 –126.

[69] G. Balandier, "Sur un cinquentenaire. Préface*"*, *Cahiers internationaux de sociologie,* vol. 102, 2 /1996, p. 5 – 15.

[70] J.–C. Marcel, "Georges Gurvitch: les raisons d'un succès*"*, *Cahiers internationaux de sociologie,* Vol. 110, no 1/2001, p. 97 – 119.

[71] G. Balandier, "Sur un cinquentenaire. Préface", *Cahiers internationaux de sociologie,* vol. 102, 2 /1996, p. 5 – 15. Povodom 40-godišnjice Gurvičeve smrti posvećen mu je jedan broj ovog časopisa: „Quarante ans après: Gurvitch*"*, Vol. 121, no. 2/2006 a u jednom drugom časopisu i ceo tematski broj: „Georges Gurvitch", *Anamnese,* 1/2006.

[72] Prvo objavljenu u SAD a potom u Francuskoj: G. Gurvitch – W. Moore (eds), *Twentieth Century Sociology,* New York, 1945; *La sociologie au XX^e siècle,* I – II, Paris, 1947.

nelles“ sa američkim univerzitetima. Američkoj sociologiji je zamerao da je isuviše empirijska a premalo teorijska i podsticavao je antifunkcionalističku orijentaciju u Francuskoj.

Međutim, osim ovako afirmativnih ima i izrazito negativnih ocena Gurvičeve sociologije, a pogotovo sociologije prava, kao prekomplikovane i zastarele, koja je upala u ćorsokake i pala u zaborav.

Po povratku iz Amerike, posle Drugog svetskog rata, Gurvič „diže ruke od daljeg bavljenja sociologijom prava“ i posvećuje se opštesociološkoj teoriji. Tome je doprinela i „činjenica da je ostao jedini predstavnik fenomenološke teorije društvenog prava“ ali ni u modernoj fenomenološki orijentisanoj sociologiji prava nije bilo interesovanja za njegove ideje. U svom razvojnom grananju, sociologija prava je sa Gurvičem zapala u slepo crevo, iz koga se više nije moglo ni napred, ni nazad. Sve češća reakcija sledeće generacije sociologa prava na njegovu opštu teoriju društvenog prava bila je zaborav. U današnjim sociološkopravnim raspravama nema mnogo pozivanja na Gurviča. Teorija društvenog prava dostiže najveći domet sa Gurvičem, ali sa njegovim nestankom nestaje i ona. U modernim vremenima, borbu za pravni pluralizam nije bilo više neophodno voditi oružjem društvenog prava. Osnovna teškoća teorije društvenog prava je što ne uspeva da odgovori na pitanje zašto nastaje država i zašto se njeno pravo odvaja od spontanog društvenog prava, tako da, u nastojanjima da se sociologija uhvati u koštac sa problemima prava, pre svega uvažavajući njegovu normativnu prirodu, ova teorija prerasta, u međuratnom razdoblju, u najveću kočnicu, dovodeći u pitanje i samu potrebu za sociologijom prava.[73]

Ovde moramo, najpre, izvršiti jednu korekciju koja je od popriličnog značaja za našu temu. Naime, nije baš sasvim tačna konstatacija da je Gurvič u posleratnom periodu digao ruke od sociologije prava. Renato Treves,[74] upozorava da je Gurvič, posle 15 godina pauze, u periodu 1958 – 1960. godine, redigovao prevod za nemačko izdanje *Elemenata sociologije prava*, i napisao još dva nova eseja o sociologiji prava – *Rechtssociologie* za kolektivni rad koji je uredio G. Eisermann (Stuttgart, 1958) i već pomenute *Probleme sociologije prava* za dvotomnu *Sociologiju* (koju je sam i uredio). Iako nije bilo tematskog proširenja ni promena u gledištima na osnovna pitanja sociologije prava, ovaj Gurvičev povratak u ovu oblast je značajan zbog toga što izmene pokazuju šta je autor izostavio,

[73] A. Molnar, *Društvo i pravo: istorija klasičnih sociološkopravnih teorija,* I, Novi Sad, 1994, 130 – 133.

[74] R. Treves, “La sociologie du droit de Georges Gurvitch”, *Cahiers internationaux de sociologie,* Vol. 45, no. 2/1968, p. 57 – 59.

šta modifikovao a šta dalje razvio i produbio. A upravo su reference o sociološkoj jurisprudenciji ono što je sam autor težio da reducira ako ne da i sasvim eliminiše. Već smo videli da je gotovo polovina istorijskog pregleda sociologije prava u američkom izdanju posvećena američkoj sociološkoj jurisprudenciji, iako je, kako primećuje Treves, autor u tom istom radu eksplicitno napisao da je sociološka jurisprudencija jedan pravac u pravnoj nauci koji ni na koji način ne spada u sociologiju prava u strogom smislu reči. Francusko izdanje *Elemenata sociologije prava* iz 1940 godine i nemački prevod ovog francuskog izdanja ne sadrže ništa što se odnosi na američku sociološku jurisprudenciju. I u *Problemima sociologije prava* (1960) reference koje se odnose na sociološku jurisprudenciju su ekstremno redukovane. Osim sociološke jurisprudencije, drugi problem za koji je Gurvič takođe smatrao da je zastareo i da ga treba eliminisati je zavisnost sociologije prava od filozofije prava, što smo već prodiskutovali. Modifikacije se, uglavnom, odnose na jednostavnije i fleksibilnije formulacije nekih problema a ono što je Gurvič dalje razvio i produbio je odnos pravnih poredaka s jedne, i globalnih društava i društvenih grupa, s druge strane.

Ovome ćemo dodati da se Gurvičevo interesovanje za sociološkopravne probleme u posleratnom periodu održava i na jedan, po malo, skriven način. Naime, osim što je svoju sociološkopravnu koncepciju, u mnogim elementima, razvio u opštesociološku teoriju, on opštesociološke stavove konkretizuje na brojnim primerima iz sociologije prava. Ovo smo u prethodnoj analizi ilustrovali paralelnim navođenjem referenci iz *Savremenog poziva sociologije* i *Sociologije prava.* Važnost ova dva momenta nije uočena ni u, inače, sjajnoj Trevisovoj analizi. Uostalom, i Veber je od pravnika postao sociolog a Gurvič je od filozofa, preko pravne filozofije i sociologije prava, postao opšteteorijski sociolog. Na neke paralele i konvergencije između Vebera i Gurviča u posmatranju tipova vlasti i pravnih poredaka u odnosu na globalna društva, osvrnuli smo se ranije u tekstu, sledeći Rankovićeve analize, a upravo su to ti novi elementi sociologije prava, kako i Treves ističe, koji su dalje razvijani i produbljivani.

I po Vrbanu, Dirkemova sociološka škola, pa ni kasnija sociološka teorija, uključujući i američku, a za razliku od Vebera, nije imala previše razumevanja za specifičnost prava kao društvene i kulturne pojave. Stavljanjem u prvi plan pojma zajednice i spontanih oblika društvene kontrole, u sociološkoj analizi se umanjuje značaj institucionalizovanih normativnih regulacija a pravo se rastvara i marginalizuje. Tek je Veber prvi pokušao da izdvoji distinktivna obeležja i izgradi koherentnu teoriju prava sa sociološkog gledišta. Po njemu, ta naučna obeležja su: „po-

stojanje autoritarnog stožera, konsensus u vezi s lelegitimnosti poretka i racionalni karakter modernog prava“[75] Međutim, u komentarima uz Gurvičevo shvatanje društvenog prava, Vrbanove ocene su drugačije intonirane nego Molnareve. Gurvičeva doktorska teza o društvenom pravu je nakon objavljivanja (1932) bila vrlo povoljno prihvaćena u javnosti. Gurvičeva popularnost se objašnjava i „privlačnošću ideja o društvenoj funkciji prava koje su negirale autoritativnost državne vlasti i imale socijalno-reformistički, pa i utopijski karakter“.[76] Sa napretkom proizvodnje i tehnologije, moderno pravo teži da postane društveno (*droit social*). „ Društveno pravo u modernim društvima počiva na više načela, a to su opći interes, ograničeno vlasništvo u javnom interesu, autonomnost i pluralizam društvenih organizacija. Takvo pravo moglo bi omogućiti izgradnju jednog novog društva koje bi bilo „socijalizam bez etatizma“.[77]

U zaključku svojih razmatranja o Gurviču, Jugoslav Stanković ističe da njegov specifičan pluralistički pristup, u kome se insistira na stalnoj promenljivosti društvenih pojava u okviru pojedinih tipova „totalnih društvenih fenomena“, često ne daju mogućnost preciznog definisanja, a još manje objašnjenja pojava. On teži samo utvrđivanju korelacija i tendencijskih pravilnosti a ne i uzročnom objašnjenju pojava. Njegovo shvatanje prava je vrlo široko i nedovoljno određeno a nepotpuna je i neprecizna i definicija pravne sankcije koja se, u krajnjoj liniji, svodi na psihološku kategoriju naslonjenu na totalni psihički fenomen. Ali i pored ovih nedostataka, neka njegova shvatanja o društvenoj strani prava pogoduju stvaranju ali i boljem funkcionisanju prava i mogu biti plodan izvor hipoteza za empirijska istraživanja.[78]

Ali, vratimo se na razloge sada već dugog zaborava Gurviča. U tome da taj zaborav zaista postoji, slažu se čak i autori koji pokušavaju da ga reafirmišu i mi ćemo to pokazati na po jednom primeru iz svetske, francuske i pravne sociologije.

„Gurvič je dao sociološkoj teoriji jedan broj valjanih doprinosa koji se, na nesreću, suviše često ignorišu u anglosaksonskim zemljama“.[79] Kanadski sociolog Gij Roše je još 1968. godine primetio da je Gurvič predložio klasifikaciju na mikro i makrosociologiju, koja je često u upotrebi kod sociologa na francuskom govornom području a koja se retko sreće u

[75] D. Vrban, nav. delo, s. 10.
[76] Isto, s. 44 – 45.
[77] Isto, s.48.
[78] J. Stanković, nav delo, II deo, s. 113 –114.
[79] T. Clark, *Prophets and Patrons: The French University and the Emergence of the Social Science,* Cambridge, 1973, navedeno prema: Ph. Bosserman, nav. delo, s. 112.

američkoj i engleskoj sociologiji.[80] Španski sociolog Hoze Maria Perez-Agote Agire ističe da je Gurvič iza sebe ostavio značajno i originalno delo, ali da ga generacije koje su sledile jedva pominju, i to pokazuje baš na ovom primeru. Odnos između mikro i makroplana sociološke analize bila je jedna od dominantnih tema u svetskoj sociološkoj teoriji u poslednje dve decenije 20. veka. Iako je Gurvič uveo ove termine u sociologiju i ostvario originalnu sintezu i uspešnu integraciju ova dva pristupa, došavši do rezultata koji su konvergentni sa kasnijim, Gidensovim nalazima, u radovima mnogih učesnika u debatama o ovom problemu, a posebno Džefri Aleksandera (Jeffrey Alexander), kao najaktivnijeg među njima, Gurvičeve ideje se i ne pominju. Stoga Agire i konstatuje da je, izgleda, Gurvičeva sociologija upala u podzemnu reku zaborava i poziva sociologe da je refirmišu, zbog njene aktuelnosti i intrinzične (unutrašnje,suštinske) vrednosti, i zato što je, neopravdano, rečeno „a dios lo que es de dios".[81] Dodali bismo da je ovo zaboravljanje tim čudnije što su njegovi glavni radovi prevedeni na engleski (ili pisani na ovom jeziku) i da su dostupni i na mnogim drugim jezicima.

Da nisu u pitanju (samo) neke jezičke, kulturne ili nacionalne barijere dobro pokazuje analiza Žan-Kristof Marsela. On primećuje da se Gurvič danas pojavljuje kao neka vrsta „neprodate robe" (*un laissé-pour*-compte). Ovo iznenađuje ako se ima u vidu da je on bio nezaobilazna referenca, od 1945. pa sve do svoje smrti 1965. godine. Posle toga kao da je prestala da postoji (ako je ikada i postojala) Gurvičeva škola, sa precizno formulisanom paradigmom i jasno definisanim istraživačkim programom. Empirijska istraživanja u Francuskoj su se sve više odvijala pod uticajem Štecela i Fridmana a Gurvičeve knjige danas imaju samo istorijsku vrednost. Gurvič, zapravo, nikad nije ni bio dobro integrisan u francusku sociologiju. Ovaj autor se oštro suprostavlja ovakvom i sličnim uprošćenim shvatanjima o nesavremenosti Gurvičeve sociologije jer se njegovi uspesi i nesumnjivi uticaji na taj način ne mogu nikako objasniti. Zato se on zalaže za interpretaciju kakvu smo, nešto ranije, u analizi naveli.[82]

Poredeći Gurvičevu sociologiju prava sa aktuelnim tendencijama u svetskoj sociologiji prava[83], Renato Treves primećuje da su razlike u me-

---

[80] G. Rocher, *Introduction à la sociologie générale: 1. l'Action sociale,* Paris, 1968, p. 15.

[81] José Maria Pérez-Agote Aguirre, „La sociología en el Leteo: el largo adiós de Georges Gurvitch", *Política y Sociedad*, Vol.42, Núm. 2/2005, p. 149 – 162. *Leteo* (na španskom), *Lethe* (na engleskom), *Leta* (na ruskom i srpskom) je u grčkoj mitologiji reka zaborava u podzemnom svetu.

[82] J.-C. Marcel, nav. delo, s. 97 – 98.

[83] R.Treves (dir.), *La sociologia del diritto,* Milano, 1966. Ova studija je obuhvatala 12 zemalja sveta (iz zapadne i istočne Evrope, obe Amerike i Japana).

todu, predmetu i ciljevima toliko velike da se stiče utisak da je reč o dve različite discipline. Specijalisti u ovoj oblasti ga navode samo kao jednog od osnivača koji je već zastareo i koji je, često, više udaljen od modernih tokova sociologije prava nego neki filozofi prava (Hart, Ros, Kelzen), koji se ovom disciplinom nisu nikad ni bavili. Ovaj radikalni kontrast potiče otud što su sadašnja sociološkopravna istraživanja zasnovana na principima etatizma i pravnog normativizma, pod snažnim Veberovim uticajem ideje o elaboraciji koherentnog sistema pravnih normi, a što je Gurvič kritikovao i odbacivao kao prevelik ustupak dogmatsko normativnim naukama. Gurvičeva sociologija prava je ideološki angažman da se afirmišu principi pravnog pluralizma i ideje o društvenom pravu. Iako, na prvi pogled, ovako duboke razlike izgledaju kao zastarelost i prevaziđenost Gurvičevih ideja, one još uvek sadrže izvesnu vitalnost, zbog materije koju obrađuju i ideologije na koju se oslanjaju. Njegova sistematika i problemska panorama sociologije prava je mnogo šira od okvira na koji se sada oslaljaju empirijska istraživanja u ovoj oblasti. Gurvičevo delo je prepuno hipoteza koje tek treba proveriti i one u mnogome mogu proširiti istraživačko polje. Fundamentalni principi njegove sociologije prava su tesno srasli sa ideologijom antietatizma, decentralizacije, demokratije, socijalizma, nezavisnog sindikalizma, a za koju Treves drži da je još uvek živa i stimulativna.[84]

Za temu našeg rada od posebnog je značaja jedna, po nama, strukturalistička analiza kanadskog sociologa prava Žan Gij Beleja.[85] On konstatuje da, uprkos obimnog i izuzetno značajnog dela, Gurvič nije izvršio nikakav značajniji uticaj na orijentaciju i dalji razvoj sociologije prava. Optužbe za konfuznost, prevaziđenost i preveliku složenost su više lažni izgovori nego objašnjenja za indiferentnost mnogih sociologa prava u odnosu na njega. Pravi razlog je Gurvičevo radikalno odbacivanje dominantne pravne ideologije koja se odnosi na značaj razuma, političke moći i profesionalnog znanja u društvenoj realnosti prava. On smatra da bi budući razvoj sociologije prava, u kojoj bi se više vodilo računa o njenim teorijskim osnovama i zauzeo kritičniji stav prema dogmatskoj koncepciji prava, mogao da dovede do rehabilitacije njegove misli. Gurvičeva sociološkopravna problematika nije konfuzna nego ekstremno sistematična, nije prevaziđena nego alternativna i nije previše složena nego je višeslojna.

---

[84] R. Treves, ranije nav. delo, s. 60 – 66.

[85] On je 1977. godine stekao doktorat iz pravne sociologije na Univesité de Paris II, pod mentorstvom Žana Karbonijea (Jean Carbonnier) na temi pod naslovom *Conflit social et pluralisme juridique en sociologie du droit.* – Jean Guy Belley, „ Georges Gurvitch et les professionnels de la pensée juridique “, *Droit et société,* 4/1986 (http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/html/dsoo4-o4htm).

Ova problematika zahteva jedan epistemološki rez jer se oslanja na koncepciju prava koja je više kulturalna nego racionalna, više društvena nego politička i više naučna nego tehnička. Njegova vizija pravnog pluralizma, spontanosti i dinamičnosti u kombinovanju formalne i neformalne regulacije je jedna alternativna, demokratska paradigma, koja se suprotstavlja etatističkom monizmu i totalitarnoj praksi i sadrži snažne samoregulišuće potencijale (mi bismo dodali aktera) civilnog društva.

U zaključku možemo reći da su Paund, glavni zastupnik američke sociološke jurisprudencije, i Gurvič, najpoznatiji teoretičar pravnog pluralizma u sociologiji prava, imali visoko mišljenje jedan o drugom. Paund je napisao predgovor za američko izdanje Gurvičeve *Sociologije prava* (1942) a Gurvič je posvetio skoro polovinu istorijskog pregleda američkoj sociološkoj jurisprudenciji i pravnom realizmu. Ali u nemačkom izdanju (1960) sa francuskog originala (1940) nema ništa o sociološkoj jurisprudenciji koja, po njemu, ni na koji način ne spada u sociologiju prava u strogom smislu reči. Gurvič nastoji da preciznije i uže odredi sociologiju prava i oslobodi je i od zavisnosti od filozofije prava, što mu je bila zajednička karakteristika sa Paundom. Osporava se ali se i govori o postojanju Paundove škole sociološke jurisprudencije i Gurvičevoj školi u sociologiji, ali se smatra da Paund nije a Gurvič jeste formulisao i svoju paradigmu pravnog pluralizma. Kritika američke sociološke jurisprudencije ali i preteranog empirizma američke sociologije, kao i jednostranosti mikrosaociologije i funkcionalističke teorije, od konstitutivnog su značaja za Gurvičevo delo. Ima mišljenja da se američka sociologija prava nije istinski konstituisala ni sa Paundovom sociološkom jurisprudencijom, ni sa Gurvičevom sociologijom prava, već tek sa Parsonsovim poimanjem normativnog, sa osloncem na Dirkema i, naročito, Vebera. Paundov uticaj u Americi opada a raste uticaj Ljuelinovog pravnog realizma. Uprkos velikog obima, pa i značaja, Gurvičevo delo se našlo izvan tokova moderne sociologije prava i nije na nju izvršio neki veći uticaj. Njegovi sociološkopravni radovi se ubrajaju u osnivačke ili klasične a opštesociološki u savremene teorije. Međutim, neki autori kao što su Treves i Belej smatraju da njegovi sistematski, širi i kritički potencijali u odnosu na etatizam i pravni normativizam nisu još dovoljno sagledani i da će u budućnosti biti više afirmisani. Ta mogućna obnova interesovanja za Gurvičeve pluralističke i demokratske sociološkopravne ideje teći će uporedo sa narastajućom i pretećom ulogom novog etatizma u rešavanju ali i produbljivanju nadolazeće ekonomske krize.

Miloš Marjanović, Ph. D., Full Professor
Novi sad School of Law

Sociological Jurisprudence and Sociloogy of Law - Pound *versus* Gurvitch

Abstract

Roscoe Pound and Georges Gurvitch have treated each other with respect and high esteem. For Gurvitch Pound is un „undisputed leader“ of American sociological jurisprudence. Pound praises Gurvitch as a „respectable representative of modern sociology of law“. Pound wrote the preface to the American edition of Gurvitch's *Sociology of Law* (1942). In this edition Gurvtch dedicated almost a halh of historical review of sociology of law to the American sociological jurisprudence and the legal realism. But in the German edition (1960) there are nothing about sociological jurisprudence.

According to newer criticism Pound's influence grows weaker and loses importance, while the reputation of Llewellyn's legal realism rises. In spite of its exeptional importance, Gurvitch's ideas have not had a significant influence on the development of the sociology of law. His neglected contributions maybe vill be reafirmed in the future as more critical, pluralistic and democratic perspective of the dogmatic concept of law and new enourms role of the state in the issue of coming economic crisis.

Originalni naučni rad 347.441.144.2

Dr Danica Popov, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

PREVARA KAO RAZLOG RUŠLJIVOSTI PRAVNOG POSLA[1]

Sažetak: *Prevara je slučaj nedostatka pravno relevantne volje za nastanak pravnog posla kada jedna strana izazove zabludu kod druge ili je održava u zabludi u nameri da je time navede na zaključenje ugovora. Prevara predstavlja namerno izazivanje zablude kod jedne strane u pravnom poslu radnjom druge strane pa se zato naziva „izazvana zabluda", a s obzirom da izaziva teže pravne posledice u odnosu na zabludu, predstavlja „kvalifikovanu zabludu". Za razliku od zablude koja predstavlja razlog za rušljivost pravnog posla samo ako je bitna, prevara je uvek razlog za poništenje pravnog posla zbog namernog, nepoštenog, nesavesnog, ponašanja druge strane u pravnom poslu. Prevara uvek pretpostavlja, mala fidei, na strani onoga ko je izazvao ili se njome koristi. Da bi prevara bila razlog za poništenje pravnog posla, pored namere jedne strane da učini prevaru, tako što svesno dovodi drugu stranu u zabludu ili je održava u zabludi, potrebno je da postoji uzročna veza između radnje koja se kvalifikuje kao prevara i zaključenja pravnog posla. Prevara može biti realizovana aktivnim i pasivnim ponašanjem saugovarača. Aktivno ponašanje se sastoji u lažnom prezentiranju činjenica od značaja za zaključenje pravnog posla, a pasivno u svesnom prećutkivanju činjenica koje su uticale na stvaranje pogrešne predstave o elementima pravnog posla kod druge strane. Svaka obmana u vezi zaključenja pravnog posla smatra se prevarom jer, fraus omnia corrumpit. Poništenje pravnog posla može tražiti prevarena strana pod uslovom da je savesna i ako dokaže da je prevara uticala na zaključenje pravnog posla. Oštećena strana ima pravo na*

[1] Rad je posvećen projektu *Pravo Srbije u evropskoj perspektivi* br. 149042 koji finansira Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije.

naknadu štete nezavisno od poništenja pravnog posla, jer poništenje pravnog posla se vrši po pravilima o ništavosti, a naknada štete prema građanskoj odgovornosti.

***Ključne reči**: rušljiv pravni posao, prevara, zabluda, izazvana zabluda, namera, dolus.*

Mane volje predstavljaju neki nedostatak koji ima za posledicu da pravni posao ne proizvodi željeno pravno dejstvo. Da bi volja, kao najznačajnija pravna činjenica za nastanak pravnog posla, proizvela pravno dejstvo, mora biti izjavljena slobodno i odgovorno (mora postojati svest o pravnim posledicama izjave. Volja nije izjavljena slobodno, ako je lice koje izjavljuje volju imalo pogrešnu predstavu o nekoj pravno relevantnoj okolnosti zbog zablude, prevare ili je volja iznuđena pod pretnjom ili upotrebom sile (prinuda).

Mane volje možemo podeliti u dve grupe: 1. mane volje koje su rezultat uticaja nekorektnog ponašanja protivne stranke ili trećeg lica. Ovu grupu čine, prevara, pretnja i prinuda. 2. Mane volje koje nisu prouzrokovane etičkim povredama druge strane ugovornice. Tu spada samo zabluda. Zabluda je takva mana volje koja nije prouzrokovana nekorektnim ponašanjem druge strane ugovornice. Ona stoji nasuprot prevare, pretnje i prinude, kod kojih je mana volje prouzrokovana skrivljenim ponašanjem druge strane ugovornice. Zabluda se u poređenju sa ostalim manama volje, kao razlozima rušljivosti pravnog posla pojavljuje kao mana volje u najmanjem stepenu.[2]

Pojam prevare

Prevara predstavlja nedostatak volje jedne strane usled zablude koju je namerno izazvala druga strana ili je održava u zabludi, da bi je navela na zaključenje pravnog posla. Prevara, kao i zabluda pretpostavlja pogrešnu predstavu o nekom elementu pravnog posla potrebnog za njegovu punovažnost. Za razliku od zablude prevara je namerno izazivanje pogrešne predstave izazvane radnjom druge strane, pa se stoga naziva i „izazvana zabluda." Budući da prevara izaziva teže pravne posledice od zablude za nju se kaže da predstavlja „kvalifikovanu zabludu". Zbog toga prevara, ili „izazvana zabluda", u strogom smislu reči i ne predstavlja neki poseban,

[2] D. Stojanović, Uvod u građansko pravo, Beograd, 1988, str. 347.

potpuno nezavistan nedostatak volje. Ona je, jedna vrsta zablude i to „kvalifikovana zabluda", koja izaziva teže pravne posledice u odnosu na običnu zabludu.[3]

Pojam prevare podrazumeva sticaj dva elementa: jedan, psihološkog karaktera, koji se svodi na nameru jednog ugovarača da drugog navede ili održava u zabludi radi zaključenja pravnog posla, tako što preduzima različite radnje i postupake koji dovode do formiranja pogrešne predstave druge strane o relevantnim činjenicama. Drugi, da između prevare i zaključenja pravnog posla trba da postoji uzročna veza, koja se sastoji u tome da prevarena strana bez lažnih tvrdnji i netačnih predstava koju je izazvala druga strana, pravni posao ne bi zaključila, ili ga ne bi zaključila pod istim uslovima. Prevara mora biti uzrok, ili za zaključenje ugovora, ili za sadržinu ugovora.[4] Oba elementa kumulativno treba da budu ispunjena da bi prevarena strana mogla da zahteva poništenje takvog pravnog posla.

Za razliku od zablude koja je razlog rušljivosti pravnog posla samo ako je bitna, prevara je uvek razlog zarušljivost zbog nesavesnog, namernog, nepoštenog ponašanja druge strane. Od rimskog prava važi pravilo *fraus omnia corrumpit* -prevara sve kvari. Ona uvek pretpostavlja *mala fidei* na strani onoga ko je izazvao ili se njome koristi. Najvažnija razlika između zablude i prevare je u tome da za zabludu nije kriva druga ugovorna strana, nego je ona posledica pogrešne predstave same strane koja je u zabludi, a za prevaru se traži suprotno, da prevarena strana za stanje zablude nije kriva nego je to stanje izazvano ili održavano svesnom radnjom druge strane.

Prema Zakonu o obligacionim odnosima prevara postoji, „ako jedna strana izazove zabludu kod druge strane ili je održava u zabludi u nameri da je time navede ne zaključenje ugovora. Druga strana može zahtevati poništenje ugovora i onda kada zabluda nije bitna."[5]

Pojam prevare u uporednom pravu

U klasičnom i postklasičnom rimskom pravu *dolus malus*, je shvaćen kao delikt koji obuhvata sve radnje učinjene sa namerom da navedu drugu stranku da učini neki materijalni ili pravni akt koji će mu naneti štetu, a koji ne bi učinio da nije bilo te dolozne radnje. Najčešće se radilo

[3] S. Perović, Obligaciono pravo, Beograd, 1990.str. 301.
[4] D. Stojanović, Uvod u građansko pravo, Beograd, 1988, str.349.
[5] Zakon o obligacionim odnosima, član 65. stav 1.

o dovođenju u zabludu ili održavanju u zabludi o činjenicama koje su odlučujuće uticale na zaključenje pravnog posla.[6] *Dolus malus* će postojati i u slučaju ako je stranka sama za sebe (iz neznanja , neosnovane samouverenosti ili iz drugih razloga) dovela u zabludu, a druga stranka je u tome podržala. Prema *Servijevoj* definiciji, *dolus malus*, je izigravanje, preduzeto sa ciljem da se neko prevari, kada se jedno simulira, a drugo stvarno radi. *Labeon,* međutim smatra da se i bez simulacije može učiniti nešto da neko bude prevaren, ali se može i bez dolusa jedno simulirati, a drugo stvarno činiti. Na osnovu toga on definiše *dolus malus*, kao svaku lukavost, obmanu ili izigravanje, preduzetu da se neko zavede, obmane ili pravari. *Labeonova* je definicaiaj tačna. Pretor, neće štititi ono što je ugovoreno dolozno.[7]

Prema Francuskom građanskom zakoniku: „Prevara (*dol*) je razlog za poništenje ugovora, ako su prevarne radnje, jedne ugovorne strane takve, da je očigledno da druga strana, da njih nije bilo, ne bi zaključila ugovor.“[8] Tumačenjem člana 1116, u pravnoj teoriji je izveden zaključak da se prevarna radnja sastoji od: a) afirmativnog lažnog predstavljanja stvari, uz prevarne radnje ili bez njih, ili b) prevarnih radnji koje se sastoje od prikrivanja stvarnosti, kojoj se na taj način, daje lažni izgled, v) sprečavanja ugovorne strane da stekne tačan uvid u ono što čini, time što se prouzrokuje nestanak ili uklanjanje dokaza (dokumenata) ili lica koja mogu dati savet ili obaveštenje, g) čak i ćutanje u takvom slučaju može biti prevara, i ono se tada naziva *reticence* (zatajivanje, prećutkivanje).[9]

U Nemačkom građanskom zakoniku se ne definiše prevara, već stoji, da je pravni posao do koga je došlo lažnim predstavljanjem u cilju obmane, rušljiv, ako postupak za njegovo poništenje pokrene strana koja je obmanuta.[10]

Prema Austrijskom građanskom zakoniku „Ako je jedna strana od druge strane, lažnim navodima zavedena, i zabluda se tiče glavne stvari, ili kakve njene bitne osobine, na šta je namera poglavito bila upravljena i izjavljena, onda za zavedenog ne postoji nikakva obaveza“.[11] Građanski

[6] Tako Ciceron iznosi kao primer dolusa, slučaj Rimljanina Kaniusa, koga je neki bankar iz Sirakuze doveo u zabludu da će od kupovine jedne kuće za uživanje imati velike koristi i zato se odlučio da je kupi (prema D. Stojčević, Rimsko pravo, Beograd, 1985, str.297.)

[7] Digesta, 4,3,1,2. Ulpianus libro undecimo ad edictum.

[8] Francuski grašanski zakonik, član 1116.

[9] Planiol M,et Ripert G, Traite elementaire de droit civil, Paris, 1926, tom 1, str.200.

[10] Nemački građanski zakonik, § 123 (1).

[11] Austrijski građanski zakonik, § 871.

zakonik za Kneževinu Srbiju iz 1844, za razliku od Austrijskog građanskog zakonika nije tako jasan, jer u istom paragrafu 537, definiše i pretnju i prevaru: „Pri ugovoru, strašenje, laž, prevara i obmana upotrebljena nikome ne pomaže, no šta više odmaže. Takav ugovor ne samo da ne stoji, nego i naknada oštećenom na taj način pripada.“[12] Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru iz 1888, u članu, 519, definiše prevaru „Ako je jedna strana takom nepoštenom prevarom navela drugu na ugovor, da bez toga ova ne bi ni ugovorila, taki ugovor ne vezuje prevarenu stranu, osim ako bi ga sama naročito priznala.Ne uzima se da ostoji prevara, kada onaj koji stvar nudi, i uopšte je hvali, pa bilo i preko mere, ako se u saobraćaju na takve preuveličane hvale mnogo ne pazi.“

U američkoj pravnoj teoriji, u Prečišćenom tekstu Američkog instituta za pravo, *Restatement of the Law of Contracts*, prevara se definiše na sledeći način: „Prevara predstavlja netačno iznošenje činjenica ili njihovo skrivanje, odnosno nesaopštavanje, (osim ako se na to ima posebno pravo) koje neko čini sa namerom, ili očekujući da time izazove zabludu kod drugoga, ili da ga drži u njoj kako bi ga naveo na zaključenje ili na uzdržavanje od zaključenja kakvog pravnog posla.[13] Sudija *Story*, prihvata ovu definiciju i smatra da postoji pet elemenata koji predstavljaju osnov za pokretanje tužbe za poništaj pravnog posla usled prevare, a to su: „a) lažno (pogrešno) predstavljanje ili prikazivanje činjenica, b) svest o tome lica koje na taj način deluje, v) neobaveštenost lica izloženog lažnom predstavljanju, činjenica o tome da je reč o lažnom predstavljanju, g) namera da se na osnovu takvog predstavljanja drugo lice navede da nešto učini ili ne učini, i d) nastanak štete usled postupanja drugog, prema lažnom predstavljanju činjenica“.[14]

Elementi prevare

Da bi prevara bila razlog rušljivosti pravnog posla potrebno je da se steknu dva elementa, subjektivni i objektivni.

Subjektivni element se svodi na nameru jedne strane da drugu dovede ili održava u zabludi, a objektivni na preduzimanje određenih radnji kojima se realizuje namera o izazivanju ili održavanju druge strane u zabludi. Oba elementa imaju za posledicu, da je prevarena strana navedena na zaključenje pravnog posla koji ne bi zaključila da je za prevaru znala.

[12] Građanski zakonik za Kneževinu Srbiju, § 537.
[13] R. Paund, Jurisprudencija, Beograd,Podgorica, 2000, knjiga druga,str.638.
[14] Story, Equity Jurisprudence, par. 185, prema R, Paund, op.cit,str.638.

Između prevare i izjave volje za zaključenje pravnog posla mora da postoji uzročna veza, koja se sastoji u tome da prevarena strana bez lažnih tvrdnji i netačne predstave o činjenicama, pravni posao uopšte ne bi zaključila ili ga ne bi zaključila pod takvim uslovima. Prevara je uvek posledica *mala fidei,* onog lica koje se njome služi da bi navelo drugu stranu na zaključenje pravnog posla.

Namera strane koja čini prevaru predstavlja njenu svesnu radnju sa ciljem da se izazove ili održi pogrešna predstava o nekoj pravno relevantnoj činjenici za nastanak pravnog posla. Zabluda je izazvana namerno, dolozno (*dolus*), bez obzira da li je u pitanju *dolus directus,* kada je strana koja je namerno izazvala zabludu znala da će to uticati na drugu stranu, ili *dolus eventualis,* kada se mogućnost nastanka "izazvane" zablude kod druge strane samo pretpostavlja. Namera jedne strane da drugu dovede u zabludu ili je njoj održava treba da bude skrivljena, tj. da joj se može pripisati u krivicu. Ona je odgovorna što je svesno iznela neistinite činjenice ili prećutala neke od njih da bi navela drugu stranu na zaključenje manljivog pravnog posla. Prevara ne može nastati iz nehata (nepažnje). Nepažnja koja je imala za posledicu izazivanje zablude kod druge strane ne smatra se prevarom. Smatra se da postoji namera jedne strane u pravnom poslu da drugu stranu dovede u zabludu ili je održava u zabludi, ako je ona sama svesna neistinitosti činjenica koje predstavlja drugoj strani kao istinu. Ako je i sama u zabludi u pogledu činjenica za koje tvrdi da su istinite, onda joj se to ne može pripisati u krivicu.

Sama namera da se druga strana dovede ili održava u zabludi nije dovoljna za postojanje prevare, nego je potrebno da se ona realizuje preduzimanjem, faktičkih radnji (objektivni element). Radnje kojima se prevara čini mogu biti učinjene aktivnim ili pasivnim ponašanjem. Aktivno ponašanje se obično sastoji u lažnom prezentiranju činjenica od uticaja na zaključenje pravnog posla. Nije neophodno da prevara bude učinjena rečima, nego može i drugim radnjama. Svaka obmana u vezi zaključenje pravnog posla se uzima kao prevara *(fraus omnia corrumpit)*.

Prema, *Restatement of the Law of Contracts*, za netačno (lažno) predstavljanje činjenica kaže se da je „svako izražavanje rečima ili svako ponašanje jednog lica u odnosu na drugo, koje u datim okolnostima dovodi do izjave koja nije u skladu sa činjenicama" (paragraf 407). Samo po sebi ono ne podrazumeva posledice, osim ako se time, drugi ne navede na kakvo činjenje ili nečinjenje.

Prevara može biti učinjena i pasivnim ponašanjem u slučaju kada jedna strana održava u zabludi drugu stranu namernim prećutkivanjem činjenica od značaja za pravni posao. Pasivno ponašanje podrazumeva da se ne učini ništa da bi se druga strana oslobodila zablude nego se ću-

tanjem ona održava u zabludi ili se time zabluda čak i pojačava. Na primer: postoji prevara kada prodavac građevinskog zemljišta ne obavesti kupca da je gradnja na tom zemljištu zabranjena iako zna da ga kupuje isključivo zbog izgradnje.[15] Prećutkivanje činjenica o pravnom poslu jedne strane po sebi ne predstavlja prevaru. Pitanje je da li je strana u pravnom poslu dužna da upozori drugu na zabludu. Ako je prema okolnostima ili načelu savesnosti i poštenja postojala obaveza na informisanje koje nije ispoštovano, pa je zbog toga druga strana dovedena u zabludu, može se govoriti o prevari. Obaveza informisanja može poticati iz pravila određene profesije ili iz razloga trajnih poslovnih odnosa između stranaka, kao i iz prirode pravnog posla *(uberimae fidei)*. Smatra se da postoji obaveza na informisanje, ako je u pravnom prometu to uobičajeno, a neudovoljavanje ovoj obavezi je izazvalo pogrešnu predstavu kod druge strane koja takav pravni posao ne bi zaključila da nije bila u zabludi. Prećutkivanje istine u ovakvim slučajevima se može kvalifikovati kao prevara.

Ima mišljenja da obaveza obaveštavanja zavisi od vrste pravnog posla. Ima najmanje tri grupe okolnosti kada se ćutanje ili ne otkrivanje istine tretira kao prevara. Prvo, u slučaju kada ćutanje iskrivljuje istinitu predstavu o nekoj pravnoj činjenici; drugo, kod ugovora kod kojih se zahteva posebno poverenje *(uberrimae fidei),* i treće kod fiducijarnih pravnih poslova.[16] U nemačkom pravu se ne izdvajaju posebni pravni poslovi, kao u engleskom, već se u skladu sa okolnostima svakog pojedinog slučaja određuje da li je nesaopštavanje prevarno ili nije.

U angloameričkom pravu prećutkivanje, osim ako se ne vrši po ovlašćenju (ili posebnom pravu na to) dejstvuje kao materijalno pogrešno predstavljanje. Onaj ko pregovara sa drugom stranom nije u obavezi da joj saopšti sve što zna, čak i ako je svestan da druga strana ne poznaje relevantne činjenice. Međutim, ako je odnos među stranama takav da opravdava očekivanje jedne strane da se o njenim interesima vodi računa ili ako postoje posebna pravila kojima se zahteva saopštavanje činjenica od značaja za pravni posao, kao što su osiguranje ili jemstvo, odnosno ako je činjenica koju jedna strana zna, a druga ne zna, od tako velikog značaja, da bi uzajamna zabluda pravni posao učinila rušljivim, prećutkivanje onoga što je u tom slučaju poznato jednoj strani, a nepoznato drugoj, smatra se prevarnim činom.[17] Obaveza informisanja može proisticati iz

[15] Presuda Saveznog vrhovnog suda Rev. 1003/58. Zbirka susdkih odluka, knjiga 4. sveska 1. br. 36.

[16] *Cheshire and Fifoot's, Law of contract, Butterworths*, *London,* 1976, str. 252.

[17] *Restatement, of the Law of Contracts*, *sec.* 472, R.Paund, op. cit, str. 641

pravila određene profesije ili iz razloga trajnih poslovnih odnosa između ugovornih partnera kao i iz prirode pravnog posla.[18]

Faktičko je pitanje koje će se radnje tretirati kao prevara što zavisi od okolnosti slučaja, shvatanja sredine ili ponašanja u pravnom prometu.

Neće se smatrati prevarom pohvale i reklame nekog proizvoda koje ni prosečno pažljiv potrošač ne uzima ozbiljno. Ima mišljenja „da se zbog reklamiranja ne može zahtevati poništaj ugovora, ukoliko onaj kome je ona namenjena nije imao sve razloge da se u nju pouzda, uz primenu uobičajene obazrivosti i brižljivosti“[19] U rimskom pravu ovakvi postupci su se kvalifikovali kao dozvoljena prevara *(dolus bonus)*. Znameniti rimski pravnik *Paulus* u *Digestama* navodi: „Kod kupovine o prodaje prirodno je očekivati da se kupi više stvari za manje novca i da se proda ono što manje vredi po višoj ceni, pa prema tome i da stranke u pravnom poslu pokušavaju jedna od druge da izvuku veću korist“.[20] Često se dešava da prodavac nudeći robu na prodaju, ovu toliko hvali navodeći da ona ima svojstva koja nema, da bi neopravdano naveo drugu stranu na zaključenje pravnog posla. Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru, predviđao je, da se ne uzima kao prevara slučaj kada neko stvar hvali preko svake mere, ako se u pravnom prometu na takve preuveličane hvale "mnogo ne pazi."[21]

Prosta neistina ili obmana o pojedinim činjenicama u pravnom poslu, predstavlja prevaru, ako prema shvatanju u pravnom prometu može biti tretirana kao povreda savesnosti i poštenja. Prilikom utvrđivanja te pravne činjenice moraju se uzeti u obzir: vrsta pravnog posla, okolnosti pod kojima se zaključuje pravni posao, lična svojstva strana, uloga i značaj reklame itd.[22]

Uslovi za poništenje pravnog posla zaključenog pod prevarom

Pored namere jedne strane da drugu dovede ili održava u zabludi i preduzimanja faktičkih radnji kojima se namera realizuje, za poništenje pravnog posla usled prevare potrebno je da budu ispunjeni i drugi uslovi kao što su: postojanje uzročne veze između prevarne radnje i zaključenja

[18] Radmila Kovačević, Kuštrimović, Građansko pravo, op cit, str. 223.

[19] *Emery v. Third National Bank* (1934), R. Paund,op.cit, str.638.

[20] *Paulus, Digesta*, 19,2,22,3.

[21] Prema članu 519." Ne uzimlje se da je prijevara, kad onaj koji stvar nudi, i opšte je hvali, pa bilo preko svake mjere, ako se u saobrašaju na takve preuveličane hvale mnogo ne pazi".

[22] Marty G, Raynaud P, Droit civil,Paris 1961, str.126.

pravnog posla. Prevara se vrši sa namerom da se druga ugovorna strana navede na zaključenje pravnog posla i to tako da bez prevarne radnje druga strana ne bi zaključila pravni posao. U pravnoj teoriji postoji spor o tome da li je za prevaru dovoljna namera da se zaključi određeni pravni posao *(dol principal)*, ili namera da se zaključi pravni posao pod uslovima koje nameće lice koje se koristi prevarom *(dol incident)*. Po jednima, dovoljna je opšta namera *(Mazeaud)*, a po drugima ovo pitanje treba raspraviti na planu sankcije.[23]

Ako je prevara ostala bez uticaja na izjavioca, ako je on učinio izjavu volje bez obzira na prevaru, pravni posao biće punovažan. Pitanje, da li je u konkretnom slučaju bilo uzročne veze između izjave i prevare je čisto faktičko pitanje, koje sud rešava s obzirom na ono, što bi razumni čovek u takvom slučaju radio.[24]

Po pitanju, od koga treba da potiče prevara, da bi imala uticaja na punovažnost pravnog posla, postoje različita rešenja u pojedinim pravnim sistemima. Prema austrijskom pravu, zahteva se da, prevara potiče od protivne strane. Izuzetno imaće dejstvo na punovažnost pravnog posla i prevara koja potiče od trećeg lica ako je protivna strana iz pravnog posla učestvovala u njoj ili je za nju znala.[25] Na sličan način i francusko pravo, reguliše ovo pitanje (član 116). Nemačko pravo (par.123), ima drugačiji sistem, prema kome, svaka prevara, ma od koga ona poticala, utiče na punovažnost pravnog posla. Prema navedenom paragrafu 123, „ako prevara potiče od trećeg lica moći će da se traži poništaj pravnog posla samo ako je strana iz dotičnog pravnog posla znala ili morala znati za prevaru. Izuzetno će prevara, ma od koga poticala, uticati na punovažnost pravnog posla ako je to treće lice steklo neko pravo neposredno na osnovu izjave volje, a znalo je ili moralo znati za prevaru". Ispravnije je shvatanje da pravni posao zaključen pod prevarom, nije punovažan, bez obzira na to, da li je prevaru izvršila druga ugovorna strana ili treće lice. Ako druga strana nije znala za prevaru, ona ima pravo na naknadu štete, kao i u slučaju zablude. Šteta obuhvata samo tzv. negativni interes.[26]

U našoj predratnoj literaturi bilo je i drugačijih mišljenja da se poništaj ugovora zaključenog pod prevarom može tražiti samo u slučaju da prevara potiče od protivne strane.[27] Sličnih mišljenja bilo je i u posleratnoj pravnoj teoriji. Prema V. Spaiću, za pojam prevare je bitno da ona po-

[23] R. Kovačević Kuštrimović, op cit. str. 218.
[24] L. Marković, op cit. str.223.
[25] Austrijski građanski zakonik,(novelirani), § 875.
[26] L. Marković, Građansko pravo, Beograd,1912, str.225.
[27] Đ. Pavlović, O obveznostima u ugovorima uopšte, Beograd,1892, str 304.

tiče od druge strane u pravnom poslu, jer je za prevaru karakteristično, da je baš jedna od strana iz pravnog posla namerno dovela u zabludu drugu stranu. U slučaju da je neko treći na prevaran način naveo jednu od strana na zaključenje pravnog posla, ne može se govoriti o prevari, već o zabludi, a ako su ispunjeni uslovi za postojanje bitne zablude, mogao bi se ovakav pravni posao poništiti. Međutim, treće lice koje je učinilo prevaru u svakom slučaju je dužno da nadoknadi štetu koju je jedna od strana u pravnom poslu pretrpela. U svakom slučaju od protivne stranke se ne može tražiti naknada štete. Zbog navedenih razloga se prevara definiše kao" namerno izazivanje, pojačavanje ili održavanje pogrešne i lažne predstave kod drugog lica. Kod prevare se, dakle, jedno lice namerno dovodi u zabludu da učini izjavu koju ono inače ne bi učinilo".[28]

Namerno prouzrokovana zabluda treba da bude uzrok koji je drugu stranu naveo na zaključenje pravnog posla. Između izjavljene volje prevarene strane i zaključenja pravnog posla treba da postoji uzročna veza. Nemački građanski zakonik sadrži formulaciju u kojoj je to naročito istaknuto *(arglistige Tauschung)*.[29] Uzročne veze nema ako do zaključenja pravnog posla ne dođe, kao i slučaju ako se pravni posao zaključi, ali ne u vezi sa prouzrokovanom prevarom, ako bi ga prevarena strana zaključila u svakom slučaju, pa i u slučaju da je bila svesna svoje prevare. Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru, je o tome imao posebnu odredbu. „Ko pri ugovaranju zna ili lako znati može da ga varaju, pa ipak pristane, nije prevaren."[30]

Prevara se smatra i protivpravanom, nedozvoljenom radnjom koja je uvek uzrok relativne ništavosti pravnog posla jer se nanosi šteta drugoj strani. Između prevare krivičnog i građanskog prava postoje izvesne sličnosti i razlike. Iako se izvesni elementi prevare u oba slučaja poklapaju pojam prevare u građanskopravnom smislu je širi. To znači da je prevara u smislu krivičnog prava predstavlja uzrok ništavosti i u građanskom pravu, ali ne i obrnuto, pravni posao zaključen pod prevarom ne mora biti krivično delo prevare.[31] Za prevaru kao razlog rušljivosti pravnog psla nije neophodno da radnja lica koje se ponaša prevarno ima elemente prevare kao krivičnog dela. Za postojanje prevare u građanskom pravu dovoljno je da prevara pred-

[28] V. Spaić, Građansako pravo, opšti deo i stvarno pravo, Sarajevo, 1971,str.279.

[29] Nemački građanski zakonik, § 123.

[30] Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru, član 910.

[31] Prema Krivičnom zakoniku, definicija prevare glasi:„Ko u nameri da sebi ili drugom pribavi protivpravnu imovinsku korist, dovede koga lažnim prikazivanjem ili prikrivanjem činjenica u zabludu ili ga održava u zabludi i time navede da ovaj na štetu svoje ili tuđe imovine nešto učini ili ne učini". (član 208. Krivičnog zakonika „Sl. Glasnik RS", br.85/2005)

stavlja protivpravan akt kojim se drugoj strani nanosi šteta, i da postoji nesavesnost na strani lica koje je čini.

Još jedan uslov treba da se ispuni da bi prevara bila razlog za rušljivost pravnog posla, a to je da prevaru treba da izvrši saugovarač. Ako je prevara izvršena sopstvenom krivicom prevarene strane postojala bi neopravdana zabluda, a ne prevara.

Prevaru može izvršiti ne samo saugovarač nego i treće lice.[32] Postavlja se pitanje, da li prevara koju je izazvalo treće lice može uticati na punovažnost pravnog posla. Prema jednom shvatanju, koje je prihvaćeno u Francuskom građanskom zakoniku (član 1116.) ovakva prevara je bez uticaja na pravni posao pod uslovom da je saugovarač bio savestan, tj. nije znao za prevaru trećeg lica. Prevara uvek pretpostavlja krivicu druge strane - saugovarača.

Prema drugom shvatanju koje je prihvaćeno u većini zakonodavstava, a usvojeno je i u našem Zakonu o obligacionim odnosima, prevara koju učini treće lice može biti razlog rušljivosti ako je drugoj strani - saugovaraču u vreme zaključenja bila ili morala biti poznata.[33] „Ako je prevaru učinilo treće lice, prevara utiče na sam ugovor ako je druga strana u vreme zaključenja ugovora znala ili morala znati za prevaru".[34] U ovom slučaju postoji prevara jer je druga ugovorna strana znala da je treće lice izazvalo zabludu, a ništa nije preduzela da prevarenu stranu upozori ili oslobodi te zablude, pa se smatra kao da ona čini prevaru. U ovom slučaju druga strana u pravnom poslu pokazuje da se slaže sa tako nastalim stanjem, bilo prećutkivanjem ili čak i potenciranjem zablude koju je izazvalo treće lice, da bi iz takvog pravnog posla za sebe pribavila neopravdanu korist.

Kada prevaru vrši trće lice, a ugovorna strana ne zna za to, pravni posao se ne može poništiti jer ne dostaje njena krivica.Ali, pošto druga strana u pravnom poslu trpi štetu zbog zaključenja takvog pravnog posla dopušteno joj je da zahteva naknadu štete od trećeg lica na osnovu opštih pravila o odgovornosti za prouzrokovanu štetu.

---

[32] Pomoćnici druge ugovorne strane nisu treća lica u smislu člana 65. stava 3. Zakona o obligacionim odnosima, i njihove radnje računaju se kao radnje njihovog gospodara. Protivnoj ugovornoj strani ne može koristiti činjenica, da on uopšte nije znao o prevari koju su učinili njegovi službenici, agenti ili druga lica koja je koristio pri zaključenju i ispunjenju ugovora. Kao treća lica smislu pomenutog člana 65, treba smatrati pomoćnike lica koje je bilo prevareno, ako su prevaru počinila ova lica, a protivna strana ugovornica je za ovu prevaru znala. Prevareni može takav ugovor osporavati i zahtevati njegov poništaj. D. Stojanović, op.cit, str.349.

[33] Švajcarski zakonik o obligacijama (čl.28), Nemački građanski zakonik (§.123), Italijanski građanski zakonik (čl.1439).

[34] Zakon o obligacionim odnosima, član 65. stav 3.

Ako je zaključen dobročini pravni posao (ugovor bez naknade) može se poništiti i kad je prevaru učinilo treće lice, bez obzira na to da li je ugovorna strana u vreme zaključenja ugovora znala ili morala znati za prevaru.[35]

Ovo pravilo je inspirisano posebnom zaštitom dužnika kod dobročinih pravnih poslova koji se obavezuju na činidbu bez protičinidbe.[36]

Pravno dejstvo prevare

Prevara je mana volje koja ima za posledicu relativnu ništavost zaključenog pravnog posla. Poništenje ovakvog pravnog posla može tražiti strana koja je prevarena. Ona mora dokazati da je prevara uticala na zaključenje pravnog posla koji je zbog toga rušljiv. Da bi prevarena strana uspela sa zahtevom za poništenje pravnog posla mora biti savesna. Prevarena strana ima pravo na naknadu štete koju je pretrpela zbog poništenja pravnog posla.

Ako je prevaru izazvalo treće lice treba razlikovati slučaj:

a) kada je druga strana u pravnom poslu znala ili morala znati za prevaru, što prevarenom daje pravo da traži njegovo poništenje uz pravo na naknadu štete, koju može zahtevati od druge strane u pravnom poslu ili od trećeg lica;

b) kada druga strana u pravnom poslu nije znala za prevaru, treba razlikovati dva sličaja: prvi, ako se radi o teretnom pravnom poslu, pravni posao je pravno valjan, a prevareni ima pravo na naknadu štete od trećeg lica koje ga je dovelo u zabludu; i drugi, ako je zaključen dobročini pravni posao, prevarena strana može zahtevati poništenje pravnog posla, bez obzira da li je druga strana u vreme zaključenja znala ili morala znati za prevaru.

Oštećena strana ima pravo na naknadu štete zbog rušljivosti pravnog posla usled prevare, nezavisno od poništenja pravnog posla. Šteta treba da bude posledica prevarnih radnji jedne od strana u pravnom poslu ili trećeg lica. Moguće je da prevareni traži naknadu štete u oba slučaja i kada je pravni posao poništen i kada nije. Ovo iz razloga što „pravara sve kvari“ *(fraus omnia corumpit)*, jer se uvek pretpostavlja nesavesnost na strani onoga ko se njome koristi.

Ništavost pravnog posla se izriče zbog mane u izjavi volje, a naknada štete kao sankcija za građanski delikt. Zato se poništenje vrši prema pravilima o ništavosti, a naknada štete se duguje prema pravilima o građanskoj odgovornosti.[37]

---

[35] Zakon o obligacionim odnosima, član 65. stav 4.

[36] Marty G ,Raynaud P,op. cit. str.129.

[37] Radmila Kovačević - Kuštrimović, Građansko pravo, op cit. str.225.

Naknada štete se može zahtevati nezavisno od poništenja ugovora. Bitno je da je šteta nastala kao posledica prevarnih radnji jedne ugovorne strane ili trećeg lica. Moguće je da prevarena strana zahteva naknadu štete iako ugovor nije poništen, kao i kada je poništen.

Rok za poništenje pravnog posla zaključenog pod prevarom u našem pravu iznosi godinu dana od saznanja za prevaru, a najkasnije u roku od tri godine od zaključenja pravnog posla. Potraživanje naknade štete zbog prevare zastareva prema opštem roku zastarelosti utvrđenom Zakonom o obligacionim odnosima. Ako se pravni posao ne poništi u tom roku konvalidira se i važi kao da prevare nije ni bilo. Pošto prevara predstavlja nedozvoljenu skrivljenu radnju, u uporednom zakonodavstvu i našem predratnom pravu rokovi za poništaj pravnog posla usled prevare su duži nego u slučaju zablude.[38]

U angloameričkom pravu zaštita od prevare može se ostvariti u postupku pred sudom po pravilima opšteg prava *(common Law)* ili po pravu pravičnosti *(equity Law)*. Prigovori po pravu pravičnosti obuhvataju poništaj (s tim što se zahteva pismeni dokaz, kako o postojanju pravnog posla tako i o prevari), zatim raskid ugovora (kada se smatra da ugovor ne proizvodi pravno dejstvo) i prigovor zasnovan na pravičnosti. Pravno sredstvo po opštem pravu je tužba za naknadu štete, kod koje značajnu ulogu igra element obmane oštećene strane.

Prema postupku predviđenom pravom pravičnosti u slučajevima naknade štete zbog prevare potrebno je ispuniti i neke dodatne uslove da bi se zaštitio pravni promet. Tako, lice koje zahteva poništaj mora vratiti ono što je eventualno primilo od druge strane i mora brzo reagovati u navedenom smislu, pri čemu se posebno vodi računa o interesima trećih lica koja za prevaru nisu znala ili nisu mogla znati.[39]

Poseban tip naknade po angloameričkom pravu predviđen je kroz diskreciono ovlašćenje sudova prava pravičnosti da narede specifično ispunjenje obaveze tamo gde pravana sredstva koja predviđa opšte pravo nisu dovoljna. Ovakvo ispunjenje, međutim, neće biti dozvoljeno ukoliko nisu zadovoljeni svi zahtevi u pogledu dokazivanja da je do prevare došlo, zatim ukoliko se ne dokaže da je položaj ugovornih strana posebno neravnopravan i kombinovan sa iskorišćavanjem nevolje jedne strane.[40]

---

[38] U Nemačkom građanskom zakoniku (§ 124.) predviđen je subjektivni rok od jedne, a objektivni od trideset godina, Francuski građanski zakonik (član 1304) predviđa rok od deset godina, Građanski zakonik za Kneževinu Srbiju iz 1844. (§ 937) predviđao je rok od dvadesetčetiri godine.

[39] *Restatement of the Law of Contracts, sec*. 480 – 484.

[40] Rosko Paund, Jurisprudencija, op.cit. str.642.

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

The Effect of Misrepresentation

Abstract

The misrepresentation means an untrue statement of facts, made by one party to the other in the course of negotiating a contract that induces the other party to enter into the contract. The person making the misrepresentation is called the representor, and the person whom it is made is the representee. A false of fraudulent misrepresentation is one made with knowledge of its falsehood, and intended to deceive. In the case of fraudulent misrepresentation representor did not honestly believe in the truth of his statement, which is not the same as saying that he knew it to be false. A negligent misrepresentation is one made with no reasonable grounds for believing in to be true. An innocent misrepresentation is one made with reasonable grounds for believing in to the true, as where an honest mistake is made. A fraudulent misrepresentation is actionable as a tort.

When a person has been induced to enter into a contract by misrepresentation, he may in general either (1) affirm the contract and insist of the misrepresentation being made good, if that is possible, or (2) rescind the contract if it is still executory, and if all parties can be restored to their original positions, or (3) bring an action for damages, or (4) rely upon the misrepresentation as a defense to an action on the contract.

A contract may be rescinded of the ground of misrepresentation even if innocent. Specific performance will not be decreed if a definite untrue representation has been relied on.

It is clear that the claim for damages for fraudulent misrepresentation is a claim in tort. So the general governing rule is that the plaintiff should be restored to the position he would have been in if the representation had not been made.

Originalni naučni rad 347.171(497.11):061.1EU

Dr Bernadet Bordaš, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

REGULISANJE BORAVKA STRANACA U REPUBLICI SRBIJI: NA PUTU KA HARMONIZACIJI SA PRAVOM EVROPSKE ZAJEDNICE[1]

***Sažetak*:** *Rad se bavi analizom onih odredaba Zakona o strancima iz oktobra 2008. godine koji regulišu boravak stranaca (boravak do 90 dana, privremeni boravak i stalno nastanjenje stranaca) na teritoriji Republike Srbije, koji predstavljaju osnov za njihov pravni položaj u Srbiji, a koji su naročito važni i sa aspekta pravne sigurnosti dotičnih lica u savremenim uslovima učestalog prekograničnog kretanja ljudi. S obzirom na to da pridruživanje Evropskoj uniji zahteva harmonizaciju sa pravom Evropske zajednice, prikazani su i odgovarajući sekundarni izvori komunitarnog prava da bi se utvrdilo da li je pravo Srbije u ovim pitanjima, prema sadašnjem stanju odnosa sa Evropskom zajednicom, uporedivo sa rešenjima koje sadrže.*

Ključne reči: *Zakon o strancima, privremeni boravak stranca, stalno nastanjenje stranca, harmonizacija sa pravom Evropske zajednice*

1. UVOD

Narodna skupština Republike Srbije usvojila je u oktobru 2008. godine Zakon o strancima (u daljem tekstu: ZS) koji je stupio na snagu osmog dana od dana objavljivanja u Službenom glasniku Republike

[1] Rad je posvećen projektu *Pravo Srbije u evropskoj perspektivi* br. 149042 koji finansira Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije.

Srbije[2]. Zakon, međutim, počinje da se primenjuje 1. aprila 2009. godine kada će prestati da važi Zakon o kretanju i boravku stranaca iz 1980. godine.[3] ZS predstavlja važan izvor prava iz razloga što reguliše uslove pod kojima stranci mogu da stupe na teritoriju Republike Srbije, da na njoj privremeno ili stalno borave i na taj način otvara i pitanje pravnog položaja stranaca. Prema članu 17. Ustava Republike Srbije iz 2006. godine[4] „Stranci, u skladu sa međunarodnim ugovorima, imaju u Republici Srbiji sva prava zajemčena Ustavom i zakonom, izuzev prava koja po Ustavu i zakonu imaju samo državljani Republike Srbije". S druge strane, ZS u članu 37. propisuje: „Stranac kome je odobreno stalno nastanjenje izjednačen je u pravima i obavezama sa državljanima Republike Srbije, osim u pogledu onih prava i obaveza od kojih je, na osnovu Ustava i zakona, izuzet." Na osnovu ovih odredbi i u okvirima koje one postavljaju ostaje zadatak zakonodavca da uskladi domaće propise sa pravom Evropske zajednice i na taj način doprinese ispunjavanju uslova za (eventualno) punopravno članstvo u Evropskoj uniji. Jedan od tih propisa je i ZS, ali za pravni položaj stranaca su od značaja, na primer, i oni koji se odnose na rad i zapošljavanje, na pravo privređivanja, na oporezivanje, na socijalno osiguranje (zdravstveno i penzijsko), osiguranjena sticanje svojine, na ostvarivanje prava iz porodičnih odnosa, kao i propisa iz oblasti međunarodnog privatnog prava, naročito sukoba zakona i sukoba nadležnosti.

Ovaj rad se bavi samo određenim odredbama ZS, koji direktno omogućuju da stranci borave na teritoriji Srbije dođu na teritoriju Srbije i ovde boravena osnovu zakona, tj. legalno, a ne uslovima pod kojima oni mogu ući na nju. Rad se, dakle, ne bavi pitanjima viznog režima, ulaskom[5] i uskraćivanjem ulaska u državu, već samo pitanjima boravka, privremenog boravka i nastanjenja stranaca u Srbiji. Pod strancem se - podrazumeva, prema odredbi stava 1. člana 3. ZS „svako lice koje nema državljanstvo republike Srbije". Zakon se, međutim, po članu 2. ne p-

[2] Sl. Glasnik RS, br. 97/2008., član 92., stupio na snagu 4.11.2008.

[3] Član 90 ZS: "Danom početka primene ovog zakona prestaje da važi Zakon o kretanju i boravku stranaca („Službeni list SFRJ", br. 56/80, 53/85, 30/89, 26/90, i 53/91, „Službeni list SRJ", br. 24/94, 28/96 i 68/02, „Službeni list SCG", br. 12/05 i „Službeni glasnik RS", br. 101/05 i 109/07), izuzev odredaba čl. 67-75. koje prestaju da važe danom početka primene zakona kojim se uređuje udruživanje građana."

[4] Sl. Glasnik RS, br. 98/2006.

[5] Prema tački 4. člana 3 ZS „ulazak u Republiku Srbiju je dolazak stranca na teritoriju, kojie je odobren od strane nadležnog državnog organa, prelaskom preko državne granice, odnosno graničnog prelaza na kome se obavlja granična kontrola. Zadržavanje stranaca u tranzitnom prostoru aerodorma ili sidrištu pristaništa i sidrištu luke preko kojih se odvija međunarodni saobraćaj ne smatra se, u smislu ovog zakona, ulaskom u Srbiju".

rimenjuje na određena lica, bez obzira što bi ispunjavala kriterijum iz stava 1. člana 3., i to: na strance koji su podneli zahtev za dobijanje azila ili kojima je u Srbiji dat azil[6], na strance koji po međunarodnom pravu uživaju privilegije i imunitete[7] u delu koji je tim privilegijama i -imunitetima isključen, na strance koji su stekli izbeglički status, dok se na lica bez državljanstva primenjuju odredbe Konvencije o pravnom položaju lica bez državljanstva, ako je to za njih povoljnije[8].

S obzirom na to, da donošenje Zakona o strancima i harmonizacija domaćeg prava u ovoj oblasti sa pravom Evropske zajednice (u daljem tekstu: EZ) čini jednu od pretpostavki u procesu stvaranja/ispunjavanja uslova za članstvo u Evropskoj uniji, smatramo korisnim da se u ovom radu veoma sumarno prikažu i najvažnije odredbe prava Evropske zajednice koje regulišu boravak stranaca na teritoriji Evropske unije, odnosno država članica. Na taj način će se videti koliko je ZS konvergentan sa propisima EZ, odnosno koja su to pitanja u pogledu kojih će biti potrebna dalja usklađivanja u pravu Srbije.

Rad je podeljen u dva dela. Prvi deo čini sumaran prikaz stanja prava EZ, a drugi je posvećen Zakonu o strancima u granicama koje su gore već navedene.

2. PRAVO EZ U MATERIJI BORAVKA, PRIVREMENOG BORAVKA I STALNOG NASTANJENJA STRANACA – DRŽAVLJANA TREĆIH ZEMALJA

2.1. Najvažniji izvori prava

Prema sadašnjem stanju stvari u državama članicama EZ kretanje i boravak stranaca reguliše se s obzirom na to, da li je stranac državljanin države članice EZ ili nije. Prvu kategoriju čine, na osnovu člana 17. Ugovora o osnivanju Evropske zajednice[9] (u daljem tekstu: UEZ), građani

[6] Vidi Zakon o azilu, Sl. glasnik RS, br. 109/07.

[7] Vidi najvažnije multilateralne konvencije: Konvencija o privilegijama i imunitetima Ujedinjenih nacija iz 1946.g., Službeni list FNRJ, br. 20/50; Konvencija o privilegijama i imunitetima specijalizovanih ustanova iz 1947.g., Službeni list FNRJ, br. 25/51; Bečka konvencija o diplomatskim odnosima iz 1961.g., Sl. list SFRJ, Dodatak: Međunarodni ugovori i drugi sporazumi, br. 2/64; Bečka konvencija o konzularnim odnosima iz 1963.g., Sl. list SFRJ, Dodatak: Međunarodni ugovori i drugi sporazumi, br. 5/66; Bečka konvencija o predstavljanju država u njihovim odnosima sa međunarodnim organizacijama univerzalnog karaktera iz 1975.g., Sl. list SFRJ, Međunarodni ugovori, br. 3/77.

[8] Vidi Konvenciju o pravnom položaju lica bez državljanstva iz 1954. godine, Sl. list FNRJ, dodatak br. 9/1959.

[9] Vidi prečišćeni tekst u OJ C 321, 29.12.2006.

Unije koji po odredbama člana 18. UEZ imaju pravo da se slobodno kreću i borave na teritoriji država članica, te im je sledstveno tome na osnovu odredaba članova 39., 43., 49. dostupno pravo na slobodno kretanje radne snage, pravo privređivanja i pravo na slobodno vršenje usluga „uz poštovanje ograničenja i uslova predviđenih ovim Ugovorom[10] i merama za njegovo sprovođenje."[11]

Jedan od najvažnijih sekundarnih izvora prava EZ u ovoj materiji je Direktiva Evropskog parlamenta i Saveta 2004/38/EZ o pravu građana Unije i članova njihovih porodica na slobodno kretanje i boravak na teritoriji država članica kojom se menjaju i dopunjuju odredbe Regulative (EEZ) br. 1612/68 i ukidaju direktive 64/221/EEZ, 68/360/EEZ, 72/194/EEZ, 73/148/EEZ, 75/34/EEZ, 75/35/EEZ, 90/364/EEZ, 90/365/EEZ i 93/96/EEZ.[12] Odredbe ovog izvora su od značaja za ovaj rad samo utoliko, ukoliko regulišu status članova porodice građanina Unije koji nisu državljani neke od država članica.[13]

U drugu kategoriju stranaca sa aspekta kretanja i boravka u državama članicama spadaju, po terminologiji koja se koristi u pravu EZ, tzv. državljani trećih zemalja pod kojima se podrazumevaju državljani zemalja koje nisu članice Evropske unije. Pravni osnov zakonodavne delatnosti EZ je u Naslovu IV – Vize, azil, imigracija i ostale politike koje se odnose na slobodno kretanje lica Ugovora o osnivanju Evropske zajednice, posebno u članu 63[14].

---

[10] Ugovorom o osnivanju Evropske zajednice.

[11] Vidi stav 1. člana 17. UEZ.

[12] Vidi OJ L 229, 29.06.2004, str. 35-48.

[13] Građani Unije imaju pravo ulaska u drugu državu članicu sa ličnom kartom ili važećom putnom ispravom i da borave tamo do tri meseca; države članice mogu zahtevati od takvih lica da registruju svoje prisustvo u datoj državi članici. Pravo da borave u nekoj državi članici uživaju građani Unije pod određenim uslovima: radi obavljanja ekonomske aktivnosti u svojstvu zaposlenog ili samozaposlenog lica, posedovanje dovoljnih sredstava za izdržavanje i zdravstvenog osiguranja, ili kao student profesionalnog osposobljavanja sa dovoljnim sredstvima za život i zdravstvenim osiguranjem, ili kao članovi porodice navednih lica-građana Unije. Dozvole boravka im nisu potrebne, ali može da postoji obaveza registracije. Pravo na stalni boravak u nekoj državi članici građanin Unije stiče posle pet godina neprekidnog zakonitog boravka, pod uslovom da protiv njega nije sprovedena odluka o izbacivanjuproterivanju, inače pravo stalnog boravka nije podvrgnuto nikakvim posebnim uslovima; ovo pravo imaju i članovi porodice koji nisu državljani neke države članice, ako su pet godina živeli sa građaninom Unije; vidi Direktivu iz prethodne beleške; vidi takođe http://europa.eu/scadplus/leg/en/lvb/l33152.htm.

[14] Prema odredbi tačke 3. stava 1. člana 63. Savet donosi „3. mere imigracione politike u sledećim oblastima: a) uslovi ulaska i boravka, kao i standardi i procedure za izda-

Ukoliko status državljana trećih zemalja nije regulisan posebnim izvorima ili međunarodnim ugovorima[15], njima je za ulazak potrebna viza[16], na osnovu koje, a u skladu sa Regulativom Evropskog parlamenta i Saveta (EZ) br. 562/2006 o ustanovljenju Kodeksa Zajednice o pravilima koja se primenjuju na kretanje lica preko granica[17] i sa članom 21. Šengenskih tekovina – Konvencije o sprovođenju Šengenskog sporazuma od 14. juna 1985. godine između vlada Ekonomske unije država Beneluksa, Savezne Republike Nemačke i Francuske Republike o postepenom ukidanju kontrola na njihovim zajedničkim granicama[18], imaju pravo slobodnog kretanja do tri meseca na teritoriji onih država članica koje Šengenske tekovine primenjuju u celosti. Najvažniji sekundarni izvori koji se odnose na *pravo boravka* su Direktiva Saveta 2003/86/EZ od 22. septembra 2003. godine o pravu na spajanje porodice[19], Direktiva Saveta 2003/109/EZ od 25. novembra 2003. godine o pravnom položaju državljana trećih zemalja kojima je odbren dugoročni boravak[20], Direktiva Saveta 2004/114/EZ od 13. decembra 2004. godine o uslovima prijema državljana trećih zemalja za ciljeve studiranja, razmene učenika, obavljanja pripravničkog staža bez naknade ili volontiranja[21], Direktiva Saveta 2005/71/EZ od 12. oktobra 2005. godine o specijalnoj proceduri za prijem dr-

---

vanje od strane država članica viza i dozvola boravka na duži rok, uključujući i onih čiji je cilj okupljanje porodica;".

[15] EZ je zaključila različite međunarodne ugovore sa trećim zemljama, koji – u zavisnosti od prirode i bliskosti međusobnih veza sadrže različite uslove za ulazak, kretanje i boravak državljana tih zemalja na teritoriji država članica EZ. Najvažniji su Ugovor o Evropskoj ekonomskoj oblasti (The European Economic Area Agreement) iz 1990. godine i Sporazum sa Švajcarskom iz 1999. godine, koji danas državljanima Islanda, Lihtenštajna i Norveške, kao i državljanima Švajcarske obezbeđuju veoma sličan položaj onom koji imaju državljani država članica EZ, tj. građani Unije; sporazumi postoje i sa Turskom, istočno evropskim i centralno azijskim državama, evro-mediteranskim državama, afričkim, karipskim i pacifičkim državama, nekim južno-američkim državama; vidi, na pr. N. Rogers, R. Scannell, Free Movement of Persons in the Enlarged European Union, London 2005, str. 247-423; B. Bordaš, Pravni položaj državljana trećih zemalja u Evropskoj uniji (prvi deo), Glasnik Advokatske komore Vojvodine, LXXVIII, Knjiga 66, br. 5, 2006, str. 231-257; (drugi deo), Glasnik Advokatske komore Vojvodine, LXXVIII, Knjiga 66, br. 6, 2006, str. 319-350.

[16] Vidi Regulativu Saveta (EZ) br. 539/2001 od 15. marta 2001. g. o određivanju trećih država čiji državljani moraju posedovati vizu kada prelaze spoljne granice i onih država čiji državljani su izuzeti od te obaveze, OJ L 81, 21.3.2001, sa izmenama i dopunama u Regulativi br. 1932/2006 od 21. decembra 2006.g., OJ 405, 31.12.2006.

[17] Tzv. Schengen Borders Code, vidi OJ L 105, 13.4.2006.

[18] Tzv. Schengen Implementing Convention, vidi OJ L 239, 22.9.2000, str. 19.

[19] OJ L 251, 3.10.2003.

[20] OJ L 16, 23.1.2004.

[21] OJ L 375, 23.12.2004.

žavljana trećih zemalja radi obavljanja naučnih istraživanja[22]. U zakonodavnoj proceduri se nalazio i Predlog direktive Saveta o uslovima ulaska i boravka državljana trećih zemalja za ciljeve plaćenog zaposlenja i obavljanja ekonomskih aktivnosti u svojstvu samozaposlenih lica[23], ali je on 2006. godine povučen od strane Komisije. U pogledu pitanja koja nisu regulisana izvorima prava EZ, poput uslova za odobrenje privremenog boravka radi obavljanja rada i zapošljavanja, ili uslova za odobrenje boravka u cilju obavljanja rada, zapošljavanja ili obavljanja ekonomskih aktivnosti u svojstvu samozaposlenih lica primenjuje se domaće (nacionalno) pravo država članica.

2.2. Boravak stranaca – državljana trećih zemalja u trajanju do 90 dana

Prema pravu EZ[24] radi boravka koji ne prelazi tri meseca državljanima trećih zemalja će se odobriti ulazak na teritoriju država članica Šengenskih tekovina ako takav stranac ima važeći dokument ili dokumente (putna isprava, viza, lična karta) na osnovu kojih je ovlašćen da pređe granicu, ako pruži dokaz o opravdanosti cilja i o uslovima nameravanog boravka, kao i o tome da raspolaže dovoljnim sredstvima za izdržavanje za vreme boravka i za povratak, ili o tome da je u položaju koji će mu omogućiti da stekne ta sredstva na zakonit način. Ovakav boravak će se dozvoliti pod uslovom da se ne smatra da stranac predstavlja pretnju javnom poretku, nacionalnoj bezbednosti ili međunarodnim odnosima bilo koje ugovorne strane.

2.3. Privremeni boravak stranaca – državljana trećih zemalja u državama članicama

2.3.1. Privremeni boravak državljana trećih zemalja radi rada i zapošljavanja

Pravo EZ nema pravno obavezujuće sekundarne izvore koji bi regulisali boravak stranaca-državljana trećih zemalja po ovom osnovu. To znači da države članice na odobravanje privremenog boravka radi rada, zapošljavanja ili obavljanja drugih profesionalnih delatnosti pri-menjuju svoje nacionalno pravo, koje karakteriše načelo primata domaćeg tržišta

[22] OJ L 289, 3.11.2005.

[23] COM (2001) 386 final, 11.7.2001.

[24] Vidi član 5.1. u vezi sa članom 21. Šengenskih tekovina – Konvencije o sprovođenju Šengenskog sporazuma od 14. juna 1985. godine; vidi belešku br. 16.

radne snage, odnosno poštovanja stanja na domaćem tržištu radne snage. Po ovome, državljanin treće države može da popuni neko radno mesto samo posle temeljne procene stanja na domaćem tržištu radne snage (osim ako međunarodne obaveze Evropske unije i država članica propisuju drugačije).[25] Komisija je radila na Predlogu Direktive o uslovima za ulazak i boravak državljana trećih zemalja za ciljeve plaćenog zaposlenja i obavljanja ekonomskih aktivnosti u svojstvu samozaposlenih osoba, ali je on povučen iz procedure 2006. godine[26], te boravak radi ovih ciljeva i dalje odobravaju države članice na osnovu domaćeg, nacionalnog, prava.

2.3.2. Privremeni boravak državljana trećih zemalja radi školovanja i studiranja

Evropska zajednica uslove za odobrenje privremeng boravka državljana trećih zemalja reguliše u Direktivi Saveta 2004/114/EZ od 13. decembra 2004. godine o uslovima prijema državljana trećih zemalja za ciljeve studiranja, razmene učenika, obavljanja pripravničkog staža bez naknade ili volontiranja[27]. Ova Direktiva je, u poređenju sa ZS (kako će se to kasnije videti), detaljnija i određuje posebne i precizne uslove[28] koje svaka kategorija obuhvaćenih lica[29] treba da ispuni pored opštih uslova[30]; odobrenje važi najmanje godinu dana, s tim da se važenje može produžavati ako titular ispunjava propisane uslove, osim u slučaju kada kurs obuke traje kraće od godinu dana (za učenike srednjih škola boravak se odobrava najduže na godinu dana); s obzirom da je cilj direktive *harmonizacija* prava država članica, u pogledu nekih uslova im je ostavljeno da ih modifikuju u skladu sa zahtevima domaćeg pravnog poretka. Još jedna posebnost koja se tiče privremenog boravka studenata jeste ovlašćenje da se zaposle ili obavljaju rad kao samozaposlena li-

[25] Vidi Proposal for a Council Directive on the conditions of entry and residence of third/country nationals for the purpose of paid employment and self-employed economic activities, Brussels, 11.7.2001, COM(2001) 386 final, str. 2.

[26] Vidi prethodnu belešku i COM(2005) 462 final, Brussels, 27.9.2005, kao i veb stranu http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=en&DosId=167020

[27] OJ L 375, 23.12.2004.

[28] Članovi 7-11. Direktive.

[29] Posebni uslovi propisani za studente su, na primer: student treba da je primljen u ustanovu visokog obrazovanja radi praćenja studijskih programa, na zahtev države članice student treba da podnese dokaz da će za vreme svog boravka imati dovoljna sredstava za izdržavanje, studiranje i povratak, ako država članica zahteva student treba da podnese dokaz o znanju jezika studija u meri koja će mu omogućiti da prati program i o tome da je platio školarinu koju ustanova traži (član 7. Direktive).

[30] Vidi član 6. Direktive.

ca za vreme studija, pod uslovima koje propisuje država članica po mestu studiranja radi pokrivanja troškova boravka i studija, s tim da se može uzeti u obzir stanje na tržištu rada (član 17.). Značajna je i odredba kojom se omogućuje ubrzani postupak za izdavanje dozvola boravka ili viza za studente i srednjoškolce na osnovu sporazuma između nadležnog organa odnosne države članice i odgovarajuće obrazovne ustanove (član 19.).[31]

2.3.3. Privremeni boravak državljana trećih zemalja radi spajanja porodice

Pravo EZ u ovom domenu ima posebne, detaljne propise koji regulišu privremeni boravak državljana trećih zemalja u zavisnosti od državljanstva lica o čijoj porodici je reč. Građanin Unije ostvaruje pravo na spajanje porodice na osnovu Direktive 2004/38/EZ o pravu građana Unije i članova njihove porodice na slobodno kretanje i boravak na teritoriji države članice[32], a državljanin treće zemlje na osnovu Direktive 2003/86/EZ o pravu na spajanje porodice[33].

Državljani trećih zemalja-članovi porodice građanina Unije imaju *najbolji* položaj u grupi državljana trećih zemalja koji ostvaruju pravo na boravak (privremeni ili stalni)[34]. Pod članovima porodice podrazumevaju se: (a) bračni partner; (b) partner sa kojim je građanin Unije u odonosu registrovanog partnerstva u skladu sa zakonodavstvom neke od država članica, ukoliko zakonodavstvo one države članice u kojoj bi stranci trebalo da ostvare boravak ovakvo partnerstvo izjednačava sa brakom i u skladu sa uslovima koje zakonodavstvo te države članice propisuje; (v) direktni potomci koji su mlađi od 21 godine ili koji su izdržavani članovi porodice, kao i ova lica bračnog partnera ili partnera iz tačke (b); (g) izdržavani članovi porodice u direktnoj uzlaznoj liniji i ova lica bračnog part-

[31] Direktiva Saveta 2005/71/EZ od 12. oktobra 2005. godine o specijalnoj proceduri za prijem državljana trećih zemalja radi obavljanja naučnih istraživanja (OJ L 2005/71) uvodi novi osnov za privremeni boravak državljana trećih zemalja u Uniji, koji se odnosi na istraživače „državljane trećih zemalja koji imaju odgovarajuću visokoškolsku kvalifikaciju koja im omogućava pristup doktorskim programima, a koji su izabrani od strane istraživačke organizacije za sprovođenje istraživačkog projekta i za koji se takva kvalifikacija redovno zahteva“ (tačka d. člana 2. Direktive).

[32] Vidi belešku br. 12.

[33] OJ L 251, 03.10.2003.

[34] Vidi detaljnije B. Bordaš, Pravni položaj državljana trećih zemalja u Evropskoj uniji (prvi deo), Glasnik Advokatske komore Vojvodine, LXXVIII, Knjiga 66, br. 5, 2006, str. 231-257; (drugi deo), Glasnik Advokatske komore Vojvodine, LXXVIII, Knjiga 66, br. 6, 2006, str. 319-350.

nera ili partnera iz tačke (b).[35] Treba, međutim, naglasiti da se Direktiva 2004/38/EZ odnosi na članove porodice *onog građanina Unije koji koristi slobodu kretanja i boravka u državi članici koja nije država njegovog državljanstva* (član 3)[36], u protivnom važi nacionalno pravo dotične države članice.

Na osnovu porodične veze sa građaninom Unije državljani trećih zemalja mogu: (1) da prate ili da se pridruže građaninu Unije u drugoj državi članici i da tamo s njim borave do tri meseca na osnovu važeće putne isprave (član 6.); (2) da prate ili da se pridruže građaninu Unije u drugoj državi članici, u kojoj ovaj ostvaruje pravo na boravak u trajanju preko tri meseca u svojstvu radnika ili samozaposlenog lica ili ako raspolaže sa dovoljno sredstava za izdržavanje i ima sveobuhvatno zdravstveno osiguranje, ili ako je primljen na školovanje ili profesionalnu obuku (član 7.). Pravo boravka državljana trećih zemalja evidentira se putem izdavanja „Boravišne karte člana porodice građanina Unije" koja važi 5 godina od dana izdavanja (ili kraće ako građanin Unije boravi kraći period u drugoj državi članici).[37] U slučaju smrti građanina Unije članovi njegove porodice ne gube pravo boravka ako su pre tog događaja živeli u državi članici sa građaninom Unije najmanje godinu dana, pod uslovom da ispunjava neki od uslova iz člana 7. (stav 2. člana 12.). Slično važi i za slučaj razvoda ili poništaja braka, tj. prestanka odnosa registrovanog partnerstva, s tim da je brak morao da traje najmanje 3 godine, od čega godinu dana u državi članici boravka, ili da je državljanin treće zemlje određen za staraoca dece građanina Unije, ili da to zahtevaju naročito teške okolnosti, kao što je trpljenje nasilja u porodici za vreme trajanja braka ili odnosa registrovanog partnerstva, ili da državljanin treće zemlje ima pravo na viđanje maloletnog deteta a prema sudskoj odluci viđanje mora da bude u državi članici boravka (član 13.).

Pravo na boravak državljani trećih zemalja mogu da ostvare i po osnovu spajanja porodice[38] sa državljaninom treće zemlje – sponzorom - koji le-

[35] Vidi stav 2. člana 2. Direktive 2004/38/EZ.

[36] Na osnovu odredaba člana 3. države članice će u skladu sa svojim nacionalnim pravom olakšati ulazak i boravak i drugih čalnova porodice, bez obzira na njihovo državljanstvo, koji nisu pokriveni odredbama stava 2. člana 2., koji u državi iz koje dolaze spadaju u izdržavane članove porodice ili su članovi domaćinstva građanina Unije, ili u slučaju da ozbiljni zdravstveni razlozi zahtevaju strogo ličnu negu od strane građanina Unije, kao i partnera sa kojim građanin Unije ima trajnu vezu.

[37] Vidi članove 10-11. Direktive 2004/38/EZ.

[38] Pod spajanjem porodice se podrazumeva ulazak i boravak u državi članici člana porodice državljanina treće zemlje koji legalno boravi u dotičnoj državi članici, radi očuvanja jedinstva porodice, bez obzira da li je porodična veza nastala pre ili posle ulaska rezidenta, vidi tačku (d) člana 2 Direktive 2003/86/EZ.

galno boravi u nekoj državi članici na osnovu dozvole boravka koju mu je izdala ta država članica sa važnošću od godinu dana ili duže[39] a za koga je opravdano očekivati da će steći pravo na stalni boravak (član 3.). Pravni izvor ovih prava je Direktiva 2003/86/EZ o pravu na spajanje porodice od 22. septembra 2003. godine.[40] Direktiva neposredno omogućuje boravak članova porodice sponzora koji čine tzv. nuklearnu porodicu, dok za ostale članove odluka ostaje kod država članica u kojoj sponzor ima boravak.

Nuklearnu porodicu čine: (1) bračni partner sponzora, (2) maloletna deca sponzora i njegovog bračnog partnera, uključujući usvojenu decu, (3) maloletna deca sponzora kada on ima pravo na staranje i on ih izdržava; ukoliko je reč o podeljenom staranju, država članica može da odobri spajanje porodice pod uslovom da se drugi staralac saglasi sa tim, (4) maloletna deca (uključujući usvojenu) supružnika koji ima pravo na staranje i on ih izdržava, a u slučaju podeljenog prava na staranje ako drugi staralac da svoju saglasnost (stav 1. člana 4.).[41] Maloletstvo dece se određuje po pravu države članice boravka sponzora i ona ne mogu biti u braku. Državama članicama je ostavljeno da svojim propisima odobre ulazak i boravak rođaka u prvom stepenu uzlazne linije sponzora ili njegovog supružnika ukoliko ih oni izdržavaju a nemaju odgovarajuću porodičnu potporu u državi porekla, kao i odrasle dece sponzora ili njegovog supružnika ako su oni zbog zdravstvenih razloga nesposobni da se brinu za sebe (stav 2. člana 4.); takođe i vanbračnog partnera sa kojim je sponzor u dugotrajnoj vezi koja može da se dokaže, ili lica sa kojim je partner u odnosu registrovanog partnerstva kao i dece ovih lica (stav 3. člana 4.). U slučaju poligamih brakova, kada sa sponzorom već boravi - jedna od supruga na teritoriji neke države članice, ova može da odbije ulazak i boravak neke od daljih supruga, a može da ograniči ulazak i boravak maloletne dece sponzora i neke od daljih supruga (stav 4. člana 4.).

Radi odobravanja ulaska i boravka države članice mogu da traže dokaz o tome da sponzor ima odgovarajući smeštaj za porodicu, zdravstveno osiguranje protiv svih rizika za sebe i za članove porodice, kao i stabilna i redovna

---

[39] Države članice, međutim mogu postaviti zahtev da je sponzor legalno boravio na njihovoj teritoriji vreme koje ne prelazi dve godine, uz još neka ograničenja , vidi član 8. Direktive 2003/86/EZ.

[40] OJ L 251, 3.10.2003. g.

[41] Ovaj član sadrži jednu restriktivnu klauzulu koja se odnosi na decu stariju od 12 godina i koja stižu nezavisno od ostatka porodice. U takvom slučaju Direktiva propisuje da država članica može pre izdavanja odobrenja za ulazak i boravak da proveri da li dete ispunjava uslov za integraciju u novu sredinu koji je propisan pravom države članice na snazi na dan implementacije Direktive. Odredba je, zajedno sa još nekim, bila povod za tužbu za poništaj pred Sudom EZ koju je podneo Parlament protiv Saveta, C-540/03 zbog navodne povrede osnovnih prava, naročito prava na porodični život i na nediskriminaciju, ali je Sud odbio tužbu.

sredstva dovoljna za izdržavanje sebe i članova porodice a da se ne obrate za socijalnu pomoć u dotičnoj državi članici. Takođe se može zahtevati da državljani trećih zemalja udovolje merama koje imaju za cilj integrisanje u društvenu sredinu (član 7.). Prva dozvola boravka se izdaje najmanje na godinu dana i ona se može produžavati; trajanje u načelu ne prelazi vreme na koje - glasi dozvola boravka sponzora (član 13.). Najduže za pet godina boravka supružnik ili vanbračni partner, kao i dete koje je postalo punoletno može, ukoliko je to potrebno i *pod uslovima koje propiše nacionalno pravo države članice, steći autonomnu dozvolu boravka* koja je nezavisna od sponzora (stav 1. i 4. člana 15.).U slučaju udovištva, razvoda ili zakonske separacije i smrti lica u prvom stepnu srodstva direktne uzlazne ili silazne linije može da se izda licima koja su ušla po osnovu spajanja porodice autonomna dozvola boravka, ako se to pokaže potrebnim, s tim da uslove propisuje nacionalno pravo dotične države članice (stav 3. i 4. člana 15.).

2.4. Stalno nastanjenje državljana trećih zemalja u državama članicama EZ

Pravo EZ u pogledu stalnog nastanjenja, kao i u slučaju kratkog boravka i privremenog boravka, sadrži različite odredbe u odnosu na pojedine kategorije lica koja su stranci:

(1)Na osnovu Direktive 2004/38/EZ[42] pravo na stalno nastanjenje imaju građani Unije koji su odlučili da se dugoročno nasele u nekoj od država članica koja nije država čije državljanstvo imaju. Ovo pravo se predstavlja kao „ključni element u promociji socijalne kohezije, koja se smatra jednom od fundamentalnih ciljeva Unije“[43]. Ovi građani i članovi njihovih porodica koji su neprekidno boravili 5 godina u određenoj državi članici u skladu sa propisanim uslovima, a da nisu proterivani, uživaju pravo na stalno nastanjenje. U članu 16. se postavlja opšte pravilo koje važi za građanina Unije, za članove njegove porodice koji su građani Unije i za *članove porodice koji nemaju državljanstvo neke od država članica.* U ovim slučajevima se pravo na stalno nastanjenje ne podvodi pod uslove iz Glave III Direktive.[44] Jednom stečeno pravo stalnog nastanjenja se gubi samo odsustvovanjem iz dr-

[42] OJ L 158, 30.4.2004.

[43] Alineja 17 Preambule Direktive 2004/38/EZ.

[44] Glava III reguliše pravo na boravak do tri meseca, pravo na boravak preko tri meseca, administrativne formalnosti koje treba da ispune članovi porodice građanina Unije koji su državljani trežih zemalja, boravišne karte za članove porodice građanina Unije koji su državljani trećih zemalja i njihovu vremensku važnost, zadržavanje prava na boravak od strane članova porodice u slučaju smrti građanina Unije, prestanka braka ili odnosa registrovanog partnerstva (članovi 6 - 15.).

žave članice koje traje duže od dve uzastopne godine. Ovo opšte pravilo trpi izuzetke na osnovu kojih se pravo na stalno nastanjenje može steći i posle perioda koji je kraći od 5 godina, ukoliko se ostvare posebne okolnosti za pojedina lica-građane Unije.[45]

(2) Na osnovu Direktive 2003/109/EZ o statusu državljana trećih zemalja koji su stalno nastanjeni[46] pravo na stalno nastanjenje stiču oni koji ispune propisane uslove. Glavni kriterijum je dužina legalnog i neprekidnog boravka na teritoriji dotične države članice. Ovaj kriterijum je ispunjen ako je državljanin treće države neposredno pre podnošenja zahteva boravio neprekidno 5 godina u državi članici. U slučaju lica koja su imala boravak po osnovu studiranja, školovanja i sl., polovina dužine takvog boravka može da se uzme u obzir kod računanja petogodišnjeg neprekidnog boravka (stavovi 1. i 3. člana 4.). Dalji uslovi se dele na one koje države članice obavezno postavljaju i one koje mogu postaviti radi sticanja prava na stalno nastanjenje. Državljanin treće zemlje mora da podnese dokaz o tome da raspolaže stabilnim i redovnim sredstvima za izdržavanje sebe i članove svoje porodice koje izdržava, a da ne koristi sistem socijalne pomoći u državi članici, kao i o tome da ima zdravstveno osiguranje protiv svih onih rizika koji su potrebni i za državljane države članice. Država članica može da traži od državljanina treće države da ispuni uslove propisane nacionalnim pravom za integraciju u društvenu sredinu (član 5.). Pravo na stalno nastanjenje država članica može da odbije iz razloga zaštite javnog poretka i bezbednosti (član 6.). Status stalno nastanjenog državljanina treće zemlje je stalan, a dozvola se izdaje najmanje na pet godina i ona se na zahtev automatski produžava po isteku. Status se gubi ako se utvrdi da je stečen na prevaran način, ako se donese mera proterivanja ili ako lice odsustvuje sa teritorije Zajednice uzastopno dvanaest meseci (stav 1.člana 9.).

3. ZAKON O STRANCIMA: BORAVAK STRANACA U REPUBLICI SRBIJI

Boravak stranaca u Srbiji ZS razvrstava u tri grupe u zavisnosti od vremenskog trajanja: (1) boravak do 90 dana; (2) privremeni boravak, i (3) stalno nastanjenje. Svaka vrsta boravka je vezana za određene uslove iz ZS i za odgovarajuću proceduru u kojoj se poštuje načelo legaliteta propisano u čla-

[45] Na primer, samozaposlena lica koja su, u vreme kada su prestala sa radom, napunila godine života za sticanje starosne penzije, ukoliko su u dotičnoj državi članici radila najmanje prethodnnih dvanaest meseci a boravila su tamo neprekidno duže od tri godine; vidi članove 17-18. Direktive 2004/38/EZ.

[46] OJ L 16, 23.01.2004.

nu 7[47]. U daljem izlaganju se nećemo zadržavati na proceduri, već samo na uslovima, s obzirom na to da sa aspekta pravnog položaja stranaca ima značaja, u prvom redu, činjenica legalnog boravka koja stranca stavlja u položaj potencijalnog subjekta pravnih odnosa u Srbiji. Sa ovog aspekta značajan je član 74. ZS u kome je određen pojam prebivališta i boravišta stranaca:

„Boravište je, u smislu ovog zakona, mesto u kome stranac kome je odobren boravak u Republici Srbiji ima nameru da boravi duže od 24 časa.

Prebivalište je, u smislu ovog zakona, mesto u kome stranac kome je odobreno stalno nastanjenje ima nameru trajno da živi na određenoj adresi.“

3.1. Boravak stranca do 90 dana

Prema članu 25. ZS „Boravkom do 90 dana smatra se boravak stranca bez vize ili na osnovu vize, ukoliko ovim zakonom ili međunarodnim ugovorom nije drugačije određeno.“ Ako je strancu potrebna viza, ona se izdaje kao viza za kraći boravak (viza C) za turistička, poslovna i druga putovanja za jedan, dva ili više ulazaka.[48] Da bi stranac mogao da ostvari ovakav boravak u Srbiji, mora da ispuni uslove iz člana 11. koji nabraja uslove za odbijanje ulaska, među kojima su: posedovanje važeće putne isprave ili vize (ukoliko je potrebna), posedovanje dovoljnih sredstava za izdržavanje za vreme boravka u Srbiji, za povratak u zemlju porekla ili tranzit u treću zemlju, ili dokaz da mu je na drugi način obezbeđeno izdržavanje za vreme boravka, da protiv njega nije na snazi zaštitna mera udaljenja ili mera bezbednosti proterivanja ili da mu nije otkazan boravak, da njegov boravak nije u suprotnosti sa razlozima zaštite javnogf poretka ili bezbednosti Srbije i njenih građana i da ne postoji opravdana sumnja da će boravak neće koristiti u nameravanu svrhu.

3.2. Privremeni boravak stranca

ZS u članu 26. definiše privremeni boravak stranca u Srbiji kao boravak koji traje duže od 90 dana iz zakonom određenih razloga, i to u cilju: „(1) rada, zapošljavanja, obavljanja privredne ili druge profesionalne

[47] Član 7 ZS glasi: „U postupku odlučivanja o pravima i obavezama stranaca, primenjuju se odredbe zakona kojim je uređen opšti upravni postupak, ukoliko ovim zakonom nije drugačije određeno.

Na prijavu, odnosno odjavu prebivališta i promenu adrese stana, prijavu, odnosno odjavu boravišta i promenu adrese stana stranaca, primenjuju se odredbe zakona kojima se uređuje prebivalište i boravište građana Republike Srbije, ukoliko ovim zakonom nije drugačije određeno.“

[48] Vidi član 18. ZS.

delatnosti; (2) školovanja, studiranja ili specijalizacije, naučno-istraživačkog rada, praktične obuke, učestvovanja u programima međunarodne razmene učenika ili studenata, odnosno drugim naučno-obrazovnim aktivnostima; (3) spajanja porodice; (4) drugih opravdanih razloga u skladu sa zakonom ili međunarodnim ugovorom."[49] [50] Stranac koji namerava da boravi u Srbiji duže od 90 dana mora da ima vizu, koja predstavlja odobrenje za ulazak i privremeni boravak (viza D)[51], ili odobrenje za privremeni boravak, izdato od nadležnog organa, ukoliko već boravi u Srbiji po drugom osnovu[52].

Prema članu 28. ZS strancu se *može* odobriti privremeni boravak ako uz zahtev podnese dokaz da ima dovoljna sredstva za izdržavanje, da je zdravstveno osiguran, i o postojanju nekog od osnova za privremeni boravak koji su određeni u stavu 1. člana 26. Strancu se *neće* odobriti privremeni boravak ako postoje smetnje zbog kojih se može odbiti ulazak u Srbiju[53], među koje spada i „opravdana sumnja da boravak neće koristiti u nameravanu svrhu"[54]. Privremeni boravak, ukoliko nije reč o osoblju stranog diplomatskog ili konzularnog predstavništva[55] ili o strancu iz stava 5. člana 28. ZS[56], može da se odobri *u trajanju do jedne godine* i *može da se produži na isti period*[57]. Zahtev za produženje privremenog boravka stranac podnosi nadležnom organu – prema tački 2. člana 3. to je područna jedinica Ministarstva unutrašnjih poslova nadležna za poslove stranaca – najkasnije 30 dana pre isteka roka važenja privremenog boravka.

Članovi 26 – 29. ZS određuju opšti pravni okvir za odobrenje privremenog boravka starnca, koji se dopunjuje posebnim uslovima u zavisnosti od toga u koju svrhu stranac traži odobrenje.

---

[49] Stav 1. člana 26. ZS.

[50] Osim navedenih razloga, strancu se može odobriti privremeni boravak i na osnovu stava 4. člana 26. i to: „Izuzetno od odredaba iz st. 1. i 3. ovog člana, ako je to u interesu vođenja krivičnog potupka za krivično delo trgovine ljudima, strancu koji je žrtva tog dela, odobriće se privremeni boravak u Republici Srbiji, osim kada postoje smetnje iz člana 11. stav 1. tač. 6) i 8) ovog zakona."

[51] Stav 1. i 3. člana 19. ZS.

[52] Stav 1. člana 27 ZS.

[53] Vidi stav 1. člana 11. ZS.

[54] Tačka 8. stava 1. člana 11. ZS.

[55] Stav 2. člana 29. ZS.

[56] Stranac koji je žrtva kriminalnog akta trgovine ljudima.

[57] Stav 1. člana 29. ZS.

3.2.1. Posebni uslovi za privremeni boravak stranca radi rada, zapošljavanja ili obavljanja druge delatnosti

Da bi stranac koji ima nameru da radi, da se zaposli ili da obavlja druge delatnosti u Srbiji mogao da dobije odobrenje za privremeni boravak, mora da dokaže postojanje jednog od sledeća dva uslova: (1) da mu je odobreno pravo na rad, tj. da ima radnu dozvolu, u skladu sa propisima koji regulišu rad stranaca u Republici Srbiji[58] ili da mu je privremeni boravak prethodni uslov za odobrenje prava na rad[59]; ili (2) da ispunjava druge uslove propisane u ZS ako mu po propisima Srbije koji regulišu rad stranca nije potrebna radna dozvola[60]. Za ove svrhe privremeni boravak se odobrava za vreme koje se poklapa sa vremenom trajanja radnog angažovanja, odnosno prema odredbi stava 1. člana 29. – znači do jedne godine, uz mogućnost da se produži na isti period.

---

[58] Najvažniji izvor prava na rad stranaca u Srbiji je Zakon o uslovima za zasnivanje radnog odnosa sa stranim državljanima, Sl. list SFRJ, br. 11/78 i 64/89, Sl. list SRJ, br. 42/92, 24/94 i 28/96, i Sl. glasnik RS, br. 101/2005.; uslovi za izdavanje dozvole za zasnivanje radnog odnosa sa stranim državljanima propisani su Pravilnikom o načinu i uslovima pružanja i korišćenja sredstava Nacionalne službe za zapošljavanje, Sl. glasnik RS, br. 31/2008., čl. 149-152. Po odredbi stava 1. člana 149. „Nacionalna služba, u skladu sa zakonom, izdaje radnu dozvolu – odobrenje za zasnivanje radnog odnosa stranom državljaninu i licu bez državljanstva (u daljem tekst: stranac), koji ima odobrenje za stalno nastanjenje ili privremeni boravak u Republici Srbiji.“, dok je u članu 151. propisano: „Organizaciona jedinica Nacionalne službe će *odbiti* zahtev za izadavnje radne dozvole strancu, a poslodavcu ponuditi izbor nezaposlenog za zasnivanje radnog odnosa ako na evidenciji organizacione jedinice Nacionalne službe ima nezaposlenih – državljana Republike Srbije, koji podjednako ispunjavaju uslove za zasnivanje radnog odnosa koje je odredio poslodavac, kao i stranac kome je odobreno stalno nastanjenje, odnosno privremeni boravak (stav 1.). Organizaciona jedinica Nacionalne službe izdaće dozvolu strancu ako nezaposleni – državljanin Republike Srbije odbije da zasnuje radni odnos kod poslodavca i ako na evidenciji nema drugih nezaposlenih koji ispunjavaju uslove za zasnivanje radnog odnosa koje je odredio poslodavac (stav 2.).“

[59] Stav 1. člana 2. Zakona o uslovima za zasnivanje radnog odnosa sa stranim državljanima glasi: «Strani državljanin može zasnovati radni odnos ako ima odobrenje za stalno nastanjenje, odnosno za privremeni boravak u SFRJ i ako dobije odobrenje za zasnivanje radnog odnosa.»

[60] Stav 2. člana 2. Zakona o uslovima za zasnivanje radnog odnosa sa stranim državljanima propisuje: «Strani državljanin može zasnovati radni odnos sa organizacijom, odnosno poslodavcem, *bez* odobrenja za zasnivanje radnog odnosa iz stava 1. ovog člana i bez javnog oglašavanja, ako ima odobrenje za privremeni boravak ili stalno nastanjenje u SFRJ i ako radni odnos zasniva za obavljanje stručnih poslova utvrđenih ugovorom o poslovno-tehničkoj saradnji, o dugoročnoj proizvodnoj kooperaciji, o prenosu tehnologije i o stranim ulaganjima.»

3.2.2. Posebni uslovi za privremeni boravak stranca radi školovanja i studiranja

Prema stavu 1. člana 31. ZS stranac može da dobije odobrenje za privremeni boravak, ako u Srbiji namerava da se školuje, studira, obavlja specijalizaciju, naučno-istraživački rad, praktičnu obuku, učestvuje u programima međunarodne razmene učenika ili studenata, ili učestvuje u drugim naučno-obrazovnim aktivnostima treba da podnese dokaze o tome da su ispunjeni uslovi iz tačke 3. stava 1. člana 28., tj. „o opravdanosti zahteva za privremeni boravak u skladu sa svrhom privremenog boravka".

Ova formulacija posebnih uslova nije najjasnija, čak ni uz odredbu stava 2. člana 31., u kojoj se kaže da će o tome kako će se dokazati ispunjenost uslova, doneti propis ministar nadležan za unutrašnje poslove uz saglasnost ministra nadležnog za obrazovanje i ministra nadležnog za nauku. S obzirom na formulaciju upotrebljenu u tačci 2. stava 1. člana 26. i ponovljenu u stavu 1. člana 31., u kojoj se nabrajaju neki vi-dovi obrazovanja uz ostavljanje mogućnosti da se i drugi nenabrojani ili nekonkretizovani oblici naučno-obrazovnih aktivnosti uključe, odredba stava 2. može da se pokaže korisnom i opravdanom. Prilikom izrade podzakonskog akta o ispunjenosti uslova mogu se uzeti u obzir propis EZ koji za studente, na primer, traži da se podnese dokaz o tome da je stranac primljen i/ili upisan u određenu obrazovnu ili naučnu ustanovu, a za boravak radi obavljanja pripravničkog staža dokaz da je lice potpisalo sporazum (po potrebi overen od nadležnog organa u državi članici) za obavljanje staža bez naknade sa preduzećem iz javnog ili privatnog sektora ili ustanovom za profesionalnu obuku koja je priznata u državi članici EZ.

Privremeni boravak po ovom osnovu može se produžavati najduže do dve godine po isteku roka koji je propisan za trajanje određenog oblika obrazovanja.

3.2.3. Posebni uslovi za privremeni boravak stranca radi spajanja porodice

Odobrenje za privremeni boravak radi spajanja porodice može da dobije član uže porodice državljanina Srbije, kao i član uže porodice stranca kome je odobren stalni ili privremeni boravak u Srbiji (stav 1. člana 32.). Ko se smatra članom uže porodice određeno je u stavu 2. i to su, u smislu ZS supružnici, njihova maloletna deca rođena u braku ili van braka, maloletna usvojena deca ili maloletna pastorčad. Uz ovako usko određenje kruga lica kojima se može odobriti privremeni boravak radi

spajanja porodice, ZS u stavu 3. propisuje da se *izuzetno* članom uže porodice može smatrati i drugi rođak, ako postoje naročito važni lični ili humanitarni razlozi za spajanje porodice u Srbiji, s tim da će se ispunjenost uslova radi davanja odobrenja ceniti po propisu koji donese ministara nadležanog za unutrašnje poslove, uz saglasnost ministra nadležnog za socijalnu politiku.

Ova odredba zaslužuje komentar (ili kritiku), naročito sa aspekta usklađenosti sa izvorima prava EZ.

Najpre, u odredbu je svakako trebalo uključiti osim bračnog, i vanbračnog partnera, tim pre što se u našem pravu vanbračnoj zajednici priznaje status zajednice života žene i muškarca, a partnerima – pod uslovima određenim zakonom – prava i dužnosti bračnih partnera[61].

Formulacija koja se odnosi na maloletnu decu je zbunjujuća. „Njihova maloletna deca" bi trebalo da se odnosi na zajedničku decu supružnika, od kojih je jedan državljanin Srbije ili strani državljanin kome je odobren stalni ili privremeni boravak. Ali izraz „njihova maloletna deca rođena u braku ili van braka" bi mogla da označava, osim zajedničke dece, i decu rođenu iz ranijeg braka (bilo državljanina Srbije, bilo stranca kome je odobren stalni ili privremeni boravak, bilo njihovog bračnog partnera, tj. supružnika – u ovom poslednjem slučaju bi to već bila pastorčad), ili vanbračnu decu jednog ili oba supružnika. Kod kategorije maloletne usvojene dece takođe bi trebalo imati u vidu različite kombinacije, s obzirom na to da prava različitih država dozvoljavaju da usvojitelji mogu da budu ne samo supružnici zajednički, već i jedan supružnik sam, kao i lica koja nisu u braku (ili ne žive u vanbračnoj zajednici). Osim maloletne dece, zakonodavac je trebalo da obuhvati i punoletnu decu (do određene starosti) koju državljanin Srbije ili stranac kome je odobren stalni ili privremeni boravak izdržava, kao što su deca koja se redovno školuju, odnosno koja studiraju, ili deca koja su nesposobna da se sama izdržavaju ili nesposobna za rad.

S obzirom da pojmom člana uže porodice nisu obuhvaćeni roditelji, ova lica bi, zajedno sa drugim potomcima, osim dece, mogla da podnesu zahtev za izdavanje odobrenja za privremeni boravak na osnovu stava 3. člana 32[62], pod pretpostavkom da nadležni organ donese odgovarajući po-

[61] Član 4. Porodičnog zakona, Sl. glasnik RS, br. 18/2005.: „(1) Vanbračna zajednica je trajnija zajednica života žene i muškarca, između kojih nema bračnih smetnji (vanbračni partneri). (2) Vanbračni partneri imaju prava i dužnosti supružnika pod uslovima određenim ovim zakonm."

[62] Stav 3. člana 32. ZS: „Izuzetno, članom uže porodice može se smatrati i drugi rođak, ako postoje naročito važni lični ili humanitarni razlozi za spajanje porodice u Republici Srbiji."

dzakonski akt koji bi morao da suzi prostor za diskrecionu ocenu kod odobravanja privremenog boravka „drugim rođacima" (stav 4. člana 32.).

Kod kategorije stranaca iz člana 32., ZS izdvaja one koji odobravanje privremenog boravka traže na osnovu bračne, odnosno porodične veze sa državljaninom Srbije u pogledu produženja privremenog boravka. Na osnovu člana 33. ovakvom strancu-članu uže porodice (ne i ostalim rođacima) privremeni boravak se može produžiti na vreme do tri godine ili do ispunjenja uslova za odobrenje za stalno nastanjenje. Takođe je značajna odredba (stav 2. člana 33.) da takvom strancu ne prestaje pravo na privremeni boravak u slučaju da umre državljanin Srbije čiji je član uže porodice dotični stranac, već mu se i tada može odobriti produženje privremenog boravka. Slično ovome, ako dođe do prestanka braka između stranca i državljanina Srbije, strancu se može produžiti privremeni boravak, pod uslovom da je brak „u Republici Srbiji trajao najmanje tri godine"[63]. Ova zakonska formulacija ima za cilj da spreči da brak, odnosno zaključivanje fiktivnog braka služi kao osnov za odobravanje privremenog boravka u Srbiji i koji bi se po ostvarenju tog cilja razvodili, a razvedeni stranac bi ispunjavao uslov za produžavanje privremenog boravka po povoljnijem režimu iz stava 1. člana 33. U vezi s ovim se može postaviti pitanje, da li je određivanje minimalnog trajanja braka – i to u Srbiji – najbolje rešenje za sprečavanje zloupotrebe prava.

Opreznost zakonodavca nije bez osnova – i pravo EZ[64] vodi računa o ovim mogućnostima, ali fiksiranje minimalnog roka bi moglo da dovede do posledica koje bi bile nepravične, naročito u pogledu dece. Ako bi-

[63] Stav 2. člana 33. ZS glasi: „Strancu, članu uže porodice državljanina Republike Srbije, privremeni boravak se može produžiti i u slučaju kad je taj državljanin Republike Srbije umro, kao i u slučaju prestanka braka sa državljaninom Republike Srbije koji je u Republici Srbije trajao najmanje tri godine."

[64] Savet je 4. decembra 1997. godine usvojio Rezoluciju (97/C 382/01) o merama koje bi trebalo usvojiti u cilju sprečavanja prividnih brakova (OJ C 382, 16.12.1997.g., str.1). Pojam „prividnogfiktivnog braka" se određuje kao brak zaključen između državljanina neke države članice ili državljanina treće zemlje koji ima legalni boravak u nekoj državi članici a sa jedinim ciljem da se zaobiđu propisi o ulasku i boravku državljana trećih zemalja i radi dobijanja dozvole boravka ili ovlašćenja za boravak u nekoj državi članici od strane državljana trećih zemalja. U rezoluciji se navode činjenice koje *mogu* da služe kao osnov za pretpostavku da je reč o prividnom braku, kao što su neodržavanje bračne zajednice života, nepostojanje odgovarajućeg doprinosa za odgovornosti koji prate brak, ukoliko se supružnici nisu nikad sreli pre zaključenja braka, ako su supružnici nesigurni u pogledu određenih ličnih detalja (ime, adresa, državljanstvo, posao), ako supružnici ne govore jezik koji oboje razumeju, ako je predata određena suma novca da bi se brak zaključio (osim ako je reč o mirazu, a on je uobičajen u određenoj državi), ako u pogledu jednog ili oba supružnika postoje dokazi da su u prošlosti već imali prividan brak ili neku nepravilnost vezanu za boravak.

smo, na primer, pretpostavili da su bračni partneri (jedan je državljanin Srbije a drugi stranac) živeli u inostranstvu (bez obzira gde su brak zaključili) tri meseca, a posle toga došli u Srbiju, gde im se rodilo dete te se razveli posle dve godine, supruga-strana državljanka ne bi mogla da dobije produženje privremenog boravka ni u slučaju da među supružnicima postoji sporazum o samostalnom vršenju roditeljskog prava od strane majke, tj. o poveravanju zajedničkog deteta majci-stranom državljninu.[65] S obzirom na različite situacije koje bi mogle nastati, odredba stava 2. člana 33. je možda nedovoljno promišljena, a u svakom slučaju nefleksibilna, jer će ona obezbediti da na teret države ne padnu stranci čija namera nije boravak u Srbiji radi spajanja porodice, ali bi od njenog dejstva mogli da trpe posledice i oni čija se namera ne bi mogla dovesti u sumnju, ali koji ne ispunjavaju zakonski uslov od trogodišnjeg trajanja braka u Srbiji. U ovom kontekstu navodimo i odredbu člana 34. ZS prema kojoj „Maloletnom strancu rođenom na teritoriji Republike Srbije, privremeni boravak se produžava na vreme koje je određeno za privremeni boravak jednog od roditelja ili staratelja deteta."

3.3. Stalno nastanjenje stranca u Srbiji

Strancima se može odobriti stalno nastanjenje u Srbiji po četiri različita osnova u zavisnosti od njihovog statusa i osnova njihovog privremenog boravka u Srbiji, i po jednom izuzetnom osnovu. Na osnovu člana 37. ZS može se odobriti stalno nastanjenje:

1) Strancu koji ima dozvolu za privremeni boravak u Srbiji, gde je do dana podnošenja zahteva za stalno nastanjenje boravio legalno, tj. na osnovu odobrenja za privremeni boravak, neprekidno *duže od pet godina* (tačka 1. stav 1. člana 37.). Smatraće se da je boravak neprekidan i u slučaju ako je stranac u periodu od pet godina više puta odsustvovao iz Srbije, a odsustva nisu prešla ukupno deset meseci, ili ako je u tom periodu odsustvovao jednokratno, ali ne duže od šest meseci (stav 4. člana 37.). Prema odredbi stava 3. strancu kome je odobren privremeni boravak radi rada, zapošljavanja ili obavljanja druge delatnosti (član 30.) ili radi školovanja i studiranja (član 31.) „u vreme potrebno za odobrenje stalnog nastanjenja iz stava 1. tačka 1) ovog člana računa se polovina vremena provedenog u Republici Srbiji". Ova formulacija nije najsrećnija, ali bi ona trebalo da znači da se strancu, koji je u Srbiji proveo, na primer, 4 godine kao student sa dozvolom za privremeni boravak, 2 godine od te 4 mogle uračunati u rok *od više od 5 godina neprekidnog boravka* u svrhe odobrenja stalnog nastanjenja. Ovom tumačenju ide

[65] Vidi član 78. Porodičnog zakona, Sl. glasnik, br. 18/2005.

u prilog slična odredba prava EZ, koja se, međutim, odnosi samo na studente i ostala lica iz te kategorije[66]. Ukoliko je ovo tumačenje uračunavanja vremena provedenog u Srbiji tačno, onda se postavlja pitanje zbog čega spadaju u ovu kategoriju i stranci koji tu borave radi rada i obavljanja profesionalne delatnosti, s obzirom da bi takav osnov boravka u neprekidnom trajanju od pet godina trebalo da bude redovan način za ispunjenje uslova za sticanje prava na stalno nastanjenje. Ako u tekstu stava 3. člana 37. ZS pozivanje na član 30. nije greška, tada bi stranac koji je radio u Srbiji 5 godina morao da provede još 2,5 godine po nekom drugom osnovu za zakoniti privremeni boravak u Srbiji (što ukupno iznosi 7,5 godina) da bi mogao da podnese zahtev za odobrenje stalnog nastanjenja.

2) Strancu koji je najmanje tri godine u braku sa državljaninom Srbije, ili strancem koji ima stalno nastanjenje u Srbiji (tačka 2. stav 1. člana 37.). I u ovom slučaju ZS pod brakom podrazumeva „bračnu zajednicu života na teritoriji Republike Srbije" (stav 5. člana 37.);

3)Strancu-maloletniku koji ima privremeni boravak u Srbiji ako je jedan od roditelja državljanin Srbije ili stranac koji je stalno nastanjen u Srbiji, pod uslovom da drugi roditelj da svoju saglasnost (tačka 3. stav 1. člana 37.). Roditeljem ZS smatra i svako lice koje je zakonom izjednačeno sa roditeljem (stav 6. člana 37.).

4)Strancu koji je poreklom sa teritorije Republike Srbije. S obzirom da ZS ne određuje šta se podrazumeva pod „poreklom sa teritorije Republike Srbije" ova odredba bi trebalo da dobije preciziranje na osnovu stava 9. člana 37. na osnovu propisa ministra nadležnog za unutrašnje poslove.

5)Osim navedenih kategorija stranaca, stalno nastanjenje se *izuzetno* može odobriti i drugom strancu koji ima dozvolu za privremeni boravak, ako to nalažu razlozi humanosti ili to predstavlja interes za Republiku Srbiju (stav 2. člana 37.).

Ukoliko stranac spada u jednu od navedenih kategorija Ministarstvo unutrašnjih poslova mu može odobriti[67] stalno nastanjenje pod sledećim uslovima iz člana 39.: (1) ako nije osuđen za krivično delo za koje se goni po službenoj dužnosti ili ako nije pokrenut postupak za takvo delo protiv njega; (2) ako ima sredstva za izdržavanje; (3) ako ima zdravstveno osiguranje; (4) ako ima mesto stanovanja; (5) ako ne postoje razlozi zaštite javnog poretka ili bezbednosti Republike Srbije i njenih građana.

---

[66] Vidi stavove 1. i 3. člana 4. Direktive 2003/109/EZ o statusu državljana trećih zemalja koji su stalno nastanjeni, OJ L 16, 23.01.2004.

[67] Prema odredbi člana 38. ZS o zahtevu za stalno nastanjenje odlučuje Ministrastvo unutrašnjih poslova, a o žalbi protiv rešenja kojim se odbija zahtev za stalno nastanjenje odlučuje Vlada.

Odobrenje za stalno nastanjenje je vremenski neograničeno, u protivnom bi ono bilo contra rationem. Stalno nastanjenje, međutim, može da bude otkazano[68], a strancu može i da prestane pravo na stalno nastanjenje. Stranac može da se odrekne prava na stalno nastanjenje, ali će mu to pravo prestati i ukoliko se utvrdi da se iselio iz Srbije ili da je neprekidno boravio u inostranstvu duže od godinu dana a o tome nije obavestio nadležni organ. Strancu prestaje ovo pravo i kao posledica otkaza boravka (član 41.).

4. UMESTO ZAKLJUČKA: UPOREDIVOST PRAVA EZ I PRAVA SRBIJE

Iz gornjih izlaganja o regulisanju pitanja boravka stranaca u pravu EZ i pravu Srbije proizlazi najpre, da su navedeni izvori samo delimično uporedivi. Razlog tome je u činjenici da pravo EZ ova pitanja tretira na različit način u zavisnosti od toga da li je reč o građaninu Unije ili o državljanima trećih zemalja. Iz Direktive 2004/38/EZ o pravu građana Unije i članova njihovih porodica na slobodno kretanje i boravak na teritoriji država članica zakonodavac u Srbiji može da izvuče pouku da je očuvanje porodice i porodičnog jedinstva vrednost od primarnog značaja za društvo, koju treba čuvati ukoliko je reč o članovima porodice domaćeg državljanina, bez obzira na to da su oni stranci. Državljani trećih zemalja koji su članovi porodice građanina Unije imaju u pogledu prava na boravak i prava na nastanjenje u određenim detaljima nepovoljniji položaj od članova porodice koji su i sami građani Unije, ali je njihov položaj najbolji u kategoriji državljana trećih zemalja. Uz to, stečeno pravo na boravak ili pravo na nastanjenje građanina Unije daje pravo članovima njegove porodice da se u ddotičnoj državi članici zaposle, odnosno da vrše delatnost kao samozaposlena lica, kao što, načelno, uživaju jednak tretman sa državljanima države članice u kojoj imaju pravo na boravak ili pravo na nastanjenje stečeno na osnovu Direktive u okvirima koje određuje polje primene UEZ[69]. U ovom domenu, dakle, pravo EZ i pravo Srbije nije uporedivo.

S obzirom na to, da između EZ i Srbije ne postoji ugovorni režim na snazi[70] koji bi regulisao pitanja boravka i nastanjenja državljana država

[68] Vidi član 40. ZS.

[69] Vidi član 23-24 Direktive 2004/38/EZ.

[70] Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njihovih država članica, sa jedne strane, i Republike Srbije, sa druge strane sadrži odredbe o kreta-

članica i državljana Srbije, ovi poslednji u pogledu navedenih pitanja spadaju pod propise koji se odnose na državljane trećih zemalja. U meri u kojoj pravo EZ reguliše putem sekundarnih izvora boravak (privremeni boravak i stalno nastanjenje) stranaca-državljana trećih zemalja, ono je uporedivo sa pravom Srbije. Na osnovu toga može se zaključiti sledeće:

Boravak do 90 dana odobrava se pod veoma sličnim uslovima kako na osnovu prava EZ, tako i po pravu Srbije.

Privremeni boravak koji traje duže od 90 dana odobrava se pod uslovima koji zavise od svrhe za koju se traži: (1) boravak radi rada, zapošljavanja ili obavljanja druge delatnosti u državama članicama EZ odobrava se na osnovu nacionalnih propisa s obzirom da pravo EZ nema odgovarajući pravno obavezujući propis, a nacionalna prava karakteriše načelo uvažavanja stanja na domaćem tržištu radne snage; pravo Srbije je, uz uvažavanje specifičnosti koje proizlaze iz potreba privrednog razvoja, kompatibilno sa navedenim; (2) boravak radi školovanja i studiranja i sličnih ciljeva, i (3) boravak radi spajanja porodice ZS reguliše s mnogo manje detalja i preciznosti nego što je to slučaj sa direktivama EZ; odredbe prava EZ obezbeđuju minimum pravne sigurnosti u državama članicama, uz mogućnost prilagođavanja zahtevima domaćeg pravnog poretka, dok ZS ostavlja ministru unutrašnjih poslova da razradi neophodne detalje i konkretizaciju. Takođe treba istaći da ZS ne sadrži odredbu o pravnom položaju stranca kome je odobren privremeni boravak iz čega sledi da se on određuje na osnovu člana 17. Ustava Srbije.

Stalno nastanjenje stranca u Srbiji reguliše član 37. ZS, a bliže uslove će propisati ministar unutrašnjih poslova. Dok je u pravu EZ dužina legalnog i neprekidnog boravka u državi članici od 5 godina neposredno pre podnošenja zahteva glavni kriterijum za odobrenje stalnog nastanjenja, po ZS bi taj kriterijum (tačka 1. stava 1. člana 37, kao i stav 3.) takođe trebalo da bude najvažniji i redovan, ali formulacija je takva da on svakako traži razradu i dopunu. Po zakonskoj formulaciji, ukoliko se čita zajedno sa odredbom stava 3., samo bi retki stranci – na primer, članovi porodice iz člana 32. koji ne spadaju u kategoriju lica iz tačke 2. i 3. člana 37. – mogli da dobiju odobrenje za stalno nastanjenje na osnovu boravka „neprekidno duže od pet godina na osnovu odobrenja za privremeni boravak“ u Srbiji do dana podnošenja zahteva. Pravo EZ dozvoljava mogućnost da države članice odobre strancima stalno nastanjenje pod povoljnijim uslovima, tj. po osnovama koje propisuje nacionalno pravo svake od

nju radnika „pod uslovima i modalitetima koji se primenjuju u svakoj državi članici“ (član 49.), koji bi u budućnosti mogli eventualno da posluže kao osnov za sporazum o povoljniji režimu.

njih, stoga odredbe ZS koje propisuju povoljnije uslove u tačkama 2-4. stava 1. člana 37. ne utiču na uporedivost i usklađenost sa njim. Smatramo takođe važnim, da ZS stranca kome je odobreno stalno nastanjenje načelno izjednačava u pravima i obavezama sa državljanima Srbije, pod rezervom izuzetaka propisanim ustavom i zakonom.

Kao generalni zaključak sledi, da je ZS načelno, u opštim postavkama usklađen sa odgovarajućim delom prava EZ, s tim da će on biti podložan modifikacijama u budućnosti u zavisnosti od toga kako će se razvijati odnosi EZ i njenih država članica i Srbije u procesu pridruživanja, odnosno ispunjavanja uslova za članstvo.

Bernadet Bordaš, Ph. D., Full Professor
Novi Sad School of Law

Regulation of residence of foreigners in the Republic of Serbia: on the way to harmonization with the law of European Community

Abstract

The main issue of the paper is the analysis of those provisions of the Serbian Act on Foreigners, adopted in October 2008, which lay down - rules of residence (residence up to 90 days, residence exceeding 90 days, permanent residence) of foreign persons in Serbia. One of the reasons for this analysis could be found in the significance of the said provisions for the legal status of foreigners in Serbia, and moreover for the legal certainty of persons moving frequently across borders in contemporary world. Further reason is the potential association of Serbia to the European Communities, which asks for harmonization of Serbian law with the law of EC. Hence, the paper also gives a survey of secondary sources of community law in order to ascertain whether the solutions of the Serbian Act are, at this stage of the EC – Serbia relations, comparable to the community law.

Originalni naučni rad 347.466(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]

Part II

In the first part of the paper[2] we analyzed the sources on *fiducia* and *pignus* of the West from the late Roman Empire and early middle ages in order to find out whether dogmatical differences have been kept in a sense that in case of *fiducia* the ownership on the pledged thing is transferred onto the creditor and in case of *pignus* only the possession. We came to the conclusion that based on the analyzed sources it cannot be considered proven that in case of *fiducia* the ownership is transferred onto the creditor. Also, it cannot be claimed that the difference between *fiducia* and *pignus* is in the fact that one of these two forms of pledges transfers the possession while the other establishes a pledge without possession in favor of the creditor. In both cases it was up to the will of the parties to decide whether the thing will be handed over to the creditor or rather it will stay in the possession of the debtor charged by pledge in favor of the creditor.

In this part in search for an answer on the question whether *fiducia* and *pignus* are synonyms or these terms rather relate to different kinds of pledges we are considering the following questions:

1. Was *mancipatio* still needed in case of *fiducia* and what was the meaning of *mancipatio* in those times?

---

[1] Рад је посвећен пројекту *Право Србије у европској перспективи* бр. 149042 који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

[2] Published in: Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, br. XLII 1-2/2008, ISSN 0550-2179, UDK 3, str. 475-498

2. In what relation are *fides* and *fiducia?*

The paper will be concluded with giving answer on the question why *fiducia* was preserved in the sources of post-classical and early medieval West and in which sense.

Key words: *fiducia, pignus*, pledge, postclassical Roman law, vulgar law, *mancipatio, fides.*

1. *FIDUCIA* AND *MANCIPATIO*

The *communis opinio* is that *fiducia* is a complex *negotium*: it consists of solemn transfer of ownership mainly by *mancipatio (nummo uno)*[3] and the non formal *pactum fiduciae*[4] added to it.[5] As Frezza states, the words "*fidi fiduciae"* saved in epigraphic documents could not be part of *mancipatio* itself,[6] it is connected with it, but not included in the formalities of *mancipatio*.

However, *iure cessio* of *ius civile* was recognized as a valid act which transfers the ownership even on a provincial lend,[7] but it is not mentioned by

[3] Gai, Inst. II, 59; III, 201; The epigraphic documents about *fiducia* (FIRA III, 292 sq. 296 – 297) confer only to *mancipatio*; V. A-Ruiz, Istituzioni di diritto romano, Napoli, 1957, II, p. 262; R. Monier, Manuel élémentaire de droit romain, Scientia verlag Aalen, 2nd edition, 1977, Tom. II, p. 314; B. Noordraven, Die fiduzia im römischen recht, Amsterdam, 1999, p. 124 sqq. The *traditio* was not utilized probably because the *fiducia* needed some publicity (Noordraven, op. cit. p. 158); A. Biscardi, Appunti sulle garanzie reali in diritto romano, Milano, 1976, p.27 sqq; P. Frezza, Le garanzie delle obbligazioni, parte terza, Pisa, 1958, p. 8 sqq; Longo, Corso di diritto romano, La Fiducia, Milano, 1933, p. 42 sqq; The formality of *in iure cessio* was complicated (Frezza, op. cit. p. 8-9) and there are no evidences that the *fiducia* could be formed transferring the ownership by *traditio.* For the other reasons see in Frezza, op. cit. p. 10. The utilization of *mancipatio `fiduciae causa`* one can find in documents: *mancipatio Pompeiana* from 61 A.D. FIRA III, 291; *formula Baetica* from 1th or 2.ond century A.D. CIL II. 5042. (FIRA III, 295.); *tabula Herculanenses* from the 1.th century (79) A.D.

[4] About the opinion that the *pactum fiduciae* was conceptualized by the classical jurists as a contract, see, Frezza, op. cit. p. 17 – 19;

[5] It does not mean that it consists of two independent acts. C. Longo (op.cit. p. 17 – 18; p. 42 – sqq) emphasizes the unity of negotium (p. 55): `Tutto cio non nuocceva all' unita del negozio fiduciario perche i suoi due elementi (reale e obbligatorio) erano collegati e resi inseparabili dall' identita del loro obiecto.`

[6] Frezza, op. cit. p. 12. also Geib, SZ, VIII, 113; Erbe, Die Fiducia im römischen Recht, 1940, p. 105 sq.; contra Keller, SZ, LXII, 197; see also Longo, op. cit. p. 24.

[7] For transfer of ownership on *res nec mancipi (solum provinciale)* in the classical period according to Boetius the *in iure cessio* was an adquate way. However, the differentiation between *res mancipi* and *res nec mancipi* was still not actual for a long time before his times. Boethius (480–524 or 525), ad Cic. Top. 10, 95C (http://individual.utoronto.ca/pking/resources/boethius/Topica_Ciceronis.comm.txt): `*Quaecumque igitur res, lege duodecim tabularum, aliter*

the documents.[8] The Breviary is silent about it as well, probably because *in iure cessio* was replaced by *cessio*.

The fact that *mancipatio* was going out of practice in the post-classical times, is claimed to be the main reason why *fiducia* vanished from the late post-classical sources.[9] It is also emphasized that Justinian did not need to cancel *fiducia* expressly, as he commonly has done like in the case of *mancipatio,* because it was not used in practice any more. Our opinion is that this was not the main reason. On the other hand this standpoint is logically incorrect: taking in consideration that if *fiducia* was going out of practice as a consequence of *mancipatio* not being utilized any more, why the emperor find important to cancel the *mancipatio*?

The main reason of disappearing *fiducia* can be found in the struggle against the practice of acquiring ownership on the pledged thing by the creditor if the debt remained unpaid. Was *fiducia* expressly cancelled? To answer this question we must take in consideration the rules of *impetratio domini* and *commissoria rescindenda*. In these imperial prohibitions we will find the reaction on the practice and the reason to cancel the effect of the *negotium*: the transfer of ownership on the pledged thing to the pledgee. We suppose the reason for the removal of *fiducia* as a kind of pledge by Justinian was not a dogmatical problem like the absence of *mancipatio* from the post-classical practice, but to stop the possibility of uncontrolled ownership transfer. On the Western part of the Empire a different way was chosen: the struggle against the abuse of *fiducia* and *pignus*. On the West the legislator saving *fiducia* intended to protect by different measures the interest of the debtors and the Empire as well. Therefore the institute of *fiducia* remained but the question is, in which sense?

To answer this question we must take in consideration some other questions:

- does the pledge in form of *fiducia* meant still in post-classical times a complex *negotium*: *pactum fiduciae* added to *mancipatio*;

---

nisi per hanc solemnitatem abalienari non poterat. Sui iuris autem caeterae res nec mancipi uocabantur, eaedem uero etiam in iure cedebantur. Cessio uero tali fiebat modo ut secundo [1095C] commentario idem Caius exposuit. In iure autem cessio fit hoc modo: apud magistratum populi Romani, uel apud praetorem, uel apud praesidem prouinciae, is cui res in iure ceditur rem tenens ita uindicat: Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio. Deinde postquam hic uindicauerit, praetor interrogat eum qui cedit an contrauindicet; quo negante, aut tacente, tunc ei qui uindicauerit, eam rem addicit, idque legis actio uocabatur.`

[8] A. Pezzana (Intorno alla lex Manciana, Studi in onore di Emilio Betti, III, Milano, 1962, p. 643, n. 29), states that *in iure cessio* was only a theoretical possibility.

[9] Frezza, op. cit. p.10. Longo, (op. cit. p. 45 – 46) adding that if *fiducia* could be constructed by *traditio* `non sarebbe facile spiegarsi come non si sia proceduto alla sua espresso abolizione prima di cancellarla dai testi classici o dal diritto giustinianeo.` also, A. Biscardi, Appunti, p. 30.

- or maybe this transfer could have been made by informal *traditio* (a causal mode of ownership acquisition)[10];
- or on West some modified form of *mancipatio* was practiced?

1.1. The use of *mancipatio* in the provinces during the classical period

Observing the use of *mancipatio* in classical period, having in mind the whole territory of the Empire, particularly the provinces, more questions emerge: who could be the subject,[11] what could be the object and whether the formalities of *mancipatio* were respected in practice entirely in this period? These questions are elaborated in Pólay's book about the documents from Dacia saved on wax tablets.[12] The documents analyzed by Pólay are approximately from the middle of the second century A.D. Pólay regarding *mancipatio* states that these documents point onto irregular practical application of the institute. The subjects of *mancipatio* were also peregrins without *ius commercii*[13] and the object could be the *soulum provinciale (res nec macipi)* as well.[14] Regarding the formalities of *mancipatio* he concludes: the clauses *`emit mancipioque accipit`* utilized on the wax tablets from Dacia gave no information about the practice of *mancipatio* according to the form of *ius civile*.[15] As Pólay states, in these documents we could not speak about the *mancipatio* in its distinct meaning, but only

[10] About the question, could *fiducia* be *iusta causa traditionis* see, Frezza, op. cit, p.1o – 13; Longo, op. cit. p. 42 sqq. Longo emphesises that *traditio* is incompatible with *pactum fiduciae*, because the *negotium* which could be *iusta causa traditionis* is forced onto a definitive (not temporary) transfer of ownership. Therefore, *traditio* could not be followed by *pactum fiduciae* because this *pactum* implies a temporary transfer of ownership. About the times when *mancipatio* was an effective way of sale which means that *pactum fiduciae* was added to a causal *negotium*, see, Biscardi, Appunti, p. 32 – 34.

[11] Ulp. Reg. 19, 4: *`Mancipatio locum habet inter cives Romanos et Latinos coloniarios, Latinosque Junianos eosque peregrinos, quibus commercium datum est.`*

[12] E. Pólay, A dáciai viaszostábák szerződései, Budapest, 1972.

[13] According to E. Weiss (Peregrinische Manzipationsakte, SZ 37, 1916, p. 139), the peregrins without *ius commercii* were prohibited to use the form of *mancipatio,* i. e. the *negotium* was invalid. See the critics in, E. Pólay, op. cit. p. 132 sqq. The earlier prevailing oppinion (L. Mitteis, Röm. Privatrecht, Leipzig, 1908, 1, p. 285. n. 72) was that the utilization of *mancipatio* between the peregrins was an `abusiv` phenomenon.

[14] E. Pólay, op. cit. p. 127 sqq. Biscardi (Appunti, p. 55) states that the *solum provinciale* could not be an object of *mancipatio* and for this reason also nor the object of *fiducia*. About the literature on this question see: E. Volterra, Mancipatio, in Novissimo Digesto Italiano, Torino; M. Kaser, RPR, I, p. 107, n. 9 – 10.

[15] M. Kaser, Vom Begriff des `commercium`, St. in onore di V. Arangio – Ruiz, Napoli, 1953, 2, p. 143. W. Kunkel (Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen, Köln – Graz – Wien, 1967, p. 141) states that the documents of the wax tablets from Dacia about *mancipatio* show the disappearance of *mancipatio* because the names of the *libripens* and *antestatus* are missing. The other reason of vanishing *mancipatio* according to him is that these documents testifiy about both the sale and *mancipatio.*

about the reception of some elements of its form. In these adapted form *`mancipatio`* could have had some legal effects in the province if the judge was willing to take it in consideration.[16]

Regarding *formula Baetica*, the formulary made based on the Italian pattern, applied for *mancipatio fiduciae* causa in Spain, Pólay observes that it was utilized for the *mancipatio* of a provincial estate. The F*ormula Baetica*[17] has more requirements of *mancipatio* needed by *ius civile* (*libripens* and *antestatus*) than the documents from Dacia.[18] The question which arises even in this case is: whether the formalities of *mancipatio* were really observed in practice or *mancipatio* was replaced by the document *(testatio)*. Regarding the classical period the prevailing opinion is that the document without the formal act of *mancipatio* was not valid. The documents about the *mancipatio* without the performance of formalities were accepted instead of *mancipatio* only later (in post-classical times) as its authentic utilization disappeared.[19]

Pezzana have made investigation on the questions of the subject and the object of *mancipatio* and in *iure cessio* relating to *fiducia* mentioned in *lex colonis fundi Villae Magnae*[20] (IV, 3) issued for the province of Africa:

`...hoc tempus lege Manciana…ritu…fiducieve data sunt dabuntur…vi ius fiduciae lege Manciana servabitur.`

He accepts the opinion that the right of the *`cultura manciana`* could be charged by *fiducia*,[21] and states that the *cultores manciani* mainly belonged to the population without Roman citizenship. Hence, according to him the words *fiducia* and *ius fiduciae* were most probably not utilized in a strict technical sense `ma in quello generico di diritto di garanzia`.[22] He also considers possible that this is an example of a peregrine institute (maybe neopunic) camouflaged in the Roman from.[23]

---

[16] E. Pólay, op. cit. p. 133 – 134.

[17] Formula Baetica (A.D. 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, p. 334-335, n. 135.

[18] E. Pólay, op. cit. p. 151 – 152,

[19] P. Jörs – W. Kunkel – L. Wenger, Römisches Privatrecht, 3. ed. Berlin – Göttingen – Heidelberg, 1949, p. 95. Regarding *mancipatio Pompeiana; formula Baetica; tabula Herculanenses*, Noordraven, (p. 127.) states that these documents have a character of *testatio*, therefore these documents cannot prove that the transaction accomplished the formal requirements of *mancipati.*

[20] Lex Manciana, Lex de villae Magnae colonis (A.D. 116-117) CIL VIII, Suppl., n. 25902 (Epigraphik-Datenbank Clauss/Slaby), Source, Stone altar discovered in Henchir Mettich, Tunisia, in 1896.

[21] According to him, *fiducia* was established by an act of a public authority on the land in public ownership in case of concessions regulated by lex Manciana. The purpose of *fiducia* in this case was to grant the fulfillment of the cultivator's obligation (duty), see, A. Pezzana, op. cit. p. 655.

[22] A. Pezzana, op. cit. p. 646.

[23] Ibid. p. 646, n. 35.

In the first and second century in Spain, in case of the utilization of *ius civile* institutes as *mancipatio* and *fiducia* (which are *ius proprium civium Romanorum*), we could not speak about the irregularity in the subjects of *negotium*. In the time to which *formula Baetica* belongs the mass of Spanish population already gained Roman citizenship or Latinity[24], therefore they had *ius commercii*. The population of Gallian territories (Gallia Cisalpina) got the Roman citizenship even earlier, in time of Caesar.[25]

In our opinion, in the provinces the Roman citizens (soldiers, provincial magistrates, the members of their family, and other privileged categories of the population) utilized the formalities of the Roman *ius civile*, not to acquire *res mancipi* in Italy but to acquire the land or the things of higher value in their own provinces. The formalities of the Roman civil law in practice could have been accepted by provincial population that were not Roman citizens because they thought transactions would be more firm; or as Pólay supposed, in order to realize protection even if the case is judged before the Roman magistrate.[26] Thus we can state that the population of the Romanized Gaul and Spain (to which the Breviary was issued) has respected the formal requirements of Roman civilian institutes during the classical period. What happened later, mainly from the government of Constantine the Great onward?

1.2. *Mancipatio* in the post-classical period

The sources of the post-classical period give only some fragmentary information, but even these rare documents reflect the influence of the Roman civilian law on the provincial practice. However, it does not mean that the Roman institutes retained their classical authenticity. The Roman institutes were accommodated to provincial needs and changed under the influence of the provincial customs, local and barbarian as well. This is the problem of the mutual influence of different legal systems, which is present even now in our process of so-called harmonization of law.

As we have seen regarding *fiducia cum creditore contracta* the texts of the Breviary does not mention *mancipatio* and the dogmatical rules about *fiducia*

[24] According to Biscardi (Appunti, p.38) from the end of the first century B.C. many cities of southern Spain has *ius Italicum*. As Maskin (Istorija starog Rima, Beograd, 1978, p. 381) writes, Vespasian (69 – 79 A.D.) gave finally *Latin* status also to those cities which have not got earlier *ius Iatlicum*. The Hispano-Romans --the romanized Iberians and the Iberian-born descendants of Roman soldiers and colonists--had all achieved the status of full Roman citizenship by the end of the first century A.D.

[25] Under Julius Caesar and the triumvirs, whole regions—Cisalpine Gaul, Sicily, along with Romanized provincial cities in the West—had received citizenship. Latin status was granted to the Alpine provinces by Claudius and Nero.

[26] Pólay, op. cit. p. 247.

show no difference in relation to *pignus*. One could not find this connection even in other postclassical codes. Thus, we cannot accept that *fiducia* remained even in postclassical period (and in the Breviary) entirely the same institute as it was earlier. This is our standpoint also in relation to *mancipatio*. The question which rises here is: does the modified *mancipatio* meant ownership transfer even in the post-classical period?

1.2. 1. *Fiducia* and *mancipatio* according to Boethius and Isidor from Sevill

F*iducia* is joined to *mancipatio* and *in iure cessio* only in two mostly theoretical works: in Boethius (480–524 or 525 A.D.) ad Cic. Top. 10, 42; and in Isidor. (560 – 636 A.D.) Etym. 5, 25, 23. However, both sources belong to the times close to when the Breviary was issued and applied, but these sources give more information about the history of the institutes than about the actual practice of their time.

Boethius, between those who are obliged to *`fidem praestare`* (to behave faithfully), mentions the *fiduciar* who is a friend of the *fiduciant.* However from the text which follows we can conclude that he is speaking more about the *fiducia cum creditore contracta* than about *fiducia cum amico contracta*.

Boethius, ad Cic. Top. *`Fiduciam uero accepit cuicumque res aliqua mancipatur, ut eam mancipanti remancipet, uelut si quis tempus dubium timens [1117A] amico potentiori fundum mancipet, ut ei cum tempus quod suspectum est praeterierit reddat; haec mancipatio fiduciaria nominatur, idcirco quod restituendi fides interponitur.`*

If we accept that here he is speaking about *mancipatio* as a mean of ownership transfer the text expressed the fear of the debtor that he will lose the charged thing if his friend *(amicus)* as the owner mancipate it to someone who belongs to *potentiores.*

The other interpretation of the text could be: the debtor gave the thing as a guarantee of debt payment or for other reasons to his friend whom he trusted that the thing will be saved and given back to him *(ut eam mancipanti remancipet)*. This means that the thing was transferred only temporary.[27] However, he fears that his friend could alienate it to *potentior* and he will lose the thing forever. The person who belongs to *potentiores* must not be the owner in order to refuse to give back the thing– he has power (even military) to protect his interests even if it is *causa iniusta*. Emphasizing the temporality of *fiducia* and the problem of oppressions practiced by *potentiores*, *mancipatio* must not be any more an instrument of ownership transfer. The most problematic was the recov-

[27] About the problem of *`momentaria possessio`* in the post-classical period, see: C. A. Cannata, Possessio, possessor, possidere, Milano, 1962, p. 91 – 95 and 184 with n. 99.

ery of the thing transferred on the other person only temporary *(ad tempus)*. It is expressed *in fine*: *haec mancipatio fiduciaria nominatur, idcirco quod restituendi fides interponitur.*

Boethius explains *mancipatio* quoting Gaius, however, recognizing that the solemnity of *mancipatio* described in the *Gaius Institutiones* in his time belongs to history. According to Boethius, *mancipatio* is only one of the possible *`iuris solemnitas`* to make connection /obligation/ *(nexu faciendo)* between the parts and it was utilized for the alienation of *res mancipi*:

`Mancipi res ueteres appellabant, quae ita abalienabantur, ut ea ab alienatio per quamdam nexus fieret solemnitatem. Nexus uero est quadam iuris solemnitas, quae fiebat eo modo quo in Institutionibus Caius exponit. Eiusdem autem Caii libro primo institutionem de nexu faciendo, haec uerba sunt: ` Est autem mancipatio, ut [1095B] supra quoque indicauimus, imaginaria quaedam uenditio, quod ipsum ius proprium Romanorum est ciuium, eaque res ita agitur, adhibitis non minus quam quinque testibus Romanis ciuibus puberibus, et praeterea alio eiusdem conditionis qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens. Is qui mancipium accipit, aes tenens, ita dicit: Hunc ergo hominem ex iure Quiritium meum esse aio, isque mihi emptus est hoc aere aeneaque libra. Deinde aere percutit libram, indeque aes dat ei a quo mancipium accipit, quasi pretii loco.`

Quoting Gaius, Boethius explains that *mancipatio* is one kind of *iuris sollemnitas* which makes connection *(nexum),* afterwards he describes the formalities of *mancipatio (de nexu faciendo)* which is *`imaginaria venditio`* and states that this form is important for the alienation of *res mancipi*. On another place according to Boethius *mancipatio* is *`traditio altera nexu`*.

Boethius, ad Cic. Top. *`Definit enim quid sit abalienatio eius rei [1095A] quae mancipi est, dicens: ABALIENATIO EST EIUS REI QUAE MANCIPI EST, AUT TRADITIO ALTERA NEXU, AUT CESSIO IN IURE, INTER QUOS EA IURE CIVILI FIERI POSSUNT.`*

Later, Isidor from Sevill in his Etymologies[28] 5,[29] 25,[30] 23 writes:

`Fiducia est, cum res aliqua sumendae mutuae pecuniae gratia vel mancipatur vel in iure ceditur.`

We can notice that according to Isidor *fiducia* was used when a thing *`mancipatur vel in iure ceditur`*[31] as a security for money loan.[32]

---

[28] http://penelope.uchicago.edu/Thayer/L/Roman/Texts/Isidore/5*.html#25

[29] Liber V, De legibus et temporibus

[30] Caput XXV.De rebus

[31] About in *iure cessio* the Etymologi says nothing. *In iure cessio* maybe conceptualizes as *cessio* because after the explanation of *mancipatio* folllows: 5, 25, [32] *Cessio est propriae rei concessio, sicut est illud: «Cedo iure propinquitatis». Cedere enim dicimus quasi concedere, id est, quae propria sunt; nam aliena restituimus, non cedimus. Nam cedere proprie dicitur, qui*

According to Isidor *mancipatio* needs less formality: it is *manu capere* (taking by hand).

Etym. 5, 25, 31: *`Mancipatio dicta est quia manu res capitur. Unde oportet eum, qui mancipio accipit, conprehendere id ipsum, quod ei mancipio datur.`*

Does this mean that the thing must be transferred *(tradere rem)* to the creditor? We do not know whether it should be the real transfer or could be by *chartula.*

According to María Isabel Domínguez Agudo `…la *mancipatio* se recoge en la *chartula mancipationis* recogida en *FV* 34… La *FV* 34 elimina la solemnidad, pero pervive la figura de la *mancipatio* en esta fórmula notarial.`[33]

1. 2. 2. *Mancipatio* and *chartula*

The written document about the sale was often used in practice in the post-classical period and was obligatory for fiscal needs if the immobile thing or things of higher value were sold. In the documents about the sale on the papyri from Ravenna we can read about *traditio* by *epistula traditionis*.[34]

For example according to the document n. 116 (540): *`...Quia in vestro est territurio constituta adque sola ei deest traditio ideoque Domini et iure colendi parentes accepta hanc epistulam meam lvv dignabitur memorato comparatori eiusque hominibus ex more sollemnem fieri traditionem legi actisque vestris indi Tabulario quoque Civitatis vestrae admonere cura vitis ut cispitis iugationem memorati loci quae in documentis insertum est sicuti supra legi tutor idem comparatori Actoribusque eius designari praecipiatis ut omnia a praesenti tertiam indictionem ad suum dominium pertinere cognoscat. Quam epistulam traditionis Eventio Not. scribendum dictavimus…`*

Beside the *epistulam traditionis* the document mentions also the solemn delivery referring to customs (*ex more sollemnem fieri traditionem)* which could be some kind of *mancipatio (manu traditio).*

---

contra veritatem alteri consentit, ut Cicero (Ligar. 7,22): «Cessit» inquit «amplissimi viri auctoritati, vel potius paruit».

[32] According to Frezza (op. cit. p. 24): `…tutti gli esempi a noi noti dale fonti epigrafiche, letterarie, giuridiche, ci parlano di crediti derivanti da mutui di danaro`, however he surposed that it could been extended also on the other fungibil (generic) things.

[33] María Isabel Domínguez Agudo, Estudio léxico de "iura y leges" en el derecho romano vulgar occidental, Memoria para optar al grado de doctor presentada por, Madrid, 2003; FV. 34. Augg. et caess. Flaviae Aprillae. *`Cum profitearis te certa quantitate mancipium ex sanguine comparasse, cuius pretium te exsolvisse dicis et instrumentis esse firmatum…`*, however, we cannot accept this text as an exact poof about that the written document replaced *mancipatio.*

[34] In the documents: n. 115 (540); 116 (540); 117 (541); 118 (540?) on bases of A. Pezzana, op. cit. p. 666.

As Kircher states, *epistula traditionis* is one clause which substitutes *traditio* as an act of *translatio domini.*,[35] On the contrary, according to Riccobono the classical *traditio* was preserved along with *epistula traditionis*. Pezzana has an original idea. In his opinion the inscription of the purchaser's name on the bases of *epistula traditionis* in *gesta civitatis* is an act with constitutive value, i.e. it transfers the ownership. According to him, even not the vendor, but the public office introduces the purchaser in possession after the inscription has been made.[36]

Pezzana quoted the constitution of Theodosius I, Arcadius and Honorius CJ. 4, 3, 1, 2 /= CTh. 2, 29, 2/ (394) under the title `*Si certum petatur de suffragiis*` (in which the causa of the transfer is not the sale):

`*Quod si praedia rustica vel urbana placitum continebit, scriptura, quae ea in alium transferat, emittatur, sequatur traditio corporalis et rem fuisse completam gesta testentur: aliter enim ad novum dominium transire non possunt neque ad veteri iure discedere…*`

At the first sight the text seems to confirm his standpoint, but in reality it is only an evidence of the imperial control of transactions. We could not agree with the opinion of Pezzana that only the inscription in public registers makes the buyer owner and that this document proves the technical rule of the transfer of ownership by registration in public records as it is the rule today for example in the ABGB.[37] In the late Roman Empire the primary purpose of the public registers *(censualibus paginis, publicis libris)* was to list the tax payers. The owners were charged by the taxes. In case of a change (sale or gift) the new owner was obliged to register himself and take over the tax payment obligation. The parts of the quoted Ravennian document on sales poves it as well: `*ut omnia a praesenti tertiam indictionem ad suum dominium pertinere cognoscat.*` It means: from this present third indiction the tax payer is a buyer, a new owner. We did not find any proof on the vendor's right to take back the sold thing if the buyer failed to register himself on the bases of a written document. Here the legislation fell short.

In quoted texts the *traditio corporalis* follows after the written document which could help the vendor to oppress the buyer to make the inscription *(professio censualis)*. However, we must make a difference between the written documents about the sale and the registration form of the new owner in public records. It is not at all clear if the *traditio corporalis* follows the inscription in the public registers or not, but we can notice from Salvian that one of the serious problems of his times was that the tax collectors collected payment from

[35] Kircher, ZSS, 32, 1911, p. 118.
[36] A. Pezzana, op.cit. p. 666 – 668.
[37] Ibid. p. 668.

persons – non owners, for the property alienated already for a long time beforehand by their ascendants (fathers or grandfathers).[38] Therefore we could not accept Pezzana`s standpoint that the registration as a public act was a constitutive element of the ownership transfer as it is today in ABGB and in the codes which were drafted based on it.

This does not mean that we do not like to accept *traditio chartam (epistula traditionis)* as a solemn act needed for the validity of the sale in case of immobile things where it figures besides the payment of the price and *traditio corporalis*. We agree with Arangio-Ruiz who states that a written document containing all necessary elements transfers the ownership,[39] because this document confirms that the contract of sale was not only concluded but also have been realized (cash-sale). On the bases of *scriptura* the new owner was obliged to make *professio censualis* – to annotate his name in the geste (CTh.11, 2, 2). However, in the practice this was not respected (CTh. 11, 3, 3).[40] To avoid the problems of *professio censualis*, a public confirmation of the sales document would be a better solution, but it was provided for sale only later by the Nov. Val. 15, 3 (444-445): `*...prospicimus, ut gestis municipalibus immobilium rerum contractus constet initus…* ` `[41], as it was before provided for the gift. If it was not respected the contract was invalid. Therefore there we have no technical rule that the inscription in the gesta transfers the ownership as Pezzana stays, but the contract is null *(careat firmitatem)* as it was not made.

Now we are going to return to the texts about *mancipatio.*

It is interesting that for the validity of gifts between children and parents *mancipatio* and *traditio* were no *sine qua non* elements, but only the registration in the public records was important (CTh.8.12.5: Idem a. ad Severum comitem Hispaniarum. `*Data iam pridem lege statuimus, ut donationes interveniente actorum testificatione conficiantur. ...ne traditionis vel mancipationis sollemnitas sit necessaria.* ` /333 mai. 4/)[42]

In the other cases, when gifts were made for extraneous personas it was adjudged invalid if *mancipatio* and delivery have not been legally executed.

---

[38] Salv. De Gub. Dei, 5, 8: What an intolerable and monstrous thing it is, one that human hearts can hardly endure, that one can hardly bear to hear spoken of, that many of the wretched poor, despoiled of their tiny holdings, after they have completely lost their property, must still pay taxes for what they have lost!

[39] V. A.-Ruiz, Istituzioni, p. 206; La compravendita in diritto romano, part I, 2nd edition, Napoli,1978, p. 86 – 87.

[40] M. Kaser RPR, II, München, 1959, p. 200.

[41] In Pharr's translation (Princeton University Press, 1952): `We provide…that the contract that has been entered into with respect to immovable property shall be established in the municipial public records …`

[42] See also, CTh.8.12.4; 6.

CTh.8.12.7 (355): `*...nullam donationem inter extraneos firmam esse, si ei traditionis videatur deesse sollemnitas… donatio inter extraneos minus firma iudicetur, si iure mancipatio et traditio non fuerit impleta.*`

According to this constitution of Constantius and Constans the `*traditionis sollemnitas*` (as in the quoted document from Ravenna: `*ex more sollemnem fieri traditionem*`*)* is the same as *`iure mancipatio et traditio impleta`*.

The formalities needed for the validity of the gift are described in CTh. 8, 12, 1, 1 /=Brev. CTh. 8, 5, 1, 1/ (316?):

`In conscribendis autem donationibus nomen donatoris, ius ac rem notari oportet, neque id occulte aut per imperitos aut privatim, sed aut tabula, aut quodcumque aliud materiae tempus dabit, vel ab ipso vel ab eo, quem sors ministraverit, scientibus plurimis perscribatur. 2 Et corporalis traditio subsequatur ad excludendam vim atque irreptionem advocata vicinitate, omnibusque arbitris adhibitis, quorum postea fide probabitur, donatam rem, si est mobilis, ex voluntate traditam donatoris, vel, si immobilis, abscessu donantis novo domino patefactam, actis etiam annectendis, quae apud iudicem vel magistratus conficienda sunt.`[43]

The important elements are: to note the name of the donor (int. also the name of the person to whom the gift was made), the description of the thing, and the notification of the right on it (int. only to name the thing); the deed shall be written in presents of the witnesses and subscribed by the donor himself or by one of the witnesses; the corporal delivery which follows must be made in the presence of the neighbors and other witnesses, who will testify about the free will of the donor and about the free possession of the thing if it is immovable; before the judge or the magistrates must be executed the public records and appended to such deed of gift. (int. first mentions the formality of registration in the public records and later the corporal delivery). It is not easy to find out from the text which formalities belong to *mancipatio* and which to *traditio*, but maybe the corporal delivery *(manu traditio)* before the testimony of witnesses could be observed as *mancipatio*.[44]

---

[43] Int. `*In conscribendis autem donationibus hic ordo servandus est, ut donatio nomen prius contineat donatoris vel illius, cui donatur deinde res, quae donantur, sive in agris sive in mancipiis sive in quibuslibet rebus atque corporibus, nominatim in donatione conscribendae sunt, non occulte, sed publice, non privatim vel secrete, sed aut in tabulis aut in chartis aut ubicumque legatur facta donatio. Quam tamen donationem, si literas novit, donator ipse subscribat: si vero ignorat, praesentibus plurimis eligat, qui pro ipso subscribat: et hanc ipsam donationem gestorum solennitas et corporalis traditio subsequatur, ita ut, si mobilia donantur, praesentibus plurimis tradantur: si vero ager vel domus donatur, quod moveri non potest, ut inde donator abscedat et novo domino pateat res donata, si tamen sibi de his rebus usumfructum donator non reservaverit. Gesta vero donationum aut apud iudicem aut apud curiam alleganda sunt.*`

[44] Justinian abolished *mancipatio* since it belonged to the history, but he took some elements from its decadent form that was used in practice when the sale was made in a written form

In the *Interpretatio* of the constitutions *(leges)* sometimes *`hic de iure addendum`* is added. In Pharr's translation it means: `addition must here be made from the law.` Pharr states that it is `a comment of the interpreter, to guide the advocates who use the Breviarium`. In our opinion the meaning of this addition is: see the part of the Breviary related to *ius* (the rules of E. G.; P. S.; Cod. Greg.; Cod. Hermogen.; Pap. Resp.).

However, the quoted constitution is not interpreted and there the consultation of *ius* is not advised, but we will still ask the rules of *ius* to help finding out the meaning of *traditio sollemnitas.*

In the *Pauli Sententiae* saved in the Breviary are traces not only of *fiducia*, but of *mancipatio* and *actio auctoritatis*[45] as well. The texts in *Pauli Senetentiae* containing *mancipatio* and *traditio* are about the sale.

(*completio* and *absolutio)*: Just. Inst. 3, 23, pr; CJ. 4, 21, 17 pr; about the validity of the written form of contracts, A. Ruiz, La compravendita, I, p. 93 – 100. We do not agree with A. Ruiz regarding his standpoint that it depends on the will of the contractual parties whether it will be made in a written form or not. In cases of selling things charged by taxes the sale should be made in a written form in Justinian's time as well.

[45] The texts of Sententiae about eviction contain the world *auctoritas.* Having in mind that the sale of the *`res aliena`* was prohibited, the sale of *res aliena* should be null and the question of eviction in this regard could not be an important matter. Nevertheless, the rules of eviction are preserved in the Breviary. See about, E. Levy, op. cit. p. 212. Brev. PS. 2, 17, 1: *`Venditor, si eius rei, quam vendiderit, dominus non sit, pretio accepto, auctoritatis manebit obnoxius, aliter enim non potest obligari.`* This Sentence is accepted as classical, however, its two parts mostly correspond with postclassical conception, namely the part *` pretio accepto`(*According to A. Ruiz /La compravendita, II, p. 319/ Paul's text is a record about the vendor's responsibility for *auctoritas* based on *mancipatio,* and the vendor's responsibility for *auctoritas* raises only when the buyer has paid the price.) The addition *in fine*: *`aliter enim non potest obligari`* is very discutable. For the classical lawyer it means nothing. For the postclassical lawyer it could be connected with the payment of the price: if the buyer has not payed the price the *mancipant* has no responsability for *auctoritas* – because there was no sale. In our opinion, observing the rules of the Breviary we could not speak about the responsibility for eviction because the vendor would be punished with the repayment the double of the paid purchase price, every time when he sold somebody else's thing. His responsabilty is more delictual than contractual: he will be punished as he violated the rule on prohibition to sell the thing of which he was not the owner *(res aliena).* The Interpretatio is clearer but there is no mention of the *auctoritas.* Int. *`Si quis rem alienam vendiderit et petium acceperit, ad redhibitionem duplae pecuniae manebit obnoxius.`* The next Sentence is treated as a classical improvement about the utilization of the *actio empti* in case of eviction if the merx was transferred to the buyer *`simpliciter `* by *traditio,* without *mancipatio* (See, F. De Zulueta, The Roman Law of Sale, Oxford, 1945, p. 44, n. 1; P. Ourliac, J. De Malafosse, Droit Romain et Ancien droit, Les Obligations, Paris, 1957, p. 261). Brev. PS. 2, 17, 2: *`Si res simpliciter traditae evincantur, tanto venditor emtori condemnandus est, quanto, si stipulatione pro evictione cavisset.` Int. `Si quicunque rem simpliciter, id est, sine poenae interpositione, emtori tradiderit, et de eadem re emtor fuerit superatus, in tantum ei venditor manebit obnoxius, velut si evictionis poenam, id est, duplum se redditurum pretium in venditione promiserit.`* According to the interpreters the part *`simpliciter traditae`* means *`simpliciter, id est, sine poenae interpositione` = ` evictionis poenam, id est, duplum.* Regarding a sanction *in duplum* one can find a connection with

Brev. PS. 1, 13, 4 (=PS.): *`Si id quod emtum est, neqe tradatur, neque mancipetur, venditor cogi potest, ut tradat aut mancipet.`*

This Sentence we could interpret in classical sense. The part *`id quod emtum est`* means `the thing about which the contract of sale was made`. After the contract has been concluded the vendor is obliged to transfer the thing *(traditio),* and if it is *res mancipi* to mancipate it.

The *Interpretatio* changes the meaning of the Sentence entirely.

Int. *`Si eam rem, quam aliquis accepto pretio facta venditione distraxit, tradere distulerit, ad traditionem rei, quam vendidit, omnibus modis compellendus est.`*

The part *`eam rem, quam aliquis accepto pretio facta venditione distraxit`* does not mean any more a consensual sale, but a real (the so-called cash-sale) whereby the vendor receiving the price from the buyer have sold the thing and lost the ownership on it, as a consequence of which he must deliver the thing to the buyer.[46] On *`traditionem rei`* he should be forced *`omnibus modis`*. On the other hand, *mancipatio* is not mentioned any more, maybe because the transfer of the right was completed *(mancipatio = written document).* In interpretations of the other Sentences *mancipatio* was also eliminated or changed by *traditio*.[47]

One explanation of these changes could be, that *mancipatio* was no longer utilized, however *mancipatio* is evidenced in constitutions from 319 to 355 (Cth. 8, 12, 4; 5; 7), and it is present besides *Pauli Sententiae* in *Epitome Gaii* as well.

---

the rules of *stipulatio Aquiliana* /Brev. PS. 1, 1, 3/ and *lex Aqulia* /. Therefore if the punishment *in duplum* was not stipulated it succeded on the bases of *lex Aquilia*/ About the standpoint that the contractual and delictual liability was not strictly separated in post-classical times, see, E. Levy, Westrrömisches Vulgarrecht, Das Obligationenerecht, Weimar, 1956, p. 131 – 134; Gy. Diósdi, Contract in Roman Law, from the Twelve Tables to the Glossators, Budapest, 1981, p. 202. The next not interpretated Sententia could not be classical because the responsibility of the vendor for *auctoritas* followed even when the thing was transferred by simple *traditio.* Brev. PS. 2, 17, 3: *`Res emta, mancipatione et traditione perfecta, si evincantur, auctoritatis venditor duplo tenus obligatur.`* The term *auctoritas* in the Breviary we can understand as an obligation of the vendor to repay the double value (price) as a punishment because he frauded the buyer. Levy (op.cit. p. 215) states that the responsibility of the vendor is in this case delictual, as it was also on the bases of *actio auctoritatis* in early Roman times. The development lead to *actio empti* of the classical period by which the buyer could ask for the compensation *`quanti interest rem evictam non esse.`* The Visigotic law has prescribed a similar rule to this classical Roman (C. E. 289; Levy, p. 221), and one can find the rule on recompensation of the thing's value with the cost of amelioration in the CTh. 13, 6, 6. This rules were not inserted in the Breviary.

[46] In the same sense: Isid. Etym. 5, 25, 34: *`Pretium vocatum eo quod prius eum damus, ut pro eius vice rem, quam adpetimus, possidere debeamus.`*

[47] According to , *mancipatio* was going out of practice in the post-classical period. Kaser, RPR, II, 1959, p. 197.

Concerning gifts between children and parents according to the constitution of Constantine (CTh. 8, 12, 4) gifts shall be valid even though the formal words of *mancipatio* have not been spoken and delivery has not followed *(licet neque mancipatio dicatur neque traditio subsecuta)*. However, later in the same constitution we can read: `It shall obtain its proper validity, whether the formality of mancipation has been executed or at any rate the property is proved to have been delivered.` *(obtinere propriam firmitatem, sive mancipationis decursa fuerit sollemnitas vel certe res tradita doceatur.)* The constitution is not clear what kind of delivery is recognized because the expressed and proved will about donation is important. Nevertheless we can notice that it was not an obstacle for the validity of *mancipatio* if the solemn words of *mancipatio* were not pronounced.

The *traditionis sollemnitas* (written document) seems to embraces both *mancipatio* and *traditio*.

In the documents about the sale saved on Tablettes Albertini[48] besides the proof of the paid price instead of *traditio* there is a clause in sense of *translatio iuris*. For example in the document XXVI:

`Ex hac die in no emtores suos omnem ius transtuli ut habeant teneant possideant in perpetuo.`

According to Pezzana, the expression *translatio iuris* is one form of *traditio* in sense of the clause of a stile or as a formal element of the document.[49]

In these documents we can find a confirmation of the theses on the translative effect of the sale. The simple *traditio corporalis* lost its role as *modus acquirendi*. When cheap ordinary things were be sold the contract of sale transferred the ownership at the moment when the price was paid. In case when things of a higher value were be sold a written document on the executed sale transferred the ownership. If the sale was about a land more formalities were needed, in first place witnesses and some other formalities (similar to *mancipatio)*, some solemn act confirmed by written document.

1. 2. 3. Which formalities of *mancipatio* remained?

One opinion is that *mancipatio* is giving the thing by hand, which means a factual act.[50]

In Isidor. Etym. 5, 25, 31: *`Mancipatio dicta est quia manu res capitur. Unde oportet eum, qui mancipio accipit, conprehendere id ipsum, quod ei mancipio datur.`*

[48] Tablettes Albertini, Actes Privés de l'Époque Vandale, édités et commentés par C. Courtois, L. Leschi, C. Perrat et C. Saumagne, Paris, 1952.

[49] A. Pezzana, op. cit. p. 671.

[50] Kaser, RPR II, 1959, p. 197. n. 5.

Following Isidor from Seville we will notice that the sale is nothing else than *`rerum commutatio`*.[51]

Isid. Etym. 5, 24, 23: *`Emptio et venditio est rerum commutatio atque contractus ex convenientia veniens.`*

Analyzing the part of Pauli Sententiae, Brev. PS. 2, 17, 3: *`Res emta, mancipatione et traditione perfecta`* we can notice that the sale was not only contracted but it was also realized (cash – sale). However, we do not know what *mancipatio* and *traditio* means in this Sentence. Having in mind the conception of Isidor from Seville that the sale is *`rerum commutatio`*: *mancipatio* could relate to *merx* and *traditio* to *pretium*, or maybe *vice versa*, because, according to him, the *pretium* could be in things as well *(permutatio)*.[52] If it is permutation we do not know what is given as *merx* and what as *pretium.* But Isidor in other text gives us the information that in case of permutation - sale the *pretium* is that which was given firstly.

Isid. Etym. 5, 25, 34: *`Pretium vocatum eo quod prius eum damus, ut pro eius vice rem, quam adpetimus, possidere debeamus.`*

Consequently, *mancipatio* could relate to that what is handed over firstly: money or something else what we can hold in our hand, or a sales document in case of immobile.

Considering the fact that what is handed over firstly can be a sum of money, from the classical point of view is nonsense. Nevertheless, it is acceptable if we are thinking as a postclassical lawyer: In common cases (if it is not the sale of land or other things of higher value) by paying the price, or giving the thing as a price *(mancipatio)* the buyer became the owner of the purchased thing. *Mancipatio* is *manu capere* which signify the contract (transaction) has been made with real or obligatory effect. In the post-classical ("vulgar law") the real or personal effect of *negotium* was not distinguished any more in the classical sense.

1. 2. 4. Is *mancipatio* only a simple *manu traditio*?

The *Epitome Gaii* explains *mancipatio* similarly to Boethius (Cic. Top. 5, 28) as *immaginaria venditio*. The text in the *Epitome* is about *mancipatio emancipationis causa.*

Brev. EG. 1, 6, § 3: *"Emancipatio autem, hoc est manu traditio, quaedam similitudo venditionis est: quia in emancipationibus pater illum, hoc est certum*

[51] Other confirmations of it: Brev. E. G. IX (XVI s. XVII) par. 14, absent is the part of the Gai Inst. 3, 141 that the price must be in money; Kaser. RPR. II, 1959, p. 199. not. 18; Nov. Val. 32, 4 = Brev. Nov. Val. 10, 4: *`...seu emtione, seu commutatione, quae instar obtinet emtionis…`*.

[52] Isid. Etym. 5, 24, 24: *`Emptio autem dicta, quod a me tibi sit: venditio quasi venundatio, id est a nundinis.`*

patrem, alius pater adhibetur, qui fiduciari nominatur. Ergo ipse naturalis pater filium suum fiduciario patri mancipat, hoc est manu tradit: a quo fiduciario patre naturalis pater unum aut duos nummos quasi in similitudinem pretii accipit, et iterum eum acceptis nummis fiduciario patri tradit. Hoc secundo et tertio fit, et tertio cum fiduciario patri mancipat et tradit, et sic de patris potestate exit…"

The text speaks about the formalities of *emancipatio* of which one of the elements is *mancipatio*. We can notice that *mancipatio* is: *`manu traditio`* and *emancipatio* is *`manu traditio`* for *`unum aut duos nummos` (immaginaria venditio) = `similitudo venditionis est`* connected with the manumission made by *fiduciarius pater*.

The other requirements of *mancipatio* (*libripens*, five witnesses, with addition of two more witnesses to reach the number seven)[53] are described in case when emancipation was made *`ante praesidem, modo ante curiam`* (public form of emancipation). In this case, after the third mancipation the *naturalis pater* can ask for the new remancipation of his son to be manumitted by him, and this way, if the son dies he (the *naturalis pater*) and not the *fiduciarius pater* became the son's heir.[54] This part is very interesting, because as we know the person *(fiduciarius pater)* who takes part in the ceremony of emancipation has not became *patronus* in earlier times. Here we see that the emancipated and liberated person has been treated in practice somehow similarly as a *libertinus Latinus Iunianus*.

In Breviary *mancipatio* is connected with *fiducia* only in the above analyzed text. As a formal requirement of emancipation the *`certum pater `(= naturalis pater)* is selling fictively *(mancipatio nummo uno)* his son to the person whom he trusts *(fiduciario patre)*.[55]

The connection of emancipation with *fiducia* is present in Brev. CTh. 5, 1, 3 (=CTh. 5, 1, 3 - Tit. I (=Brev. I) *"De legitimus hereditatibus*":

Imppp. Gratianus, Valentinianus et Theodosius AAA. ad Hilarium Pf. P. (19 Feb 383 Mediolanum): *`Quoties de emancipatae filiae successione tractatur, seu eam fiduciae nomen obstrinxit, seu etiam nulla comitantur suffragia liberorum, filiis ex ea genitis, etiamsi talis occasus avo vivente contingat, intacta pro solido successio deferatur, neque ulla defunctae patri matrique concedatur intestatae successionis hereditas, quum satis superque sufficiat adversus omnes legitimo*

[53], In the documents about *mancipatio* the number of witnesses is also seven, E. Pólay, op.cit. p. 133 and 149.

[54] See also, Noordraven, op. cit. p. 114 sqq. However he takes this text only to prove that `Emanzipation eine familienrechtliche Anwendungsform der fiducia war.`

[55] The Institutiones of Gaius related to emancipation (Gaius, Inst. 1, 132) instead `*fiduciario patre*` utilized `alicui`; eidem vel alii (sed in usu est eidem mancipari) but on other place about the *coemptio fiduciae* (Gaius, Inst. 1, 115) stays *`tutor fiduciarius`*.

gradu ad successionem venientes in hereditatibus matrum, incolumes ac superstites optabili sorte genitoris, successio liberorum.`

Pharr explaines the part *`fiduciae nomen`* (and according to *Interpretatio: `fiduciatam nominare`*) in sense that, by an emancipation executed under the fiduciary agreement *(fiduciae nomen)* that the child be remancipated to the father and manumitted by him, thus that the father has the patron's right in the child's estate, the emancipated daughter is under a fiduciary obligation as an object of a trust [56]

The interpretation is in accordance with emancipation made *`ante praesidem, modo ante curiam`* described in the EG. 1, 6, § 3. For the emancipation of a daughter only one *mancipatio* was needed and the father could ask for *remancipatio* to manumit the child himself in order to be the patron of the child. The text addressed the question of succession as well.

EG. 1, 6, § 3: *`Femine vel nepotes masculi ex filio una emancipatione de patris vela vi exeunt potestate et sui iuris efficiantur. Et hi ipsi, quamlibet una mancipatione de patris vela vi potestate exeant, nisi a patre fiduciario remancipati fuerint et a naturali patre manumissi, succedere eis naturalis pater non potest, nisi fiduciarius, a quo manumissi sunt. Nam si remancipatum sibi naturalis pater vel avus manumisserit, ipse eis in hereditate succedit.`*

We can learn from *Epitome* that the problem concerned the hereditary right of the patron (the fiduciary *pater* who manumitted the child). If the *naturalis pater* intended to save the estate of the child for himself (and to the family) he could ask for remancipation from the fiduciary *pater.*

The constitution edited 383. A.D. seems to regulate the same problem and in case of emancipated daughter makes a step forward. To assure hereditary rights for the emancipated daughter's children, the *pater naturalis* when emancipating her does not ask for remancipation, but he only makes a fiduciary agreement with the fiduciary father about remancipation. In this case the fiduciary father who manumitted the daughter will not be her patron, and according to the constitution, the father will also not become successor. Therefore, the emancipated daughter got under the fiduciary agreement some kind of independent status. After she dies *intestatus* her children will become her heirs.

The constitution was written after the text of Epitome has been made. The Interpretatio explains the above mentioned rule.

Int. *"Filia, quam fiduciatam nominavit, hoc est emancipata, si intestata moriatur et relinquat superstitem patrem, matrem et filios, excluso patre et matre, etiamsi ius liberorum defuncta non habeat, filii soli in eius hereditate succedunt. Hic de iure addendum, quid sit fiducia."*[57]

[56] Pharr, CTh. p. 104, n. 21.

[57] Justinian inserting the constitution in his Code has erased the part about *fiducia*, and changed it as: if somebody of the sons or the doughters was emancipated his/her succesors

The addition *in fine*: `*Hic de iure addendum, quid sit fiducia.*` means, in our opinion: about the *fiducia* see (consult) the part of the Breviary related to *ius*. In this case the source of *ius* which one can consult is the *Epitome Gaii.*

Accepting the advice of the interpreter we have consulted the *Epitome* and we can confirm that *fiducia* is `an agreement about the *remancipatio* of the mancipated *(immaginaria venditio)* daughter.

1. 2. 5. Can we apply this rule on the case of *fiducia cum creditore contracta*?

Unfortunately we have not found any description on the technical rules of *fiducia* neither in Breviary nor in other postclassical documents. Perhaps it was regulated by customary rules. The pledge in its customary form of *fiducia* probably created some relationship between *fiduciant* and *fiduciar* in which the thing charged got somehow an independent position (in sense that really it did not belong to the *fiduciant* nor to the *fiduciary*) similarly to the emancipated daughter under the fiduciary agreement. Does Constantine's prohibition of the *lex commissoria* intended to abolish this kind of *fiducia?* The answer must be negative, since the constitution of Arcadius and Honorius issued after Constantin`s prohibition of contracting *lex commissoria* (320), from 395. A.D. expressly regognized the validity of *fiducia* (CTh.15.14.9): *`Valeat omnis emancipatio tyrannicis facta temporibus... pignoris adque fiduciae obligatio perseveret…`*

In our opinion *mancipatio* in the quoted texts does not mean any more the instrument which transfers the ownership. It was only *mancipatio nummo uno = immaginaria venditio.* In the time when the Breviary was made, for the transfer of ownership the price really had to be paid, and not as *`nummo uno`*.[58] *Mancipatio* of the post-classical West could be only some kind of *iuris*

---

will be the children. CJ. 6, 57, 4: *`Quotiens de emancipati filii filiaeve successione tractatur, filiis ex his genitis deferatur intacta pro solido successio...`;* However, we must notice that in his Novell edited few years later he also annulled the different status of libertines (*Nov. Just*. LXXVIII, pr. from 539. A. C.) and recognized only libertins in status of *civium Romanum*.

[58] According to E. Albertario (*Il momento del trasferimento della proprieta nella compravendita romana,* Studi di diritto romano, vol. III, 1936, p. 427 sqq), even in classical period *mancipacio* transfered the ownership only if the price was paid. Similary A. Ruiz (V. Arangio-Ruiz, *La compravendita in diritto romano*, vol. II, Napoli, 1963, p. 319) on the bases of Pauli Sententiae, P.S. 2, 17, 1 states that the buyer could utilize the *actio auctoritatis* only if he has paid the price. In our opinion, in the classical period the payment of the price (confirmed by the document) was needed for the acquisition of ownership on the things charged by taxes in the provinces without *ius Italicum*. Introducing the tax charge all over the empire from the time of Diocletian the privilegies of exemtion from taxes were abolished. Therefore, one can read in Justinian's Institutions that the provincial practice was applied on the whole territory of the Empire. Iust. Inst. 2, 1, 40: `*Itaque stipendiaria quoque et tributaria praedia eodem modo alienantur. Vocantur autem stipendiaria et tributaria praedia quae in provinciis sunt,*

solemnitas (including the element of *`manu tradere`; manu capere`*) i. e. the customarily accepted act which connects the parts (*nexum*[59]*; obligatio*). Therefore, the *`manu tradere`*; *`manu capere`* was only a formal requirement. The ownership and also the possession (detention) of *fiducia* usually must not be transferred to the fiduciary *(mancipatar).* In the post-classical, as in the classical period,[60] the object of the pledge could only be charged by pledge without delivery as confirmed by the frequently utilized terms: *obligatam;*[61] *oppignoratam*[62]

Does *fiducia* need some solemn formalities as a modified *mancipatio* or maybe a document about it? As we have seen in *Epitome Gaii* regarding *mancipatio emancipationis casusa, fiducia* is connected with *mancipatio,* but in the Breviary there are no traces about *mancipatio fiduciae causa.*

Why the Breviary could not inform us about the practical utilization of *fiducia?* The reason is evident: the Breviary was made as a compilation of classical and post-classical legislation to which the rules of the so called *ius* (the excerpts from the books of classical lawyers accommodated to the circumstances of post-classical times) have been added. Regarding the legal institutions as *fiducia*, the rules of the Breviary only point onto the rules of

---

inter quae nec non Italica praedia ex nostra constitutione nulla differentia est.`), Afterwards, the rule that the buyer will acquire the ownership only if he paid the price and the confirmed ownership of the vendor was documentated in the written document became the basic rule for the acquisition of ownership on the things charged by taxes. See, M. Sič, Uslovljavanje prenosa svojine isplatom cene kao sredstvo obezbeđenja po rimskom i našem savremenom pravu, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad,, 1/2oo6, p. 73-102 Posebna forma ugovora u antičkom Rimu - radi sigurnosti stranaka ili zaštite interesa države? Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2/2000, p. 59 – 71; "A modern telekkönyv megjelenésének előzményei", in the book–Ingatlan-nyilvántartás, Vajdasági Magyar Tudományos Társaság, Novi Sad, 2002, p.112 – 158.

[59] *nexu faciendo = mancipatio* in Boethius, Cic. Top. 5, 28.

[60] If the creditor gives back the pledged thing to the debtor in *precarium* or lease, see, C. Longo, Corso, p. 76 sqq. In these cases the creditor's interest was not imperiled from the debtor's side, because the debtor could not acquire the charged thing by *usucapio* or *usureceptio*. See also: Noordraven, p. 191.

[61] *Brev. IP. 2, 13, 2 (= 2, 13, 7) Si quis creditor praedium sibi fiducia obligatum...;* Brev. PS. 5, 28, 4 (= PS. 5, 26, 4) *`Creditor chirographarius si sine iussu praesidis per vim debitoris sui pignora, cum non haberet obligata,...`* 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...`; Int. `... nec ea, quae in usu quotidiano habet, obligata videri possunt.`*

[62] Brev. PS. 1, 9, 8 (= PS. 1, 9, 8) *`pignorum et fiduciarium`* – IP. *`oppignoraverat vel fiduciae causa posuerat`;* Brev. PS. 2, 12, 5 (= PS. 2, 13, 2) *`fiduciarium servum`* - IP. *`oppignoratum ...servum`*; Brev. PS. 2, 12, 6 (= PS. 2, 13, 3) *`vendere fiduciam`* - IP. *`oppignoratam emere`;* Brev. I. P. 5, 7, 14 = I. P. 5, 6, 16 *`Si quis debitor creditori suo talem fecerit cautionem, ut omnia ei, quae in bonis suis habet, vel quae habiturus est, oppignorasse videtur, ...`*

fiducia which were retained from the earlier (classical) period accommodated to the interests of the Empire in postclassical times. The postclassical legislation focused onto controlling the practice with an aim to do nothing against the interest of the Empire *(utilitas publica)*. The dogmatic rules of transactions related to *ius* remained unchanged if these rules were not against the interest of the Empire. In the limits of *utilitas publica* the formation of transactions in practice was not controlled and regulated by imperial legislation. In everyday life it was well known which formalities are needed for *fiducia cum creditore contracta.*

About the practical utilization of *fiducia* we have found one document dated 445 – 446 A.D. from Ravenna.[63] We can learn from this document that *Tranquillus* charged by *fiducia* the *fundus Parilaticus.*

`..fundo Partilatico, quem Tranquillus in temp[ore], [fil]i[us] [Gre]gori quondam, sub certa depectione fiduciae nexu obligaverat iuxta[cautionem] quam tecum portaveras…`

The part of the text *`fiduciae nexu obligaverat iuxta[cautionem]`* shows onto formalities utilized in case of *fiducia.* Does the part of the text *nexu obligaverat* means a modified *mancipatio,* having in mind that Boethius before describing the formalities of *mancipatio*, writes: *`Caii libro primo institutionem de nexu faciendo, haec uerba sunt …`?*

The quoted Ravennian text shows also onto the fact that the act of *nexum (nexu faciendo)* was confirmed by a written document *(cautio)*.

Unfortunately we have not found more documents about the practical requirements of *fiducia* and we do not know exactly whether this *nexum* is a kind of *mancipatio* described by Boethius and does *fiducia* need always to be confirmed by *cautio* in sense of a written document on all formalities for its realization (*`fiduciae nexu obligaverat`)*. It is plausible that a written document was necessary in case of *fiducia*. However, can we exclude it in other cases of the pledge: *pignus datum* or *conventum*?[64] Regarding the observed sources, we have no exact answer on this question.

It is remained to continue our research following the method of exclusion but must not forget to stay within the spirit of the time.

---

[63] Location: Ravenna ChLA20,705 (The Duke Databank of Documentary Papyri, P.Ital.: Die nichtliterarischen lateinischen Papyri Italiens aus der Zeit 445-700)

[64] According to Gaius (D. 20, 1, 4) *`Contrahitur hypotheca per pactum conventum…`* However, in practice the written document was usual and in provinces primarily as a guarantee for public debts the pledge was registered (for exemple, Lex Malacitana c. 63, 64), only later (472) the emperor Leo (CJ. 8, 17, 11, 1) will give priority to hypothec made by public document *(instrumentis publice confectis)* or to the private document subscribed by three persons, which was considered equal to the public document.

2. *FIDES* AND *FIDUCIA*

Utilizing both the dogmatical and historical method, we can notice that our sources do not utilize the word *fiducia* in case of pledge in favor of the imperial treasury *(fiscus),* and we can suppose that *fiducia* was not a security if it was taken as a guaranty from the creditor. It remained to accept that in the Breviary *fiducia* is conceptualized as the creditor's security offered by the debtor. The thing was given to the creditor in confidence (trust) that it will be saved and given back if the debtor fulfills his obligation, or it could be promised by *fides* of the debtor, i. e. charged by pledge in favor of the creditor on the bases of the debtor's *fides.* Consequently, in the Breviary the main element of *fiducia* as a real security (and as we can suppose in the West part of the Empire in post-classical times) was the *fides* in its common sense: as fidelity (trustworthiness) and confidence. It is not questionable that *fides* was the main element of *fiducia,* from the beginning. As Biscardi observes: `Non dimentichiamo che l'istituto della fiducia e basato sul rigoroso concetto arcaico della fides, concetto prima etico-religioso che giuridico.`[65]

2.1. *Fides* in a common sense - as a subjective measure of human behavior

While *fides* was an ancient Roman principle[66] based on religion and moral, determined by *mos maiorum*[67]*,* which we can call *fides maiorum,*[68] later *fides*

[65] Biscardi, Appunti, p. 99.

[66] *Javier Paricio, Genesi e natura dei «bonae fidei iudicia,* Rivista di Diritto Romano - I – 2001 Atti del Convegno .Processo civile e processo penale nell esperienza giuridica del mondo antico. http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/attipontignano.html p. 9-10). Since we accept his standpoint, we give the word to the autor: `A mio avviso, come, con motivazioni molto diverse fra di loro, sostengono alcuni autori, *actio fiduciae* non poteva essere stata che *in ius*, il che, come abbiamo visto, non costringe a pensare ad una protezione originaria tramite qualcuna tra le *legis actiones.* Questa azione, la più antica tra quelle in buona fede, la stessa che sarebbe servita da modello alle altre come testualmente afferma Alvaro d.Ors, non poteva aver avuto origine pretoria: affonda le proprie radici nell ambito consuetudinario del *mos maiorum* e il suo fondamento si trova nella *fides*... I giudizi di buona fede sono, dunque, sempre stati «civili» (metto finalmente fra virgolette il vocabolo per riguardo verso André Magdelain). Nella loro nascita ebbe ben poco a che fare la legislazione, mentre invece fu essenziale la *summa vis (*See about also, R. Cardilli, Bona fides tra storia e sistema, Torino, 2002, 34 sqq.) della *fides*; il ruolo del pretore consistette solo nel raccogliere qualcosa che era nel seno della comunità cittadina e ammesso dal *mos maiorum*. Le più antiche azioni di buona fede sono state l.*actio fiduciae* e (forse) l.*actio rei uxoriae*, nessuna delle quali presentava il tipico *oportere ex fide bona* nella sua *intentio*, ma invece parole equipollenti (*ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*, *melius aequius*) e di formulazione più arcaica... Nate in ambito cittadino e fondate sulle *fides*, niente impediva loro (almeno per quanto riguarda la maggior parte di esse) di estendersi ai peregrini, poiché i doveri ed obblighi imposti dalla *fides* sono esigibili da chiunque, indipendentemente dalla sua cittadinanza...`

became a juridical principle respected in internal and `international` relations of the Romans.[69]

However there are many explanations of *fides,*[70] it has also a simple meaning, a behavior of the honest and correct man – fidelity and faithfulness, trust and trustworthiness. In this simple meaning *fides* was a fundamental principle of an expected behavior in everyday life, particularly concerning transactions. It was not only a Roman principle, but universal to all nations.[71] As Pastori writes: `...la *fides* rappresenta un legame umano prossimo alla religione, idoneo a vincolare soggetti di diverse credenze religiose.`[72]

---

[67] In our opinion *fides* meant even in these ancient times not only the obligation to realize what was said, promissed in the presense of the divinity and the people (L. Kofanov, *Il carattere religioso-giuridico della fides Romana nei secoli V – III A. C.: sull'interpretazione di Polibio 6, 56, 6 – 15,* in: Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea, Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, vol. II, Milano, 2003, p. 335. and n. 11) but also a behavior required by the Roman community (i. e. *mos maiorum*). For example, the *professio censualis* of Servius Tullius was based on *fides* and sancioned from the Roman community. Livius writes (1, 42, 5): "*Censum – instituit, - classes centuriasque et – ordinem ex censu descripsit*." Dionisius (4, 15) added: "*incensis poenam constituit, bonis privari et virgis caesos venum dari"; See also,* M. J. Schermaier, *Bona fides in Roman contract law,* in R. Zimmermann – S. Whittaker, *Good Faith in European Contract Law,* Cambridge, 2000, p. 63 – 92; More about *mos maiorum* in Bernhard Linke, Michael Stemmler, Mos maiorum. Untersuchungen zu den Formen der Identitätsstiftung und Stabilisierung in der römischen Republik, Stuttgart, Steiner, 2000.;see also A, Földi, *A jóhiszeműség és tisztesség elve, Intézménytörténeti vázlat a római jogtól napjainkig,* Budapest, 2001, p. 9; The punishement of the dishonest behavior in the archaic period was sever (often capital). J. Zlinsky, *Ius publicum*, Budapest, 1998, p. 58 – 59 and 149 – 159; A. Gellius, 4, 20, 11; Livius, 25,3,10 – 15.

[68] M. Voight, *Das Ius naturale, aequum et bonum und ius gentium der Römer,* III, Leipzig, 1856 – 1871, p. 229; In early Roman times, the *fides Romana* based on *mos maiorum* was treated by Romans as a specific quality different from the *fides* of the other nations. Livius, 42, 47, 6: *«haec romana esse, non versutiarum punicarum neque calliditatis Graeciae.* See, also M. Horvat, Bona fides u razvoju rimskog obveznog prava, Zagreb, 1939, p. 27.

[69] S. Tafaro, *Brevi riflessioni su buona fede e contratti*, in: Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 3/2006, p.74 – 75. M. Talamanca, *La bona fides nei giuristi romani "Leerformeln" e valori dell'ordinamento*, in Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea, Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, vol. IV, Milano, 2003, p. 41: `...rapporti ispirati alla *fides* esistevano da sempre sia nell'ambito internazionale (basti pensare alla *deditio in fidem)* che in quello interno.`

[70] Valuable philological insights are offered by Eduard Fraenkel, 'Zur Geschichte des Wortes fides'. Rheinisches Museum für Philologie 71(1916) 187 ff. and Richard Heinze. 'Fides', Hermes: Zeitschrifl für klassische Philologie 1929, 140 ff. See also, M. J. Schermaier, str. 78 – 81.

[71] According to P. Frezza (*Fides bona*, in *Studi sulla buona fede*, Pub. fac.giur. Università di Pisa, 53, 1975, p. 1): `...La presenza della *fides* come valore normativo proprio dei rapporti internazionali è ampiamente documentata nei testi dei trattati a partire dal sesto secolo a.C. Le parti contraenti solevano affermare in un solenne giuramento la volontà di osservare i patti `fedelmente e senza dolo.`

[72] F. Pastori, La genesi della stipulatio e la menzione della bona fides nella Lex de Gallia Cisalpina con riferimento all'actio ex stipulatu, Studi Betti, vol. III, Milano, 1962, p. 582; also, P.

One can recognize *fides* as a phenomenon of *`naturalis ratio`*[73] that Gaius (Gaii. Inst. 1, 1) qualified as fundament of *ius gentium*: *`…quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur.`*[74] Though, in classical period *fides* got the adjective *`bona`* and became *`bona fides`,* as a standard of behavior expected from contractual parties,[75] but this did not mean that for ordinary people *fides* lost its genuine meaning.

In the post-classical period when the standard of *bona fidei* behavior was assumed and replaced by *aequitas* the moral aspect of *fides* in its common sense was again emphasized.

Regarding post-classical times Kaser also observes that the pragmatical notion of *bona fides* was changed and it *(fides)* was once again conceptualized in ethical sense, opposite to the notions of *malignitas, calliditas, malatia, machinatio, astutia, avaritia, dolus, vis.* On the other hand, *bona fides* became a synonym to *aequitas*, i. e. *ius aequum*, contrary to *ius strictum*.[76]

In sources these changes can be seen after the government of Emperor Diocletian.[77] The sources from the time of Constantine, instead of *bona fides*[78]

Frezza, Fides bona, in Studi sulla buona fede, Pub. fac.giur. Università di Pisa, 53, 1975, p. 1; P. Catalano (Diritto e persone, I, Torino, 199o, p. 23 sqq) quots Livius: 9, 8, 6; cfr. 9,8, 14; 9,9, 3); *tam sponsiones quam foedera sancta esse apud eos homines apud quos iuxta divinas religiones fides humana colitur* (Livius, 9, 9, 4);

[73] M. Horvat, op.cit, (Bona fides), str. 53.

[74] There are different opinions about the influence of the Greek philosophy on the Roman law in the period of Republic. One of the representatives of this tesis is E. Pólay, A római jogászok gondolkodásmódja, Budapest, 1988, p. 44 - 47. and p.104 - 110. In our opinion in this case we can more speak about the convergence of the same principles of different nations (Greek and Roman) under the same social circumstances. However, we could not deny that the concepts as *aequitas, ius naturale, ius gentium* were elaborated by the Greek philosophy; G. Hamza, Jogösszehasonlitás és antikvitás, Budapest, 1985, p. 16; Arist. Ret. 1374 a, 2; 1375 a, 7; Platon, State, 330 d - 354 c; 362 d - 365 e; 434 d; 441 d - 444 e.

[75] It does not mean that the priciple of *bona fides* had no influence on delictual obligations. See about I. Molnár, *A preklasszikus jog felelősségi rendszere,* in Dr, Szilbereky Jenő emlékkönyv, Acta Univ. Seg. de Attila József nominatae, Acta jur. Et Pol. Tom. XXXVII, fasc. 1 – 22, Szeged, 1987, p. 189 – 207. About the question: why *fides* became *bona fides*, there are many opinions. In our opinion *bona fides* simply rised as a standard of behavior from everyday legal practice by the decisions based on on *fides*.

[76] M. Kaser, RPR, II, München, 1975, p. 61, 333, 422; also E. Albertario, Etica e diritto nel mondo classico latino, Studi di diritto romano, V, 1937, p. 1 sqq.

[77] In the post-classical sources coming from the time before Constantine one can find the wording: *mala fide factum; non bona fide facta; fides facta*: Cons. 1. 8: Imp. Alexander a. Dionysio. Ad locum: *pactum, quod mala fide factum est, irritum esse et cetera.*; Cons. 2. 7: *non bona fide facta* (286); Cons. 9. 11 *pactum mala fide factum* (222). This wording was taken ower and utilized later in the *Lex Salica (507/511) L. De fides factas.* § 1. *`Si quis ingenuus aut letus alteri fidem fecerit, tunc ille, cui fides facta est, in XL noctes aut quamodo placitum fecerit,*

utilize the expressions *iusto* and *aequo* and the term *fides* got different meanings. The term *"fides"* in postclassical sources we can find: in a religious sense as *"fide catolica";* as the authenticity of the act or the document - *fides testium vel instrumentorum*; as a public authentification and verification - *fides publica…*[79]

We cannot agree with Kaser's standpoint that in the postclassical period *bona fides* changed its meaning taking back the ethical mark of *fides*, only because the emperor became absolute monarch.[80]. It is evident by the sources that the emperor became the *solus conditor et interpres iuris* (C. J. 1, 14, 12, 5) and guided by *utilitas publica* it was he who decided what is *iustum et aequum*, [81]

---

quando fidem fecit, ad damum illius, qui fidem fecit, cum testibus vel cum illis, qui pretium adpretiare debent, venire debet. Et si ei noluerit fidem factam solvere, mallobergo thalasciasco hoc est, DC denarios qui faciunt solidas XV culpabilis iudicetur super debitum vero, quod fidem fecerit.`

[78] In the post-classical codes we find 212 references about *`bona fidei`;* from this 7 are in the Institutions of Justinian, 31 in Codex Iustinianus and 170 in Justinians's Digest. In the Theodosian Code which contain the constitutions from Constantine up to Theodosius II there are only 4 places on the utilization of the expression *`bona fidei`*: in contract law CTh.3.4.1 (=Brev.3.4.1) from 386.; law of persons: CTh.4.8.7 (=Brev.4.8.3) from 331.; *possessio bonae fidei*: CTh.4.23.1 (=Brev.4.21.1) from 400.; *possessio malae fidei*: CTh IV 19,1 (= Brev 4, 17,1) from 380 and also in its Interpretatio.

[79] CTh.2.4.2 (=Brev.2.4.2): *`falsam fidem rebus non gestis affingat.`* (322); CTh.3.1.1 (=Brev.3.1.1): *`Venditionis atque emptionis fidem, nulla circumscriptionis violentia facta, rumpi minime decet…(*319), Pharr translated the term *`fides`* as `good faith`, since in this constitution the meaning of *fides* is `validity`; CTh.3.5.11.1 (=Brev.3.5.6.1): *`deinceps adventante tempore nuptiarum a fide absistens quadrupli fiat obnoxius.* Int. *fidem placiti mutare voluerint;* CTh.8.12.1.2 (=Brev.8.5.1.2) *Et corporalis traditio subsequatur ad excludendam vim atque irreptionem advocata vicinitate, omnibusque arbitris adhibitis, quorum postea fide* (Pharr – trustworthiness) *probabitur, donatam rem, si est mobilis, ex voluntate traditam donatoris, vel, si immobilis, abscessu donantis novo domino patefactam, actis etiam annectendis, quae apud iudicem vel magistratus conficienda sunt.;* CTh.8.1.10 *fides* (Pharr – loyality) *eorum et industria comprobetur.* (365 mai. 25); CTh.8.2.5 (=Brev.8.1.1); Int.: Interpretatio. *fides publica* (Prarr – public faith); CTh.16.1.0. *De fide catholica*; CTh.11.39.0. *De fide testium et instrumentorum*. Cons. 9.6: *fidem instrumenti …fide gestorum* (364). The term *fides* behind its other minings is present in ethical and religious sense even later in *Lex Visigothorum*. See about, E. Osaba, Fides y bona fides en la Lex Visigothorum, in Il ruolo della buona fede oggettiva, vol. II, p. 543 – 578.

[80] M. Kaser, ibid.

[81] CJ. 1, 14, 1: *`Inter aequitatem iusque interpositam interpretacionem nobis solis et oportet et licet inspicere`*. The behavior of the parts in the cases was not valued anymore horizontaly as in the classical period (*Gaio, Inst*. 4. 47: *`quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato...`),* but verticaly from the aspect of the emperor who represents the interests of the Empire in name of `Goth` *(Iust. Inst.* 4, 6, 30: *`In bonae fidei autem iudicis libera potestas permitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restituti debeat...`)* The judge was entitled only to estimate the amount of the indebtment *ex bono et aequo* and not the whole case. The private transactions were even earlier subordinated to the public norms: Papinian (D. 2, 14, 38): *`ius publicum privatorum*

but on the other side, the concept of *fides* as a religious and moral principle even without the utilization of the term *`fides`* we can explain by the influence of the Christian religion.[82]

In our opinion, *fides* never lost its moral bases, not even when it became a scientifically elaborated standard of law as *bona fides*. The ethical principle defined by objective measures has to realize the subjective moral behavior of people as well, and not only to give the vision of morality.

In the Breviary the moral component of required human behavior is emphasized. There was no need to utilize in every rule the term *fides* because the other expressions as *`bonos mores`* or *`honestas`* often covered the same meaning.[83]

---

pactis mutari non potest`*; Diocletianus, C. 12, 62, 3: *`Utilitas publica praeferenda est privatorum contractibus.`* Theodosius, Nov. Th. 5, 3, pr.: *`In omnibus quidem rebus publicam convenit utilitatem privatis commodis anteponere.`; As Schulz (Geschichte der römischen Rechtswissenschaft, Weimar, 1961, p. 374); Pólay (A római jogászok gondolkodásmódja, Budapest, 1988, p. 187.) states, *ius* was opposed to *aequtas* for the first time in postclassical law under the influence of helenistic filosophy (Aristotle's nomos and epieikeia). Contrary, Pringsheim, *Ius aequum und ius strictum,* Ges. Abh. I, p. 131; About the relation of *ius, aequitas* and *bona fides* in the postclassical period, A. Carcaterra Intorno ai bonae fidei iudicia, Napoli, 1964, p. 112 – 118.

[82] Isidorus Hispalensis, Etymologiarum libri XX, De ecclesia et sectis Caput II. De religione et fide [4] *`Fides est qua veraciter credimus id quod nequaquam videre valemus. Nam credere iam non possumus quod videmus. Proprie autem nomen fidei inde est dictum, si omnino fiat quod dictum est aut promissum. Et inde fides vocata, ab eo quod fit illud quod inter utrosque placitum est, quasi inter Deum et hominem; hinc et foedus.`*

[83] The utilization of synonyms probably more often than in the earlier period could be the consequence of the influence of different legal coultures. In the *Sentetiae* of Paul we can find one general rule on the nullity of the pacts which are contrary to the law and good customs. In our opinion it could be even classical PS. 1, 1, 4 /=Brev. PS. 1, 1, 2 (4)/: *`Neque contra leges, neque contra bonos mores pacisci possumus.`* The interpreters exactly emphasizing the moral element of the human behavior changed the *`bonos mores`* by the word *`honestas`*. I. P. *»Si inter aliquos conveniat aut de admittendo crimine, vel inferenda violentia, vel faciendo, quod lex aut honestas prohibet, aut de rebus alienis, aut de bonis viventis aliquid paciscantur, haec pacta valere non possunt.«* The opinion of Goddard (J. A. Goddard, *Los pactos en las «Sentencias de Paulo» (Analisis del tilulo 1 del libro primero,* www.bibliojuridica.org/libros/4/1855/7.pdf p. 19) is, that utilizing the word `ho*nestas`* the interpreters intended to show onto `un sentido de moralidad personal, quizá una moral común como podria ser entonces la moral cristiana.` See also, E. Levy, (1969) *Pauli sententiae, a palingenesia of the opening titles as a specimen of research in west Roman vulgar law,* South Hackensack, N.J., Rothman Reprints; In the *Gaii Epitome* (Brev. G. E. 2, 9, 18) we meat the expressions *`bonos mores`* and *`honestas`* to be synonims. While Gai Inst. 3, 157. utilizes only the expressions *„bonos mores"* in Gaii Epitome (Brev. G. E. 2, 9, 18) the expressions *`bonos mores`* and *`honestas`* are synonims: *»Possumus enim aut nostra negotia aut aliena cuicunque agenda mandare: dummodo honestum aliquid agi mandemus. Nam si contra bonos mores aliquid mandare voluerimus, hoc est, si cuiquam mandemus, ut alicui furtum faciat, aut homicidium aut adulterium admittat, in his rebus mandati obligatio non contrahitur.`. See also,* María Isabel Domínguez Agudo, op. cit. *honestas*: CTh.2.10.4 (=Brev.2.10.1) *honestorum coetu iudiciorumque conspectu segregari praecipimus.*(326) Interpretatio. *honestorum virorum et*

Boethius expressly points onto the connection between *fides* and *fiducia*:

Boethius, ad Cic. Top. 10, 42: `… *fidem praestare debet...qui fiduciam acceperit*,…`; [84]

Boethius, ad Cic. Top. 10, 42: *`Fiduciam uero accepit cuicumque res aliqua mancipatur, ut eam mancipanti remancipet, uelut si quis tempus dubium timens* [1117A] *amico potentiori fundum mancipet, ut ei cum tempus quod suspectum est praeterierit reddat;* ***haec mancipatio fiduciaria nominatur, idcirco quod restituendi fides interponitur.*** `

Conclusion

After a long search in the labyrinth of notions and institutions, modified due to the intercourse of different legal cultures on the territory of the Roman Empire and adjusted to the need to preserve the Empire in times of decadency *(utilitas publica),* we came to a very simple conclusion: *fiducia* was kept in the sources and practice of the late Roman and early medieval times as a pledge based on mutual trust (*fides*) of the parties.

Though dogmatic rules are the same for both *fiducia* and *pignus, fiducia* does not occur as a synonym to *pignus* in the sources of the so called West Roman vulgar law. In contrast to *pignus* or a pledge in favor of the Roman treasury that is considered to be tacitly concluded *(tacite contrahitur),* this kind of pledge the debtor hands over to the creditor relaying on his *fides* that the thing will be kept and thereafter given back or the creditor only charges the debtors thing with pledge counting on the debtors *fides* that he will keep the pledged thing and place on the creditor's disposal to fulfill his claim.

Is *fiducia* connected to *mancipatio*? In the practice of the post-classical West a modified way of *mancipatio* had been used: a certain solemn act (*iuris solemnitas)* that includes the element of *`manu tradere`; manu capere*` the act accustomed in practice that connects the parties *(nexu faciendo).* This act was usually followed by a document *(chartula).* There are indications that *fiducia* stayed connected to this changed *mancipatio.* Based on such indications we can suppose that if the price payment of an immovable would be secured by *fiducia, fiducia* would have to be confirmed by a document due to the special form of a

---

iudiciorum communione praecipimus segregari.`***;** CTh.2.17.1.1 (=Brev.2.17.1.1) *morum honestas`; CTh.2.17.1.2 (=Brev.2.17.1.2) *Ita ut senatores apud gravitatis tuae officium de suis moribus et honestate perdoceant.*(CTh. 4, 6, 7): *Naturalium his nomen sancimus inponi, quos sine honesta celebratione matrimonii …* (426 – 427).

[84] Also Coll. 10, 2, 1, 2: `*Sed in c`eteris quoque partibus iuris ista regula custoditur; sic enim et in fiduciae iudiciu*m *et in actionem rei uxoriae dolus et culpa deducitur, quia utriusque contrahentis utilitas intervenit.*`

sales contract of immovable property (CTh. 3, 1, 2 of 337), of which one of the main elements is that the price is paid or at least in some way secured (Nov. Val. 32 of 451). The confirmation of the price payment was needed because of truthfulness and continuity of the gained property, since the new owner was obliged to register himself in public records *(publicis libris, censualibus paginis)* as a tax payer.

Even though there are indications that *fiducia* could be connected to the modified *mancipatio* in this period, it does not mean that *fiducia* is a kid of pledge where the ownership over the pledged thing is transferred to the creditor. This conclusion is also confirmed by our research presented in the first part of the paper.[85] On one hand *mancipatio* itself has changed, on the other the fiduciary agreement makes the object of the pledge somehow independent, in the sense of ownership rights of the debtor and ownership rights of the creditor (similarly to the emancipated daughter's position under a fiduciary agreement of re-mancipation: she becomes independent both in relation to her natural father and in relation to her fiduciary father to whom she has been mancipated), which means, that the thing is charged with pledge only for a certain period of time *(ad tempus)* as Boethius writes:

Boethius, ad Cic. Top. 1117A: *`Fiduciam uero accepit cuicumque res aliqua mancipatur, ut eam mancipanti remancipet…haec mancipatio fiduciaria nominatur, idcirco quod restituendi fides interponitur.`*

[85] In Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, br.XLII 1-2/2008, ISSN 0550-2179, UDK 3, str. 475-498

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? II deo

Rezime

Posle dugotrajnog traganja za odgovorom u lavirintu pojmova i instituta modifikovanih usled susreta različitih pravnih kultura na teritoriji Rimske imperije i prilagođenih potrebama očuvanja cartva u vreme dekadencije *(utilitas publica),* naišli smo na veoma jednostavan odgovor: *fiducia* je zadržana kao vrsta zaloge u izvorima i u praksi poznog Rima i ranog srednjeg veka kao zaloga koja se zasniva na međusobnom poverenju *(fides*-u) stranaka.

Mada su dogmatska pravila oba instituta ista, *fiducia* se ne javlja kao sinonim *pignus*-a u izvorima tzv. zapadno rimskog vulgarnog prava. Za razliku od pignusa ili zaloge u korist rimske blagajne koja se smatra prećutno zaključenom *(tacite contrahitur),* ovu vrstu zaloge dužnik predaje na poverenje *(fides)* poveriocu da će biti sačuvana i vraćena, ili se stvar samo opterećuje zalogom u korist poverioca računajući na dužnikovu *fides* da će sačuvati predmet zaloge i staviti poveriocu na raspolaganje da namiri svoje potraživanje.

Da li je fiducija vezana za mancipaciju? U praksi postklasičnog Zapada korišćen je modifikovan vid mancipacije: određena svečana radnja (*iuris solemnitas)* koji uključuje element *`manu tradere`; manu capere`* akt odomaćen u praksi koji vezuje strane u poslu *(nexu faciendo).* Ovaj akt je po pravilu bio praćen i ispravom *(chartula).* Postoje indicije da je fiducija ostala vezana za ovakvu promenjenu mancipaciju. Na osnovu takvih indicija možemo pretpostaviti da ako bi bilo reči o obezbeđenju isplate cene nepokretnosti putem fiducije, fiducija bi morala biti potvrđena ispravom zbog posebne forme propisane za kupoprodaju nepokretnosti (CTh. 3, 1, 2 iz 337. godine) čiji je jedan od bitnih elemenata da je cena plaćena ili barem na neki način obezbeđena (Nov. Val. 32 iz 451. godine). Posebna forma i potvrđena isplata (obezbeđenje) cene trebalo je da garantuje istinitost i trajnost stečene svojine radi evidencije novog vlasnika u javne knjige *(publicis libris, censualibus paginis)* kao novog poreskog obveznika.

Mada postoje indicije da je fiducija u ovom periodu mogla biti vezana za modifikovani oblik mancipacije to ne znači da je fiducija vrsta zaloge kod koje dolazi do prenosa svojine pretmeta zaloge na poverioca, što je potvrđeno i našim istraživanjem izloženim u prvom delu rada.[86] S jedne strane, došlo je do promene same mancipacije, a s druge strane fiducijarni sporazum čini predmet zaloge na neki način nezavisnim kako u pogledu svojinskih ovlašćenja dužnika tako i u pogledu svojinskih ovlašćenja poverioca (slično položaju emancipovane ćerke pod fiducijarnim sporazumom o remancipaciji: ona postaje nezavisna kako u odnosu na svog prirodnog oca tako i u odnosu fiducijarnog oca kome je mancipovana), što znači da je predmet opterećen zalogom samo na određeno vreme.

Imajući u vidu privremenu *(ad tempus)* opterećenost predmeta zalogom (fiducijom), kao i modifikovanu mancipaciju koja više nije način pribavljanja svojine, dolazi do izražaja nezavisan položaj predmeta zaloge u smislu da ne pripada nikome, jer je pod fiducijarnim sporazumom. U tom smislu možemo tumačiti i Becijeve reči o fiduciji zapisane u vreme nastanka Brevijara:

Boethius, ad Cic. Top. 1117A: *`Fiduciam uero accepit cuicumque res aliqua mancipatur, ut eam mancipanti remancipet…haec mancipatio fiduciaria nominatur, idcirco quod restituendi fides interponitur.`*

[86] U Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, br. XLII 1-2/2008, ISSN 0550-2179, UDK 3, str. 475-498

Originalni naučni rad 347.238:347.451(497.11)

Dr Radenka Cvetić, vanredni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

MESTO PRAVA PREČE KUPOVINE U GRAĐANSKOM ZAKONIKU*[1]

Sažetak: *U radu se raspravlja o pravnoj prirodi prava preče kupovine: da li se uopšte radi o građanskom subjektivnom pravu ili pravnoj moći, da li je u pitanju stvarno ili obligaciono pravo. U tom smislu opredeljuje se i negovo mestu u građanskom zakoniku. Razmatrajući pitanje suprostavljivosti ovog prava, tj, njegovog ostvarenja prema trećim licima ističe se značaj kriterijuma savesnosti tih lica. U pogledu prava preče kupovine suvlasnika naglasak je stavljen na potrebu utvrđivanja pravila koje će istovremeno voditi računa o potrebi da se putem ostvarivanja prava preče kupovine pojednostavi suvlasnička zajednica, ali i o činjenici da kada ne postoji kriterijum za njihovo međusobno (opravdano) povlašćivanje, treba omogućiti svima srazmerno prisvajanje udela koji se prodaje.*

Ključne reči: *stvarno pravo, pravna moć, pravo prvenstva, pravo preče kupovine suvlasnika*

Umesto uvoda

Svojim opštim izveštajem o jednogodišnjem radu,[2] Komisija Vlade Republike Srbije za izradu Građanskog zakonika informiše najširu struč-

*Rad je posvećen projektu *Pravo Srbije u evropskoj perspektivi* br. 149042 koji finansira Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije.

[1] Rad je saopšten na Međunarodnom naučnom skupu *Aktuelna pitanja građanske kodifikacije,* Niš, 20. maj 2008. godine i u celini objavljen u istoimenom tematskom zborniku radova, Niš, 2008, str. 185-194. Objavljivanje u Zborniku radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu vrši se uz saglasnost uredništva navedenog Tematskog zbornika.

[2] Objavljen u časopisu *Pravni život* br. 11/2007, tom III, str. 5-407.

nu javnost o rezultatu tog rada. Komisija istovremeno otvara niz pitanja, u pogledu sadržine Građanskog zakonika i mogućih regula, uz poziv upućen pravnoj teoriji i praksi da se uključi u stručnu diskusiju u cilju iznalaženja što boljih zakonskih rešenja.

U delu izveštaja koji se odnosi na stvarnopravne odnose otvorena su, pre svega, određena pravnopolitička pitanja: svojina na građevinskom zemljištu,[3] uspostavljanje jedinstva prava svojine na zemljištu i zgradi koja se na njemu nalazi,[4] sticanje prava svojine na nepokretnostima u javnoj svojini,[5] prava stranaca na nepokretnostima,[6] evidencija nepokretnosti.[7]

Pored ovih pitanja koja je, kako je navedeno, potrebno rešavati ne samo na pravnom već i na političkom planu, otvorena su još neka pitanja u pogledu određenih pravnih instituta vezano za njihovo prihvatanje u našem pravnom sistemu, određenje mesta u građanskom zakoniku (polazeći od njihove pravne prirode) i konkretno normativno uređenje. U tom smislu, ističe se da je potrebno razmotriti uvođenje u naš pravni sistem slede-

[3] Građevinsko zemljište nacionalizovano je 1958. godine. Pravac razvoja i promene izvršene u poslednje dve decenije zahtevaju rešenje i ovog problema. Nasuprot lakoći zauzimanja stava da i građevinsko zemljište treba da bude u privatnoj svojini (uz ustanovljenje određenih izuzetaka), te da treba izvršiti njegovu denacionalizaciju, stoji opravdani strah da bi baš tu moglo biti najviše otpora ili usporavanja reformi, budući da je monopol državne svojine na građevinskom zemljištu uporište političke i finansijske moći određenih društvenih sredina i grupa. Videti više o tome na str. 314-315.

[4] Postavlja se pitanje na koji način to uraditi, jer se denacionalizacijom građevinskog zemljišta dobija drugi vlasnik (umesto države), ali se ne uspostavlja jedinstvo prava svojine na zemljištu i zgradi. Moguća su dva pristupa. Ako se da prednost svojini na zemljištu postojećim vlasnicima zgrada može se priznati pravo građenja (na sto godina) uz pravo preče kupovine zemljišta. Suprotno, favorizovanje svojine na zgradi dovodi do rešenja da se vlasniku zgrade prizna i pravo svojine na zemljištu na kojem se ona nalazi (raniji vlasnici, pre denacionalizacije iz 1958. godine, imali bi pravo na naknadu u novcu). Videti više o tome na str. 315-316.

[5] Takvu mogućnost nalaže ustavna garancija o jednakoj pravnoj zaštiti svih oblika svojine. Videti više o tome na str. 316-317.

[6] Preporuka je da se u pogledu sticanja nepokretnosti izbegne liberalizacija kada se radi o strancima, uz izražavanje bojazni da bi drugačijim pristupom, imajući u vidu malu platežnu moć najvećeg broja građana Srbije, bila stvorena opasnost rasprodaje nacionalnog bogatstva. Videti više o tome na str. 317

[7] Predlog je da se višedecenijska dilema: zemljišne knjige (zasnovane na katastru zemljišta) ili jedinstvena evidencija nepokretnosti (katastar nepokretnosti) reši na način da se zemljišne knjige zadrže tamo gde postoje, a da novu neproverenu jedinstvenu katastarsku evidenciju treba proveriti na teritoriji gde nema zemljišnih knjiga. Videti više o tome na str. 317-318. Uprkos ličnom stavu o potrebi zadržavanja zemljišnoknjižne evidencije, čini nam se da činjenica da je u ovom momentu uspostavljena katastarska evidencija nepokretnosti na oko 85% teritorije Republike Srbije (završetak se planira do kraja 2010. godine) sama po sebi razrešava navedenu dilemu.

ćih instituta: pravo građenja, emfiteuza (nasledni zakup), zemljišni dug, svojine podeljene vremenski (time sharing), kao i odrediti mesto pojedinih instituta u građanskom zakoniku: založno pravo na pokretnim stvarima i potraživanjima (uz isticanje potrebe celovitog uređenja pitanja obezbeđenja potraživanja, kao i određenja spram koncepta hipoteke, naročito u pogledu njene realizacije), pravo retencije (uz razmatranje da li ga i dalje zadržati i na nepokretnim stvarima), pravo preče kupovine.

U pogledu prava preče kupovine konstatuje se da je ugovorno pravo preče kupovine regulisano Zakonom o obligacionim odnosima, dok je zakonsko pravo preče kupovine predviđeno u Zakonu o prometu nepokretnosti.[8] Polazni stav je da u našem novom pravu treba uskladiti ove dve vrste pravila, ali se kao pitanje postavlja da li to učiniti u delu koji se odnosi na Obligaciono pravo ili u delu koji se odnosi na Stvarno pravo.

Pravna priroda i mesto prava preče kupovine u Građanskom zakoniku

Radna grupa koja je izradila tekst *Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima*[9] razrešila je navedenu dilemu, po našem mišljenju, na adekvatan način. Pre argumentacije takvog stava, potrebno je napomenuti da je Izveštaj Komisije Vlade Republike Srbije za izradu Građanskog Zakonika u potpunosti ignorisao činjenicu da postoji tekst koji je izradila Radna grupa formirana od strane Ministarstva finansija i ekonomije.[10] Činjenica je da taj tekst predstavlja pokušaj sveobuhvatnog regulisanja stvarnopravnih odnosa (što je došlo do izražaja i kroz opredeljenje za naziv Zakonik umesto Zakon) i svakako treba da bude barem polazna osnova pri kodifikaciji ove oblasti građanskog prava. Značaj ovog projekta i nu-

[8] Preciznije rečeno Zakonom o prometu nepokretnosti uređeno je pravo preče kupovine koje po osnovu ovog Zakona imaju suvlasnik nepokretnosti i vlasnik susednog poljoprivrednog zemljišta. Dakle, u Srbiji ne postoje opšta pravila o pravu preče kupovine. Što se tiče zakonskog prava preče kupovine, različiti slučajevi postojanja ovog prava predviđeni su posebnim zakonima kojima se utvrđuje ko je titular i sam postupak ostvarenja prava preče kupovine.

[9] Tekst Nacrta Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima, kao i imena članova i saradnika Radne grupe objavljeni su u: *Ka novom stvarnom pravu Srbije – Nacrt Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima,* Beograd, 2007, izdavači GTZ (Nemačka organizacija za tehničku saradnju) i Ministarstvo pravde Republike Srbije. Predstavljanje Nacrta Zakonika održano je krajem novembra 2007. godine u prisustvu zvaničnika, članova Radne grupe koja ga je izradila i užeg kruga pravničke javnosti.

[10] Dakle, radi se o zvaničnom tekstu, uprkos tome što nije ušao u skupštinsku proceduru.

žnost njegovog privođenja kraju, bilo u okviru jedinstvenog građanskog zakonika ili zakonika o stvarnom pravu, potenciran je činjenicom da Srbija praktično već više od šezdeset godina,[11] nema kodifikovano stvarno pravo. Posledica toga je da u Stvarnom pravu Srbije postoji problem neregulisanosti, podregulisanosti i neadekvatne regulisanosti.[12]

Shodno principu *numerus clausus*, na samom početku Nacrta Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima[13] određena su stvarna prava:

1. svojina – pravo svojine, pravo susvojine, pravo zajedničke svojine, pravo etažne svojine,

2. korišćenje utrine i pašnjaka,

3. susedsko pravo – međaško pravo, pravo pristupa, pravo upotrebe susedne nepokretnosti i druga,

4. službenost – stvarna službenost, stvarno-lična službenost, službenost građenja, lična službenost,

5. zakup,

6. realni teret,

7. zaloga – ručna zaloga, registrovana zaloga, ugovorno-sudska zaloga, sudska zaloga, zadržanje, zaloga prava, hipoteka,

8. realni dug,

9. poverena i očekivana svojina,

10. zadržana i očekivana svojina,

11. pravo prečeg sticanja – pravo preče kupovine, pravo prečeg sticanja službenosti građenja, pravo prečeg prisvajanja, pravo prečeg zakupa,

12. pravo na državinu odnosno pritežanje i pravo na zaštitu državine i pritežanja.

Lista je prilično duga, jer je vrlo detaljna, ali se njenim pažljivim čitanjem može uočiti da ne odstupa previše od tradicionalne klasifikacije stvarnih prava. Polazište je da se stvarnim pravom smatra svako građansko subjektivno pravo koje ima *apsolutno dejstvo* (te se kao takvo može suprostaviti svim trećim licima, odnosno tražiti njegovo ostvarenje prema

[11] Tačnije rečeno od 1946. godine, kada je Srpski građanski zakonik, Zakonom o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. godine i za vreme neprijateljske okupacije, stavljen van snage zajedno sa ostalim propisima koji su važili u Kraljevini Jugoslaviji.

[12] Lista izvora u kojima se nalaze pravila relevantna za stvarnopravne odnose preduga je (videti u: R. Cvetić, *Regulisanje stvarnopravnih odnosa u Srbiji – već viđeno?,* Zbornik radova, Pravni fakultet u Novom Sadu, XL 3/2006, str. 246). Pored toga, u pogledu brojnih značajnih instituta (lične službenosti, pravo građenja, susedska prava, realni tereti, etažna svojina) postoji zakonska praznina, a neki su podregulisani ili, čak, i neadekvatno regulisani (državina, stvarne službenosti, načini sticanja prava svojine).

[13] Član 2 Nacrta Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima.

svakome), a za svoj objekt ima *stvar* kao deo materijalne prirode koji nije izuzet iz stvarnopravnog režima, tj. od mogućnosti prisvajanja.

U tom smislu, prepoznatljivo je mesto prava preče kupovine među stvarnim pravima uprkos njegovoj specifičnoj sadržini (ne postoji nikakva neposredna pravna vlast na stvari na koju se odnosi) i činjenici da je pravo preče kupovine po svojoj pravnoj prirodi u suštini pravna moć (preobražajno pravo).

Rasprave o pravnoj prirodi prava preče kupovine koje su vođene u starijoj pravnoj literaturi polazile su od shvatanja da je reč o subjektivnom pravu. Sukob je nastajao po pitanju o kojoj vrsti građanskog subjektivnog prava je reč: stvarnom ili obligacionom pravu. U novije vreme sve više je prisutno mišljenje da se uopšte ne radi o subjektivnom pravu već o tzv. pravnoj moći.[14]

Ako se pođe od opšte prihvaćenog stava da subjektivno pravo predstavlja skup ovlašćenja (pravnih prerogativa, pravnih vlasti) koja pravni subjekt crpi iz objektivnog prava, a koja su mu priznata radi zadovoljenja (zaštite) njegovih interesa, te naspram kojih uvek stoji neka obaveza (tačno određenog lica ili svih trećih lica), jasno je da se pravne moći ne mogu izjednačiti sa subjektivnim pravima. Pravne moći su konkretne pravne mogućnosti, priznate zakonom ili pravnim poslom, da se jednostranom izjave volje stvori nova pravna situacija, bez obzira da li se ta novina ogleda u nastanku do tada nepostojećeg pravnog odnosa, ili u ukidanju odnosno poništavanju do tada postojećeg pravnog odnosa, ili u izmeni postojećeg subjektivnog prava.[15]

---

[14] Većina teoretičara smatra da izraz *pravna moć* ne razlikuje i ne odvaja pojam koji se njime označava u odnosu na apsolutna i relativna prava (subjektivna prava) za koja se, takođe, može reći da su pravne moći u smislu pravne vlasti (videti O. Stanković u O. Stanković, V. V. Vodinelić, *Uvod u građansko pravo,* Beograd, 1995, str. 108). Tome se može dodati i činjenica da naša pravna terminologija ne pravi razliku između subjektivnog prava i pravne moći, te zbog toga iz sadržine samog odnosa treba u svakom slučaju odrediti da li se radi o subjektivnom pravu ili pravnoj moći (A. Gams, *Uvod u građansko pravo,* Beograd, 1985, str. 93). Nazivi koji potpunije izražavaju suštinu pravnih moći su preobražajna prava (videti O. Stanković, *op. cit.,* str. 108, R. Kovačević- Kuštrimović, *Građansko pravo, opšti deo,* Niš, 1997, str. 101) ili pravo oblikovanja odnosno formiranja. U nemačkoj i francuskoj pravnoj teoriji pravne moći se upravo tako i nazivaju: *Gestaltungsrechte* odnosno *droit formateur.* U nemačkoj pravnoj teoriji koristi se i izraz *Rechte des Könnens* (pravo na moć). O pravima oblikovanja videti više sa odgovarajućim upućivanjima: A. Bugnon, *Le droit de préemption agricole,* Lausanne, 1991, str. 17-22.

[15] Zbog toga se smatra da pravo oblikovanja može da postoji samo ako postoji pravni odnos između određenih lica, odnos na koji će uticati ovo pravo. Dakle, ostvarivanje ovih prava pretpostavlja postojanje fundamentalnih subjektivnih prava. U tom smislu pravne moći bi, ako ih uopšte nazivamo pravima, trebalo nazvati sekundarna subjektivna

Kao osnovne distinktivne karakteristike pravne moći u odnosu na subjektivno pravo obično se ističu sledeće: naspram pravne moći, po pravilu, ne stoji obaveza, za njihovo vršenje određuju se prekluzivni rokovi, one nemaju svoj poseban objekt na koji se odnose.[16]

Kada se pravo preče kupovine sagleda kroz navedeni pojam i karakteristike pravnih moći može se zaključiti da se radi o pravu oblikovanja odnosno pravnoj moći, a ne subjektivnom pravu. Imalac prava preče kupovine jednostranom izjavom volje stvara pravni odnos između sebe i vlasnika stvari na koju se pravo preče kupovine odnosi, a koju je vlasnik odlučio da proda. Imaocu ovog prava stoji na raspolaganju određen rok za davanje izjave koja može proizvesti navedeno dejstvo, a bezuspešnim protekom tog roka dolazi do prestanka njegovog prava (prekluzivni rok).[17]

Kod prava preče kupovine stvara se privid postojanja subjektivnog prava zbog toga što naspram navedenog ovlašćenja imaoca vog prava, stoji obaveza vlasnika stvari da u slučaju njene prodaje njemu ponudi da, pre ostalih, stekne tu stvar.[18] U prilog samo privida subjektivnog prava govori i činjenica da imalac ovog prava možda nikada neće doći u situaciju da iskoristi svoje ovlašćenje, jer je neophodan uslov za njegovo vršenje prodaja stvari na koju se odnosi (o prodaji i uslovima prodaje slobodno odlučuje vlasnik stvari). Ako do prodaje ne dođe ili ako se vlasnik promeni na osnovu poklona, trampe ili nasleđivanja, pravo preče kupovine ostaje bez dejstva.[19]

Što se tiče pitanja da li je pravo preče kupovine stvarno ili obligaciono pravo, smatramo da je ispravnije postaviti ga kao pitanje mogućnosti suprostavljanja ovog prava trećim licima (onda kada je već s trećim licem zaključen ugovor o prodaji date stvari, čime je povređeno pravo prvenstva). Zakonsko pravo preče kupovine može se suprostaviti trećem licu

---

prava (videti S. Krneta, *Subjektivna prava,* autorizovana odrednica u Enciklopediji imovinskog prava i prava udruženog rada, Beograd, 1978, tom III, str. 198-199).

[16] Videti više o tome u A. Gams, *op.cit.,*str. 92-94. Postojali su pokušaji da se konstruiše poseban objekt preobražajnih prava, a to bi bila sloboda subjekta da gospodari nad svojom voljom (videti J. Dabin, *Le droit subjectif,* Paris, 1952, str. 172.

[17] Kod zakonskog prava preče kupovine do prekluzije dolazi samo privremeno, jer se pravna moć ovlašćenog lica obnavlja pri svakoj narednoj prodaji (videti M. Orlić, *Zakonsko pravo preče kupovine u našem pozitivnom pravu,* Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 1-2/1970, str. 112).

[18] Isto je i u slučaju tzv. opcije jednog lica da sa drugim licem zaključi ugovor (to drugo lice je obavezno da zaključi ugovor ako imalac opcije izjavi volju u tom smislu). Zato se ističe da se pravo preče kupovine i pravo opcije razlikuju od tzv. čistih pravnih moći (otkaza, odricanja od nasleđa, pobijanja pravnih poslova) naspram kojih ne stoji nikakva i ničija obaveza.

[19] Prema A. Bugnon, *op. cit.,* str. 21, prodaja stvari predstavlja „okidač mehanizma: ona aktualizuje raniju pravnu situaciju i opravdava ostvarivanje pravne moći."

koje je postalo vlasnik stvari na koju se ovo pravo odnosi, bez obzira na njegovu savesnost u pogledu postojanja prava preče kupovine, odnosno njegove povrede. Voljno pravo preče kupovine (ono koje je nastalo na osnovu pravnog posla) koje se odnosi na nepokretnosti uknjiženjem dobija navedeno dejstvo.[20] Pitanje suprostavljanja ugovornog prava preče kupovine trećim licima može se rešiti vezano za savesnost tog lica, onako kako je to učinjeno u našem pravu.[21]

Kriterijum suprostavljivosti[22] je, u suštini, osnov razlikovanja građanskih subjektivnih prava na apsolutna i relativna. Odgovor na pitanje prema kome titular može tražiti ostvarenje svog prava, istovremeno je i odgovor na pitanje dejstva tog prava.

Nacrtom Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima na sledeći način uređena je situacija kada je došlo do povrede prava prvenstva (član 108):

„(1) Ako je stvar punovažnim odnosno rušljivim ugovorom prodata nesavesnom trećem licu bez prethodne ponude imaocu prava preče kupovine, odnosno sa uslovima povoljnijim od sadržanih u ponudi imaocu prava preče kupovine, imalac prava preče kupovine može zahtevati da sud utvrdi da zaključeni ugovor ne proizvodi dejstvo prema tom licu i da namesto kupca on stupa u ugovorni odnos, i preda mu stvar, pod istim uslovima.

(2) Ako ugovor sa trećim licem predviđa činidbe tog lica koje imalac prava preče kupovine ne može da izvrši, imalac prava preče kupovine duguje prodavcu isplatu njihove vrednosti.

(3) Ako je treće lice bilo savesno, imalac prava preče kupovine može zahtevati naknadu štete od prodavca.“

Kada se radi o povredi prava prvenstva u slučaju zakonskog prava preče kupovine, budući da se publicitet ovog prava postiže objavljivanjem (i stupanjem na snagu) zakona kojim se ustanovljava, nema sumnje da imalac prava preče kupovine uvek može ostvariti pravo prekupa. Naime, činjenica da se radi o zakonskom pravu preče kupovine treće lice uvek čini nesavesnim i ono ne može sprečiti ostvarenje prava prekupa imaoca prava preče kupovine pozivajući se da nije znalo za postojanje prava i njegovu povredu. U slučaju povrede prava prvenstva proisteklog

[20] Smatra se da time dolazi do transformacije jednog obligacionog prava u stvarno pravo. Sam upis nema konstitutivni karakter, ali predstavlja element neophodnog publiciteta da bi se priznalo dejstvo *erga omnes*.

[21] Član 532 Zakona o obligacionim odnosima.

[22] O pojmu suprostavljivosti nekog prava videti više u R. Kovačević – Kuštrimović, *Podela građanskih subjektivnih prava na stvarna i obligaciona,* Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 1-2/1988, str. 50-51.

iz prava preče kupovine koje je nastalo na osnovu pravnog posla, savesnost trećeg lica onemogućava ostvarenje prava prekupa imaoca prava preče kupovine, čime se sankcija za povredu prava prvenstva svodi na pravo na naknadu štete koju može zahtevati od prodavca.[23] Suprostavljivost svim trećim licima prava preče kupovine nastalog na osnovu pravnog posla, može se postići upisom tog prava u odgovarajući javni registar koji se vodi za datu vrstu stvari na koju se odnosi pravo preče kupovine.

Suvlasnici kao titulari prava preče kupovine i njihov red prvenstva

Nacrtom Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima predviđeno je da suvlasnik samostalno raspolaže svojim udelom, a da se to pravo **m**ože ograničiti pravom preče kupovine. Pored toga, izričito je propisano da **s**uvlasnik nepokretne stvari ima pravo preče kupovine.

U Republici Srbiji suvlasnik nepokretnosti ima zakonsko pravo preče kupovine od 1998. godine. Nakon dugogodišnjeg argumentovanog pritiska i insistiranja pravne nauke, Zakonom o prometu nepokretnosti[24] predviđeno je opšte pravo preče kupovine suvlasnika pri prodaji suvlasničkog udela bilo koje neporetnosti. Naime, propisano je da je suvlasnik koji namerava da proda svoj suvlasnički deo dužan da ga prethodno ponudi ostalim suvlasnicima. Između više suvlasnika zainteresovanih za realizaciju prava preče kupovine, prvenstvo se daje suvlasniku sa većim suvlasničkim udelom. Kada se po kriterijumu veličine suvlasničkog udela ne može odrediti red prvenstva, suvlasnik koji prodaje svoj deo nepokretnosti sam odlučuje kome će ga prodati.

---

[23] Ovakvo rešenje može se kao pravičnije uporediti sa pravilom koje je sadržano u Austrijskom građanskom zakoniku. Budući da ovaj Zakonik ne poznaje zakonsko pravo preče kupovine, vršenje prava prekupa koje proističe iz ugovornog prava preče kupovine uređeno je na sledeći način: pravo preče kupovine tretira se kao tražbeno pravo, ali se ono u pogledu nepokretnosti upisivanjem u javne knjige može transformisati u stvarno pravo. Ako do toga nije došlo, imalac prava preče kupovine, polazeći od pravne prirode njegovog povređenog prava, može se obratiti samo ranijem vlasniku čije je ponašanje dovelo do te povrede. Pravo svojine koje je treće lice steklo na stvari na koju se odnosi pravo preče kupovine, na taj način u potpunosti ostaje van sfere uticaja imaoca povređenog prava, kojem jedino preostaje da od ranijeg vlasnika (prodavca) zahteva naknadu štete koju je pretrpeo zbog povrede svog prava. Čak i u slučaju da je treće lice bilo nesavesno imalac prava preče kupovine ne može prema njemu isticati svoje pravo. O pravu prekupa u našem i uporednom pravu videti više u R. Cvetić, *Pravo preče kupovine,* Novi Sad, 2002, str. 186-217.

[24] *Sl. glasnik RS,* br. 42/1998.

Svrha postojanja prava preče kupovine suvlasnika je da dovede do prestanka ili barem pojednostavljenja suvlasničke zajednice. Suvlasnička zajednica počiva na ekonomskim interesima i eventualni lični odnosi suvlasnika nisu presudni za njen nastanak i postojanje. Dakle, radi se o zajednici koja nije trajnog, već prolaznog karaktera – dok postoji ekonomski interes. „Kada njeni okviri počinju da stežu suvlasnike treba im omogućiti da iz nje izađu. Deoba suvlasničke zajednice je najčešći i najznačajniji put za to, ali se slični rezultati postižu i pravom preče kupovine.[25]“

Pravo na deobu veoma dobro štiti suvlasnika, ali ono, ipak, ne može da učini suvišnim pravo preče kupovine suvlasnika. Koliko god je suvlasniku koji prodaje svoj udeo, sa stanovišta ekonomskih interesa, svejedno da li će do novčanog ekvivalenta doći civilnom deobom suvlasničke zajednice ili prodajom udela i kome će ga prodati, jer on određuje uslove prodaje, toliko drugim ili ostalim suvlasnicima, sa stanovišta istih interesa, može biti značajno pribavljanje tog udela.

U tom smislu, najprihvatljivije je opšte pravilo[26] o prioritetu suvlasnika kada ima više ovlašćenih lica.[27] Što se tiče pravila o ostvarivanju prava preče kupovine suvlasnika smatramo da postojeće pravilo sadržano u Zakonu o prometu nepokretnosti nije do kraja dobro izvedeno. Naš zakonodavac, naime, nije usvojio pravilo o mogućnosti prisvajanja svih zainteresovanih suvlasnika srazmerno veličini suvlasničkog udela. Ali, ako je pravilo o favorizovanju suvlasnika sa većim suvlasničkim delom prihvatljivo s aspekta pojednostavljenja suvlasničke zajednice, smatramo da pravilo o izboru kupca (među suvlasnicima) od strane suvlasnika-prodavca, kada se prvenstvo ne može odrediti po veličini suvlasničkih udela, nema nikakvu svrhu sem da stvori privid njegove slobode izbora ugovornog partnera ili da ga eventualno dovede u nezgodnu situaciju.

Na ovom mestu treba razrešiti jedno prethodno pitanje pre zauzimanja konačnog stava. Kada se postavi pitanje u kojoj meri pravo preče kupovine predstavlja ograničenje za vlasnika stvari na koju se to pravo odnosi, prvi odgovor je da su vlasnička ovlašćenja u potpunosti očuvana. Reći da je ograničeno pravo raspolaganja vlasnika stvari protivurečilo bi samom pojmu i konceptu prava preče kupovine, jer njega je mo-

[25] M. Orlić, *op. cit.,* str. 60-61. U istom smislu R. Korleat, *Suvlasništvo i pravo prvokupa na nekretnine,* Odvjetnik, br. 3-4/1971, str. 107 i 110.

[26] Dakle, posebnim propisom se može intervenisati onda kada se proceni da to zahteva opšti interes zbog specifičnosti određene situacije.

[27] Kao što je, na primer, slučaj pri prodaji suvlasničkog udela poljoprivrednog zemljišta.

guće realizovati upravo samo onda kada vlasnik vrši ovo svoje ovlašćenje i to na način da potpuno pravno raspolaže sa stvari, otuđujući je prodajom. „Da bismo ispitali dejstva koja ima pravo preče kupovine kao ograničenje svojine, kategorije i koncepti stvarnih prava nam nisu ni od kakve pomoći; moramo pribeći pojmovima obligacionog prava.“[28] To ustvari znači ispitati u kojoj meri postojeće pravo preče kupovine ograničava vlasnikovu slobodu ugovaranja. Pravom preče kupovine ne dovodi se u pitanje „početna“ sloboda koja podrazumeva neograničeno odlučivanje o tome da li će uopšte doći do zaključenja ugovora i kakvog ugovora. Vlasnik stvari apsolutno je slobodan da zaključi bilo koji pravni posao koji se tiče stvari na koju se odnosi pravo preče kupovine. Ako je njegova odluka da ovu slobodu iskoristi tako što će zaključiti ugovor o kupoprodaji,[29] dolazi na red sloboda koja je ograničena postojećim pravom preče kupovine: sloboda izbora ugovornog partnera. Sloboda vlasnika u pogledu sadržine ugovora neograničena je u tom smislu što on u potpunosti određuje uslove prodaje na koje imalac prava preče kupovine mora pristati ukoliko želi da se koristi svojim pravom prvenstvenog sticanja. To, praktično, znači da je u situaciji kada je imalac prava preče kupovine realizovao svoje pravo, jedino bila ograničena vlasnikova sloboda izbora saugovarača. U situaciji kada imalac prava preče kupovine nije prihvatio ponudu, može se saglđeati još jedno ograničenje za vlasnika stvari kao prodavca. Nakon tog momenta vlasnik jeste slobodan da izabere drugu ugovornu stranu, ali više nije apsolutno slobodan da odredi uslove prodaje, jer ne može stvar prodati trećem licu pod uslovima koji su povoljniji od onih koje je nudio imaocu prava preče kupovine.

Pravo preče kupovine ima za cilj da zaštiti interes određenih lica za pribavljanje određenih stvari, što neminovno dovodi do navedenog ograničenja slobode ugovaranja vlasnika tih stvari. Prema tome, svrhu postojanja prava preče kupovine treba posmatrati s aspekta interesa titulara tog prava. Kada se radi o suvlasnicima kao ovlašćenim licima smatramo da u situaciji kada je više njih zainteresovano za ostvarenje prava preče kupovine, a više ne postoji kriterijum za njihovo međusobno (opravdano) po-

[28] A. Bugnon, *op. cit.,* str. 27.

[29] U Nacrtu Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima predviđeno je da se sa prodajom izjednačava predugovor o prodaji, zamena ispunjenja, kao i izostala prodaja, ako prodavac protivno načelu savesnosti i poštenja spreči zaključenje punovažnog ugovora o prodaji (član 100). Da bi se sprečilo izigravanje prava preče kupovine treba izričito zabraniti raskid izvršenog ugovora u cilju osujećenja prava preče kupovine, kao i utvrđenje (delimične) ništavosti ugovaranja koje uslovljava važenje prodaje nevršenjem prava preče kupovine od strane ovlašćenog lica.

vlašćivanje, treba omogućiti svima srazmerno prisvajanje udela koji se prodaje. Ostavljanje odluke suvlasniku-prodavcu nema smisla s aspekta cilja prava preče kupovine, a ponekad ga prisiljavanje da izvrši izbor može odvratiti od planirane prodaje da biranjem ne bi narušio odnose sa ostalim suvlasnicima.[30]

[30] Suvlasnici su vrlo često bliski srodnici. Ne treba njihove međusobne odnose ugrožavati prisiljavanjem da se bira između više jednakih. Dovoljno je zamisliti situaciju kada jedan od tri brata želi da proda svoju trećinu i treba da izabere koji će od dvojice braće sa jedankim suvlasničkim udelima biti kupac.

Radenka Cvetić, Ph. D., Associate Professor
Novi Sad School of Law

The right of prior purchase (pre-emption) in the civil code

Abstract

If real law is defined as any subjective civil right which has an *absolute effect* and *a property-related* subject matter of a tangible nature which is not exempt from the real law regime, the right of prior purchase (pre-emption) has a distinctive position among real rights in spite of its specific contents (there is no legal dominion and control over the property it pertains to) and the fact that by its legal nature the pre-emption right is essentially a legal power (a transformative right).

The adversary nature of the right of prior purchase (exercised by the right of redemption due to the violation of the priority right) is correlated to the good faith *(bona fide)* of a third party, which is considered as a kind of prior purchase right because nobody can call upon the good faith in case there is a statutory preemption right. The most acceptable rule in terms of determining the preferential order of co-owners who are the holders of the prior purchase right is the general rule on the co-owners' priority order in case there are more authorized persons of a different priority order. In case when more co-owners are interested in exercising their pre-emption right and there is no criterion to determine their mutual (justified) preferential position, all co-owners should be enabled to appropriate portions of the property interest which is being sold.

Translated by:
Gordana Ignjatovic, BA

Originalni naučni rad 343.294(497.11)

Dr Snežana Brkić, vanredni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

REHABILITACIJA: TRI ZAKONA – TRI ZNAČENJA

Sažetak: *U radu se ukazuje na polivalentno značenje termina rehabilitacija u pravu. U tom smislu analiziraju se tri zakona: Krivični zakonik, Zakonik o krivičnom postupku i Zakon o rehabilitaciji. Povlači se demarkaciona linija između rehabilitacije osnovano osuđenih lica, neosnovano osuđenih lica i lica neosnovano lišenih slobode, te žrtava političke represije. Utvrđuje se razlika u ciljevima, osnovu, sadržini, uslovima i proceduri ostvarivanja rehabilitacije. Ukazuje se na potrebu dodeljivanja posebnih atributa pojedinim vrstama rehabilitacije ili bar njihovog preciznog zakonskog definisanja.*

Ključne reči: *rehabilitacija, osnovana osuda, neosnovana osuda, žrtve političke represije*

I. UOPŠTE O ZNAČENJU REHABILITACIJE

1. Ako je pojam misao o suštini ili biti onoga o čemu mislimo,[1] onda u pojmovnom određenju rehabilitacije moramo poći od njene suštine. U etimološkom smislu, suština svake rehabilitacije je ponovno osposobljavanje,[2] uspostavljanje, povraćaj izgubljenih prava; vraćanje u ranije stanje; vraćanje dobrog glasa (časti).[3] I u našem današnjem jeziku, jedno od uobičajenih značenja rehabilitacije je „ponovno prizna-

[1] G. Petrović, Logika, Zagreb, 1989, str. 23.
[2] Lat. *re* (ponovno) i *habilitatio* (osposobljavanje).
[3] M. Vujaklija, Leksikon stranih reči i izraza, Beograd, 1980, str. 805.

vanje osporenog prava,“[4] „uspostavljanje, ponovno priznanje ugleda, prava, poverenja“.[5] Slično je opšte značenje rehabilitacije i u drugim jezicima.[6] Problem je u tome što ima raznih vrsta rehabilitacija. U najmanju ruku, možemo govoriti o medicinskoj, profesionalnoj, političkoj i pravnoj rehabilitaciji. Tako na primer, medicinska rehabilitacija obuhvata niz aktivnosti u zdravstvenim ustanovama od momenta povrede ili početka bolesti do maksimalnog zdravstvenog osposobljenja, dakle ne samo lečenje aktuelne bolesti, nego i razvijanje fizičkih i psihičkih sposobnosti do maksimuma.[7] Svrha profesionalne rehabilitacije je da se omogući invalidu da obezbedi i zadrži odgovarajuće zaposlenje, da napreduje u njemu i da se na taj način potpomogne integracija odnosno reintegrtacija takvog lica u društvu.[8] Politička rehabilitacija ogleda se u naknadnom priznanju, prihvatanju ranije politički diskvalifikovanih, etiketiranih i ekskomuniciranih pojedinaca, koji su u jednom trenutku došli u raskorak sa kursom svoje partije. O osnovanosti nečije političke rehabilitacije valja suditi prema tome da li mu je tok događaja dao za pravo ili je to pravo ostalo na strani organizacije koja ga je ekskomunicirala.[9]

2. I dok u drugim oblastima uglavnom nema nejasnoća, sa pravnom rehabilitacijom to nije slučaj. Sadržaj pojma kao skup njegovih bitnih oznaka utvrđuje se logičkim postupkom definicije. Pre prelaska na definisanje rehabilitacije u pravu, dužni smo nekoliko prethodnih napomena.

Svaka definicija je jedno pravilo o značenju – upotrebi izraza. Višeslojna struktura jezika prava uslovljava različite načine ustanovljavanja ovih pravila o značenju, a time i različite vrste definicija: leksičke definicije sa deskriptivnom funkcijom, kojima se samo otkrivaju i opisuju (prepoznaju) značenja izraza iz opšteg jezika, već stvorena u svakodnevnoj govornoj praksi, i stipulativne definicije sa preskriptiv-

[4] I. Klajn, M. Šipka, Veliki rečnik stranih reči i izraza, Novi Sad, 2006, str. 1074.

[5] M. Vujanić i drugi, Rečnik srpskoga jezika, Novi Sad, 2007, str. 1164.

[6] Tako npr. nemačka reč *Rehabilitation* u nekim rečnicima ima isto značenje kao kod Vujaklije (vid. M. Stefanović, Rečnik prava, politike i diplomatije nemačko – srpski, II tom, Beograd, 2005, str. 1032.

[7] Medicinska enciklopedija, sv. 8, Jugoslavenski leksikografski zavod, Zagreb, 1963, str. 489. Upor. D. Krstić, Psihološki rečnik, Beograd, 1996, str. 564.

[8] Čl. 1. Zakona o ratifikaciji konvencije Međunarodne organizacije rada br. 159 o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju invalida, Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori 3/1987.

[9] Više o tome vid. D. J. Stanković, O rehabilitaciji nevino osuđenih zbog političkih delikata, Naša zakonitost 11-12/1986, str. 1490.

nom funkcijom, kojima se stvaraju nova značenja.[10] Pošto je pravnički jezik jezgro pravnog diskursa, gro definicija u pravu je stipulativnog karaktera. Takve definicije, međutim, nemaju svojstvo (ne)istinitosti, već samo svojstva (ne)svrsishodnosti (s obzirom na postavljene ciljeve) i svojstva (ne)važenja (s obzirom na pravnu ili spoznajnu snagu koja se definiciji priznaje).

Iako dilema: samo doktrinarne ili i normativne (legalne) definicije u pravu pripada prošlosti, savremeni zakonodavac ponekad nerado pribegava definisanju. Takav slučaj je i sa pojmom rehabilitacije u krivičnopravnoj oblasti. Trenutno mi imamo tri zakona u ovoj oblasti koja pominju, ali neki od njih eksplicite ne definišu rehabilitaciju. To su Krivični zakonik,[11] Zakonik o krivičnom postupku[12] i Zakon o rehabilitaciji[13]. Sva tri zakona se odnose na posve različite slučajeve, što ima za posledicu i drugačije ciljeve, pravni osnov, materijalnopravne uslove, sadržinu i postupak ostvarivanja rehabilitacije. Iako su u pitanju sasvim različite ustanove, zakonodavac je našao za shodno da ih krsti istim imenom, a da im pri tom u pojedinim oblastima ne da bliže definicije ili bar specifične atribute. Time se razara koherentnost pravnog sistema i otvara prostor nesporazumima u pravnoj komunikaciji. Dodatne teškoće stvara činjenica da naše zakonodavstvo nije statično, da se ne razvija pravolinijski i da često menja osnovne koncepcije važnih ustanova. Sve ovo negativno deluje na razvoj pravne nauke koja na različite načine sagledava jedan isti fenomen. Otuda ne treba da čudi što u pravnoj nauci po pitanju definicije rehabilitacije nema konsensusa, čak ni na nivou samo jednog od pomenutih zakona.

S obzirom na tri navedena zakona, treba razlikovati rehabilitaciju osnovano osuđenih lica nakon izdržane, oproštene ili zastarele kazne od rehabilitacije neosnovano osuđenih lica i lica lišenih sloboda, kao i od rehabilitacije lica koja su u određenom ranijem periodu bila osuđena ili pretrpela nasilje iz političkih ili ideoloških razloga u sudskom ili administrativnom postupku ili bez njega.

---

[10] N. Visković, Jezik prava, Zagreb, 1989, str. 32.

[11] Sl. gl. RS 85/2005, glava deveta: „Rehabilitacija, prestanak pravnih posledica osude i davanje podataka iz kaznene evidencije“ (čl. 97 – 102).

[12] Sl. list SRJ 70/2001, 68/2002; Sl. gl. RS 58/2004, 85/2005, glava XXXIV: „Postupak za naknadu štete, rehabilitaciju i ostvarivanje drugih prava lica neosnovano osuđenih i neosnovano lišenih slobode“ (čl. 556 – 564).

[13] Sl. gl. RS 33/2006 (čl. 1 – 9).

II. REHABILITACIJA OSNOVANO OSUĐENIH LICA

1. Savremena krivičnopravna rehabilitacija osuđenih lica razvila se iz francuskog prava krajem XVIII veka, kada je prestala biti izraz milosti suverena i pretvorila se u subjektivno pravo osuđenog lica. Ona predstavlja pre svega jednu kriminalno-političku meru, koja svoje opravdanje nalazi i u razlozima pravičnosti. Rehabilitacija pretpostavlja da osuđenik, time što je izdržao kaznu, nije odmah izjednačen u svim pravima sa ostalim građanima, budući da ga mogu pogoditi pravne posledice osude predviđene u drugim zakonima. *Ratio legis* ove ustanove čine tri cilja: ponovno uspostavljanje ranijeg položaja punopravnog građanina osuđenika i stavljanje u zaborav njegove kriminalne prošlosti; kompenzacija između kriminalnog ponašanja i dobrog vladanja posle osude; stimulacija osuđenog lica na lični doprinos procesu resocijalizacije.[14] Ona nije samo interes pojedinca, već i interes društva, pošto se od nje očekuje specijalno-preventivno dejstvo. U formalnom smislu to je pravo osuđenog lica koga su pogodile pravne posledice osude, da pod određenim uslovima i u zakonom predviđenoj formi izdejstvuje prestanak pravnih posledica osude i brisanje osude za budućnost. Ti uslovi se u većini prava svode na to da je kazna izdržana, zastarela ili oproštena; da je proteklo izvesno vreme od izvršenja kazne i da se osuđeni u tom periodu popravio.

2. Krivičnopravna rehabilitacija je u našem pravu više puta menjala svoju fizionomiju. Važeći Krivični zakonik iz 2005. godine je bitno promenio koncept rehabilitacije i vratio se na rešenje iz 1951. godine, po kome je suština rehabilitacije u fikciji neosuđivanosti.[15] To znači da se rehabilitovano lice ne može smatrati povratnikom u kasnijem krivičnom postupku, te da se njegove brisane osude ne mogu tretirati kao otežavajuće okolnosti pri odmeravanju nove kazne. Naime, prema čl. 94. novog KZ, rehabilitacijom se briše osuda i prestaju sve njene pravne posledice, a osuđeni se smatra neosuđivanim. Rehabilitacija može biti zakonska, kada nastaje na osnovu samog zakona, i sudska, kada nastaje na osnovu sudske odluke po molbi osuđenog lica. Važno je napomenuti da se rehabilitacijom ne diraju prava trećih lica koja se zasnivaju na osudi. Ni zakonska ni sudska rehabilitacija nije moguća ako sporedna kazna još nije izvršena ili ako još traju mere bezbednosti.

---

[14] D. Jakovljević, Rehabilitacija u krivičnom pravu, Beograd, 1981, str. 47.

[15] Za takvo rešenje bilo je i ranije zalaganja u našoj krivičnopravnoj nauci. Vid. npr. Đ. Marjanović, O rehabilitaciji, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu 1-4/1978, str.427.

III. REHABILITACIJA NEOSNOVANO OSUĐENIH LICA I LICA NEOSNOVANO LIŠENIH SLOBODE

1. Krivični postupak nosi sa sobom ne samo rizik neopravdanog pokretanja prema nevinom licu, već i okončanja neopravdanom osudom. Ova poslednja greška može se eventualno ispraviti u postupku vanrednih pravnih lekova. Ali vanredni pravni lek kojim se lice koje je prvobitno bilo oglašeno krivim oslobađa od optužbe ili se prema njemu optužba odbija ili postupak obustavlja ne predstavlja dovoljnu satisfakciju za neosnovano osuđeno lice, koje je u međuvremenu moglo pretrpeti ogromnu materijalnu i nematerijalnu štetu. Problem naknade štete neosnovano osuđenom licu, kao i licu neosnovano lišenom slobode zahteva posebno regulisanje, jer se zbog svoje specifičnosti najčešće ne može podvesti pod opšte principe građanskog prava o naknadi štete, niti pod pravila o odgovornosti države za štetu zbog nezakonitog ili nepravilnog rada njenih organa. Do neosnovane osude retko dolazi krivicom sudećeg sudije, a mnogo češće krivicom drugih lica (lažnih svedoka ili veštaka), ili bez ičije krivice (pojava novih činjenica i dokaza). U tim slučajevima bi okrivljeni morao sam da snosi štetu koja je nastala bez ičije krivice, ili da je traži od trećeg lica čijom krivicom je nastala. Ideja o naknadi štete za neosnovanu osudu ipak se kasno, teško i postepeno probijala i širila u pozitivnim pravima.[16] Pravo na naknadu štete i rehabilitaciju ovih lica, danas je podignuto na stepen ustavnog prava.

2. Zaključujemo da je termin rehabilitacija u naše krivično procesno zakonodavstvo došao pod uticajem ustavnih formulacija. On potiče iz Ustava iz 1974. godine, odnosno iz ZKP iz 1976. godine, i od tada nastavlja tu tradiciju u svim kasnijim ustavima i krivičnoprocesnim zakonima. Tako, počev od ZKP iz 1976. godine, naziv odgovarajuće glave glasi: „Postupak za naknadu štete, rehabilitaciju i ostvarivanje drugih prava lica neopravdano[17] osuđenih i neosnovano lišenih slobode“. Pri tome, nijedan od procesnih zakona nije našao za shodno da u bilo kojoj odredbi definiše značenje rehabilitacije, što bi bilo neophodno ako ni zbog čeg drugog, a ono zbog postojanja istog termina u krivičnom materijalnom pravu, koji reguliše sasvim drugu ustanovu.

---

[16] Austrija je bila prva evropska zemlja koja je donela Zakon o naknadi štete neopravdano kažnjenim licima 1892. godine. Prvi zakon koji je kod nas regulisao to pitanje je bio Zakonik o sudskom krivičnom postupku za kraljevinu Jugoslaviju iz 1929. godine.

[17] U ZKP iz 2001. i u ZKP iz 2006. godine, izraz „neopravdano osuđenih lica“ je zamenjen izrazom „neosnovano osuđenih lica“.

Dakle, osnovni problem je u tome što termin rehabilitacija stoji samo u naslovu odgovarajuće glave zakona, a nema ga u daljem tekstu, ni u smislu nabrajanja, ni u smislu opšte zakonske definicije. Ako naslov pominje tri grupe prava: pravo na naknadu štete, pravo na rehabilitaciju i druga prava, onda pripadnost pojedinih odredaba nekoj od ovih ustanova treba ceniti s obzirom na njihovu pravnu prirodu a na osnovu svestrane analize kompletnog zakonskog teksta. Da bi smo to mogli učiniti treba najpre sagledati sve oblike zaštite neosnovano osuđenih i lica lišenih slobode, koji se predviđaju u okviru te glave zakona. Problem je u tome, što u tom pogledu ne postoji neka zakonska konstanta, već jedna neprekidna evolucija našeg krivičnoprocesnog zakonodavstva. Ona pokazuje tendenciju stalnog širenja zaštite prava neosnovano osuđenih lica i lica lišenih slobode.

Prema našem prvom posleratnom ZKP iz 1948. godine, ta lica nisu imala nikakvu zaštitu. Izvesnu zaštitu prvi put dobijaju u ZKP iz 1953. godine, ali samo u pogledu prava na naknadu imovinske štete, i to u slučaju neopravdane osude i nezakonitog pritvora, ali ne i neosnovanog lišenja slobode.[18] Izmenama i dopunama tog Zakonika iz 1965. godine, ta je zaštita proširena, u skladu sa Ustavom iz 1963. godine, i na lica neosnovano zadržana u pritvoru ili istražnom zatvoru.[19] Prilikom izmena ZKP 1970. godine, izraz „naknada imovinske štete" zamenjen je izrazom „naknada štete", što je širi pojam, koji po pravilima građanskog prava obuhvata kako imovinsku (materijalnu), tako i neimovinsku (nematerijalnu) štetu. Osim toga, tada je prvi put uveden jedan oblik nematerijalne naknade štete u slučaju neopravdane osude, kao i izmenjene pravne kvalifikacije dela u postupku vanrednih pravnih lekova, na zahtev lica čiji je ugled teže povređen, a koji se ogleda u objavljivanju u novinama ili drugim sredstvima informacija saopštenja o odluci iz koje proizilazi neopravdanost ranije osude.[20]

Prema ZKP iz 1976. godine, katalog ovih mera se proširuje na način koji je preuzet i u ZKP iz 2001. godine, kao i u ZKP iz 2006. godine:[21]

a) javno objavljivanje saopštenja važi ne samo za neopravdanu osudu, nego i za neosnovano lišenje slobode i važi samo ako je taj slučaj bio prikazivan u sredstvima javnog informisanja; osim toga, dovoljno je da je ugled tog lica bio povređen, što znači da povreda ne mora biti „teža";

[18] Sl. list FNRJ 40/1953, čl.472.

[19] Sl. list SFRJ 12/1965, čl. 41.

[20] Sl. list SFRJ 54/1970, čl. 8, čl. 504.

[21] ZKP iz 1976. (Sl. list SFRJ 4/1977, čl. 546 – 549); ZKP iz 2001. (Sl. list SRJ 70/2001, 68/2002; Sl. gl. RS 58/2004, 85/2005, čl. 561 – 564); ZKP iz 2006 (Sl. gl. RS 46/2006, čl. 538 -541).

b) ako slučaj nije bio prikazivan u sredstvima javnog informisanja, umesto javnog objavljivanja saopštenja, može se zahtevati njegovo dostavljanje organu ili organizaciji u kojoj to lice radi, a ako je to za njegovu rehabilitaciju potrebno i društvenoj ili drugoj organizaciji;

v) poništenje upisa neopravdane osude u kaznenoj evidenciji po službenoj duž-nosti i zabrana davanja podataka o poništenom upisu;

g) zabrana upotrebe podataka iz razgledanog i prepisivanog spisa na način koji može štetiti rehabilitaciji tog lica;

d) povraćaj prava iz radnog odnosa i socijalnog osiguranja.

3. U nedostatku zakonske definicije rehabilitacije, ne treba da čudi obilje i šarenilo njenih doktrinarnih definicija. Neke su uže, neke šire; neke su eksplicitne, druge su proizilazeće. Neke se oslanjaju na tumačenje zakonskog teksta, dok druge polaze od uobičajenog poimanja te reči. Neke ostaju na čistom terminu rehabilitacija, dok druge dodaju i određene atribute, kao što su „društvena rehabilitacija", „moralna rehabilitacija „ i „moralna reparacija".

Prva grupa autora rehabilitaciju neopravdano osuđenih lica i lica neosnovano lišenih slobode poima u najširem mogućem smislu kao skup svih mera predviđenih odgovarajućom glavom ZKP, koji pre svega obuhvata naknadu štete i sva druga zakonom predviđena sredstva u cilju uspostavljanja prvobitnog stanja tih lica i povraćaja svih izgubljenih prava.[22] Kod ovih autora, naknada štete je zapravo jedno od sredstava za ostvarivanje rehabilitacije. To je možda u skladu sa nekim opštim značenjem rehabilitacije i poreklom ove reči. Međutim, sistematsko tumačenje zakona nam ne dozvoljava da rehabilitaciju shvatimo tako široko, jer onda ne možemo objasniti zašto i ustavotvorac i zakonodavac godinama upotrebljavaju oba ova izraza odnosno prava kumulativno.

U drugu grupu shvatanja spadaju ona koja rehabilitaciju shvataju u užem smislu, tako da ona ne obuhvata naknadu štete, već po pravilu, sva ostala ili samo neka od zakonom predviđenih prava. Pri tome se, ponekad, nazivaju i „moralnom reparacijom",[23] „moralnom rehabilitacijom"[24] ili „društvenom rehabilitacijom".[25] Smatramo da je neoprav-

[22] B. Petrić, Rehabilitacija u krivičnom pravu SFRJ, Sudska praksa 4/1986, str. 78.

[23] Tako T. Vasiljević, Sistem krivičnog procesnog prava, Beograd, 1981, str. 749; T. Vasiljević, M. Grubač, Komentar Zakonika o krivičnom postupku, Beograd, 2003, str. 1004.

[24] Tako D. Dimitrijević, Krivično procesno pravo, Beograd, 1982, str. 343; Z. Jekić, Krivično procesno pravo, Beograd, 2003, str. 415, Z. Jekić, M. Škulić, Krivično procesno pravo, Istočno Sarajevo, 2005, str. 436; M. N. Simović, Krivično procesno pravo, Srpsko Sarajevo, 2001, str. 469 – 470.

dano koristiti atribute „moralna“ i „društvena“ rehabilitacija, jer se one postižu na neke druge, neformalnije načine. Ovde je uvek u pitanju pravna rehabilitacija, koja podrazumeva posezanje za merama pravne prirode. Ovi autori očigledno pod rehabilitacijom podrazumevaju neke vidove nematerijalne naknade štete. Međutim, između njih postoji dosta razmimoilaženja prilikom nabrajanja prava koja su rehabilitacijom obuhvaćena.

U ovoj grupi shvatanja, najšire značenje terminu rehabilitacija, koju on naziva društvenom rehabilitacijom, daje Dragoslav Vujaklija. Po njemu „društvena rehabilitacija“ obuhvata, s jedne strane, sva zakonom posebno regulisana sredstva rehabilitacije, izuzev naknade štete;[26] s druge strane, ona obuhvata ostala sredstva, najčešće socijalno-političkog i društvenog karaktera, kao što su na primer unutrašnja i spoljašnja pomoć koju treba pružiti neosnovano osuđenom licu posle otpuštanja sa izdržavanja kazne.[27] U ovom pogledu, ovaj autor očigledno meša rehabilitaciju sa ustanovom postpenalne pomoći.

Po nekim autorima, pravo na rehabilitaciju obuhvata sva ostala prava, osim naknade štete: javno objavljivanje i dostavljanje saopštenja o neopravdanoj osudi, poništenje upisa neosnovane osude, ograničenje razmatranja i prepisivanja spisa i uspostavljanje izgubljenih statusnih prava (npr. uspostavljanje radnog odnosa, priznanje staža osiguranja, uspostavljanje svojstva naslednika, itd).[28]

Nešto uže shvatanje implicitno izražava Drago Radulović, tako što pominje sve napred navedene mere, izuzev poništenja upisa neosnovane osude.[29]

Zatim sledi grupa autora, koja rehabilitacijom obuhvata tri mere: davanje publiciteta odluci, poništenje upisa neosnovane osude i ograničenje prilikom razmatranja i prepisivanja spisa.[30]

Najuže shvatanje svodi rehabilitaciju na javno objavljivanje i dostavljanje određenim organizacijama saopštenja o neopravdanoj osudi i neosnovanom lišenju slobode.[31]

---

[25] D. Vujaklija, Naknada štete u slučajevima neopravdane osude ili neosnovanog lišenja slobode i društvena rehabilitacija, Beograd, 1986, str. 193.

[26] Dakle, sve ono što S. Knežević podvodi pod moralnu reparaciju.

[27] D. Vujaklija, op. cit., str. 193 – 212.

[28] S. Knežević, op. cit., str. 244; M. N. Simović, eksplicitno, op. cit., str. 469 – 470; Č. Stevanović, Krivično procesno pravo SFRJ, Beograd, 1982, str. 394 – 385, implicitno.

[29] D. Radulović, Krivično procesno pravo, Podgorica, 2002, str. 470 – 471.

[30] T. Vasiljević, op. cit., str. 749; slično proizilazi i iz razmatranja D. Dimitrijevića, s tim što on ne pominje ograničenja prilikom razmatranja i prepisivanja spisa, op. cit., str.343.

4. Šarolikost navedenih doktrinarnih definicija rehabilitacije neosnovano osuđenih i lica lišenih slobode je posledica nedostatka odgovarajuće zakonske definicije i proizvoljnog tretiranja nekih ustanova. Nama se čini da se sve pobrojane mere zapravo mogu svesti na prvu meru: naknadu štete. Davanje publiciteta saopštenjima o neosnovanoj osudi, poništenje upisa neosnovane osude i ograničenja prilikom razmatranja i prepisivanja spisa su samo specifični vidovi nematerijalne naknade štete, odnosno sprečavanja njenog nastupanja,[32] dok je povraćaj izgubljenih prava iz radnog odnosa i socijalnog osiguranja najčešće u funkciji materijalne naknade štete. Zbog toga nam se čini da je unošenje drugih termina, kao što su „rehabilitacija" i „druga prava" u ovu vrstu postupka nepotrebna. Ako se sva ova prava i mere mogu svesti na materijalnu ili nematerijalnu naknadu materijalne ili nematerijalne štete, onda sva ona imaju pravnu prirodu prava na naknadu štete. To ne znači da je bilo suvišno zakonsko regulisanje situacija, koje najveći broj autora podvodi pod moralnu rehabilitaciju. To samo znači da je dovoljno ovu vrstu postupka nazvati postupkom za naknadu štete za neosnovanu osudu i neosnovano lišenje slobode.

Jedina sličnost koja u ovoj oblasti postoji sa rehabilitacijom osnovano osuđenih lica je u poništenju upisa neosnovane osude u kaznenoj evidenciji. Ali, čak ni u ovom pogledu stvari nisu potpuno identične. Naime, treba praviti razliku između **brisanja osude** osnovano osuđenog lica usled proteka vremena i pod uslovom dobrog vladanja osuđenika od **poništenja upisa** osude zbog njene neosnovanosti. Reč „poništenje upisa" ima drugačiji prizvuk, značenje i težinu od reči „brisanje osude". Dalja razlika je u tome što brisanje osude nastaje po sili zakona za lakše osude ili na osnovu molbe osuđenika za kaznu zatvora od tri do pet godina, a ovde se po službenoj dužnosti poništava upis bilo koje osude.

Osim toga, te dve radnje nisu proizvodile isto dejstvo u periodima, kada su se i pored brisanja osude ipak mogli davati podaci iz kaznene evidencije određenim organima. Funkcionalna nadležnost suda u slučaju sudske rehabilitacije je ista kao i u slučaju poništenja upisa neosnovane osude: u oba slučaja to je sud koji je sudio u prvom stepenu. Međutim, postupak suda nije isti. U prvom slučaju sud ima teži posao: on prvo treba da ispita da li je proteklo potrebno vreme po zakonu, a zatim sprovodi po-

[31] Z. Jekić, op. cit., str. 415 – 417; Z. Jekić, M. Škulić, op. cit., str. 436 – 438; S. Bejatović, Krivično procesno pravo, Beograd, 2003, str. 669.

[32] Ovde mislimo na poništaj upisa neosnovane osude i ograničenja prilikom razmatranja i prepisivanja spisa. U obligacionom pravu nisu nepoznate preventivne mere u pravcu uklanjanja opasnosti po nastanak štete (vid. čl.156 Zakona o obligacionim odnosima).

trebne izviđaje, utvrđuje činjenice na koje se poziva molilac i pribavlja dokaze o svim okolnostima koje su važne za odluku. Sud može o ponašanju osuđenog zatražiti izveštaj od organa unutrašnjih poslova na čijem je području osuđeni boravio posle izdržane kazne, a može takav izveštaj tražiti i od ustanove u kojoj je osuđeni kaznu izdržavao. Posle izvršenih izviđaja, a po saslušanju javnog tužioca, sudija će dostaviti spise sa obrazloženim predlogom veću suda koji je sudio u prvom stepenu. Protiv odluke suda žalbu mogu izjaviti molilac i javni tužilac. Ako sud odbije molbu zato što osuđeni svojim ponašanjem nije zaslužio brisanje osude, osuđeni može molbu ponoviti po isteku jedne godine od dana pravnosnažnosti rešenja o odbijanju molbe.[33] Kod zakonske rehabilitacije, rešenje o brisanju osude donosi po službenoj dužnosti organ nadležan za vođenje kaznene evidencije (organ unutrašnjih poslova). Rešenje o poništavanju upisa neosnovane osude donosi se takođe po službenoj dužnosti, ali od strane suda koji je sudio u prvom stepenu. Pri tome, sud treba samo da utvrdi činjenicu da se pravnosnažna osuda pokazala neosnovanom u postupku vanrednih pravnih lekova, ceneći pri tom samo pozitivne i negativne pretpostavke propisane u ZKP.

IV. REHABILITACIJA ŽRTAVA POLITIČKE REPRESIJE

1. Sledeći kamen spoticanja predstavlja Zakon o rehabilitaciji. Njime se uređuje rehabilitacija lica koja su sa ili bez sudske ili administrativne odluke iz političkih ili ideoloških razloga lišena života, slobode ili nekih drugih prava u periodu od 6. aprila 1941. godine do dana stupanja na snagu tog zakona (25.04.2006. godine), pod uslovom da su imala prebivalište na teritoriji Republike Srbije. Zahtev za rehabilitaciju može podneti svako zainteresovano fizičko ili pravno lice, a sam zahtev ne zastareva. Rešenjem kojim se usvaja zahtev za rehabilitaciju sud utvrđuje da je odluka koja je bila doneta protiv rehabilitovanog lica ništava od trenutka njenog donošenja i da su ništave sve njene pravne posledice, uključujući i kaznu konfiskacije imovine. Rehabilitovano lice smatra se neosuđivanim. Kad sudska ili administrativna odluka nije bila ni donošena, sud u rešenju kojim se usvaja zahtev za rehabilitaciju utvrđuje da je rehabilitovano lice bilo žrtva progona i nasilja iz političkih ili ideoloških razloga. Pravo na naknadu štete i pravo na povraćaj konfiskovane imovine rehabilitovanog lica urediće se posebnim zakonom.

[33] Vid. čl. 526. ZKP.

2. Iako se ova vrsta rehabilitacije u nekim svojim dejstvima približava i rehabilitaciji osnovano osuđenih lica i rehabilitaciji neosnovano osuđenih lica, ona je ipak specifična. Njena suština je sadržana u poništenju odluke koja je bila doneta protiv rehabilitovanog lica i svih njenih pravnih posledica, kao i u fikciji njegove neosuđivanosti. Vidimo da ovde zakonodavac, (sa razlogom ili bez njega?) pribegava trećem pojmu. Ovde se ne briše osuda iz kaznene evidencije, niti poništava upis neosnovane osude u kaznenoj evidenciji, već se **poništava sama odluka** koja je bila doneta protiv rehabilitovanog lica. Druga razlika je u tome što ta odluka ne mora biti krivična, već može biti i administrativna. Treća razlika je u tome što nečijem progonu i nasilju ne mora prethoditi nikakva formalna odluka. U tom slučaju osnovno dejstvo rehabilitacije je u utvrđenju da je neko bio žrtva progona ili nasilja iz političkih ili ideoloških razloga. Četvrta razlika ogleda se u tome što se ovde poništavaju sve pravne posledice osude, dok se rehabilitacijom osnovano osuđenih lica ne dira u prava trećih lica koja se zasnivaju na osudi. Najzad, dok rehabilitacija osnovano osuđenih lica može biti i zakonska i sudska, ova rehabilitacija kod nas nema automatizma i uvek je sudska. Međutim, treba napomenuti da u uporednom pravu možemo sresti i primere zakonske rehabilitacije lica progonjenih iz političkih ili ideoloških razloga. Takvi predlozi kod nas nisu usvojeni, mada je izvesno da bi dvojako regulisanje rehabilitacije ovih lica (zakonsko i sudsko) značajno rasteretilo naše sudove.[34] Nadalje, različiti su uslovi za nastupanje rehabilitacije: ovde se ne traži prost protek vremena i primereno vladanje osuđenog lica. Traži se utvrđenje da je neko bio izložen progonu i nasilju iz političkih ili ideoloških razloga. Podnosilac zahteva treba da pruži dokaze o opravdanosti zahteva, a ako to nije u mogućnosti, treba da opiše progon ili nasilje sa podacima koji mogu poslužiti za bližu identifikaciju žrtve i događaja. Pre odlučivanja o zahtevu, sud pribavlja potrebna dokumenta i podatke od nadležnih organa i organizacija, koji su dužni da ih na zahtev suda dostave u roku od šezdeset dana. Dakle, dok se kod sudske rehabilitacije osnovano osuđenog lica utvrđuje njegovo ponašanje posle izdržane kazne i time zasluženost rehabilitacije, ovde se utvrđuju razlozi i okolnosti pod kojima je neko bio osuđen ili izložen nasilju. Dok u osnovi rehabilitacije osnovano osuđenih lica leže kriminalnopolitički razlozi, u osnovi ove rehabilitacije leže razlozi pravičnosti, i obaveza demokratskih država da se distanciraju od prethodećih autokratskih režima. Procesi rehabilitacije žrtava političke represije karakteristični za nekadašnje države komunizma i socijalizma, u drugim

[34] Prema proračunu nekih nevladinih organizacija, u Srbiji se može očekivati oko deset hiljada zahteva za ovu vrstu rehabilitacije.

zemljama obeležili su kraj osamdesetih i početak devedesetih godina dvadesetog veka. Naime, jedan od važnih političkih uslova za pristupanje Savetu Evrope, je sposobnost mladih demokratija da se distanciraju od ranije prakse kršenja ljudskih prava. U tom pogledu, naš Zakon o rehabilitaciji je neopravdano zakasnio. Dok je sudska rehabilitacija osnovano osuđenih lica u nadležnosti suda koji je sudio u prvom stepenu, za ovu vrstu rehabilitacije nadležni su okružni sudovi prema prebivalištu podnosioca zahteva ili prema mestu gde je izvršen progon.

3. S druge strane, postoje i brojne razlike u odnosu na rehabilitaciju neosnovano osuđenih lica. Ova poslednja pretpostavlja da je prethodno utvrđena neosnovanost prvobitne pravnosnažne osude u postupku vanrednih pravnih lekova. Ovde se tako nešto ne traži. Rekli bi smo da je u pitanju jedan mešoviti postupak, u kome se istovremeno utvrđuje i neosnovanost osude i njeno poništenje, kao i poništenje svih njenih pravnih posledica. Na opštoj sednici Vrhovnog suda Srbije od 17.05.2006. godine zauzet je načelni stav da će se na pravne praznine iz Zakona o rehabilitaciji shodno primenjivati opšta pravila Zakona o vanpraničnom postupku. Na sednici Građanskog odeljenja Vrhovnog suda od 13.06.2006. godine usvojeno je pravno shvatanje da je postupak po Zakonu o rehabilitaciji jednostranački, a da izuzetno prvostepeni sud može priznati svojstvo učesnika u postupku, fizičkom ili pravnom licu koji imaju pravni interes da učestvuju u postupku.

4. Razlika je i u tome što se u ovom postupku ne primenjuju odredbe o vanrednim pravnim lekovima. U datom slučaju, uslovi za vanredne pravne lekove ne moraju biti čak ni ispunjeni. Povod rehabilitacije nalazi se u tri pojavna oblika političkog neprava, svojstvena autoritarnim režimima: političko zakonodavstvo, političko pravosuđe i kažnjavanje van ikakvog uređenog postupka.[35] Političko zakonodavstvo proglašava kriminalom ono što u pravnoj državi predstavlja vršenje ljudskih prava (npr. mirno demonstriranje, okupljanje i udruživanje radi upotrebe uma, izražavanje mišljenja, slobodno kretanje...) Političko pravosuđe podrazumeva oslonac na mehanizme nespojive sa pravnom državom: montirane procese, osuđivanje politički nepodobnih za dela običnog kriminala koja nisu ni počinjena, kvalifikovanje dela običnog kriminala kao dela političkog kriminala, falsifikovanje dokaza, iznuđivanje iskaza, prihvatanje za dokazano onoga što se po pravilima pravne struke ne bi smatralo dokazanim, neosnovano davanje teže kvalifikacije, izricanje neprimerene vrste kazne ili kazne nesrazmerne težine, ekstenzivno tu-

[35] V. Vodinelić, Pravna rehabilitacija žrtava političke represije, Hereticus 2/2004, http://www.hereticus.org/

mačenje represivnih propisa, prevlast policijskih i izvršnih vlasti nad sudijama, itd. Treći oblik predstavlja kažnjavanje koje čak nema ni privid sudskog ili bilo kog drugog postupka (npr. prosto upućivanje u logor, prinudni rad, otmica, prebijanje, likvidacija, deportacija, itd). Nijedno društvo u istoriji nije bilo bez ovakvih procesa, iako je krivulja njihove dinamike bila neravnomerna.[36]

5. U jednom svom delu, ova vrsta rehabilitacije rešava jedan stari problem nastao još na osnovu čl. 6. Uvodnog zakona za Zakonik o krivičnom postupku iz 1953. godine, koji predviđa da za ponavljanje krivičnog postupka pravnosnažno dovršenog pre 1. januara 1954. godine važe odredbe ZKP iz 1948. godine. Problem je bio u tome što je prema čl. 294. ZKP iz 1948. godine predlog za ponavljanje krivičnog postupka mogao podneti samo javni tužilac, ali ne i osuđeni i njegovi srodnici. U Obrazloženju Predloga uvodnog zakona za Zakonik o krivičnom postupku stajalo je jedno šturo i neutralno objašnjenje da je „za ovakvo rešenje osnovni razlog što novi postupak pretpostavlja drugu proceduru koja se mora primeniti u celini, a ne i na pojedine faze postupka.“ Mislimo da je to bilo licemerno. Danas niko više ne spori da je ovaj izuzetak uveden iz čisto političkih razloga: „zakonodavac nije hteo da dozvoli široko preispitivanje presuda koje su bile donete neposredno posle socijalističke revolucije“.[37] Istu sudbinu je imalo i pravo na naknadu štete za neopravdanu osudu i neosnovano lišenje slobode pre 1. januara 1954. godine, na koje su se takođe primenjivale odredbe ZKP iz 1948. godine, koji to pravo uopšte nije priznavao. Iz sasvim neopravdanih razloga, ovi izuzeci u pogledu vremenskog ograničenja važenja novog procesnog zakonodavstva su preuzimani u svim našim kasnijim procesnim zakonima, pa i u zakoniku iz 2001. godine i 2006. godine. Doduše, članom 573. ZKP iz 2001. godine otvorena je jedna svetlija perspektiva jer je dato rešenje prolongirano do donošenja posebnog zakona iz te oblasti. Ali, Zakon o rehabilitaciji je ne samo ispravio dugogodišnju nepravdu prema ovim licima, nego je na dva načina prevazišao sadašnji režim ponavljanja krivičnog postupka. On ne samo da omogućava preispitivanje nekadašnjih odluka, nego i faktičkog progona i nasilja, kojima nije prethodila nikakva odluka. On ne traži ispunjenost uslova za ponavljanje postupka prema sadašnjem procesnom zakonodavstvu, i najzad, on omogućava rehabilitaciju i licima koja su posle 1. januara 1954. godine bila izložena progonu i nasilju iz političkih ili ideoloških razloga.

[36] Vid. D. J. Stanković, O rehabilitaciji nevino osuđenih zbog političkih delikata, Naša zakonitost 11-12/1986, str. 1476.

[37] M. Grubač, Krivično procesno pravo, Beograd, 2006, str. 52.

6. Razlika od „običnih“ neosnovano osuđenih lica je i u registru predviđenih mera: dok su se ova prva lica odavno izborila za materijalnu naknadu materijalne i nematerijalne štete, pa potom i za moralno obeštećenje putem davanja publiciteta saopštenju o neosnovanoj osudi, ova druga grupa lica ima na raspolaganju samo tri mere: poništenje odluke, fikciju neosuđivanosti i objavljivanje imena rehabilitovanih lica u Službenom glasniku Srbije. Doduše, ne negira se ni pravo na naknadu štete i povraćaj konfiskovane imovine, ali se njihova realizacija prolongira do donošenja posebnog zakona o tome.[38] Iako je i prilikom donošenja samog Zakona o rehabilitaciji teško uspostavljen politički kompromis, takav kompromis je još teže postići u pogledu obećane denacionalizacije. Naime, restitucionim zakonom se zadire u dosadašnji pravni režim imovine radi vraćanja onoga što je odavno bilo nepravedno oduzeto tadašnjim političkim protivnicima režima. Ovde imamo direktno suprotstavljene interese onih kojima je država ustupila na korišćenje imovinu žrtava političke represije, pri čemu su neki na njoj sticali i određena prava. Drugi problem je u tome što je upravo nekada nacionalizovana i konfiskovana imovina neprijatelja režima prva obuhvaćena procesima privatizacije državne imovine. Time je onemogućen povraćaj imovine u naturi, koji bi predstavljao najpravičniju odštetu, za šta su prevashodno zainteresovane žrtve političke represije. S druge strane, u uslovima sveopšte društvene krize i siromaštva zemlje, nerealno je očekivati potpunu novčanu kompenzaciju pretrpljene štete, na šta bi rehabilitovana lica trebala imati pravo.

7. Što se tiče moralnog obeštećenja putem javnog obznanjivanja da je došlo do neosnovane osude odnosno do političke represije, prisutno je nekoliko razlika. Prva razlika ogleda se u tome što je u slučaju „obične“ neosnovane osude potreban zahtev neosnovano osuđenog lica, odnosno u slučaju njegove smrti, zahtev njegovog bračnog druga, dece, roditelja, braće ili sestara, dok se u slučaju žrtava političkog progona to radi po službenoj dužnosti. Druga razlika je u sadržini objavljivanja: u prvom slučaju objavljuje se saopštenje o neosnovanoj osudi odnosno neosnovanom lišenju slobode, a u drugom slučaju objavljuju se imena i podaci o rehabilitovanim licima. Treća razlika je u glasilu u kome se vrši objavljivanje: u prvom slučaju, to su novine ili druga sredstva javnog obaveštavanja, u drugom slučaju, to je Službeni glasnik RS. U prvom slučaju, objavljivanje saopštenja je uslovljeno činjenicom da je slučaj bio prikazivan preko sredstava javnog obaveštavanja i time bio povređen ugled tog lica; u dru-

[38] Zakoni o obeštećenju rehabilitovanih žrtava političke represije su odavno doneti u mnogim zemljama u tranziciji: Istočnoj Nemačkoj, Mađarskoj, Poljskoj, Rumuniji, Češkoj, Slovačkoj, Hrvatskoj, itd.

gom slučaju nema nikakvih uslova. U prvom slučaju zahtev se može podneti u roku od šest meseci[39] od dana pravnosnažnosti sudske odluke donete u postupku vanrednih pravnih lekova. U drugom slučaju, ovo pravo ne zastareva. Najzad, u slučaju „obične" neosnovane osude odlučuje vanraspravno veće suda koji je sudio u prvom stepenu, dok se o objavljivanju imena rehabilitovanih žrtava političke represije stara ministarstvo nadležno za pravosuđe.

V. ZAKLJUČAK

Suština svake rehabilitacije je u uspostavljanju prvobitnog stanja i povraćaju izgubljenih prava. Činjenica je, međutim, da naše zakonodavstvo nije naročito koordinirano kada je u pitanju posezanje za ovim pojmom. Isti izraz, bez ikakvih dodatnih atributa, a često i bez zakonskih definicija koristi se u tri različita zakona, kojima se regulišu tri različite ustanove: rehabilitacija osnovano osuđenih lica prema Krivičnom zakoniku, rehabilitacija neosnovano osuđenih i lica neosnovano lišenih slobode prema Zakoniku o krivičnom postupku i rehabilitacija žrtava političke represije u autokratskim režimima prema Zakonu o rehabilitaciji. Treba razlikovati njihove ciljeve, osnov, sadržinu, uslove i postupak ostvarivanja. Zbog toga je potrebno preispitivanje opravdanosti zadržavanja termina rehabilitacija u nekim od ovih slučajeva ili dodavanje posebnih atributa svakom od tih slučajeva ili njegovo precizno zakonsko definisanje.

[39] Postavlja se pitanje zašto je ovaj rok šest puta kraći od roka zastarelosti zahteva za naknadu štete zbog neosnovane osude.

Snežana Brkić, Ph. D., Associate Professor
Novi Sad School of Law

Rehabilitation: Three Laws – Three Meanings

Abstract

The author points out on polyvalent meaning of the term rehabilitation in law. She analyzes Serbian legislature: Criminal Code, Code of Criminal Procedure and Law on rehabilitation. She draws the demarcation line between the rehabilitation of just sentenced convict, the rehabilitation of unjustified sentenced convict and the rehabilitation of the victims of the political repression. There are differences between their goals, foundation, contents, conditions and procedure. It is pointed to the need of adding some special attribute to some kinds of rehabilitation or their precise legal definition.

Originalni naučni rad 343.359.2(4)

Dr Tatjana Lukić, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

BORBA PROTIV PRANJA NOVCA U EVROPI[1]

Sažetak: *Poslednja inicijativa Saveta Evrope u regulisanju borbe protiv pranja novca je treća Direktiva protiv pranja novca (2005/60/EC). Koordinisanje mera na nivou EU u borbi protiv pranja novca je neophodan uslov da bi se sprečile zloupotrebe kriminalnim aktivnostima na unutrašnjem tržištu EU bez carina. Suprotno ranijim propisima koji su se odnosili na borbu protiv pranja novca, poslednja Direktiva daje bankama centralnu ulogu u ovoj borbi. Bankarski sektor je postao glavni izvršilac treće Direktive protiv pranja novca na taj način što je propisana obaveza banaka da otkriju nadležnim državnim organima podatke o svojim klijentima. Cilj ove Direktive je da uključi u borbu protiv pranja novca sve one subjekte koji imaju dodira sa prekograničnim pranjem novca. U radu su analizirane novine propisane u trećoj Direktivi protiv pranja novca, kao i uloga privatnih banaka u primeni ove Direktive (uloga „čuvara kapija" i potencijalni rizik od rent-seeking-a).*

Ključne reči: *treća, direktiva, pranje novca, rent-seeking, čuvari kapija, zakonite delatnosti, pažnja dobrog privrednika, FATF, Bazelski komitet, nadzor banaka*

Uvodna razmatranja

Prvi pokušaji da se donesu pravni propisi protiv organizovanog kriminaliteta datiraju još iz 1980-ih godina prošlog veka. Uprkos nedovoljnom znanju o prirodi ovog vida kriminaliteta donosioci propisa su zauzeli

[1] Rad je posvećen projektu *Pravo Srbije u evropskoj perspektivi* br. 149042 koji finansira Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije.

stanovište još na samom početku da on mora biti sprečen. Organizovani kriminalitet je transnacionalni fenomen koji ozbiljno ugrožava stabilnost finansijskog tržišta u celom svetu, zbog čega se i javio zahtev za koordiniranjem mera u borbi protiv istog.

Savet Evrope je 1980. godine usvojio Preporuku o merama protiv transfera i čuvanja novca kriminalnog porekla. Deset godina kasnije, Savet je usvojio Konvenciju o pranju, traženju, oduzimanju i konfiskaciji imovine stečene krivičnim delom (ETS No.141).[2] Nove izmenjene okolnosti, kao i pretnja od terorizma su imale za posledicu usvajanje nove Konvencije o pranju novca stečene krivičnim delom 2005. godine od strane Saveta Evrope. Potreba za donošenjem novih propisa je otvorila pitanje da li je borba protiv organizovanog kriminaliteta do tada bila uspešna?

Danas je pristup u borbi protiv organizovanog kriminaliteta i pranja novca u Evropi trostruk. **Prvo**, okvir koga čine brojne direktive i regulative tzv. „prvog stuba" EU. Ovi propisi čine „kičmu" evropske borbe protiv pranja novca. Poslednji značajan propis je treća Direktiva Saveta Evrope protiv pranja novca.[3] Koordinisanje mera na nivou Evropske unije je bilo neophodno da bi se sprečila svaka zlopupotreba evropskog tržišta bez granica za pranje novca. **Drugo**, postoje i dodatne mere protiv pranja novca. Jedna od tih mera je i Regulativa CoE 1889/2005 koja se odnosi na kontrolu ulaska i izlaska iz EU novca u kešu. Neophodnost ove regulative je bila činjenica da su države članice EU na najrazličitije načine rešavale ovaj problem. **Treće**, postoji i treći stub mera protiv prekograničnog pranja novca. Mere tećeg stuba uglavnom traže od država članica da smanje pranje novca monitoringom – kontrolom i praćenjem bankarskih transakcija, računa i poverljivih podataka klijenata.

I pored napora donosioca propisa da se suzbije organizovana kriminalna aktivnost, danas je obim organizovanih kriminalnih delatnosti veći nego ikada ranije.[4] Ovo saznanje podstiče mnoge na razmišljanje da li je harmonizacija propisa u Evropi koje se odnose na borbu protiv pranja novca samo simbolična pravna konstrukcija.

Svaka diskusija o novim pravnim propisima za borbu protiv pranja novca na nivou EU uvek je fokusirana na učinak svakog regulativnog poduhva-

---

[2] J.Handoll, Capital, Payments, Money Laundering in European Union, Dublin: Also P.Van Duyne, The Organisation of Crime for Profit, Nijmegen: Wolf legal Publisher 2005, 134.

[3] Directive 2005/EC http://europa.eu.int/eurlex/lex/LexUriServ/site/en/oj/2005/I_309/I_30920051125en00150036.pdf.

[4] P.C.van Duyne, Criminal finances and state of the art. Case for concern? – Crime business and crime money in Europe. The dirty linen of illicit enterprise, 2007., 69.

ta. Već decenijama se vodi debata oko „pravog" pristupa. Donete su brojne studije i izvršene su analize koje su omogućile formiranje najrazličitijih baza podataka o kriminalnim delatnostima i izvršiocima kriminalnih aktivnosti, a koje su u mnogome opredelile donošenje novih propisa. Ali i pored svega, još se traga za adekvatnom regulativom koja će svesti u „razumne granice" prekogranični kriminal, pa i prekogranično pranje novca.

Interdisciplinarni pristup borbi protiv pranja novca treba da ukaže na povezanost tzv. ***„pravnog sveta"*** i ***„ekonomskog podzemlja"***.[5] U slučaju pranja novca pojedinci koji izgledaju kao uspešni poslovni ljudi, mogu u isto vreme biti i kriminalci koji svojim ilegalnim aktivnostima ostvaruju značajan profit. Najbolji primer za to je slučaj poznate javne kuće u Amsterdamu Yam Yup gde se kriminalci kao što je i Willem Holleeder navodno sastaju sa pravim državnim magnatima kao što je Willem Endstra.[6] Čak šta više, kriminalci često organizuju svoje aktivnosti tako što se uključuju u postojeće ilegalno tržište ili čak stvaraju svoje vlastito ilegalno tržište.

Treća Direktiva protiv pranja novca

Da bi se ukazalo na novine koje su predviđene trećom Direktivom protiv pranja novca, neophodno ju je uporediti sa ranije važećom regulativom. Većina ovih novina su rezultat progresa ostvarenog u prve dve direktive protiv pranja novca. Međutim, postoje i neke radikalne novine koje se mogu podeliti u kategorije.

Prva kategorija novina se odnosi na obim same Direktive u pogledu lica i predmeta. Naime, trećom Direktivom je obuhvaćen širi krug lica, ali i predmeta (pored pranja novca, obuhvaćene su i aktivnosti usmerene na finansiranje terorizma). Takođe je propisana zabrana otvaranja anonimnih računa i anonimnih klijenata. Ovo pravilo je uvedeno da bi se sprečilo „mešanje" korupcije državnih službenika i organizovanog kriminaliteta. Osim toga, treća Direktiva protiv pranja novca naročito navodi koncept ***„beneficiranog vlasnika"*** i on je izložen povećanoj pažnji dobrog privrednika. U ovom delu, treća Direktiva pranja novca koristi „test proporcionalnosti."[7] Ovo znači da Direktiva pokušava da predvidi bilo kakvu

[5] Op.cit., 73.

[6] F.Barrachdi, Anti-Money Laundring in Europe, Law and Economic Work Paper, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1152400

[7] R.C.H.Alexander, Unutrašnji odnos i pranje novca u EU: zakon i regulativa, Hampshire 2009., 145.

pretnju (prateći rizične transakcije), i onda ako je neophodno, preduzme potrebne mere. Ovi primeri neosporno pokazuju da su odredbe pretrpele promene koje su bile nužne da bi se Direktiva prilagodila promenljivim okolnostima.

Druga kategorija novina se odnosi na primenu treće Direktive protiv pranja novca na zakonita zanimanja (legalne profesije). Dodajući legalnu profesiju već pomenutim grupama, povećana je kontraverznost. Direktiva sadrži obavezu podnošenja izveštaja od strane lica koja vrše legalne profesije. Suprotno od prethodnih direktiva, predviđena je obaveza za određena lica koja se profesionalno bave svojom delatnošću podnesu izveštaj o sumnjivim transakcijama uvek kada postoji sumnja. Oslobađanje ove obaveze je ograničeno. Međutim, brojne ustanove širom Evrope na koje se odnosi ova obaveza su u ne malom broju slučajeva istakle da ova obaveza ozbiljno ugrožava integritet legalnih profesija. U Velikoj Britaniji je ovo rezultiralo iznošenjem jednog slučaja pred Evropski sud pravde.[8]

Treća kategorija novina se odnosi na ulogu čuvara kapije od strane privatnih banaka u primeni treće Direktive protiv pranja novca. Naime, prema ovoj direktivi privatne banke su obavezne da pažnjom dobrog privrednika (čl.7 Direktive) aktivno prate sve transakcije svojih klijenata.

Privatne banke kao „čuvari kapija" - rizik tzv. „rent-seeking"-a

Globalna inicijativa koja je dovela do porasta aktivnosti protiv pranja novca se odnosi na FATF (Financial Action Task Force) u čiji sastav ulaze predstavnici 31 zemlje koje imaju udružene snage u borbi protiv pranja novca i finansiranja terorizma.[9] Na globalnoj skali inicijative FATF-a i njena delovanja su dovela do formiranja nekoliko regionalnih tela koja aktivno učestvuju u borbi protiv pranja novca. Od osnivanja

[8] ECJ slučaj C-305/05 Ordre des barreaux francophones et germanophone case (2006) I-3969. U ovom slučaju ESP je preispitao obavezu propisanu u trećoj Direktivi protiv pranja novca o odnosu na legalnu profesiju da informiše i sarađuje. Postavilo se pitanje da li ova obaveza narušava tzv. obim legalne profesionalne privilegije? ESP je zaključio da obaveze predviđene trećom Direktivom protiv pranja novca ne narušavaju princip pravičnog suđenja (čl.6 ECHR). Rezultat ovog slučaja je da je veliki broj aktivnosti koje vrše legalne profesije ostao van obima „legalne profesionalne privilegije", odnosno nezaštićen. Videti: J.Komarek, Legal Professional Privilege and the EU`s Fight Against Money Laundering, CIVIL JUSTICE QUARTERLY, Vol. 27, 2008. http://ssrn.com/abstract=1031721

[9] Videti: FATF 2008, http://www.fatf-gafi.org/

FATF-a, bankarski sektor u Evropi je pokazao volju za saradnju sa kompetentnim telom u borbi protiv prekograničnog pranja novca.

Stavljajući banke na „prvu liniju fronta" u borbi protiv pranja novca Evropski komitet Saveta ministara je formirao Bazelski komitet 1980. godine koji je postavio „osnovne principe efektivnog bankarskog nadzora".[10] Ovi principi su bili osnov za donošenje propisa (zakona) o upravljanju koji primenjuju sve banke u Evropi. Kao dopuna ovim principima, postoji i 40 tzv. preporuka FATF-a koje su takođe bile središnja tačka u kreiranju treće Direktive protiv pranja novca. Osnovni principi, preporuke i treća Direktiva protiv pranja novca predstavljaju pravno regulisani prostor u kojem deluju banke širom Evrope.[11] Gore pomenuti napori da se donesu odgovarajuće regulative su pokušaj da se pravno uredi bankarski sektor. Ovo nas dovodi do regulative koja se odnosi na monitoring privatnih banaka kao „čuvara kapija" u borbi protiv pranja novca. Prema trećoj Direktivi pranja novca (čl.2) banke kao finansijske institucije su obavezne da obaveštavaju nadležne vlasti i da sa njima sarađuju. Sa stanovišta izvršne vlasti, obaveza banaka da obaveštavaju nadležne vlasti o svakoj sumnjivoj finansijskoj transakciji je suštinski oblik „čuvanja kapije". Banke su postavljene na prvi front borbe protiv pranja novca jer su one te koje su najbliže corpora delicti.

Da se vratimo sada na centralno pitanje ovog rada. Kao što je rečeno, rizik od rent-seeking-a sprečava banke da prate prekogranične sumnjive transakcije pranja novca. U ekonomskoj literaturi koncept rent-seeking-a se godinama razvijao i primenjivao na veliki broj različitih tema.[12] U ekonomiji, rent seeking se pojavljuje kada pojedinac, organizacija ili firma pokušava da zaradi novac ekonomskim manipulacijama radije nego trgovinom i proizvodnjom dobara. Sam pojam potiče od pojma ekonomske rente (iznajmljivanje zemljišta), ali u sadašnjem smislu, ovaj pojam se više vezuje za državnu regulativu i zloupotrebu državne vlasti.

Sve evropske banke deluju u pravno regulisanom prostoru u kojem su one ograničene pravilima o upravljanju. Deo pravila o upravljanju posta-

[10] J.Handoll, Capital,Payments, Money Laundering in the European Union, Dublin:Richmond 2006., 125.

[11] Op.cit., 127-129.

[12] Koncept se primenjivao u kontekstu monopola, više videti: W.P.Rogerson, the Social Costs of Monoply and Regulation: A Game - theoretic Analysis, The Bell Journal of Economics and Management Science 13/1982., 391-401. Dalje, veoma važno proširenje je bila primena rent-seeking-a na odluke procesnog karaktera koje donose nadležni državni organi. Koncept rent-seeking-a je pomogao da se objasne nekoliko odluka koje su ukazivale na korupciju, pomićivanje i sl. Videti: C.K.Rowley & R.Elgin, Government and its Bureaucracy: A Bilateral Bargaining Versus a Principle-Agent Approach , u C.K.Rowley, The Political Economy of Rent-Seeking, Boston 1988.

vljaju same banke, a deo je ustanovljen od strane državne vlasti. Sa stanovišta cene i koristi koje se mogu postići, za banke je mnogo bolje da sarađuju, odnosno da se prilagode pravilima koja najbolje odgovaraju njihovom modelu, što znači da će banke najviše poštovati pravila upravljanja koja sama postavljaju (više rente). Ipak, ova pravila nisu uvek podjednako dobra za sve učesnike.[13] U ovom slučaju jasno je da to nije u interesu EU i borbe protiv pranja novca. Koncept privatnih pravila koja omogućavaju više rente (niže cene za privatne banke, više cene za društvo) zahtevaju malo više objašnjenja. Težnja da se održi niža cena za banke koliko god je to moguće se najbolje može ilustrovati sledećim primerima:

Primer jedan:

Banke nemaju interesa da formiraju više cene od potrebnog. Pridržavajući se sopstvenih pravila, one mogu da održavaju najniže moguće cene na štetu drugih strana (učesnika). U slučaju pranja novca, banke su suštinski iste kao i fizička lica.[14] Perači novca (kao npr. unutrašnji trgovci) mogu da otvore svoju sopstvenu banku i da svoje nezakonite operacije realizuju u okviru iste. Ove banke funkcionišu kao pokriće za sprovođenje nezakonitih radnji. Kada se ovo uzme u obzir, privatne banke (naročito u zemljama sa slabim bankarskim sektorima) se smatraju potencijalno rizičnim klijentima. Zbog toga praćenje svake transakcije u ovim zemljama (transakcije između zemalja Istočne Evrope) je teško i veoma skupo. U ovim zemljama se Vlada i banke veoma često upuštaju u „rent seeking" jer to obema stranama donosi najveći profit. Metafora za ovu vrstu rent-seeking-a je taj što će obe strane pokušati da povećaju svoj deo uloga bez povratnog ulaganja.[15]

Primer dva:

Treća Direktiva protiv pranja novca obavezuje banke da kontrolišu tzv. poduhvate pod kojima se podrazumevaju označene transakcije koje se realizuju kroz glavne.[16] Pitanje je da li će banke obavestiti pravosudne

[13] W.J.Baumol, Entepreneurship: Productive, Unproductive and Destructive, Journal of Political Economy 5/98, 896.

[14] P.Peare.Illiquid Banking vs. Narrow Banking (November 2000), http://ssrn.com/abstract=337226

[15] A.Maljevic, Fighting Money Laundering in BOsnia and Hezegovina: Controling Criminal1s Sloppiness or the Private Sector1s Diligence?, The Orgnaisation of Crime for Profit, Condust, Law and Measurment, Nijmegen 2006., 121.

[16] Directive 2005/60/EC (L 309/15)
http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/en/oj/2005/I_309/I_30920051125en00150036.pdf

organe ukoliko sumnjaju da postoji krivično delo. U poslednjih pet godina ni jedna banka u Rusiji nije obavestila nadležne organe o mogućim štetnim transakcijama. Ovo se takođe može objasniti kroz „rent seeking" .Učesnici koji se izlažu riziku da izgube svoju reputaciju neće uspostaviti sistem za monitoring. Privatne banke zbog toga imaju svoje stimulanse kako bi nadvladali pretpostavke za moguće pranje novca. Ovi podsticaji se mogu savršeno objasniti. Naime, banke se neće odati jer postoji realna opasnost da izgube ugled, klijente i da dođu do bankrota.[17] U slučaju da banka otkrije da postoji mogućnost da se odvija transakcija pranja novca, onda će kreditori te banke odmah izaći iz posla. Ovo će izazvati tzv. ***domino efekat***, zbog koga će svi kreditori napustiti banku i rezultat je bankrot. Ukoliko banka na tržištu ukaže da jedna grupa lica pere novac, ona više neće biti u mogućnosti da sklopi ugovor sa drugim strankama, jer će razotkrivanje pranja novca narušiti njen ugled. Na osnovu iznetog se kao jedino rešenje nameće situacija jednovremenog i zajedničkog razotkrivanja pranja novca, jer na taj način ne bi bilo kolateralne štete per sum.[18] Zbog toga banke ovo izbegavaju svojom „neutralnošću", a ovaj neutralni status zahteva od njih da se uzdrže od kontrolisanja i praćenja transakcija koliko je to moguće.

Primer tri:

Treća Direktiva protiv pranja novca obavezuje banke da korisnike bankarskih usluga – klijente „obrade" na adekvatan način. To znači da će banke morati da informišu nadležne vlasti o bazi podataka njihovih korisnika. Ova obaveza se vezuje za definiciju „povlašćenog vlasništva". Ovaj primer je sasvim drugačiji od gore pomenutog. Prema trećoj Direktivi postoji stroga obaveza za banke da prijave svaku transakciju pranja novca. Pošto banke očigledno ne mogu da izbegnu ovu obavezu, postavlja se pitanje šta se sa njima dešava kada prijave nelegalnu transakciju? U praksi, banke traže od klijenata da ispune neophodnu dokumentaciju, na osnovu kojih su banke obavezne da vrše praćenje i kontrolu transakcija preko granice (kontrolni punktovi).[19] Na žalost monitoring se u praksi ipak pokazao i u ovom slučaju kao neefikasan jer koncept „povlašćenog

[17] P.Dituss % S.D.Prowse, Corporate Control in Central Europe and Russia: Should Banks Own Shares? http://ssrn.com/abstract=569199, at 4

[18] J.Frye, Collateral Damage: A Source of Systematic Credit Risk, Risk Magazine, April 2000, /http://www.chicagofed.org/publication/publicpolicystudies/emergingingissues/pdf/S&R_2000_15.pdf

[19] K.Maresceau &M.Tison, Cross-Border business in the European Union and Statutory Disclosure Requirements: using IT as a Catalyst for further Market Integration, Journal of International Commercial Law and Technology, Vol.3, Issue 2 /2008, 86.

vlasništva“ dovodi do situacije u kojoj banka nađe skrbnika ili osobu koja radi sa povlašćenim vlasnikom. U prilog tome, perači novca često koriste broj lažne korporacije, kao i vozila kojima se onemogućava njihov pronalazak. Direktor banke koji sumnja u određenu transakciju, proveriće je na osnovu „kontrolnog popisa“ ali rezultat je taj da osoba koja profitira od pranja novca nikada neće biti pronađena.[20] Zbog toga banke nemaju ni motiv da se time više pozabave od onog što moraju. Iako će banke formalno ispunuti svoju obavezu, lice koje profitira od pranja novca ostaje neotkriveno. Prema tome, kombinacija povlašćenog vlasništva i pravovremene obrade (provere) klijenta od strane banke ne daje rezultate kao što se očekivalo, pa ne postoji podsticaj za banke da se uzdrže od pasivnog („rent seeking“) ponašanja.

Ovi primeri pokazuju da „rent - seeking“ koji sprovode banke (zbog nedostatka podsticaja, gubitka ugleda, klijenata, rizika od bankrota) ih sprečava da vrše efikasan monitoring predviđen trećom Direktivom.

Ipak, ovaj rezultat se ne odražava na sveopštu ocenu učinka treće Direktive u sprečavanju pranja novca. Ovim se zapravo samo pokazuje da monitoring transakcija pranja novca od strane banaka ne funkcioniše kao što je to bilo planirano u Direktivi.

Zaključna razmatranja

Inicijativa da se banke uključe u borbu protiv pranja novca nije uspeh ***per se***. On zahteva sve napore i donosioca propisa i bankarskog sektora sa ciljem da se omogući borba protiv pranja novca i da se održi integritet evropskog finansijskog sistema. Međutim, i pored svih napora, činjenica je da je veoma teško ući u trag i pratiti perače novca. Oni koriste sve vrste struktura, naftne kompanije, off shore listinge i dr. da bi izbegli zakonske intervencije.

Zbog svega iznetog neophodno je uspostaviti mehanizme kojima će se banke podsticati na prijavljivanje sumnjivih transakcija nadležnim organima. U praćenju pranja novca bitno je zabeležiti (tačno označiti) vozilo (npr.fizičkog ili pravnog lica). Otkrivanje od strane banaka mora biti ili simultano, ili mora da postoji zakonski način da se to opravda. To u suštini znači da banke koje su umešane treba u isto vreme da prijave perače novca i sumnjive transakcije. Ukoliko privatne banke to ne učine, one moraju imati opravdanje za takvo postupanje.

[20] E.Takart, A Theory of Crying Wolf: The Economics of Money Laundering Enforcement (April 2007), IMF Working Paper No. 07/81, http://ssrn.com/abstract=979035

Praćenje perača novca je izuzetno teško jer se ono nikada ne vrši licem u lice i ovo predstavlja slabost Direktive protiv pranja novca. Zbog toga je posebno značajno intenziviranje mere identifikacije klijenata koje su umešane u pranje novca. Veoma je važno propisati izričitu obavezu banaka da u potpunosti identifikuju svoje klijente i to posebno u slučajevima kada se bankovni računi otvaraju putem telefonskog poziva, kao i u slučajevima Internet bankarstva.

Tatjana Lukic, Ph.D. Assistant professor
Novi sad School of Law

Anti - Money Laundering in Europe

Abstract

The latest regulatory initiative is the Council of Europe's third Money Laundering Directive (2005/60/EC). Coordinated measures on the Community level were necessary to prevent money launderers from abusing the European Community's frontierless internal market for their criminal activities. Second, this category contains additional legislative measures against money laundering. One of these measures is Regulation 1889/2005 on the Controls of Cash Entering or Leaving the Community. The necessity of this regulation laid in the highly divergent approaches taken by the Member States. Third, this category includes third pillar measures against cross-border money laundering. Third pillar measures mainly require Member States to diminish money laundering by monitoring their banking transactions, accounts and confidentialities.

On the contrary to prior anti-money laundering laws, the latest (third) Money Laundering Directive has a central role for banks. The banking sector is involved in the enforcement of the third Money Laundering Directive through the introduction of disclosure requirements (customer due diligence). The aim of the Directive is to involve all the actors that might get in contact with cross-border money laundering transactions. This paper will examine whether banks indeed have the incentive to enforce the Directive. The first presumption is that, albeit the newest Money Laundering Directive is wider (i.e. broader scope and covers more topics and players) than prior regulatory ventures, it does not necessarily bring a more sophisticated regime. The second presumption is that, there is a risk of rent-seeking that prevents private banks from actually maximizing their gatekeeper role. The rent-seeking risk is mainly fostered by the regulatory framework in which banks operate. Both presumptions form the backbone of this paper and will be thoroughly examined.

The central research question in this paper is: How does the risk of rent-seeking prevent private banks from actively fulfilling their gatekeeping role in the enforcement of the wider legal regime of the third Money Laundering Directive? And what are the consequences for the effectiveness of the Directive? In this article the author tried to answer this question. This paper discuss about legal novelties created by the third Money Laundering Directive which author devides in the three categories, and the role of private banks in the enforcement of the Directive (gatekeeping role and the potential risk of rent-seeking).

Originalni naučni rad 342.724:343.63(4)

Dr Branislav Ristivojević, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

GRANICA IZMEĐU SLOBODE GOVORA I DOSTOJANSTVA DRUŠTVENIH SKUPINA U ODABRANIM EVROPSKIM KRIVIČNIM PRAVIMA: GOVOR MRŽNJE*

Ako sloboda išta znači,
onda znači pravo da se ljudima
kaže ono što ne žele da čuju.[1]

Sažetak: *Evropa doživljava opšte kretanje ka narušavanju ravnoteže između slobode govora i dostojanstva društvenih skupina na štetu prve. Zabrane slobode govora su sve brojnije i sve obimnije, a primena sve češća. Krivičnopravne odredbe koje sadržinski odgovaraju pojmu govora mržnje sadrže nekoliko zajedničkih odlika.*

Pretnju stabilnim odnosima između društvenih skupina koja zavređuje krivičnopravno uplitanje predstavlja samo javan govor mržnje. On se iscrpljuje u podsticanju na mržnju i narušavanju časti i dostojanstva društvenih skupina, ali će se najčešće pojaviti u obliku smeše oba. U pravilu će se uvredama, omalovažavanjem ili klevetanjem podsticati na mržnju. Sa izuzetkom nemačkog, i do neke mere finskog zakonodavca, niti jedan nije uspeo da postigne potpunu zaštitu svih društvenih skupina. Nabrajenjem zaštićenih društvenih skupina uvek se stvara opasnost da neka od njih bude propuštena, a to će u pravilu biti ona društvena skupina koja je najslabija i kojoj će, sledstveno tome, zaštita biti najpotrebnija. Skoro pravilna geografska rasprostranjenost dveju različitih vrednosti koje se štite krivičnim delima koja sadržinski odgovaraju pojmu govora mr-

* Rad je posvećen projektu *Pravo Srbije u evropskoj perspektivi* br. 149042 koji finansira Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije.

[1] Džordž Orvel: ***Životinjska Farma***, predgovor, 1946.

žnje govori da su društva severozapadne Evrope uspešnija u postizanju stabilnih i dobrih odnosa između različitih nacija, rasa, vera, etnosa i drugih društvenih skupina.

Ključne reči: *Govor mržnje, društvene skupine, sloboda govora, dostojanstvo, čast, uvreda, kleveta, podsticanje, javno.*

UVOD

Poslednjih godina zakonodavno delovanje u Evropi pokazuje porast zanimanja za zabrane slobode govora koje se odnose na pojedine društvene grupe. U Italiji je početkom 2007. godine predložen novi zakon kojim se određuju oštrije kazne za dela rasne mržnje. Nacrt zakona je sadržao i zabranu poricanja holkausta, ali je iz samog predloga izbačena ta odredba što je izazvalo oštru javnu raspravu. U Francuskoj je sličnu sudbinu doživeo zakon o zabrani poricanja genocida nad jermenima, koji je početkom 2007. godine prošao donji dom skuštine, ali je odbijen u gornjem domu.[2]

Uprkos tome što se zabrane slobode govora u pogledu dostojanstva društvenih grupa kao što su nacije, rase, vere ili etnosi u Evropi postoje odavno, pojam „govor mržnje" je od skora počeo da se koristi za označavanje isključivo ovih zabrana slobode govora. Ovaj pojam je ušao u svakodnevnu upotrebu vrlo brzo nakon njegovog pojavljivanja na evropskim prostorima 90-tih godina XX. veka i potisnuo je pojmove kao što je pojam „rasna mržnja" i slične.

Na prvom mestu ova pojava je posledica političke nadmoći Novog sveta nad Evropom u periodu nakon hladnog rata. Politička nadmoć sa sobom nosi i određenu vrstu kulturne nadmoći koja se u oblasti prava pojavljuje u vidu prenošenja i presađivanja angloamerečkih pravnih postavki, ideja ili pojmova u evropski pravni prostor. Pojam „govor mržnje" je primer te pojave. Iako je njegovo poreklo i ono što on označava malo poznato postao je uobičajen.

Drugi razlog za njegovo brzo ukorenjivanje u Evropi jeste činjenica da unutrašnja prava nisu imala jedan zaokružen i celovit generički pojam za označavanje ovih zabrana slobode govora. Pojam „rasna mržnja" nije dovoljno širok za označavanje ovih zabrana. Pojam „govor mržnje" je popunio ovu prazninu.

[2] http://www.legislationline.org/?tid=218&jid=1&less=true, 10. mart 2007. godine.

Iz navedenih razloga se ovaj rad opredelio za korišćenje pojma „govor mržnje“ za označavanje posebnih vrsta zabrana slobode govora. U pitanju su zabrane koje su zamišljene da ograniče slobodu govora u korist prava na dostojanstvo određenih društvenih grupa, najčešće rasa, nacija, ili vera.

Odabrani evropski krivični zakoni bi trebalo da pruže sliku o stanju na polju dostojanstva društvenih skupina kao zaštićene vrednosti u Evropi.

RAZLIKE U PRISTUPU ZABRANAMA SLOBODE GOVORA IZMEĐU KONTINENTA I SAD

Poreklo pojma govor mržnje

Pokret za snaženje slobode govora u američkom društvu je dobio snažan zamah nakon Drugog svetskog rata tokom 50-tih, 60-tih i 70-tih godina prošlog veka. Sa protekom vremena pretnja koju su činile tradicionalne mete netolerancije je slabila. Komunizam je polako nestajao, verske tenzije splasnule, a stav prema seksu se menjao. Snažne norme o slobodi govora i nestajanje pretnje od mnogih kontroverznih skupina u društvu je doveo do povećanog stepena tolerancije prema tim istim skupinama. Ovo stanje je svoj odraz dobilo u sveprisutnom kretanju na američkim univerzitetima tokom 80-tih i 90-tih godina u vidu donošenja akata za koje je opšti naziv bio speech codes.[3] U ovim aktima su se, pored ostaloga, nalazile zabrane govora koji bi se sadržao u rasističkim uvredama, epitetima ili, čak, predrasudama o polovima, seksualnom opredeljenju ili etničkim zajednicama. U svojoj suštini ovi akti uređuju norme o oblicima jezičkog izražavanja koji se upotebljavaju u javnom govoru.[4] Pod pojmom govor mržnje, u njegovom izvornom, anglosaksonskom, smislu, treba razumeti one oblike jezičkog izražavanja koji, prema ovim aktima, nisu dozvoljeni.

Pojam govor mržnje je teško bliže odrediti i zaokružiti. Ovo stoga što se akta u kojima se nalaze ograničenja slobode govora, tzv. „speech code“ jesu raznovrsni po sadržaju.[5] Govor mržnje, u zemlji svog porekla, nema opšte prihvaćenu odredbu.[6]

---

[3] Dennis Chong, ***Free Speech and Multiculturalism In and Out of the Academy***, Political Psychology Vol. 27, No. 1, 2006, p. 29-30.

[4] Dennis Chong, ***Free Speech and Multiculturalism In and Out of the Academy***, Political Psychology Vol. 27, No. 1, 2006, p. 34.

[5] Vicente M. Lechuga, Book review: Jon B. Gould, ***Speak No Evil: The Triumph of Hate Speech Regulation,*** Review of Higher Education, Vol. 30, No 1, 2006, p. 79.

[6] S. Walker, ***Hate speech: The history of an American controversy***. Lincoln: University of Nebraska, 1994, navedeno prema: Clay Calvert, ***Hate speech and its harms: a communication theory perspective***, The Journal of Communication, Vol. 47, No. 1, 1997, p. 4.

Razlike u pristupu istom problemu između Evrope i SAD

U SAD se zabrane govora mržnje teško mogu naći u saveznom, državnom ili čak lokalnom pravu.[7] One su uglavnom nalaze u različitim vrstama pravilnika o ponašanju na američkim univerzitetima.[8] Ovi pravilnici su, na Vrhovnom sudu SAD, skoro bez izuzetka, proglašavani neustavnim.[9] Osnovni razlog je zaštita slobode govora. Drugi razlog je činjenica da zabrane govora mržnje jesu suviše široko postavljene i unose znatnu meru neodređenosti u pravo.[10] S druge strane samo osam saveznih država u SAD nemaju zakone koji zabranjuju krivična dela mržnje.[11] To jasno govori da se u SAD pravi oštra razlika između govora mržnje i krivičnih dela mržnje.

Sudovi u SAD su se uglavnom pokazali nemoćni da spreče donošenje ovih pravilnika. Univerziteti drže stare pravilnike na snazi i nastavljaju da donose nove. Ovo jasno govori da u SAD postoje dva poretka vrednosti u vezi sa zabranama sloboda govora. Jedan iza koga stoji Vrhovni sud i drugi iza koga stoje univerziteti za koje ovi pravilnici imaju veliku moralnu snagu, uprkos tome što se retko sprovode.[12] Drugi razlog za postupanje suprotno sudskim odlukama jeste strah da će ih ukidanje pravilnika pokazati slabim pred zahtevima da se bore sa rasnom netolerancijom.[13]

---

[7] Robert Ackerman, Book review: Donald Alexander Downs: ***Restoring Free Speech and Liberty on Campus***, Journal of College Student Development; Jul/Aug 2006, Vol. 47, No. 4, p. 481.

[8] Eric Heinze, ***Viewpoint Absolutism and Hate Speech***, Modern Law Review, Vol. 69, 2006, p. 555; Na različitim univerzitetima ovi akti imaju različite nazive. Na Kolumbija univerzitetu zove se „Sexual Misconduct Policy", na univerzitetima Pensilvanija i Mičigen zovu se „Rascial and Ethnic Harassment Code", na univerzitetu Viskonsin u okviru šireg akta koji nosi uobičajeni naziv Madison Plan, a stvarni naziv mu je „Design for Diversity", nalazi se akt pod nazivom Student Speech Code: Robert Ackerman, Book review: Donald Alexander Downs: ***Restoring Free Speech and Liberty on Campus***, Journal of College Student Development; Jul/Aug 2006, Vol. 47, No. 4, p. 482-483.

[9] King, D. Ryan, Book review: Jon B. Gould, ***Speak No Evil: The Triumph of - Hate Speech Regulation***, Law & Society Review, Vol. 40, 2006, p. 734; Dennis Chong, ***Free Speech and Multiculturalism In and Out of the Academy***, Political Psychology Vol. 27, No. 1, 2006, p. 33.

[10] Eric Heinze, ***Viewpoint Absolutism and Hate Speech***, Modern Law Review, Vol. 69, 2006, p. 547; Dennis Chong, ***Free Speech and Multiculturalism In and Out of the - Academy***, Political Psychology Vol. 27, No. 1, 2006, p. 33.

[11] Robert J. Boeckmann & Carolyn Turpin-Petrosino, ***Understanding the Harm of Hate Crime***, Journal of Social Issues Vol. 58, No. 2, 2002, p. 214.

[12] King, D. Ryan, Book review: Jon B. Gould, ***Speak No Evil: The Triumph of Hate Speech Regulation***, Law & Society Review, Vol. 40, 2006, p. 735.

[13] King, D. Ryan, Book review: Jon B. Gould, ***Speak No Evil: The Triumph of Hate Speech Regulation***, Law & Society Review, Vol. 40, 2006, p. 735.

Za razliku od SAD, evropski poredak vrednosti polaze od pretpostavke da je neki govor, sam po sebi, zbog pogleda koji se njime iznose, dovoljno opasan, iako iz njega ne sledi ni najmanja naznaka nekog protivpravnog delovanja. Kao ishod ovog stanja zabrane govora mržnje su česte, uživaju podršku i primenjuju se.[14] Zabrane govora mržnje u Evropi, u dobroj meri, duguju svoje poreklo zabranama poricanja holokausta.[15]

Poreklo razlika u obimu slobode govora između kontinenta i SAD

SAD su država u kojoj se visoko vrednuju i štite slobode i prava pojedinaca, a država se trudi da na formalnom polju stvori jednakost među građanima. Ovo se postiže kroz jednakost u pravima odnosno kroz i zabranu diskrminacije pojedinca. Ljudi su izjednačeni u mogućnostima, a koliko će te jednake mogućnosti koristiti to je stvar njihovog izbora. Država se na najmanji mogući način upliće u raspored dobara u društvu kroz određivanje najmanjih plata ili najmanjih mera socijalne zaštite.[16]

Za razliku od SAD države zapadne evrope su, pored razvijene svesti o vrednosti prava i sloboda pojedinaca, visoko vrednuju i prava i slobode skupina. Države se trude da jednakost zadovolje, ne samo na formalnom polju kroz pravno izjednačavanje ljudi, već i na suštinskom polju kroz različite mere socijalne i privredne jednakosti. Država se u velikoj meri upliće u raspored dobara u društvu kroz obaveznu penzijsku ili zdravstvenu zaštitu i obavezno obrazovanje. Građanin ne može da bira da li će biti deo ovih tokova dobara.[17]

Uz veliku ogradu da bi ovaj stav mogao biti nazvan uopštavanjem bez osnova, moglo bi se reći da američko društvo pruža jednake šanse svim ljudima. Pošto su ljudi različiti oni te šanse iskorišćavaju na različite načine. Otud poreklo razlika između ljudi u američkom društvu. Zapadnoevropsko društvo želi da izjednači ljude, pa se različitim ljudima pružaju različite šanse da bi bili što više izjednačeni. Otud naglašena uloga države u raspodeli dobara u društvu.

Krajnja posledica jeste naglašenija uređivačka (regulatorna) uloga države u društvu kod društava oblikovanih po zapadnoevropskom uzoru poredeći sa onima koje su oblikovane po uzoru na SAD.

---

[14] Eric Heinze, ***Viewpoint Absolutism and Hate Speech***, Modern Law Review, Vol. 69, 2006, p. 555.

[15] ***Europe: Free speech under threat; Charlemagne*****,** The Economist, Vol. 381, Iss. 8500, 21. oktobar 2006, p. 56

[16] Eric Heinze, ***Viewpoint Absolutism and Hate Speech***, Modern Law Review, Vol. 69, 2006, p. 569.

[17] Eric Heinze, ***Viewpoint Absolutism and Hate Speech***, Modern Law Review, Vol. 69, 2006, p. 570.

Takođe, treba naglasiti da su SAD nastale kao društvo koje je u sebe primalo pojednice, a ne skupine. Evropa je nastala objedinjavanjem država i narodnosnih skupina. Stoga su slobode i prava pojedinca naglašenije kao vrednosti od sloboda i prava skupina. U Zapadnoj evropi su, pored nesumnjivo visokovrednog položaja sloboda i prva pojedinaca, slobode i prava skupina daleko veće vrednosti nego u SAD.

Gde se nalazi veza „govora mržnje" i stepena uplitanja države u tokove u društvu? U SAD je sloboda govora osmišljena u oslonu na ideje o slobodi tržišta i protoka roba i ljudi. Kao što postoji tržište roba i usluga tako postoji i tržište ideja. Svakom treba omogućiti jednak pristup tom tržištu. Sredstvo za to jeste sloboda govora. Zabrane koje nosi sa sobom „govor mržnje" služe kao nužno zlo kada neko zloupotrebi slobodu govora i pređe njene granice pretećи da ugrozi slobodu govora drugih Zapadnoevropska društva su oslonjena na veću ulogu države u rasporedu dobara u društvu. Država u velikoj meri nadzire tokove u društvu trudeći se da postigne suštinsku materijalnu jednakost. Sa materijalnog polja ova svest o naglašenoj uređivačkoj (regulatornoj) ulozi države je prešla i na opšte društveno polje, pa tako zapadnoevropske države zabrane slobode govora koriste u svrhu postizanja jednakosti u društvu.[18]

Pošto su prava i slobode skupina više vrednovane u zapadnoevropskim društvima nego u SAD prirodno je da se zabrane slobode govora na kontinentu koriste u svrhu postizanja jednakosti između skupina koje čine okosnicu zapadnoevropskih društava-naroda, vera i rasa.

Savremena kretanja u vezi sa govorom mržnje

Sveprisutno je kretanje ka širenju pojma govora mržnje na taj način da obuhvati svaki oblik govora koji je neprihvatljiv. Govor mržnje je vremenom postao opšti pojam koji obuhvata svaku upotrebu govora kao napada na drugog na osnovu njegovog rasnog, verskog, etničkog, seksualnog ili drugog opredeljenja.[19] Najdalje su otišli predstavnici shvatanja po kojem je govor mržnje jeste svaki „napadački govor" kojim se unižava,

---

[18] Eric Heinze, ***Viewpoint Absolutism and Hate Speech***, Modern Law Review, Vol. 69, 2006, p. 570.

[19] Rodney Smolla, ***Free speech in an open society***. New York, Knopf Publishers, 1992, navedeno prema: Clay Calvert, ***Hate speech and its harms: a communication theory perspective,*** The Journal of Communication, Vol. 47, No. 1, 1997, p. 4; R. Sedler, ***The unconstitutionality of campus bans on „racist speech": The view from without and within***, The University of Pittsburgh Law Review, Vol. 58, 1992, navedeno prema: Laura Leets, ***Experiencing Hate Speech: Perceptions and Responses to Anti-Semitism and Antigay Speech***, Journal of Social Issues, Vol. 58, No. 2, p. 342.

ponižava, vređa ili teroriše.[20] Ima onih koji pokušavaju da „govor mržnje" odrede uz pomoć posledica koje on izaziva, jer smatraju da su posledice govora mržnje nesumnjive za razliku od njegovog pravnog određenja koje je nejasno.[21] Prema zagovornicima ovih shvatanja govor mržnje je određen kao mehanizam za podređivanje ljudi koji obuhvata složenu i povezanu seriju fizičkih, govornih i gestovnih akata koji stvaraju okruženje uznemirenosti, straha i diskriminacije.[22] Sličan prethodnim je stav da je „govor mržnje" svaki oblik izražavanja usmeren ka predmetu predrasuda koji izvršilac koristi da povredi ili ponizi.[23] Ovakva kretanja stvaraju zabunu jer nisu svi oblici neprihvatljivog govora govor mržnje.

„Govor mržnje" se može odrediti kao onaj govor kojim se izražava, zagovara, ohrabruje, zastupa ili podstiče mržnja prema skupini pojedinaca koje krase neka ili neke zajedničke osobine. Govor mržnje nije nedostatak poštovanja, nepoštovanje, neslaganje, nesviđanje, neodobravanje drugih ljudi odnosno skupina ljudi.[24] Uvreda skupine ljudi je klasičan obrazac za „govor mržnje".[25] Zabrana „govora mržnje" jeste u stvari zabrana uvrede skupine ljudi gde motiv za uvredu jeste pripadnost skupini.

Iako postoji mogućnost da ne budu istovetni, uvreda ili kleveta se u najvećoj meri preklapaju sa govorom mržnje.[26] Razlika je u činjenici da se kod obične uvrede i klevete napada na dostojanstvo pojedinca, a kod govora mržnje na dostojanstvo društvenih skupina. Ako pođemo od ove

---

[20] M. J. Matsuda, C. R. Lawrence, R. Delgado, & K. W. Crenshaw, ***Words that wound,*** Boulder, CO: Westview, 1993, navedeno prema: Clay Calvert, ***Hate speech and its harms: a communication theory perspective,***The Journal of Communication, Vol. 47, No. 1, 1997, p. 5.

[21] Laura Beth Nielsen, ***Subtle, Pervasive, Harmful: Racist and Sexist Remarks in Public as Hate Speech***, Journal of Social Issues, Vol. 58, No. 2, 2002, p. 266.

[21] Parekh, Bhikhu, ***Hate Speech***, Public Policy Research Vol. 12, No. 4, 2006, p. 279.

[22] L. Lederer & R. Delgado, ***The Price we Pay: Tahe Case Against Racist Speech, Hate Propaganda and Pornography***, New York, Hill and Wang, 1995, navedeno prema: Laura Beth Nielsen, ***Subtle, Pervasive, Harmful: Racist and Sexist Remarks in Public as Hate Speech***, Journal of Social Issues, Vol. 58, No. 2, 2002, p. 266.

[23] Robert J. Boeckmann & Carolyn Turpin-Petrosino, ***Understanding the Harm of Hate Crime***, Journal of Social Issues Vol. 58, No. 2, 2002, p. 209.

[24] Parekh, Bhikhu, ***Hate Speech***, Public Policy Research Vol. 12, No. 4, 2006, p. 214. Bhikhu smatra da postoje tri osnovne osobine govora mržnje. Prva je odvajanje pojedinca ili skupine pojedinaca koje odlikuju određene zajedničke osobine kao predmeta govora mržnje. Druga je obeležavanje predmeta govora mržnje kao nosioca nekih odlika koje se, prema opštoj društvenoj saglasnosti, smatraju lošim. Treća je izdvajanje predmeta govora mržnje izvan normalnih tokova života u društvu.

[25] Eric Heinze, ***Viewpoint Absolutism and Hate Speech***, Modern Law Review, Vol. 69, 2006, p. 577.

[26] Ima mipljenja da se uvreda i kleveta mogu potpuno odvojiti od govora mržnje: Parekh, Bhikhu, ***Hate Speech***, Public Policy Research Vol. 12, No. 4, 2006, p. 214.

pretpostavke moguće je odrediti donju i gornju granicu govora mržnje, na teorijskom polju. I uvreda pojedinca je izuzetno dozvoljena ako nije bilo namere vređanja, a uvredljiva izjava je data u svrhu kritičkog sagledavanja nečijeg rada. Po ovom obrascu moguće je napraviti razlika između govora mržnje i objektivne kritike neke skupine ljudi i njihovih osobina, što bi bila donja granica govora mržnje.[27] Gornju granicu govora mržnje moguće je odrediti putem razlike između govora mržnje (hate speech) i krivičnih dela mržnje (hate crimes). Krivična dela mržnje su ona dela koja su motivisana mržnjom ili neprijateljstvom između različitih skupina ljudi.[28] Načelno, krivičnim delom mržnje možemo nazvati svako krivično delo izvršeno uz govor mržnje.[29] Ovo merilo za razdvajanje nije savršeno i pripada kriminologiji, pre nego krivičnom pravu.[30]

IZVORI PRAVA O GOVORU MRŽNJE NA MEĐUNARODNOJ RAVNI

Na međunarodnoj ravni se već nakon Drugog svetskog rata počelo sa uvođenjem određenih zabrana slobode govora u cilju osnaživanja prava na jednakost. Od najvažnijih treba spomenuti Evropsku konvenciju o ljudskim pravima iz 1951. godine, Međunarodni pakt o građanskim i ljudskim pravima iz 1966. godine i Međunarodnu konvenciju o isključivanju svih oblika rasne diskriminacije iz 1969. godine.

„Evropska konvencija o ljudskim pravima“ iz 1951. godine u članu 10. pod nazivom „Sloboda izražavanja“ u stavu 1. prvo uređuje slobodu izražavanja, da bi potom u 2. stavu odredila određene zabrane ove slobode:

„**1.** Svako ima pravo na slobodu izražavanja. Ovo pravo uključuje slobodu posedovanja sopstvenog mišljenja, primanja i saopštavanja informacija

---

[27] Parekh, Bhikhu, ***Hate Speech***, Public Policy Research Vol. 12, No. 4, 2006, p. 220.

[28] Robert J. Boeckmann & Jeffrey Liew, ***Hate Speech: Asian American Students' - Justice Judgments and Psychological Responses***, Journal of Social Issues Vol. 58, No. 2, 2002, p. 364. Američki Federalni istražni biro (FBI) ima sličnu odredbu. Prema njoj krivično delo mržnje je ono delo koje je u potpunosti ili delimično motivisano neprijateljskim stavom ili mišljenjem prema skupini pojedinaca koje je osnovano na njihovoj rasnoj, verskoj, nacionalnoj pripadnosti ili seksualnom opredeljenju: F. M. Lawrence, Punishing Hate: Bias Crimes under American Law, Cambridge, Harvard University Press, 1999, navedeno prema: Robert J. Boeckmann & Carolyn Turpin-Petrosino, ***Understanding the Harm of Hate Crime***, Journal of Social Issues Vol. 58, No. 2, 2002, p. 208.

[29] Robert J. Boeckmann & Carolyn Turpin-Petrosino, ***Understanding the Harm of Hate Crime***, Journal of Social Issues Vol. 58, No. 2, 2002, p. 208-209.

[30] Ima mišljenja da je ono nesprovodivo i arbitrerno: Edward Dunbar, & Andres Molina, ***Opposition to the Legitimacy of Hate Crime Laws: The Role of Argument Acceptance, Knowledge, Individual Differences, and Peer Influence***, Analyses of Social Issues and Public Policy, Vol. 4, No. 1, 2002, p. 92-93.

i ideja bez mešanja javne vlasti i bez obzira na granice. Ovaj član ne sprečava države da zahtevaju dozvole za rad televizijskih, radio i bioskopskih preduzeća. **2.** Pošto korišćenje ovih sloboda povlači za sobom dužnosti i odgovornosti, ono se može podvrgnuti formalnostima, uslovima, ograničenjima ili kaznama propisanim zakonom i neophodnim u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbednosti, teritorijalnog integriteta ili javne bezbednosti, radi sprečavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, zaštite ugleda ili prava drugih, sprečavanja otkrivanja obaveštenja dobijenih u poverenju, ili radi očuvanja autoriteta i nepristrasnosti sudstva."[31]

„Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima" iz 1966. godine u članu 19. postavlja slobodu govora odnosno slobodu izražavanja i njena ograničenja:

„**1.** Svako ima pravo na mišljenje bez uplitanja. **2.** Svako ima pravo na slobodu izražavanja; ovo pravo uključuje pravo na traženje, primanje i upućivanje obaveštenja svih vrsta, bez obzira na granice, usmeno, pismeno, u štampanom obliku ili putem sredstva po svom izboru. **3.** Vršenje prava iz stava 2. nosi sa sobom posebna prava i obaveze. Stoga može biti podvrgnuto određenim ograničenjima, ali to mogu biti samo ona ograničenja koja su određena pravom i koja su nužna."[32]

Nakon ovog člana dolazi član 20. koji sadrži neke od primera ograničenja prava na slobodu izražavanja. Može se pretpostaviti da su u pitanju najznačajnija od ovih ograničenja jer su jedino ona izričito pomenuta:

„**1.** Bilo kakva propaganda rata biće zabranjena pravom. **2.** Bilo kakvo zagovaranje nacionalne, rasne ili verske mržnje kojom se podstrekava na diskriminaciju, neprijateljstvo ili nasilje biće zabranjeno pravom."[33]

„Međunarodna konvencija o isključivanju svih oblika rasne diskriminacije" doneta 1969. godine predstavlja vrhunac napora UN na polju izjednačavanja ljudi različite rasne i druge pripadnosti. Da dobre namere izražene konvencijom ne bi ostale samo prazno slovo na papiru konvencija članom 4. utvrđuje određene obaveze za države potpisnice:

„Države potpisnice osuđuju svaku propagandu i svaku organizaciju koje su osnovane na idejama ili teorijama nadmoći rase ili grupe osoba jedne boje ili etničkog porekla, ili koje [propagande i organizacije] opravdavaju ili promovišu rasnu mržnju i diskriminaciju u bilo kojem obliku i [države potpisnice] poduhvataju da usvoje trenutne i pozitivne mere načinjene da iskorene svako podstrekavanje, ili svaka dela takve diskrimina-

[31] http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/70ED854D-0A0B-4D87-859D-51C79FE38CA2/0/SerbianSerbe.pdf, 23. mart 2007. godine.

[32] http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/a_ccpr.htm, 25. mart 2007. godine.

[33] http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/a_ccpr.htm, 25. mart 2007 godine.

cije i, uz dužnu pažnju ka načelima Opšte deklaracije o pravima čoveka i pravima izričito ustanovljenim u članu 5 ove Konvencije, između ostaloga: a) proglasiće krivičnim delom svako širenje ideja osnovanih na rasnoj nadmoći ili mržnji, podstrekavanje na rasnu diskriminaciju, kao i dela nasilja i podstrekavanja na takva dela protiv neke rase ili grupe lica druge boje kože ili etničkog porekla, pružanje pomoći rasističkom delovanju uključujući finansiranje istog; b) proglasiće nezakonitim i zabraniće organizacije, kao i organizovano i svako drugo propagandno delovanje, koje promoviše i podstiče rasnu diskriminaciju i proglasiće učestvovanje u takvim organizacijama ili delovanjima za krivično delo; c) neće dozvoliti državnim organima, nacionalnim ili lokalnim, da promovišu ili podstiču rasnu diskriminaciju."[34]

Komitet Ujedinjenih nacija za isključivanje rasne diskriminacije, koji je zadužen za tumačenje i praćenje sprovođenja konvencije, zagovara najšire moguće tumačenje člana 4. konvencije.[35]

UPOREDNI PREGLED ZABRANA SLOBODE GOVORA KOJE SADRŽINSKI ODGOVARAJU POJMU „GOVOR MRŽNJE" U ODABRANIM EVROPSKIM KRIVIČNIM PRAVIMA

Način na koji države prilaze problemu govora mržnje u svojim unutrašnjim krivičnim pravima jasno govori o vrednosnom ustrojstvu koje one slede. Razlika između tih pristupa može da ukaže na razliku koju pojedina društva pridaju dostojanstvu grupe lica ili dostojanstvu pojedinaca kao zaštitnom objektu. Uporedna pretraga, takođe, može da ukaže na različita tumačenja izvora međunarodnog prava o govoru mržnje, koji su već opisani.

U svakoj obimnoj uporednoj pretrazi većeg broja krivičnih zakona različitih zemalja pojavljuje se isti problem. Prevodi krivičnih zakonika na srpski jezik ne postoje, sa izuzetkom nemačkog. Prevodi na jedan veći svetski jezik, engleski najčešće, ređe nemački, postoje. Prvo pitanje koje se postavlja jeste da li su oni dobro urađeni? Uz najbolju nameru prevodilaca jedan deo smisla nekog krivičnog zakona, koji je izvorno napisan na nekom od jezika kontinentalne porodice pravnih celina, mora da se izgubi kada se krivični zakon prevodi na jezik anglosaksonske porodice pravnih celina-engleski.[36]

---

[34] http://www.ohchr.org/english/law/pdf/cerd.pdf, 25. mart 2007. godine.

[35] Eric Heinze, ***Viewpoint Absolutism and Hate Speech***, Modern Law Review, Vol. 69, 2006, p. 557.

[36] U nezvaničnom prevodu norveškog krivičnog zakona na engleski jezik koji je urađen pod pokroviteljstvom ministarstva pravde i policije kraljevine Norveške stoji sle-

Da bi se pretraga uradila potrebno je prevesti takve nesavršene engleske prevode različitih evropskih krivičnih zakona na srpski jezik. Ovakav pristup nužno mora da izazove određeni gubitak izvornog smisla nekog krivičnog zakona, pa čak i greške u značenju pojednih pojmova. Na ovom mestu nije potrebno posebno objašnjavati koliko može da znači gubitak ili pogrešan prevod samo jedne reči u krivično-pravnoj normi.

ODABRANA EVROPSKA KRIVIČNA PRAVA

Nemačka

U nemačkom KZ govor mržnje i zabrana poricanja holokausta se nalaze u 7. glavi koja nosi naziv „Krivična dela protiv javnog reda" u članu 130. koji nosi naziv „Agitacija protiv naroda":

„**1.** Ko na način koji je podoban da uznemiri javnost: 1) podstiče mržnju protiv delova stanovništva ili poziva na nasilne ili arbitrerne mere protiv istih ili 2) napada na ljudsko dostojanstvo drugih vređanjem, zlonamernim ocrnjivanjem ili klevetanjem delova stanovništva, kazniće se zatvorom od 3 meseca do 5 godina **2.** Ko: 1) pismeno koje podstiče mržnju protiv delova stanovništva ili nacionalne, rasne ili verske skupine, ili skupine koju odlikuju narodni običaji [etnička skupina], koje poziva na nasilne ili arbitrerne mere protiv istih, ili koje napada na ljudsko dostojanstvo drugih vređanjem, zlonamernim ocrnjivanjem ili klevetanjem delova stanovništva ili gore pomenute skupine: a) širi; b) javno izlaže, šalje, predstavlja ili na drugi način čini dostupnim; v) nudi, daje ili čini dostupnim licu mlađem od 18 godina; g) proizvodi, nabavlja, snabdeva, skladišti, preduzima izvoz ili uvoz sa namerom da koristi ili umnožava pismeno ili ko pomaže takvu upotrebu pismena od strane drugog ili 2) širi emisiju sadržinski označenu pod 1) putem radija, kazniće se zatvorom ne više od tri godine ili novčanom kaznom. **3.** Ko javno ili na skupu odobrava, poriče ili čini be-

---

deće: „Nezvanični prevod Krivičnog zakona je osnovan na prevodima Haralda Šjoldagera i Fin Beker iz 1961. godine, kao i Ronalda Valforda i Lin Hamilton iz 1995. godine. - Dopune zakona su prevedene od strane Ronalda Valforda i Majd Koster i uključene su u prevod po odobrenju ministarstva pravde. Pronalaženje tačnog engleskog ekvivalenta za norveški pravni termin nije bio lak zadatak. U nekim slučajevima rešenja koja su odabrana nisu više od aproksimacija, pošto nema neposrednog ekvivalenta, a u nekim slučajevima bilo je nepohodno upotrebiti eksplikatorne napomene": ***Opšti krivični zakon, sa - kasnijim dopunama, poslednje izvršeno Zakonom broj 131 od 21. decembra 2005. godine*** , Norveško ministarstvo pravde, Zakonodavno odeljenje, 2006; - http://www.ub.uio.no/ujur/ulovdata/lov-19020522-010-eng.pdf, 20. mart 2007. godine.

zazlenim delo iz člana 220a stav 1) izvršeno u vreme Nacional-socijalizma na način podoban da uznemiri javnost kazniće se zatvorom ne više od 5 godina ili novčanom kaznom. **4.** Stav 2) važi i za pismena koja sadržinski odgovaraju stavu 3)... ...“[37]

Austrija

U austrijskom KZ govor mržnje se nalazi u 21. glavi koja nosi naziv „Krivična dela protiv javnog reda“ u članu 283. koji nosi naziv „Verhetzung“:

„1. Ko javno poziva ili podstiče, na način podoban da uznemiri javnost, na izvršenje neprijateljskog dela prema crkvi ili verskoj zajednici u zemlji ili prema grupi koja pripada crkvi ili verskoj zajednici, rasi, naciji, etničkoj grupi ili državi kazniće se zatvorom ne manje od dve godine. 2. Isto će se kazniti ko protiv neke od grupa navedenih u stavi 1. javno podstiče mržnju ili ko javno unižava grupu na način koji krši ljudsko dostojanstvo.“[38]

Poseban zakon koji nosi naziv „Zakon o zabrani Nacional-socijalističke-radničke partije Nemačke“ uređuje zabranu poricanja holokausta, zabranu nacističke propagande, zabranu upotrebe nacističkih oznaka ili obnavljanja nacional-socijalizma. Stav 5. člana 3. glasi:

„Zabranjuje se javno poricanje, teško obesmišljavanje, odobravanje ili opravdavanje genocida izvršenog pod nacional-socijalizmom ili nacional-socijalističkih zločina.“[39]

Švajcarska

U švajcarskom KZ govor mržnje se nalazi u 12. glavi koja nosi naziv „Krivična dela protiv javnog reda“ u članu 261bis koji nosi naziv „Rasna diskriminacija“:

„Ko javno izaziva mržnju ili diskriminaciju prema licu ili grupi lica zbog njihove rasne, etničke ili verske pripadnosti, ili ko javno širi ideologiju koja je uperena na sistematsko ponižavanje ili klevetanje pripadnika jedne rasne, etničke ili verske grupe, ili ko sa istim ciljem organizuje propagandno delovanje, pomaže ga ili u njemu učestvuje, ili ko rečju, pismenom, slikom, ponašanjem, nasiljem ili na drugi način jedno ili više lica na uvredljiv način omalovažava ili diskriminiše njihovo ljudsko dostojanstvo zbog rasne, etničke ili verske pripadnosti

[37] http://www.iuscomp.org/gla/statutes/StGB.htm, 20. mart 2007. godine
[38] http://www.legislationline.org/?tid=218&jid=5&less=false, 13. mart 2007. godine.
[39] http://www.legislationline.org/?tid=218&jid=5&less=false, 13. mart 2007. godine.

tih lica, ili ko iz jednog od ovih razloga poriče genocid ili drugi zločin protiv čovečnosti, grubo, bez kajanja, traži opravdanje, ili ko uskrati ostvarenje opštedozvoljene radnje licu ili grupi lica zbog njihove rasne, etničke ili verske pripadnosti kazniće se novčano ili zatvorom do tri godine."[40]

Švedska

Krivični zakon Švedske u 16. poglavlju pod nazivom „Krivična dela protiv javnog reda" sadrži i neimenovani član 8. koji glasi:

„Ko izjavom ili drugim sredstvom opštenja, koje je rašireno, preti ili iznosi uvrede nacionalnoj, etničkoj ili drugoj takvoj grupi lica aludirajući na rasu, boju, nacionalno ili etničko poreklo, ili versko opredeljenje kazniće se za agitovanje protiv nacionalne ili etničke grupe zatvorom najviše dve godine, ili ako je delo lakše novčanom kaznom."[41]

Zanimljivo je da švedski zakon istrajava na grupi kao elementu bića ovog dela. Pojedinac ne može da bude pasivni subjekt ovog krivičnog dela. 2003. godine zakon je promenjen tako što je pooštrena kazna za ovo krivično delo i sada iznosi najmanje 6 meseci a najviše 4 godine zatvora.

Mađarska

Krivični zakon Mađarske u 16. glavi pod nazivom „Krivična dela protiv prava i poretka" sadrži i 3. odeljak pod nazivom „Krivična dela protiv javnog mira". Član 269. nosi naziv „Podsticanje protiv zajednica":

„Ko javno podstiče na mržnju protiv: a) mađarskog naroda, b) bilo koje nacionalne, etničke ili rasne grupe ili određene grupe stanovništva kazniće se zatvorom do 3 godine."[42]

Sa ovim krivičnim delom je povezano krivično delo iz člana 174b. pod nazivom „Nasilje protiv pripadnika nacionalne, etničke, rasne ili verske grupe" koje se nalazi u 3. odeljku 12. glave Krivičnog zakona. Ova glava nosi naziv „Krivična dela protiv čoveka", a odeljak nosi naziv „Krivična dela protiv slobode i ljudskog dostojanstva":

---

[40] http://www.admin.ch/ch/d/sr/311_0/a261bis.html, 13. mart 2007. godina.

[41] - http://www.legislationline.org/upload/legislations/59/94/4c405aed10fb48cc256dd3732d76.pdf, 14. mart 2007. godine.

[42] http://www.era.int/domains/corpus-juris/public_pdf/hungary_criminal_code.pdf, 20. mart 2007. godine.

„**1.** Ko napadne drugog zato što on pripada, ili učinilac veruje da pripada, nacionalnoj, etničkoj, rasnoj ili verskoj grupi, ili ga prinudi nasiljem ili pretnjom da nešto uradi, ne uradi ili trpi, kazniće se zatvorom do pet godina... ...“[43]

Mađarski krivični zakon sadrži i član 269b. Pod nazivom „Upoteba despotskih oznaka“ koji je veoma zanimljiv sa stanovišta ovog rada pa će biti naveden:

„Ko: a) rastura; b) koristi pred većim brojem ljudi; c) izlaže u javnosti; kukasti krst, oznake ss-a, strelasti krst, srp i čekić, petokraku zvezdu ili oznake koje ih predstavljaju, ukoliko nije izvršeno teže delo, čini prekršaj i kazniće se novčano.“[44]

Norveška

Kriični zakon Norveške u glavi 13. pod nazivom „Krivična dela protiv javnog reda i mira“ sadrži član 135a. koji je neimenovan:

„Ko, umišljajno ili nehatno, javno iznese diskriminatornu izjavu ili izjavu mržnje kazniće se novčano ili zatvorom do 3 godine. Izjava koja je izneta na taj način da je izvesno da će biti saznata od većeg broja lica smatra se jednakom sa javno iznetom izjavom. Znakovi će se smatrati izjavom. Pomagač se kažnjava istom kaznom. Diskriminatorna izjava ili izjava mržnje jeste ona izjava kojom se preti ili vređa, podstrekava na mržnju, progon, vređanje koga zbog njegove: a) boje kože, nacionalnog ili etničkog porekla; b) vere ili životnog stava, c) homoseksualnosti, životnog stila ili opredeljenja.“

Velika Britanija

U britanskom pravu govor mržnje je propisan sa nekoliko akata, ali je najvažniji „Zakon o javnom redu“ iz 1986. godine. Akt je, pored ostaloga, određivao pojam rasne mržnje i krivična dela rasne mržnje. „Zakon o javnom redu“ je 2006. godine dopunjen zakonom koji nosi naziv „Zakon o rasnoj i verskoj mržnji“. Ovim zakonom je izvršeno prosto dopunjavanje zakona iz 1986. godine pojmom verske mržnje i novim krivičnim delima verske mržnje. Nova dela verske mržnje su u suštini ista kao i dela rasne mržnje, samo je dodat novi objekat mržnje. Pored rase, to sada može biti i vera. Naročito je zanimljivo da zakon nosi potpuno novi na-

[43] http://www.era.int/domains/corpus-juris/public_pdf/hungary_criminal_code.pdf, 20. mart 2007. godine.

[44] http://www.era.int/domains/corpus-juris/public_pdf/hungary_criminal_code.pdf, 20. mart 2007. godine.

ziv, „Zakon o rasnoj i verskoj mržnji“, iako on uopšte nije nov zakon već samo dopuna starog zakona iz 1986. godine.

Zakon o javnom redu

Treći deo zakona iz 1986. godine nosi naziv „Rasna mržnja“. Prvi član u ovom delu, a 17. u celom zakonu, nosi naziv „Značenje [pojma] rasne mržnje“:

„U ovom delu [zakona] „rasna mržnja“ znači mržnju prema grupi osoba određenoj bojom, rasom, nacionalnošću (uključujući državljanstvo), etničkim ili nacionalnim poreklom“[45]

Članovi zakona od 18. do 22. određuju različite krivična dela rasne mržnje nemaju posebne nazive, već se jedan naziv nalazi ispred član 18. i koristi se za svih pet članova: „Dela kojim se namerava ili je izvesno da će izazvati rasnu mržnju“. Član 18. propisuje:

„**1.** Ko koristi preteće, zloupotrebljive ili uvredljive reči ili ponašanje, ili ko pokazuje kakvo preteće, zloupotrebljivo ili uvredljivo pismeno kriv je ako je: a) nameravao da time izazove rasnu mržnju, ili b) bilo izvesno, uzevši u obzir sve okolnosti, da će se time izazvati rasna mržnja. **2.** Krivično delo iz ovog člana može biti izvršeno na javnom mestu ili van njega, s tim da delo neće postojati ukoliko su reči i ponašanje korišćeni odnosno pismeno prikazano u stanu i nisu opaženi izvan tog, ili drugog stana. **3.** Policija može i bez naloga da uhapsi svakog za koga razumno posumnja da vrši delo iz ovog člana. **4.** U postupku za delo iz ovog člana optuženi se može odbraniti ako dokaže da je imao razloga da veruje da reči, ponašanje ili pismeno neće biti opaženi izvan tog ili drugog stana. **5.** Za koga se pokaže da nije nameravao da izazove rasnu mržnju neće biti kriv za delo iz ovoga člana ako nije nameravao da njegove reči, ponašanje ili pismeno budu preteći, zloupotrebljivi ili uvredljivi. **6.** Ovaj član se ne primnjuje na reči, ponašanja ili pismena čija je jedina svrha bila da budu deo [radijskog ili televizijskog] programa.“[46]

---

[45] http://www.statutelaw.gov.uk/content.aspx?LegType=All+Legislation&title=public+order+act&Year=1986&searchEnacted=0&extentMatchOnly=0&confersPower=0&blanketAmendment=0&sortAlpha=0&TYPE=QS&PageNumber=1&NavFrom=0&parentActiveTextDocId=2236942&ActiveTextDocId=2236993&filesize=50041, 14. mart 2007. godine.

[46] http://www.statutelaw.gov.uk/content.aspx?LegType=All+Legislation&title=public+order+act&Year=1986&searchEnacted=0&extentMatchOnly=0&confersPower=0&blanketAmend-

Član 19. je posvećen izdavanju i rasturanju pretećeg, zloupotrebljivog ili uvredljivog pismena. Član 20. je posvećen glumcu ili reditelju predstave koja sadrži preteće, zloupotrebljive ili uvredljive reči ili ponašanja. Član 21. kažnjava prikazivanje ili rasturanje pretećeg, zloupotrebljivog ili uvredljivog video ili zvučnog zapisa, a 22. prikazivanje radijskog ili tv programa pretećeg, zloupotrebljivog ili uvredljivog sadržaja. Član 23. nosi naziv „Posedovanje rasno zapaljivog materijala", ali uopšte ne daje određenje kakav je materijal rasno zapaljiv već govori o posedovanju pretećeg, zloupotrebljivog ili uvredljivog video ili zvučnog zapisa ili pismena koje je prikazano, pokazano, odigrano, izdato ili rastureno. Član 27. određuje kazne za dela iz dela 3. zakona i to iste kazne sva dela. U slučaju da je vođen krivični postupak (conviction on indictment) kazna je zatvor do 7 godina ili novčana kazna, ili obe kazne. U slučaju prekršajnog postupka (summary conviction) kazna je zatvor do 6 meseci ili novčana kazna ili obe. Zanimljivo je da se postupak za ova dela se vodi samo po odobrenju vrhovnog tužioca (Attorney General.).

Zakon o rasnoj i verskoj mržnji

Već je rečeno da je Zakon o rasnoj i verskoj mržnji samo dopuna Zakona o javnom redu. Tako ovaj zakon određuje u svom prvom članu da se nakon dela 3. u Zakon o javnom redu dodaje deo 3a. koji nosi naziv „Mržnja na verskim osnovama". Ovaj deo je uređen na isti način kao i deo 3. Prvo dolazi član 29a. koji daje određenje verske mržnje, a zatim članovi koji određuju krivična dela verske mržnje:

„U ovom delu [zakona] „verska mržnja" znači mržnju prema grupi osoba određenoj verskim uverenjima ili nedostatkom verskih uverenja"[47]

Krivična dela su određena na isti način što znači da prvo dolazi član 29b. koji uređuje korišćenje pretećih reči, ponašanja i pismena kojim se namerava izazvati verska mržnja:

„**1.** Ko koristi preteće reči ili ponašanje, ili ko pokazuje kakvo preteće pismeno kriv je ako je time nameravao da izazove versku mržnju. **2.** Krivično delo iz ovog člana može biti izvršeno na javnom mestu ili van njega, s tim da delo neće postojati ukoliko su reči i ponašanje korišćeni odnosno pismeno prikazano u stanu i nisu opaženi izvan tog, ili drugog stana. **3.** Policija može i bez naloga da uhapsi svakog za koga razumno posumnja da vrši delo iz ovog člana. **4.** U postupku za delo iz ovog člana optuženi se

---

ment=0&sortAlpha=0&TYPE=QS&PageNumber=1&NavFrom=0&parentActiveTextDocId=2236942&ActiveTextDocId=2236993&filesize=50041, 14. mart 2007. godine.

[47] http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2006/60001--b.htm, 14. mart 2007. godine.

može odbraniti ako dokaže da je imao razloga da veruje da reči, ponašanje ili pismeno neće biti opaženi izvan tog ili drugog stana. **5.** Ovaj član se ne primenjuje na reči, ponašanja ili pismena čija je jedina svrha bila da budu deo [radijskog ili televizijskog] programa“[48]

Član 29c. uređuje izdavanje i rasturanje pismena pretećeg sadržaja sa istom namerom. Član 29d. kažnjava reditelja ili glumca predstave koja sadrži preteće reči ili ponašanja koje se koriste sa namerom da se izazove rasna mržnja dok član 29e. propisuje kao krivično delo rasturanje i prikazivanje video ili zvučnog zapisa pretećeg sadržaja. Član 29f. pokriva emitovanje radijskog ili televizijskog programa pretećeg sadržaja. Član 29g. uređuje posedovanje zapaljivog pismena, video ili zvučnog zapisa. Kazne za krivična dela verske mržnje određene su potpuno isto kao i za krivična rasne mržnje.

Zakon o rasnoj i verskoj mržnji u članu 29j. sadrži jednu veliku razliku u odnosu na Zakon o javnom redu. Član nosi naziv „Zaštita slobode izražavanja [mišljenja]“ i glasi:

„Ništa u ovom delu zakona neće biti tumačeno na takav način, niti će imati takvo dejstvo, da ograničava ili zabranjuje raspravu, kritiku ili izražavanje antipatije, neslaganja, nesviđanja, podsmeha, uvrede ili zloupotrebe neke vere i verovanja i prakse njenih pripadnika, ili nekog drugog verskog sistema i verovanja i prakse njegovih pripadnika, ili preobraćanja, ili pritiskanja pripadnika druge vere ili verskog sistema da prestanu sa upražnjavanjem svoje vere ili verskog sistema.“[49]

Irska

Irska je 1989. godine donela „Zakon o zabrani podstrekavanja mržnje“ koji pokazuje velike sličnosti sa britanskim Zakonom o javnom redu, odnosno onim njegovim delom koji uređuje rasnu mržnju. Zakon u 1. članu daje odredbu mržnje:

„**1.** 1) U ovom zakonu... ...“mržnja“ znači mržnju prema grupi lica unutra države ili drugde zbog njihove rase, boje, nacionalnosti, vere, etničkog ili nacionalnog porekla, pripadnosti putujućoj zajednici ili seksualnom opredeljenju... ...“.[50]

Nakon toga u 2. članu pod nazivom „Dela za koja je izvesno da će izazvati rasnu mržnju“ zakon daje odredbe krivičnih dela mržnje:

„**1.** Čini krivično delo ko: 1) izdaje ili rastura pisani materijal; 2) koristi reči, ponašanje ili prikazuje pisani materijal a) izvan stana, b) unutar

[48] http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2006/60001--b.htm, 14. mart 2007. godine.
[49] http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2006/60001--b.htm, 14. mart 2007. godine.
[50] http://www.irishstatutebook.ie/front.html, 19. mart 2007. godine

svog stana na način da reči, ponašanje ili pisani materijal mogu biti opaženi van stana; 3) rastura, prikazuje ili pušta video ili zvučni zapis; ako su pisani materijal, reči, ponašanje, video ili zvučni zapis preteći, zloupotrebljivi ili uvredljivi i ako je nameravao da time izazove rasnu mržnju, ili je bilo izvesno, uzevši u obzir sve okolnosti, da će time izazvati rasnu mržnju. **2.** 1. U postupku za delo iz prethodnog stava, ukoliko se ne dokaže da je optuženi imao nameru da izazove mržnju, on se može braniti da nije sumnjao ili nije imao razloga da sumnja da su materijal ili zapis preteći, zloupotrebljivi ili uvredljivi. 2. U postupku za delo iz 2. tačke prethodnog stava optuženi se može braniti 1) ako dokaže da je bio unutar stana i nije imao razloga da veruje da će se reči, ponašanje ili materijal opaziti van stana; 2) ako se ne dokaže da je nameravao da izazove mržnju da dokaže da nije nameravao, ili nije bio svestan, da reči, ponašanje ili materijali mogu da budu preteći, zloupotebljivi ili uvredljivi. **3**... ...“[51]

Član 3. je posvećen emitovanju radijskog ili televizijskog programa za koji je izvesno da će izazvati mržnju, a član 4. pripremi i posedovanju materijala za koje je izvesno da će izazvati mržnju. Kazne su propisane članom 6. jednako za sva dela i to u slučaju da je vođen krivični postupak (conviction on indictment) kazna je zatvor do 2 godina ili novčana kazna, ili obe kazne. U slučaju prekršajnog postupka (summary conviction) kazna je zatvor do 6 meseci ili novčana kazna ili obe.

Slovačka

Novi slovački krivični zakon koji je stupio na snagu 2006. godine u 1. delu, koji nosi naziv „Krivična dela protiv mira i čovečnosti“, 12. glave, u članu 423. pod nazivom „Uvreda nacije, rase ili vere“ određuje:

„**1.** Ko javno uvredi: 1) narod, njegov jezik, rasu ili etničku grupu; 2) grupu na osnovu njenog pripadanja ili nepripadanja veri kazniće se zatvorom do 1 godine. **2.** Zatvorom do tri godine kazniće se ko delo iz stava 1.. ...“[52]

Naredni član 424. nosi naziv „Podstrekavanje na rasnu ili etničku mržnju“:

„**1.** Ko javno a) podstrekne na mržnju protiv naroda, narodnosti, rase ili etničke grupe ili b) podstrekne na ograničavanje prava ili sloboda pripadnicima naroda, narodnosti, rase ili etničke grupe kazniće se zatvorom do 1 godine ili novčanom kaznom. **2.** Istom kaznom kazniće se ko se udruži ili organi-

[51] http://www.irishstatutebook.ie/front.html, 19. mart 2007, godine.

[52] http://www.legislationline.org/?tid=218&jid=45&less=false, 19. mart 2007. godine.

zuje s drugim licima u nameri izvršenja dela iz prethodnog stava. **3.** Zatvorom najmanje 1 godinu kazniće ko dela iz stava 1. ili 2... ...“[53]

Finska

Finski krivični zakon u 10. poglavlju pod nazivom „Ratni zločini i zločini protiv čovečnosti“ sadrži član 8. koji nosi naziv „Agitacija protiv naroda“:

„Ko javno širi izjave ili druga obaveštenja kojima se preti, ponižava ili vređa određena rasna, nacionalna, verska, etnička ili druga slična grupa kazniće se za agitaciju protiv naroda novčanom kaznom ili zatvorom do 2 godine.“[54]

Rusija

Krivični zakon Ruske federacije u 29. poglavlju pod nazivom „Krivična dela protiv osnova ustavnog poretka i državne bezbednosti“ u 282. članu koji nosi naziv „Podstrekavanje na rasnu, nacionalnu i versku mržnju“ propisuje:

„**1.** Dela usmerena na podstrekavanje nacionalne, rasne ili verske mržnje, ponižavanje ljudskog dostojanstva, kao i propaganda izuzetnosti, nadmoći ili inferiornosti lica na osnovu njihovog stava prema verskom, nacionalnom ili rasnom opredeljenju, ako su ova dela izvršena javno ili upotrebom masovnih medija kazniće se novčanom kaznom u iznosu od 500 do 800 najmanjih plata, ili plata, ili bilo kojeg drugog prihoda izvršioca za period od 5 do 8 meseci, ili ograničavanjem slobode do 3 godine, ili zatvorom od 2 do 4 godine. **2.** Delo iz stava jedan koje je izvršeno: a) silom ili pretnjom upotrebe sile; b) od strane službenog lica u vršenju službene dužnosti; v) od strane organizovane grupe, kazniće od 3 do 5 godina zatvora.“

Rumunija

Rumunski krivični zakon u 1. glavi posebnog dela koje nosi naziv „Krivična dela protiv bezbednosti države“ sadrži i član 166. koji je neimenovan:

„Javna propaganda usmerena ka ustanovljavanju totalitarne države, bez obzira na sredstvo izvršenja, kazniće se zatvorom od 6 meseci do 5 godina i uskraćivanjem određenih prava.“[55]

---

[53] http://www.legislationline.org/?tid=218&jid=45&less=false, 19. mart 2007. godine.

[54] http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1889/en18890039.pdf, 19. mart 2007. godine.

[55] http://www.era.int/domains/corpus-juris/public_pdf/romania_criminal_code.pdf, 20. mart 2007. godine.

U 9. glavi posebnog dela rumunskog krivičnog zakona koja nosi naziv „Krivična dela koja narušavaju odnose među ljudima“, a u 4. odeljku glave koje nosi naziv „Ostala krivična dela“, nalazi se član 317. koji je neimenovan:

„Nacionalističko-šovinistička propaganda koja izaziva nacionalnu i rasnu mržnju, a koja se ne može podvesti pod član 166, kazniće se zatvorom od 6 meseci do 5 godina.“[56]

Srbija

Srpski Krivični zakon u 28. glavi pod nazivom „Krivična dela protiv ustavnog uređenja i bezbedosti republike Srbije i SCG“ u članu 317. koji nosi naziv „Izazivanje nacionalne, rasne i verske mržnje i netrpljivosti“ uređuje sledeće:

„**(1)** Ko izaziva ili raspiruje nacionalnu, rasnu ili versku mržnju, ili netrpeljivost među narodima ili etničkim zajednicama koje žive u Srbiji, kazniće se zatvorom od šest meseci do pet godina. **(2)** Ako je delo iz stava 1. ovog člana učinjeno prinudom, zlostavljanjem, ugrožavanjem sigurnosti, izlaganjem poruzi nacionalnih, etničkih ili verskih simbola, oštećenjem tuđih stvari, skrnavljenjem spomenika, spomen-obeležja ili grobova, učinilac će se kazniti zatvorom od jedne do osam godina. **(3)** Ko delo iz st. 1. i 2. ovog člana vrši zloupotrebom položaja ili ovlašćenja ili ako je usled tih dela došlo do nereda, nasilja ili drugih teških posledica za zajednički život naroda, nacionalnih manjina ili etničkih grupa koje žive u Srbiji, kazniće se za delo iz stava 1. zatvorom od jedne do osam godina, a za delo iz stava 2. zatvorom od dve do deset godina.“

U 34. glavi Krivičnog zakonika pod nazivom „Krivična dela protiv čovečnosti i međunarodog prava“ nalazi se u članu 387. delo „Rasna diskriminacija“:

„ **(1)** Ko na osnovu razlike u rasi, boji kože, nacionalnosti, etničkom poreklu ili nekom drugom ličnom svojstvu krši osnovna ljudska prava i slobode zajamčena opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i ratifikovanim međunarodnim ugovorima od strane SCG, kazniće se zatvorom od šest meseci do pet godina. **(2)** Kaznom iz stava 1. ovog člana kazniće se ko vrši proganjanje organizacija ili pojedinaca zbog njihovog zalaganja za ravnopravnost ljudi. **(3)** Ko širi ideje o superiornosti jedne rase nad drugom ili propagira rasnu mržnju ili podstiče na rasnu diskriminaciju, kazniće se zatvorom od tri meseca do tri godine.“

[56] http://www.era.int/domains/corpus-juris/public_pdf/romania_criminal_code.pdf, 20. mart 2007. godine.

Danska

Krivični zakon Danske u glavi 27. pod nazivom „Krivična dela protiv časti i određenih ličnih prava“ sadrži član 266b koji se zove „Zabrana širenja rasizma i rasističke propagande“ koji glasi:

„**1.** Ko javno ili sa namerom širenja izjavom ili drugim obaveštenjem preti, vređa ili ponižava grupu ljudi zbog njihove rase, boje, nacionalnog ili etničkog porekla, ili seksualnog opredeljenja kazniće se novčanom kaznom ili zatvorom do 2 godine. **2**. Ukoliko se radnja krivičnog dela može označiti kao propaganda ta činjenica će se uzeti kao otežavajuća okolnost kod odmeravanja kazne.“

Belgija

Belgija je jedna od retkih država koja je 1995. godine donela „Zakon o zabrani poricanja, umanjivanja, opravdavanja i odobravanja genocida izvršnog od strane nemačkog nacional-socijalističkog režima za vreme drugog svetskog rata“. Takođe, Belgija je donela „Anti-rasistički zakon“ kojim se kažnjava podsticanje diskriminacije, mržnje i nasilja protiv pojedinca zbog njegove rase, boje, nacionalnog ili etničkog porekla. Zaštitni objekat može biti i grupa, zajednica ili njihov pripadnik. Pored ovoga kažnjava se i javno iznošenje namere diskriminacije, mržnje ili nasilja prema istim zaštitnim objektima.[57]

Italija

Italija je 1975. godine donela Zakon broj 675 koji je dopunjen 1993. godine Zakonom broj 205. Ovim zakonom Italija je zabranila širenje ideja osnovanih na superiornosti ili rasnoj ili etničkoj diskriminaciji. Kažnjivo je i podstrekavanje ili izvršenje diskriminatornih akata na rasnim, etničkim, nacionalnim ili verskim osnovama. Posebno se kažnjava podstrekavanje ili izvršenje nasilnog akta ili provokacije na rasnim, etničkim, nacionalnim ili verskim osnovama. Prilikom dopune iz 1993. godine, kao novina, određeno je kao kažnjivo javno izlaganje oznaka organizacija, društava ili pokreta koji podstiču na diskriminaciju ili nasilje na rasnim, etničkim, nacionalnim ili verskim osnovama. Ovo delo dobija teži oblik kada je izvršeno na javnom skupu ili sportskom takmičenju.[58]

---

[57] http://www.legislationline.org/?tid=218&jid=8&less=false, 19. mart 2007. godine.

[58] http://www.legislationline.org/?tid=218&jid=27&less=false, 19. mart 2007 godine.

Poljska

Poljski krivični zakon u članu 256. kažnjava javnu propagandu fašističkih i totalitarnih poredaka i podstrekavanje na mržnju na nacionalnim, etničkim, rasnim i verskim osnovama. Član 257. kažnjava javnu uvredu grupe lica na osnovu njihovog nacionalnog, etničkog, rasnog ili verskog opredeljenja. Član 119. kažnjava nasilje ili pretnje grupi ili pojedincima na osnovu njihovog nacionalnog, etničkog, rasnog ili verskog opredeljenja.[59]

Španija

Član 510. španskog krivičnog zakona kažnjava podstrekavanje na diskriminaciju, mržnju i nasilje na rasističkim, anti-semitskim, etničkim osnovama kao i na osnovu, ideologije, vere, uverenja, porodičnog statusa, rase, nacionalnog porekla, pola, seksualne orijentacije, bolesti ili invalidnosti.[60]

Portugalija

Član 240. Krivičnog zakona Portugalije određuje kao kažnjivo podstrekavanje na akte nasilja prema pojedincima ili grupama na osnovu njihove rase, boje, etničkog, nacionalnog ili verskog porekla sa namerom podsterkavanja ili ohrabrivanja rasne ili verske diskriminacije. Ovo delo se vrši, javno, putem pismena namenjenog javnosti ili drugog sredstva javnog opštenja. Kažnjava se i na isti način izvršeno ponižavanje ili vređanje pojedinaca ili grupa na osnovu njihove rase, boje, etničkog, nacionalnog ili verskog porekla sa namerom podstrekavanja ili ohrabrivanja rasne ili verske diskriminacije.[61]

Grčka

Grčka je 1979. godine donela „Zakon o delima i delovanjima usmerenim ka rasnoj diskriminaciji" koji je dopunila 1984. godine. Zakonom se kažnjava umišljajno i javno, učinjeno putem reči, pismena, crteža ili na drugi način, podstrekavanje na dela ili delovanja koja mogu ishodovati u diskriminaciji, mržnji ili nasilju prema pojedincima ili grupama na osnovu njihovog rasnog ili nacionalnog porekla ili vere. Kažnjava se i javno izražavanje, putem reči, pismena, crteža ili na drugi način, nasilnih ideja

[59] http://www.legislationline.org/?tid=218&jid=39&less=false, 19. mart 2007. godine.
[60] http://www.legislationline.org/?tid=218&jid=47&less=false, 19. mart 2007. godine.
[61] http://www.legislationline.org/?tid=218&jid=40&less=false, 19. mart 2007. godine.

prema pojedincima ili grupama na osnovu njihovog rasnog ili nacionalnog porekla ili vere.[62]

ZAJEDNIČKE ODLIKE ZABRANA SLOBODE GOVORA KOJE SADRŽINSKI ODGOVARAJU POJMU „GOVOR MRŽNJE“ U ODABRANIM EVROPSKIM KRIVIČNIM PRAVIMA

RADNJA IZVRŠENJA GOVORA MRŽNJE[63]

Radnje izvršenja govora mržnje u evropskim krivičnim zakonicima su raznorodne. Ipak je moguće pronaći neke sličnosti, koje govore o jedinstvenom poreklu svesti o zabranama slobode govora.

Govor mržnje je javan

Prva sličnost radnji izvršenja govora mržnje je njena javnost. Radnja govora mržnje ne može biti neka tajna radnja, koja nije saznata od strane javnosti. Zakonodavci ne žele da kažnjavaju mržnju koja se širi u privatnim krugovima ili je smatraju za bezopasnu. Nejavna radnja ne bi bila podobna da izazove uznemirenje javnosti ili da napadne na ustavni poredak, što su dve najčeće zaštićene vrednosti krivičnim delima koje zabaranjuju govor mržnje. Razlika između više različitih zakona koji zahtevaju javnost jeste u formalnom ili materijalnom pristupu pojmu javnosti.

Tako nemački i austrijski zakon zahtevaju da radnja izvršenja bude podobna da zaista uznemiri javnost, što znači da javnosti pristupaju sa suštinskog stanovišta. Kod švajcarskog, mađarskog, norveškog, britanskog, irskog, slovačkog, finskog, ruskog i danskog zakonodavca dovoljno je da radnja govora mržnje bude javna. Zakoni ne zahtevaju da radnja zaista dovede do uznemirenja u javnosti, što se naziva formalnim pristupom javnosti. Srpski i rumunski zakoni govore o propagandi kao o radnji izvršenja govora mržnje, koja nužno mora da bude javna. Švedski govori o izjavi ili sredstvu opštenja kao načinu širenja uvreda i pretnji, što opet posredno govori o javnosti kao o mestu u kojem se vrši govor mržnje.

Kod izvršenja govora mržnje mora se posvetiti posebna pažnja izvršenju krivičnog dela putem sredstava javnog obaveštavanja. Neki od za-

[62] http://www.legislationline.org/?tid=218&jid=22&less=false, 19. mart 2007. godine.

[63] Pojam „govor mržnje“ ovde uzimamo samo iz razloga ekonomičnosti i jednostavnosti umesto „krivična dela koja sadržinski odgovaraju pojmu govora mržnje“.

kona su pokušali da obuhvate takve načine, a neki ih potpuno zanemaruju. Naročito je zanimljivo da niti jedan zakon ne pominje internet kao jedno od mogućih sredstava opštenja za izvršenje dela, iako je u pitanju jedna od najbrže rastućih pojava na polju širenja govora mržnje i rasističke propagande.[64]

Govor mržnje je najčešće, sa formalnog stanovišta propaganda, a sa sadržinskog stanovišta, vređanje

Osnovna i ključna radnja govora mržnje je podsticanje. U slučaju govora mržnje u pitanju je podsticanje na mržnju. Ona je i najčešća. Podstrekač je onaj ko ima određeni stav, u ovom slučaju stav mržnje prema određenim društvenim skupinama, i hoće da taj stav prenese na druge ljude. Skoro svi zakoni sadrže ovu, reklo bi se, noseću radnju govora mržnje, sa izuzetkom švedskog, finskog i danskog zakona. Čini se da je ova radnja izvršenja, sa stanovišta oblika radnje izvršenja, noseća radnja govora mržnje. Govor mržnje se pojavljuje u obliku iznošenja stavova mržnje prema različitim društvenim grupama i praćen je voljom da se ti stavovi prenesu na druge. Kada neki pojedinac iznese stavove mržnje i hoće da te stavove slušaoci usvoje, onda on jednostavno rečeno podstrekava ili podstiče na mržnju. Sve druge radnje izvršenja su, u stvari, nadgradnja ove radnje ili pojave koje prate iznošenje mržnje. Često su to i sredstva za iznošenje govora mržnje.

Zanimljivo je da propagandu mržnje kao radnju izvršenja pominje nekoliko zakona, (švajcarski, rumunski, srpski i danski), međutim ostaje otvoreno pitanje je da li je to potrebno. Javno podstrekavanje na mržnju i nije ništa drugo nego propaganda mržnje.[65] Pojam propagande se ne može drugačije shvatiti od pozivanja, podsticanja ili podstrekavanja na usvajanje neke ideje ili stavova-u ovom slučaju ideje ili stava mržnje. Određivanje propagande kao radnje izvršenja ima smisla u rumunskom zakonu,

---

[64] Mera broj 147 pod e), ***Akcioni program***, usvojen na Svetskoj konferenciji protiv rasizma, rasne diskriminacije, ksenofobije i srodnih netolerancija održanoj u Durbanu 2-001. godine: ***Report of the World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance***, Durban, 31 August - 8 September 2001, - http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/215/43/PDF/N0221543.pdf?OpenEle, 25. mart 2007. godine.

[65] Razlika između podstrekavanja kao oblika saučesništva i propagande leži u - činjenici da podstrekavanje mora da bude izvršeno ka određenom licu ili krugu lica, a propaganda ne mora i najčešće nije. Ona predstavlja agitovanje, pozivanje ili podsticanje na usvajanje nekih ideja ili stavova. Uređena krivična prava je izbegavaju jer se njenim propisivanjem ugrožava jedno od osnovnih ljudskih prava-pravo na slobodu misli i - uverenja. Vrlo je teško postaviti razliku između slobode misli i njene zloupotebe.

zato što on ne pominje niti jednu drugi radnju izvršenja i danskom, jer je on jedan od retkih zakona koji uopšte ne pominje podstrekavanje kao radnju izvršenja govora mržnje. U švajcarskom i srpskom zakonu ona je nepotrebna jer se preklapa sa ostalim radnjama izvršenja.

Klasična prateća pojava govora mržnje jeste vređanje i, ređe, klevetanje. Ovo stoga što govor mržnje u najvećem broju slučajeva, u svojoj suštini, sadržinski, jeste uvreda dostojanstva. Osnovni oblici napada na dostojanstvo ljudi jesu vređanje ili klevetanje. Nemački zakon pominje kao radnje izvršenja i „vređanje, zlonamerno ocrnjivanje ili klevetanje". Austrijski pominje „unižavanje koje vređa ljudsko dostojanstvo", a švajcarski „ponižavanje ili klevetanje" i uvredljivo omalovažavanje ljudskog dostojanstva. Vređanje kao radnju izvršenja govora mržnje pominju još i švedski, norveški (koji izričito kaže da je izjava mržnje jeste ona izjava kojom se vređa), britanski, irski, slovački, finski i danski zakon. Ponižavanje kao radnju izvršenja pominju danski, ruski, finski, švajcarski i austrijski zakon. Treba izneti mišljenje da je ovu radnju izvršenja teško razlikovati od vređanja obzirom da su ovi izrazi sinonimi, barem u srpskom jeziku.

Treba istaći jednu razliku koja postoji između zakona koji pominju vređanje ili klevetanje kao radnje govora mržnje. Kod nekih zakona vređanje ili klevetanje jesu radnje izvršenja govora mržnje paralelne sa podstrekavanjem na mržnju (Nemačka, Austrija, Švajcarska, Slovačka, Rusija), dok je kod nekih zakona ona samo sredstvo za izazivanje mržnje ili podstrekavanje na mržnju (Norveška, Britanija, Irska). Osnovno pitanje koje se ovde postavlja je da li je moguće mrzeti bez vređanja i obrnuto, da li je moguće vređati bez mržnje?

Najčešće će kod govora mržnje biti prisutno i jedno i drugo. Mržnja je, najčešće, pokretački motiv vređanja. Mrzeći druge, izvršilac dela vređa sa namerom da slušaoce pridobije za svoje stavove. I obrnuto, vređanje društvenih skupina može biti izvršeno putem pozivanja slušalaca da usvoje stav mržnje koji je uvredljiv.

Čini se da su, ipak, u pravu oni zakonodavci koji odvajaju podstrekavanje na mržnju od vređanja ili klevetanja kao radnji izvršenja govora mržnje. Pozivati ili podsticati na mržnju neke društvene skupine je moguće bez da se kleveću ili vređaju iste. Vređati i klevetati društvenu skupinu je moguće bez iznošenja stavova mržnje, makar takvi stavovi pokreću onoga ko vređa.

Postoji još jedan razlog zbog kojeg je potrebno odvajanje ove dve radnje. Podsticanje na mržnju, kao i svako drugo podstrekavanje, mora da sadrži nameru da se oni stavovi ili ideje na koje neko poziva usvoje od strane slušaoca. Drugim rečima izvršilac ima umišljaj u pogledu šire-

nja svojih ideja i stavova. U drugom slučaju, slučaju vređanja društvenih skupina, namera širenje ideja i stavova mržnje uopšte ne mora da bude prisutna. Ono može da bude nameravana posledica i najčešće će tako biti, ali i ne mora. Najčešće će se vređanje društvene skupine pojaviti kao sredstvo za širenje mržnje. Ipak, širenje mržnje kao posledica vređanja može da bude i u sferi nehata izvršioca. Moguće je zamisliti i situaciju gde je širenje takvih ideja i stavova mržnje u potpunosti neskrivljena posledica vređanja društvenih skupina. Ove dve mogućnosti nisu namera izvršioca pa samim tim ne odgovaraju pojmu podsticanja u smislu propagande.

Često su u zakonima prisutne radnje izvršenja koje su samo sredstvo za izvršenje govora mržnje. Nemački zakon poznaje širenje, javno izlaganje, slanje, predstavljanje ili na drugi način činjenje dostupnim pismena sa sadržajem govora mržnje. Slične odredbe poznaje britanski i irski zakon.

Ugrožavanje sigurnosti je česta radnja izvršenja govora mržnje. Kao radnju izvršenja pominju je švedski, norveški, finski, danski, britanski i irski zakon. Norveški zakon je zanimljiv zato što izjednačava izjavu mržnje sa, između ostaloga, pretećom izjavom. Ovo se čini pogrešnim. Moguće je pretiti bez mržnje i mrzeti bez pretnje.

Govor mržnje je, u pravilu, verbalni akt

Govor mržnje je klasičan primer govornog (verbalnog) akta kao radnje izvršenja krivičnog dela. Nema sumnje da bi i svaki gestovni ili znakovni vid opštenja, kao fizički, a ne govorni akt, mogao da bude radnja izvršenja govora mržnje. Ipak, u nekim od pregledanih zakona se određene fizičke radnje bez opravdanog osnova stavljaju položaj radnje izvršenja govora mržnje. To su vršenje diskriminacije i vršenje telesnih povreda. One nisu krivična dela kojim se, u prvom redu, napada na dostojanstvo (čast, ugled) i mogu se bez problema izvršiti uz potpuno odsustvo mržnje. U pitanju su dela kojim se, prevashodno, napadaju druge vrednosti i predstavljaju nepotreban sadržaj uz govor mržnje. Moguće je izvršiti diskriminaciju ili telesnu povredu sa mržnjom prema povređenom ili diskriminisanom, ali tada bi veza sa govorom mržnje bila samo motiv, i tada bi prešli u jednu drugu skupinu krivičnih dela-krivična dela mržnje. To su ona krivična dela koja su izvršena sa mržnjom kao motivom bez obzira na vrstu. U takva dela bi spadalo i ubistvo, kada bi bilo izvršeno iz mržnje. Ova skupina krivičnih dela postoji, ali ne u krivičnom pravu, već u kriminologiji. Ovo stoga što su motivi u krivičnom pravu, u načelu, bez važnosti i ne odgovaraju kao osnov za skupljanje krivičnih dela po srod-

nosti. Osnov za svrstavanje krivičnih dela po srodnosti jesu vrednosti koje se njima štite, a ne motivi iz kojih se vrše. Oni bi mogli da imaju važnost samo kao olakšavajuće ili otežavajuće okolnosti prilikom odmeravanje sankcija.

SUBJEKTI ZAŠTIĆENI ZABRANAMA GOVORA MRŽNJE (PASIVNI SUBJEKT KOD GOVORA MRŽNJE)

Jedna od odlika govora mržnje, i verovatno najvažnija, jeste njegova usmerenost ka skupini ljudi, a ne pojedincima. Međunarodni izvori u ovoj oblasti, koji su uzor unutrašnjim pravima, drže se, uglavnom, uskog kruga skupina koje mogu biti predmet govora mržnje. Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima iz 1966. godine govori o nacionalnoj, rasnoj i verskoj skupini, dok se Međunarodna konvencija o eliminaciji svih oblika rasne diskriminacije zadržava na još uvek užem krugu skupina: rasi i etnosu.

Zakoni pojedinih država se drže određenih skupina, već prema nahođenju zakonodavca. Niti jedan zakonodavac nije iscrpan u propisivanju skupina koje uživaju zaštitu prava. Ovo je jedna od najvećih prepreka urednom krivično-pravnom ustanovljavanju govora mržnje. Kako god da se odrede skupine čije se dostojanstvo štiti, uvek ostane neka koja je nezaštićena i to u pravilu ona koja je najslabija, pa samim tim i i najranjivija. Najslabije skupine jesu upravo one koje nisu u stanju da uobliče svoj zajednički interes i da ga pretoče u zakonodavnu volju. Stoga je sasvim umesno pitanje šta sa onim skupinama koje nisu našle mesto u zakonu, pa samim tim nisu zaštićene od izazivanja mržnje? Meta „govora mržnje" često jesu i druge društvene skupine koje, iako ih zakon ne pominje neposredno, svakako postoje.[66] U pitanju su polovi, skupine sa različitim seksualnim opredeljenjem, društvene klase, invalidi, duševno bolesni, debeli ljudi, ružni ljudi i druge slične skupine. Nije li zakon napravio neku vrstu diskriminacije kada je propustio da ih pomene? Ako nije zabranjeno govoriti sa omalovažavanjem o homoseksualcima ili duševno zaostalim osobama nisu li zakoni podelili stanovništvo u skupine koje su zaštićene i one koje to nisu?[67] Speech codes na američkim univerzitetima štitili su daleko veći broj društvenih skupina. Osim rasnih, verskih i etničkih sku-

[66] Eric Heinze, ***Viewpoint Absolutism and Hate Speech***, Modern Law Review, Vol. 69, 2006, p. 565.

[67] Eric Heinze, ***Viewpoint Absolutism and Hate Speech***, Modern Law Review, Vol. 69, 2006, p. 565, 567-568.

pina, zaštitu su nalazile i polne, starosne i seksualne skupine, invalidi i ratni veterani.[68]

Važno pitanje kod određivanja kruga subjekata koji uživaju zaštitu jeste da li se štite i pojedinci čije je dostojanstvo narušeno govorom mržnje zbog pripadnosti nekoj od zaštićenih skupina ili ne?

Zaštićene skupine

Najčešće zaštićene skupine su nacionalne, rasne, verske i etničke. Ove četiri skupine štiti švedski, norveški, austrijski, britanski, irski, slovački, finski i nemački zakonodavac.

Većina zakonodavaca dodaje među skupine koje se štite i neke posebne prema svojim sklonostima.

Finski zakonodavac pored četiri osnovne skupine dodaje i „drugu sličnu skupinu".

Nemački zakonodavac je probao da ostavi otvorena vrata za sudove da tumačenjem šire broj grupa koje se štite krivičnim zakonom. Pored nacionalne, rasne, verske i etničke skupine, nemački zakonodavac štiti i „društvenu skupinu". Zakon ne daje bliže određenje ovog pojma, ali se može pretpostaviti da je ovu mogućnost zakonodavac ostavio kako bi se različite društvene skupine, manje ili više zaokružene i određene, mogle podvesti pod ovaj pojam i uživati zaštitu. Nema nikakve prepreke da se „društvenom skupinom" označe homoseksualci, invalidi, debeli ljudi, ružni i tome slično.

Britanski zakonodavac zaštićenim grupama dodaje i „državljane", a austrijski zakonodavac zaštićenim grupama dodaje i „državu".

Norveški pripadnicima ovih skupina dodaje i homoseksualce, i pripadnike određenog „životnog stila i opredeljenja". Irski se kreće sličnim putem kao i norveški zakonodavac, ali nešto šire jer on ne pruža zaštitu samo homoseksualcima već i pripadnicim svakog drugog „seksualnog opredeljenja". Povrh ovoga irski zakonodavac među zaštićene skupine dodaje i „putujuće zajednice".

Slovački dodaje pored verske skupine i skupinu koju odlikuje neverovanje u boga.

Švajcarski uže određuje skupine. On štiti rasne, verske i etničke skupine, propuštajući da zaštiti nacionalne grupe. Mađarski zakonodavac iz ove četiri osnovne grupe ne pruža zaštitu verskim skupinama (ali zato posebno navodi mađarski narod), a ruski i srpski propuštaju da zaštite etnič-

[68] Dennis Chong, ***Free Speech and Multiculturalism In and Out of the Academy***, Political Psychology Vol. 27, No. 1, 2006, p. 32.

ke skupine. Rumunski zakonodavac zaštitu pruža samo nacijama i rasama.

Vidi se da jedino nemački i finski zakonodavac pokušavaju da pronađu rešenje za problem nepotpuno određnog kruga subjekata kojima se pruža zaštita tako što pružaju zaštitu i „drugim sličnim skupinama" odnosno „drugim društvenim skupinama". U finskom slučaju zakonodavac neposredno upućuje sudiju na primenu analogije („slične") kako bi zaštitio i ostale skupine. Time on širi krug zaštićenih skupina, ali ih istovremno i ograničava samo na one koje su slične nacionalnoj, rasnoj, verskoj ili etničkoj skupini. Nemačko rešenje je bolje. Ono ne ograničava sudiju na skupine koje liče na naciju, rasu, veru ili etnos, već dozvoljava da se zaštite sve društvene skupine. Sugurno je da ima skupina u društvu koje nisu slične pomenutim, a zaslužuju zaštitu.

Pojedinac ili grupa kao zaštićeni subjekti

Zakonodavci u pravilu štite grupe u celini, a ne pojedince kao njene pripadnike od govora mržnje.

Grupe štite nemački, austrijski, švedski, mađarski, britanski, irski, slovački, finski, srpski i danski zakoni.

I grupe i pojedince kao pripadnike grupe štiti švajcarski.

Samo pojedince kao pripadnike grupe štiti norveški zakonodavac.

Opredeljenje rumunskog i ruskog zakonodavca je da je zabranjeno izazivanje mržnje same po sebi tako da je nemoguće neposredno zaključiti da li su zaštićeni subjekti grupe ili pojednici. Čini se da je moguće izvesti zaključak da su zaštićeni kako grupe tako i pojedinci jer mržnju moguće usmeriti kako na grupe tako i na pojedince.

VREDNOSTI ZAŠTIĆENE ZABRANOM GOVORA MRŽNJE

Zabranom govora mržnje u Nemačkoj, Švajcarskoj, Austriji, Švedskoj i Velikoj Britaniji štiti se javni red. U Mađarskoj se štiti javni mir, što je u stvari drugi naziv za istu zaštićenu vrednost. U Norveškoj su zaštićene je i jedna i druga vrednost: javni red i javni mir. Zanimljivo je da je u Britaniji zakon kojim je izvršena dopuna Zakona o javnom redu dobio potpuno nov naziv: Zakon o rasnoj i verskoj mržnji. Na ovaj način britanski zakonodavac izlazi u susret sadržini zakona. Uprkos tome on nije samostalan zakon već samo dopuna prethodnog. U Slovačkoj i Finskoj zabranom govora mržnje štiti čovečnost, s tim da je u Slovačkoj dodatna zaštićena vrednost i mir. Rumunija, Rusija i Srbija su zabranom govora

mržnje zaštitili ustavni poredak i bezbednost države. Izuzetak je Danska kod koje je govor mržnje krivično delo svrstan među obične uvrede časti i povrede „određenih ličnih prava". Irski zakonodavac je doneo poseban zakon koji nosi naziv „Zakon o zabrani podstrekavanja mržnje" što do neke mere onemogućava da se izvede zaključak o zaštićenoj vrednosti.

Iz pretrage vrednosti koje se štite zabranom govora mržnje može se izvući zaključak da su države jugoistoka i istoka Evrope shvatili govor mržnje daleko ozbiljnije poredeći ih sa pravima država severozapada i severa Evrope. Srbija, Rumunija i Rusija izjednačavaju napad na dostojanstvo grupa ljudi sa veleizdajom ili špijunažom odnosno sa napadom na ustavno uređenje sopstvenih država. S druge strane Nemačka, Švajcarska, Austrija, Švedska i Velikoj Britaniji u govoru mržnje vide napad na javni red ili mir. Centralna Evropa je prelazno područje. Mađarska se ponaša slično zapadno-evropskim i skandinavskim državama, dok se Slovačka i Finska pridružuju Srbiji, Rusiji i Rumuniji uzimajući kao zaštićene vrednosti mir i čovečnost koje se skoro u svim državama vrednuju skoro kao ustavni poredak i bezbedost zemlje.

ZAKONODAVNA KAZNENA POLITIKA ZA GOVOR MRŽNJE

Broj različitih radnji izvršenja govora mržnje je veliki, a različita krivična dela su u govoru mržnje često povezana, iako ih u suštini ne povezuje ništa sem motiva-mržnje prema nekoj grupi i njenim pripadnicima. Iz ovog razloga se o zakonodavnoj kaznenoj politici za govor mržnje može govoriti samo sa velikom rezervom.

Najoštriji je austrijski zakonodavac koji jedini ne predviđa posebni maksimum kazne zatvora za govor mržnje. Najmanja mera kazne zatvora je 2 godine. Za austrijskim sledi britanski zakonodavac sa maksimalnom kaznom od 7 godina zatvora. Nemački, srpski i rumunski zakonodavac su za govor mržnje predvideli kaznu od 6 meseci (nemački 3 meseca) do 5 godina zatvora. Švedski i ruski zakonodavac imaju maksimum od 4 godine zatvora sa minimumom od 2 godine u Rusiji i 6 meseci u Švedskoj. Švajcarski, norveški i mađarski zakonodavac se zadržavaju na gornjoj granici od 3 godine zatvora. Finski, danski i irski određuju maksimum na 2 godine, slovački je najblaži sa maksimumom od 1 godine zatvora za govor mržnje.

Iz ovako određenih kazni teško je izvesti konačne zaključke. Iako bi se očekivalo da se predviđene kazne nalaze u vezi sa zaštićenom vrednošću to nije slučaj. Najveće zaprećene kazne za govor mržnje bi trebale da budu kod zakonodavaca koji govor mržnje smeštaju u povrede najvećih

vrednosti u društvu, kao što je ustavni poredak, ali to nije slučaj. Austrijski i britanski zakonodavac govorom mržnje štite javni red, a predviđaju veće kazne nego srpski i rumunski koji štite ustavni poredak.

PORICANJE HOLOKAUSTA KAO VID OGRANIČENJA SLOBODE GOVORA

Samo 4 države u evropi su se odlučile da poricanje holokausta kažnjavaju kao krivično delo. To su Nemačka, Austrija, Švajcarska i Belgija. Fransuska i Italija su bezuspešno pokušale da ovaj vid govora mržnje unesu u svoje pravne poretke. Nemačka i Švajcarska su to uradile istim zakonskim odredbama kojima su zabranile govor mržnje, a Austrija i Belgija su donele posebne zakone posvećene zabrani poricanja holokausta.

Prvo sporno pitanje kod određivanja poricanja holokaust jeste da li je on uopšte zaslužuje da bude kažnjavan. Argument za njegovo izostavljanje iz pravnog poretka su isti oni koji se koriste i protiv govora mržnje. Zašto je upravo holokaust, od svih zločina protiv čovečnosti zaslužio da bude predmet ograničenja slobode govora? Švajcarski zakonodavac je na to pitanje odgovorio tako što je jedini odredio kažnjavanje za poricanje bilo kojeg genocida ili zločina protiv čovečnosti, a ne samo onog koji je izvršio nemački nacional-socijalistički režim u vreme Drugog svetskog rata.

Još jedan dokaz da je izbor zločina protiv čovečnosti koji će biti predmet zabrane slobode govora besmislen jeste nedavni neuspeh sličnog zakonskog predloga u fransuskom zakonodavnom telu. Prema tom predlogu predmet zabrane slobode govora je trebao da bude genocid turaka nad jermenima u Prvom svetskom ratu. Zašto bi se u Francuskoj mogao opravdavati genocid nad jevrejima, a ne onaj nad jermenima? Koja je razlika između ova dva, ili bilo koja druga dva genocida?

Drugo sporno pitanje jeste da li poricanje zločina protiv čovečnosti ima išta zajedničko sa izazivanjem ili podstrekavanjem mržnje. Nemački i švajcarski zakonodavac su odlučili da poricanje holokausta odrede zajedno sa govorom mržnje, iako oni nemaju ništa zajedničko, osim da su i jedan i drugi vid ograničenja slobode govora. Holokaust se može poricati i obesmišljavati bez izazivanja ili podstrekavanja mržnje. Izgleda da razlog zbog kojeg je zabrana govora mržnje svrstana zajedno sa zabranom poricanja zločina protiv čovečnosti jeste odlika pasivnog subjekta. Pasivni subjekt je društvena skupina. Odredba člana 261bis. švajcarskog krivičnog zakona je najbolji primer za ovu pojavu. U njoj se nalaze raznorodna krivična dela-govor mržnje, propaganda totalitarnih ideologija, kla-

sično nasilje, poricanje zločina protiv čovečnosti i klasična diskriminacija. Merilo za povezivanje ovih raznorodnih krivičnih dela jeste svojstvo pasivnog subjekta.

ZAKLJUČAK

Može se slobodno izvesti zaključak da se zabrane slobode govora koje se odnose na dostojanstvo društvenih skupina u evropskim krivičnim pravima po broju umnožavaju, a po obimu šire. Povećanje broja i zahvata ovih zabrana je opšte kretanje u savremenoj Evropi. Razlozi su mnogobrojni i, strogo uzevši, nisu predmet ovog rada, međutim jedan se posebno nameće. Objedinjavanje država Evrope na pravnom polju nužno vodi ka objedinjavanju vrednosnih stavova u sferi krivičnog prava. Ukoliko je jedan od ciljeva postupka objedinjavanja slobodan protok ljudi sa kraja na kraj Evrope, onda se mora obezbediti da oni koji su najranjiviji i najslabiji uživaju prednosti novog doba. Slaba i razjedinjena Evropa je uticala da, ne samo geografska već prevashodno društvena, pokretljivost ovih ljudi bude mala i slaba. Tako dolazi do opisanog kretanja ka sveobuhvatnijoj i potpunijoj zaštiti onih skupina ljudi koje, budući da su slabe, nisu u stanju da svoje interese na odgovarajući način uobliče i zastupaju. I države kao što je Švajcarska, koje su uspele da odnose između različitih društvenih skupina urede na tako skladan način da krivičnopravno uplitanje u njih nije potrebno, vrše izmene svog krivičnog zakonodavstva uvođenjem inkriminacija koje sadržinski odgovaraju pojmu govora mržnje.

Nekoliko je opštih odlika opisanog kretanja.

Na prvom mestu govor mržnje je javan govor. Govor mržnje koji se zadržava na ravni privatnog nije dovoljno opasan da zapreti javnom redu ili ustavnom poretku koji su najčešće zaštićena vrednosti kod ovih krivičnih dela. S jedne strane ovo je prirodno, jer se postavlja pitanje kako bi se uopšte saznalo za onaj govor mržnje koji nije javan. S druge strane, čini se da je ovo posledica potrebe da se zaštiti sloboda govora i uopšte sfera privatnosti kod građana. Svako krivičnopravno uplitanje države u privatnost je izuzetno osetljivo i dobro je da su evropske države uzdržane kod ovih krivičnih dela. Razlika se može primetiti između onih država koje traže podobnost govora mržnje da zaista uznemiri javnost i onih koje se zadovoljavaju samo sa javnošću radnje izvršenja bez obzira na njen uticaj na javni red.

Na drugom mestu govor mržnje se sastoji od dve osnovne radnje izvršenja koje su u pravilu tesno isprepletane. S jedne strane tu je podsticanje na mržnju, a s druge napad na dostojanstvo i čast društvenih skupina

putem vređanja, klevetanja, omalovažavanja, ponižavanja i slično. U pravilu se mržnja izražava putem vređanja i vređa se mrzeći. Međutim izuzeci svakako postoje. Nije nužno da se govor mržnje sastoji u uvredama ili klevetama, iako bi takav rečnik jasnije upućivao na njega. S druge strane, svaka uvreda ili kleveta ne predstavljaju nužno i govor mržnje, iako će često u sebi nositi mržnju. Moguće je podsticati na mržnju bez vređanja i vređati bez mržnje. Stoga su pravu oni zakonodavci koji odvajaju ova dva osnovna pojavna oblika govora mržnje iako će primenjeni domašaj ovog razdvajanja biti zanemarljiv. Najčešće će mržnja biti izražena putem napada na čast i dostojanstvo.

Svakako najvažnija odlika govora mržnje jeste njegov pasivni subjekt. Društvene skupine koje se napadaju krivičnim delima govora mržnje jesu ono što odvaja govor mržnje od običnih napada na dostojanstvo i čast pojedinaca ili više ljudi. Pasivni subjekt je obezličen, depersonalizovan. On nema ličnost, već samo kolektivnu pripadnost određenoj skupini ljudi. Osnovni problem kod ove odlike govora mržnje je određivanje skupine koja može biti objekt mržnje odnosno vređanja. Koje skupine u društvu zavređuju da budu zaštićene, a koje ne? Ukoliko zakonodavac opredeli za nabrajanja skupina, što možemo nazvati klasičnim pristupom u određivanju zaštićenih skupina jer preovlađuje, uvek će ući u grešku i ispustiti neku. To će u pravilu biti najslabije i najranjivije skupine jer su one najmanje sposobne da uobliče svoje interese i da se izbore za njih u društvu. Zakonodavci sa klasičnim pristupom nabrajanja zaštićenih skupina dovode društvo u stanje podele u kojem postoje oni koji su vredni zaštite i oni koji to nisu. Pristup nemačkog zakonodavaca, u kome on ostavlja mogućnost da zaštitu uživaju i „druge društvene skupine“ je za svaku pohvalu i treba ga istaći kao primer sveobuhvatne zaštite i primer jednakog pristupa svim građanima u društvu.

Iako neki zakonodavci pominju i pojedinca kao pasivni subjekt čini se da je to nepotrebno. Putem zaštite društvene skupine zaštićena je svaka ličnost u njoj tako da nema potrebe za posebnom zaštitom pojedinca. Istovremeno se stvara problem razgraničenja govora mržnje i obične uvrede ili klevete. Problem je naročito izražen kod uvrede ili klevete više lica koja je pokrenuta mržnjom kod izvršioca. Spolja, ona liči potpuno na govor mržnje. Međutim, njen sadržaj je potpuno drugačiji. Napad na čast ili dostojanstvo skupine je govor mržnje, a napad na dostojanstvo pojedinca je uvreda ili kleveta. Teoretski izvršilac govora mržnje može da se obrati i jednom licu, pa, čak, i nikome lično, pa da izvrši govor mržnje. Kod uvrede ili klevete ovako nešto je nemoguće, čak i kada su motivisane mržnjom jer mora da postoji ličnost na čiju čast i dostojanstvo je napadnuto.

Vrednosti koje se štite govorom mržnje se mogu svesti na dve: s jedne strane javni red i mir, a s druge ustavni poredak, bezbednost države ili čovečnost. Zanimljivo je da se može ispratiti jedna, skoro pravilna, geografska podela u Evropi obzirom na vrednost zaštićenu govorom mržnje. Države severozapadne Evrope govorom mržnje štite javni red i mir (Danska štiti čast i dostojanstvo), dok države jugoistoka štite ustavni poredak (Slovačka štiti čovečnost). Može se izvesti zaključak da države jugoistoka Evrope krivičnim delima koja sadržinski odgovaraju pojmu govora mržnje štite mnogo veću vrednost. Nameće se zaključak da su države koje pripadaju drugoj skupini imale daleko lošija iskustva sa uspostavljanjem skladnih međunacionalnih, međuverskih ili međuetničkih odnosa u društvu pa samim tim takve odnose daleko više vrednuju.

Zanimljivo je da se da primetiti jedan određeni nesklad između proklamovanog značaja vrednosti i njene stvarne zaštite. Austrijski i britanski zakonodavac govorom mržnje štite javni red, a predviđaju veće kazne nego srpski i rumunski koji štite ustavni poredak.

U suštini, problem određivanja govora mržnje se može svesti na uravnotežavanje dva prava: prava na jednakost (zabrana diskriminacije) određenih društvenih skupina i slobode govora.[69] Sve nedoumice oko govora mržnje se rešavaju pravilnim uravnotežavanjem dve vrednosti u društvu: slobode govora i prava na jednakost.[70]

Može se, sa određenom merom sigurnosti, predvideti da će se kretanje ka povećanju broja i obima zabrana slobode govora u evropi povećavati. O tome svedoče sve brojniji pokušaji uvođenja zabrana poricanja holokausta. Evropske države ovde ulaze na jedan neistražen i prilično nepristupačan teren. Umnožavanjem različitih ograničavanja slobode govora može se reći da se pomenuta ravnoteža narušava u štetu jedne od najvažnijih sloboda koje ljudi imaju-slobode govora.

Pri svim ovim razmatranjima ne sme se smetnuti sa uma da su sloboda i jednakost tesno povezani. Gde nema slobode jednakost postaje besmislena. Gde nema jednakosti, podređeni se ne osećaju slobodnim. Kod govora mržnje ove vrednosti se sučeljavaju. Ono što je jednome sloboda govora drugi doživljava kao nejednakost. Ono što je drugome jednakost prvi doživljava kao odsustvo slobode.[71]

---

[69] Anonymous*, **Conflicts Between Fundamental Rights,*** Human Rights Quarterly,Vol.28, Iss. 3, august 2006, p. 803.

[70] Gloria Cowan, Miriam Resendez, Elizabeth Marshall, & Quist, Ryan, ***Hate Speech and Constitutional Protection: Priming Values of Equality and Freedom,*** Journal of Social Issues Vol. 58, No. 2, 2002, p. 247.

[71] Gloria Cowan, Miriam Resendez, Elizabeth Marshall, & Quist, Ryan, ***Hate Speech and Constitutional Protection: Priming Values of Equality and Freedom,*** Journal of Social Issues Vol. 58, No. 2, 2002, p. 258.

Branislav Ristivojević, Ph.D., Assistant Professor
Novi Sad School of Law

The Frontier Between Freedom of Speech and Dignity of Social Groups in Selected European Criminal Laws: Hate Speech

Abstract

The European countries experience a general tendency toward increased number of criminal law limitations of the right of speech in favor of the protection of right to honor and dignity of social groups. The number of criminal acts that are considered to be hate speech has increased and they cover larger areas. There are several general characteristics of this procedure.

Only the public hate speech is punishable. The hate speech that remains in the private sphere is not dangerous enough to threaten public order or constitutional order, which are the most often protected values in these criminal acts. European countries have different approach to the concept of publicity. Some of them have a more formal approach and find that public speech is enough while the others require that public speech was really able to upset the public; we consider this as a material approach to the concept of publicity.

As far as the conduct of these criminal acts is concerned, there are two conducts that are predominant and closely linked. The first one is encouraging the hate. The others are assaults on honor and dignity in all the forms: insult, defamation, humiliation, disgrace etc. Although strictly speaking encouraging the hate can be differentiated from assault or defamation, they will most often appear together. Most often the hate will be expressed through assault or defamation. In other words the hate speech will be considered as propaganda from the perspective of form, and it will be considered as an attack to dignity from the material aspect. In smaller number of cases propaganda and assault can be separated, so the legislators who are clearly making a distinction between them and who are classifying them into two conducts are right.

The most important characteristic of the hate speech is its passive subject. The social groups that are subject to the criminal act of hate spe-

ech are what differentiate hate speech from ordinary attacks on dignity and honor of individuals or people. The passive subject is deprived of personal identity, it is depersonalized. It does not have a personality, but collectively belongs to a certain group of people. The most significant problem comes from this most important characteristic of the hate speech: determination of the category of social groups that deserve protection. Majority of legislators make the list of social groups that deserve protection but by doing this they always omit certain groups, usually the weakest one. Such a social group is incapable to transform its social interest into the legal protection.

An individual is irrelevant in these criminal acts as a passive subject. There is a problem in differentiating the hate speech from the ordinary assault or defamation. The problem is especially evident in case of assault or defamation of more than one person which was triggered by offender's hate. Each individual in this group is protected through the protection of the social group, and thus there is no need for protection of the individual.

Through the criminal acts that correspond to the hate speech the states are protecting two values: peace and public order on one hand and constitutional order on the other hand. This clearly speaks about two levels in which the legislators are placing the danger from damaged relations between different religious groups, nations, race and other social groups. The countries of the South-Eastern Europe value more the interethnic harmony than the North-West of the continent.

Certain disagreement between proclaimed significance of the value and its real protection is especially interesting. Austrian and British legislators protect public order through the hate speech, and they set forth more severe punishments than Serbian and Romanian ones, which are protecting the constitutional order.

The right balance between the right to equality of certain social groups and freedom of speech can solve the problems of criminal law protection of the harmonious relations in the society and eliminate all the doubts related to the hate speech.

It can be predicted, with certain level of certainty that the tendency toward increased number and scope of ban of the freedom of speech will increase in Europe. Attempts to introduce the prohibition of denying of Holocaust confirm this. The European countries enter here one rather unexplored and quite aloof area. It must be said that by multiplying the various limitations to the freedom of speech, the above mentioned balance is being broken, damaging one of the most important freedoms of people – freedom of speech.

Originalni naučni rad 347.623:321.17(497.11)

Dr Nataša Deretić, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

POLITIČKA USLOVLJENOST BRAKOVA SRPSKIH SREDNJOVEKOVNIH VLADARA

***Sažetak**: U srednjem veku je redovna pojava, da zaključenje braka za vladara jedne od novonastalih država (kakva je bila i srpska država) – predstavlja ne lični, već politiki akt; prilika da se pomoću zaključenog braka postane još moćniji. Ženidbenim aranžmanima neretko su izbegavani ratovi i ostvarivani različiti politički ciljevi. Prilikom zaključenja braka interes kuće je bio presudan. Brakovi srpskih srednjevekovnih vladara su i te kako bili podređeni politici. Kada je Srbija bila jaka država – srpskim vladarima su nuđene kćerke, sestre, bratanice moćnih vladara susednih zemalja, da bi u vreme kada je moć pojedinih vladara bila u opadanju – ti isti brakovi bez razloga raskidani.*

***Ključne reči**: država, vladari, sukobi, političke veze, uklanjanje nepodobnih vladara, ženidbena diplomatija, moral u politici, politički brakovi, interes „vladarske" kuće, nesporazumi, ultimatumi, ženidbeni aranžmani, otpuštanje žena....*

Put stvaranja samostalne srpske srednjovekovne države bio je dug i mukotrpan; opterećen čestim sukobima sa Vizantijom i Bugarskom. Sa Vizantijom je srpska srednjovekovna država bila u stalnom sukobu jer je ona kao naslednik Rimskog carstva, polagala pravo na balkanske teritorije i vodila je ratove sa ciljem da potčini Srbe i ostale Slovene. Kada su se krajem IX veka u Panonsku niziju doselili Mađari, koji su formirali jaku državu, srpske zemlje su se našle između interesa Ugarske i Vizantije. Upravo, u doba sukoba Ugarske i Vizantije, razvile su se južnoslovenske države. Većina srpskih vladara je vekovima priznavala vrhovnu vlast vi-

zantijskim carevima. Kada se u XII veku glavno poprište vizantijskih borbi prenelo na sever, u oblasti u kojima su se sudarale vizantijska i ugarska vojska, srpski župani su želeli da iskoriste vizantijsko-ugarske ratove kako bi ostvarili svoje političke ciljeve. Zanimljivo je da i kada je Stefan Nemanja utemeljio nezavisnu srpsku srednjovekovnu državu i na račun Vizantije, znatno proširio teritoriju kojom je upravljao – i dalje je prihvatao vlast vizantijskog cara. Zato se i kaže da je Srbija bila „najvažniji i najopsaniji naslednik Vizantije na Balkanu".[1]

Tokom razvijenog feudalizma (XII i početak XIII veka) srpski vladari su uspeli da znatno prošire svoju državu na račun oslabljeneg vizantijskog carstva. U XII stvorena je jaka država koja je u XIV veku (u vreme vladavine cara Dušana) „postala važan činilac u političkim zbivanjima na Balkanskom poluostrvu"; tada je bila najača država na Balkanu.

U vreme ratova u XII veku tesno se povezuju vladarske dinastije Ugarske i Srbije, ali se Vizantija itekako meša u unutrašnje stvari srpskih zemalja, tako što uklanja vladare koji joj nisu po volji, ili postavlja svoje ljude za vladare. S obzirom da se za održavanje na vladarskom tronu morao obezbediti moćni zaštitnik, kako bi se ostvarilo nesmetano upravljanje zemljom - brak se zaključivao zbog političkih veza. U srednjovekovnoj Srbiji rodočelnik takve prakse je nesumnjivo *Stefan Nemanja.* On je za vreme svoje duge vladavine (1166-1196) uspeo da ojača samostalnu srpsku državu, savladavši otpor nepokornog plemstva.

U teoriji postoji opšta saglasnost da najznačajniju tvorevinu Srba od doseljavanja na ove prostore pa do kraja XVIII veka predstavlja država Nemanjića čije je temelje postavio župan Stefan Nemanja. On je tvorac srpske državne i političke samostalnosti. Svoju dugogodišnju borbu sa Vizantijom veliki župan Stefan Nemanja je okončao bitkom na Moravi 1190. godine kada su se definitivnio izmirile Raška i Vizantija. Odnosi između srpske države i Vizantije su se učvrstili ženidbom Nemanjinog srednjeg sina – Stefana, Evdokijom, najmlađom bratanicom cara Isaka (kćerkom kasnijeg cara Aleksija III Anđela). Ovim političkim brakom orodile su se srpska i vizantijska dinastija. Carev zet je dobio titulu sevastokratora čime je srpska država dobila određeno priznanje i sa višim rangom uključena u zamišljeni svetski poredak država. Tim brakom je, dru-

[1] Srpski vladari su međutim, po potrebi, napuštali lojalnu politiku prema vizantijskim carevima, ratovali i osvajali susedne vizantijske teritorije, rizikujući da posle sklapanja mira ostanu sami. Dešavalo se da posle vizantijske pobede, Srbi budu kažnjeni za nelojalnost (preseljavani su u Malu Aziju ili su morali da daju caru duplo veći broj vojnika za ratovanje).

gim rečima, posredno obezbeđeno priznanje nezavisnosti srpske države i njenih tekovina[2]. Taj brak je doprineo da Stefana poštuju i Mađari koji više nisu smeli da ga napadaju sa severa.

Poznato je da je Stefan Nemalja imao tri sina: Vukana (vladao u Zeti), Stefana (vladao u Raškoj) i Rastka koji je postao monah Sava. Stefan Nemanja se odrekao vladarskog prestola u Rasu 1196. godine. Zamonašio se kao monah Simeon i živeo u Svetoj Gori. Kad je odlučio da se povuče sa prestola, on je predao svu vlast svom srednjem sinu Stefanu, uz napomenu da se mora s dužnim poštovanjem odnositi prema starijem bratu Vukanu. Tada je prvi put zaobiđeno pravilo primogeniture, prvorođenja (da najstariji sin nasledi oca na prestolu). Iako je Vukan je dobio na upravu Zetu sa Trebinjem, oblasti Toplice i Hvosno – bio je uvređen takvom očevom odlukom. Stupio je u kontakt sa mađarskim kraljem Emerikom i sa papom Inoćentijem III (1198-1216), da mu pomognu u borbi protiv brata.

Za vreme ugarskog kralja Emerika (1196-1204), njegov brat, poslednji kralj, Andrija (1205-1235) osvaja 1198. Zahumlje (Hercegovinu) od kralja Vukana; to je bio uvod u osvajanja srpskih zemalja. Da bi se odbranio, Vukan traži oslonac na Zapadu, prvenstveno kod pape sa kojim je prema nekim izvorima, preko svoje žene, bio u srodstvu. Papa je rado dočekao Vukanov poziv za pomoć, jer mu je posle crkvenog raskola 1054. godine bilo jako stalo da ojača svoj uticaj na pravoslavnu crkvu na Balkanu, čiji je krajnji cilj da pokatoliči Srbe. Vukan je očekivao da će preko te veze sa papom i mogućnosti da se preko njega nametne katolicizam Srbiji, on izbiti u prvi plan kao vladar na Balkanu na koga papa može računati; posebno je računao na činjenicu da će papa podržati njegov plan o istrebljenju bogumila. Suprotno Vukanovim očekivanjima papa poziva Emerika da sredi stanje u Bosni, a Vukana stavlja u drugi plan. U to vreme već je i car Bugarske primio katolicizam.

Uvidevši da će celo državničko delo njihovog oca Nemanje, propasti i očekujući napad sa tri strane: od Vukana, ugarskog kralja Emerika i bugarskog cara Kalojana – Stevan je diplomatskim putem našao izlaz iz te situacije. Šalje papi pismo nazivajući ga „duhovnim ocem" i traži od pape kraljevsku krunu i da ga prizna za vladara Srbije. To je značilo vid legi-

[2] Ta ženidba je dalje uticala na prilike u Raškoj: kada je Nemanja abdicirao i zakaluđerio se 1196. godine, (kao monah Sumeon) u korist sina Stefana, muža vizantijske princeze, smatralo se da je to bila želja carigradskog dvora da na srpski presto dođe zet vizantijskog cara (posebno što je Nemanjin najstariji sin Vukan mimoiđen). Stefan Nemanjić, poznatiji kao „Prvovenčani" je sa vizantijskom princezom Evdokijom imao sinove: Radoslava, Komneniju, i po nekim izvorima Vladislava i Predislava**.**

miteta i zaštitu od katoličkih kraljeva i njihovih napada. Za uzvrat on bi zemlju u crkvenom pogledu potčinio Rimu; to bi značilo konačno utvrđivanje katolicizma na celom Balkanu. Papi je odgovarao taj zahtev i on je odredio svog kardinala Jovana za svečano Stefanovo krunisanje. Kako se to nije poklapalo sa interesima Vukana i Emerika, Emerik postaknut od Vukana sprečava Stefanovo krunisanje. U kontekstu tih događaja i slabljenja Vizantije, Stefan je oterao svoju suprugu Evdokiju (1200. ili 1201. godine) koja je bila iz Vizantije.

Raskol i sukob Nemanjinih sinova, vešto i sistematski podstrekavan od Vatikana, pretio je da potpuno uništi Srbima pravoslavnu veru i državu. Mađarski kralj se već bio proglasio za kralja Srbije,[3] a papa je pripremio misionare da obave posao njenog katoličenja.

U proleće 1202. godine u Veneciji se priprema IV krstaški rat. Pohod se završava zauzimanjem Carigrada i formiranjem Latinskog carstva (od 1204. do 1261.). Ovom krupnom promenom odnosa na Balkanu, Srbija se našla na udaru bugarskog cara, latinskog cara Henrika Flandrijskog, epirskog vladara Mihaila I Anđela (koji je sanjao o obnovi Vizantije) i ugarskog kralja Andrije. Da bi otklonio sve te opasnosti, župan Stefan je tražio saveznike u Veneciji i papi. Plod tih pregovora bio je Stefanov brak sa Anom, unukom dužda Enrika Dondole koji je sklopljen najverovatnije 1207 /1208 godine. Iz tog braka je rođen Stefanov sin Uroš I. Uzimajući za ženu Mlečanku, Stefan je pokazao i papi i Mlečanima da nije uz Vizantiju. Ovaj brak je doneo veće okretanje Srbije – papi Honoriju III od koga dobija kraljevsku krunu 1217. godine, uz obećanje da će svoju državu u crkvenom pogledu staviti pod jurisdikciju Rima. Svom imenu pridodaje „Prvovenčani". On tom prilikom dobija i posede: Zetu, Rašku, Travuniju, Dalmaciju, Zahumlje, sve do današnjeg Skoplja i bugarske granice. Uvidevši Inoćentijevu grešku pri poveravanju crkvene organizacije i jurisdikcije ugarskom gradu Kaloči - Papa je za crkveni centar svih tih prostranih oblasti imenovao *srpsku barsku arhiepiskopiju*.

Tom prozapadnom politikom *Stefana Prvovenčanog* bio je nezadovoljan Stefanov brat – arhimandrit studenički Sava, koji napušta Srbiju i odlazi u Svetu Goru. Kralj Stefan je bio svestan otpora katolicizmu u Srbiji i u želji da taj otpor ublaži kao i da se pomiri sa bratom – ponovo se približava Vizantiji. Pregovara sa carem Teodorom I Laskarisom (1204-

[3] Kako se Vukanu žurilo da svrgne brata sa prestola on je 1202. godine, pomoću Ugara uspeo da kratko zauzme presto i obećao je papi da će ako ostane na vlasti, pokatoličiti celu Srbiju. Nakon što je Vukan kao veliki župan priznao vlast Ugara, Ugarski kralj se proglasio za kralja Srbije, sa titulom „kralj Ugarske, Dalmacije, Hrvatske, Rame i Srbije".

1222); te pregovore kao i veze sa carigradskim patrijarhom Manojlom Sarantenom Haritopulom, čije je sedište posle zauzimanja Carigrada od Latina, bilo u Nikeji, koristi Sv.Sava koji uspeva da izdejstvuje samostalnost za srpsku crkvu, ali sada ne više iz Rima. Za prvog autokefalnog arhiepiskopa svečano je hirotonisan dotadašnji arhimandrit Sava u Nikeji 1219. godine.

Kada je kralj Stefan Prvovenčani umro (1228. godine), kraljevska vlast je preneta na njegovog sina kralja *Radoslava* (1228-1233) koji je bio sin i muž vizantijskih vladarskih kćeri, čije je interese tokom svoje kratke vladavine zastupao (majka mu je bila Jevdokija, a žena Ana - kći Teodora I Komnina Duke Anđela, solunskog despota i cara). U toku svoje kratke vladavine otvoreno je ispoljavao svoje grkofilstvo; potpisivao se po majčinom vladarskom prezimenu Duka. On je svoju vladavinu podredio interesima Epira, u čijem je okrilju i vladao. Priznavao je ohridskog arhiepiskopa Dimitrija Homatijana, pa se njemu obraćao za sva crkvena pitanja; iako je on bio otvoreni protivnik arhiepiskopa srpskog Save. U Srbiji se otvoreno izražavalo nezadovoljstvo vladavinom kralja Radoslava čiji je veliki politički oslonac bio epirski kralj Teodor I Anđelo, koji kada gine od strane bugarskog trnovskog cara Jovana II Asena, dovodi kralja Radoslava u vrlo nezavidan položaj. Ojačana vlastela u ulozi opozicije, svrgava kralja Radoslava 1233. godine, a na presto dovodi njegovog mlađeg brata Vladislava.

Kralj *Vladislav* (1233-1243) je takođe znao da za održavanje na tronu treba imati moćnog zaštitnika. Našao ga je u bugarskom caru Jovanu II Asenu čijom se kćerkom Beloslavom ženi. Njegov stric, Sv.Sava ne gleda blagonaklono na taj brak; nerado, ali ipak kruniše Vladislava za kralja. Nakon toga odlazi iz zemlje gde se više živ ne vraća; umire u Trnovu u Bugarskoj 1236. godine, odakle njegove mošti donosi kralj Vladislav u sahranjuje ih u svoju zadužbinu, u manstiru Mileševi (1237. godine); on je teškom mukom uspeo da ubedi svog tasta da mu to dozvoli. Zbog pobune vlastele predaje vlast mlađem bratu Stefanu Urošu I.

Kralj *Stefan Uroš I* (1243-1276) za raliku od svoje braće, po ocu (Radoslavu i Vladislavu) koji su oslonac politike nalazili u moćnim državama svojih tastova (Vizantije i Bugarske), vodi samostalnu politiku sa osnovnim ciljem da ojača Srbiju. U vreme njegove vladavine (1243-1276) srpska država doživljava ekonomski prosperitet. Počinje eksploatacija rudnika i kovanje srpskog novca. Nakon velikih muka uspeva da izdejstvuje 1256. godine da Bar vlada katolicima u njegovoj zemlji, a ne Dubrovačka arhiepiskopija, s obzirom da Dubrovnik nije pripadao njegovim zemljama. Kralj Uroš I je imao značajnu ulogu u tadašnjim balkan-

skim zbivanjaima. Zahvaljujući politici Uroša I i politici Nikeje, dolazi do smene na bugarskom prestolu, pa Nikejsko carstvo opet postaje Urošev neposredni južni sused.[4]

Kralj Uroš I nije bio oženjen ni grčkom ni bugarskom princezom kao njegova braća. Kako je bio sin Venecijanke (Ane, unuke venecijanskog dužda Dondola), ženu je tražio na zapadu. U zapisima ima nedoumica koliko se puta ženio, ali je sigurno da se 1250. godine oženio Jelenom Anžujskom (plemkinjom francuskog porekla, rođakom Karla I Anžijskog, kralja Sicilije i Napulja). Prema svedočenjim arhiepiskopa Danila II (1324-1327), koji je kraljicu lično poznavao – bila je poštovana i od katolika i od pravoslavaca. Uspela je da pomiri dve oštre krajnosti: papstvo i Srbiju, što nije polazilo za rukom papama, patrijarsima, carevima i kraljevima.[5] Urošu I je rodila sinove: *Dragutina* (kralj od 1276-1282) i *Milutina* (kralj od 1282-1321), poznatog i kao *Uroš II*. Kada je epirski despot Mihailo II Anđel (1237 – 1271), udao svoje kćeri (jednu za južnoitalskog kralja, a drugu za franačkog kneza) – stvorena je nehomogena koalicija uperena protiv cara Nikeje. Toj koaliciji se pridružio i kralj Uroš I koji u toj okolnosti vidi šansu za sebe. Već 1258. godine osvaja Skoplje, Prilep i Kičevo, a 1259. godine osvaja i Bitolj; tako je on vratio granice srpske države na staru liniju ispod Šar-planine.

Kada je u međuvremenu ponovo došlo do zbližavanja Ugarske i Nikeje, i Uroš I ponovo stupa u savez sa Mihailom III, kome je pobeda u Pelagoniji omogućila konačnu restauraciju Vizantije, 1261. godine, proterivanjem poslednjeg latinskog cara Balduina II iz Carigrada.

---

[4] Neposredno nakon smrti nikejskog cara Jovana III Vataca, bugarski car Mihailo Asen, je početkom 1255. godine, zauzeo njegove oblasti u dolini Vardara. Na presto Nikeje dolazi Jovanov sin Teodor II Laskaris (1254-1258), koji u želji da povrati svoje posede i učvrsti svoju vlast dolazi u sukob sa Mihailom Asenom. Laskaris primorava Bugare na sklapanje mira i vraća svoje posede. Kada iduće godine, car Mihailo Asen, biva zbačen sa prestola i ubijen, na presto dolazi Konstantin Tihi Asen, koji ističe svoje srodstvo sa Nemanjićima, smatrajući Stefana Nemanju za svog pretka. Kada je i Teodora II Laskarisa prerano zadesila smrt, na balkanskom prostoru se stvaraju nove različite koalicije. Za cara Nikeje je krunisan mladi Jovan IV Laskaris (1258-1261), a već krajem 1258. i početkom 1259. godine, kao njegov savladar, takođe krunisan carskom krunom – moćni Mihailo VIII Paleolog (1259-1282).

[5] Bila je iskreno okrenuta srpskom narodu koji je prihvatila kao svoj, ali je do kraja ostala i verna kćer katolicizma koje je takođe nesebično pomagala. Podizala je zadužbine i pri tome brinula o sigurnosti i obezbeđenju pristojnog života radnika na svojim zadužbinama. U dvorcu na Brnjacima na Ibru osnovala je neku vrstu škole internatskog tipa za siromašne devojeke kojima je prilikom udaje davala miraz. Podizala je i pravoslavne zadužbine (Gradac, nizvodno od Raške) ali i katoličke crkve i manstire u Kotoru, Baru, Ulcinju i Skadru. Srpska pravoslavna crkva je uvrstila među svetitelje.

Veće diplomatske veze Uroša I i Bele IV konačno su potvrđene ženidbom Uroševog sina Dragutina. Kralj *Stefan Dragutin* bio je oženjen Katalinom – unukom Bele IV, kćerkom Belinog starijeg sina, „mladog kralja", savladara Stefana V i Jelisavete Kumanske. Kao ugarski zet dobija na ime apanaže na upravu Mačvu, koja je inače bila u vlasti ugarskog kralja. Od tada on uz svoje ime dobija atribut „sremski kralj" jer je Srem u to vreme obuhvatao i današnji Srem i današnju Mačvu. Uvođenje ove institucija „mladog kralja", kao vida savladarstva, kasnije će dovesti do nesuglasica pa i razdora između Uroša I i njegovog sina Dragutina.

Odnosi Srbije i Ugarske se pogoršavaju nakon zaključenog ugovora 1267. godine, između Karla I Anžujskog (1226-1270), brata Luja IX (1226-1270), i bivšeg cara Balduina II o obnovi Latinskog Carstva. Podrazumevajući da će taj plan uspeti, Karlo I unapred dobija između ostalog i Albaniju i Srbiju. Zbog neprijateljskog stava zapada prema Srbiji, Uroš se zbližava sa carem Mihailom III. Oprobanim metodama, političkim brakovima, trebalo je da se car Konstantin Asen oženi carevom sinovicom, a drugi Urošev sin Milutin, carskom kćerkom Anom. Odmah posle pregovora, Ana je sa svitom i patrijarhom pošla u Srbiju. Neplanirano se zadržavaju u Beru što će dovesti do raskida planiranog bračnog sporazuma.[6] Uroš I nezadovoljan ovim ishodom, uspostavlja tešnje političke veze sa najvećim protivnikom Mihaila VIII Paleologa, Karlom I Anžujskim, radeći sa njim na jakoj koaliciji protiv Vizantije. Veliki dipolmata i državnik, Mihailo III, želeći da otkloni opasnost od takvog novog saveza, sklapa uniju sa papom Grgurom X (1271-1276) u Lionu, 1274. godine. Da bi napakostio Srbiji, car tom prilikom insistira da papa poništi crkvenu samostalnost srpske i bugarske crkve, s obzirom da je samostalnost dobijena baz papine saglasnosti. Papa izdaje povelju ohridskoj arhiepiskopiji 1272. godine, kojom su potvrđene povelje cara Vasilija II iz 1019. i 1020. godine, čime je ozbiljno dovedeno u pitanje samostalnost bugarske patrijaršije i srpske arhiepiskopije; ovi napadi ipak nisu ostavili veći trag na ove dve crkve.

Dragutin je od oca tražio da mu dodeli pola države na upravu, kao „mladom kralju". Uroševo odbijanje navodi Dragutina da se za vojnu po-

[6] U sviti koja je krenula u Srbiju bila je i nevestina majka Ana; neznajući gde joj dete odlazi, ona je izdejstvovala da se prethodno pošalje poslanstvo u Srbiju, pa tek po njegovom povratku da nastave put u Srbiju. Došavši na Urošev dvor, poslanstvo je tamo zateklo Dragutinovu ženu Katalinu kako prede vunu. Uroš je navodno rekao da u Srbiji tako drže snahe. Razočarano poslanstvo je u povratku srelo pratnju u Ohridu i prenelo svoja zapažanja. Uvredljivost mogućeg položaja carske kćerke a još važnije saznanje da Urošev sin Dragutin nije na samrti kako su se prenosile vesti u Carigradu i da oca neće naslediti Milutin nego Dragutin, raskinuli su bračni dogovor.

moć obrati Jelisveti Kumanskoj, regentu maloletnog ugarskog kralja Ladislava IV Kumenskog (1272-1290). Uz pomoć ugarske vojske i kumanskih četa Dragutin uspeva, u jesen 1276. godine kod Gacka, da pobedi oca. Kralj Uroš I napušta presto, povlači se u Zahumlje, i umire kao monah Simeon, maja 1277. godine. Njegovo telo je preneto i sahranjeno u njegovu zadužbinu, manastir Sopoćane.

Nasilan dolazak na presto uz pomoć strane vojske nije omogućio *kralju Dragutinu* simpatije u Srbiji. Majka Jelena je sinu oprostila, dala mu blagoslov uz obavezu da učini napor na sređivanju unutrašnjih prilika u zemlji. Svojoj majci daje na upravu posede u Primorju od Skadra do Dubrovnika, Plav i dvorac Brnjaci na Ibru. Kralj Dragutin je održavao dobre odnose sa Dubrovnikom s koji zaključuje trgovinske ugovore. Zaključio je mir i sa Ladislavom IV i njegovom majkom Jelisavetom Kumenskom. Stupio je u savez sa Karlom I Anžujskim, s kojim napada Vizantiju, od koje doživljavaju poraz kod Lipljana (1281-1282. godiine). Svestan nezadovoljstva vlastele i zbog poraza od Vizantije, saziva sabor u Deževu 1282, na kome predaje presto svom mlađem bratu Milutinu.[7] Zadržavajući kraljevske titule Srbija je imala dva kralja. Po nekim izvorima, Deževskim ugovorom, određeno je da posle Milutinove smrti celom Srbijom vlada Dragutinov sin Vladislav. Od 1287. godine, Dragutin se približava vladarima unutrašnje Bosne, braći Prijezdi II i Stefanu I. Odmah po dolasku na presto, Stefan I postaje zet kralja Dragutina jer se oženio njegovom kćerkom Jelenom. Upravo preko ove ženidbe kasniji naslednik Stefana I, ban i kralj Tvrtko I, unuk Stefana I, pozivao se na poreklo Nemanjića.[8]

Došavši na presto *kralj Milutin* (1282-1321) se priključio već postojećoj antivizantijskoj koaliciji.[9] Pod njegovom vlašću došlo je do proši-

[7] Za sebe je kralj Dragutin zadržao zemlje oko Rudnika, Arilje i Uskoplje kod Trebinja (Trebinje je pripadalo kraljici Jeleni). Od 1284. godine dobio je od Ladislava IV – Mačvansku Banovinu sa proširenjima do Rudnika i Beograd, Braničevo do Golupca, delove Bosne, Usoru sa današnjom Tuzlom i Srem (ta oblast u širem srednjevekovnom smislu je obuhvatala i današnji Srem i današnju Mačvu). Prestonice su mu bile Beograd (on je prvi srpski kralj sa posedom Beograda i prestonicom u njemu) i Debrc na Savi.

[8] Kralj Tvrtko je bio praunuk srpskog kralja Dragutina. Kralj Stefan Dragutin zajedno sa kraljem Milutinom bili su sinovi kralja Uroša I i Jelene Anžujske. Obojica su bili oženjeni kćerkama ugarskog kralja Stefana V: Milutin sa Jelisavetom, a Dragutin sa Katarinom. Dragutinova kćerka Jelena bila je udata za ugarskog kralja Stefana I (1284-1310. godine vladao unutrašnjom Bosnom, zajedno sa bratom Prijezdom II). Unuk Stefana I bio je njegov kasniji naslednik kralj Tvrtko (1353-1391).

[9] Ta koalicija je oformljena godinu dana pre Milutinovog dolaska na vlast, 1281 u Orvijetu. Činili su je: Karlo V, titularni latinski car Filip, sin Balduina II, Jovan I Tesalski i kralj Dragutin. Udruženi, napadali su Vizantiju, od koje su pretrpeli već pominjani poraz kod Lipljana....

nja državne teritorije; njegova država se prostirala na severu, do Dunava i na jugu do Makedonije[10].

Raširena pojava u srpskom narodu od najranijih dana bila je praksa samovoljnih razvoda i zaključenje braka za života napuštenog i oteranog zakonitog bračnog druga; muževi su masovno „otpuštali" žene, kada im više nisu bile u milosti i tu staleške razlike nije bile: jednako su to radili i bogati i „ubogi".[11] Tu praksu su praktikovali i srpski srednjovekovni vladari koji su sa posebnom lakoćom „otpuštali" žene; nekada je to bilo iz političkih, socijalnih, a ponekad i iz ličnih razloga. Među njima je prednjačio kralj *Stefan Uroš II Milutin* koji se ženio četiri, po nekim izvorima i pet puta. Sve njegove ženidbe odražavaju pravce i smernice delovanja u spoljnoj politici, iako je on po shvatanju većine istoričara, pokazao više vojničke nego diplomatske aktivnosti.

Prva žena izvesna Jelena, bila je srpska vlastelinka i nju je oterao a da se od nje nije po crkvenom zakonu razveo. Druga žena, čije je ime sporadično u izvorima, bila je kćerka tesalskog sevastokratora Jovana I Anđela, gospodara Tesalije. Nju je kralj uskoro posle udaje vratio ocu nazad. Sa njom je imao sina Konstantina, koji je kao prvorođeni sin bio i zakoniti pretedent na presto (shodno važećem načelu primogeniture, tj. prvorođenja). Treća žena bila je Jelisaveta, kćerka ugarskog kralja Stefana V i Jelisavete Kumanske. Jelisavetine sestre su bile: Katalina, žena njegovog brata Dragutina i Marija, napuljska kraljica. Sa Jelisavetom se Milutin razveo 1284. godine, zadržavajući pri razvodu kćerku iz tog braka. Iste godine se Milutin ženi Anom, kćerkom bugarskog cara Georgija I Tertera. Sa njom je imao dve kćerke (Caricu i Anu) i sina Stefana. Kralj Milutin, 1299. godine, pregovora sa carem Andronikom II oko nove ženidbe. Nova Milutinova supruga je trebalo da bude Jevdokija, sestra cara Andronika II Paleologa, udovica trapezuntskog cara Jovana, koja je sredinom 1298. godine stigla u Carigrad. U izvorima se navodi da zbog njenog navodnog odbijanja da se uda za čoveka koji je još uvek u svom legalnom braku i to trećem (što crkva zabranjuje) – kralj Milutin poništava brak sa Anom proglašavajući ga nevažećim. Kako kralj Milutin nije odustajao od svoje namere, čak je i pojačao svoju vojnu aktivnost prema Vizantiji – to je prinudilo cara Andronika da Milutinu ponudi za ženu svoju maloletnu kćerku Simonidu. Do venčanja je došlo 1299. godine, uz uslov da Simo-

[10] Osvojivši Skoplje (koje postaje njegova prestonica) kreće u dalja osvajanja: Gornji i Donji Polog, Ovče polje, Zletovo, područje Bregalnice. Zajedničkom akcijom sa bratom Dragutinom, prodiru duboko u Makedoniju; osvajaju strumičku i sersku oblast, dolaze neposredno pred Svetu Goru, izbijaju na Egejsko more. Time su označili buduće Dušanove granice prema Vizantiji u toj oblasti.

[11] R.Grujić, *Bigamija i poligamija kod Srba*, Novi Sad, 1909. str. 9.

nida posle venčanja bude odgojena na srpskom dvoru do svoje spremnosti za brak.

Nakon tih događaja, papa i francuski dvor u narednim godinama vrše veliki pritisak na Vizantiju, time i kralja Milutina. Papa Nikola IV (1288-1292) u pismama kralja Milutina naziva šizmatikom, što je uveliko imalo za posledicu promenjen stav papske kurije prema Srbiji. Kako su u to vreme otpočinjale pripreme krastaša za osvajanje Vizantije, Milutin, uplašen da ne postane meta rasplamsanog i fanatičnog udara novih krstaša, šalje papi u Avinjon poslanike Marka Lukarića i Trifuna Mihailovića, da papi ponude svoju spremnost za uniju i prelazak sa državom u katoličanstvo. Isto poslanstvo pregovara i sa bratom francuskog kralja Filipa IV Lepog – Karlom Valoa, nosiocem budućih operacija u daljem krstaškom pohodu. Pregovori se završavaju potpisivanjem ugovora 1308. godine u Gnjilanu (Golak), kojim se Milutin obavezuje da će svojim pomoćnim trupama pomoći pri osvajanju Carigrada i da će udati svoju kćer Caricu (iz braka sa Anom, kćerkom bigarskog cara) za Karla Valoa. Te 1308. godine Srbija je bila blizu katolicizmu, ali su se dogodile neke okolnosti koje su onemogućile realizaciju uslova za sprovođenje unije.[12] I ako do zaključenja planiranog braka nije došlo, Milutin je postigao cilj: bio je zaštićen od eventualnih napada moćne zapadne koalicije.

I ako su srpski srednjovekovni vladari još od prvih Nemanjića, ignorisali crkvenu odredbu koja je „strogo zabranjivala da brak zaključen po Božjem zakonu, bude razveden bez zakonom predviđenih razloga i mimo sudskog postupka, ta praksa im nije smetala da budu uvršteni među svetitelje srpske crkve.“ [13] Tako je bilo i sa kraljem Milutinom. Umro je u Nerodimlju, oktobra 1321. godine. Mošti su mu šetali od Manjske, Trepče, do Sofije (1460) gde se i danas tamo nalaze u stonoj crkvi, koja po njemu nosi ime Sveti Kralj. Podigao je 40 crkava i manastira (jedna od najpoznatijih je Gračanica).

---

[12] Da li je Srbija te 1308. godine bila blizu katolicizmu teško je reći s obzirom da je Milutin bio vrlo tolerantan prema veri i da bi teško ispunio papske zahteve (da razvlasti postojeće više sveštenstvo u Srbiji i da sačeka nova postavljenja iz Rima). U prilog toj tezi u izvorima se navodi podatak da je na jednom crkvenom skupu 1305 godine bilo prisutno pored dva pravoslavca i dva katolička sveštenika i jedan bogumilski djed. Do realizacije papskih zahteva nije došlo jer je u međuvremenu umro nemački kralj Albert I, pa su karlo Valoa i Filip IV, francuski kralj bili suviše usmereni prema nemačkom upražnjenom prestolu i zapostavili svoje planove o napadu na Vizantiju. Kako su propali planovi pape i Milutina, nije došlo do primene papskih zahteva.

[13] T.Taranovski, *Istorija srpskog prava u nemanjićkoj državi*, beograd, 1935., str. 43.

Kralja Milutina nasleđuje na presto sin *Stefan Uroš III Dečanski* (1321-1331) koji još je još za vreme vlade svog oca pokušao da se domogne prestola, pa je čak podigao bunu u Zeti. Otac ga je, ugušivši pobunu, bacio u tamnicu u Skoplje, naredio da ga oslepe i potom uputio u izgnanstvo u Carigrad, zajedno sa ženom Teodorom i njihova dva sina. U Carigradu je Stefan Uroš III živeo u jednom manastiru i tu mu umire mlađi sin. Kada se vratio u Srbiju i pomirio sa ocem, dobio je na upravu jednu oblast, ali pitanje njegove budućnosti je bilo neizvesno. Znao je da će pitanje nasleđa prestola moći biti rešeno samo građanskim ratom. I doista posle Milutinove smrti uz Stefana Uroša III, kao pretendenti na presto pojavili su se: njegov polubrat Konstantin i Dragutinov sin Vladislav. Stefan Uroš je pobedio oba svoja protivnika, jer je on jedini imao oslonca u samoj zemlji, ali su borbe oko prestola u Srbiji iskoristili Bosanci koji su zauzeli Hum i time ostvarili svoj davnašnji cilj – izlazak na more. Kao nadoknadu za tu izgubljenu teritoriju, Stefan nalazi u proširenju svojih granica u vardarskoj dolini, u vreme građanskog rata u Vizanntiji.

Stefan Uroš III, januara 1322. godine se kruniše za kralja i od tada dodaje svom imenu „Dečanski". Odmah po stupanju na presto, imenuje svog sina Dušana – „mladim kraljem", dodavši mu na upravu Zetu. Odmah po preuzimanju krune, Stefanu Dečanskom umire žena bugarka Teodora, kćerka bugarskog cara Smilca (sahranjena u manstiru u Banjskoj).To mu je dalo mogućnost da uspostavi ponovni kontakt Srbije sa Zapadom. Kralj je želeo da se novom ženidbom veže sa kućom Anžujaca kako bi potpuno učvrstio svoje veze sa Zapadom. Kao moguća Stefanova žena bila je predviđena kćerka Filipa Tarentskog – Blanka. Papa Jovan XXII (1316 – 1322) je pisao Stefanu 1322. godine da mora da pređe u katolicizam i da javno pred legatima dokaže svoju pripadnost katolicizmu. Plan oko ove ženidbe je propao jer je u to vreme Svetosavlje u zemlji Srbiji toliko ojačalo da je ovakav zahtev pape bio neprihvarljiv.

Kralj Stefan Dečanski se okreće Vizantiji i uskoro, već 1324. godine sklapa brak sa sinovicom cara Andronika II, Marijom Paleolog (kćerkom panipersevasta Jovana Paleologa i Irine Metohit).

Već sledeće godine nakon krunisanja kralja Stefana Uroša III Dečanskog – otpočinju spoljni napadi na Srbiju. Bugarski car Manojlo III Šišman (1323-1330), raskida brak sa Stefanovom sestrom Anom i ženi se sa udovicom cara Teodora Svetislava (1300-1322), koja je bila sestra budućeg cara Vizantije Andronika III Paleologa (1398 – 1341). To sve dovodi najpre do pogoršanja, a potom do raskida odnosa između Srbije i Bugarske.

Možda je jedini veliki trenutak u Stefanovom životu bila bitka kod Velbužda, u kojoj su Bugari bili potpuno poraženi (tada gine i car Mihailo), čime je definitivno bila rešena borba Bugara i Srba oko vardarske doline i oko Makedonije. Posle te velike pobede (u kojoj učestvuju u stari i mladi kralj), srpska vojska je ušla u Trnovo i tamo postavila srpskog kandidata na bugarski presto (Ivana Stefana, sina svoje sestre Ane, koju je svečano vratio u Bugarsku). Dečanski se kao pobednik vratio kući. Ta pobeda je bila kratkog veka. Nedugo, nakon tih događaja u Bugarskoj je izveden prevrat i svi rezultati srpske politike su uništeni. Taj poraz srpske spoljne politike pripisivan je Stefanu Dečanskom. Nezadovoljnike politike Dečanskog predvodio je njegov sin, prestolonaslednik Dušan koji je smatrao da državu treba da vodi čvrsta ruka. Zbacio je svog oca sa prestola, zarobio ga i bacio u tamnicu gde je ubrzo i umro (po nekim izvorima po naredbi Dušanovoj bio je i udavljen). Pošto je završio očevu zadužbinu Visoki Dečani, Dušan je u njemu, 1355. godine, sahranio mošti kralja Stefana Dečanskog.

Tužno je koliko je Stefan Dečanski bio tragična ličnost i jedan od najnesretnijih srpskih vladara. I pored okolnosti da je rastao u vreme napredovanja i velikih državnih uspeha, „on lično, živeo je okružen grubošću svog oca i u okolnostima razorenih porodičnih odnosa gde su se na dvoru vladarke i milosnice često smenjivale“. Doživeo je dve velike nesreće: otac ga je oslepeo a sin ga je zbacio sa prestola i bacio u tamnicu (Zvečan), zajedno sa ženom Marijom Paleolog i decom iz tog braka.

Kada je na presto došao sin Stefana Dečanskog – kralj i car *Stefan Uroš IV Dušan* (1331-1355), Srbija je bila jaka država. Od jake Srbije je zazirao posebno bugarski kralj Jovan Aleksandar Asen (1331-1371) koji je ponudio svoju sestru Jelenu, Dušanu za ženu. Kako je ta ponuda odgovarala Dušanu, dolazi do njihovog venčanja, na Uskrs 1322. godine Iz tog braka dugo nije bilo poroda, pa je car Dušan ozbiljno pregovarao da oženi 19 – godišnju Jelisavetu, kćerku umrlog nemačkog cara Fridriha Lepog (1315 – 1330). Pregovori su obustavljeni kada je Jelena rodila sina Uroša, 1337. godine.

Car Dušan je jedan od najizrazitijih i najpopularnijih ličnosti u našoj istoriji. Pod njegovov vladom srpska država srednjeg veka dostigla je najveći obim. [14] Dušan je proglasio srpsku patrijaršiju i krunisao se za cara.

[14] Car Dušan je priključio svojoj državi Albaniju, Epir i Tesaliju. Izuzimajući velika pristaništa kao što su Drač i Solun, srpska država se prostirala u vreme kralja Dušana od Jadrana na zapadu do Egejskog mora na istoku i od Dunava na severu, do južnih obala kontinentalne Grčke. Zauzeo je 1345. u Serez, koji je posle Carigrada i Soluna bio jedan od najvažniojih strateških tačaka na putu ka Carigradu. Nameravao je da osvoji Solun i

Proglas patrijaršije i svečano krunisanje za cara obavio je u Skolju. Time je želeo da istakne da je novo srpsko-vizantijsko carstvo u stvari nastavak srpske države. U narodu je nazvan „Dušan Silni", i kasnije u doba turskog ropstva, obnavljanje Dušanovog carstva postalo je simbol nacionalnih želja i ideala srpskog naroda.

Nasleđujući velikog oca i njegovu veliku državu, car *Stefan Uroš V* (1355-1371) nije bio dorastao vremenu. Kao poslednji vladar loze Nemanjića, u narodu su mu nadenuli nadimak Uroš „nejaki". Njegovom vladavinom otpočinje opadanje, slabljenje i raspad srpske države. Razlozi se traže u sve bezobzirnijem turskom nadiranju na srpske prostore ali i u samovolji vlastele (oblasnih gospodara) koja se toliko osilila da je želela da se izdvoji iz zajedničke države.

Oženjen je bio Anom, kćerkom vlaškog vojvode Aleksadra Basarabe. Ona je bila povod za indirektno kontaktiranje pape i Srbije. Papa Urban V (1362-1370) se obratio Aninoj majci da ona utiče na kćerku, ženu cara Uroša, kako bi cara Uroša i njegovu Srbiju prevela u katolicizam. Ovaj papa je ozbiljno shvatio opasnost od Turaka i na Veliki petak 1363. godine objavio je proglas za pokretanje krstaškog rata. Ubrzo je umro francuski kralj Jovan Dobri, velika papina uzdanica i ta ideja je napuštena. Papa Grgur XI je bio zaokupljen drugim stvarima (prestankom tzv. „avinjokskog ropstva" i povratka u Rim 1377. godine) i Balkan mu je bio manje važan.

Car Uroš V iako je krunu nosio sve do svoje smrti, krajem 1371. godine, u poslednjim godinama nije više imao stvrnu vlast u svojim rukama. Pokušavao je da među srpskim oblasnim gospodarima (velikašima) nađe sebi savladara. Našao ih je u braći *Mrnjavčević – Vukašinu* i *Uglješi* koji su posedovali oblasti oko Prilepa i Sera. Vukašin i Uglješa su vodili vrlo živu „ženidbenu diplomatiju" u kojoj se i ogledala njihova politička snaga. Vukašin je krunisan za kralja 1366. godine i on je daleko više uticao na razvoj političke situacije u zemlji do bitke na Marici 1371. godine. Na taj način je pripremljena promena dinastije, jer je Vukašinov sin *Marko* određen za mladog kralja. *Uglješa* se oženio Jelenom (Jefimijom), kćerkom ćesara Vojihne. Ovim bračnim vezama izrasli su u moćne i uticajne velikaše, iako nisu uspeli da objedine sve oblasti isprepletane tim ženidbama.

Car Uroš je za svog savladara uzeo Vukašina i uzdigao ga na kraljevski tron, a njegovom bratu Uglješi je priznao titulu despota; Uglješa je ovu titulu dobio od Uroševe majke, carice Jelene, od koje je preuzeo ser-

Carigrad, ali mu je nedostajala flota koju je bezuspešno tražio od Mlečana. Najveća zadužbina cara Dušana je manastir Sv. Arfanđeli kod Prizrena.

sku oblast. Kada su Srbi doživeli poraz na reci Marici (1371) to je bio početak propasti srpskog carstva; u toj bici ginu kralj Vukašin i despot Uglješa Mrnjavčević. Njihovom pogibijom car Uroš je izgubio oslonac svoje vlasti. Državu je zahvatilo „bezvlašće, zemlja je opustela, zavladali su glad, strah i panika."

Neposredno posle Maričke bitke umro je i car Uroš V. Time se ugasila dinastija Nemanjića. Bio je to kraj „srpskog carstva"; srpska država prestaje da postoji jer su je razdrobili oblasni gospodari: Kraljević Marko, braća Jovan i Konstantin Dejanović (Dragaši), Đurađ Balšić, Vuk Branković, Nikola Altomanović, Lazar Hrebeljanović i drugi. Vlast navedenih udeonih kneževa i formalno postaje samostalna.

Kako Uroš V nije imao muške dece, na presto je trebalo da dođe savladarski sin Marko Mrnjavčević (u narodu poznatiji kao Kraljević Marko), a time bi bila prekinuta tradicija svetorodne Nemanjićke dinastije. Srpska vlastela nije bila zadovoljna takvim rešenjem. Vukašinov sin, Marko, iako zvanično još uvek kralj, nije bio prihvaćen ni od jednog srpskog velikaša za vrhovnog gospodara, pa će on, kao prvi na udaru, posle Maričke bitke (kao i Dejanovići u severoistočnoj Makedoniji), postati turski vazal.[15]

Središte srpske države se pomerilo na sever, u oblast kneza *Lazara Hrebeljanovića*.[16] Mudrim i dalekovidim državničkim potezima knez Lazar se ubrzo izdigao iznad drugih velikaša i nametnuo kao naslednik Nemanjića. Lazar je postao carski zet, jer mu je car Dušan dao za suprugu

[15] „Kraljević Marko", nije samo poznat po svom Doratu već i po svom ljubavnom životu. On je oteravši od sebe svoju zakonitu ženu Jelenu (kćerku Radoslava Hlapena), uzeo za ženu Teodoru (zakonitu ženu nekog Grgura), koju je ustupio Hlapenu (ocu svoje prve žene Jelene), da bi ponovo vratio svoju prvu ženu.

[16] Puno ime mu je Stefan Lazar Hrebeljanović, rođen je 1329. godine gradu Prilepcu kog Novog Brda. Otac mu je bio Lazar Pribac Hrebeljanović, znameniti velikaš koji je živeo u vremenu vladavine silnog cara Stefana Dušana IV (1331-1355). Lazar je imao dve sestre: starija, Draginja, bila je udata za vojskovođu koji se zvao Musa, i koji je vladao oblašću oko Zvečana (gornji tok reke Ibra). Imali su dvojicu sinova Stefana i Lazara (braća Musići). Mlađa sestra je bila udata za hvostanskog vojvodu Altomana (Hvosno – srpska oblast koja se prostirala oko Peći i Dečana); po tom vojvodi bili su nazvani Altomanovići. Oblast kojom je vladao Lazar Hrebeljanović imala je središte u Pomoravlju, a protezala se na severu do Save i Dunava, na zapadu do Užica, a na jugoistoku do Novog Brda. Na poznatoj „kneževoj večeri" on je okupio srpske kneževe za odlučujuću bitku protiv Turaka u čuvenoj *Kosovskoj bici* (28. juna 1389). Koliki su joj značaj pridavali i Srbi i Turci vidi se po tome što su vojske predvodili sami vladari (knez Lazar i sultan Murat, sa sinovima Jakobom i Bajazitom). O bici se skoro sve zna – Kosovska bitka i Lazarev izbor „carstva nebeskog" – prerasle su u legendu koju je narodna tradicija sudbinski vezala za srpskog čoveka, razvivši kolektivno osećanje odgovornosti i uzdignuvši ga na visinu moralne obaveze okajanja greha, ne molitvom, nego svesnom borbom.

svoju rođaku Milicu, ćerku velikog kneza Vratka, od loze Nemanjića (Vojvoda toplički i polimski Vratko, inače poznat kao stari Jug-Bogdan, bio je poreklom od Vukana, najstarijeg Nemanjinog sina). Lazar i Milica su imali pet kćeri i trojicu sinova (Stefana, Vuka i Dobrivoja – koji je umro mlad).

Knez Lazar (a to će raditi i nakon njega knjeginja Milica) je pokušao da stabilizuje Srbiju između ostalog i udajom svojih kćeri: Mare, Dragane, Jelene, Teodore i Olivere. Najstarija Mara je bila udata za Vuka Brankovića, druga kćerka kneza Lazara, Dragana (ili Marija), bila je udata u kuću Šišmana – bugarskog cara u Trnovu. Treća kći Jelena bila je udata za Đurđa II Stratimirovića – Balšića, gospodara sve zetske i primorske zemlje (sa njim je imala sina Balšu i nakon smrti muža preudala se za bosanskog vojvodu Sandalja Hranića). Četvrta kćerka Teodora udala se u Ugarsku za Nikolu Garovića, Mačvanskog bana (kasnije je postala hrvatsko-dalmatinska banica). Petu kćerku Oliveru udaće knjeginja Milica za sultana Bajazita, nakon što joj je on poslao poruku da sklope mir pod uslovom da mu da kćerku Oliveru za ženu; da bi Srbiju zaštitila od daljeg stradanja knjeginja je morala na to da pristane.

Knjeginja Milica ustupa presto svom sinu *Stefanu Lazareviću* koji od 1402. godine nosi titulu despota. On vlada kao turski vazal, ali je uspeo da postane i ugarski vazal, čije je poverenje uživao. Uspeo je da svojom mudrom politikom, uprkos kosovskoj katastrofi, objedini srpske zemlje kojima su ranije vladali njegov otac i njegovi rođaci. Srbija se u njegovo doba ponovo prostirala od Dunava do Jadranskog mora. Bio je oženjen Jelenom, kćerkom gospodara Lezbosa Frančeska II Gatizilija.

Nakon smrti despota Stefana Lazarevića, na presto dolazi njegov sestrić, *Đurađ Branković*. Đurađ je bio sin Mare (kćerke kneza Lazara) i Vuka Brankovića. Đurađ se oženio 1414. godine, Jerinom Kantakuzin, od solunskih Kantakuzina, u svojoj 39. godini, čime se pretpostavlja da mu to nije bio prvi brak. Sa vizantijskom princezom Jerinom imao je sinove Grgura, Stefana, Lazara, Teodora i kćerku Katarinu. Đurađ je iz nekog ranijeg braka imao decu, jer se kao njegove kćerke spominju i Jelena i Mara. I on je pokušao je da stabilizuje Srbiju udajom svojih kćeri. Pored Mare koja je već bila žena sultana Murata II, Katarinu je udao za grofa Ulriha Celjskog, rođaka druge Žigmundove žene. Mlađa Đurđeva unuka, kćerka Katarine i grofa Urliha Celjskog, bila je verena za Hunjadijevog mlađeg sina Matiju, poslednjeg kralja Ugarske (1458-1490).

Despot Đurađ je u znak svog prijateljstva sa Vizantijom i svog sina, naslednika Lazara, oženio vizantijskom princezom Jelenom, kćerkom morejskog despota Tome Paleologa. Tom prilikom je car Jovan III, Lazaru dodelio titulu despota.

Despot Lazar Branković (1456-1458) je mlad umro i nije iza sebe ostavio muške već samo ženske potomke od kojih je najstarija bila kćerka Jelača U Despotovini je sačinjen svojevrsni trijumfirat koga su sačinjavali: Mihailo Anđelović, udovica despota Lazara (Jelena Paleolog) i slepi Stefan, Lazarev brat. Oni nisu imali iste ciljeve. Mihailo je naginjao Turcima, a snaha i dever Ugarima. U martu 1458. godine u Smederevu je pobedila stranka koja je bila za borbu s Turcima. Oni koji su sada uzeli državne poslove u Despotoveni u svoje ruke, znali su da državi preti neposredna opasnost. Stoga su se rešili na neobičan korak jer se javio u doba potpunog političkog rastrojstva, kada nije bilo svesti o zajedničkim interesima, kada je izgubljeno bilo merilo za moral u politici, kada su lični i lokalni interesi bili preči od najvažnijih državnih i narodnih interesa. Dogovoreno je da se srpske države, kraljevina Bosna i despotovina Srbija spoje u jednu državu i time zaborave doskorašnji sukobi. Dogovoreno je da bosanski prestolonaslednik, Stefan Tomašević, uzme za ženu Jelaču (Bosanci je nazivaju Marija), kćerku pokojnog despota Lazara i despotice Jelene; u miraz je Stefan imao dobiti Despotovinu. Ugarski kralj Matija (sin Sibinjanin Janka), koji je vladao od 1458-1490 godine, odobrio je ovu kombinaciju jer je verovao da bi udružena Bosna sa Despotovinom mogla predstavljati jači štit prema turskom nadiranju. U proleće 1459. godine obavljeno je venčanje. [17] Ugarska vojska je nakon toga ušla u Smederevo i proglasila Stefana Tomaševića za despota.

Turska je bila nezadovoljna dolaskom Stefana bosanskog na presto Despotovine, posebno što je došao intervencijom Ugarske koja je time javno iskazala svoje pretenzije prema Srbiji. Turska je Despotovinu već smatrala svojom. Sultan Mehmed II sa velikom vojskom kreće put Smedereva gde je nadvladala turkofilska stranka koja je Turcima predala grad. Savetnik despota Stefana Tomaševića, stric Radivoj, stupa u pregovore sa Turcima i postiže dogovor da svi iz Bosne, sa despotom Stefanom Tomaševićem, sa despoticom Jelačom, njenom majkom Jelenom Paleolog, sa svom svojom imovinom mogu da mirno napuste grad. Potom su Turci ušli u Smederevo aprila 1459 i pohapsili zatečenu ugarsku posadu.

Sa tim datumom prestala je da konačno postoji srpska srednjovekovna država. Skoro sto godina se Srbija odupirala Turskoj, da bi kada je konačno potpala pod njenu vlast, ostala vekovima u okovima Osmanlijske imperije.

---

[17] Iste godine kada je obavljeno pomenuto venčanje, zbačen je i oteran slepi Stefan, Lazarev brat; njegovu titulu despota poneo je bosanski princ Stefan Tomašević. Zbačeni slepi despot Stefan odlazi u Budim, pa kod sestre Katarine grofice Celjske, zatim u Dubrovnik. Odatle je otišao u Albaniju kod Skender-bega, gde se 1460. godine oženio Angelinom, kćerkom Arijanitovom. Tu mu se rodio sin Đorđe i još dvoje mlađe dece. Taj sin Đorđe je postao titularni despot Srbije (1486-1516).

Nataša Deretić, Ph.D. Assistant professor
Novi sad School of Law

The influence of politics in creation of marriages of Serbian meadieval rulers

Abstract

In the middle century it was usual that the getting married of the ruler of one of the newly formed states, as the Serbian state was, was not personal but political act, the chance of becoming more powerful by the marriage. It wasn't rarely to avoid wars and fulfill different political aims by the marriage. The home interest was crucial by getting married. The marriages of Serbian medieval rulers were subornidated to politics. When Serbia was a strong state, daughters, sisters, nieces of powerful rulers of neighbouring countries were offered to the Serbian rulers, while in the time when the power of the some rulers fell, the same marriages were broken without reason.

Originalni naučni rad 325(497.1)“1918/1941“

Mr Gordana Drakić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

KOLONIZACIJA U MEĐURATNOJ JUGOSLOVENSKOJ DRŽAVI[1]

Sažetak: *U agrarnoj zemlji kakva je bila međuratna jugoslovenska država jedan od ključnih problema predstavljalo je uređenje agrarnih odnosa, sprovođenje agrarne reforme i kolonizacije. U radu su izložene odredbe najvažnijih pravnih propisa koji su regulisali sprovođenje kolonizacije. Ukazano je na subjekte i objekte kolonizacije. Takođe, razmotreni su osnovni problemi koji su pratili izvođenje ove značajne državne mere, a koji su umnogome uticali na njen tok i rezultate.*

Ključne reči: *kolonizacija, međuratna jugoslovenska država, naseljenici, dobrovoljci, pravni propisi, dodeljivanje zemlje.*

Zajednička država Srba, Hrvata i Slovenaca, stvorena 1. decembra 1918. godine, bila je, između ostalog, izrazito agrarna zemlja u kojoj se velika većina stanovništva bavila zemljoradnjom i tako obezbeđivala egzistenciju. U korpusu pitanja koja je nakon ujedinjenja trebalo rešavati po svojoj složenosti se izdvajalo agrarno pitanje. Ono je imalo i svoje političke i socijalne karakteristike koje su imale odlučujuću ulogu u brzom pristupanju državnih vlasti njegovom rešavanju.

Među seljačkim masama uoči ujedinjenja i neposredno nakon stvaranja Kraljevstva Srba, Hrvata i Slovenaca postojalo je veliko nezadovoljstvo koje je bilo izraz njihovog teškog socijalnog položaja. Oni su smatrali da je kraj rata i stvaranje nove države trebalo da donese pobolj-

[1] Rad je posvećen projektu *Pravo Srbije u evropskoj perspektivi* br. 149042 koji finansira Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije.

šanje njihovog ekonomskog i socijalnog položaja, kao i obezbeđivanje uslova za rad od strane države. Revolucionarno raspoloženje koje se osećalo nakon završetka Prvog svetskog rata dovelo je i do pobuna seljaka i njihovog samovlasnog zaposedanja zemlje veleposednika. Oni su bili ohrabreni akcijama tzv. zelenog kadra- vojnika južnoslovenskog porekla koji su se odmetnuli iz austrijske vojske.

„U Makedoniji, dijelovima Crne Gore, na Kosovu i Metohiji i Bosni i Hercegovini postojali su 1918. još uvijek čivčijski odnosi, a u nekim krajevima Dalmacije i Istre kolonatski odnosi. U svim ovim krajevima postojali su pokreti nezadovoljnih seljaka. Kako je 1918. bila revolucionarna godina, seljaci i poljoprivredni radnici u pojedinim krajevima, osobito u Hrvatskoj, Slavoniji, Vojvodini i u Bosni i Hercegovini, sami su zauzimali vlastelinsku zemlju negdje i zgrade i stoku, ili odbijali da plate zakupninu za zemlju koju su obrađivali.“[2] Složenost agrarnih odnosa u novostvorenoj državi Srba, Hrvata i Slovenaca ali i činjenica da je seljaštvo predstavljalo ozbiljnu revolucionarnu snagu u državi bili su osnovni razlozi koji su opredelili vlast da posveti pažnju rešavanju problema uređenja odnosa u oblasti agrara.

Državne vlasti su neposredno nakon stvaranja Kraljevstva Srba, Hrvata i Slovenaca počele sa pripremama za sprovođenje agrarne reforme koja je kao kopleksna državna mera trebalo da obezbedi rešenje agrarnog problema. *Manifest Regenta Aleksandra narodu* objavljen 6. januara 1919. godine umnogome je uticao na smirivanje situacije na selu.[3] U Manifestu je proglašeno ukidanje feudalnih odnosa i velikih zemljišnih poseda. Proklamovan je princip po kome zemlja treba da pripada onome ko je obrađuje. Zemljoposednicima je obećana pravična naknada za zemlju koja će im biti oduzeta, a seljaci su pozvani da mirno sačekaju dok im država zakonskim putem ne dodeli zemlju.

Nakon regentovog Manifesta usledilo je, krajem februara 1919. godine, donošenje *Prethodnih odredaba za pripremu agrarne reforme*.[4] Ovim pravnim propisom, koji je imao izuzetan značaj u procesu sprovođenja agrarne reforme, bili su ukinuti kmetski odnosi u Bosni i Hercegovini i u novim krajevima Srbije i Crne Gore. U skladu s tim, kmetovi i čivčije su bili proglašeni za slobodne vlasnike zemljišta koja su do tada držali na osnovu kmetskog odnosa, dok je vlasnicima bila obećana odšte-

[2] M. Mirković, *Ekonomska historija Jugoslavije*, Zagreb 1968, 204.

[3] F. Šišić, *Dokumenti o postanku Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca 1914.-1919*, Zagreb 1920, 299.

[4] *Prethodne odredbe za pripremu agrarne reforme* u zbirci *Agrarna reforma uredbe, naredbe i raspisi izdanje Ministarstva za agrarnu reformu Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca u Beogradu* (u daljem tekstu AR-I), Zagreb 1920, 12-17.

ta. Ukinuti su, takođe, i kolonatski i kmetstvu slični odnosi u Dalmaciji, Istri i drugim oblastima Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca.

Prethodnim odredbama je, dalje, bila proglašena eksproprijacija svih velikih poseda na teritoriji Kraljevstva Srba, Hrvata i Slovenaca. Iz njihove površine je, sprovođenjem agrarne reforme, trebalo dodeliti zemlju onim državljanima koji se bave zemljoradnjom, a zemlje nemaju uopšte ili je nemaju dovoljno. Propisano je da će prvenstvo prilikom raspodele zemlje imati invalidi, udovice i siročad ratnika, vojnici i dobrovoljci koji su se borili za oslobođenje i ujedinjenje Srba, Hrvata i Slovenaca. Definisan je i pojam velikog poseda, te su kao takvi proglašeni: svi posedi koji su imali površinu između 100 i 500 katastralnih jutara obradivog zemljišta prema posedovnim i ekonomskim prilikama određenog kraja, posedi iste površine koji su izdati u zakup ili koji su delimično, odnosno koji nisu uopšte obrađeni i sva fideikomisna dobra.

Donošenjem *Prethodnih odredaba za pripremu agrarne reforme* otpočeo je dug i komplikovan proces sprovođenja agrarne reforme i uređenja agrarnih odnosa u međuratnoj jugoslovenskoj državi koji je trajao koliko i sama država.

Uporedo sa agrarnom reformom u međuratnom periodu je u jugoslovenskoj državi bila sprovođena i kolonizacija. Kolonizacija je predstavljala migracioni poduhvat koji je izazvao dalekosežne socijalne posledice, i koji je, kao i agrarna reforma, bio pravno normiran. U daljem tekstu ukazaćemo na najvažnije pravne propise koji su se odnosili na kolonizaciju kao i na osnovne probleme koji su pratili njeno izvođenje. Sveobuhvatnije proučavanje kolonizacije u međuratnoj jugoslovenskoj državi iziskuje dublju naučnu analizu i prevazilazi okvire ovog rada.

U procesu kolonizacije koja je u periodu od 1919. do 1941. godine bila sprovedena u jugoslovenskoj državi najvažnija kolonizaciona područja bila su područje Vojvodine, Kosovsko-metohijska oblast i Makedonija, zatim Slavonija, Bosna i Hercegovina, Hrvatska, Slovenija i delovi Crne Gore. Za potrebe kolonizacije su, u navedenim područjima zajedničke države Srba, Hrvata i Slovenaca služile uglavnom površine koje su, prema važećim propisima, ulazile ili mogle ući u fond agrarne reforme.[5]

Agrarna reforma i kolonizacija predstavljale su komplementarne državne mere. Ostvarenje većine ciljeva agrarne reforme zahtevalo je unutrašnju kolonizaciju. Izvođenje te mere je srpska vlada na Krfu imala u vidu kada je početkom 1917. godine donela odluku da se svakom jugoslovenskom dobrovoljcu, koji se bori u srpskoj vojsci, po završetku rata

[5] M. Erić, *Agrarna reforma u Jugoslaviji 1918-1941 god*, Sarajevo 1958, 400.

dodeli 5 hektara zemlje.[6] Ovo obećanje srpske vlade trebalo je da doprinese većem odzivu lica jugoslovenskih naroda u dobrovoljačke jedinice i povećanju vojne moći.

S obzirom na prilično velik broj dobrovoljaca, državne vlasti su po završetku rata imale pred sobom komplikovan zadatak kako da organizuju realizaciju obećanja koje je dala srpska vlada. Kako su prilikom prve podele veleposedničke zemlje, izvršene shodno pravilima utvrđenim u *Prethodnim odredbama*, u proleće i leto 1919. godine, ostali zanemareni, među dobrovoljcima se pojavilo veliko nezadovoljstvo. Poučeni prethodnim iskustvom sa nezadovoljnim seljacima, vlada je pred jesenju deobu zemlje 8. septembra 1919. godine izdala raspis kojim je nižim agrarnim organima naredila da svim dobrovoljcima-borcima u besplatan zakup dodele 5, a neborcima 3 hektara zemlje, i to, ukoliko je moguće, u mestima gde će im se ta zemlja moći dati u punu svojinu.[7] Neposredna posledica ove naredbe sastojala se u povećanju broja subjekata agrarne reforme, što je značilo još veći broj lica zainteresovanih za dobijanje zemlje iz raspoloživog zemljišnog fonda agrarne reforme.

Kako su s obzirom na naredbu ministra za agrarnu reformu prilikom jesenjeg deljenja zemlje zadovoljeni uglavnom dobrovoljci na uštrb ostalih agrarnih interesenata, bilo je potrebno pravno urediti pitanje dobrovoljaca kao agrarnih interesenata. Ministarski savet je, stoga, doneo 18. decembra 1919. godine *Uredbu o dobrovoljcima* na predlog Ministarstva za socijalnu politiku koje se bavilo poslovima agrarne reforme sve do početka 1920. godine kada je osnovano Ministarstvo za agrarnu reformu.[8]

U smislu Uredbe dobrovoljac je bio državljanin Kraljevine SHS koji je kao redov ili podoficir dobrovoljno stupio u srpsku vojsku do 18. novembra 1918. godine i u njoj ostao do demobilizacije ili do otpuštanja zbog nesposobnosti. U slučaju nastanka spora prilikom utvrđivanja svojstva dobrovoljca, odluku je donosio Interministerijalni Komitet za dobrovoljce, ustanovljen kao savetodavni organ pri Ministarstvu za socijalnu politiku.

Članovi 13-17. Uredbe odnosili su se na dodeljivanje zemlje dobrovoljcima radi naseljavanja. Tako je bilo propisano da će dobrovoljcima zemljoradnicima, radi naseljavanja, ukoliko su borci biti dodeljeno po 5, a neborcima po 3 hektara plodne zemlje u krajevima u kojima će se vršiti naseljavanje prema planu koji je trebalo da izradi Ministarstvo za agrarnu

[6] AR-I, 271.
[7] M. Erić, nav. delo, 246-247.
[8] Tekst *Uredbe o dobrovoljcima* u zbirci AR-I, 263-269.

reformu. Zemlju je mogao da dobije samo siromašan dobrovoljac zemljoradnik koji bi je sam obrađivao. O toj okolnosti je, shodno Uredbi, trebalo da se vodi naročita kontrola, a nepoštovanje tog uslova povlačilo je oduzimanje dodeljene zemlje. Dobrovoljac zemljoradnik dobijenu zemlju nije mogao da otuđi niti optereti na bilo koji način. Deoba zemlje dobrovoljcima trebalo je da se organizuje u okviru unutrašnje kolonizacije čije izvođenje je spadalo u domen Ministarstva za agrarnu reformu. Uredbom je, takođe, bilo utvrđeno da će dobrovoljci prilikom kolonizacije imati pravo prvenstva.

Propisivanjem uslova da zemlju može dobiti samo dobrovoljac zemljoradnik koji će pritom dodeljenu zemlju sam obrađivati, bio je smanjen broj potencijalnih lica kojima je država morala da obezbedi zemlju. S druge strane, time je bilo omogućeno da se poveća broj agrarnih subjekata iz drugih kategorija, a da se istovremeno ne povećava zemljišni fond reforme.

Međutim, vlasti su iz političkih razloga omogućile da i dobrovoljci nezemljoradnici dobiju zemlju za naseljavanje. Naime, ministar za agrarnu reformu je 23. oktobra 1920. godine svojim rešenjem dozvolio da se ubuduće na kompleksima određenim za kolonizaciju zemljoradnika kako dobrovoljaca, tako i drugih, dodeli zemlja i dobrovoljcima drugih zanimanja ukoliko oni zemlju traže radi naseljavanja ili u svrhu da svojim radom doprinesu uređenju i utvrđenju kolonija.[9] Obrazloženje za promenu uslova propisanog *Uredbom o dobrovoljcima* bilo je da je utvrđena potreba da u svim novim seljačkim naseljima (kolonijama) pored seljaka žive i radnici svih drugih profesija.

Dobrovoljci nezemljoradnici mogli su dobiti zemlju i u mestu svog „prebivanja“ ali tek nakon što se podmire potrebe domaćih dobrovoljaca zemljoradnika i ostalih siromašnih zemljoradnika istog mesta, uz obavezu da sami plaćaju zakupninu. Na kraju ministrovog rešenja bilo je naglašeno da dobrovoljac nezemljoradnik može dobiti zemlju pod navedenim uslovima samo ako se nije koristio pogodnostima koje je propisivala *Uredba o dobrovoljcima* koje su se odnosile na dobrovoljce državne službenike, učenike, zanatlije i trgovce.

Nešto pre donošenja pomenutog rešenja, ministar za agrarnu reformu je 27. avgusta iste godine izdao naredbu kojom je pored stalnog naseljavanja dobrovoljaca dozvolio tzv. privremeno naseljavanje.[10] Ono se sastojalo iz davanja zemlje od velikih poseda u svrhu privremenog naselja-

[9] *Rešenje ministra za agrarnu reformu Br. 18.101 od 23. oktobra 1920. godine*, AR-I, 271-272.

[10] *Naredba broj 14.011 ministra za agrarnu reformu*, AR-I, 255-256.

vanja i obrađivanja, a zakupninu za tu zemlju je plaćala država. Privremeni kolonista je bio dužan da se stara da zemljište bude uvek obrađeno. On je mogao da zemlju da drugome na obradu u vidu napolice, ali samo u slučaju ako nije raspolagao sredstvima potrebnim za obradu zemlje. Zabranjeno je bilo davanje zemlje u zakup. Privremenom kolonisti koji bi dodeljenu zemlju dao ili je ne bi obrađivao, zemlja je oduzimana.

Kao obrazloženje za ustanovljavanje privremenog naseljavanja navedena je potreba da se dobrovoljci iz ekonomski pasivnih krajeva stave „u jednu snošljiviju situaciju od ove u kojoj se sada bez zemlje i bez sredstava za život nalaze", te da se izjednače sa dobrovoljcima iz „aktivnih" krajeva koji su već dobili zemlju u privremeni zakup u svom mestu stanovanja.

Iz teksta Naredbe se jasno vidi da su državne vlasti bile, ili su možda tek postale svesne, da se sprovođenje kolonizacije ne može okončati u toku jedne godine i da se veliki broj dobrovoljaca nalazi na ivici egzistencije. Sprovođenje kolonizacije zavisilo je od situacije u sprovođenju agrarne reforme, odnosno od toga koliko je bilo raspoloživog zemljišta za svrhe agrarne reforme i naseljavanje. Ministar za agrarnu reformu je pored Naredbe izdao i odgovarajuće uputstvo za njeno izvršenje.[11] Uputstvom je bilo utvrđeno da će se na prvom mestu naseljavati dobrovoljci sa solunskog fronta sve dok se njihov broj ne iscrpi. Svaki dobrovoljac je bio dužan da dokaže svoj status podnošenjem odgovarajućeg uverenja koje je izdavalo Ministarstvo za socijalnu politiku.

Krajem februara 1921. godine ministar za agrarnu reformu je izdao rešenje po kojem je lice koje nije imalo uverenje Ministarstva za socijalnu politiku o tome da je dobrovoljac, moglo dobiti zemlju pod određenim uslovom. Naime, bilo je potrebno da dva dobrovoljca, sa urednim dobrovoljačkim uverenjima, potvrde pod zakletvom da je dotično lice zaista dobrovoljac borac ili neborac. Dobrovoljci kojima je na ovaj način priznat dobrovoljački status bili su dužni da u roku od tri godine pribave o tome uverenje od vojnih vlasti ili Ministarstva za socijalnu politiku.

Donošenje ovog rešenja svakako je bilo motivisano političkim razlozima i interesom državnih vlasti da obezbede podršku dobrovoljaca i njihovih porodica kojih je bilo u velikom broju. Međutim, uvedena mogućnost krila je opasnost od zloupotreba.

Nakon toga, nastavljeno je sa proširivanjem kruga lica kojima je moglo biti priznato dobrovoljačko svojstvo. Tako je *Zakonom o dobrovoljcima* od 30. decembra 1921. godine, kojim je bila zamenjena istoime-

[11] AR-I, 256-258.

na uredba, dato ovlašćenje ministru vojske i mornarice da pored lica navedenih u članu 1. (ponovljeni član 1. Uredbe), kao dobrovoljce prizna „i druga lica za koja bude utvrđeno, da su svojim radom i požrtvovanjem pomogli ostvarenju narodnog oslobođenja i ujedinjenja načinom istim ili sličnim onome, predviđenom u prethodnom stavu".[12] Osim ove novouvedene mogućnosti, *Zakon o dobrovoljcima* je u svemu ostalom potvrdio propise *Uredbe o dobrovoljcima*.

Usled mnogobrojnih zahteva za priznanje dobrovoljačkog statusa, to svojstvo je naknadno bilo priznato i: a) licima koja su učestvovala u bosansko-hercegovačkom ustanku 1875/78. g, najpre odlukom Interministerijalnog komiteta, a potom i odlukom Ministarskog saveta 30. marta 1924. godine; b) licima koja su se nalazila u sastavu bataljona „Pivko" u Italiji, odluka od 19. maja 1924; v) licima koja su učestvovala dobrovoljno kao građani bivše Kraljevine Crne Gore u balkanskim ratovima i u ratu protiv Austro-Ugarske 1914-1918, odluka od 23. avgusta 1924; g) licima koja su kao vojnici makar i kratko bila u srpskim pukovima u Rusiji, odluka od 10. januara 1925. godine.[13]

Novi *Zakon o dobrovoljcima* donesen je 31. avgusta 1928. godine.[14] Priznavanje dobrovoljačkog statusa je, u skladu sa praksom, i formalno preneto na Ministarstvo vojske i mornarice uz prethodno dato mišljenje Interministerijalnog komiteta kao savetodavnog organa. Posao deljenja zemlje dobrovoljcima ostao je u nadležnosti Ministarstva za agrarnu reformu, pri kome je formiran odgovarajući savetodavni odbor u koji su ulazili predstavnici različitih nadležnih ministarstava. Svako lice kome je bilo priznato dobrovoljačko pravo besplatno je dobijalo zemlju za naseljavanje, i to dobrovoljci borci su dobijali 5, a neborci 3 hektara. Pri tom su porodice veće od 5 članova mogle dobijati na te članove i preko dobrovoljačke kompetencije, pod uslovima predviđenim za ostale agrarne interesente. U slučaju da je lice kome je priznato dobrovoljačko svojstvo umrlo pre nego što je ostvarilo svoje pravo da dobije zemlju, pravo je prelazilo na članove porodice (žena, deca, roditelji, ukoliko su siromašni, a umrli dobrovoljac ih je izdržavao). Isto pravo sticala su braća i sestre umrlog neoženjenog dobrovoljca kome roditelji nisu bili živi.

Po Zakonu iz 1928. godine, dobrovoljac je bio dužan da se naseli u opštini u kojoj je dobio zemlju ili u susednoj, u roku od tri godine od dana kada mu je zemlja dodeljena. Pored toga, za dobrovoljce koji su ranije

[12] *Zakon o dobrovoljcima*, AR-I, 347-352.
[13] AR-I, 363-369.
[14] *Službene Novine Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca* br.221/1928.

bili podmireni zemljom, bilo je propisano da se moraju naseliti najkasnije u roku od naredne dve godine. Nepoštovanje navedenih rokova povlačilo je oduzimanje zemlje i gubitak prava na sticanje nove.

Zakonom o dobrovoljcima iz 1928. godine bio je strogo ograničen, na šest meseci, rok za izdavanje dobrovoljačkih uverenja. Bilo je rečeno da će se posle toga, kad se izvrši revizija svih ranije izdatih uverenja, u Službenim novinama objaviti konačan spisak dobrovoljaca. Međutim, ove odredbe nisu bile sprovedene u delo, pa je čak Finansijskim zakonom za 1938/39. godinu bio određen naknadni rok za podnošenje molbi.[15]

Zakon o izmenama i dopunama Zakona o dobrovoljcima donesen 18. septembra 1930. godine je dozvolio da dobrovoljci ostalih zanimanja, invalidi, kao i nedorasla i za rad nesposobna deca, koja su nasledila pravo na dobrovoljačku kompetenciju, dobijenu zemlju, uz odobrenje ministra poljoprivrede, otuđe odmah pošto postanu njeni vlasnici.[16] Ovim odredbama bio je proširen krug lica koja su u postupku agrarne reforme trebala da dobiju zemlju. Kako je to proširenje broja agrarnih subjekata agrarnoj administraciji stvorilo teškoće, 1931. godine je donesen *Pravilnik za izvršenje Zakona o dobrovoljcima u pogledu dodeljivanja zemlje i kolonizacije* kojim je određeno da će se zemlja davati prvenstveno siromašnim dobrovoljcima i to, najpre, mesnim zemljoradnicima i mesnim dobrovoljcima ostalih zanimanja. Nakon njihovog podmirenja zemlja se mogla dati dobrovoljcima zemljoradnicima kolonistima, a potom i ostalim dobrovoljcima. Pravilnikom su utvrđene dužnosti i prava dobrovoljaca, mogućnosti dalje razmene dobijene zemlje, sticanje svojine nad zemljom i druga pitanja.[17]

Pored dobrovoljaca, koloniziran je mogao biti svaki agrarni subjekat koji se nije mogao podmiriti zemljom u mestu svog prebivališta. Tako su prema *Uredbi o naseljavanju novih južnih krajeva* donesenoj u oktobru 1920. godine pravo na naseljavanje imali svi građani koji su se bavili zemljoradnjom ili seoskim zanatima, a nisu imali uopšte ili u dovoljnoj meri svoje zemlje, ali i svi koji su želeli da se ubuduće bave zemljoradnjom ako im se dodeli zemlja za naseljavanje.[18] Shodno Uredbi, država je za svrhe kolonizacije davala slobodno državno zemljište, opštinsko i seosko zemljište koje je predstavljalo višak s obzirom na potrebe opštine, odnosno sela, napuštena zemljišta kao i ona koja su se po propisima agrarne reforme mogla izdvojiti iz privatne svojine.

---

[15] M. Erić, nav. delo, 472.
[16] *Službene Novine Kraljevine Jugoslavije* br.216/1930.
[17] *Službene Novine Kraljevine Jugoslavije* br.43/1931.
[18] *Uredba o naseljavanju novih južnih krajeva*, AR-I, 247-255.

Prema *Uredbi o provedbi delimične eksproprijacije zemljišta velikih poseda za javne interese, kolonizaciju i izgradnju radničkih i činovničkih stanova i vrtova*, donetoj 12. februara 1920. godine, ministar za agrarnu reformu je dobio ovlašćenje da odmah sprovede eksproprijaciju zemljišta velikih poseda, ako je to bilo potrebno za javne interese, kolonizaciju i izgradnju stanova. Dakle, objekte kolonizacije činilo je državno i napušteno zemljište, ali u velikoj meri i zemljište velikih poseda naročito kada se radilo o naseljavanju na području Vojvodine.

Uredba o naseljavanju južnih novih krajeva propisala je da će kolonisti puno pravo svojine na dobijenoj zemlji steći nakon deset godina od dana naseljavanja, koje su morali da realizuju u roku od šest meseci, odnosno najkasnije godinu dana po dodeljivanju zemlje. Kasnije je ovaj rok Zakonom iz 1931, bio smanjen na tri godine, pod uslovom da je kolonista za to vreme sagradio kuću i ispunio svoje druge obaveze.[19]

Pored dobrovoljaca koji su predstavljali privilegovanu kategoriju naseljenika i čija su prava i položaj bili regulisani posebnim propisima, u kolonizaciji koja je sprovedena u periodu od 1919. do 1941. godine, postojale su i sledeće kategorije naseljenika: kolonisti sa opštim uslovima, autokolonisti, optanti i izbeglice.

Autokolonisti su bili vrsta naseljenika koji su učestvovali, odnosno bili glavni akteri tzv. privatne kolonizacije. Naime, paralelno sa kolonizacijom koju je sprovodilo Ministarstvo za agrarnu reformu, odnosno od 1930. Ministarstvo poljoprivrede, odvijala se i privatna kolonizacija. U severnim kolonizacionim područjima ona se, naročito u prvim godinama nakon rata, vršila, najčešće, prostom okupacijom zemljišta koja su ulazila u fond agrarne reforme. Radi rešavanja problema koji su na ovaj način nastajali, Naredbom ministra za agrarnu reformu od 25. februara 1925. godine, autokolonistima koji su se naselili do 1. januara 1924, priznato je pravo da se kao mesni interesenti koriste propisima agrarne reforme. Pri tom, nisu morali da podnose pojedinačne molbe Ministarstvu.[20]

Optanti su predstavljali državljane Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca- povratnike iz Mađarske i Rumunije, koji su po završetku rata i razgraničenja novonastale države sa susednim odlučili da se vrate i u njoj žive.

Ministarstvo za agrarnu reformu je optantima iz Mađarske i Rumunije, prema svojoj odluci donetoj u februaru 1924, dodeljivalo 4 kj poro-

[19] AR-I, 247.

[20] *Naredba Ministra za Agrarnu Reformu od 25. februara 1925. god. Br.7546*, AR-II, 340-343.

dicama od 2-3 člana, a porodicama preko 3 člana ½ kj na svakog člana bez obzira na njihovu starost. Međutim, oni nisu bili zadovoljni pa su tokom 1924. i 1925. godine upućivali žalbe Ministarstvu tražeći da, prilikom nadeljivanja zemljom, budu izjednačeni sa ostalim agrarnim interesentima, a po mogućnosti i sa dobrovoljcima. Ministarstvo je, nakon toga, u oktobru 1926. godine donelo povoljniju odluku za optante, motivisano namerom da ih pridobije za režimske političke partije. Porodica optanata od 2 člana dobijala je 3 kj, ona od 3 do 5 članova 5 kj, a za porodicu preko 5 članova sledovalo je 1 kj po članu bez obzira na njegove godine života, ali najviše do iznosa 8 kj. Ova odluka je, dakle, bila povoljnija za porodice, ali ujedno i krajnje bezobzirna kada se radilo o optantima koji su živeli sami.[21]

Treba pomenuti i da se dobar deo optanata i izbeglica uvrstio putem zauzimanja zemlje u kategoriju autokolonista, te je tako i bio tretiran.

Uspeh pri izvođenju zamašne državne mere kakva je kolonizacija, sa izrazitim socijalnim i političkim karakteristikama, umnogome je zavisio od načina njene realizacije i stepena isplaniranosti pojedinih akcija. Upravo je način na koji je bilo organizovano izvođenje kolonizacije bio predmet kritike brojnih savremenika. Naime, Ministarstvo za agrarnu reformu je prvo tražilo podatke od agrarnih ureda o raspoloživom zemljištu, zatim je rešavalo nagomilane molbe interesenata i, potom, donosilo odluku o broju kolonista koje će uputiti pojedinom uredu. „I ljudi odlaze, a uredi dodeljuju zemlju. Ne pita se tu mnogo da li je zemljište potpuno podesno za kolonizaciju, ili da li su ljudi podesni za kolonizaciju, glavno je da se kolonizira, ako se taj postupak uopće može nazvati kolonizacijom...Za kolonizaciju je neophodno potrebno: izbor zemljišta, izbor ljudi i dovoljno sredstava za njenu provedbu“.[22]

Drugi autor sumirajući rezultate šestogodišnjeg izvođenja agrarne reforme i kolonizacije, poslednju meru je nazvao crnom mrljom na prvim stranicama istorije socijalnih reformi u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca. Naročito je kritikovao odluku da se naseljenicima u tzv. severnim krajevima zemlja dodeli u privremeni zakup jer oni „svaki čas strepe kad će im se ta zemlja oduzeti, ili kad će biti premešteni s jednog mesta na drugo“.[23] Pored toga, naseljenici na području Vojvodine bili su pretežno siro-

[21] N. Gaćeša, *Naseljavanje Srba optanata iz Rumunije u Jugoslaviju između dva svetska rata*, u zbirci radova istog autora *Radovi iz agrarne istorije i demografije*, Novi Sad 1995, 263-264.

[22] A. Hribar, *Agrarna reforma*, Zagreb 1924, 193.

[23] S. Stojanović, *Šest godina naše agrarne reforme*, Jugoslavenska njiva, Zagreb 1925, 7, 380.

mašni seljaci iz dinarskih predela, koji su se bavili ekstenzivnim privređivanjem, pre svega, stočarstvom, pa je od prvog dana nakon što su se naselili bio aktuelan problem njihovog preobražavanja u poljoprivredne proizvođače.

Ministar za agrarnu reformu je u svojoj naredbi u februaru 1925. godine, između ostalog, govorio i o problemima koji su pratili izvođenje kolonizacije. On je istakao da je agrarna administracija od početka svog rada bila izložena pritisku „nestrpljivih naseljenika" koji nisu hteli da sačekaju da pripremne radnje budu dovršene. Upravo zbog toga, nastavio je ministar, naseljavanje dobrovoljaca i kolonista je „vršeno često bez prethodnog ispitivanja, da li je zemljište podesno za kolonizaciju bez periodičnog i bez kolonizacionog plana. Tako ima slučajeva da je opstanak celih kolonija stavljen u pitanje radi podvodnosti zemljišta, slabih komunikacija i sl...Rad na kolonizaciji nosio je belegu privremenosti, a posledica je toga, da se porodice kojima je dodeljena zemlja za kolonizaciju stvarno ne naseljavaju, već izdaju zemlju u napolicu i zakup".[24] Ministar za agrarnu reformu je istakao da je neophodno sređivanje stanja na mestima na kojima je izvršeno naseljavanje i da se mora obustaviti nesistematsko deljenje zemlje. U tom cilju je naredio da se molbe naseljenika podrobno ispituju, te da se u svakom slučaju pažljivo utvrdi da li određeno lice ispunjava uslove utvrđene agrarnim i propisima o dobrovoljcima.

Krupan problem koji je u pomenutoj naredbi istakao nadležni ministar, a koji je pratio izvođenje kolonizacije bila je pojava da dobrovoljci i kolonisti dobiju zemlju ali da se, potom, na nju ne nasele. Dešavalo se da dođu samo u vreme sezonskih radova, obrade dobijenu zemlju i zatim se vrate kućama. Međutim, u većini slučajeva, oni su zemlju izdavali u zakup ili napolicu.[25] Za mnoge od njih to je bilo jedino rešenje, budući da nakon što im je zemlja dodeljena naseljenici u novoj sredini nisu imali osnovnih sredstava za život, a naročito ne za izgradnju kuće, i pored različitih vrsta pomoći i pozajmica koje je država obezbeđivala kolonistima upravo u cilju izgradnje kuća i brže adaptacije u novoj sredini. Svakako da je bilo i slučajeva zloupotreba, te je stoga Ministarstvo za agrarnu reformu povremeno izdavalo naredbe i uputstva namenjena prevazilaženju tog problema. Kao primer navešćemo naredbu ministra za agrarnu reformu od 13. januara 1925. godine u kojoj je istaknuto da se izdavanjem zemlje u napolicu i zakup od strane kolonista upropašćuje svrha agrarne reforme i nanosi šteta nacionalnim i privrednim interesima. Dalje je bilo

[24] *Naredba Ministra za Agrarnu Reformu od 25. februara 1925. god. Br.7.546*, AR-II, 341.

[25] S. Stojanović, nav. delo, 314.

naređeno da se svi koji su zemlju dobili bezuslovno moraju naseliti do 30. septembra iste godine jer će u suprotnom izgubiti zemlju.[26] Rokovi za „bezuslovno" naseljavanje bili su stalno produžavani jer ukupne prilike u sprovođenju kolonizacije nisu dozvoljavale vlastima da u tom pitanju nagoveštenu posledicu-oduzimanje zemlje rezolutno sprovedu u delo.

*
* *

I letimičan pogled na pravne propise o kolonizaciji dovoljan je da se uoči njihova nepotpunost i neodlučnost agrarnih vlasti u pogledu značajnih pitanja. Osim kada je reč o dobrovoljcima, položaj ostalih kategorija naseljenika nije bio precizno regulisan. Agrarne vlasti su učinile veliki propust time što nisu našle adekvatan način da obezbede iole sigurniji materijalni položaj naseljenika jer je baš od toga umnogome zavisio uspeh naseljavanja. Težak materijalni položaj naseljenika bio je osnovni razlog koji ih je opredeljivao da dobijenu zemlju izdaju u zakup umesto da je obrađuju. Agrarna administracija je bila svesna ovog problema ali je prema njemu imala ambivalentan stav.

Sprovođenju kolonizacije nije prethodilo utvrđivanje čvrstog i dugoročnog plana za realizaciju ove značajne državne mere koji bi se, potom, dosledno izvršavao. Tako su propustili da prethodno izvrše neophodne pripreme, odrede površine na kojima će se vršiti naseljavanje i utvrde sve pojedinosti u pogledu pitanja ko se može smatrati kolonistom. To je samo delom bila posledica objektivnih okolnosti- postojanja velikog broja „nestrpljivih naseljenika", odnosno nezadovoljnih ljudi bez rešenih egzistencijalnih pitanja koji su očekivali da državne vlasti ispune svoja obećanja. Pored toga, nedostajala je stabilnost u organizacionom smislu, u pogledu aparata odgovornog za izvođenje kolonizacije, kojem su mnogi savremenici osporavali stručnost i pripremljenost, što je bio jedan od osnovnih preduslova za uspešnost čitavog poduhvata. Veliki problem predstavljao je gotovo permanentan nedostatak materijalnih sredstava neophodnih za omogućavanje pristojnog života naseljenika u novoj sredini.

Složićemo se sa vladajućim mišljenjem među autorima koji su se bavili ovom problematikom da je kolonizacija u međuratnoj jugoslovenskoj državi imala polovičan uspeh. Iako je njeno sprovođenje trajalo skoro dvadeset godina, mnogi ključni problemi nisu bili prevaziđeni, te je kolonizacija na svom kraju imala niz istih karakteristika kao i na samom početku.

---

[26] *Naredba Ministra za Agrarnu Reformu od 13. januara 1925. br.1.195*, AR-II, 340.

Gordana Drakić LL.M. Assistant
Novi Sad School of Law

Colonization in Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes (Yugoslavia 1918-1941.)

Abstract

Agrarian issue in Yugoslav Kingdom between two World Wars was complex and one of the most important issue in state. Complexity of agrarian relations and revolutionary mood in villages among the peasants were the reasons which justified taking actions to organize and carry out democratic land reform and colonization.

Colonization was a migratory process which caused extensive social concequences in Yugoslav Kingdom between two World Wars and it was also standardized by legal regulations.

In the paper are also exposed the clauses of the most important legal acts concerning the process of colonization. The author points out to the subjects and objects of colonization and explains the problems that followed the course of this significant state measure. These problems had an substantial effect on the course of the colonization and its results.

Originalni naučni rad 347.441.142:004.738.5

Mr Sanja Radovanović, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

ZAKLJUČIVANJE UGOVORA PUTEM INTERNETA (Ide li pravo u korak sa vremenom?)[1]

Sažetak: *Elektronsko zaključivanje ugovora, zahvaljujući nizu prednosti, poslednjih godina postaje dominantni način poslovanja. Elektronska trgovina pomera nacionalne granice mnogo brže i lakše nego bilo koji vid prekogranične saradnje. Stoga se pred zakonodavce širom sveta postavlja kao primarno pitanje mogućnosti primene tradicionalnog ugovornog prava u svetlu nove poslovne prakse. Naime, kako je reč o neposrednom ugovaranju, moglo bi se reći da većih dilema nema i da se i na pitanja elektronske trgovine mogu primeniti postojeće odredbe. Međutim, u elektronskom poslovanju se otvaraju druga pitanja na čije rešavanje se dugo čekalo, i sudeći po donetim aktima, još uvek se čeka. U radu je učinjen osvrt na propise Evropske Unije, Sjedinjenih Američkih Država, Ujedinjenih Nacija i Srbije. Ipak, s obzirom na kompleksnost ove materije, dat je samo opšti prikaz relevantnih akata.*

Ključne reči: *ponuda, prihvat ponude, ugovor, ugovor u elektronskoj formi, elektronski potpis, obaveza obaveštavanja, obavezni podatci, Internet, elektronska sredstva, elektronsko poslovanje, potrošač, harmonizacija, unifikacija*

UVOD

Elektronsko zaključivanje ugovora već par decenija je postalo realnost u poslovnom svetu, a za savremene zakonodavce veliki izazov. Kao primarno pitanje koje se pred njih postavlja jeste: Da li elektronsko poslovanje zahteva suštinske reforme ugovornog prava ili se mogu primeniti osnovni tradi-

[1] Rad je posvećen projektu *Pravo Srbije u evropskoj perspektivi* br. 149042 koji finansira Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije.

cionalni principi na kojima tržišno društvo počiva već dugi niz godina? Izvesno je da dispozitivne norme koje ugovorne strane mogu derogirati nisu predmet rasprave. Međutim, na evropskom tržištu sve više dolazi do izražaja državna intervencija i u oblastima koje su tradicionalno bile isključivo privatnopravnog karaktera.[2] Stoga je delovanje zakonodavnih tela Evropske Unije usmereno na sužavanje obima u kojem dominira slobodna volja ugovornika.

Kada je reč o elektronskom poslovanju, Evropska Unija nije ponudila nijedan akt koji bi u većoj meri obuhvatio pitanja elektronskog zaključivanja ugovora. Štaviše, nije učinjen ni dovoljan napor da se u evropsko zakonodavstvo implementira Konvencija UN o upotrebi elektronske komunikacije u međunarodnim ugovorima koja je doneta 2005. godine sa ciljem da se „otklone prepreke u elektronskoj trgovini i uspostavi pravna sigurnost i trgovinska predvidljivost u međunarodnim ugovorima" čime bi se državama pomoglo da se uključe u moderne trgovinske tokove.[3] Naime, aktivnost Evropske Unije na harmonizaciji propisa rezultirala je donošenjem tri ključne Direktive: Directive 2000/31 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce in the internal market („E-Commerce Directive")[4], Directive 1997/7 on the protection of consumers in respect of distance contracts („Distance Selling Directive")[5] i Directive 1999/93 on a community framework for electronic signatures („E-Signatures Directive")[6]. Razlog tome leži u činjenici da je mnogo pre nego što je elektronska trgovina okupirala pažnju evropskih zakonodavaca, doneto nekoliko akata koji su uspostavili snažne mehanizme zaštite potrošača[7]. Time se, zapravo, opredelio i okvir normativnog uređenja elektonskog ugovaranja, što će se videti u narednom delu.[8]

---

[2] V: Dušan Nikolić, *Uvod u sistem građanskog prava*, Centar za izdavačku delatnost, Pravni fakultet u Novom Sadu, 2005, str. 124.

[3] Iz Preambule Konvencije. Tekst Konvencije vidi: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/, 21. april 2005. godine

[4] Council Directive 00/31/EC, 2000, http://www.spamlaws.com/docs/2000-31-ec.pdf, februar 2008. godine

[5] Directive 97/7/EC of the European Parliament of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts, O.J.L 144/19

[6] Directive 1999/93/EC of the European Parliament and of the Council of 13 - December 1999 on a Community framework for electronic signatures, O. J. L 013 , 1-9/01/2000 P. 0012 - 0020

[7] Direktiva o odgovornosti proizvođača stvari sa nedostatkom (Directive 85/37-4/EEC on defective products liability, O.J. L210/29); Direktiva o nelojalnim ugovornim odredbama (Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts, O.J. L95/29). Teorijski opširnije v: Maja Stanivuković, *Ugovori sa potrošačima sa inostranim elementom – merodavno pravo i nadležnost*, Zbornik radova PF u Novom Sadu, br. 3/2003, str. 189–-210; od istog autora, *Zaštita potrošača u građanskom i međunarodnom privatnom pravu Evropske Zajednice*, Zbornik radova PF u Novom Sadu, br. 2/2004, str. 509–530

[8] O ovoj temi preporučujemo i: Dragana Pasula, *Zaključivanje ugovora putem interneta*, master rad odbranjen na Pravnom fakultetu u Novom Sadu 2008. godine, sign.br. D III 750

Regulativa Evropske Unije o elektronskom ugovaranju

Odredbe Direktive EU o elektronskoj trgovini ne obuhvataju odgovore na sva pitanja koja se postavljaju u vezi sa zaključivanjem ugovora elektronskim putem. One predstavljaju, zapravo, pomirljivu kombinaciju tradicionalnog ugovornog prava i zaštite potrošača u elektronskom poslovanju detaljnim regulisanjem obaveza prodavca čija je to delatnost. Tako, Direktiva propisuje obavezu za privredne subjekte u informatičkom društvu (oni koji profesionalno nude svoju robu odnosno usluge elektronskim putem) da učine transparentnim podatke o svom identitetu, geografskoj adresi na kojoj je subjekt osnovan, kao i podatke koji omogućavaju kontakt potrošača, kao što je e-mail adresa.[9] Sem toga, potrebno je obezbediti i tehničke informacije poput onih koje se odnose na preduzimanje potrebnih radnji u cilju zaključenja ugovora, uslova pod kojima ugovor obavezuje privrednog subjekta, kao i jezik na kojem je moguće zaključiti ugovor.[10] Od posebnog značaja su odredbe kojima se propisuje obaveza privrednog subjekta da elektronski potvrdi prijem narudžbine od strane korisnika odnosno potrošača „bez neopravdanog kašnjenja".[11] Prema odredbama Direktive, dakle, ističu se dve izjave volje: narudžba, učinjena od strane potrošača, i potvrda o prijemu narudžbe, učinjena od strane privrednog subjekta.[12] Međutim, odnosna odredba[13] ne precizira da li je poslovno oglašavanje na interaktivnom sajtu privrednog subjekta ponuda ili poziv da se učini ponuda. Isto tako, ne postoje ni propisane sankcije za nepoštovanje navedenih odredbi o obaveznim podacima i potvrdi prijema, što ovoj Direktivi još više daje fragmentarni karakter.[14] U odnosima između privrednih subjekata ove odredbe mogu biti izmenjene voljom ugovornih strana, dok ih nije moguće derogirati ukoliko se kao jedna ugovorna strana javlja potrošač.[15]

Slične odredbe sadrži i nešto ranije doneta Direktiva o prodaji na daljinu (Direktiva o daljinskom prometu; eng. The Distance Selling Directive) koja takođe u centru zaštite ima potrošača. Naime, njome su regulisa-

[9] Čl. 5. Direktive o elektronskoj trgovini

[10] Čl. 10. Direktive o elektronskoj trgovini

[11] Čl. 11. st. 1. Direktive o elektronskoj trgovini

[12] V: M. Lehmann, *Electronic Commerce and Consumer Protection in Europe*, Santa Clara Computer & High Tech. Law Journal, 17/2000-2001, str. 108

[13] Čl. 11. Direktive o elektronskoj trgovini

[14] U Austriji se, na primer, primenjuju novčane kazne (maksimalna kazna je ograničena na iznos od 3000 evra (čl. 26. st. 1. E-Commerce Gessetz)), dok je u Nemačkoj jedina sankcija za privrednog subjekta mogućnost da potrošač u bilo kom momentu odustane od ugovora (čl. 312e BGB).

[15] Čl. 10. st. 1. Direktive o elektronskoj trgovini

ni kupoprodajni odnosi u kojima se kao jedna ugovorna strana javlja individualni potrošač.[16] Osnovni zahtevi Direktive usmereni su na obezbeđivanje određenih informacija kupcu koji su neophodni u cilju donošenja odluke o kupovini. Tu, svakako, spadaju podaci o identitetu prodavca; informacije o pravu potrošača da raskine ugovor; opis glavnih karakteristika robe i usluga; cenu robe odnosno usluga koja obuhvata takse i troškove slanja robe odnosno poštarinu.[17] Ove, tzv. prethodne informacije, moraju biti date na jasan i potpun način, te većina njih mora biti dostavljena kupcu u pisanoj formi ili na nekom drugom trajnom medijumu, u toku trajanja ugovora (kada su u pitanju usluge) odnosno prilikom isporučivanja robe.[18] Međutim, ni ova Direktiva ne predviđa sankcije za nepoštovanje navedenih odredbi.

Na kraju, Direktiva o elektronskom potpisu (The E-Signatures Directive) počiva na dva osnovna principa. Prvim se priznaje pravno dejstvo potpisa datog u elektronskoj formi[19], a drugim se, pak, propisuju posebni uslovi koje elektronski potpis mora ispunjavati da bi se tretirao jednako kao svojeručni potpis.[20]

Stavljanjem navedenih direktiva u međusobni odnos uočava se da je u evropskim zakonodavnim telima postojao opšteprihvaćen stav da se mehanizmi zaštite potrošača mogu jednako primeniti i u elektronskom okruženju, te da nivo zaštite u elektronskom poslovanju ne može biti ništa niži od onog koji se već utvrdio ranije donetim potrošačkim direktivama. Štaviše, Direktiva o elektronskoj trgovini predstavlja jasan primer evropskog napora da se koordiniraju tradicionalna pravila i tzv. pravila tehnološkog društva.[21]

Upravo u tom kontekstu potrebno je naglasiti još jedan aspekt harmonizacije ugovornog prava na nivou Evropske Unije koji je prethodio isticanju problema elektronske trgovine.

Naime, kao što je to već pomenuto, ugovorno pravo Evropske Unije odlikuje se izrazitom polarizacijom. S jedne strane nalaze se obavezna pravila koja su doneta kao rezultat intervencije na zajedničkom tržištu još od perioda osnivanja Evropske Zajednice i u tom pogledu bi se moglo reći da su države članice u potpunosti harmonizovale svoje propise. Preciznije, standardizovale. Na drugoj strani, pak, stoje dispozitivne odredbe

[16] Čl. 2. Direktive o prodaji na daljinu
[17] Čl. 4. st. 1. Direktive o prodaji na daljinu
[18] Čl. 5. Direktive o prodaji na daljinu
[19] Čl. 5. st. 2. Direktive o elektronskom potpisu
[20] Čl. 5. st. 1. i čl. 2. Direktive o elektronskom potpisu
[21] J. Haubold, J.K.Winn, *Electronic promises: Contract Law reform and ecommerce in a comparative perspective,* European Law Review, 25/2002, str. 573

za koje ne postoji ni jasan stav da li treba insistirati na njihovoj harmonizaciji.

Stoga odredbe ovih direktiva, kako one opšteg ugovornog karaktera, tako i specijalne, ne zadiru bitnije u nacionalna zakonodavstva. To jasno proističe iz toga što se članicama ostavlja sloboda odlučivanja u kojoj meri žele da usaglase svoje tradicionalno ugovorno pravo sa zahtevima elektronske trgovine.[22] Naravno, države članice su u obavezi da u svojim pravnim sistemima priznaju važnost ugovora zaključenih elektronskim putem i u tom smislu ne postoji sloboda izbora. Međutim, ovaj minimalni nivo harmonizacije može imati kontraproduktivne efekte u nacionalnim pravima[23].

Iz ovog kratkog pregleda odnosnih direktiva proističe da je pristup Evropske Unije u normativnom uređenju informatičkog društva istovremeno napredan i selektivan: napredan, u smislu da su postojeći propisi primenljivi i na oblast elektronskog poslovanja, a selektivan u smislu da ne obezbeđuje pravni osnov u kompletnom procesu zaključivanja ugovora putem elektronskih sredstava.

Regulativa Sjedinjenih Američkih Država o elektronskom ugovaranju

U Sjedinjenim Američkim Državama pokušaji da se unifikuje elektronsko poslovanje nisu rezultirali očekivanim uspehom. Naime, Zakon o elektronskom potpisu u svetskoj i nacionalnoj trgovini (E-sign Act)[24]i Uniformni Zakon o elektronskim transakcijama (Uniform Electronic Transaction Act, UETA)[25] ocenjuju se kao vrlo dobri, s obzirom na njihovu opštost jer obuhvataju samo neznatan obim problema proisteklih iz tehnoloških inovacija u ugovornoj praksi. Nasuprot tome, Zakon o transakciji kompjuterskih informacija (Uniform Computer Information Tran-

[22] Čl. 9. Direktive o elektronskoj trgovini

[23] Primera radi, nemačka implementacija čl. 9 Direktive o prodaji na daljinu prouzrokovala je brojne rasprave tamošnje stručne javnosti jer su nove odredbe bile u suprotnosti sa nekoliko osnovnih principa nemačkog prava. Opširnije o tome vidi u: M. Casper, *Die Zusendung unbestellter Waren nach §241a BGB"*, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2000, str. 1602; G.C.Schwarz, *§241a BGB als Störfall für die Zivilrechtsdogmatik*, Neue Juristische Wochenschrift, 2001, str. 1449. Stoga je Nemačka - odbila da implementira „potrošačke" direktive u posebnom zakonu jer bi se na taj način - stvorio dupli sistem kupoprodajnog prava, te su se nemački zakonodavci odlučili da sprovedu opsežnu reformu Građanskog zakonika.

[24] The Electronic Signatures in Global and National Commerce Act, Pub. L No. 106-229, 114 Stat. 464, kodifikovan u: 15 U.S.C. § 7001 (2000)

[25] The Uniform Electronic Transaction Act, www.abanet.org/ueta, od 7. decembra 2008. godine

saction Act, UCITA), koji za predmet ima softverske licence, nije opravdao očekivanja budući da je ocenjen kao vrlo lobistički.[26]

U odsustvu istinske kodifikacije, razvoj regulative o elektronskom poslovanju odvija se postepeno i, uglavnom, kroz sudske precedente.

Postoji nekoliko odluka koje su relevantne u kontekstu elektronskog poslovanja, a pretežno se odnose na ugovore na omotu proizvoda (tzv. shrink-wrap, gde se uslovi ugovora nalaze odštampani na ambalaži).

U *Arizona Retail Systems, Inc. v. Software Link, Inc*.[27] sud je zauzeo stav da ugovor o licenci softvera može biti sastavni deo kupoprodajnog ugovora. Naime, kupac je poručio CD sa primerkom softvera telefonskim putem, a nakon perioda probe jednog primerka. Međutim, prodavac nije naveo da je ugovor o licenci sastavni deo kupoprodaje, te odredbe ovog ugovora nisu obavezivale kupca CD-a (u suprotnom bi to bio slučaj)[28]. Nešto kasnije sudske odluke, pak, priznaju pravno dejstvo uslovima ugovora koji nisu bili poznati kupcu u vreme zaključenja kupoprodajnog ugovora[29].

Nadalje, E-Sign Act reguliše pitanja elektronskog potpisa i njegove punovažnosti u pravnom prometu. Elektronski potpis se definiše kao „elektronski zvuk, znak ili postupak koji je priložen ili se logički pridružuje ugovoru ili drugom podatku, a izvršen je od strane lica koje ima nameru da taj ugovor odnosno podatak potpiše.“[30] Akt, nadalje, propisuje uslove pod kojima se može prihvatiti elektronski potpis. Naime, potrošač u transakcijama koje se odvijaju elektronskim putem mora biti na jasan i razumljiva način informisan o svom pravu: da bude snabdeven kopijom bilo kog elektronskog zapisa koji je predmet transakcije, bilo u elektronskoj bilo u neelektronskoj formi; da opozove datu saglasnost da podaci budu dostupni ili dostavljeni u elektronskoj formi, kao i o postupku u kojem to može učiniti; da bude obavešten o obimu saglasnosti koju je dao i o neophodnim tehničkim (u pogledu hardvera i softvera) uslovima pristupa i čuvanja elektronskih podataka.[31] Uz to, Akt propisuje obavezu da po-

[26] Iz tih razloga je prihvaćen samo u dve federalne države: Virdžiniji i Merilendu, a u pojedinim je donet i zakon kojim bi se izbegla primena ovog Akta čak i kada je to pitanje volje ugovornih strana (u Ajovi, Zapadnoj Virdžiniji i Severnoj Karolini). Opširnije o diskusijama o ovom aktu: www.abanet.org/ucita/report_on_ucita.pdf, od 7. decembra - 2008. godine

[27] V: 831 F. Supp. 759 (D. Ariz. 1993)

[28] Slično mišljenje vidi i u: Pro-CD, Inc. v. Zeidenberg 86 F. 3rd 1447 (7th Cir. 1996)

[29] V: *Hill v. Gateway 2000, Inc.* 105 F. 3d 1147 (7th Cir. 1997); *Edmond v. Gateway 2000 Inc*, 29 Conn. L. Rptr. 456 (Conn. Supr. 2001); *Klocek v. Gateway 2000 Inc*., 104 F.Supp. 2d 1332 (D. Kan.2000)

[30] Sec. 106 (2) E-Sign Act-a

[31] Sec. 101 (1) E-Sign Act-a

daci ostanu dostupni i za kasnije obaveštavanje od strane bilo kog ovlašćenog lica.[32] Drugim rečima, elektronski zapis o izvršenim transakcijama mora biti dat u formi koja omogućava kasnije tačno reprodukovanje podataka.

Iako ovaj Akt u velikoj meri uzima u obzir interese potrošača, njegova primena je upravo ovom činjenicom sužena. Naime, primenjuje se samo kada se kao ugovorne strane javljaju potrošači u elektronskom poslovanju. U ostalim situacijama nema primenu.

Relevantne odredbe Konvencije UN o upotrebi elektronske komunikacije u međunarodnim ugovorima

Konvencija UN o upotrebi elektronske komunikacije u međunarodnim ugovorima doneta je 2005. godine sa ciljem da se „otklone prepreke u elektronskoj trgovini i uspostavi pravna sigurnost i trgovinska predvidljivost u međunarodnim ugovorima" čime bi se državama pomoglo da se uključe u moderne trgovinske tokove.[33]

Za razliku od navedenih akata EU i SAD, Konvencija UN ima za primarni cilj regulisanje odnosa između strana koje ugovor zaključuju elektronskim putem, a čija se sedišta odnosno prebivališta[34] nalaze u različitim zemljama.[35]

U vezi sa zaključivanjem ugovora putem Interneta, o čemu je u ovom radu reč, Konvencija sadrži niz zanimljivih odredbi.

Pre svega, Konvencija definiše vreme i mesto slanja i primanja elektronske informacije. Tako, smatra se da je informacija otposlata u vreme kada ona napusti informacioni sistem pod kontrolom pošiljaoca ili lica koje postupa u ime pošiljaoca (zapravo, kada uđe u informacioni sistem koji više nije pod kontrolom pošiljaoca, *prim. autora*), a ukoliko nije napustila informacioni sistem pod kontrolom pošiljaoca ili lica koje postupa u ime pošiljaoca, u vreme kada je informacija primljena.

Elektronska informacija se, pak, smatra primljenom kada uđe u informacioni sistem primaoca odnosno kada on bude u mogućnosti da se sa sadržinom upozna. Ukoliko je elektronska informacija poslata na drugu elektronsku adresu primaoca, smatra se da je primljena kada postane dostupna primaocu odnosno kada on bude obavešten da je ona poslata na

[32] *Ibidem*

[33] Iz Preambule Konvencije. Tekst Konvencije vidi: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/, 21. april 2005. godine

[34] Čl.6.st.3. Konvencije

[35] Čl. 1. Konvencije

drugu adresu[36] (npr. ukoliko primalac odredi jedan drugi informacioni sistem za prijem elektronskih poruka).

Mesto slanja elektronske informacije je mesto gde pošiljalac ima svoje sedište odnosno prebivalište odnosno mesto prijema je mesto gde primalac ima sedište odnosno prebivalište.[37] Pri tom nije od značaja što informacioni sistem može biti lociran van mesta sedišta odnosno prebivališta.[38]

Prema odredbama Konvencije, nadalje, predlog da se zaključi ugovor učinjen putem jednog ili više elektronskih sredstava koji nije namenjen jednom ili više određenih lica, ali koji je na uopšten način dostupan svim licima koji su uključeni u informacioni sistem, uključujući predloge koji dozvoljavaju interaktivnu razmenu narudžbi putem takvog informacionog sistema, smatraju se pozivom da se učini ponuda, ukoliko nije na jasan način istaknuta namera lica koje je takav predlog učinilo da se, u slučaju prihvatanja, smatra vezanim tim predlogom.[39]

S obzirom na to da je elektronska komunikacija omogućila upotrebu sistema automatskih poruka (automated message system)[40], Konvencija reguliše pitanje greške koja se realno može očekivati u komunikaciji izvršenoj na takav način. Naime, kada fizičko lice napravi grešku u elektronskoj razmeni podataka sa sistemom automatskih poruka druge strane i ako takav sistem ne omogućava lice da grešku ispravi, ono ili drugo lice u čije ime postupa, ima pravo da povuče deo elektronske informacije u kojem se nalazi greška ukoliko: a) obavesti drugu stranu o učinjenoj grešci u što kraćem roku nakon saznanja da greška postoji i naznači da je greška potekla od njega i b) ukoliko ono ili lice u čije ime postupa nije imalo nikakvu materijalnu korist od dobara odnosno usluga koje je, i ako je, primilo od druge strane.[41]

Premda Konvencija sadrži niz odredbi kojima se određene dileme u pogledu zaključivanja ugovora mogu otkloniti, njen praktični značaj još uvek nije vidljiv, budući da nije stupila na snagu.[42] No, njen doprinos će

---

[36] Čl. 10. st. 1. i 2. Konvencije

[37] Čl. 10. st. 3. Konvencije

[38] Čl. 10. st. 4. Konvencije

[39] Čl. 11. Konvencije

[40] „Automated message system" predstavlja kompjuterski program ili neko drugo elektronsko ili automatsko sredstvo koje se koristi za preduzimanje određenih radnji ili davanja odgovora, u celini ili delimično, bez pregledanja ili intervencije od strane fizičkog lica, svaki put kada je radnja preduzeta ili odgovor dat. (čl. 4. st. 1. t. (g) Konvencije).

[41] Čl. 14. Konvencije

[42] Konvencija stupa na snagu prvog dana u mesecu koji sledi nakon isteka šest meseci od dana kada je deponovan treći instrument ratifikacije, prihvatanja, potvrde ili

se svakako odraziti u budućoj legislativnoj delatnosti brojnih nacionalnih zakonodavstava koja je, s obzirom na nedostajuća normativna rešenja, izvesna.

Regulativa u Srbiji

Ako elektronsko poslovanje posmatramo kao način zaključivanja ugovora između odsutnih lica, prema našem Zakonu o obligacionim odnosima ugovor je zaključen u trenutku kada ponudilac primi izjavu da primalac prihvata ponudu.[43] Iako se u vreme donošenja ove odredbe nisu mogla predvideti savremena sredstva trgovinske komunikacije, ona je primenljiva i u elektronskom okruženju. Štaviše, nedostaci ove teorije u velikoj meri su otklonjeni prirodom elektronskog protoka informacija koji smanjuje vremensku distancu između slanja i primanja izjave, ali i između momenta prijema i saznanja za sadržinu izjave. Ipak, njen domen je praktično vrlo mali. Naime, sporna pitanja u vezi sa sadržinom i obaveznošću ponude učinjene putem Interneta ostaju nepokrivena postojećom regulativom ugovornog prava, budući da nisu izvršene neophodno izmene i dopune odnosnog zakona. Bez namere da se zakonodavcu upute kritike u iznetom smislu, neophodno je konstatovati da nedostatak zakonskih rešenja u ovom domenu može izazvati brojne sporove i zastoje u savremenom poslovanju, s obzirom na to da elektronski vid komunikacije postepeno preuzima dominaciju u razmeni dobara i usluga.

Izvestan pomak je učinjen donošenjem Zakona o zaštiti potrošača iz 2005. godine[44] i Zakonom o elektronskom potpisu iz 2004. godine,[45] ali se mnogo više očekuje od Zakona o elektronskoj trgovini[46], koji je, nažalost, još u skupštinskoj proceduri.

Prvim, koji se primenjuje samo u odnosima između potrošača odnosno fizičkih lica i pravnih lica i preduzetnika koji proizvode kupuju odnosno usluge koriste za svoje potrebe, s jedne strane, i privrednih subjekata čija je delatnost prodaja proizvoda odnosno pružanje usluga, s druge strane[47], je predviđeno da ponuda proizvoda i usluga učinjena

---

pristupa (čl. 23). Konvenciju je potpisalo 18 država, ali nijedna nije deponovala instrument ratifikacije. (Status prema http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts /electronic_commerce/2005Convention status.html, od 8. maja 2008. godine)

[43] Čl. 31. st. 1. Zakona o obligacionim odnosima. Opširnije o zaključivanju ugovora v: Jožef Salma, *Obligaciono pravo*, Centar za izdavačku delatnost, Pravni fakultet u Novom Sadu, 2005, str. 218-442

[44] Službeni glasnik RS, br. 79/2005.

[45] Službeni glasnik RS, br. 135/2004.

[46] Tekst Predloga Zakona o elektronskoj trgovini vidi na www.parlament.sr.gov.yu

[47] Čl. 2. Zakona o zaštiti potrošača

elektronskim sredstvima mora da sadrži sve bitne elemente (vrstu i kvalitet proizvoda i usluga, uslove garancije, poreklo, način plaćanja, rok za isporuku, rok za izvršenje usluge, cenu, način rešavanja prigovora i drugo) koji su od značaja za odluku potrošača o kupovini ponuđenih proizvoda odnosno korišnjene usluge. Prodavac odnosno davalac usluga koji je zaključio ugovor na osnovu elektronske ponude odgovara za sve materijalne nedostatke proizvoda, odnosno za ispravno funkcionisanje proizvoda prodatog uz garantni list u skladu sa zakonom, kao i za neizvršenu uslugu, a potrošač ima pravo na reklamaciju[48] za kupljeni proizvod ili pruženu uslugu za koje se ne izdaje garantni list, zbog nedostataka koji su nastali u roku od šest meseci od dana kupovine odnosno izvršene usluge.[49]

Zakonom o elektronskom potpisu, pak, koji predstavlja implementaciju Direktive o elektronskom potpisu EU, priznaje se valjanost elektronskog potpisa i propisuju posebni uslovi koje on mora ispunjavati da bi proizvodio određena pravna dejstva, naročito kada je reč o kvalifikovanim elektronskim potpisima[50]. Međutim, pitanja koja se odnose na samo zaključivanje ugovora ostala su van domašaja ovog Zakona. Istina, ona su obuhvaćena Predlogom Zakona o elektronskoj trgovini, ali budući da on još uvek nije izglasan, njegove odredbe nisu deo našeg pravnog sistema. Ipak, ukratko ćemo se na njih osvnuti.

Pomenuti Predlog Zakona definiše ugovor u elektronskoj formi kao ugovor koji pravna i fizička lica zaključuju, šalju, primaju, raskidaju, otkazuju, kome pristupaju i koji prikazuju elektronskim putem uz korišćenje elektronskih sredstava[51]. Njegova punovažnost ne može biti osporena samo na osnovu činjenice da je zaključen u elektronskoj formi, ali pružalac usluga odnosno pravno lice ili preduzetnik koji pruža usluge informacionog društva[52] je u obavezi da korisniku usluga, pre za-

[48] Čl. 27. Zakona o zaštiti potrošača

[49] Čl. 34. Zakona o zaštiti potrošača

[50] Predsednik Vlade Republike Srbije, Mirko Cvetković, i ministar za telekomunikacije i informaciono društvo, Jasna Matić, preuzeli su 19. decembra 2008. godine prve sertifikate o kvalifikovanom elektronskom potpisu koje izdaje Javno preduzeće PTT „Srbija".

[51] Čl. 3. st. 1. tačka 7. Predloga Zakona o elektronskoj trgovini

[52] Čl. 3. st. 1. tačka 4. Predloga Zakona o elektronskoj trgovini. Usluga informacionog društva je usluga koja se pruža na daljinu uz naknadu putem elektronske opreme za obradu i skladištenje podataka, na lični zahtev korisnika usluga, a posebno prodaja robe i usluga putem Interneta, nuđenje podataka i reklamiranje putem Interneta, elektronski pretraživači, kao i omogućavanje traženja podataka i usluga koje se prenose elektronskom mrežom, obezbeđivanje pristupa mreži ili skladištenje podataka korisnika usluga (čl. 3. st. 1. tačka 3. Predloga Zakona o elektronskom poslovanju)

uključenja ugovora o pružanju usluga, obezbedi na jasan, razumljiv i nedvosmislen način podatke i obaveštenja o postupku koji se primenjuje kod zaključivanja ugovora, ugovornim odredbama, opštim uslovima poslovanja, ako su sastavni deo ugovora, jezicima na kojima ugovor može biti zaključen, kodeksima ponašanja u skladu sa kojima postupaju pružaoci usluga i kako se ti kodeksi mogu pregledati elektronsim putem. Isto tako, on je u obavezi da obezbedi tehnička sredstva za prepoznavanje i ispravljanje pogrešnog unosa podataka u poruku pre njene predaje ili slanja.[53] Uz to, obaveza je pružaoca usluga da obezbedi da tekst ugovora i odredbe opštih uslova poslovanja koje su sastavni deo ugovora zaključenih u elektronskoj formi budu dostupni korisnicima usluga na način koji omogućava njihovo skladištenje, ponovno korišćenje i reprodukovanje.[54]

Kada je reč o zaključivanju ugovora, prema Predlogu Zakona, ugovor se smatra zaključenim u trenutku prijema elektronske poruke koja sadrži izjavu ponuđenog da prihvata ponudu.[55] Ponuda i prihvat ponude, pak, smatraju se primljenim kada im lice kome su upućene može pristupiti[56]. U cilju zaštite potrošača pružalac usluga, štaviše, ima obavezu da elektronskim putem potvrdi prijem elektronske poruke koja sadrži ponudu ili prihvat ponude.[57]

S obzirom na to da Zakon o elektronskoj trgovini predstavlja zapravo implementaciju evropske Direktive, o kojoj je bilo reči, skromno mišljenje je da se njime ne donosi ništa novo u elektronskom poslovanju. Naime, primena odredbi u punom obimu se predviđa samo za ugovore u kojima se kao jedna strana javlja potrošač, koji nije ništa manje zaštićen ni Zakonom o zaštiti potrošača. Privredni subjekti, pak, mogu odstupati od volje zakonodavca, a isto tako i lica koja ugovor zaključuju elektronskim putem ali putem elektronske pošte ili drugim vidom lične komunikacije ostvarene elektronskim putem.

Upravo imajući u vidu polje primene zakona koji su na snazi i čije se donošenje tek očekuje može se konstatovati da nedostaci u pravnom regulisanju elektronskog poslovanja nisu značajnije otklonjeni. Drugim rečima, kritike upućene evropskim aktima mogu se bez izuzetka uputiti i nacionalnom zakonodavstvu

[53] Čl. 12. Predloga Zakona o elektronskoj trgovini
[54] Čl. 13. Predloga Zakona o elektronskoj trgovini
[55] Čl. 15. st. 1. Predloga Zakona o elektronskoj trgovini
[56] Čl. 15. st. 2. Predloga Zakona o elektronskoj trgovini
[57] Čl. 14. st. 1. Predloga Zakona o elektronskoj trgovini

ZAKLJUČAK

Evropska Unija (a pod njenim zakonodavnim uticajem i Srbija) i Sjedinjene Američke Države, kao dominantni faktori na svetskom tržištu, u svom nastojanju da tradicionalno ugovorno pravo primene na trgovinsku stvarnost XXI veka, nisu dale konačne odgovore.

Naime, Evropska Unija sledi pragmatičan pristup u odnosnim direktivama na taj način što dozvoljava primenu opšteg ugovornog i potrošačkog prava i u elektronskom poslovanju. Ipak, ovaj metod određivanja cilja, ali ne i sredstava kojima se taj cilj postiže, predstavlja ozbiljnu pretnju uniformnosti relevantnih odredaba. Štaviše, nedostatak koordinacije između cilja i sredstava može imati najmanje željenu posledicu: neujednačenu implementaciju u državama članicama odnosno status quo.

Na drugoj, pak, strani, Sjedinjene Američke Države su nedosledne u pokušaju unifikacije budući da Zakonom o elektronskom potpisu sužavaju primenu tehnički i doktrinarno dobro pripremljenog Zakona o elektronskim transakcijama.

Sledeći ova iskustva, jasno je da će se zakonodavci suočiti sa istim pitanjem sa kojim su se suočili i zakonodavna tela EU i SAD-a: Da li tradicionalno ugovorno pravo može da da odgovor razvoju mnogo moćnijeg sistema pregovaranja i ugovaranja od onog obuhvaćenog postojećim normama? Tim pre ako se ima u vidu naglašen uticaj konkurencije koja ohrabruje ekonomske gigante da neposredne kontakte između lica zamene postupkom automatskog ugovaranja, koji je već više-manje zaživeo na tržištu.

Sanja Radovanović, LL. M. Assistant
Novi sad School of Law

Contracting via the Internet (Does the law go parallel with the time?)

Abstract

As the volume of electronic contracting continues to increase rapidly, legislatures around the world are evaluating existing contract law doctrines in light of new business practices. In that sense, there are two different aproaches: European and American.

Both European Union and United States legislators seem to agree that facilitative or enabling rules of contract law, in particular those from wich parties may derogate, may not require fundamental reform, but mere adaptations.

There is much more divergence with regard to the modern overlay of public law that characterises what was once the law of purely private contractual obligations. In Europe, as well as in Serbia, a generally stronger public sentiment in favour of regulation of markets leads legislators to work to update and preserve the content of existing regulations that limit the scope of private choice in markets. On contrary, United States relucted to restate existing regulations in terms that make their application to electronic contracts explicit. As a result, a gradual diminution of public oversight of market behaviour as economic activity assumes more on-line dimensions.

This paper considers some of the strengths and weaknesses of certain recent law reforms in European Union, the United States and Serbia.

Originalni naučni rad 341.6:341.236

Mr Bojan Tubić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

PRAVNA PRIRODA PRAVILA O ISKORIŠĆENOSTI LOKALNIH PRAVNIH LEKOVA[1]

***Sažetak**: Pravilo o iskorišćenosti lokalnih pravnih lekova javlja se u oblasti diplomatske zaštite i ljudskih prava. Povodom njegove pravne prirode bilo je različitih mišljenja u pravnoj teoriji. Neki autori smatraju da je ovo pravilo samo jedno proceduralno pitanje, dok drugi smatraju da ono ima materijalnopravno dejstvo, odnosno da iskorištavanje pravnih lekova od strane osobe koja je povređena, predstavlja sastavni deo međunarodne odgovornosti države. Pitanje pravne prirode ovog pravila razmatrano je i pred međunarodnim sudovima. Ono ima i praktične posledice, jer u zavisnosti od prirode ovog pravila određuje se i trenutak podnošenja tužbe. U oblasti ljudskih prava procesnopravni karakter ovog pravila je izraženiji, jer se u međunarodnim konvencijama o ljudskim pravima i navodi u delu o dopuštenosti zahteva, a i koriste ga pojedinci, pretežno protiv svojih država, koje ističu prigovor da lokalni pravni lekovi nisu iskorišćeni, kako bi se zahtev proglasio nedopuštenim. Kršenje je nastalo i država je odgovorna, a ostalo je samo da se utvrdi da li su ispunjeni formalni uslovi dopuštenosti zahteva.*

***Ključne reči:** lokalni pravni lekovi, diplomatska zaštita, Međunarodni sud.*

---

[1] Rad je posvećen projeku *Pravo Srbije u evropskoj perspektivi* br. 149042 koji finansira Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije.

Uvod

U sporu između dve države, zbog povrede prava ili interesa jedne od njih, međunarodno pravo ne dozvoljava da se jednoj državi sudi pred sudovima druge države. Načelo suverene jednakosti država, izraženo i u latinskoj maksimi *par in parem non habet jurisdictionem,* ovo zabranjuje i spor se ne iznosi pred sudove jedne države, nego se odmah pribegava jednom od dozvoljenih načina rešavanja sporova u međunarodnom pravu. Pravilo o lokalnim pravnim lekovima se tada ne primenjuje. Ono se javlja kada je pojedincu strana država povredila neko njegovo pravo. Ovo pravilo je ustanovljeno u korist države kojoj se može pripisati povreda nekog prava koje pripada strancu. Ono se uvek postavlja u formi prethodnog prigovora, kako bi se država odbranila od nekog zahteva uperenog protiv nje. Takođe, u ovim slučajevima diplomatske zaštite, pojedincu čije je pravo povređeno, više odgovara da mu zaštitu pruži država koja je to njegovo pravo povredila i da tek, ukoliko tu zaštitu ne dobije, traži da ga država čije državljanstvo ima uzme u diplomatsku zaštitu.

Takođe, pravilo o lokalnim pravnim lekovima se primenjuje pred međunarodnim telima za zaštitu ljudskih prava, gde pojedinci mogu da tuže i svoju državu. Tada se prvo zahteva traženje zaštite pred sudovima države koja je povredila neko njihovo pravo.

U pravnoj teoriji postoje različita gledišta o tome kakvo je pravno dejstvo pravila o iskorišćenosti lokalnih pravnih lekova. U pitanju su dva suprotstavljena stanovišta, gde jedni tvrde da je to samo proceduralno pitanje, a drugi da ovo pravilo ima materijalnopravno dejstvo, odnosno da iskorištavanje pravnih lekova od strane osobe koja je povređena, predstavlja sastavni deo međunarodne odgovornosti države.[2]

Ovaj institut se može posmatrati kao samostalan ili kao akcesoran. Ukoliko ima samostalan karakter, možemo reći da je njegova priroda bliža materijalnopravnoj, odnosno on je jedan od elemenata odgovornosti države. Ako se, pak, shvata kao akcesoran institut, tada je njegova priroda procesnopravna i on predstavlja uslov dopuštenosti nekog zahteva.

Procesnopravne i materijalnopravne teorije

Proceduralno stanovište je među prvim autorima podržavao *De Visscher,* koji je tvrdio da ovo pravilo „manje pogađa postojanje odgovornosti nego uslove za podnošenje zahteva“.[3] Međunarodna odgovor-

[2] Rodoljub Etinski, Međunarodno javno pravo, Novi Sad, 2002, str. 207.

[3] C. de Visscher, „Le Déni je justice en droit international“, 52 Hague Recueil (1935), p. 421

nost proističe iz vršenja međunarodnog protivpravnog akta koji je povredio stranca ili pojedinca i zahtev da lokalni pravni lekovi budu iskorišćeni jeste procesni preduslov za dopuštenost međunarodne tužbe, koji tuženoj državi daje priliku da reaguje na kršenje, pre nego što tužba postane dopuštena na međunarodnom planu. Međunarodna odgovornost tužene države nastaje u trenutku kada je pojedinac ili stranac povređen kršenjem međunarodnog prava, nekim aktom koji se može pripisati odnosnoj državi, a njeno utvrđivanje putem diplomatske zaštite nije dozvoljeno dok se ne iskoriste lokalni pravni lekovi. Mnogi autori su pristalice upravo ovakvog shvatanja prirode pravila o lokalnim pravnim lekovima, kao na primer: *Amerasinghe, H. Friedmann, Kaufmann, Haesler, Chappez* i drugi .[4]

Postoje pak, neki teoretičari koji prihvataju stanovište da je u pitanju materijalnopravno pravilo. Oni smatraju da je pravilo o iskorišćenosti lokalnih pravnih lekova sastavni deo odgovornosti države.[5] Ono podrazumeva da odgovornost nastaje samo kada pojedinac, ne može da dobije nadoknadu u državi u kojoj je pretrpeo povredu, zbog toga što je pribegao korišćenju lokalnih pravnih lekova, ili jer pravnih lekova nije bilo. Na primer, *Anzilotti* je rekao da međunarodna odgovornost nastaje tek kada dođe do uskraćivanja pravde, nakon iskorištavanja lokalnih pravnih lekova.[6]

Komisija za međunarodno pravo je u svom izveštaju Generalnoj skupštini UN, 1977. godine, između ostalog izjavila: „Pre dobijanja očiglednih posledica vezanih za postupak podnošenja zahteva, princip iskorištavanja lokalnih pravnih lekova, neizbežno deluje na nivou istinskog mehanizma za ispunjenje međunarodne obaveze i, shodno tome, na nivou određivanja postojanja kršenja neke međunarodne obaveze. Drugim rečima, činjenica da pravo države da traži naknadu postoji samo nakon konačnog odbijanja zahteva zainteresovanih privatnih pojedinaca, neizbežno vodi do zaključka da kršenje međunarodnog prava nije završeno pre nego što ti pravni lekovi budu iskorišćeni, odnosno pre nego što negativni efekti novog ponašanja države, u vezi sa tim pravnim lekovima, ne budu dodani onom početnom ponašanju usvojenom od strane države u konkretnom slučaju i tako stvarajući definitivnu nemogućnost izvršenja međunarodne obaveze“.[7] Ovim je Komisija, na neki način podržala obe teorije o pravnoj prirodi ovog pravila.

---

[4] C.F. Amerasinghe, Local Remedies in International Law, Cambridge University Press, 2004, p. 388

[5] Smilja Avramov, Milenko Kreća, Međunarodno javno pravo, Beograd, 2001, str. 106.

[6] Anzilotti , „Le Délit International“, 68 Hague Recueil (1939), p. 514.

[7] Report of the ILC on the Work of its Twenty-Ninth session, YBILC (1977), vol. 2, Part II, p. 35.

Nacrt Konvencije o odgovornosti država za štetu pričinjenu strancima, urađen na Harvardu, smatra da je pravilo o iskorištavanju lokalnih pravnih lekova materijalnopravno.[8] Takođe, Interamerički sudski komitet je u svom mišljenju iz 1961. godine izjavio da, prema mišljenju 16 latinoameričkih država, ovo pravilo na američkom kontinentu nije proceduralno, već materijalno.[9]

Borchard je zauzeo stav da je pravilo o iskorištavanju lokalnih pravnih lekova materijalnopravno pitanje. Takođe, on ističe nekoliko osnova kao ograničenja prava na diplomatsku zaštitu: pretpostavlja se da je stranac iskoristio sva dostupna pravna sredstva; tužena država mora dobiti priliku da uspostavi pravdu na uobičajen način i ovlašćena je da štiti svoje sudove od bilo kakve intervencije; korišćenje lokalnih pravnih lekova je neophodno da nesumnjivo ustanovi da je nezakonit akt, ili uskraćivanje pravde na koju se tužilac poziva; nameran akt države i da ona želi da ostavi ovakvo nezakonito stanje. Ovo rezonovanje ne razlikuje pitanja odgovornosti države i diplomatske intervencije, između uzroka tužbe i prava na tužbu.

Hudson je zauzeo slično stanovište o materijalnom karakteru ovog pravila i tvrdio je da iskorištavanje lokalnih pravnih lekova nije uslov za uspostavljanje međunarodne nadležnosti, već pravilo materijalnog prava. Naime, dok država može u bilo koje vreme pokrenuti postupak (ako postoji odgovarajuća međunarodna instanca) povodom tretmana prema njenim državljanima, ona ne može pokrenuti postupak u ime konkretno određenog pojedinca, sve dok on ne iskoristi pravne lekove koji su mu dostupni, prema pravu tužene države. U slučaju *Finnish Ships,* arbitar je ukazao na dva slučaja iz 1871. godine, koji su raspravljani pred Komisijom za zahteve između SAD i Velike Britanije. U njima su privatni tužioci bili oslobođeni obaveze obraćanja domaćim sudovima, zbog toga što su živeli daleko i nisu bili u mogućnosti da komuniciraju sa državnim organima. Arbitar je rekao: „Ukoliko međunarodno kršenje ne nastaje sve dok privatni zahtev ne odbije najviši, nadležni državni sud, tada je pribegavanje tom sudu pitanje suštine, a ne procedure i teško je videti kako, ukoliko je to slučaj, opravdanje koje je izneto u ovim slučajevima može biti prihvaćeno“.[10] Pored ovih autora, još nekoliko njih podržava stav o materijalnopravnoj pri-

[8] Nacrt Konvencije o odgovornosti država za štetu pričinjenu strancima, Harvard, 1961. godine, Rodoljub Etinski, op.cit. str. 209

[9] C.F. Amerasinghe, Local Remedies, op. cit. p. 390.

[10] Finnish Vessels in Great Britain during the War (1934): Annual Digest and Reports of Public International Law Cases, 1933-4, Case No. 91, at p. 237

rodi ovog pravila i to: *Strisower, Durand, Fenwick, Hackworth, Sereni, Morelli* i drugi.[11]

Ukoliko bi se ovo pravilo prihvatilo kao materijalnopravno, ono ne bi moglo da obuhvati slučajeve kada dolazi do povrede međunarodnog, a ne i unutrašnjeg prava. Takođe, široko je prihvaćeno da postoje slučajevi odgovornosti država, gde pravilo o lokalnim pravnim lekovima deluje kao proceduralno pravilo. Na primer, *Eagleton* kaže da odgovornost proističe iz međunarodnog protivpravnog akta i da nije obavezno vezana za obraćanje domaćim sudovima.[12] Kada je država učinila neku štetu i propustila da je „ispravi", čime je doprinela uskraćivanju pravde, ovo uskraćivanje može biti neophodan uslov za intervenciju, ali ne i osnov za nju.[13]

Neki autori, kao na primer *J.E.S.Fawcett* smatraju da je ovo pitanje nemoguće odvojiti od pravila o odgovornosti države i uskraćivanja pravde.[14]

Materijalnopravna teorija razlikuje odgovornost za povredu stranca u domaćem pravu - unutrašnja odgovornost, od međunarodne odgovornosti koja nastaje tek posle obraćanja domaćim sudovima, odnosno u slučaju uskraćivanja pravde. Prema drugoj, tj. proceduralnoj teoriji, iskorištavanje lokalnih pravnih lekova jeste uslov za vršenje prava na diplomatsku zaštitu svojih državljana povređenih u inostranstvu. Međutim, ovo pravilo ne funkcioniše samo kao procesna prepreka za vođenje diplomatskog ili sudskog postupka, već takođe nameće tuženoj državi obavezu da učini lokalne pravne lekove dostupnim.

Nedostatak prve teorije jeste u tome što ne pokriva slučajeve u kojima ne postoji kršenje unutrašnjeg prava i, stoga, ne postoji lokalni pravni lek.[15] Nedostatak ove druge teorije je u tome što ona pretpostavlja da postoji kršenje međunarodnog prava i da to tužena država prihvata. Ukoliko ona poriče da je došlo do kršenja, ne može se ništa učiniti da ona u svom unutrašnjem poretku raspravlja o tome.[16]

Neki autori pak, prihvataju eklektičku teoriju, odnosno smatraju da ovo pravilo može biti i proceduralno i materijalno. Prema njima, pravilo ima materijalnopravnu prirodu kada je u pitanju uskraćivanje pravde, a procesnopravnu kada je ono sredstvo izvršenja međunarodne obaveze.[17]

---

[11] C.F. Amerasinghe, Local Remedies, op. cit. p. 390

[12] Eagleton, The Responsibility of States, 1927, p. 97

[13] Fitzmaurice, The Denial of Justice, Year Book, 13, 1932, p. 93

[14] J.E.S.Fawcett, The exhaustion of local remedies: substance or procedure?, British Yearbook of International Law 452, 1954, p. 452.

[15] Na primer, slučaj Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala), I.C.J. Reports, 1955.

[16] J.E.S.Fawcett, The exhaustion of local remedies, op. cit. p. 454.

[17] Eagleton, The Responsibility of States in International Law, 1928, p. 95

Autori, kao na primer *Amerasinghe*, smatraju ovakvo razlikovanje nepotrebnim.

Sukob nadležnosti

Pravilo o lokalnim pravnim lekovima se koristi i za rešavanje sukoba nadležnosti između međunarodnih i domaćih sudova, ili drugih organa. Ono određuje u kojim okolnostima domaći sudovi, a kada međunarodne sudske instance, moraju ili mogu da zasnuju nadležnost povodom konkretnog pitanja. Sukob nadležnosti može da se pojavi u slučajevima kada određeno ponašanje predstavlja kršenje domaćeg, ali ne međunarodnog prava i kada određeno ponašanje predstavlja kršenje i domaćeg i međunarodnog prava. Kao primer ovoga, mogu se navesti brojni bilateralni ugovori za mirno rešavanje sporova, u kojima su određene granice nadležnosti domaćih i međunarodnih sudova. Oni sadrže gotovo identične odredbe koje kažu da u slučaju spora koji, prema unutrašnjem pravu jedne od strana ugovornica spada u nadležnost domaćih sudova te države, spor neće biti podvrgnut međunarodnom postupku, naznačenom u ugovoru, sve dok nadležni domaći sudski organ ne donese konačnu presudu.[18] U ovim ugovorima, upravni sudovi su uključeni u pojam unutrašnji sudovi. Postoji odredba da odluka pred domaćim sudom mora da bude doneta u razumnom roku. Međunarodni postupak mirenja je, takođe, isključen sve dok se ne iskoriste lokalni pravni lekovi. Izuzetak je napravljen kada postoji očigledno uskraćivanje pravde i tada se međunarodni postupak može pokrenuti i pre nego što domaći organi donesu konačnu presudu. Međunarodna sudska instanca mora da utvrdi da li, zaista postoji uskraćivanje pravde.

U slučaju koji se odnosi na kršenje unutrašnjeg, a ne i međunarodnog prava, međunarodna odgovornost države ne proizilazi iz situacije na koju se neko lice žali. Ona može da proistekne samo iz uskraćivanja pravde koju država čini povređenom pojedincu i tada može da se pokrene postupak pred međunarodnim telima.

U slučaju kada ponašanje na koje se žali pojedinac predstavlja kršenje i unutrašnjeg prava i nekog međunarodnog ugovora, ili međunarodnog običajnog prava, pravilo o iskorišćenosti lokalnih pravnih lekova predstavlja proceduralnu prepreku međunarodnom zahtevu za naknadu štete, ali ne sprečava donošenje deklaratorne presude nekog međunarodnog tribunala, da je došlo do kršenja međunarodnog prava. Na primer, u

[18] U.N. Systematic Survey of Treaties for the Pacific Settlement of International Disputes, 1928-1948

slučaju kršenja međunarodnog ugovora između dve države o slobodnoj trgovini i konkretnog ugovora između jedne od tih država i privrednog subjekta iz druge države, ta dva postupka mogu da teku nezavisno jedan od drugoga. Međutim, u praksi bi trebalo izbegavati pokretanje međunarodnih postupaka u stvarima o kojima mogu, i to sasvim zadovoljavajuće, odlučivati domaći sudovi. Na primer, u slučaju *Panevezys-Saldutiskis Railway*, rečeno je da „u principu, svojinska i ugovorna prava pojedinaca u svakoj državi zavise od unutrašnjeg prava i spadaju u nadležnost domaćih sudova".[19] Međunarodni sud pravde može da donosi deklaratorne presude, čija je funkcija da obezbede priznanje postojanja neke pravne situacije između strana u sporu. Nakon toga, tako ustanovljena pravna pozicija se ne može ponovo dovoditi u pitanje. Iz ovih razloga, deklaratorna presuda je odgovarajuća za slučaj kada postoji kršenje međunarodnog prava aktom tužene države, koje ujedno predstavlja i kršenje domaćeg prava. Traženjem i dobijanjem deklaratorne presude da je tužena država prekršila neko pravilo međunarodnog prava, država koja tuži bi tako uspostavila svoju poziciju u međunarodnom pravu, sa svim socio-psihološkim prednostima koje to povlači, dok tužena država ne bi bila sprečena da ispravi povredu na domaćem nivou.[20]

Značaj pravne prirode pravila o iskorišćenosti lokalnih pravnih lekova

Pitanje pravne prirode ovog pravila nije čisto teorijsko, već može imati i praktične posledice. Takođe, i način na koji se ovo pravilo razume i primenjuje danas u praksi, može imati povratno dejstvo na pitanje njegove pravne prirode. Ako bi se pravilo o iskorištavanju lokalnih pravnih lekova posmatralo kao čisto proceduralno pitanje, tada pravo na podnošenje tužbe nastaje pre nego što korišćenje lokalnih pravnih lekova postane neophodno i nezavisno je od njegovog uspeha u tuženoj državi. Ovo pravilo za stranca predstavlja samo uslov međunarodnog prava za tužbu njegove države. Ovim se ustanovljava hijerarhijski sistem žalbi, u kojem je međunarodni sud poslednja instanca. Tužbeni osnov mora da bude iznet pred unutrašnje sudove, pre nego što nastane pravo na tužbu pred međunarodnim sudovima.

Ukoliko se pravilo o lokalnim pravnim lekovima shvata kao materijalnopravno pitanje, razlog za podnošenje tužbe nastaje nakon što su domaći pravni lekovi iskorišćeni, a ne pre i bez tog obraćanja domaćim sudovima, ne postoji osnov za međunarodnu tužbu. Tada se poklapaju pravo na žalbu

[19] Panevezys-Saldutiskis Railway case (1939), P.C.I.J., Series A/B, no. 76, p.18
[20] J.E.S.Fawcett, The exhaustion of local remedies, op. cit. p. 457.

sa osnovom za žalbu, za razliku od one prve situacije. Takođe, ako bi se pravilo posmatralo kao materijalnopravno, nedostatak u postojećim lokalnim pravnim lekovima bi bio materijalni činilac u osnovu za tužbu.

Trenutak kada nastaje međunarodna odgovornost je takođe vezan za pravnu prirodu ovog pravila i to može biti od važnosti pri određivanju nadležnosti međunarodnih tribunala, kada ono zavisi od sporazumnog podnošenja spora na rešavanje ili drugog načina. Tako, kada se u *compromis-u* navodi da u nadležnost određenog suda spadaju samo međunarodni sporovi nastali posle određenog datuma, spor bi (prema proceduralnoj teoriji) nastao u vreme kada je načinjena prva povreda međunarodnog prava, a ona se može desiti pre navedenog datuma. Ukoliko bi se, pak, ovo pravilo posmatralo kao materijalnopravno, spor bi nastao u drugom trenutku, odnosno nakon iskorištavanja svih lokalnih pravnih lekova, koje se može desiti nakon relevantnog datuma.[21]

Shvatanje pravne prirode pravila o iskorišćenosti lokalnih pravnih lekova u praksi međunarodnih sudova

Postupci međunarodnih sudova takođe daju odgovor na pitanje pravne prirode pravila o iskorišćenosti lokalnih pravnih lekova, kada to bude izneto kao prigovor pred njima. Ukoliko se na njega gleda kao na pitanje suštine, nekorišćenje tih lekova je značajno za samu suštinu spora, iako se o njemu može raspravljati i kao o preliminarnom pitanju, pošto bez njega nema osnova za tužbu. Ovo mišljenje je prihvatio sudija *Hudson* u svom odvojenom mišljenju u slučaju *Panevezys-Saldutiskis Railway case*, pred Stalnim sudom međunarodne pravde. On se nije složio sa stanovištem Suda da drugi prigovor Litvanije, koji se zasnivao na tome da vlada Estonije nije poštovala pravne lekove predviđene domaćim pravom, ima preliminarni karakter i da mora da se reši odvojeno od merituma i koji u ovom slučaju opravdava stav da zahtev Estonije ne može biti raspravljan. On smatra da prigovor nema takav karakter i da treba da bude odbačen, pošto zahtev Estonije treba da bude raspravljan, čak i ako glavni estonski zahtev kasnije bude odbijen zbog neiskorišćenosti lokalnih pravnih lekova. Po njemu, ovo nije proceduralno pravilo, nego pitanje materijalnog prava, tj. međunarodne odgovornosti[22]. Posledica prihvatanja ove teorije jeste da prihvatanje prigovora o neiskorišćenosti lokalnih pravnih lekova može da dovede do situacije da zbog toga, zahtev bude presuđena stvar *(res judicata)*. Tada taj prigovor neće delovati samo kao procesna prepreka dopuštenosti.

[21] C.F. Amerasinghe, Local Remedies, op. cit p. 398.

[22] Panevezys-Saldutiskis Railway case (1939), P.C.I.J., Series A/B, no. 76, p.47.

Postoje brojne presude međunarodnih sudova koje podržavaju teorije o materijalnopravnom dejstvu pravila. Na primer, u slučaju *Mexican Union Railway Case,* sud je rekao da odgovornost države po međunarodnom pravu može nastati samo kada zainteresovane osobe iskoriste sve pravne lekove koji su im dostupni po međunarodnom pravu.[23]

U jednom od prvih slučajeva pred Stalnim sudom međunarodne pravde, *Administration of the Prince von Pless Case*, poljska vlada je istakla prethodni prigovor vezan za iskorišćenost lokalnih pravnih lekova. Ovo predstavlja jedan od prvih modernih primera podrške materijalnopravnoj prirodi ovog pravila. Naime, Poljska je stala na stanovište da nema odgovornosti države, sve dok pravna sredstva, koja su dostupna pojedincima u međunarodnom pravu kako bi zaštitili svoja prava, ne budu iskorišćena.[24] U još jednom slučaju pred ovim sudom – *Norwegian Loans Case* – vlada Francuske je, takođe, zauzela poziciju podrške ovom shvatanju pravila, ali na drugačiji način. Naime, tumačeći argument Norveške da lokalni pravni lekovi treba da budu iskorišćeni, ona je istakla da ovo pravilo zahteva da se dokaže uskraćivanje pravde pred sudovima Norveške, da bi moglo da dođe do odgovornosti te države.[25]

Takođe, sudija *Morelli* je u odvojenom mišljenju, u slučaju *Barcelona Traction Co. Case*, rekao da smatra da je pravilo o iskorišćenosti lokalnih pravnih lekova, kao pravilo opšteg međunarodnog prava, materijalno, a ne procesno. Po njemu, ovo pravilo predstavlja dodatak drugim pravilima, koja i sama imaju materijalno-pravni karakter, na primer prava koja se tiču tretmana stranaca. Ova pravila zahtevaju od države prema kojoj su usmerena određeni konačni rezultat u pogledu tretmana stranih državljana, ostavljajući obavezanoj državi slobodu da sama odredi sredstva kojima će to učiniti. U skladu sa tim, ukoliko organ države koja je u obavezi, uradi nešto suprotno željenom rezultatu, postojanje međunarodnog protivpravnog akta i međunarodne odgovornosti države, ne može se utvrditi sve dok taj strani državljanin ima mogućnost da dobije rezultat koji traži međunarodno pravilo, putem sredstava koje obezbeđuje domaći pravni sistem.[26]

U slučaju *Interhandel* stav švajcarske vlade je u jednom delu podržavao materijalnopravno stanovište, iako je u drugim fazama ovog slučaja, ta ista vlada zauzimala i drugačiji stav. Ona je smatrala da pravilo o iskorišćenosti lokalnih pravnih lekova deluje kao prethodni uslov za

[23] Great Britain v. Mexico, 1930, 5 UNRIAA, p. 122.
[24] Administration of the Prince von Pless Case, 1933, PCIJ Series C No. 70, pp. 134-5
[25] Norwegian Loans Case, 1957, ICJ Pleadings, vol. 2, p. 185
[26] Barcelona Traction Co. case (Preliminary Objection), 1964, ICJ Reports, p. 114.

uspostavljanje međunarodnopravne odgovornosti za akt koji se može pripisati državi i ona nastaje tek kada se iskoriste sva domaća pravna sredstva. Takođe, sudija *Córdova*, u svom odvojenom mišljenju u slučaju *Interhandel* podržao je materijalnu prirodu pravila i smatrao je da međunarodna odgovornost ne nastaje sve dok pravni lekovi ne budu neuspešno iskorišćeni.[27]

Iz svega ovoga možemo videti da je materijalnopravna teorija pravila o lokalnim pravnim lekovima zasnovana, u principu, na dva postulata. Prvo, da je potrebno dodatno uskraćivanje pravde od strane domaćih sudova da bi nastao međunarodni delikt, jer osnovno kršenje ne predstavlja povredu međunarodnog prava i drugo, da, iako osnovno kršenje može predstavljati međunarodni delikt, ovo kršenje međunarodnog prava nije kompletno sve dok lokalni pravni lekovi ne budu neuspešno iskorišćeni. Kada akt sudova koji predstavlja uskraćivanje pravde, dovede do prvog kršenja međunarodnog prava , međunarodna odgovornost za delikt nastaje u tom trenutku, zbog kršenja međunarodnog prava, a iskorištavanje lokalnih pravnih lekova bi u pogledu uskraćivanja pravde, predstavljalo proceduralne preduslove za pravo na međunarodnu tužbu, putem diplomatske zaštite, ili za zaštitu ljudskih prava.

Postoji i stanovište da ovo pravilo ima materijalnopravno dejstvo u jednim okolnostima, a proceduralno u drugim. Ono, pak, ne razlikuje situaciju kada dolazi do iskorištavanja pravnih lekova u pogledu osnovnog delikta, koji predstavlja kršenje međunarodnog prava i situacije kada dolazi samo do „pribegavanja" prvom dostupnom pravnom leku, što je obično neophodno pre nego što nastane međunarodni delikt uskraćivanjem pravde i događa se kada je osnovno kršenje samo povreda unutrašnjeg, a ne međunarodnog prava. Ovo pravilo, međutim, ne može da razlikuje iskorištavanje od pukog pribegavanja lokalnim pravnim lekovima i, u skladu sa tim, ne može da prepozna da se u današnjem međunarodnom pravu ovo pravilo shvata kao iskorištavanje lokalnih pravnih lekova, već zamenjuje te dve situacije.[28]

Međunarodni sud je imao drugačije mišljenje od sudije *Hudsona* u slučaju *Panevezys-Saldutiskis Railway case* o prirodi ovog pravila i smatrao ga je procesnopravnim pitanjem, baveći se njime kao proceduralnim prigovorom dopuštenosti. U konkretnom slučaju, većinsko mišljenje je bilo da drugi prigovor Litvanije, budući da je bio podnet u cilju da spreči sud da razmatra meritum slučaja i da je njegova priroda takva da Sud može doneti odluku o njemu ne razmatrajući činjenice slučaja, mora biti pri-

[27] Interhandel Case, 1959, ICJ Reports, pp. 45-6.
[28] C.F. Amerasinghe, Local Remedies, op. cit. pp. 430, 431.

hvaćen kao preliminarni prigovor u okviru značenja člana 62 Pravila suda.[29] U ovom slučaju, iako je prigovor spojen sa meritumom slučaja, odlučeno je kao o preliminarnom pitanju, koje ne pripada meritumu.

U slučaju *Barcelona Traction Co. Case*, u svom odvojenom mišljenju, sudija Tanaka je, za razliku od Suda razmatrao prigovor neiskorišćenosti lokalnih pravnih lekova i našao da je ovo pravilo ispoštovano, odnosno lokalni pravni lekovi iskorišćeni. On je smatrao da ne postoji sumnja da ovo pravilo poseduje procesni karakter, tako što zahteva od osobe koja traži zaštitu svoje vlade, da iskoristi pravne lekove koji su joj dostupni u konkretnoj državi, pre nego što njena vlada iznese zahtev pred Međunarodni sud. Po njemu, ovo procesno pravilo izražava viši stepen ravnoteže ili harmonije između unutrašnjeg i međunarodnih zahteva.[30]

Sudija *Armand-Ugon* je u odvojenom mišljenju u slučaju *Interhandel* zauzeo stav da je zahtev zasnovan na ovom pravilu, u suštini, prigovor nedopuštenosti i istakao da je međunarodna odgovornost već nastala, pre pribegavanja domaćim sudskim instancama. Po njemu, svrha ovog pravila je samo da dozvoli nacionalnim sudovima, u prvoj fazi postupka, da ispitaju međunarodnu odgovornost tužene države, kao što je navedeno u tužbi Međunarodnom sudu. [31]

Sudija Lauterpaht u slučaju *Norwegian Loans Case* takođe pruža podršku ovom shvatanju prirode pravila. U ovom slučaju, iako Norveška nije izričito tvrdila da je ovo pravilo procesnopravno, njeni argumenti pokazuju da je ona, u suštini, prihvatila ovu teoriju. Pre svega, Norveška je smatrala da ovo pravilo pripada fazi ispitivanja dopuštenosti zahteva, a ne meritumu, tako da se o njemu odlučivalo kao o prethodnom prigovoru. Zatim, Norveška je objašnjavala razloge koji se nalaze u pozadini pravila o lokalnim pravnim lekovima i osnove ovog pravila i zauzela je stanovište da je njegova funkcija samo da omogući nadležnom organu zainteresovane države da razjasni pokrenuta pitanja i spreči pokretanje međunarodnih sudskih mehanizama. Ona je potvrdila da je ovo pravilo procesnopravno i da se ne može mešati sa pravilima koja se odnose na uskraćivanje pravde od strane sudskih organa jedne države. Takođe, nakon prigovora Francuske da je pravo da se pozove na pravilo o iskorišćenosti lokalnih pravnih lekova propušteno, jer se na njemu nije insistiralo od samog početka spora, norveška vlada je tvrdila da takvo gubljenje prava ne postoji. Jedan od

[29] Panevezys-Saldutiskis Railway case (1939), P.C.I.J., Series A/B, no. 76, p. 22.
[30] Barcelona Traction Co. Case, 1970, ICJ Reports, p. 143.
[31] Interhandel case, 1959, ICJ Reports, p. 88-9

razloga za ovakvu tvrdnju je bilo i to što pravilo nije materijalnopravno, nego procesnopravno.[32]

Kao što je ranije rečeno, u slučaju *Interhandel* švajcarska vlada je u većini svojih argumenata prihvatila materijalnopravnu prirodu. Međutim, u jednom delu ona je podržala i procesnopravnu prirodu ovog pravila, jer je prihvatila da može biti doneta deklaratorna presuda, čak iako lokalni pravni lekovi nisu iskorišćeni. Vlada SAD u ovom slučaju prihvatila je procesnopravnu prirodu pravila, jer je tvrdila da, čak i ako se prihvati da je došlo do direktne povrede međunarodnog prava kršenjem ugovora, pravilo o lokalnim pravnim lekovima će se i dalje primenjivati. U odgovoru na tvrdnju Švajcarske da se ono ne primenjuje u slučaju da se traži deklaratorna presuda, vlada SAD je prihvatila ovaj princip, ali je osporavala da je ono što se traži zaista deklaratorna presuda. Na ovaj način je takođe potvrđen stav SAD o proceduralnoj prirodi pravila o iskorišćenosti lokalnih pravnih lekova.[33]

Prema većini autora, procesna priroda pravila o lokalnim pravnim lekovima je jedina tačna i moguća. Pre svega, ovo pravilo deluje u slučaju da država krši međunarodno pravo, a ne samo nacionalno pravo i takvo kršenje odmah stvara međunarodnu odgovornost date države. Ono pripada sekundarnim normama koje se odnose na pravne lekove i tiče se postupaka za rešavanje sporova. Ovo pravilo propisuje određenu proceduru za redovno rešavanje sporova, koji se odnose na kršenje međunarodnog prava koje čini država i koje zahteva iskorišćenost pravnih lekova kroz domaći pravni sistem, kao prethodni uslov za rešavanje spora međunarodnim sredstvima i na međunarodnom nivou. Primena ovog pravila ne zahteva dodatno postojanje uskraćivanja pravde u okviru unutrašnjeg pravnog sistema, pre nego što međunarodni postupak može biti pokrenut, nego je dovoljno samo da dođe do propusta da unutrašnji pravni sistem konačno reši spor. Stoga, osnovni međunarodni delikt predstavlja pravni osnov za međunarodni nivo, a uskraćivanje pravde može samo da doprinese tom međunarodnom deliktu. Kada je počinjen osnovni delikt države, koji nije ujedno i kršenje međunarodnog prava, nego predstavlja delikt samo prema domaćem, odnosno nacionalnom pravu, uskraćivanje pravde u okviru tog nacionalnog pravnog sistema je neophodno da bi došlo do kršenja međunarodnog prava od strane te države. Ovo je rezultat koji nastaje kada se samo pribegava nekom pravnom sredstvu, a nije u pitanju njihovo iskorištavanje, koje će tek kasnije, kao procesni uslov, biti aktivirano. Ovo uskraćivanje pravde, zahteva

[32] Norwegian Loans Case, 1957, ICJ Pleadings, vol 1.
[33] Interhandel case, 1959, ICJ Reports, pp. 405, 505, 564

da budu iskorišćeni lokalni pravni lekovi, kako bi se ono iznelo na međunarodni plan, kao kršenje međunarodnog prava.

Pravna priroda pravila o iskorišćenosti lokalnih pravnih lekova u oblasti zaštite ljudskih prava

Postoje razlike u primeni i prirodi pravila o lokalnim pravnim lekovima između slučajeva diplomatske zaštite i oblasti ljudskih prava. Pre svega, u postupku diplomatske zaštite pojedinac može da tuži samo stranu državu koja je povredila neko njegovo pravo, a ne i državu čije državljanstvo ima. U oblasti zaštite ljudskih prava, pojedinac može da tuži i svoju sopstvenu državu, ukoliko je ona prekršila neko njegovo pravo. Šta više, uglavnom se i događa da pojedinac tuži svoju državu u ovakvim slučajevima..

U konvencijama koje se bave zaštitom ljudskih prava, ova prava se razumeju kao materijalna prava koja odgovaraju materijalnim obavezama koje su preuzele države ugovornice ovih konvencija. Na primer, u Evropskoj konvenciji o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, stranke su preuzele obavezu da obezbede svakome, u okviru svoje nadležnosti, prava i slobode definisane u odeljku 2 ove konvencije.[34] Takođe, u Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima , u članovima od 1 do 27, navode se konkretna ljudska prava, koja odgovaraju određenim materijalnim obavezama.[35] Propust da se obezbedi zaštita predviđena u ovim konvencijama je stoga, kršenje konkretne konvencije, odnosno kršenje međunarodnog prava koje izaziva međunarodnopravnu odgovornost države. Ne postoji ništa što bi ukazivalo na to da je potreban neki dodatni element za postojanje međunarodne odgovornosti, na primer iskorištavanje lokalnih pravnih lekova, ili uskraćivanje pravde ili neko drugo sredstvo. U ovakvim okolnostima, pravilo o lokalnim pravnim lekovima ima proceduralno, a ne materijalnopravno dejstvo.[36]

U većini slučajeva pred Evropskom komisijom i Evropskim sudom za ljudska prava, kada se razmatralo pitanje pravne prirode ovog pravila, stalo se na stanovište da je ono, prema Evropskoj konvenciji, procesni uslov koji prethodi zasnivanju nadležnosti ovih tela.[37] Ovakvo stanovište se zasnivalo na činjenici da je pravilo o iskorišćenosti lokalnih pravnih lekova u međunarodnom običajnom pravu procesni uslov za vršenje diplomatske zaštite. Međutim, u jednom slučaju, Evropska komisija je tvrdila

[34] Evropska konvencija, član 1, op. cit.
[35] Međunarodni pakt, op. cit.
[36] C.F. Amerasinghe, Local Remedies, op. cit. p. 398.
[37] Na primer, u slučaju Austria v. Italy, Application No. 788/60, 1961

da odgovornost države prema Evropskoj konvenciji ne postoji, sve dok u skladu sa članom 35 Konvencije svi domaći pravni lekovi ne budu iskorišćeni.[38] Međutim, ovo je samo izuzetak u odnosu na preovlađujuće stanovište Komisije i Suda. Pa i u samom ovom slučaju, Komisija je zapravo zauzela stav da je ovo pravilo pitanje procedure, jer je smatrala da je navodno loše sprovođenje pravde od strane nižeg suda u Saveznoj Republici Nemačkoj predstavljalo pravo kršenje međunarodnog prava u pogledu kojeg su pravni lekovi morali biti iskorišćeni. Pre ovoga, nije postojalo kršenje Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama. Prema stavu Komisije, naknadni propust višeg suda da ispravi situaciju nije bio izvor kršenja međunarodnog prava, a takođe, početno kršenje Konvencije nije postalo potpuni međunarodni delikt, tek nakon neuspeha u postupku po lokalnim pravnim lekovima.[39]

Posledica člana 35 Konvencije (pre je to bio član 27(3)), jeste ta da je Komisija uvek posmatrala pitanje lokalnih pravnih lekova kao pitanje procedure, jer ovaj član zahteva od Komisije, a sada Suda, da odbaci svaku tužbu koju smatra nedopuštenom zbog toga što lokalni pravni lekovi nisu bili iskorišćeni.[40] Ovo dalje znači da se prigovor zasnovan na ovom pravilu odnosi na procesna pitanja, a ne na suštinu samog zahteva.

Komisija je odlučila da za međunarodnu odgovornost povodom osnovnog delikta nema potrebe da postoji uskraćivanje pravde od strane najvišeg domaćeg suda, nakon iskorištavanja lokalnih pravnih lekova. Dovoljno je da tužilac nije uspeo da dobije odgovarajuće zadovoljenje.[41] U skladu sa ovim, adekvatnost i efikasnost nekog pravnog leka zavisi od toga da li bi tužilac njegovim korišćenjem mogao da obezbedi rezultat koji želi.[42] Ovaj stav je opet baziran na procesnom shvatanju pravila o lokalnim pravnim lekovima. Takođe, činjenica da tužena država može da se odrekne ovog pravila, i to čak i kada je Komisija razmatrala pravilo *proprio motu*, govori u prilog procesne prirode ovog pravila. Mogućnost odricanja od njega ukazuje da postoji početno kršenje međunarodnog prava, što dovodi do međunarodnopravne odgovornosti države.

Prema konvencijama koje štite ljudska prava, ne samo da pojedinci, koji su iskoristili lokalne pravne lekove, mogu da se pojave pred međunarodnim telima, nego ponekad i države čija su prava povređena mogu da traže zaštitu. U oba slučaja, strane ugovornice ovih konvencija ne traže

[38] Mr and Mrs X v. Federal Republic of Germany, Application No. 235/56

[39] ibid.

[40] Evropska konvencija, član 35, op. cit.

[41] Austria v. Italy, Application No. 788/60, 1961; Boeckmans v. Belgium, Application No. 1727/62

[42] Boeckmans v. Belgium, Application No. 1727/62

naknadu štete ili kompenzaciju za kršenje svojih sopstvenih prava. Ovi sistemi su napravljeni sa osnovnom namenom da štite pojedinca koji je povređen. Stoga, odsustvo dodatnog elementa – povrede države za koju je moguće dosuditi kompenzaciju – olakšava definisanje procesnog karaktera pravila o lokalnim pravnim lekovima, u oblasti zaštite ljudskih prava. Manje je komplikovano prihvatiti tumačenje da je prvo kršenje konvencije, koje se čini nanošenjem štete pojedincu, kršenje međunarodnog prava, za koje tužena država odmah preuzima odgovornost po međunarodnom pravu i na taj način čineći pravilo o iskorišćenosti lokalnih pravnih lekova jednim procesnim pitanjem.[43]

Zaključak

Pravilo o iskorišćenosti lokalnih pravnih lekova predstavlja jedan od uslova dopuštenosti tužbe i u postupku diplomatske zaštite i u postupcima pred telima za zaštitu ljudskih prava. U ovoj drugoj oblasti njegov procesnopravni karakter je izraženiji, jer se u datim konvencijama i navodi u delu o dopuštenosti zahteva, a i koriste ga pojedinci, pretežno protiv svojih država, koje ističu prigovor da lokalni pravni lekovi nisu iskorišćeni, kako bi se zahtev proglasio nedopuštenim. Kršenje je nastalo i država je odgovorna, a ostalo je samo da se utvrdi da li su ispunjeni formalni uslovi dopuštenosti zahteva. Takođe, iako možda ne toliko jasno, i u oblasti diplomatske zaštite možemo reći da je ovaj uslov procesnopravne prirode, jer on i ovde sprečava da se zahtev razmatra pred nekim međunarodnim sudom. U svim ovim slučajevima odgovornost države nastaje samim kršenjem neke međunarodne obaveze koje joj se može pripisati, a vođenje postupka pred nekim međunarodnim telom zavisi od ispunjenja svih uslova dopuštenosti tužbe, među kojima i iskorišćenosti lokalnih pravnih lekova.

[43] C.F. Amerasinghe, Local Remedies, op. cit. pp. 418,419.

Bojan Tubić, LL.M. Assistant
Novi Sad School of Law

Legal nature of the exhaustion of local remedies rule

Abstract

The exhaustion of local remedies rule is applicable in the diplomatic protection and in the field of human rights protection. Its legal nature provoked many different views in the legal doctrine. Some legal experts consider this rule as a procedural one and the others claim that it is a question of substance, which means that exhaustion of local remedies is a part of international responsibility of a state. Question of the nature of the rule has been raised in the legal disputes before International Court of Justice and the judges expressed their position about it. In the field of human rights, the procedural character of the rule of local remedies is more evident, because in human rights conventions it is placed in the section on admissibility of an application. Also, it is used by individuals, mainly against their own states, which raise objection that local remedies are not exhausted in order to make the application inadmissible. The international responsibility of a state is established with the violation of an international obligation which can be attributable to it. The international judicial procedures can be started if all the admissibility conditions are fulfilled, including the exhaustion of local remedies.

Originalni naučni rad 342.4(497.11)“1896“

Mr Maša Kulauzov, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

USTAVNI NACRT STOJANA NOVAKOVIĆA OD 1896. GODINE[1]

Sažetak: *Autor u radu vrši istorijskopravnu analizu odredaba ustavnog nacrta koji je sačinio Stojan Novaković 1896. godine. Iako ovaj ustavni projekt nikada nije prihvaćen, značajan je jer je u znatnoj meri poslužio kao osnov za donošenje* ***Ustava Kraljevine Srbije*** *od 6. aprila 1901. godine. Zato je u radu ukazano i na to koje su odredbe nacrta uz neznatne izmene preuzete u* ***Ustavu*** *od 1901.*

Ključne reči: *Ustavni nacrt od 1896,* ***Ustav Kraljevine Srbije*** *od 1901, građanska prava i slobode, kralj, ministri, dvodomno narodno predstavništvo.*

Ustavni nacrt od 1896. godine izradio je Stojan Novaković, istaknuti član Napredne stranke i predsednik naprednjačke vlade od juna 1895. do decembra 1896. godine.[2] Projekt ustava nastao je kao rezultat njegovog

[1] Rad je posvećen projektu *Pravo Srbije u evropskoj perspektivi* br. 149042 koji finansira Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije.

[2] Stojan Novaković (1842 – 1915) bio je jedan od osnivača Napredne stranke i pokretača časopisa *Videlo*. Predavao je pravo i filozofiju na Velikoj školi da bi se ubrzo potom posvetio političkoj karijeri. Najduže se zadržao na položaju ministra prosvete 1873 – 1875 i 1880 – 1883. Na čelu tog resora nalazio se i u vreme učešća u izradi ustavnog nacrta Napredne stranke od 1883. godine. Nakon raspuštanja stranke u decembru 1896, Novaković se posvetio diplomatskoj karijeri kao poslanik Srbije u Carigradu, Parizu i Petrogradu. I pored uspešne političke i diplomatske karijere nikad nije zapostavio naučni rad. Kao učenik Đure Daničića i vrstan filolog napisao je i niz rasprava i studija o jeziku i gramatiku srpskog jezika 1902. godine. Bavio se književnošću i istorijom, a priredio je i tri izdanja najznačajnijih srpskih srednjovekovnih pravnih izvora: *Zakonik Stefana Dušana, cara*

kompromisa sa kraljem Aleksandrom Obrenovićem. Naime, kada mu je kralj 23. juna 1895. godine ponudio mandat za sastav vlade, Novaković je uslovio prihvatanje mandata kraljevim prethodnim pristankom na pisani program rada buduće vlade koji mu je tom prilikom predao. U programu je, u pogledu pitanja ustavne reforme bilo predviđeno da se promeni ustava mora pristupiti do isteka mandata tadašnje skupštine, odnosno do 31. decembra 1896. godine. Nakon što je kralj Aleksandar program prihvatio, Novaković je pristupio obrazovanju vlade.[3]

Njegov predlog o donošenju ustava podnet je Narodnoj skupštini 28. januara 1896. godine i ona je na taj predlog dala saglasnost.[4] U međuvremenu, Novaković se dogovorio sa kraljem da vlada sastavi nacrt ustava koji će zatim kralj i vlada pretresti na zajedničkim sednicama, da bi potom bio sazvan ustavotvorni odbor koji će utvrditi konačan tekst ustavnog nacrta.[5]

Iako je bilo predviđeno da predlog ustava izradi vlada, Novaković je to uglavnom učinio sam. On je savesno i sa velikim entuzijazmom pristupio pisanju ustavnog projekta. Proučio je zbirku svetskih ustava koju je objavio francuski autor Darest (F. R. Dareste, *Les Constitutions modernes. Recueil des constitutions en vigueur dans les divers états d' Amérique et du monde civilisé*, 2-me édition, Paris 1891.), kao i odredbe ustavnog nacrta Napredne stranke od 1883. godine.[6] Svoj ustavni nacrt dovršio je do 15. aprila 1896. kada su počele zajedničke sednice kralja i vlade. Na sednicama su, pored Novakovićevog predloga ustava i nacrta od 1883, razmatrane i odredbe *Ustava* Rumunije od 1866, *Ustava za Knjažestvo Srbiju* od 1869, *Ustava za Kraljevinu Srbiju* od 1888. i nekoliko primeraka pomenute zbirke svetskih ustava.[7] Međutim, početkom maja sednice su prekinute a pitanje ustavne promene odloženo na neodređeno vreme. Novaković je pozvan u dvor gde mu je kralj saopštio da radikali ne žele

---

srpskog 1349. i 1354 (1898), *Matije Vlastara Sintagmat, azbučni zbornik vizantijskih crkvenih i državnih zakona i pravila, slovenski prevod vremena Dušanova* (1907) i *Zakonske spomenike srpskih država srednjega veka* (1912). Odličan stilista i savestan sakupljač izvora, Novaković je napisao i niz dela velike naučne vrednosti među kojima se, između ostalih, izdvajaju i: *Istorija srpske književnosti* (1871), *Srbi i Turci XIV i XV veka* (1893), *Vaskrs države srpske* (1904) i *Vizantijski činovi i titule u srpskim zemljama VI – XV veka* (1908).

[3] S. Novaković, *Dvadeset godina ustavne politike u Srbiji 1883 – 1903*, Beograd 1912, str. 139 – 144.

[4] Isto, str. 155.

[5] Isto, str. 159 – 161.

[6] S. Jovanović, *Vlada Aleksandra Obrenovića 1889 – 1897*, knjiga I, Beograd 1929, str. 350.

[7] S. Novaković, nav. delo, str. 167.

da učestvuju u ustavnoj reformi sa postojećom, naprednjačkom vladom, a on ne želi vladu da menja.[8] Kralj Aleksandar nije bio spreman da pristupi donošenju novog ustava bez naprednjaka znajući, između ostalog, da bi radikali insistirali na uvođenju parlamentarne vlade i jednodomnom predstavničkom telu na koje on nije želeo da pristane.[9]

Nakon što je Novakovićeva vlada 14. decembra 1896. podnela ostavku burni događaji koji su potom usledili u zemlji potisnuli su ustavno pitanje u drugi plan. Ono će ponovo biti aktuelizovano tek posle kraljeve ženidbe jula 1900. i smrti kralja Milana januara 1901, a zajedno sa njim i Novakovićev ustavni nacrt od 1896. godine.[10]

Tekst nacrta sastoji se od 175 članova raspoređenih u šesnaest poglavlja. Objavio ga je Stojan Novaković kao prilog svojoj knjizi „Dvadeset godina ustavne politike u Srbiji 1883–1903“, Beograd 1912, str. 249 – 298. Kasnije je ustavni projekt štampan i u knjizi Jaše Prodanovića „Ustavni razvitak i ustavne borbe u Srbiji“, Beograd 1936, str. 360 – 373. Iako među navedenim tekstovima skoro da i nema sadržinskih razlika, mi smo za potrebe ovog rada koristili onaj koji se nalazi u Novakovićevoj knjizi jer je on bio autor nacrta. Zato smo pretpostavili da taj tekst u najvećoj meri odgovara tekstu razmatranom na zajedničkim sednicama naprednjačke vlade i kralja Aleksandra održanim u aprilu 1896. godine.

Kako u našoj istorijskopravnoj literaturi do sada nije dat celovit prikaz svih odredaba ustavnog nacrta od 1896, u radu smo pokušali da izvršimo njihovu istorijskopravnu analizu

I

U prvoj glavi ustavnog nacrta Kraljevina Srbija je definisana kao nasledna ustavna monarhija sa narodnim predstavništvom i pravoslavnom verom kao državnom (član 1 – 3). Promena državnih granica bila je moguća samo uz pristanak zakonodavnog tela (čl. 4). U administrativno – teritorijalnom pogledu država se delila na okruge, okruzi na srezove, a srezovi na opštine (čl. 5).[11]

---

[8] Isto, str. 182 – 183.

[9] S. Jovanović, nav. delo, str. 351.

[10] D. Janković, *Rađanje parlamentarne demokratije, Političke stranke u Srbiji XIX veka*, Beograd 1997, str. 313 – 314.

[11] *Predlog izrađen 1896. godine*, objavljen u knjizi S. Novakovića *Dvadeset godina ustavne politike u Srbiji 1883 – 1903*, Beograd 1912, str. 249 – 250. U daljem tekstu: *Predlog ustava od 1896. godine*.

Odredbe *Ustava Kraljevine Srbije* od 1901. godine[12] koje se odnose na oblik vladavine, državnu veru i državnu oblast formulisane su na gotovo identičan način kao i u nacrtu od 1896. godine.[13] Jedina razlika sastoji se u tome što *Ustavom* od 1901. nije predviđena podela državne teritorije na manje administrativno – teritorijalne jedinice već je ona prepuštena posebnom zakonodavstvu.

II

Odredbe o građanskim pravima i slobodama nalaze se u drugom poglavlju nacrta koje nosi naziv „Ustavna prava srpskih građana". Već iz samog naslova se vidi da su normirana samo pozitivna prava državljana, a ne i prirodna i neotuđiva prava svakog čoveka i građanina. Na ovakav zaključak upućuje i činjenica da je na samom početku poglavlja definisan institut „srpskog građanstva", kao i način na koji se ono stiče i gubi (čl. 6). Narednim članom propisana je jednakost svih srpskih građana pred zakonom i zabrana dodeljivanja plemićkih titula.

Neprikosnovenost slobode ličnosti zajemčena je u članu 8 i obezbeđena nizom posebnih garancija. Opširnost navedenog člana ukazuje na to koliko je piscu ustavnog nacrta bila značajna pravna sigurnost i poštovanje jednog od osnovnih ličnih prava. Lišavanje slobode je bilo dozvoljeno samo u slučajevima propisanim zakonom i na zakonom predviđeni način. Niko ne može biti pritvoren bez pismenog i obrazloženog rešenja o pritvoru koje se mora uručiti pritvorenom licu najkasnije u roku od 24 časa od momenta pritvaranja. Protiv ovog rešenja dozvoljena je žalba nadležnom prvostepenom sudu u roku od tri dana od dana dostavljanja. Po žalbi mora biti rešeno u toku naredna 24 časa. Rešenje kojim se pritvor produžuje ili ukida je odmah po donošenju izvršno.[14]

Na vrlo sličan način je zajemčena neprikosnovenost slobode ličnosti i u članu 26 *Ustava Kraljevine Srbije* od 1901. godine, s tim što je i protiv rešenja o produženju pritvora dozvoljena žalba Kasacionom sudu. U *Ustavu* međutim nije navedeno koliko pritvor najduže može trajati, niti u kom roku je Kasacioni sud dužan da reši po žalbi na rešenje o produženju pritvora.[15]

---

[12] Ustav Kraljevine Srbije od 1901. godine poznat je u ustavnoj istoriji Srbije i pod nazivom *Aprilski ustav* jer ga je kralj Aleksandar Obrenović oktroisao (podario) 6. aprila 1901. godine.

[13] Videti o tome članove 1 – 4 *Ustava Kraljevine Srbije* od 1901. godine, štampan u Državnoj štampariji Kraljevine Srbije, Beograd 1901, str. 3 – 4. U daljem tekstu: *Ustav od 1901. godine*.

[14] *Predlog ustava od 1896. godine*, str. 250 – 251.

[15] *Ustav od 1901. godine*, str. 10 – 11.

Pravo na suđenje od strane nadležnog suda garantovano je članom 9 nacrta od 1896. U narednim članovima propisane su neke izuzetno značajne garancije ličnih prava i sloboda. Predviđena je primena principa *Nullum crimen sine lege* (nijedan zločin bez zakona) i *nulla poena sine lege* (nijedna kazna bez zakona),[16] odnosno načelo legaliteta krivičnih sankcija i zabrana retroaktivne primene zakona. Ukinuta je smrtna kazna osim u slučaju izvršenja nekolicine najtežih krivičnih dela. Zajemčena je nepovredivost stana. Pretres je bio dozvoljen samo u zakonom propisanim slučajevima i na način određen zakonom. Proklamovana je zabrana konfiskacije imanja i garantovana neprikosnovenost privatne svojine uz zabranu eksproprijacije izuzev u zakonom predviđenim slučajevima i uz zakonom određenu naknadu. Priznata je sloboda savesti i veroispovesti. Vladajuća vera u Srbiji bila je istočno – pravoslavna. Da bi se sačuvao korpus pravoslavnih vernika u državi zabranjen je prozelitizam, tj. svaka aktivnost usmerena na prelaženje pravoslavaca u drugu veru, pre svega katoličku (čl. 10 – 18).[17]

Sloboda štampe je u nacrtu od 1896. detaljno regulisana. Nabrojan je čitav niz mera koje je pisac ustavnog projekta smatrao protivnim slobodi štampe i kao takve ih zabranio. To su njeno zakonsko ograničavanje, cenzura, prethodno odobrenje vlasti i kaucija. Zabrana (tzv. uzapćivanje) lista je dozvoljeno samo ukoliko on sadrži uvredu kralja, članova kraljevskog doma, stranih vladaoca i njihovih domova ili poziv na oružanu pobunu (član 20).[18]

Za razliku od nacrta koji je detaljno normirao slobodu štampe zabranivši niz mera putem kojih bi se ona mogla ograničiti, *Ustav Kraljevine Srbije* od 1901. eksplicitno zabranjuje samo cenzuru štampe. On ne isključuje ni mogućnost njenog ograničavanja zakonskim putem ne precizirajući pri tom u kojim slučajevima je to bilo dozvoljeno (član 34 *Ustava*).[19]

Nakon slobode štampe u nacrtu od 1896. proklamovana je nepovredivost tajne pisama (čl. 21). Garantovane su i slobode zbora i udruživanja koje čine neophodnu pretpostavku za osnivanje političkih stranaka i razvijeno i organizovano javno mnjenje (čl. 22 – 23). Da bi ostvarilo svoja ustavom i zakonom garantovana prava, svako lice je moglo upućivati molbe nadležnim vlastima. Sa ciljem da se pojača pravna sigurnost u dr-

[16] Ovaj princip formulisao je u XVIII veku italijanski naučnik Čezare Bekarija (*Cezare Beccaria*) u delu *O deliktima i kaznama* (*Dei delliti e della pene*). To je jedan od osnovnih principa savremenog krivičnog prava.

[17] *Predlog ustava od 1896. godine*, str. 251 – 253.

[18] Isto, str. 253.

[19] *Ustav od 1901. godine*, str. 13.

žavi predviđena je mogućnost podnošenja tužbe sudu protiv državnih i opštinskih zvaničnika ako bi u vršenju službene dužnosti povredili prava privatnih lica (čl. 24 – 26 nacrta).[20]

Osim slobode štampe, sva ostala građanska prava i slobode zajemčena su na gotovo isti način i u istom obimu u *Ustavu Kraljevine Srbije* od 1901. kao što je to učinjeno i u ustavnom nacrtu od 1896.[21]

III

Na samom početku trećeg poglavlja ustavnog nacrta od 1896. istaknuto je da je kralj neprikosnoveni šef države koji mora ispovedati pravoslavnu veru. On je starešina kraljevskog doma i zaštitnik svih priznatih veroispovesti u Srbiji. Kraljevsko dostojanstvo je nasledno u dinastiji Obrenovića. Njega nasleđuju muški potomci po principu prvorođenja, najpre u pravoj liniji, a zatim ako njih nema u pobočnoj (čl. 30 – 35).[22] Upravo u pogledu naslednosti kraljevskog dostojanstva *Ustav* od 1901. godine sadrži jednu novinu do tada nepoznatu u ustavnoj istoriji Srbije. To je mogućnost da i žensko dete u odsustvu muških naslednika može da nasledi presto (čl. 6 st. 4).[23]

Prema tekstu nacrta od 1896. kraljeva je ličnost neprikosnovena i neodgovorna. Svaki njegov akt donet u vršenju državnih poslova mora, da bi proizvodio pravno dejstvo, biti snabdeven premapotpisom nadležnog ministra (čl. 36). Putem ustanove premapotpisa ministri preuzimaju odgovornost za akte politički neodgovornog šefa države. Kralj potvrđuje i proglašava zakone. Njemu pripada i pravo apsolutnog veta na zakone usvojene u zakonodavnom telu, budući da nijedan zakon ne može stupiti na snagu ako ga kralj ne potvrdi. On je vrhovni zapovednik vojske. Predstavlja zemlju u međunarodnim odnosima. Ima pravo da objavljuje rat, zaključuje mirovne ugovore, ugovore o trgovini i o formiranju saveza sa drugim državama. Međutim, za stupanje na snagu ugovora putem kojih se opterećuju državne finansije ili ograničavaju prava srpskih građana kralju je bila neophodna naknadna saglasnost Narodnog predstavništva. On postavlja sve državne činovnike. Ima pravo kovanja novca, pomilovanja i amnestije u slučaju izvršenja političkih delikata (čl. 37 – 41 nacrta).[24]

Kao i svaki monarh, i srpski kralj prema odredbama nacrta ima pravo sazivanja Narodnog predstavništva u redovne i vanredne sazive i za-

[20] *Predlog ustava od 1896. godine*, str. 254 - 255.
[21] Videti o tome članove 25 – 42 *Ustava od 1901. godine*, str. 10 – 14.
[22] *Predlog ustava od 1896. godine*, str. 256 – 257.
[23] *Ustav od 1901. godine*, str. 4.
[24] *Predlog ustava od 1896. godine*, str. 256 – 258.

ključivanja njihovih sednica. On može raspustiti Narodnu skupštinu. U ukazu o raspuštanju moraju biti predviđeni novi izbori za Narodnu skupštinu u roku od dva meseca, kao i sazivanje novoizabrane Skupštine u roku od tri meseca od dana raspuštanja. (čl. 42 nacrta).[25] Ova odredba je u izvesnoj meri izmenjena članom 15 *Ustava Kraljevine Srbije* od 1901. godine. U njemu je propisano da se nakon raspuštanja predstavničkog tela novi izbori moraju održati u roku od tri meseca, a novoizabrani zakonodavni organ sazvati u roku od četiri meseca od dana raspuštanja. Predviđena je i mogućnost da kralj odloži sednice Narodnog predstavništva, ali bez pristanka Narodnog predstavništva odlaganje ne može trajati duže od dva meseca, niti se može ponoviti u istom skupštinskom sazivu.[26]

Ustav od 1901. znatno detaljnije reguliše sve situacije koje bi mogle nastati u slučaju kraljeve smrti i maloletstva prestolonaslednika nego što to čini nacrt od 1896. godine. Cilj ovih odredaba je da se obezbedi nesmetano vršenje državnih funkcija i ako bi presto bio privremeno upražnjen. Oba ustavna akta predviđaju da kraljevsku vlast do punoletstva prestolonaslednika vrši kraljeva majka, a ukoliko nje nema neko od muških punoletnih članova kraljevskog doma (čl. 47 nacrta[27] i čl. 21 *Ustava*[28]). U njihovom odsustvu nacrt samo propisuje da će kraljevsku vlast Narodno predstavništvo poveriti nekom od zaslužnih srpskih državnika bez bližeg navođenja njihovih kvalifikacija (čl. 48).[29] U ovom pogledu *Ustav* od 1901. je daleko opširniji. Najpre je u njemu navedeno da kralj ima pravo da imenuje tročlano namesništvo maloletnom prestolonasledniku. Ako on to nije učinio, kraljevsku vlast će preuzeti Ministarski savet koji je dužan da najkasnije deset dana nakon kraljeve smrti sazove Narodno predstavništvo. Ono će na zajedničkoj sednici izabrati tročlano namesništvo sastavljeno od predsednika Senata i još dva zaslužna srpska državnika. Njih će na tom položaju zameniti muški članovi kraljevskog doma kada postanu punoletni (čl. 22).[30]

IV

U četvrtoj glavi nacrta od 1896. koja nosi naziv „Državne vlasti“ navedeno je da zakonodavnu vlast vrši kralj zajedno sa Narodnim predstavništvom (čl. 52), izvršnu vlast kralj preko odgovornih ministara (čl. 58) a

[25] Isto, str. 258 – 259.
[26] *Ustav od 1901. godine*, str. 6 – 7.
[27] *Predlog ustava od 1896. godine*, str. 260 – 261.
[28] *Ustav od 1901. godine*, str. 8 – 9.
[29] *Predlog ustava od 1896. godine*, str. 261.
[30] *Ustav od 1901. godine*, str. 9.

sudsku vlast sudovi (čl. 59). Narodno predstavništvo sastoji se iz dva doma: Narodne skupštine i Senata. Kada zasedaju zajedno objedinjeni su u telo koje se naziva Narodni sabor. Pravo zakonodavne inicijative pripada i kralju i Narodnom predstavništvu. Za stupanje na snagu zakona neophodan je pristanak sva tri činioca zakonodavne vlasti (čl. 53 – 55).[31]

Ustav Kraljevine Srbije od 1901. godine ne sadrži ovo poglavlje, već su njegove odredbe raspoređene u drugim glavama ustavnog teksta.

V

Daleko najveći broj članova nacrta (čak 48 članova) posvećen je zakonodavnom telu. Materija je raspoređena u četiri odeljka, pri čemu prvi sadrži opšte odredbe o Narodnom predstavništvu, drugi odredbe o Skupštini, treći o Senatu a četvrti o Saboru.

U okviru prvog odeljka petog poglavlja ustavnog projekta od 1896. detaljno su regulisana ovlašćenja, sazivanje i raspuštanje kao i način rada predstavničkog tela. Sednice Senata i Narodne skupštine počinju i završavaju se u isto vreme. U najvećem broju slučajeva rad domova je javan, ali na zahtev predsednika doma, deset članova ili vlade sednica se može održati u tajnosti. Zabranjeno je istovremeno članstvo u oba doma predstavničkog tela (čl. 61 – 64). Nijedan zakon ne može biti podnet kralju na potvrdu i proglašenje pre nego što bude usvojen i u Senatu i u Narodnoj skupštini (čl. 66). Članovi domova predstavljali su ceo narod a ne samo svoje izborne okruge. Biračima je zabranjeno da narodnim poslanicima daju obavezna uputstva na koji način da obavljaju svoju poslaničku funkciju (čl. 67 i 69).[32] Dakle, momentom izbora veza između birača i izabranih predstavnika prestaje i senatori i poslanici su slobodni u vršenju svojih poslaničkih dužnosti sve do isteka mandata predstavničkog tela.

Visok imovinski cenzus propisan u nacrtu za ostvarivanje aktivnog biračkog prava kako za Narodnu skupštinu tako i za Senat onemogućio je masovnije uključivanje građana u politički život zemlje. Pravo da bira skupštinske poslanike imao je svaki rođeni ili prirođeni srpski građanin koji je navršio 21 godinu i plaća državi najmanje 15 dinara neposrednog poreza bez ikakvih prireza. Mogućnost izbora članova Senata imali su srpski građani sa navršenih 30 godina koji plaćaju najmanje 60 dinara poreza godišnje isključujući prireze (čl. 70).[33] U *Ustavu* od 1901. godine zadržan je isti imovinski cenzus za ostvarivanje aktivnog biračkog prava za Skupštinu, dok je cenzus za biranje senatora snižen sa 60 na 45 dinara ne-

[31] *Predlog ustava od 1896. godine*, str. 262 – 263.
[32] Isto, str. 263 – 265.
[33] Isto, str. 265.

posrednog poreza godišnje (čl. 50 *Ustava*).[34] Na taj način je u izvesnoj meri proširen sastav biračkog tela.

Prema članu 71 nacrta od 1896. vojna lica su lišena i aktivnog i pasivnog biračkog prava za oba doma predstavničkog tela. U narednim članovima vrlo je iscrpno regulisan čitav niz pitanja vezanih za verifikaciju mandata izabranih narodnih predstavnika, izbor skupštinskog rukovodstva, održavanje reda na sednicama zakonodavnog tela (čl. 73 – 77). Kvorum za punovažno odlučivanje u oba doma iznosi više od polovine od ukupnog nacrtom utvrđenog broja članova. Odluke se donose prostom, natpolovičnom većinom glasova prisutnih članova. Ako predlog dobije jednak broj glasova za i protiv smatra se odbačenim (čl. 78).[35] Kada bilo koji od domova zakonodavnog tela odbaci zakonski predlog, on mu se više ne može podnositi u toku istog skupštinskog saziva (čl. 81 nacrta). Senatori i poslanici imaju pravo istrage u izbornim i administrativnim pitanjima, kao i pravo da ministrima upućuju pitanja i interpelacije na koje su oni dužni da odgovore u toku istog saziva predstavničkog tela (čl. 83 i 84).

Izabranim predstavnicima u zakonodavnom telu garantovana je puna sloboda u obavljanju njihovih parlamentarnih funkcija. U članovima 86 i 87 nacrta propisano je da niko ne može pozvati na odgovornost člana ma kog doma za iskazano mišljenje ili za dat glas u predstavničkom telu. U toku zasedanja Narodnog predstavništva protiv njega se ne može voditi krivični postupak, niti on može biti lišen slobode bez odluke doma čiji je član. Zabrana hapšenja ne važi u slučaju zaticanja senatora i poslanika pri izvršenju krivičnog dela (tzv. flagrantni delikt), ali i u tom slučaju dom čiji je on član odlučuje da li će se istraga nastaviti ili prekinuti.

Članom 90 nacrta vrlo je iscrpno uređena procedura usvajanja zakonskog predloga u Narodnom predstavništvu. Predlog koji usvoji jedan dom šalje se na dalji rad drugom domu. Ukoliko ga i drugi dom usvoji u celini i bez izmena, smatra se da je zakonodavno telo usvojilo predlog. Ako, pak, jedan dom izvrši neke izmene u predlogu koji je drugi dom usvojio i njemu poslao, predlog se sa tim izmenama vraća onom domu koji ga je prvi pretresao. U slučaju da on ostane pri svom prvobitnom rešenju, predlog se vraća na drugo i poslednje rešavanje domu koji ga je drugi po redu pretresao. Ne bude li ni tada usvojen, smatra se odbačenim i u istom se sazivu ne može više podnositi nijednom domu. Predlog, koji je odbačen u načelu u jednom od domova u toku istog saziva ne može ni drugom biti podnet na usvajanje.

[34] *Ustav od 1901. godine*, str. 16 – 17.
[35] *Predlog ustava od 1896. godine*, str. 265 – 268.

Jedino odstupanje od ravnopravnosti domova učinjeno je u budžetskoj materiji. Predlog zakona o budžetu morao je prvo biti usvojen u Narodnoj skupštini, da bi tek nakon toga bio podnet Senatu na usvajanje. Ukoliko bi Senat predložio neke izmene u predlogu budžeta, on je vraćan Narodnoj skupštini, s tim da je njena odluka prilikom drugog pretresa bila konačna.[36] Ovo pravilo da opštepredstavničkom domu pripadaju veća prava prilikom donošenja finansijskih zakona posledica je primene načela *no taxation without representation*. To načelo nastalo je u Engleskoj kao rezultat činjenice da se u **Donjem domu** – **opštepredstavničkom domu** (*House of Commons*)[37], nalazi većina poreskih obveznika. Shodno tome, njemu pripada prednost u odlučivanju o porezima i drugim dažbinama u odnosu na **Gornji dom** – **Dom Lordova** (*House of Lords*).[38]

Uz neznatne stilske izmene i skraćenja ustavnog teksta, zakonodavna procedura, ovlašćenja narodnih predstavnika i rad predstavničkog tela regulisani su na vrlo sličan način i u četvrtoj glavi *Ustava Kraljevine Srbije* od 1901. godine.[39]

Odredbe o Narodnoj skupštini nalaze se u drugom odeljku petog poglavlja ustavnog nacrta od 1896. godine. U nekoliko članova na početku odeljka propisan je način biranja poslanika. U srezovima su oni birani posredno a u varošima neposredno. Jedan poslanik se bira na 4500 poreskih glava u srezu, i na 5000 poreskih glava u varoši. Grad Beograd bira četiri poslanika, Kragujevac i Niš po dva, a sela Dobrinje i Takovo po jednog (čl. 91 – 96).[40]

Prema odredbi člana 65 *Ustava Kraljevine Srbije* od 1901. godine, Narodnu skupštinu čini 130 narodnih poslanika, pri čemu Beograd bira dva poslanika, a okružne varoši, kao i takovska i dobrinjska opština po jednog. Preostali broj poslanika biraju okruzi po okružnim listama srazmerno broju stanovnika. Predviđena je i ustanova kvalifikovanih poslanika – na svakoj okružnoj listi mora biti jedan kandidat koji je završio fakultet. Poslanici su birani neposredno od strane birača. Kao osnovno jemstvo slobodnih izbora u članu 66 je predviđeno tajno

---

[36] Isto, str. 268 – 271.

[37] *House of Commons* je engleski naziv za donji ili opštepredstavnički dom koji potiče od zastarele reči ***commons***, koja označava svakog slobodnog čoveka koji ne pripada plemićkom staležu. Pošto u srpskom jeziku ne postoji adekvatan prevod termina *House of Commons*, mi ćemo u radu koristiti opšteusvojeni prevod **Donji dom** iako smo svesni njegovih nedostataka.

[38] S. Jovanović, *Primeri političke sociologije – Engleska, Francuska i Nemačka 1815 – 1914*, *Sabrana dela Slobodana Jovanovića*, knjiga XVII, Beograd 1940, str. 159.

[39] Videti o tome članove 43 – 64 *Ustava od 1901. godine*, str. 15 – 21.

[40] *Predlog ustava od 1896. godine*, str. 271 – 272.

glasanje.[41] Nacrt od 1896. ne sadrži odredbe o načinu glasanja i ovo pitanje prepušta izbornom zakonodavstvu.

U oba ustavna dokumenta propisani su isti uslovi za ostvarivanje pasivnog biračkog prava za Narodnu skupštinu. Pravo da budu birani za poslanike imali su pismeni srpski građani sa navršenih trideset godina, stalno nastanjeni u Srbiji, koji uživaju sva građanska i politička prava i plaćaju državi najmanje 60 dinara neposrednog poreza godišnje. Koliki ko plaća porez dokazivalo se poreskom knjižicom za poslednje tri godine. Fakultetski obrazovana lica mogla su biti birana bez obzira na iznos poreza koji plaćaju (čl. 97 nacrta [42] i čl. 67 *Ustava* [43]). Prema članu 98 nacrta [44] i članu 68 *Ustava* od 1901. godine [45] poslanici ne mogu biti lica lišena biračkog prava ili osuđivana za krivična dela koja povlače za sobom gubitak građanske časti, aktivni činovnici i sveštenici. Prema odredbama oba ustavna akta poslanički mandat traje četiri godine (čl. 99 nacrta [46] i čl. 69 *Ustava* [47]).

Treći odeljak pete glave nacrta od 1896. sadrži odredbe o Senatu. Prema odredbi člana 100 nacrta Senat se sastoji iz tri grupe članova: članova po položaju, izabranih i imenovanih članova koje postavlja kralj doživotno. Članovi Senata po položaju su prestolonaslednik kada postane punoletan, beogradski arhiepiskop i srpski mitropolit. Dvadeset članova imenuje kralj doživotno, a ostatak senatora se bira po sledećem principu: po dva člana biraju grad Beograd i svaki okrug, dva člana iz svoje sredine biraju Velika škola i Državni savet, Kasacioni i Apelacioni sud biraju zajednički jednog člana iz svoje sredine, a Arhijerejski sabor i Narodna banka imaju pravo izbora po jednog člana.[48] Sličan sastav Senata predviđen je i u članu 70 *Ustava* od 1901. pri čemu je broj senatora koje imenuje kralj doživotno na tu funkciju povećan na trideset.[49] Mandat izabranih članova Senata je prema odredbama oba ustavna dokumenta trajao šest godina (čl. 101 nacrta [50] i čl. 71 *Ustava* [51]).

Za senatora je prema članu 102 nacrta od 1896. mogao biti postavljen ili izabran srpski građanin koji uživa sva građanska i politička pra-

[41] *Ustav od 1901. godine*, str. 21.
[42] *Predlog ustava od 1896. godine*, str. 272 – 273.
[43] *Ustav od 1901. godine*, str. 21 – 22.
[44] *Predlog ustava od 1896. godine*, str. 273.
[45] *Ustav od 1901. godine*, str. 22.
[46] *Predlog ustava od 1896. godine*, str. 274.
[47] *Ustav od 1901. godine*, str. 22 – 23.
[48] *Predlog ustava od 1896. godine*, str. 274.
[49] *Ustav od 1901. godine*, str. 23.
[50] *Predlog ustava od 1896. godine*, str. 275.
[51] *Ustav od 1901. godine*, str. 23.

va, stalno je nastanjen u Srbiji, navršio je četrdeset godina života i plaća državi najmanje 100 dinara neposrednog poreza godišnje. Ovaj poslednji uslov za sticanje pasivnog biračkog prava nisu morali ispunjavati bivši predsednici i potpredsednici Narodne skupštine, penzionisani generali ili oni koji su podneli ostavku, savetnici, poslanici, diplomatski agenti, predsednici i članovi Kasacionog i Apelacionog suda. Senatori nisu mogli postati oficiri ni aktivni činovnici (čl. 103).[52] *Ustav Kraljevine Srbije* od 1901. navodi iste uslove za izbor ili postavljenje na senatorski položaj izuzev imovinskog cenzusa koji je bio znatno viši i iznosio je 200 dinara neposrednog poreza godišnje (čl. 72).[53]

Unošenje odredaba o Senatu u ustavni nacrt Stojana Novakovića, jednog od osnivača Napredne stranke, u potpunosti je očekivano. Naime, dvodomno narodno predstavništvo je bilo okosnica političke ideologije ove stranke i glavna tačka njenih političkih programa. Osnivači Napredne stranke, školovani pretežno na univerzitetima Zapadne Evrope, težili su da Srbiju podignu na viši politički i kulturni nivo. Skeptični prema narodu, a posebno seljacima koji su mahom bili članovi Radikalne stranke, oni su isticali da je evropeizacija Srbije nemoguća sa jednom seljačkom skupštinom koja ne prepoznaje kulturne potrebe svog naroda. Zbog toga treba, po njihovom mišljenju, ustanoviti Senat koji bi Skupštinu umeravao i ograničavao. Istovremeno, uvođenje Senata bio bi i način putem koga bi se mogao proširiti stranački uticaj jer bi u njega ušao znatan broj činovnika koji su uglavnom bili članovi Napredne stranke.[54]

Prema tekstu ustavnog nacrta, Senat i Narodna skupština zasedaju zajedno objedinjeni u telo koje se naziva Sabor. Četvrti odeljak pete glave projekta od 1896. sadrži nekoliko odredaba o njegovom sazivanju i raspuštanju, načinu rada i kvorumu za punovažno odlučivanje (čl. 105 – 107).[55] Međutim, u nacrtu nije navedeno u kojim slučajevima je predviđeno zajedničko zasedanje oba doma zakonodavnog tela. Pošto *Ustav Kraljevine Srbije* od 1901. godine ne poznaje ustanovu Sabora, ni odredbe ovog odeljka nacrta od 1896. nisu unete u ustavni tekst.

VI

Kako bi se ostvarila kontrola zakonodavne od strane izvršne vlasti, u članu 111 ustavnog nacrta od 1896. godine predviđena je mogućnost da ministri prisustvuju sednicama Narodnog predstavništva. Naravno, pravo

[52] *Predlog ustava od 1896. godine*, str. 275 – 276.
[53] *Ustav od 1901. godine*, str. 23 – 24.
[54] D. Janković, nav. delo, str. 315 – 317.
[55] *Predlog ustava od 1896. godine*, str. 276 – 277.

glasa imaju jedino ako su članovi doma zakonodavnog tela, ali u svakom slučaju, bez obzira na članstvo, moraju biti saslušani u predstavničkom telu kad god to zatraže. Kasacioni sud u opštoj sednici ovlašćen je da sudi ministrima (čl. 115 st. 3) po optužbi Narodnog predstavništva za dela taksativno navedena u članu 113 nacrta. To su: 1) izdaja zemlje i vladaoca; 2) povreda ustava i ustavnih prava srpskih građana; 3) primanje mita; 4) oštećenje države iz koristoljublja i 5) povreda zakona u slučajevima naročito određenim u zakonu o ministarskoj odgovornosti. Krivice zastarevaju u roku od četiri godine nakon izvršenja dela.

Da bi ministar bio izveden pred sud neophodno je da se sa predlogom da se ministar optuži saglasi najmanje dvadeset narodnih poslanika ili dvanaest članova Senata. Neophodno je i da za optužbu glasa dve trećine od ukupnog broja članova doma iz kojeg je ona potekla. Ukoliko je jednom odbačena ne može se više ponoviti za isto delo (čl. 114 i 115).[56] Kako kralj postavlja i razrešava ministre (čl. 40 st. 1 nacrta),[57] prema odredbi člana 112 nacrta ministri su za svoja dela pored Narodnog predstavništva odgovorni i kralju. Međutim, pismena ili usmena naredba kralja ne može ni u kom slučaju zakloniti ministra od odgovornosti. On ne može ni oprostiti ni umanjiti kaznu osuđenom ministru, osim u slučaju da to zatraži dom na osnovu čije je optužbe ministar osuđen (čl. 117 nacrta).[58]

Odredbama nacrta je uvedena samo krivična odgovornost ministara za povrede ustava i zakona, a ne i politička odgovornost pred Narodnim predstavništvom za njihova politička dela koja predstavlja najznačajnije obeležje parlamentarne vladavine. Budući da je priroda ministarske odgovornosti u *Ustavu Kraljevine Srbije* od 1901. godine formulisana na vrlo sličan način,[59] ni u ovom ustavnom dokumentu nije uveden parlamentarizam. Jedina značajnija razlika u odnosu na ustavni nacrt u ovoj oblasti sastoji se u tome što ministrima prema *Ustavu* od 1901. sudi Senat a ne Kasacioni sud (čl. 81 st. 4).[60]

VII

Prema odredbama sedmog poglavlja ustavnog projekta od 1896. godine Državni savet nema zakonodavnu vlast. On pre svega vrši funkciju vrhovnog administrativnog suda. Odlučuje po žalbama protiv ministar-

[56] Isto, str. 277 – 279.
[57] Isto, str. 258.
[58] Isto, str. 278 - 279.
[59] Videti o tome članove 76 – 82 *Ustava od 1901. godine*, str. 25 – 26.
[60] *Ustav od 1901. godine*, str. 26.

skih rešenja u spornim administrativnim pitanjima i rešava sukobe između administrativnih vlasti. U svojstvu disciplinskog suda sudi državnim činovnicima, a poseduje i određene nadležnosti u oblasti finansija i raspolaganja državnom imovinom (čl. 122 nacrta). Sastoji se od petnaest članova koje imenuje kralj. Za člana Saveta može biti postavljen srpski građanin sa navršenih četrdeset godina koji je završio fakultet u zemlji ili inostranstvu i nalazi se u državnoj službi bar dvadeset godina (čl. 118 i 120 nacrta).[61]

Ustav Kraljevine Srbije od 1901. godine predviđa iste nadležnosti državnih savetnika kao i nacrt, dok propisivanje uslova za postavljenje na tu funkciju prepušta posebnom zakonodavstvu.[62]

VIII

Odredbe o sudskoj vlasti nalaze se u osmoj glavi nacrta. U okviru ovog poglavlja garantovana su i neka građanska prava. Na prvom mestu to je pravo na suđenje od strane nezavisnog suda (čl. 124 st. 1) i pravo na branioca u krivičnim predmetima (čl. 129). Zabranjeno je uvođenje vanrednih i prekih sudova (čl. 125 st. 2) i ustanovljeno je porotno suđenje (čl. 126). Da bi se sprečile zloupotrebe i omogućio uvid javnosti u rad sudova, predviđena je javnost sudskih pretresa. Izuzetak od ovog pravila učinjen je samo u zakonom propisanim slučajevima kada je tajno suđenje neophodno radi zaštite javnog reda i morala. Ali, bez obzira na eventualnu tajnost pretresa, presuda se uvek izriče javno. Ona mora sadržati obrazloženje u kome su navedene zakonske odredbe na osnovu kojih je doneta (čl. 128). Zajemčena je stalnost i nepokretnost sudija kao pretpostavka njihove nezavisnosti (čl. 132 i 133 nacrta).[63]

Ovo poglavlje nacrta je vrlo opširno i sadrži niz odredaba koje se odnose na sudsku organizaciju, sastav sudova i uslove za izbor na sudsku funkciju (čl. 127, 130 i 131).[64] Ta pitanja su obično regulisana putem zakona i sudskih poslovnika. Nasuprot nacrtu, *Ustav* od 1901. godine sadrži samo jednu sumarnu odredbu o sudskoj vlasti. U njoj je zajemčena nezavisnost sudske vlasti i nepokretnost sudija, a sva ostala pitanja vezana za sudsku materiju prepuštena su zakonskom regulisanju (čl. 87 *Ustava*).[65]

---

[61] *Predlog ustava od 1896. godine*, str. 279 – 282.
[62] Videti o tome članove 83 – 86 *Ustava od 1901. godine*, str. 27 – 29.
[63] *Predlog ustava od 1896. godine*, str. 283 – 286.
[64] Isto, str. 283 – 285.
[65] *Ustav od 1901. godine*, str. 29 – 30.

IX

U devetoj glavi nacrta detaljnije je uređena podela države na manje administrativno – teritorijalne jedinice: okruge, srezove i opštine. Predviđeno je da će se za vršenje ekonomskih, privrednih i finansijskih poslova sazivati okružni, sreski i opštinski zborovi čiji će sastav i način rada biti određen zakonom. Pravo učešća u radu ovih lokalnih organa vlasti imali su svi punoletni srpski građani stalno nastanjeni u opštini, srezu ili okrugu koji plaćaju najmanje 15 dinara poreza godišnje. Opštinama je priznata samouprava. (čl. 135 – 141).[66] Kao i prethodno poglavlje, i ova glava nacrta svedena je u *Ustavu* od 1901. na samo jedan član. U njemu je garantovana opštinska samouprava ali bez bližeg preciziranja njenih poslova (čl. 97 *Ustava*).[67]

X

Poglavlje o državnim finansijama počinje odredbama o osnovnoj građanskoj dužnosti – plaćanju poreza. Niko ne može biti oslobođen od ove obaveze izuzev u zakonom propisanim slučajevima. Porez ne plaćaju kralj i prestolonaslednik (čl. 142 i 143 nacrta). U članu 145 predviđeno je da Narodno predstavništvo donosi budžet. Međutim, ukoliko je Narodna skupština raspuštena pre njegovog usvajanja, ili ga ne usvoji do isteka računske godine, kralj može produžiti vršenje prošlogodišnjeg budžeta i za narednih godinu dana (čl. 145 i 146 nacrta).[68]

Na ovaj način je budžetsko pravo predstavničkog tela u znatnoj meri ograničeno. Naime, u zemljama u kojima postoji parlamentarni sistem neodobravanje budžeta je sredstvo pomoću koga parlament može izazvati pad vlade, ostavljajući je bez finansijskih sredstava za rad. Prema odredbama nacrta od 1896. godine Narodno predstavništvo nije imalo tu mogućnost. U *Ustavu* od 1901. budžetsko pravo zakonodavnog tela je uređeno na isti način kao i u nacrtu od 1896. godine.[69]

XI

Nadzor nad izvršenjem budžeta poveren je Glavnoj kontroli koja i inače ima značajna ovlašćenja u oblasti finansija (čl. 151 i 153 nacrta). Nacrt detaljno reguliše i uslove za imenovanje na funkciju člana Glavne kontrole, njihov položaj i dužnosti (čl. 152).[70] I prema odredbama *Ustava*

[66] *Predlog ustava od 1896. godine*, str. 286 – 287.
[67] *Ustav od 1901. godine*, str. 32 – 33.
[68] *Predlog ustava od 1896. godine*, str. 287 – 289.
[69] Videti o tome članove 90 – 93 *Ustava od 1901. godine*, str. 30 – 31.
[70] *Predlog ustava od 1896. godine*, str. 290 – 292.

od 1901. članovi Glavne kontrole imaju iste nadležnosti, ali su uslovi za njihovo postavljenje, ovlašćenja i obaveze uređeni zakonom (član 96 *Ustava*).[71]

XII

Svi srpski građani imaju jednako pravo na vršenje državnih službi nakon što ispune uslove propisane zakonom. Na činovničku funkciju ne može biti postavljeno lice osuđivano za delo koje za sobom povlači gubitak građanske časti. Da bi se činovnicima obezbedila nezavisnost u radu, zajemčena je njihova nepokretnost i stalnost položaja (čl. 154 – 157 nacrta). Prilikom stupanja na dužnost oni polažu zakletvu na vernost kralju i zaklinju se da će u vršenju službe postupati isključivo po ustavu i zakonima. Visina njihovih plata i penzija kao i uslovi za napredovanje u službi bili su predviđeni posebnim zakonom (čl. 158 - 162).[72] *Ustav Kraljevine Srbije* od 1901. godine ne sadrži poglavlje o državnoj službi već je materija o činovnicima regulisana zakonskim putem.

XIII

U trinaestoj glavi nacrta propisano je da unutrašnja uprava istočno – pravoslavne vere pripada Arhijerejskom saboru, dok unutrašnja uprava drugih veroispovesti pripada njihovim duhovnim vlastima. Za vršenje crkvenih poslova ustanovljeno je posebno ministarstvo. Pod kontrolom ministra za crkvene poslove nalazi se prepiska duhovnih vlasti sa vlastima ili crkvenim saborima izvan zemlje. Njemu se podnose i žalbe protiv zloupotreba crkvenih vlasti bez obzira na veroispovest. Sveštenicima sude crkvene vlasti za krivice učinjene u vršenju sveštеničkih dužnosti, izuzimajući one koje su kažnjive po krivičnom zakoniku. Zajemčena je neprikosnovenost imovine dobrotvornih i prosvetnih privatnih zavoda (čl. 163 – 166 nacrta).[73] Ove odredbe o crkvenim vlastima, sveštenstvu, dobrotvornim i prosvetnim zavodima preuzete su u *Ustavu Kraljevine Srbije* od 1901. u celini i bez značajnijih izmena (čl. 98 i 99).[74]

XIV

Četrnaesto poglavlje nacrta od 1896. godine sadrži samo nekoliko sumarnih odredaba o vršenju vojne službe i organizaciji vojske. Vojnici-

[71] *Ustav od 1901. godine*, str. 32.
[72] *Predlog ustava od 1896. godine*, str. 292 – 293.
[73] Isto, str. 294 – 295.
[74] *Ustav od 1901. godine*, str. 33 – 34.

ma u slučaju izvršenja krivičnih dela sude posebni vojni sudovi. Broj vojnika upisanih u stalni kadar, njihova prava i dužnosti, slučajevi unapređivanja u vojsci i oslobađanja od vojne obaveze predviđeni su posebnim zakonom (čl. 167 – 171).[75] Norme o regulisanju ove značajne građanske dužnosti formulisane su na gotovo identičan način i u *Ustavu* od 1901. godine (čl. 100 – 102).[76]

XV

U pogledu revizije nacrta ukoliko bi bio prihvaćen kao ustav Kraljevine Srbije navedeno je da su i kralj i Narodno predstavništvo ovlašćeni da predlože izmene i dopune ovog ustavnog dokumenta. Ako ih predloži kralj i usvoje ih oba doma predstavničkog tela, predlog izmena se dostavlja Saboru na konačno rešavanje. Izmene stupaju na snagu nakon što ih kralj potvrdi. Ukoliko, pak, takav predlog podnese jedan od domova zakonodavnog tela pa ga i drugi dom usvoji, a potom i kralj odobri, dostavlja se Saboru i postupa se kao u navedenom slučaju. Da bi se predlog podneo, potrebno je da sednici doma Narodnog predstavništva prisustvuje najmanje dve trećine od ukupnog broja članova (čl. 172).[77]

Ustavom Kraljevine Srbije od 1901. znatno su pooštreni uslovi za pristupanje ustavnoj reviziji u odnosu na nacrt. Da bi se o predloženim izmenama odlučivalo, potrebno je da za njih glasa dve trećine od ukupnog broja članova u oba doma predstavničkog tela. U pojedinim slučajevima za pristupanje ustavnoj promeni potrebno je da se za nju izjasni čak kvalifikovana većina od tri četvrtine od ukupnog broja skupštinskih poslanika (čl. 103).[78]

XVI

Da je ustavni nacrt Stojana Novakovića od 1896. godine prihvaćen kao ustav Kraljevine Srbije, danom njegovog stupanja na snagu prestali bi da važe svi zakoni koji su sa njim u suprotnosti. Za njegovo stupanje na snagu bilo je neophodno da ga kralj potpiše i obnaroduje (čl. 175).[79] Ista ustavna rešenja predviđena su i u članovima 104 i 107 *Ustava Kraljevine Srbije* od 1901. godine.[80]

---

[75] *Predlog ustava od 1896. godine*, str. 295 – 296.
[76] *Ustav od 1901. godine*, str. 34.
[77] *Predlog ustava od 1901. godine*, str. 297.
[78] *Ustav od 1901. godine*, str. 34 – 35.
[79] *Predlog ustava od 1896. godine*, str. 298.
[80] *Ustav od 1901. godine*, str. 35 – 36.

* *
*

Putem poređenja odredaba ustavnog nacrta od 1896. godine i *Ustava Kraljevine Srbije* od 1901. godine nameće se zaključak da oba ustavna akta u brojnim oblastima predviđaju gotovo identična rešenja. U njima nije uveden parlamentarizam, a samim tim ni politička odgovornost ministara, pravo Narodnog predstavništva da donosi budžet je suženo, a biračko pravo ograničeno visokim imovinskim cenzusom. Oba ustavna dokumenta predviđaju dvodomno predstavničko telo sa sličnim ovlašćenjima i dužnostima poslanika i senatora. Jedina značajnija razlika ogleda se u tome što nacrt od 1896. godine sadrži daleko brojnije odredbe o sudskoj vlasti i propisuje garancije putem kojih je obezbeđeno poštovanje slobode štampe u praksi. Zbog svega navedenog možemo zaključiti da je nacrt od 1896. godine poslužio u velikoj meri kao osnov za donošenje *Ustava* od 1901. godine.

Maša Kulauzov, LL.M. Assistant
Novi sad School of Law

Constitution Draft of Stojan Novaković of 1896

Abstract

The provisions of the Constitution draft of Stojan Novaković of 1896 were presented in this paper. Although they served to a great extent as a model for the *Constitution of the Kingdom of Serbia* of 1901 (so called „April Constitution"), they were the subject of only a few scolar papers. That is the reason why the author of this paper presents their legal – history analysis. The provisions that were adopted, with some inconsiderable changes, in the *Constitution* of 1901 were also examined in this paper. Especially the provisions on bicameral structure of National assembly, as the institution of Senate did not exist in previous 19th century Serbian Constitutions.

Originalni naučni rad 347.426(37)

Mr Samir Aličić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

AKVILIJANSKA ODGOVORNOST ZA ŠTETU PROUZROKOVANU UNIŠTAVANJEM DOKUMENATA U KLASIČNOM RIMSKOM PRAVU[1]

Sažetak: *U ovom radu istražuje se da li je, pod kojim uslovima, i u kojim slučajevima moguća primena akvilijanske tužbe za uništenje ili oštećenje dokumenata u klasičnom rimskom pravu. Takođe, razmatra se pitanje pravnog osnova za njenu primenu, kao i pitanje aktivne legitimacije za podizanje tužbe, i sa tim povezano pitanje da li se akvilijanska tužba u ovom slučaju primenjuje kao actio utilis, in factum ili kao actio directa. Autor se bavi i stavom klasičnih pravnika o problemu posredne odnosno neposredne uzročnosti pri nanošenju štete, i problemom konkurencije tužbe iz Akvilijevog zakona sa drugim tužbama u slučaju uništavanja dokumenata.*

Ključne reči: *šteta, obligacije, pisana isprava, Akvilijev zakon, rimsko pravo.*

1. Uvod.

U poglavlju Digesta *Ad legem Aquiliam* (D.9.2) nalazimo nekoliko fragmenata klasičnih pravnika (Paula, Ulpijana i Julijana) u kojima se razmatra odgovornost po akvilijanskoj tužbi zbog uništavanja pisanih isprava (D.9.2.40-42).

Za razumevanje ove problematike ključni tekst je uvodni deo jednog Ulpijanovog fragmenta u kome se raspravlja o tome, da li će lice koje

[1] Rad je posvećen projektu *Pravo Srbije u evropskoj perspektivi* br. 149042 koji finansira Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije.

uništi (izbriše) tuđi testament ili hirografu (pisanu ispravu o dugu) odgovarati po Akvilijevom zakonu:

D.9.2.41pr. ULPIANUS libro quadragensimo primo ad Sabinum *Si quis testamentum deleverit, an damni iniuriae actio competat, videamus. et Marcellus libro quinto digestorum dubitans negat competere: quemadmodum enim, inquit, aestimatio inibitur? ego apud eum notavi in testatore quidem hoc esse verum, quia quod interest eius aestimari non potest, verum tamen in herede vel legatariis diversum, quibus testamenta paene chirographa sunt. ibidem Marcellus scribit chirographo deleto competere legis Aquiliae actionem. sed et si quis tabulas testamenti apud se depositas deleverit vel pluribus praesentibus legerit, utilius est in factum et iniuriarum agi, si iniuriae faciendae causa secreta iudiciorum publicavit.*[2]

U ovom paragrafu Ulpijan citira Marcela, koji raspravlja o dve situacije:

U prvoj, kada neko izbriše slova (tuđeg) testamenta, Marcel negira da postoji *actio legis Aquiliae,* iz razloga što se u takvom slučaju ne može izvršiti procena štete koja je naneta. Ni sam Marcel nije sasvim siguran u ispravnost svog stanovišta, a Ulpijan se slaže sa njim samo delimično. Po Ulpijanu, imovinski interes testatora se zaista ne može proceniti, ali se može proceniti interes naslednika ili legatara, za koje je testament skoro isto kao i pisane isprave o obligacionom potraživanju (*chirographa*). Prema tome, njima može biti data tužba iz Akvilijevog zakona.[3] Izgleda da ni sam Ulpijan nije siguran u ispravnost svog stava, jer na kraju paragrafa

[2] D.9.2.41pr. ULPIJAN, iz četrdeset prve knjige o Sabinu: *Da vidimo, da li postoji tužba zbog protivpravne štete ukoliko je neko izbrisao testament? I Marcel u petoj knjizi Digesta negira da postoji, iako nije sasvim siguran; kako će se dakle, kaže, izvršiti procena? Ja sam uvezi njega primetio da je to, vezano za testatora, zaista tačno, jer se njegov (imovinski) interes ne može proceniti, istina je međutim da je drugačije u pogledu naslednika ili legatara, za koje su testamenti skoro kao pisane isprave o obligacionom potraživanju (chirographa). Na istom mestu Marcel piše da za izbrisanu hirografu pripada tužba iz Akvilijevog zakona. Ali, i ako je neko izbrisao tablice testamenta koje su deponovane kod njega, ili ih je pročitao pred nekolicinom prisutnih, korisnije je tužiti in factum ili zbog injurije, ako je tajne odredbe objavio radi toga da bi učinio injuriju.*

[3] U romanistici postoji i drugačije tumačenje ovog fragmenta od onog koje smo predložili, prema kome ovde nije u pitanju Ulpijanova primedba na Marcelov tekst, već Marcelova primedba na predhodnu rečenicu koju je, opet, on citirao od nekog drugog pravnika, verovatno Julijana. (J. A. C. Thomas: „*Furtum" of documents*; Revue interantionale des droits de L'antiquitè, 3. sèrie, tome XV, Bruxelles 1968., str.439.) Ovde smo se opredelili za većinski prihvaćeno tumačenje, po kome Ulpijan komentariše Marcelov tekst.

kaže da je ipak *korisnije* (*utilius*) tužiti zbog injurije ili *in factum,* ako je neko namerno izbrisao ili pročitao tablice testamenta.

Drugu situaciju o kojoj Marcel raspravlja Ulpijan navodi kao argument u prilog svoje gore iznete teze o mogućnosti da se u slučaju uništenja tablica testamenta može primeniti akvilijanska tužba, jer su za njih tablice testamenta isto što i *chirographa*. Marcel *na istom mestu (ibidem)* kaže da se u slučaju da neko izbriše hirografu, daje tužba iz Akvilijevog zakona.

Navedeni tekst otvara niz problema. U ovom radu razmatraćemo primenu tužbe iz Akvilijevog zakona (*actio legis Aquiliae, actio damni iniuriae*) na štetu nanetu uništenjem ili oštećenjem pisanih isprava u rimskom pravu klasičnog perioda, sa ciljem da odgovorimo na sledeća pitanja:

-Da li, pod kojim uslovima, i u kojim slučajevima je moguća primena akvilijanske tužbe za uništenje ili oštećenje dokumenata u klasičnom pravu?

-Koji je pravni osnov za njenu primenu, odnosno da li proističe iz samog Akvilijevog zakona, ili je uvedena kasnijim tumačenjima pravnika?

-Ko je aktivno legitimisan za podizanje tužbe, i da li se akvilijanska tužba u ovom slučaju primenjuje kao *actio utilis* ili kao *actio directa*?

-Kakav je stav klasičnih pravnika po pitanju kazualiteta i po pitanju konkurencije tužbe iz Akvilijevog zakona i tužbe *in factum*?

-Da li je u slučaju nanošenja štete uništavanjem dokumenata moguće podizanje i drugih tužbi, kontraktnih i deliktnih, i kako se rešava pitanje konkurencije tužbi?

2. Slučajevi u kojima se daje akvilijanska tužba zbog uništavanja dokumenata.

Osnovno pitanje koje se može postaviti u vezi sa akvilijanskom odgovornošću za uništavanje dokumenata je: kako je uopšte moguće da tužilac dokaže da je usled uništenja pisane isprave pretrpeo štetu? Naime, ukoliko oštećeni ne može da ostvari neko svoje pravo zbog toga što je uništen dokument kojim bi to dokazao, onda ne može dokazati ni nastanak štete zbog uništenja dokumenta. Ukoliko bi, međutim, i bez uništenog dokumenta mogao dokazati postojanje svog prava, onda nema potrebe da podiže tužbu zbog protivpravne štete, jer u tom slučaju nije pretrpeo nikakvu štetu osim, eventualno, uništenja same tablice ili papirusa. Videli smo da i Marcel i Ulpijan sumnjaju da je moguće Akvilijanskom tužbom zahtevati korist koja se mogla dobiti po osnovu uništenog testamenta. O ovom problemu još jasnije govori Paul u jednom tekstu koji na-

lazimo u poglavlju Digesta o *furtum*-u (D.47.2 - *De furtis*), u okviru razmatranja o krađi dokumenata:

D.47.2.32.1 PAULUS libro nono ad Sabinum *De lege Aquilia maior quaestio est, quemadmodum possit probari, quanti eius intersit: nam si potest alias probare, non patitur damnum.* [4]

U poglavlju Digesta o Akvilijevom zakonu (D.9.2 - *Ad legem Aquiliam*) nalazimo jedan drugi Paulov fragment, koji je najverovatnije povezan sa prethodnim.[5] U ovom pravnik daje rešenje dileme iz gore navedenog teksta:

D.9.2.40 PAULUS libro tertio ad edictum *In lege Aquilia, si deletum chirographum mihi esse dicam, in quo sub condicione mihi pecunia debita fuerit, et interim testibus quoque id probare possim, qui testes possunt non esse eo tempore, quo condicio extitit, et si summatim re exposita ad suspicionem iudicem adducam, debeam vincere: sed tunc condemnationis exactio competit, cum debiti condicio extiterit: quod si defecerit, condemnatio nullas vires habebit.*[6]

Dakle, moguća je situacija u kojoj bi lice kome je tekst pisane isprave sa dokaznom snagom izbrisan bilo u stanju da dokaže svoje pravo drugim sredstvima, tek posle, kada bi bilo kasno da ostvari svoje pravo. Paul navodi kao primer slučaj prestanka uslova za izvršenje prestacije. Moguće je, recimo, da je poverilac imao interes da dobije robu samo dok se njegov brod nalazio u luci. Međutim, nije isključeno da je postojala mogućnost da neko i iz drugih razloga izgubi mogućnost da naplati potraživanje zato što mu je uništena pisana isprava. Na primer, možemo zamisliti situaciju u kojoj neko pokrene spor za naplatu potraživanja iz obligacije, pa isti izgubi u nemogućnosti da dokaže svoje pravo, i više ne može da ga pokrene zbog pravila *ne bis in idem*. Takođe, moguća je situacija da tužilac nije pokretao spor dugo vremena, čekajući da se svedoci vrate sa puta, pa je rok za tužbu istekao.

---

[4] D.47.2.32.1 Paul, iz devete knjige o Sabinu *U pogledu Akvilijevog zakona veliko je pitanje, kako se može dokazati, koliki je njegov (tužiočev) interes; jer ako to može dokazati drugačije, nije ni pretrpeo štetu.*

[5] Thomas, *ibid.*

[6] D.9.2.40 PAUL, iz treće knjige o ediktu: *Po Akvilijevom zakonu, ako mi je izbrisana hirografa na osnovu koje mi je dugovan novac pod uslovom, i, međutim, ja bih to mogao dokazati isto tako i putem svedoka, koji ne mogu svedočiti u ono vreme u koje nastupa uslov, i ako, sve u svemu, ubedim sudiju izloživši stvar, trebao bih pobediti (u sporu); ali naplata po osnovu presude mi pripada ako je nastupio uslov; a ako nije nastupio, presuda neće imati (pravne) snage.*

U već citiranom tekstu (D.9.2.41.pr) videli smo da se i Ulpijan i Marcel slažu u pogledu toga da može postojati tužba iz Akvilijevog zakona po osnovu uništenja hirografe. Ovom mišljenju se u pridružuje i Paul (D.9.2.40). Dakle, postojala je saglasnost klasičnih pravnika po ovom pitanju.

Mnogo je složenije pitanje odgovornosti po akvilijanskoj tužbi u slučaju uništenja tablica testamenta. Videli smo da Marcel smatra da je nemoguće izvršiti procenu imovinskog interesa u slučaju uništenja tablica testamenta. Nasuprot tome, Ulpijan je mišljenja da se imovinski interes naslednika može proceniti, ali ne i testatora. Ni jedan ni drugi nisu sasvim sigurni u svoje stanovište.

Sasvim je jasno da se imovinski interes testatora ne može proceniti. Time što su tablice testamenta izbrisane, on nije pretrpeo nikakvu imovinsku štetu. U daljem tekstu istog paragrafa Ulpijan kaže da po tom osnovu može tužiti na osnovu injurije.

Izgleda da do nedoumice dolazi uglavnom zbog toga što je sadržina testamenta u klasičnom pravu čuvana u tajnosti. Prema tome, često bi postojala mala verovatnoća da svedoci znaju odredbe testamenta, dok se sadržina obligacionog potraživanja najčešće ne skriva. Pa ipak, iako je dokazivanje volje testatora u slučaju uništavanja tablica testamenta bilo teško, nema sumnje da je, bar u nekim slučajevima, to ipak bilo moguće.

U Gajevim Institucijama, na primer, navedeno je da se za opoziv testamenta zahteva ispunjenje kontraforme, tj. da ga testator ne može opozvati prostim uništavanjem tablica:

G. Inst. 2.151 *Potest, ut iure facta testamenta contraria uoluntate infirmentur. apparet autem non posse ex eo solo infirmari testamentum, quod postea testator id noluerit ualere, usque adeo, ut si linum eius inciderit, nihilo minus iure ciuili ualeat. quin etiam si deleuerit quoque aut combusserit tabulas testamenti, non ideo minus desinent ualere, quae ibi fuerunt scripta, licet eorum probatio difficilis sit.*[7]

Dakle, čak i ako testator uništi tablice testamenta, i to sa namerom da testament prestane da važi, on će ipak i dalje važiti, jer se u klasičnom pravu testament poništava samo ispunjenjem kontraforme - sačinjavanjem novog

[7] G. Inst. 2.151 *Može se desiti da punovažno sastavljeni testamenti budu stavljeni van snage suprotnom izjavom volje. Jasno je naime da se ne može staviti van snage testament tako što je testator naknadno poželeo da on ne važi. Čak i ako je isekao jemstvenik, testament neće ništa manje važiti po civilnom pravu. Isto tako, ako je uništio ili spalio tablice testamenta, neće ništa manje važiti ono što je u njima bilo napisano, iako bi dokazivanje toga bilo teško.*

testamenta.[8] Tim pre bi važio i ako tablice uništi neko drugo lice. Gaj kaže da bi dokazivanje postojanja testamenta u ovakvom slučaju bilo *teško* (*difficilis*), ali ne kaže da bi bilo nemoguće. Izvesno je da baš iz teškoća dokazivanja volje testatora proističu nedoumice Marcela i Ulpijana u pogledu mogućnosti procene imovinskog interesa naslednika i legatara u slučaju uništenja tablica. Ipak, iako je uobičajena forma testamenta u praksi klasičnog perioda, u vidu tablica zatvorenih pečatima svedoka, imala za cilj pre svega da sačuva tajnost testamenta, poznato nam je da je u klasičnom periodu primenjivan i usmeni testament *(testamentum nuncupativum)*, kao i testament sačinjen izgovaranjem reči pred svedocima, i zapisivanjem na tablicama (*testamentum nuncupativum in scripta redactum)*, pa i testament u kom bi testator neke odredbe saopštio usmeno, a neke napisao na tablicama.[9]

Dakle, moguće je da je u klasičnom pravu u nekim slučajevima bila dopuštena Akvilijanska tužba zbog uništavanja tablica testamenta. To se moglo dogoditi u situaciji sličnoj onoj koju smo pomenuli kod hirografe: ako bi naslednik ili legatar kasnije mogao da dokaže svoje pravo drugim sredstvima, ali bi tada već bilo kasno da ga ostvari, na primer zato što je neko drugi preuzeo nasleđe.

Iz tekstova koje smo do sada naveli možemo zaključiti da pravnici raspravljaju samo o slučajevima kada je oštećeno lice pretrpelo štetu zato što nije moglo da se koristi dokaznom snagom pisane isprave. Iako je već krajem klasičnog perioda, počevši od epohe Severa, pisana forma počela da dobija sve veći značaj, stvarajući gotovo neoborivu pravnu pretpostavku o zaključenom poslu, pravnici s kraja klasičnog perioda i dalje dopuštaju da se dokazivanje postojanja pravnog posla u nedostatku pisane isprave ostvari i drugim sredstvima. [10] Zato u klasičnim tekstovima u kojima se raspravlja o odgovornosti na osnovu Akvilijevog zakona za uništavanje pisanih isprava nema pomena o mogućnosti da se zahteva naknada štete putem *actio damni iniuriae* u situaciji kada bi neko lice, eventualno, bilo onemogućeno da zahteva svoje pravo iz čisto formalnih razloga,

---

[8] V. Arangio-Ruiz,: *Intorno alla forma scritta del "testamentum per aes et libram",* Scritti di Diritto romano, Napoli 1977., str. 90.

[9] G. G. Archi*: Oralità e scrittura nel testamentum per aes et libram;* Scritti di Diritto romano, Volume II Studi di diritto privato, 2., Milano 1981., str. 809-915., Amelotti, M.: *Le forme classiche di testamento I, Lezioni di Diritto romano raccolte da Remo Martini,* Torino, str.78-79*;* Albanese, *op. cit;* str. 51-52.; Arangio- Ruiz*: op. cit.,* str. 85-86.; Talamanca*, op. cit.,* str. 720-721.; B. Biondi: *Successione testamentaria. Donazioni.,* Milano 1943., str. 42-49

[10] Vidi o tome, npr.: M. Talamanca: *Istituzioni di Diritto romano,* Milano 1990., str. 562-563.; B. Albanese: *Gli atti negoziali nel diritto privato romano,* Palermo 1982. str. 85-86, A. Corbino: *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana,* Torino 1994. str. 86-99.

zbog toga što nije bilo u posedu pisane isprave koja ima snagu konstitutivnog elementa pravnog posla (tj. kada se radi o formi *ad sollemnitatem*), iako je moglo da dokaže postojanje posla putem svedoka.

3. Pravni osnov za podizanje tužbe.

Tekstove u kojima se govori o primeni akvilijanske tužbe u slučaju uništenja dokumenata (D.9.2.40-D.9.2.42) Justinijanovi kompilatori su u okviru poglavlja Digesta *Ad legem Aquiliam* smestili u deo titulusa posvećen trećem poglavlju Akvilijevog zakona (D.9.2.27.5- D.9.2.57).

Tekst *lex Aquilia* nije sačuvan u originalu. Poznat nam je samo preko citata u delima klasičnih pravnika. Reči trećeg poglavlja Zakona navodi Ulpijan:

D.9.2.27.5 ULPIANUS libro octavo decimo ad edictum *Tertio autem capite ait eadem lex Aquilia: 'Ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto.'*[11]

Da li je tekst *Lex Aquilia* u originalu glasio baš tako kako je naveden u danas poznatim izvorima, nije izvesno. Romanisti sumnjaju kako u mogućnost interpolacija od strane Justinijanovih kompilatora, tako i u izmene teksta od strane samih klasičnih pravnika.[12] Takođe, neizvesno je kakvo je bilo značenje pojedinih reči i odredaba zakona, i da li se izvorno tumačenje razlikovalo od klasičnog?[13]

---

[11] D.9.2.27.5 ULPIJAN, iz osamnaeste knjige o ediktu: *U trećem, pak, poglavlju Akvilijev zakon isto tako kaže: „Ako bi neko učinio štetu na ostalim stvarima, izuzimajući ubijene ljude i stoku, za ono što bi protivpravno spalio, slomio ili uništio, koliko je ta stvar vredela u proteklih trideset dana, toliko novca neka bude osuđen da dā vlasniku."* Vidi i G.3.217-218, kao i I.4.3.13-15.

[12] Za reči *Ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos* se sumnja da su unete kasnije (P. V. Warmelo: *A propos de la loi Aquilia*, Revue internationale des droits de l'antiquitè, 3. serie, tome XVII, Bruxelles 1980., str. 337.; J. M. Kelly: *The meaning of the Lex Aquilia*, Law quarterly review 80, London 1964., str. 78.); takva sumnja postoji i za reči *quanti ea res erit* (Warmelo, *op. cit.,* str. 346-347.); neki smatraju i da se u izvornom tekstu Zakona kao izraz za štetu koristila reč *iniuria,* a da je izraz *damnum* dodat kasnije (Kelly, *op. cit.,* str. 77-83.); ima i autora koji smatraju da je reč *domino* interpolisana, i da aktivna legitimacija za podizanje tužbe po Akvilijevom zakonu izvorno nije pripadala isključivo vlasniku (D. Pugsley: *The origins of the Lex Aquilia*, Law quarterly review 85, London 1969., str. 59.).

[13] U klasičnom pravu su reči *si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria* tumačene i u smislu da nekom može biti naneta šteta i ako je stvar samo oštećе-

Međutim, u jednoj stvari su romanisti saglasni. Naime, niko još nije doveo u pitanje podatak koji navode Justinijanove Institucije, da Zakon nije predvideo da se kao kriterijum za procenu štete uzima u obzir ukupni imovinski interes oštećenog lica. Takvo načelo uvedeno je tek tumačenjima klasičnih pravnika:

I.4.3.10 *ILLUD NON EX VERBIS LEGIS, SED EX INTERPRETATIONE PLACUIT NON SOLUM PEREMPTI CORPORIS AESTIMATIONEM HABENDAM ESSE SECUNDUM EA QUAE DIXIMUS, SED EO AMPLIUS QUIDQUID PRAETEREA PEREMPTO EO CORPORE DAMNI VOBIS ADLATUM FUERIT, VELUTI SI SERVUM TUUM HEREDEM AB ALIQUO INSTITUTUM ANTE QUIS OCCIDERIT, QUAM IS IUSSU TUO ADIRET: NAM HEREDITATIS QUOQUE AMISSAE RATIONEM ESSE HABENDAM CONSTAT. ITEM SI EX PARI MULARUM UNAMVEL EX QUADRIGA EQUORUM UNUM OCCIDERIT, VEL EX COMOEDIS UNUS SERVUS FUERIT OCCISUS: NON SOLUM OCCISI FIT AESTIMATIO, SED EO AMPLIUS ID QUOQUE COMPUTATUR, QUANTO DEPRETIATI SUNT QUI SUPERSUNT.*[14]

Dakle, po izvornom tekstu Akvilijevog zakona procena štete je glasila na vrednost uništene ili oštećene stvari (*quanti ea res erit*). Na prime-

---

na, a ne i potpuno uništena. Međutim, postoji i mišljenje da su se ove reči izvorno odnosile samo na situaciju potpunog uništenja stvari. (Warmelo, *op. cit.,* str. 339-341.). Takođe, postoji i mišljenje da je treće poglavlje bilo primenljivo i u slučaju ubistva ljudi ili životinja, odnosno i na situacije predviđene prvim poglavljem Zakona (Warmelo, *op. cit.,* str. 342-344.). Nejasno je značenje izraza *quanti ea res erit in diebus triginta proximis*. Iako su klasični pravnici smatrali da se radi o trideset dana koji su prethodili deliktu, neki romanisti sumnjaju da je to bilo izvorno značenje ovih reči (A. Völkl: *Quanti ea res erit in diebus triginta proximis*, Revue internationale des droits de l'antiquitè, 3. serie, tome XXIV, Bruxelles 1977., 461-486.; Warmelo, *op. cit.,* str. 346-347., C. St. Tomulescu: *Les trois chapitres de la lex Aquilia,* IVRA, Napoli 1970., 194-196.). Takođe, nije sigurno da li se imala u vidu najviša vrednost koju je stvar imala u tom periodu (Tomulescu, *ibid.*). Iako se *damnas esto* uobičajeno prevodi *neka bude osuđen*, postoji mišljenje prema kome je izvorno značenje ove fraze *ono što treba da dā neka bude* (Kelly, *op. cit.,* str. 73-76.). Sugerisano je i da se reči *alienum alienamve* iz prvog poglavlja možda odnose na ubistvo ili povredu lica *alieni iuris* (Kelly, *op. cit.,* str. 76-77). Postoji i teorija po kojoj se treće poglavlje izvorno odnosilo na situacije koje je kažnjavala injurija zakona XII - *membrum ruptum* i *os fractum* (Pugsley, *op. cit.,* str. 51-55.; Kelly, *op. cit.,* str. 77-83.).

[14] I.4.3.10 *Ne na osnovu reči Zakona, već na osnovu tumačenja, prihvaćeno je ovo, da ne treba da se pravi samo procena uništene stvari, u skladu sa onim što smo rekli, već, uopšte, kakva vam je šteta naneta propašću te stvari; jer smatra se da treba voditi računa i o izgubljenom nasleđu. Zatim, ako (neko) ubije jednu od mazgi iz para, ili jednog od konja iz četvoroprega, ili ako bude ubijen jedan rob iz glumačke trupe; ne pravi se samo procena onog koji je ubijen, već, uopšte, uračunava se i ono, za koliko je umanjena vrednost preživelih.*

ru uništavanja dokumenata najbolje se vidi kolike probleme je striktno tumačenje reči zakona moglo izazvati. Zamislimo situaciju u kojoj, na primer, neko izgubi vredno nasleđe, ili mogućnost naplate visoke svote novca po osnovu obligacionog potraživanja, zbog uništenja tablica testamenta ili priznanice. U ovim slučajevima, vrednost uništene stvari je toliko bagatelna da, čak ni uz penalno dejstvo *actio aquiliana*,[15] oštećeni na osnovu striknog tumačenja reči Zakona ne bi mogao biti ni približno adekvatno obeštećen.

Zbog ovakvih i sličnih situacija, pravnici su vremenom počeli da prilikom procene štete uzimaju u obzir ukupni imovinski interes oštećenog lica (*id quod interest*).[16] Za primenu principa *id quod interest* nisu postojala striktna i strogo utvrđena pravila. Klasični pravnici su smatrali da je pitanje: *Kada postoji i koliki je nečiji imovinski interes?* više faktičko nego pravno pitanje (*Quatenus cuius intersit, in facto, non in iure consistit*. - D.50.17.24).[17] Zato se u nekim slučajevima dopušta da se putem *actio legis Aquiliae* odšteta naplati uzimajući o obzir ukupni imovinski interes oštećenog lica,[18] a u nekima ne.[19]

Dakle, za štetu nanetu uništavanjem dokumenata odgovara se po trećem poglavlju Akvilijevog zakona, kojim je predviđena odgovornost za

[15] Tužba po Akvilijevom zakonu u klasičnom pravu povlači naplatu vrednosti cele stvari i kada je stvar samo oštećena a ne uništena, naplatu najviše vrednosti koju je stvar imala u propisanom vremenskom periodu, kumulativnu odgovornost ako je bilo više saizvršilaca, osudu na dvostruki iznos u slučaju poricanja, a ponekad se i kumulira sa drugim tužbama. O penalnom karakteru *actio aquiliana* vidi više u: H. Ankum: *Actions by which we claim a thing (res) and a penalty (poena) in classical roman law*, Bullettino dell'Istituto di diritto romano "Vittorio Scialoia", Terza serie-vol. XXIV, Milano 1982., str. 31-35.

[16] G. Crifò: *Voce "Danno", premessa storica,* Enciclopedia del diritto XI, str. 618-619.

[17] S. Tafaro: *"Id quod interest"*, INDEX 2/1970., str. 360.

[18] Tako, u klasičnom pravu odgovara se i za štetu prouzrokovanu smanjenjem vrednosti drugih stvari usled oštećenja jedne stvari (D.9.2.22.1), izgubljeno nasleđe koje je gospodar mogao steći zbog ubistva roba naslednika (D.9.2.23.pr., D.9.2.51, G.3.212) ili zbog sprečavanja da se ispuni uslov (D.9.2.23.2), ubistvo roba koji je trebao biti ispitan da bi se otkrile pronevere u poslovanju (D.9.2.23.4), uništenje manje vredne stvari u alternativnoj obligaciji, zbog čega je dužnik prinuđen da isplati vredniju (D.9.2.55), uništenje stvari koja je trebala biti predata pod pretnjom ugovorne kazne (D.9.2.22), ubistvo životinje koja je predmet noksalne odgovornosti (D.9.2.37.1), i već pominjano uništavanje dokumenata (D.9.2.40-42). Tužba se iz razloga korisnosti daje i u slučaju povrede slobodnog čoveka, u kom slučaju se naplaćuju troškovi lečenja i izgubljena zarada (D.9.2.13, D.9.2.5.3, D.9.2.7).

[19] Na primer, lice koje poseduje nečijeg sina neće dobiti onoliku odštetu u slučaju njegovog ubistva, koliko bi iznosila cena koju je otac bio spreman da plati da bi otkupio sina iz ropstva (D.9.2.33.pr.). Takođe, ribari čije su mreže isekli mornari da bi oslobodili svoj brod koji se u njih zapetljao mogu da naplate samo vrednost mreža, ali ne i ribe koja je mogla biti ulovljena (D.9.2.29.3).

štetu nanetu na svim stvarima, izuzimajući ubijene ljude i stoku, za koje se odgovara po osnovu prvog poglavlja Zakona. Odgovornost za izgubljenu dobit nije proizlazila iz samih reči Zakona, nego iz kasnijih tumačenja pravnika kojima je proširena primena *Lex Aquilia*.

3. Aktivna legitimacija za podizanje tužbe.

Pravo na podizanje tužbe po Akvilijevom zakonu u klasičnom pravu pripada vlasniku oštećene stvari[20]:

D.9.2.11.6 ULPIANUS libro octavo decimo ad edictum *Legis autem Aquiliae actio ero competit, hoc est domino.* [21]

Licu čiji je imovinski interes povređen, a koje nije vlasnik oštećene stvari, pravnici daju tužbe *utilis causa* odnosno *ad exemplum legis Aquiliae,* ili *in factum.*[22] Tako, licu koje ima plodouživanje ili pravo korišćenja na stvari pripada akvilijanska tužba *utilis causa* (D.9.2.11.8), odnosno tužba *ad exemplum legis Aquiliae* (D.9.2.11.9); ako je slobodan čovek povređen, može naplatiti troškove lečenja i izgubljenu zaradu po osnovu akvilijanske tužbe koja mu se daje *utilis causa,* dok direktnu akvilijansku tužbu nema, jer *smatra se da niko nije vlasnik svog tela* (*dominus membrorum suorum nemo videtur* – D.9.2.13.pr)[23]; ako je uništena stvar data u zalogu, zalogoprimcu se može dati tužba iz Akvilijevog zakona do iznosa vrednosti potraživanja (D.9.2.30.1), gospodar koji ubije svog roba odgovaraće savesnom držaocu ili zalogoprimcu po osnovu tužbe *in factum* (D.9.2.17) itd.

Postavlja se pitanje, da li se u slučaju uništenja dokumenata radi o direktnoj tužbi iz Akvilijevog zakona, ili o tužbi *utilis causa*, tj. *ad exemplum*?

---

[20] U literaturi postoji mišljenje da ovo nije bilo propisano izvornim tekstom Zakona, i da je plod kasnijih interpretacija pravnika. (Pugsley, *op. cit*., str. 59.)

[21] D.9.2.11.6 ULPIJAN, iz osamnaeste knjige o ediktu: *Međutim, tužba iz Akvilijevog zakona pripada gospodaru, tj. vlasniku.*

[22] R. Sotty: *Les actions qualifiées d'"utiles"en droit classique,* LABEO 25., Napoli 1975., str., 147-151., R. Zimmermann: *The Law of Obligations – Roman Fondations of the Civilian Tradition*, Oxford 1995., str. 994-996.

[23] O dilemi oko toga da li je primena tužbe iz Akvilijevog zakona *utilis causa* bila moguća već u klasičnom ili tek u postklasičnom pravu, videti: M. Sič: *Zaštita čovekove ličnosti – aktuelnost injurije rimskog prava*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad 2004., Tom. I, str. 141-167.

U slučaju izbrisanog teksta hirografe, bez sumnje je u pitanju direktna tužba, jer je poverilac po pravilu vlasnik priznanice. U prilog tome govori i to da, kada pravnici raspravljaju o tužbi iz Akvilijevog zakona zbog uništavanja dokumenata, ne navode da se tužba daje *utilis causa* odnosno *ad exemplum*.

Ali, da li bi tako bilo i u slučaju testamenta?

U klasičnom pravu se smatra da su tablice testamenta svojina naslednika,[24] i to od momenta smrti testatora, čak i pre prihvatanja nasleđa, retroaktivno:

D.50.17.193 CELSUS libro trigensimo octavo digestorum *Omnia fere iura heredum perinde habentur, ac si continuo sub tempus mortis heredes exstitissent.*[25]

Međutim, akvilijansku tužbu će podići samo lice koje nije uspelo da dobije nasleđe zbog toga što je testament uništen. Moguće je da se Ulpijanova rasprava u D.9.2.41.pr odnosi upravo na pitanje, da li je moguće dati direktnu tužbu nekome ko nije sopstvenik tablica testamenta, zbog uništenja tih istih tablica? Ulpijan možda ne sumnja da bi mu se mogla dati *actio utilis,* ali nije siguran u mogućnost podizanja direktne tužbe iz Akvilijevog zakona? Konačan odgovor na ovo pitanje, na osnovu sadašnjeg stanja izvora, nije moguće dati.

4. Pitanje posredne i neposredne uzročnosti.

Tužba po Akvilijevom zakonu podiže se samo ako neko učini štetu neposredno *(damnum corpori corpore datum)*. Ako to nije slučaj, oštećenom pripada tužba *in factum* (*In damnis, quae lege Aquilia non tenentur, in factum datur actio.* - D.9.2.33.1).[26] To se dešava, na primer, kada neko izazove štetu tako što ošteti stvar objektom koji je gurnuo (D.9.2.7.3),

[24] Više o problemima tablica testamenta vidi, na primer, u: G. G. Archi: *Interesse privato e interesse pubblico nell'apertura e pubblicazione del testamento romano,* Scritti di Diritto romano, Volume II Studi di diritto privato, 2., Milano 1981., str. 809-915.

[25] D.50.17.193 CELZ, iz trideset osme knjige digesta: *Skoro sva prava naslednicima pripadaju na isti način, kao da su postali naslednici odmah u trenutku smrti (ostavioca).*

[26] Sotty, *op. cit.,* str. 155-158.; Zimmermann, *op. cit.,* str. 976.983. Više o pitanju kazualiteta u poglavlju Digesta *Ad legem Aquiliam* vidi u: K. Visky: *Die Frage der Kasualität aufgrund des D.9.2 (ad legem Aquiliam)*, Revue internationale des droits de l'antiquitè, 3. sèrie, tome XXVI, Bruxelles 1979., str. 475-504.

otruje roba (D.9.2.7.6; D.9.2.9.pr), dā oružje u ruke umobolnom licu da bi nekog ubilo (D.9.2.7.6), umori roba ili životinju glađu (D.9.2.9.2, D.9.2.29.7), uplaši životinju na kojoj je rob jahao (D.9.2.9.3), drži roba da bi ga drugi ubio (D.9.2.11.1), nahuška psa da nekog ujede (D.9.2.11.5), drži peć uz zajednički zid i ošteti ga vatrom (D.9.2.27.10), zagadi polje semenom korova (D.9.2.27.14), izbuši rezervoar da vino iscuri (D.9.2.27.35), preseče sidrenu užad broda (D.9.2.29.5), otera ili pobije tuđe pčele dimom (D.9.2.49), tera tuđe volove po uzanom putu usled čega se oni strmoglave u provaliju (D.9.2.53), itd.

Pitanje je veoma značajno, jer tužba *in factum*, za razliku od tužbe *utilis causa* odnosno *ad exemplum,* u pravom smislu ni ne pretstavlja tužbu iz Akvilijevog zakona. Za razliku od penalne Akvilijanske, tužba *in factum* je po nizu karakteristika reipersekutorna. Između ostalog, tužbom *in factum* može da se naplati samo jednostruka vrednost štete, dok kod tužbe po Akvilijevom zakonu postoji mogućnost da se u slučaju poricanja naplati dvostruki iznos.[27]

U tekstovima u kojima se govori o primeni Akvilijanske tužbe u slučaju uništavanja dokumenata, po pravilu se ne govori o tužbi *in factum*, već o *actio legis Aquiliae*, odnosno *damni iniuriae* (*In lege Aquilia, si deletum chirographum mihi esse dicam...* D.9.2.40; *Si quis testamentum deleverit, an damni iniuriae actio competat, videamus.* D.9.2.41pr, *...ut quis tabulas delendo non teneatur, sed tantum damni iniuriae* D.9.2.41.1; *Qui tabulas testamenti depositas aut alicuius rei instrumentum ita delevit, ut legi non possit...legis quoque Aquiliae actio ex eadem causa competit* D.9.2.42).

Samo u tekstu D.9.2.41 pr, koji smo ranije citirali, Ulpijan navodi da bi bilo bolje (ili, njegovom rečju, *korisnije-utilius*) tužiti tužbom *in factum* ili tužbom iz injurije ako je neko izbrisao ili objavio tablice testamenta koje su kod njega bile deponovane. Pa ipak, on ne isključuje mogućnost korišćenja direktne tužbe. Štaviše, njegova sumnja odnosi se samo na testament. U slučaju brisanja teksta hirografe, ni u jednom izvoru se ne postavlja pitanje da li se primenjuje direktna tužba.

Nema sumnje da su klasični pravnici smatrali da se u slučaju uništenja dokumenata radi o šteti učinjenoj *corpori corpore*. U Digestama se pominje više slučajeva u kojima se direktna tužba može koristiti, kada je pored direktne štete na samoj stvari koja je oštećena radnjom delikventa naneta i indirektna šteta.

Tako, u slučaju ubistva roba koji je od nekog trećeg lica imenovan za naslednika, gospodar će putem direktne tužbe moći da naplati kako vrednost roba, tako i nasleđa koje je mogao steći (D.9.2.23.pr;

[27] Zimmermann, *op. cit.,* str. 994.

D.9.2.51). Isto je i kada je uništenjem jedne stvari smanjena vrednost drugih stvari. Na primer, ukoliko je ubijen jedan konj iz četvoroprega, ako je time smanjena vrednost cele zaprege, moći će se, pored vrednosti ubijenog konja naplatiti i smanjena vrednost ostalih (D.9.2.22.1). Isti princip se primenjuje i u nekim drugim slučajevima: ubistva roba koji je trebao da bude ispitan da bi se otkrile pronevere u poslovanju (D.9.2.23.4), ubistva manje vrednog od dvojice robova koji su trebali biti predati po osnovu alternativne obligacije (D.9.2.55), ubistva životinje koja je predmet noksalne odgovornosti, za onaj iznos koji prevazilazi njenu vrednost (D.9.2.37.1).

Dakle, ukoliko je neka stvar uništena ili oštećena neposrednom fizičkom radnjom delikventa, direktnom tužbom se može zahtevati i naknada ostale štete koja je nastala kao posledica oštećenja same stvari. Prema tome, kada se radi o uništavanju dokumenata, direktnom tužbom će se moći zahtevati iznos štete zbog gubitka nasleđa, legata ili obligacionog potraživanja, ako je delikvent sopstvenom rukom pokvario ili uništio tablice. Tužba *in factum* bi se možda mogla primeniti samo ako pisana isprava nije uništena (oštećena) neposrednom telesnom radnjom delikventa, ali o ovakvoj situaciji klasični pravnici ne raspravljaju.

5. Konkurencija sa drugim tužbama.

Pored odgovornosti za *damnum iniuria datum*, protivpravno uništenje tuđe stvari ponekad povlači odgovornost i za druge delikte, a u određenim slučajevima i kontraktnu odgovornost. Naravno, moguće je da je u slučaju uništenja pisanih isprava bila moguća i kumulacija akvilijanske tužbe sa tužbama za javne delikte, npr. po osnovu *lex Cornelia de falsis*. No, ovim problemom se nećemo baviti, jer bi izašao iz okvira ovog istraživanja. Istraživaćemo samo konkurenciju sa kontraktnim tužbama i tužbama za delikte privatnog prava.

Počnimo sa pitanjem konkurencije sa tužbama iz kontrakata. Iz jednog Julijanovog teksta saznajemo da ostavoprimac, ukoliko je izbrisao deponovane tablice testamenta, pored tužbe iz Akvilijevog zakona odgovara i po tužbi iz ostave, i po interdiktu za izlaganje tablica testamenta (*ad exhibendum*):

D.9.2.42 IULIANUS libro quadragensimo octavo digestorum *Qui tabulas testamenti depositas aut alicuius rei instrumentum ita delevit, ut legi non possit, depositi actione et ad exhibendum tenetur, quia corruptam*

rem restituerit aut exhibuerit. legis quoque Aquiliae actio ex eadem causa competit: corrupisse enim tabulas recte dicitur et qui eas interleverit.[28]

Treba napomenuti da se tužba iz kontrakta, po pravilu, ne može kumulirati sa tužbom iz Akvilijevog zakona. Između *actio damni iniuriae* i kontraktnih tužbi postoji konkurencija, i tužilac mora da izabere koju će od njih upotrebiti. To se vidi iz sledećih tekstova:

D.9.2.18 PAULUS libro decimo ad Sabinum *Sed et si is qui pignori servum accepit occidit eum vel vulneravit, lege Aquilia et pigneraticia conveniri potest, sed alterutra contentus esse debebit actor.*[29]

D.9.2.27.11 ULPIANUS libro octavo decimo ad edictum *Proculus ait, cum coloni servi villam exussissent, colonum vel ex locato vel lege Aquilia teneri, ita ut colonus possit servos noxae dedere, et si uno iudicio res esset iudicata, altero amplius non agendum. sed haec ita, si culpa colonus careret: ceterum si noxios servos habuit, damni eum iniuria teneri, cur tales habuit. idem servandum et circa inquilinorum insulae personas scribit: quae sententia habet rationem.*[30]

Pored odgovornosti za *damnum iniuria datum*, kvarenje tablica može da povlači i odgovornost za druge delikte.

Treba najpre napomenuti da se akvilijanska tužba primenjuje samo ako je na stvari nastala u isto vreme i fizička i materijalna šteta. Videli smo, u gore citiranom tekstu D.9.2.41.pr, da se u situaciji kada neko ne uništi tablice testamenta, već samo otvori testament i pročita tajne odred-

---

[28] D.9.2.42 JULIJAN, iz četrdeset osme knjige Digesta: *Ko je deponovane tablice testamenta, ili pisanu ispravu o nekom pravu, izbrisao tako da se ne može pročitati, podleže tužbi po osnovu ostave (actio depositi) i (interdiktu) za iznošenje na uvid tablica testamenta (ad exhibendum), da bi pokvarenu stvar vratio ili izneo na uvid. Takođe, po istom osnovu postoji i Akvilijanska tužba; naime, ispravno se kaže da je pokvario tablice i onaj koji je pisao preko njih.*

[29] D.9.2.18 PAUL, iz desete knjige o Sabinu: *Ali i ako onaj koji prihvati roba u zalogu istog ubije ili rani, može biti tužen po Akvilijevom zakonu i po osnovu zaloge, s tim što tužilac treba da se zadovolji jednom od te dve (tužbe).*

[30] D.9.2.27.11 ULPIJAN, iz osamnaeste knjige o ediktu: *Prokul kaže, ako su zakupčevi robovi zapalili vilu, zakupac odgovara ili po osnovu zakupa ili po osnovu Akvilijevog zakona, tako da zakupac može da robove noksalo preda, i ako je stvar presuđena po osnovu jedne tužbe, po osnovu druge više ne treba postupati. Ali ovo važi ukoliko nije bilo nehata zakupca; a ako je posedovao robove delikvente, odgovoran je zbog protivpravne štete, jer poseduje takve (robove). On piše da se istog treba držati i u pogledu ličnosti stanara u stambenoj zgradi za izdavanje; koja izreka ima smisla.*

be sa namerom da učini injuriju *(si iniuriae faciendae causa secreta iudiciorum publicavit)*, ne primenjuje tužba iz Akvilijevog zakona, nego iz injurije. Ovo je logično, jer u ovom slučaju oštećeno lice nije pretrpelo nikakvu materijalnu štetu.[31] Međutim, pored smanjenja materijalne vrednosti stvari, da bi postojala šteta u Akvilijanskom smislu, stvar mora biti i fizički oštećena.[32]

Naime, kako smo ranije videli, Zakon je u trećem poglavlju predvideo odgovornost za lice koje tuđu stvar spali, slomi, ili uništi (*quod usserit fregerit ruperit*). U svim slučajevima u kojima se pominje uništavanje dokumenata, međutim, govori se samo o situaciji kada neko *izbriše* (*delevit*) tuđe tablice, ili kada piše preko ranijeg teksta (*interlevit*). Pomalo „nategnutom" logičkom konstrukcijom, klasični pravnici su podveli ove situacije pod *rumpere.*

Julijan tvrdi da se *ispravno kaže da je pokvario tablice i onaj koji je pisao preko njih* (*corrupisse enim tabulas recte dicitur et qui eas interleverit* - D.9.2.42). Ovde se on verovatno poziva na mišljenje starih pravnika koji su glagol *corrumpere* izjednačavali sa *rumpere* iz trećeg poglavlja Zakona:

D.9.2.27.13 ULPIANUS libro octavo decimo ad edictum *Inquit lex 'ruperit'. rupisse verbum fere omnes veteres sic intellexerunt 'corruperit'.*[33]

Dakle, ako tablice i tekst na njima nisu oštećeni, nema mesta primeni Akvilijevog zakona. Pored već pomenute situacije otvaranja i javnog čitanja testamenta, primeni akvilijanske tužbe nema mesta ni ako neko kopira tuđa tajna dokumenta:[34]

---

[31] Slično tome, ukoliko neko, na primer, kastrira dečaka i time ga učini vrednijim, neće odgovarati za *damnum iniuria datum*, budući da stvar nije učinio manje vrednom (*Et si puerum quis castraverit et pretiosiorem fecerit, Vivianus scribit cessare Aquiliam, sed iniuriarum erit agendum aut ex edicto aedilium aut in quadruplum.* - D.9.2.27.28).

[32] Na primer, lice koje siluje tuđu robinju moći će odgovarati po Akvilijevom zakonu samo ukoliko ju je pri tome deflorisalo, u protivnom može odgovarati po nekoj drugoj tužbi, na primer *actio iniuriarum* ili *actio furti* (*Si stuprum serva passa sit, iniuriarum actio dabitur: aut, si celavit mancipium vel quid aliud furandi animo fecit, etiam furti: vel, si virginem immaturam stupraverit, etiam legis Aquiliae actionem competere quidam putant.* D.47.10.25).

[33] D.9.2.27.13 ULPIJAN, iz osamnaeste knjige o ediktu: *Zakon kaže „uništio" (ruperit). Pod glagolom „uništiti" gotovo svi stari su podrazumevali i „pokvario" (corruperit).*

[34] Iz istog razloga ovde se ne primenjuje ni *actio furti*. (J. A. C. Thomas: *"Furtum" of the documents*; Revue internationale des droits de l'antiquitè, 3. serie, tome XV, Bruxelles 1968.,str. 432.)

D.47.2.52.24 Ulpianus libro trigensimo septimo ad edictum *Sed si servo persuasum sit, ut tabulas meas describeret, puto, si quidem servo persuasum sit, servi corrupti agendum, si ipse fecit, de dolo actionem dandam.*[35]

Ipak, poznato nam je da se tužba iz injurije u nekim situacijama mogla kumulirati sa tužbom iz Akvilijevog zakona:

D.9.2.5.1 ULPIANUS libro octavo decimo ad edictum *Iniuriam autem hic accipere nos oportet non quemadmodum circa iniuriarum actionem contumeliam quandam, sed quod non iure factum est, hoc est contra ius, id est si culpa quis occiderit: et ideo interdum utraque actio concurrit et legis Aquiliae et iniuriarum, sed duae erunt aestimationes, alia damni, alia contumeliae.*[36]

Možemo pretpostaviti da bi, analogno ovome, u slučaju kada neko uništenjem pisanih isprava učini i protivpravnu imovinsku štetu i povredu časti, mogle biti kumulirane i akvilijanska tužba i tužba iz injurije. O ovome, međutim, izvori ne raspravljaju.

Najveći problem izaziva pitanje konkurencije između tužbe iz Akvilijevog zakona i tužbe zbog furtuma. I ovde važi pravilo da akvilijanska tužba ne može postojati kada ne postoji uništenje ili oštećenje dokumenta:

D.47.2.27.2 ULPIANUS libro quadragensimo primo ad Sabinum *apocha quoque si fuerit subrepta, aeque dicendum est furti actionem in id quod interest locum habere: sed nihil mihi videtur interesse, si sint et aliae probationes solutae pecuniae.* [37]

---

[35] D.47.2.52.24 ULPIJAN, iz trideset sedme knjige o ediktu: *Ali, ako je moj rob nagovoren da prepiše moje tablice, smatram, ako je rob zaista nagovoren, da treba tužiti zbog kvarenja roba, a ako je to (neko) sam učinio, treba dati tužbu zbog prevare.*

[36] D.9.2.5.1 ULPIJAN, iz osamnaeste knjige o ediktu: *Međutim, pod „protivpravnim" (iniuriam) treba da podrazumevamo ne ono što se pod time podrazumeva kod tužbe za injuriju zbog povrede časti, već ono što nije učinjeno u skladu sa pravom, što znači protiv prava, to jest ako neko svojom krivicom ubije; i stoga se ponekad stiču obe tužbe, i ona iz Akvilijevog zakona, i po osnovu injurije, ali će postojati dve procene, jedna imovinske štete, druga povrede časti.*

[37] D.47.2.27.2 ULPIJAN, iz četrdeset prve knjige o Sabinu: *Takođe, ako je ukradena priznanica, jednako treba reći da ima mesta actio furti na onoliko koliki je interes (oštećenog); ali meni se čini da ne postoji interes, ako postoje i drugi dokazi o isplati novca.*

D.47.2.27.3 ULPIANUS libro quadragensimo primo ad Sabinum *Sed si quis non amovit huiusmodi instrumenta, sed interlevit, non tantum furti actio locum habet, verum etiam legis Aquiliae: nam rupisse videtur qui corrupit.* [38]

Dakle, u slučaju da je dokument ukraden, postoji furtum. Ali, ako je dokument oštećen (izbrisan), moguće su obe tužbe, i za furtum i za protivpravnu štetu. Ovaj tekst je naveo neke autore da pretpostave da se ovde radi o konkurenciji, odnosno da je moguće podizanje i jedne i druge tužbe, polazeći od toga što u nekim drugim slučajevima postoji konkurencija između *actio furti* i *actio legis Aquiliae*. [39]

Izgleda ispravnije mišljenje koje je izneo J. A. C. Thomas, prema kome u ovoj situaciji postoji razgraničenje, a ne konkurencija primene tužbi.[40] Gornji tekst, po našem mišljenju, treba čitati u smislu da u slučaju uništenja dokumenta može da se podigne, u zavisnosti od uslova, ili *actio furti* ili *actio legis Aquiliae*, a ne bilo koja od te dve tužbe.

Jedan od kriterijuma za razgraničenje polja primene akvilijanske tužbe i *actio furti* je imovinska korist na strani učinioca ili nekog trećeg lica. Ako je neko stekao imovinsku korist od toga što je oštećeni lišen svoje stvari, primenjuje se *actio furti*, u protivnom, primenjuje se *actio legis Aquiliae*:

D.9.2.27.21 ULPIANUS libro octavo decimo ad edictum *Si quis de manu mihi nummos excusserit, Sabinus existimat damni iniuriae esse actionem, si ita perierint, ne ad aliquem pervenirent, puta si in flumen vel in mare vel in cloacam ceciderunt: quod si ad aliquem pervenerunt, ope consilio furtum factum agendum, quod et antiquis placuit. idem etiam in factum dari posse actionem ait.*[41]

U slučaju uništavanja dokumenata, ovaj „objektivni" kriterijum[42] nije primenljiv, iz razloga što će praktično uvek neko imati koristi od toga

---

[38] D.47.2.27.3 ULPIJAN, iz četrdeset prve knjige o Sabinu: *Ali ako neko nije uklonio takve pisane isprave, već ih je izbrisao, neće biti mesta samo tužbi zbog furtum-a, već isto tako i iz Akvilijevog zakona; jer se smatra da je „uništio" (rupisse) i onaj koji je „pokvario" (corrupit).*

[39] J. A. C. Thomas: *"Furtum" of the documents;* Revue internationale des droits de l'antiquitè, 3. serie, tome XV, Bruxelles 1968.,str. 441-443.

[40] Thomas, *ibid.*

[41] D.9.2.27.21 ULPIJAN, iz osamnaeste knjige o ediktu: *Ako mi neko izbije novčanice iz ruke, Sabin procenjuje da postoji tužba zbog protivpravne štete, ako su izgubljene na taj način da ne mogu nikome pripasti, na primer ako su pale u reku, ili u more, ili u kanalizaciju; a ako su nekom pripale, trebalo bi tužiti za krađu (izvršenu) uz (nečiju) pomoć i savet, što su i stari mislili. Kaže da se na isti način može dati, takođe, i tužba in factum.* Vidi i: G.3.202.

[42] Po nekim autorima, gore navedeni fragment ne govori o objektivnim okolnostima, nego, naprotiv, o nameri stranke da učini krađu (*animus furandi*). Za ovakvo tumačenje vidi na primer: J. A. C. Thomas: *Animus furandi*; IVRA XIX, Napoli 1968., str. 11.

što određeno lice, na primer, ne može da stekne nasleđe ili legat, ili što ne može da naplati obligaciono potraživanje. Zbog toga, u ovakvoj situaciji klasični pravnici koriste „subjektivni" kriterijum: *furtum* dokumenata postoji onda kada postoji namera da se izvrši krađa, a ako je pisana isprava uništena iz namere da se oštećenom nanese imovinska šteta ili iz nehata, postoji *damnum iniuria datum*:

D.9.2.41.1 ULPIANUS libro quadragensimo primo ad Sabinum *Interdum evenire Pomponius eleganter ait, ut quis tabulas delendo furti non teneatur, sed tantum damni iniuriae, ut puta si non animo furti faciendi, sed tantum damni dandi delevit: nam furti non tenebitur: cum facto enim etiam animum furis furtum exigit.* [43]

Dakle, oštećeno lice može da podigne tužbu iz Akvilijevog zakona ili tužbu zbog furtuma, u zavisnosti od namere učinioca. Konkurencija ove dve tužbe nije moguća. Ovaj tekst sugeriše i da se *actio legis Aquiliae* podiže onda kada nije moguća *actio furti* (*nam furti non tenebitur*). Ova Ulpijanova konstatacija poslužila je kao argument Thomas-u za njegovu teoriju o subsidijarnosti tužbe iz Akvilijevog Zakona u slučaju uništenja dokumenata u odnosu na *actio furti.* Po Thomas-u, na sve slučajeve uništenja ili oštećenja dokumenata u starijem rimskom pravu primenjivala se *actio furti*, da bi tek krajem klasičnog perioda njena primena bila ograničena širenjem polja primene akvilijanske tužbe.[44] Takođe, Autor tvrdi da između ove dve tužbe nije postojala konkurencija, već striktno razgraničenje polja primene, i da je tužba iz Akvilijevog zakona u slučaju uništavanja pisanih isprava bila subsidijarna, jer se primenjivala tek ako nije bila moguća *actio furti*.[45]

U diskusiju o tome da li je *actio furti* istorijski prethodila tužbi iz Akvilijevog zakona nećemo ulaziti, jer bi izašla iz okvira ovog istraživanja. Međutim, teorija o subsidi jarnosti ne može se bezrezervno prihvatiti, jer ni jedan izvor to izričito ne potvrđuje. Na protiv, po našem mišljenju, postoji razgraničenje polja primene dve tužbe, bez prioriteta bilo koje od njih. Što se tiče gore navedenog Ulpijanovog teksta, iz njega se može za-

[43] D.9.2.41.1 ULPIJAN, iz četrdeset prve knjige o Sabinu: *Pomponije elegantno kaže da se ponekad dešava da onaj koji izbriše tablice ne odgovara zbog krađe, već samo zbog protivpravne štete, ukoliko ih je, na primer, izbrisao ne sa namerom da učini krađu, već samo da učini štetu; jer neće biti odgovoran zbog krađe, budući da se, naravno, uz radnju isto tako zahteva i volja da se izvrši krađa.* Ovaj fragment bio je ranije napadan kao interpolisan, ali je od strane današnjih romanista uglavnom prihvaćen kao autentičan (Thomas, *op. cit.,* str. 11.).

[44] J. A. C. Thomas: *"Furtum" of the documents;* Revue internationale des droits de l'antiquitè, 3. serie, tome XV, Bruxelles 1968.,437-440.

[45] Thomas, *op., cit.,* str. 440-444.

ključiti samo da je primena *actio furti* u praksi bila češća, što je logično; međutim, postoje situacije u kojima je malo verovatno da je ikada primenjivana *actio furti*, i gde bi se teško moglo postaviti pitanje subsidijarnosti, kao što je situacija kada neko iz nehata uništi tuđi dokument.

6. Zaključak.

U rimskom klasičnom pravu, tužbom iz Akvilijevog zakona se u slučaju uništenja pisanih isprava mogla naplatiti ne samo stvarna šteta, odnosno vrednost materijala od kojeg je dokument sačinjen, već i ukupna šteta koja je naneta oštećenom licu u vidu umanjenja ili sprečavanja uvećanja njegove imovine. Slučajevi koje pominju klasični pravnici su: uništenje pisanog dokaza o obligacionom potraživanju (*chirographa, instrumentum*), uništenje tablica testamenta (*tabulae*), i uništenje priznanice o isplati duga (*apocha*). Tužba se podiže zbog toga što oštećeno lice nije uspelo da ostvari neko pravo ili da dokaže da nema neku obavezu, jer u određenom momentu nije moglo da se posluži dokaznom snagom uništene isprave, pod uslovom da kasnije, kada je već kasno da ostvari svoje pravo, može da dokaže svoj imovinski interes drugim sredstvima. Dakle, klasični pravnici raspravljaju samo o uništenju isprava sa dokaznom snagom (*ad probationem*). O eventualnoj odgovornosti zbog uništenja pismena koje predstavlja bitni element formalnog posla, koje bi dovelo do nevažnosti posla, klasični pravnici ne govore.

Tužba se podiže na osnovu trećeg poglavlja *lex Aquilia*, na osnovu reči Zakona da će za štetu odgovarati i lice koje stvar *uništi* (*ruperit*), s tim što klasični pravnici sa ovim identifikuju reč *pokvari* (*corruperit*), a sa ovim, opet, *izbriše* (*delerit, interleverit*). Procena štete kojom se uzima u obzir ukupni imovinski interes oštećenog lica (*id quod interest*) nije proizlazila iz samih reči Zakona, nego je uvedena kasnijim interpretacijama pravnika.

Actio damni iniuriae se u slučaju uništavanja dokumenata daje kao direktna tužba (*actio directa*). Akvilijanska tužba iz razloga korisnosti (*utilis causa*) ne pominje se u klasičnim tekstovima u slučaju kvarenja pisanih isprava. Tužba pripada sopstveniku isprave, koji je ujedno i zainteresovano lice.

Što se tiče pitanja kazualiteta, smatra se da je šteta naneta *corpori corpore* ukoliko je učinilac svojom radnjom oštetio ispravu. Ipak, postoji mogućnost i za korišćenje tužbe *in factum*.

Tužba iz Akvilijevog zakona u slučaju uništavanja dokumenata konkuriše sa tužbama iz nekih kontrakata. Što se tiče tužbi iz delikata, ne postoji konkurencija, već razgraničenje polja primene, eventualno sa izuzetkom tužbe za injuriju.

Samir Aličić, LL. M., Assistant
Novi Sad School of Law

Aquilian responsibility for the damage caused by destruction of documents in the classical Roman law

Abstract

In this work, it has been explored whether, under which conditions and in which conditions it is possible to apply the Aquiliae judicial proceeding for destroying or damaging of documents in classic Roman law. Furthermore, the question of legal grounds for its application is analyzed, as well as the question of active legitimacy for raising a judicial proceeding and the question related to it whether the Aquiliae judicial proceeding in this case is applied as *actio utilis*, *in factum* or *actio directa*. The author also deals with the attitude of classic lawyers concerning the problem of direct or indirect causality at imposing damage and follows up on the problem of rivalry between Aquilae's and other judicial proceedings in the case of destroying of documents.

Originalni naučni rad 347.44(4-15+73)

Mr Atila Dudaš, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

PRUŽANJE PRAVNE ZAŠTITE UGOVORNIM OBEĆANJIMA U ANGLOSAKSONSKOM PRAVU – NASTANAK INSTITUTA *CONSIDERATION*-A[1]

Sažetak: *Ugovorno pravo u common law pravnim sistemima se principijelno zasniva na ideji da se ugovorima smatraju samo oni sporazumi stranaka koji podrazumevaju prestacije koje će se ispuniti u budućnosti. Prema tome, ugovorne obaveze (makar na strani jednog od ugovornika) se moraju odnositi na neko davanje, činjenje ili nečinjenje u budućnosti.*

Ipak, dugačak je bio razvojni put dok se nije stiglo do ove ideje, do stava da ugovornim obećanjima, koja imaju za predmet davanje, činjenje ili nečinjenje u budućnosti, treba pružati pravnu zaštitu, treba obezbediti mogućnost njihovog prinudnog izvršenja. Ovaj razvojni put se neminovno mora posmatrati kroz razvoj tužbenih formula u parničnom postupku u common law, budući da je sve do kraja XIX veka u anglosaksonskom pravu postojanje prava na tužbu bio uslov postojanja i materijalnopravnog potraživanja (actio fit obligatio).

Prvi korak u tom razvojnom pravcu predstavlja tužbena formula covenant, koja je pružala pravnu zaštitu obećanjima prestacije u budućnosti. Covenant je, međutim, nalik na stipulaciju rimskog prava, bio izuzetno formalan pravni posao, te nepoštovanje forme je povlačilo za sobom nemogućnost njegovog prinudnog izvršenja.

I tužbena formula debt je delimično poslužila kao osnov prinudnog izvršenja ugovornih obećanja, ali je i ona bila podvrgnuta jednom bitnom ograničenju. Slično realnim ugovorima rimskog prava, debt je pružao

[1] Rad je posvećen projektu *Pravo Srbije u evropskoj perspektivi* br. 149042 koji finansira Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije.

pravnu zaštitu tužiocu samo ako je i on, sa svoje strane, prethodno ispunio svoju obavezu, jer je ispunjenje obaveze tužioca kod realnih ugovora uslov nastanka ugovorne obligacije, pored toga što je to ujedno i čin ispunjenja obligacije.

Do nastanka opšteg osnova prinudne izvršivosti ugovornih obećanja dolazi tek pojavom tužbene formule assumpsit, preciznije, jednom njenom posebnom podvrstom, tužbenom formulom indebitatus assumpsit.

Proces razvoja ideje o opštem osnovu prinudne izvršivosti ugovora kod kojih još nijedna strana nije ispunila svoju obavezu (tzv. executory contract) smatra se okončanim 1602. godine slučajem Slade, u kojem je sud utvrdio pravilo da je uvek moguće podneti tužbu assumpsit, ako su strane postigle pogodbu (bargain), odnosno, svaka pogodba podrazumeva postojanje prava na podnošenje tužbe assumpsit.

Slučajem Slade stvoren je novi koncept ugovornog prava common law-a, pojam consideration-a, koji i danas predstavlja osnovnu liniju razgraničenja između pravom sankcionisanih (prinudno izvršivih) ugovornih obaveza od onih dogovora, sporazuma koji ne uživaju pravnu zaštitu (prinudno neizvršivih), tj. prirodnih obligacija. Consideration daje pogodbi (bargain) strana taj poseban kvalitet koji je neophodan uslov njene pravne zaštite.

Ključne reči: *consideration, covenant, debt, assumpsit, equity, prinudna izvršivost obećanja u anglosaksonskom pravu*

Uvodne napomene

Predmet rada čini prikaz razvoja shvatanja o prinudnoj izvršivosti ugovornih obećanja u anglosaksonskom pravu, počev od prvobitnih ideja o potrebi pružanja pravne zaštite ugovornim obećanjima, sve do poznatog slučaja *Slade* iz 1602. godine koji označava momenat kada je došlo do konačnog formiranja doktrine *consideration*-a u sudskoj praksi.

Da bi se razumeo razvojni tok ideje o potrebi pružanja pravne zaštite ugovornim obećanjima, neophodno je da se prethodno daju dve napomene u vezi sa poimanjem ugovora u anglosaksonskom pravu. S jedne strane, važno je istaći da u *common law* pravnim sistemima pravnu zaštitu uživaju isključivo oni sporazumi koji sadrže obećanje koje je prinudno izvršivo, a, po pravilu, prinudno izvršivim se smatraju samo ona obećanja koja se tiču razmene ekonomskih dobara (*exchange*). Tako, sporazumi u kojima nema razmene ekonomskih dobara, ekonomskih vrednosti, u kojima nema sinalagme, u principu ne uživaju pravnu zaštitu. Dobročina obećanja, su van

domašaja i interesovanja pravnog sistema, izuzev ako postoji neki naročiti razlog da se i dobročino obećanje učini prinudno izvršivim.

S druge strane, predmet interesovanja savremenog anglosaksonskog ugovornog prava su isključivo oni slučajevi razmene ekonomskih dobara koji će se desiti u budućnosti. Prema tome, ugovorno obećanje, da bi bilo pravom zaštićeno, prinudno izvršivo, mora da se odnosi na *buduće* ponašanje (davanje, činjenje ili nečinjenje) davaoca obećanja (dužnika). Sporazumi koji barem sa jedne strane ne sadrže obećanje koje se odnosi na ispunjenje neke prestacije u budućnosti, ne smatraju se ugovorima. Tzv. promptni ugovori, ugovori koji se izvršavaju u momentu ili neposredno nakon zaključenja ugovora (kupovina poljoprivrednih proizvoda na pijaci, na primer, kada se prestacije prodavca i kupca ispunjavaju u isti mah) prema anglosaksonskoj doktrini nisu predmet interesovanja ugovornog prava(!). Eventualna pravna pitanja koja takve transakcije mogu da nametnu se rešavaju prema pravilima stvarnog prava (da li je kupac postao vlasnik stvari, na primer), a ne prema pravilima ugovornog prava, jer ne sadrže obećanje koje se odnosi na neko buduće ponašanje barem jedne od ugovornih strana.[2]

Međutim, dugačak je bio razvojni put u anglosaksonskom pravu dok je ono stiglo do stava da se pravna zaštita pruža isključivo onim ugovorima koji sadrže obećanje u pogledu budućeg ponašanja strana i tiču se ekonomske razmene dobara. Predmet ovog rada je kratak prikaz tog razvoja.

Pravna zaštita ugovornih obećanja u ranom engleskom pravu

Ugovorno pravo u srednjevekovnom engleskom pravu započinje svoj razvojni put sa pozicije koja podrazumeva značajno niži nivo pravne svesti od onog koji je dostiglo rimsko privatno pravo. Bez obzira na to da su mnogi pojmovi i instituti rimskog ugovornog prava bili poznati i u srednjevekovnom engleskom pravu, englesko ugovorno pravo tog vremena je „samo neznatno bilo razvijenije od ugovornog prava primitivnih zajednica“.[3]

U tom ambijentu nerazvijenog ugovornog prava, u pogledu pravne zaštite privatnnopravnih sporazuma, *common law* zauzima stav vrlo sličan stavu klasičnog rimskog prava. Ugovorno obećanje je pravno obavezujuće samo ako se uklapa u neku od postojećih formi tužbi, u skladu sa

[2] FARNSWORTH, Allan, *Contracts*, 4th edition, Aspen publishers, New York, 2004, str. 4.

[3] FARNSWORTH, *Contracts,* op. cit., str. 11. V. u istom smislu AMES, James Barr, *The History of Assumpsit*, 2 Harvard Law Review 252, 260 (1888); COHEN, Morris R., *The Basis of Contract*, 46 Harvard Law Review, 553, 592 (1933).

formularnim karakterom parničnog postupka anglosaksonskog prava tog vremena.[4] Ako nije postojao neki naročiti obrazac tužbe (*writ*) za zaštitu pojedinih vrsta obećanja, ugovorno obećanje je ostalo bez pravne zaštite (*actio fit obligatio*). Slično feudalnim državama na kontinentu, srednjevekovno englesko društvo, koje je zbog svog staleškog karaktera više bilo orijentisano prema statusnim pitanjima, nije predstavljalo pogodno tle za razvoj ugovornog prava, za razvoj ideje o sve široj pravnoj zaštiti ugovornih obećanja. Šta više, čak su i zahtevi za sudsku zaštitu prava iz ugovora uopšte bili izuzetno retki, sporadični u sudskoj praksi.[5]

Za razliku od sudova opšte nadležnosti (*common law* sudovi), forumi drugih, u nekom smislu konkurentskih jurisdikcija u srednjevekovnoj Engleskoj su bili naklonjeniji prinudnoj izvršivosti ugovornih obećanja. Tako, prema *lex mercatoria*, po kojem su sporove presuđivali sudska veća trgovaca, ugovorna obećanja trgovaca su bila prinudno izvršiva.[6] Slično trgovinskom pravu, kanonsko pravo je isto smatralo obećanja obavezujućim za davaoca obećanja[7], s tim da su o pravnom dejstvu neformalnih obećanja postojala različita shvatanja u kanonskom pravu.[8] I, najzad, važno je istaći da je *equity*[9], tj. suđenje po osnovu pravičnosti u anglosaksonskom pravu priznalo prinudnu izvršivost ugovornih obećanja znatno pre *common law*-a, da bi se izbeglo nastupanje štete usled neispunjenja obećanja.[10]

---

[4] FARNSWORTH, *Contracts,* op. cit., str. 11.

[5] GLANVILL, Ranulf de, *The Treatise on the Laws and Customs of the Realm of England*, Oxford University Press, Oxford, 1993, str. 132. „*Nije u običaju kraljevskog suda da pruža zaštitu privatnim sporazumima, niti se ugovori koji se mogu smatrati privatnim sporazumima uopšte tiču suda*" (prevod - A.D.).

[6] FARNSWORTH, *Contracts,* op. cit., str. 12.

[7] PEROVIĆ, Slobodan, *Formalni ugovori u građanskom pravu*, Naučna knjiga, Beograd, 1964, str. 7-11; FARNSWORTH, Allan, *Parables about Promises: Religious Ethics and Contract Enforceability*, 71 Fordham Law Review, 695 (2002); COING, Helmut, *English Equity and the Denunciatio Evangelica of the Canon Law*, 71 The Law Quarterly Review 223 (1955).

[8] Tako, s jedne strane postojalo je shvatanje da prosto obećanje ne povlači pravnu sankciju, već samo duhovnu, odnosno da neispunjenje neformalnog ugovornog obećanja ne povlači svetovnu, pravnu sankciju, nego duhovnu, tj. isključenje iz crkve lica koje nije ispunilo obećanje - *denunciatio evangelica*. S druge strane, postojalo je i shvatanje da neispunjenje neformalnog obećanja treba da bude i pravom sankcionisano, odnosno titular prostog obećanja je mogao da podnese jednu posebnu tužbu kanonskog prava - *condictio ex canone*. V. PEROVIĆ, op. cit., str. 8.

[9] Termin *equity* u engleskom jeziku ima izuzetno široki spektar mogućih značenja. U ovom kontekstu se misli na pravni sistem u anglosaksonskom pravu koji potiče od delatnosti Suda kraljevog kancelara (*English Court of Chancery*) i paralelno se razvijao sa pravom sudova opšte nadležnosti (*common law*). V. Black's Law Dictionary, edited by Garner A. Bryan, 8th edition, West Group, St. Paul, Minnesota, USA, 2004, str. 579.

[10] FIFOOT, Cecil Herbert Stuart, *History and Sources of the Common Law: Tort and Contract*, Greenwood Press, London, 1949, str. 304.

Zapravo, teorija prinudne izvršivosti ugovornih obećanja formirana je u sudskoj praksi engleskih sudova zahvaljujući upravo ovom stanju konkurentske nadležnosti između sudova opšte nadležnosti, s jedne strane, i trgovačkih sudova, crkvenih sudova i suda kancelara, s druge. Proces nastanka teorije o opštem osnovu prinudne izvršivosti ugovornih obećanja je u praksi sudova opšte nadležnosti tekao sporo, i konačno se on formirao tek krajem XVI veka.[11]

Budući da je ovaj proces tekao u okrilju formularnog postupka, potrebno je ukazati na neke vrste tužbenih formula pomoću kojih su *common law* sudovi pružali pravnu zaštitu pojedinim tipovima ugovornih obaveza. Izbor između više formula nije bilo isključivo „pitanje tehničke prirode, već je ujedno značio o izbor između više vrsta parničnih postupaka prilagođenih određenoj vrsti potraživanja".[12]

Action of covenant

Tužbena formula koja je predstavljala prvi korak u pravcu izgradnje ideje o punoj pravnoj zaštiti ugovornih obećanja koja se odnose na buduću prestaciju je bio *covenant.*[13] *Covenant* je vrsta tužbene formule iza koje se krije izuzetno formalni pravni posao, koji je u pogledu svog formalističkog i apstraktnog karaktera bio nalik na stipulaciju rimskog prava. Nastaje krajem XII veka i predstavlja strogo pismenu izjavu obećavaoca da će ispuniti neku prestaciju u budućnosti, koja se morala overiti pečatom od voska.[14] Bez overe voštanim pečatom *covenant*-a nije proizvodio pravno dejstvo. Prema tome, sličnosti između *covenant*-a i stipulacije rimskog prava je u njihovoj formalnosti i apstraktnosti, i u opštoj upotrebivosti u zaključivanju pravnih poslova svih vrsta, ali dok je stipulacija verbalni pravni posao, dotle se *covenant* može smatrati literarnim pravnim poslom.[15]

---

[11] FARNSWORTH, *Contracts,* op. cit., str. 12.

[12] MAITLAND, Frederic William, *Forms of Actions at Common Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1936, str. 2.

[13] Termin *covenant* je u upotrebi i u savremenom ugovornom pravu anglosaksonskog pravnog područja, ali u drugačijem smislu. Naime, pod izrazom *covenant* se podrazumeva formalno obećanje neke obaveze, po pravilu posebna klauzula u ugovoru, koja se smatra nekom vrstom kvazi ličnog sredstva obezbeđenja potraživanja, jer povećava sigurnost ispunjenja/prinudnog izvršenja obaveze obećavaoca, budući da formalno obećanje neke prestacije predstavlja veću sigurnost od neformalnog obećanja iste prestacije. Sudska praksa je razvila više desetina raznih vrsta *covenant*-a. V. Black's Law Dictionary, op.cit., str. 369-370.

[14] FARNSWORTH, *Contracts,* op. cit., str. 13.

[15] U vezi pojma stipluacije rimskog prava, njene forme i pravne prirode, odnosno uticaja forme stipulacije na punovažnost zaključenog pravnog posla v. MALENICA, Antun,

Naravno, strogi formalizam *covenant*-a nije odgovarao privrednom razvoju u Engleskoj, isto kao što ni strogi formalizam stipulacije nije odgovarao razvijenoj robno-novčanoj privredi Rima. Tako, vremenom dolazi do slabljenja zahteva forme *covenant*-a, javljaju se slučajevi u sudskoj praksi u kojima overa voštanim pečatom pismene isprave ima samo karakter dokazne forme (*forma ad probationem*), i da nedostatak u overi voštanim pečatom ne utiče na punovažnost pravnog posla, čime forma *covenant*-a, pismena isprava overena voštanim pečatom, gubi dejstvo bitne forme (*forma ad solemnitatem*). Da je ovaj trend nastavljen i postao opšteprihvaćen u sudskoj praksi, *covenant* je mogao da preraste u opšti osnov prinudne izvršivosti ugovornih obećanja. Međutim, do sredine XIV veka je postalo jasno da *covenan*t ne može da posluži ovoj svrsi iz prostoga razloga što je u sudskoj praksi prevladao stav da voštani pečat na pisanoj ispravi nije instrument kojim se samo lakše dokazuje potraživanje (te se u nedostatku istog potraživanje može dokazivati drugim dokaznim sredstvima), već uslov podnošenja tužbe, uslov prinudnog ostvarivanja ugovornog obećanja.[16]

Action of debt

Sledeću stepenicu u pravcu izgradnje opšteg osnova prinudnog izvršenja ugovornih obećanja koja se odnose na ispunjenje prestacije u budućnosti predstavlja tužbena formula pod nazivom *action of debt* ili *writ of debt*. *Action of debt* je formula starog *common law*-a povodom kojeg sud raspravlja o tužbenom zahtevu koji se tiče isplate određenog iznosa novca.[17] U suštini, *action of debt* se razvio iz koncepta zajma, jednog od najosnovnijih tipova ugovora koji je poznat i u primitivnim zajednicama. Sve učestalije pozajmljivanje novca je krajem XII veka dovelo do nastanka specifične tužbene formule, poznate pod izrazom *debt.*[18] Međutim, obaveza dužnika po osnovu *action of debt*-a ne nastaje na osnovu njego-

---

Rimsko pravo, osmo izdanje, Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2008, str. 342-344.; STOJČEVIĆ, Dragomir, *Rimsko obligaciono pravo*, drugo prerađeno izdanje, Naučna knjiga, Beograd, 1957, str. 56-60.; SALMA, Jožef, *Obligaciono pravo*, 6. izdanje, Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2007, str. 218-220.; FÖLDI, András, HAMZA, Gábor, *A római jog története és institúciói*, Nemzeti Tankkönyvkiadó, Budapest, 1996, str. 480-483.

[16] FARNSWORTH, *Contracts,* op. cit., str. 13.

[17] Black's Law Dictionary, op.cit., str. 410. Sama reč *debt* označava dug, obavezu, dok *action of debt* specifičnu tužbenu formulu radi isplate određenog iznosa novca.

[18] FARNSWORTH, *Contracts,* op. cit., str. 13.

vog prostog obećanja, već na osnovu nevraćanja duga, u nekom smislu sticanja bez osnova. Razlog tužbe nije bio u tome da je zajmoprimac obećao vraćanje predmeta zajma, već da bi neispunjenje njegove obaveze vraćanja predstavljalo slučaj sticanja bez osnova. Prema tome, izvorno shvatanje *action of debt*-a podrazumeva prethodnu predaju predmeta zajma zajmoprimcu da bi zajmodavac stekao pravo na tužbu. Jasno je da *action of debt*, u formi u kojoj je nastao, nije ništa drugo do *mutuum* rimskog prava, jedan od najtipičnijih realnih ugovora.[19] Sličnost između *debt*-a i *mutuum*-a u pogledu njihovog realnog karaktera je evidentna.

Međutim, teorija smatra da je *action of debt* u svojoj najrazvijenijoj formi prerastao okvire ugovora o zajmu, i generalno okvire realnih kontrakata, i da se on kasnije mogao upotrebiti, kao tužbena formula, u svim slučajevima kada je tužilac izvršio svoju obavezu, a tuženi nije ispunio protivčinudbu, bez obzira na to da li se prestacija tužioca sastojala iz predaje novca ili zamenljivih stvari (koncept zajma) ili iz bilo koje činidbe, bila ona *dare* ili *facere* prirode. Tako, pravo na tužbu po osnovu *debt*-a ima svaki tužilac koji je na tuženog preneo neko imovinsko dobro, uključujući i izvršenje neke usluge tuženom.[20] Tako, može se smatrati da je *action of debt* u svojoj najrazvijenijoj formi bio bliži bezimenim sinalagmatičnim ugovorima, nego realnim ugovorima rimskog prava.[21]

Uprkos širokoj mogućnosti upotrebe razvijene tužbene formule *action of debt*-a[22], ona nije mogla predstavljati opšti osnov prinudne izvršivosti ugovornih obećanja, jer je uslov postojanja prava na tužbu, a time i

---

[19] Realni ugovori su oni kod kojih predaja stvari nije samo akt ispunjenja, već ima pravno dejstvo nastanka ugovora, zasnivanja ugovorne obligacije. Realni ugovori rimskog prava su: *mutuum* (zajam), *commodatum* (posluga), *fiducia* (fiducija), *pignus* (zaloga) i *depositum* (ostava). O zajmu, kao najtipičnijem realnom ugovoru v. MALENICA, *Rimsko pravo*, op. cit., str. 347-350.; STOJČEVIĆ, *Rimsko obligaciono pravo*, op. cit., str. 67-71.; FÖLDI, HAMZA, *A római jog története és institúciói*, op. cit., str. 487-489.

[20] FARNSWORTH, *Contracts,* op. cit., str. 13; SIMPSON, Alfred William Brian, *History of the Common Law of Contract - The Rise of the Action of Assumpsit*, Clarendon Press, Oxford, 1975, str. 75-80.

[21] Bezimeni sinalagmatični ugovori (*anónyma sinallágmata*) su ugovori klasičnog rimskog prava koji nastaju saglasnošću volja i ispunjenjem prestacije jedne od ugovornih strana i zaštićeni su putem *actio in factum*. Slični su realnim kontraktima po tome što je predaja stvari (izvršenje prestacije) uslov nastanka ugovorne obligacije, a nije samo čin ispunjenja, ali se i razlikuju od realnih ugovora, pre svega po tome, što nemaju tipizirani sadržaj, s jedne strane, i da nastaju ne samo predajom stvari, već ispunjenjem bilo kakve prestacije (*dare* ili *facere*). V. MALENICA, *Rimsko pravo*, op. cit., str. 374-376.; STOJČEVIĆ, *Rimsko obligaciono pravo*, op. cit., str. 98-101.; FÖLDI, HAMZA, *A római jog története és institúciói*, op. cit., str. 494-497.

[22] AMES, James Barr, *Parol contracts Prior to Assumpsit*, 8 Harvard Law Review 252, 260 (1894).

potraživanja tužioca, bio da je tužilac prethodno ispunio svoju obavezu, koje svojstvo *debt* nikad nije izgubio. Dvostrano obavezujući ugovori u kojima su se obe ugovorne strane obavezale na izvršenje neke prestacije su ostale van domašaja ove tužbene formule, ako nije došlo do ispunjenja prestacije jedne od ugovornih strana.

Pravnu zaštitu dvostrano obvezujući ugovori, bez prethodnog ispunjenja prestacije jedne od ugovornih strana, dobijaju tek jednom posebnom tužbenom formulom, koja se zove *assumpsit*.

Action of assumpsit

Tužbene formule za zaštitu ugovornih obligacija u engleskom pravu u XIV veku, *action of covenant* i *action of debt*, nisu bile podobne za izgradnju jednog opšteg osnova prinudne izvršivosti ugovornih obećanja koja se tiču ispunjenja prestacije u budućnosti. Dalji pravac razvoja ideje o opštoj prinudnoj izvršivosti ugovornih obećanja je nađen u tužbenim formulama kojima se pružala pravna zaštita potraživanjima iz delikta. U to vreme je već postojala određena tužbena formula, kojom se pružala pravna zaštita licu kome je drugo lice obećalo ispunjenje neke obaveze, a obavezu je izvršilo na način kojim se prouzrokuje šteta primaocu obećanja. U ovakvom slučaju je primalac obećanja mogao da tuži davaoca obećanja po osnovu posebne tužbene formule deliktnog karaktera, koja se u početku zvala „*trespass on the case*“, ali je kasnije dobila drugi naziv - bila je poznata pod izrazom „*assumpsit*“.[23] Na početku XV veka se ova tužbena formula mogla podneti sudu samo u slučaju manjkavog ispunjenja obećanja (delimično ispunjenje i ispunjenje sa greškom)[24] ne i u slučaju potpunog izostanka ispunjenja ugovorne prestacije.[25] Pravna zaštita primaoca obećanja tužbenom formulom deliktnog prava zbog pogrešog ispunjenja ugovornog obećanja sigurno izaziva čuđenje pravnika iz kontinentalne pravne kulture, ali je i ovo samo jedan od kurioziteta anglosak-

[23] FARNSWORTH, *Contracts,* op. cit., str. 14.

[24] U pitanju je tzv. *misfeasance*. *Misfeasance* se definiše kao, inače zakonita radnja, radnja koja sama po sebi nije protivzakonita, ali njeno izvršenje povlači protivpravne posledice. Na primer, nekvalitetno izvršenje neke usluge samo po sebi nije protivzakonito (izgradnja kuće na nekvalitetan način, kao radnja, nije protivzakonita sama po sebi), ali je rezultat protivan pravu, jer nije ispunjen cilj ugovora (uredno i potpuno ispunjenje). Black's Law Dictionary, op.cit., str. 1015.

[25] Tzv. *nonfeasance*. *Nonfeasance* nije ništa dugo do neispunjenje obaveze, propust dužnika da izvrši radnju davanja ili činjenja, kada je obaveza davanja ili činjenja zakonom ili ugovorom propisana. Black's Law Dictionary, op.cit., str. 1076.

sonskog prava. Prema tome, *assumpsit* se u prvoj polovini XV veka nije mogao upotrebiti u slučaju neispunjenja ugovornog obećanja, već samo u slučaju delimičnog ispunjenja ili ispunjenja sa greškom.[26]

Međutim, u drugoj polovini XV veka uočava se spremnost sudija sudova opšte nadležnosti, pre svega zbog rivalskog odnosa sa konkurentskim forumima (kraljevog kancelara koji je sudio po pravičnosti - *equity*, i sudskih foruma trgovaca), da opseg tužbene formule *assumpsit* prošire i na slučajeve kada je ispunjenje obećanja u potpunosti izostalo (prema tome, i na slučajeve kada se nije radilo o delimičnom ispunjenju ili ispunjenju sa nedostatkom, već o potpunom izostanku ispunjenja, neispunjenju)[27], ali sa određenim ograničenjima.[28] Tako, sudovi su bili primorani da nađu kriterijum na osnovu kojeg bi se razlučili slučajevi u kojima primalac obećanja ima pravo na tužbu *assumpsit* zbog neispunjenja, od slučajeva kada je neispunjenje ugovornog obećanja pravno nesankcionisano.

Prvo proširenje opsega tužbene formule *assumpsit* i na neispunjenje ugovornog obećanja se ticao onih slučajeva kada se primalac obećanja pouzdao u njemu dato obećanje i time pretrpeo štetu.[29] Ovo proširenje opsega tužbene formule je sasvim logično, jer je ona i izvorno podrazumevala da primalac obećanja mora da pretrpi konkretnu štetu da bi imao pravo na tužbu, štetu koju davalac obećanja prouzrokuje primaocu obećanja manjkavim ispunjenjem prestacije, a konkretnu štetu može da pretrpi i onaj primalac obećanja kome obećanje, doduše uopšte nije ispunjeno, ali se on pouzdao u obećanje, čije je ispunjenje izostalo. Ipak, iz ovoga jasno proizilazi da proširivanjem opsega tužbene formule *assumpsit* i na slučajeve neispunjenja, pod uslovom da je primalac obećanja pretrpeo štetu usled pouzdanja u njemu dato obećanje, nije obuhvatao slučajeve kada se primalac obećanja nije pouzdao u obećanje. Dakle, u ovoj svojoj formi, *assumpsit* još nije postao opšti osnov za prinudno izvršenje ugovornih obećanja koja se tiču ispunjenja obaveze u budućnosti.

---

[26] Ovaj stav sudske prakse je jasno izražen već davne 1409. godine, rečima da je „*nesporno da postoji tužba protiv stolara koji je traljavo sagradio kuću, jer treba da odgovara za štetu prouzrokovanu svojim delom, ali kako može da postoji tužba protiv lica koje je dalo obećanje da će nešto učiniti, a ništa nije učinio, a obećanje nije dato u formi isprave sa voštanim pečatom*“ (prevod - A.D.). Y.B. Mich. 11 Hy. 4 [1605 ed.], p.33, pl. 60 (1409), in HOLDSWORTH, William Searle, *History of English Law*, 7th edition, Sweet & Maxwell, London, 1938, 3. tom, str. 433-434.

[27] FARNSWORTH, op. cit., str. 14.

[28] „*Bilo bi potpuno nerazumno da se omogući podnošenje tužbe trespass sa povredu bilo kog obećanja u svetu* (prevod - A.D.). Y.B. Hil. 3 Hy. 6 [1679 ed.], p.36, pl. 33 (1425), in HOLDSWORTH, *History of English Law*, op. cit., str. 433-434.

[29] FARNSWORTH, *Contracts,* op. cit., str. 15.

Krajem XVI veka dolazi do drugog i dramatičnog proširenja opsega tužbene formule *assumpsit*, u smislu da je ona proširena i na slučajeve u kojima nijedna strana nije ispunila svoju prestaciju.[30] Obrazloženje za ovo značajno proširenje opsega tužbene formule *assumpsit* je nađeno u tome da neispunjenje samo po sebi predstavlja štetu za tužioca, jer je on „ograničio svoju slobodu ugovaranja"[31] i preuzeo neku obavezu, pouzdajući se u to da će i druga strana ispuniti svoju obavezu. Tako, od kraja XVI veka tužba *assumpsit* se u Engleskoj mogla podneti i u slučaju neispunjenja. Interesantno je napomenuti da isti ovaj stepen razvoja ugovorno pravo u SAD dostiže tek krajem XVIII veka.[32]

Ovo proširenje opsega tužbene formule *assumpsit* je imalo značajan uticaj i na metod utvrđivanja visine naknade štete zbog neispunjenja. Naime, imajući u vidu da primalac obećanja nije preneo nikakvo imovinsko dobro u imovinu davaoca obećanja (*debt*), niti se pouzdao u njemu dato obećanje (prvo proširenje opsega tužbene formule *assumpsit*), osnov izračunavanja visine naknade nije mogao biti ni vrednost prenetog imovinskog dobra, niti iznos štete koju je primalac obećanja pretrpeo pouzdajući se u obećanje. Tako, za osnov utvrđivanja naknade uzimaju se tzv. „neostvarena očekivanja" primaoca obećanja, korist od ugovora čije ostvarenje je on razumno mogao očekivati, da je ugovorno obećanje ispunjeno. Kriterijum za utvrđivanje visine naknade postaje, dakle, tzv. interes očekivanja tužioca (*expectation interest*).[33]

Međutim, mogućnost podnošenja tužbe *assumpsit* u slučaju neispunjenja je i dalje bilo podvrgnuto jednom ograničenju. Smatralo se da se tužba *assumpsit* ne može podneti sudu, ako su bili ispunjeni uslovi

---

[30] FARNSWORTH, *Contracts,* op. cit., str. 16.

[31] Ibid.

[32] HORWITZ, Morton J., *The Historical Foundations of Modern Contract Law*, 87 Harvard Law Review 917 (1974).

[33] U *common law* pravnim sistemima postoje tri metoda za izračunavanje visine odštete, merenih povređenim interesom oštećenog lica: *restitution interest, reliance interest* i *expectation 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). *Reliance interest* predstavlja ukupan iznos troškova preduzetih u vezi sa zaključenjem i ispunjenjem ugovora, dok *expectation interest* označava dobitak koji je ugovoru verna strana osnovano očekivala od ispunjenja ugovora.[33] 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. 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).

za podnošenje tužbe *debt*. Ovo pitanje nije bilo samo od principijelnog i teorijskog, već i od velikog praktičnog značaja, jer je u slučaju *assumpsit*-a tužilac imao pravo na porotno suđenje, što je povoljnije za njega, dok je u slučaju *debt*-a tuženi mogao odbiti tužbeni zahtev putem dokaznog sredstva zvanog *wager of law*.[34] Sledeći korak u razvoju ugovornog prava *common law*-a je predstavljalo omogućavanje supstitucije tužbene formule *debt* tužbenom formulom *assumpsit*. Tako, sredinom XVI veka razvija se stav u sudskoj praksi da se tužba *assumpsit* može podneti i protiv dužnika koji se zadužio za određeni iznos novca (postao *indebitatus*). Ova podvrsta tužbene formule *assumpsit* se označavala terminom *indebitatus assumpsit* ili *general assumpsit* da bi se razlikovala od starog *assumpsit*-a koji se još zvao i *special assumpsit*, zbog specifičnih uslova koji su morali biti ispunjeni da bi tužilac uspešno mogao podneti tužbu.

Slučaj *Slade*

Smatra se u teoriji anglosaksonskog ugovornog prava[35] da je opšti osnov/obrazloženje prinudne izvršivosti obaveza iz ugovora u kojem još nijedna od strana nije ni delimično ispunila svoju obavezu, konačno oformljen 1602. godine, u čuvenom slučaju *Slade*.[36]

Činjenični osnov slučaja je posve jednostavan. Tužilac je prodao tuženom određenu količinu poljoprivrednih proizvoda, čiju cenu tuženi nije platio, te je tužilac podneo tužbu sudu radi isplate prodajne cene. Na osnovu stava porote da u „predmetnom slučaju ne postoji ni posebno obećanje dužnika, niti neka vrsta priznanja duga, već samo sporazum strana, njihova pogodba (*bargain*)" sudsko veće je jednoglasno zauzelo stav da „svaka pogodba podrazumeva postojanje *assumpsit*-a".[37] Prema tome, od slučaja *Slade* sudska praksa prihvata stav da tužilac ima pravo da, umesto tužbe *debt,* podnese sudu tužbu *assumpsit*, u svakom slučaju kada su strane postigle neku vrstu sporazuma, pogodbe.

---

[34] FARNSWORTH, *Contracts,* op. cit., str. 17. *Wager of law* je vrsta dokaznog sredstva *common law*-a, sada već samo od istorijskog značaja (više nije u upotrebi), kojim se tuženi brani od tužbe/optužbe javnom zakletvom da je tužba neosnovana, uz navođenje imena drugih lica, tzv. kompurgatora (saklevetnika), koja mogu da potvrde kredibilitet tuženog. Black's Law Dictionary, op.cit., str. 1574.

[35] FARNSWORTH, *Contracts,* op. cit., str. 18.; ZWEIGERT, Konrad, KÖTZ, Hein, *Introduction to Comparative Law*, 3rd Revised Edition, Clarendon Press, Oxford, 1998, str. 552.

[36] Slade's Case, 76 Eng. Rep. 1074 (K.B. 1602).

[37] V. obrazloženje odluke na str. 1077.

Zaključna razmatranja - nastanak pojma *consideration*-a

Početkom XVII veka zaokružava se proces razvoja ideje u teoriji ugovornog prava u *common law* da treba pružati pravnu zaštitu ugovornim obećanjima koja se odnose na izvršenje prestacije u budućnosti.

Prvi korak u tom razvoju je predstavljala tužbena formula *covenant* koja je, zbog svoje formalističke prirode, pružala pravnu zaštitu primaocu obećanja samo u slučaju kada je izjava o obećanju ispunjenja neke prestacije data u naročitoj formi, u formi isprave sa voštanim pečatom. Prema tome, van domašaja su ostala sva obećanja učinjena konsensualno, u bilo kojoj formi koja odstupa od forme pisane isprave sa otiskom voštanog pečata.

Isto tako ni tužbena formula *debt* nije mogla da posluži kao opšti osnov pravne zaštite ugovornih obećanja, jer je zbog svog realnog karaktera podrazumevala da je tužilac prethodno već ispunio svoju prestaciju - ugovorna obaveze tuženog nastaje tek ispunjenjem obaveze tužioca.

Kao što je istraživanje pokazalo, opšti osnov prinudne izvršivosti ugovornih obećanja nastaje tek tužbenom formulom *assumpsit*, i to jednom njenom podvrstom, tužbenom formulom *indebitatus assumpsit*. Međutim, u pravom smislu reči opšti osnov/obrazloženje prinudne izvršivosti ugovornih obećanja je formulisano tek u slučaju *Slade* iz 1602. godine. U ovom poznatom slučaju sud je zauzeo stav da svaka pogodba (*bargain*) uživa pravnu zaštitu bez obzira na formu u kojoj je ona nastala i da li je tužilac pre podnošenja tužbe sudu ispunio svoju obavezu.

Prema tome, od početka XVII veka u anglosaksonskom pravu svaka pogodba, svaki sporazum uživa pravnu zaštitu, postoji mogućnost prinudnog izvršenja obaveza nastalih sporazumom strana, ali pod uslovom da taj sporazum podrazumeva određenu sinalagmu, tj. odnos u kojem prestaciju jedne strane prati protivprestacija druge ugovorne strane. Drugim rečima, mogućnost prinudne izvršivosti pogodbe strana zavisi od toga da li je ispunjen uslov *consideration*-a. Tako, od slučaja Slade do današnjih dana, centralni pojam anglosaksonskog ugovornog prava čini institut *consideration*-a, u smislu sveukupnosti uslova koji moraju da postoje da bi jedno ugovorno obećanje, koje se odnosi na izvršenje prestacije u budućnosti, uživalo pravnu zaštitu.[38] Ako uslov *consideration*-a nije ispunjen, ugovorno obećanje ne uživa pravnu zaštitu, osim ako ne postoji neki alternativni osnov prinudne izvršivosti, a to su forma pravnog posla ili *promissory estoppel*.[39]

---

[38] Detaljnije o ustanovi *consideration-a* v. rad autora, *Pojam consideration-a u anglosaksonskom pravu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, br. 3/2006, str. 449-472.

[39] 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.

Attila Dudás, LL.M., Assistant
Novi sad School of Law

Enforceability of Future Promises at Common Law - the Formation of Doctrine of Consideration -

Abstract

One of the basic tenets of the law of contract in countries that belong to the legal family of common law is that only such contractual promises are legally enforceable that are concerned with future promises, which means that contractual duties (at least one obligation of one of the parties) must pertain to performance in future.

However, common law went a long way until it has reached the position that future promises are to be legally enforceable. This development is to be analyzed necessarily in the light of the so-called writ-system of common law, since until the end of 19th century, at common law a claim under substantive law existed only if the creditor had a chose in action, i.e. was entitled to submit a specific type of action (writ) to the court (action fit obligation).

The first step in developing a general basis for enforcing future promises may have been found in action of covenant. The covenant was, however, similarly to stipulation of Roman law, a legal act subject to strict formalities; therefore any failure to observe the formalities hindered the enforceability of the covenant.

In some sense, the action of debt could also be regarded as a vehicle for development of a basis for the enforcement of future promises, but it was also subject to a fundamental limitation. Namely, similarly to real contracts of Roman law, action of debt entitled the claimant to judicial protection of the promise made to him by the respondent, only if the claimant himself has rendered his performance beforehand, since the fundamental feature of real contracts is that the performance of claimant's promise is not considered only as an act of performing a contract, but also as an act of formation of a contract.

Common law reaches the general basis for enforcing future promises only with the emergence of action of assumpsit, more precisely, with one of its special types, the indebitatus assumpsit.

The process of developing a general basis for enforcing contracts under which none of the parties has rendered performance (so-called executory contracts) reaches its end in 1602 in Slade's case, in which the court settled that a party to a contract may always submit an action of assumpsit if the parties have reached a bargain, i.e. each and every bargain imports in itself an assumpsit.

With Slade's case a new legal institution has emerged at common law, the notion of consideration, which even today delimits legally enforceable contractual promises from all other contract-like agreements that do not enjoy legal protection, legally unenforceable natural obligations. Consideration furnishes the bargain with such essential feature that renders it legally enforceable.

Originalni naučni rad 343.55:347.615

Mr Emir Ćorović, asistent
Pravno-ekonomskog fakulteta
Državnog univerziteta u Novom Pazaru

KRIVIČNO DELO NEDAVANJE IZDRŽAVANJA
- Teorijski i praktični aspekti -

***Sažetak**: U prvom delu rada ukazano je na zakonsku dužnost izdržavanja predviđenu Porodičnim zakonom Republike Srbije, na okolnost preventivnog značaja inkriminisanja neispunjenja ove dužnosti, kao i činjenicu da je problematika vezana za nedavanje izdržavanja bila predmet IX međunarodnog kongresa za krivično pravo.*

U drugom delu rada analizirani su elementi bića krivičnog dela nedavanja izdržavanja iz čl. 195 Krivičnog zakonika. Akcenat je stavljen na koncept radnje izvršenja i njen odnos sa supsidijarnim karakterom krivičnopravne zaštite. Pored toga ukazano je na prirodu dela, elemete krivice kod istog, odnos sa krivičnim delima zapuštanje ili zlostavljanje maloletnog lica i kršenje porodičnih obaveza, kritički je razmotren njegov teži oblik itd. Problematikika dela je posmatrana kako sa teorijskih, tako i sa praktičnih pozicija.

U poslednjem, trećem delu rada autor predlaže izvesne korekcije u biću krivičnog dela nedavanja izdržavanja iz čl. 195 Krivičnog zakonika.

***Ključne reči**: nedavanje izdržavanja, izbegavanje davanja izdržavanja, supsidijarni karakter krivičnopravne zaštite, nečinjenje, trajno krivično delo, produženo krivično delo, zapuštanje ili zlostavljanje maloletnog lica, kršenje porodičnih obaveza, teži oblik.*

I

1. Dužnost izdržavanja članova porodice predstavlja tzv. zakonsku obligaciju. Prema Porodičnom zakonu Republike Srbije[1] (u daljem

[1] „*Službeni glasnik Republike Srbije*“, br. 18/05.

tekstu: PZ) izdržavanje predstavlja „pravo i dužnost članova porodice“ (čl. 8 st. 1). Ovu načelnu odredbu PZ je konkretizovao tako što je predvideo: dužnost uzajamnog izdržavanja supružnika (čl. 28, čl. 151), odnosno vanbračnih partnera (čl. 4 st. 2, čl. 152); dužnost izdržavanja majke deteta od strane oca deteta (čl. 153); dužnost izdržavanja dece od strane roditelja, odnosno drugih krvnih srodnika u pravoj ushodnoj liniji (čl.73, čl. 154, 155); dužnost izdržavanja roditelja od strane dece, odnosno drugih krvnih srodnika u pravoj nishodnoj liniji (čl. 156); dužnost izdržavanja braće i sestara (čl. 157); dužnost izdržavanja adoptivnih srodnika (čl. 158); i dužnost izdržavanja tazbinski srodnika (čl. 159).

S obzirom da izdržavanje predstavlja institut civilnog prava, njegova realizacija se vrši u parničnom postupku. PZ sadrži posebna pravila (čl. 277 – 282) o postupku u sporovima povodom izdržavanja.

Izdržavanje se po pravilu daje u novcu, s tim da je zakonodavac ostavio mogućnost da se ova obaveza odredi i na drugi način, pod uslovom da se dužnik i poverilac o tome sporazumeju (čl. 161 PZ). U praksi, dužnik izdržavanja se, po pravilu, obavezuje da obavezu izdržavanja izmiruje u mesečnim intervalima.

2. Pored građanskopravne zaštite, pravo na izdržavanje u velikom broju zemalja uživa i krivičnopravnu zaštitu. Pojedini teoretičari (prof. *Levasseeur*) smatraju da inkriminisanje neispunjenja dužnosti izdržavanja može biti od kriminalno-preventivnog značaja, s obzirom da pretpostavljeni učinioci ovog dela po pravilu nisu osobe koje su sklone vršenju krivičnih dela, tako da ih već i pretnja krivičnim postupkom i komplikacijama koje se s njim u vezi javljaju, može odvratiti od namere da ne plaćaju izdržavanje.[2]

Problematika vezana za ovo krivično delo je raspravljana na IX Međunarodnom kongresu za krivično pravo koji je 1964. godine održan u Hagu. Na Kongresu je naglašeno da povreda dužnosti izdržavanja predstavlja ozbiljan socijalni problem čiji značaj raste srazmerno mobilnosti savremenog društva. Od strane jednog broja učesnika na Kongresu (*Lombardo*, *Lopes Rey*) ukazano je upravo na problematiku migracije stanovništva i neplaćanja izdržavanja.[3]

---

[2] Hirjan, F. i Singer, M., *Maloljetnici u krivičnom pravu: Materijalnopravni i procesnopravni položaj maloljetnih počinilaca krivičnih djela-Krivičnopravna zaštita maliljetnika-Kriminalna politika*, Treće izdanje, Globus Zagreb, Ljubljana 1991, str. 240.

[3] Ibid.

II

1. U glavi XIX Krivičnog zakonika Republike Srbije[4] (u daljem tekstu: KZ) nalaze se krivična dela protiv braka i porodice. Krivično delo nedavanje izdržavanja je regulisano u čl. 195 KZ i kod istog možemo razlikovati osnovni (stav 1) i teži oblik (stav 3).

2. Stav 1 čl. 195 KZ glasi: „Ko ne daje izdržavanje za lice koje je po zakonu dužan da izdržava, a ta dužnost je utvrđena izvršnom sudskom odlukom ili izvršnim poravnanjem pred sudom ili drugim nadležnim organom, u iznosu i na način kako je to odlukom odnosno poravnanjem utvrđeno, kazniće se novčanom kaznom ili zatvorom do jedne godine".

Iz citiranog vidimo da se krivično delo sastoji u nedavanju izdržavanja za lice koje je učinilac po zakonu dužan da izdržava. Radnja izvršenja je, shodno tome, postavljena kao nečinjenje, tj. propuštanje učinioca da daje izdržavanje za lice koje je *ex lege* dužan da izdržava. Iako se radi o uskraćivanju (nedavanju) zakonskog izdržavanja, potrebno je da je dužnost davanja izdržavanja utvrđena izvršnom sudskom odlukom ili izvršnim poravnanjem pred sudom ili drugim nadležnim organom. Iz zakonske odredbe jasno proizilazi da krivično delo postoji ukoliko učinilac ne daje izdržavanje u iznosu i na način kako je to odlukom, odnosno poravnanjem utvrđeno.

3. Ovako postavljeno biće krivičnog dela izaziva odgovarajuće teorijske i praktične dileme. Naime, radnja izvršenja određena kao nedavanje izdržavanja u iznosu i na način kako je to utvrđeno odlukom odnosno poravnanjem nije u skladu sa supsidijarnom prirodom krivičnopravne zaštite. Supsidijarnost krivično- pravne zaštite se ogleda u tome da krivično pravo ne treba da preuzima zadatke koji se mogu ostvariti lakšim merama prisile ili bez nje,[5] odnosno, jednostavnije rečeno, krivičnopravna zaštita treba da bude poslednje sredstvo (*ultima ratio*) u zaštiti određenih vrednosti.[6]

Pošto je izdržavanje jedana građanskopravna kategorija, ovo pravo poverilac zakonskog izdržavanja primarno treba da ostvaruje u građanskom -izvršnom postupku. Krivičnopravnoj zaštiti bi imalo mesta jedino u slučaju da dužnik izdržavanja, pored toga što ne daje izdržavanje, preduzima odgovarajuće akte kojima onemogućava ili otežava prinudnu realizaciju ovog poveriočevog prava. Na primer, ukoliko dužnik izdrža-

[4] „*Službeni glasnik Republike Srbije*", br. 85/05, 88/05 i 107/05

[5] Bačić, F., *Kazneno pravo, Opći dio*, Peto prerađeno i prošireno izdanje, Informator, Zagreb, 1998, str. 7.

[6] Stojanović, Z., *Komentar Krivičnog zakonika*, „Službeni glasnik", Beograd, 2006, str. 31.

vanja napusti posao pa na taj način onemogući naplatu izdržavanja preko svojih primanja; ili ukoliko dužnik izdržavanja često menja mesto svog boravišta i na taj način onemogućava popisivanje svojih pokretnih stvari u cilju njihove prinudne prodaje i namirenja poverioca zakonskog izdržavanja; dalje, ako dužnik poklanja, odnosno otuđuje u bescenje svoju pokretnu i nepokretnu imovinu, odnosno ukoliko krije sredstva dobijena od prodaje svoje imovine; zatim ukoliko daje lažne podatke o svojim prihodima ili imovini sa ciljem da na taj način oteža naplatu poveriočevog potraživanja itd.

Radnja izvršenja ovog dela *de lege lata* omogućava da se svaki oblik nedavanja izdržavanja okarakteriše kao krivično delo. Krivično delo postoji i ukoliko učinilac ne daje izdržavanje ***u iznosu i na način*** kako je to određeno odlukom odnosno poravnanjem. Znači i u slučaju docnje sa ispunjenjem svoje činidne dužnik izdržavanja čini krivično delo. Ovakvo rešenje je neprihvatljivo sa stanovišta supsidijarnosti krivičnopravne zaštite.

Rešenje koje je postojalo prema prethodnom Krivičnom zakonu Srbije,[7] do njegovih izmena iz 2002. godine,[8] bilo je po našem mišljenju znatno bolje. Tako, u čl. 119 st. 1 ovog Zakona je stajalo: „Ko ***izbegava da daje izdržavanje*** za lice koje je po zakonu dužno da izdržava a ta dužnost je utvrđena na osnovu izvršne sudske odluke ili izvršnog poravnanja pred sudom ili drugim nadležnim organom, kazniće se zatvorom do jedne godine".

Iz citiranog vidimo da nije bio inkriminisan svaki vid nedavanja izdržavanja, već samo ***izbegavanje*** da se daje izdržavanje.[9] Izbegavanje da se daje izdržavanje predstavljalo je, u stvari, ***namerno nedavanje izdržavanja***.[10] To je značilo da je učinilac krivičnog dela „objektivno bio u mogućnosti da daje izdržavanje ali isto ne čini već ga na razne načine onemogućava, kao na primer, prikrivanjem svoje zarade, čestim promenama mesta za-

[7] „*Službeni glasnik Socijalističke Republike Srbije*", br. 26/77, 28/77, 43/77, 20/79, 24/84, 39/86, 51/87, 6/89, 42/89, 21/90 i „*Službeni glasnik Republike Srbije*", br. 16/90, 49/92, 23/93, 67/93, 47/94, 17/95, 44/98, 10/02, 11/02, 80/02, 39/03, 67/03.

[8] „*Službeni glasnik Republike Srbije*", br. 10/02.

[9] Čl. 119 KZ RS je do izmena iz 2002. godine nosio naziv „Izbegavanje davanja izdržavanja". Do Novela iz 1994. godine čl. 119 KZ RS je nosio naziv „Neplaćanje alimentacije".

[10] Vidi: Radovanović, M. i Đorđević, M., *Krivično pravo, Posebni deo*, Drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, „Savremena administracija", Beograd, 1967, str. 179, Stojanović, Z. i Perić, O., *Krivično pravo, Posebni deo*, Treće dopunjeno izdanje, „Službeni glasnik", Beograd, 1999, str. 149, *Zaštita deteta od zlostavljanja,* Priručnik za centre za socijalni rad i druge službe u lokalnoj zajednici, Jugoslovenski centar za prava deteta, Beograd, 2001, str. 57.

poslenja i boravka, napuštanjem radnog odnosa i sl".[11] S tim u vezi u odluci Okružnog suda u Beogradu Kž. br. 653/92[12] stoji: „Izbegavanje se može vršiti na razne načine kao što su neprijavljivanje zaposlenja, menjanje radnog mesta, skrivanje imovine, fiktivni prenos imovine na drugo lice, menjanje mesta stanovanja i sl., sve u cilju da se osujeti izvršenje na svojoj imovini. U ovom slučaju prvostepeni sud je pravilno zaključio da time što se okrivljeni pasivno držao i nije izvršavao svoju obavezu ne čini krivično delo neplaćanja alimentacije iz člana 119 stav 1 KZS".

Znači nedavanje izdržavanja se *per se* nije smatralo krivičnim delom, već je bilo potrebno da se radi o izbegavanju davanja izdržavanja, a ta okolnost se utvrđivala iz postupaka učinioca koji prate njegovo neizvršavanje utvrđene dužnosti izdržavanja. Na ovaj način je bila uklonjena opasnost da se puko nedavanje izdržavanja, tj. neispunjenje jedne građanskopravne obaveze tretira kao krivično delo.[13]

U uporednom pravu nismo, povodom ovog pitanja, mogli naći primere koji odgovaraju našem pozitivnopravnom rešenju. S tim u vezi ukažimo na neka rešenja iz inostranog prava. Tako, francuski KZ u čl. 227-3[14] inkriminiše neizvršenje sudske odluke ili sudskog poravnanja kojim je određena obaveza nekom licu da plaća u korist svoje zakonite (rođene ili usvojene) dece, potomaka, predaka ili supružnika, odgovarajuća novčana ili druga davanja, na osnovu neke porodične obaveze predviđene Građanskim zakonikom, ali samo u slučaju ***neispunjenja te dužnosti u celosti više od dva meseca***. Inače francuski zakonodavac je kao kažnjivo ponašanje predvideo (čl. 227-4) i izbegavanje obaveznog lica da poverioca izdržavanja obavesti o promeni svog zvaničnog boravišta u roku od mesec dana od dana promene. Dalje, u § 170b KZ Nemačke[15] inkriminisano je uskraćivanje zakonske obaveze izdržavanja samo ako dođe do ***ugrožavanja*** životnih potreba izdržavanog lica, odnosno ako bi te potrebe, bez pomoći drugog, ***bile ugrožene***. Prema čl. 157 KZ Ruske Federacije[16] kažnji-

[11] Radovanović, M. i Đorđević, M., *Krivično pravo, Posebni deo*, op.cit., str. 179-180.

[12] Sudska praksa elektronskog paket programa propisa i sudske prakse „INFOTEK".

[13] Slično: Hirjan, F. i Singer, M., *Maloljetnici u krivičnom pravu,* op.cit., str. 242.

[14] *Penal Code*, With participation of Jonh Rason SPENCER, QC, Professor of law, University of Cambrige, Fellow of Selwyn College, na internet adresi (preuzet dana 16.04.2008. godine): wings.buffalo.edu/law/bclc

[15] *Krivični zakonik Savezne Republike Nemačke sa Uvodnim zakonom za Krivični zakonik i Vojno krivičnim zakonom*, (Uporedni srpski i nemački tekst) Prevod: D. Pavlović, „Centar marketing", Pravno izdavački centar, Beograd, 1998.

[16] *Kommentariù k Ugolovnomu kodeksu Rossiùskoù Federacii*, Pod Redakcieй A.I. Raroga, 4-e izdanie, Pererabotannoe i dopolnennoe, Moskovskaя gosudarstvennaя юridičeskaя akademiя, Kodeks, Moskva, 2007, str. 273 - 276.

vo je ***zlonamerno uzdržavanje od uplate*** sredstava koja su određena sudskom odlukom za izdržavanje odgovarajućih lica. Hrvatski KZ (čl. 209)[17] je radnju ovog dela odredio kao ***izbegavanje davanja izdržavanja*** za lice koje je učinilac na osnovu izvršne odluke ili sudskog poravnanja dužan izdržavati, odnosno kao ***odbijanje izvršenja*** takve obaveze. KZ Makedonije u čl. 202 ovo krivično delo određuje kao ***izbegavanje davanja izdržavanja*** koje je određeno izvršnom sudskom odlukom ili poravnanjem.[18]

Iako bi se i nekim od navedenih inostranih rešenja mogle uputiti kritike, smatramo da su ista, sa stanovišta karaktera krivičnoprane zaštite, ipak prihvatljivija.

4. Krivično delo nedavanja izdržavanja predstavlja pravi omisivni delikt. Nedavanje izdržavanja može se izvršiti samo pasivnim ponašanjem (nečinjenjem, propuštanjem) učinioca, tj. njegovim propuštanjem da daje izdržavanje na koje je obavezan po osnovu izvršne sudske odluke ili izvršnog poravnanja koje je zaključeno pred sudom ili drugim nadležnim organom. Znači propuštanje da se daje utvrđeno izdržavanje je predviđeno kao krivično delo, te su time ispunjeni uslovi za konstrukciju pravog krivičnog dela nečinjenja iz čl. 15 st. 1 našeg KZ.

Na prirodu radnje ovog krivičnog dela ne utiče ni okolnost da se ona može izvršiti i, na primer, delimičnim ispunjenjem utvrđene dužnosti, ili, pak, nekom drugom činidbom, a ne onom na koju dužnost izdržavanja glasi. Naime, smisao inkriminacije leži u nedavanju dužnog izdržavanja „***u iznosu i na način*** kako je to odlukom odnosno poravnanjem utvrđeno“. Ukoliko se radnja učinioca sastojala u delimičnom ispunjenju utvrđene dužnosti, odnosno u nekoj drugoj, a ne u utvrđenoj činidbi, ista u normativnom smislu ostaje radnja nečinjenja, s obzirom da učinilac svoju dužnost ***nije ispunio u iznosu i na način*** kako je to određeno odlukom odnosno poravnanjem.

5. Dužnost izdržavanja srodnika (krvnih, adoptivnih i tazbinskih), supružnika i vanbračnih partnera predstavlja zakonsku obavezu. Ali kršenjem te načelne (opšte) zakonske obaveze ne ostvaruje se biće ovog krivičnog dela. Za postojanje krivičnog dela nedavanja izdržavanja potrebno je da je zakonska obaveza izdržavanja utvrđena sudskom odlukom ili poravnanjem zaključenim pred sudom ili drugim nadležnim organom.

Neispunjenje opšte zakonske obaveze izdržavanja koja nije utvrđena odlukom ili poravnanjem može, eventualno, predstavljati neko drugo kri-

[17] Bačić, F. i Pavlović, Š., *Kazneno pravo, Posebni dio*, I izdanje, Informator, Zagreb, 2001, str. 191.

[18] Kambovski, V., *Kazneno pravo, Poseben del*, Treto, potpolno izmeneto izdanie, Prosvetno delo, Skopje, 1997, str. 240.

vično delo, kao na primer zapuštanje ili zlostavljanje maloletnog lica iz čl. 193 KZ ili kršenje porodičnih obaveza iz čl. 196 KZ. Tako, Savezni vrhovni sud je u odluci Kž. br. 114/60 našao da se radi o zapuštanju maloletnika kada je okrivljeni kao otac zanemario da se „stara o svom detetu, da vodi brigu o smeštaju majke i novorođenog deteta i njihovoj ishrani u prvim danima po rođenju deteta, kad majka inače nije sposobna za rad, niti je u stanju da sama brine o sebi i detetu".[19] Ili, odlukom istog suda Kž. 95/64, kao isto delo su kvalifikovane radnje oca koji je dvadeset meseci bio odsutan od kuće i koji za to vreme porodici nije davao nikakvu materijalnu pomoć.[20] Iz ovih primera vidimo da kršenje opšte zakonske dužnosti izdržavanja pod odgovarajućim uslovima može predstavljati krivično delo iz čl. 193 KZ.

S druge strane da bi se kršenje opšte zakonske dužnosti izdržavanja moglo okarakterisati kao krivično delo kršenje porodičnih obaveza iz čl. 196 KZ potrebno je da budu ispunjeni odgovarajući uslovi kao: 1. da se radi o članu porodice koji nije u stanju da se sam stara o sebi i 2. da se kršenjem zakonom utvrđene porodične obaveze (tj. opšte zakonske obaveze izdržavanja) taj član porodice stavlja u teškom položaju.[21] Takva situacija bi, na primer, postojala u slučaju kada jedan supružnik ne bi davao materijalnu pomoć drugom, hendikepiranom i za rad nesposobnom supružniku i na taj način ga ostavi bez potrebnih sredstava za egzistenciju, lečenje i sl., što bi se moglo smatrati teškim položajem. U ovom primeru od strane jednog supružnika prekršene su zakonom utvrđene (opšte) obaveze supružnika da se pomažu (čl. 25 PZ) i uzajamno izdržavaju (čl.27 PZ) i na taj način je drugi supružnik, kao član porodice koji nije u stanju da se stara o sebi, ostavljen u teškom položaju.

6. Iz prethodno rečenog proizilazi da dužnost učinioca na činjenje (davanje izdržavanja) proizilazi iz sudske odluke ili poravnanja koje je zaključeno pred sudom ili drugim nadležnim organom. Prema našem PZ sporovi iz oblasti izdržavanja spadaju u sudsku nadležnost. U tom smislu relevantne su jedino sudske odluke i poravnanja zaključena pred sudom. Zbog toga smatramo da je formulacija „poravnanje pred drugim nadležnim organom" suvišna.[22]

---

[19] Vuković, S., *Osnovni krivični zakon i Krivični zakon Republike Srbije, Sa sudskom praksom, obrascima i registrom pojmova*, Prvo izdanje, Poslovni biro, Beograd, 2003, str. 177.

[20] Navedeno prema: Lazarević, LJ., *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*, „Savremena administracija", Beograd, 2006, str. 546.

[21] Tako i: Hirjan, F. i Singer, M., *Maloljetnici u krivičnom pravu*, op.cit., str. 243.

[22] S tim uvezi valja ukazati da je Zakonom o posredovanju-medijaciji („*Službeni glasnik Republike Srbije*", br. 18/2005) predviđeno da se taj postupak može primeniti, iz-

Kada je reč o sudskoj odluci tu se može raditi ne samo o presudi, nego i o rešenju, kao na primer rešenju o određivanju privremene mere kojim se dužnik izdržavanja (tj. učinilac) privremeno, do donošenja presude, obavezuje da daje izdržavanje za neko lice koje na osnovu zakona ima prava na to.

Moguće je da dužnost izdržavanja bude utvrđena sudskom odlukom inostranog suda, odnosno poravnanjem koje je zaključeno pred inostranim sudom, odnosno drugim nadležnim inostranim organom. Da bi jedna takva odluka, odnosno poravnanje moglo imati pravno dejstvo u našoj državi, potrebno je da ista u posebnom postupku bude priznata od strane našeg suda.[23] Istina naši zakoni dozvoljavaju da se inostrana odluka prizna i izvrši bez da je prethodno sproveden poseban postupak priznavanja.[24] U toj situaciji sudovi o priznanju inostrane odluke odlučuju kao o prethodnom pitanju u tekućem postupku, s tim da inostrana odluka ima dejstvo samo za taj (tekući) postupak. Zbog toga neizvršenje dužnosti izdržavanja prema inostranoj odluci koju je sud cenio kao prethodno pitanje ne može, po našem mišljenju, predstavljati radnju krivičnog dela nedavanja izdržavanja iz razloga što to priznanje ima dejstvo samo u tekućem postupku.

Odluka odnosno poravnanje iz kojeg proizilazi dužnost davanja izdržavanja mora imati svojstvo izvršnosti.[25] Ova okolnost jasno proizilazi iz teksta čl. 195 st. 1 KZ (kaže se: „***izvršnom*** sudskom odlukom ili ***izvršnim*** poravnanjem pred sudom ili drugim nadležnim organom“).[26]

---

među ostalog, i za razrešavanje spornih porodičnih odnosa ukoliko zakonom nije propisana isključiva nadležnost suda ili drugog organa (čl. 1 st. 1). Shodno tome, moguće bi bilo da se spor povodom izdržavanja rešava u postupku posredovanja. No, sporazum postignut u ovom postupku ima snagu vansudskog poravnanja, a isto nema karakter izvršne isprave. Da bi ovaj sporazum imao svojstvo sudskog poravnanja potrebno je da ga na zapisnik uzme sudija, nakon što oceni da je saglasan sa javnim poretkom (čl. 16 ovog Zakona). Znači sporazum postignut u postupku medijacije ***sam po sebi*** ne može biti valjan za procenu ispunjavanja dužnikove obaveze izdržavanja sa stanovišta krivičnog dela nedavanje izdržavanja.

[23] Vidi čl. 86-96 Zakona o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih država, „*Službeni list SFRJ*“, br. 43/82, 72/82 i „*Službeni list SRJ*“, br. 46/96. O pojmu strane sudske odluke vidi čl. 86 ovog Zakona.

[24] Čl. 101 st. 5 Zakona o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih država i čl. 25 st. 3 i 4 Zakona o izvršnom postupku („*Službeni glasnik Republike Srbije*“, br. 125/04).

[25] Slično: Atanacković, D., *Krivično pravo, posebni deo*, Beograd, 1985, str. 304, Lazarević, LJ., *Krivično pravo Jugoslavije, Posebni deo*, „Savremena administracija“, Beograd, 1995, str. 534.

[26] U ranijoj sudskoj praksi postojao je isti stav. Tako u odluci Vrhovnog suda Jugoslavije KZ-125/65 od 04.11.1965. godine. Navedeno prema: Hirjan, F. i Singer, M., *Maloljetnici u krivičnom pravu*, op.cit., str. 243.

Ovakav pristup je sasvim opravdan, jer se realizacija prava na izdržavanje i u građanskom (izvršnom) postupku može tražiti tek pošto protekne paricioni rok, odnosno tek pošto odluka ili poravnanje steknu svojstvo izvršnosti. Suprotan pristup ne bi bio logičan, jer bi krivično delo postojalo i u slučaju kada poverilac izdržavanja to svoje pravo ne bi mogao realizovati u primarnom, građansko -izvršnom postupku. Inače, izvršnost po pravilu nastupa nakon pravnosnažnosti odluke, ali u nekim slučajevima ne mora biti tako, kao kada su u pitanju odluke kod kojih žalba ne zadržava izvršenje odluke[27] (na primer kod rešenja o određivanju privremene mere).

U pogledu ovog segmenta predmetne inkriminacije smatramo da bi bilo preciznije i ispravnije da Zakonik govori o „dužnosti koja je utvrđena izvršnom ispravom" pošto taj izraz odgovara odredbama Zakona o izvršnom postupku Srbije (čl. 30), tj. zakona u čijoj kompetenciji je da reguliše pitanje izvršenja sudskih i drugih odluka i poravnanja.

Postavlja se pitanje šta će biti ukoliko „izvršna isprava iz koje proizilazi obaveza učinioca nije podobna da bude izvršiva (bilo iz razloga što obaveza nije određena u odgovarajućem novčanom iznosu niti procentu, ili nije određena druga vrsta davanja; ili obaveza glasi na dinarski iznos koji je nekada važio i koji je zbog inflatornih dešavanja obezvređen, a kasnije nije nikada revalorizovan)"[28]. Ispravan je stav sudske prakse da u ovoj situaciji nema krivičnog dela. U zajedničkom mišljenju drugostepenog krivičnog odeljenja Okružnog suda u Beogradu, koje je doneto dana 18.05.2005. godine, stoji: „Ukoliko se obaveza okrivljenog zasniva na izvršnoj sudskoj odluci koja je neizvršiva, ne može se postaviti pitanje krivične odgovornosti okrivljenog za ovo krivično delo sve do izmene sudske odluke. Ovo sa razloga jer je radnja izvršenja ovog krivičnog dela *nedavanje izdržavanja u iznosu i na način kako je to utvrđeno sudskom odlukom,* koju okrivljeni svesno izbegava. Ako je sudska odluka neizvršiva ne može biti reči o svesnom izbegavanju ove obaveze, ali je potrebno tačno utvrditi vreme kada je odluka postala neizvršiva".[29]

Iako smatramo ispravnim stav sudske prakse o ovom pitanju, mislimo da bi argumentaciju za isti malo drugačije trebalo postaviti. Naime, ako je odluka odnosno poravnanje kojim je dužnost izdržavanja utvrđena neizvršiva, onda se pravo na izdržavanje ne bi moglo ostvariti ni u građanskom – izvršnom postupku. Nemogućnost ostvarivanja građansko-

[27] Čl. 32 st. 5 Zakona o izvršnom postupku.

[28] Ilčić, D., *Krivično delo nedavanje izdržavanja*, Bilten Okružnog suda u Beogradu, br. 72/2006, str. 81

[29] Ibid., str. 81-82.

pravne zaštite kao primarne, po logici stvari isključuje i krivičnopravnu zaštitu kao supsidijernu.

Ranije je bilo sporno da li je za utvrđivanje izbegavanja izdržavanja potrebno da se pokuša sa ostvarenjem ovog prava u izvršnom postupku.[30] U sudskoj praksi je preovlađivao stav da to nije potrebno (Savezni vrhovni sud Kž.193/57 od 13.11.1957. god.,[31] Okružni sud u Beogradu Kž.12/92[32]). Danas, imajući u vidu koncepciju radnje izvršenja, ovo pitanje nije aktuelno, jer delo postoji usled samog fakta nedavanja izdržavanja, tako da nije potrebno da je prethodno pokušano ostvarenje ovog prava u izvršnom postupku.

7. Objekt zaštite kod ovog dela jeste pravo na izdržavanje koje proizilazi iz porodičnih odnosa. Zato neće postojati ovo krivično delo ukoliko dužnik ne plaća dosuđenu štetu u vidu rente na ime izgubljenog izdržavanja prema čl. 194 Zakona o obligacionim odnosima. [33]

8. U praksi se često dešava da je jednom sudskom odlukom, odnosno poravnanjem ustanovljena obaveza dužnika da daje izdržavanje za više lica (na primer za dvoje dece, ili bivšu suprugu i dete itd.). Ako dužnik izdržavanja ne daje izdržavanje za sva ta lica, ili za neka od njih, postojaće onoliko krivičnih dela nedavanja izdržavanja koliko postoji oštećenih poverilaca izdržavanja kojima je učinilac uskratio to pravo. U tom pravcu govori i sudska praksa. Tako, u odluci Okružnog suda u Čačku Kž. 37/03 stoji: „Naime, okrivljeni je obavezan da plaća izdržavanje za svoje dvoje mal. dece, pa kako izdržavanje ne daje za oba oštećena lica, onda uz pravilnu pravnu kvalifikaciju okrivljeni je izvršio dva krivična dela nedavanje izdržavanje iz čl. 119 KZS“.[34]

Šta će biti ukoliko učinilac kontinuirano ne daje izdržavanje prema nekom licu? U teoriji i praksi je opšteprihvaćeno da se tu radi samo o jednom krivičnom delu, s tim da su prisutna različita shvatanja o tome po kojem osnovu postoji jedno krivično delo.

Po jednom shvatanju krivično delo nedavanja izdržavanja je trajno krivično delo.[35] Ovakav stav je mahom zastupljen u sudskoj praksi. Tako, u odluci Vrhovnog suda Srbije Kzz. 62/03 stoji: „Krivično delo za koje je okrivljena oglašena krivom trajno je krivično delo koje se vrši u kontinui-

---

[30] Hirjan, F. i Singer, M., *Maloljetnici u krivičnom pravu*, op.cit., str. 241-242.

[31] Ibid.

[32] Ilčić, D., *Krivično delo nedavanje izdržavanja*, op.cit., str. 84 (fusnota br. 8).

[33] „*Službeni list SFRJ*“, br. 29/78, 39/85, 57/89 i „*Službeni list SRJ*“, br. 31/93. Slično mišljenje u: Lazarević, LJ., *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*, op.cit., str. 552.

[34] Sudska praksa elektronskog paket programa propisa i sudske prakse „INFO-TEK“.

[35] Ilčić, D., *Krivično delo nedavanje izdržavanja*, op.cit., str. 85.

tetu i obaveza okrivljene traje sve do momenta prestanka zakonske obaveze izdržavanja, pa nastupanje zastarelosti plaćanja za neki period ne utiče na postojanje dela okrivljene za radnje za koje je oglašena krivom, a za koje nije nastupila zastarelost".[36]

Sa iznetim shvatanjem se ne možemo složiti. Nedavanje izdržavanja ne predstavlja trajno krivično delo. Iako postoje različita shvatanja pojma trajnog krivičnog dela, svakako je potrebno, radi njegovog postojanja, da bude stvoreno odgovarajuće protivpravno stanje koje može trajati duže ili kraće vreme. [37] Ali nedavanjem izdržavanja se ne stvara nikakvo protivpravno stanje.[38] Samim činom propuštanja davanja dužnog izdržavanja delo je svršeno, što znači da ne nastaje protivpravno stanje koje je nužno potrebno za konstrukciju trajnog krivičnog dela.

Po drugom shvatanju, kada učinilac u kontinuitetu ne ispunjava dužnost izdržavanja prema jednom licu, postoji produženo krivično delo. [39] Sve do donošenja Krivičnog zakonika ovo shvatanje je bilo prihvatljivo. Međutim, KZ je u interpretativnim odredbama (čl. 112) uneo jednu novinu. U st. 30 čl. 112 KZ stoji: „Kad je ***radnja krivičnog dela određena trajnim glagolom*** smatra se da je delo učinjeno, ako je radnja izvršena jednom ili više puta". Pošto izraz „ne daje" predstavlja trajni glagol, to se

---

[36] Sudska praksa elektronskog paket programa propisa i sudske prakse „INFOTEK".

[37] U našoj teoriji podela na trajna i trenutna krivična dela se temelji na činjenici ***trajanja posledice***. Vidi na primer: Živanović, T., *Osnovi krivičnog prava, Opšti deo*, Drugo popravljeno i dopunjeno izdanje, Izdavačka knjižarnica Gece Kona, Beograd, 1922, str. 206-208, Radovanović, M., *Krivično pravo SFRJ, Opšti deo*, Drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Savremena administracija, Beograd, bez godine izdanja, str. 181-182, Čejović, B., *Krivično pravo, Opšti deo*, II izdanje, Jugoslovenski zavod za produktivnost rada, Beograd, 1985, str. 104-105. Posledica se u našoj teoriji mahom shvata realistički, kao „proizvedena promena ili stanje u spoljnom svetu" (Citirano: Stojanović, Z., *Komentar Krivičnog zakonika*, op.cit., str. 58). No, imamo i nešto drugačije određivanje trajnih krivičnih dela. Tako prof. Stojanović, objašnjavajući vreme izvršenja trajnih krivičnih dela, akcenat stavlja na njihovu radnju kada kaže da se kod ovih dela „radnja preduzima svo vreme trajanja protivpravnog stanja s ciljem održavanja tog stanja". Dovršenjem radnje prestaje i protivpravno stanje. Vidi: Ibid., str. 81. U nemačkoj teoriji (*Roxin*) trajna krivična dela (*Dauerdelikte*) se određuju kao ona kod kojih delo nije dovršeno ostvarenjem bića dela, već se kroz trajnu deliktnu volju učinioca (*fortdauernden deliktischen Willen Täters*) održava stvoreno protivpravno stanje. Po ovom autoru trajni delikti su uglavnom postavljeni kao delatnosna krivična dela (*Tätigkeitsdelikte*), s tim da to svojstvo mogu imati i posledična krivična dela (*Erfolgsdelikte*). Vidi: Roxin, C., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Auflafe, München, 2006, str. 330-331.

[38] Stojanović, Z., *Komentar Krivičnog zakonika*, op.cit., str. 477.

[39] Vidi: Jovanović, LJ., Đurđić, V. i Jovašević, D., *Krivično pravo, Posebni deo*, Centar za publikacije, Niš, 2000, str. 299, Stojanović, Z., *Komentar Krivičnog zakonika*, op.cit., str. 477.

odredba čl. 112 st. 30 KZ ima primeniti i na krivično delo nedavanje izdržavanja. Prema tome, ako dužnik izdržavanja u kontinuitetu ne daje izdržavanja za jedno lice on vrši jedno krivično delo nedavanja izdržavanja, a osnov tom (jednom) delu čini predmetna odredba KZ. Ovom odredbom je rešena problematika koja se vezuje za prividni sticaj kod tzv. krivičnih dela sa indiferentnim brojem radnji (činjenja, prourokovanja). To su ona dela kod kojih je, kako je to i u navedenom članu predstavljeno, radnja određena trajnim glagolom, pa je irelevantno da li je radnja preduzeta jednom ili više puta.[40]

9. Krivično delo iz čl. 195 KZ može biti izvršeno samo sa umišljajem. Sadašnja konstrukcija dela omogućava da se i direktni i eventualni umišljaj jave kao oblici krivice kod istog. Direktni umišljaj postoji kada učinilac svesno i voljno ne daje utvrđeno izdržavanje što i hoće, dok se eventualni umišljaj javlja u onim situacijama kada je učinilac, na primer, svestan da usled promene zaposlenja ili mesta boravka može propustiti da podmiri izdržavanje u utvrđenom iznosu odnosno na utvrđeni način, pa na to ipak pristaje. Svest učinioca da postupa protivno sudskoj odluci odnosno poravnanju kojim mu je naloženo da daje izdržavanje čini, po našem mišljenju, njegovu svest o protivpravnosti (zabranjenosti) koja predstavlja konstitutivno obeležje krivice prema čl. 22 KZ. Naime, prema većinskom shvatanju svest o protivpravnosti se manifestuje kao „laička svest" o zabranjenosti, što znači da je dovoljno da kod učinioca postoji svest „da čini nešto što je *pravno* zabranjeno".[41] U tom smislu kod učinioca je, u vezi sa ovim delom, potrebno da postoji svest da je njegovo ponašanje protivno sudskoj odluci odnosno poravnanju kojim je njegova dužnost izdržavanja utvrđena, s obzirom da je isti po prirodi stvari znao, odnosno mogao da zna za predmetnu odluku odnosno poravnanje, pa time i za svoju dužnost, a što, pak, predstavlja njegovu svest o zabranjenosti (protivpravnosti) dela.

10. Kao eventualni aktivni i pasivni subjekti kod ovog krivičnog dela mogu se javiti sva ona lica koja po pravilima PZ mogu biti poverioci odno-

---

[40] Lazarević, LJ., *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*, op.cit., str. 215-216.

[41] Ambrož, M., *Predmet svesti o protivpravnosti i njezino mesto u okviru krivice*, U: Nove tendencije u savremenoj nauci krivičnog prava i naše krivično zakonodavstvo, Udruženje za krivično pravo i kriminologiju SCG, XLII redovno godišnje savetovanje udruženja, Intermex, Zlatibor/Beograd, 2005, str. 352. Istina postoje shvatanja koja, s punim pravom, ukazuju da svest o protivpravnosti treba shvatiti u materijalnom smislu, kao svest o socijalnom značenju dela, odnosno svest o društvenoj nedopuštenosti dela, a ne u formalnom smislu, po kom je potrebna svest učinioca da vređa određeni pravni propis. O tome: Bačić, F., *Kazneno pravo, Opći dio*, op.cit., str. 256.

sno dužnici izdržavanja. No, da bi se neko *in concreto* mogao smatrati učiniocem krivičnog dela potrebno je da je njegova dužnost izdržavanja utvrđena sudskom odlukom odnosno poravnanjem. Znači učinilac je ono lice koje je sudskom odlukom, odnosno poravnanjem određeno kao dužnik izdržavanja. *A contrario* pasivni subjekt je ono lice koje je sudskom odlukom, odnosno poravnanjem određeno kao poverilac izdržavanja.

11. U st. 2 čl. 195 KZ predviđen je jedan poseban osnov isključenja protivpravnosti. Kaže se u navedenoj odredbi da se učinilac dela iz st. 1 (tj. osnovnog oblika) neće kazniti ako iz opravdanih razloga nije davao izdržavanje. Ova odredba predstavlja novinu u našem krivičnom zakonodavstvu, s tim da je i u ranijoj sudskoj praksi zauziman stav da krivičnog dela u navedenoj situaciji nema. Tako je Vrhovni sud Crne Gore u odluci Kzz. 5/75 našao da nema krivičnog dela kada učinilac nema imovine, a usled zdravstvenog stanja nije sposoban za privređivanje.[42]

Radi se o jednoj opravdanoj odredbi, s tim da prilikom njene primene treba biti veoma pažljiv. Prvo, dužnost izdržavanja je već utvrđena sudskom odlukom odnosno poravnanjem zaključenim pred sudom ili drugim nadležnim organom, što znači da je sproveden postupak u kome je ekonomska snaga učinioca utvrđena. Valja ukazati da se prema našem PZ kao kriterijum za određivanje izdržavanja uzimaju u obzir i mogućnosti dužnika izdržavanja, pa se radi utvrđivanja te okolnosti, između ostalog, cene i ***mogućnosti dužnika za zaposlenje i sticanje zarade*** (čl. 160 st. 3). Znači prilikom određivanja visine izdržavanja cene se i same ***mogućnosti*** za zaposlenje i sticanje zarade, a ne samo ona zarada i druga imovina koju učinilac ima u momentu vođenja parnice u kojoj se predmetne okolnosti utvrđuju. Isto tako, ne treba zaboraviti i to da PZ, u slučaju da se pogoršaju materijalne prilike na strani davaoca izdržavanja, omogućava da se odluka o izdržavanju promeni u njegovu korist. Ali do izmene te odluke dužnik izdržavanja mora izmirivati svoju dužnost na način i u iznosu kao je to njome određeno. Drugo, zakonodavac ima u vidu samo ***opravdane*** razloge zbog kojih je izdržavanje izostalo. Navedenom odlukom je ukazano šta bi se moglo smatrati opravdanim razlogom (nemanje imovine i nesposobnost privređivanja). U svakom slučaju uslov neće biti ispunjen ako se učinilac, s ciljem nedavanja izdržavanja, sam doveo u stanje u kojem nije u mogućnosti da daje izdržavanje.[43]

12. Naravno krivično delo neće postojati ukoliko je dužnost izdržavanja prestala iz nekog zakonskog razloga, bez obzira da li je povodom toga doneta posebna odluka. U rešenju Okružnog suda u Beogradu, Kž.

[42] Lazarević, LJ., *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*, op.cit., str. 553.
[43] Stojanović, Z., *Komentar Krivičnog zakonika*, op.cit., str. 478.

1719/06 od 21.06.2006. godine, je s tim u vezi navedeno: „Sud je utvrdio da je brak između okrivljenog i oštećene kao tužioca razveden u 1985. godini kada je ustanovljena i obaveza izdržavanja. Prema čl. 163 stav 2 Porodičnog zakona, ta obaveza traje pet godina. Kako je proteklo više od pet godina od dana prestanka braka, a kako ne postoji druga sudska odluka, to je sud našao da delo koje je okrivljenom stavljeno na teret nije krivično delo".[44]

13. Teži oblik ovog krivičnog dela postoji ukoliko su usled nedavanja izdržavanja nastupile teške posledice za izdržavano lice. Odredba nije baš najpreciznija. Zakonik ni primerice ne navodi šta se može smatrati teškim posledicama. U literaturi se kao primeri teških posledica navode zapadanje u tešku materijalnu situaciju, pogoršanje zdravstvenog stanja, napuštanje školovanja i sl.[45] Pitanje je, međutim, koliko se neke od nabrojanih okolnosti mogu podvesti pod teške posledice u smislu odredbe st. 2 čl.195 KZ? Na primer, pogoršanje zdravstvenog stanja usled nedavanja izdržavanja bi se moglo u nekim situacijama okarakterisati kao krivično delo kršenje porodičnih obaveza iz čl. 196 KZ. Ili situacija da maloletnik, kome roditelj ne daje dužno izdržavanje, napusti ili zanemari školovanje, podseća pre na krivično delo zapuštanje i zlostavljanje maloletnog lica iz čl. 193 st. 1 KZ, nego na teži oblik nedavanja izdržavanja. U svakom slučaju nepreciznost odredbe iz st. 3 stvara probleme u razlikovanju krivičnog dela nedavanja izdržavanja i navedenih krivičnih dela.

14. Za osnovni oblik krivičnog dela nedavanje izdržavanja propisana je alternativno novčana kazna ili zatvor do jedne godine, dok je za teži oblik propisana kazna zatvora od tri meseca do tri godine. Prema sudskoj praksi okolnost da učinilac duže vremena nije izvršavao svoju dužnost predstavlja otežavajuću okolnost prilikom odmeravanja kazne. U odluci Okružnog suda u Čačku Kž. 226/04[46] stoji: „Prvostepeni sud, prilikom odmeravanja kazne nije pravilno ocenio sve olakšavajuće i otežavajuće okolnosti. Naime, nije uzet u obzir vremenski period nedavanja izdržavanja po pravnosnažnoj presudi Opštinskog suda pa sve do zaključenja glavnog pretresa od 12.03.2004. godine. To znači da je upornost optuženog bila velika i sa jasno izraženom voljom i željom da ne daje izdržavanje".

U stavu 4 čl. 195 KZ je predviđeno da sud može, ukoliko izrekne uslovnu osudu, odrediti učiniocu obavezu da izmiri dospele obaveze i da

[44] Sudska praksa elektronskog paket programa propisa i sudske prakse „INGPRO 5+".

[45] Lazarević, LJ., *Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije*, op.cit., str. 553.

[46] Sudska praksa elektronskog paket programa propisa i sudske prakse „INFOTEK".

uredno daje izdržavanje. Prema shvatanju starije sudske prakse (odluka Vrhovnog suda Jugoslavije Kz. 40/54) sud može, kao obavezu u okviru izrečene uslovne osude, odrediti učiniocu da naknadi štetu koju je poverilac izdržavanja pretrpeo usled neprimanja izdržavanja (na primer kamatu na uzet zajam zbog izostanka izdržavanja).[47] Ovo shvatanje nije moguće primeniti prema odredbi st. 4 navedenog člana, ali ga je moguće primeniti prema odredbi čl. 65 st. 2 KZ. Neispunjenje navedenih obaveza može povući za sobom opozivanje uslovne osude.

III

Nakon izvršene analize krivičnog dela nedavanje izdržavanja može se konstatovati da su potrebne izvesne korekcije u njegovom biću. Pre svega radnja izvršenja mora biti drugačije određena. Smatramo da je najprikladnije, iako u uporednom pravu ima i drugačijih rešenja, da se koristi izraz „izbegavanje" davanja izdržavanja. Na ovaj način se eliminiše mogućnost da se neizvršenje jedne građanskopravne obaveze „pretoči" u radnju izvršenja krivičnog dela kakva situacija postoji po sada važećem zakonskom rešenju. Pored toga, smatramo korisnim da se delom izmeni i stilistika odredbe čl. 195 st. 1 KZ, tako što će se umesto izraza „izvršna sudska odluka ili izvršno poravnanje pred sudom ili drugim nadležnim organom" upotrebiti izraz „izvršna isprava. U tom smislu smatramo da bi predmetna odredba *de lege ferenda* trebala da glasi: „***Ko izbegava da daje izdržavanje za lice koje je na osnovu zakona dužan da izdržava, a ta dužnost je utvrđena izvršnom ispravom***..."

Pored navedenog, mišljenja smo da je teži oblik suvišan, barem u formi u kojoj je postavljen. Kod krivičnog dela nedavanje izdržavanja objekt zaštite je pravo na izdržavanje, tako da treba inkriminisati samo ona ponašanja kojima se neko lice „namerno" lišava tog prava. Inače, kvalifikovane oblike ovog dela ne poznaju ni napred navedeni inostrani krivični zakonici, sa izuzetkom KZ Hrvatske.

Zakonski izraz „teške posledice", pored toga što je neodređen, može biti tumačen, kako je to navedeno u prethodnom izlaganju, na način kojim se zalazi u bića drugih krivičnih dela. Ukoliko, pak, zakonodavac smatra da bi odgovarajuće slučajeve trebalo inkriminisati kao teže oblike krivičnog dela nedavanja izdržavanja, onda bi kvalifikatorna okolnost morala biti preciznije određena. Na primer, u KZ Hrvatske je kao teži oblik predviđena situacija kada je delo učinjeno na štetu dece i maloletnika.[48]

[47] Kambovski, V., *Kazneno pravo, Poseben del*, op.cit., str. 241.
[48] Bačić, F. i Pavlović, Š., *Kazneno pravo, Posebni dio*, op.cit., str. 192.

U tom smislu smatramo da bi teži oblik ovog krivičnog dela trebalo ili ukloniti iz zakonskog teksta, ili ga, pak, preciznije odrediti, tako što će se kvalifikatorna okolnost bliže konkretizovati, na primer s obzirom na uzrast pasivnog subjekta (maloletno lice), okolnost da učinilac duži period ne izmiruje svoju obavezu, ili činjenicu da je usled neprimanja izdržavanja onemogućeno ili znatno otežano zadovoljenje uobičajenih potreba oštećenog. Potonji slučaj bi mogao obuhvatati situacije kada oštećeno lice, na primer, pozajmljuje od trećih lica sredstva za podmirenje svojih svakodnevnih ili periodičnih potreba (ishrana, plaćanje režijskih izdataka i sl.), ili kada neke od tih potreba uopšte ne može da zadovolji usled nedostatka sredstava koja mu na ime izdržavanja pripadaju. Pod ovim pojmom bi se u nekim situacijama moglo razumeti i otežano zadovoljenje potreba u vezi sa školovanjem i lečenjem oštećenog, na primer ako je reč o maloletnom licu potrebno je da je usled neprimanja izdržavanja njegovo školovanje otežano (ne i onemogućeno, jer bi se tada radilo o zapuštanju maloletnog lica iz čl. 193 st.1 KZ), ili ako je reč o lečenju, da bi postojao teži oblik ovog dela, ne bi smelo da se radi o članu porodice koji nije u stanju da se stara o sebi, jer bi tada postojalo delo iz čl. 196 KZ.

Izneti predlozi bi po našem mišljenju otklonili one probleme koji se vezuju za teži oblik *de lege lata*, mada, opet ponavljamo, ne smatramo nužnim da kvalifikovani oblik i egzistira u našem KZ.

Emir Ćorović, LL.M. Assistant
Law- Economic Faculty
State University in Novi Pazar

Crime of Failure to Provide Maintenance - Theoretical and practical aspects -

Abstract

In the first part of the paper the author speaks about legal duty to providing maintenance which is prescribed in Family law act of The Republic of Serbia, about preventive importance of criminalizing failure to provide maintenance, and the fact that the problems about failure to provide maintenance were analyzed on the IX International Congress for Criminal Law.

In the second part of the paper, the author analyzes elements of the crime of Failure to Provide Maintenance from art. 195. Criminal code of The Republic of Serbia. Stress is put on work of commission and its relations with subsidiary character of crime law protection. Furthermore, it hints the nature of this crime, elements of guilt, its relations with crimes of Neglecting and Abusing a Minor and Violation of Family Duty, with critical analyzes of its graver form etc. Problems of this crime are analyzed from theoretical and practical aspects.

In the last, the third part of the paper, the author gives his proposal de lege ferenda about this crime.

ODELJAK ZA INOSTRANE AUTORE

Originalni naučni rad 061.1EU:331.106.44

Dr. Tamás Prugberger[*]
Wissenschaftlicher Doktor der Ungarischen Akademie der Wissenschaften Ungarn, Universität in Miskolc, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Lehrstuhl für Arbeits- und Sozialrecht, Professor Emeritus

KÜNDIGUNGS- UND MASSENENTLASSUNGS-REGELUNGEN IN UNGARN UND IN DEN POSTKOMMUNISTISCHEN NACHBARLÄNDERN UNGARNS [**]

I. Wirtschafts- und gesellschaftspolitischer Hintergrund

Das kommunistische Gesellschaftssystem ist im letzten Jahrzehnt des 20. Jahrhunderts plötzlich zusammengefallen. Die Ursache hierfür war die wirtschaftliche und gesellschaftliche Unfähigkeit dieses Systems. Der nähere Grund war einerseits die diktatorische und voluntatorische Machtausübung, die die Staatsbürger als Untertanen behandelte. Dadurch hatte sich zu dieser Zeit eine riesige Unruhe in der Atmosphäre aller Länder des Warschauer Paktes herausentwickelt. Andererseits war in diesen Ländern ohne Elemente der Marktwirtschaft und mit staatlich gelenkten zentralisierten Wirtschaftsfunktionen das wirtschaftliche Leben wegen großer Verluste ganz rasch zusammengebrochen[1]. Diese Länder haben mit der Auflösung des kommunistischen

---

[*] An der Forschung hat *Nóra Jakab,* Doktorandin an der Universität Miskolc, teilgenommen.

[**] У објављивању овог рада у Зборнику радова Правног факултета у Новом Саду, на основу сарадње Правног факултета у Новом Саду и Правног факултета у Мишколцу, уз љубазно одобрење аутора, посредовао проф. др Јожеф Салма.

[1] Történelmi utunk. Az 1. sz. munkabizottság állásfoglalása a jelenlegi helyzet kialakulásának történelmi okairól. Társadalmi Szemle Különszám (1989 február); Gazdaságkép és gazdasági stratégia. A 2. sz. munkabizottság állásfoglalása gazdaságunk jövőjéről. Társadalmi Szemle Különszám (1989 április) (Unser historischer Weg. Stellungnahme der I. Arbeitskom-

Einparteiensystems die staatlich zentralisierte Wirtschaftslenkung gegen eine Marktwirtschaft ausgetauscht. Bestandteil dieses Wechsels war die Privatisierung staatlicher Unternehmen[2].

Weil Marktwirtschaft mit wirtschaftlichem Wettbewerb verbunden ist, mussten die staatlichen Unternehmen, die bisher verwaltungsähnlich funktionierten, vor der Privatisierung eine Umorganisation in Formen von Handelsgesellschaften durchlaufen, außerdem musste wirtschaftlich in Richtung Effektivität und Rentabilität ein Wandel in Gang gesetzt werden. Demzufolge war es nötig, ineffiziente und überflüssige Stellen und Arbeitsbereiche abzuschaffen. So ist die Auflösung der Arbeitsverhältnisse in den ehemaligen kommunistischen Ländern nach dem Muster des westeuropäischen Systems umgestaltet, also erleichtert worden. In der kommunistischen Zeit waren die Belegschaften in den staatlichen Unternehmen als (staatliche) Bedienstete behandelt worden[3]. Dieser öffentliche Dienstschutz wurde nach dem Systemwechsel abgeschafft, wodurch es im Ergebnis zur Geltung eines westeuropäisch geprägten Kündigungssystems kam. Bei der ordentlichen betriebsbedingten Arbeitgeberkündigung wird in den ehemaligen Ostblockländern allgemein gesehen ebenso wie in den westeuropäischen Ländern zwischen der nur einen oder einzelne Arbeitnehmer betreffenden Kündigung und der Massenentlassung differenziert, die auf der Grundlage der Richtlinie 75/129/EWG und der Richtlinie 98/59/EG eingeführt worden ist. Für den öffentlichen Dienst nimmt Ungarn eine Sonderstellung ein. Obwohl auf Grund dieser zwei Richtlinien die Regelungen über die Massenentlassung nur für die Privatwirtschaft Geltung beanspruchen, findet in Ungarn dieses Institut auch im öffentlichen Dienst Anwendung[4]. Dies ist eine einzigartige Lösung im Gegensatz zu anderen postkommunistischen Ostblockländern, die sich in der Nachbarschaft zu Ungarn befinden. Diese Länder folgen dem in den alten Mitgliedstaaten verbreiteten Modell, die das Regime über die Massenentlassung, insoweit der Richtlinie folgend, mit Ausnahme von den Niederlanden nicht auf den öffentlichen Dienst

---

mission über die Ursachen der jetzigen Situation; Die Wirtschaft und eine wirtschaftliche Strategie. Stellungnahme II der Arbeitskommission über die Zukunft unserer Wirtschaft).

[2] *Valentiny,* Európa Fórum 4/1992, 46; *Neuūaūū,* Európa Fórum 4/1992, 4; *Galgóczy,* Gazdaság és Társadalom (GT) 5/1993; *ders.,* A nemzetgazdaság tulajdonszerkezetének átalakítása, Kandidátusi Disszertáció (1994); *Dedic,* Der Prozess der Privatisierung in der CSFR (1992); Frankfurter Aligemeine Zeitung vom 02. 06. 1993, 5.16: „Mühsamer Start des slowenischen Privatisierungs-Programms"; *Prugberger,* in: Ünnepi tanulmányok Gáspárdy László 60. születésnapjára (Jubiläumsfestschrift Gáspárdy) (1997), S. 334 ff.

[3] *Ficzere,* Az állami vállalat a gazdaságirányítás új rendszerében (Das staatliche Unternehmen im neuen System der Wirtschaftsentwicklung) (1970), S. 87.

[4] Beamtengesetz (1992): XXIII §§ 17, 17/A-B (Massenentlassung), 18, 19-19/A, 20, 20/A; Öffentliches Angestelltengesetz (1992) (Öff.Ang.Ges.): XXXIII §§25, 25/A-B, 26-32, 38/A (Massenentlassung).

übertragen haben[5]. Im öffentlichen Dienst können in den Nachbarländern Ungarns nach dem westlichen Modell die Beamten und Angestellten nur aus disziplinarischen Gründen entlassen werden[6], wobei üblicherweise schon danach differenziert wird, ob das Dienstverhältnis öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich ausgestaltet ist. Dies bezeichnet man in Österreich als „Pragmatisierung". Die Mehrheit der Ostblockländer ist auch der Auffassung der westeuropäischen Länder, dass im öffentlichen Dienst einerseits die wirtschaftlichen Prinzipien nicht wirken, andererseits wegen der Sicherung des anständigen und korruptionsfreien Arbeitens im öffentlichen Dienst der Status der verbeamteten Belegschaft des öffentlichen Dienstes geschützt werden soll. Die Massenentlassungsrichtlinie ist an diese Gründe angepasst, so dass sie auf Grund der Definition des sachlichen Anwendungsbereichs der Richtlinie 98/59/EG in ihrem Art. *1* Abs. 2 lit. a im öffentlichen Dienst nicht anwendbar ist. Ungarn hat im Gegensatz zu Rumänien, Polen, Tschechien, Kroatien und Slowenien die Richtlinie insoweit überschießend umgesetzt[7].

II. Die einzelnen Probleme der wirtschaftlichen Kündigung und der Massenentlassung

1. Allgemeines

Aus dem oben erwähnten Grund beschäftigen wir uns hier nur mit der betriebsbedingten Kündigung durch den Arbeitgeber sowie der Massenentlassung. Wie schon in Kapitel I erörtert wurde, sind nach Art. 1 Abs. 2 lit. b der RL 98/59/EG die Massenentlassungsregelungen nur in der Privatwirtschaft anzuwenden. Im öffentlichen Dienst ist die Richtlinie nur dann anwendbar, wenn der Dienst mit einer wirtschaftlichen Tätigkeit zusammenhängt. Deswegen sprechen wir hier noch nicht über die ungarischen Massenentlassungs- und Kündigungsregelungen des öffentlichen Dienstes, sondern erst in den nächsten Kapiteln dieses Beitrags.

In diesem Tei1 beginnen wir mit der Analyse der allgemeinen ungarischen Regelungen und stellen dann die Lösungen der Nachbarländer Ungarns dar.

---

[5] Eigene Interviewerfahrungen mit ausländischen Referenten bei zwei Konferenzen, die über die mittel- und osteuropäische Arbeitsrechtsentwicklung durch die Organisation der Miskolzer Kommission der ung. Wissenschaftlichen Akademie, der Uni Miskolc und der Friedrich-Ebert-Stiftung in Miskolc am 16. und 17. Mai 2002 und am 13. bis 15. November 2006 in Miskolc veranstaltet wurden.

[6] Siehe Fn. 5.

[7] Vgl. Fn. 2 und 3.

2. Die ungarischen Regelungen in kritischer Analyse im Licht der Massenentlassungsrichtlinie im Vergleich zu den innerstaatlichen Regelungen in einigen alten Mitgliedsländern der EG

Laut der mit der Richtlinie 98/59/EG novellierten Richtlinie 75/129/EWG über Massenentlassungen aus wirtschaftlichen Gründen sind die Regeln der diesbezüglichen spezifischen Kündigung seitens des Arbeitgebers in folgenden Fällen anzuwenden:

Wenn der Arbeitgeber

1. innerhalb von 30 Tagen

(a) in einem Betrieb oder Betriebsteil mit 20-100 Beschäftigten 10 Personen,

(b) in einem Betrieb oder Betriebsteil mit 100-300 Beschäftigten 10% der Belegschaft,

(c) in einem Betrieb mit mehr als 300 Beschäftigten 30 Personen kündigen will, oder

2. innerhalb von 90 Tagen unabhängig von der Größe des Betriebs 20 oder mehr Arbeitnehmer entlassen will[8].

Die Wahl zwischen den Varianten 1 und 2 ist den Mitgliedstaaten der Europäischen Union überlassen[9]. Für die Arbeitgeberseite scheint die Variante 1 vor teilhafter zu sein. Die Merhrheit der Mitgliedstaaten hat sich für diese Variante entschieden.

Auch *Ungarn* hat grundsätzlich die erste Variante gewählt[10]; beim öffentlichen Dienst kann jedoch die Massenentlassung bereits dann anwendbar sein, wenn aus einer öffentlichen Institution oder einer Abteilung einer Behörde 5 Beamte oder Angestellte entlassen werden sollen[11].

In *Deutschland* kommt die Massenentlassung beim öffentlichen Dienst zwar nicht in Frage, aber im privaten Arbeitsverhältnis wurde ab 01. 01. 2005 durch die Hartz-Gesetze die Anzahl *der* zu Entlassenden von 5 auf 10 erhöht.

In *Frankreich* sind die Schwellenwerte für die Arbeitnehmer immer noch günstiger als die Richtlinie vorschreibt, weil nach den Art. L 321-1 ff., 432-1 Code du travail bei der Entlassung von 2-9 Arbeitnehmern aus einem Betrieb, in dem die Belegschaftszahl zwischen 10 und 50 beträgt, die Massenentlassungsregelungen angewendet werden müssen. Außerdem kann eine Kündigung, wenn in einem Betrieb, in dem mehr als 50 Arbeitnehmer arbeiten, 10 oder mehr Per-

[8] Art. 1 Abs. 1 lit. b RL 98/59/EG.

[9] Siehe Fn. 8.

[10] (ABGB=1992: XX. Ges.) § 94/A des Arbeitsgesetzbuchs, § 25/A des Off.Ang.Ges.; § 38/ A des Beamtengesetzes.

[11] Beamtengesetz § 38/A; Öff.Ang.Ges. § 25/A.

sonen entlassen werden, nur auf Grund der Massenentlassungsregeln abgewickelt werden. In Frankreich ist ebenso wie in Deutschland und in Ungarn die erste Variante als Grundlage für die nationale Regelung verwendet worden, aber nach den französischen Umsetzungsregeln ist diese Variante viel günstiger als die deutsche und die ungarische Lösung, weil sie mit der ursprünglichen Variante der ersten Richtlinie 75/129/EWG identisch ist[12].

Großbritannien hat die zweite Variante gewählt, aber aus Sicht des Arbeitnehmers günstiger umgesetzt, als in der Richtlinie vorgesehen. Nach dem TULRCA ist der Arbeitgeber verpflichtet, die Kündigungen aufgrund der Massenentlassungsregelungen abzuwickeln, wenn innerhalb eines Zeitraumes von 90 oder weniger Tagen der Arbeitgeber mindestens 20 Arbeitnehmer entlassen möchte. Die britischen Massenentlassungskriterien aufgrund der zweiten Variante sind deshalb viel günstiger für den Arbeitnehmer als in Ungarn, Deutschland, Österreich und Frankreich[13].

Auch die *Niederlande* hat die zweite Variante der Massenentlassungsregelung gewählt. Die niederländische Umsetzung ist für die Arbeitnehmer sogar noch günstiger als die britische Regelung. In den Niederlanden sind nämlich die Massenentlassungsregelungen bereits dann anwendbar, wenn der Arbeitgeber binnen 3 oder weniger Monaten 20 Arbeitnehmer entlassen möchte[14]. Im europäischen Vergleich der Massenentlassungsregelungen ist die niederländische Regelung damit die günstigste für die Arbeitnehmer.

In *Spanien* müssen die Massenentlassungsregelungen angewendet werden, wenn in einem 90tägigen Zeitraum die in der ersten Variante der Richtlinie erwähnte Arbeitnehmerzahl zu entlassen geplant ist[15]. In *Portugal* liegt eine Massenentlassung dann vor, wenn innerhalb von 3 Monaten mindestens 2 Arbeitnehmern aus Betrieben mit 2 bis 50 Beschäftigten oder 5 Mitarbeitern aus Betrieben mit mehr als 50 Beschäftigten gekündigt werden soll[16]. In *Italien* kommt es zu einer Massenentlassung, wenn in der gleichen Provinz binnen 120 Tage mindestens 5 Arbeitnehmer wegen Geschäftsrückgangs oder einer Umstrukturierung des Betriebs entlassen werden sollen[17].

Im Vergleich mit den hier nur kurz dargestellten ausländischen Regelungen enthält das ungarische *Arbeitsgesetzbuch (ArbGB)* zwei Restriktionen. Die erste Restriktion ist, dass nicht die tatsächliche Zahl der Beschäftigten zur Zeit der Entlassung für die Anwendbarkeit der Massenentlassungsregelungen

[12] Vgl. *Birk,* in: Ünnepi tanulmányok Prugberger Tamás professzor 60. születésnapjára (Jubiläumsfestschrift Prugberger) (1997), S. 23, 31 f.

[13] Vgl. *Birk* (Fn. 12), S. 32 f.

[14] *Heerma van Voss,* Inleiding Nederlands Soziaal Recht, 3. Auflage (2003), S. 33 f.

[15] *Ca1le,* in: Henssler/Braun (Hrsg.), Arbeitsrecht in Europa, 2. Aufl. (2007), S. 1391, 1445.

[16] *E. Fedtke/J.j. Fedtke,* in: Henssler/Braun (Fn. 15), S. 1099, 1135.

[17] *Radoccia,* in: Henssier/Braun (Fn. 15), S. 635, 698 f.

ausschlaggebend ist, sondern der in den vorangegangenen 3 Monaten dem Arbeitsamt angezeigte und dort registrierte statistische Durchschnitt[18]. Das wirkt sich negativ auf die Arbeitnehmer aus, da Falschmeldungen zu Lasten der Arbeitnehmer missbraucht werden können. Diese Regelung des ArbGB wäre nur dann richtig, wenn im Falle der Anmeldung beim Arbeitsamt angesichts einer Massenentlassung die tatsächliche Zahl der Belegschaft in Betracht gezogen würde, die vom Arbeitsamt offiziell kontrolliert wird. Das größte Unrecht für die Arbeitnehmer besteht in der zweiten Restriktion, wonach - im Einklang mit der Novellierung des ArbGB/Gesetz XXXIII von 2000-gemäß dem Vorschlag zur Änderung des § 94/A Abs. 3 ArbGB in der Anzahl der Entlassenen pensionierte Arbeitnehmer, Rentner und Führungskräfte nicht enthalten sind. Dadurch können die unter die Kategorie der Massenentlassung fallenden Kündigungen erheblich reduziert werden, was grundsätzlich auch gegen das Interesse der Arbeitgeber ist, da dies wegen der drohenden Arbeitslosigkeit in der Belegschaft ernsthafte soziale Probleme hervorrufen kann, weil es kaum eine Möglichkeit gibt, wieder eine Einstellung zu finden.

Nach der Richtlinie ist der Arbeitgeber verpflichtet, die betrieblichen Vertreter der Arbeitnehmer wegen der Anmeldung der zu entlassenden Arbeitnehmer beim Arbeitsamt zu konsultieren[19]. In den meisten alten EU-Mitgliedsländern ist dabei primär der Betriebsrat berechtigt, die Belegschaft zu vertreten. Wenn im Betrieb kein Betriebsrat existiert, vertritt die Gewerkschaft die Arbeitnehmer, der die Mehrheit der Arbeitnehmer des Betriebs angehört. Dies ist im niederländischen Wet Melding Collectief Ontslag ausdrücklich festgelegt[20]. Die Niederlande bildet allerdings insoweit eine Ausnahme, als dort sowohl die Betriebsräte als auch die Gewerkschaften in die Konsultationen einzubeziehen sind[21]. In England sind von vornherein die Gewerkschaften Ansprechpartner[22]. In Ungarn sind die Arbeitgeber laut ArbGB verpflichtet, primär den Betriebsrat, bei dessen Nichtvorhandensein die im Betrieb vertretenen Gewerkschaften und ansonsten die ernannten Arbeitnehmervertreter zu konsultieren. Mit dem ursprünglichen § 94/A Abs. 10 ArbGB übereinstimmend, können Arbeitnehmer im Fall von für rechtswidrig gehaltenen Entlassungen nur über den Betriebsrat bzw. über die Gewerkschaften Klage erheben, jedoch nicht über gewählte Vertreter. Dies macht eine bestimmte Arbeitnehmergruppe wiederum abhängig. Um dies zu vermeiden, wäre es zweckmäßig, das Recht zur Klageerhebung auch den Arbeitnehmervertretern zu erteilen, die wegen nicht bestehendem Betriebsrat oder

[18] § 94/A Abs. 1 ArbGB.
[19] Art. 3 und Art. 4 RL 98/59/EG.
[20] *Van Gijzen,* in: Henssler/Braun (Fn. 15), S. 817, 854.
[21] *Van Gijzen* (Fn. 20), S. 854.
[22] *Vgl. Birk* (Fn. 12), S. 28.

Gewerkschaftsmitgliedschaften von den Arbeitnehmern beauftragt wurden, in Massenentlassungsverfahren die Arbeitnehmerrechte zu vertreten.

In den alten EU-Mitgliedstaaten beträgt die vorgeschriebene Konsultationsfrist für den Arbeitgeber grundsätzlich in Übereinstimmung mit der Richtlinie 30 Tage. Sie kann um 15 Tage verkürzt, aber auch um 30 Tage verlängert werden. In dieser Hinsicht existiert die günstigste Lösung im französischen Code du travail, wo die Konsultationszeit 30 Tage beträgt, wenn die geplante Anzahl der zu Entlassenden unter 100 liegt, 45 Tage, wenn zwischen 100 und 249 Arbeitnehmer entlassen werden sollen und 60 Tage, wenn die Anzahl der geplanten Entlassungen 249 überschreitet. Das Konsultationsverfahren ist wie folgt vorgegeben: Nach der ersten Sitzung wird der Buchprüfer oder Wirtschaftsprüfer bestellt, der in der zweiten Sitzung innerhalb einer 20-22tägigen Periode einen Bericht abgeben soll. Die dritte Sitzung wird, wenn die geplante Zahl der Entlassungen unter 100 beträgt, weitere 14 Tage später abgehalten, 21 Tage später, wenn die Zahl der zu Entlassenden zwischen 100 und 249 beträgt und 28 Tage später, wenn die beabsichtigte Entlassungsanzahl 250 oder mehr ist[23]. Eine ähnliche Regelung existierte früher in den Niederlanden, wo die Konsultationszeit, die bis zu 90 Tage verlängert oder bis zu 30 Tage verkürzt werden konnte, in der Regel 60 Tage betrug[24]. Die Konsultationsfrist wurde aber mit der Novelle des Wet Melding Collectief Ontslag einheitlich auf eine einmonatige Frist festgelegt[25].

In *Italien* dauert das Konsultationsverfahren im Allgemeinen 45 Tage; wenn aber weniger als 10 Arbeitnehmer entlassen werden sollen, kann die Frist bis zu 23 Tage gekürzt werden. Wenn in dieser Zeit keine Einigung zustande kommt, findet innerhalb von 30 Tagen ein Schlichtungsverfahren unter dem Vorsitz des Direktors der Provinzarbeitsbehörde statt. Das gesamte Verfahren muss innerhalb von 75 Tagen abgeschlossen sein[26].

Bei der Festlegung der Konsultationsfrist weichen diese beiden EU-Mitgliedsländer damit von der in der Richtlinie vorgeschriebenen 30tägigen Frist nach oben ab. Eine härtere Abweichung beinhaltet nur die britische Regelung, wo die Frist wegen des sog. Senioritätsprinzips einheitlich auf 15 Tage verkürzt ist. Großbritannien ist das einzige westeuropäische Land, wo weder ein Sozialplan noch eine Sozialauswahl existiert[27]. In den anderen westeuropäischen EU-Mitgliedsländern sind diese Institute entweder gesetzlich - wie

[23] *Temin-Soccol/Welter,* in: Henssler/Braun (Fn. 15), S. 353, 388.

[24] *Veldkamp/van Loo,* in: Jura Europae, Droit du Travail, Arbeitsrecht, Bd. II (1995), 60.10, S. 42 ff.

[25] *Van Gijzen* (Fn. 20), S. 854.

[26] *Radoccia* (Fn. 17), S. 698.

[27] *Birk* (Fn. 12), S. 32f.; zu den Informations- und Beratungspflichten bei Massenentlassungen in Großbritannien siehe *Hartb/Taggart,* in: Henssler/Braun (Fn. 15), S. 511, 543 ff.

in Deutschland, Frankreich und den Niederlanden - oder tarifvertraglich - wie in Spanien, Portugal und Italien - grundsätzlich vorgesehen[28].

Meiner Auffassung nach steht in Ungarn im Gegensatz zu den Regelungen in der Richtlinie[29] nur eine Frist von 15 Tagen für das Verfahren zur Verfügung, welche der Arbeitgeber aber laut § 94/B ArbGB verlängern kann, wenn seiner Einschätzung nach die Konsultation zum Erfolg führen kann. Diese Regelung nähert sich meiner Meinung nach ein bisschen der zuvor erwähnten britischen Lösung an. Die Konsultationsfrist beträgt aufgrund der Vorschriften der Richtlinie grundsätzlich 30 Tage, diese Frist kann jedoch einerseits auf 15 Tage gekürzt, anderseits um weitere 30 Tage verlängert werden[30]. Die ungarische Regelung harmoniert damit nicht mit der Richtlinie, da die 15tägige Frist, die auf höchstens 30 Tage verlängert werden könnte, in Ungarn der Ausgangspunkt ist, so dass die ungarische Regelung eine Verlängerung auf 60 Tage nicht kennt[31]. Auch das ungarische Recht räumt, der Richtlinie entsprechend, jedoch gleichzeitig die Möglichkeit ein, das Verfahren zu verlängern, das auf diese Weise 30 Tage dauern kann[32].

Obwohl dies in der Richtlinie nicht formuliert ist, wie es schon zuvor erwähnt wurde, schreibt das gesetzliche oder tarifvertragliche Recht der kontinentalen Mitgliedstaaten der EU vielfach vor, dass ein „Sozialplan" im Laufe des Verfahrens zu entwerfen ist und bei der Entlassung die sozialen Aspekte in Betracht gezogen werden müssen. In Deutschland wird die Aufstellung eines Sozialplans unter bestimmten Voraussetzungen im BetrVG vorgeschrieben und in Frankreich legt dies der französische Code du travail fest[33]. Demgemäß sollen möglichst diejenigen entlassen werden, bei denen die Entlassung unter sozialen Aspekten gerechtfertigt werden kann. Im *Vereinigten Königreich* und in den *USA* ist eine Orientierung an sozialen Kriterien im Grundsatz unbekannt. Dort erfolgt eine rasche Abwicklung des Arbeitsplatzabbaus, wodurch soziale Aspekte ausgeschlossen werden oder sehr schwierig in Betracht gezogen werden können, was wiederum zu erheblichen sozialen Spannungen führen kann.

Weder § 94/A ArbGB als die gegenwärtige Regelung der Massenentlassung im ungarischen Arbeitsgesetzbuch noch die geplante Novellierung durch den Vorschlag und ihre Ergänzungen durch § 94/B und C ArbGB schreiben die Erstellung eines Sozialplanes vor. Es wird nur bestimmt, dass die Konsultationen die Prinzipien der Entlassung, die möglichen Formen und Mittel ihrer Vermeidung, die Mittel zur Milderung ihrer Auswirkungen und die Minderung der Zahl der betroffenen Arbeitnehmer abdecken sollen (§ 94/A

[28] *Birk* (Fn. 12), S. 28ff.; s. a. die Fn. 26 und 27.
[29] Art. 4 Abs. 1 RL 98/59/EG.
[30] Art. 4 Abs. 1 RL 98/59/EG.
[31] Vgl. mit § 94/B Abs. 1 und 2 ArbGB; siehe Fn. 30.
[32] Vgl. Fn. 30.
[33] *Birk* (Fn. 12), S. 28ff.

Abs. 3 ung. ArbGB bzw. Vorschlag § 94/B Abs. 2 ung. ArbGB). In der Festlegung der Prinzipien kann auch das Senioritätsprinzip inbegriffen sein. Die Mittel zur Milderung der Auswirkungen können zusammen mit dem Senioritätsprinzip eine sehr schnelle Abwicklung der Kündigungen bedeuten, was die Folgen der Massenentlassung vor allem für den Arbeitgeber mildert - eine rasche Abwicklung des Verfahrens im Zusammenhang mit den Massenentlassungen senkt die Kosten. Das einzige, was den Arbeitnehmerinteressen entspricht, steht in § 94/B Abs. 2 ArbGB. Ein Bestreben nach der Vermeidung von Entlassungen ist im Allgemeinen hoffnungslos, auch die Arbeitgeber bemühen sich nicht darum. Viel realistischer wäre eine Bestimmung über das Bestreben nach Milderung der Größe des Abbaus, wozu der Arbeitgeber auch motiviert werden könnte, indem er in Zusammenarbeit mit den Arbeitnehmervertretern des Betriebes zur Erstellung eines Sozialplanes im Zusammenhang mit dem Personalabbau verpflichtet wäre. Es wäre wohl begründet, im Laufe der Angleichung des Rechtssystems bei der Novellierung des Arbeitsgesetzbuches die Frage auf diese Weise zu formulieren. Dies wäre besonders wichtig, weil sich die Weltbank in den Nachfolgestaaten des ehemaligen Jugoslawiens für das angelsächsische Modell ohne Sozialplan einsetzt[34]. Auf Druck der Weltbank könnte es auch bei uns in Ungarn zur Verbreitung dieser Tendenz kommen.

Die Kritik über die Novellierung des ungarischen Arbeitsgesetzbuches im Rahmen der Angleichung des Rechtssystems muss auch darauf hinweisen, dass nach § 94/D Abs. 2 ArbGB das Arbeitsamt nur dazu berechtigt ist, vom Arbeitgeber Informationen über die Konsultationen zu verlangen. Diese Möglichkeit des Arbeitsamtes wird in der Praxis oft nicht genutzt. Es wäre deshalb angebracht, wenn der Gesetzgeber die Arbeitszentrale nicht nur zum Einholen von Informationen berechtigte, sondern sie auch verpflichten würde, über jeden Personalabbau Informationen zu erlangen.

3. Die Massenentlassungsregelungen in den mitteleuropäischen Nachbarländern

a) Einleitung

Das Rechtsinstitut der Massenentlassung haben ebenso wie Ungarn auch die postkommunistischen Nachbarländer eingeführt. Weil bei diesen Ländern

[34] *Prugberger,* Magyar Jog 2001/2, 116. Meine eigene Erfahrung, weil ich durch den Auftrag der Friedrich-Ebert-Stiftung als Konsultant bei der Kodifikationsarbeit des ArbGB der Bosnisch-Serbischen Republik teilgenommen habe. Wir wollten die Massenentlassung nach dem deutschen Modell regeln, aber die Weltbank und der Internationale Währungsfond wollten diese Lösung nicht akzeptieren.

die wirtschaftliche Umstrukturierung jedoch später als in Ungarn eingesetzt hat, ist sie 6-8 Jahre später als in Ungarn in ihren Rechtssystemen eingeführt worden. Ungarn hat die Massenentlassung schon 1991 mit dem Beschäftigungsförderungsgesetz (Ges IV von 1991) eingeführt, die Nachbarländer haben sie erst am Ende jenes Jahrhunderts aufgenommen. In diesen Ländern hat man mit der Privatisierung auch etwas später begonnen als in Ungarn.

b) Die Massenentlassungsregelungen in den einzelnen Ländern

In *Tschechien* und der *Slowakei* sind die Massenentlassungsregelungen ziemlich spät, nämlich erst in den Jahren *2000-2001,* eingeführt worden. Der Grund hierfür war, dass in diesen Ländern die Arbeitslosenquote in den 90er Jahren noch ziemlich niedrig war. Die Massenentlassungsregelungen wurden ebenso wie in Deutschland in beiden Ländern aufgrund der ersten Variante der Richtlinie umgesetzt. Der Schwellenwert der geplanten Kündigungen ist mit dem deutschen Recht vergleichbar. Der Arbeitgeber ist jedoch schon *2* Monate zuvor verpflichtet, die Kündigungsabsicht dem Arbeitsamt und den im Betrieb das Vertretungsrecht ausübenden Gewerkschaften zu melden. Die Konsultationsdauer beträgt durchschnittlich ein Monat, sie kann jedoch einerseits um einen Monat verlängert, aber andererseits auch um 15 Tage verkürzt werden. An den Konsultationen nehmen die im Betrieb die Belegschaft vertretenden Gewerkschaftsorgane und der Arbeitsrat (Betriebsrat) teil. Der Arbeitgeber kann Gewerkschaftsmitglieder nur mit der Genehmigung der Gewerkschaft entlassen. Deswegen müssen Gewerkschaftsmitglieder in der Praxis als letzte entlassen werden. Diese Praxis passt jedoch nicht zum EU-Recht, weil sie das Gleichbehandlungsprinzip verletzt. In Tschechien wird für die übrigen Arbeitnehmer in der Praxis eine Sozialauswahl getroffen, obwohl dies gesetzlich nicht geregelt ist. In der Slowakei wird eher das Senioritätsprinzip angewendet. In beiden Ländern berechnet sich der Betrag der vorgeschriebenen Abfindung proportional zur Dienstzeit[35].

In *Rumänien* war vor dem neuen ABGB, das im Jahre 2003 in Kraft getreten ist, die Massenentlassung durch die Regierungsverordnung 98/1999 geregelt. Das neue ABGB regelt die Massenentlassung im Vergleich zum vorherigen Rechtszustand zum Nachteil der Arbeitnehmerseite. Hinsichtlich vieler Aspekte ist diese Regelung der ungarischen Lösung sehr ähnlich. Auch Rumänien hat als Grundlage für die Umsetzung die erste Variante in der Massenentlas-

[35] Vgl. *Madliak,* in: Publikationes Universitatis Miskolciensis, Sectio luridica et Politica. Tomus XIX. Miskolc, University Press (2001), S. 469ff.; Mitteleuropäische Arbeitsrechtsvergleichungskonferenz, Budapest, 27. und 28. Mai 2000, Referat vom Tschechischen Arbeitsministerium über das neue tschechische ArbGB; *Kostecka,* AuR 1994, 437; Stempien (Tschechien), Hüttlava (Slowakei) Int. Konf. 26. und 27. April 2002.

sungsrichtlinie gewählt. In der Regierungsverordnung 98/1999 war geregelt, dass ebenso wie vor der Hartz-Reform in der Bundesrepublik Deutschland die Regelungen der Massenentlassung angewendet werden, wenn der Arbeitgeber innerhalb von 30 Tagen mehr als 5 Arbeitnehmer entlassen will. Aber nach Inkrafttreten des neuen ABGB sind die Massenentlassungsregelungen genauso wie in Ungarn und in Deutschland auch nur dann anzuwenden, wenn binnen 30 Tagen mehr als 10 Arbeitnehmer entlassen werden sollen. Der Arbeitgeber muss 45 Tage vor der Massenentlassung seine Entlassungsabsicht der Arbeitnehmervertretung und dem Arbeitsamt melden. Nach dieser Meldung folgt eine 30tägige Konsultation. Diese Konsultation verlief früher auf Grund eines Sozialplans, der nach der Regierungsverordnung ebenso wie in Frankreich und in Deutschland aufzustellen war. Die vormals bestehende Pflicht zur Aufstellung eines Sozialplans wurde aber mit dem neuen ABGB abgeschafft. Die Konsultationen können verkürzt werden, wenn innerhalb von 15 Tagen die Arbeitnehmervertretung zur Lösung des Personalabbaus einen Vorschlag macht, den der Arbeitgeber innerhalb von 5 Tagen beantworten muss. Das Arbeitsamt kann aber das Verfahren auch um 10 Tage verlängern. Beachtenswert ist, dass der Arbeitgeber innerhalb von 9 Monaten nach der Massenentlassung keine neuen Arbeitnehmer einstellen darf, auch wenn er wieder Arbeitskräfte benötigt. In diesem Fall muss er die notwendige Anzahl der entlassenen Arbeitnehmer wieder einstellen. Dies ist wirklich eine soziale Regelung[36].

In *Polen* ist die Massenentlassung ganz ähnlich wie im deutschen Recht geregelt. Auch hier wurde die Richtlinie nach der ersten Variante umgesetzt. Bei der Anzahl der abzubauenden Stellen gibt es jedoch einen Unterschied. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, die Massenentlassungsregelungen anzuwenden, wenn er innerhalb eines Monats mehr als 10% der Betriebsbelegschaft in einem Betrieb, in dem weniger als 1000 Arbeitnehmer arbeiten oder 100 Mitarbeitern in einem Betrieb, in dem die Belegschaftszahl 1000 oder mehr erreicht, kündigen möchte. Die Regelung des Konsultationsprozesses ist mit dem in der Richtlinie identisch. Eine Sozialauswahl findet nach § 36 des Kodex Pracy statt. Die Konsultationen werden mit den im Betrieb über Vertretungsrechte verfügenden Gewerkschaften geführt. Wenn aber keine Gewerkschaften vertreten sind, kann der Betriebsrat als Partner auftreten. Die Abfindungssumme beträgt bei einer 10jährigen Betriebszugehörigkeit 1 Monatsgehalt, bei einer 20jährigen Betriebszugehörigkeit 2 Monatsgehälter und bei einer über 30jährigen Betriebszugehörigkeit 3 Monatsgehälter[37].

---

[36] *Kokoly,* Magyar Jog, 2006/12, 758.

[37] *Szubert,* Osteuropa Recht 1/1991, 31; Kodex Pracy §36; siehe zu den Grundsätzen der Massenentlassung in Polen *Zimoch-Tucbolka*/Malinowska-Hyla, in: Henssler/Braun (Fn. 15), S. 1039, 1084 ff.

In *Kroatien* ist im Arbeitsgesetzbuch die Massenentlassung ebenso wie in Polen nach dem deutschen Muster geregelt. Verglichen mit dem polnischen Recht gibt es aber einen Unterschied, weil in Kroatien bei der Teilnahme an den Konsultationen immer der Betriebsrat Vorrang hat und eine Gewerkschaft die Belegschaft nur dann vertreten kann, wenn im Betrieb kein Betriebsrat existiert. In Kroatien besteht auch ähnlich wie in Deutschland und im holländischen Recht, wo der Arbeitgeber nur mit dem Einverständnis des Betriebsrats über Entlassungen entscheiden kann, das Prinzip der Sozialauswahl[38]. Nach kroatischem Recht liegt eine Massenentlassung vor, wenn der Arbeitgeber binnen eines Monats in einem Betrieb, in dem mehr als 20 Arbeitnehmer beschäftigt sind, mehr als 5 Arbeitnehmern bzw. in einem Betrieb, in dem mehr als 100 Arbeitnehmer arbeiten, mehr als 10% aller Arbeitnehmer kündigen möchte. Bei der Massenentlassung ist die Kündigung abfindungspflichtig. Diese Regelung ist ähnlich wie im ungarischen Recht[39].

Bosnien ist im Moment in zwei Teile gespalten. Sowohl in der kroatisch-bosnischen Konföderation wie auch in der bosnisch-serbischen Republik ist die Regelung strukturell fast gleich wie im deutschen Recht. In der Praxis wird auch hier das Prinzip der Sozialauswahl angewendet. Aber beiden bosnischen Ländern ist von Weltbank und IMF vorgeschlagen worden, die Sozialauswahl durch das Senioritätsprinzip zu ersetzen. Im Moment ist in beiden autonomen Staatsteilen die Sozialplanaufstellung gesetzlich nicht vorgeschrieben, ebenso wie in Ungarn und in Rumänien wird jedoch ein Sozialplan in der Praxis aufgestellt[40].

III. Die Entlassung und Massenentlassung im öffentlichen Dienst in Ungarn und in den anderen postkommunistischen Nachbarländern von Ungarn verglichen mit den westeuropäischen EG-Ländern

1. Die westeuropäischen Regelungen

Fast alle westeuropäischen Länder schützen die Beschäftigung solcher Personen, die im öffentlichen Dienst tätig sind. Die Arbeiter und Angestellten des öffentlichen Dienstes in den Ländern, die zum romanischen Rechtskreis gehören, sind durch ein weitgehendes Kündigungsverbot geschützt. So stehen in Frankreich, Belgien, Luxemburg, Italien, Spanien und Portugal alle im öffentlichen Dienst Beschäftigten unabhängig davon, ob sie Arbeiter, Angestellte oder Beamte sind, unter einem Kündigungss-

[38] *Heka,* Napi Jogász 8/2002, 30.
[39] *Heka,* Napi Jogász 8/2002, 30. 34 f.
[40] *Prugberger,* Magyar Jog 2/2001, 116.

chutz und können nur dann im Rahmen eines Disziplinarverfahrens entlassen werden, wenn sie ihre Dienstpflichten grob verletzen[41]. Im germanischen Rechtskreis sind Beamte in ihrem Status geschützt. Ihre Entlassung ist unter den Voraussetzungen des Beamtenrechts nur im Rahmen eines Disziplinarverfahrens im Falle einer groben Verletzung der Dienstpflicht möglich[42], es sei denn es handelt sich um politische Beamte. Bei Angestellten im öffentlichen Dienst sind die Kündigungsmöglichkeiten tarifvertraglich eingeschränkt. Das österreichische Beamtengesetz spricht von einem pragmatisierten Status der Beamten[43]. Den Ausdruck des pragmatisierten Beamtenstatus kennt das deutsche Beamtengesetz zwar nicht, aber die Regelung ist die gleiche[44]. Auch in Großbritannien und in Irland werden Beamte vor einer Entlassung sehr streng geschützt[45].

Eine kleine Ausnahme bildet in dieser Hinsicht die niederländische Regelung, wo auch die Beamten zwar über einen bestimmten Kündigungsschutz verfügen, dieser jedoch nicht so streng ist wie der in Deutschland und in Österreich. Außer im Disziplinarverfahren sind die Beamten auch kündbar, wenn der Staat oder die Lokalverwaltung die Stelle oder das Institut aus finanziellen Gründen auflöst. Der Staat oder die zuständige Lokalverwaltung ist jedoch vor der Entlassung verpflichtet, eine andere öffentliche Stelle zu suchen und zu versuchen, den Betroffenen dorthin zu versetzen. Nur wenn keine Stelle im öffentlichen Dienst frei ist, ist die Kündigung zulässig. Diese Möglichkeit im niederländischen Beamtengesetz (Ambtenari Wet) ist ein Unterschied im Vergleich zu dem deutschen und österreichischen Beamtengesetz, weil ein Beamter nach beiden Beamtengesetzen auch im Falle von Stelleneinsparungen zwingend zu versetzen ist. Die Beamten können ihren Arbeitsplatz auch wegen der Umor-

---

[41] *Mosse/Tchobanian,* in: Bach/Bordogna/Della Rocca/Winchester (Hrsg.), Public Service Employment Relations in Europe (1999), S. 130ff.; Structure of the civil service employment in seven OECD countries (1999), OECD PUMA HRM, Praxis, zitiert nach *Horváth,* „Diagnózis és Terápia", Javaslat a Magyar Köztársaság reformjára - Figyelemmel az EU-tagállamok jogalkotására, hazai múltunkra és jelenünkre („Diagnose und Therapie", Entwurf einer Reform des öffentlichen Dienstes - Mit Betrachtung der Rechtsregeln der EU-Mitgliedstaaten und der ungarischen Vergangenheit und Gegenwart), PhD Dissertation, Pécs (2006), S. 149f.; *Balázs,* Magyar Közigazgatás 2/1992, 78*; ders.,* Magyar Közigazgatás 11/2001, 641; *ders.,* Magyar Közigazgatás 5/1985, 38, 38ff., 42ff.; *Peine/Heinlein,* Beamtenrecht, 2. Auflage (1999), S. 105ff.; *Reissner,* Das neue Lohn- und Übungsbuch Arbeitsrecht (2003), S. 18, 381; Beamtengesetz Art. 10 Abs. 1 Z 16 B-VG, Art. 26 B.

[42] *Peine/Heinlein* (Fn. 41), S. 85ff., S. 109ff. und S. 161 ff.

[43] Vgl. *Reissner* (Fn. 41) und das Zitat aus dem Beamtengesetz in Fn. 41.

[44] Vgl. *Reissner* (Fn. 41), S. 18 und 381; Art. 10 Abs. 1 Z. 16 B-VG, Art. 26 B-VG; Arbeitsrecht, Kodex des österreichischen Rechts, 24. Aufl. (Stand 01.09. 2002), 4. 27-29.

[45] *Safford/MacGregor,* Employment in the public and private sectors, Economic Trends (1988), No. 532 (March), S. 22f., zitiert nach *Horváth* (Fn. 41), S. 152f.; *Balázs,* Magyar Közigazgatás 2/1992, 78f.

ganisation somit nicht verlieren[46]. Dieser etwas weniger strenge Kündigungsschutz in den Niederlanden gleicht dem Kündigungsschutz im öffentlichen Dienst, der bis zum 31.12. 2007 in Ungarn gegolten hat. In Ungarn hat das Gesetz LXXII von Mitte Juni 2006 die Kündigungsschutzregelungen für den öffentlichen Dienst reformiert[47].

2. Die ungarische Regelung aus kritischem Standpunkt

In Ungarn ist der öffentliche Dienst in zwei Gesetzen geregelt. Das Gesetz XXIII von 1993 regelt den sogenannten Beamtendienst. Beamte sind nach der Auffassung des Gesetzes Personen, die bei einer staatlichen Behörde (auf Zentral-, Bezirks- oder Lokalebene) eine Verwaltungsfunktion oder Richtertätigkeit ausüben oder im Staatsapparat tätig sind. Hilfskräfte sind aber nach dem ArbGB als Angestellte oder als Arbeiter eingestellt. Es besteht eine gewisse Ähnlichkeit mit dem oben aufgezeigten germanischen Regelungssystem. Wie schon früher erwähnt wurde, gibt es außer dem Beamtengesetz ein Gesetz über den öffentlichen Dienst, das das Angestellten- und Arbeiterverhältnis für solche Personen regelt, die in nichtbehördlichen öffentlichen Instituten arbeiten. Solche Arbeitnehmer sind Angestellte im öffentlichen Dienst. Der Status für diese Personen ist vergleichbar mit den neu engagierten österreichischen Lehrern und Universitäts- bzw. Hochschulprofessoren, die seit drei Jahren auf Grund der Novelle des Beamtengesetzes nicht mehr Beamte, sondern nur noch Angestellte sind[48]. Dieser Angestelltenstatus ist aber nicht gleich dem Status ungarischer Angestellter. In Österreich ist nämlich das Lehrer- und Professorenverhältnis neuerdings auch vom Angestelltengesetz geregelt, das auch auf Privatangestellte anwendbar ist, im Gegensatz zu Ungarn, wo das ArbGB auf dem Privatsektor den Angestelltenstatus nicht kennt[49]. Deswegen fallen in Ungarn die Lehrer und Professoren als Angestellte nicht unter das ArbGB, sondern unter das Gesetz über die öffentlichen Angestelltens[50]. Dieses Gesetz unterscheidet in den staatlichen Instituten für Kultur-, Forschungs- und Gesundheitswesen nicht zwischen solchen Angestellten, die im Hinblick auf die Institutsfunktion wichtige geistige Tätigkeiten ausüben und solchen, die Büro- und physikalische Hilfsarbeit leisten. So werden in Ungarn alle Angestellten im öffentlichen Dienst gleich behandelt[51].

---

[46] Informationen von *Heerma van Voss,* juristische Fakultät, Universität Leiden (September 2006); Dozentenforschungsaustausch im Rahmen des Erasmus Programms (Studienreise) und Referat von *Heinsius* (Uni Leiden) auf der in Fn. 5 erwähnten Konferenz am 13. bis 15. November 2006.

[47] 2006: LXXII. Gesetzesnovelle des öff. Dienstgesetzes und des Beamtengesetzes.

[48] *Reissner* (Fn. 41).

[49] Vgl. Gesetzestext des 1.-3. Kapitels des 3. Teils des ArbGB.

[50] Das 2006: LXXII. Gesetz ist am 0l. 01. 2006 in Kraft getreten.

[51] Vgl. § 1 und § 20 des Öff.Ang.Ges.

Der Kündigungsschutz für Angestellte war bis zum 01.08.2006 im Angestelltengesetz ähnlich wie für die Beamten geregelt, für die der Kündigungsschutz durch das Beamtengesetz bis zu dieser Zeit gesichert war. Nach diesen Regeln war früher auch die Kündigung von Angestellten- und Beamten, ja sogar eine Massenentlassung möglich, wenn eine Stelle oder die Institution von der Regierung oder von der Lokal- oder Bezirksverwaltung aufgelöst wurde. Davon unabhängig war, ob das aufzulösende Institut, die aufzulösende Abteilung oder die zu streichende Stelle behördlich war. Bei einer solchen Kündigung war früher der Staat oder die Lokalverwaltung, ebenso wie es im niederländischen Ambtenari Wet geregelt ist, verpflichtet, vor der Kündigung dem zu entlassenden Beamten eine andere Stelle anzubieten und ihn zu versetzen. Es war nur dann möglich zu kündigen, wenn der Dienstherr für den betroffenen Beamten oder Angestellten keine passende öffentliche Stelle finden konnte. So war es auch in Ungarn bei der Beamten- und Angestelltenmassenentlassung geregelt[52]. Ungarn ist aber eine Ausnahme, weil das Institut der Massenentlassung im öffentlichen Dienst nicht nur in der westeuropäischen Region, sondern auch in der ost-mitteleuropäischen Region unbekannt ist[53]. Es ist jedoch so, dass in beiden Gesetzen die Massenentlassungsregeln günstiger waren bzw. sind, als die Regelungen über die Massenentlassungen im ArbGB, die für die Arbeitnehmer im privaten Bereich gelten. Bisher waren im öffentlichen Sektor die Massenentlassungsregelungen dann anzuwenden, wenn nur 5 Beamte oder Angestellte entlassen werden sollten. Seit Januar 2007 gilt das Gesetz LXXII von 2006, das die früheren Kündigungsregeln abgeändert hat: die Kündigung von Beamten ebenso wie die Kündigung von Angestellten wurde fast gleich geregelt wie die Arbeitgeberkündigung nach dem ArbGB.

Nach der früheren Regelung war, wie schon erwähnt, der Dienstherr, bevor er dem Beamten oder dem Angestellten kündigte, verpflichtet, eine andere ähnliche Stelle zu suchen, und nur wenn er eine solche nicht finden konnte, war eine Kündigung auch unter Anwendung der Massenentlassungsregelungen möglich. Das Gesetz LXXVI von 2006 hat diese Regelung ebenso wie den 60tägigen Reservestand aufgehoben. In der Reservestandzeit war der Dienstherr verpflichtet, für den im öffentlichen Dienst Beschäftigten nach der Kündigung weiter eine Stelle im öffentlichen Dienst zu suchen.

Verglichen mit dem privaten Arbeitsverhältnis sind in Ungarn nur zwei Vergünstigungen für die Beamten und für die im öffentlichen Dienst arbeitenden Angestellten geblieben. Dies ist einerseits die Kündigungsfrist und ander-

[52] Vgl. § 30 Abs. 3 und 4 des Öffentlichen Dienstgesetzes und § 17 Abs. 4 und 5 des Beamtengesetzes.

[53] Vgl. § 38/A Abs. 1 lit. a des Öffentlichen Dienstgesetzes und § 17/B Abs. 1 lit. a des Beamtengesetzes.

erseits die Abfindungspflicht. In Ungarn beträgt nach § 18 Abs. 1 des Beamtengesetzes die Kündigungsfrist für Beamte einheitlich 6 Monate, nach § 33 Abs. 2 des Angestelltengesetzes kann sie jedoch für Angestellte im öffentlichen Dienst abhängig von der Länge der Beschäftigungsdauer 2 Monate bis 8 Monate betragen. Verglichen mit der Kündigungsfrist für Arbeiter, die gem. § 92 Abs. 1-2 ArbGB abhängig von der Beschäftigungsdauer 30 Tage bis 90 Tage dauern kann, fällt die Regelung über die Kündigungsfrist im öffentlichen Dienst anscheinend günstiger aus. Man muss aber erwähnen, dass die Parteien im privaten Arbeitsverhältnis die gesetzlich festgelegte Kündigungsfrist bis zu einem Jahr verlängern können, was im öffentlichen Dienst nicht gestattet ist. So kann man in dieser Hinsicht von einer Vergünstigung kaum sprechen. Auch im Verhältnis zwischen der Kündigung von Beamten und Angestellten im öffentlichen Dienst gibt es einen Widerspruch. Obwohl nämlich eine Beamtenstelle höher angesehen ist als der Angestelltenstatus im öffentlichen Dienst, kann die Kündigungsfrist bei Angestellten im öffentlichen Dienst um zwei Monate höher ausfallen, als bei Beamten mit einer längeren Dienstzeit. Dies ist jedoch rechtswidrig.

Die vorgeschriebene verbindliche Abfindungssumme ist in beiden Gesetzen, also für Beamte und Angestellte im öffentlichen Dienst, gleich geregelt. In Abhängigkeit von der Länge der Beschäftigungsdauer kann die Abfindung von zwei Monatsdurchschnittsgehältern bis zu acht Monaten Durchschnittsgehalt erreichen. Ein im öffentlichen Dienst Beschäftigter mit einer einjährigen Beschäftigungsdauer bekommt die niedrigste Abfindungssumme. Die höchste Abfindungssumme bekommt man ab einer 20jährigen Dienstzeit. Auf den ersten Blick erscheinen die Abfindungsregelungen gegenüber denen im privaten Arbeitsverhältnis nach dem ArbGB anwendbaren Regelungen günstiger, weil bei einem einfachen Arbeitnehmer die niedrigste Abfindung bei einer dreijähriger Dienstzeit einen Monatsdurchschnittslohn beträgt und die höchste mit 20jähriger Dienstzeit 6 Monate Durchschnittslohn. Die hier aufgezeigte Vergünstigung wird aber faktisch dadurch abgeschwächt, dass ein Arbeitnehmer die ganze Abfindungssumme auch dann behalten kann, wenn er während der Kündigungsfrist eine Stelle findet. Der im öffentlichen Dienst Beschäftigte bekommt seine Abfindung dagegen erst nach Ablauf der Kündigungsfrist. Er bekommt sie jedoch nicht, wenn er in dieser Zeit eine Stelle im öffentlichen Dienst findet.

Meiner Auffassung nach genießt ein Mitarbeiter im öffentlichen Dienst, unabhängig davon, ob er Angestellter oder Beamter ist, in Ungarn daher seit dem 01.08. 2006 im Vergleich zum einfachen Arbeitnehmer keinen privilegierten Statusschutz mehr.

Prof. dr Tamaš Prugberger (Prugberger Tamás),
D.Sc., doktor Mađarske akademije nauka
Mađarska, Univerzitet u Miškolcu, Pravni fakultet,
Katedra za radno i socijalno pravo, prof. emeritus

Pravna pravila o otkazu i grupnom otpuštanju zaposlenih prema mađarskom pravu i pravu susednih zemalja

Rezime

Autor je u ovom radu analizirao pravo Evropske unije, tj. Direktive (Smernice) 75/129/EWG i 98/59/EG o uslovima kolektivnog otpuštanja zaposlenih u privrednim društvima, kao i implementaciju ovih direktiva u nacionalna zakonodavstva članica Evropske unije.

Originalni naučni rad 94(430)“07“

Tamás Nótári, PhD, Associate Professor
Department of Roman Law,
Károli Gáspár Universit, Budapest

REMARKS ON THE 8TH CENTURY REGISTERS OF SALZBURG

After throwing the last Agilolfing Duke, Tasilo III off his throne in 788 in the lawsuit (to use a current term, show trial) held at the assembly at Ingelheim, Charlemagne integrated the until then independent Bavarian Dukedom into his empire. Several of the Bavarian (secular and church) dignitaries, including Arn, bishop of Salzburg and later a good friend of Alcuin,[1] most probably took sides with the Frank ruler as early as during the reign of Tasilo, and helped him to legitimate the dethronement of the prince.[2] In the years directly following the

[1] Cf. Diesenberger, M.–Wolfram, H.: *Arn und Alcuin 790 bis 804: zwei Freunde und ihre Schriften.* In: Erzbischof Arn von Salzburg. Hrsg. v. Niederkorn-Bruck, M.–Scharer, A. Mitteilungen des Instituts für Österreichische Geschichtsforschung, Ergänzungsband 40. Wien–München 2004. 86. sqq.

[2] Cf. Krawinkel, H.: *Untersuchungen zum fränkischen Benefizialrecht. Forschungen zum deutschen Recht II/2.* Weimar 1937. 47. sqq.; Hoffmann, H.: *Untersuchungen zur karolingischen Annalistik.* Bonn 1958. 38. sqq.; Erler, A.: *Herzog Tassilo vor dem Königsgericht in Ingelheim.* In: Beiträge zur Ingelheimer Geschichte 27. 1978. 27. sqq.; Kolmer, L.: *Zur Kommendation und Absetzung Tassilos III.* Zeitschrift für bayerische Landesgeschichte 43. 1980. 293. sqq.; Classen, P.: *Bayern und die politischen Mächte im Zeitalter Karls des Großen und Tassilos III. in Ausgewählte Aufsätze.* Vorträge und Forschungen 28. Sigmaringen 1983. 235. sqq.; Becher, M.: *Eid und Herrschaft. Untersuchungen zum Herrescherethos Karls des Großen.* Vorträge und Forschungen, Sonderband 39. Sigmaringen 1993; Schieffer, R.: *Ein politischer Prozeß des 8. Jahrhunderts im Vexierspiel der Quellen.* In: Das Frankfurter Konzil von 794. Kristallisationspunkt karolingischer Kultur I. Politik und Kirche. Quellen und Abhandlungen zur mittelrheinischen Kirchengeschichte 80. Mainz 1997. 167. sqq.; Airlie, S.: *Narratives of triumph and rituals of submission: Charlemagne's mastering of Bavaria.* In: Transactions of the Royal Historical Society, 6th series 9. 1999. 93. sqq.; Becher, M.: *Zwischen Macht und Recht. Der Sturz Tassilos III. von Bayern 788.* In: Tassilo III. von Bayern. Großmacht und Ohnmacht im 8. Jahrhundert. Hrsg. v. Kolmer, L.–Rohr, Chr. Regensburg 2005. 39. sqq.; Nótári T.: *Források Salzburg kora középkori történetéből.* Szeged 2005. 43. sqq.; Nótári T.: *A salzburgi historiográfia kezdetei.*

dethronement, between 788 and 790, it was at the instruction of Charlemagne that the great winner of the Carolingian takeover, Bishop Arn (785–821), who used to enjoy Tasilo's confidence for a long time, caused to write the notice on the donations to the Bishopric of Salzburg, *Notitia Arnonis*, which was approved by the Frankish ruler, to ensure the benefices of his diocese. The Bishopric of Salzburg was raised to Archbishopric in 798, and it was at that time that Arn received the pallium from Pope Leo III; however, the bishops now subjected to him apparently felt aversion to this decision adopted by Charlemagne and implemented by the Pope.[3] So the Archbishop had to prove the origin and legality of the estates obtained, which resulted in the work entitled *Breves Notitiae* drafted between 798 and 800.[4] It can be established that in spite of *Breves Notitiae* and *Notitia Arnonis* overlapping each other in certain points, none of the records served as the prefiguration of the other, so both documents add specific data to our knowledge on the economic and estate conditions of the age.

"Alle mittelalterliche Forschung ist Philologie" writes Hermann Heimpel in his foreword to Heinz Quirin's handbook.[5] The objective of the present writing primarily concerns legal history; however, in its methodology, investigation in medieval Latin philology dominates. As in terms of genres, both *Notitia Arnonis* and *Breves Notitiae* are a peculiar mixture of charters and historic narratives on the early period of Salzburg, so in the assessment of their linguistic/stylistic features the impacts of both the usage of charters and Carolingian Latinity need to be taken into account.[6] In this paper the following aspects will

---

Szegedi Középkortörténeti könyvtár 23. Szeged, 2007; Nótári, T.: *Show Trials and Lawsuits in Early Medieval Bavaria.* Rechtsgeschichtliche Vorträge 53. Budapest 2008.

[3] See Demmelbauer, G.: *Arno, der erste Erzbischof von Salzburg 798–821.* (Dissertation) Wien 1950; Kerner, M. Der Reinigungseid Leos III. vom Dezember 800. Die Frage seiner Echtheit und frühen kanonistischen Überlieferung. Zeitschrift des Aachener Gerichtvereins 84/85. 1977/78. 131. sqq.; Classen, P. *Karl der Große, das Papsttum und Byzanz. Die Begründung des karolingischen Kaisertums.* Sigmaringen 1985. 42. sqq.; Wavra, B. *Salzburg und Hamburg. Erzbistum und Missionspolitik in karolingischer Zeit.* Berlin 1991; Wolfram, H.: *Arn von Salzburg und Karl der Große.* In: 1200 Jahre Erzbistum Salzburg. Die älteste Metropole im deutschen Sprachraum. Hrsg. v. Dopsch, H.–Kramml, P. F.–Weiß, A. S. Salzburg 1999. 22. sqq.

[4] Lošek, F.: *Notitia Arnonis und Breves Notitiae. Die Salzburger Güterverzeichnisse um 800.* Mitteilungen der Gesellschaft für Salzburger Landeskunde 130. 1990. 80. sqq.; 120. sqq.; Lošek, F.: *Notitia Arnonis und Breves Notitiae.* In: Quellen zur Salzburger Frühgeschichte. Veröffentlichungen des Instituts für Österreichische Geschichtsforschung 44; Mitteilungen der Gesellschaft für Salzburger Landeskunde, Ergänzungsband 22. Hrsg. v. Wolfram, H. Wien–München 2006.

[5] Quirin, H.: *Einführung in das Studium der mittelalterlichen Geschichte.* Stuttgart 1991[5]. 4.

[6] Haupt, H: *Zur Sprache frühmittelalterlicher Güterverzeichnisse.* Mitteilungen des Instituts für Österreichische Geschichtsforschung 83. 1975. 36; Muller, H.: *A Chronology of Vulgar Latin.* Zeitschrift für Romanische Philologie, Beiheft 78. 1929; Pisron, J.: *Le latin des formules mérovingiennes et carolingiennes.* Romanische Forschungen 26. 1909. 837. sqq.; Sas, L. F.: *The Noun*

be examined– primarily in the texts of the aforesaid estate registers of Salzburg, and, as a matter of fact, giving an overview of the (Bavarian) sources of the period: Confirmation of donations to the Church in written form and by witnesses. (**I.**) The relation between *carta* and *notitia*; similarities and differences in form and content. (**II.**) Key linguistic features of the estate registers of Salzburg; their relation to usage of charters. (**III.**) In-depth examination of a few linguistic peculiarities that occur in the estate register. (**IV.**)

Key words: early-medieval legal history, Bavarian history, Notitia Arnonis, Breves Notitiae, estate-registers

I. A certain locus of *Breves Notitiae* describes the act of confirming *(confirmatio)* the donation;[7] a locus in *Notitia Arnonis* depicts confirmation with one's own hand;[8] and *Breves Notitiae* presents an act of donation at the altar, or altar cloth *(per pallium altaris)*.[9] What follows below is an in-depth investigation of these elements from the *cartae* that forms the basis of the two sources examined in this paper and earlier *notitiae*. In the 8th c. Bavaria, the *carta* was nothing else than *epistola firmitatis*, i.e., *firmitas* itself, and it is for this specific reason that it seems expedient to examine the provision set forth in the *Lex Baiuvariorum* that stipulates cumpolsory application of written documents in acts of donation to the church, which are to meet the following formal requirements. Those who for the sake of the salvation of their soul grant donations, shall confirm this act with their own hand *(confirmet propria manu sua)* with a deed *(per epistolam confirmet)*, and shall use six, or, if they want more, witnesses; such witnesses shall put their hand on the *epistola*, and inscript their name; then, the donator shall place the deed on the altar, and in the presence of the priest shall make the donation.[10] The act of confirmation with one's own

---

Declension System in Merovingian Latin. Paris 1937; Falkowski, R.: *Studien zur Sprache der Merowingerdiplome.* Archiv für Diplomatik 17. 1971. 2. sqq.; Uddholm, A.: *Formulae Marculfi. Études sur la langue et le style.* Uppsala 1953; Löfstedt, B*,: Studien über die Sprache der langobardischen Gesetze. Beiträge zur frühmittelalterlichen Latinität.* Acta Universitatis Uppsaliensis. Studia Latina Uppsaliensia 1. 1961; Schramm, F.: *Sprachliches zur „Lex Salica", eine vulgärlateinische-romanische Studie.* Marburger Beiträge zur romanischen Philologie 3. 1911.

[7] *Breves Notitiae* 4, 3. 4. 10; 4, 10.

[8] *Notitia Arnonis* 6, 20.

[9] *Breves Notitiae* 13, 6.

[10] *Lex Baiuvariorum* 1, 1. (Ed. Schwind, E. v. MGH LL nat. Germ. 5, 2. Hannover 1926.) *Et quicquid donaverit ... pro redemptione animae suae, hoc per epistolam confirmet propria manu sua ipse et testes adhibeat VI vel amplius, si voluerit. Imponant manus suas in epistula et nomina eorum notent ibi, quem ipse rogaverit. Et tunc ipsam epistulam ponat super altare et sic tradat ipsam pecuniam coram sacerdote, qui ibi deservit ...*

hand and the witnesses' placement of their hands on comes from Alemanian practice, and on the grounds thereof it can be established that *confirmatio propria manu* did not mean the donator's signature but the placement of hand, similarly to witnesses placing their hand on the *carta*.[11] In legal transactions or disputes confirmation by the act of touching, or the role of touching–with hand or any instrument, for example, a rod *(festuca)*–is not alien to either early medieval German or Antique legal systems.

Witnesses were usually listed in the form *"signum N. testis"*, but in certain cases, for example, in a record from Mondsee the format *"signum + Huno ... signum + Agino"* is used.[12] It was, of course, not obligatory to inscript the sign of the cross on the parchment by one's own hand, this could be done by the scrivener issuing the charter; however, in accordance with the provision set forth in *Lex Baiuvariorum*, only after having touched the *epistola*. As a matter of fact, marks other than the cross could be used as a sign, since it was not the cross an oath was taken on when issuing the deed; in a *tradito* from Freising the combination of the letters *s* and *m* served as a sign,[13] and probably meant *signum manus* that contained the touching of the parchment.[14] So the validity of the legal transaction was established not by the deed itself but the ceremony of issuing it. In donations to the church, by the act of touching by the donator and the witnesses, and placement on the altar; in other transactions of assigning real estates, by the custom of placing the parchment–sometimes with the inkpot and pen–on the ground, and handing them over by the deliverer/donator/seller to the scrivener while making the statement of will.[15] Some form of touching was in each case deemed important, what is more, an accessory of validity. In the case of touching by the witnesses and the issuer, validity was only indicated but not established by *signum*. When granting donations to the church placement on the altar was nothing else than the gesture of touching by the party taking over the donation since de iure the donated item devolved to the ownership of the patron saint of the church, or the monastery. In other transactions of assigning real estates, the parchment touched the ground, i.e., the subject of the assignment of property; and so exactly defined this subject, on the one hand, and created phyisical connection necessary for

[11] Fichtenau, H.: *Das Urkundenwesen in Österreich vom achten bis in das dreizehnte Jahrhundert.* Mitteilungen des Intituts für Österreichische Geschichtsforschung, Ergänzungsband 23. Graz–Wien–Köln 1971. 60.

[12] *Das älteste Traditionsbuch des Klosters Mondsee* Nr. 119. (Ed. Rath, G. et al. Forschungen zur Geschichte Oberösterreichs 16. Linz 1989.)

[13] *Traditio Frisingensis* Nr. 194.

[14] Fichtenau 1971. 61.

[15] Kos, M.: *Carta sine litteris.* Mitteilungen des Instituts für Österreichische Geschichtsforschung 62. 1954. 99.

validity, on the other.[16] That is how the act of confirmation by one's own hand, and the element of donation implemented through placement on the altar and execution on the altar cloth were transplanted into the *Notitia Arnonis* and *Breves Notitiae*.

Donationes to the church are sacred transactions as much as legal acts–it is questionable, of couse, if it is expedient to separate the sphere of *ius* from the sphere of *sacrum*. The sacred element is reinforced by the requirement of uttering proper words–which is well-known from ancient Roman law, albeit, with other points emphasised–by the motivation of donation made in the hope of salvation in the hereafter; and the act of threatening inheritors or other persons who dispute it with divine punishment,[17] potentially cursing them. One should not forget that the counter-party of the inheritor in the lawsuit contesting *traditio* was, in line with the train of thoughts of the age, not the church or the monastery but the patron saint, to whose ownership, inheritage the donation belonged to. Strict compliance with the required words of the legal transaction allows the assumption that in the act of transfer the same text was uttered as was recorded in the charter; in this sense–taking into account that the impact of the *carta* was declarative rather than constitutive–we can agree with Fichtenau's statement that the *epistula/carta* was nothing else than the donator's "word calling even from the grave" that the inheritors contested. [18] In the author's view, it is contradictory how the form of creating the *carta*–enriched with sacralised, religious and magical elements, act of touching as an instrument of transfer of will–fits in with this train of thoughts.

II. What are the elements of *Notitia Arnonis* and *Breves Notitiae* that can be attributed to the usage of charters? Unfortunaetely, no charters have been left to us from the 8th c. Salzburg since the charters used when compiling the lists were most probably annihilated since there was no reason to continue to preserve them–as the doyen of Austrian study of charters, Heinrich Fichtenau remarks.[19] As far as the type of charters and the usage of Salzburg is concerned, Heinrich Koller assumes that arriving at the turn of the 7th and 8th c. to Salzburg Rupert (Hrodbertus)[20] found and adopted an evolved form of quite simple

---

[16] See Goldmann, E.: *Cartam levare.* Mitteilungen des Instituts für Österreichische Geschichtsforschung 35. 1914. 3. sqq.

[17] Cf. *Traditio Frisingensis* Nr. 27. (Ed. Bitterauf, Th. Quellen und Erörterungen zur bayerischen und deutschen Geschichte, Neue Folge 4–5. München 1905–1909.)

[18] Fichtenau 1971. 62. sq.

[19] Fichtenau 1971. 12.

[20] Cf. Beumann, H.: *Zur Textgeschichte der vita Ruperti.* In: Festschrift für H. Heimpel. Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Geschichte 36. 1972. 166. sqq.; Baltl, H.: *Zur Datierungfrage des hl. Rupert.* Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanon-

charter practices followed by the scattered Roman population survived on this territory.[21] On the contrary, Kurt Reindel takes sides with discontinuity, which affected the history of diplomacy too.[22] The author of this paper holds the view that regarding the issue of continuity/discontinuity concerning this subject area he is forced to remain on the level of hypotheses; and, therefore, deems it is more reasonable to dispense with any further discussion of the subject, which holds out the prospect of little success. With regard to the ex asse usage and use of formulas in charters of Salzburg, it is not possible to draw as detailed and firm conslusions as in relation to other Bavarian monasteries–for example, Mondsee, Passau, Freising, Fulda; although it is certain that a kind of individual practice evolved here too.[23] It is reasonable to presume that in the *cartae* of Salzburg the *Formulae Salicae Lindenbrogianae* was used to a considerable extent; especially owing to the intermediary impact of bishop, then archbishop Arn, who left Freising for the St. Amand monastery in Elnon, and then came from there to Salzburg.[24]

Compared to the ceremonial, sometimes pleonastic Bavarian charters in the 8th c., the *notitia* was a shorter instrument using limited vocabulary, mostly destined to cover merely the fact of the legal transaction and to name the witnesses ordered to certify the implementation of the legal transaction. Owing to its nature called *schlichte Beweisurkunde* by Heinrich Brunner, the *notitia* is, one might say, of a historical character, contrary to the *carta* that depicts an action taken in the present.[25] Heinrich Fichtenau asserts that in terms of content it can be established that all the legal transactions that were enshrined in a *carta* in Bavaria (usually concerning purchase and sale, and donations) could have been set forth by a *notitia* too; however, not all the things left to us by *notitiae*

---

istische Abteilung 61. 1975. 1. sqq.; Reindel, K.: *Die Organisation der Salzburger Kirche im Zeitalter des hl. Rupert.* Mitteilungen der Gesellschaft für Salzburger Landeskunde 115. 1975. 88. sqq.; Wolfram, H.: *Der heilige Rupert in Salzburg.* In: Frühes Mönchtum in Salzburg. Salzburger Diskussionen 4. Hrsg. v. Zwink, E. Salzburg 1983. 84. sqq.; Schmitt, F.: *Zur Vita Ruperti.* In: Frühes Mönchtum in Salzburg. Salzburger Diskussionen 4. Salzburg 1983. 96. sqq.; Jahn, J.: *Ducatus Baiuvariorum. Das bairische Herzogtum der Agilolfinger.* Monographien zur Geschichte des Mittelalters 35. Stuttgart 1991. 54. sqq.; Wolfram. H.: *Salzburg, Bayern, Österreich. Die Conversio Bagoariorum et Carantanorum und die Quellen ihrer Zeit.* Mitteilungen des Instituts für Österreichische Geschichtsforschung, Ergänzungsband 31. Graz–Wien–Köln 1995. 228. sqq.

[21] Koller, H.: *Der Donauraum zwischen Linz und Wien im Frühmittelalter.* Historisches Jahrbuch der Stadt Linz 1960. 27.

[22] Reindel, K.: *Das Zeitalter der Agilolfinger.* In: Handbuch der Bayerischen Geschichte I. Hrsg. v. Spindler, M. München 1967. 99.

[23] Fichtenau 1971. 36.

[24] Schröder, R.: *Arno, Erzbischof von Salzburg, und das Urkundenwesen seiner Zeit.* Neue Heidelberger Jahrbücher 2. 1892. 165. sq.

[25] Brunner, H.: *Carta und Notitia.* In: Abhandlungen zur Rechtsgeschichte I. Weimar 1931. 463.

could have been certified with a *carta*. In its character the *carta* is more subjective compared to the *notitia* with more objective rendering.[26] Momentarily dispensing with the version aimed at certifying goods, which is the most explicit version investigated in this paper, including *Notitia Arnonis* and *Breves Notitiae*, in the form of their use several differences can be shown. An estate dispute–as it is shown by an example from 821 in Passau where the *donatio* was contested by the brother of the deceased, a priest who had donated his estate in Rulfing to the Church–was settled in the form of a notice/protocol, a *notitia* rather than a *carta*.[27] As a matter of fact, it is not only records maintained by the Church where one can read about estate disputes; in the age of the Carolingians, proceedings before the *missi dominici* could also constitute the subject of *notitiae*–in this case the *notitia* was made out either in the form used by the competent ecclesiastical panel,[28] or in a form bearing the formal requirements of Frankish court records.[29] The *notitia* was drafted by the permanent court clerk, or by a scrivener, in accordance with Frankish custom; and in the Bavarian practice, where this institution had not become customary, by the church scrivener.[30] Accordingly, the *notitia* was used for several purposes: in certain cases it substituted *carta*; in other cases it served to record the outcome of legal disputes.[31]

Contrary to the provision of *Lex Baiuvariorum,*[32] donations granted to the Church were not always confirmed by issuing a *carta;*[33] and in other purchase and sale transactions the parties had the option, pursuant to the law, to select either oral or written transaction, that is, from among the versions *confirmatio "aut per cartam aut per testes"*.[34] So, whenever it was not optional or necessary to issue a *carta*, they deemed it was advisable and useful to draft a *notitia*, so for example, when Pippin granted taxpayers to the mondastery of St. Gallen, although it was not a legal dispute, and no royal charter was drafted, the monastery deemed it was not unnecessary to issue a *notitia*.[35] Looking at the origin of *notitia* in terms of genres, it can be reasonably declared that its prefiguration

[26] Fichtenau 1971. 74.

[27] *Traditio Pataviensis* Nr. 78. (Ed. M. Heuwieser. Quellen und Erörterungen zur bayerischen und deutschen Geschichte, Neue Folge 6. München 1930.)

[28] *Traditio Frisingensis* Nr. 142.

[29] *Traditio Frisingensis* Nr. 186; 193; 227; 251; 258; *Traditio Pataviensis* Nr. 50; 54.

[30] *Traditio Pataviensis* Nr. 50; 54.

[31] Cf. Fichtenau 1971. 76.

[32] *Lex Baiuvariorum* 1, 1.

[33] See Merkel, J.: *Das Firmare des bairischen Volksrechtes.* Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung 2. 1863. 101. sqq.

[34] *Lex Baiuvariorum* 16, 2. 5. 16.

[35] König, E.: *Urkundenstudien.* Neues Archiv der Gesellschaft für ältere deutsche Geschichtskunde 48. 1930. 317. sqq.

was, instead of the protocols of rulers' legislations, the records (so-called *gesta municipalia*) of the urban *sacrum officium* of late antiquity and early medieval church authorities that were to ensure legal security, exceeding the requirements for written instruments of the legislation function, to record ownership relations–among other things, they differ from later *notitiae* to the extent that in several cases, instead of the list of witnesses, they contain only signatures or *signacula*.[36]

Making records of *donationes* was not considered unnecessary not only by members of the clergy who donated their assets to the Church, but also by secular persons granting donations to the given bishopric, monastery or church since by doing so they ensured that there was a document more reliable than the human memory of witnesses, who were listed but might have died in the meantime, against inheritors who would possibly contest this act. The author of this paper holds the view that it is not expedient to investigate the public instrument or private deed nature of the records since these Roman legal/dogmatic categories can be sometimes applied with considerable difficulty–looking from Rome they can be projected, from our age back-projected–to early medieval legal system. On the other hand, the requirement of publicity of transactions was meant to be met not only by the symbolic acts and the presence of the witnesses in the procedure of issuing the *carta*; to a certain extent and in a certain way it was just to support (public) authenticity the *publicatio* set out at the top of *notitiae* was meant to serve. Preambles like *"Notum est ..."*[37] and *"Non est nunc incognitum sed plurimis ponitur noticia ..."*[38] show close links with passages included to make the deed public that could be read in *cartae;*[39] and perhaps they had been borrowed from there into *notitiae*. Such shorter preambles replacing the more extensive *arenga* typical of *cartae* can be explained by the growth in the number of transactions that had to be documented.[40]

Each diocese and monastery had to aggregate the documents on the goods in their ownership since that is how they could clearly arrange them, which was naturally demanded not only in the periods of major historical changes, such as the takeover by the Franks in Bavaria but in everyday ptactice. Partial aggregation of estates usually bear the name *breve*[41] but this term was used for other kinds of protocols too; an example for them is the collection of the assets of the

---

[36] Fichtenau 1971. 77.

[37] *Traditio Frisingensis* Nr. 40; 78; 82.

[38] *Traditio Pataviensis* Nr. 78.

[39] Így például *Traditio Frisingensis* Nr. 100. *Notum sit omnibus futuris atque praesentibus proximis atque parentibus meis, quod ego ...*

[40] Cf. Fichtenau 1971. 80. sq.

[41] Redlich, O.: *Privaturkunden des Mittelalters.* In: Erben, W.–Schmitz-Kallenberg, L.–Redlich, O.: Urkundenlehre III. München–Berlin 1911. 14. skk

treasury and the Church ordered to be recorded item by item by Charlemagne, the so-called *Brevium Exempla*.[42] The title of the *Breves Notitiae* of Salzburg originally referred, instead of the volume of the entire record, to the character of the estate register, i.e., its having been compiled from several former *notitiae*.[43] This is supported by the fact that, except for the historical chapters, the ones borrowed from *Libellus Virgilii, Breves Notitiae* contains no list of witnesses, and that in the second part, that is, from chapter fourteen, the record is arranged strictly following topographic principle. It should be added that the entry *"Notum sit, quod Arn archiepiscopus conquisivit II partes de Tusinperch a Gotberto"*[44] was made subsequently in red ink as it were as a heading, and apparently shows close links with the introductory *publicatio* already quoted and known from other *notitiae*.

It is worth deliberating to what extent the list of witnesses set out in the relevant passages of *Notitia Arnonis* and *Breves Notitiae*–in the latter in the passages constituting a part of *Libellus Virgilii*[45]–that enumerates ecclesiastic and secular persons consistently as separate groups, in both groups striving to keep to the order of ranks, can be considered typical in Bavarian charters. In Bavarian charter practices it quite often occurs that witnesses who belong to the clergy are not indicated with any entry on their priestly function, and so they can be deemed secular witnesses.[46] In several cases in two versions of the same deed totally different specifications are used in the list of the witnesses; for example, in *Traditiones Frisingenses* from 772.[47] These abbreviated specifications can be explained by the fact that in these cases it was sufficient to name the witnessess only, and the witnesses were not required to confirm their act of bearing witness by an individual sentence. The abbreviated specifications, which sometimes did not inlcude social status, were also justified by the Bavarian practice that, often, several times more witnessess were listed than required for the given transaction.[48] In accordance with Longobard practice,[49] witnesses

[42] See Metz, W.: *Zur Entstehung der Brevium Exempla.* Deutsches Archiv für Erfoschung des Mittelalters 10. 1953/54. 395. sqq.; Metz, W.: *Die frühmittelalterlichen Güterverzeichnisse Deutsclands.* Archiv für Diplomatik 4. 1958. 190. sq.

[43] Fichtenau 1971. 82.

[44] *Breves Notitiae* 14, 33.

[45] *Notitia Arnonis* 8, 8; *Breves Notitiae* 8, 14–15.

[46] Fichtenau, H.: *Die Reihung der Zeugen in den Urkunden des frühen Mittelalters.* Mitteilungen des Instituts für Österreichische Geschichtsforschung 87. 1979. 311.

[47] Cf. *Traditio Frisingensis* Nr. 45a *Taatto presbiter ... Lantfrid abbas, Chunihard presbiter, Cundheri presbiter et monachus, Arn*; Nr. 45b *Tatto testis ... Lantrid testis, Chunihart, ... Cundheri testis, Arn diaconus*

[48] Fichtenau 1979. 312.

[49] See Schiaparelli, L.: *Codice diplomatico longobardo I. Fonti per la storia d'Italia.* Roma 1929. Nr. 22; Nr. 67; Nr. 108; Nr. 118; Nr. 162.

who belonged to the clergy were scattered in the list rather than inlcuded in a uniform group, and were not even enumerated in the order of their ranks in the clergy: e.g., in a *traditio* Passau in 789.[50] It can asumed that it is the order of kins that lies behind the seemingly disordered enumeration. In certain cases, kinship can be deduced from the names. In 757, priest Eparhari and Adalfrid granted a donation to the Church of Freising; Eparhari was Chunihari's son; the donation was witnessed by two priests, and *"Sigifrid diaconus, Adalfrid monachus, Fridhari, Adalfrid, Uualheri, Helmrih, Carthari, Helmker, Fridurih, Chunihari"*.[51] Their names imply that Fridu*rih* must have been a relative of *Helm-rih*, and the latter of *Helm*ker.[52] In several cases, the parties concerned in the transaction–the donee;[53] those making contribution to the donation, the *consensus*;[54] sometimes the issuer of the charter[55]–were listed (also) among the witnesses. Accordingly, the list of witnesses first enumerates the active parties in the transaction, followed by the names of assisting persons who act indeed only as witnesses; however, as shown above, it was kinship rather than rank that determined the order of listing.[56]

III. To assert the fact of donation, the records use the verbs *dare*, *donare* and *tradere*, but the frequency of their occurrence is far from identical in the two lists: in the first part of *Breves Notitiae* (chapters 1–13) the verb *dare* occurs approximately two hundred and forty times, while in *Notitia Arnonis* only six times.[57] The use of the verb *tradere* is almost identical in the two sources, which means that the fact of donation is indicated in ninety-nine percent with this verb in *Notitia Arnonis* whereas the first part of *Breves Notitiae* (the aforesaid chapters 1–13) expresses the execution of the transaction in approximately seventy-five percent with the verb *dare*. Nevertheless, no difference can be discovered between the meaning of the two verbs in these sources when examining the character and legal fate of the estates indicated with various verbs that occur in loci identical in content in the two sources. Consequently, differences in the use of verbs can be attributed, instead of difference in content, to the simple fact that *Notitia Arnonis* was addressed by the bishop of Salzburg di-

[50] *Traditio Pataviensis* Nr. 30. *Enkilperht comes testis. Urolf testis ... Uualhilo testis. Nothart testis. Hitto testis diaconus. Alto presbiter testis. Hrodperht diaconus testis. Tacadeo presbiter testis. Hiltirih presbiter testis.*

[51] *Traditio Frisingensis* Nr. 9.

[52] Fichtenau 1979. 312.

[53] *Traditio Frisingensis* Nr. 46a; Nr. 61.

[54] *Traditio Frisingensis* Nr. 38.

[55] *Traditio Pataviensis* Nr. 49.

[56] Fichtenau 1979. 313.

[57] Haupt 1975. 37.

rectly to the ruler, King Charles as it were as an official instrument, and in a quite critical period, and it was retaining the estates of Salzburg that was at stake. The verb *trado* better suited the official style of charters–in some sources (see the charters of donations from Mondee, Passau, Freising and Fulda) it was used in the pleonasm *trado et transfundo*.[58] Whereas, in *Breves Notitiae*, which was to confirm the primacy of Salzburg within Bavaria, the outcome of the Carolingian language reform can be identified, and it is also due to the less formal nature of the record that the formal verb *tradere* was replaced by the compilor with the colloquial verb *dare*.[59]

Both records emphasised the necessity to identify donators unambiguously and clearly: to break the monotony of the text a little, instead of repeating the proper name, they often used the phrases known from charters *suprascriptus*, *praenominatus*, *supradicus* etc., which are typical items of the late antique and early medieval vocabulary of chancelleries and replaced the classical pronouns *idem* and *ipse*. The terminology of the period worked out several forms of these phrases such as *iam dictus*, *iam fatus*, *iam scriptus*, *memoratus*, *praedictus*, *praefatus*, *praescriptus*, *superscriptus*, *supradictus*, *suprascriptus*.[60] Striving to be absolutely precise, at certain points, *Notitia Arnonis* elects to use rather pleonastic formulations: it links the anaphoric participium perfectum to the classical, anaphoric pronoun, thus creating, among others, the structure *"ipseque dux iam scriptus"*[61] (quite frequent both in the vocabulary of the people and the chancellary). Contrary to this, in two thirds of the relevant cases *Breves Notitiae* uses the pronoun *idem* instead of a paraphrase with participium, which again seems to show the impact of the Carolingian age, the felt need to get closer to literary language instead of the inveterate usage of the charters.[62]

The language reform solicited by Charlemagne perfectly corresponds with the reform of writing also launched by him since these efforts were meant to advance a more efficient administration of a unified empire. As a matter of fact, reform efforts could not bring success unless built on the tradition of Latinity and the related culture of writing. The language reform, however, was in the first place to correct and eliminate phonetic/morphologic distortions (in this attempt the language of the Church Fathers was followed as a pattern); purification of word usage and syntax was attained only secondarily and accidentally.[63] The retention of almost unchanged word usage and syntax can be attributed to a

[58] Cf. Fichtenau 1971. 19. sqq.
[59] Haupt 1975. 38.
[60] Haupt 1975. 38[37].
[61] *Notitia Arnonis* 5, 7.
[62] Haupt 1975. 39.
[63] See Steinen, W. von den: *Der Neubeginn.* In: Karl der Große. Lebenswerk und Nachleben II. Hrsg. v. Braunfels, W. Düsseldorf 1965. 19. sqq.

simple and logical reason: any amendment/correction in them would have led to perceiving uncertainty in law. Although the improper spelling of several phrases *(habyre, pristetirunt, estipendiis)* were corrected to ensure proper forms *(habere, praestiterunt, stipendiis)*, syntax was left unchanged, except for correcting suffixes (e.g. *illut que* was replaced by *illud quod*).[64] In *Notitia Arnonis* and *Breves Notitiae* this kind of tendency to improve the language can be also observed: dismissing the base of *"villa nuncupante"* in *Notitia Arnonis,* in the relavant locus *Breves Notitiae* uses the phrases *"villa nuncupata"*, *"villa dicta"*, *"villa quae dicitur"*, or *"villa quae vocatur"*.[65]

In the specification of the place of donation, the various forms of verbs *nuncupare* and *vocare* occur in a total of twenty-five times in *Notitia Arnonis*, and far exceed the verb *dicere* preferred in the *Breves Notitiae*. On the other hand, the frequent use of the prespositions *in* and, more often, *ad* can be also noticed, which is linked to a more accurate specification of the place in a participle clause to shorten the sentence or in a relative caluse.[66] In this respect *Notitia Arnonis* uses participium imperfectum (mostly erroneously) more often, while *Breves Notitiae* prefers participium perfectum. Comparison with former charters makes it possible to declare that the participium imperfectum *nuncupante* is an inveterate form quite recurrant in charters from the Merowing Age and *Formulae Marculfi*.[67] It is reasonable to assume that 8th c. Bavarian charters the *Notitia Arnonis* was based on also used this form, which was borrowed by the record drafted on the orders of Arn since the impact of *Formulae Marculfi* can be demonstrated in several Bavarian charters of the period, e.g., in charters from the monastery of Mondsee and Sankt Gallen.[68]

In the specifications of the donation the subject itself and the accessory that belongs to it are clearly separated. The actual subject, that is, the land is described in *Notitia Arnonis*, on almost each occasion, more specifically, forty times with the formula *"mansos inter vestitos et apsos"*, i.e., *"partly cultivated, partly uncultivated lands"*. This phrase is never used in *Breves Notitiae*; *mansus* is replaced by *manentes*, clearly manifesting a paradigm shift both in language and content; and the adjectives *vestitus* and *apsus* are totally missing from later

[64] Haupt 1975. 40.

[65] Így például *Notitia Arnonis* 1, 2 = *Breves Notitiae* 2, 4; *Notitia Arnonis* 7, 2. = *Breves Notitiae* 4, 2; *Notitia Arnonis* 7, 10 = *Breves Notitiae* 4, 7; *Notitia Arnonis* 4, 2 = *Breves Notitiae* 5, 3; *Notitia Arnonis* 2, 6 = *Breves Notitiae* 5, 4; *Notitia Arnonis* 2, 6 = *Breves Notitiae* 5, 4; *Notitia Arnonis* 3, 1 = *Breves Notitiae* 6, 1; *Notitia Arnonis* 4, 1= *Breves Notitiae* 7, 6; *Notitia Arnonis* 5, 3 = *Breves Notitiae* 11, 2;

[66] See Diepolder, G.: *Die Orts- und „in pago"-Nennungen im bayerischen Stammesherzogtum zur Zeit der Agilolfinger.* Zeitschrift für bayerische Landesgeschichte 20. 1957. 364. sqq.

[67] John, W.: *Formale Beziehungen der privaten Schenkungsurkunden Italiens und des Frankenreichs und die Wirksamkeit der Formulare.* Archiv für Urkundenforschung 14. 1936. 79.

[68] Haupt 1975. 17. sq.

records. The adjectives *vestitus* and *apsus* are, accordingly, used as synonyms of *cultus* and *incultus*; the adjective *apsus* and its derivatives *(absitas, absitus, absare)* can be considered forms rooted in the vocabulary of Bavarian and Longobard charters.[69] Also, Longobard impact is implied by the use of pronouns in *Notitia Arnonis;* especially in view of the rare occurrence of the pronouns *hic* and *iste* and the frequent occurrence of the pronouns *is* and *ipse*, which manifests definite comparison with *Leges Langobardorum*. Similarly, it should be noted that *inter* is used as an adverb, in the sense *tam – quam*, which reveals connection with the usage of the Bible, Burgundy and *Formula Marculfi*.[70]

The system of listing accessories deserves special attention as the most representative loci in this respect in *Notitia Arnonis*[71] and *Breves Notitiae*[72] clearly demonstrate the differences and changes in the language of charters from the Agilolfing and Carolingian age. Beside corrections in morphology (*castrum superiorem* now is replaced by *castrum superius*), the lengthy listing of accessories, which is sometimes senseless and incomprehendable due to the rigid formula it follows, makes them more specific and comprehensible: so while *Notitia Arnonis* applies *confinia*, *aquis aquarumque decursibus* and *adiacentiis*, *Breves Notitiae* uses *finales loci*, *aquis circumquaque currentibus* and *adiacentibus*. At the same time–just to ensure that the language of former charters, which both records drew on independently from one another, should not be totally changed in order to avoid uncertainty in law and endless disputes arising from that–the order of accessories is identical; subjection to the preposition *cum* and the sentence structure are the same in both records; and the various forms of the same words recur in both cases, which was knowingly meant to preserve close relation with original charters.[73] In both cases, the list of accessories is introduced by the preposition *cum*, which is confirmed by an adverbial *unā* in *Notitia Arnonis*; *cum* stands, in each case, in ablativus, except for the aforesaid formal phrase *cum mansos*, which implies Longobard roots[74]. The parts of the list of accessories are interrelated asyndetically; and wherever this interralation

---

[69] *Mittellateinisches Wörterbuch I.* München 1967. 50; 66. Cf. Haupt 1975. 43; Löfstedt 1961. 254. sqq.

[70] Haupt 1975. 44.

[71] *Notitia Arnonis* 1, 1. *Primum quidem tradidit Theodo dux predictum oppidum simulque et castrum superiorem domno Hrodberto cum terminis denominatis et confinibus vel omnibus appenditiis suisque adiacentiis una cum campis, silvis, alpes, aquis aquarumque decursibus …*

[72] *Breves Notitiae* 2, 3. *… Theodo dux … dedit domno et sancto Rudberto episcopo eundem locum ad episcopii sedem cum finalibus locis ibidem adiacentibus castrumque superius cum montibus … cum aquis ibi circumquaque currentibus …*

[73] Haupt 1975. 45.

[74] Fichtenau, H.: *Arenga. Spätantike und Mittelalter im Spiegel von Urkundenformeln.* Mitteilungen des Instituts für Österreichische Geschichtsforschung, Ergänzungsband 18. Graz–Wien–Köln 1957. 1957. 24[60]; Fichtenau 1971. 24.

is polysyndetic, *vel* having a disjunctive sense in classical usage becomes the copulative element as a typical feature borrowed from folk language and adopted in the Latinity of charters.[75] These features apparent in the earlier drafted, more archaic *Notitiae Arnonis* influenced by folk language, manifesting both Bavarian and Longobard impacts–albeit, not more than ten years passed between the time of their drafting, and both of them were recorded on the orders of Arn–are no longer used in *Breves Notitiae*, which demonstrates the traces of the Carolingian language reform. (Comparing syntax, finally it should be added that the language of charters in *Breves Notitiae* is quite often replaced by narrative style; especially in the sections where the author borrowed texts from *Libellus Virgilii* that thematised the dispute evolving on *cella Maximiliani*[76] and Otting[77]: in these two loci the auctor makes use of the instrument *oratio recta*,[78] which is absolutely not applied in in *Notitia Arnonis*.)

In charters the motivation of the donation, more accurately, of the donator usually appears in the form of *arenga* preceding the reference to the actual legal transaction, *donatio*. In *Notitia Arnonis* this aim is generally set out in the simplest form merely to indicate the fact; notably, that donation is made in the hope of the salvation of the soul and the prospect of heavenly reward of the donator, which is made clear by the phrase *"pro mercedis suae augmentum"*[79]. It is expedient to interpret this intention in relation to *necrologia* since the donator's name was often entered in the list enumerating the persons the salvation of whose souls the monks in the given monastery or monasteries regularly prayed for;[80] e.g., the blank pages of *Liber confraternitatum* of Salzburg were quite often filled with the names of the persons granting donations to the St Peter Monastery.[81] At variance with that, *Breves Notitiae*–in view of the fact that chapters of a narrative nature are from the first included in part one in a greater number–apart from indicative references,[82] expounds the intention of the donator in certain cases more freely and, accordingly, more extensively.[83] This extended expounding should, of course, not be interpreted as correspondence to the long passages that were used in the charters of the period, left to us not from Salzburg but Bavaria, in which the donator threatened the inheritors who would intend to reclaim, and any other person who would endanger the *donatio* with

[75] Haupt 1975. 45.
[76] *Breves Notitiae* 8, 1. sqq.
[77] *Breves Notitiae* 13, 1. sqq.
[78] *Breves Notitiae* 8, 8; 13, 3.
[79] *Notitia Arnonis* 6, 25.
[80] Fichtenau 1971. 83.
[81] Haupt 1975. 41.
[82] *Breves Notitiae* Praef.; 2, 3; 4, 2; 6, 1; 9, 1; 9, 7; 12, 1.
[83] *Breves Notitiae* 11, 1–3; 13, 1.

God's anger, exclusion from the company of all the saints and angels, and punishment in hell, and the sentence to pay ten *solidus poena* before the earthly judge, and the obligation to compensate four times the damage caused.[84] The opening thought of a list of donations compiled by Cozroh for Hitto, bishop of Freising (811–835), registered under the title *Traditiones Frisingenses*, which follows a chronological order, and so provides a peculiar history of the diocese of Freising, applies an even clearer formulation: *"ut in perpetuum permaneret eorum memoria, qui hanc domum suis rebus divitaverunt et hereditaverunt, seu quicquid pro remedio animarum suarum ad ipsam domum tradiderunt"*–thus, the intention to pray and the register of estates appear quite naturally without any ambiguity or separation.[85] And it was not by chance that on the blank pages of *Liber confraternitatum* they wrote the name of the woman granting donation in the 10th c. who resolutely insisted on that since this way she was assured not only of the legal fate of the donation but of the prayers that could be told for the sake of her own soul's salvation. Heinrich Fichtenau asserts there was a triple aim behind the creation of the register of estates: to take account of the goods of the given institute; to ensure continued legal title; and to commemorate the salvation of the donator's soul.[86]

V. Regarding the name Iuvavum/Salzburg it should be noted that the etymology of the name Iuvavum of the town establihed in the 1st c. A.D. at the beginning of the Roman rule has not been properly clarified until the present day; the Romans most probably borrowed it from the Celtic population who lived there. Also, it is reasonble to accept that the name *Iuvavum* is related to the former name of River Salzach, *I(u)varus,* and that in this case the name of the river is older than the name of the town; that is, the name *Iuvavum* is a derivative of *I(u)varus*.[87] Before the Bavarian rule, this name was last referred to by Eugippius in chapter thirteen of his work entitled *Vita sancti Severini* written in 511 where he relates events that took place close to a town called Iuvao (*"Item iuxta oppidum, quod Iuvao appellabatur ..."*[88]). *Gesta Hrodberti* mentions a settlement called by its old name Iuvavum be-

[84] See Fichtenau 1971. 62. sqq. Cf. *Traditio Frisingensis* I. Nr. 27. 1. *... ut si quis de heredibus meis, vel qualibet opposita persona, contra hanc donationem venire ven frangere voluerit, inprimis iram dei incurrat et omnium sanctorum atque angelorum agmina extraneus permaneat et insolubile vinculo damnatus sit, et quod repetit evindicare ... et iudice terreno culpabilis sit auri D solidos et quod retulit restituat quadruplum, et donatio ista firma et stabilis permaneat stipulatione subnexa. ...*

[85] Fichtenau 1971. 83.

[86] Fichtenau 1971. 84.

[87] Brandenstein, W.: *Kleine namenkundliche Arbeiten.* Hrsg. v. Lochner v. Hüttenbach, F. Graz 1978. 11; 31.

[88] Eugippius, *Vita sancti Severini* 13, 1. Cf. Eugippius: *Das Leben des heiligen Severin.* Lat. u. dt. Einführung, Übersetzung und Erläuterungen von Noll, R. Berlin 1963. 83.

side River Ivarus in the course of Rupert's wanderings (*"... aliquem esse locum iuxta fluvium Ivarum antiquo vocabulo Iuvavensem vocatum ..."*[89]); and concerning the placement of the community of nuns founded by Rupert, who commissioned his kin, Erintrudis to lead it, he mentions the upper castle of the people of Iuvavum (*"... in superiori castro Iuvavensium statuens ..."*[90]): that is, he uses the adjective formed from the antique name.

In a remarkable locus of *Breves Notitiae* the two names as it were explain one another; namely, a source describes a place Iuuauo lying beside River Iuarus, which is commonly called (in folk langauge) Salzburg (*"... in loco, qui dicitur Iuuauo, quod vulgo dicitur Salzburg, super fluvium Iuarum ..."*[91]). Elsewhere *Breves Notitiae* often uses the names *Salzburg*, *Salzburch* and *Salzpurch*;[92] in other passages it applies the adjective *Iuuauensis* more often,[93] and *Salzburgensis* less frequently.[94] The introduction to *Notitia Arnonis* describes the town of Salzburg that is located in the province of the people of Iuvavum, beside River Igonta, otherwise called Salzachnak (*"... oppidum Salzburch in pago Iobaocensium super fluvium Igonta, qui alio nomine Salzaha vocatur ..."*[95]); so this formulation uses the option of two names explaining one another both for the town and the river. Elsewhere, *Notitia Arnonis* uses the names *Salzburc*, *Salzburch* and *Salzpurch*;[96] and on one occasion the adiectivum *Salzburgensis*.[97] The formulation *"in pago Iobaocensium"* in *Notitia Arnonis*–which can be compared with the phrase *"in pagum Iuvavensem"*[98] used only once in *Breves Notitiae*[99]–deserves special attention as later both records refer to it by a German name, using various forms and composita of *Salzburggau* (*in pago Salzburchgaoe, -burgaoe, -burgowe, in pago Salzburgoense*)[100]. (In this respect, it should be added that in his etymological argument, often contested in literature[101], Willi Mayerthaler asserts that through replacing the adiectivum *Iu-*

---

[89] *Gesta s. Hrodberti confessoris* 6. (Ed. Levison, W. MGH SS rer. Merov. 6. Hannover–Leipzig 1913.)

[90] *Gesta Hrodberti* 9.

[91] *Breves Notitiae*, Praef.

[92] *Breves Notitiae* 9, 4; 14, 51. 54. 55; 15, 1. *Salzburg;* 23, 2. *Salzburch;* 16, 1. *Salzpurch*

[93] *Breves Notitiae* 1, 3. *pagus;* 3, 11; 5, 1; 6, 1; 7, 1. 6; 8, 3. 5; 9, 1; 11, *tit*.; 11, 1. 2; 12, 2; 14, 1. *sedes;* 4, 1. *oppidum;* 7, 1. *castrum;* 8, 10. *potestas*

[94] *Breves Notitiae* 3, 15; 12, 1; 13, 4; 14, 15; 15, 2. *sedis (episcopatus)*

[95] *Notitia Arnonis*, Praef.

[96] *Notitia Arnonis* 6, 22; 7, 1. *Salzburc*; 6, 25; 8, 7. *Salzburch*; 8, 4; 8, 5; 8, 6. *Salzpurch*

[97] *Notitia Arnonis* 1, 4. *pagus*

[98] *Breves Notitiae* 1, 3.

[99] Reiffenstein, I.: *Baiern und der Pagus Iobaocensium – Neues zum Namen der Baiern?* Beiträge zur Erforschung der deutschen Sprache 6. 1986. 97.

[100] *Notitia Arnonis* 1, 2. 6; 2, 1. 2. 3. *pagus Salzburchgaoe; Notitia Arnonis* 3, 2; 6, 5. 10. 12. 13. 15. 18. 25; 7, 2. 4. 7. *pagus Salzburgaoe; Breves Notitiae* 5, 3; 12, 1. *(pagus) Salzburgowe; Notitia Arnonis* 1, 4; 6, 3. *pagus Salzburgensis*

[101] Cf. Reiffenstein 1986. 96. sqq.

vavensis in the adjective phrase *"pago Iuvavensis"* by the undoubtedly more ancient, Celtic/Latin name *Ivarus* of the River Salzach, the word **Pagoivaro*, that is, *Salzburggau*, and *Salzachgau*, might have constituted the etymon of the Bavarians' folk name.[102])

Conversio Bagoariorum et Carantanorum does not contain the town name Iuvavum in this form; its first chapter, possibly overlapping *Gesta Hrodbert,* refers to a place called by its old name Iuvavum only–using an adjective phrase–that lies beside River Iuvarus (i.e., Salzach) (*"... locum iuxta fluvium Ivarum antiquo vocabulo Iuvavensem vocatum ..."*[103]), which corresponds with the tendency of frequently applying the *adiectivum Iuvavensis*. *Salzburc*, and *Salzpurc* as nomen occurs twice,[104] the adiectivum *Salzburgensis* three times in this source.[105]

While *Iuvavum* as a town name occurs less and less frequently in sources from the 9th c., the adjective *Iuvavensis* derived from it survives both in charters and literary works in the name of the Archbishopric of Salzburg–from Arn up to Herolt (939–958) the formal name of the archbishops was: *"sanctae ecclesiae Iuvavensis archiepiscopus"*.[106] The use of the adiectivum *"Iuvavenses"*, i.e., *"people of Salzburg"* as substantivum is somewhat limited;[107] on the other hand, the adiectivum *Salzburgensis* formed from the nomen *Salzburg* occurs in several loci.[108] Up to the mid 10th c., the adjective *Salzburgensis* did not occur as a generally used form; from the second half of the 10th c., especially from the 11th and 12th c., however, it fully ousted the more classical form *Iuvavensis*.[109] Yet, the adjective *Iuvavensis* had attached so firmly to the archbishopric that the place of issuing the charters was indicated as Salzpurch–even in cases where the text concerned the Archnishopric of Salzburg itself, that is, *ecclesia (sedis) Iuvavensis*.[110] Certain texts explain the adjective *Iuvavensis* by *Salzburgensis;* e.g., regarding archbishop Arn (*"Iuuenensis* [sic!] *ecclesiae archiepiscopus necnon Salzburgensium"*[111]) and Adalwin (*"Adalwino archiepiscopo sanctae ecclesiae Iuvauensis qui et Salzpurgensis vocatur"*[112]).

---

[102] Mayerthaler, W.: *Woher stammt der Name 'Baiern'?* In: Das Romanische in den Ostalpen. Hrsg. v. Messner, D. Wien 1984. 7. sqq.

[103] *Conversio* 1.

[104] *Conversio* 6; 11. *Salzpurc*

[105] *Conversio* 2; 11; 14.

[106] Reiffenstein, I.: *Der Name Salzburgs – Entstehung und Frühgeschichte.* Mitteilungen der Gesellschaft für Salzburger Landeskunde 130. 1990. 194.

[107] *Notitia Arnonis*, Praef.; *Conversio* 6; 8; 10.

[108] *Notitia Arnonis* 1, 4; *Breves Notitiae* 3, 15; 12, 1; 13, 4; 14, 15; 15, 2; *Conversio* 2; 11; 14.

[109] Reiffenstein 1990. 195.

[110] *Salzburger Urkundenbuch* I. Nr. 95; 99; 103. (Ed. Hauthaler, W. Salzburg 1910.)

[111] *SUB* II. Nr. 5. (816) (Ed. Hauthaler, W.–Martin F. Salzburg 1916.)

[112] *SUB* II. Nr. 19. (860)

An answer should be given to the following question: After the nomen *Iuvavum* had disappeared, that is, had been ousted by *Salzburg* (and its various forms), why did they continue to use the adiectivum *Iuvavensis* for a long time although the adjective *Salzburgensis* formed from the new, German name was also available. The reasons for that probably has to do with written Latinity and the clumsiness of Latinised adjectives derived from German names: the use of the adiectivum *Iuvavensis* exclusively in writing is demonstrated by ortography, which was identical and safe for a long time–the last manifestation of Latin oral culture in written sources must have been the phrase *"in pago Iobaocensium"* in the *praefatio* of *Notitia Arnonis*. After several hundred years' co-existence, from the 12th c. the adjective *Salzburgensis* almost entirely ousted *Iuvavensis*, which can be attributed to the fact that while the town name origin and base of the adiectivum *Salzburgensis* was used without any changes, and now as the only such item, *Iuvavensis* without being related to a noun as an independent adjective was no longer viable even in the language of the chancellery.

In the mirror of all the above, two questions arise. What explanation can be given for the name changing from Iuvavum to Salzburg, and for these names temporarily co-existing? Can it be considered regular that in periods of ethnic changes–such as in the case under review in the 6th-8th c. history of the Dukedom of Bavaria–topographical names will be replaced by new ones? The latter question can be clearly answered: No, it cannot; as a general rule, people who migrated and settled here preserved geographical names from earlier periods, which they as it were found "ready-made", even in cases when their meaning was not clear to them–concerning this phenomenon it is enough to think of the names from this area Atanate/Adnet, Albina/Alm, Morciacum/Morzg, Ovilavis/Wels, Lentia/Linz, Vindobona/Wien, Lauriacum/Lorch, Batavis/Passau, Quint(i)anis/Künzing, Augusta (Vindelicum)/Augsburg. It is, therefore, not surprising at all that several town and river names of the territory that use a single language today were not created in the period when the Germans flooded in, being the remains of the condition of the language of the Roman age or periods preceding the Romans. For this reason, it is highly rare and calls for explanation that the Bavarians replaced the old name Iuvavum of the former Roman town with a new name, Salzburg. This trend is reinforced by the fact that the river I(u)varus (originally perhaps *Isonta) was given the name Salzaha/Salzach, which is all the more strange as recurring changes in the ethnic groups did not produce any major impact on the name of greater or smaller rivers of this territory–think of the rivers Duna, Isar, Inn, Traun, Saalach, Mattig, Ager, Enns, Steyr, Erlauf, Traisen, Mura and Drava! This list includes the name I(u)varus (*Isonta), and as the sources unambiguously have revealed, its is absolutely out of the question to reckon with the option of the inhabitants of the region having forgotten this name, and this making it necessary to introduce

the new name (Salzaha/Salzach)–especially because south of Salzburg up to the 11th c. the presence of scattered remains of Roman population can be deduced.[113]

Ingo Reiffenstein believes to find an explanation for this specific reform in the language claiming that the people occupying the territory of the one-time Noricum ripense knowingly did not want to assume continuity with the Roman rule–as it is demonstrated by the settlement names of German origin in the regions lying between the Isar and the Inn, not far from there, and the settlement names of Slavic origin in East and South Austria–most probably because power was not taken over peacefully.[114] It is not hard to find an explanation for the new names Salzburg and Salzach: the Bavarians most probably quite early took control of salt mining in Reichenhall–the co-existing Latin and German names of Reichenhall, Salinae and Halla must have been the product of the same process that we have already followed up regarding Salzburg.[115]

What follows is an investigation of the use of the terms *manus* and *manentes*, and *coloni* and *colonia* in *Notitia Arnonis* and *Breves Notitiae*–primarily taking into account the statements made by Fritz Lošek, the researcher who has the most extensive knowledge of these texts.[116] In *Notitia Arnonis* and *Breves Notitiae* the terms *mansus*, *manentes* and *colonium* occur quite differently: the noun *manus* and its derivatives occur eighty-five times in *Notitia Arnonis*, and thirty-seven times in *Breves Notitiae;* among them the occurrences in *Breves Notitiae* can be identified in nineteen cases as the pluralis accusativus of *mansus*; consequently, they can be ranked among the fourth declinatio; the forms of *mansum* that can be identified as singularis accusativus allow ranking both among the second and the fourth declination; other occurrences (most frequently pluralis ablativus) usually allow ranking among the second declinatio. The forms *mansos*, *manso* and *mansi* are absolutely not used in *Breves Notitiae*; contrary to that, in *Notitia Arnonis mansos* they are used forty-nine times, *manso* nine times, and *mansi* twice. The pluralis accusativus form *mansos* often stands with the preposition *cum*; *manso* stands in the number *I (uno)*, on the one hand; and substitutes singularis accusativus, on the other; e.g., *"tradidit ... in loco ... manso I vestito"*.[117] The case *mansi* occurs twice right after one another.[118] Furthermore, the singularis accusativus form *(manum)* also appears,[119]

---

[113] Reiffenstein 1990. 196. sq.

[114] Reiffenstein 1990. 197.

[115] Reitzenstein, W.-A. von: *Lexikon bayerischer Ortsnamen. Herkunft und Bedeutung.* München 1986. 52.

[116] Cf. Lošek 1990. 58. sqq.

[117] *Notitia Arnonis* 6, 13.

[118] *Notitia Arnonis* 2, 4. 7.

[119] *Notitia Arnonis* 5, 4.

just as pluralis accusativus, on twenty-six occasions in total. The phrases *mansi tributales* and *tributarii aput mansos* usually refer to *Romani*. *Mansi* might have been *serviles*, that is, servile souls too[120] but it is impossible to ascertain whether in these cases this peculiarity is attached to the owner of the land or the land itself.[121]

The phrase *mansus* so often used in *Notitia Arnonis* is quite often replaced in *Breves Notitiae* by the noun *manentes*;[122] Wanderwitz has demonstrated that the reason that lies behind this linguistic change is related to content: this way the status of the persons to be donated could be more precisely determined.[123] *Manentes* as the participle, or a form having become the participium substantivum of the verb *manere* occurs, except for a single case, solely in *Breves Notitiae*–the only *manentes* locus in *Notitia Arnonis* does not carry any legal content; there *manentes* means simply *inhabitants*.[124] In *Breves Notitiae* the transition from the participle usage to the substantivum usage can be clearly followed up.[125] In some of these cases, the form *manentes* is a simple participium coniunctum, which is meant to determine the position of the *servi*, or *tributales (Romani)*; that is, to specify their capacity of *having a house* more accurately.[126] Elsewhere the term *manentes* is used as a substantivum,[127] and so the relation of settlers and ploughmen *(coloni)* becomes closer with the land *(mansus)*; that is, *mansus* and *colonia* most probably become synonyms. Between the two options of occurrence, in Lošek's view, the phrase *manentes in coloniis* constitutes transition,[128] since *manentes* are handed over not only *in coloniis* but also *cum coloniis* in the text of *Breves Notitiae*.[129] The phrase *cum coloniis* defines donated persons more exactly as *colonia* is also considered accessory. As a matter of fact, it might occur that the subject of donation is the *villa* itself; and *mansi* and *manentes* are only the accessories thereof.[130] In *Breves Notitiae* there are also cases where the subject of donation is *mansi*, or *manentes (servi)*; the participium in this case loses its substantivum, and means the persons who reside on the *mansus*, or *colonium*.[131]

---

[120] Eg. *Notitia Arnonis* 6, 2.
[121] Cf. *Notitia Arnonis* 2, 7; 4, 8.
[122] Haupt 1975. 42.
[123] Wanderwitz, H.: *Quellenkritische Studien zu den bayerischen Besitzlisten des 8. Jahrhunderts.* Deutsches Archiv für Erfoschung des Mittelalters 39. 1983. 42.
[124] *Notitia Arnonis* 7, 6.
[125] Lošek 1990. 60.
[126] *Breves Notitiae* 2, 8; 4, 2; 7, 6; 13, 10; 18, 4.
[127] *Breves Notitiae* 1, 4; 2, 4; 21, 5.
[128] Lošek 1990. 61.
[129] *Breves Notitiae* 2, 9; 9, 4; 12, 3.
[130] *Breves Notitiae* 4, 7.
[131] *Breves Notitiae* 5, 2. 5; 9, 4. 5; 10, 4.

The interpretation of *colonium* in the estate registers poses more difficulties than the interpretation of *mansus* and *manentes*. Absolutely no traces of the phrase *colonium* can be found in *Notitia Arnonis*ban; only in *Breves Notitiae* does it appear; and here it is possible to witness a shift in the meaning from the thing towards the person.[132] The form pluralis accusativus *(colonia)* appears on several places;[133] but the author knows the word *colonia, -ae* too.[134] At the same time, the concept of the person related to the *colonium*, the *colonus* is not unknown to the author either.[135] The difficulty is caused by the pluralis ablativus forms but this can be solved–just like in the case of *mansus* and *manentes*–as follows: as the accessory of the thing that constitutes the subject of donation a person is indicated, and as the accessory of the person a thing is indicated; however, a land can never be the accessory of a thing (land), and a person can never be the accessory of a person; that is, in this respect the author avoids tautology.[136] The form *coloni* can be undoubtedly the singularis genitivus of either *colonium*, or *colonus* but in the context of the three occurrences relevant in this respect persons constitute the subject of donation; therefore, it is reasonable to assume that in this case the specific item is the genitivus of *colonus*.[137]

From the comparable loci of *Notitia Arnonis* and *Breves Notitiae*–which sometimes contain the subject of donation and the accessories thereof in an identical structure, and sometimes exchange their interrelation–several conclusions can be drawn. *Breves Notitiae* more often names persons as the subject of donation than *Notitia Arnonis*; on the other hand, in several cases *Breves Notitiae* mentions only the land *(mansus)* as the subject of donation but says nothing of the persons that might belong to it. Following the tendency of separating persons from things, *Breves Notitiae* more often uses the phrases *colonium* and *colonus*; at variance with that, loci with identical content in *Notitia Arnonis* expound on *mansus*. On the grounds of the above, on the one hand, it can be assumed that the author's willful uniforming tendency lies behind the uniformity of the form of expression of *Notitia Arnonis*; and contrary to that, *Breves Notitiae* passes on a more varied formulation closer to the original charters; on the other hand, it cannot be excluded that it was *Notitia Arnonis* that borrowed the uniform formulation from the original documents, and *Breves Notitiae* adjusted it to the current conditions of the period.[138] If, however, we assume that the donation procedure of Salzburg reflecting the several decades' long process

[132] Lošek 1990. 62.
[133] *Breves Notitiae* 14, 9. 23. 29. 45.
[134] *Breves Notitiae* 2, 7; 9, 4.
[135] *Breves Notitiae* 4, 3. 4; 14, 36. 51; 17, 1. 3; 18, 3.
[136] Eg. *Breves Notitiae* 4. 9. Cf. Lošek 1990. 62.
[137] *Breves Notitiae* 13, 12.
[138] Lošek 1990. 64. sq.

was as colourful as the the documents on donations granted to Freising *(Traditiones Frisingenses)*–the original charters on such donations (contrary to those of Salzburg) have been left to us–then, in Lošek's opinion, it is the text of *Breves Notitiae* that is closer to the original formulation. In this spirit, the condition of the lands specified cultivated or uncultivated in *Notitia Arnonis (mansos vestitos et apsos)* reflects the general conditions typical of the period of the compilation of the record; furthermore, the term *colonia* goes back to a longer history in Bavaria than *mansus*. All these facts serve as further proofs of the correctness of the statement that *Notitia Arnonis* could not serve as a prefiguration of *Breves Notitiae*.[139]

[139] Lošek 1990. 65.

Dr Tamaš Notari, vanredni profesor
pri katedri za Rimsko pravo
Univerziteta „Károli Gáspár“, Budimpešta

Pravno-istorijska i filološka zapažanja o salcburškim registrima (poseda) iz VIII veka

Rezime

Karlo Veliki, pošto je povodom spora (koji bi mi danas nazvali koncepcijskim) na saboru u Ingelhejmu, svrgnuo sa prestola Tasila III. poslednjeg princa Agilolfingškog porekla, on je 788. godine priključio svojoj imperiji i Bavarsku, koja je do tada bila samostalna. Neposredno posle ovih događaja, između 788 i 790 godine po nalogu Karla Velikog, Arn (785–821) miljenik novog režima koji je inače pre toga uživao poverenje Tasila, sastavio je svoje zapise tzv. *Notitia Arnonis* o darovnicama u korist Salzburške episkopije. Pridobivši zatim potvrdu franačkog vladara uspeo je da osigura posede svoje dijeceze. Salzburška episkopija je 798. godine podignuta na stepen arhiepiskopije. Dokument koji je poznat pod nazivom *Breves Notitiae* nastao je (između 798 i 800 godine) iz razloga što je arhiepiskop trebao da dokaže poreklo i valjan način sticanja ovih poseda. Imajući u vidu oba dokumenta, autor konstatuje, da i pored njihove sličnosti, *Notitia Arnonis* se ipak ne može smatrati osnovom kasnije *Breves Notitiae.* Prema tome, oba dokumenta su veoma značajan izvor saznanja koja nam pružaju posebne podatke o ekonomskim i posedovnim odnosima datog mesta i vremena.

Autor ističe da mada je tema rada pravnoistorijska, u pogledu metoda koristi srednjelatinsku filološku egzegezu. Imajući u vidu da oba dokumenta, kako *Notitia Arnonis,* tako i *Breves Notitiae* jesu diplome, kao i to da odražavaju poseban stil koji je korišćen u ovom vremenu u Salzburgu, pri analizi jezičko-stilskih posebnosti, ima u vidu kako jezik diploma, tako i uticaj latinskog jezika svojstven izražavanju Karolinga.

Polazeći pre svega od teksta navedenih salzburških dokumenata, naravno uz ukazivanje i na tadašnje (bavarske) izvore, u ovom radu se posebno razmatraju pitanja: pismene potvde i potvde od strane svedoka o darovanjima u korist crkve; u kakvom su odnosu *carta* i *notitia,* sličnosti i razlike u pogledu forme i sardžine; bitnije jezičke posebnosti salzburških registara poseda i njihova veza sa jezikom isprava; i na kraju sledi podrobnija analiza jezičkih posebnosti koji se javljaju u registrima poseda.

Originalni naučni rad 343.132:343.162(439)

Dr Čaba Fenjveši, docent
Pravnog fakulteta u Pečuju

ISLEDNI SUDIJA U MAĐARSKOM KRIVIČNOM POSTUPKU*

Sažetak: *Zakon o krivičnom postupku(u daljem tekstu ZKP) Mađarske donet 1998.g.(XIX. zakon 1998.)stupio je na snagu 1.jula 2003.g.Sadrži brojne nove značajne novine među njima i institut islednog sudije*[1] *.Ovaj rad ukratko prikazuje bitne elemente tog novog značajnog subjekta krivičnog postupka.*

Ključne reči: *isledni sudija,novi krivični postupak,Mađarska*

I O ISLEDNOM SUDIJI UOPŠTE

1. U pogledu prethodnog postupka novi ZKP je uveo dve bitne novine:

a. Promenio je osnovnu funkciju ,moglo bi se reći «filozofiju» isleđivanja[2]
b. uveo institut islednog sudije kao novog subjekta isleđenja.

2. Pri uvođenju instituta islednog sudije sagledane su pozitivne i negativne strane sličnih procesno–pravnih instituta zapadnih pravnih drža-

---

* Prevod sa mađarskog dr Ištvan Feješ, redovni profesor Pravnog fakulteta u Novom Sadu.

[1] Kod nas odomaćio naziv „istražni sudija“ , ali se tu radi o procesnom subjektu koji ima drugačij pravni položaj pa je i u prevodu zadržan originalni naziv-prim.prevodioca.

[2] U Mađarskoj prethodni postupak nije sudski, već je u nadležnosti javnog tužioca – prim.prevodioca.

va.Bila je zapravo dilema, za čim postoji potreba u mađarskom krivičnom postupku:za istražnom sudiji francuskog tipa (Juge d ' instruction) ili za islednim sudijom (Ermittlungsrichter), koji se razvio u zadnjim decenijama, naročito na nemačkom pravnom području .[3] Prevagu je odneo drugi model, imajući u vidu da je i u samoj Francuskoj napušten institut istražnog sudije.Istražni sudija je inače imao funkciju krivičnog gonjenja naročito u slučajevima težih krivičnih dela. Isledni sudija ima drugačiju funkciju.U toku isleđenja se javljaju brojna teška (npr. ograničenja ljudskih prava) ili delikatna pitanja (npr.zaštita svedoka,tajno pribavljanje dokaza)čije zadovoljavajuće rešenje zahteva kontradiktorno raspravljanje.Institutom islednog sudije može se u stvari konsekvetno razgraničiti funkcija optužbe, odbrane i presuđenja.Lakše se rešava pitanje odlučivanja o predlozima stranaka, jer se otvara mogućnost za pristup pravnim lekovima, snabdevenih adekvatnim garancijama, a pravo meritornog odlučivanja pripada nezainteresovanom (nezavisnom i objektivnom) subjektu.

3.Naziv na prvi pogled deluje zbunjujuće. Pre bi se moglo zaključiti da je osnovni zadatak novog subjekta isleđenje, tj. da kao sudija rukovodi isleđenjem.U stvari,on poseduje pravo na preduzimanje samo u zakonu nabrojanog, ograničenog broja islednih radnji(o tome više kasnije). Naziv potiče otud, što svoje pravno-državne,humane i garancijalne funkcije obavlja u fazi isleđenja krivičnih dela. Njegovo postupanje i njegov status je specijalnog karaktera ali ne spada u krug posebnih postupaka,pošto ne odlučuje meritorno, nema presuđivačku (osuđujuću-oslobađajuću-sankcionišuću) funkciju.

II NADLEŽNOST ISLEDNOG SUDIJE

1. Isledni sudija osim retkih izuzetaka(specijalno ispitivanje posebno zaštićenih svedoka u sudsko-pretresnoj fazi) svoju funkciju vrši u fazi isleđenja,pre podizanja optužnice. Svoju dužnost po pravilu obavlja u mesnim sudovima u sedištu županije. Postavlja ga predsednik županijskog suda.Njihov broj se kreće od 1 do 4 (osim u Glavnom gradu). Postoji mogućnost za njegovo postavljanje i pri drugim, ne samo županijskim sudovima.Odmah da naglasimo,bez obzira na to da li je stvarno nadležan mesni ili županijski sud, isledni sudija uvek postupa na mesnom nivou.Dakle, napr. i u slučaju ubistva koje spada u stvarnu nadelžnost županijskog suda, radnje hapšenja, saslušanje posebno zaštiće-

[3] Detaljnije o tome :Fenyvesi-Herke-Tremmel:Új magyar büntetőeljárás,Dialog-Campus,Budapest-Pécs,2004.str.425-429

nog svedoka, odobravanje pribavljanje podataka tajnim metodima, vrši isledni sudija mesnog suda.

Pripadnost islednog sudije fazi isleđenja vidi se i po tome,da se troškovi koje nastaju njegovim radom a predujmljuju se od strane države,stavljaju na teret budžeta tužilaštva,jer je javni tužilac gospodar isleđivanja, a ne na teret budžeta suda.(čl.291.st.3.ZKP).

2. Isledni sudija je nadležan da odlučuje o sledećem (čl. 207. st. 2. ZKP):

-o merama prinude koje spadaju u sudsku nadležnost,

-o merama prinude u vezi utvrđivanja uračunljivosti

-o isključenju branioca

-o odobravanju i ukidanju tajnog pribavljanja podataka

-o nastanvku isleđivanja nakon njegove ranije obustave

-o proglašavanju nekog lica naročito zaštićenim svedokom

-ocena inicijative o molbi za presipitivanje

-pretvaranje novčane kazne zbog narušavanja reda u zatvorsku kaznu.

3. Kao što je već rečeno isledni sudija može obaviti ograničen krug islednih radnji.I to:

a/ Na predlog javnog tužioca:

-saslušanje

-posebno zaštićenog svedoka

-svedoka koji je u neposrednoj opasnosti po život

-svedoka koji nije napunio 14.godinu života

b/ Na inicijativu šireg kruga subjekata(javnog tužioca, branioca ,okrivljenog a u drugom slučaju i advokata svedoka i staraoca maloletnog svedoka i njegovog zakonskog zastupnika):

-prikupljanje dokaze ako postoji opasnost od njihovog propadanja

-saslušavanje osumnjičenog putem zatvorene telekomunikacione mreže.

4. Ne može se govoriti o odluci nego eventualno o «sugestiji» kada isledni sudija obavesti javnog tužioca da je našao okolnosti za donošenje odluke o obustavi ili prekidanju isleđenja.Takvo obaveštavanje je izgleda i obaveza islednog sudije na osnovu čl.209.st.4.ZKP.

5. Kod produženja pritvora određenog za vreme preko jedne godine kao i u slučaju druge teške mere prinude, privremenog prinudnog lečenja, postupak za preispitivanje -kao dalji garancijalni,kontrolni faktor-ne postupa isledni sudija već sudija pojedinac županijskog suda, u skladu sa adekvatnim pravilima postupanja (npr.treba da održi sednicu svaki put

ako je dat predlog za produženje mere prinude koji traje već duže od 6 meseci).[4]

III SEDNICE I ODLUKE ISLEDNOG SUDIJE

1.U gore navedenim slučajevima isledni sudija može odlučivati sam, na osnovu spisa ili u sednici(u»društvu»).Prvi način je osnovni vid postupanja,dok zakon posebno reguliše slučajeve kada se održava sednica . Prema tome , istražni sudija je obavezan da održi sednicu (čl. 210. st. 1. ZKP) ako je predmet predloga

-mera prinude lišenja ili ograničavanja slobode

-produženje pritvora preko 6 meseci

-jemstvo

-odluka o utvrđivanju uračunljivosti(mada se ovo može zanemariti ako okrivljeni zbog svog stanja ne može prisustvovati ili kad nije sposoban da koristi svoja prava)(čl.210.st.2.ZKP)

-obavljanje dokaznih radnji((saslušavanje svedoka,izvođenje dokaza koji mogu propasti).

U svim ostalim slučajevima isledni sudija odlučuje bez održavanja sednice , na osnovu spisa(tako postupa i ako predlog o kome odlučuje potiče od neovlašćenog lica)ali ima pravo i da održi sednicu u bilo kom slučaju.

2. Ročište za sednicu određuje isledni sudija.Javni tužilac obezbeđuje prisustvo okrivljenog i obaveštavanje branioca,ako predlog o kome će se raspravljati potiče od njega.Ukoliko predlog koji će biti predmet raspravljanja potiče od nekog drugog subjekta (okrivljeni, branilac, zakonski zastupnik, staralac, advokat svedoka) ovo treba da obezbedi isledni sudija.

Ako se predlagač ne pojavi na sednici smatra se da je odustao od svog predloga.Nedolazak ostalih učesnika ne sprečava održavanje sednice.Kad je u pitanju predlog za privremeno prinudno lečenje, ako okrivljeni zbog svog zdravstvenog stanja ne može prisustvovati ,sednica se može održati i bez njega,ali je obavezno prisustvo njegovog branioca.,bez njega se sednica ne može održati.

Predlagač,a to je najčešće javni tužilac ,mora u sednici podneti dokaze pismeno ili usmeno na kojima zasniva svoj predlog . Prisutni,a pre svega branilac imaju pravo uvida.

[4] Detaljnije : Herke,A letartóztatás,Dialog-Campus,Budapest-Pécs,2002.

3. Isledni sudija najveći broj sednica u praksi održava zbog naređivanja ili produžavanje pritvora.U praksi je prisutan sledeći problem : Predlagač svoj predlog često obrazlaže samo pretpostavkama i isticanjem opšteg iskustva bez nekih konkretnih argumenata.Branilac to teško može pobijati.Protiv budućih ,pretpostavljenih, događaja ne može podnositi utemeljene protivargumente. Protivargument bi,naime, po dokaznoj teoriji bio isticanje protivčinjenica , protivdokaza a to u ovakvoj situaciji nije moguće, što u krajnjoj liniji onemogućava meritornu odbranu.Zbog toga,ako isledni sudija nije dovoljno odlučan u zahtevanju da se ispune zakonski uslovi,okrivljeni i odbrana nema šanse da se odbrani od pritvora.Ukoliko je islednom sudiji obezbeđeno pravo na racionalnu sumnju (resonable doubt) preuzetu iz anglosaksonske teorije i prakse tada ovakav predlog neće prihvatiti.

4. U skladu sa razvitkom tehnike,sednica može biti održana preko zatvorene telekomunikacione mreže.Tada je,(i ovo je već drugi slučaj) prisustvo branioca obavezno.I to tako , da ze vreme cele sednice bude zajedno sa okrivljenim na istom mestu.

5. Ne događa se često ,ali se u sednici mogu izvoditi i dokazi.Tako npr. saslušanje svedoka

-koji se nalazi u opasnosti po život

-za koga se može pretpostaviti da neće moći prisustvovati na glavnom pretresu

-koje je mlađe od 14 godina.

U slučaju prve dve kategorije, sednici pored advokata svedoka, može prisustvovati okrivljeni i njegov branilac.Ovo pravilo važi i u slučaju ako saslušanje nije predložila odbrana nego tužilac.Oba slučaja su izuzetak od opšteg pravila za prisustvo na islednom saslušanju svedoka, gde branilac može prisustvovati samo ako je saslušanje svedoka predložila odbrana. Razlog tome je, da već tu treba da dođe do izražaja kontradiktornost jer za to verovatno neće biti mogućnosti u sudskoj,raspravnoj fazi.U stvari, u sednici se odvija „mini pretres“. A pretres se može sprovesti samo pred sudijom koji pripada sudu. I ovo je jedan od razloga uvođenja instituta islednog sudije.

Ovo se već ne odnosi na druge dve kategorije lica, na posebno zaštićene svedoke i svedoke mlađa od 14 godina,bez obzira da li se saslušavaju pre ili nakon podizanja optužnice .U interesu njihove zaštite, sužena je mogućnost prisustvovanja sednici na kome se saslušavaju.

Ako se saslušava posebno zaštićen svedok,pored tužioca može prisustvovati samo advokat svedoka. O sednici se sačinjava izvod iz zapisnika koji je do podizanja optužnice dostupan samo javnom tužiocu i islednim organima.

Ako se saslušava svedok mlađi od 14 godina, mogu prisustvovati samo zakonski zastupnik i staralac svedoka . Posle održane sednice , okri-

vljeni i branilac se obaveštavaju da u javnom tužilaštvu mogu izvršiti uvid u zapisnik sa te sednice .

U pogledu svih svedoka važi da na poseban predlog , isledni sudija može narediti audio i video snimanje . Zaštitu identiteta svedoka i u ovom slučaju treba obezbediti skremblovanjem tona ili slike odnosno posebnim , zatvorenim rukovanjem snimljenog materijala(čl.213.st.4.ZKP).

5. Isledni sudija u meritumu donosi odluke u obliku rešenja,u roku od 3 dana od podnošenja predloga.Predlog može da bude

-usvojen

-delimično usvojen

-odbijen.

U slučaju odbijanja,na istim osnovama novi predlog ne može biti podnet. Ako se ipak podnese,ne odlučuje u meritumu niti mora da zakazuje sednicu veća.

Rešenje se mora saopštiti predlagaču i licima na koja se odnosi. Izuzetak su lica zahvaćeni odlukom o tajnom pribavljanju podataka.,odnosno odlukom o proglašavanju nekog lica posebno zaštićenim svedokom.

Ovde napominjemo , da su dokazne radnje u vezi posebno zaštićenih svedoka skoro ravne tajnom pribavljanju podataka. Sa aspekta zakonske regulative može se reći, daje to forma specijalnog tajnog pribavljanja dokaza.Njegove karakteristike su vrlo slične tajnom pribavljanju podatak vezanih za sudsku dozvolu:o njima takođe odlučuje isledni sudija,o njima isto samo javni tužilac ima saznanje,isto se sprovodi u pogledu načina,vremena i mesta, rezultati se mogu osporavati samo na pretresu i to samo na posredan način.

Isledni sudija svoja rešenja objavljuje prisutnima na sednici.Ako je odlučivao na osnovu pismena van sednice,rešenje se nakon pismene izrade(što na žalost nije vezano za rok)odmah dostavlja.I pri dostavljanju važe posebna pravila ako su u pitanju posebno zaštićeni svedoci i tajno pribavljanje podataka.

IV ZAVRŠNE MISLI

Uvođenje instituta islednog sudije u mađarski krivični postupak znači dalji važan korak u sa aspekta garancije zakonitosti postupka isleđivanja.Stvoren je organ nezavisne ,nepristrasne sudske kontrole već u početnoj fazi postupka u oblasti najdelikatnijih ljudskih prava :mera prinude i tajnog pribavljanja podataka.Danas je primena tajnih metoda neophodna zbog stalnog rasta organizovanog kriminaliteta .Opravdanost postojanje i funkcionisanja ovog instituta je neosporiva kao i njegova pravno-državna kontrola.

Scaba Fenyvesi, Ph.D. Assistant Professor
Law Faculty Pecuj

Investigating Judge in the Hungarian Criminal Procedure

Abstract

The paper briefly talks about the investigating judge as a new important subject of the Hungarian criminal procedure. Until introducing the institute of the investigative judge the Hungarian criminal procedure did not have a court organ in investigation, which was entirely in the competence of the public prosecutor.

The paper is divided into four major parts.

In the first part the author points onto the dilemmas that have been raised in the preparatory work of the new Criminal Procedure Code regarding the need and the model of the investigating judge. In competition with the model of a classical investigating judge the investigating judge as a human rights judge got more support.

In the second part the author elaborates on the competences of the investigating judge.

In the third part the ways of bringing decisions by the investigating judge are considered.

The forth and final part is devoted to short concluding remarks in which the author highlights that the investigative judge is an important organ in providing for the legality of prosecution and maintaining human rights in the pre-criminal procedure.

Originalni naučni rad 343.132(439)

Herke Csongor[1]*, Ph.D. Assistant Professor*
Law Faculty Pecz

DER ABSCHLUSS DER ERMITTLUNG UND DIE MEDIATION

I. Abschluss der Ermittlung

Durch zeitweilige, während der Ermittlung auftretende Hindernisse kann eine Aufhebung der Ermittlung vorgenommen werden (§ 188-189 uStPO), wozu in erster Linie der Staatsanwalt, in einigen Fällen die Ermittlungsbehörde berechtigt ist. Der Staatsanwalt darf bei einigen Ursachen für die Aufhebung der Ermittlung höchstens einen Zeitraum von einem Jahr festlegen. Nach erfolglosem Verstreichen des Termins muss das Verfahren weitergeführt werden. Die Fälle für die Aufhebung des Verfahrens stellt die nachstehende Tabelle dar:

	Nur der Staatsanwalt ist zuständig	**Der Staatsanwalt und auch die Ermittlungsbehörde sind berechtigt**
Ohne Terminfestlegung	• wegen dauerhafte, schwere Krankheit oder nach dem Begehen der Straftat sich eingestellte pshychische Krankheit des Verdächtigen, der an dem Verfahren nicht teilnehmen kann • für zum Durchführen des Verfahrens in einer vorhergehenden Frage ein Beschluss eingeholt werden muss • wegen von einem nicht ungarischen Staatsbürger im Ausland begangener Straftat für die Eröffnung des Strafverfahrens notwendiger Beschluss eingeholt werden muss • das internationale Strafgericht in seiner Kompetenz fallende Angelegenheit von der ungarischen Behörde wegen Übergabe des Strafverfahrens ersucht wird	• der Beschuldigte im unbekannten Ort oder im Ausland sich aufhält und das Verfahren in seiner Abwesenheit nicht durchgeführt werden kann • es ist die Erfüllung der Rechtshilfeersuchung seitens der ausländischen Behörde notwendig und es keine weitere in Ungarn zu führende Ermittlungsaktivität gibt • als drogensüchtiger Verdächtigter unterwarf sich eigenwillig einer Therapie(usw.) und dies das Erlöschen der Strafbarkeit zur Folge haben kann

[1] Dr. HERKE Csongor PhD Dozent, Lehrstuhlleiter. Universität Pécs, Juristische Fakultät, Lehrstuhl für Strafprozessrecht und Kriminalistik. ✉ H-7603-PÉCS, Pf. 29. e-mail: herke@herke.hu; web: http://herke.hu

	Nur der Staatsanwalt ist zuständig	Der Staatsanwalt und auch die Ermittlungsbehörde sind berechtigt
Höchstens mit einem Termin von einem Jahr	• Rückkehr der sich im Ausland verweilenden • Einreichung eines Antrages für den Intressenten, im Interesse der Entscheidung des Personenstandes	–

Die Einstellung der Ermittlung kann aus ähnlichen Gründen, wie die Rückweisung der Anzeige erfolgen und es gibt ihn ebenso als einfacher, kombinierter oder Sonderbeschluss für die Einstellung der Ermittlung. Die Gründe werden jedoch mit anderen Gründen (sonstige, die Starfbarkeit aufhebende Gründe) ergänzt bzw. sie differenzieren sich teilweise.

Hier muss auch das teilweise Absehen von der Ermittlung erwähnt werden: nach der Anhörung des Verdächtigen kann der Staatsanwalt mit einem Beschluss von einer weiteren Ermittlung wegen so einer Straftat absehen, bei der die begangene wesentlich schwerwiegendere Straftat aus der Sicht der Verantwortungziehung keine Bedeutung hat.

Die Regeln der Rückweisung der Anzeige beziehen sich im wesentlichen auch auf die Berechtigung der Einstellung der Ermittlung (Aufteilung der Zuständigkeit bzw. Staatsawalt bzw. Ermittlungsbehörde). Die Gründe für die Einstellung der Ermittlung und die darüber entscheidenden Behörden werden in der nachfolgenden Tabelle dargestellt (§ 190-191 uStPO):

	Der Staatsanwalt kann nur entscheiden	Der Staatsanwalt und die Ermittlungsbehörde dürfen auch entscheiden
Einfache Gründe der Einstellung	• Aufgrund der Ermittlungsangaben kein Begehen eines • Straftates festgestellt werden kann • nicht der Verdächtige beging die Straftat oder dieses aufgrund der Ermittlungsergebnisse nicht feststellbar ist • die Strafbarkeit ausschließender Grund (ausgenommen: es ist eine medikamentöse Zwangsbehandlung zu erwarten, Jugendalter, Verfahrenshindernis) • sonstige, die Strafbarkeit einstellende Gründe • seit der Anordnung der Ermittlung gegen der betreffenden Person zwei Jahre vergangen sind	• die Tat ist keine Straftat • einige, die Strafbarkeit ausschließende Gründe (Jugendalter, Verfahrenshindernis) • Tod, Verjährung, Gnade • res iudicata • Identität des Täters war in der Ermittlung nicht feststellbar

	Der Staatsanwalt kann nur entscheiden	**Der Staatsanwalt und die Ermittlungsbehörde dürfen auch entscheiden**
Kombinierte Einstellungsgründe	• Einstellung mit einer Rüge	• Einstellung per Benachrichtigung
Eigenartige Gründe der Einstellung	• Ermittlungsabmachung • gedeckter Ermittler	–

Der die Ermittlung einstellende Beschluss zieht keine rechtskräftige Wirkung nach sich, also im Falle des Auftretens neuerer Angaben, Beweise kann erneut in gegebener Sache und Person die Ermittlung angeordnet werden. Die Fortsetzung des Verfahrens kann:

- der Staatsanwalt anordnen, wenn die Ermittlung von der Ermittlungsbehörde eingestellt wurde,
- der Oberstaatsanwalt anordnen, wenn die Ermittlung vom Staatsanwalt eingestellt wurde,
- nur das Gericht darf anordnen, wenn wegen der Einstellung der Ermittlung kein Einspruch erhoben wurde oder der Staatsanwalt (Oberstaatsanwalt) keine Fortsetzung der Ermittlung angeordnet hat (wenn der Antrag zurückgewiesen wird, kann die Fortsetzung der Ermittlung auf unveränderter Grundlage nicht mehr beantragt werden).

Im Falle der Einstellung der Ermittlung werden die Strafverfahrenkosten vom Staat getragen (ausgenommen die, die durch Verschulden des Verdächtigen entstanden).

Der, das Verfahren einstellende Beschluss ist dem Verdächtigen, Verteidiger, Beschädigten, Anzeigenden und dem Eigenantragsteller mitzuteilen.

Der Abschluss der Ermittlung hat folgende Hauptphasen:

a) Verkündung der Akten, worüber die Behörde den Verdächtigen und den Verteidiger benachrichtigt;

b) danach wird von der Ermittlungsbehörde auch der Beschädigte benachrichtigt, dass er Einsicht in die Akten nehmen kann;

c) der Verdächtige und der Verteidiger dürfen während des Bekanntwerdens der Akten um die Ergänzung der Ermittlung bitten, können sonstige Anträge und Anmerkungen machen und über die Akten eine Kopie verlangen;

d) wenn die Ergänzung der Ermittlung nicht beantragt oder der Antrag zurückgewiesen bzw. die Ermittlung ergänzt wurde, teilt die Ermittlungsbehörde den Abschluss der Ermittlung dem Beschuldigten und Verteidiger mit;

e) zuletzt schickt die Ermittlungsbehörde die Akten mit einem Anklageerhebungsvorschlag innerhalb von 15 Tagen ab Bekanntgabe des Abschlusses der Ermittlung dem Staatsanwalt zu.

II. Rechtsmittel während der Ermittlung

Während der Ermittlung (in Abhängigkeit dessen, gegen welcher Behörde, was für einem Beschluß, Maßnahme oder versäumter Maßnahme diese sich richtet) können 6 verschiedene Rechtsmittel in Anspruch genommen werden:

a) Beschwerde,
b) Überprüfungsantrag,
c) Einwand,
d) Antrag für die Fortführung der Ermittlung,
e) Berufung,
f) Beweisantrag.

ad a) Für wen der Beschluß des Staatsanwalts oder der Ermittlungsbehörde eine Anordnung enthält, kann innerhalb von 8 Tagen ab Empfang des Beschlusses eine Beschwerde einreichen. Es darf kein Einwand gegen

- die Verlängerung des Ermittlungtermins vorschreibendem (§ 176 Abs. 4 uStPO)
- die Fortsetzung der Ermittlung vorschreibendem (§ 188 Abs. 2 und § 191. Abs. 2 uStPO)
- einen anderen Gutachter benennendem und
- die Einbeziehung der durch die Verteidigung beauftragten Gutachter vorschreibendem (§ 195 Abs. 2 uStPO), sowie
- die Beschwerde (§ 228 Abs. 4 uStPO) beurteilendem Beschluß eingereicht werden.

Wenn die Anzeige vom Beschädigten vorgenommen wurde, kann er gegen die Anzeige zurückweisendem, die Ermittlung aufhebendem oder auflösendem Beschluss von einer Beschwerde Gebrauch machen. Lt. Rundschreiben Nr. NF.2368/2003/38. der obersten Staatsanwaltschaft steht das Beschwerderecht genauso auch einem nicht geschädigten Anzeiger zu (wenn jedoch die Ermittlung in der Sache begonnen wurde und nachträglich jemand in dieser Sache eine „Anzeige" macht, dann steht ihm nur noch das Recht für einen Einwand zu).

Die Beschwerde hat im Allgemeinen keine verschiebende Wirkung (jedoch kann den Beschluß Fassender oder die Beschwerde Beurteilender die Durchführung des Beschlusses aufheben). Auch die Behörde darf der Beschwerde stattgeben, gegen deren Beschluss sich diese richtet. Wenn sie nicht so verfährt, dann muß sie die Beschwerde innerhalb von 3 Tagen zur Beurteilung an den Zuständigen richten. Die Beschwerde wird gegen dem Beschluss der Ermittlungsbehörde vom Staatsanwalt, der vom Staatsanwalt von dem ihm übergeordneten Staatsanwalt innerhalb von 15 Tagen beurteilt (bei einem auflösendem Beschluß innerhalb von 30 Tagen).

ad b) Gegen eine Beschwerde zurückweisendem Beschluss für eine Hausdurchsuchung, Leibesvisitation, noch nicht zugestellte Postsendung und Beschlagnahme von Akten einer auf Verweigerung von Zeugenaussage berechtigten Person, sowie Verpflichtung der Aufbewahrung auf dem Wege von rechentechnischen Systemen festgehaltenen Angaben kann innerhalb von 8 Tagen ab Empfang bei der den Beschluss erteilenden Anwaltschaft ein Überprüfungsantrag gestellt werden. Die Anwaltschaft schickt den Überprüfungsantrag samt Schriften und ihren Antrag innerhalb von 3 Tagen dem Ermittlungsrichter zu.

ad c) Derjenige, der von der Maßnahme oder Versäumnis der Maßnahme des Staatsanwalts oder der Ermittlungsbehörde betroffen ist, darf von einem Einwand Gebrauch machen. Aufgrund des Einwandes trifft der Staatsanwalt (Ermittlungsbehörde) die notwendigen und begründeten Maßnahmen (also der Einwand wird von dem Organ beurteilt, gegen dessen Maßnahme oder Versäumnis sich diese richtet).

ad d) Wenn der Staatsanwalt die Ermittlung deshalb eingestellt hat, weil die Strafbarkeit in Folge vom amtswegen eingeleteten Gnadengesuch eingestellt wurde, kann der Verdächtige die Fortsetzung der Ermittlung innerhalb von 8 Tagen ab Bekanntgabe des ermittlungeinstellenden Beschlusses verlangen. In diesem Fall muß die Ermittlung fortgesetzt werden. (Das Strafverfahren muss auch dann fortgesetzt werden, wenn der Verdächtige in seiner gegen die Ermittlung einstellendem Beschluss eingereichten Beschwerde sich über die Anwendung einer Rüge beschwert und es keinen anderen Grund für die Einstellung des Strafverfahrens gibt. Dann reicht der Verdächtige jedoch formell eine Beschwerde ein.)

ad e) Gegen dem Beschluß des Ermittlungsrichters kann eine Berufung eingelegt werden. Gegen dem auf dem Wege der Verkündung mitgeteilten Beschluss muß die Berufung sofort eingelegt werden, gegen dem zugestelltem Beschluss kann eine Berufung innerhalb von 3 Tagen ab Empfang eingelegt werden. Der Ermittlungsrichter schickt die Berufung unverzüglich an die zweite Instanz des Bezirksgerichtrates, der über die Berufung an einer Ratsitzung entscheidet.

Es wird kein Platz für eine Berufung eingeräumt gegen

- einer in der Sache der Beschlagnahme von Dokumenten durch eine im Büro eines Notars oder Anwalts, in einer medizinischer Einrichtung vorgenommenen Hausdurchsuchung, der hier gelagerten Dokumenten und bei einer Zeugenaussageverweigerung berechtigten Person beschlaggenommene Dokumente gefassten Beschluss,

- mit geheimer Datenbeschaffung zusammenhängendem Beschluß ,
- Beurteilung vom Überprüfungsantrag,
- Änderung einer Ordnungsstrafe auf Absitzen im Gefängnis,
- auf einen besonders geschützten, anzuhörenden Zeugen, dessen Leben in direkt gefährdendem Zustand ist oder er unter 14 Jahre ist,
- einem sich auf die Durchführung der Beweistätigkeit beziehenden Beurteilungsantrag gefassten Beschluss.

Ohne Rücksicht auf die Berufung darf eine die persönliche Freiheit betreffende Zwangsmaßnahme vorgenommen werden. Aufgrund von Dokumenten vorgenommene Einstellung gegen so einer Zwangsmaßnahme darf der Staatsanwalt eine Berufung mit verzögernder Wirkung einlegen, wenn die Einstellung nicht vom Staatsanwalt vorgenommen wurde.

III. Verfahren durch den Ermittlungsrichter

Während der Ermittlung werden die Aufgaben des Gerichtes vom Ermittlungsrichter versehen. Der Ermittlungsrichter ist ein vom Präsident des Bezirksgerichtes ernannter Richter, der in den auf seinem Zustädigkeitsgebiet sich befindenden Staatsanwaltschaften durchgeführten Verfahren vorgeht. Der Ermittlungsrichter fasst seine Beschlüsse aufgrund von

a) Beratung oder
b) Akten.

ad a) Der Ermittlungsrichter entscheidet in folgenden Fragen in Beratung:

- Verordnung von Zwangsmaßnahmen für den Entzug oder Einschräkung der persönlichen Freiheit (vorläufige Festnahme, Verbot für das Verlassen des Wohnortes, Hausarrest, Fernhaltung, vorläufige Zwangsheilbehandlung, Ausreiseverbot),
- Verlängerung der vorläufiger Festnahme oder des Hausarrests, wenn in dem Antrag auf neue Umstände der Verlängerung Bezug genommen wurde,
- 6 Monate übersteigende Verlängerung der vorläufigen Festnahme ab Anordung gerechnet,
- Entgegennahme von Kaution,
- Anordung der Beobachtung des geistigen Zustandes (ausgenommen, wenn der Verdächtige wegen seines Gesundheitszustandes nicht erscheinen kann oder unfähig ist, seine Rechte auszuüben),
- Durchführung der Beweistätigkeit.

Die Durchführung der Beweistätigkeit kann in den folgenden Fällen vorgenommen werden:

- besonders geschützter Zeuge,
- Zeuge, der sich in einem sein Leben direkt gefährdendem Zustand befindet und
- Anhörung eines Zeugen unter 14 Jahren (wenn seine Anhörung an der Verhandlung seine Entwicklung schwer gefährden würde) sowie
- Aufnahme so eines Beweises, von dem begründet anzunehmen ist, dass in dem Gerichtsverfahren nicht zur Verfügung stehen würde, bis dahin in wesentlichem Maße sich verändern würde oder seinen Charakter als Beweismittel verlieren würde.

Während der Anhörung von Kindern unter 14 Jahren als Zeugen muss der Ermittlungsrichter im Verfahrensgesetz enthaltene spezielle Regel einhalten. Zu denen gehören, dass diese Zeugen nicht auf die Folgen der falschen Aussage aufmerksam zu machen sind, ihre Gegenüberstellung darf ausschließlich dann vorgenommen werden, wenn dies in ihnen keine Angst erweckt und ihr Betreuer oder gesetzlicher Vertreter an der Verhandlung teilnehmen darf (dürfen von der Verhandlung auch nicht hinausgeschickt werden) trotz, dass sie eventuell später als Zeuge angehört werden.

Der Antragsteller auf Durchführung der Beweistätigkeit sorgt für die Bedingungen der Durchführung der Beweisaufnahme. Der Ermittlungsrichter entscheidet beim Beginn der Verhandlung mit einem begründeten Beschluss über den sich auf die Durchführung der Beweistätigkeit beziehenden Antrag. Bei einer Beweisaufnahme beinhaltet das Beweisverfahren betreffend der Anwesenheit eigene Regel (§ 212-213 uStPO):

- bei der Anhörung so eines Zeugen, dessen Leben direkt gefährdet ist, oder dies begründet anzunehmen ist, dass er an der Verhandlung nicht erscheinen darf, der Verdächtige und sein Verteidiger, bzw. im Interesse des Zeugen verfahrener Anwalt anwesend sein dürfen (ausgenommen, wenn es der Zustand des Zeugen nicht ermöglicht);
- bei Anhörung von besonders geschützten Zeugen dürfen außer dem Ermittlungsrichter, Protokollführer und Dolmetscher auch der im Interesse des Zeugen verfahrene Anwalt anwesend sein;
- bei der Anhörung eines Zeugen der sein 14. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, dürfen außer den bei der Anhörung besonders geschützten Zeugen aufgeführten auch der gesetzliche Vertreter und Betreuer des Zeugen anwesend sein, der Verdächtige und der Verteidiger müssen jedoch nachträglich benachrichtigt werden.

Auf Antrag darf der Ermittlungsrichter das Festhalten der Zeugenanhörung per Bild-, oder Tonaufnahmegerät (sonstiges Gerät) anordnen. Die Aufnahme ersetzt nicht das Protokoll. Auf der von der Aufnahme angefertigten Kopie dürfen die auf die Personenidentifizierung des Zeugen geeignete Eigenschaften (z. B. Gesicht, Ton) technisch verzerrt werden.

An der Verhandlung dürfen der Staatsanwalt, der Belastete und der Verteidiger teilnehmen (im Falle der Anhörung eines besonders geschützten Zeugen dürfen nur der Staatsanwalt und der im Interesse des Zeugen verfahrende Anwalt, bei der Anhörung eines Zeugen unter 14 Jahren jedoch auch der gesetzliche Vertreter und der Betreuer) anwesend sein. Beim Beginn der Verhandlung trägt der Antragsteller den Antrag begründende Beweise schriftlich oder mündlich vor. Zu dem Antrag dürfen Bemerkungen gemacht werden. Der Ermittlungsrichter darf die Verhandlung auch auf dem Wege eines geschlossenen Fernmeldenetzes abhalten.

Auf der Verhandlung gefaßter Beschluss ist per Verkündung sofort bekanntzugeben.

ad b) Der Ermittlungsrichter entscheidet aufgrund der Akten über

- sonstige vor der Antragstellung in die Zuständigkeit des Gerichtes gehörenden Zwangsmaßnahmen (im Notariat oder Anwaltsbüro, medizinischer Einrichtung vorgenommene Hausdurchsuchung, Beschlagnahme der hier gehaltenen Dokumente und sonstige Beschlagnahme, vorläufige Veräußerung der beschlaggenommenen Sachen, Verpflichtung zur Aufbewahrung auf rechentechnischen Systemen festgehaltenen Daten),
- Ausschließen des Verteidigers,
- Genehmigung und Einstellung von geheimer Datenbeschaffung sowie über die Verwendbarkeit der Sammlung geheimer Informationen,
- nach Einstellung der Ermittlung die Anordnung der Fortsetzung der Ermittlung,
- auf Antrag des Staatsanwaltes Erklärung des Zeugen als besonders geschützt,
- Überprüfungsantrag,
- Ablösung der Ordnungsstrafe auf Verschließung.

Der Ermittlungsrichter entscheidet über die Antragsstellung innerhalb von 3 Tagen mit einem Beschluss.

IV. Die Aufgaben des Staatsanwaltes nach dem Eintreffen des Anklageerhebungsvorschlages

Die Erhebung der Anklage ist (samt mit der Vorbereitung der Verhandlung) ein sogenanntes Zwischenverfahren: sie keilt sich zwischen der Ermittlung und dem Gerichtsverfahren. Vom Gesetz wird sie im Ermittlungskapitel geregelt, obwohl sie nur nach Beendigung der Ermittlung an die Reihe kommen darf.

Die Anklage hat zwei Hauptformen. Im Falle von Gemeinklage den Gemeinkläger (Staatsanwalt), bei Privatklage jedoch die Privatperson (im allgemeinen der Beschädigte) stehen die Rechte der Klagevertretung zu. Innerhalb der Privatklage sind 4 verschiedene Formen:

a) Hauptprivatklage, wobei als Hauptregel der Beschädigte auf Klagevertretung berechtigt ist (so ist im wesentlichen die z. Z. gültige Privatklage),

b) Gegenklage: sie ist eine besondere Form der Hauptprivatklage, bei gegenseitig begangenen einzelnen Privatklage-Straftaten darf der Belastete als Gegenkläger auftreten,

c) die Nebenklage (gleichzeitig mit dem Staatsanwalt, nur mit hilfestellendem Charakter oder relativ selbsständig dargelegter beschädigten, geschädigten Anklagevertretung, siehe Privatpartei) und

d) Ersatzprivatklage (statt dem Staatsanwalt durchgeführte Beschuldigter-Anklagevertretung).

Der Staatsanwalt überprüft nach der von ihm vorgenommenen Aktenverkündung (§ 216 uStPO), (wenn die Aktenverkündung durch die Ermittlungsbehörde vorgenommen wurde, dann in 30 Tagen nach Eigang der Akten bei ihm, aufgrund der Anordnung des Leiters der Staatsanwaltschaft in weiteren 30 Tagen, auf Anordnung des übergeordneten Staatsanwaltes innerhalb von 90 Tagen). Aufgrund dessen kann er zwischen 7 Möglichkeiten wählen:

a) er führt eine weitere Ermittlungstätigkeit durch (er verfügt über deren Verrichtung);

b) hebt die Ermittlung auf;

c) stellt die Ermittlung ein;

d) darf die Sache in die Mediation überweisen;

e) sieht teilweise von der Anklageerhebung ab;

f) verschiebt die Anklageerhebung oder

g) erhebt die Anklage.

ad a) Die Durchführung weiterer Ermittlungstätigkeit (oder durchführen lassen) darf dann vorgenommen werden, wenn die Sachlage nicht genügend auf-

geklärt ist. In diesem Falle hält der Staatsanwalt nach Durchführung weiterer Ermittlungstätigkeiten erneut eine Aktenverkündung.

ad b) und c) Für die Aufhebung und Einstellung der Ermittlung sind die allgemeinen Aufhebungs- und Einstellungsregeln richtungsweisend.

ad d) Die Mediation ist ein durch das Begehen der Straftat ausgelöste Konflikt behandelndes Verfahren, dessen Zweck ist, unter Einbeziehung einer vom Strafverfahren durchführenden Gericht bzw. Staatsanwalt unabhängige, dritte Person (Mediator) – eine Lösung enthaltene Regelung für das zwischen dem Beschädigtem und Belastetem bestehenden Konflikt, die Wiedergutmachung der Folgen des Straftates und zukünftig ein rechtsbefolgendes Verhalten des Belasteten helfende – schriftliche Vereinbarung Zustande kommen soll. Über die Mediation siehe den nächsten Punkt.

ad e) Der Staatsanwalt darf von einer Anklageerhebung wegen einer Straftat absehen, bei der zum Sachverhalt der Klage gemachte Straftat eine wesentlich schwerwiegendere aus der Sicht der Verantwortungziehung keine Bedeutung hat. Auf diese muss in der Anklageschrift verwiesen, und die teilweise Absehung von der Anklage dem Beschädigten mitgeteilt werden (und zwar so, dass er sein bürgerrechtliche Forderung auf sonstigem Rechtsweg geltend machen kann, sowie, dass aus der Sicht der Tat, weswegen von der Anklageerhebung teilweise abgesehen wurde, einer Ersatzprivatklage stattgegeben werden kann). Bezüglich der Straftat, bei der von der Klageerhebung abgesehen wurde, werden die Strafverfahrenkosten vom Staat getragen.

ad f) Beim Strafverfahren werden 3 Fälle für die Verschiebung der Klageerhebung unterschieden, von denen das Erste einen möglichen, die anderen zwei einen Pflichtfall darstellen:

- bei jeglicher nicht schwerwiegenderem als mit nicht mehr als 3 Jahren zu bestrafenden Straftat darf die Klageerhebung von 1 bis 2 Jahren unter Rücksicht auf die Schwere der Straftat und außerordentlich mildernden Umständen verschoben werden, wenn aufgrund dessen im zukünftigen Verhalten des Verdächtigen eine günstige Wirkung zu erwarten ist,
- die Erhebung der Klage muss mit 1 Jahr verschoben werden, wenn der drogensüchtige Verdächtigte sich für eine Teilnahme an einer die Drogenabhägigkeit heilenden Behandlung, an anderen die Drogennutzung heilender Behandlung oder an vorbeugender, aufklärender Veranstalltung bereit erklärt (in dem Falle muß dies auch als Verpflichtung für ihn vorgeschrieben werden),

- genauso muss die Anklageerhebung mit 1 Jahr wegen Vergehen beim Unterhaltspflichtigen verschoben werden, wenn dadurch die Erfüllung der versäumten Verpflichtung zu erwarten ist.

Die Klageerhebung darf bei mehrfach Rückfälligem, oder wenn der Belastete die absichtig begangene Straftat während der Aufhebung des Freiheitsentzuges oder vor Beendigung deren Durchführung begangen hat.

Der Staatsanwalt darf gleichzeitig mit der Verschiebung der Klageerhebung für den Belasteten Verhaltensregel und Verpflichtungen festlegen. Bei Festlegung von Verhaltensregeln

- muss eine Beurteilung vom beaufsichtigenden Betreuer eingeholt werden,
- nach der Erstellung der Beurteilung des beaufsichtigen Betreuers muss der Verdächtige angehört werden und es ist zu klären, ob der Verdächtige die Einhaltung der in Aussicht gestellten Verhaltensregel und Erfüllung der Pflichten zu leisten in der Lage ist,
- wenn es notwendig ist, kann auch der beaufsichtigende Betreuer angehört werden,
- im Falle dem Beschädigten zu gebenden Schadenersatzes oder Wiedergutmachung muß auch der Beschädigte angehört werden (ausgenommen, wenn er sich schon früher über den Schadenersatz oder Wiedergutmachung geäußert hat).

Der Staatsanwalt darf im Rahmen der Verpflichtungen vorschreiben, dass der Verdächtige

- den Schaden des Beschädigten ersetzen soll,
- für den Beschädigten oder
- für das Gemeinwohl über eine Wiedergutmachung sorgen soll, oder
- an einer pshyhiatrischen oder von Alkoholabhängigkeit heilenden Behandlung teilnehmen soll.

Der Staatsanwalt kann von den Verhaltensregeln und Verpflichtungen auch mehrere, bzw. außer den angeführten auch andere Verhaltensregel festlegen oder auch andere Verpflichtungen vorschreiben. Der Klageerhebung verschiebende Beschluss ist dem Beschädigten, Anzeigenden, und auch dem Privatantrag stellenden mitzuteilen. Der Beschädigte darf gegen dem Beschluss über die Verschiebung der Anklageerhebung Rechtsmittel einlegen.

Der Staatsanwalt stellt das Verfahren ein, wenn

- innerhalb von 30 Tagen ab Ablauf der Verschiebung der Anklageerhebung ein, wenn die Dauer der Verschiebung der Anklageerhebung erfolgreich verstrichen ist,

- auch vor Ablauf der Dauer der Verschiebung der Anklageerhebung, wenn der Drogensüchtige Verdächtige nachweist, dass er mindestens 6 Monate kontinuierlich in einer Drogenabhängigkeit heilenden Behandlung teilnahm, andere Drogennutzung behandelnde Versorgung erhielt oder eine vorbeugende-aufklärende Leistung bekam,
- der wegen Versäumnis des Unterhalts verstoßene Verdächtige seiner Unterhaltspflicht nachkam.

Der Staatsanwalt erhebt eine Klage, wenn

- der Verdächtige gegen dem Beschluss eine Beschwerde einlegt und die Bedingungen für die Einstellung der Ermittlung nicht gegeben sind,
- gegen dem Verdächtigen während der Dauer der Verschiebung der Anklageerhebung wegen einer mit Absicht vorgenommenen Straftat Anklage erhoben wird,
- der Verdächtige schwer gegen die Verhaltensregeln verstößt oder seinen Pflichten nicht nachkommt,
- während der Dauer der Verschiebung der Anklageerhebung festgestellt wird, dass die Verschiebung der Anklageerhebung trotz einer ausschließenden Ursache vorgenommen wurde,
- der Verdächtige mit keinem Beleg nachweist, dass er innerhalb eines Jahres ab Verschiebung der Anklageerhebung gerechnet eine mindestens 6 Monate dauernde, kontinuierliche Drogenabhängigkeit heilende Behandlung usw. erhalten hat,
- während der Dauer der Verschiebung der Anklageerhebung gegen dem Verdächtigen wegen Drogenmißbrauch ein erneutes Strafverfahren eröffnet wurde und der Aufhebung oder Einstellung der Ermittlung nicht stattgegeben werden kann.

ad g) Die Anklageerhebung hat 4 verschiedene Hauptformen: im Gemeinklageverfahren die Anklageschrift (dies ist am meisten gebräuchlich), im Ersatzprivatklageverfahren der Klageantrag, im Privatklageverfahren die Anzeige, im Sonderverfahren Vorführung vor Gericht jedoch die mündliche Anklageerhebung des Staatsanwalts (wozu eine schriftliche Aufzeichnung gehört).

Hauptbestandteile der Anklageschrift sind: Einleitung, Begründung, Verfügung (Hauptverfügung, also Klageformel und Nebenverfügungen: Anmeldungen, Anträge) und die Datierung. Die Klageschrift ist also bezüglich ihres Aufbaus gegenüber von amtlichen Beschlüssen formal anders, denn die Begründung dem Absatz der Verfügungen vorangestellt wird.

Die Klageschrift ist in so viel Exemplaren einzureichen, dass dem Gericht, jedem Angeklagtem und Verteidiger je ein Exemplar zur Verfügung stehen.

Zum Klageschriftexemplar des Gerichtes sind die zur Grundlage der Klageerhebung dienende jegliche Akten beizulegen, die der Staatsanwalt dem Verdächtigen und bzw. Verteidiger zum Schluss des Verfahrens übergab, sowie die objektiven Beweismittel. Wenn der Angeklagte der ungarischen Sprache nicht mächtig ist, muss der Teil der Anklage, der sich auf diesen Angeklagten bezieht, muss in die Muttersprache (regionale oder Minderheitensprache, als von ihm früher gekannte Sprache) übersetzt werden und diesen so an das Gericht eingereicht werden. Im Falle des Geständnisses vom besonders geschützten Zeugen muß über seine Anhörung ein Protokollauszug zur Grundlage der Klageerhebung dienenden Akten beigefügt werden. In diesem Fall benachrichtigt der Staatsanwalt den Belasteten und den Verteidiger über das Beifügen der Akte und darüber, dass in die Akte Einsicht genommen werden kann.

V. Die Mediation

Das Meditationsverfahren dient lt. Begründung der Zweckmäßigkeit, das Verfahren beschleunigenden Gesichtspunkten und der erhöhten Berücksichtigung der Rechte des Beschädigten sowie der Geltendmachung internationalen, in erster Linie EU-Forderungen.

Von den EU-Dokumneten muss die für die Mitgliedsstaaten in Strafangelegenheiten angewandten Meditationsangelegenheit angenommene Empfehlung Nr. R (99) 19. des Komitees des EU-Ministerrates und den Rahmenbeschluss Nr. 2001/220/IB des EU-Rates über die Rechtsstellung des Beschädigten innerhalb eines Strafverfahren hervorgehoben werden.

Das Mediationsverfahren ist ein mit dem Strafverfahren paralell verlaufendes Verfahren. Die Bedingungen seiner Anordnung sowie die Rechtsfolgen eines erfolgreichen Verfahrens werden vom Strafverfahren geschaffen, seine detaillierte Regel schreibt jedoch das Meditationsgesetz vor (siehe Gesetz 2006/123)

Die grundlegenden Regel des Mediationsverfahrens sind z.T. im Strafverfahren, z.T. im Strafgesetzbuch enthalten.

Von denen werden nachstehende Fragen hervorgehoben:

a) Bedingungen des Mediationsverfahrens

b) Verlauf des Mediationsverfahrens

c) Folge (Ergebnis) des Mediationsverfahrens.

ad a) Die Bedingungen des Mediationsverfahrens sind in der nachstehenden Tabelle zusammengefasst:

Positive Bedingungen (Strafverfahren § 221/A uStPO)	**Negative Bedingungen (§ 36 Abs. 3 uStGB)**
1. Im Falle einer von 3 (gegen Person, Verkehr, Vermögen) Straftatgruppen 2. Laufendes Verfahren bei einer nicht schwerwiegender als unter 5 Jahren zu bestrafenden Straftat 3. Es kann wegen aktiver Einsicht (StGB. § 36.) der Einstellung des Verfahrens oder der unbegrenzten Minderung der Strafe stattgegeben werden 4. Der Verdächtige hat während der Ermittlung ein Geständnis abgelegt 5. Der Verdächtige erklärt sich bereit, und ist auch in der Lage, den Schaden des Geschädigten zu ersetzen oder die schadhaften Folgen der Straftat anderweise gutzumachen 6. Sowohl der Verdächtige, als auch der Beschädigte regen die Meditation an oder sie stimmen freiwillig der Durchführung des Meditationsverfahrens zu 7. Es darf von der Durchführung des Meditationsverfahrens abgesehen werden, oder es darf begründet angenommen werden, dass das Gericht während der Festlegung der Strafe die aktive Einsicht unter Rücksicht auf die Struktur, Art des Vergehens der Straftat und der Person des Verdächtigen bewerten wird	1. Mehrfach oder besonders rückfällig 2. Die Straftat wurde als organisiertes Verbrechen begangen 3. Die Straftat hatte Tod zur Folge 4. Die absichtliche Straftat während der Bewährungszeit der Aufhebung des Freiheitsentzuges oder nach der Verurteilung zum durchzuführenden Freiheitsenzug wegen einer absichtlich begangener Straftat, vor dem Beenden der Vollziehung des Freiheitsentzuges, sowie während der Verschiebung der Erlassung der Bewährungszeit oder Anklageerhebung begangen wurde

ad b) Ein Meditationsverfahren kann vom Amtswegen, oder auf Antrag des Verdächtigen, des Verteidigers bzw. des Beschädigten angewiesen werden. In diesem Falle wird vom Staatsanwalt – nach Anhörung des Verdächtigen und des Beschädigten (im Bedarfsfall nach Einholung der Beurteilung des Betreuers) – das Verfahren höchstens für 6 Monate aufgehoben oder die Angelegenheit in Mediationsverfahren gewiesen. Gegen diesem Aufhebungsbeschluss darf kein Rechtsmittel eingelegt werden. Der Beschluss ist dem Geschädigten, Anzeiger und dem Unterbreiter des Privatantrages sowie dem während der Durchführung das Mediationsverfahrens über Befugnis und Zuständigkeit verfügenden Bezirks-(Hauptstadt)Justizamt mitzuteilen.

Die während des Mediationsverfahrens gemachten Geständnisse dürfen nicht in der Strafangele-genheit als Beweis dienen. Das Mediationsverfahren wird von dem, die Vermittlungstätigkeit ausübenden Betreueraufseher entsprechend der im Meditationsgesetz festgehaltenen Verfahrensordnung durchgeführt.

Das Mediationsverfahren darf der lt. Sitz des im Mediationsverfahren in der Straftat vorgehende Anwalt (Gericht) zuständige Schützlingsaufsichts-Diensttätigkeit ausübender Schützlingsaufseher, oder im Namenregister der Anwälte beim Betreueraufsichtsdienst für die Durchführung von Mediatortätigkeit eingetragenem Anwalt (Mediator) durchführen.

Die Aufgabe des Mediators ist, während des Mediationsverfahrens unparteiisch, gewissenhaft, den gesonderten Rechtsvorschriften festgelegten fachlichen Forderungen entsprechend bei der Verwirklichung der Lösung mitzuwirken. Der Mediator ist berechtigt und verpflichtet alle Angaben kennenzulernen, die für das Versehen seiner Aufgabe notwendig sind (in diesen untersteht er der Geheimhaltungspflicht). Der Staatsanwalt stellt gleichzeitig mit der Versendung des der Anweisung auf ein Mediationsverfahren sich beziehenden Beschlusses (das Gericht: das Verfahren aufhebenden Beschluss) die Akten dem Mediator zu.

Für den Ausschluss des Mediators gelten grundlegend die selben Gründe, wie für die Amtsmitglieder, somit, dass ein Amtsmitglied (dessen Angehöriger) kein Mediator werden dürfen. Bei einer begründeten Ausschließung entscheidet der Leiter des Schützlingsaufsichtsdienstes über die Benennung eines neuen Mediators.

Das Mediationsverfahren darf nur bei freiwilliger Zustimmung des Geschädigten und Belasteten durchgeführt werden. Im Verfahren sind der Geschädigte und der Belastete gleichwertige Partner, sie dürfen jeder Zeit während des Verfahrens ihre Zustimmung auf die Teilnahme zurückziehen und müssen jegliche Abmachung freiwillig treffen. Beide dürfen einen Rechtsvertreter bevollmächtigen (bei einer Strafangelegenheit erteilte Vollmacht und die Geltung der Bestellung erstrecken sich auch auf das Mediationsverfahren).

Der Geschädigte und der Belastete dürfen beantragen, dass die von ihnen benannte Person (höchstens je 2) am Vermittlungsgespräch teilnehmen und in ihrem Interesse Wort ergreifen soll. Der Mediator darf der Leistung des Antrages nur dann nicht stattgeben, wenn die Anwesenheit der benannten Person im Gegensatz des Zieles des Mediationsverfahrens steht. Dabei, wenn von den Umständen der in Mediationsverfahren gewiesenen Angelegenheit begründet ist, darf der Mediator in das Mediationsverfahren so eine Person mit einbeziehen, wer mit seiner Fachkenntnis die Schaffung der Vereinbarung vorteilhaft bewirken kann.

Der Mediator bestimmt innerhalb von 8 Tagen ab Eintreffen des Staatsanwalts(Gerichts)-beschlusses beim Schützlingsaufsichtsdienst den ersten Termin für das Vermittlungsgespräch. Das Vermittlungsgespräch wird regelrecht in den Amtsräumlichkeiten des Schützlingsaufsichtsdienstes vorgenommen. In der Vorladung zum ersten Vermittlungsgespräch müssen der Geschädigte und Belastete kurz über das Wesen des Mediationsverfahrens, seine Rechtsfolgen sowie ihrer Rechte und Pflichten informiert werden.

Das Mediationsverfahren ist so zu organisieren, dass dieses innerhalb von 3 Monaten ab dem ersten Vermittlungsgespräch gerechnet zum Abschluss gebracht werden kann und der Bericht, weiters das Dokument über die Vereinbarung vor Ablauf des Termins der Aufhebung des Strafverfahrens beim Staatsanwalt bzw. Gericht eintreffen soll.

Wenn der Geschädigte oder Belastete zum angesetzten Termin am Vermittlungsgespräch erneut nicht erscheinen und dies auf üblicher Weise nicht entschuldigen, muss es so betrachtet werden, dass sie ihre Zustimmung zurückgezogen haben.

An dem Vermittlungsgespräch werden der Geschädigte und der Belastete mit der notwendigen Detailliertheit vom Mediator angehört. Der Mediator hört sich den Geschädigten und den Belasteten sowohl in deren Anwesenheit, als auch in ihrer gegenseitiger Abwesenheit an. Der Geschädigte und der Belastete dürfen ihren Standpunkt bezüglich der Angelegenheit mündlich darlegen und es dürfen auch die zur Verfügung stehenden Akten vorgelegt werden.

Beim Abschluss und Unterzeichnung der Vereinbarung müssen der Geschädigte (wenn die rechtliche Vertretung Pflicht ist, auch der rechtliche Vertreter). Im Falle eines Geschädigten, was keine natürliche Person darstellt, wiederum auf seine Vertretung berechtigte Person) und der Belastete persönlich dabei sein kann, sie müssen gemeinsam erscheinen. Die Abwesenheit des Rechtvertreters stellt kein Hindernis für das Abhalten des Vermittlungsgespräches dar, jedoch auf Ersuchen des Geschädigten bzw. Belasteten ist für das Gespräch ein anderer Termin festzulegen.

Über das Vermittlungsgespräch wird vom Mediator eine Aufzeichnung erstellt. In der Aufzeichnung muss der Lauf des Verfahrens kurz so dargelegt werden, dass die Erfüllung der Ausübung der Rechte und Pflichten sowie die Einhaltung der Verfahrensregel nachvollziehbar sind.

Im Mediationsverfahren kommt eine Vereinbarung dann zustande, wenn zwischen dem Geschädigten und Belasteten im Ersetzen des mit der Straftat verursachten Schadens oder in anderwertiger Wiedergutmachung der schadhaften Folgen der Straftat ein gemeinsamer Standpunkt Zustande kommt. Die Vereinbarung muss enthalten,

- dass der Belastete den mit der Straftat verursachten Schaden während der Zeit der Aufhebung des Strafverfahrens oder bis zum Ablauf der Dauer der Anklageerhebung in einer Summe bzw. mit festgelegter Regelmäßigkeit, in Raten bezahlt oder auf anderer Weise einer Wiedergutmachung nachkommt,
- wer die Kosten des Verfahrens trägt.

Der Mediator erstellt ein Dokument über die zwischen dem Geschädigten und dem Belasteten zustandegekommene Vereinbarung, die der Geschädigte, rechtliche Vertreter und auch der Belastete unterschreiben. Das Dokument wird

vom Mediator an den Geschädigten, den Belasteten und ihren anwesenden Vertreter übergeben, wenn der Vertreter nicht anwesend ist, wird ihm das Dokument zugestellt.

Die im Strafverfahren geführtes Mediationsverfahren entstandene Akten, in dem das Mediationsverfahren vorgenommen wurde, dürfen nicht als Beweis angewandt werden, ausgenommen das als Ergebnis der Vermittlung zustandengekommene Vereinbarung einhaltene Dokument und der Bericht des Mediators.

Die im Mediationsverfahren zustandegekommene Vereinbarung berührt nicht das Recht des Geschädigten, dass er seine außer des Strafverfahrens aus der Straftat stammende Forderung beim Gericht, Schiedsgericht oder im Rahmen eines sonstigen Verfahrens geltendzumachen ist.

Das Mediationsverfahren wird an dem Tag abgeschlossen, wenn

- aufgrund der Vereinbarung der Belastete den mit der Straftat verursachten Schaden dem Geschädigten ersetzt oder die schadhaften Folgen der Straftat auf sonstigem Wege wieder gutgemacht hat,
- der Belastete mit Erfüllung der als Ergebnis des Mediationsverfahrens Zustande gekommenen Vereinbarung begann,
- der Geschädigte oder der Belastete sich vor dem Mediator äußern, dass sie um die Beendigung des Mediationsverfahrens bitten,
- der Geschädigte oder der Belastete ihre Zustimmung zurückzogen, oder ihr Versäumnis als Rückziehung der Zustimmung anzusehen ist,
- von der Äußerung oder aus dem Verhalten des Belasteten es eindeutig feststellbar ist, dass er kein Geständnis ablegen wird, nicht den Schaden des Geschädigten ersetzen will oder keine Zustimmung zum Mediationsverfahren gibt,
- ab dem ersten Vermittlungsgespräch gerechnete 3 Monate erfolgslos verstrichen sind.

Innerhalb von 15 Tagen ab Beendigung des Mediationsverfahrens erstellt der Mediator einen Bericht über das Mediationsverfahren, diesen schickt er samt mit dem für die Beendigung des Verfahrens begründenden Dokument dem Staatsanwalt (Gericht) sowie dem Geschädigten und dem Belasteten und ihren Vertretern zu.

ad c) Das Mediationsverfahren hat 3 Ergebnisse und aufgrund dessen 4 Folgen:

1. Wenn keine Vereinbarung Zustande kam (erfolgslose Meditation): der Staatsanwalt verfügt über die Fortsetzung der Ermittlung.

2. Wenn der Belastete und der Geschädigte keine Einigung erzielen konnten und der Belastete dem Geschädigten verursachten Schaden nicht ersetzt hat oder die schadhaften Folgen der Straftat anderwertig nicht wiedergutgemacht hat:

- bei einer Straftat mit einer Strafe unter 3 Jahren: stellt der Staatsanwalt die Ermittlung ein;
- bei einer Straftat mit einer Strafe unter 5 Jahren: der Staatsanwalt erhebt eine Klage (dann kann der unbegrenzter Minderung der Strafe stattgegeben werden)

3. Wenn der Belastete mit der Erfüllung der durch das Mediationsvefahren Zustande gekommener Vereinbarung begann, jedoch seine Strafbarkeit nicht erloschen ist: der Staatsanwalt darf wegen ein 3 Jahre nicht übersteigendem Freiheitsentzug zu bestrafenden Straftat die Anklageerhebung für eine sich von 1 bis 2 Jahre er streckende Zeit verschieben.

Prinzipiell ist die Rede im Strafgesetz bezogen auf die Meditation durchweg über den Verdächtigen, jedoch macht das § 266. Abs. 3. Punkt c. uStPO für das Gericht während der Vorbereitung der Verhandlung die Aufhebung des Verfahrens ausdrücklich möglich, wenn einem Mediationsverfahren stattgegeben werden kann. Es kann sogar aufgrund des Absatzes 1. des § 287 uStPO auch die Verhandlung vertagt werden.

Um Missbrauch vorzubeugen (besonders unter Rücksicht auf die Gefahr der Verzögerung des Verfahrens) darf während eines Strafverfahrens einer Überweisung in ein Mediationsverfahren nur einmal stattgegeben werden.

Herke Čongor, docent
Pravnog fakulteta u Pečuju

Obustava istrage i medijacija

Rezime

Autor se u ovom radu bavi pitanjem obustave istrage i medijacije u krivičnom postupku Mađarske.

Rad je podeljen na pet delova.

U prvome delu autor detaljno uz pomoć tabela prikazuje slučajeve obustavljanja istrage i ovlašćenje javnog tužioca (glavnog organa istrage) i drugih organa koji su u Mađarskoj nadležni za vođenje istrage.

Drugi deo se bavi pravnim sredstvima kojima raspolažu stranke u toku istrage.

U trećem delu pisac detaljno izlaže nadležnost i postupak islednog sudije koji je novi subjekat krivične procedure Mađarske uveden novim zakonom o krivičnom postupku iz 1998.g. (stupio na snagu 1.7.2003.g.).

Četvrti deo se bavi zadacima javnog tužioca nakon primanja predloga za podizanje optužbe.Javni tužilac nakon prispeća predloga za podizane optužbe ima brojne opcije. Jedna od njih je i upućivanje predmeta na medijaciju ako su ispunjeni zakonom predviđeni uslovi .

Peti, centralni, najobimniji deo rada bavi se pitanjem medijacije u mađarskom krivičnom postupku. U ovom delu autor izlaže najvažnija pitanja u vezi medijacije: odnos postupka medijacije i krivičnog postupka,uslove za sprovođenje medijacije, sam postupak medijacije i pravne posledice medijacije.

IN MEMORIAM

Prof. dr MILIJAN POPOVIĆ
(1938 – 2008)

Sa nevericom i zaprepašćenjem dočekana je vest da je u čekaonici autobuske stanice u Rumi, 27. novembra 2008. godine, nađen mrtav prof. dr Milijan Popović, u povratku sa Pravnog fakulteta u Bijeljini, na kome je, posle penzionisanja, bio dekan i predavao Uvod u pravo i Ustavno pravo. Do penzionisanja (1. oktobra 2003.) prof. Popović je bio dugodišnji šef Katedre za teoriju države i prava, filozofiju prava i sociologiju, i jedan od najistaknutijih i najpoznatijih profesora Pravnog fakulteta u Novom Sadu, od njegovog osnivanja do danas.

Rođen je 12. jula 1938. godine u Požegi. Osnovnu školu i gimnaziju završio je u rodnom mestu i Užicu. Na Pravnom fakultetu u Beogradu diplomirao je 1962. godine, magistrirao 1968. godine na temi „Pojam i elementi pravnog odnosa" i doktorirao 1972. godine, odbranivši doktorsku disertaciju „Pojam subjektivnog prava", koju je radio pod rukovodstvom akademika Radomira D. Lukića.

Posle diplomiranja radio je, kratko vreme, kao sudijski pripravnik u Sreskom sudu u Smederevu. Na Pravnom fakultetu u Novom Sadu izabran je za asistenta 1963. godine, za docenta 1972. godine, za vanrednog profesora 1977. godine i za redovnog profesora 1982. godine. Na studijskim boravcima bio je u Parizu 1968. godine i Moskvi 1974. godine.

Bio je angažovan u izvođenju nastave na četiri univerziteta. Na Pravnom fakultetu u Novom Sadu predavao je Teoriju države i prava na Opštem smeru i Smeru unutrašnjih poslova. Predavao je i opcioni predmet Metodologija prava, kao i Filozofiju prava. Iz nastavnog predmeta Uvod u pravo držao je nastavu na odeljenju beogradskog Pravnog fakulteta u Užicu šest godina i na Poslovno-pravnom smeru Ekonomskog fakulteta u Subotici i Pravnog fakulteta u Novom Sadu 20 godina. Na Pravnom fakultetu u Nišu predavao je šest godina Filozofiju prava. Od 2004. godine

pa do smrti bio je profesor i dekan Pravnog fakulteta Slobomir P Univerziteta, Slobomir - Bijeljina.

Kao mentor, rukovodio je izradom dva magistarska rada i četiri doktorske disertacije, a često je bio predsednik ili član komisija za njihovu odbranu. Učestvovao je u izvođenju nastave na poslediplomskim magistarskim sudijama ustavnopravnog, sociološkopravnog i teorijskopravnog smera (na kome je bio i rukovodilac smera). Studentima je ostao u sećanju kao elokventan, učen i predusretljiv profesor.

I ostale aktivnosti prof. dr Milijana Popovića na Pravnom fakultetu u Novom Sadu bile su veoma brojne, značajne, razgranate i raznovrsne. Bio je dekan (1981-1983), predsednik Saveta fakulteta, predsednik Nastavno-naučnog veća fakulteta, predsednik Koordinacionog veća Međufakultetskog odeljenja, šef Katedre za teoriju države i prava, filozofiju prava i sociologiju (u više mandata), glavni urednik „Zbornika radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu“ (1977-1983. i ponovo 1998-2003. godine). Veoma je zaslužan što je u oba ova intervala časopis izuzetno redovno izlazio.

Vrlo važna je bila i njegova uloga u rukovođenju naučno-istraživačkim projektima, organizovanju naučnih skupova i objavljivanju posebnih zbornika radova sa tih projekata i skupova na Pravnom fakultetu u Novom Sadu. Bio je rukovodilac fakultetskih projekata „Konstituisanje Srbije kao moderne pravne države“, „Rekonstrukcija pravnog sistema Jugoslavije na osnovama slobode, demokratije, tržišta i socijalne pravde“ i „Međunarodni okviri prava Srbije i Crne Gore“ (ovim poslednjim je, jedno vreme, nastavio da rukovodi i posle odlaska u penziju). Bio je organizator sledećih naučnih skupova na Fakultetu: „Đorđe Tasić i ljudska prava“ (1992), „Radomir D. Lukić kao opšti i kao pravni filozof“ (1993), na kome je bilo izuzetno mnogo učesnika izvan našeg Fakulteta, „Konstituisanje Srbije kao moderne pravne države“ (1995), „Postsocijalistički model uspostavljanja demokratske i pravne države i jugoslovensko iskustvo“ (1995) i „Rekonstrukcija pravnog sistema Jugoslavije na osnovama slobode, demokratije, tržišta i socijalne pravde“, I (1998) i II (1999). Sa navedenih skupova priredio je saopštenja za štampu u šest objavljenih knjiga.

Bio je doživotni član-saradnik Matice srpske, član odbora Odeljenja za društvene nauke Matice srpske i član Uredništva časopisa „Zbornik Matice srpske za društvene nauke“ (i jednog i drugog od 1974. godine pa do smrti) a, takođe u Matici srpskoj, i rukovodilac projekta „Teorija i filozofija prava u Srba“. Bio je član grupe za teoriju prava SANU i učlanjen u Međunarodno udruženje za filozofiju prava i socijalnu filozofiju. Na velikom broju naučnih skupova u zemlji i inostranstvu učestvovao je sa saopštenjima, često i uvodnim.

Osnovne oblasti naučnog interesovanja su mu: klasična pitanja teorije prava, pre svega problem subjektivnog prava i šire, problem pravnog odnosa, metodologija prava i teorija i filozofija prava kod Srba. Objavio je oko 220 naučnih i stručnih radova, od toga 11 autorskih i desetak koautorskih knjiga. Njegovi glavni radovi su: *Građa za bibliografiju teorije države i prava*, u dve knjige (1972, 1977), *Pojam subjektivnog prava* (1974), *Elementi teorije prava* (1980), *Opšta misao o pravu Radomira D. Lukića* (1995), *Prilozi teoriji prava* (1997), *Čedomir Marković kao teoretičar prava* (1998), *Pravna i totalitarna država* (1998), *O filozofiji prava u Srba* (2000), *Opšta teorija prava. Knjiga I: Uvod u teoriju prava* (2002) i *Toma Živanović kao pravni filozof* (2003). Naučna produkcija prof. dr Milijana Popovića nije samo obimna i raznovrsna nego je izuzetno povoljno ocenjena od recenzenata i druge stručne javnosti (sažetak tih ocena videti u našem *hommage-u* «Povodom odlaska u penziju prof. dr Milijana Popovića», *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu,* 3/2004).

Bio je dobitnik nagrade za životno delo i plakete Udruženja profesora i drugih naučnih radnika Srbije u Novom Sadu (1997) i Oktobarske nagrade grada Novog Sada za naučni rad (2006).

Smrt prof. dr Milijana Popovića je osetan i trajan gubitak za naš fakultet i našu pravnu nauku.

Dr Miloš Marjanović, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu