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

ZBORNIK RADOVA
COLLECTED PAPERS

XLIII 1 (2009)

NOVI SAD, 2009.

ZRPFNS, Godina XLIII Novi Sad, br. 1 (2009)

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 Ranko Keča
dekan Pravnog fakulteta u Novom Sadu

Upravnik Centra za izdavačku delatnost

Prof. dr Ljubomir Stajić

Glavni i odgovorni urednik

Doc. dr Dragiša Drakić

Članovi Uredništva:

Prof. dr Ljubomir Stajić, prof. dr Damjan Korošec (Slovenija), prof. dr Wilhelm Brauneder (Austrija); prof. dr Tamás Prugberger (Mađarska), doc. dr Branislav Ristivojević, mr Radmila Dabanović, Marko Knežević

Menadžer časopisa

Stefan Samardžić

Sekretarijat Uredništva

mr Dragana Ćorić, mr Vladimir Marjanski, mr Bojan Tubić, Marko Knežević, Milana Pisarić, Nataša Rajić, Uroš Stanković, Sandra Josić, Luka Baturan, Cvjetković Cvjetana

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 Đorđe Popov, redovni profesor
Svetska ekonomska kriza i restrukturiranje dugova 7

Dr Srđan Šarkić, redovni profesor
Pravne i političke ideje Ambrozija iz Milana 21

Dr Rodoljub Etinski, redovni profesor
Kulturni relativizam i univerzalnost ljudskih prava: pokušaj pravne analize 37

Dr Dušanka Đurđev, redovni profesor
Pravno regulisanje železničkog prevoza putnika u EU 67

Dr Bernadet Bordaš, redovni profesor
Osvrt na posledice nadležnosti Evropske zajednice u materiji međunarodnog privatnog prava 85

Dr Radenka Cvetić, vanredni profesor
Načela katastra nepokretnosti 107

Dr Drago Divljak, vanredni profesor
Prevara kao razlog rušljivosti pravnog posla 135

Dr Dragiša Drakić, docent
Bitno smanjena uračunljivost 151

Dr Slobodan Orlović, docent
Pravni položaj organa izvršne vlasti Republike Srbije i Evropske unije 167

Mr Gordana Drakić, asistent
Sudska vlast i stanje u sudovima na području Vojvodine 1920–1921. godine 189

Mr Sanja Radovanović, asistent
Obaveza garantovanja upotrebljivosti softvera kod ugovora o licenci 203

Mr Jelena Vidić, asistent
Odnos srodstva, braka i vanbračne zajednice u zasnivanju pravila zakonskog i nužnog nasleđivanja u zemljama germanske pravne tradicije 219

Mr Dragana Ćorić, asistent
„Kritika“ Roberta Valtera Kelzenove Čiste teorije prava 249

Mr Sandra Fišer-Šobot, asistent
Obaveza isporuke prema konvenciji UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe 261

Mr Bojan Tubić, asistent
Princip vladavine prava u Evropskoj uniji u svetlu kontrole akata Evropske zajednice pred Sudom EZ 281

Mr Maša Kulauzov, asistent
Pravila običajnog prava o imovini u porodičnoj zadruzi Južnih slovena 305

Mr Samir Aličić, asistent
Neki slučajevi akvilijanske odgovornosti za štetu prouzrokovanu u saobraćajnoj nezgodi u Rimskom klasičnom pravu 317

Mr Atila Dudaš, asistent
Rimsko pravo je ipak poznavalo pojam kauze ugovorne obaveze! 341

Mr Vladimir Marjanski, asistent
Raspodela hartija od vrednosti nuđenih javnom ponudom 369

Uroš Stanković, saradnik u nastavi
Milenko Vesnić pred prekim sudom za učesnike u Ivanjdanskom atentatu 387

Cvjetana Cvjetković, saradnik u nastavi
Transferne cene 411

Sandra Josić, saradnik u nastavi
Prikaz novog zakonodavstva Velike Britanije o roditeljstvu u slučaju biomedicinski potpomognutog začeća 429

ODELJAK ZA INOSTRANE AUTORE

Dr Tamaš Notari, vanredni profesor
De conversione Bulgarorum – pravna pozadina sukoba između Rima i Vizantije 445

Dr Norbert Varga, docent
Kratka istorija prvog mađarskog zakona o državljanstvu 463

TABLE OF CONTENTS

Đorđe Popov, Ph.D., Full Professor
Global Economic Crisis And Restrukturing Of Debts 7

Srđan Šarkić, Ph.D., Full Professor
Legal and Political Ideas of Ambrose from Milan 21

Rodoljub Etinski, Ph.D., Full Professor
Cultural Relativism and Universalism of Human Rights: An Attempt of Legal Analysis 37

Dušanka Đurđev, Ph.D., Full Professor
Legal regulation of the railway transport of passengers in EU 67

Bernadet Bordaš, Ph.D., Full Professor
A Few Notes About The Consequences Of EC Competence In Private International Law 85

Radenka Cvetić, Ph.D. Associate Professor
Principles Of Cadastre 107

Drago Divljak, PhD., Associate Professor
The law of the World Trade Organisation and national law 135

Dragiša Drakić, Ph.D., Assistant Professor
Substantially Diminished Capacity 151

Slobodan Orlović, Ph.D., Assistant Professor
Legal Position Of The Executive Power Bodies In The Republic Of Serbia And European Union 167

Gordana Drakić, LL.M., Assistant
Judicial authority and state in courts of law in the territory of Vojvodina 1920–1921. 189

Sanja Radovanović, LL.M., Assistant
Obligation To Warrant The Usage In Software Licence Agreement 203

Jelena Vidić, LL.M., Assistant
The role of kinship, marriage and cohabitation in formulating the rules of intestacy and forced heirship in the countries of German law legal systems 219

Dragana Ćorić, LL.M., Assistant
„Critic“ of Robert Walter to Kelsen’s Pure Theory of Law 249

Sandra Fišer-Šobot, LL.M., Assistant
Seller's Obligation To Deliver The Goods According To The United Nations Convention On Contracts For The International Sale Of Goods 261

Bojan Tubić LL.M., Assistant
The Rule of Law Principle in the European Union in the light of Judicial Review of the European Community acts by the Court of Justice of the European Communities 281

Maša Kulauzov, LL.M., Assistant
Customary Law on Property in South Slavs’ *zadruga* 305

Samir Aličić, LL.M., Assistant
Some Cases Of Aquilian Liability For Damage In Traffic Accidents In Classical Roman Law 317

Atila Dudás, LL.M., Assistant
Roman Law Knew the Notion of Cause of Contractual Obligations (Consideration in Contract) after all! 341

Vladimir Marjanski, LL.M. Assistant
Allocation of securities Offered by way of public offering 369

Uroš Stanković, Junior Assistant
Milenko Vesnic before the Martial Court for Ivanjdan (St. John’s Day) attempt 387

Cvjetana Cvjetković, Junior Assistant
Transfer pricing 411

Sandra Josić, Junior Assistant
The Review Of The New Uk Legislation Regarding Parenthood In The Case Of Assisted Reproduction Treatment 429

ODELJAK ZA INOSTRANE AUTORE

Tamás Nótári, Ph.D., Associate Professor
De Conversione Bulgarorum – On The Legal Background Of The Conflict Between Rome And Byzantium 445

Norbert Varga, Ph.D, assistant professor
Short History of the First Hungarian Citizenship Act 463

Originalni naučni rad 339.72.053.1(497.11)

Dr Đorđe Popov, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

SVETSKA EKONOMSKA KRIZA I RESTRUKTURIRANJE DUGOVA[1]

Sažetak: *Jasno je imajući u vidu s jedne strane stanje privrede Srbije, i s druge strane evidentnu ekonomsku krizu u svetu da Srbija u budućnosti neće moći da izbegne zaduživanje u inostranstvu. To će biti nužno da bi se održao nivo potrošnje i investicija u uslovima kada je nemoguće pronaći druge izvore za finansiranje uvoza. No, u budućnosti će Srbija uzimati kredite pod uslovima koji su uobičajeni za zemlje korisnice „stend-baj" aranžmana Međunarodnog monetarnog fonda. Teško je očekivati značajnije poboljšanje položaja Srbije na ovome planu pre početka intenzivnog oporavka svetske privrede.*

Slom globalnog finansijskog tržišta čiji smo svedoci poslednje dve godine je mnogo više od obične prolazne finansijske krize. Po svemu sudeći to je početak kraja verovanja u neograničenu moć tržišta i uvođenja na njega sve novih i novih finansijskih derivata koji će sami po sebi bez direktne veze sa realnom ekonomijom omogućiti neograničeni rast dohodaka i cena nekretnina.

Dobro je poznato da još nema međunarodnog konsensusa kako da se uspostavi regularan i transparentan mehanizam za restrukturiranje međunarodnog finansijskog sistema. Na drugoj strani kriza dugova upućuje na to da je sistemsko rešenje za krizu dugova neophodno što pre pronaći. Teško je pronaći ispravan odgovor na pitanje: koje rešenje je to koje će obezbediti restrukturiranje uz podjednako poštovanje prava kako dužnika, tako i poverilaca.

Postoji više koncepata kako realizovati kolektivnu akciju koja bi ublažila krizu dugova. Oni su predlagani od strane komercijalnih banaka,

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

Međunarodnog monetarnog fonda, OECD-a, nevladinih organizacija, ministara finansija velikih zemalja kao i nekih centralnih banaka.

Ključne reči: *Dugovi, Međunarodni monetarni fond,spoljnotrgovinski bilans,finansijska tržišta,,,moralni hazard",realna ekonomija, državni dugovi, finansijski derivati,regulacija, špekulativni poslovi, of-šor centri,kreditori, dužnici, restrukturiranje.*

I

Srbija se u prvoj deceniji novog milenijuma suočava sa permanentnim problemom velikog deficita spoljnotrgovinskog bilansa. I u 2009. godini ta tendencija je nastavljena, tako da je spoljnotrgovinski deficit u prvih osam meseci iznosio 4.224,2 milijarde dolara.[2] Iznos deficita je istina značajno manji nego u istom periodu 2008, no nažalost to nije rezultat povećanja izvoza, nego pre svega smanjenja uvoza. Izvoz je takođe opao i u prvih osam meseci iznosio je 70,9% iznosa izvoza iz istog perioda 2008.[3]

Pad izvoza je s jedne strane rezultat pada tražnje na svetskom tržištu usled svetske ekonomske krize, ali s druge strane smanjenja ionako niskog nivoa proizvodnje u Srbiji. Bruto domaći proizvod u Srbiji je u 2009. opao za 4%. No da bi se stekla prava slika o zaista niskom nivou ekonomske aktivnosti u Srbiji u sektoru realne ekonomije treba uzeti u obzir još neke podatke. Industrijska proizvodnja u Srbiji je u januaru 2009. godine u apsolutnom nivou bila jednaka industrijskoj proizvodnji u 1999. godini, a to je bila godina bombardovanja i agresije NATO pakta na Srbiju. Odnosno bila je za 37% manja nego u 2000. godini.[4] Ili upoređujući sa poslednjom godinom pre početka raspada prethodne Jugoslavije, tj. početaka tranzicije ona sada iznosi oko 40% ostvarene industrijske proizvodnje iz 1989. godine.

Nažalost, kao što se moglo i očekivati u uslovima globalne ekonomske krize došlo je i do pada stranih ulaganja u Srbiju tako da su u prvih osam meseci 2009. godine neto-direktne investicije iznosile 1.2882,4 miliona $, ili samo nešto više od 800 miliona evra. To je duplo manje nego u istom periodu 2008.[5] Poređenja radi vredi podsetiti da su strane direktne investicije 2006. iznosile 4.286,379 miliona dolara.

[2] Podaci Narodne banke Srbije.
[3] Ibid.
[4] Narodna banka Srbije-Sektor za ekonomske analize i istraživanja.
[5] Podaci Narodne banke Srbije- Odeljenje Statistike i platnog bilansa.

Visok deficit spoljnotrgovinskog bilansa i pad investicija iz inostranstva za logičnu posledicu je imao porast zaduživanja u inostranstvu tako da je spoljni dug Srbije na dan 31. avgusta 2009. iznosio 21.725,1 milijardi evra, ili nešto više od 30. milijardi $, što je za zemlju veličine Srbije sa ekonomskim performansama koje su navedene, vrlo visoka cifra. Očito je imajući u vidu s jedne strane stanje privrede Srbije, i s druge strane evidentnu ekonomsku krizu u svetu da Srbija u budućnosti neće moći da izbegne zaduživanje u inostranstvu. To će biti nužno da bi se održao nivo potrošnje i investicija u uslovima kada je nemoguće pronaći druge izvore za finansiranje uvoza. No, u budućnosti će se Srbija uzimati kredite pod uslovima koji su uobičajeni za zemlje korisnice „stend- baj" aranžmana Međunarodnog monetarnog fonda. Teško je očekivati značajnije poboljšanje položaja Srbije na ovome planu pre početka intenzivnog oporavka svetske privrede.

Stoga su za Srbiju vrlo značajne dve stvari: kako i kojim merama stabilizovati stanje na svetskim finansijskim tržištima koja su bila glavni generator svetske ekonomske krize, i kako i pod kojim uslovima će se u budućnosti vršiti restrukturiranje dugova zemalja dužnika.

II

Slom globalnog finansijskog tržišta čiji smo svedoci poslednje dve godine je mnogo više od obične prolazne finansijske krize. Po svemu sudeći to je početak kraja verovanja u neograničenu moć tržišta i uvođenja na njega sve novih i novih finansijskih derivata koji će sami po sebi bez direktne veze sa realnom ekonomijom[6] omogućiti neograničeni rast dohodaka i cena nekretnina.

„Moralni hazard"[7] kao dominantna crta poslovnog ponašanja menadžera finansijskih institucija krajem devedesetih godina prošlog veka i u prvoj deceniji novog milenijuma za rezultat je imao krah finansijskog sistema koji je favorizovan naročito u razvijenim zemljama poslednje dve decenije. Rezultat stvaranja takvog okruženja u finansijskom sektoru je bila svetska ekonomska kriza. Razlozi za krah su sada poznati i za mnoge ekonomiste ne i neočekivani,[8] no pravo pitanje je koje bi to mere trebalo preduzeti da se ovakve situacije, bar ne u ovom obimu, više ne ponavljaju.

---

[6] Pod „realnom ekonomijom" podrazumeva se ekonomska aktivnost koja za rezultat ima neku materijalnu vrednost za čiju su proizvodnju potrebna odgovarajuća znanja, bilo da se radi o industriji ili poljoprivredi.

[7] O pojmu moralnog hazarda sam pisao u svome radu objavljenom u Zborniku radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 1–2 2008.

[8] O tome sam pisao u svome članku objavljenom u Zborniku radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br.3 iz 2007.

Reforma postojećeg sistema mora otpočeti što pre sa merama koje za osnovni cilj imaju nastojanje da se onemogući destabilizirajući uticaj inflatornih očekivanja na tržištu nekretnina na realni sektor.

Drugo potrebno je smanjiti obim špekulativnih radnji na tržištima imovine . Špekulativne radnje sa cenama nekretnina i drugih oblika aktive nemaju nikakav pozitivan doprinos razvoju celokupne ekonomije. Stoga cilj mora biti da se prekine špekulativni lanac između rastućih cena nekretnina i rastuće tražnje koja se razvija na špekulativnom rastu cena. Krajnji rezultat ove mere trebao bi da bude drastično smanjenje obima špekulativnih poteza.

Kao treće treba ukazati da se poslednje dve decenije stalno podgrevala iluzija da se rizik kroz kupovinu ulaganjem u investicione fondove koji dalje investiraju praveći različite kombinacije ulaganjem u više regiona i/ili grana može podeliti i umanjiti. U krajnjoj konsekvenci ovo je vodilo utisku da se stalnim kombinovanjem i pravljenjem odgovarajućih mešavina rizik može učiniti bezopasnim. Teoretski je tačno da se rizik za portfolio kreiranjem inteligentne kombinacije ulaganja različite oblike može reducirati. Ali to nikako ne znači da on ne postoji.

Na, drugoj strani iskustvo pokazuje da dešavanja na tržištima ne podležu obavezno nekim pravilima kao i da tržišta između kojih na prvi pogled ne postoji korelacija iznenada mogu pokazati visok stepen međuzavisnosti. Ovo se najčešće dešava upravo u vremenima kriza na finansijskim tržištima. To znači da modeli podele rizika koji se praktikuju u investicionim fondovima funkcionišu uglavnom u vremenima ekonomskog prosperiteta i stabilnosti, ali nažalost otkazuju u vremenima krize. Odnosno to potvrđuje konstataciju da se disperzijom ulaganja putem investicionih fondova teško mogu izbeći sistemski rizici i obezbediti zaštita od njih.[9]

Mnogo toga govori u prilog činjenici da sadašnji finansijski sistem sa svojim visokim učešćem hartija od vrednosti i izuzetno razvijenim tržištem za trgovanje kreditnim rizicima nije stabilan. Po svemu sudeći tradicionalni finansijski sistem, karakterističan za razvijene zemlje kontinentalne Evrope, zasnovan pre svega na bankama pokazao se u prošlosti mnogo stabilnijim, od sistema koji je razvijan poslednje dve decenije na osnovama teoretske dominacije liberalne dogme u ekonomiji[10].

[9] Vidi: Greenspan, Alan, We Will Never Have a Perfect Model of Risk, in: FT.com, March 2008.

[10] Poslednje dve decenije pod uticajem „čikaške" škole, odnosno popularnim rečnikom rečeno „reganomike", kao i nosilaca političke moći izvršena je značajna prekompozicija filozofije i načina poslovanja u kontinentalnoj Evropi.

Četvrto, potrebno je vrlo pažljivo voditi računa da regulativna funkcija cena za šta je potrebna informisanost učesnika na tržištu ne bude ugrožena kroz drastično umanjenje transparentnosti. Nekontrolisani, slabo regulisani i netransparentni segmenti finansijskog tržišta, na kojima ekskluzivni akteri skrivenim operacijama sa namerno ugrađenim elementima misterioznosti sebe promovišu u arbitre regulacije predstavljaju jedan od osnovnih uzroka izbijanja i trajanja savremene ekonomske krize. Izostanak kontrole kao jedini rezultat je obično imao neverovatan rast menadžerskih premija i dohodaka, tj. onih koji su te operacije organizovali. Sve to je ipak moguće i potrebno regulisati i kontrolisati bez loših posledica za ostale „obične" učesnike na finansijskim tržištima.

Da bi se obezbedila realizacija napred navedenih opštih ciljeva potrebno je takođe sprovesti čitav niz pojedinačnih mera. Pri sprovođenju ovih mera svima mora biti jasno da se one moraju implementirati u celini, jer jedino tako mogu ostvariti željeno dejstvo.

A. Sprečavanje inflacije i deflacija na tržištu imovine.

1. Centralne banke moraju odrediti kompanijama, bankama i preduzećima procenat najmanjeg učešća sopstvenog kapitala kod kupovine aktive,a naročito nekretnina. Ovo naročito važi u slučajevima refinansiranja. Inflacija na tržištima aktive može se suzbiti pre svega kroz ograničavanje mogućnosti zalaganja vrednosnih papira, kao i kroz fleksibilno ali efektivno ograničavanje hipotekarne vrednosti vrednosnih papira.

2. Potrebno je propisima o minimalnom učešću sopstvenog kapitala to učešće učiniti nezavisnim od cikličnih kretanja. Naime, postojeća regulativa o učešću sopstvenog kapitala za rezultat ima da u periodima „buma" to učešće pokazuje tendenciju rasta, dok u depresiji ono opada usled rastućeg obima otpisa i sl. A upravo u periodima depresije i tržišnih kolebanja značajan udeo sopstvenog kapitala bi trebao da poveća stabilnost sistema. Odgovarajućom regulativom ovakva kretanja je ako ne moguće sprečiti, ono u svakom slučaju ublažiti.[11]

3. Degresivno oporezivanje porasta vrednosti ulaganja u aktivu bez obzira da li se radi o akcijama ili nekretninama prema dužini zadržavanja u vlasništvu. Odnosno što je neko duže vremena vlasnik odre-

[11] Vidi: Palley, Thomas, Asset Price Bubbles and the Case for Asset- Related Reserve Requirements, in: Chalenge 46 (2003), str. 53–72.

đene akcije ili nekretnine utoliko bi manja trebala da bude poreska stopa koju na tu imovinu plaća. Degresivna stopa kreirana prema dužini zadržavanja odgovarajućih imovinskih oblika u vlasništvu za rezultat bi imala smanjivanje podsticaja za kupovine i prodaje iz špekulativnih razloga u vremenima rastućih cena, a time bi se smanjivala opasnost od neopravdanog rasta cena imovine i naduvavanja finansijskog sektora u odnosu na realni[12].

B. Sprečavanje špekulacija

1. Transakcioni troškovi pri kupovini akcija, nepokretnosti i deviza.

Postojeći relativno visoki transakcioni troškovi naprimer na nemačkom tržištu nekretnina ipak još nedovoljno utiču na regulisanje destabilizovanih finansijskih tržišta. Ako se ima u vidu da je na primer promet na deviznim tržištima iznosio 2005 godine1,88 biliona američkih dolara što je tri puta više nego pre petnaest godina, a što je 42 puta više od obima svetske trgovine teško je oteti se utisku da je svakako barem jedan deo tih novčanih tokova motivisan kratkoročnim špekulativnim radnjama. Ove radnje su motivisane i najmanjim promenama cena u kraćim vremenskim periodima, ali mogu izazvati dugoročne negativne kumulativne efekte. Stoga neki ugledni ekonomisti plediraju za podizanje nivoa poreza na transakcije na deviznim tržištima[13]. Vredi podsetiti da se i Kejns, još u svojoj „Opštoj teoriji zaposlenosti kamate i novca“, jednoj od najuticajnih ekonomskih studija ikada napisanih, zalagao za uvođenje poreza na promet na berzanske transakcije.[14]

2. Povišavanje nivoa margine varijacija cena pri kojima postoji obaveza za uplate na posebni konto kod poslova sa finansijskim derivatima.

Otvaranjem jednog konta za odvijanje poslovanja sa finansijskim derivatima (Margin account) zahteva i utvrđivanje margine npr. 3 ili 5% na dnevnom nivou. Konto na koji bi se vršile ove uplate služio bi kao garancija zadovoljavajuće likvidnosti tržišta prilikom većih kolebanja cena. Troškovi menadžmenta rizika promena cena (npr. kursa, kamata ili deviznih rizika) bi se pri ovom obliku dodajnog obezbeđenja osnovnih ekonomskih transakcija samo neznatno povećali.

---

[12] Prema nekim procenama finansijski sektor je iskazivao 5 puta veću vrednost od realnog u momentu kada se aktuelna ekonomska kriza pojavila.

[13] Tobin, James, A Proposal for International Monetary Reform, Eastern Economic Journal, 1978/4, pp. 153–159.

[14] Džon Majnard Kejns, Opšta teorija zaposlenosti kamate i novca, Kultura, Beograd, 1955, str. 209–220.

V. Regulisanje nekontrolisanih područja

1. Konstituisanje konsolidovanih bilansa.

Finansijske institucije se moraju obavezati da sve svoje aktivnosti prezentuju u okvirima jednog konsolidovanog bilansa. Ovo podrazumeva i obavezno obuhvatanje društava koja se osnivaju radi realizacije samo jednog posla, ali isto tako i još važnije of-šor institucija. Kada bi se uvela jedna takva obaveza vrlo je verovatno da jedan broj banaka usled nedovoljnog učešća sopstvenog kapitala ne bi mogao da ispuni odgovarajuće kriterijume. U tom slučaju mogla bi im se pružiti šansa da se kratkoročno oslobode obaveze ispunjenja obaveze o minimalnom učešću sopstvenog kapitala sa obavezom da ih ispune u srednjem roku. U istom pravcu su usmereni i predlozi koji potiču od Banke za međunarodna poravnanja iz Bazela.[15]

2. Pravo na informaciju i žalbu prilikom prodaje potraživanja. Problem nastaje kada novčani instituti prodaju potraživanja bez da je to dužniku poznato. Možda bi bilo dobro u takvim slučajevima uvesti mogućnost prava žalbe dužnika.

3. Proširenje prava nadzora i regulacije i na ostale finansijske posrednike.

Klasična banka koja prima uloge i odobrava kredite je poslednjih decenija usled čitavog niza inovacija na finansijskom tržištu dosta izgubila na značaju.

Nebankarski posrednici kao naprimer investicioni fondovi, i osiguravajuća društva su na drugoj strani povećali svoje učešće na finansijskim tržištima. To znači da bi u budućnosti njih trebalo podvrgnuti istoj regulativi i kontroli kao i banke. Naročito bi hedž-fondovi trebalo da budu posebno kontrolisani. Od nebankarskih finansijskih instituta bi takođe trebalo zahtevati posedovanje odgovarajućeg minimuma sopstvenog kapitala, kao i obavezu nadzora i javnosti rada.

4. Standardizacija finansijskih proizvoda.

Postoje finansijski proizvodi koje usled njihove kompleksnosti čak i eksperti ne razumeju u potpunosti. Na taj način se značajno umanjuje transparentnost finansijskih tržišta. Za takve proizvode bi svakako najpre trebalo uvesti odgovarajuća pravila za pojavu na tržištu, kao i značajno uvećati zahtevani minimalni iznos sopstvenog kapitala.[16]

---

[15] Bank for International Settlements: Financial Stability Forum Recommends Actions to Enhance Market and Institutional Resilience, April, 2008, Basel.

[16] Preporuke BIS (Banke za međunarodna poravnanja) iz 2008.

5. Nezavisnost agencija za procenu rejtinga.

Ocena je da su i agencije za procenu rejtinga doprinele nastanku aktuelne finansijske krize. One nisu uvek u situaciji da zadovoljavajuće ocene kvalitet vrednosnih papira koji im se prezentiraju. Osim toga često puta između agencija za procenu rejtinga i finansijskih instituta postoje odnosi zavisnosti. Stoga Code of Conduct agencija za procenu rejtinga zahteva hitno inoviranje.[17]

Takođe možda bi se moglo razmisliti i o formiranju nezavisne državne agencije koja bi se bavila procenama rejtinga. Jedna ovakva agencija bi se u svakoj državi mogla finansirati od taksi koje naplaćuje za svoje usluge.

6. Ograničavanje polja poslovanja za javne institucije i osiguravajuće kuće.

Za specifične finansijske institucije trebala bi da budu propisana i specifična područja njihovog delovanja. Jedan od prvih koraka mogao bi biti da se bankama koje se nalaze u javnom vlasništvu, npr. kao Landesbanken[18] i KFV u Nemačkoj ne dozvoli učešće u špekulativnim poslovima.

Takođe bi aktivnosti specifičnih finansijskih institucija koje postoje u nekim zemljama Evropske Unije, kao npr. nemačke Sparkasse[19] ali i Landesbanken , trebalo drastično ograničiti kada je reč o prostoru koji ne obuhvata pre svega evropska monetarna unija, ali i Evropska unija uopšte. Isto bi trebalo da važi i za osiguravajuća društva i fondove koji se nalaze u nekom od oblika javnog vlasništva.

7. Povećanje učešća sopstvenog kapitala kod finansijskih instituta i preduzeća.

Veće učešće sopstvenog kapitala, po pravilu, za rezultat ima veći stepen stabilnosti finansijskih institucija i preduzeća. Stroža kontrola poslovanja, paralelno sa uvođenjem obaveze povećanja učešća sopstvenog kapitala trebala bi da se uvede pri regulisanju specifičnih finansijskih poslova koje često obavljaju nebankarski posrednici. Takođe bi kupovinu sopstvenih akcija trebalo ograničiti samo na izuzetne slučajeve.

Jedan od osnovnih razloga zašto su kupovane sopstvene akcije u tako visokom obimu kao što je to bio slučaj u poslednjoj deceniji je i prak-

---

[17] O tome takođe preporuke BIS.

[18] U Nemačkoj npr. i pored postojanja odgovarajućih propisa Evropske Unije koji se odnose na bankarski sektor i u kojima se insistira na privatizaciji i dalje postoje Landesbanken koje su u većinskom vlasništvu nemačkih pokrajina.

[19] Sparkasse (odnosno štedionice) su deo vekovne germanske tradicije, nešto što je specifično u odnosu na klasični američki liberalni model. Međutim, one sve više u poslednje vreme u svome poslovanju razvijaju i ostale bankarske proizvode, osim klasične štednje i pozajmljivanja štedišama.

sa da menadžeri dobijaju bonuse, odnosno nagrade, za kupovinu akcija. Prema nekim izvorima za vreme čitavog „buma“ sa akcijama takozvane „nove ekonomije“ u SAD je vrlo malo novca ušlo u preduzeća kroz emisiju novih akcija, nego su preduzeća kupovala prevashodno sopstvene akcije, i na taj način su menadžeri maksimirali sopstvene bonuse.[20]

8. Regulacija transakcija sa privatnim vlasništvom.

Uvođenjem odgovarajućih poreskih mera mogla bi se smanjiti atraktivnost „levereged-buy-out“ (iskoristi- kupi-prodaj) transakcija sa privatnim kapitalom i na taj način smanjiti obim špekulativnih poslova i istovremeno postići viši nivo stabilnosti finansijskih tržišta.

Dividende koje se isplaćuju nakon kratkoročnog posedovanja akcija u formi najčešće iz kredita finansiranih „posebnih dividendi“ privatnim investitorima mogle bi se regulisati bez značajnih posledica odgovarajućim oporezivanjem. Npr. 100% nakon prve godine od sticanja svojine, 90% nakon druge godine, itd. To bi destimulisalo permanentan promet akcija u iz špekulativnih razloga.

U slučaju, koji je čest, da neko društvo kapitala bude kupljeno od strane samo jednog investitora koji je ustvari neki od oblika finansijskih fondova, a koji ne poseduje odgovarajuće reference u realnoj ekonomiji, mogao bi se uvesti minimalni period trajanja vlasništva, pre nego što takav investitor ima pravo da iskoristi svoje pravo glasa u preduzeću.

9. Ponovno ocenjivanje of – šor centara.

Svakome ko hoće da vrši objektinu analizu je jasno da of-šor centri od Lihtenštajna pa do raznih kanalskih i karipskih ostrva nemaju pozitivnog uticaja na kretanja u realnoj ekonomiji. Oni su obično mesta izbegavanja poreza, pranja novca, a odatle se posrednim putem finansiraju i neke terorističke aktivnosti i međunarodni organizovani kriminal. Potpuno je jasno da sve ove aktivnosti ne da ne koriste, nego štete realnoj ekonomiji. To znači da suspendovanje of-šor centara niukom slučaju ne bi štetilo kretanjima u sektoru realne ekonomije. No, za početak bi možda bilo realnije sve novčane transakcije ka i iz ovih centara visoko oporezovati.

III

Državni dugovi i dužničke krize su glavne teme kreatora međunarodne politike za duže vreme. Ovo pitanje došlo je do izražaja sa dužničkom krizom u Latinskoj Americi tokom 1980-ih. Problem je aktualizovan

[20] Vidi: H. Herr/R. Stachuletz, Deregulierung, Finanzmarktdesaster und Reformoptionen: Die Hoffnung stirbt zuletzt, Internationale Politik und Gesellschaft, 3/2008, Berlin, str. 25.

tokom azijske krize krajem 1990-ih i stavljen na zvanični dnevni red nakon nekoliko spektakularnih državnih bankrotstava, kao što je kriza u Argentini na početku dvadeset prvog veka. Posle argentinske krize nastao je veliki pritisak da se instalira neka vrsta formalnog mehanizma za suočavanje sa državnim bankrotom. Ali odgovarajuće težnje za regulatornim inovacijama su ostale slabe zbog opozicije iz američke administracije, moćnih aktera finansijskog tržišta, kao i predstavnika dinamičnih tržišta u nastajanju.

Danas, je globalni finansijski sistem ponovo u stanju nestabilnosti, iako je situacija nešto drugačija od stanja od pre deset godina. Sadašnja nestabilnost je najviše povezana sa kreditnom krizom koja je posledica najpre „šoka" na tržištu nekretnina u SAD. Ostali kritični faktori su veliki globalni debalans između izvoznika i uvoznika kapitala sa mogućim uticajem na nastanak krize kredita na tržištima brzo rastućih ekonomija[21]. S tim što situacija na svim tržištima brzo rastućih ekonomija nije ista. Neke brzo rastuće ekonomije su u stanju da vraćaju državne dugove zahvaljujući rastućim prihodima od nafte, dok su druge konvertovale rastući spoljni dug u domaći dug nominovan o lokalnoj valuti nastojeći da se tako učine manje podložnim eksternim uticajima.

Dobro je poznato da još nema međunarodnog konsensusa kako da se uspostavi regularan i transparentan mehanizam za restrukturiranje međunarodnog finansijskog sistema. Na drugoj strani kriza dugova upućuje na to da je sistemsko rešenje za krizu dugova neophodno što pre pronaći. Teško je pronaći ispravan odgovor na pitanje: koje rešenje je to koje će obezbediti restrukturiranje uz podjednako poštovanje prava kako dužnika, tako i poverilaca.[22]

Da bi se realizovala efikasna kolektivna akcija radi rešavanja problema državnih dugova potrebno je suočiti se sa nizom teškoća.

– Kod finansiranja obveznicama poseban problem je koordinacija poverilaca, pošto baza poverilaca ima visok stepen decentralizacije, a osim toga mnogi vlasnici obveznica su anonimni.

– Protivrečne strategije dela individualnih investitora, u slučaju restrukturiranja duga usled mogućih različitih interesa, i postojanja „slobodnih strelaca".

– U kriznim vremenima investitori nastoje da povuku svoj kapital što je moguće brže, a to ponekad čini stvari gorim.

---

[21] Vidi: IMF, World Economic Outlook, 2007.

[22] Roubini, Nouriel/Setser, Brad, 2004, Bailouts or Bail-Ins? Responding to Financial Crises in Emerging Economies, Washington, DC.

– Pojedinačni investitori nastoje da tuže svoje dužnike koji ne servisiraju dugove, na taj način oni rešavaju svoje individualne probleme, ali makroekonomski to može da bude kontraproduktivno.

Postoji više koncepata kako realizovati kolektivnu akciju koja bi ublažila krizu dugova. Oni su predlagani od strane komercijalnih banaka, Međunarodnog monetarnog fonda, OECD-a, nevladinih organizacija, ministara finansija velikih zemalja kao i nekih centralnih banaka.

Pažnju svakako zaslužuje ideja grupe nezavisnih eksperata koja u osnovi ima ideju fer i transparentnog arbitražnog procesa.[23] Ovaj pristup sugeriše da rizik i odgovornost moraju biti ponovo uvedeni u međunarodne kreditne odnose da bi tržište moglo pravilno da funkcioniše.[24] Ovo je suprotno postojećem sistemu koji rizike prevaljuje isključivo na dužnike što podstiče „moralni hazard" dela kreditora. Tako da su oni u nekim slučajevima spremni da pozajmljuju novac bez prethodne provere likvidnosti budućeg dužnika.

Jedan od osnovnih principa prava je da „niko ne može biti sudija u sopstvenoj stvari" pa prema tome to ne mogu biti ni kreditori, uključujući i Međunarodni monetarni fond. Radi se ovde ustvari o odlučivanju pod kojim će se uslovima krediti vraćati u slučaju spora, kojom dinamikom, itd. Ne može to biti samo stvar davaoca kredita pa makar on bio i Međunarodni monetarni fond. Grupa nezavisnih eksperata sugeriše da se formira neutralna institucija, neka vrsta ad hok arbitražnog panela, u koji bi i dužnik i poverilac imenovali po jednog ili dvojicu svojih predstavnika.

Ovaj pristup insistira na suverenom pravu dužnika da proglasi bankrotstvo, analogno američkom /USC par. 901 i 301/[25]. Po ovom konceptu novac koji je potreban za vraćanje državnih dugova ne može biti uzet nauštrb ekonomske budućnosti zemlje dužnika. Dužniku, tj. državi, moraju biti ostavljena sredstva neophodna za osnovne socijalne potrebe- za zdravstvo, bezbednost, školstvo, itd.

Da bi se zaštitio od poverilaca dužnik ima pravo da zatraži mirovanje obaveza prema poveriocu opet analogno /USC par. 921/. Arbitri o kojima je bilo reči imaju za zadatak da posreduju između dužnika i poverilaca. Takođe prema par. 943 USC i predstavnici civilnog sektora imaju pravo da zatraže da prilože svoje mišljenje. Arbitri odlučuju samo i kada

[23] Fair and Transparent Arbitration Process /FTAP/.

[24] Raffer, Kunibert, Risks of Lending and Lialibility, in: Ethics and International Affairs, Vol. 21, Issue 1 /March 2007/, str. 85–106.

[25] US Bankruptcy Code je dostupan na internetu: www.law.cornell.edu/uscode/html/uscodeII/usc_sup_01_11_10_9_20I.html

dužnici i poverioci ne mogu da postignu dogovor, ili u slučaju kada bi zaključili da bi sporazum naneo suviše štete stanovništvu.

Takozvani „odiozni“[26] dugovi moraju biti izuzeti iz mase dugova za restrukturiranje. Potrebno je obezbediti minimum finansijske podrške dužniku da bi se obezbedilo preživljavanje njegove ekonomije. Takođe po ovom predlogu Međunarodni monetarni fond mora snositi i finansijsku odgovornost za savete koje daje i mora deliti rizike eventualnih gubitaka nastalih kao rezultat postupanja po njegovim savetima.

Interesantan je takođe i predlog za stvaranje „Okvira za međunarodne dugove“[27] koji je povezan pre svega sa G20. Osnovni koncept ovoga predloga je stvaranje takvog okruženja u kome vlada zemlje dužnika može pregovarati o dugovima uz priznavanje načela „dobre volje“ sa svim kreditorima. Ako se ovo uzme kao polazna tačka onda to znači da je jasno da postojeći sistem u sebi sadrži mnoge rizike. Sistem međunarodnog kreditiranja po ovom pristupu mora biti regulisan tako da se rizici mogu predvideti, a prilaz mora biti koncentrisan na prevenciju kriza.

Da bi se osigurala predvidljivost ekonomske situacije dužnika Institute of International Finance /IIF/[28] je predložio principe na kojima treba zasnivati dužničko- poverilačke odnose.

Principi se koncentrišu na četiri glavne oblasti: 1. transparentnost i pravovremeni tok informacija. 2. permanentan dijalog dužnika i poverilaca i njihova saradnja da bi se predupredila potreba restrukturiranja, 3. da se radnje preduzimaju u skladu sa načelom „dobre volje“, i 4. fer tretman.

„Okvir za međunarodne dugove“ bi kroz konstituisanje principa o kojima je bilo reči, predstavljao mehanizam za rekonstruisanje dugova koji predstavlja sredinu između pravno utemeljene procedure za utvrđivanje nesolventnosti i u osnovi dobrovoljnih „pravila ponašanja“ (Code of Conduct).

Deo ovako zamišljenog mehanizma je i formiranje permanentne institucije sa zadatkom prevencije kriza dugova, neke vrste Sekretarijata, sastavljene od male grupe eksperata koja bi radila u tesnoj koordinaciji sa državama G20. Ovaj sekretarijat bi radio na pripremi analiza i informacija o tržištu dugova i proceni rizika. On bi isto tako služio i kao

---

[26] „Odiozni“ dug je deo državnog duga koji su vlade napravile za korišćenje u nelegitimne svrhe. Schafter, Jonathan, The Due Diligence Model: A New Approach to the Problem of Odious Debt, u: Chicago Journal of International Law, Vol. 6, No. I, pp. 49–67,2005.

[27] International Debt Framework /IDF/.

[28] IIF je globalna asocijacija finansijskih institucija, kao što su velike komercijalne i investicione banke, osiguravajuća društva, investicioni fondovi, sa glavnim ciljem podrške finansijskoj industriji. Vidi:www.iif.com/about

forum za regularni dijalog između dužnika, poverilaca i eksperata za finansijska tržišta.

Ovaj model predviđa i formiranje posebne Komisije koja bi u slučajevima kriza radila kao ad hok telo za medijaciju. Komisija bi trebala da osigura pregovore uz poštovanje načela „dobre volje“ i da garantuje fer tretman učesnicima u pregovorima. Ako bi se kvalifikovana većina zemalja članica G20 sa time saglasila Komisija bi mogla zemljama dužnicima da odobri 90-dnevnu suspenziju obaveze servisiranja dugova.

Generalno rečeno princip ravnopravnog tretmana svih kreditora zahteva da sve vrste spoljnih dugova (multilateralni, bilateralni i privatni) budu uključene u proces rekonstrukcije.

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

Global Economic Crisis And Restrukturing Of Debts

Abstract

The main problem of the Serbian economy is a permanent high level of the foreign trade deficit. The increasing foreign debt follows the foreign trade deficit. It's no expectations for Serbia to solve those problems in the near future.

There is every reason to suppose that deregulated financial markets harbor instability and constantly generate crises.

The reform priority must be to eliminate the mistakes of recent decades. A stabile financial system must be created that promotes development of the real economy and that does not, in contrast to recent decades, stumble from one crises to another. A number of individual measures are needed, including regulation of banking system, regulation of the financial institutions, reform of the tax system, the drying up of offshore centers, the restriction of speculation of property market, and the containment of property market inflation.

A core problem of sovereign debt restructuring is the fact that creditor coordination has become increasingly difficult. Problems of collective action arise in the event of a sovereign default due to specific creditor behavior, such as creditors acting as free rides, sudden withdrawals, and the risk of litigation. Existing concepts concerning how to handle sovereign defaults have frequently failed. Therefore two promising alternative proposals are being evaluated.

Key words: debts, International Monetary Fund, trade balance, financial markets, „moral hazard", the real economy, government debt, financial derivates, regulation, spekulative operations, offshore centres, creditors, debtors, restrukturing

Originalni naučni rad 27-725:34(37)

Dr Srđan Šarkić, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

PRAVNE I POLITIČKE IDEJE AMBROZIJA IZ MILANA

Sažetak: *Ambrozije iz Milana je jedan od najznačajnijih i najvećih pisaca na Zapadu iz vremena rane crkvene istorije. Iako je živeo i delao na prostoru Zapadnog rimskog carstva, njegovi spisi predstavljaju duhovnu sintezu Istoka i Zapada. Kao nekadašnji rimski činovnik poznavao je dobro rimsko pravo, a znajući grčki, bio je upućen i u helensku književnost. Mada su njegovi spisi pre svega teološkog karaktera u njima se mogu pronaći zanimljive ideje o odnosu cara prema zakonu i prema crkvi.*

Ključne reči: *Ambrozije iz Milana, Teodosije, Valentinijan, Gracijan, crkva, zakon, car, monarhija, vera, pagani.*

Ambrozije iz Milana je svakako jedan od najznačajnih teologa iz vremena rane istorije hrišćanske crkve. Iako je živeo i delao na prostoru Zapadnog rimskog carstva, njegovi spisi predstavljaju duhovnu sintezu Istoka i Zapada, tako karakterističnu za ranovizantijsku (ili poznorimsku) epohu. Kao nekadašnji rimski činovnik poznavao je dobro rimsko pravo, a znajući grčki, bio je upućen i u helensku književnost. Poznato nam je da je čitao Ksenofontovo *Kirovo vaspitanje* i Platonove spise *Država* i *Zakoni*. Posredstvom helenizovanog jevrejskog filosofa Filona, bio je upoznat i sa helenističkim pravnim i političkim teorijama. Ali, pre nego što pređemo na analizu najznačajnijih pravnih i političkih shvatanja Ambrozija iz Milana, da se najpre, u osnovnim crtama, upoznamo sa njegovom biografijom.

I

Ambrozije je rođen oko 340. godine naše ere[1] u istaknutoj hrišćanskoj porodici u Triru (Trier)[2], gde mu je otac vršio dužnost pretorijanskog prefekta Galije (*praefectus praetorio per Galiam*).[3] Nakon prevremene smrti svoga oca, njegova pobožna majka ga je odvela u Rim, gde je stekao solidno književno i pravničko obrazovanje. Na protekciju Seksta Petronija Proba, pretorijanskog prefekta Galije (368–376), car Valentinijan I ga je 372. godine imenovao upravnikom (*praeses*) provincije Emilije i Ligurije, čiji je glavni grad bio Milano (*Mediolanum*). U to vreme, legitimni episkop Milana Dionisije, bio je prinuđen da napusti svoju episkopiju i ode u izgnanstvo, gde je i umro. Njegovo mesto nasilno je zauzeo arijanac[4] Auksencije i tokom 20 godina ugnjetavao pravoverne. Auksencijeva smrt je koincidirala sa Ambrozijevim dolaskom na položaj upravnika provincije. Izbor novog episkopa pretio je da se pretvori u krvavi obračun zavađenih sekti. U svojstvu carskog činovnika Ambrozije se pojavio prilikom izbora kao posrednik i umirivač strasti. Na opšte iznenađenje, prisutni vernici su ga izvikali za episkopa, iako je Ambrozije bio tada običan katekumen.[5] Najpre je odbijao izbor, ali na kraju nije uspeo da se suprot-

[1] Godina Ambrozijevog rođenja nije sigurna. Istraživači njegovog života su se nekad opredeljivali za 333/34, a nekad za 339/40. godinu naše ere.

[2] Trir je u današnjoj Nemačkoj, blizu granice sa Luksemburgom u pokrajini Rheinland-Pfalz. U rimsko doba daleko najvažniji nemački grad. Od vremena tetrarhije jedna od carskih rezidencija, u kojoj je najpre boravio Konstancije Hlor, Konstantinov otac. U gradu su sačuvani brojni spomenici iz vremena rimske vladavine.

[3] Za vlade cara Konstantina (306–337) izvršena je administrativna reforma, tako što je Carstvo podeljeno na četiri velike administrativno-teritorijalne jedinice, koje su se nazivale pretorske prefekture: Galija, Italija, Ilirik i Istok. Na njihovom čelu stajao je po jedan civilni dostojanstvenik sa titulom pretorijanski prefekt (*praefectus praetorio*), i jedan oficir sa titulom vojni zapovednik (*magister militum*). Pretorske prefekture su se delile na dijeceze (bilo ih je najpre 12, a zatim 14), a dijeceze na provincije (njihov broj se menjao, ali bilo ih je oko 120).

[4] Arijanci su pripadnici jeretičke sekte, koji nose naziv prema svom rodonačelniku, aleksandrijskom prezviteru Ariju. Arijevo učenje je osporavalo božansku prirodu Sina, tvrdeći da Sin nije jedinosuštan Ocu. U periodu od 320. do 380. godine arijanci su u Rimskom carstvu imali veliki broj pristalica i dolazili u žestoke sukobe sa pravovernima (na Zapadu se oni nazivaju katolicima, a na Istoku pravoslavnima). I sami rimski carevi su se kolebali: neki su bili vatreni branioci arijanstva (iako je ono bilo osuđeno 325. godine na Prvom vaseljenskom saboru održanom u Nikeji), a neki pravoverni.

[5] Katekumenat je ustanova prvobitne hrišćanske crkve, koja je imala za cilj da pripremi za krštenje one koji su to tražili i za koje se smatralo da su dostojni toga čina. Pred sam početak centralnog dela bogosluženja (same evharistije), sveštenik je otpuštao katekumene, jer joj oni tada još nisu smeli prisustvovati, izgovarajući formulu „Ite, missa est“ („Idite, gotovo je“). Tako je nastao latinski termin za proslavljanje evharistije (missa). Vi-

stavi. Za episkopa je rukopoložen 7. decembra 374. godine i odmah odpočeo duge i temeljne studije doktrine koju će kasnije propovedati. Svo svoje bogatstvo je razdelio sirotinji, a prodajući vaze iz svoje crkve i od tog novca otkupljujući zarobljenike, postao je vrlo popularan. Njegova elokvencija je privlačila mase, a među mnogobrojnim slušaocima našao se i Aurelije Avgustin, budući episkop Hipona[6] i jedan od najvećih crkvenih mislilaca, čija je poslednja kolebanja o izboru poziva Ambrozije razbio.[7] Njegove akcije su postale poznate i daleko izvan Milana. Kao branilac pravoslavne vere na Zapadu, prisustvovao je 381. godine saboru u Akvileji,[8] na kome su bili svrgnuti arijanski episkopi Paladije (Palladius) i Sekundijan (Secundianus). Predsedavao je 381. ili 382. godine saboru episkopa vikarijata Italije, koji je osudio Apolinarijevo učenje.[9] Na rim-

---

deti DŽ. Linč, *Istorija srednjovekovne crkve,* preveli s engleskog D. Živojinović i B. Tančić, Beograd 1999, str. 481 sq.

[6] Hipon (*Hippo Regius*) je današnja Anaba (Annaba) u Alžiru. Za vreme francuske kolonijalne uprave Alžirom, grad se zvao Bon (Bône).

[7] August. *Confessiones,* V,13; VI,3; VI,4; *De utilitate credenti* 8, *Patrologiae Cursus Completus, Series Latina* 32 (u daljem tekstu *PL*), ed. J. P. Migne, Paris 1844 – 1880, col. 717, 720, 721, 722.

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

[9] Apolinarije je sin istoimenog gramatičara iz Bejruta i sveštenika crkve u Laodikeji u Siriji. Kada je car Julijan Apostata 362. godine zabranio profesorima-hrišćanima da u svojim razredima čitaju i komentarišu grčke pesnike i filosofe, Apolinarije je zajedno sa svojim ocem, nastojao da novim knjigama zameni antička remek dela. Zajedno su sastavljali spise po uzoru na Evripida, Menandra, Pindara i druge, da bi omogućili da se i vernici upoznaju sa grčkom kulturom, a i da bi spasli hrišćanske škole. I otac i sin su u dogmatskom pogledu bili pristalice pravovernog učenja, formulisanog na Prvom vaseljenskom saboru 325. godine u Nikeji. Godine 362. Apolinarije Mlađi je postao episkop Laodikeje. Ali, njegov temperament odvukao ga je od nikejskog učenja. Smatrao je nemogućim da jedna jedina ličnost sadrži u sebi dve savršene prirode i sa druge strane da je bezgrešnost dar slobodne volje, a da se ne može spasti božanska priroda Hristova, ako se ne pomeša sa njegovom ljudskom. Pošto je bio rafinirani Helen, oslanjao se na platoničarsku trihotomiju i poricao Spasitelju, ako ne ljudsko telo sa senzibilnom dušom koja ga animira, ono bar razumnu dušu, νοῦς ili πνεῦμα, jer je prema njemu, samo božanstvo u njoj. Takvo učenje vodilo je ka monofizitizmu (grčki μόνος = jedan i φύσις = priroda, shvatanje da se u Hristu ovaplotila samo jedna, božanska priroda). Sabor održan 362. godine u Aleksandriji je osudio novatora, izjavivši da Reč (Λόγος) nije uzela telo bez duše, odnosno telo lišeno osećanja i razuma. Tri rimska sabora održani 374, 376. i 380, kao i Drugi vaseljenski sabor u Carigradu (381), bacili su na Apolinarija anatemu. Apolinarije je 375. raskinuo sa crkvom, a sekta koju je osnovao i koja je prema njemu dobila ime, brojala je u IV veku veliki broj pristalica u Carigradu, a proširila se i na Siriju i Fenikiju. Sekta je

skom saboru 382. godine susreo se sa istaknutim episkopima toga vremena, Epifanom sa Salamine i Paulinom iz Antiohije, a u saborskim *Aktima* naveden je odmah iza pape Damasa. U Milanu je 390. godine održao jedan sabor protiv Jovinijana,[10] na kome je potvrđena presuda koju su prethodne godine doneli episkopi Galije, o osudi njegovog učenja. Imao je puno uticaja na cara Valentinijana I, a posebno na Gracijana i Valentinijana II. Žestoko se bio sukobio sa majkom Valentinijana II, arijankom Justinom, kojoj je odbio da preda dve crkve namenjene arijancima. Prkosio je onima koji su mu pretili izgnanstvom i prebacivao je sudijama da su hteli da ga proteraju iz grada. Njegovi protivnici su čak pokušavali i da ga ubiju.[11] Putovao je 383. godine u Trir, da pred uzurpatorom Maksimom, Gracijanovim ubicom, brani interese mladog Valentinijana II, ali bez uspeha. Pokušao je 387. godine sa drugim demaršom, ali ni tada nije uspeo da zaustavi Maksima u pohodu na Italiju.

Posle smrti svoje majke Valentinijan II je bio potpuno zadobijen za pravoslavlje. Sledio je u svemu Ambrozija, posebno suprotstavljajući se vraćanju kipa Pobede u zgradu rimskog Senata.[12] Zadavljen 392. godine, po

---

imala sopstvene crkve i episkope, većinom vrlo učene i elokventne ljude. Prihvatili su i sopstvene obrede. Prema svedočenju crkvenog istoričara Sozomena (*Historia ecclesiastica* VI,25, P.G. 67, col 1357), psalme su zamenjivali pesmama koje je bio sastavio Apolinarije, ali one nisu sačuvane. Neposredno posle Apolinarijeve smrti (pre 390. godine), sekta se podelila na dve stranke: opreznije ili umerenije, čiji je vođa bio Valentin, i druge, pod Timotijem, koji su istrajavali u učiteljevoj teoriji. Nasuprot razumnoj duši, umereni apolinaristi su odbijali Spasiocu osećajnu dušu, ψυχή. Drugi su išli dotle da su tvrdili da je čak Hristovo telo sišlo s neba; posle svega, ljudskost Spasioca se izgubila, potpuno apsorbovana božanstvom. Izvestan broj apolinarista se 416. godine vratio pod okrilje Crkve, dok su se ostali stopili sa monofizitima. Detaljnije videti članak P. Godet-a, *Appolinaire le Jeune et les Appolinaristes, Dictionnaire de Theologie Catholique* (u daljem tekstu DTC), tome I, Paris 1909, col. 1505–1507.

[10] Jovinijan je jeretik s kraja IV veka, o čijem poreklu i počecima ne raspolažemo nikakvim podacima. U izvorima se sreće oko 385. godine. Poznato je da je bio monah, a zatim je počeo da zagovara isuviše lak i liberalan život monaha, zbog čega ga je papa osudio za jeres i svetogrđe. Detaljnije videti J. Forget, *Jovinien, DTC,* tome 8, Paris 1924, col. 1577–1580.

[11] *Epistola* 20, 21, PL 16, col. 994–1002; 1002–1018; *Vita S. Ambrosii a Paulino conscripta* n. 20, PL 14, col. 33, 34.

[12] Iako je hrišćanstvo uživalo slobodu veroispovesti od 313. godine i većina rimskih careva u IV bili hrišćani, imperatori su zadržali sve do 375. godine i paganski titulu *Pontifex Maximus*, koja je označavala prvosveštenika državnog (paganskog) kulta. Pomenute godine car Gracijan ukida tu titulu. Isti car, koga je u mladosti vaspitavao retor Ausonije, a koji od 380. pada pod jak Ambrozijev uticaj, odlučuje da povede energičnu borbu protiv pagana. Između ostalih mera koje je preduzeo, naredio je 382. godine da se iz zgrade rimskog Senata iznese čuvena statua Pobede, koja je u Senatu stajala od Avgustova vremena i simbolisala

naređenju Gota Arbigasta, Valentinijan II je ostavio Teodosija I jedinim gospodarem u Carstvu, što je ovaj od 383. praktično i bio. Ambrozije je bio Teodosijev prijatelj, ali nije uvek ćutao i povlađivao caru. Uticao je 388. na cara da odluči da povuče edikt, koji je naređivao hrišćanima iz Kalinika u Mesopotamiji da ponovo sagrade sinagogu, koju su prethodno bili srušili.[13] Posle pokolja, koji je izvršen po Teodosijevom naređenju u Solunu, da bi se osvetila smrt nekolicine carskih činovnika, Ambrozije se suprotstavio Teodosiju i zabranio mu da uđe u njegovu crkvu dok se ne pokaje.[14]

Kada je Teodosije 395. godine umro, Ambrozije mu je držao posmrtno slovo. Dve godine kasnije umro je i Ambrozije.[15]

Iz obimnog Ambrozijevog dela izabrali smo najkarakterističnije odlomke koji se odnose na njegova pravna i politička shvatanja.

II

1. O dužnostima službenika (*De officiis ministrorum*). Ovo Ambrozijevo delo, nastalo posle 386. godine, pisano je po uzoru na Ciceronove spise, posebno *De officiis,* i spada u Ambrozijeve etičke radove. U

---

slavnu rimsku prošlost. Senatori pagani su time bili šokirani i spremali su deputaciju koja je trebalo da moli Gracijana da odluku opozove. Ali, njihove hrišćanske kolege, koje su već tada bile u većini, odbile su da se solidarišu sa njima i posredstvom Ambrozija i pape Damasa, upoznali su cara sa svojom odlukom. Gracijan je odbio da primi deputaciju senatora-pagana. Naredne godine (25. avgusta 383) Gracijana su u Lionu u Galiji ubile pristalice uzurpatora Maksima. Pošto je njegov naslednik Valentinijan II imao tada svega 12 godina, paganska stranka, na čijem čelu su se nalazili bogataš i pisac Simah (Symmachus), gradonačelnik Rima (*praefectus urbi*), i pretorijanski prefekt Italije Vetije Agorije Pretekstat (Vettius Agorius Praetextatus), je pokušala da uspostavi svoj uticaj. U leto 384. godine, Simah je u ime delegacije senatora-pagana sastavio čuvenu peticiju u kojoj se tražilo vraćanje kipa Pobede u zgradu Senata. Sastavljena sažetim i elegantnim stilom, peticija koja je evocirala slavu i veličinu Rima, je ostavila snažan uticaj na cara i njegove savetnike, pred kojima je pročitana. I hrišćani i pagani među carevim savetnicima bili su spremni da popuste i daju povoljan odgovor. No tada je Ambrozije energično reagovao pišući caru i ubeđujući ga da ne treba da popusti, najavljujući mu snažnu opoziciju episkopa i navodeći da će car zateći prazne crkve ako uđe u njih. Valentinijan II je pred takvom pretnjom odlučio da ne menja Gracijanovu odluku. Paganska stranka je time doživela potpuni slom.

[13] *Epistola* 12, PL 16, col. 1101–1121.

[14] *Epistola* 51, PL 16, col. 1160, 1164. O ovom događaju biće više reči u daljem toku izlaganja.

[15] O životu i delu Ambrozija iz Milana postoji ogromna literatura. Upućujem na nekoliko najvažnijih radova: A. Largent, *Ambroise (Saint), DTC,* tome 1, Paris 1909, col. 942–951; P. de Labriolle, *Ambroise (Saint), Dictionnaire d'Histoire et de Geographie ecclésiastique* (u daljem tekstu DHGE), tome 2, Paris 1914, col. 1091–1108; J. R. Palanque, *St. Ambroise et l'Empire Romain,* Paris 1933; F. H. Dudden, *The Life and Times of St. Ambrose,* Oxford 1935.

njemu se izlažu dužnosti hrišćana. Odlomak koji sledi je Ambrozijevo shvatanje pravde, inspirisano stoičkom etikom, koja do njega stiže Ciceronovim posredstvom.

I, 28,130–132, PL 16, col. 61 sq:

Pravda je deo društvenosti ljudske rase i zajednice. Jer suština društva ima dva elementa, pravdu i milosrđe; poslednje može biti nazvano i velikodušnost i ljubaznost. Čini mi se da je pravda uzvišenija, velikodušnost privlačnija; prvo zahteva strogo suđenje, drugo dobrotu.[16] *Ali, mi isključujemo ono što filosofi smatraju da je prva funkcija* (*munus*) *pravde. Jer, oni smatraju da je osnovni smisao pravde da se niko ne uvredi, osim ako je prvi izazvan nečim pogrešnim, a to je osuđeno autoritetom Jevanđelja,*[17] *jer Sveto pismo traži od nas da posedujemo duh Sina Čovekovog koji je došao da pokloni milost* (*gratia*), *a ne da donese uvredu.*

2. Šestodnev (*Hexaemeron*). Spis je nastao posle 388. godine i vrlo je interesantan za Ambrozijeva politička shvatanja. Za razliku od većine tadašnjih crkvenih pisaca, milanski episkop nije ubeđeni monarhista. On, doduše, ne osuđuje izričito takav oblik vladavine, ali se iz njegovih spisa može zaključiti da pokazuje više simpatija prema rimskoj republici i žali za propašću demokratije. Pritom je sklon da idealizuje prvobitno, za njega demokratsko, društvo. Ako princeps već mora da postoji treba da raspolaže velikim kvalitetima. Dva odlomka iz ovog spisa ilustruju takva Ambrozijeva shvatanja.

V, 15,25, PL 14, col 228:

Od samih početaka, ljudi su primili politički život od prirode i živeli prema primeru ptica; da bi delili posao i dostojanstva u zajednici, sve su delili i uzimali redom, deleći vlast i podčinjavajući se međusobno tako da nikom nisu bile sprečene počasti i niko nije izbegavao rad. To je bilo idealno stanje stvari u kome niko nije bio korumpiran trajnim držanjem vlasti, niko nije bio slomljen beskrajnim robovanjem, a unapređenja su dobijali svi u određeno vreme, bez razlike prema prirodi posla... Niko se nije usuđivao da satre svog suseda radom, plašeći se da će i on morati da

---

[16] *Iustitia igitur ad societatem generis humani, et ad communitatem referetur. Societatis enim ratio dividitur in duas partes, iustitiam et beneficentiam, quam eandem liberalitatem et benignitatem vocant; iustitia mihi excelsior videtur, liberalitas gratior; illa censuram tenet, ista benitatem.*

[17] *Luca* IX, 56:ὁ υἱός τοῦ ἀνθρώπου οὐκ ἦλθε ψυχάς ἀνθρώπων ἀπολέσαι, ἀλλά σῶσαι (*Jer sin čovečij nije došao da pogubi duše čovečije nego da sačuva*). Srpski tekst naveden je u prevodu Vuka Karadžića.

podnese isto pod njim [susedom], *kada ga ovaj bude nasledio; u očekivanju dostojanstava, niko nije očekivao rad tako teškim, da bi ga se oslobodio... Teret rada ubija osećanje, a večito držanje vlasti rađa oholost.*[18] *Gde ćeš naći čoveka koji se spontano odriče svoje vlasti* (*qui sponte deponat imperium*) *i napušta insignia*[19] *vladavine da bi svojom slobodnom voljom postao poslednji, pošto je bio prvi.*

V, 21, 67–68, PL 14, col. 234:

Koliko su samo uzvišenije pčele, koje jedine među živim bićima poseduju sve zajednički, žive u istoj košnici, zatvorene između istih zidova, rade za sve, skupljaju hranu i planiraju za sve, raspolažu svim stvarima i zajednički ih koriste, zajednički lete... One određuju sopstvenog kralja (*ipse sibi regem ordinant*),[20] *stvaraju sopstvenu zajednicu, i iako podčinjene kralju, ostaju slobodne... jer vole predmet sopstvenog izbora i čitav roj ga poštuje. Ipak, kralj nije izvučen kockom... niti je izvikan uzvicima rulje neznalica, koja ne može da vidi zasluge vrline ili interes opšteg dobra... Nije on dobio svoj kraljevski presto ni po pravu nasleđa ni prenošenja* (*privilegio succesionis et generis regalibus thronis insidet*), *pošto on ne zna ništa o javnim poslovima i oskudeva neophodnim znanjem i opreznošću... Priroda je pribavila kralju pčela sopstvene znake raspoznavanja, označivši ga obimom tela i svojom pojavom; i šta više obdarila ga je plemenitim karakterom. Iako je naoružan žaokom, on je ne upotrebljava nikad da bi kaznio, jer priroda ima svoje nepisane zakone usađene u srcu; najplemenitiji su oni koji raspolažu najvećom moći* (*sunt enim leges naturae non scriptae litteris, sed impressae moribus; ut leniores sint ad puniendum, qui maxima potestate potiuntur*).

3. Posmrtni govori Valentinijanu II i Teodosiju I (*De obitu Valentiniani consolatio, De obitu Theodosii*). Dva posmrtna govora koja je Ambrozije izrekao nakon smrti careva Valentinijana II (392) i Teodosija I (395), otkrivaju potpuno različite ideje. Oni sadrže opis idealnog monarha dat sasvim u helenističkom duhu, pomešan sa principima hrišćanskog carstva i u skladu sa najboljim tradicijama rimskog besedništva. Uprkos svojoj mladosti Valentinijan II je nazvan „roditelj naroda“ (*parens publi-*

[18] Idealizovanje stare rimske prošlosti bilo je vrlo prisutno kod rimskih pisaca. Cf. Salustijev uvod u *Katilininu zaveru* (*De coniuratione Catilina* 1–10).

[19] *Insignia* znači oznaka, obeležje. Svaka funkcija u Rimskom carstvu imala je svoje oznake.

[20] U to vreme ljudi nisu znali za maticu.

cus).[21] Carska vrlina (*virtus imperatoris*) je iskazana u hrišćanskom duhu, ali Ambrozije zna šta rimski helenisti zahtevaju od svojih careva: *pietas* (pobožnost), *humanitas* (čovečnost), *abstinentia* (uzdržanost), *sapientia* (mudrost), *fortitudo* (hrabrost, čvrstina), *fides* (vera), *iustitia* (pravda). Prilikom poređenja, ličnosti iz Starog zaveta zamenjuju paganske heroje, a citati iz Svetog pisma zamenjuju antičke klasike. U posmrtnom govoru Teodosiju, on dodaje apoteozi mrtvom caru i ranije umrle članove njegove porodice, što je transformisano pagansko verovanje o carskom božanskom domu (*diva domus*). Ukratko, dva govora predstavljaju hrišćanske varijante carskih apoteoza.

De obitu Valentiniani consolatio 3, PL 16, col. 1439:

Čini mi se da te vidim kako zračiš i da te čujem kako govoriš:'Srećan sam oče. Zemaljska noć je nestala, a nebeski dan je tu.'[22] *Sveta dušo, ti sada sa visine gledaš na nas u dubini. Napustio si tamu ovog sveta i sijaš kao mesec i sunce. Zaista, kao mesec, jer si zasjao jedanput senkom svoga tela i osvetlio tamu zemlje, u šta te je pretvorilo Sunce Pravde, da zračiš svetlost dana. Tako mi se čini da te vidim kako napuštaš telo, pomerajući tamu noći, izlazeći veselo kao sunce, dišući blizu Boga i polećući kao orao koji napušta sve što je bilo zemaljsko.*

De obitu Theodosii 32, 39, 40, 52, PL, cols. 1458, 1461, 1462, 1466:

Pošto je Teodosije voleo Boga, svoga Gospoda, zaslužio je da se pridruži zajednici svetaca... on korača u njihovoj svetlosti i slavi u njihovom društvu. Tamo on grli Gracijana koji, pošto je našao osvetnika,[23] *ne žali više svoje rane... On zna da sada vlada i živi u Carstvu Gospoda Isusa Hrista i da gleda na Njegov hram. Sada je stvarno car i sreće svoga sina Gracijana i Pulheriju,*[24] *najslađe blago koje je izgubio ranije, dok im*

[21] *De obitu Valentiniani* 3, PL 16, col. 1418.

[22] *Rom.* 13,12: ἡ νύξ προέκοψεν, ἡ δέ ἡμέρα ἤγγικεν. U prevodu Vuka Karadžića ovaj odlomak iz *Poslanice Rimljanima* glasi: *Noć prođe a dan se približi.*

[23] Teodosije je savladao uzurpatora Maksima, koji je ubio Gracijana.

[24] Gracijan je sin Valentinijana I, a ne Teodosija I. Rođen je 359. godine, a od 367, zajedno sa svojim ocem nosi titulu Avgusta. Od 375, pa sve do pogibije 383, praktično vlada Zapadnim rimskim carstvom, mada je vojska, nakon smrti Valentinijana I (375), proglasila za Avgusta i Gracijanovog maloletnog polubrata, koji je postao Valentinijan II (rođen je u drugom braku Valentinijana I sa Justinom). Posle pogibije Istočnog cara Valensa (Gracijanovog strica, Valentinijanovog brata) u bici kod Hadrijanopolja (378; Hadrijanopolj je današnje Jedrene u Turskoj), Gracijan je januara 379. proglasio za Avgusta Istočnog carstva sposobnog vojskovođu Teodosija. Ambrozije verovatno naziva Gracijana Teodosijevim sinom, jer je Teodosije bio od njega 13 godina stariji (rođen 346). Pored to-

se Flacila,[25] *ta duša tako odana Bogu, i pozdravljajući svoga oca* [Teodosijevog] *koji im se sada pridružuje, oseća se tako blizak Konstantinu... Oni će koračati na otvorenom, pre svih Gracijan i Teodosije, ne pod zaštitom vojničkog oružja, već njihovih sopstvenih zasluga. Oni nisu obučeni u purpur, već u haljine slave... oni su izabrali boravak, mnogo puta bolji od ovog koga su imali ovde.*

4. Objašnjenje Psalma 118 (*In Psalmum 118 expositio*). Ovaj spis, nastao posle 387. godine govori o caru koji nije podčinjen zakonima i približava se helenističkom shvatanju o „oduhovljenom zakonu" (νόμος ἔμψυχος, *lex animata*),[26] što se kod zapadnih hrišćanskih pisaca uglavnom ne sreće. Ambrozije razvija svoju misao komentarišući reči iz psalma: „Tebe su samo moji gresi bili uvredili".[27]

Sermo XVI, 32, PL 15, col. 1435:

Pravični ne mogu da poreknu to, jer niko nije bezgrešan; ne može ni car, jer iako su zakoni u njegovoj vlasti i može nekažnjivo da ih prekrši, on još uvek ostaje podčinjen Bogu (non potest hoc iustus negare; quia nemo sine peccato: non potest rex, quia et si leges in potestate habet, ut umpune delinquat; Deo tamen subditus est).

5. Odbrana proroka Davida (*Apologia prophetae David*). Ovaj spis je nastao između 383. i 386–387. godine i u njemu Ambrozije izlaže, govoreći o biblijskom kralju Davidu, sličnu ideju kao i u prethodno navedenom tekstu.

Apol. proph. Dav. 51, PL 14, col. 871:

On [David] *je bio nesumnjivo kralj, koji nije zavisio ni od jednog zakona, jer kraljevi su slobodni od odgovornosti za prekršaje. Oni nisu podvrgnuti kažnjavanju pod bilo kakvim zakonima, pošto ih štiti vlast*

---

ga i jedan i drugi su pristalice nikejskog učenja, pa i otuda simbolična roditeljska veza. Pulherija je zaista Teodosijeva kći.

[25] Flacila je prva Teodosijeva žena, umrla 385. godine, majka budućih careva Arkadija i Honorija.

[26] Helenističko shvatanje koje smatra cara božjim poslanikom na zemlji, osobom koja je iznad zakona; šta više, car je „živi" ili „oduhovljeni zakon" (u grčkim teksovima νόμος ἔμψυχος, u latinskim *lex animata*) koji ublažava i ispravlja strogost i greške pisanih zakona. Detaljnije videti A. Steinwenter, Νόμος ἔμψυχος, *zur Geschichte einer politischen Theorie, Anzeiger der Akademie der Wissenschaft in Wien, philos. histor. kl.* LXXXIII, 1946, pp. 250–268 i S. Šarkić, *Prodor helenističkog shvatanja o carskoj vlasti u rimsku državu perioda dominata, Arhiv za pravne i društvene nauke* 1–2 (1983), str. 133–142..

[27] Ps. 50, 6: σοί μόνῳ ἥμαρτον καί τό πονηρόν ἐνώπιόν σου ἐποίησα.

carstva (*imperii potestate*). *Odatle, pošto ne polaže računa čoveku, nije ni zgrešio protiv čoveka.*

6. Pripovedanje o Psalmu 40 (*Enarratio in Psalmum 40*). U ovom spisu, nastalom posle 394. godine, srećemo ponovo ideju o monarhu koji nije vezan ljudskim zakonima, već odgovara direktno Bogu:

En. in Ps. 40, PL 14, col. 1125:
Iako kao car nije bio vezan ljudskim zakonima, znao je da ništa manje ne mora da odgovara Bogu za svoje grehe.

7. Pripovedanje o Psalmu 45 (*Enarratio in Psalmum 45*). U delu, nastalom posle 388, nailazimo na prihvatanje ideje prvog hrišćanskog istoričara Eusebija iz Cezareje o podudarnosti Rimskog i Hrišćanskog carstva.

En. in Ps. 45, 21, PL 14, col. 1142 sq:
Zaista, pre nego što je Rimsko carstvo imalo vremena da se raširi, nisu samo vladari svih gradova ratovali jedni protiv drugih, već su i Rimljani često zapadali u građanski rat... Tako se dogodilo da je Rimsko carstvo, iznureno građanskim sukobima, palo u ruke Julija Avgusta, kada je i unutrašnje ratovanje prestalo. Zbog toga su apostoli mogli biti poslani širom sveta, po naredbi Gospoda Isusa: 'Idite i učite sve narode'[28] *Njima su bila širom otvorena čak i carstva zatvorena varvarskim tesnacima, kao Indija Tomi, a Persija Matiji. U isto vreme, dok su se oni širili po celoj zemlji, vlast Rimskog carstva je došla pod staranje Crkve, a nesložna mišljenja i neprijateljski narodi su se skrasili u miru. Živeći u svetskom Carstvu, svi ljudi su naučili da priznaju rečima vere, vlast jedinog, svemogućeg Boga.*

8. O veri (*De fide*). Prve dve knjige spisa *O veri* nastale su 378. godine na Gracijanovu molbu, a druge dve, znatno produbljenije, 380. godine. Smisao dela je odbrana pravoverja i obračun sa arijancima. U vreme kada je Ambrozije pisao svoj dogmatski traktat, na Istoku su se zbivali izuzetno važni događaji za dalju sudbinu Rimskog carstva. Pritisnuti Hunima, Zapadni Goti (Vizigoti) prelaze 376. godine Dunav i po odobrenju Istočnorimskog cara Valensa, nastanjuju se u Trakiji.[29] Ali, zbog zloupotre-

[28] Matt. 28,19: πορευθέντες μαθητεύσατε πάντα τά έθνη.

[29] Trakija je uglavnom današnja Bugarska. Dolazak Vizigota u Trakiju smatra se danas početkom Velike seobe naroda.

ba rimskih činovnika, Goti se dižu na ustanak i pobeđuju 9. avgusta 378. rimsku vojsku pod komandom cara Valensa u bici kod Hadrijanopolja (današnji Jedrene u Turskoj). Sam car je poginuo u bici, a u Carstvu je nastala do tada neviđena panika. Te događaje Ambrozije komentariše kao božju kaznu, zbog arijanstva cara Valensa. U Gotima, koje je njihov prvi episkop Ulfila pokrstio u arijanstvo, Ambrozije vidi biblijskog kneza Goga, o kome je reč u *Knjizi proroka Jezekijela.* Spas se očekuje od zapadne vojske, jer je njen zapovednik, car Gracijan, pristalica nikejskog učenja.

De fide II, 16, 136–143, PL 16, col. 587:

Ne mogu da te zadržim, o care [upućeno je Gracijanu], *sada kada spremaš rat i pobedu nad varvarima. Stupaj snažno, štićen štitom vere i naoružan mačem duha* (*progrede plane scuto fidei septus, et gladium spiritus habens*); *idi smelo prema pobedi obećanoj u proteklim danima od božanskih predskazanja proroka. Jer već od starina Jezekijel je predskazao o našem uništenju i ratovima sa Gotima...*[30] *Gog je niko drugi nego Goti, koje vidimo kako jedre snažno i nad kojima je pobeda obećana u Gospodovim rečima...*

Mi imamo podršku katoličke vere koja je u tebi. Jer, očigledno je, iz prošlih iskustava, da smo dali povoda za božansko zgražanje:[31] *odanost Rimskom carstvu se lomila, kadgod je odanost bogu propadala... Ali, o svemogući Bože, dovoljno, i više nego dovoljno, okajavamo našim sopstvenim ruševinama i progonstvom za smrti ispovednika, progonstva naših sveštenika i za nezahvalnost za tolika bezboštva.*[32] *Dovoljno je jasno bilo stavljeno do znanja da ne mogu biti bezbedni oni koji se odriču vere. Okreni se, o Gospode, i podigni zastavu tvoje vere.*

Ovog puta neće bojni orlovi i let ptica[33] *voditi vojsku, već tvoje ime, o Gospode Isuse, i obožavanje tebe. Nije ovo neka neverna zemlja, već Italija, koja je uvek imala jake ispovednike... Ovog puta ne nalazimo u caru slab um, već čvrstu veru. Sada jasno pokaži Tvoje veličanstvo, nama, koji verujemo da si ti pravi Gospodar i zapovednik nebeske vojske* (*celestis militiae ducem*), *da si ti stvarna snaga i mudrost, ne trenutna ili*

---

[30] *Esek.* 38, 14 sq.

[31] Aluzija na arijanstvo Konstancija II i Valensa.

[32] Aluzija na progone pravoslavnih pod Konstancijem II i Valensom.

[33] Orao je bio rimski simbol, koga je vojska koristila. Steg sa orlom nošen je na čelu trupa. Prema letu ptica, kolegija rimskih paganskih sveštenika, augura, određivala je povoljna ili nepovoljna znamenja za otpočinjanje različitih delatnosti. Nikakav javni posao (uključujući u najstarijoj istoriji i izbor *rex*-a) nije mogao biti započet bez dozvole augura, te je stoga u evropskim jezicima nastao glagol *inaugurisati* (latinski *inauguro*) u značenju odpočeti, ustanoviti.

stvorena, već večna, kao što je napisano: 'Hrist, snaga božja, Hrist, mudrost božja',[34] *i da on* [Gracijan] *kažem*, *može da bude pomognut Tvojim veličanstvom i da zasluži pobedu tvoje vere.*

9. Sukobi sa carskom vlašću. Ambrozije iz Milana se u dva navrata energično suprotstavio carskoj vlasti i njenoj nameri da arbitrira u crkvenim pitanjima i izdaje naređenja Crkvi.[35] Prvi sukob bio je sa Valentinijanom II, odnosno njegovom majkom Justinom, a drugi sa Teodosijem I.

a) Sukob sa Valentinijanom II

Nakon Gracijanove smrti (25. avgusta 383), maloletni Valentinijan II je vladao na Zapadu pod tutorstvom svoje majke Justine, koja je štitila i pomagala arijance, pa samim tim bila u neprijateljskim odnosima sa milanskim episkopom Ambrozijem. Na njen podsticaj, car je početkom 385. godine pozvao Ambrozija u dvor i naredio mu da preda Porcijansku baziliku arijancima. Ambrozije je, sa puno poštovanja prema carskoj vlasti, kategorički to odbio. Iz straha od pobune u gradu, dvor nije preduzeo ništa protiv Ambrozija. Ali, nekoliko nedelja kasnije, uoči Uskrsa, car je ponovio zahtev. Ovog puta se nije radilo o pomenutoj crkvi, koja se nalazila izvan gradskih zidina, već o bazilici u samom srcu grada. Ambrozije nije hteo da popusti ni pred najžešćim pretnjama carevih ljudi. O tom događaju ostavio nam je svedočanstvo u svojim pismima.

---

[34] *I Cor.* I, 24: Χρισθόν Θεοῦ δύναμιν καί Θεοῦ σοφίαν.

[35] Ambrozije živi u vreme kada su hrišćansku crkvu potresale žestoke hristološke raspre, koje su dovele do stvaranja mnogobrojnih sekti i rascepa (šizmi). Mržnja i netrpeljivost među zavađenim verskim strankama bila je tolika da ni krvoprolića nisu bila isključena. Da bi se suzbila protivnička stranka pribegavalo se svim sredstvima, pa sasvim razumljivo i carskoj arbitraži. Tako se za careve stvorila mogućnost da se mešaju u crkvena pitanja. Tu priliku iskoristio je Konstantin, prvi rimski car-hrišćanin, kada je u toku zasedanja Prvog vaseljenskog sabora hrišćanske crkve (325. u Nikeji), arbitrirao u sporu koga je izazvalo učenje aleksandrijskog prezvitera Arija. Konstantinova arbitraža poslužila je kao presedan, pa su i potonji carevi smatrali da imaju pravo da se mešaju u crkvena pitanja. Ali, nakon proglašavanja hrišćanstva za državnu veru u Carstvu (380), istaknuti hrišćanski episkopi sve se više suprotstavljaju carskim (svetovnim) intervencijama u crkvenim pitanjima naglašavajući da postoje dve strogo odvojene vlasti: monarhijska ili svetovna, koja se u latinskim izvorima naziva *imperium,* a u grčkim βασιλεία i vlast legalizovane crkvene organizacije, koja se u latinskim tekstovima naziva *sacerdotium,* a u grčkim ίερωσύνη. Detaljnije o tome videti S. Šarkić, *Pravne i političke ideje u Istočnom rimskom carstvu, od početka Konstantinove do kraja Justinijanove vladavine,* Beograd 1984, str. 137 sq.

Epistola XX, 8, PL 16, col. 996 sq:

Kada bi mi [car] *tražio ono što je moje, zemlje, novac, ja mu ništa ne bih odbio, iako su sva moja dobra namenjena siromašnima. Ali, božanske stvari nisu uopšte u zavisnosti od cara* (*verum ea quae sunt divina, imperatore potestati non esse subiecta*). *Ako vam je potrebna moja imovina, uzmite je. Ako je to moja ličnost, evo je. Hoćete li da me bacite u gvožđe, da me pogubite? Prihvatam sve sa radošću...*

Ibid. 19, col. 999:

Na kraju izdato je naređenje: predati baziliku. Odgovaram: niti je meni dozvoljeno, o care, da predam baziliku, niti je tebi dozvoljeno da je uzmeš. Ako nemaš pravo da nasilno uzmeš kuću od privatnog lica, zar misliš da možeš da prisvojiš božiju kuću? Mi smo rekli da car može sve da učini i da svet pripada njemu. Odgovaram: ne preopterećuj se care i ne misli da imaš carska prava nad stvarima koje su božanske; ne uzdiži samog sebe; podčini se Bogu, ako želiš da vladaš mnogo godina. Napisano je: dajte Bogu božije, a caru carevo. Palate pripadaju caru, crkve njenim sveštenicima. Ti se brineš o javnim građevinama, ne o duhovnim.

Ambrozije je ostao zatvoren u svojoj crvi ne prestajući da bodri vernike i ne vodeći računa o caričinom gnevu. Pošto je vojska već počela da pokazuje svoje simpatije prema pravoslavlju, dvor je bio prinuđen da popusti i opozove naređenje.

Naredne godine (386) Justina je nastojala da se osveti Ambroziju. Protiv njega je podsticala izvesnog Merkurina, pretendenta na episkopsku stolicu Milana, koji je uzeo ime Auksencije, prema Ambrozijevom arijanskom prethodniku. Na podsticaj svoje majke, Valentinijan II je 23. januara iste godine proglasio jedan zakon, koji je dozvoljavao arijancima, ili tačnije pristalicama formule iz Riminija,[36] da stupe u crkvenu zajednicu.[37] Ambro-

[36] Misli se na crkveni sabor održan 359. godine u italijanskom gradu Riminiju. Sabor je sazvan na inicijativu cara Konstancija II, vatrenog arijanca. Odluke ovog sabora, kao i prethodnog, održanog u Sirmijumu 357, primoravale su vernike da prihvate arijanstvo kao zvaničnu veru.

[37] C. Th. XVI, 1,4: Imppp. Valentinianus, Theodosius et Arcadius aaa. ad Eusignium praefectum praetorio. Damus copiam colligendi his, qui secundum ea sentiunt, quae temporibus divae memoriae Constanti sacerdotibus convocatis ex omni orbe romano expositaque fide ab his ipsis, qui dissentire noscuntur, Ariminensi concilio, Constantinopolitano etiam confirmata in aeternum mansura decreta sunt. Conveniendi etiam quibus iussimus patescat arbitrium, scituris his, qui sibi tantum existimant colligendi copiam contributam, quod, si turbulentum quippiam contra nostrae tranquillitatis praeceptum faciendum esse temptaverint, ut seditionis auctores pacisque turbatae ecclesiae, etiam maiestatis capite ac sanguine sint supplicia luituri, manente nihilo minus eos supplicio, qui contra hanc dispositionem nostram obreptive aut clanculo supplicare temptaverint. Dat. x kal. feb. Mediolano Honorio nob. p. et Evodio conss. (386, ian. 23).

ziju je ponovo naredio da preda crkvu arijancima. Milanski episkop nije rekao ni reč, već se samo zadovoljio da potpuno ignoriše naređenje. Zbunjen, dvor mu je predložio da se naznače arbitri među svetovnim licima, koji bi se sastali u konzistoriji (carskom savetu)[38] i zajedno s Auksencijem raspravili stvar. Ambrozije je ponovo odbio, primetivši da ne priliči laicima da raspravljaju i odlučuju o pitanjima vere.

Epistola XXI, 4,36, PL 16, cols. 1003, 1018:

Da li si ikada čuo milostivi care, da u pitanjima vere svetovnjak ima prednost u suđenju nad episkopom? ... Izvesno je, da ako ispitamo čitav niz božanskih spisa ili antičku tradiciju, niko neće poreći da su u pitanjima vere – kažem ponovo u pitanjima vere – episkopi imali prednost u suđenju nad carevima, a ne obratno... Ima li veće počasti za cara nego da ga nazivaju sinom Crkve? A kada ga tako nazivaju, izuzet je od greha, a uključen u milost. Jer car je unutar Crkve, a ne izvan Crkve (*imperator enim intra Ecclesiam, non supra Ecclesiam est*). *Dobar car ne prezire pomoć Crkve, on je traži. Ja to kažem sa smernošću, ali isto tako objavljujem sa čvrstinom.*

Ovoga puta dvor se odlučio da reaguje silom. Vojska je opkolila Porcijansku crkvu u koju se bio zatvorio Ambrozije sa velikim brojem vernika, čiji je entuzijazam neprekidno raspaljivao. Situacija je bila napeta, pretilo je krvoproliće. Tada je jedan iznenadni događaj rešio stvar. U gradu su pronađene relikvije dvojice hrišćanskih mučenika, što je izazvalo veliko oduševljenje među stanovništvom Milana. Taj događaj poslužio je carskoj vladi kao izgovor da se časno izvuče iz celog slučaja. Vojska je povučena, naređenje opozvano, a moralna pobeda koju je odneo Ambrozije podigla mu je jako ugled u hrišćanskom svetu.

b) Sukob sa Teodosijem I

U Solunu, koji je bio sedište upravnika provincije (*praeses*) Makedonije i jedan od najvažnijih trgovačkih gradova Carstva, izbila je 390. godine, pod dosta naivnim okolnostima, pobuna protiv Teodosija I. Tom prilikom ubijeno je više carskih dostojanstvenika. Kada su vesti o događaju stigle do cara, Teodosije se nalazio u Milanu. U afektu i loše savetovan od svoje okoline, naredio je da se pobunjenici surovo kazne. Oko sedam hiljada ljudi je bilo okupljeno u solunskom cirkusu, pod izgovorom da će se davati neka predstava, kada su Teodosijevi vojnici ušli i pobili

[38] Naziv carskog saveta (*sacrum consistorium, sveta konzistorija*) potiče od glagola *consistere* = stajati, jer su okupljeni savetnici morali da stoje u prisustvu cara.

ih. Pre izvršenja kazne, Teodosije se izgleda bio pokajao i opozvao naređenje, ali je opoziv stigao isuviše kasno u Solun.

Kada je vest o solunskom pokolju stigla u Milano, Ambrozije je odlučio da reaguje. Uputio je pismo Teodosiju, koji se u tom trenutku nalazio izvan Milana, zahtevajući carevo pokajanje.

Epistola XL, 1, PL. 16, col. 1109:

Zar se ne stidiš, o care, što si učinio ono što je učinio i David, kralj-prorok, predak Hristov po krvi? ...Nemoj da nosiš tu ljagu care; treba da ti se kaže: učinio si to [nedelo] *zbog koga je prorok grdio Davida.*[39] *Ako saslušaš to ozbiljno i kažeš: 'Ogrešio sam se prema Gospodu'... tada će ti takođe biti rečeno:'Pošto si se pokajao, gospod ti oprašta greh i nećeš umreti.'*[40]

Izgleda da se Teodosije zbog celog događaja pokajao, ali je veliko pitanje da li je tačna priča koju navode crkveni istoričari, da je car prilikom povratka u Milano, krenuo u crkvu da se pokaje i da mu je Ambrozije zabranio ulaz, zatvorivši mu crkveni portal pred nosom.[41] Bilo kako bilo, milanski episkop i car su se kasnije izmirili i Ambrozije je održao veličanstveni posmrtni govor Teodosiju I.[42]

---

[39] Prema biblijskoj priči (*II Sam.* 11–12), kralj David, koji je inače u svom haremu imao puno žena, je poželeo suprugu svoga vojskovođe Urija. Da bi ostvario svoju želju, poslao je Uriju u rat, i to na onaj deo ratišta gde se vodio najljući boj, kako bi vojskovođa poginuo. Nakon Urijine pogibije David se oženio njegovom udovicom, koja mu je rodila dva sina. Ali, kako taj događaj nije bio Gospodu po volji, poslao je Davidu proroka Natana, koji je kralju ispričao priču o bogatašu, koji je imao bezbroj jaganjaca, i siromahu koji je imao samo jedno jagnje i sve svoje delio sa njim. Tada je bogataš, kome je bio došao gost, oduzeo siromahu jedino jagnje, da bi počastio svog gosta a da pritom ne pokvari svoje stado. Saslušavši priču, David se razgnevio i izjavio da takav čovek zaslužuje smrtnu kaznu. Natan mu je onda otkrio da je tom pričom upravo na njega ciljao.

[40] *II Sam. 12,13*: καί Κύριος παρεβίβασε τό άμάρτημά σου ού μή άποθάνης. U prevodu Đure Daničića taj odlomak izgleda ovako: *i Gospod je pronio grijeh tvoj; nećeš umrijeti.* Kao što se vidi Ambrozije malo slobodnije navodi odlomak iz *Druge knjige Samuilove.*

[41] Anegdotu, koja je inače postala jedna od najpoznatijih priča iz crkvene istorije, navode Rufin, *Historia Ecclesiastica* II, 18, PL 11, col. 526, pisana između 402–403; Aurelije Avgustin, *De civitate dei* V, 26, pisano između 413–426; Paulin, *Vita S. Ambrosii* 24, nastalo oko 422; Sozomen, *Historia ecclesiastica* VIII, 25, PG 67, col. 1493, nastala između 443–450; Teodorit, *Historia Ecclesiastica* V,17, PG 82, col. 1232, pisana oko 450. godine. Teodorit je, najverovatnije, znatno uticao na kasnije tradicije. I u literaturi je to pitanje dosta raspravljano i kritikovano. Detaljnije o tome videti F.H. Dudden, *The Life and Times of St. Ambrose,* Oxford 1935, vol. 2, pp. 381–382.

[42] Odlomke tog govora naveli smo napred.

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

Legal and Political Ideas of Ambrose from Milan

Abstract

Saint Ambrose (c. between 340 – 4 April 397) was a bishop of Milan who became one of the most influential ecclesiastical figures of the fourth century. He is counted as one of the four doctors of the Church.

Ambrose was born into a Roman Christian family and was raised in Trier. He was the son of a praetorian prefect of Gaul. His mother was woman of intellect and piety. After the early death of his father, Ambrose followed his father's career. He was educated in Rome, studying literature, law and rhetoric. Praetor Probus first gave him a place in the council and then in about 372 made him consular prefect or „Governer" of Liguria and Emilia, with headquarters at Milan. Ambrose was the Governer of *Aemilia-Liguria* in northern Italy until 374 when he became the Bishop of Milan. He was a very popular political figure, and since he was the Governer in the effective capital in the Roman West, he was recognizable figure in the court of the Emperor.

Ambrose ranks with Augustine, Jerome and Gregory the Great, as one of the Latin Doctors of the Church. He succeeded as a theologian despite his juridical training and his comparatively late handling of Biblical and doctrinal subjects. His spiritual successor, Augustine, whose conversion was helped by Ambrose's sermons, owes more to him then to any writer except Paul.

Ambrose's intense episcopal consciousness furthered the growing doctrine of the Church and its sacerdotal ministry, while the prevalent asceticism of the day, continuing the Stoic and Ciceronian training of his youth, enabled him to promulgate a lofty standard of Christian ethics.

Although the works of Ambrose from Milan (*On Faith, On the Offices of Ministers, Funeral Orations to Theodosius and Valentinianus, Explanation of the Psalms, Hexaemeron – Six Days of Creation, On Paradise, On the Holy Ghost,* and many others), are basically of theological subjects, he also writes about monarchy not considering it always as the best form of government. His ideal was the old Roman Republic and some kind of rule of law.

Key words: Ambrose from Milan, Theodosius, Valentinianus, Gratianus, Church, law, emperor, monarchy, religion, pagans.

Originalni naučni rad 342.7:341

Dr Rodoljub Etinski, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

KULTURNI RELATIVIZAM I UNIVERZALNOST LJUDSKIH PRAVA: POKUŠAJ PRAVNE ANALIZE

Sažetak: *Zaštita ljudskih prava postala je deo univerzalnog međunarodnog prava posle Drugog svetskog rata.[1] Pre Drugog svetskog rata su ustanovljena izvesna pravila međunarodnog prava od značaja za zaštitu ljudskih prava, kao što su neka pravila o zabrani diskriminacije, o zaštiti manjina ili o socijalnim i ekonomskim pravima. Preovlađujuće mišljenje je bilo da su ljudska prava unutrašnja stvar svake države te da međunarodnim pravom treba intervenisati u to pitanje jedino kada je to neizbežno. Tokom i posle Drugog svetskog rata preovladalo je mišljenje da su ljudska prava od suštinskog značaja za međunarodnu zajednicu i priznato je pravo pojedinca na međunarodni poredak u kome će svima biti obezbeđeno poštovanje ljudskih prava. Tada počinje, međutim, osporavanje mogućnosti definisanja ljudskih prava na globalnom nivou. Argument protiv univerzalnog definisanja ljudskih prava je da su ljudska prava definisana kulturom, da ne postoji univerzalna kultura, univerzalni moral i sl. te da univerzalizacija ljudskih prava znači nametanje ljudskih prava, definisanih u zapadnoj kulturi, ostatku sveta. Rasprava, koja je počela pedesetih godina prošlog veka, aktuelna je i danas.[2] Posle kratkog osvrta na istorijski proces univer-*

---

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

[2] Pisanje ovog teksta podstaknuto je temom „Da li su ljudska prava univerzalna i obavezujuća“ koju je Međunarodna akademija za uporedno pravo odredila kao jednu od teme za Međunarodni kongres, koji treba da se održi u Vašingtonu 2010. godine. Ako se pogleda jedan od vodećih časopisa za ljudska prava „Humna Rights Quarterly“ videće se da je tema kulturnog relativizma često raspravljana na stranicama ovog časopisa. J. Donnelli, Human Rights as Natural Rights, Human Rights Quarterly, 4 (1982), 391–405, J. Donnelly, Cultural Relativism and Universal Human Rights, Human Rights Quarterly, 6

zalizacije ljudskih prava, pravna analiza, koja sledi, je učinjena sa namerom da se preciznije utvrdi koliko su kulturne razlike prepreka univerzalizaciji ljudskih prava. Analizirano je prihvatanje nekih univerzalnih ugovora o ljudskim pravima, stavljanje rezervi i prigovora na rezreve kao i prihvatanje međunarodnih kontrolnih mehanizama kako bi se odredio obim međunarodnog konsenzusa u pogledu univerzalnog definisanja ljudskih prava kao i obim spremnosti država koje pripadaju različitim kulturama da prihvate međunarodne kontrolne mehanizme. Odmah treba postaviti pitanje koliko je ovakva pravna analiza pogodan instrument za utvđivanje koliko su kulturne razlike prepreka univerzalizaciji ljudskih prava. Postoje mišljenja da uticaj kulture na ljudska prava ne može da bude predmet pravne analize. An-Na'im je izrazio mišljenje koje dovodi u pitanje opravdanost ovakve pravne analize zbog jednog dodatnog i specifičnog razloga. On smatra da zapadna hegemonija u raznim oblastima utiče na političare i teoretičare u zemljama trećeg sveta te da, zato, nema stvarnog predstavljanja narodne percepcije i shvatanja ljudskih prava od strane predstavnika ovih država u međunarodnim forumima. On dovodi u pitanje univerzalni kulturni legitimitet međunarodnih standarda ljudskih prava jer učešće vladinih delegata u formilisanju i usvajanju ovih standarda ne znači da narodi

---

(1984), 400–419, J. M. Peek, Buddhism, Human Rights and Japanese State, Human Rights Quarterly, 17 (1995), 527–540, A-B. S. Preis, Human Rights as Cultural Practice: An Anthropological Critique, Human Rights Quarterly, 18 (1996), 286–315, A. Pollis, Cultural Relativism Revisited: Through a State Prism, Human Rights Quarterly, 18(1996), 316–344, D.A. Bell, The East Asian Challenge to Human Rights: Reflections on an East West Dialogue, Human Rights Quarterly, 18 (1996), 641–667, E. Brems, Enemies or Allies, Feminism and Cultural Relativism as Dissident Voices in Human Rights Discourse, Human Rights Quarterly, 19 (1997), 136–164, A. Marfording, Cultural Relativism and the Construction of Culture: An Examination of Japan, Human Rights Quarterly, 19 (1997), 431–448, H. Samuels, Hong Kong on Women, Asian Values, and the Law, Human Rights Quarterly, 21(1999), 707–734, J.A. Lindgren Alves, The Declaration of Human Rights in Postmodernity, Human Rights Quarterly, 22(2000), 478–500, N.A.Engelhart, Rights and Culture in the Asian Values Argument: The Rise and Fall of Confucian Ethics in Singapore, Human Rights Quarterly, 22 (2000), 548–568, B. Ibhawoh, Between Culture and Constitution: Evaluating the Cultural Legitimacy of Human Rights in the African State, Human Rights Quarterly, 22 (2000), 838–860, A. An Na'Naim, Human Rights and Islamic Identity in France and Uzbekistan: Mediation of the Local and Global, Human Rights Quarterly, 22 (2000), 906/941, K. Engle, From Skeptizism to Embrace: Human Rights and the American Antroplogical Association from 1947 to 1999, Human Rights Quartely, 23 (2001), 536–559, S. Walker, S.C. Poe, Does Cultural Diversity Affect Counties' Respect for Human Rights, Human Rights Quarterly, 24 (2002), 237–263, S. Harris-Short, International Human Rights Law: Imperialist, Inept and Ineffective? Cultural Relativism and the UN Convention on the Rights of the Child, Human Rights Quarterly, 25 (2003), 130–181, Z.F. Kabasakal Arat, Forging a Global Culture of Human Rights: Origins and Prospects of the International Bill of Human Rights, Human Rights Quarterly, 28 (2006), 416–437

tih zemalja time prihvataju te standarde i da se obavezuju na njihovo izvršavanje.[3] Činjenica je, međutim, da predstavnici nekih država trećeg sveta ne prihvataju međunarodne ugovore o ljudskim pravima u celosti već stavljaju određene rezerve na formulacije pojedinih prava. Isto tako, oni ne prihvataju neke međunarodne nadzorne mehanizme koji nameću formulacije pojedinih prava suprotno učinjenim rezervama. Pri tome, one države koje su „bliže" Zapadu su naročito agilne u stavljanju rezervi i neprihvatanju nadzornih mehanizama. Istina je, takođe, da je pravo po sebi, kao opšti, normativni sistem, velika redukcija socijalne stvarnosti te da otuda pravna analiza ne može da pruži potpuni odgovor na postavljeno pitanje. Ipak, rezultati ovog istraživanja bi mogli da pomognu u dolaženju do celovitog odgovora.

Ključne reči: *ljudska prava, kulturni relativizam, univerzalnost, univerzalni ugovori o ljudskim pravima, rezerve, prigovori*

1. Razvoj međunarodne zaštite ljudskih prava

Postoji više istorijskih okolnosti i razloga koji su, konačno, rezultirali u međunarodnoj zaštiti ljudskih prava. Postoji, dakle, više istorijskih izvorišta međunarodne zaštite ljudskih prava. Jedan od izvorišta jeste načelo humanosti, načelo modernog međunarodnog prava, onog prava koja počinje da se razvija u XVII veku. Ono se manifestovalo, između ostalog, kroz koncepciju zločina protiv čovečnosti, ukidanja ropstva, zaštitu manjina, razvoj međunarodnog humanitarnog prava i humanitarne intervencije. Izvorište međunarodnih ljudskih prava jeste i priznavanje postojanja opšteg interesa međunarodne zajednice jer se ljudska prava vide kao faktor relevantan za očuvanje međunarodnig mira i bezbednosti. Izvorište nekih međunarodnih ljudskih prava leži u činjenici da poštovanje ekonomskih i socijalnih prava iziskuje izvesni nacionalni trošak te je otuda nužna izvesna međunarodna uzajamnost u poštovanju ovih prava.

Hugo Grocijus je zastupao ideju da postoje zločini koji se tiču celog ljudskog društva te da njihove počinioce može da progoni svaka država.[4] Počev od Bečkog kongresa, međunarodna (tada evropska) zajednica se bavi pitanjem ukidanja ropstva. Austrija, V. Britanija, Portugal, Prusija,

[3] A. An-Na'im, Conclusion, in Human Rights in Cross-Cultural Perspective: A Quest for Consensus, (A. An-Na'im ed.), 1995, str. 427, navedeno prema S. Harris-Short, op. cit. str. 133

[4] H. Grotius, De jure belli ac pacis, II knjiga, 21. glava, novi nemački tekst sa uvodom koji je napisao W. Schatzel, Tübingen, 1950, str. 638

Rusija, Španija i Švedska su 8. februara 1815. godine, usvojile Deklaraciju o univerzalnom ukidanju trgovine robovima, koja je u aneksu XV pridodata Bečkom mirovnom ugovoru. Ovim je počela međunarodna saradnja radi ukidanja ropstva koja je i danas aktuelna.[5] Zabrana ropstva je danas imperativno međunarodno pravilo.[6]

Međunarodna zaštita manjina se razvija u XVIII i XIX veku. Pariski ugovor iz 1856. godine, zaključen posle Krimskog rata, izričito kaže da grupa građana ne treba da se smatra inferornom u odnosu na drugu grupu građana zbog rasnih ili religioznih razloga. Srbija, Crna Gora i Rumunija su priznate kao nezavisne države Berlinskim ugovorom iz 1878. godine, pod uslovom da obezbede da religiozne razlike neće biti prepreka uživanju građanskih i političkih prava, za rad u javnim službama ili obavljanje komercijalnih profesija.

Pravila kojima se ograničava rat i štite civili su postojala i u antičkom međunarodnom pravu. Ona se razvijaju, međutim, od XIX veka kao posebna grana međunarodnog prava, međunarodno humanitarno pravo, s ciljem da otklone nepotrebne patnje i razaranja tokom oružanih sukoba. Tokom

[5] Čl. 9 Opšteg akta Berlinske konferencije propisuje da teritorije bazena reke Kongo ne smeju da služe kao tržište ili oblast tranzita za trgovinu robljem. Države ugovornice su se obavezale da će okončati ovu trgovinu i kažnjavati one koji se njome bave. Strane ugovornice Opšteg akta Briselske konferencije iz 1890. godine izražavaju čvstu nameru da okončaju trgovinu afričkih robova. Međunarodnom konvencijom o suzbijanju trgovine belim robljem iz 1910. godine je zahtevano kažnjavanje onih koji su trgovali ženama i decom. Konvencijom kojom je revidiran Opšti akt Berlinske konferencije i Opšti akt Briselske konferencije, a koja je potpisana u Sen Žermenu 10. septembra 1919. godine, ugovornice su se obvezale da nastoje da obezbede potpuno ukidanje ropstva u svim oblicima i trgovine robljem na moru i na kopnu. U okviru Društva naroda, zaključena je Konvencija protiv ropstva 25. septembra 1926. godine. Države ugovornice su se obavezale da spreče i suzbiju trgovinu robljem i da obezbede, čim bude moguće, potpuno ukidanje ropstva u svim oblicima. U okviru Međunarodne organizacije rada usvojena je Konvencija protiv prinudnog rada 1930. godine. Konvencija protiv ropstva je izmenjena, kako bi se prilagodila institucionalnom ustrojstvu Ujedinjenih nacija, Protokolom koji je usvojila Generalna skupština UN rezolucijom 794 (VIII) 23. oktobra 1953. godine. Dodatna konvencija o ukidanju ropstva, trgovine robljem i institucija i prakse slične roblju je usvojena u Ženevi 7. septembra 1956. godine kako bi se intenzivorali nacionalni i međunarodni napori u pravcu ukidanja ropstva. Konvencija za suzbijanje trgovine lica i eksploatacije tuđe prostitucije je zaključena 1949. godine. Ova pitanju su dalje regulisana Protokolom UN za sprečavanje, suzbijanje i kazžavanje trgovine ljudima, naročito ženama i decom iz novembra 2000. godine, kojom je dopunjena Konvencija UN protiv transnacionalnog organozovanog zločina iz 1999. godine. Konvencija (br. 182) o najgorim oblicima dečjeg rada, usvojena u Međunarodnoj organizaciji rada, 1999. godine, proklamuje da je trgovina decom mlađom od 18 godina praaksa slična ropstvu i prepručuje da to bude inkriminisaano kao krivično delo.

[6] Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd (Belgium v. Spain), Judgment of 5 February 1970, str. 32, paragrafi 33, 34

XIX veka ustanovljena je praksa humanitarnih interevencija hrišćanskih država protiv Otomanskog Carstva u cilju pružanja zaštite hrišćanskom stanovništvu kada je ovo bilo izloženo teškim represalijama.

Od sporadičnih slučajeva zaštite manjina u XVIII i XIX veku, zaštita manjina prerasta u deo sistema Društva naroda. Ovaj sistem je uspostavljen međunarodnim ugovorima ili jednostranim izjavama država. Uslov za prijem nekih država u Društvo naroda je bio da prihvate međunarodne obaveze u pogledu manjina na svojim teritorijma. [7] Pakt Društva naroda nije, međutim, sadržao odredbe o zaštiti manjina. Obaveze zaštite rasnih, jezičkih i verskih manjina su smatrane obavezama od međunarodnog značaja te je Društvo naroda obezbeđivalo poštovanje ovih obaveza. Stalni sud međunarodne pravde je bio nadležan da daje savetodavna mišljenja na zahtev Saveta društva naroda[8] kao i rešava sporove između država u pogledu poštovanja ovih obaveza.[9]

Polazeći od toga da univerzalni mir može da se očuva jedino ako se zasniva na socijalnoj pravdi, Versajskim ugovorom iz 1919. godine je osnovana Međunarodna organizacija rada. U istom Ugovoru je konstatovano, takođe, da je propust bilo koje nacije da obezbedi humane radne uslove prepreka drugim nacijama koje žele da poboljšaju uslove rada u svojim zemljama. Obezbeđivanje humanih radnih uslova iziskuje određene nacionalne troškove koji opterećuju cenu robe i čine robu manje konkurentnom na svetskom tržištu. Kako bi se očuvala izvensa jednakost u pogledu uslova konkurentnosti nacionalnih roba na svetskom tržištu, nužno je da socijalna i ekonomska prava garantuju sve države čije se robe takmiče na svetskom tržištu, nužna je,dakle, izvesna međunarodna uzajamnost u obezbeđivanju ekonomskih i socijalnih prava.

2. Univerzalizacija međunarodne zaštite ljudskih prava

Sistem zaštite manjina koji je uspostavljen u okviru Društva naroda je bio nepotpun sistem. On je obezbeđivao zaštitu manjinama u nekim zemljama a u drugim nije. Neke zemlje su prihvatile međunarodne obaveze

[7] Minority Schools in Albania, Advisory Opinion of the Permanent Court of International Justice of 6 April 1935, Series A/B no. 64, str. 7

[8] Settlers of German Origin in Territory Ceded by Germany to Poland, PCIJ (1923), ser. B no.6. Acquisition of Polish Nationality, PCIJ (1933), ser. B, no. 7. Access to German Minority Schools in Polish Upper Silesia, PCIJ (1931), ser A/B, no. 40. Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in Danzing, PCIJ (1932), ser A/B, no. 44, Minority Schools in Albania, PCIJ (1935), ser. A/B, no. 64

[9] Rights of Minorities in Upper Silesia (Minority Schools), PCIJ, ser. A, no. 15, Judgment No. 12 of 26 April 1928

i bile su pod međunarodnom kontrolom a druge nisu. Nezadovoljna ovakvim stanjem, Poljska je predložila univerzalizaciju zaštite manjina u Društvu naroda 1933. godine. Predlog nije prihvaćen i Poljska je otkazala saradnju sa međunarodnim organima u pogledu zaštite manjina. [10]

Uprkos razvoja izvesne nepotpune zaštite manjina i izvesne zaštite ekonomskih i socijalnih prava preko Međunarodne organizacije rada, univerzalna, opšta zaštita ljudskih prava nije uspostavljena do Drugog svetskog rata. Bilo je izvesnih doktrinarnih i praktičnih pokušaja. Čileanski pravnik Alehandro Alvarez je nacrt „Međunarodna prava pojedinaca i međunarodnih asocijacija" podneo Američkom institutu za međunarodno pravo 1917. godine. Ruski pravnik i, tada, izbeglica, Andrej Nikolajevič Mandelštajm je sačinio nacrt Deklaracije o međunarodnim pravima čoveka i podneo ga je Institutu za međunarodno pravo te je Institut prihvatio Deklaraciju pod tim imenom1929. godine. Dve mreže nevladinih organizacija – Međunarodna federacija društava za odbranu prava čoveka i građanina i Međunarodna unija federacija za Društvo naroda – podržali su 1931. i 1933. godine Deklaraciju Instituta za međunarodno pravo.[11] Polazeći od ugovora o manjinama, zaključenim 1919. i 1920. godine, Haiti je predložio generalizaciju ljudskih prava na 14. Skupštini Društva naroda. Generalizacija bi išla u pravcu da svi uživaju zaštitu prava na život i slobodu i da svi građani treba da budu jednaki pred zakonom i uživaju jednaka građanska i politička prava, bez razlike u pogledu rase, jezika ili religije. [12] Ovaj zahtev nije tada prihvaćen. Pojedine velike i uticajne države, članice Društva naroda su smatrale da su ljudska prava unutrašnja stvar država te da je međunarodno uređenje ljudskih prava izuzetak koji treba da bude opravdan naročitim razlozima.

Pod uticajem užasa koji su se dogodili, tokom Drugog svetskog rata dogodio se preokret u gledanju na internacionalizaciju ljudskih prava i preovladalo je mišljenje da međunarodnu zaštitu treba obezbediti svim pojedincima u pogledu svih ljudskih prava. Jedan od cilja osnivanja Organizacije ujedinjenih nacija, izložen u preambuli Povelje UN, jeste ponovna potvrda vere u osnovna ljudska prava, u dostojanstvo i vrednost ljudske ličnosti, u jednaka prava muškaraca i žena.... Jedan od ciljeva Organizacije, proklamovanom Poveljom UN, jeste postizanje međunarodne saradnje u unapređivanju i ohrabrivanju poštovanja ljudskih prava i osnovnih sloboda za

[10] League of Nations Records of 15th Assembly, 125 O.J. Sp. Supp. pp. 42,43, navedeno prema McKean, op.cit. str. 43

[11] K. Sikkink, Reconceptualizing Sovereignty in Americas: historical precursors and current practices, http://www.scribd.com/doc/7260038/Sikkink-Re-Conceptualizing-Sovereignty-in-the-Americas, Sajt posećen 6. septembra 2009.

[12] Mc Kean, str. 39

sve bez razlike u pogledu rase, pola, jezika ili religije. Generalna skupština UN je dobila nadležnost da pomaže ostvarivanje ljudskih prava. Članom 55 Povelje, Ujedinjene nacije su obavezane da unapređuju univerzalno poštovanje ljudskih prava i osnovnih sloboda, jednako za sve bez razlike u pogledu rase, pola, jezika ili religije a radi stvaranja uslova stabilnosti i blagostanja koji su nužni radi mirne i prijateljske odnose među nacijama. Ekonomski i socijalni savet je ovlašćen da čini preporuke radi unapređivanja poštovanja i uvažavanja ljudskih prava.

Poveljom UN je učinjen preokret u pogledu međunarodnog tretiranja ljudskih prava. Do Povelje ljudska prava su smatrana prvenstveno unutrašnjom stvari država i ona su samo izuzetno, parcijalno i sporadično bila predmet međunarodnog interesovanja i uređenja. Poveljom se ljudska prava i zaštita ljudskih prava univerzalizuje. Međunarodni poredak prestaje da bude samo stvar država, jer „svako je ovlašćen na socijalni i međunarodni poredak u kome sva ljudska prava mogu da budu potpuno ostvarena za sve, bez diskriminacije.“ [13] Ovakva odredba je uneta prvo u čl. 28 Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima, koju je usvojila Generalna skupština UN 1948. godine i koja čini kamen temeljac univerzalnih ljudskih prava.

U međuvremenu je usvojeno više univerzalnih međunarodnih ugovora o ljudskim pravima[14] kojima su uspostavljeni izvesni univerzalni meha-

[13] Para. 10. Deklaracijje Svetske konferencije protiv rasizma, rasne diskriminacije, ksenofobije i slične netolerancije, održane u Durbanu od 31. Avgusta do 8. Septembra 2001, *http://www.unhchr.ch/pdf/Durban.pdf*

[14] Međunarodna konvencija o eliminisanju svih oblika rasne diskriminacije od 21. decembra 1965. godine, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima od 16. decembra 1966. godine, Opcioni protokol uz Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima od 16. decembra 1966. godine, Drugi opcioni protokol uz Međunarodni pakt o građanskim i plotičkim pravima od 15. Decembra 1989. Godine, Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima od 16. decembra 1966. godine, Opcioni protokol uz Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima od 10. Decembra 2008. Godine, Konvencija o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena od 18. Decembra 1979. Godine, Opcioni protokol uz Konvenciju o eliminisanju svih oblika diskriminacija žena od 10. Decembra 1999. Godine, Konvencija protiv mučenja i drugog okrutnog, nehumanog i ponižavajućeg postupanja i kažnjavanja od 10. decembra 1984. godine, Opcioni protokol uz Konvenciju protiv mučenja i drugog nehumanog i ponižavajućeg postupnja i kažnjavanja od 18. Decembra 2002, godine, Konvencija o pravima deteta od 20. Novembra 1989. Godine, Opcioni protokol uz Konvenciju o pravima deteta o učešću dece u oružanim sukobima od 25. Maja 2000. Godine, Opcioni protokol uz Konvenciju o pravima deteta o prodaji dece, dečjoj prostituciji i dečjoj pornograafiji od 25. Maja 2000. Godine, Međunaroda konvencija o zaštiti prava svih radnika migranata i članova njihovih porodica od 18. Decembra 1990. Godine, Konvencija o pravima lica sa posebnim potrebama od 13. Decembra 2006. Godine i Opcioni protokol uz Konvenciju o

nizmi zaštite ljudskih prava preko ekpertskih tela. Uspostavljeno je više mehanizama zaštite. Sve države ugovornice su dužne da podnose periodične izveštaje o implementaciji ugovora u unutrašnje pravo i o primeni garantovanih ljudskih prava. Države članice mogu da prihvate nadležnost ekspertskih tela u pogledu individualnih predstavki. One mogu, takođe, da prihvate nadležnost Međunarodnog suda pravde za međudržavne sporove u pogledu tumačenja i primene ugovora o ljudskim pravima.

Univerzalizacija ljudskih prava se odvija u dva pravca: univerzalno definisanje ljudskih prava i univerzalno poštovanje univerzalnih ljudskih prava. Univerzalno definisanje ljudskih prava čini se, prvo, međunarodnim ugovorima. Propisi međunarodnih ugovora definišu ljudska prava i osnovne elemente svakog od njih. Drugi korak u definisanju univerzalnih ljudskih prava čini se preko ekspertskih tela. Ova su ovlašćena da usvajaju opšta tumačenja ugovora i da ih preporučuju državama članicama. Rešavajući individualne predstavke, ekspertska tela tumače, takođe, propise ugovora i ova tumačenju se relevantna za precizno definisanje ljudskih prava. Relevantna su, takođe, tumačenja Međunarodnog suda pravde koje ovaj daje rešavajući međudržavne sporove o tumačenju i primeni ugovora. Univerzalno poštovanje ljudskih prava se ispoljava, prvo, kroz spremnost za učešće u pripremi i prihvatanju univerzalnih ugovora za ljudska prava, a zatim, kroz prihvatanje nadležnosti ekspertskih tela za individualne predstavke kao i nadležnost Međunarodnog suda pravde za međudržavne sporove i, konačno, kroz spremnost u pogledu prihvatanja tumačenja ekspertskih tela i Međunarodnog suda pravde.

3. Kulturni relativizam protiv univerzalizma ljudskih prava

Učestvujući u raspravi povodom pripreme Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima, Američko udruženje antroploga je postavilo pitanje kako predložena Deklaracija može da bude primenjiva na sva ljudska bića kada su prava formulisana u skladu sa vrednostima zemalja zapadne Evrope i Amerike? [15] Kulturni relativizam je, dakle antropološka doktrina, prema kojoj su ljudska prava deo određene kulture i definisana su tom kulturom. Pojam kulture uključuje ovde sve socijalne faktore koji utiču

pravima lica sa posebnim potrebama od 12. Decembra 2006. Godine. Svi tekstovi su dostupni na http://www2.ohchr.org/english/law/index.htm.

[15] Statement on Human Rights, 49 Amer. Anthropologist No. 4, 539 (1947), reprodukovano u International Human Rights in Context, 3rd ed. by H.J. Steiner, Ph. Alston, R. Goodman, Oxford, 2008, str. 528. Vidi, takođe, K. Engle, op. cit. str. 536

na ponašanje, dakle običaje, moral, religiju, ideologiju, pravo, društvene vrednosti i sl. Sa obzirom na značajne razlike koje postoje među kulturama, ova doktrina dovodi u pitanje mogućnost postojanja univerzalnih ljudskih prava. Zagovornici ove doktrine ukazuju na velike razlike koje postoje između socijalnih sistema koji se zasnivaju na liberalnom individualizmu ili hrišćanstvu, sa jedne strane, i socijalnih sistema koji se zasnivaju na tradiciji konfudžijanstva, budizma, hinduizma ili islama, sa druge strane. Koncept prava, pravne države, demokratije ili slobode koji postoji u prvoj grupi socijalnih sistema ne postoji u drugoj grupi. Prva grupa socijalnih sistema pridaje najveću vrednost pojedincu i slobodi pojedinca dok druga grupa socijalnih sistema pridaje najveću vrednost društvenoj grupi i blagostanju te grupe. Ne postoji univerzalni moral, ne postoji univerzalno dobro ili univerzalno zlo. Svaka kultura je, zato, isključivi sudija onog što je dobro i onog što je zlo prema moralu te kulture.

Neki od osnivača ovog učenja su išli i dalje, van oblasti konfudžijanstva, budizma, hinduizma i islama, te su tvrdili da je liberalna doktrina ljudskih prava strana mnogim društvima u Aziji, Africi, Istočnoj Evropi (uključujući Rusiju) i Srednji istok, gde ona ne odgovara sistemu uverenja, vrednosti, osnovnih koncepata odnosa među ljudima i odnosa pojedinca i društva.[16]

Doktrina kulturnog relativizma tvrdi da se azijske kulture zasnivaju na vrednostima koje uključuju poštovanje autoriteta, intenzivno osećanje pripadnosti, odnosno lojalnosti grupi, potčinjavanje individualnog identiteta kolektivnom identitetu. Zbog toga su, saglasno ovom učenju, demokratija i poštovanje ljudskih prava, bar kako se to razume na Zapadu, strane azijskim kulturama i nepodesne za te kulture.[17] Neki afrički autori se bave ispitivanjem kulturnog legitimiteta ljudskih prava, odnosno koliko su ljudska prava koje štite afričke države u skladu sa lokalnim kulturama, i koliku potporu mogu da nađu u tim lokalnim kulturama.[18]

Kritika doktrine kulturnog relativizma ističe da se ovo učenje koristi, između ostalog, za političke ili ideološke svrhe, kao opravdanje za opresivne režime ili autoritarne vlade.[19] Otuda se, ponekad, kulturne specifičnosti zloupotrebljavaju i od njih se stvara ideologija.[20] Jedna od slabosti dokrine kulturnog relativizma je pogrešno uopštavanje, odnosno zanemarivanje relevantnih razlika. Govori se o kulturi „Istoka“ i kulturi „Zapada“ kao monolitnim i homogenim tvorevinama. Govori se o kulturi

[16] A. Pollis, op.cit. str. 316
[17] N.A.Engelhart, op. cit. str. 549
[18] B. Ibhawoh, op. cit, str. 838
[19] N.A.Engelhart, op. cit. str. 549, S. Harris-Short, op. cit. str. 132
[20] A. Marfording, op.cit. str. 433

Azije ili kulturi Afrike.[21] Ili se govori o religijama kao monolitnim i homogenim učenjima. Religije i tradicije su uvek složene i uključuju različite pravce i učenja. Konfudžijanizam uključuje različite pravce od kojih neki filozofski individualizam, duh slobodnog istraživanja i kritiku zloupotrebe vlasti od strane despotskih vladara.[22] Budizam nije neprijatelj ljudskih prava. Oslanja se na individualizam – svaka osoba treba da nađe svoj put do nirvane. Odbacuje dogmu i tiraniju većine. Neka savremena ljudska prava bi mogla da budu derivirana iz budizma.[23] Slabost ovog učenja je što gleda na kulturu kao na statičnu i nepromenjivu kategoriju.[24] Ovo je veoma važno, jer mnogo toga što danas postoji u kulturama nekih afričkih ili azijskih naroda, kao što je, na primer, inferiorna društvena pozicija žene ili život u velikim patrijarhalnim porodicama, postojalo je ne tako davno u kultiri evropskih naroda.

Suprotna učenju kulturnog relativizma je doktrina univerzalnih ljudskih prava. Ona nalazi svoje uporište u učenju prirodnopravne škole o univerzalnosti ljudske prirode. Prema doktrini prirodnog prava, ljudska prava su neodvojivi deo ljudskog integriteta i dostojanstva.[25] Sledbenik ovog učenja, sudija Tanaka kaže: „Načelo zaštite ljudskih prava je izvedeno iz koncepta čoveka kao ličnosti i njegovog odnosa sa društvom koji se ne može odvojiti od univerzalne ljudske prirode.“[26] Sudija Rozalin Higins je ovu tezu razvila na sledeći nači: „Ljudska pravu su prava koja se poseduju jednostavno na osnovu toga što je neko ljudsko biće. Ona su neodvojivi deo integriteta i dostojanstva ljudskog bića. Ona su tako prava koja ne mogu biti data ili povučena voljom bilo kog domaćeg pravnog sistema. I, iako se ona mogu većinom najdelotvornije implementirati preko domaćeg pravnog sistema, ovaj sistem nije izvor prava. Međunarodno pravo ljudskih prava je izvor obaveza, uprkos tome što se obaveza reflektuje u sadržaju domaćeg prava. Sledi dalje da će pravo biti jednako u svim različitim jurisdikcijama; ostala zakonska prava, iako su prisutna u većini pravnih sistema, će zavisiti u pogledu svoje suštine i formulacije od domaćeg sistema.“[27] Ona kaže dalje: „Ja duboko verujem u univerzal-

---

[21] B. Ibhawoh, op. cit, str. 841

[22] N.A.Engelhart, op. cit. str. 560

[23] J. M. Peek, op. cit. str. 539.

[24] N.A.Engelhart, op. cit. str. 564, B. Ibhawoh, op. cit, str. 841, A-B. S. Pries, op. cit. str. 289

[25] . J. Donnelli, op. cit. str. 391

[26] *South West Africa*, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966, str. 297. http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3

[27] R. Higgins, Problems and Process, International Law and How We Use It, Oxford, 2003, str.96.

nost ljudskog duha. Svuda pojedinci žele iste stvari: da imaju dovoljno hrane i sklonište; da im je omogućeno da govore slobodno; da vrše svoju religiju ili da mogu da ne prihvate religiozno verovanje; da osećaju da njihovu ličnost ne ugrožava država; da znaju da neće biti mučeni ili zatvoreni bez optužbe, i da će, ako su optuženi, imati pošteno suđenje. Verujem da nema ničega u ovim aspiracijama što zavisi od kulture, ili religije, ili stupnja razvoja.“[28] Ova stanovišta su, dakle, potpuno suprotna doktrini kulturnog relativizma. Prema ovom pristupu ljudska priroda je univerzalna i istovetna te su otuda ljudske aspiracije jednake i nezavisne od kulture ili religije.

Obe doktrine, dakle i doktrina kulturnog relativizma i doktrina univerzalizma ljudskih prava, javljaju se u radikalnim i umerenim varijantama. Radikalne varijante zastupaju, naravno, potpuno suprotne stavove o značaju kulture u određivanju ljudskih prava. Radikalni kulturni relativizam smatra da je kultura isključiva determinanta ljudskih prava i, suprotno, radikalni univerzalizam negira bilo kakav uticaj kulture na definisanje ljudskih prava.[29] Postoje, naravno, umerene varijante koje pridaju manji i veći značaj kulturi u određivanju ljudskih prava. Bankokška Deklaracija, usvojena na regionalnom sastanku azijskih zemalja, koji je prethodio Svetskoj konferenciji o ljudskim pravima 1993. godine, priznaje da su ljudska prava po svojoj prirodi univerzalna ali da pri njihovom normiranju treba da se imaju u vidu značajne nacionalne i regionalne posebnosti i različite istorijske, kulturne i religijske osnove.[30] Ovakav stav je prihvatila i Svetska konferencija o ljudskim pravima, održana u Beču 25. juna 1993. godine.[31]

4. Pokušaj definisanja pojma ljudskih prava

Ljudska prava mogu da se definišu kao pravna artikulacija mogućnosti i spremnosti društva da zadovolji potrebe i aspiracije svih pojedinaca. Sva tri elementa ove definicije: potrebe i aspracije pojedinaca, mogućnost i, naročito, spremnost društa da zadovolji te potrebe i aspracije i

[28] Higgins, op. cit. str. 97

[29] J. Donnelly, op. cit. str. 400

[30] Navedeno prema, H. Samuels, op.cit, str. 710

[31] U tački 5 Bečke dekleracije i programa akcije stoji: „Sva ljudska prava su univerzalna, nedeljiva i međuzavisna i povezana. Iako se značaj nacionalnih i regionalnih posebnosti i različitih istorijskih, kulturnih i religijskih osnova mora imati u vidu, države su dužne, bez obzira na političkie, ekonosmke i kulturne sisteme, da unapređuju i štite sva ljudska prava i slobode.“

pravna artikulacija te spremnosti su, u izvesnoj meri, određeni kulturom. Pojedinac se razvija i izražava kroz obrasce kulture u kojoj živi. Usmerenost društva na potrebe i želje pojedinaca i spremnost društva da ih zadovolji su određeni osnovnim vrednostima tog društva. Pravno izražavanje ove spremnosti je uslovljeno pravnim tradicijama tog društva. Treba imati u vidu da ni jedan od tri elementa definisanja ljudskih prava nije statičan, nepromenjiv. Sva tri elementa su podložna bržim ili sporijim promenama. Sva tri elementa imaju međunarodnu dimenziju. Sa obzirom na rastuću povezanost i procese globalizacije ljudske potrebe i htenja ne moraju nužno i isključivo da budu određene lokalnim kulturnim obrascima. Društvo nije više potpuno samostalno u određivanju svoje spremnosti da zadovolji individualne potrebe i aspiracije, niti je potpuno samostalno u pravnom aranžiranju ove spremnosti. Pored spremnosti društva da zadovolji individualne potrebe i prohteve, ljudska prava su dobila još jedan elemenat: spremnost međunarodne zajednice da zadovolji individualne zahteve.

Pravna artikulacija ove stvari se manifestuje u definisanju prava i sloboda pojedinaca, sa jedne strane, i u definisanju obaveza države sa druge strane te u uspostavljanju nacionalnih i međunarodnih institucija i postupaka za kontrolu izvršavanja obaveza. Izvršavajući svoje obaveze, država i međunarodna zajednica nameđu određene obaveze pojedincima, odnosno inkriminišu određena ponašanja kojima se krše ljudska prava.

Da li postoji nešto što je suštinski zajedničko svim različitim kulturama u pogledu ljudskih prava? Postoji nešto što je univerzalno prihvaćeno, makar na normativnom nivou, a to je poštovanje ljudskog dostojanstva. Ljudska priroda ili univerzalna ljudska priroda je koncept koji izmiče pravu. To je stvar psiholoških i antropoloških istraživanja. Dostojanstvo jeste pravna konstrukcija i označava vrednost, značaj, poštovanje ili rang koji država, odnosno međunarodna zajednica pridaje nečemu ili nekome. Sva društva imaju koncepte morala, pravde i ljudskog dostojanstva.[32]

Ljudsko dostojanstvo je univerzalna vrednost, dakle vrednost koju poštuju nacionalni pravni sistemi koji pripadaju različitim kulturama i religijama. Povelja Organizacije afričkog jedinstva iz 1963. godine navodi da su sloboda, jednakost, pravda i dostojanstvo najvažniji ciljevi afričkih naroda. Ustav NR Kine štiti lično dostojanstvo građana.[33] Arapska pove-

[32] A. Dundes Renteln, International Human Rights: Universalism v. Relativism, 19-90, navedeno prema A. Pollis, op. cit. str. 320

[33] Čl. 38 Ustava NR Kine iz 1982. godine glasi: „Lično dostojanstvo građana NR - Kine je nepovredivo....“

lja o ljudskim pravima iz 2004. godine, koja je stupila na snagu 2008. godine, polazi od ljudskog dostojanstva.[34] U zapadnoj filozofskoj i političkoj misli je moguće pratiti razvoj više koncepcija ljudskog dostojanstva od rimskih vremena.[35]Jedna je religiozna, urođeno ljudsko dostojanstvo potiče od Boga, čovek je sačinjen po zamisli Boga (po slici Boga) i čovek je jedino biće koje može da spozna i voli Boga, Bog je podario čoveku razum, dakle mogućnost da bira, itd.[36] U filozofiji, počev od doba prosvećenosti, koncept ljudskog dostojanstva se razvija u pravcu afirmacije čovekove autonomije, dakle kao sposobnost da se bude gospodar svoje sudbine i tvorac svoje budućnosti.[37] U politici se koncept ljudskog dostojanstva razvija kroz borbu protiv kršenja ljudskog dostojantva, borbu protiv ropstva kao najtežeg kršenja dostojanstva ili borbu za dostojanstvo u radu i sl.[38]

Način socijalnog i pravnog artikulisanja poštovanja ljudskog dostojanstva nije, međutim, sasvim bez uticaja kulture. Razlike postoje ne samo između država koje pripadaju različitim kulturama već i među državama koje pripadaju istoj kulturi. Neke od ovih razlika će biti eksplicirane u tekstu koji sledi.

Pravna analiza, koja sledi, treba da pokaže da li postoji i, ako postoji, u kom obimu postoji univezalni konsenzus u pogledu definisanja ljudskih prava i da li postoji spremnost za prihvatanje univerzalnih mehanizama kontrole poštovanje univerzalnih ljudskih prava. Univerzalni konsenzus u pogledu definisanja ljudskih prava može da se ispituje preko broja država koje su prihvatile univerzalne međunarodne ugovore o ljudskim pravima kao i preko obima njihove saglasnosti u pogledu tekstova ovih ugovora. Razlike u pogledu tekstova ugovora se manifestuju kroz rezerve na ugovore. Spremnost za prihvatnje univerzalnih mehanizama kontrole poštovanja univerzalnih ljudskih prava se manifestuje kroz spremnost država ugovornica da prihvate međunarodnu kontrolu bilo u obliku nadležnosti ekspertskih tela za individualne predstavke, bilo kroz prihvatanje nadležnosti Međunarodnog suda pravde. Sledeći korak u pogledu istraživanja postojanja

[34] Preambula Arapske povelje počinje rečima: „Arapska povelja o ljudskim pravima je zasnovana na veri arapske nacije u dostojanstvo ljudske ličnosti koju Bog uzdiže od početka stvaranja i u činjenici da je arapska domovina kolevka religija i civilizacija čije visoke ljudske vrednosti potvrđuju ljudsko pravo na častan život zasnovan na slobodi, pravdi i jednaksti.“ 12 Int'l Hum. Rts. Rep. 893 (2005), http://www1.umn.edu/humanrts /instree/loas2005.html?msource=UNWDEC19001&tr=y&auid=3337655

[35] Ch. McCrudden, Human Dingnity and Judicial Interpretation of Human Rights, The European Journal of International Law, Vol. 19, No. 4, 2008, str. 656

[36] Ibid. str. 658.

[37] Ibid. str. 659.

[38] Ibid. str. 661.

spremnosti za poštovanje univerzalnih ljudskih prava jeste ispitivanje spremnosti država ugovornica da uvaže opšte preporuke ekspertskih tela u pogledu tumačenja i primene ugovora.

5. Merenje univerzalnog konsenzusa u pogledu definisanja ljudskih prava

Merenje univerzalnog konsenzusa u pogledu definisanja ljudskih prava će biti izvršeno preko ispitivanja rezervi koje su države ugovornice stavile na univerzalne ugovore o ljudskim pravima kao i kroz prigovore na ove rezerve. Istraživanje će biti ograničeno na neke ugovore o onim ljudskim pravima, koji su naročito relevantni sa stanovišta kulturnog relativizma, sa obzirom da se u pogledu ljudskih prava, koja su njima zaštićena, mogu očekivati značajne razlike, uslovljene različitim kulturama. Biće ispitane rezerve stavljene na Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima od 16. decembra 1966. godine, Konvenciju o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena od 18. decembra 1979. godine i Konvenciju protiv mučenja i drugog okrutnog, nehumanog i ponižavajućeg postupanja i kažnjavanja od 10. decembra 1984. godine.

5.1. Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima

Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima je univerzalni kodeks građanskih i političkih prava, koji je stupio na snagu 23. marta 1976. godine.[39] Pripreme i pregovori o usvajanju ovog Pakta, kao i Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima trajali su dvadesetak godina, u uslovima blokovske podele i uspona pokreta nesvrstanih zemalja. Zato bi bilo vrlo teško prihvatiti da je jedna grupa zapadnih zemalja nametnula ovaj Pakt ostatku sveta. U septembru 2009. godine 164 države su strane ugovornice ovog Pakta.[40] Ujedinjene nacije imaju u isto vreme 192 države članice. Preko 85% država članica UN su strane ugovornice Pakta. Po broju država ugovornica i po učešću država iz svih regiona ovaj ugovor ima karakter univerzalnog ugovora, iako država sa najvećim brojem stanovnika, NR Kina nije ugovornica. Organizacija islamske konferencije obuhvata 57 država članica[41] od kojih je 50 strana

[39] United Nations, *Treaty Series*, vol. 999, str. 171

[40] http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter= 4&lang=en, Sajt posećen 13. septembra 2009. godine.

[41] http://www.oic-oci.org/member_states.asp

ugovornica Pakta. Dakle, preko 87% članica Organizacije islamske konferencije su ugovornice Pakta, iako među njima nije Saudijska Arabija. Od 164 države ugovornice Pakta 52 je stavila rezerve na Pakt. Među njima je 14 država članica Organizacije islamske konferencije. Velika većina država članica Organizacije islamske konferencije, dakle 36 članice je prihvatila Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima bez ikakvih izmena.

Ako se pogledaju rezerve koje su ugovornice stavile na pojedine propise Pakta i prigovori na rezerve, videće se da su razlozi rezervi i razlozi neprihvatanja rezervi motivisani različitim razlozima. Izvestan broj rezervi otkriva religiske razloge ne prihvatanja pojedinih odredbi Pakta, odnosno izvsnog pravnog dejstva Pakta. Egipat svojom načelnom i opštom izjavom nastoji da obezebdi da odredbe Pakta ne diraju u šerijatsko pravo. Neke druge države, članice Organizacije islamske konferencije su stavile rezeerve u pogledu konkretnih propisa Pakta. Alžir je rezervom na član 23(4) Pakta o jednakosti supružnika obezebdio da se njime ne dira u alžirko pravo. Bahrein je stavio rezervu na članove 3, 18 i 23 Pakta. Članom 3 Pakta ugovornice su se obavezale da obezbede jednako pravo muškarcima i ženama da uživaju sva građanska i politička prava, izložena u Paktu. Članom 18 Pakta je garantovana sloboda mišljenja, savesti i religije. Njime se garantuje i sloboda izbora religije ili verovanja te se zabranjuje prinudno nametanje religije i verovanja. Članom 23 Pakta se pruža zaštita porodici. Stavom 3. je predviđeno da se nijedan brak neće sklopiti bez slobodnog i potpunog pristanka onih koji stupaju u brak. Stavom 4. ugovornice su se obavezale da obezbede jednakost prava i odgovornosti supružnika u pogledu braka, za vreme braka i prilikom razvoda. Sadržaj rezerve čini tumačenje navedenih propisa na način da se njima ne dira u odredbe islamskog šerijata. Vlada Kuvajta u interpretativnoj izjavi u pogledu člana 23. Pakta kaže da je to pitanje uređeno kuvajtskim zakonom koji se zasniva na islamskom pravu i da će u slučaju sukoba, Kuvajt primeniti nacionalno pravo. Vlada Kuvajta je stavila rezervu na član 25 (b) Pakta kojim je garantovano univerzalno i jednako pravo glasa na izborima. Rezervom je ovo pravo ograničeno, saglasno kuvajtskom izbornom zakonu, na muškarce. Maldivi i Mauritanija su stavili rezervu na član 18 Pakta u smislu da se njime ne prejudicira Ustav Maldiva, odnosno islamski šerijat. Mauritanija je stavila rezervu i na član 23 (4) Pakta u pogledu jednakosti supružnika u smislu da se time ne dira u odredbe islamskog šerijata. Turska je rezervisala pravo da tumači i primenjuje propise člana 27. Pakta kojim se garantuju neka prava etničkim, verskim ili jezičkim manjinama, saglasno pravilima Ustava i Ugovora iz Lozane od 24. jula 1923. godine. Neke druge rezerve koje su stavile članice Organizacije

islamske konferencije nisu bile motivisane religijskim ili istorijskim razlozima. Ograničena finansijska sredstva su bila razlog da Gambija i Gvajana ograniče pravo na besplatnu pravnu pomoć. Zbog sličnih razloga je Bangladeš stavio neke rezerve.

Pojedine ugovornice su izrazile neslaganje sa ovim rezervama, stavljajući prigovore protiv njih. Australija, Austrija, Estonija, Letonije, Finska, Francuska, Irska, Kanada, Češka, Mađarska, Nemačka, Holandija, Portugal, Španija, Švedska, V. Britanija su stavili prigovor na rezervu Maldiva u pogledu člana 18. Pakta. Finska, Nemačka, Norveška, Holandija, Švedska su istakle prigovor na rezervu Kuvajta u pogledu člana 25(b) Pakta. Finska, Nemačka, Portugal, Švedska su stavile prigovor protiv rezerve Turske u pogledu člana 27. Pakta. Grčka, Letonija, Nemačka, Finska, Francuska, Holandija, Poljska, Portugal, Švedska, V. Britanija su stavile prigovor protiv rezreve Mauritanije u pogledu članova 18 i 23(4) Pakta. Letonija, Holandija jesu stavile prigovor na rezerve Bahreina. Stavljeni prigovori su obrazloženi time što su rezreve suprotne cilju i predmetu ugovora te su, saglasno Bečkoj konvenciji o pravu ugovora, zabranjene ili su neprihvatljive iz pravnotehničkih razloga zato što nisu precizno formulisane ili nisu stavljene u odgovrajućem trenutku itd. Države koje su stavile prigovore na rezerve su istakle da, uprkos prigovora, Pakt ostaje da važi između njih i država koje su stavile rezreve.

U rezerve, koje bi mogle da budu motivisane izvesnom tradicijom, može da se uvrsti rezerva Konga na član 11 Pakta kojim je zabranjeno lišavanje slobode zbog ne izvršavanja ugovornih obaveza a kojom je Kongo ostavio takvu mogućnost, koja je predviđena njegovim pravom u nekim slučajevima. Belgija je prigovorom izrazila neslaganje sa ovom rezervom. U ovu grupu bi mogle da se uvrste i rezerve Botsvane na član 7 Pakta. Članom 7 Pakta je zabranjeno mučenje, okrutno, nečovečno i ponižavajuće postupanje i kažnjavanje. Danska, Francuska, Irska, Holandija, Norveška, Portugal, Švedska, V. Britanija su stavile prigovor na rezervu Botsvane.

Pojedine rezerve su motivisane političkim razlozima. Indija je tumačila pravo na samoopredeljenje, garantovano članom 1 Pakta, da se odnosi samo na narode pod stranom dominacijom te da se ne odnosi na nezavisne, suverene države. Francuska i Pakistan su stavili prigovor na rezerevu Indije u pogledu prava naroda na samoopredeljenje, garantovano članom 1 Pakta. Avganistan, Bugarska, Mađarska, Mongolija, Rumunija, Ruska federacija, Sirija, Ukrajna i Vijetnam su stavile rezervu na član 48(1) Pakta, saglasno kome je Pakt otvoren za potpisivanje članicama UN, specijalizovanih agencija, Statuta Međunarodnog suda i onim državama koje Generalna skupština UN pozove da ga potpišu. Rezervom su istakle da ne prihvataju ove odredbe jer su suprotne načelu univerzalnosti

ugovora. Ovde spadaju i rezerve pojedinih arapskih država kojim žele da spreče da učestvovanje u istom ugovoru sa Izraelom znači priznavanje ove države.

Veliki broj rezervi je motivisan nastojanjem ugovornica da ne menjaju postojeće zakonodavstvo. U tom smislu Republika Koreja je stavila rezervu na član 22 Pakta, kojim se obezebeđuje sloboda udruživanja. Indija je stavila rezerve na član 9 Pakta, kojim se štiti sloboda i bezbednost ličnosti, u smislu da će se odredbe iz tog člana primenjivati saglasno indijskom ustavu. Ona je, takođe, rezervama istakla da će se odredbe članova 12, 19(3), 21 i 22 primenjivati saglasno ustavu Indije. Japan je rezervom isključio pripadnike vatrogasne službe iz slobode udruživanja, garantovane članom 22 (1) Pakta.

Neke rezerve su motivisane istorijskim razlozima.Npr. svojom rezervom na član 12(4) Pakta, kojim se obezebđuje da niko neće biti lišen arbitrerno prava na povratak u svoju zemlju, Austrija je uskratila dejstvo ove odredbe na proterivanje članova vladarske porodice Habsburga.

Značajan broj rezervi, pa i izvesno međusobno neslaganje u pogledu stavljenih rezervi je, došao od država koje pripadaju „zapadnoj" kulturi. Veći broj država je stavio rezerve na odredbe člana 10 (2,3) Pakta. Ovim odredbama se zahteva odvojen tretman optuženih i osuđenih lica kao i poseban tretman mlađih lica u krivičnom postupku i izdržavanja kazne. Australija, Austrija, Belgija, Danska, Finska, Island, Irska, Luksemburg, Holandija, Novi Zeland, Norveška, Švedska i V. Britanija su stavile rezerve na ove odredbe, ne odbacujući ih, već sužavajući njihovo dejstvo saglasno svojim propisima. Pojednini elementi člana14 Pakta, kojim se garantuje pravo na pravično suđenje su, takođe, bili predmet rezervi. Tako, na pojedine odredbe ovog člana rezerve su stavile Australija, Austrija, Belgija, Danska, Finska, Francuska, Island, Lihtenštajn, Malta, Monako, Novi Zeland, Norveška, Švedska i V. Britanija. Pojedine države su dejstva odredbi o slobodi mišljenja, mirnog okupljanja i udruživanja, garantovane članovima 19, 21 i 22 Pakta, rezervama izjednačile sa odgovarajućim odredbama iz Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Tako su postuple, na primer, Belgija, Francuska i Nemačka. U pogledu članova 19, 20, 21, i 22 kojima se obezbeđuje sloboda mišljenja, zabrana propagande rata, pravo na mirno okupljanje i udruživanje, Australija je rezervisala pravo da ne donosi nove propise o ovim pitanjima. Izrael je rezervom na član 23 koji se odnosi na zaštitu manjina obezebdio da se tim propisom ne dira u relevantne zakone Izraela. Ove rezerve nisu izazvale neslagenje i prigovore drugih država. Međutim, pojedine rezrve SAD su izazavale neslaganje i prigovore.

SAD su stavile rezerve na više članova Pakta. Članom 20 Pakta je predvuđeno da se svaka propaganda rata kao i svako zagovaranje nacionalne, rasne ili verske mržnje koja čini podsticaj na diskriminaciju, neprijateljstvo ili nasilje zabrani zakonom. Svojom rezervom SAD su tumačile ove propise tako da oni ne zahtevaju legislaciju ili drugu akciju koja bi ograničila slobodu govora i udruživanja, zaštićenu Ustavom i zakonima SAD. Člana 6 (5) Pakta je predviđeno da se smrtna kazna neće izvršiti za zločine koje je počinilo lice mlađe od 18 godina. SAD su rezervom odredile da mogu da izvrše smrtnu kaznu i nad licem koje je počinilo zločin kada je bilo mlađe od 18 godina. SAD su dejstvo člana 7 Pakta kojim je zabranjeno okrutno, nehumano ili ponižavajuće postupanje ili kažnjavanje ograničile na okrutno ili neuobičajeno postupanje ili kažnjavanje, zabranjeno Petim, Osmim i/ili Četrnaestim amandmanom na Ustav SAD. Dejstvo poslednje rečenice člana 15 (1) Pakta, koja predviđa primenu lakše kazne na počinioca krivičnog dela ako je zakon promenjen u tom pravcu po izvršenju krivičnog dela je isključeno rezervom. Članovima 10 (2,b, 3) i 14 (4) Pakta predviđeno je povoljnije postupanje u krivičnim postupcima prema mladim osobama. SAD su prihvatile ove propise ali su rezervisale pravo da u izuzetnim situacijama tretiraju mlade osobe kao odrasle. Venecuela je stavila rezervu na član 14 (3d).

Belgija, Danska, Finska, Francuska, Nemačka, Italija, Holandija, Norveška, Portugalija, Španija su istakle prigovor na rezerevu u vezi smrtne kazne za zločine izvršena pre 18. godine kao nespojivu sa propisima Pakta. Finska, Nemačka, Italija, Holandija, Norveška, Portugalija, Španija su stavile prigovore na rezerevu SAD u pogledu člana 7 Pakta u vezi okrutnog, nehumanog i ponižavajućeg postupanja i kažnjavanja ističući da se nacionalnim propisom ne može ograničiti dejstvo međunarodnog propisa. Švedska je stavila prigovore protiv svih rezervi SAD.

5.2. Konvencija o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena

Konvencija o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena od 18. decembra 1979. godine [42] je stupila na snagu 3. septembra 1981. godine. Rad na pripremi Konvencije počeo je sedamdesetih godina u okviru Komisije o statusu žena, koju je osnovao Ekonomski i socijalni savet UN.[43]

[42] United Nations, *Treaty Series* , vol. 1249, str. 13.

[43] J.A. Minor, An Analysis of Structural Weaknesses in the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination of Women, Columbia Journal for Gender and Law, 24(1994-1995), 137-153.

Rad na pripremi Konvencije je završen u relativno kratkom vremenu i Konvencija je stupila na snagu u roku od nepune dve godine. Konvencija je obavezivala u septembru 2009. godine 186 država ugovornica[44] od kojih su 51 članica Organizacije islamske konferencije. Preko 96% članica UN i preko 89% članica Organizacije islamske konferencije su ugovornice Konvencije. Reč je, zaista, o univerzalnom ugovoru. Rezerve su stavile 61 ugovornica među kojima je 25 članica Organizacije islamske konferencije. Međutim, 13 ugovornica je rezervom isključilo nadležnost Međunarodnog suda pravde i nije menjalo formulacije ostalih odredbi. Među ovima su dve članice Organizacije islamske konferencije. Dakle, 28 članica Organizacije islamske konferencije je prihvatilo materijalne propise Konvencije bez rezervi.

Rezerve stavljene na propise ove Konvencije kao i prigovori na rezerve su motivisane različitim razlozima, među koje spadaju, između ostalog, religije, običaji, tradicija i ekonomski razlozi.

Neke ugovornice, članice Organizacije islamske konferencije, kao Brunei, Mauritanija, Oman, Pakistan, Saudijska Arabija i Tunis su stavile opštu i načelnu rezervu da svi propisi Konvencije koji su suprotni ustavima ovih država, odnosno islamskom šerijatu neće proizvoditi dejstvo. Druge ugovornice, članice ove Organizacije, su stavile rezerve na određene propise Konvencije. Rezerve su stavljene na članove 2, 9 (2), 15 (4) i 16. Članom 2 Konvencije ugovornice su se obavezale da vode politiku eliminisanja diskriminacije žena. U tom cilju, one su se obavezale da unesu u svoje ustave ili drugu odgovarajuću legislativu načelo jednakosti muškaraca i žena i da obezbede putem prava ostvarivanje ovog načela. One su se obavezale, takođe, da promene ili ukinu postojeće zakone, pravila, običaje i praksu koja čini diskriminaciju žena. Članom 9 (2) Konvencije je predvuđeno da će ugovornice dati ženama prava jednaka pravima muškaraca u pogledu državljanstva dece. Članom 15 (4) Konvencije je predviđeno da ugovornice daju muškarcima i ženama ista prava, utvrđena zakonom, u pogledu kretanja lica i slobode izbora mesta prebivanja i stanovanja. Članom 16 Konvencije su garantovana jednaka prava supružnika u pogledu braka i porodičnih odnosa. Naročito su garantovana ista prava u pogledu stupanja u brak, ista prava u pogledu slobodnog izbora supružnika te da stupe u brak jedino potpuno slobodnim pristankom, ista prava za vreme braka i u slučaju rastave, ista prava roditelja, ista prava da odlučuju o broju dece, itd. Stavljenim rezervama se isključuju ona dejstva navedenih propisa koja su suprotna odredbama islamskog

[44] http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&-chapter= 4&lang=en

šerijata. Ovakve rezreve je stavio Alžir, Bahrein, Egipt, Irak, Jordan, Kuvajt, Malezija, Maroko, Niger, Katar, Sirija i Ujedinjeni Arapski Emirati. Bangladeš je stavio rezervu na član 2. Liban je stavio rezervu na članove 9(2) i 16. Libija je stavila rezerve na članove 2 i 16. Turska je stavila rezerve na članoce 9(2), 15(4) i 16.

Prigovore na ove rezerve su stavile Austrija, Kanada, Danska, Estonija, Finska, Francuska, Nemačka, Grčka, Irska, Italija, Letonija, Meksiko, Holandija, Norveška, Poljska, Portugal, Rumunija, Španija, Švedksa i Velika Britanija. Razlozi rezervi su nespojivost rezervi sa predmetom i ciljem Konvencije ili formulisanje rezervi na opšti način. Ni jedna od država koja je stavila prigovor na rezerve nije isključila važenje Konvencije u odnosima sa državama na čije rezreve je stavila prigovore.

Multikulturalnost indijskog društva je razlog izjava Indije u pogledu članova 5(a) i 16(1,2) Konvencije, koje imaju karakter rezervi. Propisom iz člana 5(a) Konvencije ugovornice su se obavezale da preduzmu odgovarajuće mere da promene socijalne i kulturne obrasce ponašanja muškaraca i žena, u cilju eliminisanja predrasuda i običaja i svake druge prakse koji su zasnovani na ideji inferiornosti ili superiornosti polova ili na stereotipnim ulogama žena i muškaraca. Indija je izjavila da će se pridržavati navedenih propisa Konvencije saglasno svojoj politici nemešanja u lične stvari svake zajednice bez njene inicijative i saglasnosti. U pogledu obaveze registrovanja braka, Indija je izjavila da ona to načelno podržava ali da takva obaveza nije ostvariva u velikoj zemlji kao što je Indija sa mnoštvom različitih običaja, religija i nivoa pismenosti.

Rezerve Republike Koreja su motivisane, takođe, razlozima tradicije. Republika Koreja je izuzela svojim rezervama od dejstva pojedinih propisa članova 9. i 16. Ovde treba pomenuti, takođe, da su Japan i NR Kina ugovornice ove Konvencije i da je NR Kina rezervom jedino isključila nadležnost Međunarodnog suda pravde za međudržavne sporove u pogledu tumačenja i primene Konvencije. Religijski razlozi su razlog rezerve Izraela na član 7(b) Konvencije u vezi imenovanja žena da služe kao sudije religioznih sudova sa obzirom da to zabranjuju religiozni propisi svih religioznih zajednica u Izraelu. Zbog istog razloga Izrael je stavio rezervu i na član 16 Konvencije. Razlozi tradicije su u osnovi rezerve Francuske i Švajcarske na član 16 Konvencije u vezi prava izbora porodičnog imena.

Posebna dinastička pravila o nasleđivanju prestola su, takođe, bila razlog rezervi koje su stavili Lesoto, Lihtenštajn, Luksemburg, Monako i V. Britanija.

Pojedine rezerve u vezi člana 11 Konvencije su motivisane ekonomskim razlozima. Australija se rezervom izuzela od obaveze da obezbedi

plaćeno odsustvo za vreme materinstva. Austrija je stavila rezervu na taj član u vezi noćnog rada žena.Irska je rezervom na član 11 Konvencije izjednačila svoje obaveze po osnovu ovog člana sa obavezama koje ima na osnovu komunitarnog prava. V. Britanija je rezervom na ovaj član želela da sačuva svoj penzioni i socijalni sistem.

5.3. Konvencija protiv torture i drugog okrutnog, nehumanog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja

Konvencija protiv torture i drugog okrutnog, nehumanog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja od 10. decembra 1984. godine je stupila na snagu 26. juna 1987. godine.[45] U septembru 2009. godine, bilo je 146 država ugovornica ove Konvencije od kojih je 45 članica Organizacije islamske konferencije. Dakle, 76% članica UN i skoro 79% članica Organizacije islamske konferencije su ugovornice ove Konvencije. Bez obzira na relativno manji broj ugovornica u ovoj Konvencije, on spada svakako u univerzalne ugovore o ljudskim pravima jer obuhvata ugovornice iz svih regiona, dakle države koje pripadaju različitim kulturama. NR Kina je ugovornica ove Konvencije. Rezerve na pojedine propise Konvencije stavilo je 28 ugovornica od kojih je 12 članica Organizacije islamske konferencije. Na proceduralne propise koji se tiču nadležnosti Komiteta protiv torture i nadležnosti Međunarodnog suda pravde rezerve je stavilo 19 država, među kojima je 10 članica Organizacije islamske konferencije. Dakle, 43 članice Organizacije islamske konferencije je prihvatilo Konvenciju bez promena materijalnih propisa.

Kao i u slučaju prethodne dve konvencije, i u slučaju ove Konvencije, rezerve su motivisane različitim razlozima, kao što je religija ili nacionalni pravni sistem.

Katar je, tako, stavio jednu opštu rezervu protiv svakog tumačenja propisa Konvencije koje je nespojivo sa odredbama islamskog prava i islamske religije. Bangladeš je svojom rezervom ustanovio pravo da član 14 (1) Konvencije primenjuje saglasno svom nacionalnom pravu. Članom 14 (1) se zahteva da ugovornica obezbedi u svom pravnom sistemu da žrtve torture dobiju obeštećenje.

Finska, Francuska, Španija i Švedska su stavile prigovore na rezerve Bangladeša i Katara. Nemačka, Luksemburg, Holandija i Norveška su stavile prigovor na rezervu Katara. Ni jedna od država koje su stavile prigovor na rezervu nisu time isključile važenje Konvencije između sebe i države koja je stavila rezervu.

[45] United Nations, *Treaty Series* , vol. 1465, str. 85

Više rezervi je motivisano namerom ugovornica da prihvatanje Konvencije ne rezultira u promenama nacionalnog zakonodavstva. Botsvana je ograničila značenje „torture," definisano u Konvencijim, odredbom sadržanom u njenom Ustavu. Danska, Norveška, Švedska su stavile prigovor na ovu rezervu. Tajland je svojom interpretatavnom izjavom izrazio nameru da termin „tortura," te kažnjive akte, kako su oni utvrđeni Konvencijom, i nadležnost ugovornica za kažnjavanje ovih akata, tumači saglasno svom krivičnom zakonu.Obećao je, međutim, da će svoje nacionalno pravo uskladiti sa Konvencijom kada se za to ukaže prva prilika. Švedska je prigovorila protiv ove izjave Tajlanda. Austrija je izjavila da je spremna da sudi počiniocu zabranjenog akta učinjenog protiv njenog državljanina, kako je to predviđeno članom 5 (1c) Konvencije, jedino ako utvrdi da država na čijoj teritoriji je akt učinjen (članu 5 (1a) Konvencije) i država čiji državljanin je počinio tak akt (član 5 (1b) Konvencije) neće vršiti progon i kažnjavanje. Svojom rezervom Čile je obezbedio da će u odnosima sa američkim državama, ugovornicama Međuameričke konvencije o sprečavanju i kažnjavanju torture, primenjivati tu Konvenciju u slučajevima kada je ona nesaglasna sa odredbama univerzalne Konvencije. Ekvador je rezervom isključio ekstradiciju svojih državljana, sa obzirom da je to suprotno njegovom Ustavu. Novi Zeland je rezervom obezbedio da pravo na kompenzaciju žrtava torture ostane u okviru diskrecione ocene opšteg pravobranioca Novog Zelanda.

SAD su stavile rezerve na članove 1, 14 i 16 Konvencije. Rezervom na član 1 Konvencije je definicija torture, sadržana u tom članu, saobražena definiciji torture u nacionalnom pravu SAD. Rezervom na član 14, kojim se zahteva da ugovornice u svojim pravnim sistemima obezbede da žrtve torture budu obeštećene, SAD su precizirale da one obezbeđuju privatnu tužbu za naknadu štete za akte torture koji su se desili na teritoriji pod njihovom jurisdikcijom. Rezervom na član 16, kojim su ugovornice obavezale da spreče okrutno, nehumano ili ponižavajuće postupanje ili kažnjavanje, SAD su ograničile značenje ovih termina tako da budu saglasni Petom, Osmom i/ili Četrnaestom amandmanu na Ustav SAD. Finska, Holandija i Švedska su stavile prigovore na ove rezerve.

5.4. Obim univerzalnog konsenzusa u pogledu definisanja ljudskih prava

Broj država koje su prihvatile tri posmatrane konvencije kreće se od 186 do 146. Zanimljivo je da je najveći broj, dakle 186 država prihvatilo Konvenciju o eliminisanju svih obila diskriminacija žena, dakle Konvenciju za koju se moglo očekivati sa stanovišta kulturnog relativi-

zma da će biti najspornija. Među državama ugovornicama ove tri konvencije nalaze se države iz svih regiona, države koje pripadaju svim različitim kulturama. Dakle, nema neke regije, kuture, i u okviru toga religije, koja sprečava države koje im pripadaju da prihvate univerzalna ljudska prava.

Ugovornice su stavile veliki broj rezervi na odredbe pomenutih konvencija kao i jedan broj prigovora ne rezerve. Rezerve su motivisane različitim razlozima, kao što su religija, tradicija, običaji, postojeće nacionalno pravo, istorijski razlozi ili ekonomske mogućnosti. Prigovori na rezerve su motivisani pravno-tehničkim razlozima, dakle time što rezerve nisu precizno definisane te je nemoguće utvrditi tačno njihovo dejstvo ili suštinskim razlozima, dakle mišljenjem da su rezerve suprotne predmetu i cilju ugovora. Međutim, ni jedna država koja je stavila prigovor na rezrve nije njime isključila važenje ugovora između nje i države koja je stavila rezreve. Dakle, i države koje su stavile prigovor na rezreve smatraju da je univerzalno učešće u ugovorima o ljudskim pravima važnije od neslaganja koje postoji u pogledu nekih rezervi.

Učinjene rezerve i prigovori na rezerve otkrivaju razlike u pogledu definisanja ljudskih prava ne samo između država koje pripadaju različitim kulturama, na primer između članica Organizacije islamske konferencije i evropskih država, već i između država koje pripadaju istoj kulturi, na primer, između evropskih država i SAD. Takođe, uočljiva je razlika koja u tom pogledu postoji između članica Organizacije islamske konferencije. Veliki broj članica ove Organizacije je prihvatio univerzalne ugovore o ljudskim pravima bez ikakvih rezervi a članice koje su stavile rezerve nisu to učinile na isti način i na iste odredbe ovih ugovora. Ovo pokazuje da se ne može govoriti o kulturi, pa ni o religiji, kao o monolitnom činiocu koji svuda i jednako opredeljuje ljudska prava. Pre će biti da je reč o heterogenim, kompleksnim tvorevinama, te da njihov uticaj na ljudska prava zavisi od pozicije tog činioca u socijalnoj strukturi jednog društva. Jednako je za sve države, kako one koje pripadaju hrišćanskom svetu, tako i one koje pripadaju islamskom svetu, da religija nema istu poziciju u društvu te da u zavinosti od svoje pozicije u društvu religija vrši manji ili veći uticaj na definisanje ljudskih prava.

Sa stanovišta kulturnog relativizma moglo bi da se tvrdi da sve razlike među državama u pogledu definisanja ljudskih prava, a na koje upućuju rezerve i prigovori, nemaju isti značaj. Neke od njih ukazuju na manje važne razlike u pogledu definisanja ljudskih prava, dok druge ukazju na suštinske razlike koje su uzrokovane suštinskim razlikama između kultura. U drugu grupu rezervi bi spadala, na primer, rezerva na član 18 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima kojima se sloboda mišljenja, savesti i

religije ograničava šerijatskim pravom. Sa stanovišta zapadne kulture jedna od osnovnih ljudskih potreba je potreba za slobodom i sloboda pojedinca je ishodište te kulture. Suština ove slobode je sloboda izbora. To je nešto što spada u temelje zapadne kulture.

Gornja analiza rezervi otkriva, takođe, ne samo da se kultura ili religija ne mogu posmatrati kao monolitni, homogeni činiocu koji opredeljuju ljudska prava već, takođe, da ne mogu da se posmatraju kao sta-tični, nepromenjivi činioci Istorijsko iskustvo država opredeljuje poziciju religije u društvu i uticaj religije na ljudska prava. U tom smislu je zanimljivo da članice Oragnizacije islamske konferencije, koje su bile nekada federalne jedinice SSSR-a, prihvataju univerzalne ugovore o ljudskim pravima bez ikakvih rezervi. Albanija nije, takođe, stavila rezerve na ove ugovore. Takođe, rezerve koje je stavila Turska su uzrokovane nekim više istorijskim ili političkim razlozima nego religijom.

6. Spremnost za prihvatanje univerzalnih mehanizama kontrole poštovanje univerzalnih ljudskih prava

Postizanje univerzalne saglasnosti oko definisanja ljudskih prava je prvi korak. Spremnost država da prihvate univerzalna ljudska prava može, međutim, dalje da se meri njihovom spremnošću da prihvate univerzalne mehanizme za kontrolu poštovanja ljudskih prava. Rečeno je već da se spremnost u pogledu prihvatanja univerzalnih mehanizama kontrole poštovanja ljudskih prava izražava kroz spremnost država ugovornica da prihvate međunarodnu kontrolu bilo u obliku nadležnosti ekspertskih tela za individualne predstavke, bilo kroz prihvatanje nadležnosti Međunarodnog suda pravde.

Svim univerzalnim ugovorima o ljudskim pravima, izuzev dva međunarodna pakta o građanskim i političkim pravima, odnosno ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, je ustanovljena nadležnost Međunarodnog suda pravde za rešavanje sprova između država ugovornica o tumačenju i primeni ovih ugovora. Ukoliko jedna ugovornica smatra da druga krši obaveze, preuzete ovim ugovorima, ona može da pokrene postupak pred Međunarodnim sudom pravde radi utvrđivanja odgovornosti ugovornice koja krši obaveze. Ugovornica može, međutim, rezervom da isključi važenje propisa ugovora o nadležnosti Međunarodnog suda pravde u odnosima sa drugim ugovornicama.

Od 186 članica Konvencije o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena, 40 je rezervom isključilo nadležnost Međunarodnog suda pravde,

dakle 146 ugovornica je prihvatilo ovu nadležnost. Među ugovornicama koje su rezervom isključile nadležnost Međunarodnog suda pravde je 18 članica Organizacije islamske konferencije. To znači da je 33 članice Organizacije islamske konferencije prihvatilo nadležnot Međunarodnog suda pravde za sporove u pogledu tumačenja i primene ove Konvencije. Izraženo u procentima, to znači da je 76% članica UN i 57% članica Organizacije islamske konferencije prihvatilo nadležnost Međunarodnog suda pravde.

Od 146 država ugovornica Konvencije protiv torture i drugog okrutnog, nehumanog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja 18 je rezervom isključilo nadležnost Međunarodnog suda pravde, dakle 128 ugovornica je prihvatilo nadležnost. Od ovih 18 ugovornica 7 je članica Organizacije islamske konferencije, dakle 38 članica je prihvatilo nadležnost. U procentima iskazano to znači da je preko 66% članica UN i isti toliki procenat članica Organizacije islamske konferencije prihvatio nadležnost Međunarodnog suda.

Sledeći oblik spoljne univerzalne kontrole poštovanja univerzalnih ljudskih prava se ostvaruje preko nadležnosti ekspertskih komiteta. Ekspertski komiteti imaju, obično, više nadležnosti. Prva se sastoji u razmatranju periodičnih izveštaja koje podnose države članice o implementaciji i primeni ugovora. Ova nadležnost je obavezna za sve države članice. Postoje i dve fakultativne nadležnosti: nadležnost za rešavanje sporova između država ugovornica u pogledu tumačenja i primene konvencije i nadležnost za rešavanje individualnih predstavki u vezi kršenja garantovanih prava u konkretnim slučajevima.

Od 186 ugovornica Konvencije o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena, 98 je prihvatilo Opcioni protokol uz ovu Konvenciju iz 1999. godine, kojim je ustanovljena nadležnost Komiteta za eliminisanje diskriminacije žena za individualne predstavke.Među njima je 20 članica Organizacije islamske konferencije. Izraženo u procentima ovo znači da je 51% članica UN i 35% članica Organizacije islamske konferencije prihvatilo ovu nadležnost.

Od 146 ugovornica Konvencije protiv torture i drugog okrutnog, nehumanog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja 64 ugovornice je prihvatilo nadležnost Komiteta protiv torture za individualne predstavke.[46] Među njima je devet članica Organizacije islamske konferencije. U procentima ovo znači da je 33% članica UN i preko 15% članica Organizacije islamske konferencije prihvatilo ovu nadležnost.

[46] http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/index.htm

Očigleda je razlika u spremnosti ugovornica u pogledu prihvatanja nadležnosti Međunarodnog suda pravde za međudržavne sporove, sa jedne strane, i spremnosti ugovornica za prihvatanje nadležnosti ekspertskih komiteta za individualne predstavke, sa druge strane. Nadležnost Međunarodnog suda pravde je prihvatilo 146 ugovornica Konvencije o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena, od kojih 38 članica Organizacije islamske konferencije, dok je nadležnost Komiteta za eliminisanje diskriminacije žena prihvatilo samo 98 ugovornica od kojih 20 članica Organizacija islamske konferencije. Slična je razlika i u pogledu drugog ugovora. Istina je da se ne događa često da država pokrene postupak pred Međunarodnim sudom pravde protiv druge države zbog kršenja ugovora.[47] Ali, ni broj individualnih predstavki podnetih ekspertskim komitetima nije veliki. Do septembra 2009. godine, samo deset predstavki je podneto Komitetu za eliminisanje diskriminacije žena. [48] Komitet protiv torture je primo u ovom periodu 391 predstavku. [49] Ovde treba dodati da je velika većina ovih predstavki podnetih protiv evropskih država. Jedna predstavka je podneta Komitetu za eliminisanje diskriminacije žena protiv jedne članice Organizacije islamske konferencije. Ukupno 16 predstvaki je podneto Komitetu protiv torture protiv 6 članica Organizacije islamske konferencije.

Objašnjenje razlika u pogledu spremnosti ugovornica za prihvatanje nadležnosti Međunarodnog suda pravde i nadležnosti ekpertskih komiteta za individualne predstavke se može tražiti u različitim spremnostima Međunarodnog suda pravde i ekspertskih komiteta u pogledu poštovanja volje ugovornica u formulisanju univerzalnih ljudskih prava. Ekspertski komiteti su pokazali manju spremnost da poštuju volju ugovornica izraženu putem rezervi. Oni se ne ustežu da ispituju da li su rezerve u skladu sa predmetom i ciljem ugovora te da konstatuju da nisu. Međunarodni sud pravde se nije, do sada, upuštao u ovakva ispitivanja. Očigledno je da značajan broj ugovornica, i naročito značajan broj članica Oragnizacije islamske konferencije nema razumevanje za ovakav pristup ekspertskih tela. Ovaj zaključak se može potvrditi i sledećim činjenicama. Komitet za

[47] Na primer, Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia *v.* Russian Federation), Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium *v.* Senegal) , Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application : 2002) (Democratic Republic of the Congo *v.* Rwanda), Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia *v.* Serbia), Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro *v.* Belgium and others), Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina *v.* Serbia and Montenegro)

[48] http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/protocol/dec-views.htm

[49] http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/procedure.htm

eliminisanje diskriminacije žena[50] i Komitet za ljudska prava[51] su našli da je praksa poligamije suprotna pravu žena na jednakost sa muškarcima. Komitet za eliminsanje diskriminacije žena je uputio preporuku ugovornicama da ukinu ovu praksu. Prepruka je upućena u 18 ugovornica. Dve od njih su prihvatile ovu preporuku a jedna je pokazala spremnost da razmotri tu preporuku. Ostalih 15 ugovornica nije reagovalo.[52]

Možemo da zaključimo da je spremnost države da prihvati međunarod-ne mehanizme kontrole poštovanja ljudskih prava manja, a kada je u pitanju nadležnost ekspertskih komiteta za individualne predstavke, značajno manja u odnosu na spremnost da se prihvate univerzalne definicije ljudskih prava. Međutim, spremnost prihvatanja međunarodnih mehanizaama kontrole poštovanja ljudskih prava nije, načelno, određena kulturnim osobenostima države, u smislu da je neka kultura, odnosno religija prepreka ovom prihvatanju. Ipak, kada međunarodni mehanizmi kontrole nastoje da „nametnu“ formulacije univerzalnih ljudskih prava koje su suprotne religijskim tradicijama, ta spremnost je manja, naročito kada su u pitanju neke islamske zemlje.

7. Zaključna razmatranja

Analiza rezervi stavljenih na univerzalne ugovore o ljudskim pravima i prigovora na rezerve i analiza prihvatanja različitih mehanizama međunarodne kontrole izvršavanja ugovorenih obaveza nisu dovoljne za potpun odgovor na pitanje u kojoj su meri kulturne i religiozne razlike prepreka univerzalizaciji ljudskih prava, kako je to već rečeno na početku ovog teksta, jer pravna naliza nije dovoljna za celovit odgovor na to pitanje. Pored toga, sama pravna analiza, učinjena u ovom tekstu, nije potpuna. Trebalo bi da bude ispitana implementacija univerzalnih ugovora u nacionalna prava država koje pripadaju različitim kulturama kao i praksa primene propisa o ljudskim pravima u tim zemljama. Pravna analiza bi

[50] Opšta prepruka br. 21 (13. zasedanj, 1994) u General recommendations made by the Committee on the Elimination of Discrimination against Women, http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm.htm#recom21

[51] CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, General Comment No. 28, 29 March 2000, http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/13b02776122d4838802568b900360e80?Opendocument

[52] http://www.universalhumanrightsindex.org/hrsearch/search.do?categories=24&accessType=category&clusterCategory =category&lang=en&orderBy=country&currentPage=3

mogla biti dopunjena i analizom sličnosti i razlika koje postoje između univerzalnih ugovora o ljudskim pravima i regionalnih ugovora kao što su Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda iz 1950. godine, Američka konvencija o ljudskim pravima iz 1969. godine, Afrička povelja o ljudskim pravima i pravima naroda iz 1981. godine ili Arapska povelja o ljudskim pravima iz 2004. godine.

Ova dodatna pravna ispitivanja bi pokazala da postoje razlike koje nisu ispoljene kroz rezerve i prigovore, dakle razlike koje nastaju u procesu implementacije pojedinih odredbi univerzalnih ugovora u nacionalno pravo, razlike između regionalnih i univerzalnih ugovora i razlike u primeni pojedinih prava ili sloboda, garantovanih univerzalnim ugovorima. Uzmimo, na primer, pravo na život, koje je zaštićeno članom 6(1) Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima i koje je formulisano na sledeći način: „Svako ljudsko biće ima urođeno pravo na život. Ovo pravo će biti zaštićeno zakonom. Niko neće biti arbitrerno lišen života.“ Ako pogledamo određenje ovog prava u regionalnim ugovorima ili nacionalne implementacije ovog prava, videćemo značajne razlike. U nekim regionima i zemljama život se štiti od momenta začeća. U drugim zemljama život se štiti od momenta rođenja. Zemlje različito uređuju pitanje abortusa. Neke dozvoljavaju abortus jedino zbog medicinskih razloga a druge dozvoljavaju abortus i zbog socijalnih razloga. Država različito odgovaraju i na pitanje da li ovo pravo uključuje i pravo na dostojanstvenu smrt, odnosno pravo na eutanaziju. Postoje razlike u pogledu dozvoljenosti smrtne kazne. Veće razlike u pogledu ovih pitanja se javljaju između država sa većim uticajem religije na definisanje ljudskih prava i država sa manjim uticajem religije nego među državama koje pripadaju različitim religijama.

Uprkos nepotpunosti pravne analize i nepodobnosti pravne analize za davanje potpunog odgovora, rezultati ove analize osporavaju neke krute i opšte tvrdnje koje zastupaju zagovornici kulturnog relativizma. Oni pokazuju da ne postoji kultura ili religija koja isključuje ljudska prava ili koja isključuje čitavu vrstu ljudskih prava, kao što su, na primer, građanska i politička prava. Oni pokazuju, takođe, da je pogrešno ovo pitanje analizirati koristeći opšte kategorije kao što su „zapadna kultura,“ „liberalni individualizam,“ „kultura Azije,“ „islamske zemlje“ i posmatrati uticaj kulture, odnosno religije na ljudska prava kao nepromenjivu konstantu.

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

Cultural Relativism and Universalism of Human Rights: An Attempt of Legal Analysis

Abstract

Having asserted that there are substantial differences among regional cultures and having contended that the culture is an exclusive or predominant determinant of human rights, the doctrine of cultural relativism raised the issue whether are universal human rights really possible? The issue was raised by the American Anthropology Association during a discussion concerning preparation of the Universal Declaration on Human Rights. The American Anthropology Association considered that the Universal Declaration reflects western values and that it would not be acceptable in cultures of different values. The opposite doctrine, having its roots in the doctrines on natural law, on universal human nature and universal respect for human dignity, claim that human rights are universal by their nature. In spite of the fact that the law is a huge reduction of social reality and abstract legal norms may hide cultural influences to determination and realization of human rights, the legal analysis might contribute to the discourse between the two doctrines that has continued since fifties.

The acceptance of the three universal treaties on human rights, the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights, the 1979 International Convention on the Eliminations of All Forms of Discrimination against Women and the 1984 Convention against Torture, Cruel, Inhuman and Degrading Punishment and Treatment, reservations made to them, objections to these reservations and the acceptance of universal control mechanism over the respect of these treaties were analyzed.

Having in mind opinions of the advocates of the doctrine on cultural relativism that cultural differences are an obstacle for universal determination of civil and political rights, for universal determination of status of women and that different culture impose different modes of punishment, these three treaties were selected, as very relevant for the subject. The purpose of the analysis was to establish the differences among state parties to these treaties concerning determination and acceptance of human rights, which are caused by cultural differences.

Reservations and objections disclose certain differences in respect to formulation of human rights, guaranteed by these treaties. These differences

appear among state parties which adhere to different cultures and religions, but also they appear between state parties which adhere to the same culture or religion. It means there are differences in respect to formulation of human rights not only between state parties, which are members of the Organization of the Islamic Conference and European states, for example, than, also between the members of the Organization of the Islamic Conference themselves and among European states and the USA. Advocates of cultural relativism would observe that all noted differences are not of the same importance. Some of them reflect essential cultural differences, such as reservations that restrict freedoms of opinion, expression or religion by the provisions of Sharia law or reservations which limit effects of all provisions of the treaties by Sharia law. However, very small number of state parties enters such reservations. Majority of members of the Organization of the Islamic Conference did not make any reservation to these treaties. These members, which entered certain reservations, did not do this in the same manner neither they made reservations to the same provisions of the treaties. It means that various historical experiences of members of the Organization of the Islamic Conference determine the position of Islam religion in these states and religion's influence to determination of human rights. This statement is equally valid for state parties that adhere to other cultures and religions.

The readiness of state parties to accept external control over the respect of treaties is below the readiness to accept the treaties themselves. The number of state parties which accepted the jurisdiction of the International Court of Justice for disputes on interpretation and application of treaties is smaller than the number of state parties to these treaties. The number of state parties which accepted the jurisdiction of treaty bodies for individual complaints is especially smaller than the number of state parties to the treaties. However, the readiness of a state party to accept the external control is not determined by the culture to which this state party adheres. The Muslim states participate in equal proportion among other states accepting external control. Their readiness to accept the jurisdiction of treaty bodies for individual complaints is proportionally smaller, perhaps, due to the fact that treaty bodies tend to disrespect certain reservations, entered by some Muslim states.

The result of the analysis is that cultures in general and especially religions play certain role in determination of human rights but that cultures or religions cannot be considered as homogeny and static factors and that they are not an enormous obstacle for development of universal human rights.

Key words: human rights, cultural relativism, universalism, universal treaties on human rights, reservations, objections.

Originalni naučni rad 347.763:061.1EU

Dr Dušanka Đurđev, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

PRAVNO REGULISANJE ŽELEZNIČKOG PREVOZA PUTNIKA U EU

Sažetak: Evropski parlament i Savet su 23. oktobra 2007. doneli **Pravila o pravima i obavezama putnika u železničkom saobraćaju**.

Cilj Pravila je da pruži veća pravna sigurnost korisnicima železničkog prevoza, kako bi se podstakao i učinio atraktivnijim železnički saobraćaj.

Propisi o pravima i obavezama putnika će stvoriti evropsko pravo o putničkom železničkom saobraćaju. Ovo pravo će postojati paralelno sa međunarodnim pravom o putničkom železničkom saobraćaju koje je na snazi od 1. jula 2006, u obliku Jedinstvenih pravila CIV 1999., za većinu zemalja članica EU. Jedinstvena pravila CIV se ne odnose samo na regulisanje putničkog železničkog saobraćaja između zemalja članica EU, već isto tako regulišu i putnički saobraćaj sa susednim zemljama koje nisu članice EU, ukoliko su ove zemlje pristupile COTIF-u 1999, a samim tim i Jedinstvenim pravilima CIV.

Ključne reči: odgovornost za smrt i povredu putnika, Pravila o pravima i obavezama putnika u železničkom saobraćaju 2 007, COTIF 1999.

Uvod

Saobraćajna politika EU od poslednjih decenija prošlog veka pa do današnjih dana se može podeliti na dva perioda .

Prvi se odnosi na vreme od1991– 2000. godine a principi su sadržani je u Beloj knjizi EU (White paper on Common Transport Policy) kojima su definisani elementi novog transportnog sistema EU zasnovanog na

tri načela (Three I –interconnectivity, intermodality, interoperability (povezivost mreža, međugranska povezanost i unutargranska i međugranska povezanost usluga.)[1]

Drugi deo se odnosi na period od 2001–2o10 godine i definisan je u Beloj knjizi koja je nazvana Evropska saobraćajna politika do 2010– vreme za odlučivanje (**„European transport policy for 2010: time to decide").**[2] Sadrži oko 60 posebnih mera koje treba preduzeti na nivou Zajednice u okviru transportne politike. Smernice na osnovu kojih će se voditi politika su naročito revitalizacija železnice, poboljšanje u sektoru drumskog saobraćaja, podsticanje prevoza rekama i morem, izgradnja transevropske transportne mreže, politika efikasnih naknada u prevozu,podizanje kvaliteta usluga prevoza, istraživanje i tehnologija u službi čistog i efikasnog prevoza.

Zajedničkom saobraćajnom politikom je utvrđeno da se železnički saobraćaj do 2010. godine može oživeti i modernizovati i tako učiniti konkurentnim drumskom prevozu.

Kao dugoročni ciljevi postavljeni su otvaranje tržišta železničkih usluga, razvoj kabotažnog saobraćaja, izgradnja odgovarajuće železničke transportne infrastrukture, razdvajanje funkcija upravljanja i prevoza, podsticanje tržišnih zakonitosti u poslovanju železnica, integracija nacionalnih železničkih sistema u jedan evropski sistem i poboljšanje kvaliteta usluga.

Pravno regulisanje železničkog saobraćaja u Evropi

Priroda međunarodnog saobraćaja zahteva ujednačavanje pravila po kojima se on obavlja. Ovaj proces se vrši unifikacijom, čiji je cilj stvaranje potpuno jednoobraznih pravila i harmonizacijom kao usklađivanjem pravila koja nisu identična, ali imaju zajednički cilj. Za rezultate unifikacije i harmonizacije su zainteresovane ne samo države članice EU, već i treće zemlje koje nisu još ili u dogledno vreme neće biti njeni članovi, ali obavljaju prevoz sa privredni CIMa iz ovih država.

U Evropskoj uniji se donosi veliki broj propisa u vezi saobraćajne politike, pri čemu se znatan broj propisa odnosi na tehnička pitanja i bezbednosne uslove prevoza. Materija koja se odnosi na ugovore o prevozu je uglavnom regulisana međunarodnim konvencijama koje su države Evropske unije ratifikovale, tako da ova pitanja nisu u takvoj značajnoj meri predmet regulisanja komunitarnih propisa.

[1] COM (92)494,1992)
[2] COM (2001)370,12(9)2001

I u pogledu železničkog saobraćaja vazi ono što je karakteristično za druge vidove prevoza. To znači da se i železnički saobraćaj u EU reguliše međunarodnim konvencijama i unutrašnjim propisima država članica, a na nivou Zajednice su uređena pretežno pitanja tehničke, organizacione ili bezbednosne prirode kojima se ne bave međunarodne konvencije.

Tako su za obavljanje posla železničkog saobraćaja u EU značajni sledeći izvori kako međunarodnog tako i komunitarnog prava.

COTIF

Konvencija o međunarodnim prevozima železnicama COTIF (Convention concerning international transport by rail) je doneta na diplomatskoj konferenciji u Bernu 1980 godine, a stupila je na snagu 1985 godine i njenim stupanjem na snagu prestale su da vaze konvencije CIM i CIV**.** [3]

Konvencija sadrži četiri dela. U prvom delu se reguliše položaj nove međunarodne organizacije Međuvladine organizacije za međunarodne prevoze železnicama OTIF, kao i način revizije ove Konvencije. Drugi deo je Protokol o privilegijama i imunitetima međuvladine organizacije za međunarodni prevoz železnicama. Treći deo je Dodatak A uz COTIF -Jednoobrazna pravila o ugovoru o međunarodnom železničkom prevozu putnika i prtljaga (JP CIV). Četvrti deo je Dodatak B uz COTIF – Jednoobrazna pravila o ugovoru o međunarodnom prevozu robe železnicama (JP CIM).

Protokol na COTIF iz Viljnusa (Vilnuis) iz 1999.

COTIF je izmenjen Protokolom iz Viljnus 1999. godine. (Protokol for the modification of the Convention concerning international transport by rail).[4]

Protokol iz 1999. je interesantan, jer se između ostalog koncentrišu nadležnosti za regulisanje svih pitanja iz železničkog saobraćaja u međunarodnoj organizaciji OTIF, što treba da dovde do bolje organizacije železničkog saobraćaja u Evropi i stvaranju modernog i jedinstvenog evropskog železničkog saobraćaja**.** Prihvatanjem Protokola iz Vilnuis-a 1999.[5] se omogućilo da se nadležnosti rasute po brojnim međunarodnim organizacijama u OTIF-u koncentrišu, što bi učinilo efikasnijim i sam železnički prevoz.

---

[3] Jugoslavija je ratifikovala konvenciju COTIF 1984. (Sl. list SFRJ , Međunarodni ugovori 8–84).

[4] Protokol je stupio na snagu 1. VII 2006, a Srbija je usvojila ovaj Protokol 2007, Zakonom o potvrđivanju Protokola, „Sl. glasnik RS“, Međunarodni ugovori 102 –2007.

[5] Stupio je na snagu 1. jula 2006 godine.

Razlog za izmenu COTIF-a ovim Protokolom je i ugradnja rešenja predviđenih u direktivama EU koja se odnose posebno na liberalizaciju i razvoj konkurencije u železničkom saobraćaju.[6]

Strukturalne, ekonomske i pravne promene uvedene Direktivom 91 440 EEC bar za države članice EU su zahtevale ove promene. Pravno i organizaciono odvajanje železničke infrastrukture od funkcije transporta, dozvola da i privatna preduzeća obavljaju železnički transport i slično ukazuju da se železnički saobraćaj u pogledu organizacije približava vazdušnom. Dotadašnji monopolski položaj države u železničkom saobraćaju je organizacionim promenama predviđenim Direktivom bio poljuljan. U ostvarivanju modernog i na tržišnim zakonitostima zasnovanog jedinstvenog evropskog železničkog saobraćaja veliku ulogu bi imala OTIF koncipirana kao ključna međunarodna organizacija koja se bavi svim bitnim pitanjima za železnički saobraćaj.

Sustinske izmene, koje su mnogo značajnije, naročito se odnose na liberalizaciju transportnog tržišta. Predviđena je sloboda ugovaranja prevoza između prevozioca i korisnika prevoza i ugovor se zaključuje nakon uzajamne izjave volje obe ugovorne strane. Svaka pošiljka mora biti propraćena tovarnim listom koji mora da sadrži propisane elemente a može se izdati i u elektronskoj formi.

Dalja značajna novina predviđena Protokolom se odnosi na ukidanje obaveze prevoženja i obaveze objavljivanja tarifa. Obaveza prevoženja se ukida kako u odnosu prevozilaca prema korisni CIM-a prevoza, tako i u međusobnim odnosima između prevozilaca. Novina je da svaki prevozilac ima pravo da sam odluci o prijemu robe na prevoz kao i pravo da pregovara o uslovima za prijem te robe na prevoz.

U vezi sa plaćanjem prevoznih troškova nastale su sustinske promene. Ukoliko nije drugačije dogovoreno troškove mora da plati pošiljalac. Inače, ako na osnovu ugovora između pošiljaoca i prevozioca troškove placa primalac a primalac ne podigne tovarni list, pošiljalac ostaje odgovoran za plaćanje troškova.

SMGS i SMPS sporazumi

Pored konvencije COTIF koja se primenjuje na železničke prevoze u evropskim zemljama, postoje i dva međunarodna sporazuma o železničkim prevozima robe i putnika i prtljaga za istočnoevropske zemlje i neke

[6] Jedan od neposrednih razloga za izmenu COTIFa bila je Direktiva 91–440 EEC nazvana i Direktiva o infrastrukturnim uslugama, objavljena u Official journal L 237.

zemlje Azije. Radi se o Sporazumu o međunarodnom železničkom robnom saobraćaju SMGS iz 1951. koji je u vise navrata menjan. Međunarodni železnički prevoz putnika i prtljaga se reguliše Sporazumom o međunarodnom putničkom saobraćaju iz 1951. Oba sporazuma su doneta u okviru Organizacije za saradnju železnica OSZD i primenjuju se između država članica kao i u saobraćaju sa državama koje ih primenjuju na osnovu ugovora odnosno tarifa.[7]

U saobraćaju između naše države i država bivšeg Sovjetskog saveza kao i Kine, Mongolije idr. primenjuju se navedeni sporazumi na osnovu ugovora odnosno tarifa. SMGS uređuje direktan međunarodni železnički saobraćaj u prevozu robe između železnica država koje su zaključile ovaj sporazum. SMPS je sporazum kojim se uređuju direktan međunarodni železnički prevoz i železničko pomorski prevoz putnika i prtljaga između država potpisnica.[8] Ovaj Sporazum je menjan poslednji put 1999.

Prevoz putnika i prtljaga se obavlja pod uslovima i po prevoznim dokumentima koje utvrđuje ovaj sporazum a prevoz u kombinovano železničko pomorskom prevozu se obavlja po propisima koji su sastavni deo priloga SMPS i potpisala su ga nadležna ministarstva istih zemalja kao i SMGS.

Zbog toga što postoje dva pravna sistema u regulisanju ugovora o prevozu robe i putnika u železničkom saobraćaju i to onaj na koji se primenjuje COTIF i drugi na koji vazi SMGS odn SMPS sporazumi, javila se potreba ujednačavanja pravila između ova dva sistema. Zato su u cilju unapređenja međunarodnog železničkog prevoza ministri saobraćaja Ruske federacije i država EU kao i predstavnici OTIF-a i OSZD-a usvojili zajedničku dugoročnu strategiju razvoja propisa iz oblasti železničkog saobraćaja. U realizaciji tog cilja Međunarodni komitet za železnički transport i Organizacija za saradnju železnica, izradile su jedinstven obrazac ugovora o prevozu odn tovarni list , koji je objavljen u Priručniku CIM-SMGS od 1. septembra 2006. i od tada je u primeni**.**

Priručnik se primenjuje na pošiljke koje podležu COTIF s jedne strane i SMGS s druge strane, a prevoz se realizuje na osnovu jedinstvenog tovarnog lista CIM -SMGS.

Pri tome, u oblasti primene COTIF odredbe Priručnika važe samo ukoliko su preuzete od strane prevoznika tj. ukoliko je primena Pravilnika ugovorena, dok se odredbe Pravilnika u SMGS sistemu primenjuju samo ukoliko su na to dale saglasnost železnice koje su potpisale SMGS.

---

[7] Ovi sporazumi su dostupni na sajtu **www.lawRussia.ru**)

[8] Države uČesnice su Azerbejdzan, Albanija, Belorusija, Bugarska Vijetnam,Gruzija, Kazahstan, Kina, Koreja, Kirgizija, Letonija Litvanija Moldavija Mongolija Poljska Rusija Slovacka Tadikistan Turmenistan Uzbekistan aukrajina Ceska Estonija).

Značaj Pravilnika kao dokumenta koji unifikuje neka pravila u prevozu železničkom između železničkih prevozilaca koji podležu različitim sistemima je veliki, i predstavlja početak otklanjanja razlika između dva pravna sistema koji postoje vise decenija.

U toku je izrada jedinstvenih pravila o odgovornosti, čime je sustinski započet proces unifikacije propisa o prevozu robe između istoka i zapada.

Naša zemlja primenjuje Konvenciju COTIF na prevoze između naše zemlje i evropskih država koje su ratifikovale Konvenciju COTIF. Prevoz sa Rusijom je regulisan tripartitnim ugovorom Jugoslavija – Rusija – Mađarska na osnovu koga je omogućeno direktno otpremanje robe a na prevoz se primenjuje odredbe SMGS. Sličan sporazum je zaključen i za prevoz putnika.

Prevoz robe, putnika i prtljaga u Srbiji je regulisan Zakonom o ugovorima o prevozu u železničkom saobraćaju iz 1995.[9] Posle ratifikacije konvencije COTIF vršeno je prilagođavanje našeg zakona sa pravilima konvencije, jer bez obzira na činjenicu da se konvencija primenjuje na međunarodne prevoze, a zakon na nacionalne, sustinski različita rešenja bi stvarala pravnu nesigurnost.

Komunitarni propisi

Najčešći pravni izvori kojima se ova materija reguliše u pravu EU su pravila (regulative) i uputstva (direktive). Suštinska razlika je u tome sto su pravila propisi opšteg karaktera i odnose se na neodređen broj subjekata (adresata), koji obavezuje u celini i direktno se primenjuje u svim državama članicama. Uputstva obavezuju države članice na koje su adresirana samo u pogledu cilja, dok je državama ostavljeno da odlučuju o tome koje legislativne instrumente primeniti radi njihovog uvođenja u nacionalno zakonodavstvo.

Za ubrzani razvoj železničkog saobraćaj i njegovu integraciju u jedan evropski sistem poseban značaj imaju **tri železnička paketa** koja je doneo Evropski parlament.

Prvi paket mera su tri direktive iz 2001. poznate kao železnički infrastrukturni paket[10] **Drugi paket** mera iz 2004. sadrži direktive kojima je cilj poboljšanje bezbednosti, kooperativnosti i otvaranja železničkog tržišta za prevoz robe.[11] Konačno, 2007. Komisija je usvojila **treći paket** ko-

[9] „Službeni list SRJ“, br. 26/1995.
[10] Direktiva 91–440, Direktiva 2001–13 i Direktiva 2001–14.
[11] Direktive2004– 49,2004–50 ,2004–51.

ji obuhvata mere za oživljavanje železnice u Evropi liberalizacijom međunarodnog putničkog saobraćaja izmenama Direktive 91–440. kao i donošenjem dve regulative koje se odnose na kriterijume za određivanje kvaliteta usluga u naknadi štete zbog neispunjenja ugovornih obaveza u pogledu kvaliteta u robnom saobraćaju i o pravima i obavezama putnika u železničkom saobraćaju.

Pravila

Pravila o pravima i obavezama putnika u železničkom saobraćaju iz 2007/

Evropski parlament i Savet su 23. oktobra 2007. doneli **Pravila o pravima i obavezama putnika u železničkom saobraćaju –** Regulation of the European Parlaiment and of the Council on rail passengers rights and obligations.[12]

Cilj Pravila je da pruži veća pravna sigurnost korisniCIMa železničkog prevoza ,kako bi se podstakao i učinio atraktivnijim železnički saobraćaj. Po svojoj prirodi Pravila su uredbe koje se primenjuje unutar Unije gde se međunarodne železničke usluge pružaju po dozvoli prema Direktivi 95/18/EEC kao i na međunarodna putovanja u i iz trećih zemalja, ako je Unija zaključila sporazum o železničkom saobraćaju sa tom trećom zemljom.

Zaštita prava putnika u železničkom saobraćaju treba da se zasniva na sistemu postojećeg međunarodnog prava, koje se na to odnosi i koje se nalazi u prilogu A – Jedinstvena pravila o ugovoru o međunarodnom železničkom prevozu putnika i prtljaga (CIV) iz Konvencije o međunarodnom železničkom prevozu (COTIF) od 9. maja 1980, izmenjene u skladu sa Protokolom iz juna 1999. (protokol iz Vilnjusa 1999). Železnički prevoz putnika podleže primeni CIV Dodatak A COTIF i ili Pravilima o prvima i obavezama putnika u železničkom saobraćaju iz 2007.

Propisi o pravima putnika će stvoriti evropsko pravo o putničkom železničkom saobraćaju. Ovo pravo će postojati paralelno sa međunarodnim pravom o putničkom železničkom saobraćaju koje je na snazi od 1. jula 2006., u obliku Jedinstvenih pravila CIV 1999, za većinu zemalja članica EU. Jedinstvena pravila CIV se ne odnose samo na regulisanje putničkog železničkog saobraćaja između zemalja članica EU, već isto tako regulišu i putnički saobraćaj sa susednim zemljama koje nisu članice EU, ukoliko su ove zemlje pristupile COTIF-u 1999., a samim tim i Jedinstvenim pravilima CIV.

[12] EC No 11371/2007, datum primene 3.12 2009.

Istovremeno postojanje Evropskih pravila o pravima putnika i Jedinstvenih međunarodnih pravila CIV predstavlja poseban izazov za evropsku zakonodavnu vlast.

Bez obzira na istovremeno postojanje dva pravna poretka, radi se o izradi jednostavnog pravnog sistema, razumljivog za korisnike i železnička preduzeća i, pre svega, bez kontradiktornosti.

Opšti je stav je da bi sistem zaštite prava putnika trebalo da se zasniva na postojećem sistemu međunarodnog prava u tom domenu, koji postoji u Jedinstvenim pravilima CIV, kao i na normama koja su predviđene u Pravilima

Ukoliko se izuzme nekoliko retkih odredbi, Jedinstvena pravila CIV su uključena u Propise kao Aneks I. U tom smislu, ova dva sistema se dopunjavaju.

Prilikom donošenja Pravila namera je bila da se ostvare sledeći ciljevi.

Železnička preduzeća bi trebalo da sarađuju kako bi se olakšao transfer putnika od jednog do drugog operatera tako što će, u onoj meri u kojoj je to moguće, izdavati direktne vozne karte. Dostava informacija i izdavanje voznih karata putni CIM-a u železničkom saobraćaju bi trebalo da se olakša usvajanjem informatičkih sistema sa zajedničkom specifikacijom.

Železničke usluge za prevoz putnika treba da budu dostupne svim građanima. U skladu sa tim, hendikepirane osobe bi trebalo da imaju pristup železničkom saobraćaju pod istim uslovima kao i svi ostali građani. Hendikepirane osobe i osobe sa otežanim kretanjem imaju ista prava kao i svi ostali građani na slobodno kretanje, slobodu izbora i nediskriminaciju.

Između ostalog, treba posebno voditi računa o tome da hendikepirane osobe i osobe sa otežanim kretanjem dobiju informacije o dostupnosti železničkih usluga, uslovima za pristup voznim sredstvima, kao i o opremi koja je na raspolaganju u vozovima. Kako bi se na najbolji način dostavile informacije o kašnjenju osobama koje pate od oštećenja sluha ili vida, trebalo bi koristiti zvučne i vizuelne sisteme, u zavisnosti od potrebe. Hendikepirane osobe i osobe sa otežanim kretanjem bi trebalo da imaju mogućnost da kupe kartu u vozu bez dodatnog plaćanja.

Železnička preduzeća bi trebalo da imaju obavezu da se osiguraju ili da preduzmu odgovarajuće mere kako bi nadoknadila troškove putni CIM-a u železničkom saobraćaju u slučaju nesreće za koju su ona odgovorna.

Minimalan iznos osiguranja za železnička preduzeća bi trebalo u budućnosti da bude ponovo razmotren.

U interesu putnika u železničkom saobraćaju je da se, uz saglasnost javnih vlasti, preduzmu odgovarajuće mere, kako bi se garantovala njihova lična bezbednost na železničkim stanicama, kao i u vozovima.

Putnici u železničkom saobraćaju treba da imaju mogućnost da svakom železničkom preduzeću podnesu žalbu koja se odnosi na prava i obaveze predviđene ovim Pravilima i da imaju pravo na dobiju odgovor u prihvatljivom roku. Železnička preduzeća bi trebalo da definišu, usmeravaju i kontrolišu standarde koji se odnose na kvalitet železničkih usluga za prevoz putnika.

Zemlje članice bi trebalo da odrede sankcije koje će se primenjivati u slučaju nepoštovanja odredbi ovih Pravila, kao i da vode računa o njihovoj primeni. .

Ova Pravila imaju za cilj da poboljšaju usluge prevoza putnika železničkom u okviru Evropske unije. U skladu sa tim, zemlje članice bi trebalo da imaju mogućnost da dozvole odstupanja od Pravila za usluge u onim regionima gde se veliki deo usluga vrši izvan Evropske unije.

U nekim zemljama članicama, železnička preduzeća bi mogla da naiđu na poteškoće prilikom sprovođenja odredbi ovog propisa u celini, pri njegovom stupanju na snagu. U skladu sa tim, zemlje članice bi trebalo da imaju mogućnost da unutrašnje železničke službe za prevoz putnika na dugačkim relacijama privremeno oslobode od primene odredbi ovih Pravila. Međutim, privremeno oslobađanje ne bi trebalo da se primenjuje na odredbe koje se odnose na omogućavanje pristupa železničkom saobraćaju hendikepiranim osobama i osobama sa otežanim kretanjem, na odredbe koje se odnose na pravo putnika da kupe kartu bez izlaganja prevelikim naporima, kao ni na odredbe koje se odnose na odgovornost železničkih preduzeća za putnike i njihov prtljag i na njihovu obavezu da budu na odgovarajući način osigurana, i da preduzmu odgovarajuće mere kako bi obezbedila ličnu bezbednost putnika na stanicama i u vozovima, kao i na obavezu da upravljaju rizi CIM-a.

Usluge u gradskom, prigradskom i regionalnom putničkom saobraćaju se razlikuju od usluga na dugim relacijama. U skladu sa tim, zemlje članice bi trebalo da imaju mogućnost da privremeno oslobode železničke službe u gradskom, prigradskom i regionalnom putničkom saobraćaju od primene odredbi ovog pravilnika na svoje usluge, sa izuzetkom određenih odredbi koje treba da se primenjuju na sve železničke usluge u putničkom saobraćaju na celom području Evropske unije.

Suština Pravila je da se putnici više zaštite nego što je predviđeno pravilima COTIF i to kroz više iznose obeštećenja u slučaju smrt i povrede putnika. Predviđena je odgovornost železničkog prevozioca za smrt i telesne povrede putnika, ako se nesrećni slučaj dogodio dok je putnik bio u vozu ili je ulazio ili izlazio iz njega. Minimum osiguranja koje pokriva

putnika je 31.000 evra. Odgovornost železnice za štete nastale smrću ili telesnim povredama nije limitirana. Za štete koje su nastale dok je putnik ulazio ili izlazio iz voza predviđen je limit od 220. 000 evra za svakog putnika, Za štete na ručnom prtljagu limit je 1800 evra po putnik. U slučaju kašnjenja voza putnici imaju pravo na naknadu od železnice koja se utvrđuje prema predviđenoj šemi usluga i trajanju prevoza. Može se raditi o naknadi cene karte ili plaćanju puta do krajnje destinacije koja nije ostvarena zbog kašnjenja ili o obavezi smeštaja i ishrane do uspostavljanja nove veze.

Pošto železnički prevoz putnika podleže primeni CIV Dodatak A COTIF i ili Pravilima o pravima i obavezama putnika u železničkom saobraćaju , posebno ukazujemo na neka sustinska rešenja iz Pravila.[13] Jedno od ključnih pravila je da se obaveze prema putni CIM-a koje proističu iz ovih Pravila ne mogu ograničavati ili isključivati poništavanjem ili unošenjem restriktivne klauzule u konkretan ugovor o prevozu. Međutim, železnička preduzeća mogu putniku da ponude povoljnije ugovorne uslove od onih koji su određeni ovim Pravilima.[14]

Predviđena je obaveza železničkog preduzeća da se osigura na odgovarajući iznos kako bi moglo da snosi odgovornost prema putniCIMa , koja je predviđena ovim Pravilima.[15]

Ukoliko je putnik poginuo ili je povređen, železničko preduzeće isplaćuje bez odlaganja, a najkasnije petnaest dana nakon identifikacije fizičkog lica koje ima pravo na nadoknadu, bilo koji avans koji je potreban za pokrivanje trenutnih finansijskih, u skladu sa pretrpljenom štetom, dok je avans u slučaju smrti najmanje 21.000 evra po putniku.[16]

Isplata avansa ne predstavlja priznavanje odgovornosti i avans može da se oduzme od bilo koje sume isplaćene naknadno na osnovu ovog pravilnika, ali ne može da se vrati, osim ukoliko je štetu izazvao putnik svojom greškom ili namerno ili ukoliko osoba kojoj je isplaćen avans nema pravo na nadoknadu.

U Prilogu I uz Pravilnik su dodati izvodi iz Jednoobraznih pravila za ugovor o međunarodnom železničkom prevozu putnika i prtljaga JPCIV i primenjuju se opšte odredbe iz poglavlja i, pravila o odgovornosti železničkog preduzeća u odnosu na putnike iz poglavlja III, kao i pravila o kašnjenju, otkazivanju i propuštanju voza iz poglavlja IV.

---

[13] U samom COTIFu je predviđena mogucnost da EU ratifikuje ovu konvenciju. To znači da ako se to dogodi države članice neće primenjivati deo COTIFa koji je u suprotnosti sa Pravilima.

[14] Član 6. Pravila.

[15] Član 12. Pravila.

[16] Član 13. Pravila.

Suština je da je članom 26. Priloga I predviđena **objektivna odgovornost** železnice za smrt i povrede putnika. Imajući u vidu vrednost ljudskih života, kao i činjenicu da je železnički prevozilac odgovara po ovom principu za štete nastale na robi, sasvim je opravdan jasan i izričit stav po kome železnica odgovara po objektivnoj odgovornosti, dakle bez obzira na krivicu, ukoliko je nastala šteta (smrt ili povreda putnika) i ako postoji uzročna veza između njene radnje i nastale posledice.

U članu 26. Priloga I je predviđeno da je železnica odgovorna za štetu nastalu usled smrti, ranjavanja ili svake druge telesne ili duševne povrede putnika, prouzrokovanih nekim udesom u toku prevoza železnicom, koji se desio za vreme dok se putnik nalazio u kolima, ulazio ili izlazio iz kola, nezavisno od toga koju je železničku infrastrukturu koristio.

Jasnoća ili nedvosmislenost da se radi o **objektivnoj odgovornosti** proizilazi iz precizne formulacije razloga za oslobođenje železnice od odgovornosti. Tako je u istom članu 26. Priloga I u drugom stavu navedeno kada se železnica oslobađa od odgovornosti. To su opšte prihvaćeni razlozi za oslobođenje od odgovornosti u sistemu objektivne odgovornosti i to visa sila, krivica putnika kao i ponašanje trećeg lica koje ima elemente nepredvidljivosti i neotklonjivosti.[17]

Precizno definisanje pojma **više sile** otklonilo je svaku sumnju da se radi o višoj sili, te da železnica odgovara po principu objektivne i odgovornosti. Izričito navođenje spoljašnjeg elementa, odnosno da nepredvidiv i neotklonjiv događaj mora i da potiče izvan železničkog pogona, otklonio je svaku sumnju da se u pravnu prirodu odgovornosti kao objektivne.

---

[17] Prevoznik je oslobođen od ove odgovornosti:

a) kada je udes prouzrokovan okolnostima koji su izvan funkcionisanja železnice a prevoznik i pored nastojanja, koja su moguća prema stanju slučaja nije mogao da izbegne te okolnosti i da otkloni njihove posledice;b) ukoliko se udes dogodio krivicom putnika; v) ukoliko se udes dogodio zbog ponašanja trećeg lica, a prevoznik i pored nastojanja prema stanju slučaja nije mogao da izbegne te okolnosti i da otkloni njihove posledice; drugo preduzeće, koje koristi istu železničku infrastrukturu ne važi kao treće lice; prava regresa ostaju nedirnuta; g) Ukoliko je udes nastao zbog ponašanja trećeg lica, a prevoznik ipak nije potpuno oslobođen od svoje odgovornosti prema stavu 2. slovo c, onda on odgovara potpuno uz ograničenja ovih jedinstvenih pravila, bez štete za eventualno pravo regresa, prema trećem licu; d) Eventualnu odgovornost prevoznika u slučajevima koji nisu predviđeni u stavu 1. ne dotiču ova jedinstvena pravila; đ) Ukoliko prevoz, koji je predmet jedinstvenog ugovora o prevozu, vrši lanac prevoznika, u slučaju smrti i povrede putnika odgovara onaj prevoznik, koji je prema ugovoru o prevozu pružio uslugu prevoza, kod koga se dogodio udes. Ukoliko uslugu prevoza nije pružio prevoznik, već izvršni prevoznik, prema ovim jedinstvenim pravilima oba odgovaraju kao solidarni dužnici.)

Drugi razlog za oslobođenje je **krivica putnika**. Prihvaćeno je opšte usvojeno pravilo imovinskog prava po kome je krivica odnosno ponašanje oštećenog osnov za oslobođenje od odgovornosti. Pretpostavke koje se zahtevaju za događaj koji se kvalifikuje kao viša sila su šire, nego kod krivice, jer se ovde ne zahteva neizbežnost i neotklonjivosti događaja. Teret dokazivanja za železnicu je teži kod više sile.

Treći razlog za oslobođenje od odgovornosti je **ponašanje trećeg lica** pri čemu je ono bilo neizbežno a posledice neotklonjive za železnicu, sto upućuje da je ponašanje trećeg lica samo jedan pojavni oblik vise sile. Osnovni razlog za ovakvo rešenje je u tome sto uporedna zakonodavstva nemaju isto shvatanje o sadržini pojma više sile. Tako u anglosaksonskom pravnom sistemu postoji kao razlog za oslobođenje Act of God koji ne obuhvata ljudske radnje koje imaju elemente nepredvidljivosti i neotklonjivosti i spoljašnjosti, nego se odnosi samo na prirodne događaje koji imaju ove elemente. Na ovaj način je Act of God uži od pojma više sile iz rimskog prava koji obuhvata kako prirodne događaje tako i ljudske radnje koji su nepredvidivi, neotklonjivi i spoljašnjeg karaktera u odnosu na delatnost odgovornog lica.[18]

Što se tiče **vrsta šteta i njihove naknade** zbog činjenice da se nacionalni propisi međusobno znatno razlikuju, nije ostvareno jednoobrazno regulisanje svih vrsta naknada šteta. Zbog toga je unifikacija pravila o naknadi štete ostvarena samo za pojedine štete, dok su za druge vrste šteta predviđena kolizione norme koje upućuju na primenu nacionalnog prava. To znači da su Pravilima regulisana prava na naknadu štete u slučaju smrti odnosno povrede putnika a nadoknada drugih šteta (pod kojima se podrazumevaju nematerijalne štete ali i one materijalne koje izlaze iz okvira naknade štete predviđene konvencijom), nije definisana u Pravilima i nadoknađuju se po pravilima nacionalnog prava.

Posebna pažnja je posvećena **štetama zbog kašnjenja, propuštanja veza i otkazivanja** koja je uređena članovima 15–19. Pravila kao i pravilima iz aneksa I a to su preuzeta članovi iz JP CIV. Tako je predviđeno da se daje nadoknada ako voz kasni vise od 60 minuta, pri čemu postoji mogućnost izbora nadoknade celokupnog iznosa cene vozne karte ili nastavka putovanja pod određenim uslovima. Predviđena je naknada koja se daje za cenu karte koja zavisi od dužine kašnjenja. Osim toga pružaju se druge usluge npr smeštaja u hotel, obezbeđivanja obroka i sl ukoliko je nastalo kašnjenja predviđeno članom 18. Pravila. U aneksu I su preuzeta pravila iz JP CIV revizija 1999.[19]

---

[18] Edlbacher O. Die Haftung der Eisenbahn fur Totung und Verletzung von Reisenden im Rahmen der CIV, Zeitschrift fur den internationalrn Eisenbahnverkehr, Bern 1996. str. 206.

[19] Prethodna verzija COTIF iz 1980. nije regulisala naknadu štete zbog zakašnjenja putniCIMa, već je upućivano na nacionalno zakonodavstvo.

U članu 32. se reguliše odgovornost u slučaju nepridržavanja reda vožnje. Prevoznik odgovara u odnosu na putnika za štetu, koja nastaje zbog toga, što zbog otkazivanja, kašnjenja ili propuštanja veze putovanje ne može da se nastavi istog dana ili se u datim okolnostima ne može da očekivati nastavak istog dana. Nadoknada štete obuhvata primerene troškove koji nastanu putniku u vezi sa prevozom i obaveštavanjem lica koje ga čeka.

Prevoznik je oslobođen od ove odgovornosti, kada otkazivanje, zakašnjenje ili propuštanje veze nastane zbog sledećih uzroka:

a) kada je udes prouzrokovan okolnostima koji su izvan odvijanja rada železnice a prevoznik uprkos nastojanja koja su bila moguća prema stanju slučaja nije mogao da izbegne te okolnosti i da otkloni njihove posledice;

b) ukoliko se udes dogodio krivicom putnika;

v) ukoliko se udes dogodio zbog ponašanja trećeg lica, a prevoznik uprkos nastojanja i koja su bila moguća prema stanju slučaja nije mogao da izbegne te okolnosti i da otkloni njihove posledice; drugo preduzeće, koje koristi istu železničku infrastrukturu ne važi kao treće lice; prava regresa ostaju nedirnuta. Na ovaj način je odgovornost za zakašnjenje podvrgnuta principu objektivne odgovornosti koji je jedinstven, bez obzir da li se radi o štetama zbog smrti, povrede putnika ili zakašnjenja voza.

Način i uslovi za naknadu štete u slučaju smrti i povrede putnika su detaljno regulisani aneksom I Pravila. U članu 27. je predviđeno pravilo o **nakadi štete u slučaju smrti putnika.**

Radi se o naknadi štete za smrt putnika, naknadi štete ako smrt ne nastupi odmah, naknadi štete zbog gubitka izdržavanje koje se razlikuju u zavisnosti od toga da li se radi o gubitku zakonskog izdržavanja ili izdržavanja za koje nije postojala zakonska obaveza. Naknada štete u slučaju smrti putnika obuhvata neophodne troškove nastale usled smrt naročito za prevoz tela, sahranu i kremiranje a ako smrt nije nastupila odmah onda naknadu štete koja se daje u slučaju povrede. Ako su smrću putnika lica prema kojima je putnik imao ili bi trebalo da ima u budućnosti zakonske obaveze izdržavanja lišena staratelja treba i ta lica obeštetiti za taj gubitak.

Pravo na tužbu za naknadu štete li CIM-a prema kojima putnik ima obavezu izdržavanja za koje nije postojala zakonska obveza reguliše se nacionalnim pravom. Kod zahteva za naknadu štete zbog gubitka izdržavanja ne radi se o zahtevu za izdržavanjem, već o zahtevu za naknadu štete zbog gubitka izdržavanja. Po pravilu se zahtevi rešavaju prema materijalnom pravu mesta gde se dogodio nesrećan slučaj.

Pravi se razlika na slučaj kad je smrt odmah nastupila i kad nije. Ako je odmah nastupila treba nadoknaditi neophodne troškove nastale usled smrti putnika, naročito za prevoz tela, pogreb i spaljivanje, a reč naročito ukazuje da se mogu priznati i drugi troškovi, pod uslovom da su neophodni.[20] Stav je u teoriji i praksi da se nadoknađuju samo stvarni troškovi a ne i budući.

Ukoliko smrt ne nastupi odmah sa nesrećnim slučajem, potrebno je nadoknaditi i neophodne troškove koji se daju za slučaj smrti, ali i one štete koje su nastale u vremenu između nesrećnog slučaja i nastanka smrti kao sto su npr troškovi pokusanog lečenja, troškovi nege i smanjenja imovine koju je putnik pretrpeo u potpunosti ili delimično, zbog smanjenja radne sposobnosti. U Pravilima se ne utvrđuje koliki najveći vremenski razmak može da postoji između nesrećnog slučaja i nastupanja smrti.

Ukoliko su smrću putnika, lica, prema kojima je on silom zakona bio obavezan za izdržavanje ili bi ubuduće bio obavezan za izdržavanje, izgubila staratelja, onda za taj gubitak treba da se nadoknadi štete. Pravo na nadoknadu štete lica, kojima je putnik bez zakonske obaveza davao izdržavanje, upravlja se prema nacionalnom pravu. Ovde se pravi razlika na prvo, slučaj naknade štete zbog gubitka zakonskog izdržavanja i drugo, naknadu štete zbog gubitka izdržavanja za koje nije postojala zakonska obaveza.

U prvom slučaju je potrebno naglasiti da je pretpostavka za primenu zahteva za naknadu štete zbog gubitka zakonskog izdržavanja da je usmrćeni putnik po zakonu bio obavezan da daje izdržavanje ili bi tu obavezu stekao u budućnosti. Postavlja se pitanje po kom pravu treba prosuđivati prethodno pitanje, da li je usmrćeni putnik po zakonu bio obavezan da nekog izdržava. Član 8. JP CIV sadrži opšte pravilo upućivanja po kome u nedostatku odredaba u ovoj konvenciji, primenjuje se nacionalno pravo a to je prao države na čijoj teritoriji se desio nesrećan slučaj uključujući i kolizione norme te države.[21] U drugom slučaju naknada štete zbog gubitka izdržavanja za koje nije postojala zakonska osnova, pravo na tužbu reguliše se nacionalnim pravom.[22]

U slučaju ranjavanja ili svake druge telesne ili duševne povrede putnika odšteta obuhvata neophodne troškove i to naročito lečenja, nege, prevoza i naknadu prouzrokovane štete zbog potpune ili delimične nesposobnosti za rad ili zbog uvećanja potreba. U ovoj odredbi se ne određuje

[20] Mutz G., Die Haftung der Eisenbahn fur Totung und Verletzung von Reisenden im internationalen Eisenbahnpersonenverkehr nach dem Zusatzubereinkommen zur CIV, Wien 1977. str. 115.

[21] Munkman J. Damages for Personal Injuries and Death, London 1973. str. 248.

[22] Naknada štete u slučaju povrede putnika je detaljno regulisana (Član 28. Pravila).

sta se smatra ranjavanjem ili telesnom odnosno duševnom povredom putnika. Po opštem mišljenju[23], kada se radi o ranjavanju potrebno je da je nastala i neka spoljna promena na telu , a za telesnu povredu nije potrebno da je nastala neka spoljna promena na telu i nije uslov da je telesna povreda povezana sa bolovima. Pojam psihičke povrede je širok i on obuhvata naročito psihogene reakcije, posttraumatske neuroze itd. Ovim Pravilima je regulisana samo povreda putnika a ne i drugih lica. Npr. naknada zbog štete koja je nastala, jer je srodnik doživeo sok na vest o nesrećno slučaju putnika, ne potpada pod odredbe ovih Pravila.

Zbog ranjavanja ili svake druge telesne ili duševne povrede putnika mogu nastati mnoge štete, ali se prema Pravilima nadoknađuju dve vrste šteta. Prvo su troškovi naročito za lečenje, negu i prevoz i drugo štete zbog potpune ili delimične nesposobnosti za rad ili zbog uvećanja potreba.

U prvom slučaju naknade neophodnih troškova, naročito lečenja, nege i prevoza, radi se o troškovima koji su neophodni kako bi se zdravstveno stanje povređeno putnika popravilo. Reč naročito i ovde ukazuje da se mogu priznati i drugi troškovi pod uslovom da su neophodni, sto je faktičko pitanje. Obično se kao takvi priznaju troškovi lečenja, pregleda, bolnički troškovi rehabilitacija, troškovi prevoza na pregled, čuvanje, nega. Npr. priznati su i troškovi plastične operacije kojom se otklanjaju ožiljci[24]

Drugi je slučaj naknade štete zbog potpune ili delimične nesposobnosti za rad ili zbog uvećanja potreba. Naknada štete zbog potpune ili delimične nesposobnosti za rad predstavlja naknadu štete koju oštećeni ima zbog toga sto mu je smanjena mogućnost sticanja sredstva za život i rad, pa je izgubio ili mu je smanjena zarada koju je imao pre nesrećnog slučaja. Pravo na zahtev za naknadu štete zbog potpune ili delimične nesposobnosti za rad ne može se ostvariti na osnovu prostog oštećenja telesnog ili duševnog zdravlja putnika koje je dovelo do potpune ili delimične nesposobnosti za rad, već samo ukoliko je posledica ovog smanjenje imovine oštećenog, tj. ako su se povrede negativno odrazile na ekonomsko stanje oštećenog.

Naknada štete zbog potpune ili delimične nesposobnosti za rad sastoji se u razlici između prihoda sto bi ga oštećeni imao, prema redovnom toku stvari da nije povređen tj. da mu nije smanjena radna sposobnost, i prihoda koji sa smanjenom radnom sposobnošću ostvaruje.[25]

---

[23] Mutz. op. cit. 129.

[24] Đurđev D. Odgovornost zeleznickog prevozioca, Beograd 1987. str 184.

[25] Oftinger K. Schweizerisches Haftpslichtrecht, Zirih, 2002. str. 203.

Sledeća vrsta štete koja može nastati zbog povrede putnika obuhvata štete zbog povećanja potreba. Pod povećanim potrebama treba podrazumevati dugotrajne troškove za otklanjanje ili smanjenje telesnih ili drugih zdravstvenih posledica nesrećnog slučaja, za razliku od prolaznih troškova lečenja i nege. U karakteristične troškove nastale zbog povećanih potreba spadaju neophodni troškovi za lečenje kao sto su stalna zdravstvena kontrola, posebna ishrana, tuđa pomoć, izdaci za invalidska kolica i sl.

Da li će i u kojoj meri prevoznik kod ličnih šteta platiti nadoknadu za druge štete, nego što su one predviđene u članu 27. i 28. Pravila, određuje se prema nacionalnom pravu. Pod drugim štetama se podrazumevaju pre svega neimovinske štete ali i one imovinske štete koje nisu predviđene članovima 27. i 28. a to su naročito troškovi u vezi sa smrću ili povredom putnika koji nisu neophodni.

Oblik i visina naknade štete u slučaju smrti ili povrede putnika je regulisana u Pravilima preuzimanjem odredbi JP CIV. Tako su predviđena pravila o načinu na koji se daje odšteta kao i pravila o ograničenju naknade štete samo za dve vrste obeštećenja i to kad se radi o naknadi štete liCIMa prema kojima je usmrćeni putnik imao ili bi u budućnosti trebalo da ima obaveze izdržavanja a lišena su svoje potpore i kada se radi o naknadi štete zbog potpune ili delimične nesposobnosti za rad ili zbog uvećanja potreba potvrđenog putnika.

Ostali oblici naknade štete naročito kad se radi o naknadi neophodnih troškova se u slučaju smrti ili povrede putnika nadoknađuju neposredno u novcu, a sto se tiče visine odštete, ona se daje u potpunosti i kad nacionalno pravo predviđa maksimalnu granicu odgovornosti železnice.

U pogledu oblika naknade štete predviđeno je da se odštete plaćaju u vidu novca (kapitalnog iznosa) ili ako to nacionalno pravo dozvoljava kao renta, uz uslov da oštećeno lice to zahteva. Pod rentom treba podrazumevati periodičnu isplatu štete, godišnje ili mesečno, a pod kapitalom jednokratnu isplatu celokupne štete.[26]

Visina nadoknade štete koja se isplaćuje prema stavu 1. upravlja se prema nacionalnom pravu. Ali pri primeni ovih jedinstvenih pravila važi za svakog putnika maksimalna granica od 175.000 obračunskih jedinica za iznos kapitala ili godišnja penzija koja odgovara ovom iznosu, ukoliko nacionalno pravo predviđa nižu maksimalnu granicu.)

[26] Čl. 30. Pravila - Nadoknada štete predviđena u članu 27. stav 2. i u članu 28. slovo b treba da se isplati u formi iznosa kapitala. Ukoliko je prema nacionalnom pravu dozvoljeno priznavanje penzije, onda se nadoknada štete isplaćuje u tom obliku, ako povređeni putnik ili titular prava prema članu 27. stav 2. zahtevaju plaćanje penzije.

Zaključak

Evropski parlament i Savet su 23 oktobra 2007. doneli **Pravila o pravima i obavezama putnika u železničkom saobraćaju.** Suština Pravila o pravima i obavezama putnika u železničkom saobraćaju je da se putnici više zaštite nego što je predviđeno pravilima COTIF i to kroz više iznose obeštećenja u slučaju smrt i povrede putnika. Predviđena je odgovornost železničkog prevodioca za smrt i telesne povrede putnika, ako se nesrećni slučaj dogodio dok je putnik bio u vozu ili je ulazio ili izlazio iz njega. Minimum osiguranja koje pokriva putnika je 31.000 evra. Odgovornost železnice za štete nastale smrću ili telesnim povredama nije limitirana. Za štete koje su nastale dok je putnik ulazio ili izlazio iz voza predviđen je limit od 220. 000 evra za svakog putnika, Za štete na ručnom prtljagu limit je 1800 evra po putnik. U slučaju kašnjenja voza putnici imaju pravo na naknadu od železnice koja se utvrđuje prema predviđenoj šemi usluga i trajanju prevoza. Može se raditi o naknadi cene karte ili plaćanju puta do krajnje destinacija koja nije ostvarena zbog kašnjenja ili o obavezi smeštaja i ishrane do uspostavljanja nove veze.

Dušanka Đurđev, Ph.D., Full Professor
Novi Sad School of Law

Legal regulation of the railway transport of passengers in EU

Abstract

European Union is investing significant resources in order to modernize the transportation system, and harmonize the transportaion infrastructure.Regarding the rail carriage, in recent years a large number of legal documents concerning the carriage of goods and passengers, security, uniformity of licenses and guality of service, have been adopted.

European Regulation No 1371/2007 on passenger rights and obligations, along with Directive 2007/58EC on liberalisation of international passenger services,and Directive 2007/59EC on train driver licensing,are collectively referred to as *Third Railway Package*.They are the latest in series designed to revitalise the railways and take forward the creation of an integrated European railway.

European Regulations on passenger rights and obligations establishes right and obligations for rail service passengers in order to make rail passenger transport more effectiv and more attractive.

Key words: liability for a passenger's injury or death, Regulation on rail passengers' rights and obligations 2007, COTIF 1999.

Originalni naučni rad 341.9:061.1EU

Dr Bernadet Bordaš, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

OSVRT NA POSLEDICE NADLEŽNOSTI EVROPSKE ZAJEDNICE U MATERIJI MEĐUNARODNOG PRIVATNOG PRAVA[1]

Sažetak: *Amsterdamski ugovor o ustanovljenju Evropske zajednice iz 1997. godine dao je osnov nadležnosti Evropskoj zajednici za usvajanje sekundarnih izvora prava koji čine međunarodno privatno pravo u Evropskoj uniji. Kao posledica te nadležnosti usvojeni su pravni akti sa ciljem poboljšanja i pojednostavljenja pravila građanskog procesnog prava i sa ciljem unapređenja usklađenosti pravila država članica koja se primenjuju na sukob zakona i sukob nadležnosti. U pogledu zakonodavne nadležnosti država članica stanje stvoreno Amsterdamskim ugovorom ima dvojake posledice: s jedne strane sekundarni izvori prava EZ stupaju na mesto pravila nacionalnih međunarodnih privatnih prava država članica, a sa druge strane zakonodavna nadležnost EZ stvara za organe Zajednice i spoljnu nadležnost, koja se ogleda u tome da Evropska zajednica stupa na mesto država članica i kod zaključivanja međunarodnih sporazuma putem kojih se vrši unifikacija ili harmonizacija pravila o sukobu zakona i o sukobu nadležnosti sa državama koje nisu članice EZ. Ova posledica je formulisana u Mišljenju 1/03 Suda EZ, povodom zaključivanja nove Luganske konvencije o nadležnosti i o priznanju i izvršenju presuda u građanskim i trgovinskim stvarima. Spoljna nadležnost u materiji međunarodnog privatnog prava sa svoje strane ima za posledicu članstvo EZ u Haškoj konferenciji za međunarodno privatno pravo koja se bavi progresivnom unifikacijom na globalnom nivou, a takođe daje odlučujuću ulogu EZ i u ostvarivanju strategije EZ koja se odnosi na pravosudnu sa-*

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

radnju u građanskim stvarima sa trećim zemljama u multilateralnim i bilateralnim okvirima na globalnom planu.

Ključne reči: *spoljna nadležnost EZ, Mišljenje 1/03 Suda EZ, Haška konferencija za međunarodno privatno pravo, zaključivanje multilateralnih i bilateralnih međunarodnih sporazuma sa trećim zemljama*

1. Uvod

Amsterdamski ugovor o ustanovljenju Evropske zajednice iz 1997. godine[2] dao je osnov nadležnosti Evropskoj zajednici za usvajanje sekundarnih izvora prava koji čine međunarodno privatno pravo u Evropskoj uniji. Na osnovu odredbe člana 61 (c), odnosno odredaba člana 65, zakonodavni organi EZ usvojili su čitav niz mera u oblasti pravosudne saradnje u građanskim stvarima koje imaju prekogranične posledice, a čije usvajanje je ocenjeno kao neophodno radi osiguranja pravilnog funkcionisanja unutrašnjeg tržišta. Te mere obuhvataju one koje imaju za neposredan cilj poboljšanje i pojednostavljenje sistema prekograničnog dostavljanja sudskih i vansudskih dokumenata,[3] saradnju u oblasti dobijanja dokaza,[4] priznanje i izvršenje presuda u građanskim i trgovinskim stvarima, uključujući i vansudske odluke,[5] unapređenje usklađenosti pravila dr-

[2] Ugovor o ustanovljenju Evropske zajednice (Treaty establishing the European Community), OJ C 340, 10.11.1997.

[3] Uredba Evropskog parlamenta i Saveta (EZ) br. 1393/2007 o dostavljanju u državama članicama sudskih i vansudskih dokumenata u građanskim ili trgovinskim stvarima, kojom se stavlja van snage Uredba Saveta br. 1348/2000 (Regulation EC No 1393/2007 of the European Parliament and of the Council of 13 November 2007 on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters (service of documents) and repealing Council regulation No 1348/2000), OJ L 324, 10.12.2007.

[4] Uredba Saveta (EZ) br. 1206/2001 o saradnji između sudova država članica u dobijanju dokaza u građanskim ili trgovinskim stvarima (Council Regulation (EC) No 1206/2001 of 28 May 2001 on cooperation between the courts of the Member States in the taking of evidence in civil or commercial matters), OJ L 174, 27.06.2001.

[5] Uredba Saveta (EZ) br 44/2001 o nadležnosti i o priznanju i izvršenju presuda u građanskim i trgovinskim stvarima (Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters) OJ L 12, 16.01.2001; Uredba Saveta (EZ) br. 2201/2003 o nadležnosti i o priznanju i izvršenju presuda u bračnim stvarima i stvarima roditeljske odgovornosti, kojom se ukida Uredba (EZ) br. 1347/2000 (Council regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000), OJ L 338, 23.12.2003.

žava članica koja se primenjuju na sukob zakona i sukob sudskih nadležnosti,[6] ukidanje prepreka za dobro funkcionisanje građanskih postupaka, ako je potrebno podsticanjem usklađenosti pravila o građanskom postupku koja važe u državama članicama.[7] [8] U pogledu zakonodavne nadležnosti država članica u navedenim oblastima stanje stvoreno Amsterdamskim ugovorom ima dvojake posledice: (1) u međusobnim odnosima država članica sekundarni izvori prava EZ stupaju na mesto pravila nacionalnih međunarodnih privatnih prava, bilo neposredno – ako je pravni akt EZ usvojen kao uredba –, bilo tako što stvaraju obavezu država članica da usklade svoja nacionalna prava sa pravom EZ – ako je akt EZ usvojen

[6] Uredba (EZ) Evropskog parlamenta i Saveta br. 864/2007 o merodavnom pravu za vanugovorne obaveze (Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations), OJ L 199, 31.07.2007; Uredba (EZ) br. 593/2008 Evropskog parlaenta i Saveta o merodavnom pravu za ugovorne obaveze Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations), OJ L 177, 4.07.2008.

[7] Uredba Saveta (EZ) br. 1346/2000 o stečajnom postupku (Council regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings), OJ L 160, 30.06.200; Odluka Saveta 2001/470/EZ o ustanovljenju Evropske pravosudne mreže u građanskim i trgovinskim stvarima (Council Decision of 28 May 2001, 2001/470/EC, establishing a European Judicial Network in civil and commercial matters), OJ L 174, 27.06.2001; Uredba Saveta (EZ) br. 743/2002 o ustanovljenju opšteg pravnog okvira aktivnosti radi olakšavanja ostvarivanja pravosudne saradnje u građanskim stvarima u Zajednici (Council Regulation (EC) No 743/2002 of 25 April 2002 establishing a general Comunity framework of acitivities to facilitate the implementation of judicial cooperation in civil matters), OJ L 115, 1.05.2002; Direktiva Saveta 2003/8/EZ o poboljšanju pristupa sudovima u sporovima sa prekograničnim dejstvima putem ustanovljenja minimalnih zajedničkih pravila koja se odnose na pravnu pomoću takvim sporovima (Council Directive 2003/8/EC of 27 January 2003 to improve access to justice in cross-border disputes by establishing minimum common rules relating to legal aid for such disputes), OJ L 151, 11. 06.2003; Uredba (EZ) br. 805/2004 Evropskog parlamenta i Saveta o stvaranju evropskog izvršne naredbe za neosporene zahteve (Regulation (EC) No 805/2004 of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 creating a European Enforcement Order for uncontested claims) OJ L 143, 30.04.2004; Uredba (EZ) br. 1896/2006 Evropskog parlamenta i Saveta o stvaranju Evropske naredbe za postupak plaćanja (Regulation (EC) No 1896/2006 of the European Parliament and the Council of 12 December 2006 creating a European Order for Payment Procedure) OJ L 399, 30.12.2006; Uredba (EZ) br. 861/2007 Evropskog parlamenta i Saveta o ustanovljenju Evropskog postupka za zahteve male vrednosti (Regulation (EC) No 861/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 establishing a European Small Claims Procedure) OJ L 199, 31.07.2007; Direktiva 2008/52/EZ Evropskog parlamenta i Saveta o određenim aspektima medijacije u građanskim i trgovinskim stvarima (Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters) OJ L 136, 24.05.2008.

[8] Vidi spisak akata EZ koji čine tekovine Evropske zajednice u oblasti pravosudne saradnje u građanskim stvarima prema stanju u oktobru 2007. godine dokument koji je dostupan na internet adresi: http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/intro/docs/jha_acquis_1008_en.pdf posećene 10.10.2009.

kao direktiva; (2) zakonodavna nadležnost EZ u navedenim oblastima stvara za organe Zajednice i spoljnu nadležnost koja se ogleda u tome da Evropska zajednica stupa na mesto država članica i kod zaključivanja međunarodnih konvencija putem kojih se vrši unifikacija ili harmonizacija pravila o sukobu zakona i o sukobu nadležnosti sa državama koje nisu članice EZ. Ova posledica je formulisana u Mišljenju 1/03 Suda EZ povodom zaključivanja nove Luganske konvencije o nadležnosti i o priznanju i izvršenju presuda u građanskim i trgovinskim stvarima.[9] Učenje o implicitnoj spoljnoj nadležnosti EZ razvijeno je od strane Suda EZ u slučaju ERTA,[10] a u oblasti međunarodnog privatnog prava je bilo nagoveštено stavovima EZ i situacijom koja je bila nastala povodom problema oko potpisivanja i ratifikacije Haške konvencije o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju, izvršenju i o saradnji u pogledu roditeljske odgovornosti i o merama za zaštitu dece iz 1996. godine.[11] EZ je, naime, 2003. godine usvojila Uredbu br. 2201/2003 o nadležosti i o priznanju i izvrše-

[9] Mišljenje 1/03, Mišljenje Suda EZ od 7.02.2006. godine na osnovu člana 300 paragraf 6 Ugovora o EZ, ECR 2006, I-1145, ili na internet adresi: http://curia.europa.eu/-jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=en&Submit=Rechercher&alldocs=alldocs&docj=docj&docop=docop&docor=docor&docjo=docjo&numaff=1/03 &datefs=&datefe=&nomusuel=&domaine=&mots=&resmax=100 .

[10] Predmet 22/70, Commission v. Council, ECR 1970, str. 263.

[11] Vidi o tome Odluku Saveta (2003/93/EZ) o davanju ovlašćenja državama članicama da u interesu Zajednice potpišu Hašku konvenciju o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju, izvršenju i o saradnji u pogledu roditeljske odgovornosti i o merama za zaštitu dece iz 1996. godine (Council Decision (2003/93/EC) of 19 December 2002 authorising certain Member Staes to sign the 1996 Hague Convention on jurisdiction, applicable law, recognition, enforcement and cooperation in respect of parental responsibility and measures for the protection of children), OJ L 48, 21.02.2003; kao i Odluku Saveta 2008/431/EZ o davanju ovlašćenja određenim državama članicama da u interesu Evropske zajednice ratifikuju, ili pristupe Haškoj konvenciji o nadležnosti, -merodavnom pravu, priznanju, izvršenju i o saradnji u pogledu roditeljske odgovornosti i mera za zaštitu dece i o davanju ovlašćenja određenim državama članicama da daju izjavu o primeni relevantnih unutrašnjih pravila prava Zajednice (Council Decision (2-008/431/EC) of 5 June 2008 authorising certain Member States to ratify, or accede to, in the interest of the European Community, the 1996 Hague Convention on jurisdicition, applicable law, recognition, enforcement and cooperation in respect of parental responsibility and measures for the protection of children and authorising certain Member States to make a declaration on the application of the relevant internal rules of C-ommunity law) OJ L 151, 11.06.2008; za Hašku konvenciju vidi OJ L 151, 11.06.2008, ili na internet adresi Haške konferencije za međunarodno privatno pravo, http://hcch.net . Vidi, takođe: B. Bordaš, Regulativa Saveta (EZ) br. 2201/2003 o nadležnosti i priznannju i izvršenju presuda u bračnim stvarima i stvarima roditeljske odgovornosti: odnos regulative i drugih instrumenata (čl. 60 i 61) – mogućnosti saradnje sa državama nečlanicama EU, u: Zbornik prispevkov „Evropski sodni proctor" z mednarodne znanstvene conference na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru, Maribor, 2005, str. 63.

nju presuda u bračnim stvarima i stvarima roditeljske odgovornosti,[12] čije se polje primene rationae materiae delimično podudara sa poljem primene navedene haške konvencije, te je bilo jasno da je konvenciju trebalo da potpiše EZ, a ne države članice. Za to potpisivanje, međutim, nije bilo mogućnosti, jer su članice Statuta Haške konferencije za međunarodno privatno pravo mogle da budu samo države, a ne i međunarodne organizacije. Kao posledica nadležnosti EZ u materiji međunarodnog privatnog prava se pojavilo, dakle, i pitanje članstva EZ, kao regionalne međunarodne organizacije prevashodno ekonomskog karaktera u jednoj svetskoj organizaciji za progresivnu unifikaciju međnarodnog privatnog prava. Najzad, pravosudna saradnja u građanskim stvarima koja, prema dokumentima EZ ima za cilj obezbeđivanje pravne sigurnosti i predvidljivosti za državljane EU, ne može da se zaustavi unutar EU, već bi trebalo da se obezbeđuje globalno, putem multilateralnog i bilateralnog sporazumevanja sa trećim zemljama, gde bi glavni partner, takođe, trebalo da bude EZ, a ne, kao što je to bio slučaj ranije, države članice EZ.

Ovaj rad će pružiti pregled najvažnijih aspekata implicitne spoljne nadležnosti EZ u materiji međunarodnog privatnog prava, koja je značajna posledica nadležnosti EZ na osnovu članova 61(c) i 65 Ugovora o ustanovljenju EZ.

2. Mišljenje 1/03 Suda EZ o spoljnoj nadležnosti EZ u materiji međunarodnog privatnog prava

Savet EEZ je 1997. godine na osnovu člana bivšeg člana 220 Ugvora o ustanovljenju Evropske ekonomske zajednice imenovao ad hoc radnu grupu sastavljenu od predstavnika tadašnjih država članica i država članica Luganske konvencije o nadležnosti i o izvršenju presuda u građanskim i trgovinskim stvarima iz 1988. godine[13] da bi pripremili predlog za paralelnu reviziju Briselske konvencije o nadležnosti i izvršenju presuda u građanskim i trgovinskim stvarima iz 1968. godine radi njihove modernizacije i otklanjanja razlika među njima. Ta grupa je pripremila tekst za reviziju ove dve konvencije, na osnovu koga je Komisija 1999. godine (posle stupanja na snagu Amsterdamskog ugovora) podnela predlog Savetu za usvajanje uredbe putem kojem bi se taj tekst inkorporisao u pravo EZ. Savet je, na osnovu odredbi članova 61(c) i 67(1) Ugovora o EZ, usvojio Uredbu br. 44/2001 o nadležnosti i o priznanju i izvršenju presuda u gra-

[12] Vidi belešku br. 5.

[13] OJ L 319, 25.11.1988; države članice Luganske konvencije u to doba bile su Island, Norveška i Švajcarska.

đanskim i trgovinskim stvarima (u daljem tekstu: Uredba Brisel I), koja je između država članica, sa izuzetkom Danske,[14] zamenila Briselsku konvenciju iz 1968. godine. Kao posledica ove komunitarizacije, odnosno prenosa zakonodavne nadležnosti za usvajanje izvora međunarodnog privatnog prava u EZ sa država članica na zakonodavne organe EZ na osnovu odredbi članova 61(c), 65 i 67(1) postavilo se pitanje da li zaključenje nove Luganske konvencije spada u isključivu nadležnost Zajednice ili u podeljenu nadležnost Zajednice i njenih država članica.[15]

Takvo pitanje je na osnovu odredbe člana 300(6)[16] upućeno Sudu EZ radi dobijanja mišljenja o usklađenosti predloga nove Luganske konvencije sa odredbama Ugovora o EZ.

2.1. Sudska praksa o spoljnoj nadležnosti EZ

Sud je svoje mišljenje dao oslanjajući se na presude i mišljenja na osnovu kojih je nastalo učenje o spoljnoj nadležnosti EZ u materiji u kojoj Ugovor o EZ nije izričito propisao tu nadležnost.[17] Konstatujući da predmet buduće Luganske konvencije spada pod odredbe članova 61(c) i 67 koje ne propisuju izričito spoljnu nadležnost EZ u materiji pravosudne saradnje u građanskim stvarima u skladu sa članom 65, Sud je postojanje implicitne spoljne nadležnosti, kao i pitanje da li je ta nadležnost isključiva ili podeljena, cenio prema praksi u sledećim predmetima: 22/70 komi-

---

[14] Danska na osnovu člana 69 Ugovora o EZ i u skladu sa Protokolom br. 5 kojim je regulisan njen položaj ne učestvuje u usvajanju mera koje Savet predlaže u skladu sa odredbama Glave IV Ugovora o EZ, niti je usvojene mere obavezuju.

[15] Vidi Mišljenje Suda 1/03 od 7. februara 2006. godine, European Court Reports 2006, str. I-1145; paragraf 27 Mišljenja 1/03 reprodukuje pitanje upućeno Sudu EZ: „Da li zaključenje nove Luganske konvencije o nadležnosti i o priznanju i izvršenju presuda u građanskim i trgovinskim stvarima, kako je navedeno u paragrafima 8-12 ovog memoranduma, spada u potpunosti u oblast isključive nadležnosti Zajednice ili u oblast podeljene nadležnostiZajednice i država članica?"

[16] Član 300(6) Ugvoora o EZ glasi: „Savet, Komisija ili država članica mogu tražiti mišljenje Suda EZ o usklađenosti predloga nekog sporazuma sa odredbama ovog Ugovora. U slaučaju da je mišljenje Suda negativno, takav sporazum može da stupi na snagu samo pod uslovima utvrđenim članom 48 Ugovora o Evropskoj uniji."

[17] Ugovor o EZ sadrži izričito ovlašćenje za zaključivanje međunarodnih sporazuma u članovima 133 (zaključivanje carinskih i trgovinskih sporazuma), 111(3) (zaključivanje sporazuma o monetarnom i deviznom režimu), 170 (zaključivanje sporazuma u oblasti istraživačkog rada, tehnološkog razvoja i demonstracionih projekata, 174(4) (zaključivanje sporazuma iz oblasti životne sredine), 181 (zaključivanje sporazuma o saradnji i razvoju), 310 (zaključivanje sporazuma o pridruživanju). Postupak zaključivanja međunarodnih sporazuma je određen u članu 300 Ugovora.

sija protiv Saveta (ERTA),[18] Mišljenje 2/91,[19] Mišljenje 1/94,[20] Mišljenje 1/76,[21] i presude u predmetima Oupn skajs.[22]

U pogledu nadležnosti EZ da zaključuje međunarodne sporazume sa trećim zemljama koje nisu države članice EZ Sud je konstatovao da ona ne proizlazi samo iz izričitog ovlašćenja sadržanog u Ugovoru o EZ, već takođe implicitno proističe iz drugih odredbi Ugovora i iz mera koje organi Zajednice u okviru takvih odredbi usvoje.[23] To znači da uvek kada pravo EZ u okviru svog unutrašnjeg sistema propiše nadležnost organa Zajednice radi postizanja nekog naročitog cilja, EZ ima ovlašćenje da preduzme „međunarodne obaveze koje su neophodne da bi se taj cilj postigao, čak i tada ako u pravu EZ[24] nema izričite odredbe takvog dejstva“[25]

Implicitna spoljna nadležnost Zajednice može da bude isključiva ili podeljena sa državama članicama. Isključiva spoljna nadležnost podrazumeva da je jedino EZ ovlšćena da zaključuje međunarodne sporazume sa državama nečlanicama, a podeljena ima za posledicu da međunarodne sporazume zaključuju zajedno i EZ, i države članice. Spoljna nadležnost je isključiva, ukoliko unutrašnja nadležnost može da bude efektivno ostvarivana samo ako se istovremeno vrši i spoljna nadležnost,[26] što znači da je zaključenje međunarodnog sporazuma neophodno radi postizanja ciljeva postavljenih Ugovorom o EZ, koji se ne mogu postići samo donošenjem propisa EZ u okviru unutrašnje nadležnosti.[27] Spoljna nadležnost

[18] Predmet 22/70 Commission v. Council (ERTA), European Court Reports (ECR), 1971, 263;

[19] Opinion 2/91, Convention no 170 of the International Labour Organizationconcerning safety in the use of chemicals at work, ECR 1993, I-1061.

[20] Opinion 1/94, Competence of the Community to conclude international agreements concerning services and the protection of intellectual property – Article 228(6) of the EC Treaty ECR 1994, I-5267.

[21] Opinion 1/76, Draft Agreement establishing a European laying-up fund for inland waterway vessels, ECR 1977, 741.

[22] Vidi presude u predmetima Open Skies: C-467/98 Commission v. Denmark, ECR 2002, I-9519, paragraf 56; C-468/98 Commission v. Sweden, ECR 2002, I-9575, paragraf 53; C-469/98 Commission v. Finland, ECR 2002, I-9627, paragraf 57; C-471/98 Commission v. Belgium, ECR 2002, I-9681, paragraf 67; C-472/98 Commission v. Luxembourg, ECR 2002, I-9741, paragraf 61; C-475/98 Commission v. Austria, ECR 2002, I-9797, paragraf 67; C-476/98 Commission v. Germany, ECR 2002, I-855, paragraf 82.

[23] Vidi predmet 22/70 Commission v. Council (ERTA), ECR, 1971, 263, paragraf 17.

[24] Vidi paragraf 3 Mišljenja 1/76 i paragraf 7 Mišljenja 2/91; vidi beleške br. 19 i 21.

[25] Vidi paragraf 114 Mišljenja 1/03.

[26] Takav je bio slučaj sa Draft Agreement establishing a European laying-up fund for inland waterway vessels, vidi paragrafe 4 i 7 Mišljenja 1/76 (Inland waterway navigation case) i paragraf 85 Mišljenja 1/94; vidi beleške br. 20 i 21.

[27] Vidi paragraf 57 presude u predmetu Komisija protiv Danske, beleška br. 21; vidi takođe kod Geiger, R., External Competences of the european Union and the Treaty-Ma-

je isključiva i tada, kada bi obaveze, koje bi se preuzele zaključivanjem međunarodnih sporazuma sa trećim zemljama, *imale uticaja na primenu već usvojenih propisa EZ.* Osnov implicitne isključive nadležnosti se u ovom slučaju nalazi u činjenici da je EZ, koristeći svoju unutrašnju nadležnost harmonizovala određenu oblast u potpunosti ili u velikoj meri.[28] U ovakvim situacijama države članice ne bi imale više pravo da pojedinačno ili zajedno sa drugim državama članicama preuzimaju međunarodne obaveze, što je načelo „paralelizma nadležnosti" ustanovljeno od strane Suda u predmetu ERTA.[29] Da li će postojati takva implicitna spoljna nadležnost, koja je uz to isključiva u korist EZ, ustanovljava se pomoću testa „dejstva na pravo Zajednice."[30]

Test treba da pokaže pod kojim okolnostima će obaveze preuzete međunarodnim sporazumima uticati ili izmeniti oblast primene pravnih akata Zajednice, jer od toga zavisi pod kojim okolnostima Zajednica stiče spoljnu nadležnost time da je (is)koristila svoju unutrašnju. Povodom predmeta Komisija protiv Danske[31] Sud EZ je našao da je spoljna nadležnost Zajednice isključiva naročito u situacijama u kojima je zaključivanje sporazuma od strane država članica nespojivo sa jedinstvom zajedničkog tržišta i sa uniformnom primenom prava EZ; ili kada bi – imajući u vidu prirodu odredaba prava EZ, kao na primer zakonodavnih mera koje sadrže klauzule o tretmanu državljana trećih zemalja, ili potpunu harmonizaciju nekog pitanja – svaki sporazum u takvim oblastima neminovno negativno uticao na primenu pravila Zajednice.[32]

Sud EZ, međutim, naglašava da EZ ima samo onu nadležnost koju su na nju prenele države članice, te stoga svaka nadležnost – naročito isključiva i ona koja nije izričito preneta Ugovorom o EZ – mora da se ustanovi na osnovu specifične analize odnosa između budućeg sporazuma i prava EZ na snazi koja će jasno pokazati da li zaključenje sporazuma može da utiče na propise prava EZ.[33] U tom kontekstu je značajno i to da se kod testa „oblasti koja je u značajnoj meri pokrivena propisima prava EZ" procena obavlja ne samo na osnovu oblasti primene tih propisa, već uzimajući u obzir i njihovu prirodu i sadržaj; kao što se ne uzima u obzir

---

king Power of its Member States, Arizona Journal of International and Comparative Law, godište 14, 1997, str. 319.

[28] Vidi paragraf 77 Mišljenja 1/94 i paragraf 25 Mišljenja 2/91.

[29] Vidi paragraf 17 predmeta ERTA, beleška br. 18.

[30] Vidi kod Lavranos, N., Case Law, Opinion 1/03, Lugano Convention (Full Court) of 7 February 2006, Commom Market Law Review, godište 43, 2006, str. 1087-1100.

[31] Vidi belešku br. 22.

[32] Vidi paragraf 122 Mišljenja 1/03.

[33] Ibid., paragraf 124.

samo dato stanje prava EZ već i njegov budući razvoj, ako se on može predvideti u vreme analize.[34] Sud smatra suštinskim „*da se osigura uniformna i konzistentna primena propisa Zajednice i pravilno funkcionisanje sistema koji se njima uspostavlja, a sve u cilju da se očuva puna delotvornost prava EZ.*“[35]

2.2. Analiza uticaja Luganske konvencije na primenu Uredbe 44/2001

Da bi Sud EZ mogao da oformi mišljenje o tome da li je spoljna nadležnost EZ u materiji međunarodnog privatnog prava isključiva ili podeljena sa državama članicama on je – prema onome što je gore navedeno – morao da dođe do zaključka da je Uredbom 44/2001 izvršena harmonizacija određene oblasti u kojoj postoji unutrašnja nadležnost, i da izvrši analizu uticaja – tada još buduće – Luganske konvencije na primenu Uredbe 44/2001. Ta analiza je trebalo da pokaže, da li u slučajevima u kojima Uredba 44/2001 pokriva činjenična stanja koja se vezuju za treće zemlje (države koje nisu članice EZ), primena Luganske konvencije dovodi do rezultata koji se razlikuje od onog do kojeg bi se došlo da Luganska konvencija ne postoji. Ako bi se takva razlika pokazala, to bi značilo da Luganska konvencija utiče na uniformnu i konzistentnu primenu propisa EZ i na pravilno funkcionisanje sistema koji se tim propisima uspostavlja, što je dovoljan osnov za zaključak da Evropskoj zajednici pripada isključiva spoljna nadležnost, i da je ona ta koja će zaključiti novu Lugansku konvenciju sa Islandom, Norveškom i Švajcarskom. Sud je posebno analizirao odredbe o međunarodnoj nadležnosti i odredbe o priznanju i izvršenju presuda.

Uticaj Luganske konvencije na primenu odredaba Uredbe 44/2001 o međunarodnoj nadležnosti sudova. – Sud EZ polazi od konstatacije da *međunarodni sporazumi* koje države članice EZ ili sama EZ zaključuju sa državama nečlanicama (trećim zemljama) sadrže pravila o sukobu nadležnosti na osnovu kojih se određuje nadležnost sudova ne samo u državama nečlanicama, već i u državama članicama EZ, što znači da regulišu materiju koja je pokrivena odredbama Uredbe 44/2001.[36] Pošto je cilj Uredbe, a naročito Glave 2, unifikacija pravila o nadležnosti sudova u građanskim i trgovinskim stvarima, ali ne samo za sporove koji se ve-

[34] Ibid., paragrafi 126-127.
[35] Ibid., paragrafi 128 i 133.
[36] Ibid., paragraf 142.

zuju isključivo za različite države članice (sporovi sa stranim elementom unutar EZ), već i za one koji imaju „međunarodni element“,[37] u smislu povezanosti sa nekom trećom zemljom koja nije članica EZ, a radi otklanjanja prepreka funkcionisanju unutrašnjeg tržišta koje bi nastale zbog razlika u nacionalnim zakonodavstvima, uniformni sistem koji Uredba uspostavlja obuhvata i odnose između države članice i treće zemlje koja nije članica EZ.

Potom Sud u analizi navodi situacije u kojima je involvirana neka činjenica vezana za treću zemlju, a obuhvaćena je odredbama Uredbe: za primenu člana 2 (Briselske konvencije iz 1968. godine) o opštoj nadležnosti neophodni „međunarodni“ element ne mora da se vezuje samo za države članice, već je to merilo ispunjeno i onda kada postoji veza sa trećom zemljom – na primer kada su tužilac i tuženi iz iste države članice, a štetni događaj je nastao u trećoj državi;[38] pravila o isključivoj nadležnosti ili izričitoj prorogacionoj nadležnosti se takođe primenjuju na odnose koji se vezuju za neku državu članicu i za jednu ili više trećih zemalja; isti je slučaj i sa pravilima o litispendenciji i o povezanim zahtevima, kao i u postupcima za priznanje i izvršenje presuda poreklom iz jedne države članice pred sudovima druge države članice.[39]

Prema tumačenju Suda i odredba člana 4(1) Uredbe 44/2001[40] čini deo sistema, bez obzira što za tuženog koji nema prebivalište u nekoj državi članici, iz čega sledi da ga ima u trećoj zemlji, određuje nadležnost upućivanjem na primenu nacionalnog prava države suda. Kao što je poznato, opšta međunarodna nadležnost sudova unutar EZ se određuje po prebivalištu tuženog u državi članici, bez obzira na njegovo državljanstvo (stav 1 član 2). Lica sa prebivalištem u nekoj državi članici mogu da budu tužena u nekoj drugoj državi članici samo po odredbama koje sadrži Uredba (tj. odeljci 2-7 Glave 2). Ali ako tuženi nema prebivalište u nekoj državi članici, međunarodna nadležnost sudova država članica biće određena po nacionalnom pravu dotične države članice, izuzev ako ima mesta primeni odredaba o isključivoj međunarodnoj nadležnosti (član 22 Uredbe) ili o izričitoj prorogaciji nadležnosti (član 23 Uredbe). Ovaj segment, dakle, nije neposredno uređen Uredbom, već upućivanjem na nacionalno pravo država članica, te je zbog povezanosti

[37] Vidi drugi stav Uredbe 44/2001; vidi takođe predmet C-281/02 Owusu, ECR, 2005, str. I-1381, paragraf 34.

[38] Predmet C-281/02 Owusu, ECR, 2005, I-1383, pragrafi 25-26.

[39] Vidi paragrafe 145-146 Mišljenja 1/03.

[40] Član 4(1) glasi: „Ako tuženi nema prebivalište u nekoj državi članici, nadležnost suda države članice će se odrediti, pod rezervom primene odredbi članova 22 i 23, po pravu te države.“

sa nekom trećom zemljom, načelno, otvoren za zaključivanje međunarodnog sporazuma, da bi se pronašlo uniformno rešenje. U tom kontekstu bi se moglo postaviti i pitanje ko će biti ugovorna strana – da li EZ ili njene države članice.

Navedeno upućivanje na nacionalno pravo država članica se može tumačiti kao inkorporacija odredbi nacionalnih prava u Uredbu, čime one postaju deo Uredbe i sistema koji ona uspostavlja.[41] Suprotno tumačenje, po kojem bi upućivanje na nacionalno pravo značilo samo to, da Uredba ne reguliše nadležnost sudova država članica ako tuženi nema prebivalište ni u jednoj od njih, imalo bi za posledicu da države članice zadržavaju svoju nadležnost i da spoljna nadležnost zajednice nije isključiva.[42] U ovom kontekstu Sud pokazuje i uticaj eventualnih međunarodnih sporazuma na primenu odgovarajućih odredbi Uredbe 44/2001. Naime, ako bi potencijalni međunarodni sporazum propisao nadležnost sudova po prebivalištu tuženog (što je isti kriterijum kao i u Uredbi), takvo rešenje bi ipak dovelo do sukoba sa drugim odredbama Uredbe, koje propisuju kriterijume za nadležnost po drugim činjenicama u slučaju da tuženi nema prebivalište u nekoj državi članici. To bi se desilo, na primer, ako tuženi – pravno lice – ne bi imao sedište u državi članici, ali bi na osnovu odredbe člana 15(2) Uredbe[43] sud države članice mogao da zasnuje nadležnost na osnovu činjenice da pravno lice ima ogranak ili predstavništvo u državi članici.[44] Uticaj na sistem pravila o međunarodnoj nadležnosti koji uspostavlja Uredba ogledao bi se u tome da bi primena međunarodnog sporazuma dovela do nadležnosti sud treće zemlje, nasuprot nadležnosti suda države članice koja bi mogla da se uspostavi da takvog međunarodnog sporazuma nema.

Isti taj efekat analiza Suda EZ pokazuje i u slučaju paralelnih odredbi Luganske konvencije i Uredbe 44/2001 o isključivoj nadležnosti sudova i o izričitoj prorogaciji nadležnosti. Ako tuženi ima prebivalište u nekoj državi članici, a nepokretnost se nalazi u trećoj zemlji sa kojom ne postoji međunarodni sporazum, nadležan će biti szd države članice

---

[41] Vidi paragrafe 148-149 Mišljenja 1/03.

[42] Vidi kod T. Kruger, Civil Jurisdiction Rules of the EU and their Impact on Third States, Oxford, 2008, str. 359; Opinion 1/03, Competence of the Community to conclude the new Lugano Convention on the jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil ans commercial matters, Columbia Journal of European Law, godište 13, 2006-2007, str. 189.

[43] Odredba člana 15(2) Uredbe 44/2001 glasi: „Ukoliko potrošač stupa u ugovor sa stranom koja nema prebivalište u državi članici, ali ima ogranak, predstavništvo ili drugu organizaciju u nekoj od država članica, smatraće se da takva strana, u sporovima koji nastanu iz delovanja ogranka, predstavništva ili druge organizacije, ima prebivalište u toj državi."

[44] Vidi paragraf 150 Mišljenja 1/03.

po mestu prebivališta. Ako, međutim, postoji sporazum sa trećom zemljom koji propisuje isključivu međunarodnu nadležnost po mestu nalaženja nepokretnosti, nadležan će biti sud treće zemlje, a ne države članice.[45]

Na osnovu detaljne komparativne analize drugih odredbi Uredbe 44/2001 i Luganske konvencije, Sud EZ je zaključio da odredbe ove poslednje „utiču na uniformnu i konzistentnu primenu pravila o nadležnosti Zajednice i na pravilno funkcionisanje sistema koji ta pravila uspostavljaju"[46] iz čega sledi da je spoljna nadležnost EZ u ovoj materiji isključiva.

Uticaj Luganske konvencije na primenu odredaba Uredbe 44/2001 o priznanju i izvršenju presuda u građanskim i trgovinskim stvarima. – Sud EZ je u ovoj analizi pošao od stava da su odredbe Uredbe o nadležnosti sudova država članica i odredbe o priznanju i izvršenju presuda sudova jedne države članice u drugim državama članicama tesno povezane i da se sa aspekta određivanja spoljne nadležnosti EZ ne mogu razmatrati odvojeno. U prilog tome se navodi, na primer, da Uredba ustanovljava olakšani sistem egzekvature, koji podrazumeva priznanje presuda poreklom iz država članica bez ikakve posebne procedure, što je opet posledica uniformnih pravila o direktnoj međunarodnoj nadležnosti u državama članicama. Budući da sudovi porekla odluke mogu zasnovati svoju nadležnost samo na tim uniformnim pravilima, nema potrebe da se kontroliše nadležnost od strane sudova u državama egzekvature. Ukoliko se nadležnost, izuzetno, ipak može kontrolisati, ona se opet zasniva na odredbama o nadležnosti koje propisuje Uredba.[47] Nadalje, odredbe Uredbe koje regulišu sukob koji može da nastane između presuda donetih u sporovima između istih strana od strane različitih sudova odnose se ne samo sudove država članica, već i na sudove trećih zemalja. Odredba člana 34(4) Uredbe, naime, propisuje da se presuda neće priznati, ako je ona nespojiva sa ranijom presudom donesenom u drugoj državi članici ili u nekoj *trećoj zemlji* po istom osnovu i između istih strana, pod uslovom da ranija presuda ispunjava uslove za priznanje u državi članici u kojoj se priznanje traži.[48] Na osnovu analize i drugih odredbi Uredbe[49] Sud EZ je zaključio da bi buduća Luganska konvencija – i u delu koji sadrži odredbe o nadležnosti sudova, i u delu o priznanju i izvršenju presuda – mogla da utiče na unifikovani i koherentni sistem priznanja i izvršenja presuda uspostavljen

[45] Ibid., paragraf 153.
[46] Ibid., paragraf 161.
[47] Ibid., paragraf 163-164, povodom odredbi članova 33. i 35(2) Uredbe 44/2001.
[48] Ibid., paragraf 165.
[49] Vidi pragrafe 166-167 Mišljenja 1/03.

Uredbom 44/2001. Sud EZ je takođe ocenio da bi odredba Luganske konvencije (član 26 iz 1988. godine) koja propisuje načelo da se presuda donesena u jednoj državi ugovornici priznaje u drugoj državi ugovornici bez ikakve posebne procedure *utiče na pravila EZ.* Taj uticaj se ogleda u tome da se proširuje oblast u kojoj se priznanje sudskih odluka vrši bez posebne procedure i time povećava broj slučajeva u kojima će se priznavati odluke sudova država trećih zemalja, a čija međunarodna nadležnost nije zasnovana primenom odredaba Uredbe 44/2001.[50]

Sud EZ je na kraju zaključio da „svi faktori pokazuju da su pravila Zajednice o priznanju i izršenju presuda neodvojiva od onih koja se odnose na nadležnost sudova sa kojima čine jedinstveni i koherentni sistem, i da bi nova Luganska konvencija uticala na uniformnu i konzistentnu primenu propisa Zajednice koji se odnose kako na nadležnost sudova, tako i na priznanje i izvršenje presuda i na pravilno funkcionisanje jedinstvenog sistema koji uspostavljaju.“[51]

Na osnovu navedenih Sud EZ je zaključio da zaključenje nove Luganske konvencije spada u isključivu spoljnu nadležnost organa EZ. Savet je 15. oktobra 2007. godine usvojio Odluku o potpisivanju, u ime Zajednice, Konvencije o nadležnosti i o priznanju i izvršenju presuda u građanskim i trgovinskim stvarima,[52] koja će zameniti Lugansku konvenciju od 16. septembra 1988. godine. Tekst Konvencije je potpisan 30. oktobra 2007. godine.[53]

Komentatori Mišljenja 1/03 Suda EZ, na čijim stavovima se u okviru ovog rada nećemo zadržati,[54] slažu se u jednom: Sud je rekao svoje i njegovi stavovi su obavezni bar što se tiče isključive prirode spoljne nadležnosti EZ u materiji međunarodne nadležnosti sudova država članica u građanskim i trgovinskim stvarima, i sa priznanjem i izvršenjem presuda država članica u istim stvarima. Da li će nesporna spoljna nadležnost EZ

---

[50] Vidi paragraf 170. Mišljenja 1/03.

[51] Paragraf 172. Mišljenja 1/03.

[52] Council Decision of 15 October 2007 on the signing, on behalf of the Community, of the Convention on jurisdicition and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ L 339, 2007, str. 1.

[53] Convention on jurisdiciton and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ L 339, 2007, str. 3.

[54] Vidi naročito, F. Pocar (ed.) The External Competence of the European Union and Private International Law, Milan 2007; A. Malatesta, S. Bariatti, F. Pocar (eds.), The External Dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters, Milan 2008; T. Kruger, op. cit.; T. Baumé, Competence of the Community to Conclude the New Lugano Convention on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters: Opinion 1/03 of 7 February 2006, German Law Journal, godište 7, br. 8, 2006, str. 681.

u materiji međunarodnog privatnog prava u nekom drugom slučaju biti isključiva ili podeljena sa državama članicama, moralo bi se utvrditi putem analize. Pri tome bi ciljevi i strategija u oblasti saradnje u građanskim stvarima mogla da ima značajan uticaj.[55]

3. Nadležnost EZ i unifikacija pravila međunarodnog privatnog prava u okviru Haške konferencije za MPP

Posle stupanja na snagu Amsterdamskog ugovora o uspostavljanju Evropske zajednice ova je na osnovu odredaba Glave IV, a naročito članova 61(c), 65 i 67 postala veoma značajna regionalna organizacija za prekograničnu saradnju u građanskim stvarima, dok je Haška konferencija za međunarodno privatno pravo (u danjem tekstu: Haška konferencija za MPP) – po sopstvenoj definiciji – svetska organizacija za prekograničnu saradnju u građanskim i trgovinskim stvarima.[56] Ne samo da su sve države članice EZ članice Haške konferencije za MPP, već je to 2007. godine postala i sama Evropska zajednica. Ovo njeno članstvo se može smatrati direktnom posledicom nadležnosti EZ u materiji međunarodnog privatnog prava, a naročito spominjanog načela paralelizma između unutrašnje i spoljne nadležnosti EZ. Oblasti delatnosti EZ na osnovu člana 65 Ugovora o EZ u velikoj meri se poklapaju sa oblastima u kojima je Haška konferencija za MPP u svojoj dugoj istoriji usvajala konvencije univerzalnog karaktera. Otkad je EZ počela sa donošenjem mera u oblasti pravosudne saradnje u građanskim stvarima koje imaju prekogranične posledice pokazalo se ne samo to da se (pravni) instrumenti ovih organizacija u nekim pitanjima preklapaju, što dovodi do potrebe da se reguliše njihov međusobni odnos, već bi se moglo reći da se neki instrumenti međusobno i nadograđuju. To je, na primer, slučaj sa Uredbom Saveta (EZ) br. 2201/2003 o nadležnosti i o priznanju i izvršenju presuda u bračnim stvarima i stvarima roditeljske odgovornosti, kojom se ukida Uredba (EZ) br. 1347/2000,[57] i Haškom konvencijom o građanskopravnim posledicama međunarodne otmice dece iz 1980. godine.[58]

Iako je EZ, zajedno sa drugim vladinim i nevladinim organizacijama i zainteresovanim državama, koje nisu članice Haške konferencije, bila pozivana i učestvovala u radu ove Konferencije u svojstvu posmatrača od

[55] Vidi niže pod naslovom 4.

[56] Vidi na internet adresi: www.hcch.net .

[57] Vidi belešku br. 5.

[58] Vidi na internet adresi: http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text &cid=24 ; vidi, takođe član 11. Uredbe br. 2201/2003. OJ L 338, 2003.

svog osnivanja,[59] pitanje eventualne promene njenog statusa je počelo da biva aktuelno stupanjem na snagu Amsterdamskog Ugovora o EZ 1999. godine. U vreme pripremanja teksta Haške Konvencije o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju i izvršenju i o saradnji u pogledu roditeljske odgovornosti i o merama za zaštitu dece iz 1996. godine u EZ je bio u toku rad na Konvenciji o nadležnosti i o priznanju i izvršenju odluka u bračnim stvarima (Konvencija Brisel II).[60] Kada je ta konvencija pretočena u Uredbu br. 1347/2000 o nadležnosti, priznanju i izvršenju odluka u bračnim stvarima i stvarima roditeljske odgovornosti za zajedničku decu oba bračna partnera (tzv. Uredba Brisel II), na čije je mesto stupila 2003. godine Uredba 2201/2003 o nadležnosti, priznanju i izvršenju odluka u bračnim stvarima i stvarima roditeljske odgovornosti (tzv. Uredba Brisel IIbis ili Brisel IIa), postalo je očigledno da se Haška konvencija iz 1996. godine i Uredba 2201/2003 delimično poklapaju rationae materiae. Takođe je postalo jasno da EZ ima spoljnu nadležnost za zaključivanje Haške konvencije iz 1996. godine, mada pitanje o isključivoj ili podeljenoj spoljnoj nadležnosti nije u tom konteksktu još bilo rešeno. Štaviše, i da jeste, Statut Haške konferencije za međunarodno privatno pravo iz 1955. godine nije omogućavao da međunarodne organizacije budu potpisnice ni samog Statuta, ni konvencija koje su bile usvajane kao rezultat rada Konferencije. Problem je bio premošćen tako, što je Savet EZ doneo odluke putem kojih su države članice EZ dobile ovlašćenje da u interesu Zajednice potpišu, odnosno ratifikuju ili pristupe Haškoj Konvenciji iz 1996. godine.[61] [62]

---

[59] Vidi podatak kod A. Schulz, The Accession of the European Community to the - Hague Conference on Private International Law, The International and Comparative Law Quarterly, godište 56, 2007, str. 939, s pozivanjem na Actes et Documents de la Neuvième session – 5 au 26 octobre 1960, Tome I, Matières diverses, 15.

[60] Konvencija Brisel II je usvojena 1998. godine, ali zbog toga što proces ratifikacije nije okončan pre stupanja na snagu Amsterdamskog Ugovora o EZ, ona nikad nije stupila na snagu.

[61] Vidi Council Decision (2003/93/EC) of 19 December 2002 authorising the Member States, in the interest of the Community, to sign the 1996 Hague Convention on jurisdicition, applicable law, recognition, enforcement and cooperation in respect of parental responsibility and measures for the protection of children, OJ L 48, 2003; i Council Decision (2008/431/EC) of 5 June 2008 authorising certain Member States, to ratify, or accede to, in the interest of the - Community, the 1996 Hague Convention on jurisdicition, applicable law, recognition, enforcement and cooperation in respect of parental responsibility and measures for the protection of children, and authorising certain Member States to make a declaration on the application of the relevant internal rules of Community law, OJ L 151, 2008.

[62] U skladu sa prvom odlukom sve države koje su 2003. godine bile članice EZ su potpisale Hašku konvenciju iz 1996. godine, ali je još nisu ratifikovale zbog razmimoilaženja Ujedinjenog Kraljevstva i Španije oko Gibraltara; vidi na internet adresi:
http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=70 .

U vreme kada je povodom zaključivanja nove Luganske konvencije upućeno pitanje Sudu EZ radi davanja mišljenja, u okviru Haške konferencije za međunarodno privatno pravo je rad usmeren na pripremu Konvencije o sporazumima o izboru suda umesto na izradu svetske konvencije o nadležnosti, priznanju i izvršenju odluka u građanskim i trgovinskim stvarima, od kojeg se odustalo. To je, dakle, bila oblast koja je u EZ već bila harmonizovana Uredbom 44/2001, a već se bila pojavila i dilema o karakteru nesporne spoljne nadležnosti EZ za zaključivanje međunarodnog ugovora. Prema rečima prvog sekretara Haške konferencije za međunarodno privatno pravo, nastala je čudna situacija, u kojoj su države članice EZ gubile svoju nadležnost u toj materiji da pregovaraju o novoj haškoj konvenciji, a EZ kao regionalna međunarodna organizacija nije imala mogućnost da postane član Haške konferencije.[63]

Nakon što je EZ u decembru 2002. godine podnela zahtev za članstvo u Haškoj konferenciji za međunarodno privatno pravo, usledile su dvoipogodišnje pripreme i pregovori za izmenu Statuta Haške konferencije. U junu 2005. godine usvojene su izmene koje daju mogućnost regionalnim organizacijama koje imaju karakter ekonomskih integracija (u daljem tekstu: REIO, po engleskom izrazu „regional economic integration organisation“) da podnesu zahtev za članstvo u Haškoj konferenciji za međunarodno privatno pravo.[64] Prema stavu 9 novog člana 3 Statuta regionalne organizacije koje imaju karakter ekonomskih integracija „označavaju međunarodne organizacije u čijem sastavu su samo suverene države na koje su države članice prenele svoju nadležnost u nizu pitanja, uključujući i ovlašćenje da donose odluke koje su u tim pitanjima obavezjuće za države članice.“[65] Da bi REIO mogla da postane član Haške konferencije za MPP njene države članice je trebalo da prenesu na nju nadležnost u stvarima koje spadaju u oblast aktivnosti Konferencije (progresivna unifikacija međunarodnog privatnog prava), uključujući ovlašćenje za donošenje obavezujućih odluka (stav 2 člana 3), i da prilikom podnošenja zahteva za članstvo priloži deklaraciju o nadležnosti sa specifikacijom pitanja u kojima su države članice prenele nadležnost na organizaciju, sa stanjem na dan podnošenja zahteva (stav 3 člana 3).[66]

Nakon što je izmenjeni Statut Haške konferencije za MPP stupio na snagu 1. januara 2007. godine, i posle ispunjenja propisanih uslova za

---

[63] Vidi kod A.Schulz, op.cit., str. 942.

[64] Vidi na internet adresi: www.hcch.net/upload/finalact20e.pdf

[65] Vidi Statut Haške konferencije za međunarodno privatno pravo na internet adresi: http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=29 .

[66] Vidi Deklaraciju EZ na internet adresi: http://www.hcch.net/index_en.php?act=status.comment&csid=992&disp=resdn.

prijem, EZ je postala članica ove konferencije 3. aprila 2007. godine.[67] Time je omogućeno da EZ efektivno vrši svoju spoljnu nadležnost i učestvuje u unifikaciji međunarodnog privatnog prava na globalnom nivou. Daleko od toga da je realizacija ove mogućnosti jednostavna. Statut sadrži detaljne odredbe o načinu učešća EZ i odnosa između EZ i njenih država članica, o glasanju, ali ta pitanja prevazilaze okvire ovog rada.[68]

Ovaj status je, međutim, nakon Mišljenja 1/03 Suda EZ iz koga se vidi da je oblast međunarodne nadležnosti u isključivoj spoljnoj nadležnosti EZ, omogućio da EZ 1. aprila 2009. godine potpiše Konvenciju o sporazumima o izboru sudova u skladu sa odredbama članova 29 i 30 iste. Osim nje, potpisale su je još samo SAD, a pristupio je Meksiko.[69] Za stupanje na snagu su neophodne dve ratifikacije, prihvatanja, odobrenja ili pristupanja.[70]

Primer regulisanja materije ostvarivanja obaveza izdržavanja takođe ilustruje posledicu spoljne nadležnosti EZ u materiji međunarodnog privatnog prava. Haška konferencija za MPP je 2007. godine usvojila dve konvencije koje su otvorene za potpisivanje istog dana, 23. novembra. To su Konvencja o međunarodnom ostvarivanju zahteva za izdržavanje dece i drugih oblika porodičnog izdržavanja i Protokol o merodavnom pravu za obaveze izdržavanja. Plan je bio da se usvoji jedinstveni akt, ali pošto se nije mogla postići saglasnost oko određivanja merodavnog prava, ostavljena je mogućnost da se izdvajanjem protokola da šansa većem broju država da se izjasne u prilog konvencije koja reguliše samo pitanja koja se tiču delotvornog ostvarivanja obaveza izdržavanja u inostranstvu putem uspostavljanja sveobuhvatne saradnje između država, koja obuhvata i priznanje i izvršenje odluka o izdržavanju. U EZ je paralelno bila u toku izrada uredbe veoma sličnog sadržaja. Ona je usvojena kao Uredba Saveta (EZ) br. 4/2009 od 18. decembra 2008. godine o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju i izvršenju odluka i o saradnji u stvarima u vezi sa obavezama izdržavanja (u daljem tekstu: Uredba 4/2009 o obavezama izdržavanja).[71]

---

[67] Vidi na internet adresi: http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions .status&cid=29 .

[68] Vidi o tome detaljno kod A. Schulz, op. cit. 945 et seqq.

[69] SAD su potpisale 19. januara 2009, a Meksiko je pristupio 26. septembra 2007. godine.

[70] Vidi na internet adresi: http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions. status&cid=98 .

[71] Vidi Council regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations, OJ L 7/1 od 10.1.2009.

Specifičan odnos ovih akata dveju organizacija koje rade na unifikaciji međunarodnog privatnog prava ogleda se u regulisanju *merodavnog prava* za obaveze izdržavanja. Pošto se ni u toku izrade Uredbe 4/2009 o obavezama izdržavanja nije moglo rešiti pitanje primene inostranog prava na obaeze izdržavanja, u tekst je uneta odredba da će se merodavno pravo u odnosima između država članica EZ biti određeno u skladu sa Haškim protokolom merodavnom pravu iz 2007 sa dejstvom između država članica koje taj protokol prihvate obavezujući (član 15 Uredbe 4/2009). Ova odredba otvara veoma interesantna pitanja spoljne nadležnosti EZ, potpisivanja i ratifikacije Haškog protokola sa jedne strane, ali i početka primene Uredbe 4/2009 (član 76), kao i dejstva prihvatanja protokola na režim priznanja i izvršenja odluka o obavezama izdržavanja unutar EZ,[72] koja takođe prevazilaze okvire ovog rada. Savet EU je već izradio predlog Odluke o zaključenju Protokola o merodavnom pravu za obaveze izdržavanja od strane EZ.[73]

4. Nadležnost EZ i Dokument Saveta EU 8140/06

Savet je pozivom na „Haški program: jačanje slobode, sigurnosti i pravde u Evropskoj uniji“[74] i Akcioni plan Saveta i Komisije za sprovođenje u život Haškog programa[75] 2006. godine usvojio Dokument 8140/06 o aspektima pravosudne saradnje u okviru Strategije spoljne dimenzije pravosudnih i unutrašnjih poslova: Globalna sloboda, sigurnost i pravda.[76] U ovom dokumentu se određuje opšti okvir buduće strategije EZ u ostvarivanju spoljne dimenzije pravosudne saradnje u građanskim stvarima, imajući u vidu da su međunarodni sporazumi sa trećim zemljama neizbežni radi obezbeđivanja pravne sigurnosti i predvidivosti za dr-

[72] Vidi detaljnije kod P. Beaumont, International Family Law in Europe – the Maintenance Project, the Hague Conference and the EC: A Triumph of Reverse Subsidiarity, Rabels Zeitschrift für ausländisches un internationales Privatrecht, godište 73, 2009, str. 509.

[73] Vidi Proposal for a Council Decision on the conclusion by the European Community of the Protocol on the Law Applicable to Maintenance Obligations, COM-/2009/0081 final – CNS 2009/0023.

[74] Vidi The Hague Programme: Strenghtening freedom, security and justice in the Evuropean Union, OJ C 53, 2005.

[75] Vidi Council and Commission Action Plan implementing the Hague Programme on strengthening freedom, securitz and justice in the EU, doc. 9778/2/05 REV 2 JAI 207, dostupan na internet adresi: http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/05/st09/st09778-re02.en05.pdf .

[76] Council of European Union Document 8140/06 JUSTCIV 93 – Aspects of judicial cooperation in civil matters in the framework of the Strategy for External Dimension of JHA: Global freedom, security and justice, Brussels, 11 April 2006.

žavljane EU na globalnom planu, kao i to da je u međunarodnim pregovorima od velikog značaja očuvanje jednoobrazne primene prava EZ.[77]

Prema dokumentu saradnja sa trećim zemljama trebalo bi da bude fokusirana na one oblasti u građanskim stvarima u kojima je EZ već usvojila sekundarne izvore prava, a naročito u materiji nadležnosti, priznanja i izvršenja odluka, merodavnog prava, prekograničnog dostavljanja sudskih i vansudskih akata, dobijanja dokaza, administrativne saradnje između organa nadležnih za međunarodnu pravnu pomoć, kako to sledi iz člana 65 Ugovora o EZ. Realizacija saradnje obuhvata međunarodne pregovore na multilateralnom nivou, bilateralne sporazume, razmenu iskustava.

U okviru multilateralne saradnje sa trećim zemljama dokument u prvom redu naglašava važnost Haške konferencije za međunarodno privatno pravo, ali takođe i Savet Evrope, UNIDROA i UNCITRAL.[78] Dokument ističe da bi u određenim oblastima i sa određenim zemljama moglo da bude od koristi zaključivanje bilateralnih sporazuma između EU i trećih zemalja. Strategija i okvir ovih akcija je, dakle, posledica nadležnosti EZ u materiji međunarodnog privatnog prava na osnovu Amsterdamskog Ugovora o EZ i njene spoljne nadležnosti, koja je u oblasti međunarodne sudske nadležnosti i priznanja i izvršenja presuda potvrđena kao isključiva u Mišljenju 1/03 Suda EZ.

Kao rezultat ostvarivanja strategije EZ je postala članica Haške konferencije za međunarodno privatno pravo,[79] a usvojene su i dve uredbe na osnovu kojih se može odvijati bilateralno sporazumevanje sa trećim zemljama. To su Uredba (EZ) br. 664/2009 o ustanovljenju postupka za pregovaranje i zaključivanje sporazuma između država članica i trećih zemalja o nadležnosti, priznanju i izvršenju presuda i odluka u bračnim stvarima, stravima roditeljske odgovornosti i stvarima koje se odnose na obaveze izdržavanja, kao i o merodavnom pravu za obaveze izdržavanja,[80] i Uredba (EZ) br. 662/2009 Evropskog parlamenta i Saveta o ustanovljenju postupka za pregovaranje i zaključivanje sporazuma između država članica i trećih zemalja o određenoj materiji koja se odnosi na merodavno pravo za ugovorne i vanugovor-

[77] Ibid., tačka 4.

[78] Ibid., tačke 16-17.

[79] Vidi Naslov 3.

[80] Councl Regulation (EC) No 664/2009 of 7 July 2009 establishing a procedure for the negotiation and conslusion of agreements between Member States and third countries concerning jurisdiction, recognition and enforcement of judgmenst and decisions in matrimonial matters, matters of parental responsibility and matters relating to maintenance obligations, and the law applicable to matters relating to maintenance obligations, OJ L 200, 2009.

ne obaveze.[81] U obe uredbe je naglašeno da je Evropska zajednica ta koja je na osnovu člana 300 Ugovora o EZ ovlašćena da zaključuje sporazume između Zajednice i trećih zemalja u stvarima koje spadaju u njenu isključivu nadležnost, a da se u specifičnim pitanjima građanskih stvari uspostavlja koherentan i transparentan postupak za „davanje ovlašćenja državi članici radi izmene nekog postojećeg sporazuma ili radi pregovaranja i zaključenja nvog sporazuma, naročito ukoliko Zajednica, putem postojećeg ovlašćenja za pregovaranje ili planiranog ovlašćenja za pregovaranje, sama nije izrazila nameru da u vršenju svoje isključive nadležnosti zaključi sporazum. Ovaj postupak ne utiče na isključivu nadležnost Zajednice niti na odredbe člana 300 i 307 Ugovora o EZ. On se smatra izuzetnom merom i biće ograničena i po predmetu i vremenski.“[82]

5. Zaključak

Unutrašnja nadležnost EZ na osnovu odredbi članova 61(c), putem koje su države članice prenele svoju nadležnost za donošenje mera u oblasti pravosudne saradnje u građanskim stvarima u skladu sa članom 65 UEZ, dala je osnova dinamičnom razvoju međunarodnog privatnog prava u EU. Od stupanja na snagu Amsterdamskog ugovora o ustanovljenju EZ 1. maja 1999. godine usvojeno je, ili se radi na pripremi značajnog broja sekundarnih izvora prava EZ. Posledica nadležnosti EZ za zakonodavnu nadležnost samih država članica znači da one, u oblastima u kojima je EZ usvojila izvore prava, direktno primenjuju pravo EZ, preuzimaju ili usklađuju svoje nacionalno pravo sa pravom EZ.

Zbog prekograničnih dejstava odnosa koje reguliše međunarodno privatno pravo nijedan sistem, pa tako ni ovaj regionalni koji stvara EZ, ne može da funkcioniše bez harmonizacije i/ili unifikacije na širem planu koji je u savremenom svetu globalni. Stoga je regulisanje odnosa međunarodnog privatnog prava putem pregovaranja i zaključivanja međunarodnih ugovora nužno.

Prema pravu EZ, materija koja je prenesena u nadležnost EZ postaje njena unutrašnja nadležnost iz koje prositiče posledica da nadležnost za zaključivanje međunarodnih sporazuma sa trećim zemljama takođe prela-

[81] Regulation (EC) No 662/2009 of the European Parliament and the Council of 13 July 2009 establishing a procedure for the negotiation and conslusion of agreements between Member States and third countries on particular matters concerning the law applicable to contractual and non-contractual obligations, OJ L 200, 2009.

[82] Vidi stav 8 obe navedene uredbe, beleške br. 80 i 81.

zi na EZ. Situacija nije sporna ako Ugovor o EZ sadrži izričite odredbe u tom smislu. Bilo je sporno kako se postupa u slučajevima kada izričita odredba nedostaje. Dilema je rešena učenjem u implicitnoj spoljnoj nadležnosti EZ, koju je razvio Sud EZ u predmetu ERTA u presudi iz 1971. godine, a kasnijih godina ga je dalje razvijala.

Primenjeno na materiju međunarodnog privatnog prava, nesporno je da EZ ima implicitnu spoljnu nadležnost da zaključuje međunarodne sporazume sa trećim državama, kako na multilateralnom, tako i na bilateralnom nivou. Sporno je, međutim, da li je ta nadležnost isključiva ili podeljena sa državama članicama. Ova dilema je predočena Sudu EZ u slučaju zaključivanja nove Luganske konvencije o nadležnosti i o priznanju i izvršenju presuda u građanskim i trgovinskim stvarima.

Sud je u Mišljenju 1/03 iz februara 2006. godine zauzeo stav da je u materiji određivanja međunarodne nadležnosti sudova u državama članicama EZ i u materiji priznanja i izvršenja presuda sudova država članica u drugim državama članicama EZ spoljna nadležnost isključiva, jer bi zaključivanje konvencije sa državama članicama EFTA uticala na uniformnu i konzistentnu primenu pravila Zajednice i na pravilno funkcionisanje sistema koji ta pravila uspostavljaju u materiji koja je regulisana Uredbom br. 44/2001.

Oovo mišljenje je pomoglo zaokruživanju ranije započetih aktivnosti koje učenje o spoljnoj nadležnosti i priroda materije međunarodnog privatnog prava imlicira. EZ je 2007. godine postala članica Haške konferencije za međunarodno privatno pravo nakon promene njenog Statuta. To članstvo će joj omogućiti da pod određenim uslovima stupi na mesto država članica u procesu potpisivanja i ratifikacije konvencija koje priprema Haška konferencija kao svetska organizacija za progresivnu unifikaciju međunarodnog privatnog prava.

EZ je 2006. godine usvojila Dokument 8140/06 o aspektima pravosudne saradnje u okviru Strategije spoljne dimenzije pravosudnih i unutrašnjih poslova – Globalna sloboda, sigurnost i pravda, u kojem se određuje opšti okvir buduće strategije EZ u ostvarivanju spoljne dimenzije pravosudne saradnje u građanskim stvarima, imajući u vidu da su međunarodni sporazumi sa trećim zemljama neizbežni radi obezbeđivanja pravne sigurnosti i predvidivosti za državljane EU na globalnom planu, kao i to da je u međunarodnim pregovorima od velikog značaja očuvanje jednoobrazne primene prava EZ. U skladu sa ovom strategijom nadležni organi EZ su samo pre nekoliko meseci usvojili uredbe koje se odnose na proceduru pregovaranja i zaključivanje sporazuma između država članica i trećih zemalja u materiji međunarodne nadležnosti, priznanja i izvršenja presuda i određivanja merodavnog prava.

Bernadet Bordaš, Ph.D., Full Professor
Novi Sad School of Law

A Few Notes About The Consequences Of EC Competence In Private International Law

Abstract

The 1997 Amsterdam Treaty establishing European Community introduced legal bases of EC competence for adopting secondary sources of Community law in the field of private international law in the European Union. This competence has resulted in adoption of measures with the goal of improving and simplifying the rules of civil proceedings and promoting the compatibility of the rules applicable in the Member States concerning the conflict of laws and of jurisdiction. Concerning the legislative competence of Member States, the Amsterdam Treaty has caused the following consequences: secondary sources of Community law not only replace the rules of national private international laws of Member States, but the legislative competence of the EC creates for it also external powers, which means replacement of Member States in negotiating and concluding international conventions, as instruments of unification or harmonization of rules of conflict of laws and of jurisdiction private international law, with non-member countries. The latter consequence has been formulated in the Opinion 1/03 of the European Court of Justice, which was required in the course of preparation of the text of the new Lugano Convention on jurisdiction and recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. External competence in the field of private international law has generated the need for membership of the EC in the Hague Conference on Private International Law which is the world organization for progressive unification on a global scale; moreover, this competence also reserves the most important role for the EC in the realization of a strategy for external dimension of Justice and Home Affaires in the field of multilateral and bilateral judicial cooperation in civil matters with third countries on a global scale.

Key words: external competence of EC, Opinion 1/03 of the Europena Court of Justice, Hague Conference on Private International Law, concluding multilateral and bilateral international conventions with third countries.

Originalni naučni rad 349.418

Dr Radenka Cvetić, vanredni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

NAČELA KATASTRA NEPOKRETNOSTI[1]

Sažetak: *U radu se polazi od pojma i značaja načela evidencije nepokretnosti. Zatim se razmatraju sama načela kojih u sistemu jedinstvene evidencije nepokrenosti, prema važećem Zakonu o državnom premeru i katastru ima osam. Svrha njihovog prikaza je da se ukaže na neophodnost poštovanja načela kao opšteg okvira radi postizanja cilja koji je u osnovi svakog sistema evidencije nepokretnosti: da se obezbedi pravna sigurnost titulara već postojećih prava na nepokretnostima, ali i savesnih trećih lica kao potencijalnih titulara, odnosno sigurnost pravnog prometa. Time se ističe potreba propisivanja što manjeg broja izuzetaka, tj. samo onda kada su nužni. Najviše pažnje posvećeno je načelima čija primena daje smisao postojanju evidencije nepokretnosti: načelo upisa, načelo javnosti, načelo pouzdanja, načelo prvenstva. Naglasak se stavlja i na načelo obaveznosti kao radikalno odstupanje od principa postupanja po zahtevu zainteresovanog lica.*

Ključne reči: *katastar nepokretnosti, načelo kostitutivnosti i deklarativnosti upisa, načelo javnosti, načelo pouzdanja, načelo prvenstva, načelo obaveznosti*

1. Pojam načela

Kada se govori o načelima evidencije nepokretnosti treba imati u vidu najopštija pravila na kojima se ona temelji, bez obzira o kojoj konkretnoj vrsti sistema se radi. Istorijski posmatrano, razvoj pojedinih sistema

[1] Rad je pisan u okviru projekta: *Harmonizacija prava Republike Srbije i prava Evropske unije* – teorijskopravni, sociološkiopravni, istorijskopravni, pozitivnopravni i pravnoekonomski aspekti. Projekat se u celini finansira iz izvornih prihoda Pravnog fakulteta u Novom Sadu

evidencije uvek je imao za cilj da se obzbedi neosporan dokaz o svojini odnosno drugim pravima na nepokretnosti. Mnogo je okolnosti koje su uticale da se u svetu pojave različiti sistemi, ali idealno posmatrano cilj je uvek jedan: da se obezbedi pravna sigurnost titulara već postojećih prava na nepokretnostima, ali i savesnih trećih lica koja se javljaju kao potencijalni titulari, odnosno sigurnost pravnog prometa. Polazeći od toga, logično je da postoji jedan zajednički okvir kao sistem opštih pravila od kojih treba poći da bi se taj cilj ostvario.

Budući da postoje različiti sistemi evidencije nepokretnosti, normalno je ipak da među njima postoje razlike načelnog karaktera, kao i brojna specifična normativna rešenja. Pored toga, čak i kada se radi o istoj vrsti evidencije nepokretnosti, u pravnoj teoriji postoje velike razlike pri opredeljivanju kojim pravilima dati najopštiji karakter. To je naročito uočljivo u situaciji kada zakonodavac ne rezerviše ovu ulogu za sebe.

Vrlo često se, na primer, načelima upisa, javnosti, pouzdanja, legaliteta i prvenstvenog reda daje karakter najopštijih pravila zemljišnoknjižnog prava. Međutim, ta lista može da izgleda i drugačije, što se vidi već kada se uporedi sa načelima zemljišnoknjižnog uređenja u Republici Hrvatskoj[2] ili u Republici Sloveniji.[3]

Pri razmatranju ovog pitanja mi ćemo se rukovoditi načelima koja su utvrđena u Zakonu o državnom premeru i katastru.[4] Novim Zakonom su, za razliku od do skora važećeg Zakona o državnom premeru i katastru i upisima prava na nepokretnostima, utvrđena načela na kojima se temelji uređenje katastra nepokretnosti. Izričito su predviđena sledeća načela: načelo državnog premera, načelo upisa, načelo obaveznosti, načelo javnosti, načelo pouzdanja, načelo zakonitosti, načelo prvenstva i načelo određenosti. Radi se, uz izuzetak načela obaveznosti, o tradicio-

[2] To su: načelo stvarnosti, načelo upisa, načelo knjižnog prednika, načelo javnosti, načelo poverenja, načelo privole ili konsenza, načelo zakonitosti, načelo prvenstva, načelo potpunosti, načelo određenosti i načelo preglednosti. Videti: Tatjana Josipović u: Nikola Gavela i dr., *Stvarno pravo,* Zagreb, 2007, str. 286–297.

[3] U slovenačkom Zakonu o zemljišnim knjigama u delu pod nazivom Osnovna načela (čl. 4–10) navedena su sledeća: načelo javnosti, početak dejstva upisa, publicitetno dejstvo upisa, konstitutivno dejstvo upisa, načelo pouzdanja u zemljišne knjige, načelo pravnog prethodnika, načelo prvenstvenog reda.

[4] Objavljen u *Službeni glasnik Republike Srbije,* br. 72/2009 od 3. septembra 2009; stupio na snagu 11. septembra 2009. godine. Pre stupanja na snagu Zakona o državnom premeru i katastru, javnosti su prezentovana četiri Nacrta zakona o državnom premeru i katastru nepokretnosti i u svim su na sličan način bila utvrđena načela na kojima se temelji katastar nepokretnosti o kojima će ovde biti reči (jul 2006. godine: čl. 70–77; decembar 2006. godine: čl. 66–73; decembar 2007. godine: čl. 67–74; februar 2009. godine: čl. 58–65 godine).

nalnim načelima zemljišnih knjiga od kojih se, kao idejnog okvira pri uređenju ove oblasti, i mora poći ako se želi stvoriti pouzdana evidencija nepokretnosti.

2. Načelo državnog premera

Državni premer obuhvata stručne poslove u oblastima: katastarskog premera, komasacionog premera, premera vodova, topografskog premera i premera državne granice. Katastarski premer jeste geodetsko merenje i prikupljanje podataka o nepokretnostima i imaocu prava na njoj i obuhvata niz radnji usmerenih na potpunu identifikaciju nepokretnosti. Budući da je pojam državnog premera širi u odnosu na pojam katastarskog premera, a da je za katastar nepokretnosti od bitnog značaja upravo katastarski premer, razumljivo je zašto je u jednom od prethodno utvrđenih Nacrta[5] kao jedno od načela bilo predviđeno načelo katastarskog premera. Identifikacija nepokretnosti neophodna za njeno učešće u pravnom prometu odnosno za valjano prenošenje i modifikovanje postojećih prava na njoj, dobija se zapravo katastarskim premerom i zato smatramo da je adekvatnije, a time i preciznije označavanje ovog načela na način da se pri ustanovljavanju i održavanju katastra nepokretnosti polazi od katastarskog, a ne sveukupnog državnog premera.

Po načelu državnog premera (čl. 59) katastar nepokretnosti zasniva se na podacima državnog premera, čime se ističe da se faktičko stanje nepokretnosti, po kome se ona opisuje i identifikuje u katastru nepokretnosti, utvrđuje isključivo državnim premerom.[6] To dalje znači da se pravni opis nepokretnosti, bez obzira u kom se pravnom dokumentu (privatnoj ili javnoj ispravi) navodi, čini uzimanjem podataka iz katastra nepokretnosti. Ti podaci, sve dok od strane nadležnog organa i u propisanoj proceduri ne budu izmenjeni, jedini su zvanični i pouzdani podaci o vertikalnom i horizontalnom prostiranju nepokretnosti. Svaki drugi opis nepokretnosti mogao bi biti dovoljan samim učesnicima pravnog prometa, ali bi svoj nedostatak ispoljio već u slučaju spora i njegovog rešavanja pred nadležnim organom.[7]

---

[5] U Nacrtu iz decembra 2007. godine predviđeno je načelo katastarskog premera, u svim ostalim navedenim tekstovima nacrta govori se o načelu državnog premera.

[6] U sistemu zemljišnih knjiga, zemljišne knjige su zasnovane na katastru zemljišta koji se osniva na osnovu izvršenog katastarskog premera.

[7] Uporediti sa testom koji se u SAD uobičajeno sprovodi da bi se odredila adekvatnost opisa nepokretnosti u smislu punovažnosti instrumenta o prenosu prava, poznat kao

3. Načelo upisa

Domašaj ovog načela treba sagledati kroz dejstvo upisa u katastar nepokretnosti na sticanje, promenu, prenos i prestanak prava na nepokretnostima. U tom smislu biće reči o konstitutivnosti, deklarativnosti i kauzalnosti upisa.

Zakonom o državnom premeru i katastru precizirano je da upis može imati konstitutivni i deklarativni karakter. Član 60 ovog Zakona, koji nosi naziv *Načelo upisa,* glasi:

„Svojina i druga stvarna prava na nepokretnostima stiču se, prenose i ograničavaju upisom u katastar nepokretnosti (konstitutivnost upisa), a prestaju brisanjem upisa.

U slučajevima određenim zakonom, svojina i druga stvarna prava na nepokretnostima mogu se steći i pre upisa u katastar nepokretnosti, a upisom proizvode pravno dejstvo prema trećim licima (deklarativnost upisa).

U katastar nepokretnosti mogu se upisati i određena obligaciona prava koja se od tog trenutka upisa mogu suprostaviti trećim licima.“[8]

Moguće dejstvo upisa: konstitutivno ili deklarativno – Shodno načelu upisa prava na nepokretnostima stiču se, prenose i ograničavaju upisom u katastar nepokretnosti, dok prestaju brisanjem. U tom smislu upis ima konstitutivni karakter, što je slučaj kada se pravna situacija nepokretnosti menja na osnovu pravnog posla. U određenim slučajevima prava na nepokretnosti mogu se steći i pre upisa u katastar nepokretnosti (originarno sticanje). Međutim, i tada se vrši upis da bi se stečeno pravo publikovalo (deklarativnost upisa) i na taj način omogućilo njegovo suprostavljanje prema svim trećim licima.

U navedenom smislu pojedini pravni pisci prave razliku između načela upisa u materijalnom smislu (načelo konstitutivnosti upisa, načelo upisa u apsolutnom smislu) i načela upisa u formalnom smislu (načelo deklaratornosti upisa, načelo upisa u relativnom smislu).[9] Naime, kada se stvarna prava na nepokretnosti stiču na osnovu pravnog posla pravni sledbenik izvodi svoje pravo iz prava prethodnika (derivativno sticanje) i taj pravni posao, pod uslovom da je punovažan, predstavlja pravni osnov sti-

---

the reasonable certainty test. Videti: Michael Diamond, *Real Estate Law,* West Publishing, 1998, str. 212.

[8] Uporediti ovu odredbu sa odredbama § 4 Zakona o zemljišnim knjigama Kraljevine Jugoslavije, § 4 Zakona o zemljišnim knjigama Austrije (iz 1955. godine), § 873 Nemačkog građanskog zakonika, čl. 4 Zakona o zemljišnim knjigama Republike Hrvatske (iz 1996. godine), čl. 7 Zakona o zemljišnim knjigama Republike Slovenije (iz 2003. godine).

[9] Videti: Tatjana Josipović, *op. cit.,* str. 287–289.

canja (*iustus titulus)*, ali da bi do toga zaista i došlo neophodno je da se izvrši upis u odgovarajući javni registar. U bliskoj budućnosti u Republici Srbiji to bi isključivo trebalo da bude katastar nepokretnosti, dok je u ovom momentu to još uvek i zemljišna knjiga i intabulaciona knjiga. Budući da je upis u javni registar onaj momenat kada dolazi do sticanja stvarnog prava na nepokretnosti, sam upis označava se kao način sticanja u užem smislu *(modus acquirendi)*, a upisu daje konstitutivno dejstvo jer pre njega stvarno pravo nije nastalo. To praktično znači da je, na primer, moguće da kupac isplati cenu i stupi u posed nepokretnosti na način da faktički ostvaruje sva vlasnička ovlašćenja, ali i dalje, dok ne bude izvršen upis, pravni poredak ga ne smatra, a to znači i ne štiti kao vlasnika.

Konstitutivni karakter upisa najdoslednije je sproveden kod hipoteke. Jer, kao što smo videli, pravo svojine može efektivno da se ostvaruje i bez upisa,[10] ali hipoteka kao bezdržavinska zaloga ne može postojati na drugi način, jer se u tom slučaju upis u javni registar javlja i kao isključivo sredstvo publiciteta datog prava na tuđoj stvari.[11] U tom smislu može se reći ne samo da je punovažna jedino hipoteka koja je upisana, već da ona i ne može da nastane bez upisa (vanknjižno).[12]

Do sticanja, promene ili prestanka stvarnog prava na nepokretnosti, međutim može doći i tzv. originarnim putem, na osnovu samog zakona, odluke nadležnog državnog organa ili putem nasleđivanja. U svim tim slučajevima upis nema konstitutivni karakter odnosno ne javlja se kao modus sticanja prava, ali on i dalje ne ostaje bez značaja. Stečena prava moraju se publikovati, učiniti poznatim trećim licima da bi im se valjano mogla suprostaviti i u tom smislu upis vrši funkciju deklarisanja već postojeće stvarnopravne situacije.[13]

---

[10] Isti je slučaj i sa stvarnim i ličnim službenostima budući da se one ispoljavaju kroz držanje i korišćenje tuđe stvari (način i obim, naravno, zavise od vrste službenosti). I ne samo da se bez upisa pravo svojine i službenosti može faktički ostvarivati, već pod određenim uslovima taj fakticitet može prerasti u pravo (održaj kao originarni način sticanja stvarnih prava). Videti Miodrag Orlić u: Obren Stanković, Miodrag Orlić, *Stvarno pravo,* 1996, str. 329–330.

[11] Isto važi i za realne terete.

[12] Obaveza publikovanja stvarnih prava na nepokretnostima kroz odgovarajuće javne registre potiče iz germanskog običajnog prava. Upis hipoteke nije, međutim, oduvek imao konstitutivni karakter na navedeni način, već je jedino obezbeđivao prvenstvo upisane hipoteke nad neupisanom. Dalji razvoj hipotekarnog prava u pravcu da punovažno postoji samo ona hipoteka koja je upisana u odgovarajući javni registar, počinje od Pruskog Landrehta iz 1794. godine. Videti: Miroslav Lazić u: Radmila Kovačević Kuštrimović. Miroslav Lazić, *Stvarno pravo,* str. 463.

[13] Na primer, uzukapioni držalac nepokretne stvari postaje njen vlasnik istekom poslednjeg dana roka održaja *ex lege.* Znači, istek poslednjeg dana roka održaja, pod uslo-

Moglo bi se, dakle, zaključiti da „do momenta upisa prava u katastar nepokretnosti faktički nastali pravni odnos povodom nepokretnosti proizvodi pravno dejstvo samo između stranaka *(inter partes)* po opštim pravilima građanskog prava. Zavisno od toga, da li se dotični pravni odnos zasniva na derivativnom (ugovornom) prenosu ili na originarnom načinu sticanja, upis u katastar nepokretnosti biće konstitutivnog ili deklarativnog karaktera, ali sa istim apsolutnim stvarnopravnim dejstvom *(erga omnes)*. Smatramo da u postizanju takvog pravnog efekta zapravo leži krajnji cilj samog upisa.“[14]

Odstupanje od načela upisa – U našem pravnom sistemu postoji i jedan izuzetak koji upisu ne samo da ne daje konstitutivni karakter već mu oduzima bilo kakav pravni značaj tako da on nema ni deklarativni karakter. Naime, prema Zakonu o osnovama svojinskopravnih odnosa (l.53/3) stvarna službenost koja nastaje na osnovu sudske odluke stiče se danom pravnosnažnosti presude. Bez obzira na činjenicu da li je izvršen upis ili ne, tako stečena stvarna službenost može se isticati prema svim kasnijim sticocima prava na toj nepokretnosti. Mada ne postoji jedinstven stav o ovom pitanju,[15] smatramo da je argumentacija koja je izneta u prilog navedenog stava[16] zadovoljavajuća i da činjenica da nije izvršen upis može imati uticaja na rešenje pitanja obligacionopravne odgovornosti za štetu pravnog prethodnika prema savesnom pravnom sledbeniku, ali ne i pitanja da li je nastala stvarna službenost. Jer stvarna službenost koja nastaje na osnovu sudske odluke[17] pretpostavlja da je sud utvrdio nužnost njenog nastanka koja bi se kao takva mogla istaći prema svakom licu.

Moguća nesaglasnost propisa u pogledu vrste prava koja se upisuju – U Zakonu o državnom premeru i katastru predviđeno je da se u

---

vom da su ispunjeni zakonom propisani uslovi u pogledu kvalifikovanosti državine, ima konstitutivno dejstvo. Međutim, tako stečeno pravo svojine može se pre upisa suprostaviti jedino ranijem vlasniku i njegovim univerzalnim sukcesorima. Da bi moglo da se ističe valjano prema svim trećim licima neophodno je da se izvrši upis prava u odgovarajući javni registar. A da bi se izvršio upis neophodno je da se izdejstvuje sudska odluka kojom se ustanovljava (deklariše) da su ispunjeni svi zakonom propisani uslovi za sticanje prava svojine putem održaja.

[14] Jovan Jerković, *Katastar nepokretnosti kao osnovna evidencija nepokretnosti i pravima na njima,* Glasnik AK Vojvodine, br. 12/1995, str. 477.

[15] Videti: Obren Stanković u: Obren Stanković, Miodrag Orlić, *Stvarno pravo,* 1996, str. 197–198. U napomeni broj 582 iznosi se stav naših pravnih teoretičara (Milan Bartoš i Lazar Marković) o tome da presuda predstavlja samo titulus, a da je za nastanak potreban upis u zemljišne odnosno intabulacione knjige.

[16] *Ibidem.*

[17] Bez obzira da li je to na zahtev vlasnika poslužnog dobra ili u postupku deobe nepokretnosti.

katastar nepokretnosti mogu upisati i određena obligaciona prava koja se od tog trenutka upisa mogu suprostaviti trećim licima. Vezano za to treba izvršiti određeno preciziranja. U Srbiji stvarno pravo nije kodifikovano i ni u jednom važećem propisu nije izričito, shodno principu *numerus clausus,* navedeno koje su stvarna prava. S druge strane, određenim pravima koja se tradicionalno svrstavaju u obligaciona (zakup, ugovorno pravo preče kupovine), pod određenim uslovima daje se stvarnopravno dejstvo koje se ogleda u mogućnosti njihovog suprostavljanja svim trećim licima. Stoga, ovakvo preciziranje u zakonu koji bi između ostalog određivao i koja prava na nepokretnostima se upisuju u javni registar, potrebno je i razumljivo. Ipak, treba imati u vidu da je u čl. 2 Nacrta Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima vrlo ekstenzivno određeno koja su stvarna prava.[18] Uočljiva je da je lista stvarnih prava prilično duga (nije u skladu sa tradicionalnim poimanjem i nabrajanjem vrsta stvarnih prava) i vrlo detaljna (u skladu sa principom *numerus clausus),* kao i da je polazište 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 svakome), a za svoj objekt ima *stvar* kao deo materijalne prirode koji nije izuzet iz stvarnopravnog režima, tj. od mogućnosti prisvajanja. Stupanjem na snagu ovog Zakonika neprimereno bi bilo preciziranje da se u katastar nepokretnosti mogu upisati i određena obligaciona prava koja se od tog trenutka upisa mogu suprostaviti trećim licima, budući da takva suprostavljivost daje određenom pravu stvarnopravni karkter.

Kauzalnost upisa – U pogledu načela upisa potrebno je još istaći značaj činjenice da je upis kauzalnog karaktera. To praktično znači da upis sam za sebe, ako nije zasnovan na punovažnom pravnom osnovu neće dovesti do promene stvarnopravnog stanja nepokretnosti. Takav neistinit upis dovodi samo do povrede postojećeg knjižnog prava i ovlašćuje lice čije je upisano pravo povređeno da traži brisanje sprovedenog upisa.[19] Međutim, sve dok je neosporena i učinjena vidljovom kroz javni registar,

[18] Stvarna prava su: 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.

[19] Tatjana Josipović, *op.cit.,* str. 288–289.

neistinitinitost upisa ne može prouzrokovati povredu prava savesnih trećih lica. Njihovi interesi zaštićeni su načelom pouzdanja u javni registar o čemu će kasnije biti reči.

4. Načelo obaveznosti

U konceptu jedinstvene evidencije nepokretnosti kao jedna od novina u odnosu na zemljišnoknjižni sistem ističe se obaveznost upisa. Kao načelo katastra nepokretnosti, prvi put je izričito predviđeno novim Zakonom o državnom premeru i katastru. Međutim, od objedinjavanja faktičke i pravne evidencije ono predstavlja jedno od osnovnih pravila njenog funkcionisanja.

U Zakonu o državnom premeru i katastru, načelo obaveznosti definisano je kroz obavezu imaoca prava na nepokretnosti da podnese zahtev za upis podataka o nepokretnosti i pravu svojine u katastar nepokretnosti, kao i da se takvi upisi vrše i po službenoj dužnosti, u skladu sa zakonom (čl. 61). Među pravilima koja su bitna za održavanje katastra nepokretnosti (čl. 113–137), a proističu iz načela obaveznosti nalazi se i ono koje predviđa obavezu imaoca prava na nepokretnosti da u roku od 30 dana od nastanka promene na nepokretnosti[20] podnese zahtev za provođenje promene Republičkom geodetskom zavodu, kao i ispravu koja je osnov za upis, tj. isprave koje omogućavaju utvrđivanje nastale promene (čl. 117/1 i 2).

Za i protiv odstupanja od stranačke dispozicije – U našoj pravnoj teoriji stavljena je primedba da uvođenje načela obaveznosti upisa u katastar nepokretnosti predstavlja ograničenje autonomije volje, jer se time odstupa od principa slobodne inicijative odnosno stranačke dispozicije pri vršenju i zaštiti građanskih subjektivnih prava. Pravilo o obaveznosti upisa u katastar nepokretnosti suprotno je onom koje važi u zemljišnoknjižnom sistemu, a prema kome se upis vrši po predlogu zainteresovanog lica,[21] a samo izuzetno po službenoj dužnosti.[22] Pošto za

[20] Utvrđena je (čl. 114) prilično duga i detaljna lista šta se smatra promenom na nepokretnosti i stvarnim pravima na njima u smislu održavanja katastra nepokretnosti, a koja se mora prijaviti nadležnoj službi. Time se potencira značaj i nastojanje da se održi ažurnost katastra nepokretnosti nakon njegove izrade i potvrđivanja.

[21] To je lice koje bi upisom steklo zemljišnoknjižno pravo, ali i ono čije bi se već upisano pravo promenilo tako što bi bilo ograničeno ili prestalo. Videti čl. 95/1 Zakona o zemljišnim knjigama Republike Hrvatske, § 13/1 Zakona o zemljišnim knjigama Nemačke *(Grundbuchordung* iz 1897). U praksi skoro bez izuzetka predlog za upis podnosi ono lice koje upisom stiče neko pravo, jer je to, pre svega, u njegovom interesu. Ipak, značajno je ostaviti pravnu mogućnost i drugoj strani (čije pravo se upisom ograničava ili prestaje), jer je moguće zamisliti i njegov interes da se upis sprovede (na primer, da se ne tereti

upis u zemljišnu knjigu nije dovoljan samo predlog ovlašćenog lica već i izričita saglasnost zemljišnoknjižnog prethodnika da se traženi upis izvrši *(clausula intabulandi*), ovo načelno pravilo za vršenje upisa u zemljišne knjige zove se načelo privole ili konsenza. To praktično znači da se upis u zemljišne knjige može izvršiti samo uz obostranu privolu (saglasnost) lica koje upisom stiče pravo i lica čije se pravo upisom ograničava, prenosi na drugoga ili ukida.[23] Međutim, ako se ima u vidu da se upis vrši ne samo u privatnom, nego i u opštem interesu, te imperativ ustrojstva uredne i ažurne evidencije, intervencija države u privatnopravne odnose propisivanjem obaveznosti upisa po službenoj dužnosti može se prihvatiti kao opravdana.

Ni među pobornicima zemljišnih knjiga, kao najprihvatljivije evidencije nepokretnosti, nema jedinstvenog stava po ovom pitanju. Po nekima, načelo obaveznosti je izlišno i nespojivo sa standardima pravne civilizacije koji važe za građanska subjektivna prava,[24] dok neki smatraju da, naprotiv, treba obezbediti njegovu doslednu primenu pri uvođenju zemljišnoknjižne evidencije.[25] Smatramo da načelo obaveznosti upisa, te sprovođenje upisa po službenoj dužnosti, ma koliko na prvi pogled izgledalo kao drastično odstupanje od slobodne inicijative ima društveno opravdanje.[26] Stoga ga treba prihvatiti kao pravnu mogućnost intervencije države radi održavanja ažurne evidencije, onda kada izostane inicijativa zainteresovanog privatnog subjekta. Ono što je, međutim, od posebnog značaja za ažurnost evidencije nepokretnosti je postojanje svesti privatnopravnih subjekata da je upis neophodan za legalan promet nepokretnosti i da je taj upis prvenstveno značajan za njih, da izbegavanje upisa ne dovodi samo do uspešnog izbegavanja fiskalnih oba-

---

više on kao poreski obveznik). U pogledu toga ko je ovlašćen da zahteva upis (podnese molbu) videti §§ 87–92 Zakona o zemljišnim knjigama Kraljevine Jugoslavije.

[22] Videti §§ 83–86 Zakona o zemljišnim knjigama Kraljevine Jugoslavije i Miodrag Orlić, *Uvođenje i obnavljanje zemljišnih knjiga (Predlog za najpogodniju vrstu javnih registara nepokretnosti u Srbiji) za XXI vek,* Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 1–6/2000, str. 43, 45 i 47.

[23] Videti na primer § 19 nemačkog Zakona o zemljišnim knjigama: Načelo dobrovoljnosti – Uknjiženje se vrši ukoliko to želi lice u čije pravo uknjiženje zadire. O ovom načelu videti više: Tatjana Josipović, *op.cit.,* str. 214–215 („Knjižna su prava privatnopravne naravi pa su jedino njihovi nositelji ovlašteni njima raspolagati. ... Zbog toga upis knjižnih prava ovisi isključivo o dispoziciji njihovih nositelja.“)

[24] Videti, na primer: Miodrag Orlić, *op. cit.,* str. 49 i Dragoljub Simonović, *Reafirmacija zemljišnih knjiga,* Pravni život, br. 10/1998, str. 777.

[25] Videti, na primer: Miroslav Lazić, *op. cit.,* str. 102.

[26] Suprotno: Dragor Hiber, *op.cit.,* str. XII: „... nikakvoj državnoj prinudi, u sticanju prava, nema mesta.“

veza, već do smanjenja tržišne vrednosti nepokretnosti, koja postaje mrtav kapital čija se vrednost ne može iskoristiti za dobijanje kredita, jer se bez upisa ne može hipotekovati.

Kada se možemo vratiti stranačkoj dispoziciji? – Zakonom o zemljišnim knjigama Republike Slovenije iz 1995. godine bila je propisana obaveznost upisa stvarnih prava i pravnih činjenica, kao i upis promena koje se odnose na podatke upisane u zemljišnoj knjizi (čl. 6). Takođe je bilo propisano da postupak za upis počinje na predlog ovlašćenog lica ili po službenoj dužnosti (čl. 68) Međutim, u važećem Zakonu o zemljišnim knjigama iz 2003. godine ne postoji odredba o obaveznosti upisa. Takođe, u okviru osnovnih odredaba o zemljišnoknjižnom postupku izričito je propisano načelo dispozitivnosti postupka,[27] a izostalo je i propisivanje dužnosti lica koje je na osnovu pravnog posla ovlašćeno na pribavljanje stvarnog prava na nepokretnosti da u roku od šest meseci od zaključenja pravnog posla podnese zemljišnoknjižni predlog.[28] Time je u Republici Sloveniji ponovo uvedeno načelo zahteva (Nemačka) ili načelo predlaganja (Austrija) za vođenje zemljišnoknjižnog postupka. To će se možda desiti i u Republici Srbiji kada se postigne zadovoljavajuće stanje u pogledu evidencije nepokretnosti i prava na njima, pod uslovom da se istovremeno postigne postojanje svesti privatnopravnih subjekata da je upis neophodan za legalan promet nepokretnosti i da je taj upis prvenstveno značajan za njih. U tom smislu, bez prigovora je argumentacija da vanknjižni promet ima smisla i biće favorizovan sve dok njegovim učesnicima pruža dovoljan stepen pravne sigurnosti.[29] U uslovima poštovanja načela upisa[30] i restriktivnog pristupa izuzecima od njega, faktičke promene, tj. vanknjižni promet koji nije praćen upisom, nema pravni značaj. Takav pristup čini ne samo neprimerenim, već i izlišnim načelo obaveznosti.

---

[27] Članom 125 predviđeno je da zemljišnoknjižni sud odlučuje o upisima na osnovu predloga za upis (zemljišnoknjižni predlog), a da po službenoj dužnosti odlučuje o upisu samo kada je to predviđeno zakonom.

[28] Član 74/1 Zakona o zemljišnim knjigama Republike Slovenije iz 1995. godine. Jedino je i dalje ostala obaveza ranije investitora, a po Zakonu iz 2003. godine vlasnika zemljišne parcele, na kojoj je izgrađen objekat čiji delovi su prodani ili su namenjeni prodaji pojedinim etažnim vlasnicima, da podnese predlog za upis etažne svojine u roku od dva meseca od pravnosnažnosti upotrebne dozvole za objekat. Ako on to ne učini, predlog za upis može podneti kupac posebnog dela (etažni vlasnik) na njegov trošak (čl. 131).

[29] Pri tome, manji su troškovi transakcije, a ušteda vremena očigledna je da je nije ni potrebno posebno naglašavati. Videti: Dragor Hiber, *op. cit.,* str. XII

[30] Ali i načela pouzdanja u javni registar o nepokretnostima i pravima na njima. O tome će biti više reči vezano za to načelo.

5. Načelo javnosti

Svrha evidencije nepokretnosti je da se putem nje obezbedi publicitet činjeničnog i pravnog stanja nepokretnosti. Na taj način povećava se pravna sigurnost titulara upisanih prava, kao i sigurnost pravnog prometa. Takvoj funkciji određenog registra imanentno je načelo javnosti. Zbog toga je ovo načelo, bez izuzetka, ispoštovano u svim sistemima evidencije nepokretnosti, uz prisustvo pojedinih specifičnosti pri njegovom propisivanju.

Načelno, sadržaj registra nepokretnosti, bez obzira kako se on zove, svima je dostupan što znači da je uvid u upisane podatke svima slobodan. Upravo zbog toga, svi učesnici u pravnom prometu nepokretnosti imaju obavezu da se upoznaju sa sadržinom evidencije nepokretnosti jer postojeći stepen njihove dostupnosti javnosti stvara neoborivu pretpostavku da je javnost i upoznata sa njima.

Domašaj načela – Uporedno posmatrano, ovo načelo utvrđeno je na sličan način u različitim pravnim sistemima. Po pravilu svako može tražiti uvid u registar ili odgovarajući izvod o sadržini registra, a da pri tome ne mora dokazivati bilo kakav pravni interes za navedene radnje.[31] U nemačkom pravnom sistemu načelo javnosti ograničeno je utoliko što se uvid ne može vršiti ako za to ne postoji opravdani interes.[32]

U Zakonu o zemljišnim knjigama Republike Slovenije iz 2003. godine među osnovnim načelima navedeno je i načelo javnosti (čl. 4), a zatim je detaljno regulisano obezbeđenje javnosti zemljišne knjige.[33] Javnost podataka upisanih u glavnoj knjizi neograničena je i svako ih ima pravo pregledati, prepisivati ili tražiti overen izvod.[34] Međutim, samo

---

[31] U tom smislu videti § 7 Zakona o zemljišnim knjigama Kraljevine Jugoslavije, („Zemljišna knjiga je javna. Svako je može razgledati u prisustvu kojeg zemljišnoknjižnog činovnika, i iz nje uzimati prepise ili izvatke, koje će davati vodilac zemljišne knjige pod svojom odgovornošću."), § 7 Zakona o zemljišnim knjigama Austrije („Zemljišna knjiga je javna. Svako može, u prisustvu zemljišnoknjižnog činovnika razgledati zemljišnu knjigu i iz nje uzimati prepise ili izvode; onaj ko vodi zemljišnu knjigu mora mu to dozvoliti."), čl. 7 Zakona o zemljišnim knjigama Republike Hrvatske („Zemljišna knjiga je javna. Svako može zahtevati uvid u zemljišnu knjigu i sve pomoćne popise u prisustvu voditelja zemljišne knjige i iz nje dobiti izvatke odnosno ispise i prepise.").

[32] Paragraf 12 Zakona o zemljišnim knjigama Nemačke: „Razgledanje zemljišne knjige dopušteno je svakome ko za to pokaže opravdan interes. Isto važi za isprave koje su korišćene radi upotpunjavanja upisa u zemljišnu knjigu, kao i za zahteve za uknjiženje koji još nisu prihvaćeni." Pod pretpostavkom da je dopušteno razgledanje, dakle, dokazan opravdani interes za to, može se tražiti i odgovarajući prepis, koji na zahtev mora biti overen.

[33] Videti čl. 195–199 Zakona o zemljišnim knjigama Republike Slovenije.

[34] Zavisno od zahteva zemljišnoknjižni sud izdaje potvrdu da određeni upis postoji, da u vezi sa određenom nepokretnošću upis ne postoji, da je određeni upis izbrisan ili da ne postoji. (čl. 195/2 slovenačkog zakona).

onaj ko pokaže opravdani interes ima pravo zahtevati uvid u zbirku isprava ili prepis određene isprave, a isto važi i u pogledu zemljišnoknjižnih predloga o kojima sud još nije odlučio.[35] Budući da Zakon predviđa vođenje glavne knjige kao centralne kompjuterizovane baze,[36] posebno je propisan mehanizam obezbeđivanja javnosti (čl. 197 – dobijanje izvoda o trenutno postojećim, ali i o ranijim upisima i to od strane bilo kog zemljišnoknjižnog suda bez obzira na to koji je sud mesno nadležan za sprovođenje datog upisa), kao i elektronskog pristupa kompjuterizovanoj glavnoj knjizi uz ograničenje pristupa ličnim podacima (čl. 198 i 199).

U Zakonu o državnom premeru i katastru načelo javnosti (čl. 62) definisano je na način da su podaci u katastru nepokretnosti javni i da svako može tražiti da izvrši uvid u njih (pod uslovima utvrđenim zakonom).[37] Uz to propisana je neoboriva pretpostavka da je svako upoznat sa podacima upisanim u katastar nepokretnosti, jer se niko ne može pozivati na to da mu upisani podaci nisu bili ili nisu mogli biti poznati, niti to može dokazivati. Postavljanje ovakve pretpostavke uz nemogućnost dokazivanja suprotnog praktično znači da niko ne može da tvrdi da je savestan jer nije upoznat sa postojećim upisima u javnom registru. Savesnost se može odnositi na opravdano nepoznavanje neke činjenice koja je pri datim okolnostima mogla ostati nepoznata. To nikako ne može biti slučaj sa podacima koji su dostupni najširoj javnosti. „Savesnost u pogledu zemljišnoknjižnog stanja ne može postojati. Moguća je samo savesnost u pogledu onih činjenica koje nisu upisane u zemljišne knjige (vanknjižno stanje).“[38]

Posledica činjenice da registar vodi organ državne vlasti – Javne registre o nepokretnostima vode organi državne vlasti: sudovi, organi upravne vlasti ili specijalizovane vladine (državne) agencije. U zemljišnoknjižnom sistemu evidencije nepokretnosti, javni registar o pravnom stanju nepokretnosti u nadležnosti je posebnih (zemljišnoknjižnih, gruntovnih) odeljenja prvostepenih sudova, a u sistemu jedinstvene evidencije

[35] Da bi se ostvario uvid u zemljišnoknjižne predloge o kojima sud još nije odlučio potrebno je podneti obrazložen zahtev u pisanoj formi (čl. 196/3 slovenačkog zakona).

[36] Kompjuterizovana glavna knjiga vodi se tako da se svi podaci upisani u glavnu knjigu u svakom zemljišnoknjižnom sudu u Sloveniji, upisuju i održavaju, u centralnoj kompjuterizovanoj bazi glavne knjige zemljišne knjige Republike Slovenije (čl. 175). Takva kompjuterizovana glavna knjiga povezana je sa katastrom, centralnim registrom stanovništva, matičnom knjigom, privrednim registrom, poslovnim registrom i drugim kompjuterizovanim javnim evidencijama koje sadrže podatke od značaja za zemljišne knjige.

[37] Nacrtom zakona o državnom premeru i katastru nepokretnosti iz jula 2006. godine bilo je predviđeno ograničenje javnosti u pogledu podataka iz zbirke isprava na način da je za pristup njima (uvidom ili putem izvoda) moguć samo licu koje za to ima pravni interes (čl. 73/3).

[38] Miodrag Orliić u: Obren Stanković, Miodrag Orlić, *Stvarno pravo,* 1996, str. 331.

nepokretnosti ova nadležnost sudova preneta je na specijalnu upravnu organizaciju – Republički geodetski zavod. Ne upuštajući se na ovom mestu u razmatranje pitanja šta je ispravnije, vezano za načelo javnosti bitno je istaći da ta činjenica da je registar u nadležnosti državne vlasti potencira značaj njihove javnosti budući da se time u najvećoj mogućoj meri garantuje zakonitost i objektivnost postupanja. Svaki upis u javni registar nepokretnosti pretpostavlja da je utvrđena ispunjenost svih zakonom propisanih uslova za njegovo sprovođenje, što upućuje na verodostojnost njihove sadržine odnosno zasnovanost na punovažnim ispravama. Zbog toga je i moguće tim registrima i izvodima iz njih dati snagu javne isprave. Pojedini autori smatraju da je upravo u tome materijalnopravni aspekt načela javnosti, dok je dostupnost podataka iz javnih registara formalnopravni aspekt ovog načela.[39] Činjenica da se radi o javnoj ispravi znači pretpostavku njihove verodostojnosti, potpunosti i tačnosti, sve dok se suprotno ne dokaže. Šta više, kada se radi o savesnim trećim licima koja su u dobroj veri stekla određena upisana prava, ova pretpostavka postaje neoboriva. Međutim, to je već pitanje domašaja načela pouzdanja u registre nepokretnosti, o čemu će odmah biti više reči.

Zbog velikog značaja činjenice da registri nepokretnosti i izvodi iz njih predstavljaju javnu ispravu, smatramo da je to trebalo izričito naglasiti u zakonu koji predstavlja *sedes materiae* kada je u pitanju upis prava na nepokretnostima. U tom smislu propust je postojao u Zakonu o državnom premeru i katastru i upisima prava na nepokretnostima. U Nacrtu Zakona o državnom premeru i katastru nepokretnosti iz februara 2009. godine izričito je bilo određeno da je katastarski plan (čl. 70) i list nepokretnosti (čl. 71) javna isprava. Smatramo da je ovakva odredba svakako trebala da nađe mesto u Zakonu koji je nedavno stupio na snagu, a to se nije desilo.[40] Takvo utvrđenje je korisno, uprkos tome što činjenica da je registar u nadležnosti državne vlasti, sama po sebi, daje takvom registru ili izvodima iz njega karakter javne isprave.

Na kraju treba dodati da razvoj kompjuterske tehnologije i njeno korišćenje u sistemu evidencije nepokretnosti pojačava načelo javnosti zbog izrazite lakoće pristupu podataka. Potpuna digitalizacija podataka iz katastra nepokretnosti (uz izradu digitalnih katastarskih planova i karata) omogućava stvaranje jedinstvene baze podataka i njeno pretraživanje putem kompjuterske mreže. Time praktično podaci postaju dostupni iz kućne stolice, a načelo javnosti pojačano do maksimalnih razmera.

---

[39] Videti: Tatjana Josipović, *op. cit.,* str. 290.

[40] Uporediti čl. 70 i 71 Nacrta zakona o državnom premeru i katastru iz februara 2009. godine i čl. 71 i 72 važećeg Zakona o državnom premeru i katastru.

6. Načelo pouzdanja

Domašaj načela upisa i javnosti na prikazan način omogućava još jedno pravilo načelnog karaktera. Radi se o načelu pouzdanja (poverenja) u evidenciju nepokretnosti, kojim se štite savesna treća lica koja su u pravnom prometu istupala s poverenjem u istinitost i potpunost podataka upisanih u javni registar u onoj situaciji kada to nije bio slučaj, odnosno kada se stvarnopravno stanje nepokretnosti upisano u registar razlikuje od stvarnog stanja, odnosno kada je upis neistinit. Na taj način registar nepokretnosti dobija još jednu značajnu funkciju. Pored toga što treba da omogući da se svi relevanti podaci o faktičkom i pravnom stanju nepokretnosti nalaze u takvom obliku da su dostupni korisnicima i da se njima garantuje zaštita prava vlasnika i titulara drugih stvarnih prava na nepokretnostima, evidencija nepokretnosti treba da garantuje zaštitu i savesnim učesnicima pravnog prometa. Najkraće rečeno, savesni sticaoci prava na nepokretnostima ne mogu trpeti bilo kavu štetu zbog činjenice da se registrovano stanje razlikuje od stvarnog stanja nepokretnosti.

Sama formulacija ovog načela u uporednom zakonodavstvu vrlo je slična. U Nemačkom građanskom zakoniku u § 892 javno poverenje u zemljišnu knjigu formulisano je na sledeći način: „U korist lica koje pravnim poslom stekne neko pravo na nepokretnosti ili pravo na nekom takvom pravu, sadržina zemljišne knjige smatra se tačnom, osim u slučaju kad je prigovor na tačnost upisan ili kad je netačnost sticaocu poznata. Ako je ovlašćeni, u korist određenog lica, ograničen u raspolaganju pravom koje je upisano u zemljišnu knjigu, tada ograničenje deluje prema sticaocu samo ukoliko je ono vidljivo iz zemljišne knjige ili ukoliko je sticaocu poznato.“ U slovenačkom Zakonu o zemljišnim knjigama izričito je utvrđeno načelo pouzdanja u zemljišne knjige i iz njega proističe da onaj ko se u pravnom prometu ponaša savesno i osloni se na podatke o pravima koja su upisana u zemljišne knjige, ne sme zbog toga trpeti štetne posledice (čl. 8/1). Načelo pouzdanja pojačano je na način da je izričito propisano da onaj ko ispuni uslove za upis prava u zemljišnu knjigu, a upis ne zahteva, snosi sve štetne posledice takvog propusta (čl. 8/2). To praktično znači da savesno postupanje u pravnom prometu ne zahteva ispitivanje vanknjižnog stanja, već samo onog što je upisano u zemljišne knjige.

Dva aspekta načela pouzdanja – U pravnoj teoriji obično se govori o delovavnju ovog načela u dva smera ili o njegovom dvostrukom smislu, odnosno o njegova dva aspekta.[41] Naime, savestan sticalac može se pou-

[41] Videti: Tatjana Josipović, *op. cit.,* str. 291–292, Miodrag Orlić u: Obren Stanković, Miodrag Orlić, *Stvarno pravo,* 1996, str. 333, Miroslav Lazić u: Radmila Kovačević Kuštrimović. Miroslav Lazić, *Stvarno pravo,* str. 465.

zdati u *istinitost* (sve što je upisano u registar je tačno) i *potpunost* (prava koja nisu upisana, a inače mogu biti upisana u registar, kao i ona koja su bila upisana, ali su brisana, ne postoje – *Quod non est in tabule (actis), non est in mundo)* javnog registra o pravima na nepokretnostima.[42]

Postavlja se pitanje da li su pretpostavke o istinitosti i potpunosti registra neoborive[43] ili oborive?[44] Nesporno je da načelo pouzdanja štiti samo savesnog sticaoca, dakle onog čije je neznanje da je upis neistinit ili nepotpun opravdano. Pretpostavka njegove savesnosti svakako je oboriva, a teret dokazivanja leži na onom ko tvrdi suprotno. Međutim, ako je to nesporno onda se može konstatovati da je pretpostavka o istinitosti i potpunosti registra neoboriva, odnosno da se suprotno ne može dokazivati protiv savesnog sticaoca. Ovde, međutim, treba napraviti razliku u pogledu toga od kog momenta nastupa pravno dejstvo zaštite poverenja u istinitost, a od kog momenta zaštite poverenja u potpunost upisanog pravnog stanja nepokretnosti. Naime, pravno dejstvo zaštite poverenja u istinistost ne nastupa odmah kada je sproveden upis u korist savesnog sticaoca, budući da postoje pravni lekovi kojima se sprovedeni upis može osporiti. To znači da pravno dejstvo zaštite poverenja u istinitost definitivno nastupiti od momenta kada se sprovedeni upis više ne može osporiti, odnosno kada istekne rok u kome se u odnosu na savesnog sticaoca može zahtevati brisanje (tužbom za brisanje) prethodnikovog nevaljanog upisa i uspostavljanje ranijeg zemljišnoknjižnog stanja, kada, praktično, nastupa fikcija apsolutne tačnosti izvršenog upisa. Što se, pak, tiče zaštite poverenja u potpunost upisanog stanja, njeno pravno dejstvo se ne odlaže i nastupa odmah nakon što je sproveden upis u korist savesnog sticaoca. Već od tog momenta titulari vanknjižno stečenih prava na nepokretnosti ne mogu prema savesnom sticaocu isticati svoja prava, jer je on momentom upisa stekao knjižno pravo neopterećeno neupisanim tuđim pravima, teretima i ograničenjima.[45]

---

[42] „Pravna dejstva načela poverenja u istinitost nastupaju kad se zemljišnoknjižno stanje razlikuje od vanknjižnog zbog toga što je u zemljišnoj knjizi nevaljanim, neistinitim upisom kao imalac knjižnog prava upisano lice koje nije stvarni, vanknjižni imalac tog prava ili kojim je knjižno pravo upisano sa sadržajem, obimom ili redom prvenstva koji se razlikuje od njegovog stvarnog, vanknjižnog sadržaja, obima ili reda prvenstva.“ S druge strane, „Pravna dejstva načela poverenja u potpunost nastupaju kad je zemljišnoknjižno stanje nepotpuno jer u zemljišnoj knjizi nisu upisana sva prava i pravne činjenice u pogledu određene nepokretnosti koje inače mogu biti predmet upisa u zemljišnu knjigu.“ Tatjana Josipović, *op. cit.,* str. 292.

[43] Tatjana Josipović, *op. cit.,* str. 292.

[44] Miroslav Lazić u: Radmila Kovačević Kuštrimović. Miroslav Lazić, *Stvarno pravo,* str. 465.

[45] Videti: Tatjana Josipović, *op. cit.,* str. 322–327.

Kada se sticalac može pozvati na svoju savesnost? – Drugo je pitanje kada će se sticalac moći pozvati na svoju savesnost. Kao što ćemo videti u našem pravnom sistemu, prema vladajućoj sudskoj praksi, potrebno je da ispita ne samo zemljišnoknjižno odnosno registrovano stanje, već i vanknjižno, te da s obzirom na utvrđeno stanje niti zna, niti može znati da upisano stanje nije tačno i potpuno. Takav pristup u velikoj meri praktično predstavlja napuštanje načela pouzdanja uprkos njegovoj izričitoj deklaraciji i sticalac se polako približava položaju sticaoca u angloameričkom pravnom sistemu koji polazeći od izvršenog upisa u registar ispituje valjanost pravnog osnova svog prethodnika *(title search)*.[46] U Hrvatskoj je izričito postavljena instrukcija šta treba utvrditi da bi se moglo računati na položaj savesnog, a to znači zaštićenog sticaoca. Nije savestan samo onaj koji je znao ili je s obzirom na okolnosti mogao posumnjati da zemljišnoknjižno stanje nije potpuno ili nije istinito. Dakle, savesnost sticaoca se pretpostavlja samo ako je u pravnom prometu ispoljio dužnu pažnju neophodnu za sticanje datog prava, a savestan mora biti i kada zaključuje pravni posao koji predstavlja *iustus titulus* sticanja i kada zahteva upis prava u svoju korist. Postavlja se pitanje na čega se odnosi njegova dobra vera budući da u pogledu zemljišnoknjižnog stanja, kao poseledica delovanja načela javnosti bez izuzetka, važi neoboriva pretpostavka da su svi bili upoznati sa njim. U tom smislu, postavlja se, dakle, pitanje da li je on znao za neslaganje zemljišnoknjižnog i stvarnog stanja, odnosno da li mu je to neslaganje ostalo nepoznato jer u pravnom prometu nije postupao kao iole pažljiv čovek. Ako je za neslaganje znao ili je ono očigledno za iole pažljivog čoveka, ne može se govoriti o savesnom sticaocu. Međutim, on ne mora da sprovodi posebno ispitivanje u pogledu pravnog stanja nepokretnosti, osim onog upisanog u zemljišnoj knjizi, da bi se mogao pouzdati u to što je upisano i da bi u slučaju spora bio zaštićen.

U Nemačkoj se otišlo još korak dalje. Čak se odstupilo od u pravu veoma starog i veoma važnog principa: *Scire, et scire debere, aequiparantur in iure* (Znati, i biti dužan znati, u pravu je isto). To znači da je sticalac nesavestan samo ako je znao za neistinitost ili nepotpunost zemljišnoknjižnog stanja, odnosno za njegovo njeslaganje sa stvarnim stanjem. Ne zahteva se standardizovana pažnja iole pažljivog čoveka koja bi mu omogućila da polazeći od okolnosti datog slučaja sazna to što inače ne zna. Na taj način pouzdanje u zemljišne knjige u nemačkom pravnom sistemu zaista ima značaj načela od kojeg se minimalno odstupa.

[46] Videti Michael Diamond, *op. cit.,* str. 69 i dalje.

Dugogodišnji stav naše sudske prakse – Načelo pouzdanja, s obzirom na dugotrajno nezadovoljavajuće stanje evidencije nepokretnosti u Srbiji, ozbiljno je dovedeno u pitanje u našoj sudskoj praksi. Zbog toga je veoma bitno izričito propisivanje ovog načela i to na način koji treba da promeni postojeću sudsku praksu. Načelo pouzdanja zasniva se na pretpostavci da data evidencija nepokretnosti istinito i potpuno odražava činjenično i pravno stanje nepokretnosti, te zbog toga štiti savesna lica na način da ne mogu imati negativnih posledica čak i kada se upisano stanje razlikuje od stvarnog. Pokušavajući da uvaži načelo pouzdanja, a polazeći od činjenice da se knjižno i faktičko stanje vrlo često razlikuju, naša sudska praksa je savesnost lica koje se poziva na ovo načelo strožije cenila. Odlučujući uticaj na formiranje takve sudske prakse imao je zaključak sa savetovanja građanskih i građansko privrednih odeljenja Saveznog suda, republičkih i pokrajinskih vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda iz 1986. godine.[47] Zauzet je stav da o tome ko ima jače pravo u slučaju višestruke prodaje jedne iste nepokretnosti,[48] sud odlučuje primenom načela savesnosti i poštenja i načela zabrane zloupotrebe prava. U tom smislu, prednost se daje savesnom kupcu, ali pitanje je po kom kriterijumu se utvrđuje njegova savesnost, a naročito da li postoji savesnost kasnijeg kupca. U obrazloženju navedenog zaključka istaknuto je između ostalog i sledeće: „S obzirom na koliziju između formalnog stanja u javnim knjigama i materijalnopravnog stanja u prirodi, kod ocene pitanja valjanosti sticanja prava svojine na nepokretnosti ne može se osloniti samo na kriterijum prioriteta i bezrezervnog pouzdanja u zemljišnoknjižno stanje, već se to pitanje prosuđuje i rešava s obzirom na savesnost kupca. Stoga kupac nepokretnosti svoju savesnost u sticanju ne može opravdati samo pozivom na pouzdanje u apsosutnu tačnost zemljišnoknjižnih upisa, već je dužan da proveri i posedovno stanje nepokretnosti koju želi da pribavi, odnosno da se uveri nije li zemljišnoknjižni vlasnik istu nepokretnost već ranije drugom prodao. Propusti li ovu dužnu pažnju pa se ispostavi da je dotična nepokretnost već ranije drugom prodata kupac će se smatrati nesavesnim, jer se uzima da je znao ili mogao znati da je pravni posao o prodaji nepokretnosti ranije zaključen.“ Dakle, da bi se lice koje kupuje nepokretnost moglo pozvati na svoju savesnost neophodno je da proveri ne samo ze-

[47] *Bilten sudske prakse,* Vrhovni sud Srbije, br. 3/1987.

[48] Radi se o situaciji kada je više lica zaključilo posebne pravne poslove radi sticanja prava svojine na istu nepokretnost. Videti više o tome u: Dragoljub Petrović, *Načelo savesnosti i poštenja kod dvostruke prodaje nepokretnosti,* Pravni život, br. 9–10/1994.

mljišnoknjižno stanje,[49] već i vanknjižno odnosno faktičko stanje nepokretnosti: ko ima državinu nepokretnosti, knjižni prethodnik ili neko drugi, a ako je to neko drugi, po kom osnovu i u kom svojstvu to lice drži datu nepokretnost.[50]

U našoj pravnoj literaturi primećeno je da je ovakva sudska praksa, bez obzira na moguće razloge i opravdanje njenog formiranja,[51] znatno doprinela „slabljenju pravne discipline i urednog pravnog saobraćaja."[52] Naime, šireći krug izuzetaka od načela upisa i načela poverenja u zemljišne knjige, čime je reagovala na realno stanje evidencije nepokretnosti, uz afirmaciju načela savesnosti i poštenja i pravičnosti na račun postojećih pravnih pravila, sudska praksa, praktično je, odstupajući od stroge primene zemljišnoknjižnog i stvarnog prava, negativno povratno delovala na pravnu praksu u prometu nepokretnosti. To je „... uzrokovalo dalje slabljenje zemljišnoknjižnih pravila i načela ... sve do činjenice da su se neka 'izobičajila', *de facto* nestala iz pravnog života."[53]

Kako promeniti postojeću sudsku praksu? – U Zakonu o državnom premeru i katastru načelo pouzdanja formulisano je na sledći način: „Podaci o nepokretnostima upisani u katastar nepokretnosti su istiniti i pouzdani i niko ne može snositi štetne posledice zbog tog pouzdanja." (čl. 63). Na osnovu ovakvog pravila moglo bi se zaključiti da se pitanje savesnosti trećeg lica kao sticaoca koji se pouzdao u tačnost i potpunost podataka upisanih u katastar nepokretnosti ni ne postavlja. Ipak, pre mislimo da se to podrazumeva budući da je načelo savesnosti i poštenja jedno od opštih načela na kojima počiva naš pravni sistem. Smatramo ipak da je bila adekvatnija odredba sadržana u tekstovima ranijih nacrta zakona:[54] „Savesno lice može se pouzdati da su podaci o nepokretnostima i pravima

[49] U tom smislu treba da proveri: da li je nepokretnost upisana na ime prodavca, da ne postoji već neka molba za upis istog prava koja bi uživala prvenstvo, a, takođe i da li je nastupila fikcija apsolutne tačnosti zemljišnih knjiga (da li je proteklo tri godine od izvršeog upisa knjižnog prethodnika).

[50] O domašaju načela pouzdanja u našem pravnom sistemu videti više u: Obren Stanković, Miodrag Orlić, *Stvarno pravo,* Beograd, 1996, str. 330–340, i Dragoljub Petrović, *op. cit.,* str. 778–780.

[51] U tom smislu interesantan je sledeći stav iznet u: Ljubomir Vukotić, *op. cit.,* str. 771: „… svako rešenje bi moralo da bude, uz poštovanje zakona motivisano zadovoljenjem principa pravde i poštenja. Savesna strana u ugovoru morala bi da bude zaštićena jer od stepena njene zaštite zavisi legitimitet pravne države. Kolebanje sudske prakse i mogućnost zaštite savesne strane, zbog bojazni da se ne povredi zakon, delom je pomoglo slabljenje vere u moć pravne i moralne prinude, što je pogodovala strankama u ugovoru da se ponašaju mala fidei."

[52] Dragor Hiber, *op. cit.,* str. XIII.

[53] *Ibidem.*

[54] Nacrt iz jula i decembra 2006. godine i decembra 2007. godine.

na njima upisani u katastar nepokretnosti istiniti i potpuni, i u slučaju kada ovi podaci to nisu, i ne može snositi štetne posledice zbog tog pouzdanja. (stav 1.) Savesnim licem is stava 1. ovog člana smatra se lice koje ne zna niti je prema okolnostima moglo znati da podaci o nepokretnostima i pravima na njima upisani u katastar nepokretnosti nisu istiniti, odnosno potpuni. (stav 2.)" Međutim, s obzirom na ustaljenu sudsku praksu po ovom pitanju, o čemu je bilo reči, čak ni takva odredba ne bi garantovala da se i u uslovima uredne evidencije nepokretnosti ne bi po inerciji nastavilo sa njom. Stoga se čini da je u novom Zakonu o državnom premeru i katastru jednu ovakvu odredbu trebalo dopuniti izričitim stavom da se nedostatak dobre vere, odnosno nesavesnost ne može prigovoriti nikome samo iz razloga što nije istraživao faktičko (vanknjižno) stanje. Iako takav stav proističe iz načela pouzdanja u javni registar, njegova neophodnost u ovom momentu potencirana je postojećim stavom sudske prakse.[55]

7. Načelo zakonitosti

Smisao načela zakonitosti, bez obzira o kojoj vrsti evidencije se radi, je u obavezi nadležnog organa da po službenoj dužnosti ispita ispunjenost zakonom propisanih uslova za upis u dati registar. U zemljišnoknjižnom sistemu evidencije nepokretnosti uobičajeno je propisivanje šta je to što zemljišnoknjižni sud mora ispitati i utvrditi rešavajući po zahtevu za upis.[56]

---

[55] U tom smislu kao rešenje koje bi utrlo put novom stavu sudske prakse po ovom pitanju preporučuje se rešenje sadržano u hrvatskom Zakonu o zemljišnim knjigama (čl. 8/2–5): „(2) Smatra se da zemljišna knjiga istinito i potpuno odražava činjenično i pravno stanje zemljišta. (3) Sticalac koji je u dobroj veri postupao s poverenjem u zemljišne knjige, pravno je zaštićen, ako nije znao niti je s obzirom na okolnosti imao dovoljno razloga posumnjati da ono što je upisano nije potpuno ili da je različito od vanknjižnog stanja. Nedostatak dobre vere ne može se prigovoriti nikome samo iz razloga što nije istraživao izvanknjižno stanje. (4) Lice koje je u dobroj veri upisalo knjižno pravo postupajući s poverenjem u potpunost zemljišne knjige, steklo ga je neopterećeno teretima koji nisu bili upisani u momentu kad je zatražen upis niti je tada iz zemljišnih knjiga bilo vidljivo da je zatražen njihov upis, osim ako je zakonom drukčije određeno.

(5) Lice koje je u dobroj veri upisalo knjižno pravo postupajući s poverenjem u istinitost zemljišne knjige uživa zaštitu svoga poverenja utoliko što mu niko neće moći osporavati valjanost njegovog sticanja zbog nevaljanosti prethodnikovog upisa nakon što proteknu rokovi u kojima bi se po ovom Zakonu mogla podneti tužba radi brisanja uknjižbe njenog prethodnika."

[56] Tako, na primer, § 104 Zakona o zemljišnim knjigama Kraljevine Jugoslavije glasi: „(1) Zemljišnoknjižni sud tačno će ispitati molbu i njene priloge, a zemljišnoknjižni upis može dozvoliti samo onda: 1) kad iz zemljišne knjige u pogledu ze-

U nedavno derogiranom Zakonu o državnom premeru i katastru i upisima prava na nepokretnostima nije bilo ovakve odredbe načelnog karktera o postupanju nadležnog organa u vezi sa zahtevom za upis. Uslovi za upis i vrste upisa bili su propisani na odgovarajućem mestu.[57] Ono što, međutim, pada u oči pri razmatranju tekstova Nacrta zakona o državnom premeru i katastru nepokretnosti, je činjenica da se pri definisanju načela zakonitosti pribeglo tradicionalnom određenju sadržine ovog načela, što je, između ostalog bio jedan od znakova vraćanja pravilima zemljišnoknjižnog prava ili, bolje rečeno, neodstupanja od njih gde god to nije potrebno. U tom smislu bilo je predviđeno da Republički geodetski zavod ispituje po službenoj dužnosti da li su ispunjeni zakonom propisani uslovi za upis u katastar nepokretnosti.[58]A zatim su detaljno regulisane opšte pretpostavke za upis (postojanje upisanog prethodnika, postojanje odgovarajuće isprave za upis, ispunjenost uslova za traženu vrstu upisa), vrste upisa (uknjižba, predbeležba i zabeležba), kao i upis prava svojine i drugih prava na nepokretnostima (stvarnih i ličnih službenosti, hipoteke, zajedničke hipoteke, ugovornog prava preče kupovine, prava otkupa, prava prekupa, zakupa).[59] Uočljivo je da se u predloženoj regulativa pošlo od tradiconalnih pravila zemljišnoknjižnog prava.

Međutim u Nacrtu iz februara 2009. godine i na ovom mestu, kao i na još mnogim, učinjeno je odstupanje koje se može tumačiti kao novi otklon od tradicionalnih pravila bez istinske potrebe. Tako je u čl. 63 Nacrta koji nosi naziv *Načelo zakonitosti* utvrđeno: „Upis u katastar nepokretnosti vrši se na osnovu zakona i drugih propisa kojima je uređen državni premer i katastar nepokretnosti." U samom Zakonu o državnom premeru i katastru nalazi se neznatno modifikovano pravilo u pogledu načela zakonitosti: „Upis u katastar nepokretnosti vrši se na osnovu ovog zakona i drugih propisa." To na-

---

mljišta ili prava ne proizilazi nikakva zapreka zahtevanom upisu; 2) kad nema osnovane sumnje o tome da li su učesnici, kojih se upis tiče, sposobni raspolagati predmetom, na koji se upis odnosi, ili o tome da li su molioci ovlašćeni podneti molbu; 3) kad je traženje osnovano sadržinom podnesenih isprava; 4) kad isprave imaju onaj oblik, koji se zahteva za dozvolu uknjižbe, predbeležbe ili zabeležbe. (2) Kod zemljišnoknjižnih upisa, koje dozvoljava drugi koji sud a ne zemljišnoknjižni sud, ograničiće se zemljišnoknjižni sud na odlučivanje o tome, da li je upis dopušten s obzirom na stanje zemljišne knjige, a u pogledu ostalih uslova odlučivanje pripada onom sudu, koji upis dozvoljava. Uporediti sa odredbom § 94 Zakona o zemljišnim knjigama Austrije, čl. 108 Zakona o zemljišnim knjigama Hrvatske, čl. 146, 148–149 Zakona o zemljišnim knjigama Slovenije.

[57] Videti čl. 58a–58i, te čl. 97–107 Zakona o državnom premeru i katastru i upisima prava na nepokretnostima.

[58] Videti čl. 72 Nacrta Zakona o državnom premeru i katastru nepokretnosti iz decembra 2007. godine.

[59] Sa više od trideset članova (čl. 83–114 navedenog Nacrta).

ravno podrazumeva obavezu nadležnog organa da ispita da li su ispunjeni svi uslovi u pogledu sprovođenja tražene vrste upisa u katastar nepokretnosti, ali je nejasno zašto se bez ikakve potrebe odstupilo od proverenog načina koji jasno, precizno i sa dovoljno detalja upućuje taj organ šta treba u postupku upisa utvrditi i proveriti. Pored toga, sama pravila o tome koje su vrste upisa u katastar nepokretnosti (upis nepokretnosti, upis stvarnih prava, predbeležba, zabeležba), o opštim uslovima za upis (upisana nepokretnost, upisan prethodnik i isprave za upis) su malobrojna i veoma apstraktna što s obzirom na stanje evidencije nepokretnosti koje je u dugom vremenskom periodu postojalo u Srbiji, te činjenicu da se jedan organ upravne vlasti praktično sreće sa suštinski novom vrstom posla, nije dobro i može dovesti do otvaranja brojnih pitanja u praksi na koja će se davati različiti odgovori. Brojne izmene i dopune Zakona o državnom premeru i katastru i upisima prava na nepokretnostima za vreme njegovog važenja, izgledale su, pre svega, kao permanentno traganje za adekvatnim pravilima kroz popravljanje postojećeg teksta. U prvom Nacrtu novog zakona iz 2006. godine, pored neophodnih novina koje podrazumeva jedna potpuno nova evidencija nepokretnosti i regulisanja osnivanja katastra nepokretnosti, primetna je bila tendencija da se zakonska regulativa evidencije nepokretnosti približi pravilima zemljišnoknjižnog prava. U tom smislu, čini nam se da se u poslednjem tekstu Nacrta zakona iz februara 2009. godine koji je 31. avgusta 2009. godine, sa nekim izmenama, pretočen u Zakon o državnom premeru i katastru, poseglo opet za određenim novinama za koje nismo sigurni da su utemeljene u zahtevima pravne prakse i života uopšte.

8. Načelo prvenstva

Međusobno pravno dejstvo više upisa u pogledu iste nepokretnosti – Načelo prvenstva ili prioriteta uređuje pravno dejstvo upisa prema drugim upisima u pogledu iste nepokretnosti, zavisno od vremenskog redosleda kojim su upisi sprovedeni. Smisao utvrđivanja redosleda upisa pojedinih prava na nepokretnostima je u tome što se na taj način utvrđuje redosled njihovog sticanja i ostvarivanja. To je sasvim logično budući da se, u skladu sa načelom upisa, prava na nepokretnostima stiču, prenose, ograničavaju i prestaju upisom u odgovarajući javni registar. Stoga je potrebno utvrditi koje pravo je pre upisano da bi se znalo koje je pre nastalo.[60] Ranije upisano pravo ostvarivaće se kao da prava koja su upisana posle njega ni ne postoje.

[60] Pravo prvenstva je jedno od osnovnih obeležja stvarnih prava uopšte. U tom smislu pravo prvenstva, međutim, treba nešto šire posmatrati nego kada se govori o načelu pr-

Kako na jednoj stvari može postojati samo jedno pravo svojine (bez obzira da li se radi o isključivoj svojini, susvojini ili zajedničkoj svojini), značaj ovog načela naročito dolazi do izražaja kod ograničenih stvarnih prava (stvarna prava na tuđim stvarima) budući da se ona mogu rangirati jer mogu istovremeno postojati na jednoj stvari. Dakle, kada se radi o upisu prava svojine bitan je prioritet u vremenu jer se time određuje ko postaje vlasnik, ali kod ograničenih stvarnih prava (hipoteke, stvarnih i ličnih službenosti, realnih tereta) taj prioritet u vremenu ne samo da određuje kada je pravo nastalo već i redosled u njihovom ostvarivanju. Kao što je već istaknuto, ranije upisano pravo ostvarivaće se kao da prava koja su upisana posle njega ni ne postoje. Po nekim autorima, načelo prvenstva je najznačajnije kod hipoteke jer upisom hipoteke, hipotekarni poverilac stiče prvenstvo u odnosu na potraživanje običnih (tzv. hirografenih) poverilaca – što je posledica prvenstva koje stvarna prava imaju u konkurenciji sa obligacionim pravima, ali i u odnosu na hipotekarne poverioce čije pravo je kasnije nastalo, tj. upisano – što je posledica rangiranja istovrsnih stvarnih prava na jednoj stvari prema momentu njihovog nastanka.[61]

Relevantan momenat[62] za sticanje prava na nepokretnostima je onaj kada je nadležnom organu podnet zahtev za upis, a ne momenat kada je upis zaista i sproveden, tj, kada je sud o njemu doneo rešenje. Stoga se i osnovanost zahtevanog upisa procenjuje prema stanju registra nepokretnosti u momentu kada je zahtev primljen. To je logično budući da je sprovođenje upisa samo potvrda da je zahtev bio osnovan i potpun u momentu podnošenja.

Derogiranim Zakonom o državnom premeru i katastru i upisima prava na nepokretnostima nije bilo izričito formulisano načelo prvenstva, ali je bilo predviđeno da je u slučaju više upisa prava na nepokretnostima, jače ono pravo koje je ranije upisano (čl. 5/2). Za slučaj da je podneto više zahteva za upis prava na istoj nepokretnosti, bilo je predviđeno pravilo da

---

venstva ili prioriteta kao jednom od načela na kojima se temelji registar nepokretnosti. Pravo prvenstva, naime, garantuje da je u konkurenciji stvarnog i obligacionog prava na istoj stvari, jače stvarno pravo, a da je u konkurenciji stvarnih prava na istoj stvari jače ono koje je ranije nastalo. Ova odlika stvarnih prava dobija poseban smisao kada se radi o pravima na nepokretnostima i da bi se o njoj moglo voditi računa neophodno je da ta prava budu upisana u odgovarajući registar. A upravo po momentu upisa određuje se njihov međusobni rang.

[61] Videti: Miroslav Lazić u: Radmila Kovačević Kuštrimović. Miroslav Lazić, *Stvarno pravo,* str. 467. O nemogućnosti rangiranja prava svojine videti: Miroslav Lazić, *Rang stvarnih prava,* Pravni život, br. 10/2002, str. 73, a o rangiranju hipoteke: Miroslav Lazić, *Prava realnog obezbeđenja,* Niš, 2009, str. 128–129.

[62] Koristi se reč *momenat,* a ne *vreme* da bi se istaklo da se radi o astronomskom, a ne civilnom računanju vremena.

će se prvo uzeti u postupak zahtev koji je prvi primljen kod Republičkog geodetskog zavoda. Po redu prijema, kasniji zahtevi uzimani su u postupak tek pošto bi prethodni zahtev bio pravnosnažno odbijen. Smatramo da takva formulacija nije bila ispravna, jer pravnosnažno odbijanje ranije podnetog zahteva nije neophodno za razmatranje kasnijeg zahteva. To upravo zbog činjenice da se ograničena stvarna prava (stvarna prava na tuđim stvarima) mogu rangirati, jer mogu istovremeno postojati na jednoj stvari. Stoga je adekvatnija formulacija da se po redu prijema, kasniji zahtevi uzimaju u postupak tek pošto raniji zahtev bude konačno rešen. U Zakonu je precizirano i da se ako su zahtevi podneti istog dana, vreme prijema određuje astronomskim računanjem vremena, odnosno prema satu i minutu prijema (čl. 106d).

Više istovremeno primljenih zahteva za upis – Prema Zakonu o državnom premeru i katastru, upis u katastar nepokretnosti i utvrđivanje reda prvenstva prava vrši se prema vremenskom redosledu podnošenja zahteva za upis[63] *(prior tempore potior iure)*. Iz poslednjeg teksta Nacrta zakona, kao i iz samog Zakona izostalo je, inače u zemljišnoknjižnom sistemu tradicionalno prihvaćeno, pravilo o tome da u slučaju kada je više zahteva primljeno istovremeno red prvenstva je jednak. Prema Zakonu o zemljišnim knjigama Kraljevine Jugoslavije prvenstveni red upisa određuje se prema trenutku u kojem je podnesak stigao zemljišnoknjižnom sudu, a upisi koji budu izvršeni na osnovu podnesaka koji su istovremeno prispeli, imaju isti red prvenstva, ako zakonom nije šta drugo određeno (§ 29).[64] Koliki je značaj pravilnog i tačnog utvrđenja reda prvenstva kod zemljišnoknjižnih prava vidi se kroz detaljnu regulisanje ovog pitanja samim Zakonon,[65] ali i Pravilnikom za vođenje zemljišnih knjiga.[66] Zbog važnosti momenta prijema zemljišnoknjižnih pi-

[63] Osim ako je zakonom određeno drukčije. Videti čl. 65 Zakona o državnom premeru i katastru koji nosi naziv *Načelo prvenstva.*

[64] Uporediti sa § 879 Nemačkog građanskog zakonika, § 17 nemačkog Zakona o zemljišnim knjigama, § 29 austrijskog Zakona o zemljišnim knjigama, čl. 45 hrvatskog Zakona o zemljišnim knjigama, čl. 10 i 122 slovenačkog Zakona o zemljišnim knjigama.

[65] U § 113 Zakona o zemljišnim knjigama u cilju utvrđenja reda prvenstva predviđeno je: „(1) Svaki upis (§ 8) mora sadržavati osim oznake kakve je vrste, još i dan, mesec, godinu i broj pod kojim je molba, usled koje se vrši upis, stigla zemljišnoknjižnom sudu. (2) Ako je zemljišnoknjižnom sudu stiglo u isto doba više molbi, koje se odnose na isto zemljišnoknjižno telo, onda će se pri svakom upisu, izvršenom usled tih molbi, zabeležiti brojevi jednovremeno stiglih molbi s dodatkom, da su ove molbe stigle u isto doba."

[66] Pravilnik je donet 17. februaru 1931. godine, a odnosi se na sprovođenje sva tri zemljišnoknjižna zakona: Zakon o zemljišnim knjigama, Zakon o unutrašnjem uređenju, osnivanju i ispravljanju zemljišnih knjiga i Zakon o zemljišnoknjižnim deobama, otpisima i pripisima.

smena[67] primenjuje se astronomsko računanje vremena, te je Pravilnikom izričito predviđeno da se sva zemljišnoknjižna pismena moraju u prijemnoj kancelariji snabdeti beleškom o prijemu i da se osim dana, meseca i godine navodi i sat prispeća, a ako je potrebno i minut kada je pismeno stiglo (§ 92).

Načelo prvenstva utvrđeno u čl. 65 dobija svoju konkretizaciju u pravilima sadržanim u čl. 125 *(Redosled rešavanja zahteva)* i čl. 131 *(Izmena prvenstvenog reda upisa)* Zakona o državnom premeru i katastru. Budući da se red prvenstva prava određuje prema momentu podnošenja zahteva izričito je propisano da se osnovanost zahtevanog upisa procenjuje prema stanju katastra nepokretnosti u momentu kada je zahtev za upis primljen u Zavod. Da bi se sprečila bilo kakva povreda prvenstvenog preda, Zavod upisuje godinu, mesec, dan, čas i minut prijema zahteva za upis i istovremeno na nepokretnosti na koju se odnosi zahtev upisuje zabeležbu vremena prijema i broj zahteva. U slučaju da je podneto više zahteva za upis na istoj nepokretnosti, prvo će se uzeti u postupak zahtev koji je prvi primljen. Po redosledu prijema, kasniji zahtevi se uzimaju u postupak tek pošto raniji zahtev bude konačno rešen.

Postavlja se pitanje zašto je izostalo pravilo o jednakom redu prvenstva zahteva za upis prava na istoj nepokretnosti koji su primljeni istovremeno, odnosno da li astronomsko računanje vremena eliminiše takvu mogućnost? Smatramo da je pravilo potrebno i da je pogrešno protumačeno da se to pitanje uspešno rešava astronomskim računanjem vremena, odnosno zavođenjem zahteva po datumu, ali i času i minutu podnošenja. Šta, na primer, ako su zahtevi za upis prava na istoj nepokretnosti stigli poštom? Čak i kada je u pitanju preporučena pošiljka, što će po pravilu biti slučaj, ključni momenat je onaj kada su zahtevi stigli nadležnom organu, a ne kada su predati pošti. Može se desiti da ih poštar uruči istovremeno, pa se postavlja pitanje kojem od prispelih zahteva i zašto dati prioritet.

Iz navedenog proističe da je u novodonetom Zakonu trebalo da se nađe i pravilo o jednakom redu prvenstva zahteva za upis prava na istoj nepokretnosti, a koji su primljeni istovremeno. Pored toga, trebalo je urediti i situaciju koja nastaje kada istovremeno stignu zahtevi za upis prava koja se međusobno isključuju. Ako, na primer, istovremeno preporučenom pošiljkom stigne zahtev dva ili više lica za upis prava svojine na istoj nepokretnosti. Republički geodetski zavod sigurno nije taj koji treba da donese odluku o tome ko će od njih postati vlasnik, niti treba sve da ih odbija, niti treba da ih upisuje kao suvlasnike. Rešavanje

[67] Videti § 88 Pravilnika za vođenje zemljišnih knjiga.

spora o pravu svojine (ko ima jači pravni osnov pa mu treba dati prednost) u takvom slučaju može biti vrlo komplikovan posao i za sud opšte nadležnosti. U takvom slučaju nadležni organ treba da postupi kao i kada su istovremeno stigli zahtevi za upis prava koja se međusobno ne isključuju, odnosno treba da izvrši tražene upise sa zabeleškom istovremenosti koja će zainteresovana treća lica upućivati na činjenicu da tek treba da se reši (u parnici) ko je od njih više vlasnik i čije će upis ostati, dok bi ostali bili brisani.

Menjanje postojećeg reda prvenstva – Vezano za načelo prvenstva postavlja se i pitanje može li se menjati postojeći red prvenstva prava na istoj nepokretnosti koji je ustanovljen po vremenu zahtevanja upisa. Iz načela autonomije volje proističe i slobodna inicijativa titulara građanskog subjektivnog prava u pogledu vršenja i raspolaganja svojim pravom. To praktično znači, da je sasvim logično da pravilo o mogućnosti izmene prvenstvenog reda upisa postoji u zakonu kojim se reguliše evidencija nepokretnosti – tzv. ustupanje prvenstva. U tom smislu, dobro je što je Zakonom o državnom premeru i katastru predviđeno pravilo (čl. 131) da imalac prava može podneti zahtev za upis izmene prvenstvenog reda tog prava, s tim da uz ovakav zahtev mora dostaviti i saglasnost svih lica čija bi prava bila povređena navedenom izmenom. Međutim, smatramo da je i u ovom slučaju pravilo ostalo nedorečeno. Naime, isto ovo pitanje regulisano je sa 6 paragrafa Zakona o zemljišnim knjigama Kraljevine Jugoslavije (§ 30–35),[68] jer je niz situacija potrebno precizirati pri ustupanju ranga. Iako iz činjenice da je za izmenu reda prvenstva potrebna samo saglasnost titulara prava koja međusobno menjaju rang, a ne i titulara ostalih upisanih prava, može da se zaključi da se ustupanjem prvenstva ne dira u njihov obim i prvenstveni red, smatramo da takvo izričito pravilo ne bi bilo suvišno. Isti značaj imalo bi i preciziranje čija se još saglasnost traži u pojedinim specifičnim situacijama. Tako na primer, u slučaju kada je pravo koje zbog izmene prvenstvenog reda stupa nazad hipoteka, treba da postoji i saglasnost vlasnika, a ako je to pravo koje je opterećeno pravom nekog trećeg lica, potreban je i njegov pristanak.[69] Stoga je u pogledu preciziranja pravila koja proističu iz načela prvenstva u novodonetom Zakonu,

[68] Uporediti i sa još nekim zakonima iz ove oblasti: § 880–881 Nemačkog građanskog zakonika, §30 austrijskog Zakona o zemljišnim knjigama, čl. 46–51 hrvatskog Zakona o zemljišnim knjigama.

[69] Zakonom o zemljišnim knjigama Kraljevine Jugoslavije, po ugledu na austrijski Zakon o zemljišnim knjigama, regulisano je još niz situacija u vezi ustupanja prvenstva. Videti §§ 31–35 i uporediti sa odgovarajućim pravilima u hrvatskom Zakonu o zemljišnim knjigama (čl. 47–51).

trebalo imati u vidu navedeno. Ponovo ističemo da je dovoljnost i preciznost pravila potencirana činjenicom da je celokupni posao evidencije nepokretnosti i prava na njima u Srbiji poveren upravnoj vlasti, odnosno Republičkom geodetskom zavodu kao posebnoj organizaciji u sistemu državne uprave. Uspeh realizacije te potpuno nove nadležnosti Zavoda u mnogome zavisi i zavisiće od pravila kojima se ona uređuje.

9. Načelo određenosti

Iz načela određenosti proizilazi da svaki upis u registar nepokretnosti mora sadržati sve podatke koji su neophodni da bi on predstavljao samostalnu i potpuno određenu pravnu celinu. To praktično znači da sadržina svakog upisa mora biti tačno i potpuno određen u pogledu:

– same nepokretnosti na koju se upis odnosi (nepokretnost mora biti označena i opisana na način da ne može doći do zabune u pogledu njenog identiteta),[70]

– vrste upisa koja se vrši (budući da različite vrste upisa imaju drugačiji smisao i različito pravno dejstvo ne sme biti sumnje u pogledu toga o kojoj vrsti upisa se radi),

– vrste prava koje se upisuje (bitna sadržina prava mora biti određena, odnosno mora biti nedvosmisleno određeno koje pravo je u pitanju, što znači da ono mora biti određeno kao jedno od mogućih prava čiji upis se, na osnovu zakona, dozvoljava u registar),

– činjenica koje se upisuju, a koje su bitne za postojanje, obim ili mogućnost prenosa samog prava,

– subjekta upisa odnosno titulara upisanog prava

– vremenu upisa (vremensko određenje upisa neophodno je da bi se odredio redosled prvenstva upisanih prava).

U navedenom smislu definisano je i načleo određenosti u Zakonu o državnom premeru i katastru(čl. 66). Ovo načelo ujedno predstavlja i poslednje od osam izričito utvrđenih načela na kojima se temelji katastar nepokretnosti kao jedinstvena evidencija o nepokretnostima i pravima na njima. Ono što nam se čini da nedostaje na toj prilično dugoj listi, a što bi moglo biti povezano sa načelom određenosti je i zahtev u pogledu preglednosti katastra nepokretnosti. Naime, neki autori kada govore o načelima zemljišnih knjiga[71] kao jedno od njih navode i načelo preglednosti u smislu da zemljišne knjige moraju biti uređene tako da se iz njih može la-

[70] Videti u vezi stim deo koji se odnosi na načelo državnog premera.

[71] Videti: Tatjana Josipović, *op. cit.,* str. 297.

ko i brzo saznati celokupno pravno stanje upisanih nepokretnosti. Ostvarenje ovog načela omogućeno je izuzetno preciznim i jednostavno postavljenim, s jedne strane, sastavom zemljišnih knjiga (glavna knjiga i zbirka isprava), a, s druge strane, sastavom zemljišnoknjižnog uloška (popisni, vlasnički i teretni list). Onako kako je uređena, glavna knjig pruža jednostavnu i celovitu informaciju o stanju nepokretnosti. Pored toga, kroz postojanje glavne knjige i zbirke isprava uveden je tzv. sistem dvoknjiženja – svaki upis sprovodi se u glavnoj knjizi i tek od tada proizvodi pravno dejstvo, a u zbirci isprava trajno se čuvaju isprave koje predstavljaju osnov za sprovođenje upisa i iz kojih se mogu utvrditi svi podaci koji se u pogledu upisa zahtevaju polazeći od načela određenosti. Kroz trodeobu zemljišnoknjižnog uloška sprovedena je mogućnost da se u svaki deo upisuje tačno ono što je zakonom predviđeno, tako da je vrlo jednostavno utvrditi bilo koji podatak koji se tiče nepokretnosti odnosno prava na njoj, titulara prava i drugih pravno relevantnih činjenica.

Na ovom mestu samo iznosimo sumnju da će promene koje donosi Zakon o državnom premeru i katastru u pogledu sastava lista nepokretnosti ugroziti preglednost i veliki stepen pravne sigurnosti koji daju zemljišne knjige.

Radenka Cvetić, Ph.D. Associate Professor
Novi Sad School of Law

Principles Of Cadastre

Abstract

The article begins with the notion and importance of principles of real estate public records. The article then gives an overview of principles, about eight of them existing at the concept of uniform real estate public records, according to The Act on Land Survey and Cadastre, currently in force. The purpose is to point necessity of following principles as a common framework, in order to reach the goal contained in each system of real estate public records: provide legal security both to existing and conscientious potential right holders, i. e. security of legal transfer. Achieving this goal request to establish only necessary exceptions to the rules. Focus is on the principles crucial for existing of real estate public records (principle of constitutive effects of entries, principle of being public, principle of trust in register, principle of priority), and also, principle of mandatory registration as an extreme deviation to the rule of free disposition of proceedings.

Key words: cadastre, principle of constitutive effects of entries, principle of being public, principle of trust in cadastre, principle of priority, principle of mandatory registration

Originalni naučni rad 339.54:061.1(100)

Dr Drago Divljak, vanredni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

PRAVO SVETSKE TRGOVINSKE ORGANIZACIJE I DOMAĆE PRAVO

Sažetak: *U radu se razmatraju bitne karakteristike sistema pravnih pravila STO, njihov odnos prema relevantnim nacionalnim pravnim pravilima ,kao i posledicama po ulogu države u ovoj oblasti. Takođe se analiziraju konkreni procesi njihove primene u najvaznijim nacionalnim pravnim sistemima ,a naročito u našem pravu.*

U okviru STO dolazi do daljeg preformulisnja posebnih pravila koja imaju za cilj osavremenjivanje i aktualizovanje pitanja koja su regulisana GATT-om. Međutim, novosti koje nastaju u regulatornog sferi rada ove organizacije, bitno menjaju i polje primene, karakter, stepen obaveznosti i usmerenost opštih pravnih okvira u ovoj oblasti. Ovakva pravila. U uslovima širenja uticaja i jačanja značaja ovih pravila, moderno pravo se posledično suočava sa sve izraženijim fenomenom da države sve više gube na samostalnosti zasnovanoj na apsolutnoj suverenosti uređenja pravnih odnosa u spoljnotrgovinskom poslovanju. Takvi trendovi su vidljivi i u našem pozitivnom zakondoavstvu.

Ključne reči: *Svetska trgovinska organizacija, domaće pravo, pravni okviri, spoljna trgovina, spoljnotrgovinsko poslovanje*

U savremenim uslovima ekonomskog razvoja, kad se mogućnost svake zemlje sve više određuje stepenom aktivnog učešća u međunarodnoj podeli rada, ekspanzija međunarodne trgovine je posebno limitirana protekcionističkim merama. Rast internacionalizacije privrede prirodno teži uklanjanju nacionalnih barijera u ovoj oblasti Sve izraženiji stepen globalizacije svetske privrede, koja je posebno izražena poslednje dve de-

cenije navedenu potrebu još više potencira.[1] U tom kontekstu, sve se više javlja kao imperativ, ustanovljenje međunarodnih standarda i pravila ponašanja kojim bi se izbegle ili ublažile negativne implikacije neusklađenih nacionalnih režima u oblasti spoljne trgovine.Stoga je trebalo prići međusobno usaglašenom pristupu država, na multilateralnom nivou, uz uzimanje u obzir interesa svih zemalja učesnica. Kako interesi zemalja nisu jednoznačni ni proces razvoja nadnacionalnog sistema regulisanja u ovoj oblasti ne teče glatko. U tom pogledu, raskorak interesa iskazuje se putem dve međusobno suprotstavljene tendencije, s jedne strane se pokazuje želja da se koriste prednosti slobode trgovine dok je s druge strane vidljiva uzdržanost.[2] Ipak, navedene prednosti su navele velik broj država da aktivno učestvuju u procesu unifikacije i rezultati nisu izostali.

Kao prvobitni ugovorni oblik multilateralizacije svetske trgovine se formalno afirmiše Opšti sporazum o carinama i trgovini – GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*) iz 1947 godine. Usled rasta svesti o nedovoljnosti postojećeg režima trgovine u okviru GATT-a,[3] prouzrokovanim njegovim mnogostrukim nedostacima, [4] došlo do njegovog kvalitativnog reformisanja. To je učinjeno Marakeškim sporazumom o osnivanju Svetske trgovinske organizacije (*World Trade Organization – WTO*) iz 1994. godine.Time je nastala nova značajna etapa u razvoju institucionalnog sistema međunarodnih trgovinskih odnosa na univerzalnom nivou.

1. Osobenosti prava STO

Nastanaj STO označava početak monumentalnih promena u ovoj oblasti, s značajnim pozitivnim ekonomskim implikacijama.[5] Ne samo što je učinjen značajan pomak u pravcu instutucionalizacije međunarodne trgovine, već je odlučujući prodor učinjen u regulatornoj sferi. U ovoj

[1] Steinberg. R.H, *Trade Enviroment Negotitations ine the EU, NAFTA and WTO: Regional Trajectories of Rule Development,* American Journal of International Law, 1997, str. 234.

[2] Bello. J, Holmer. A.F, *Dispute Resolutiom in the New Trade Organization: Concerns and Net Benefits*, The International Lawyer, 1994, vol, 28, Number 4, str. 1103.

[3] Iznosi se stav da je je 80 godina nije bio u stanju da se nosi sa tada nabujalim novim protekcionističkim oblicima zatvaranja država. Farell, M, 1999, *Eu and WTO Regulatorry Frameworkss: Complementatarity or competition*. London, 1999, str. 2-3.

[4] Uporedi: Matsushita, M. – Schoenbaum, T.J. – Mavroidis, P, *The World Trade Organization – Law, Practice, and Policy.* New York, Oxford, 2003, str. 3.

[5] Gavrilović i drugi, *Međunarodni ekonomski odnosi*, Beograd, 1997, str 616-620.

sferi, STO inkorporiše GATT kao međunarodni sporazum i instrument koji je na privremenoj osnovi iz 1947. godine regulisao međunarodnu robnu razmenu. Međutim, novosti koje nastaju u regulatornog sferi rada ove organizacije, bitno menjaju polje primenem karakter, stepen obaveznosti i usmerenost opštih pravnih okvira u ovoj oblasti. Ona ne znače samo preformulisanje posebnih pravila koja imaju za cilj osavremenjivanje i aktualizovanje pitanja koja su regulisana GATT-om. Naime, nastanak STO znači stvaranje nadnacionalno pravno obavezujuće institucije u domenu međunarodne trgovine,[6] čiji je cilj maksimiranje ekonomske efikasnosti međunarodne trgovine s kompleksnom ambicijom da obuhvati sve aspekte trgovinske razmene koji su do tada bili izvan opsega GATT-a.

Pravila STO su u složen sistem kojim se stvara opšti okvir međunarodne trgovine. U formalnom smislu se zasniva na Ugovoru o osnivanju STO (WTO) iz 1994. godine i drugim, mnogobrojnim i pravilima kreiranim u okviru nje. Marakeški sporazum o osnivanju STO utvrđuje delokrug rada organizacije, strukturu i nadležnost organa, njen pravni položaj, odnos Marakeškog sporazuma sa drugim sporazumima, kao i odnos STO prema drugim organizacijama.[7] Formalno, sastavni deo ovog sporazuma predstavljaju i drugi sporazumi i aranžmani sistematizovani u više dokumenata, koji zajedno stvaraju moderni institucionalni okvir međunarodne trgovine, odnosno čine „srce" sistema pod nazivom multilateralni trgovinski sistem (*multilateral trading system*) To su: Višestrani sporazumi o trgovini robom, Opšti sporazum o trgovini uslugama, Sporazum o trgovinskim aspektima prava industrijske svojine (*Agreement on Trade – Related Aspects of Intellectual Property Rights*) i Sporazum o uslovima za strana ulaganja koji utiču na trgovinu (*Trade related investment measures – TRIMS*). Pored toga što sadrži veći broj sporazuma,[8] on sadrži veliki broj dokumenata koji u sebi sadrže međusobne trgovinske koncesije zemalja članica.[9]

STO stvara globalni pravni sistem regulisanja međunarodne trgovine kojim se na nadnacionalnom planu unifikuju pravila o spoljnotrgovinskom poslovanju. On je kreiran većim brojem pravnih instrumenata sa sveobuhvatnim pravilima sa širokim dejstvom delovanja, zasnovanih na principima deregulacije, neoliberalizacije i multilateralizma. Stoga je

---

[6] O odnosu pravila STO i nacionalnih prava: Matsushita, M. – Schoenbaum, T.J. – Mavroidis, P, op..cit. str. 89 i dalje.

[7] O odnosu STO I MMF, vidi: Siegel. D.E, *Articles of Agreement and the WTO Agreements*, The American Journal of International Law, 2002, vol 96:561. str. 561 i dalje.

[8] Sadrži oko 60 sporazuma, aneksa, odluka i dogovora, sadržanih u oko 500 stranica teksta.

[9] Oni su sadržani u preko 22.000 stranica teksta.

pravni poredak koji ona stvara je veoma obiman i raznolikog karaktera. Pravila STO regulišući svetsku trgovinu, proširuju sveobuhvatnost međunarodnih univerzalnih pravila ne samo na različite aspekte prometa robe, takod apraktično uređuju sve oblasti transakcija sa svetom, uključujući usluge, pravni status i tretman stranih ulaganja i zaštitu prava industrijske svojine. I nakon osnivanja, kod STO je stalno prisutna tendencija za proširenjem već dostignutog nivoa polja delovanja.[10] U toku je i četvrta, tzv. „Doha runda pregovora" oko liberalizacije tržišta[11]), koja ima za cilj daljnje smanjenje carinskih stopa i otklanjanje prepreka u trgovinskom poslovanju na globalnom nivou.[12]

Pravila STO u oblasti trgovine robom sadrže konsolidovana pravila GATT-a, formalizovana Multilateralnim sporazumom o trgovini robom, čime se plastično iskazuje materijalno pravni-kontinuitet, koji pored međunarodnopravnog i institucionalnog, i inače karakteriše odnos GATT-a iz 1947. godine i STO.[13] U skladu s tim, sastavni deo tog Aneksa je Opšti sporazum o carinama i trgovini iz 1947. godine, protokoli i dopune GATT-a iz 1947. godine, odnosno pravna instrumenta i interpretativna akta koji su stupili na snagu do nastanka STO. Međutim, GATT-om iz 1994. godine su izvršene uređuju pojedina pitanja i oblasti. Tako postoje aneksi o: upotrebi sanitarnih i fitosanitarnih mera, primeni tehničkih standarda, dampingu i antidampinškim merama, oznakama porekla, inspekciji pre isporuke, uvoznim i izvoznim dozvolama, subvencijama i kompenzatornim naknadama i drugim odbrambenim merama.

Osim opšteg režima međunarodne trgovine, koji je kreiran GATT-om iz 1994. godine i pokriven mnogobrojnim drugim sporazumima, postoji i poseban pravni režim, koji pokriva neka specifična područja i sektore. U sadržinskom smislu, tendencija je da se posebni pravni režimi približe opštem režimu u pogledu liberalizacije trgovine i uklanjanju različitih barijera. Izdvajanje u poseban normativni sistem se argumentuje njihovim specifičnostima i različitim političkim odnosom prema njima. I okviru ove grupe, ne postoji jedinstvenost u pristupu. Neki sektori kao što su poljoprivredni proizvodi i tekstil su po prvi put, pokriveni posebnim sporazumima, koji su obavezni za sve zemlje članice STO. U ovako difernicirnom sistemu, ovi posebni sporazumi predstavljaju *lex*

[10] Kao polje svog delovanja, STO uključuje i bazične telekomunikacije i informatičku opremu, o kojim je već 1997. godine postingnut sporazumi, ali socijalne standarde, probleme regionalnih organizacija i zaštitu čovekove sredine. Predmet interesovanja STO se novije vreme širi i na zaštitu na radu, zaštitu potrošača i oblast konkurencije.

[11] Nazvana po gradu Doha u državi Katar gde su započeti pregovori 2001. godine.

[12] Matsushita. M. – Schoenbaum. T.J. – Mavroidis. P, op. cit., str. 16.

[13] To je formalno Iskazano je u čl. XVI Sporazuma o osnivanju STO.

specialis u odnosu na opšta pravila GATT-a, pa tako imaju prednost u odnosu na njih.

Oblast poljoprivrede je tradicionalno privredna grana sa najmanjim stepenom liberalizacije, za koju je karakteristična ekstenzivno korišćenje protekcionističkih mera. Pozitivna iskorak nastaje Urugvajskom rundom pregovora, koje je rezultirala posebnim Sporazumom o poljoprivredi.[14] Iako je njegov cilj bio da stvori odgovarajući pravni sistem kojim bi se otklonile trgovinske barijere i smanjile subvencije u ovoj oblasti, on je u startu limitirao svoje mogućnosti, i to na dva načina. Prvo, njegovim važenjem samo za tačno određene proizvode,[15] a drugo tim što su pojedinačne obaveze država članica ograničene samo onim što su prihvatile prilikom potpisivanja Sporazuma.[16] Ipak, i na taj način je došlo do značajnijeg proboja u ovoj oblasti.[17] Sporazum zaslužuje pozitivnu ocenu i iz drugih razloga. U tom pogledu je važno da je predviđena obavezna tarifikacije necarinskih mera, tj. tako da sve trgovinske barijere moraju konvertovati u carine.[18] Time je posrednim putem postignuta liberalizacija trgovine ovim proizvodima i istovremeno podignut stepen pravne sigurnosti u ovoj oblasti na viši nivo.

Tekstilni proizvodi u sistemu međunarodne trgovine imaju posebno mesto. Sve do Urugvajske runde pregovora i donošenja Sporazuma o tekstilu i odeći, režim trgovine ovim proizvodima je bio podvrgnut znatno oštrijim ograničenjima, nego ostale robe. To je bilo posebno izraženo donošenjem Sporazuma o vlaknima (*Multi-Fibre Arrangement).*Zato je intencija novog sporazuma STO morala ići u pravcu neutralisanja ovakvog razvoja događaja. U normativnom pogledu, to je značilo da se njegova pravila trebaju ići ka ujednačavanju režima u trgovine ovim robama ka opštem pravnom režimu liberalizacije koji važi za ostale robe. Stoga su njime utvrđeni mehanizmi i procedure za reintegraciju pravnog režima ove vrste robe u opšti normativni okvir STO. U tom pogledu su utvrđeni i rokovi prilagođavanja,[19] čime se najvećim delom i iscrpljuje njegova sadržina.

---

[14] Njihova obaveza je na taj način svedena na to domaćoj poljoprivredi ne smeju pružiti veći stepen podrške od onog koji je dozvoljen njenom listom.Uporedi st. 2 Preambule Sporazumo o poljoprivredi.

[15] One su sadržane u Aneksu I.

[16] Vidi čl. 3. Sporazuma o poljoprivredi.

[17] Razvijene zemlje su preuzele obavezu da smanje carine za 36%, manje razvijene za 24%, dok su najmanje razvijene oslobođene obaveza u pogledu carinskih koncesija u ovoj oblasti.

[18] Vidi čl. 4. Sporazuma o poljoprivredi.

[19] Čl. 3. Sporazuma o tekstilu i odeći.

Napred navedeni sporazumi su univerzalni i obavezujući za sve zemlje članice. S druge strane trgovina pojedinom robom ili specifični segmenti međunarodne trgovine regulisana je posebnim pluralitetnim sporazumima, koji obavezuju samo članice STO koje ih prihvate. Time su oni unapred konstitucionalno limitirani u svojim efektima na međunarodnu trgovinu. Izvorno, ova oblast je bila pokriveni ovom vrstom sporazuma koji su nastali tokom Tokijske runde pregovora, ali su kasnije inovirani i stupili na snagu kao novi sporazumi.[20] Zajedničko za sve njih je da imaju za cilj da u najvećoj meri eliminišu trgovinske barijere i liberalizuju trgovinu ovim vrstam robe u međunarodnim okvirima. Učinjen je i bitan pomak u institucionalizaciji ove problematike osnivanjem posebnih organa ko što su Međunarodni savet za mlečne proizvode i Međunarodni savet za trgovinu govođim mesom. Oni imaju ovlašćenje da prate stanje i vrše nadzor nad sprovođenjem ovih sporazuma.

Javne nabavke, kao posebna vrsta vancarinskih trgovinskih barijera su takođe predmet plurilaterlanih sporazuma u okviru STO.[21]

Bitna razlika u pogledu pravila koje nastaju u okviru GATT-a i STO je u i stepenu pravne obaveznosti pravila. Pravila STO imaju izražen pravni karakter.[22] Iz ugovornog karaktera GATT-a proizilazi da je on više koncipiran kao forum zemalja članica za donošenje rezolucija nego organ za kreiranje pravila.[23] Takva priroda pravila GATT-a su jedan od bitnih razloga njegove reforme i transformacije.[24] U tom pogledu pravila STO su bitno drugačija. Prevaga legalističkog nad političkim, izrazito je sublimirana u razvijenom sistemu pravila u okviru ove organizacije.

To je podrazumevalo i da se učini bitan pomak u stvarnoj efektivnosti njenih pravila,odnosno obezbeđenju poštovanja njenih pravila od strane zemalja članica i to po dva osnova. Prvi je obezbeđenje javnosti nacionalnih trgovinskih politika, a drugi je prinudna primena pravila. Dok prvi ide ka obezbeđenju pretpostavki za njihovu primenu, putem prevencije i

---

[20] Tako je Sporazum o trgovini civilnim vazduhoplovima (*Agreement on Trade on Civil Aircraft*) stupio na snagu 1980 godine, kad i Međunarodni sporazum o mlečnim proizvodima (*International Dairy Agreement*). Iste godine je usvojen i Međunarodni sporazum o govođem mesu (*International Bovine Meat Agreement*).

[21] U paketu rezultata Urugvajske runde pregovora donet je i Pluralitetni sporazum o javnim nabavkama (*Plurileteral Agreement on Public Procurement*). Njime je učinjen bitan iskorak u međunarodnom regulisanju bitnijih aspekata javnih nabavki i to tako da je proširenо polje međunarodne regulative, iz istovremeno reafirmisanje principa nediskriminacije u ovoj oblasti.

[22] Palmeter. D, Mavridis. P.C, *The WTO Legal System: Sources of Law*, American Journal of International Law, 1998/3, str. 398 i dalje.

[23] Bello. J.H, Holmer, A.F, op. cit.,. str. 1097.

[24] Bello. J.H, Holmer, A.F, op. cit.,. str. 1098-1099.

korekcije, drugi ide u pravu sankcionisanja već prekršteni pravila u sklopu postupaka rešavanja sporova.

U funkciji prvog cilja cu posebna pravila STO, pod nazivom Mehanizam za ispitivanja trgovinskih politika. (*Trade Policy Rewiew Meshanizm – TRPM*) zamišljen kao stalna insttrumetarij sa specifičnim ciljevima.[25] Po osnovu njega, sistem nadzora nad trgovinskim politikama je značajno unapređen uspostavljanjem mehanizama njihovog periodičnog ispitivanja ali i putem pravila i procedura notifikovanja mera trgovinske politike.[26]Ovakvi zahtevi u pogledu transparentnosti podrazumevaju i obavezu pružanja i objavljivanja svih relevantnih informacija. Krajnji je cilj ostvarenje predvidljivosti i stalnosti uslova poslovanja u međunarodnoj trgovini a time i maksimiranje njene ekonomske efikasnosti.

Efektivnost pravila STO se pokušava postići putem učvršćivanja razvijenijeg regulisanja sistema rešavanja sporova u vidu posebnog dokumenta, pod imenom Dogovor o pravilima i postupku za rešavanje sporova (DSP- Disput Settlement Procedure). Njime se zemlje članice po prvi put podvrgavaju obavezujućim pravilima u pogledu donošenja i sprovođenja trgovinskih politika, i to na taj način da je napravljen i značajan kvalitativni iskorak usmeren ka objektivizaciji rešavanja sporova i u obezbeđenju sprovođenja arbitražnih odluka.[27] Ovaj novi sistem rešavanja sporova podrazumeva i postojanje posebnih institucionalnih mehanizama za rešavanja sporova koji mogu sankcionisati propise i mere država. U tom smislu raniju nadležnost Saveta GATT-a je preuzeo poseban Organ za rešavanje sporova (Dispute Settlment Body-DSB), koji je nadležan za primenu Dogovora.[28]

I postupak za rešavanje sporova, se u odnosu na sistem rešavanja sporova iz GATT-a je dosta poboljšan.[29] Njega karakteriše čvrsta hijerarhija, razrađen sistem proceduralnih pravila i rokova, ali i relativno delotvornih sankcija. Mehanizam rešavanja sporova funkcioniše automatski i transparentno, te stvara veći stepen obaveznosti za sve članice.

---

[25] Ti ciljevi su su : da doprinese poštovanju pravila i obaveza STO, da podigne na viši stepen transparentnost i razumevanje trgovinskih politika i prakse članica, da omogući redovne zajedničke ocene i procene trgovinskih politika i prakse članica i njihovog uticaja na funkcionisanje univerzalnog trgovinskog sistema.Oni su utvđeni u Aneksu 3. Sporazuma o osnivanju STO

[26] Ova pitanja su sistematizovana u Aneksu 3, Mehanizmu za proučavanje trgovinske politike.

[27] *Summary of the Final Act of the Uruguay Round*, str. 22.

[28] Faktički, funkciju ovog organa obalja u stvari Generalni savet STO

[29] O njihovom odnosu, šire: Chang, P.L, *The evolution and utilization of the GATT/WTO dispute settlement mechanism*, Research Seminar in International Economics at the University of Michigan, 2002.

2. Odnos prava STO i domaćeg prava

U uslovima širenja uticaja i jačanja značaja propisa koje donose međunarodne organizacije kako u kvantitativnom, tako i kvalitativnom smislu, moderno pravo se posledično suočava sa sve izraženijim fenomenom da države sve više gube na samostalnosti zasnovanoj na apsolutnoj suverenosti uređenja pravnih odnosa u spoljnotrgovinskom poslovanju. I pravila STO su jedna od izraza funkcionalnog tipa integracije u svetskoj privredi koji bitno sužava i relativizuje klasični nacionalni suverenitet država u oblasti međunarodnog poslovanja. Izolovano postupanje i samostalno kreiranje sopstvenih pravila u ovoj oblasti, faktički je moguće, ali je ekonomski kontraproduktivno. To praktično znači da ekonomski imperativ nameće ubrzano uključivanje zemalja u međunarodne univerzalne mehanizme i standarde koji su sve izraženiji i čiji značaj konstantno raste. Stoga prilagođavanje ovim zahtevima sa nadnacionalnog nivoa, sve više postaje potreba svih zemalja, ne samo manje razvijenih. To nema smisao samo kao pretpostavka uspešnog uključivanja u međunarodnu trgovinu već sve više i kao uslov za učešće u međunarodnoj trgovini. [30]

U pravno sistemskom pogledu pravila STO su su komplementarni nacionalnim izvorima, jer se domaćim zakonodavstvom stvara opšti pravni okvir za pravno uređenje i regulisanje međunarodnih ekonomskih odnosa, pa time i za korišćenje međunarodnih izvora. Svi oni zajedno danas kreiraju savremeni opšti pravni okvir međunarodne trgovine,a zajedno čine jedinstveni pravni poredak, u smislu teorija odnosu međunarodnog i domaćeg prava. [31] U tom odnosu primena prava STO se ne ostvaruje direktnom primenom međunarodnih pravila već i obavezom država članica da njegova pravila i procedure inkorporaju u svoj pravni sistem.

U formalnom smislu, države koje pristupaju ovoj organizaciji, odnosno potpisnice Sporazuma o formiranju STO-a i posebnih sporazuma na kojima se STO zasniva, u obavezi su da ovim sporazumima prilagode odgovarajuće propise.[32] Od zemlje kandidata se traži da i njihov pravni si-

---

[30] Logično je onda što je velik broj zemalja postao član ove organizacije ili iskazuju želju za prijem u punopravno članstvo u STO Ona obuhvata oko 150 zemalja, a time i ogroman deo svetske trgovinsku razmene. Prema nekim proračunima, članice STO pokrivaju oko 97% svetske trgovine.

[31] Uporedi: Matsushita. M. – Schoenbaum. T.J. – Mavroidis. P, op. cit., str. 89-90.

[32] Ona je istovremeno i forum za usklađivanje trgovinskih politika članica, odnosno multilateralno pregovaranje, odnosno obezbeđenje lojalne konkurencije u međunarodnoj trgovini.O mestu i ulozi STO u insitucionalnom sistemu politike konkurencije, vidi: Tarulo, D. K, *Norms and Instutions in Global Comeptition Policy*, The American Journal of International Law, 2002, vol. 94:478, str. 478 i dalje.

stem, a posebno onaj koji se odnosi na prava spoljne trgovine i stranih ulaganja, bude kompatibilan s pravilima STO. Iz tog razloga, integracija jedne države u sistem STO, zahteva kompleksno prilagođavanje, odnosno, mnogobrojne i značajne promene u relevantnom zakonodavstvu. To usklađivanje se odnosi na sve zakone i propise koji direktno ili indirektno tangiraju trgovinski sistem.[33] To znači da priključenje STO, kao najizraženijem obliku multilateralizma pretpostavlja značajne promene u privrednosistemskim zakonima i sistemu ekonomskih odnosa s inostranstvom, ali i prihvatanje standarda u oblasti kvaliteta, pakovanja, sanitarne i fitosanitarne zaštite. U svim relevantnim oblastima nužno je uvođenje mera i instrumenata koji su kompatibilni s pravilima STO.

Usklađivanje relevantnog zakonodavstva s pravilima STO, na principima predvidivosti, sigurnosti i stabilnosti moralo se obaviti u relativno kratkom roku jer, za razliku od GATT-a, u STO se insistira na tome da se prihvaćena pravila sprovode u paketu, bez izuzetaka i bez dužih prelaznih rokova za njihovu primenu,uz određene načene izuzetke za nerazvijene zemlje.[34]

Obaveza implementacije prava STO za zemlje članice je u nekim slučajevima imala i složeniju dimenziju,posebno u slučajevima kada država u spoljnotrgovinskoj politici svoje nadležnosti prenese na nanadnacionalni nivo ekonomskih integracija, ukoliko je stepen te integracija visok. Takav je upravo slučaj sa EU,koji zaslužuje posebnu pažnju zbog ogromnog ekonomskog značaja ove grupacije. [35]

Zajednička spoljnotrgovinska politika (Common trade policy) je sadržinski element integracije Evropske unije, još od osnivanja Evropske ekonomske zajednice 1957. godine.[36] Ona podrazumeva da države članice EU na jedinstven način uređuju svoje trgovinske odnose sa državama izvan EU. Oblikovanje zajedničke spoljnotrgovinske politike je išlo uporedo sa nastajanjem zajedničkog, odnosno jedinstvenog tržišta. U ovako izraženom obliku integracije kao što je EU, uređenje, odnosno regulisanje trgovinskih politika se prenosi na organe ekonomskih integracija, koji time dobijaju elemente suprancionalnih organizacija čija se pravna pravila direktno primenjuju i na države članice. Istodobno, one postaju direktni,

---

[33] Zahteva se prilgođavanje prpoisa o o trgovačkim društvima, o trgovini, o bankama, o carini, industrisjkoj svojini, stranim ulaganjima i sl.

[34] Deo IV GATT-a, intepretativna nota člana XXXVI. str. 8.

[35] Ona predstavlja najvećeg svetskog izvoznika i drugog najvećeg uvoznika u svetu. Iako u Evropskoj uniji živi, danas, svega 7% svetskog stanovništva, ona je najveća trgovinska sila u svetu pošto u ukupnom svetskom izvozu učestvuje sa više od 24%.

[36] O politici spoljne trgovine u EU, okviru šire ekonomske politike, vidi: Baldwin. R. – Wyplosz, *The Economic of European Integration*, Berkshire, 2004, str. 283 i dalje.

subjekti sporazumevanja i normiranja na univerzalnom nivou, u oblasti spoljne trgovine.[37]

EU se pri formiranju zajedničke politike u spoljnoj trgovini koristi brojnim instrumentima u cilju obezbeđenja stabilnosti tržišta i pravične međunarodne trgovine, postizanja objektivnosti i preglednosti zakonodavstva Osim carina, čiji se kao instrumenta spoljne trgovine relativno smanjuje, koriste se i drugi mnogobrojni oblici necarinskih ograničenja, koji se u procesu implentacije prilagođavaju zahtevima STO. U tom smislu se i kreiraju i regulišu i posebne zaštitne mere kao što je uklanjanja trgovinskih barijera koje su treće zemlje na svojim tržištima nametnule kompanijama iz EU. Radi se o odbrambenoj meri na kršenja međunarodnih pravila trgovine u trećim zemljama, koja je uvedena 1995. godine Regulativom o trgovinskim barijerama (*Trade Barriers Regulation – TBR*),[38] bez posebnog uspeha. Novom regulativom se nastoji podići stepen učinkovitost navedenih postupaka u skladu sa pravilima STO, nastalih posle Urugvajske runde pregovora. Njenom primenom se želi da u skladu sa međunarodnim ugovorima otkloni šteta ili štetni trgovački učinci, koji nastaju po osnovu navedenih mera. Njihovo otklanjanje je moguće putem zaključenja bilateralnih sporazuma ili razrešavanje sporova u okviru STO. TBR je instrument namenjen otvaranju tržišta trećih država i uklanjanje trgovinskih barijera u korist izvoznika iz EU. On pokriva širok spektar trgovinskih barijera, koje se definišu kao bilo koja praksa suprotna međunarodnim pravilima, koju utvrđuje ili primenjuje treća država.[39] Ima široko područje delovanja, jer se ne odnosi se samo na primat robu, već i pokriva i usluge i prava industrijske svojine, kada kršenje tih prava ima upliv na trgovinu između EU i trećih država.

3. Naša zemlja i pravo STO

U savremenim uslovima pristupanje u STO je neophodan uslov za postizanje ravnomernog ekonomskog razvoja i uključenja međunarodnu trgovinu na ravnomernoj osnovi. Stoga je pristupanje STO im-

[37] EEZ se već kod kodeksa nastalih tokom Tokijske runde pregovora pojavljuje ka potpisnik, umesto zemalja članica. Šire o pitanju statusa EU u sistemu STO, vidi: Fedorova, M.P, *K voprpsu o statuse Evropepiskogo Soobšestva vo Vsmerinoi organizacii,* Medunarodnoe pravo, str. 166 i dalje; Petersman, E, *The EEC as GATT Member-legal Conflict betwen GATT Law and Europena Community Law*, The European Community and GATT, 1989; Shaw, J, op. cit., str. 82 i dalje; *Betwen Regionalism adn Globalism: European Union Interregional Trade Strategies,* Vinod, K.A. - Fogarty, E.A, (red), *EU Trade Strategies*, New York, 2004, str. 1 i dalje.

[38] *Council Regulation (EC)* 3286/94 of 22nd December 1994.

[39] Osima pravila STO, ona pokriva i obaveze trećih država nastalih po osnovu i bilateralnih sporazuma između EU i trećih država.

perativ i za našu zemlju. On je optimalan način zaštite interesa i manjih i manje razvijenih država, posebno u odnosu na bilateralno i regionalno sporazumevanje. Opštim usklađivanje sa pravilima razvijenog tržišnog sistema, sa standardima međunarodnog ekonomskog poretka i regionalnim pravilima ponašanja u ovoj oblasti, naša zemlja se iskazuje kao integralni deo svetskog tržišta. Zato je 1996. godine, po suspenziji sankcija za našu zemlju, podnet zahtev za prijem u STO, ali on nije stavljen u proceduru.[40] Obnovljen je 2000. godine, a 2005. godine je započeo postupak prijema, i to odvojeno za Srbiju, po sistemu dvostrukog koloseka.

Integracija naše države u sistem STO, zahteva kompleksno prilagođavanje, odnosno, mnogobrojne i značajne promene u relevantnom zakonodavstvu. U cilju procene kompatibilnosti odgovarujećeg dela našeg pravnog sistema i zahteva i pravila STO se mora dostaviti i spisak relevantnih propisa, zakonodavni programe i planovi za izmenu odgovarajuće regulative kao i opis sudskih, arbitražnih i administrativnih organa i postupaka koji se odnose na ovu oblast.

Prevashodno, kao plod i u sklopu unutrašnjih ekonomskih reformi, o određenoj meri, prilagođavanja u normativnoj sferi su započeta dosta rano, i vremenom su dobijala na intenzitetu. One su započete izmenama režima spoljnotrgovinskog poslovanja, a nastavljenje promenama u oblasti deviznog poslovanja, i to logično, takođe, u pravcu liberalizacije.[41] Ipak, suštinski iskorak u ovom pravcu je učinjen tek donošenjem novog Zakona o deviznom poslovanju iz 2006. godine.[42]

U tom okviru došlo je i do višestepenih primena u pogledu regulisanja carinskog sistema.[43] Novi Zakon o carinskoj tarifi u Srbiji 2005. godine učinio je značajan korak u harmonizaciji našeg zakonodavstva sa pravilima STO i EU, pre svega u pogledu nomenklature. Postignuta kompatibilnost naše nacionalne carinske tarife sa tarifama zemalja STO i sa kombinovanom tarifom Evropske unije ima značajne

[40] Naime, on nije iznet na Generalni savet STO-a zbog nepostojanja konsenzusa država-članica o njegovom prihvatanju.

[41] Njime su pružene mogućnost da se vrednosti utvrđene u ugovorima iskazuju u stranoj valuti, a ovlašćenim bankama u zemlji je omogućeno da odobravaju devizne kredite za uvoz opreme i rezervnih delova za održavanje te opreme. Takođe, ukinuta je obaveza uvoznika da Narodnoj banci uplate 10 odsto vrednosti uvoza i obaveza izvoznika da joj prodaju pet procenata deviznog priliva.

[42] „Sl. glasnik RS“, br. 62/06.

[43] U okviru ovog procesa donet je novi Zakon o carinskoj tarifi („Sl. list SRJ”, br. 23/01), koje je 2005, godine zamenjen novim, a već je 2007, pretpeo izmene. Isto tako su doneti novi Carinski zakon sa brojnim izmenama („Sl. glasnik RS”, br. 73/2003, 61/2005, 85/2005, 62/2006).

pozitivne implikacije.[44]Ne samo iz odnosnih razloga,[45] izvršene su i promene u carinskom tarifiranju, koji su dovele do smanjena prosečne carinske stope.[46]

I u drugim važnijim relevantnim oblastima za trgovinu, kao što su strana ulaganja došlo je do značajnih izmena pravnog režima. Rukovodeći se sopstvenim interesima, zakonodavac novouspostavljene domaće propise u ovoj oblasti prilagođava zahtevima STO, a u bitnom delu i ide ispred standarda koje ona zahteva, posebno u pogledu stepena njegove restriktivnosti, posebno onih o zabrani raznih vidova vezivanja uvoza i izvoza ili korišćenja deviznih sredstava za ostvareni uvoz. Važeći zakon o stranim ulaganjima sadrži principe i odredbe koji su u potpunosti saglasni sa navedenim zahtevima.

Situacija u pogledu prava industrijske svojine je specifična. Naši postojeći propisi iz ove oblasti u principu odgovaraju zahtevima STO u ovoj oblasti, mada i oni zahtevaju doradu. Veći problem međutim predstavlja obezbeđenje efikasne pravne obaveznosti na poštovanje ustanovljenih normi.

S ciljem prijema naše zemlje u STO, došlo je do prilagođavanja i odgovarajućeg specifičnog zakonodavstva u oblasti sanitarnih i fito-sanitarnih mera.[47]

S obzirom na činjenicu da se usklađivanje relevantnog zakonodavstva s pravilima STO, mora obaviti u relativno kratkom roku, svaki novi propis u sklopu reforme našeg prava, relevantan za ovu oblast mora već u ovom momentu biti u osnovi prilagođen zahtevima STO-a i u tom svetlu mora biti podvrgnut analizi i kritičkom preispitivanju. Posebno to važi za ovu oblast, najmerodavniji od svih zakonskih tekstova, a to je Zakon o spoljnotrgovinskom poslovanju iz 2005. godine. Njegovo donošenje trebalo je trebalo da označi početak nove faze u normativnoj sferi, koja će značiti konsolidaciju postojećih ili nove zakonske tekstove, programski zasnovane na pravilima STO.

Već u uvodnim zakonskim članovima, zakonodavac nas pokušava uveriti u svoju načelnu opredeljenost u svom pristupu prema pravilima

---

[44] To je važno zbog spoljnotrgovinske razmene pošto se na taj način omogućava: elektronska obrada podataka o robi, osavremenjavanje carinskog sistema, ubrzavanje carinskog postupka i brži protok robe.

[45] Promen jesu bitne i zbog regionalnog ekonomskog povezivanja na području jugositočne Evrope, ali i okviru procesa pridruživanja naše zemlje Evropskoj uniji, ali i iz unutrašnjih ekonomskih raloga.

[46] Carinske stope su, pri tom, povecane za uvoz one robe koja je ranije imala kvantitativno ograničenje.

[47] Posebno treba spomenuti donošenje Zakona o genetički modifikovanim organizmima.

STO. Naime, želeći verovatno da naglasi svoju usmerenost, on se pomenutom zakonu u više navrata direktno poziva na pravila STO. Ovakv eksplicitan pristup nije baš uobičajen, ni u našem pravu, ali ni u pravima koja takođe pretenduju na harmonizaciju sa pravom STO, kao što kao što su prava u okruženju. [48]

Navedeni načelni prilaz se demonstrira već u prvom članu predmetnog zakona. kojim se uređuje pitanje predmeta zakona, pa se tako izričito utvrđuje da se navedenim zakonom uređuje se spoljnotrgovinsko poslovanje, u skladu sa pravilima Svetske trgovinske organizacije i propisima Evropske unije. Takav pristup se dodatno akcentira odredbom da se zakonom može urediti spoljna trgovina pojedinom vrstom robe ili usluga, ali samo u skladu sa pravilima Svetske trgovinske organizacije i propisima Evropske unije.[49]

U osnovnim odredbom to se drugu put čini načelnim uređenom pravilima vezanih za dozvoljena ograničenja spoljne trgovine. Slično prethodnom pristupu, i ovde se utvrđuje da se ona propisuju se, primenjuju i tumače u skladu sa pravilima Svetske trgovinske organizacije i propisima Evropske unije.[50] Izričito pozivanje zakonodavca na univerzalna pravila STO se iskazuje i drugim delovima zakona. To čini u delu kojim se definiše sadržina tretmana najpovlašćenije nacije,[51] ali se takođe direktna primena pravila STO se takođe omogućavaju u oblasti obaveštavanja STO o primenjenim merama zaštite od prekomernog uvoza (*Safeguard Agreement*) i o pokrenutom postupku ispitivanja.

Osim segmenta navedenog, formalno neutralnog pozivanja, navedeni zakon sadrži i segment koji ima izraziti praktični značaj. On se odnosi na oblast primene podzakonskih akata.[52] Tako se određuje da se bliži uslovi za postupak izdavanja dozvola za uvoz, tranzit ili izvoz pojedine

[48] Tako se bosansko-hercegovačkom pravu se se govori da je zakon zasnovan međunaordnim obavezama zemlje koje proizilaze iz trgovinskih sporazuma, ali se to pozivanje vrši samo u kotekstu primene pravila vezanih za vanrednu primenu zaštitnih mjera i za zaštitu domaćeg tržišta od međunarodne nepravedne konkurencije, kao što su damping i subvencije. U istom tonu se takodđe uopšteno kaže da Zakon unapređuje postojeću i buduću ekonomsku saradnju BiH i njenih entiteta sa susednim državama i međunarodnim organizacijama. (Čl. 1. stv 4. i 5. U Zakona o spoljnotrgovinskoj politici). U zakonu o trgovini Hrvatske iz 1996, godina sa mnogobrojnim kasnijim izmenama samo uopšteno konstatuje da se trgovina s inostranstvom obavlja se na osnovu ugovora između trgovca sa sedištem u Republici Hrvatskoj i lica sa sedištem u inostranstvu obavlja između ostalog i prema međunarodnim sporazumima i ugovorima.

[49] Čl. 1. Zakon o spoljnotrgovinskom poslovanju iz 2005. godine.

[50] Čl. 4. st. 1. Zakon o spoljnotrgovinskom poslovanju iz 2005. godine.

[51] Čl. 8. st. 1. Zakon o spoljnotrgovinskom poslovanju iz 2005. godine.

[52] Čl. 24. st. 3. Zakon o spoljnotrgovinskom poslovanju iz 2005. godine.

robe se mogu utvrditi samo u skladu sa pravilima Svetske trgovinske organizacije i propisima Evropske unije.[53] U istoj funkciji to se čini i u odeljku posvećenom merama zaštite u spoljnotrgovinskoj razmeni, i to kako u pogledu njihovog definisanja, tako i pogledu propisivanja bližih uslova za njihovu primenu.[54] Ovakav pristup ima nesporno pozitivne implikacije jer se njime onemogućava devalviranje konceptualne usmerenosti i zakona i to putem njegovog preusmeravanja pa čak i derogiranja putem podzakonskih akta, što je u ranijem periodu bilo prisutno.

Navedena razmatranja načelnih osnova novog Zakona o spoljnotrgovinskom poslovanju ukazuju da je da on koncepcijski sadrži jasnu nameru da bude kompatibilan sa pravilima STO, uz neka odstupanja koja, ipak, nisu beznačajna. To posebno važi ako se uzme u obzir i postojanje odeljka zakona kojim se regulišu privremeni režimi i mere. Zakonodavac je njihovim uključivanjem faktički omogućio dualni režim spoljnotrgovinskog poslovanja. Dok najveći deo zakona ima za osnovu pravila STO, a time i trajni karakter, pravila u ovom odeljku dozvoljavaju značajnija odstupanja od navedenih univerzalnih pravila, s tim što ona imaju karakter prelaznih pravila, koja mogu važiti do pristupanja zemlje STO. Naime, utvrđuje se mogućnost odstupanja proklamovanog načela slobode trgovine i opšteg režima kojim se ona operacionalizuje, eventualnom primenom privremenih režima i mera ako je to potrebno, a najduže do dana pristupanja naše države Svetskoj trgovinskoj organizaciji.[55] Radi se u stvari o mogućnosti uvođenja dodatnih mera, osim onih koje su kao mere zaštite predviđene u pravilima STO.[56]

Na taj način se u formalnom smislu uspostavlja dualni spoljnotrgovinski sistem. Prvi se zasniva na trajnim zakonskim odredbama, koje su predviđene da važe i nakon ulaska zemlje u STO Ovaj sistem, u konceptualnom smislu, deklarativno i simbolički pozivanjem na odredbe STO, u globalu ide prema zahtevima ove organizacije. Pojedina odstupanja drastičnije ne remete osnovnu nameru zakonodavca da i naša pravila iz ove oblasti učini kompatibilnim pravilima STO i pre nego što pristupimo toj organizaciji, Sve to u cilju pripremimo i naše privrednike na vreme, za uslove poslovanja koji će nastati priključenjem toj organizaciji, ali sa kojima se sreću često u svom redovnom spoljnotrgovinskom poslovanju. Iako vremenski oročenog trajanja, one u zavisnosti od stepena primene

[53] Zakon se diretno poziva na čl. 12. Sporazuma Svetske trgovinske organizacije o merama zaštite od prekomernog uvoza (*Safeguard Agreement*). Čl. 57. st. 3

[54] Čl. 34. Zakon o spoljnotrgovinskom poslovanju iz 2005. godine

[55] Član 67. Zakon o spoljnotrgovinskom poslovanju iz 2005. godine

[56] Merama zaštite posvećen je deo III Zakona o spoljnotrgovinskom poslovanju, a njihov spisak je utvrđen u čl. 34. navedenog zakona.

mogu dovesti do značajnog odstupanja od pravila STO, a time biti i kontraproduktivne i po naše privrednike, iako u osnovi one imaju nameru da zaštite bitne nacionalne ekonomske interese.

Zaključak

Uprkos u osnovi nacionalnom karakteru prava spoljne trgovine, sve veći značaj u ovoj oblasti dobijaju izvori prava nadnacionalnog međunarodnog Nacionalizam i državni intervencionizam u ovoj oblasti sve više pravno uokviruje međunarrodnim pravilima koja nastaju na na regionalnom i univerzalnom nivou. Tendencija je ujednačavanje područja prava iz ove oblasti koja su bila u isključivoj nadležnosti nadležnosti države, i preuzimanje obaveze prihvatanja zajedničkih standarda. Svi oni zajedno danas kreiraju savremeni opšti pravni okvir međunarodne trgovine.

U tom pogledu esencijalni značaj imaju pravila kreirana u okviru STO. U okviru nje dolazi do daljeg preformulisnja posebnih pravila koja imaju za cilj osavremenjivanje i aktualizovanje pitanja koja su regulisana GATT-om. Novosti koje nastaju u regulatornog sferi rada ove organizacije, bitno menjaju i polje primene, karakter, stepen obaveznosti i usmerenost opštih pravnih okvira u ovoj oblasti. Prihvatanje i primena ovih pravila su značajni za sve zemlje. Njihova inkorporacija u pravni sistem je imperativ i za naše pravo.

Drago Divljak, PhD., Associate Professor
Novi Sad School of Law

The law of the World Trade Organisation and national law

Abstract

The paper analyses significant characteristics of the system of legal rules of the WTO, their relationship towards the national legal rules and effects on the role of state in this field. The paper also analyses concrete processes of their implementation in the most significant national legal systems, in particular of the one in our country.

Within the WTO the process of further re-formulation of special rules aimed at upgrading and updating of the issues regulated by GATT are in progress. However, the novelties that arise in a regulatory sphere of work of this Organisation also change significantly the scope of implementation, character, and extent of mandatory aspect and direction of general legal frameworks in this field. In the conditions of widening of influence and strengthening of significance of these rules, contemporary law is consequentially facing all the more emphasised phenomenon that the states lose more and more their independence based on absolute sovereignty in regulation of legal relations in foreign trade operations. Such trends are visible in our positive legislation as well.

Key words: World Trade Organisation, national law, legal frameworks, foreign trade, foreign trade operations

Originalni naučni rad 343.222

Dr Dragiša Drakić, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

BITNO SMANJENA URAČUNLJIVOST

***Sažetak**: U prvom delu rada autor govori o nastanku savremenog instituta bitno smanjene uračunljivosti, do čega dolazi početkom dvadesetog veka.*

U drugom delu rada autor definiše pojam odnosnog instituta. S tim u vezi, on ističe da je bitno smanjeno uračunljiv – onaj učinilac koji je u vreme izvršenja krivičnog dela patio od nekog težeg duševnog poremećaja, koji je ometao njegovo redovno psihičko funkcionisanje, zbog čega mu je bilo naročito teško, ali ne i nemoguće, da se motiviše shodno određenoj krivično – pravnoj normi.

U trećem delu rada određuje se odnos između instituta bitno smanjene uračunljivosti i insituta neuračunljivosti, te navode njihove međusobne sličnosti i razlike.

Konačno, u četvrtom delu rada autor razmatra pitanje prirode bitno smanjene uračunljivosti. Na kraju zaključuje, da je to psihopatološko-normativni mešoviti pojam, u kojeg su ugrađene i psihopatološke činjenice i njihovo normativno vrednovanje.

***Ključne reči:** bitno smanjena uračunljivost, teški duševni poremećaj, poremećaj psihičkih funkcija, neuračunljivost, psihopatološko-normativni pojam.*

1. Nastanak savremenog instituta bitno smanjene uračunljivosti

Nastanak ideje o krivično – pravnom institutu bitno smanjene uračunljivosti vezuje se za devetnaesti vek, kada dolazi do suštinske promene u psihijatriji u pogledu shvatanja duševnih bolesti, koja će dovesti do svojevrsne najezde psihijatrije u krivični postupak. Naime, ona tada više

ne gleda na duševnu bolest kao na bolest koja ima organski uzrok, koja je, dakle, uzrokovana biološkim, endogenim faktorom. Pojava duševne bolesti sve više se dovodi u vezu sa činiocima koji deluju iz bolesnikove okoline. Iako se i dalje priznaje endogeni faktor kao mogući uzrok bolesti, sada se smatra da nju može prouzrokovati i egzogeni faktor, samostalno ili u sadejstvu sa endogenim. Tako nastaju „granični slučajevi" ili „psihički granična stanja", odnosno „varijacije ličnosti", pod kojima se podrazumevaju sve ne-bolesne duševne abnormalnosti. To je „oblast između normalnih duševnih zbivanja, s jedne strane, i bolesnih psihičkih fenomena, s druge". Drugim rečima, u pitanju je „granična oblast između normalne psihologije i psihopatologije".[1] Kasnije se proučavaju i duševna stanja i zbivanja koja leže na granici između ne-bolesnih duševnih abnormalnosti (varijacija) i bolesnih duševnih abnormalnosti (duševnih bolesti), te se formira posebna oblast koja leži izvan oblasti normalne psihologije i ulazi u psihopatologiju.[2] Razlika između „normalne" i „bolesne" osobe u većini ovakvih slučajeva je više u stepenu, nego u obliku.[3] Od tada, pa sve do danas, pojam bolesti u psihijatriji nije samo biološki, već je i socijalni, a takođe i psihološki.[4]

Dakle, u drugoj polovini devetnaestog veka dolazi do „eksplozije" simptomatološkog polja u psihijatriji, jer se ona sada interesuje za simptome, odnosno ponašanja, koja ranije nisu bila predmet njenog interesovanja. To dovodi do svojevrsnog „kompetencionog konflikta" sa psihologijom, jer psihijatrija počinje polako prisvajati za sebe ono što je nekada bio predmet proučavanja psihologije, što je dovelo do njihove međusobne „borbe za teritorijalnu prevlast" u krivičnom postupku.[5]

Širenje simptomatološkog polja u psihijatriji druge polovine devetnaestog veka osetilo se i u oblasti krivičnog prava. Tako, psihijatrija zahteva od krivičnog prava da prihvati njena nova saznanja o duševnim bolestima i poremećenostima, te da se proširi lista bio-psihičkih kategorija u okviru propisa o neuračunljivosti krivičnih zakona, koje mogu dovesti do

---

[1] H.Witter, *Grenzfälle zwischen Variation und Krankheit*, Handbuch der forensischen Psychiatrie I, Berlin – Heidelberg – New York, 1972, s.506.

[2] Videti o tome detaljnije, H.Witter, ibid.

[3] Tako, C.Crowcroft, *Razumijevanje ludila* (prevod), Zagreb, 1980, str.185.

[4] Tako, K.Jaspers. Preuzeto iz: W.Bräutigam, *Psychoanalise in foro*, Handbuch der forensischen Psychiatrie I, ibid, s.794.

[5] Iako se psiholozi kao veštaci uglavnom pozivaju u krivični postupak od početka dvadesetog veka, oni nikada nisu ugrozili primat psihijatrima. O psihološkom veštačenju videti npr. T.Fabian, S.Stadler, *Die psychologische Begutachtung der Schuldfähigkeit – Entwicklung, Meinungen, Perspektiven*, Ausgewählte Fragen und Probleme forensischer Begutachtung, Köln – Berlin – Bonn – München, 1987. Takođe, videti: M.Biro, *Psihološka nauka i pravo*, Glasnik Advokatske komore Vojvodine, br.6, Novi Sad, 1987.

oslobađajuće presude. Do toga je u većini tadašnjih krivičnih zakonodavstava, neposredno ili posredno, i došlo. Stoga se s pravom moglo govoriti o svojevrsnoj „psihijatrizaciji" krivičnog prava i postupka. Ovo je nesumljivo bio dotad najžešći upad psihijatrije u domen krivičnog prava. Smatramo da je kao njegova posledica nastao institut bitno smanjene uračunljivosti, koji nosi sa sobom ublažavanje kazne.

S tim u vezi, od početka je bilo jasno da ne može svaka psihijatrijski relevantna dijagnoza dovesti, u kontekstu instituta neuračunljivosti, do oslobođenja od kažnjavanja. Zbog toga se, najpre u teoriji, a zatim i u krivičnim zakonima[6], zahvaljujući pre svega uticaju učenja Sociološke pravne škole, izvršila klasifikacija duševnih poremećaja, na ona koja dovode do oslobađajuće presude, i ona koja dovode samo do ublažavanja kazne u okviru instituta bitno smanjene uračunljivosti,[7] uprkos protivljenjima velikog broja tadašnjih teoretičara krivičnog prava.[8]

Međutim, problem ni time nije bio u potpunosti rešen. Naime, sudije su došle u apsurdnu situaciju, da onog učinioca kojeg su do tada u praksi kažnjavali strože, jer ima „loš karakter", sada kažnjavaju blaže u okviru instituta bitno smanjene uračunljivosti, jer je „psihopata", „sociopata", „neurotičar", „fobičar", ili ima neku drugu, sličnu, psihijatrijsku dijagnozu.[9] Pravnik Wilmanns tada tvrdi da će „to imati za posledicu izlučenje svih pravih zločinačkih priroda iz normalnog kažnjavanja".[10] Dakle, dovoljno je bilo da veštak psihijatar u krivičnom postupku „nanjuši" neku psihijatrijsku dijagnozu na strani učinioca krivičnog dela, pa da sud, nemajući kud, takvog učinioca „nagradi" – blažim kažnjavanjem ili oslobo-

---

[6] Izuzetak od toga je francusko krivično zakonodavstvo, koje nije poznavalo institut bitno smanjene uračunljivosti sve do donošenja novog KZ iz 1992. godine (stupio na snagu 1994), premda ni sada isti nije jasno definisan. Videti o tome, V.Kambovski, *Kaznenopravnata reforma pred predizvicite na XXI vek*, Skopje, 2002, str.163.

[7] S tim u vezi, u Motivima srpskog projekta KZ-a iz 1910. godine kaže se: „I naukom i iskustvom je nesumnjivo dokazano da ima takvih duševnih stanja, koja se ne mogu nazvati ni zdravljem ni duševnim bolestima, već koja stoje između zdravlja i bolesti. Taj prelaz od zdravlja ka duševnoj bolesti i od svesnog ka besvesnom stanju vrlo je postepen i jedva se daje primetiti". Videti, S.Frank, *Sarađivanje suca i psihijatra u utvrđivanju smanjene ubrojivosti*, Zagreb, 1929, str.18.

[8] Videti o tome, V.Grozdanić, *Smanjena uračunljivost u krivičnom pravu*, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, 1990, str.62. Takođe, N.Srzentić, A.Stajić, LJ.Lazarević, *Krivično pravo Jugoslavije*, Beograd, 1994, str.185,186.

[9] Tako Frank kaže: „Tako zvani duševno manje vrijedni, oni isti, koje je psihijatar prije sto godina a još i kasnije u skladu sa ondašnjim narodnim pravnim shvatanjem proglasio potpuno odgovornima kao ništarije, prevarante, razbijače i glupane – u koliko je sudac uopće nabacio pitanje njihove ubrojivosti – to su ubrojivi sa manjom krivnjom, za njih se traži posebna pažnja u budućem kaznenom zakonu...". S.Frank, ibid, str.19.

[10] Videti u S.Frank, ibid, str.20.

đenjem. Na to ga je obavezivala tzv. biološka metoda utvrđivanja neuračunljivosti odnosno bitno smanjene uračunljivosti[11], koja je bila vladajuća u krivičnim zakonodavstvima devetnaestog veka. Prema ovoj metodi, dovoljno je bilo da se na strani učinioca konstatuje postojanje propisane psihijatrijske dijagnoze, pa da se na osnovu iste donese zaključak o njegovoj neuračunljivosti ili bitno smanjenoj uračunljivosti. Drugim rečima, ovde se nije ispitivao uticaj utvrđenih psihopatoloških stanja ili procesa na psihičko funkcionisanje učinioca u vreme dela i u odnosu na počinjeno delo. Stoga se može reći da je u gotovo čitavom devetnaestom veku institut neuračunljivosti odnosno bitno smanjene uračunljivosti bio predmet dijagnoze, a ne vrednosnog suda, i kao takav – stvar veštaka psihijatara, a ne sudija.

Dakle, ni koncipiranje instituta bitno smanjene uračunljivosti na način kako smo to napred predstavili, u cilju sprečavanja pojave širokog ekskulpiranja svih „psihijatrijskih slučajeva" u krivičnom postupku, nije doneo ništa dobro za pravnike. On je još više razlabavio snagu kaznene prevencije, kao i suverenu moć sudijskog odlučivanja. Jer, ako se onaj učinilac kojeg su veštaci psihijatri proglasili za „psihijatrijski slučaj" ne izuzme iz kaznenog progona zbog neuračunljivosti, njemu će se barem kazna ublažiti u okviru bitno smanjene uračunljivosti. Veštaci suvereno i bez ikakve kontrole suda odlučuju o sudbini veštačenih učinilaca u krivičnom postupku. Naime, ukoliko postoji psihijatrijska dijagnoza, postoji i neuračunljivost, ili makar bitno smanjena uračunljivost.

Od ovakvog „psihijatrijskog upada" krivično pravo je bilo prinuđeno da se odlučno brani, jer je ozbiljno bila dovedena u pitanje njegova egzistencija. Postojala je realna opasnost da se ugrozi izvorna konstrukcija krivično-pravne dogmatike i pravosuđa.

Prvi korak, koji je početkom dvadesetog veka u tu svrhu bio preduzet u većini krivičnih zakonodavstava[12], je propisivanje da je bitno smanjena uračunljivost fakultativni osnov za ublažavanje kazne. Dakle, psihijatar i dalje može da pripiše učiniocu krivičnog dela odgovarajuću dijagnozu. Međutim, sada sudija odlučuje, da li će tu dijagnozu valorizovati kroz ublažavanje kazne, ili će smatrati da je krivično-pravno irelevantna, te će učiniocu izreći kaznu iz redovnog kaznenog okvira – onu kojom bi kaznio i uračunljivog i duševno zdravog učinioca. Drugim rečima, krivično pravo ističe da nema svaka psihijatrijska dijagnoza krivično-pravni

[11] O ovoj metodi videti detaljnije, D.Drakić, *Neuračunljivost*, Novi Sad, 2007, str.61,62.

[12] Izuzetak od toga bili su npr. Projekat nemačkog Kaznenog zakona iz 1925. godine, kao i italijanski Projekat iz 1927. godine, koji propisuju obligatorno ublažavanje. Videti, S.Frank, ibid, str.29.

značaj u krivičnom postupku. Ono što je značajno za psihijatriju, naime, ne mora biti značajno istovremeno i za krivično pravo. Na taj način krivično pravo je sebi ustanovilo privilegiju da, na stepenici kažnjavanja bitno smanjeno uračunljivih učinilaca, izvrši selekciju psihijatrijski dijagnostikovanih poremećaja, na ona koja zaslužuju blaže kažnjavanje, i ona koja to ne zaslužuju.

Značajniji je međutim bio drugi korak kojeg je krivično pravo otprilike u isto vreme preduzelo u svrhu svoje zaštite od preteće „psihijatrizacije". Njime je, najpre na teorijskom a zatim i na zakonodavnom planu, sudiji dato ovlašćenje da zaista odlučuje o uračunljivosti učinilaca, na taj način što je izvršena stroga podela kompetencija između sudije i veštaka psihijatra u krivičnom postupku. Naime, za krivično pravo više nije bilo dovoljno da je neko duševno bolestan ili poremećen, već se tražilo nešto više, nešto što nije dijagnoza ili konstatacija, već vrednosni sud.[13] Od tada, pa do danas, u većini krivičnih zakonodavstava utvrđivanje neuračunljivosti odnosno bitno smanjene uračunljivosti vrši se na dva sprata, primenom tzv. biološko-psihološke metode.[14] Najpre psihijatar utvrđuje, da li su kod učinioca u vreme dela postojali psihopatološka stanja ili procesi, i na koji način i u kojoj meri su uticali na njegove psihičke funkcije. Nakon toga sudija ceni, da li je, i na koji način, konstatovani psihopatološki sadržaj uticao na sposobnost učinioca da shvati značaj izvršenog dela i da upravlja svojim postupcima u odnosu na delo. Dakle, psihijatar konstatuje psihopatološke fenomene, a sudija utvrđuje učinke tih fenomena u odnosu na izvršeno delo. Drugačije rečeno, psihijatar podnosi sudu činjenice iz oblasti za koju je jedino on stručan, a sudija vrši vrednosnu (normativnu) ocenu tih činjenica u odnosu na određenu krivično-pravnu, zabranjujuću ili naređujuću, normu. Nakon toga, donosi konačnu odluku o pravnim posledicama odnosnih činjenica u predmetnoj krivično-pravnoj sferi. Prvi radi metodom prirodnih, a drugi metodom društvenih nauka. Time je jasno stavljeno do znanja da je institut neuračunljivosti odnosno bitno smanjene uračunljivosti pravni, a ne medicinski institut, i da je, kako on nije predmet dijagnoze već objekt vrednosnog suda, za donošenje odluke jedino nadležan sudija. Ipak, osnovna ideja ove, nesumnjivo bolje, metode utvrđivanja neuračunljivosti odnosno bitno

[13] LJ.Bavcon, *Neki teoretski problemi krivične odgovornosti*, Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo, br.3, Beograd, 1965, str.316.

[14] O nastanku i razvoju ove metode videti B.Zlatarić, *Pravni status duševno anormalnih delinkvenata*, Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo, br.3, Beograd, 1964, str. 308–312.

smanjene uračunljivosti, kojom se sprečava jednostranost i proizvoljnost biološke metode, i otklanja paradoksalnost da o sudbini duševno poremećenih učinilaca u krivičnom postupku faktički odlučuju psihijatri, doživela je potpuni krah, kako u našoj, tako i u stranoj, sudsko – psihijatrijskoj praksi.[15]

2. Pojam savremenog instituta bitno smanjene uračunljivosti

Većina savremenih krivičnih zakonodavstava poznaje institut bitno smanjene uračunljivosti[16]. Doduše, u nekim zakonodavstvima govori se o „smanjenoj uračunljivosti", ali u suštini reč je o istom institutu, jer i u ovim zakonodavstvima, da bi došlo do ublažavanja kazne, sposobnost rasuđivanja i odlučivanja učinioca mora biti smanjena u značajnoj meri, odnosno bitno.

Iako zakonska definicija odnosnog instituta gotovo da i nije menjana u većini evropskih krivičnih zakona, od njegovog uvođenja u novija krivična zakonodavstva pa do danas, tokom vremena su se iskristalisala dva shvatanja u pogledu pojma bitno smanjene uračunljivosti.

U našoj krivično-pravnoj literaturi se, ili ne ulazi u razmatranje pitanja pojma predmetnog instituta[17], što je češći slučaj, ili se, ako se pokuša ovo učiniti, on shvata na neadakvatan način[18]. Slično je, mada ne u tolikoj meri, i u stranoj krivično-pravnoj teoriji.[19] Jedan od retkih autora na našim prostorima koji ispravno shvata predmetni institut je Franjo Bačić[20].

Suština pogrešnog poimanja odnosnog instituta ogleda se u stavu da je bitno smanjena uračunljivost samostalna treća kategorija, koja se nalazi, negde na sredini, između neuračunljivosti i „pune" uračunljivosti. Da-

---

[15] Kako to nije predmet našeg naučnog rada, nećemo se detaljnije upuštati u obrazloženje gore navedenog. Videti o tome detaljno, D.Drakić, *Krivično pravo i psihijatrija*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Tom I, br.2, 2004, str.529–534.

[16] Videti o tome, V.Grozdanić, ibid, str.63. Takođe, V.Kambovski, ibid.

[17] U starijoj literaturi videti npr. T.Živanović, *Osnovi krivičnog prava – opšti deo*, Beograd, 1922, str.260. Takođe, J.Tahović, *Krivično pravo – opšti deo*, Beograd, 1961, str.222–226. Od novije literature videti npr. Z.Stojanović, *Krivično pravo – opšti deo*, 11. izdanje, Beograd, 2005, str.173–175.

[18] U starijoj literaturi videti, S.Frank, *Teorija kaznenog prava – opći dio*, Zagreb, 1955, str.144. Od novije literature videti, N.Srzentić, A.Stajić, LJ.Lazarević, ibid, str.186.

[19] Videti, C.Roxin, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, Band I, 3. Auflage, München, 1997, s.771; H.-H. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Berlin, 1988, s.399.

[20] Videti, F.Bačić, *Kazneno pravo – opći dio*, 5. izdanje, Zagreb, 1998, str.224.

kle, prema pristalicama ovog shvatanja, bitno smanjena uračunljivost je u stvari među stepen, „poluuračunljivost" odnosno „poluneuračunljivost", koji se nalazi između dva krajnja pola. Drugim rečima, bitno smanjeno uračunljiva osoba je samo delimično sposobna da rasuđuje odnosno odlučuje, to jest, samo je delimično sposobna da shvati značaj izvršenog dela odnosno sposobna da upravlja svojim postupcima u odnosu na izvršeno delo. Ona „do pola" može da rasuđuje odnosno odlučuje u relaciji prema počinjenom delu, a „od pola" to nije u mogućnosti.

Ipak, kako se u psihičkoj sferi ne mogu primenjivati matematički logički obrasci, tako su i navedena shvatanja neprihvatljiva i neprimenljiva.

Stoga se u cilju razjašnjenja predmetnog pojma treba poći od sledeće psihološki logičke konstatacije jednog autora: „Kao što neki jarak određene širine ili može da se preskoči ili to ne može, tako je i čovek ili sposoban da shvati nedozvoljenost dela i da postupa u skladu sa takvim shvatanjem, ili to nije. Nešto treće ovde po logici stvari nije moguće"[21].

To znači da postoji samo uračunljiv i neuračunljiv učinilac. Bitno smanjena uračunljivost je faktički posebna forma uračunljivosti – to je podslučaj uračunljivosti. Dakle, i bitno smanjeno uračunljiv je uračunljiv u pravom smislu te reči, jer je mogao da shvati značaj svog dela i mogao je time na odgovarajući način da bude motivisan. Međutim, od „potpuno" uračunljivog učinioca on se razlikuje po tome, što, za razliku od njega, on mora da uloži daleko više mentalne snage i snage volje da bi postigao isti uspeh u rasuđivanju odnosno odlučivanju.[22] Učinilac, pored toga što može biti „potpuno" uračunljiv, može biti i „manje" ili „više" uračunljiv, u zavisnosti od količine napora koji treba da uloži da bi se ponašao u skladu sa odnosnom krivično-pravnom normom. Kada taj napor dosegne određeni krivično-pravno relevantni stepen težine, koji nosi sa sobom mogućnost blažeg kažnjavanja – reč je o bitno smanjeno uračunljivoj osobi. Dakle, i „potpuno" uračunljivi, i „smanjeno" uračunljivi i „bitno smanjeno" uračunljivi učinioci su uračunljivi u krivično-pravnom smislu, jer su u datom momentu i u odnosu na određeno delo raspolagali sposobnošću rasuđivanja i odlučivanja. I u okviru odnosnog instituta može se vršiti stepenovanje „bitnog smanjenja" sposobnosti rasuđivanja i odlučivanja. Međutim, sve dok jedna od ovih sposobnosti nije u potpunosti isključena, ne može se još govoriti o neuračunljivosti. Slikovito se može reći, da se na skali od jedan do deset, krivično-pravna uračunljivost u širem smislu pro-

[21] T.Lenckner, *Die verminderte Zurechnungsfähigkeit*; in: Handbuch der forensischen Psychiatrie, Band I, Berlin – Heidelberg – New York, 1972, s.121.

[22] Slično, R.Maurach, H.Zipf, *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, Teilband I, 8. Auflage, Heidelberg, s.504.

stire od 1 do 9.9, a neuračunljivost nastupa na koti 10, dok se u okviru raspona od 5 do 9.9 prostire bitno smanjena uračunljivost kao vrsta uračunljivosti.

Postavlja se pitanje, zbog čega je bitno smanjeno uračunljivom učiniocu bitno otežano rasuđivanje odnosno odlučivanje? Na ovo pitanje smo već u prethodnom izlaganju delimično odgovorili. Razlog su dakle psihički poremećaji, koji doduše ne isključuju sposobnost rasuđivanja ili odlučivanja, ali ih „bitno umanjuju", u tom smislu da je učiniocu teško da se ponaša shodno normama, to jest, da se odupre podstrecima koji ga „vuku" ka delu. Da bi on to učinio, morao bi da uloži mnogo više psihičkog napora od „normalne osobe". Dakle, on ovaj svoj nedostatak može da kompenzuje odgovarajućim angažovanjem psihičkih snaga. Zbog toga je on kriv za učinjeno delo. No, napred pomenuta činjenica ne sme se ignorisati, te se ona mora uzeti u korist učinioca, kao činjenica koja umanjuje meru njegove krivice i visinu izrečene kazne. Zato je bitno smanjena uračunljivost u krivičnim zakonodavstvima propisana kao osnov ublažavanja kazne.

Kakvi duševni poremećaji moraju biti da bi mogli „bitno" smanjiti intelektualne i voluntarističke sposobnosti učinioca? Na ovo pitanje moglo bi se odgovoriti posrednim putem – to su, s jedne strane, oni duševni poremećaji koji nisu izraženi u istoj meri kao što je to slučaj kod neuračunljivosti, ali, s druge strane, ne ulaze ni u prostor koji je pokriven „punom" uračunljivošću.[23] S tim u vezi, oni poremećaji, a pre svega endogene psihoze, koji potpuno razaraju psihički sklop ličnosti, dovode po pravilu do neuračunljivosti. Takođe, „mentalna oštećenja koja redovno postoje kod teških prestupnika, onih koji dela izvršavaju pod uticajem poriva i prestupnika kod kojih postoji sklonost ka kriminalu, ne mogu dovesti do bitno smanjene uračunljivosti"[24]. Drugim rečima, „svako odstupanje od proseka, svaka biografska, dispozicijalna, konstelativna i situativna posebnost koja dovodi do dela može okrnjiti punu uračunljivost[25]". Ali, to ne znači da ovakva posebnost može dovesti i do bitno smanjene uračunljivosti. Do njega mogu dovesti samo ozbiljniji duševni poremećaji koji su izraženi u većem stepenu. Naravno, nas interesuje duševni poremećaj u relaciji prema počinjenom delu. Sve psihičke refleksije poremećaja koje nemaju ishodište u počinjenom delu ne igraju ovde ulogu. To je upravo tekovina napred pomenutog biološko-psihološkog metoda.

---

[23] Tako, H.L.Schreiber, *Die verminderte Schuldfähigkeit*, in: Psychiatrische Begutachtung, 2. Auflage, Stuttgart – Jena – New York, 1994, s.34.

[24] B.Jähnke, in: *Strafgesetzbuch – Leipziger Großkommentar*, Band I, 11. Auflage, Berlin, 2003, s.90.

[25] G.Schewe, G.Reinhard, *Forensische Psychopathologie*; in: Rechtsmedizin – Lehrbuch für Mediziner und Juristen, 5. Auflage, Köln, 1992, s.222.

Može se konstatovati da ne postoji mogućnost definisanja vrste i intenziteta duševnog poremećaja koji dovodi do bitno smanjene uračunljivosti. Unapred dato pravilo te vrste, više bi štetilo, nego koristilo. Nesumnjivo je da se na jednoj strani nalazi grupa mentalno zdravih, „potpuno" uračunljivih učinilaca, za koje se neoborivo pretpostavlja da su u mogućnosti da se motivišu shodno normama. Zatim sledi brojna grupa „smanjeno" uračunljivih učinilaca sa najrazličitijim duševnim smetnjama, kojima ne pada naročito teško da se na odgovarajući način motivišu. Ovakve smetnje krivično pravo najčešće ni ne konstatuje, ili zaključuje da im njihove smetnje ne umanjuje krivicu za počinjeno delo, odnosno umanjuju, ali ne bitno. Potom sledi manja grupa „bitno" smanjeno uračunljivih učinilaca sa izraženijim duševnim poremećajima, čiji mentalni habitus odstupa od prosečnog tipa, i kojima je zbog toga dosta teško da se motivišu shodno normama. Konačno, na kraju imamo najmanju grupu drastičnih slučajeva odstupanja od „norme", učinioce koji pate od najtežih duševnih poremećaja, koji u potpunosti razaraju psihički sklop njihove ličnosti, koji ne znaju šta rade, ni šta će svojom radnjom u kauzalnom smislu prouzrokovati. U pitanju su dakle neuračunljive osobe.

Na osnovu svega što smo istakli u prethodnom izlaganju može se reći da je bitno smanjeno uračunljivi učinilac – učinilac koji je u trenutku izvršenja dela patio od nekog težeg duševnog poremećaja, po vrsti odnosno intenzitetu, koji je ometao njegovo psihičko funkcionisanje, zbog čega je njemu u vreme izvršenja dela bilo naročito teško, ali ne i nemoguće, da se motiviše shodno određenoj normi. On je dakle odnosnom prilikom bio podobni adresat norme i kao takav imao mogućnost da shvati značaj izvršenog dela i da upravlja svojim postupcima u odnosnu na delo. Ipak, činjenica, da je u konkretnoj situaciji isti morao da uloži dosta mentalne snage i snage volje da bi bio podobni adresat norme, umanjuje meru njegove krivice za počinjeno delo, i „daje mu za pravo" da se nada blažem kažnjavanju. S tim u vezi, bitno smanjena uračunljivost je krivičnim pravom priznati stepen smanjenja krivice, koji omogućava ublažavanje kazne.[26]

3. Odnos između bitno smanjene uračunljivosti i neuračunljivosti

Za razliku od bitno smanjeno uračunljivih osoba, učinioci, koji su u vreme izvršenja dela bili neuračunljivi, nisu bili u mogućnosti da shvate značaj svog dela odnosno nisu mogli da upravljaju svojim postupcima u odnosu na delo. Oni nisu bili podobni adresati norme, jer

[26] Tako, D.Drakić, *Neuračunljivost*, ibid, str.199.

im je teški duševni poremećaj u potpunosti razorio psihički sklop njihove ličnosti.

Stoga se može reći da je bitno smanjena uračunljivost „međustanje između uračunljivosti u normativnom i neuračunljivosti u prirodno-naučnom smislu“[27]. Kao takva, ona je, krivično-pravno posmatrano, bliža uračunljivosti, nego neuračunljivosti. Jer, i bitno smanjeno uračunljiva osoba je uračunljiva i kriva za počinjeno delo, kako smo to napred pokazali. U ovoj konstataciji ogleda se suštinska razlika između neuračunljivosti i bitno smanjene uračunljivosti. Naime, dok neuračunljivost negira krivicu za izvršeno delo, bitno smanjena uračunljivost je smanjuje, ali ipak potvrđuje[28] i samo utiče na visinu kazne. Međutim, kako je bitno smanjena uračunljivost „iz psihopatoloških razloga nastala smanjena krivica“[29] to je ona, iz psihopatološkog ugla posmatrano, bliža neuračunljivosti, nego uračunljivosti. Tako, oni isti psihopatološki osnovi koji mogu isključiti uračunljivost, mogu je i bitno smanjiti. Jedina razlika ogleda se u tome što ovi osnovi nisu u tolikoj meri izraženi kao što je to slučaj kod neuračunljivih osoba.

Ipak, to ne znači istovremeno i da su sve uračunljive osobe duševno zdrave, na šta smo u prethodnom izlaganju ukazali. S tim u vezi, psihijatrija danas poznaje raznovrsne duševne poremećaje koji nisu teže prirode i karaktera, a koji bitnije ne utiču na uračunljivost okrivljenog u krivičnom postupku. Oni nisu dostigli određeni stepen težine, koji bi u konkretnoj situaciji mogao prouzrokovati bitno smanjenu uračunljivost. Takođe, izuzetno se može desiti da je okrivljeni u vreme dela bolovao od nekog teškog duševnog poremećaja, koji, međutim, nije, uopšte ili u većoj meri, uticao na umanjenje njegove uračunljivosti u odnosu na izvršeno krivično delo.[30]

Iz toga bi se moglo zaključiti, da su neuračunljive i bitno smanjeno uračunljive osobe uvek duševno poremećene, a uračunljive mogu biti, kako duševno zdrave, tako i duševno poremećene. Kada su uračunljivi učinioci duševno poremećeni, to ili nije ona vrsta poremećaja kojoj krivično pravo priznaje relevantnost za isključenje ili bitno smanjenje krivice učinioca za izvršeno delo, ili ona izuzetno to jeste, ali u konkretnoj situaciji nije uopšte ili u dovoljnoj meri uticala na psihičke funkcije rasuđivanja i odlučivanja u relaciji prema delu.

---

[27] A.Mergen, *Zum Begriff der verminderten Zurechnungsfähigkeit im Sinne des § 51 Abs. 2 StGB*, Goltdammer´s Archiv für Strafrecht, Hamburg – Heidelberg, 1955, s.193.

[28] I smanjena krivica je takođe krivica za izvršeno delo.

[29] A.Mergen, ibid.

[30] Tako, na primer, može se dogoditi da je učinilac u vreme dela bolovao od teške duševne bolesti - paranoidne shizofrenije, ali da počinjeno delo nije u uzročnoj – posledičnoj vezi sa njegovim paranoidnim idejama.

Dakle, bitno smanjena uračunljivost je normativno bliža uračunljivosti, a prirodno-naučno neuračunljivosti. Kako je u pitanju krivično-pravni institut, bitno smanjena uračunljivost se može označiti kao pravno relevantni podslučaj uračunljivosti. Ipak, psihopatološku sličnost između neuračunljivih i bitno smanjeno uračunljivih učinilaca krivično pravo valorizuje propisivanjem mogućnosti da sud ovakvim učiniocima izrekne neku od mera bezbednosti psihijatrijskog karaktera, ukoliko su za to ispunjeni zakonom propisani uslovi.[31]

4. Priroda savremenog instituta bitno smanjene uračunljivosti

Nakon što smo definisali pojam bitno smanjene uračunljivosti i razgraničili ga od neuračunljivosti, u narednom izlaganju pokušaćemo da odredimo prirodu ovog veoma kompleksnog instituta. Da bi došli do toga, krenućemo od analize zakonske definicije odnosnog pojma Krivičnog zakonika. Prema istoj, bitno smanjeno uračunljiv je onaj učinilac krivičnog dela, čija je sposobnost da shvati značaj svog dela ili sposobnost da upravlja svojim postupcima bila bitno smanjena, usled duševne bolesti, privremene duševne poremećenosti, zaostalog duševnog razvoja ili druge teže duševne poremećenosti.[32]

Može se konstatovati da naš zakonodavac prilikom regulative bitno smanjene uračunljivosti postupa po tzv. biološko-psihološkoj metodi. Najpre navodi određena psihopatološka stanja ili procese koji utiču na normalno psihičko funkcionisanja učinioca, a zatim zahteva da ta stanja odnosno procesi ostvare odgovarajući učinak na planu psihičke funkcije rasuđivanja odnosno odlučivanja učinioca u relaciji prema izvršenom krivičnom delu. Drugim rečima, da bi neko bio bitno smanjeno uračunljiv potrebno je da je u vreme dela bolovao od duševne bolesti, privremene duševne poremećenosti, zaostalog duševnog razvoja ili druge teže duševne poremećenosti, koja je dovela do bitnog smanjenja sposobnosti učinioca da shvati značaj svog dela odnosno da upravlja svojim postupcima u odnosu na izvršeno krivično delo. U narednom izlaganju ćemo ukratko analizirati obe komponente.

U okviru tzv. biološke komponente odnosnog instituta Zakonik u odredbi o bitno smanjenoj uračunljivosti navodi određene psihopatološke

[31] Mere bezbednosti psihijatrijskog karaktera ne mogu se prema našem Krivičnom zakoniku izreći uračunljivim učiniocima, pa i kada su oni u vreme dela bolovali od neke duševne bolesti ili poremećenosti, koja međutim nije isključila ili bitno smanjila njihovu uračunljivost za izvršeno delo.

[32] Videti član 23 stav 3 u vezi sa stavom 2 Krivičnog zakonika, Službeni glasnik Republike Srbije, br.85, Beograd, 6. oktobar 2005.

kategorije, koje se terminološki razlikuju od odgovarajućih psihijatrijskih izraza. Stoga zahtevaju interpretaciju. Tako, zakonski termin duševna bolest odgovara u prvom redu onome što se u psihijatriji naziva psihoza. A za njenu definiciju ćemo morati konsultovati psihijatre: „Psihoze su psihijatrijska oboljenja kod kojih je narušavanje psihičkih funkcija dostiglo toliki obim, da su na taj način uviđanje i sposobnost da se odgovori na neke uobičajene zahteve života ili veza sa realnošću znatno narušeni“[33]. Radi se o najtežim duševnim poremećajima koji najčešće dovode do neuračunljivosti. Zatim, „privremena duševna poremećenost“ postoji „kada su svest i orjentacija lica u vremenu i prostoru, kao i sećanje na protekle događaje, teško pogođeni, obično za kratko vreme“[34]. Karakteristika ovog pojma je da kod učinioca dolazi do teškog poremećaja svesti, obično kraćeg trajanja, koji može biti prouzrokovan različitim faktorima od kojih su najčešći afekti i intoksikacija. Nakon prestanka dejstva endogenog ili egzogenog uzročnika poremećaja psiha učinioca se vraća u normalno stanje, što znači da se u stanju „privremene duševne poremećenosti“ mogu naći samo psihički zdrave osobe. „Zaostali duševni razvoj“ odgovara psihijatrijskim izrazima oligofrenija odnosno sindrom mentalne retardacije. Pod ovim se, kao što je poznato, podrazumeva nedovoljna razvijenost intelektualnih sposobnosti, a može biti genetski determinisana, ili socio-psihološki uslovljena. Konačno, „druga teža duševna poremećenost“ je kategorija koju raniji naši krivični zakoni nisu poznavali. Pod njom se podrazumevaju različita psihopatološka stanja koja predstavljaju duševna odstupanja od norme. Reč je o osobama koje nisu duševno bolesne u pravom smislu te reči, ali nisu ni duševno zdrave. One najčešće imaju poremećaj u sferi nagona ili karaktera. Tu se u prvom redu svrstavaju psihopatije, neuroze i nagonski poremećaji.

U sudsko-psihijatrijskoj praksi bitno smanjenu uračunljivost najčešće prouzrokuju „lakši paralitički ili shizofreni defekti, početne arteriosklerotične ili senilne pojavne forme demencije, lakše forme epilepsije ili slaboumnosti, povrede mozga sa neznatnim psihičkim posledicama, afekti, stanja pijanstva, neuroze, psihopatije i nagonski poremećaji“[35].

Za postojanje bitno smanjene uračunljivosti dovoljno je da je učinilac u vreme izvršenja dela patio samo od jednog od napred navedenih pravno relevatnih duševnih poremećaja. Međutim, to ne znači da kumula-

---

[33] Videti u: *Der psychiatrische Sachverständige in Strafrecht*, Berlin – Heidelberg, s.57.

[34] M.Kobal, *Psihopatologija za varnostno in pravno področje*, Ljubljana, 2000, str.218.

[35] T.Lenckner, *Die verminderte Zurechnungsfähigkeit*, ibid, s.122.

tivno dejstvo više ovakvih poremećaja nekada ne može prouzrokovati bitno smanjenu uračunljivost. Tako, može se dogoditi da kumulacija karakternog abnormiteta i afektivne razdraženosti učinioca u vreme dela dovede u konkretnom slučaju do njegove bitno smanjene uračunljivosti. Karakterni abnormitet se može podvesti pod pravnički termin „druga teža duševna poremećenost", a afektivna razdraženost pod termin „privremena duševna poremećenost".

Ako se u krivičnom postupku dokaže postojanje prve komponente, prelazi se na ispitivanje druge – tzv. psihološke komponente instituta bitno smanjene uračunljivosti, jer Zakonik zahteva kumulativno ispunjenje obe.

Psihološka komponenta obuhvata, kako Zakonik kaže, bitno smanjenu sposobnost shvatanja svog dela ili bitno smanjenu sposobnost upravljanja svojim postupcima u odnosu na delo. Da bi došli do odgovora na pitanje kada je ispunjen ovaj uslov potrebno je najpre razmotriti pojmove „rasuđivanje" odnosno „odlučivanje". Tako, rasuđivanje je psihička funkcija koja je sastavljena od različitih intelektualnih operacija, kao što su – upoređivanje i razlikovanje, analiza i sinteza, apstrakcija i konkretizacija, i zaključivanje.[36] Dakle, to je misaoni proces koji omogućuje pravilno sagledavanje i poimanje, odnosno spoznaju, realnog spoljnjeg sveta. Za osobu koja nije mogla da spozna pravilnu sliku realnog spoljnjeg sveta kažemo da je nesposobna za rasuđivanje. Sposobnost rasuđivanja ugrožavaju oni psihopatološki poremećaji koji pre svega pogađaju kognitivne funkcije. Za razliku od rasuđivanja, sposobnost odlučivanja u kontekstu predmetnog razmatranja je mogućnost neke osobe da na ispravan način dovede u vezu podstreke na neko postupanje i njima suprotstavljene predstave, a potom i da obrazuje voljnu odluku za određeno ponašanje[37]. Ko to nije bio u mogućnosti da učini – nesposoban je za odlučivanje.[38] Sposobnost za odlučivanje narušavaju oni psihički poremećaji koji se reflektuju u emocionalno-afektivnoj oblasti.[39]

Ipak, nas ovde ne zanimaju psihičke funkcije rasuđivanja odnosno odlučivanja po sebi, već samo u relaciji prema izvršenom delu. S tim u vezi, sposoban da shvati značaj svog dela, u kontekstu funkcije rasuđivanja koja stoji u osnovi ove sposobnosti, je onaj učinilac koji je mogao da shvati stvarni i društveni značaj počinjenog dela, to jest, najjednostavnije rečeno, koji je mogao da shvati šta radi i šta će svojom radnjom prouzrokovati. Takođe, sposoban da

[36] Tako, D.Jevtić, *Sudska psihopatologija*, Beograd – Zagreb, 1966, str.56.

[37] „U širem smislu riječi hotimičan čin jest čin, kojemu prethodi zamisao toga čina ili zamisao njegovih neposrednih učinaka, a koji je određen tom zamisli", P.Guillaume, *Psihologija* (prevod), Zagreb, 1958, str.213.

[38] S tim u vezi, o odluci i patologiji odluke videti, P.Guillaume, ibid, str.221,222.

[39] Tako, W.Rasch, N.Konrad, *Forensische Psychiatrie*, 3. Auflage, Stuttgart, 2004, s.374.

upravlja svojim postupcima, u kontekstu funkcije odlučivanja koja stoji u osnovi ove sposobnosti, je onaj učinilac koji je bio u mogućnosti da pravilno odmeri podstreke koji su ga „vukli" u pravcu izvršenja dela i njima suprotstavljene predstave o preprekama, i na osnovu toga formira svoju odluku.

Kako je bitno smanjena uračunljivost podslučaj uračunljivosti, to i za bitno smanjeno uračunljivog učinioca važi isto što i za uračunljivog. Dakle, i on je u vreme izvršenja dela posedovao psihički kapacitet koji mu je omogućio spoznaju onoga što radi u fizičko – kauzalnom smislu, kao i obuzdavanje impulsa koji su ga „vukli" u pravcu izvršenja spoznajnog dela. Jedino što je njemu bilo znatno teže nego uračunljivoj osobi da dođe do ispravne spoznaje, ili da pravilno usmeri svoje ponašanje.[40] Međutim, on je do toga mogao doći. Za postojanje bitno smanjene uračunljivosti dovoljno je da je jedna od ovih sposobnosti bila znatno ometena u odnosu na izvršeno delo, to jest, bitno smanjeno uračunljiv je onaj učinilac kojem je u vreme dela, ili sposobnost da shvati značaj izvršenog dela, ili sposobnost da upravlja svojim postupcima u odnosu na delo bila bitno smanjena.[41]

Postavlja se pitanje, na koji način se u sudsko – psihijatrijskoj praksi utvrđuju odnosne komponente instituta bitno smanjene uračunljivosti.

U prvoj fazi se ispituje, da li je u vreme dela na strani učinioca postojao neki zakonom propisani teški duševni poremećaj koji je uticao na njegovu ličnost i psihičke funkcije, pa i na one od kojih zavisi sposobnost rasuđivanja i odlučivanja. O tome se izjašnjava veštak. On dakle rekonstruiše psihičko stanje učinioca u vreme dela i u odnosu na delo, pri čemu se posebno interesuje za svesnu i voljnu psihodinamiku prilikom izvršenja dela.[42] Nakon toga sudija je dužan da dijagnostikovani psihopatološki sadržaj veštaka subsumira pod odgovarajuće zakonske termine – „duševna bolest, privremena duševna poremećenost, zaostali duševni razvoj ili druga teža duševna poremećenost". Dakle, to nisu psihijatrijsko-psihološke kategorije, već pravni pojmovi pod koje se mogu podvesti odgovarajući psihijatrijsko-psihološki sadržaji. Ipak, u praksi se dešava da veštaci utvrđenu psihijatrijsku dijagnozu podvode pod odgovarajući pravni pojam i nazivaju je odgovarajućim „pravnim imenom". To i nije nelegitimno i nelogično, jer veštak faktički odlučuje o biološkoj komponenti. A da li će on ili sudija utvrđenu psihijatrijsku dijagnozu „zaodenuti" određenim pravnim terminom – to i nema neki veći značaj.

---

[40] Tako, Schönke – Schröder. Preuzeto iz F.Bačić, ibid, str.224.

[41] Videti zakonsku definiciju instituta bitno smanjene uračunljivosti u prethodnom izlaganju.

[42] Tako, S.Haddenbrock, *Die juristisch-psychiatrische Kompetenzgrenze bei Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit im Lichte der neuren Rechtsprechung*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 75, Heft 2, Berlin, 1963, s.465.

Ukoliko postoji neki krivično-pravno relevantni psihopatološki osnov bitnog smanjenja uračunljivosti, prelazi se, kao što je poznato, na ispitivanje postojanja psihološke komponente. O njoj odluku treba da donese sudija. Naime, polazeći od rezultata do kojih je došao veštak na prvom stepenu ispitivanja, sudija je ovde dužan da odgovori na pitanje, u kojoj meri je krivično-pravna norma, kao faktička sila, bila delotvorna u okviru motivacionog procesa učinioca u vreme dela. Ukoliko on dođe do odgovora da je učiniocu, zbog postojanja teškog duševnog poremećaja, bilo veoma teško da se motiviše shodno odnosnoj normi, primeniće se institut bitno smanjene uračunljivosti. Ipak, na ovo pitanje empirijski se ne može odgovoriti. Zbog toga, niko ne može očekivati od sudije da se izjasni o individualnom potencijalu spoznaje i suzdržavanja, odnosno, o stvarnom, aktuelnom i konkretnom rasuđivanju i odlučivanju određenog učinioca. On može ovde samo da ispita, kako bi se ponašao neki drugi čovek u unutrašnjoj i spoljašnjoj situaciji u kojoj se učinilac nalazio. Dakle, u praksi sudija polazi od iskustva o realnim mogućnostima ponašanja ljudi, uzimajući u obzir „prosečne sposobnosti čoveka".

S tim u vezi, „sposobnost rasuđivanja i odlučivanja je normativna konstrukcija na empirijskom fundamentu, koja razjašnjava pitanje da li je učinilac bio podobni adresat norme".[43] Kako je, dakle, merilo za ustanovljavanje bitno smanjene sposobnosti rasuđivanja i odlučivanja – normativne prirode[44], ovaj vrednosni sud može dati jedino sudija. Stoga je to pravno pitanje[45], mada se o tome ne vodi dovoljno računa, pa se u praksi o ovim sposobnostima po pravilu izjašnjavaju veštaci.

Na osnovu prethodno rečenog može se zaključiti da je institut bitno smanjene uračunljivosti po svojoj prirodi psihopatološko – normativni mešoviti pojam. U njega su ugrađene i psihopatološke činjenice, ali i njihovo normativno vrednovanje. U okviru prve komponente dominiraju psihopatološke činjenice, a u okviru druge je presudno normativno vrednovanje. Pronalaženjem činjenica i njihovim vrednovanjem protkan je dakle celokupni institut bitno smanjene uračunljivosti. Njihovo dopunjavanje i prožimanje predstavlja specifičnost odnosnog instituta. U njemu su empirija i normativitet neraskidivo vezani.

---

[43] A.Schmidt – Recla, *Theorien zur Schuldfähigkeit – Psychowissenschaftliche Konzepte zur Beurteilung strafrechtlicher Verantwortlichkeit im 19 und 20. Jahrhundert*, Leipzig, 2000, s.54.

[44] Iz tog razloga ovu komponentu bitno smanjene uračunljivosti pravilnije bi bilo nazvati „normativnom" umesto, kako se uobičajeno u teoriji krivičnog prava naziva, – „psihološkom".

[45] Tako i J.Plate, *Psyche, Unrecht und Schuld – Die Bedeutung der psychischen Verfassung des Täters für die allgemeinen Voraussetzungen der Strafbarkeit*, München, 2002, s.478.

Dragiša Drakić, Ph.D., Assistant Professor
Novi Sad School of Law

Substantially Diminished Capacity

Abstract

In the first section of the article the author discuses the evolution of the modern doctrine of substantially diminished capacity which emerged at the beginning of the twentieth century.

In the second section of this article the author defines the concept of the doctrine of substantially diminished capacity. In relation to that, the author point out that a person with a substantially diminished capacity – is a person who at the time of the commission of the crime suffered from a severe mental disorder which impaired his normal psychological functioning, that in turn made it especially difficult, however not impossible, for him to appreciate a particular criminal norm.

In the third section of the article the relation between the doctrines of substantially diminished capacity and insanity are defined, while the similarities and differences between these two doctrines are presented.

Finally, in the fourth section of the article, the author investigates the nature of substantially diminished capacity. At the end, the author comes to a concussion that substantially diminished capacity is a psychopathological-normative concept which is composed of psycho-pathologically relevant facts and their normative evaluation.

Key words: substantially diminished capacity; severe mental disorder; impaired mental functioning; insanity; psychopathological-normative concept.

Originalni naučni rad 342.51:061.1EU(497.11)

Dr Slobodan Orlović, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

PRAVNI POLOŽAJ ORGANA IZVRŠNE VLASTI REPUBLIKE SRBIJE I EVROPSKE UNIJE[1]

Sažetak: *Proces ekonomskih i političkih integracija započet u Zapadnoj Evropi nakon Drugog svetskog rata još uvek traje. Dok se gotovo poluvekovno grupisanje u istočnom (socijalističkom) delu Evrope završilo dezintegracijom, embrion današnje Evropske unije – privredna zajednica šest zapadnoevropskih država, proširila se, za sada, na 27 evropskih država. Evropska unija je od ekonomskog saveza postala politička zajednica sa nekim atributima savremenih država. U radu je prikazan položaj organa izvršne vlasti Evropske unije i Republike Srbije. Poređenjem izvršnog dela organizacije vlasti u jednoj parlamentarnoj Republici i složenoj političkoj tvorevini kakva je Evropska unija, uviđaju se sličnosti i razlike, koje su ujedno sličnosti i razlike između države i političke zajednice koja (još uvek) nije država. Iako nije ustav, Lisabonski ugovor od 2007. godine novinama i u pravnom položaju organa izvršne vlasti, nagoveštava dalju integraciju Evropske unije.*

Ključne reči: *izvršna vlast, Evropska unija, Republika Srbija, država, integracija.*

Na aktuelno i izazovno pitanje „šta je Evropska unija?“ – konfederacija, unija, federacija, pravna zajednica sa evropskim edentitetom, uopšte država ili međunarodna organizacija, pravna teorija nije dala definitivan odgovor. Razloga za to ima više: ustavnopravna priroda Evropske unije je takva da se ne uklapa u postojeće podele i modele, ustav-nopravni

[1] Rad je posvećen projektu „Harmonizacija prava Republike Srbije i Evropske unije – teorijskopravni, sociološkopravni, istorijskopravni, pozitivnopravni i pravnoekonomski aspekti“, koji sprovodi Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu.

razvoj Evropske unije je veoma dinamičan – često se menjaju najviši pravni akti, povećava se teritorija i broj država-članica i dr, čime se menja i njena ustavnopravna priroda. Ono što je Evropska unija danas nije ono što je bila juče i vrlo verovatno neće biti to isto i sutra ili u nekom bliskom vremenu.

Evropska unija ima svoje organe vlasti. To ipak nije dovoljno da Evropsku uniju bez zadrške nazovemo državom. Posmatrajući organizaciju vlasti Evropske unije i poredeći je sa organizacijom vlasti neke parlamentarne države, mogao bi se steći utisak koliko je Evropska unija u jednom svom delu – organizaciji vlasti, blizu savremene parlamentarne države. U tom cilju poslužiće nam izvršna vlast Republike Srbije. Zakonodavnu i sudsku vlast, bez koje nema celine državne vlasti, ostavićemo ovaj put po strani (osim nevelike slike Evropskog parlamenta), sa namerom da u budućoj prilici one budu predmet posebnog rada. A da bi se razumela organizacija izvršne vlasti, smatrali smo da je potrebno napisati nekoliko napomena i o podeli vlasti.

Kao osnovni ustavnopravni izvori za pisanje ovog rada korišćeni su Ustav Republike Srbije od 2006. i Ugovor o Evropskoj uniji od 2007. (Lisabonski ugovor), kao i drugi pravni akti koji sadrže ustavnu materiju, pre svih Ugovor o funkcionisanju Evropske unije od 2007.[2] Razlog što govorimo o evropskim aktima koji sadrže ustavnu materiju (ugovori i dr.) a ne o evropskom ustavu, leži u autoritetu ustavnosti država-članica koja onemogućava potpunu ustavnost Evropske unije, tj. postojanje evropskog ustava.[3]

Razvoj organa vlasti Evropske unije

Danas je Evropska unija politički entitet koji je nastao na ekonomskim temeljima. Iako i stručna i šira javnost ideju ujedinjene Evrope uglavnom povezuju sa počecima današnje Evropske unije, ova ideja je davnašnja. Pre potpisivanja Ugovora o Evropskoj zajednici za ugalj i čelik (ECSC, Pariz, 1951–2002)[4], kada su i formirani prvi organi današ-

[2] Lisabonski ugovor (zapravo dva ugovora) su potpisali predstavnici svih 27 država-članica Evropske unije. Ukoliko se Ugovor ratifikuje i u Republici Češkoj (čeka se potpis predsednika Republike), prevaziće se zastoj u približavanju Evropske unije državi, nastalom neprihvatanjem Ustava Evropske unije (2004) na referendumima u Francuskoj i Holandiji 2005. godine.

[3] Vidi: Joseph Weiler, „Does Europe need a Constitution?“, *EU Enlargement - The Constitutional Impact at EU and National Level,* Hague, 2001, p. 3-5.

[4] Preteče današnje Evropske unije su i Evropska zajednica za atomsku energiju (EUROATOM, 1957) i Evropska ekonomska zajednica (EEC, 1957), koja kasnije postaje Evropska zajednica (1975), da bi od 1993. nosila današnji naziv Evropska unija.

nje Evropske unije, postojale su još od srednjeg veka različite ideje o zajednici evropskih (hrišćanskih) naroda, stvarane od strane filozofa, političara, pisaca, naučnika...[5] Sva ova razmišljanja nisu institucionalizovana formiranjem političke ili neke druge evropske tvorevine, sve do kraja Drugog svetskog rata i izgradnje novog svetskog i evropskog poretka. Savet Evrope (1948) i njegovi organi: Parlamentarna skupština i Ministarski komitet, predstavljaju prvi korak u formiranju međunarodnih institucija na evropskim temeljima. Ipak, koren organa Evropske unije nalazimo drugde – u Evropskoj zajednici za ugalj i čelik, koja je bila početni korak ka očuvanju evropskom mira, čineći, kako se smatralo, novi rat između Francuske i Nemačke materijalno (ekonomski) nemogućim.[6]

Evropska zajednica za ugalj i čelik stvorila je svoje nadnacionalne i izvandržavne organe: Evropski parlament (Skupština, Evropska parlamentarna skupština), Savet (Savet Evropske unije, Savet ministara), Evropsku komisiju (Visoka vlast, Komisija Evropskih zajednica), Sud pravde, a vremenom su obrazovani i drugi organi: Evropski savet, Evropska centralna banka, komiteti, ombudsman... Svi ovi organi vrše delatnost političke zajednice, parirajući organima država-članica u okviru tzv. tri stuba.[7]

Prvi Evropski parlament izabran je posrednim putem – od strane nacionalnih skupština šest država članica ESCS-a[8] i nije imao zakonodavnu nadležnost. Tokom razvoja Evropski parlament je od savetodavnog i pomoćnog tela počinjao da liči na zakonodavno telo savremenih karakteristika. Postavši organ (skupština) novih integracija, Evropske ekonomske zajednice i Evropske zajednice za atomsku energiju (EEC i EUROATOM, 1957), kao i prelazak na neposredni način izbora evropskih parlamentaraca (1979), dobijanje budžetskog prava (1986), uvođenje većinskog načina

[5] Od *Traktata o paktu hrišćana istoka i zapada protiv Otomanskog carstva* (1464), spisa Pjera Diboa (Dubois), preko ideje Viktora Igoa (Hugo) o Sjedinjenim Državama Evrope (1849), Ričarda Kadenova-Kalegrija (Coudenhove-Kalergi) i njegovog dela *Paneuropa* (1923), do poziva Vinstona Čerčila (Churchill) na stvaranje „Ujedinjenih Država Evrope" (1946), čime bi Evropa izbegla još jedan rat. Opširnije: Srđan Brajović, „Ideje Evrope", *Upoznaj Evropsku uniju – vodič kroz evropske integracije*, Podgorica, 2006, str. 9-18.

[6] Šumanova deklaracija (Robert Schuman) od 9. maja 1950. godine (Dan Evrope).

[7] Prvi stub (jedini nadnacionalnog karaktera i obavezujući) čini ekonomska i monetarna politika, obrazovanje, zdravlje, zajedničke granice i dr; u druga dva stuba države-članice su zadržale suverenost - drugi stub je zajednička spoljna i bezbedonosna politika, a treći stub je saradnja država-članica u oblastima unutrašnjih poslova i pravosuđa. Opširnije: http://www.europa.eu, [2. jul 2009].

[8] Francuska, Nemačka, Italija i zemlje Beneluksa: Belgija, Holandija, Luksemburg.

odlučivanja, ojačavanje zakonodavne funkcije, pravo veta (1993), jesu činjenice koje su uticale na približavanje Evropskog parlamenta poziciji koju ima narodno predstavništvo u parlamentarnim državama. Danas ovo telo ima zakonodavnu nadležnost (i budžetsku nadležnost unutar zakonodavne) i kontrolna ovlašćenja prema organima izvršne vlasti.

Savet je organ mešovite ustavnopravne prirode nastao kad i Evropski parlament. Pored toga što su imali sličnu evoluciju, ova dva organa imaju i nadležnosti koje su im zajedničke. Naime, Savet ima prerogative organa izvršne vlasti, ali i zakonodavna ovlašćenja kojima „uzurpira" polje parlamentarnog ekskluziviteta.[9] Ovaj „nadnacionalni organ" čine ministri država-članica sa različitim brojem glasova. Vremenom je ovo telo postajalo efikasnije i značajnije zahvaljujući, pre svega, promeni načina donošenja odluka (većinski, zadržavajući i jednoglasnost kao način donošenja manjeg broja odluka), pa je Savet postao sposoban da odlučuje o mnogim pitanjima – od vođenja politike, postavljanja ekonomskih, razvojnih i bezbednosnih ciljeva, do budžetskog prava i zakonodavstva (uključujući i zakonodavnu inicijativu).

Drugi nosilac izvršne vlasti je Evropska komisija, prvobitno ustanovljena kao Visoka vlast ESCS-a. Tokom razvoja ustavnosti Evropske unije Evropska komisija je uglavnom bila slična vladi parlametarnih država, kako po svom sastavu tako i po nadležnostima. Evropska komisija je ponajmanje zavisna od država-članica, što stimuliše njen evropski karakter. Evropska komisija vrši izvršnu i upravnu vlast predlažući i primenjujući budžet i druge zakone, ima ingerencije u spoljnopolitičkim odnosima, kreiranju političkih ciljeva...

Evropski savet (1974) je organ Evropske unije ustanovljen kao vid organizovanja van tadašnjeg institucionalnog okvira,[10] što je odlika njegovog statusa sve do Lisabonskog ugovora.[11] Ovaj „najglamuroznji organ Unije"[12] se ne uklapa u trihitomiju podele organa vlasti, ali bez obzira na to njegove odluke imaju najveću političku težinu. U praksi, Evropski savet obično donosi opšte političke odluke, koje dobijaju pravni oblik na zaseda-

[9] Sličnu, izvršno-zakonodavnu prirodu imao je sovjetski Prezidijum koji je za vreme Ustava FNRJ od 1946. postojao i kod nas.

[10] Gordana Ilić Gasmi, *Reforme Evropske unije – institucionalni aspekti*, Beograd, 2004, str. 44.

[11] Vidi: član 13 tačka 1 Ugovora o Evropskoj uniji (The Treaty of European Union). *Institucionalni okvir Evropske unije nakon Lisabonskog ugovora*, Sremska Kamenica, 2008, str. 36.

[12] Vesna Knežević Predić, Zoran Radivojević, „Nova institucionalna ravnoteža u Evropskoj uniji", *Pravni sistem Republike Srbije – usaglašavanje sa pravom Evropske unije*, Niš, 2005, str. 50.

njima Saveta na nivou ministara.[13] Čine ga šefovi država ili vlada država-članica koji se sastaju dva puta godišnje (od 1986) i odlučuju o pitanjima kao što su: pravci razvoja i daljeg integrisanja Evropske unije, pitanja prijema novih država, širenja nadležnosti i druga pitanja u vezi sa utvrđivanjem opštih smernica razvoja Evropske unije. O ovim aktima je nužno postići konsenzus pa je Evropski savet u neku ruku i kočnica većem prenosu suverenosti sa nacionalnog na nivo Unije.

Kako izgleda organizacija vlasti u Republici Srbiji

Srbija je od svog prvog, Sretenjskog ustava od 1835. godine, do danas, imala plodnu ustavnu aktivnost (ukupno 14 ustava, računajući i dva jugoslovenska monarhijska ustava), tokom kojeg je formirala organe vlasti i od zavisne, vazalne kneževine postala nezavisna parlamentarna monarhija. Novi ustavni put Srbije započet je donošenjem Ustava od 1990. godine. Ovaj Ustav je kao osnovno načelo organizacije vlasti prihvatio princip podele vlasti s kojim se Republika Srbija vratila u klub parlamentarnih država. Nosioci najviše vlasti u horizontalnoj strukturi postali su: predsednik Republike i vlada koji vrše izvršnu vlast, Narodna skupština u čijoj nadležnosti je zakonodavna vlast i sudovi koji su organi posebne, sudske grane vlasti.

Nova srpska ustavnost i Ustav od 1990. su i reakcija na političku krizu evropskih zemalja tzv. socijalističkog lagera, pre svih Sovjetskog Saveza. Promene u međunarodnim političkim okolnostima vratile su kapitalizam namesto socijalizma i dovele do mirnog ili, pak, ratnog parčanja višenacionalnih socijalističkih država.[14]

Nakon 1918. godine ponovo samostalna država, Republika Srbija donosi Ustav 2006. godine. Taj Ustav ima i formalni i materijalni (sadržinski) kontinuitet sa prethodnikom pa je tako i organizacija vlasti pretrpela tek manje korekcije.

Podela vlasti na kojoj važeći srpski Ustav gradi organizaciju vlasti predstavlja nastavak, nadogradnju dostignutog i izgrađenog prethodnim Ustavom. Ustav od 2006. naglašava da „uređenje vlasti počiva na podeli vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudsku“, a da su tri grane vlasti u odnosu

[13] Trevor C. Hartley, *The Foundations of European Community Law*, Oxford, 2003, p. 26.

[14] Čehoslovačka i Sovjetski Savez (uz ograde) se mogu svrstati u prvu, mirnu grupu. Socijalistička Jugoslavija (SFRJ) se raspala na republike članice uz ratne sukobe započete u Socijalističkoj Republici Sloveniji 1990. godine, a okončane mirom u Dejtonu (SAD) 1995. godine, dok su na teritoriji Republike Srbije vojna dejstva (NATO agresija) okončana vojno-tehničkim sporazumom u Kumanovu 1999. godine.

„ravnoteže i međusobne kontrole.“[15] U razradi ovih postulata sadašnji Ustav, kako je rečeno, u znatnoj meri „imitira“ prethodni i potvrđuje činjenicu da je model organizacije vlasti prethodnog Ustava u osnovi uhvatio korena u društvu i da je prepoznat kao sistem koji predstavlja trajnije rešenje odnosa trojstva: Narodna skupština, vlada, predsednik Republike. Ipak, Ustav ima težak zadatak stvaranja uslova da se politički sistem očuva i putem prakse usavrši, da se zemlji otvore vrata sveobuhvatnog razvoja, međunarodnih i prvenstveno evropskih integracija, i da se stvore uslovi da Srbija, nasuprot uzbudljivim počecima parlamentarizma, postane „dosadna parlamentarna država.“

Načelno o podeli vlasti u Republici Srbiji i Evropskoj uniji

Načelo (horizontalne) podele vlasti je osnov organizacije vlasti parlamentarnih država. Ono podrazumeva da postoji odeljenost organa koji pripadaju različitim granama vlasti: zakonodavnoj, izvršnoj i sudskoj. Takođe, podela vlasti podrazumeva da neizbežan upliv organa jedne vlasti na druge dve, bude sveden na minimalnu meru. To znači da su šef države – monarh ili predsednik republike, i vlada, kao izvršna vlast, funkcionalno odvojeni od parlamenta, koji je nosilac zakonodavne vlasti, ali da između ova tri organa postoji određena međuzavisnost, obostrani uticaj i saradnja. Sudska grana vlasti kao apolitična i nezavisna, ima posebne karakteristike i još veće zahteve za „čistijim“ načelom podele vlasti.

Ustav Republike Srbije određuje da „Uređenje vlasti počiva na podeli vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudsku“ i da se njihov odnos „zasniva na ravnoteži i međusobnoj kontroli“.[16] Ustav, dalje, razrađuje ove odredbe tako što Narodnu skupštinu imenuje „nosiocem ustavotvorne i zakonodavne vlasti“, vladu „nosiocem izvršne vlasti“, sudove opšte i posebne nadležnosti nosiocima sudske vlasti, dok drugi organ izvršne vlasti, predsednik Republike „izražava državno jedinstvo“ i to putem prerogativa izvršne vlasti.[17]

Lisabonski ugovor (u daljem tekstu: Ugovor), poredeći ga sa Ustavom Srbije, nema tako striktnu odredbu o podeli vlasti u Evropskoj uniji, već kaže da „Svaka institucija (organ, prim. S.O.) deluje u okviru nadle-

[15] Član 4 Ustava od 2006. Ustav od 1990. nema odredbu kojom definiše uređenje vlasti kao podelu vlasti, već nabraja kojem organu pripada koja grana vlasti (član 9).

[16] Član 4 Ustava.

[17] Članovi 98, 111, 122 i 143 Ustava.

žnosti koje su joj poverene Ugovorima[18]..." i da „Institucije ostvaruju korektnu međusobnu saradnju".[19] Poveravanje nadležnosti je izvršeno tako da „Evropski parlament, zajedno sa Savetom, obavlja zakonodavnu i budžetsku funkciju", Evropska komisija „vrši koordinacione, izvršne i upravne funkcije u skladu sa Ugovorima", Evropski savet „...određuje opštu političku orijentaciju i prioritete" to jest „određuje strateške interese i ciljeve Unije", što je deo ovlašćenja izvršne vlasti, dok je sudska vlast u nadležnosti Suda pravde Evropske unije.[20]

Dakle, podela vlasti postoji i u Evropskoj uniji, ali to nije „preslikan" model organizacije vlasti parlamentarne države. Razlozi su brojni – prvi je ujedno i dilema sa početka: da li je Evropska unija država i u vezi sa tim je pitanje podele nadležnosti sa državama-članicama, potom činjenica da nema šefa države odnosno predsednika Evropske unije, da postoji bicefalnost zakonodavne vlasti, da i ustavni sistemi država-članica ograničavaju nadležnost organa Unije... Otuda su pravila odlučivanja u Evropskoj uniji verovatno složenija i u većoj meri formalizovana nego u bilo kom drugom političkom sistemu u svetu.[21]

Izvršna vlast u Republici Srbiji i Evropskoj uniji

Izvršna vlast ima najvažniju ulogu u današnjoj državi. To je vlast koja utvrđuje, vodi i primenjuje politiku. Parlament takođe učestvuje u utvrđivanju državne politike, donosi političke akte – rezolucije, deklaracije, donosi zakone i sve to radi uglavnom po predlogu vlade. To je odnos aktivnog organa, vlade koja traži od parlamenta da donese neki pravni akt, i pasivnog organa, parlamenta koji čeka da mu vlada podnese predlog akta. Izvršna vlast je u parlamentarnim državama bicefalna, ima dve glave: predsednika republike ili monarha, i vladu.

Šef države

U Srbiji je Ustavom izvršna vlast podeljena između predsednika Republike i vlade. Iako Ustav, kako smo videli, izvršnu vlast dodeljuje vladi, predsednik Republike je kao „simbol državnog jedinstva" daleko više od „ceremonijalne političke figure" parlamentarizma zapadno-

[18] I Ugovorom o funkcionisanju Evropske unije od 2007. (*The Treaty on the Functioning of the European Union*).

[19] Član 13/2 Ugovora.

[20] Članovi: 14/1, 15/1, 16/1, 17/1, 19/1, 22/1 Ugovora.

[21] Sajmon Hiks (Hix), *Politički sistem Evropske unije*, Beograd, 2007, str. 25.

evropskih monarhija. Kao uzor ustavnog položaja predsednika Republike poslužili su i politički sistemi koji favorizuju jakog šefa države.[22] Ustavotvorac je šefu države dao po njega bolji način dolaska na vlast – neposredan izbor od strane građana.[23] Mandat predsednika Republike od pet godina je duži od perioda na koji se biraju poslanici i vlada, što takođe snaži položaj šefa države, dajući mu ulogu čuvara kontinuiteta vlasti između dva izborna ciklusa.[24]

Predsednik Republike uživa ovlašćenja širokog dijapazona; od prava izrazito političkog karaktera, preko prava koja ga čine neizbežnim delom aparata podele vlasti, do ceremonijalnih i protokolarnih dužnosti koje su prirodan deo svake funkcije šefa države. Kao politički odgovornom organu, sa autoritetom predstavnika državnog jedinstva, predsedniku Republike je ostavljeno pravo da odluke donosi samostalno – nije potrebno da ih član ili predsednik vlade premapotpiše.[25] U ustavnoj podeli vlasti predsednik Republike ima pravo da predlaže mandatara za sastav vlade. Ovo pravo predsednika Republike nema protokolarni već stvarni politički značaj, jer se srpske vlade formiraju kao koalicione.[26]

U odnosu na zakonodavnu vlast predsednik Republike ima pravo suspenzivnog zakonskog veta kojim može da odloži, a ako se u novom glasanju ne postigne većina od ukupnog broja narodnih poslanika, i onemogući stupanje zakona na snagu. Takođe, predsednik Republike može da raspusti Narodnu skupštinu na obrazložen predlog vlade, osim slučajeva

---

[22] Politički sistem Francuske pete republike, pre svih, zatim sistemi Finske, Portugalije, tu su još Poljska, Rusija, Rumunija, neke zemlje Latinske Amerike… Sadržina o predsedniku države u Ustavu od 1990. u velikoj meri je preuzeta iz francuskog Ustava od 1958. Aleksandar Đurđev, *Ustavno pravo*, II, Novi Sad, 2001, str. 165, Nenad Dimitrijević, „Ustav po meri čoveka“, *Nedelja* od 7. oktobra 1990, Sarajevo.

[23] Član 114 Ustava od 2006. Ustav ostavlja zakonu da regulišu način izbora – predsednik Republike je kandidat koji dobije više od polovine glasova građana izašlih na izbore, s tim da u drugom krugu odziv birača ne mora biti natpolovičan.

[24] Aleksandar Fira duži mandat predsednika Republike obrazlaže potrebom kontinuiteta između dva izbora drugih organa (vlade i skupštine, prim. S. O.). *Zapisi o pravnom poretku*, Beograd, 1996, str. 164. Mandat predsednika se produžava za vreme ratnog ili vanrednog stanja, odnosno neposredne ratne opasnosti, opet iz razloga neprekidnosti vlasti.

[25] „U ustavnim sistemima...u kojima nema premapotpisa...šef države nije odgovoran, ali ustav propisuje izuzetke od ovog pravila i navodi slučajeve kada protiv šefa države može biti podneta optužba.“ Marijana Pajvančić, *Ustavno pravo – ustavne institucije*, Novi Sad, 2007, str. 278. Srbija spada u grupu tih ustavnih sistema.

[26] Predlaganje mandatara od strane monarha, npr. u Velikoj Britaniji, je protokolarnog značaja jer je, zahvaljujući većinskom izbornom sistemu koji je stvorio i čuva samo dve velike političke partije, uvek jedna politička opcija (stranka) apsolutni pobednik na izborima.

kada se zakonodavno telo *ex constitutione* mora raspustiti.[27] Ovde predsednik Republike „kao neka vrsta formalnog i stvarnog presuditelja spora između zakonodavne i izvršne vlasti“,[28] donosi odluku ostajući i dalje na političkoj sceni. I druga ovlašćenja predsednika Republike kao što su kadrovski prerogativi, nadležnosti za vreme kriznih stanja, rukovođenje vojskom i dr., zatim način njegovog izbora i razrešenja (odluke Ustavnog suda i 2/3 skupštinske većine), dužina mandata, jaka politička baza – po pravilu je lider političke partije, čine ovog nosica izvršne vlasti istaknutom političkom figurom koja ima čime da „predstavlja Republiku Srbiju u zemlji i inostranstvu.“[29]

Nije jednostavno dati odgovor na pitanje bivšeg američkog državnog sekretara, Henrija Kisindžera (Kissinger): „Koga treba da zovem ukoliko želim da razgovaram sa Evropom?“,[30] jer Evropska unija nema šefa države poput republika ili monarhija. Lisabonski ugovor nije predvideo funkciju (instuituciju) predsednika Unije, kao individue, koji bi imao ustavno ovlašćenje da predstavlja ovaj politički entitet u spoljnim i unutrašnjim odnosima.[31] Ovo je velika razlika u poređenju sa organizacijom vlasti u savremenim državama, koja donekle komplikuje kako unutrašnji odnos između organa dve grane vlasti tako i predstavljanje unije prema trećim zemljama. Naime, postoji nekoliko organa koji imaju deo ovlašćenja šefa države, ali ni jedan od njih ne bi se mogao nazvati inokosnim nosiocem dela izvršne vlasti. U tom smislu, organizaciju izvršne vlasti Unije nije jednostavno porediti sa dualnom izvršnom vlasti kakva je u Srbiji i nekim drugim državama (Francuska, Rusija, Hrvatska...)

Od nosilaca funkcija i organa Unije, možda najbliži funkciji šefa države je predsednik Evropskog saveta. Ipak, poredeći ga sa predsednikom Republike nailazimo na brojne razlike. Predsednik Evropskog saveta, po Ugo-

---

[27] Po sili Ustava od 2006. Narodna skupština se raspušta (zapravo prestaju poslanički mandati) ako u roku od 90 dana od dana konstituisanja ne izabere vladu (član 109/3 Ustava), ako ne izabere novu vladu u roku od 30 dana od izglasavanja nepoverenja (član 130/4 Ustava), odnosno ako ne izabere novu vladu u roku od 30 dana od dana konstatacije ostavke predsednika vlade (član 132/5 Ustava).

[28] Miodrag Jovičić, *Kuda ideš Srbijo?*, Beograd, 1995, str. 50.

[29] Član 112 Ustava.

[30] Dnevni list „Borba“ od 16. juna 2009, http://www.borba.rs, [3. jul 2009].

[31] Termin predsednik Evropske unije (President of the European Union) počeli su da koriste pre svega mediji pogađajući koji bi od bivših političara „velikog formata“ bio kandidat za tu „prvu“ funkciju Unije, pominjući bivšeg britanskog premijera Tonija Blera (Blair), bivšeg španskog premijera Felipea Gonzalesa (Gonzalez), bivšeg premijera Luksemburga Žana-Kloda Junkera (Juncker), Irske Bertija Ahena (Ahern), bivšeg austrijskog kancelara Volfanga Šisela (Schuessel)... http://www.bbc.co.uk, http://www.danas.rs, [10. avgust 2009].

voru: „obezbeđuje, na svom nivou i u tom svojstvu, predstavljanje Unije na spoljnom planu u poslovima zajedničke spoljne i bezbedonosne politike, bez povrede nadležnosti Visokog predstavnika Unije za spoljne poslove i bezbedonosnu politiku.“[32] Ovo je jedna od funkcija koju ima predsednik Republike, koju dalje deli sa vladom (predsednikom vlade). Predsednik Evropskog saveta je u predstavljanju Unije ograničen dvojako: istom nadležnošću Visokog predstavnika Unije i domenom koji se odnosi samo na zajedničku spoljnu i bezbedonosnu politiku. Pravo predstavljanja Unije od strane predsednika Evropskog saveta suženo je i dalje pravom Evropske komisije da „obezbeđuje predstavljanje Unije prema spoljnom svetu“, pa čak i pravom država-članica da u međunarodnim organizacijama i na međunarodnim konferencijama „zastupaju stavove Unije.“[33]

Ono što slabi političku poziciju ove funkcije, makar i promenila naziv u „predsednik Evropske unije“, jeste posredan način izbora, nedug mandat i isti uslovi izbora i razrešenja. Evropski savet bira svog predsednika kvalifikovanom većinom, na dve i po godine sa mogućnošću jednog reizbora (predsednik Republike, videli smo, može biti na vlasti celih 10 godina).[34] Kao razloge razrešenja Ugovor navodi sprečenost ili ozbiljnu grešku usled kojih se istom kvalifikovanom većinom predsednik Evropskog saveta može razrešiti.[35]

Ugovor uređuje položaj predsednika Evropskog saveta, ali ne kao inokosnu funkciju šefa države koja danas preovlađuje u državama.[36] U tom smislu, nadležnosti predsednika Evropskog saveta su uglavnom vezane za taj organ: predsedava i rukovodi radom Evropskog saveta, obezbeđuje kontinuitet i pripremu rada, olakšava usklađivanje stavova i postizanje konsenzusa. U izboru Komisije (uslovno rečeno – vlade) učestvuje Evropski savet, a ne njegov predsednik, predlažući Evropskom parlamentu kandidata za predsednika Komisije (mandatar). Nakon što Evropski parlament izglasa poverenje (budućem) predsedniku i drugim članovima Komisije, Evropski savet će imenovati Komisiju kvalifikovanom većinom.

Zabranom predsedniku Evropskog saveta da vrši funkciju na nacionalnom (državnom) nivou, ističe se njegova nadnacionalna priroda i ujedno pokazuje ambicija Ugovora za jačanje Unije. U Evropskom savetu – telu najvišeg mogućeg političkog nivoa koje, pored drugih funkcionera, čine šefovi država ili vlada država-članica, naglašeno je mesto predsedni-

[32] Član 15/6 Ugovora.

[33] Članovi: 17/1 i 34/1 Ugovora.

[34] Još uvek (do 1. januara 2010) se ovaj funkcioner menja svakih šest meseci u skladu pravilima o rotiranju država-članica u predsedavanju Evropskim savetom.

[35] Član 15/5 Ugovora.

[36] Osim izuzetaka, npr. u Bosni i Hercegovini.

ka. Time su, na neki način, najviši nacionalni predstavnici postavljeni ispod nadnacionalnog, evropskog funkcionera – predsednika Evropskog saveta. Ovo je možda plodno tle za prerastanje ove funkcije u instituciju predsednika Evropske unije, koje bi se odvijalo paralelno sa tranformacijom Unije u, recimo, Evropsku federaciju. Za takav budući karakter sadašnjeg predsednika Evropskog saveta nužno je još više individualizovati funkciju u odnosu na Evropski savet ili je konačno izmestiti izvan ovog organa, i proširiti njegove nadležnosti na polja kao što su: zakonodavni i ustavotvorni postupak (veto, inicijativa), vojni poslovi (komandovanje, postavljenja), diplomatija, eventualno vanredne prilike, kadrovska ovlašćenja...

Funkciju šefa države, koju jednim delom vrši predsednik Evropskog saveta, dopunjuju neki drugi organi: Visoki predstavnik Unije za spoljne poslove i bezbedonosnu politiku (u daljem tekstu: Visoki predstavnik), i predsedavajući Saveta. Ipak i jedan i drugi funkcioner su još dalje od položaja šefa države nego predsednik Evropskog saveta.

Visoki predstavnik je organ koji vrši deo poslova izvršne vlasti unutar tzv. drugog stuba – poslovi zajedničke spoljne i bezbedonosne politike. Na prvi pogled ova funkcija bliža je poziciji ministra spoljnih poslova nego šefa države,[37] ali je politički značajnija od funkcije člana vlade zaduženog za resor spoljnih poslova. Visoki predstavnik je potpredsednik Evropske komisije, ali ga ne imenuje predsednik Komisije (kao ostale potpredsednike), već Evropski savet, kome je i odgovoran. Visoki predstavnik kao potpredsednik Evropske komisije mora uživati poverenje Evropskog parlamenta – „podleže izglasavanju poverenja od strane Evropskog parlamenta.“[38] Visoki predstavnik vrši i druge funkcije: učestvuje u radu Evropskog saveta, Generalni je sekretar Sekretarijata Saveta, predsedava Savetom za spoljne poslove, i dr. Nepostojanje sličnog nosioca funkcije unutar izvršne vlasti parlamentarnih država kazuje nam da se radi o „hibridnom“ organu vlasti. Visoki predstavnik učestvuje u kreiranju spoljne i bezbedonosne politike (u čemu mu pomaže Evropska služba za spoljne poslove) i zajedno sa državama-članicama je sprovodi. Ugovor kaže da Visoki predstavnik: „doprinosi svojim predlozima pripremi“ te politike i „osigurava sprovođenje odluka Evropskog saveta i Saveta.“

U Srbiji predsednik Republike predstavlja državu u zemlji i inostranstvu, a po Ugovoru „Visoki predstavnik predstavlja Uniju kada

[37] Odbačeni Ustav Evropske unije (2004) sadrži odredbe o „Ministru spoljnih poslova Unije“ (Union Minister for Foreign Affairs).

[38] Članovi: 17/7, 18/1 Ugovora.

se radi o pitanjima zajedničke spoljne i bezbedonosne politike“, „u ime Unije vodi političke razgovore sa trećim stranama i iznosi stavove Unije u međunarodnim organizacijama i na međunarodnim konferencijama“, zajedno sa Savetom „obezbeđuje jedinstvo, koherentnost i delotvornost akcija Evropske unije.“[39] Visoki predstavnik može sazvati sednicu Saveta, predložiti Savetu donošenje neke odluke, ima obavezu da konsultuje Evropski parlament o aspektima i pravcima razvoja spoljne i bezbedonosne politike i da ga informiše o tom razvoju.

Visokog predstavnika ne bira narod (niti parlament), već Savet uz dogovor sa predsednikom Evropske komisije. Visoki predstavnik nema ingerencija prema parlamentu kao što su pravo raspisivanja izbora, raspuštanja, veta i dr, ne predlaže mandatara za sastav vlade, nije vrhovni komadant oružanih snaga, ali, kao što smo videli, ima znatan deo izvršne vlasti. Otuda ima osnova da pozovemo upravo ovog funkcionera kada želimo da „razgovaramo sa Evropskom unijom.“

Nije jednostavno stvari izneti na čistac ni kada je u pitanju položaj predsednika Saveta. Kako je napred napisano, Savet vrši i zakonodavnu i izvršnu vlast, što nas navodi da pretpostavimo da i čelnik ovog organa – predsednik Saveta, takođe ima deo zakonodavne i izvršne vlasti. Ipak, iz odredbi Ugovora ne može se potvrditi takva hipoteza, iz više razloga. Predsednik Saveta je čelnik ovog tela, ali nije inokosni, birani funkcioner već je član vlade (ministar inostranih poslova) države-članice koja predsedava Evropskom unijom.[40] Kratak šestomesečni period na koji se imenuje predsednik Saveta i unapred utvrđen ključ postavljanja na predsedničko mesto, sprečavaju individualizaciju ove funkcije.

Ugovor i ne sadrži posebna ovlašćenja predsednika Saveta niti ovu funkciju ističe na drugi način. Štaviše, u Ugovoru se funkcija predsednika Saveta gotovo i ne pominje, što nam kazuje da je on tek prvi među jednakim članovima Saveta. Ugovor poznaje „predsedavanje odgovarajućim Savetom“ (npr. Savet za opšte poslove), a tek u završnim odredbama Ugovora dato je predsedniku Saveta jedno „tehničko ovlašćenje“ – da „sazove konferenciju predstavnika vlada država članica u cilju postizanja

[39] Članovi: 24/1, 26/2, 26/3, 27/1, 27/2 Ugovora. I u oblasti zajedničke spoljne i bezbednosne politike zbog nedostatka nadnacionalnog (supranacionalnog) elementa, država-članica se nisu mogle prinuditi da prihvate odluku mimo njihove volje. T. C. Hartley, *ibidem*, p. 28.

[40] Predsedavanje ili predsedništvo Evropskom unijom (The Presidency) je pravo države-članice da, po sistemu šestomesečne rotacije, preko svojih funkcionera šefa države ili premijera i ministra inostranih poslova, organizuje rad i reprezentuje Evropski savet i Savet, a time i Evropsku uniju.

dogovora o izmenama koje treba izvršiti u Ugovorima."[41] Sva ostala ovlašćenja u vezi sa Savetom Ugovor daje „članovima Saveta", odnosno Savetu kao celini. Otuda, položaj predsednika Saveta teško možemo poistovetiti sa ustavnim položajem predsednika Republike koji je inokosni nosilac dela narodnog suvereniteta.

Nasuprot Ugovoru, predsednik Saveta je danas, unutar onoga što se zove predsedavanje Unijom, još uvek značajan nosilac vlasti. I on je, poput predsednika Evropskog saveta i Visokog predstavnika, deo lica i glasa Unije, zbog toga što organizuje rad Saveta, predsedava njime i predstavlja ga, zatim zajedno sa drugim nosiocima vlasti zastupa Uniju prema trećim državama i međunarodnim organizacijama, uzima učešće u radu evropske Trojke i dr. Ovo kazuje da funkcija predsednika Saveta pored administrativne i dalje ima i političku težinu.

Vlada

Kada je reč o drugom organu egzekutive – vladi, Evropska unija je u pogledu organizacije vlasti mnogo bliža današnjim državama. Sličnosti između Vlade Republike Srbije i Evropske komisije su kudikamo veće, nego što je to slučaj sa položajem šefa države.

Vlada je nosilac izvršne vlasti u Republici Srbiji. Ustav pretpostavkom nadležnosti vođenja politike[42] daje vladi respektabilan položaj, ali ona, kako smo videli, nije izvršna vlast *par excellence*. Pitanje eventualnog nedostatka političke moći Vlade ne postavlja se zbog manjka dovoljno brojnih i značajnih ingerencija, već zbog „senke" koju na nju može da baci predsednik Republike (koji je uglavnom bio i partijski šef ministrima).

Vlada se formira od strane poznatog dvojca; šefa države i parlamenta. Predsednik Republike, predlaže mandatara koji pravi tim potencijalnih ministara, kreira program buduće Vlade i traži poverenje Narodne skupštine. Ukoliko predloženi mandatar ne dobije podršku većine od ukupnog broja poslanika Skupštine, predsednik Republike može predložiti drugog mandatara, i tako sve do isteka Ustavom propisanih rokova.[43]

---

[41] Član 48/4 Ugovora. I u Ugovoru o funkcionisanju Evropske unije može se videti da funkcija predsednika Saveta nije istaknuta u odnosu na članove Saveta – tako je članom 237 propisano da se „Savet sastaje na zahtev njegovog predsednika, jednog od članova Saveta ili Komisije."

[42] Član 9 Ustava od 1990, član 122 Ustava od 2006. Sadašnji Ustav daje Vladi pored prava da „vodi" politiku i pravo da politiku „utvrđuje", mada i pojam „voditi" podrazumeva konstruktivnost, kreiranje (za razliku od, recimo, glagola „izvršavati" iz kojeg je izvedena imenica izvršna vlast).

[43] Rokovi za formiranje Vlade su 90 i 30 dana. Vidi članove: 109, 130 i 132 Ustava.

Kada se Vlada izabere njen mandat je, po prirodi parlamentarizma, vezan za podršku zakonodavne vlasti i traje najduže koliko i Skupština u istom sazivu – četiri godine. Vlada može svoj mandat sama skratiti (ostavka premijera ili cele Vlade), može joj prestati mandat usled više sile (smrt premijera), ali za funkcionisanje parlamentarnog aparata najveću težinu ima izglasavanje nepoverenja Vladi, kojem može da predhodi rasprava povodom interpelacije (politička odgovornost vlade). Vladi ili članu Vlade se izglasava nepoverenje istom većinom kojom su i izabrani.[44]

Kao aktivnoj, izvršnoj vlasti, Vladi je ponekad politički nužno da kuša volju Skupštine i kroz dobijenu podršku dopuni autoritet za donošenje i sprovođenje važnih odluka, platformi, programa. Ona to čini putem glasanja o poverenju Vladi.

Vladu čine predsednik, jedan ili više potpredsednika i ministri. Takvim redosledom ustanovljena je hijerarhija unutar vlade: predsednik Vlade je čelnik, vodi i usmerava vladu, predstavlja je u opštenju sa drugim organima, predsedava sednicama, ali glas predsednika nije vredniji od glasa ministra. U srpskom pravu umereno je istaknut položaj prvog ministra; članovi vlade su i premijeru odgovorni za svoj rad (mada ih on ne može razrešiti), njemu podnose ostavku, predsednik Vlade je dobio ingerencije u ratnim i vanrednim stanjima. Vlada donosi odluke većinom od ukupnog broja članova.

Potpredsednici su predsednikovi pomoćnici, a njihov broj u Vladi je često rezultat političkih kompromisa.[45] Ministri formalno imaju jednak položaj u Vladi (za razliku od npr. francuske vlade), ali su neka ministarstva politički prestižnija, npr. spoljni poslovi, vojska, unutrašnji poslovi... Predsednik i članovi Vlade uživaju imunitet istog kvaliteta kao i narodni poslanici.[46]

---

[44] Zahtev zakonodavne vlasti za smenu Vlade mora biti podržan određenim brojem poslanika (60) i mora proći određeno vreme - najmanje 3, a najviše 15 dana od podnošenja zahteva do glasanja (član 213 Poslovnika Narodne skupštine Republike Srbije od 18. februara 2009. godine), čija je svrha političko pregovaranje, smirivanje strasti i da bi „poslanici imali vremena da o predlogu razmisle i konsultuju se u svojoj poslaničkoj i političkoj grupi." Irena Pejić, *Parlamentarno pravo*, Niš, 2006, str. 247.

[45] Tako je Vlada formirana nakon izbora održanih u decembru 2000. godine imala sedam potpredsednika, što je bilo uzrokovano participiranjem u vlasti velikog broja političkih partija i grupacija, čak 18 (Demokratska opozicija Srbije).

[46] Ali, za razliku od imuniteta predsednika Republike o kome je jasno da rešava drugi organ (ustavi su izabrali zakonodavnu vlast), odlučivanje o imunitetu članova Vlade ima kontradiktorne opcije. Po članu 134 Ustava odluka o imunitetu predsednika i člana Vlade ostaje u izvršnoj vlasti, tj. u Vladi, dok je po članu 105 Ustava i Skupština ovlašćena da većinom glasova narodnih poslanika odlučuje o ukidanju imuniteta članovima

Ustav članstvo u Vladi smatra nespojivim sa, između ostalih, poslaničkom funkcijom, funkcijom u organima teritorijalne autonomije i lokalne samouprave, kako bi se izbegao sukob opšteg i privatnog interesa u ličnosti nosioca javne funkcije.[47]

Vlada obavlja standardna ovlašćenja parlamentarne vlade; jednu grupu poslova Vlada vrši samostalno, dok je u drugoj grupi državnih delatnosti Vlada uz predsednika ili parlament jedna od poluga mehanizma konkretne nadležnosti.

Osnovni instrument Vladinog utvrđivanja i vođenja politike su zakoni. Kao i u većini drugih država, Vlada je tvorac gotovo svih zakona.[48] Parlamentarni sistem potiskuje stvarno odlučivanje zakonodavne vlasti jer ista većina koja podržava Vladu, podržava i njene zakonske predloge. Vlada, odnosno predsednik Vlade sarađuje sa drugim delom izvršne vlasti i sa zakonodavstvom za vreme stanja nužde, pod uslovima propisanim Ustavom. Mere odstupanja od ljudskih i manjinskih prava koje Vlada donese za vreme vanrednog stanja su vremenski ograničenog trajanja (90 dana), a ako i dalje postoje okolnosti koje su uzrokovale njihovo donošenje mogu se jednom obnoviti u istom trajanju.

Vlada donosi podzakonske akte koji služe izvršenju zakona, ne i uredbe sa zakonskom snagom. Vlada samostalno formira strukturu ministarstava i drugih organa uprave, te organe usmerava u radu i popunjava ih kadrovima. Pravom Vlade da poništi niže pravne akte suprotne zakonu i podzakonskim propisima obezbeđuje se jedinstvena primena zakona i doprinosi građanskoj jednakosti u pravnoj državi. Vlada po potrebi donosi i pojedinačne pravne akte zasnovane na zakonu i podzakonskim aktima.[49]

Priča o vladinim ovlašćenjima nije završena Ustavom jer Vlada vrši i druge poslove koji su predviđeni zakonom. Vladi su, dakle, date najobimnije i najzahtevnije nadležnosti izvršne vlasti, mada ne uvek i najvažnije.

Koliko je teško utvrditi ko zapravo vrši poslove čelnika Evropske unije (možda budućeg „predsednika“), toliko je lako uočiti da većinu po-

---

Vlade, što nije u skladu sa načelom podele vlasti. Dakle, ako Vlada sama „ne da“ svoga člana sudskoj vlasti, to može mimo Vlade učiniti zakonodavno telo.

[47] Nespojivost ministarske funkcije sa drugim delatnostima dalje se razrađuje Zakonom o sprečavanju sukoba interesa pri vršenju javnih funkcija („Službeni glasnik RS“, br. 43/04).

[48] Vidi: Slobodan Antonić, *„Parlamentarizam u Jugoslaviji 1990 -1996“*, Arhiv za pravne i društvene nauke, 2/1997, Beograd, str. 188-189. U vreme pisanja ovog rada (jul 2009) od stotinjak predloga zakona koji su u skupštinskoj proceduri, oko 85% su predlozi Vlade.

[49] Član 136 Ustava od 2006.

slova koji spadaju u nadležnost parlamentarne vlade obavlja Evropska komisija. Iako je Komisija sastavljena od predstavnika država-članica, po formuli: jedna država – jedan član, često se ističe njen nadnacionalni karakter, koga štiti i Ugovor. Način formiranja, nadležnost i odgovornost jesu elementi položaja Komisije koji je čine sličnom parlamentarnoj vladi, ali neke druge osobenosti, npr. bliska veza sa Savetom, sastav i dr. to ne potvrđuju. Polje na kojem Evropska komisija vrši poslove egzekutive uže je od domena Vlade Srbije, jer izvršnu vlast u Uniji ne dele šef države i vlada, već bar „četiri glave": Evropska komisija, Savet, Visoki predstavnik i Evropski savet. Otuda Ugovor i ne sadrži izričitu odredbu kojom bi Komisiji dodelio izvršnu vlast.

Postupak izbora (Ugovor koristi termin: „imenovanje") Evropske komisije je nešto drugačiji od parlamentarnog modela izbora vlade gde šef države predlaže mandatara koji, da bi postao premijer, mora da dobije podršku parlamenta. Evropski savet je organ koji, poput predsednika Republike, „predlaže Evropskom parlamentu kandidata za predsednika Komisije." Pre nego što predloži mandatara Komisije, Evropski savet će sprovesti konsultacije, a osnov celog postupka su rezultati izbora za Evropski parlament.[50] Ukoliko kandidat iza koga stoji najmanje kvalifikovana većina Evropskog saveta ne dobije podršku Parlamenta, postupak se ponavlja tako što se predlaže novi kandidat u roku od mesec dana.[51]

Ako Parlament da podršku predsedniku Komisije, u dalji postupak obrazovanja Komisije ulazi Savet koji „u dogovoru sa izabranim predsednikom Komisije, utvrđuje listu drugih lica sa koje namerava da imenuje članove Komisije", i države-članice koje daju sugestije u pogledu lica sa liste, tj. budućih članova Komisije. Predsednik Komisije, Visoki predstavnik (potpredsednik Komisije), i drugi članovi, kao kolegijum, moraju dobiti poverenje Evropskog parlamenta. Ako se to desi postupak se vraća u Evropski savet koji kvalifikovanom većinom konačno imenuje Komisiju. U suprotnom, cela procedura se ponavlja.

Iako je postupak formiranja Evropske komisije počeo i završio se u jednom organu – Evropskom savetu, Komisija je odgovorna drugom – Evropskom parlamentu. Parlament Komisiji, kao kolegijalnom organu,

[50] Evropski parlamet nije nacionalno već ideološki izdiferenciran – stranke obrazuju partijske grupe prema programskoj orjentaciji: levica, desnica, centar... odnosno, evropski socijalisti, evropski narodnjaci, evropske demokrate, liberalne demokrate, zeleni...

[51] Član 17/7 Ugovora. „Ukoliko Ugovorima nije drugačije predviđeno, Evropski parlament odlučuje većinom glasova prisutnih članova" (član 231 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije).

može izglasati nepoverenje u toku njenog petogodišnjeg mandata.[52] I ovde postoji ono što smo nazvali „smirivanje strasti" – o predlogu za izglasavanje nepoverenja Komisiji može se glasati najranije tri dana od podnošenja zahteva. Ako se predlog o izglasavanju nepoverenja usvoji, članovi Komisije podnose kolektivnu ostavku.[53] Dvotrećinska većina potrebna za izglasavanje nepoverenja čini Komisiju stabilnom u odnosu na Parlament, pa Ugovor i nije predvideo „kontra mere" za račun Komisije – glasanje o poverenju ili pravo raspuštanja Parlamenta.

U postupku formiranja i izglasavanja nepoverenja Komisiji nalazimo sličnosti sa parlamentarnom vladom, a kada je u pitanju sastav Komisije ona podseća i na kancelarsku vladu. Članovi Komisije moraju imati opštu sposobnost, evropsko angažovanje i njihova „nezavisnost mora biti van svake sumnje." Iako su, dakle, regrutovani iz svake zemlje-članice[54], Ugovor potencira njihov evropeizam.

U strukturi Komisije Ugovorom je istaknut položaj predsednika, koji je i član Evropskog saveta, ali ni njegov glas prilikom odlučivanja nije vredniji od glasa člana Komisije. On utvrđuje smernice delovanja Komisije, unutrašnju organizaciju, obezbeđuje jedinstvo, delotvornost i kolegijalnost Komisije i, poput kancelara, nadređen je članovima Komisije. Predsednik imenuje prvog potpredsednika i potpredsednike Komisije (jedino je Visoki predstavnik potpredsednik Komisije po sili Ugovora) iz reda članova Komisije. Članovi Komisije (Ugovor ne poznaje termin „komesar") su na čelu resora i odgovorni su za svoj i rad resora. Kao i u vladama država i ovde postoje više ili manje cenjeni resori, a stim u vezi i insistiranje država-članica na onim „boljim."[55]

Član Komisije podnosi ostavku kada to od njega zatraži predsednik, dok samo sa ostavkom Visokog predstavnika mora da se saglasi Evropski savet. Pored ostavke, funkcija članu Komisije prestaje smrću i razrešenjem. Ukoliko kod članova Komisije postoje ozbiljni propusti u obavljanju dužnosti, može ih razrešiti i Sud pravde, na zahtev Saveta ili Komisije.[56] Jedino organ koji je izabrao članove Komisije, Evropski parlament, ne može da utvrdi i njihovu pojedinačnu odgovornost.

---

[52] Evropski parlament je prinudio Komisiju čiji je predsednik bio Žak Santer (Santer) da podnese ostavku zbog optužbi o proneverama, 1999.

[53] Dok Visoki predstavnik podnosi ostavku samo na funkcije koje obavlja u Komisiji (potpredsednik). Član 17/8 Ugovora, član 234 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije.

[54] „Članovi Komisije se biraju između građana država članica na osnovu ravnopravnog sistema rotacije država članica, koji na zadovoljavajući način odražava demografsku i geografsku sliku svih država članica." Član 17/5 Ugovora. Vidi:. član 244/a i 244/b Ugovora o funkcionisanju Evropske unije.

[55] Nevenko Misita, *Osnovi prava Evropske unije*, Sarajevo 2002, str. 406.

[56] Član 247 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije.

Odredba o „nezavisnosti van svake sumnje“ članova Komisije se može tumačiti kao nespojivost funkcije člana Komisije sa nekom drugom delatnošću u organima država-članica ili Unije. Ona se dalje razrađuje zabranom članovima Komisije da budu „angažovani na bilo kojoj drugoj, plaćenoj ili neplaćenoj, profesionalnoj delatnosti za vreme trajanja mandata.“ Kršenje ove zabrane povlači razrešenje, lišavanje prava na penziju i drugih nadoknada članu Komisije, po odluci Suda pravde a na zahtev Saveta.[57] Ugovor nema odredbe o procesnom imunitetu članova Komisije, koji štiti od krivičnog gonjenja, niti o materijalnom imunitetu, koji isključuje odgovornost za izneto mišljenje ili glasanje.

Evropska komisija je organ izvršne vlasti koji vrši „koordinacione, izvršne i upravne funkcije.“ Poput parlamentarne vlade, Komisija je i kreator politike Unije – „preduzima mere za izradu godišnjih i višegodišnjih programa Unije...“, „unapređuje opšte interese Unije i u tom cilju preduzima potrebne inicijative.“ Politika države se vidi u zakonima, a u tom domenu Komisija je neprikosnovena jer „zakonodavni akt Unije može biti usvojen samo na predlog Komisije, izuzev ako Ugovori drugačije predviđaju.“ I „drugi akti se usvajaju na predlog Komisije kada je to predviđeno Ugovorima,“ pa je, zapravo, Komisija tvorac prava Evropske unije.[58]

Evropska komisija je tehnički sposobna[59] da odgovori i drugim svojim dužnostima: da obezbedi primenu Ugovora i mera koje donose institucije, da nadgleda primenu prava Unije, uz kontrolu Suda pravde, da izvršava budžet, da svake godine objavi opšti izveštaj o aktivnostima Unije i to mesec dana pre početka zasedanja Parlamenta. Tako, „nadgledanje“ i „obezbeđivanje primene“ znači da ukoliko Komisija proceni da neka država-članica nije ispunila neku obavezu proizašlu iz Ugovora ili nije preduzela neophodne mere za izvršenje odluke Suda pravde, može izneti predmet pred Sud i predložiti (utvrditi) visinu paušalnog iznosa ili novčane kazne. Ali i Komisija, kao i druge evropske institucije, može biti od strane države-članice tužena Sudu pravde ukoliko se uzdrži od delovanja u slučaju povrede Ugovora ili propusti da donese neki akt.[60]

---

[57] Član 245 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije.

[58] Volumen evropskih propisa naziva se acquis communautaire (komunitarno pravo), obima.

[59] Pod „tehničkom sposobnošću“ podrazumevamo postojanje administracije koju čini više od 32 000 službenika (2007), na čelu sa Generalnim sekretarom.

Vidi: http://en.wikipedia.org/wiki/European_Commission, [12. avgust 2009].

[60] Član 17/1 Ugovora, članovi:. 249/2, 258, 260, 265 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije.

Komisija ima prava i dužnosti kako u oblastima isključive nadležnosti Unije, kao što su trgovinska politika, ribarstvo, carinska i monetarna politika, tako i u oblastima koje Unija deli sa državama-članicama, npr. unutrašnje tržište, poljoprivreda, energija, transport. Delatnost Komisije se sastoji od predlaganja propisa, izvršavanja akata koje donose Savet i Evropski parlament, izvršavanja direktiva, sprovođenja aktivnosti i sl. Sve odluke i mere Komisija („Kolegijum komesara") donosi konsenzusom, a kada to nije moguće za odluku se zahteva apsolutna većina, što znači da su uzdržavanje i neprisustvovanje glasanju jednaki glasanju protiv.[61]

Ispod Komisije imamo brojnu upravnu vlast koja je podeljena u organizacione oblike: generalne direktorate, direktorate, jedinice, službe, urede i druga stalna i ad hoc tela. Na čelu ove hijerarhijski i resorno uređene administracije stoje članovi Komisije i Komisija kao celina.

Na koncu, i Evropsku komisiju bismo mogli pozvati ako „želimo da razgovaramo sa Evropom" imajući u vidu da po Ugovoru „sa izuzetkom zajedničke spoljne i bezbedonosne politike", rezervisane za Visokog predstavnika, „u ostalim slučajevima predviđenim Ugovorima, ona obezbeđuje predstavljanje Unije prema spoljnom svetu." Komisija to čini putem svog predsednika ili člana zaduženog za spoljne poslove i evropsku politiku prema susedima.

Zaključna razmatranja

Pogled na organe izvršne vlasti Evropske unije uređene Ugovorima od 2007. godine, a imajući u vidu model izvršne vlasti Republike Srbije, može nam delimično dati odgovor na pitanje s početka: da li je Unija država?

Svaka država ima izvršnu vlast, što podrazumeva kako organe koji tu vlast vrše tako i same poslove egzekutive. Videli smo da Evropska unija ima izvršnu vlast, drugim rečima ima *organe* koji vrše *nadležnosti* te grane vlasti. Ipak, i kod organa i kod nadležnosti nalazimo i neke posebnosti koje zamagljuju sliku o izvršnoj vlasti Unije kao državnoj vlasti.

Kada je reč o organima izvršne vlasti, Unija nema šefa države sa pravno uređenim mandatom, nadležnostima, odgovornošću, koji bi po položaju ličio na predsednika npr. Srbije ili neke druge evropske republike. U Uniji postoji predsedništvo – predsedavanje Unijom, bez individualizacije i liderstva. Takođe, nalazimo i druge organe koji vrše deo poslova

[61] S. Hiks, *ibidem*, str. 57.

predsednika republike u državi racionalizovanog ili klasičnog parlamentarizma.

Pogledom na Evropsku komisiju mnogo je lakše otkriti konture vlade neke evropske države. „Druga glava" izvršne vlasti postoji u Uniji, poput vlade u savremenoj državi, i ona je pokretač razvoja, daljih integracija, kreator ali i izvršilac pravnih akata. Dakle, Evropska unija i da je država imala bi samo vladu, jer poslove šefa države vrši nekoliko organa (institucija).

Kada su u pitanju poslovi izvršne vlasti, Evropska unija nema bitnu odliku države – suverenost,[62] niti ima samostalnost u vršenju državnih poslova. Poslovi izvršne vlasti su predmet podele po oblastima društvenog života između organa Unije i država-članica. Iako je danas upitno koja je država suverena (možda samo dve, tri najmoćnije) imajući u vidu političku, pravnu i ekonomsku globalizaciju, ipak nedostatak bar proklamacije suverenosti u Ugovoru o Evropskoj uniji govori nam da taj najviši akt još uvek nije ustav, a da Evropska unija nije država. Suverenost zadržava narod države-članice, a ne „evropska nacija." Tu suverenost evropski narodi prenose izborima na funkcionere organa svojih država, od kojih neki vrše funkcije i na nivou Unije. Tek je Evropski parlament odraz volje građana svake države-članice, ali to je nedovoljno za zaključak u prilog suverenosti Unije.

Nedostatak suverenosti za posledicu ima konkurenciju nadležnosti organa izvršne vlasti država-članica i Unije, pa je tek za neke društvene oblasti nadležna isključivo Unija. Kako pojam države ne prihvata podeljenu suverenost (samo je jedna sila najjača), Evropska unija bi se mogla smatrati državom, odnosno republikom ali bez predsednika, samo u onim oblastima državnog života u kojima putem svojih organa samostalno donosi i sprovodi pravne propise, pod pretnjom primene sile. Tu „silu", za sada, može da aktivira samo Sud izričući novčane i druge sankcije, recimo državama-članicama koje krše Ugovor. Broj tih „suverenih" oblasti Unije raste, ali je još nedovoljno velik da bi Evropsku uniju smatrali državom.

Poslovi izvršne vlasti su delom podeljeni između Unije i država-članica, ali je monopol nad zakonitom upotrebom prinude u rukama nacionalnih vlasti država-članica, oličen u policiji i snagama bezbednosti. Stoga Unija nije država u tradicionalnom, „veberijanskom" smislu te reči.[63]

---

[62] Suverenost kao monopol vlasti, monopol sile nad stanovništvom određene državne teritorije. Ratko Marković, *Ustavno pravo i političke institucije*, Beograd, 2008, str. 152.

[63] S. Hiks, *ibidem*, str. 26.

Slobodan Orlović, Ph.D., Assistant Professor
Novi Sad School of Law

Legal Position Of The Executive Power Bodies In The Republic Of Serbia And European Union

Abstract

The process of economic and political integrations initiated in Western Europe after WWII is still lasting. While the almost half century long assembling in the eastern (socialist) part of Europe ended by disintegration, the embryo of today's European Union – an economic community made up of six west European countries, expanded, for the moment, to 27 European countries. European Union grew from the economic alliance to the political community with some attributes of contemporary states. The article shows the European Union's and in Republic Serbia's executive power bodies position. By comparing the executive part of the power organization in a parliamentary Republic and complex political creation such as European Union, similarities and differences arise, which are at the same time similarities and differences between the state and the political community which is not (yet) a state. Despite not being a constitution, Lisbon Treaty (2007) with the innovations and the executive power's governance position, favors further integration of the European Union.

Key words: executive power, European Union, Republic of Serbia, state, integration.

Originalni naučni rad 347.99(497.113)(091)

Mr Gordana Drakić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

SUDSKA VLAST I STANJE U SUDOVIMA NA PODRUČJU VOJVODINE 1920–1921. GODINE

Sažetak: *U radu je ukazano na ulogu koju je imao Odsek za pravosuđe Narodne uprave u procesu uspostavljanja redovnog rada u sudovima neposredno nakon otcepljenja Banata, Bačke i Baranje od Ugarske i stvaranja Kraljevstva Srba, Hrvata i Slovenaca. Prikazan je proces konstituisanja sudskog sistema na području Vojvodine koji je uspešno okončan osnivanjem Apelacionog suda u Novom Sadu i Odeljenja B. Kasacionog suda u Novom Sadu. Izlaganjem podataka iz arhivske građe ukazano je na osnovne probleme sa kojima su bile suočene sudske instance na području Vojvodine koji su predstavljali objektivne prepreke za njihovo pravilno funcionisanje u periodu 1920–1921. godine.*

Ključne reči: *područje Vojvodine, sudski sistem, sudovi, Apelacioni sud u Novom Sadu, sudije, osnovni problemi, sudski predmeti.*

Uspostavljanje sudske vlasti na području Vojvodine nakon završetka Prvog svetskog rata, otpočelo je neposredno posle održavanja Velike narodne skupštine 25. novembra 1918. godine. Na Velikoj narodnoj skupštini usvojene su dve rezolucije. Prva je sadržala odluku o priključenju Vojvodine Kraljevini Srbiji, a drugom je proglašeno otcepljenje Banata, Bačke i Baranje od Ugarske i osnovani su Veliki narodni savet i Narodna uprava.

Veliki narodni savet bio je zakonodavno telo sastavljeno od pedeset članova, izabranih iz reda poslanika prisutnih na Velikoj skupštini. Zadatak Saveta bio je da donosi potrebne uredbe i naredbe, da postavi Narodnu upravu i vrši nadzor nad njenim radom. Narodna uprava je predstavljala izvršni organ, imala je zadatak da upravlja Banatom, Bačkom i Ba-

ranjom u teritorijalnim granicama koje je trebalo da označi Antantina balkanska vojska. Za svoj rad Narodna uprava je bila odgovorna Velikom narodnom savetu.[1]

Potrebno je ukazati da se pojam Vojvodina u geografskom smislu vremenom menjao. „Njena teritorijalna omeđenost nikad nije bila data u vidu jedne nepromenljive konstante pa se njena današnja teritorija ne podudara sa onim što je podrazumevalo vojvođanski prostor posle Prvog svetskog rata".[2] U Vojvodinu su, u istorijskom, smislu, spadali Banat, Bačka, Baranja i Srem, mada ne uvek sve ove oblasti, niti njihove geografske celine.[3] U ovom radu pod pojmom područje Vojvodine smatraćemo Banat, Bačku i Baranju, a osnovu za to nalazimo u teritorijalnoj nadležnosti najviših sudova na tom području u međuratnom periodu.

Nakon stvaranja Kraljevstva Srba, Hrvata i Slovenaca područje Vojvodine zajedno s Međumurjem činilo je jedno od šest pravnih područja u državi. Na tom -vojvođanskom pravnom području važilo je i primenjivalo se, uglavnom, mađarsko pravo ukoliko nije bilo u suprotnosti sa odredbama zakonodavstva novostvorene države. Pod istim uslovima kao mađarsko, u delovima Vojvodine koji su nekada pripadali Vojnoj granici važilo je austrijsko pravo.[4]

Odluku o tome koji će se zakoni primenjivati na području Vojvodine nakon otcepljenja od Ugarske doneo je Veliki narodni savet nekoliko dana nakon održavanja Velike narodne skupštine. Rešeno je da se na teritoriji Banata, Bačke i Baranje i dalje primenjuju zakoni, uredbe i naredbe koji su, na tom području, važili do 1. novembra 1918. godine, ukoliko nisu bili protivni propisima koje su posle navedenog datuma donosile nadležne vlasti.[5]

Nakon stvaranja Kraljevstva Srba, Hrvata i Slovenaca trebalo je formirati jedinstveni pravni sistem, a u njegovom okviru i jedinstveni sudski sistem. Na području Vojvodine, nakon otcepljenja od Ugarske, prestala je nadležnost viših ugarskih sudova čija sedišta su se nalazila izvan teritorije novostvorene jugoslovenske države. Naime, od drugostepenih sudova u

---

[1] K. M i l u t i n o v i ć, *Vojvodina i stvaranje Jugoslavije,* Posebni otisak iz „Historijskog pregleda", 1961, 3–4, 206–207.

[2] N. G a ć e š a, *Specifičnosti društvene strukture u Vojvodini između dva svetska rata*, Zbornik Matice srpske za istoriju, 17, Novi Sad 1978, 85.

[3] Detaljnije o tome videti: M. P a l i ć, *Pregled administrativno-teritorijalnih promena u Vojvodini 1918–1941*, Zbornik Matice srpske za društvene nauke, 38, Novi Sad 1964, 125–162.

[4] F. Č u l i n o v i ć, *Državnopravna historija jugoslavenskih zemalja XIX i XX vijeka, II*, Zagreb 1959, 307.

[5] N. I g nj a t o v i ć, *Pravosuđe u Vojvodini posle Ujedinjenja*, Letopis Matice srpske, Novi Sad 1924, 302, 1, 64–65.

Ugarskoj, koji su nosili naziv – Kraljevske table, jedan je imao sedište u Segedinu, a drugi u Temišvaru, dok se vrhovni sud – Kraljevska kurija nalazio u Budimpešti.[6] Na području Vojvodine postojali su, dakle, prvostepeni sudovi – sreski i okružni. Međutim, nakon konstituisanja nove jugoslovenske države bilo je potrebno, pre svega, uspostaviti redovan rad u prvostepenim sudovima na području Vojvodine. To je predstavljalo preduslov za pristupanje procesu osnivanja sudova više nadležnosti.

U skladu sa promenom državnih granica, Odsek za pravosuđe Narodne uprave izvršio je, najpre, određene organizacione promene: prošireno je područje stvarne nadležnosti prvostepenih sudova, a korigovane su i teritorije u nadležnosti postojećih advokatskih komora. Pored toga, određeno je da će funkciju predsednika suda u opštinskim sudovima u selima vršiti seoski – opštinski knez ili njegov zamenik, a da će članovi tih sudova biti dva opštinska predstavnika. U gradovima, funkciju predsednika opštinskog suda trebalo je da vrši, od gradske uprave za to određen, senator ili činovnik, dok su dva člana suda postavljana iz reda članova gradskog predstavništva.[7]

Odsek za pravosuđe Narodne uprave uputio je, početkom decembra 1918. godine, poziv svim sudovima i državnim odvetništvima na području Vojvodine da stupe u službu Narodne uprave i uspostave redovan rad. Poziv Odseka za pravosuđe, u kojem je zahtevano da svi činovnici u pravosudnim organima na području Vojvodine polože zakletvu Narodnoj upravi, izazvao je protest ministra pravde Mađarske Demokratske Republike, dr Deneša Berinkeija (Berinkey Dénes). Ministar Berinkeji je, pozivajući se na Ugovor o primirju, podsetio da je u 1. tački Ugovora navedeno da se u posednutim krajevima ostavlja nedirnuta mađarska građanska uprava u koju spada i pravosuđe. Prema ugovoru o primirju, naveo je Berinkeji, mađarska vlada je trebalo da se stara o održavanju reda i mira u pomenutim krajevima. Ministar je, u svom pismu, istakao da taj zadatak nije moguće ostvariti ukoliko sudovi ne budu u nadležnosti vlasti Mađarske Republike. U cilju rešavanja problema, ministar Berinkeji je predložio da se u Budimpešti povedu razgovori između predstavnika vlade Mađarske Republike i Narodne uprave za Banat, Bačku i Baranju.[8]

Poverenik za pravosuđe Narodne uprave uputio je, potom, pismo ministru pravde Mađarske Republike u kom ga je, najpre, izvestio da se

---

[6] Isto, 63.

[7] Arhiv Vojvodine, Fond Narodne uprave za Banat, Bačku i Baranju, *Zapisnik sa plenarne sednice Narodne Uprave u Novome Sadu 23. novembra (5. decembra) 1918.*

[8] Arhiv vojvodine, Fond Narodne uprave za Banat, Bačku i Baranju, *Pismo dr Deneša Berinkejia – ministra pravde Mađarske Narodne Republike od 12. decembra 1918. godine*.

kada je reč o međunarodnim i političkim pitanjima nikakvi pregovori ni rasprave ne mogu voditi jer se ceo narod Banata, Bačke i Baranje definitivno otcepio od Mađarske. U pismu je, dalje, bilo navedeno da je Narodna uprava spremna da pregovara o načinu rešavanja brojnih pitanja administrativne prirode pre svega iz „osećanja čovečnosti" prema interesima nekoliko stotina sudija i činovnika mađarske nacionalnosti i njihovih porodica, koje je pozvala da ostanu u službi u pravosudnim organima. Poverenik za pravosuđe Narodne uprave predložio je, međutim, da se navedeni pregovori, na koje bi ministar poslao svog predstavnika, održe u Novom Sadu. Kao razlog za to naveo je da su on i njegov zamenik, usled preopterećenosti poslom, sprečeni da putuju u Budimpeštu, izrazivši pri tom uverenje da, za razliku od njih, ministar Berinkeji ima „mnogo stručnih snaga na raspolaganju".[9]

Poziv Narodne uprave upućen činovnicima zaposlenim u pravosudnim organima da polože zakletvu novouspostavljenim vlastima, izražavao je spremnost izvršne vlasti u Vojvodini da u službi zadrži sudije i činovnike mađarske nacionalnosti. Problem nedostatka stručnih kadrova u pravosuđu, sa kojim su bili suočeni, bio bi, na taj način, unekoliko ublažen. Međutim, sudije i drugo osoblje sudova na području Vojvodine izražavali su otpor prema novoj vlasti odbijajući da polože zakletvu. O tome je diskutovano na plenarnim sednicama Narodne uprave u januaru i februaru 1919. godine i zaključeno da treba ostati pri naredbi o polaganju zakletve koja je izdata u sporazumu sa Ministarstvom pravde u Beogradu. U skladu s tim, na sednici Narodne uprave održanoj 19. februara 1919. godine, na upražnjena mesta sudija i sudskih službenika koji nisu hteli da polože zakletvu, postavljeno je nekoliko advokata koji su pristali da stupe u službu novih vlasti.[10]

Okružni sud u Novom Sadu bio je preuzet od strane nove vlasti 20. februara 1919. godine. Nakon toga, usledilo je 21. i 22. februara preuzimanje okružnih sudova u Somboru i Subotici.[11]

Konstituisanje sudske mreže na području Vojvodine i uspostavljanje redovnog rada u sudovima predstavljalo je složen poduhvat koji se nije mogao realizovati za kratko vreme. Taj problem predstavljao je predmet

---

[9] Arhiv Vojvodine, Fond Narodne uprave za Banat, Bačku i Baranju, *Odgovor Poverenika za pravosuđe Narodne Uprave na protest ministra pravde Mađarske Narodne Republike Deneša Berinkejia*.

[10] Arhiv Vojvodine, Fond Narodne uprave za Banat, Bačku i Baranju, *Zapisnici sa sednica Narodne uprave od 24. januara i 19. februara 1919. godine*.

[11] Detaljnije o tome videti: *Zastava* br. 30 od 20. februara 1919. *Srpski barjak na zgradi Novosadskog suda*; *Zastava* br. 33 od 23. februara 1919. *Somborski sud u srpskim rukama*; *Zastava* br. 37 od 28. februara 1919. *Subotički sudbeni sto*.

dopisa koji je Odeljenje za Banat, Bačku i Baranju Ministarstva unutrašnjih poslova Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca uputilo, 30. oktobra 1919. godine, svim velikim županima i gradskim načelnicima sa županskim pravima u Vojvodini. U dopisu je konstatovano da nije bilo moguće u svim mestima Banata, Bačke i Baranje organizovati nove sudove, te da još uvek u nekim sudovima postupak, na mađarskom jeziku, vode sudije mađarske nacionalnosti. Zaključeno je da uzrok takvom stanju predstavlja nedostatak kandidata za sudijske položaje. Pri tom je bilo istaknuto da je oskudica pravosudnog kadra postojala i u drugim delovima Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca, te da nije bila karakteristična samo za područje Vojvodine.[12]

Međutim, ono što je bilo specifično za područje Vojvodine i što je objektivno otežavalo popunjavanje upražnjenih mesta u sudovima, bilo je to da su kandidati za sudije pored službenog morali znati i mađarski jezik. Naime, to je bilo neophodno jer su, usled postojanja pravnog partikularizma u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca, na području Vojvodine i dalje važili mađarski zakoni.

Dopis Ministarstva unutrašnjih dela sadržao je i naredbu upravnim vlastima na području Vojvodine da obaveste sve diplomirane pravnike koji su želeli da se prime sudijske službe, a ispunjavali su sve uslove potrebne za to osim položenog sudijskog ispita. Pored toga, navedeno je da se svi studenti prava koji su apsolvirali, ali nisu završili fakultet, pozivaju da postanu sudski beležnici. Dakle, dopis Ministarstva predstavljao je zvaničnu inicijativu da se što više mladih školovanih pravnika primi u pravosudnu službu i tako postepeno prevaziđe problem kadrovskog deficita u sudovima na području Vojvodine.

U novembru 1919. godine konstituisan je Apelacioni sud u Novom Sadu kao drugostepeni sud za postupanje u građanskim i krivičnim predmetima u kojima su okružni sudovi rešavali u prvom stepenu. *Uredba o osnivanju Apelacionog suda u Novom Sadu za područje Banata i Bačke* doneta je 13. novembra 1919. godine i sadržala je osnovne podatke o organizaciji i nadležnosti novoosnovane sudske instance.[13]

U prvom članu *Uredbe o osnivanju Apelacionog suda* bilo je propisano da će taj sud vršiti sve poslove koji bili u nadležnosti nekadašnjih ugarskih kraljevskih tabli nadležnih za područje Banata i Bačke. U drugom članu je istaknuto da će za rad Apelacionog suda važiti ugarski pro-

[12] Arhiv vojvodine, Fond Narodne uprave za Banat, Bačku i Baranju, *Dopis Ministarstva unutrašnjih dela Kraljevine SHS – Odeljenje za Banat, Bačku i Baranju Br.11663/1919. od 30. oktobra 1919. godine*.

[13] *Službene Novine Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca*, br. 143 od 20. novembra 1919. godine.

pisi ukoliko nisu u suprotnosti sa Uredbom. Apelacioni sud u Novom Sadu predstavljao je važnu sudsku instancu na području Vojvodine. S obzirom na to da je bio nadzorni sud u odnosu na okružne sudove u Banatu i Bačkoj, Apelacioni sud je organizovao i koordinirao poslove uspostavljanja redovnog rada u sudovima. Pored toga, Apelacioni sud u Novom Sadu bio je neka vrsta posrednika između nižih sudova na području Vojvodine i Ministarstva pravde Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca.

Sledeće 1920. godine osnovan je sud najviše nadležnosti na području Vojvodine – Odeljenje B. Beogradskog kasacionog suda u Novom Sadu. *Uredba o ustrojstvu Odeljenja B. Beogradskog Kasacionog suda* doneta je 17. septembra 1920. godine. Prema tekstu Uredbe, Odeljenje B. Bilo je osnovano da vrši sve poslove koji su, što se tiče područja Banata, Bačke i Baranje, spadali u nadležnost bivše Kraljevske kurije u Budimpešti.

Osnivanje Apelacionog suda i Odeljenja B. Beogradskog kasacionog suda značilo je da je sudska mreža na području Vojvodine bila u formalnom – organizacionom smislu upotpunjena. Međutim, predstojalo je rešavanje osnovnih problema koji su predstavljali objektivnu smetnju za normalno funkcionisanje sudskih instanci.

Na području Vojvodine postojalo je sedam okružnih sudova, odnosno sudbenih stolova kako su se takođe nazivali. Sedišta ovih sudova bila su u: Novom Sadu, Somboru, Subotici, Velikom Bečkereku, Velikoj Kikindi, Beloj Crkvi i Pančevu. Svaki okružni sud imao je na teritoriji svoje nadležnosti nekoliko sreskih sudova.

U dopisu koji je Ministarstvo pravde Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca uputilo Predsedništvu Kasacionog suda Odeljenja B. u Novom Sadu bila su navedena sva sudska nadleštva u državi.[14] Okružni sud u Novom Sadu imao je u svojoj teritorijalnoj nadležnosti sreske sudove u: Novom Sadu, Žablju, Starom Bečeju, Titelu i Bačkoj Palanci.

Područni sudovi Somborskog sudbenog stola nalazili su se u: Somboru, Apatinu, Odžacima i Kuli.[15]

Sreski sudovi u Subotici, Bačkoj Topoli i Senti bili su, u formalnom smislu, podređeni Okružnom sudu u Subotici.

Sudbeni sto u Velikom Bečkereku imao je područne sudove sa sedištem u Velikom Bečkereku, Novom Bečeju i Jaša Tomiću.

Sudbenom stolu u Velikoj Kikindi je pored sreskog suda u istom mestu, pripadao i sreski sud u Kanjiži.

---

[14] Arhiv Vojvodine, Fond Kasacioni sud – Odeljenje B. u Novom Sadu, *Dopis Ministarstva pravde Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca Br. Preds. II B. 27/1921.*

[15] Pod nadležnost Okružnog suda u Somboru pripadalo je, sve do 1930. godine, i njegovo odeljenje sa sedištem u Čakovcu, u Međumurju, usled jedinstvenog pravnog područja koje je činila Vojvodina sa Međumurjem.

Sreski sudovi u Beloj Crkvi, Banatskom Karlovcu, Kovinu i Vršcu nalazili su se na teritoriji u nadležnosti Sudbenog stola u Beloj Crkvi.

Okružni sud u Pančevu imao je područne sudove u sledećim mestima: Alibunar, Perlez, Kovačica i Pančevo.

Stvarna nadležnost okružnih sudova na području Vojvodine bila je određena ugarskim pravosudnim propisima sve do donošenja *Zakona o uređenju redovnih sudova Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca* 1928. godine.[16] Okružni sudovi su rešavali u prvom stepenu građanske i krivične predmete. Drugostepenu sudsku vlast okružni sudovi su vršili po žalbama na odluke sreskih sudova. Predsednici okružnih sudova obavljali su poslove sudske uprave. Pored toga, predsedništva okružnih sudova imala su nadzornu vlast nad poslovanjem sreskih sudova koji su se nalazili u njihovoj teritorijalnoj nadležnosti.

Okružni sudovi imali su obavezu da redovno izveštavaju predsednika Apelacionog suda o svom poslovanju, s obzirom na to da je Apelacioni sud u Novom Sadu imao nadzornu vlast u odnosu na okružne sudove kada se radilo o poslovima sudske uprave. Izveštaji su sadržali podatke o situaciji u okružnim sudovima, broju zaposlenih i njihovom radu, odnosno odsustvovanjima sa posla.

Redovno izveštavanje nadzornog suda okružni sudovi na području Vojvodine vršili su u skladu sa naredbom Ministarstva pravde Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca od 7. avgusta 1919. godine.[17] Apelacioni sud u Novom Sadu upućivao je, potom, primljene izveštaje Odeljenju za Banat, Bačku i Baranju Ministarstva pravde Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca.

Okružni sudovi na području Vojvodine slali su Apelacionom sudu u Novom Sadu, u toku februara i marta 1920. godine, izveštaje o sistematizaciji radnih mesta i broju zaposlenih. Na to ih je, svojom naredbom od 31. januara 1920. godine, pozvao predsednik Apelacionog suda.[18]

Podaci u izveštajima odnosili su se na stanje u okružnim i njima područnim sreskim sudovima. U svakom izveštaju bio je naveden broj zaposlenih u pojedinom sudu, te se na osnovu toga mogu izvesti zaključci o tome kakva je bila kadrovska situacija u sudovima prvog stepena na području nadležnosti Apelacionog suda u Novom Sadu.

---

[16] *Službene Novine Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca*, br. 237 od 12. oktobra 1928. godine.

[17] Arhiv vojvodine, Fond Apelacioni sud u Novom Sadu 1919–1941, *Naredba Ministarstva pravde Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca Br. 12749/1919*.

[18] Arhiv Vojvodine, Fond Apelacioni sud u Novom Sadu 1919–1941, *Naredba predsednika Apelacionog suda Br. Preds. I B. 5/1920*.

Izveštaj Sudbenog stola u Somboru primljen je u Apelacionom sudu 24. februara 1920. godine. Prema podacima koje je sadržao, saznajemo da je Somborski sudbeni sto, početkom 1920. godine, imao sedmoricu sudija i predsednika suda. Ukupno zaposlenih bilo je 31 lice. Izveštaj je bio dopunjen i podatkom da su sudije tog suda, pored srpskog, govorile još jedan strani jezik.[19]

Iz istog izveštaja saznajemo kakvo je bilo stanje, što se tiče broja zaposlenih, u pojedinim sreskim sudovima na teritoriji nadležnosti Somborskog sudbenog stola. U Sreskom sudu u Somboru bilo je zaposleno 17 lica. Od tog broja dvojica su bili sudije koji su, pored srpskog, znali mađarski i nemački jezik. Apatinski sreski sud je imao trojicu sudija koji su govorili mađarski i nemački, ali ne i srpski jezik. U istom sudu bilo je još deset zaposlenih. Sreski sud u Kuli imao je jednog sudiju koji je govorio samo mađarski jezik. Ukupno je bilo jedanaest zaposlenih. U Sreskom sudu u Odžacima radila su dvojica sudija. Jedan od njih je, kako je bilo navedeno u izveštaju, slabo govorio srpski, ali je zato znao mađarski, nemački i italijanski jezik. Drugi sudija suda u Odžacima govorio je mađarski, a znao je i nešto nemačkog, bunjevački i francuski jezik.

U Apelacioni sud u Novom Sadu stigao je 24. februara 1920. godine i izveštaj Sudbenog stola u Subotici. U izveštaju je bilo naglašeno da su jedan sudija u Sreskom sudu u Bačkoj Topoli i jedan sudija i jedan službenik u Sreskom sudu u Senti bili postavljeni od strane Ministarstva pravde Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca. Ostalo osoblje, zaposleno u sudovima na području nadležnosti Subotičkog sudbenog stola, radilo je bez položene zakletve novoj državi.[20]

Istog dana kada i prethodna dva, u Apelacioni sud prispeo je i izveštaj Sudbenog stola u Velikom Bečkereku. U tom sudu bilo je zaposleno ukupno 29 lica, od kojih su 9 bili sudije. U Sreskom sudu u Velikom Bečkereku radila su trojica sudija, iako je, prema sistematizaciji radnih mesta, trebalo da ih bude pet. Sreski sud u Novom Bečeju imao je dvojicu sudija, jedno upražnjeno sudijsko mesto i ukupno 15 zaposlenih lica.[21]

Prema izveštaju Okružnog suda u Pančevu, u njemu je bilo zaposleno 21 lice, od kojih su petorica bili sudije. Sistematizacijom je, međutim, bilo predviđeno 11 sudijskih radnih mesta. U Sreskom sudu u Pančevu radila su trojica sudija, a bilo je još osam zaposlenih. Sreski sud u Kova-

[19] Arhiv Vojvodine, Fond Apelacioni sud Novi Sad 1919–1941, *Izveštaj Somborskog sudbenog stola Br. Preds. I B. 8/1920*.

[20] Arhiv Vojvodine, Fond Apelacioni sud Novi Sad 1919–1941, *Izveštaj Subotičkog sudbenog stola Br. Preds. B 11/1920*.

[21] Arhiv Vojvodine, Fond Apelacioni sud Novi Sad 1919–1941, *Izveštaj Sudbenog stola u Velikom Bečkereku Br. Preds. I B. 10/1920*.

čici i Sreski sud u Perlezu imali su, svaki, samo jednog sudiju i još deset, odnosno osam zaposlenih lica. U Sreskom sudu u Alibunaru radila su trojica sudija, a ukupno je bilo 16 zaposlenih.[22]

Sudbeni sto u Beloj Crkvi imao je, prema izveštaju od 23. februara 1920. godine, devetoricu sudija, a petorica od njih vršila su dužnost bez položene zakletve novoj vlasti. Još pet sudijskih mesta bilo je upražnjeno, jer je sistematizacijom za taj sud bilo predviđeno ukupno četrnaest. U Sreskom sudu u Beloj Crkvi radila su četvorica sudija, a samo jedan od njih je, prema izveštaju, položio zakletvu novoj vlasti. U prvostepenom sudu u Kovinu bila je potpuno ista situacija kada je reč o broju zaposlenih sudija. Sreski sud u Vršcu imao je šestoricu zaposlenih sudija, od kojih je jedan radio bez položene zakletve. Tri sudijska mesta su bila upražnjena. U Sreskom sudu u Banatskom Karlovcu radila su dvojica sudija, a shodno sistematizaciji radnih mesta jedno sudijsko mesto bilo je upražnjeno.[23]

Izveštaj o stanju u Okružnom sudu u Novom Sadu sačinjen je 15. marta 1920. godine i u njemu je navedeno ukupno 40 zaposlenih lica. Od tog broja zaposlenih, devetorica su bili sudije, a jedan je vršio dužnost predsednika suda. Prema istom izveštaju, Novosadski sreski sud imao je dvadesetčetvoro zaposlenih, među njima su bila trojica sudija i predsednik suda. U Sreskom sudu u Žablju radila su dvojica sudija, a ukupno je bilo šesnaest zaposlenih. I Sreski sud u Starom Bečeju imao je dvojicu sudija i još šesnaest zaposlenih. U Titelskom sreskom sudu bilo je četrnaest zaposlenih i samo jedan sudija. U Sreskom sudu u Bačkoj Palanci radio je, takođe, jedan sudija, a ukupno je bilo petnaest zaposlenih.[24]

Navedeni podaci iz izveštaja okružnih sudova ukazuju da je u prvostepenim sudovima na području Vojvodine postojao problem nedostatka sudija. Polovinom meseca marta, predsednik Apelacionog suda u Novom Sadu uputio je dopis predsednicima područnih sudova u kojem ih je upozorio da je prilikom redovnog pregleda spisa predmeta koji su rešavani u nižim instancama uočeno postojanje niza nepravilnosti u postupanju. U dopisu su bila data uputstva za prevazilaženje teškoća i pravilno postupanje u konkretnim slučajevima, a predsednik je naročito istakao: „Znam, da kod sudova još za sada nema dovoljno radnih snaga..., no oskudica u osoblju, ne može biti razlog, da se nesumnjiva naređenja zakona ne re-

[22] Arhiv Vojvodine, Fond Apelacioni sud Novi Sad 1919–1941, *Izveštaj Okružnog suda u Pančevu Br. Preds I B. 14/1920*.

[23] Arhiv Vojvodine, Fond Apelacioni sud Novi Sad 1919–1941, *Izveštaj Sudbeni sto – Bela Crkva Br. Preds. I B. 13/1920*.

[24] Arhiv Vojvodine, Fond Apelacioni sud Novi Sad 1919–1941, *Izveštaj Okružnog suda – Novi Sad Br. Preds. 23/1920*.

spektuju i da se savesno ne radi, da se na svakom koraku prave omaške i grube pogreške.“[25]

Sudovi na području Vojvodine su, pored deficita sudija, bili suočeni i sa problemom nagomilanih nerešenih sudskih predmeta. „Ostali su spisi na mađarskom jeziku, nedovršene parnice, ostavinske stvari, gruntovni i izvršni predmeti, ostale su tu krivične stvari sa okrivljenima i otpuštenima na slobodi i u zatvoru, koji su čekali poziv na glavnu raspravu...“.[26] S obzirom na nedovoljan broj sudija, sudovi su uz mnogo napora rešavali i nove predmete. Bilo je jasno da se pravilan rad sudova nije mogao obezbediti ukoliko se ne nađe odgovarajuće rešenje za postupno prevazilaženje problema nerešenih predmeta. Krajem januara 1921. godine predsednik Apelacionog suda uputio je dopis predsednicima svih okružnih sudova na području Vojvodine u kom je izneo moguće rešenje problema zaostalih nerešenih predmeta. On je predložio da se kod okružnih sudova koji su imali zaostalih predmeta, formiraju tzv. mađarski senati, odnosno naročita sudska veća u koja bi se, u tu svrhu, kao privremene sudije postavili advokati koji su pored mađarskog jezika znali i srpski. Istakavši da je Ministarstvo pravde u načelu prihvatilo pomenuti predlog i zatražilo konkretne podatke, predsednik Apelacionog suda je pozvao okružne sudove da dostave tačne izveštaje o broju starijih sudskih predmeta koje je trebalo rešiti.[27]

U vezi sa istim pitanjem, predsednik Apelacionog suda je, 1. februara 1921. godine, uputio novi dopis okružnim sudovima. To dopunsko naređenje bilo je motivisano nastojanjem da se što efikasnije pristupi rešavanju problema zaostalih sudskih predmeta. Naglašeno je da se u tzv. mađarskim senatima kao privremene sudije mogu predložiti i penzionisane sudije mađarske nacionalnosti ukoliko ispunjavaju potrebne uslove. Predsednik je u naredbi posebno upozorio predsednike okružnih sudova da predloženo imenovanje ne bi značilo reaktiviranje pomenutih sudija, već isključivo njihovo privremeno angažovanje.[28]

Iz sadržine navedenih dopisa možemo naslutiti složenost situacije u kojoj su se nalazili vojvođanski sudovi prvih godina nakon stvaranja Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca. Isto tako, evidentna je spremnost tada-

---

[25] Arhiv Vojvodine, Fond Apelacioni sud Novi Sad 1919–1941, *Dopis predsednika Apelacionog suda u Novom Sadu od 15. marta 1920. godine Br. Preds. I B. 24/1920.*

[26] V. B e l a j č i ć, *Pravosudne prilike na području Novosadskog Okružnog Suda*, Glasnik Advokatske komore za Banat, Bačku i Baranju, Novi Sad 1928, 1, 7.

[27] Arhiv Vojvodine, Fond Apelacioni sud Novi Sad 1919–1941, *Dopis predsednika Apelacionog suda u Novom Sadu od 31. januara 1921. godine Br. Preds. II G. 2/1921.*

[28] Arhiv Vojvodine, Fond Apelacioni sud Novi Sad 1919–1941, *Dopis predsednika Apelacionog suda u Novom Sadu od 1. februara 1921. godine Br. Preds. II G. 2/2–1921.*

šnjih sudskih vlasti na području Vojvodine da pronađu način za rešavanje postojećih problema i tako se približe ostvarenju cilja, postavljenog na samom početku formiranja sudske mreže, koji je podrazumevao redovno i nesmetano funkcionisanje svih sudskih instanci.

Pored navedenih, naročito izraženih problema deficita sudija i sudskog osoblja, te nerešenih sudskih predmeta, u radu vojvođanskih sudova javljale su se određene neujednačenosti mahom tehničkog karaktera na koje, takođe, želimo da ukažemo. Uočene nepravilnosti predstavljale su smetnju redovnom funkcionisanju novouspostavljenog sudskog sistema na području Vojvodine i stoga su morale biti otklonjene.

Predsednik Apelacionog suda u Novom Sadu uputio je predsednicima svih okružnih sudova na području Vojvodine, u februaru 1920. godine, naredbu u vezi sa načinom objavljivanja presuda kod pojedinih sudova. Naime, iz spisa koji su se podnosili, po službenoj dužnosti, Apelacionom sudu utvrđeno je da objavljivanje presuda u njemu područnim sudovima nije bilo jednoobrazno. Predsednik je, između ostalog, naglasio: „Gde koji sudovi objavljuju presude u ime Njegovog Veličanstva Kralja, drugi pak izostavljaju pri publikaciji presude izjavu, da se ista u ime Njegovog Veličanstva Kralja donela“.[29] On je, potom, ukazao da se u skladu sa slovom *Uredbe o osnivanju Apelacionog suda u Novom Sadu za područje Banata i Bačke* sve presude tog suda, a samim tim i sudova niže nadležnosti, proglašavaju u ime Njegovog Veličanstva Kralja, te da se o tome mora strogo voditi računa.

Ministarstvo pravde, u svom dopisu od 22. maja 1920. godine, obavestilo je predsednika Apelacionog suda da pojedini sudovi nisu izvršili zamenu pečata na mađarskom jeziku novim pečatima na srpskom jeziku. Radilo se o sreskim sudovima u Apatinu, Kuli, Odžacima i Senti. Predsednik Apelacionog suda je dobio zadatak da sazove predsednike navedenih sreskih sudova i saopšti im da, u roku od osam dana pod pretnjom disciplinskog postupka, moraju izvršiti naredbu Ministarstva i zameniti pečate i natpise na sudskim zgradama, i unutar istih, na mađarskom jeziku odgovarajućim pečatima, odnosno natpisima na srpskom jeziku.[30] Iz daljih podataka u arhivskoj građi, koji se tiču ovog dopisa, saznajemo da je predsednik Apelacionog suda postupio u skladu sa naređenjem Ministarstva pravde, te da su predsednici pomenutih okružnih sudova izvršili naređenje i, potom, poslali odgovarajuća obaveštenja.

[29] Arhiv Vojvodine, Fond Apelacioni sud Novi Sad 1919–1941, *Naredba predsednika Apelacionog suda u Novom Sadu od 17. februara 1920. Br. Preds. I B. 7/1920.*

[30] Arhiv Vojvodine, Fond Apelacioni sud Novi Sad 1919–1941, *Dopis Ministarstva pravde Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca Br. 18407 od 22. maja 1920. godine*.

I pored toga što su svi sudovi na području Vojvodine bili upoznati sa naredbom Ministarstva pravde po kojoj su imali obavezu da ga redovno izveštavaju o svom poslovanju posredstvom suda više nadležnosti, nisu svi bili dosledni u njenom izvršenju. U dopisu Ministarstva pravde od 16. novembra 1920. godine upućenom predsedniku Apelacionog suda ukazano je da neki sudovi ne poštuju naredbu o redovnom – mesečnom izveštavanju. Načelnik Ministarstva pravde je pozvao predsednika Apelacionog suda da upozori sve područne sudove da u buduće uredno i blagovremeno dostavljaju izveštaje o svom poslovanju.[31]

U decembru 1920. godine Ministarstvo pravde je uputilo dopis predsedniku Apelacionog suda obaveštavajući ga o naredbi ministra pravde, prema kojoj se na području Banata, Bačke i Baranje u svim sudovima i državnim tužilaštvima ima upotrebljavati službeni srpsko-hrvatsko-slovenački jezik. Svi podnesci advokata ili stranaka trebalo je, takođe, da budu sastavljeni na službenom jeziku. Naredbom je bilo precizirano da se, u prelaznom vremenu, kod Subotičkog sudbenog stola i njemu područnih sudova dozvoljava vođenje rasprave na mađarskom jeziku u slučajevima kada advokati ne znaju državni jezik, a sudija, odnosno svi članovi sudskog veća znaju mađarski. Sve sudije i sudski službenici morali su se pridržavati naredbe, pod pretnjom disciplinske kazne, počev od 1. januara 1921. godine.[32]

Međutim, ni u pogledu navedene naredbe nije došlo do jednoobraznog postupanja od strane svih sudova. Naime, u junu mesecu 1921. godine predsednik Apelacionog suda je, zbog uočenih nepravilnosti, uputio dopis i upozorenje predsednicima svih okružnih sudova. „Naročito mi je došlo do znanja, da pojedini sudovi tako tumače tu naredbu, da se kod onih sudova, gde se po naredbi u prelaznom vremenu može „raspravljati" na mađarskom jeziku, mogu podnesci podnašati na mađarskom jeziku. Ovo je pogrešno shvatanje..."[33] naveo je predsednik Apelacionog suda. On je, potom, naglasio da kod svih sudova podnesci moraju biti sastavljeni isključivo na službenom jeziku, jer će u protivnom biti odbačeni bez mogućnosti povraćaja u pređašnje stanje. Predsednici okružnih sudova imali su zadatak da o tome obaveste sreske sudove i sve advokate na području svoje nadležnosti.

---

[31] Arhiv Vojvodine, Fond Apelacioni sud Novi Sad 1919–1941, *Dopis Ministarstva pravde Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca Br. 43849 od 16. novembra 1920. godine.*

[32] Arhiv Vojvodine, Fond Apelacioni sud Novi Sad 1919–1941, *Dopis Ministarstva pravde Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca Br. 50765 od 21. decembra 1920. godine.*

[33] Arhiv Vojvodine, Fond Apelacioni sud Novi Sad 1919–1941, *Dopis predsednika Apelacionog suda u Novom Sadu Br. Preds. I A 160/2 1921.*

Možemo zaključiti da je u periodu 1920–1921. godine u sudovima na području Vojvodine postojalo više različitih problema koji su ometali njihovo pravilno funkcionisanje. Kako smo već ukazali, kao ključni izdvojili su se nedostatak sudija i sudskog osoblja i veliki broj nerešenih sudskih predmeta. Pored toga, u radu sudova javljale su se poteškoće tehničke prirode koje su, takođe, usporavale proces uspostavljanja redovnog rada sudskog sistema oformljenog na području Vojvodine nakon stvaranja Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca. Značajno je istaći da su se pomenuti problemi ispoljili još na samom početku izgradnje sudske mreže na području Vojvodine, te da nisu bili karakteristični samo u periodu posmatranom u radu. Uprkos nastojanjima da se prevaziđu, istaknuti problemi su egzistirali i bili dominantni kada je reč o nedostacima sudskog sistema na području Vojvodine u toku prvih deset godina postojanja međuratne jugoslovenske države.

Gordana Drakić, LL.M., Assistant
Novi Sad School of Law

Judicial authority and state in courts of law in the territory of Vojvodina 1920–1921.

Abstract

Shortly after emergence of Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes, commenced the process of forming the judicial system in the territory of Vojvodina. In the very beginning of this process the Judiciary Department of the National Administration had an important role, especially in establishing regular judicial functioning.

Very important for organizing a network of courts of law in the territory of Vojvodina was establishment of the Appellate Court in Novi Sad. After Department B. of the Court of Cassation was established, forming of judicial system in the territory of Vojvodina was completed.

During the period considered in the paper, main problems affecting judiciary were lack of qualified judges and overload of cases. There were also few tehnical difficulties which also affected regular functioning of courts of law in the territory of Vojvodina. Appellate Court in Novi Sad had an important role in overcoming these problems and difficulties.

Key words: Territory of Vojvodina, judicial system, courts of law, Appealte Court of Novi Sad, judges, main problems, judicial cases

Originalni naučni rad 004.4:347.77.043

Mr Sanja Radovanović, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

OBAVEZA GARANTOVANJA UPOTREBLJIVOSTI SOFTVERA KOD UGOVORA O LICENCI[1]

Sažetak: *U radu je obrađena obaveza garantovanja upotrebljivosti softvera u ugovoru o licenci čija je sadržina zapravo odgovornost za materijalne nedostatke stvari. Imajući u vidu da Zakonom o obligacionim odnosima regulisani ugovor o licenci, koji pri tom ne navodi softvere kao moguće predmete prestacije, ne sadrži izričite odredbe u tom pravcu, naročita pažnja je posvećena shodnoj primeni pravila o odgovornosti prodavca odnosno zakupodavca za nedostatke. U analizi se uzimaju u obzir specifičnosti softvera kao autorskog dela, i s tim u vezi, relevantne odredbe Zakona o autorskom pravu i srodnim pravima o ograničenjima isključivih ovlašćenja autora.*

Ključne reči: *softver; softverske greške; nedostatak stvari; mana stvari; upotreba; ugovorena svojstva; uobičajena upotreba; redovna upotreba; odgovornost; isključenje odgovornosti; ugovorno isključenje odgovornosti*

Uvod

Karakteristična prestacija kod ugovora o licenci jeste ustupanje prava iskorišćavanja softvera. Osnovno ovlašćenje koje u tom pogledu proističe za korisnika jeste ovlašćenje upotrebe, te je primarna obaveza proizvođača da za to stvori potrebne uslove. Razlozi koji dovode do neupotre-

[1] Rad je posvećen projektu *Harmonizacija prava Republike Srbije i prava Evropske Unije – teorijskopravni, sociološkopravni, istorijskopravni, pozitivnopravni i pravnoekonomski aspekti* koji se u celini finansira iz izvornih prihoda Pravnog fakulteta u Novom Sadu

bljivosti mogu biti dvojaki: faktički i pravni. Pod faktičkim se podrazumevaju tehničke prepreke, a pod pravnim ugovorom određena obaveza uzdržavanja od pojedinih radnji koje su neophodne za normalnu upotrebu softvera (kao što je generalna zabrana umnožavanja koja u slučajevima kada je takvo umnožavanje nužno dovodi u pitanje i samu upotrebu).

Obaveza garantovanja mogućnosti upotrebe, dakle, nije ništa drugo do snašanje ugovorne odgovornosti ukoliko je ona otežana ili onemogućena[2].

U ovom radu biće reči samo o faktičkim ograničenjima upotrebe.

1. Faktička ograničenja upotrebe

Za razliku od ostalih vrsta autorskih dela kod kojih se upotreba zasniva na čulnim, psihološkim ili emotivnim doživljajima korisnika (npr. literarna dela se čitaju, muzička slušaju, filmska gledaju), od softvera se očekuje postizanje određenog rezultata. Taj rezultat, nadalje, u velikoj meri zavisi od tehničkih komponenti (kao što su npr. kompjuter, play station, mobilni telefon, itd.), koje su uz to uključene i u samo stvaranje autorskog dela softvera, i bez kojih on skoro da nema nikakvu upotrebnu vrednost.

Izrada softvera vezuje se, po pravilu, za nekoliko faza, a u smislu upotrebe najznačajniju predstavlja testiranje funkcionisanja programa i uklanjanje grešaka koje se u toku ispitivanja prikažu.

Ipak, ni pored izvršenog postupka provere, ne može se sa sigurnošću tvrditi da softver ne sadrži nedostatke. Štaviše, oni se mogu pojaviti već u postupku sačinjavanja kopija budući da i najsavršeniji uređaji, a naročito drugi softveri, sadrže u proseku grešku u jednom bajtu (eng. bit) na svakih deset miliona,[3] koja se prenosi i na kopiju sačinjenu uz njihovu pomoć. Pored toga, u zavisnosti od hardverskih uređaja koji su neophodni za njegovu upotrebu, pa i načina na koji softver funkcioniše sa konkretno zadatim naredbama, može se desiti da se pojedine greške pojavljuju na određenom računaru, dok na drugima istog tipa izostaju.[4] Problem je utoliko očigledniji ukoliko se funkcionisanje zasniva na upotrebi hardvera i softvera drugih proizvođača, te nije uvek moguće predvideti kakve će posledice takva interakcija proizvesti.

---

[2] O odgovornosti za materijalne nedostatke stvari v: J. Salma, *Obligaciono pravo*, Pravo, Novi Sad, 2001. godine, str. 342–352

[3] V: K.P.Cronin, *Consumer Remedies for Defective Computer Software*, Journal of Urban and Contemporary Law, Vol. 28, 1985, str. 275.

[4] *Ibidem*

Softver se, dakle, ne može smatrati savršenim proizvodom. Ipak, nedostaci odnosno mane koje on sadrži nisu uvek pravno relevantne u smislu odgovornosti davaoca licence prema svom saugovaraču. Pre svega, neophodno je naglasiti da se kao polazna tačka u određivanju odgovornosti ne uzima krivica zasnovana na ljudskom faktoru jer se ona javlja kao kriterijum samo kada je takvom greškom prouzrokovana šteta trećim licima.[5] Uz to, upotreba, naročito kada je reč o kompleksnim softverima, često zahteva određenu stručnost korisnika. Stoga je u kontekstu ugovorne odgovornosti važno istaći da se o nedostacima ne može govoriti ukoliko su oni proizašli iz nedovoljne umešnosti korisnika već isključivo ukoliko se nalaze u samom softveru.

Nadalje će se, zapravo, opredeliti koje su to manjkavosti softvera usled kojih postoji povreda ugovorne obaveze i odgovornost davaoca licence.

1.1. Pojam softverske greške kao nedostatka stvari

Informatički, greška (često se koristi i engleski termin „bug") predstavlja „svaki mehanički, električni, elektronski ili programski problem koji ometa obradu podataka."[6]

Ovakvo određenje je, međutim, šire od njegovog sinonima – mane stvari kao pravne kategorije. Zato je, u kontekstu predmeta rada, neophodno ovu široku definiciju smestiti u okvire građanskopravnog pojma

---

[5] Softverske greške mogu prouzrokovati štetne posledice izuzetno velikih razmera, naročito kada se radi o softverima koji se upotrebljavaju u medicini ili avio-prevozu gde se mere i u stotinama, pa i hiljadama ljudskih žrtava. Primera radi: 1984. je razvijen softver Therac – 25 čija je namena bila da proizvodi visokovoltažne bimove za radijaciju pacijenata obolelih od kancera. Između 1985. i 1987. godine jedanaest pacijenata u različitim bolnicama Sjedinjenih Američkih Država i Kanade primilo je nekoliko stotina puta jaču radijaciju od propisane, zbog čega se njihovo zdravstveno stanje u velikoj meri pogoršalo, a u pojedinim slučajevima bilo je i direktan uzrok smrtnog ishoda. Proizvođači su odbili da snose odgovornost tvrdeći da je predmetni softver bio sto hiljada puta pouzdaniji od prethodne verzije, Therac – 20, koja nikada nije davala takav rezultat. Štaviše, ni nakon nekoliko testiranja softvera nisu bili u mogućnosti ni da pronađu grešku. Međutim, uporni bolnički fizijatri pronašli su uzrok: predoziranje bi se pojavilo svaki put kada bi se podaci menjali veoma brzo odnosno toliko brzo da se tastatura pritisne mnogo pre nego što kompjuter završi promenu prethodnog unosa. Kako je ovo moglo da uradi samo lice koje podatke unosi, nije bilo odgovornosti proizvođača. Ipak, ovaj primer pokazuje da u izradi softvera nije bitno samo pritisnuti odgovarajuće dugme u odgovarajućem rasporedu, nego i u odgovarajućoj brzini. V: Trevor Kletz, with Paul Chung, Eamon Broomfield, Chaim Shen-Orr, *Computer Control and Human Error*, Gulf Publishing Company, Book Division, Houston, 1995, str. 14.

[6] V: V. Tasić, I. Bauer, *Rečnik kompjuterskih termina*, Mikro knjiga, Beograd, 1998, str. 48

materijalnih nedostataka stvari. Prethodno ćemo se osvrnuti na softverske greške u njihovom tehničkom značenju sa kojima se korisnici najčešće susreću.

1.2. Tipični nedostaci softvera

Greške koje se pojavljuju kod softvera mogu biti vrlo raznolike, te je izuzetno teško sačiniti bilo kakvu tipološku klasifikaciju. Sem toga, često ih je nemoguće potpuno odvojiti od hardverskih ili drugih sličnih nedostataka. U ovom delu, u cilju ilustracije problema upotrebe, biće navedene najučestalije, bez detaljnog objašnjavanja koje bi prelazilo obim ovog rada.

Nefunkcionalnost i nedovoljna funkcionalnost postoje ukoliko usled određenih nedostataka programske rutine ne dovode do uobičajenih rezultata ili rezultati nisu korektni.

Softver, nadalje, sadrži nedostatak ukoliko ne *postoji mogućnost otklanjanja grešaka* za koje inače nije potrebna intervencija u samom programu već se pojavljuju prilikom prikazivanja na monitoru računarskog uređaja i korisnik ih redovno može sam ispraviti.

Kako upotreba softvera zavisi u bitnoj meri od hardverskog i softverskog okruženja, od velikog značaja jeste pitanje *kompatibilnosti* konkretnog softvera sa hardverom, hardverskim uređajima ili drugim softverima, te će softver imati nedostatak ukoliko ne može da proizvede predviđeni rezultat upotrebom na određenoj kompjuterskoj opremi ili uz određeni softver istog ili drugog proizvođača, bez potrebe naknadnih usklađivanja i promena.

Nedostatak postoji i ukoliko *kapacitet softvera* zahteva veću memoriju za njegovo funkcionisanje od predviđene ili ukoliko preostali deo kapaciteta računara nije dovoljan za redovno korišćenje tog ili drugog programa.

Isto tako, redovna upotreba softvera najčešće podrazumeva i *određenu brzinu obrade podataka*. Pod tim se podrazumeva tolerantan vremenski period za obavljanje softverskih funkcija, kao što je smeštanje podataka u memoriju, razmak između zadate komande i prikazivanja rezultata, ali i efikasan rad drugih funkcija programa. Iako je ovo svojstvo prevashodno uslovljeno karakteristikama uređaja, uzrok se može nalaziti i u neefikasnom programiranju.

Kada su data *netačna uputstva za instalaciju i upotrebu*, korisnik i pored činjenice da raspolaže svom potrebnom dokumentacijom nailazi na faktičke prepreke u upotrebi, zbog čega se takva manjkavost u ispunjenju može kvalifikovati kao mana stvari jer sledeći pogrešne instrukcije zapravo ne može da postigne očekivani rezultat.

Komfor u obavljanju delatnosti, pa i u svakodnevnom životu, koji savremeno društvo uživa zahvaljujući informacionoj tehnologiji, umanjuje se činjenicom da gotovo paralelno sa unapređivanjem tehničko-tehnoloških mogućnosti teče i razvoj *programa namenjenih za sabotažu odnosno „zaraznih" programa* (termin se čini prikladnijim s obzirom na njegovu učestalu upotrebu u svakodnevnom govoru, a odnosi se na viruse, crve, trojanske konje i druge „zaraze"). Postojanje programa za sabotažu u softveru koji je predmet ugovora ne mora se neporedno odraziti na funkcionisanje istog. Ipak, njegovom upotrebom se ugrožava kompjuterski sistem korisnika, te se „zaraženi" softver nesumnjivo smatra manjkavim.

Na kraju, manom stvari se mogu smatrati i *tehnološke mere zaštite* softvera kojima se korisnik sprečava da preduzme određene radnje iskorišćavanja koje su vezane za ugovorenu odnosno uobičajenu upotrebu.

2. Podobnost za upotrebu

U našem pravu ne postoje posebne odredbe o nedostacima kod ugovora o licenci prava industrijske svojine, koje bi se, s obzirom na nematerijalnu prirodu predmeta mogle primeniti i na pitanja softvera. Stoga su u tom pogledu značajne odredbe Zakona o obligacionim odnosima o materijalnim nedostacima stvari kod ugovora o zakupu koji je prema karakterističnoj prestaciji sličan ugovoru o licenci, a kao dopuna i odredbe kupoprodaje, budući da se one supsidijarno primenjuju i u drugim ugovornim odnosima[7].

Nedostatak kod ugovora o zakupu postoji ukoliko stvar ima takav nedostatak koji smeta njenoj ugovorenoj ili redovnoj upotrebi, bez obzira na to da li je zakupodavac znao za njih ili ne, kao i ako stvar nema one odlike ili svojstva koja su izričito ili prećutno ugovorene.[8] Manji nedostaci se pri tom ne uzimaju u obzir.[9]

Još preciznije, nedostatak stvari, prema odredbama kupoprodajnog ugovora, postoji: ukoliko stvar nema potrebna svojstva za njenu redovnu upotrebu ili za promet; ako nema potrebna svojstva za naročitu upotrebu za koju je kupac nabavlja, a koja je bila poznata prodavcu ili mu je mora-

[7] Opširnije o tome v: J. Salma, *Obligaciono pravo*, Pravo, Novi Sad, 2001. godine, str. 346–352

[8] Čl. 573. st. 1. Zakona o obligacionim odnosima, Sl. List SFRJ, br. 29/78; 39/85; 45/89; 57/89; Sl. List SRJ br. 31/93

[9] Čl. 573. st. 2. Zakona o obligacionim odnosima

la biti poznata i ako stvar nema svojstva i odlike koje su izričito ili prećutno ugovorene odnosno propisane.[10]

2. 1. Subjektivni kriterijum podobnosti za upotrebu

Ukoliko posebne osobine softvera predstavljaju element ugovora oko kojeg su strane postigle saglasnost, na ocenu njegove podobnosti za upotrebu presudno će uticati subjektivni kriterijum: izjavljena volja ugovornih strana.

Ovo je naročito značajno s aspekta ***individualnih softvera***. Tako, softver se neće smatrati podobnim za upotrebu ukoliko ne proizvodi određeni ugovoreni rezultat odnosno ukoliko nema ona svojstva koja je naručilac izrade (korisnik) istakao u svom zahtevu, a poslenik (davalac licence) pristao na iste.

Ukoliko su izjave volje date izričito, ne postoje problemi u tumačenju ugovorenog kvaliteta. Izrada softvera je tada najčešće praćena specifikacijom koja, po pravilu, predstavlja i sastavni deo ugovora (tzv. knjižica o obavezama)[11]. Čak i kada nije neposredno unesena u ugovor, predstavlja pouzdan dokaz o postignutoj saglasnosti ugovornih strana.

Situacija je složenija kada se volja izjavljuje konkludentno jer tada nije moguće sa sigurnošću odrediti namenu softvera čiju je izradu naručilac zahtevao. Međutim, prema odredbama Zakona o autorskom pravu i srodnim pravima o ugovorima o narudžbi autorskog dela, on ima pravo da usmerava i kontroliše postupak stvaranja dela[12]. Iz shodne primene obligacionopravnih odredbi o istovrsnom ugovoru proističe da se, ukoliko ne istakne blagovremeno da izrada softvera u pojedinim fazama pokazuje odstupanje od ugovorenog kvaliteta odnosno da neće moći zadovoljiti očekivanu namenu, može smatrati da se sa prikazanim rezultatima saglasio[13].

Ipak, pravo nije isto što i obaveza. To znači da kontrola od strane naručioca može izostati zbog čega utvrđivanje ugovorenog kvaliteta postaje bitno otežano. Tada bi se kao pomoćni kriterijum mogla uzeti pretpostavljena volja koju je poslenik kao stručno lice morao znati, a u krajnjoj liniji i objektivni kriterijumi.

---

[10] Čl. 479. st. 1. tačka 1), 2) i 3). Tačka 4) istog člana predviđa da nedostatak postoji i ako stvar nije saobrazna uzorku ili modelu osim ako su uzorak ili model pokazani samo radi obaveštenja, ali s obzirom na neprimenljivost ove odredbe na softvere izuzeta je u tekstu.

[11] V: J. Marly, *Softwareüberlassungsverträge*, Verlag C.H. Beck, München, 2004, str. 386

[12] Čl. 94. Zakona o autorskom i srodnim pravima

[13] Čl. 614. Zakona o obligacionim odnosima

Subjektivni kriterijumi mogu se primeniti i na određivanje kvaliteta ***korisničkih softvera koji su predmet tipskih ugovora o licenci***, pri čemu će se ocena podobnosti za upotrebu zasnivati na utvrđivanju postojanja onih karakteristika isporučenog softvera koji su dati od strane proizvođača (davaoca licence). Izričite garancije određenih osobina softvera sadržane su u tzv. izjavi garancije koja je sastavni deo tipskog ugovora. U tom smislu, izjava proizvođača da softver ima određene osobine predstavlja zapravo osnov određivanja ugovorenog kvaliteta kao povišeni stepen svesti o nastanku obaveze obezbeđenja određenog učinka koji garancija sa sobom nosi. Drugim rečima, davalac licence je odgovoran prema svom saugovaraču ukoliko softver nema navedene osobine ili se prilikom redovne upotrebe softvera pojave nedostaci koji su neposredno povezani sa garantovanim osobinama. Primera radi, u klauzulama o garanciji se po pravilu navode obeležja kompatibilnosti sa odgovarajućim uređajima, operativnim sistemima ili sličnim softverima drugih proizvođača, na kojima je izvršeno testiranje i na kojima se može očekivati upotreba sa velikim stepenom pouzdanosti. Isto tako, garantovanom osobinom mogla bi se smatrati i verzija softvera na određenom jeziku[14] (npr. srpskom).

Nezavisno od ugovorenog kvaliteta, nedostatak postoji i ako softver nema ona svojstva koja su potrebna za naročitu upotrebu, a koja su proizvođaču bila poznata ili morala biti poznata. I u ovim slučajevima do izražaja dolazi subjektivni momenat, ali kako on nije predmet izričitog ugovornog regulisanja, kod tipskih ugovora o licenci korisničkih softvera, naročito onih namenjenih masovnom tržištu, dolazi u pitanje mogućnost njihovog dokazivanja.

Kada su u pitanju kompleksni softverski proizvodi čija je namena vezana za obavljanje odgovornih radnih zadataka (npr. SAP program za kompletno poslovodstvo privrednih subjekata složene delatnosti, od proizvodnje do prodaje) ili pružanja usluga (kao što su, primera radi, medicinske usluge), korisnici se sa osobinama softvera upoznaju pre zaključenja ugovora o licenci. Dodatno opisivanje softvera, načina funkcionisanja i očekivanih rezultata daje se, po pravilu, u uputstvu za upotrebu ili pratećoj dokumentaciji.

Uz to, proizvođači često nude tzv. demo verzije[15] na osnovu kojih korisnik ima mogućnost da u određenom roku isproba softver i odluči da

[14] V: Odluka Višeg Zemaljskog suda (OLG) Hamm CR 1989, 995, navedeno prema: J. Marly, *op.cit*, str. 385

[15] Npr. u Acer Aspire One Notebook računarima nalazi se instalirana demo verzija operativnog softvera Microsoft Windows XP čija upotreba je ograničena na 30 dana. Nakon isteka ovog roka, softver se više ne može koristiti ukoliko se ne zaključi ugovor o licenci.

li zadovoljava njegove naročite potrebe odnosno da li ima ona svojstva koja su podobna za naročitu upotrebu. Analogno kupoprodaji na probu[16], nakon isteka određenog probnog perioda, korisnik se mora izričito izjasniti da ne ostaje pri ugovoru. U suprotnom, smatra se da je zaključen ugovor o licenci softvera demonstriranih obeležja.

Navedene forme prethodnog testiranja softvera (eng. *acceptance test, user acceptance testing*) predstavljaju pogodnost i za korisnike i za davaoce licence. Prvi sa manjim rizikom ulaze u ugovorni odnos, a drugi na taj način ograničavaju svoju odgovornost u smislu garantovanja samo iskazanih svojstava. Iz tih razloga je u informatičkom svetu sve više zastupljena praksa ovakvog testiranja, a merila uspešnosti testa mogu biti subjektivna i objektivna, što se razlikuje od subjektivnog i objektivnog kriterijuma podobnosti za upotrebu. Naime, subjektivni kriterijumi su zadovoljeni ako softver prilikom testiranja odgovori na posebne zahteve korisnika, a objektivni ukoliko funkcioniše u skladu sa specifikacijom davaoca licence. Međutim, ni nakon preduzimanja prethodnog testiranja, davalac licence se ne može osloboditi obaveze da isporuči softver zadovoljavajućeg kvaliteta.[17] Pored toga, davalac licence snosi odgovornost u pogledu nedostataka koji se nisu uočili prilikom testiranja ili su se tek naknadno pojavili.[18]

Iako je u navedenom smislu shodna primena subjektivnih kriterijuma podobnosti za upotrebu u domenu softverskih proizvoda masovnog tržišta moguća, ipak postoje određene specifičnosti.

Pre svega, način distribucije standardnih softvera isključuje i najmanju verovatnoću da proizvođač zna za kakve konkretne namene korisnik pribavlja softver. Softver, uz to, nije proizvod čija se svojstva mogu uočiti neposrednim opažanjem, već upravo upotrebom koja je kod ugovora o licenci primarna svrha. Drugim rečima, korisnik zaključuje ugovor o licenci onog softvera čijom upotrebom može udovoljiti konkretnim poslovnim ili privatnim zahtevima. Stoga on svoj izbor zasniva na raspoloživim informacijama. U tom smislu, primenu odredbi o odgovornosti za materijalne nedostatke ne bi trebalo toliko dovoditi u vezu sa naročitom svrhom koju je davalac licence morao znati koliko obrnuto, sa okolnostima koje je morao znati korisnik.

---

[16] Čl. 534. i 535. Zakona o obligacionim odnosima

[17] V: Anglo Group plc v. Winther Browne & Co. Ltd, u: R. Bond, *Negotiating International Software Licences and Data Transfer Agreements*, Thomson – Sweet & Maxwell, London, 2004, str. 7–15

[18] V: R. Morgan, K. Burden, *Morgan and Stedman on Computer Contracts*, Thomson – Sweet & Maxwell, London, 2001, str. 50

Naime, ukoliko je korisniku potrebno da izvrši određene složene poslovne zadatke (primera radi, vođenje finansijskog stanja preduzeća), on će zaključiti ugovor o licenci softvera koji je kreiran upravo u tu svrhu. Pri tom će od presudnog značaja biti specifične karakteristike predmetnog softvera navedene u pratećoj dokumentaciji čija je sadržina *korisniku bila poznata* u momentu obavezivanja. Posmatrano iz drugog ugla, ako proizvođač nameće informacije o posebnim obeležjima softvera (npr. tehnička mogućnost umrežavanja), on svesno ide ka tome da navedena obeležja budu odlučujući faktor u odabiru jednog softvera u odnosu na veliki broj drugih iste kategorije. Stoga je u pitanju da li standardni softver ima svojstva potrebna za naročitu upotrebu ključni momenat da li je opis proizvoda bio poznat korisniku, te nadalje, da li je upravo računajući na konkretne istaknute karakteristike zaključio ugovor o licenci. Na tome zapravo leži i pretpostavka da je davalac licence znao za ove relevantne okolnosti.

Dokazivanje, istina, može biti izuzetno teško, ali se ne može sporiti da se zasniva na objektivno proverljivim okolnostima, kao što je činjenica da su obeležja softvera jasno istaknuta na vidnom mestu ambalaže ili data u javnosti putem reklama, prospekata ili elektronskih medija. Štaviše, ovakav stav proizlazi i iz potrošačkih prava. Naime, prema odredbama Zakona o zaštiti potrošača, zabranjeno je oglašavanje proizvoda i usluga koje dovodi potrošača u zabludu, u skladu sa zakonom.[19] Ovime se, između ostalog, težilo ka postizanju poverenja potrošača u javno oglašavanje, te je sasvim opravdano što se korisnik standardnog softvera pouzdao u oglašene karakteristike.

Premda ne obuhvata pitanja ugovorne odgovornosti, u ovom pogledu zanimljiva je i odredba Zakona o odgovornosti proizvođača stvari sa nedostatkom, jer izričito pod nedostatkom podrazumeva i odstupanje od reklamnih izjava.[20]

U svakom slučaju, ukoliko svojstva softvera ne zadovoljavaju očekivanja korisnika, bez obzira da li se ona izričito ugovaraju ili su, prema okolnostima svakog konkretnog ustupanja prepoznatljive za saugovarača, može se govoriti o postojanju nedostataka koji utiču na upotrebu. Međutim, ukoliko ništa nije ugovoreno ili ne proizlazi iz okolnosti slučaja, o podobnosti softvera za upotrebu se ceni prema objektivnom kriterijumu: da li stvar ima svojstva koja su potrebna za redovno odnosno uobičajeno iskorišćavanje.

[19] Čl. 47. Zakona o zaštiti potrošača, Sl. Glasnik RS, br. 79/05.

[20] Čl. 4. st. 1. Zakona o odgovornosti proizvođača stvari sa nedostatkom, Sl. glasnik RS, br. 101/05

2.2. Objektivni kriterijumi podobnosti za upotrebu

Kao minimalni zahtev koji proizlazi iz prirode ugovora o licenci postavlja se nedostatak onih softverskih grešaka usled kojih korisnik ne bi mogao da ga upotrebljava na redovan odnosno uobičajen način. U obzir se, dakle, uzima samo ovaj objektivni kriterijum, a ne izričita ili pretpostavljena volja ugovornih strana. Međutim, određivanje redovne upotrebe u informacionoj tehnologiji dovodi do izvesnih poteškoća.

Naime, softver predstavlja proizvod čiji se efekti u primeni dovode u vezu sa tehničkim komponentama i drugim proizvodima iste odnosno slične vrste, o čemu je već bilo reči. Stoga postoje mišljenja u pravnoj literaturi i sudskoj praksi da određivanje uobičajenog kvaliteta softvera nije moguće upravo polazeći od činjenice da prilikom njegove upotrebe postoji izuzetno veliki broj mogućih kombinacija naredbi, pa time i učinka.[21] Ipak, velika zastupljenost ovih dobara na tržištu, pa i u poslovnom svetu u opšte, dovodi do toga da je danas vrlo lako uporediti različite softvere iste klase i uspostaviti određeni standard. Ti standardi su doduše, usled dinamičnog razvoja informacione tehnologije, podložni stalnim promenama, ali je činjenica da se uobičajeni kvalitet može utvrditi, makar u okviru „aktuelnog stanja tehnike".[22] Tako, više se ne postavlja pitanje da li softver za obradu teksta sadrži mogućnost ubacivanja fusnota ili tabela u tekst. Kada su u pitanju stručni aplikativni softveri, može se smatrati podrazumevajućim da rezultati dobijeni upotrebom treba da budu usaglašeni sa aktuelnim stanjem struke. Primera radi, ukoliko se radi o softveru u računovodstvenim uslugama, kao minimalni zahtev se postavlja usaglašenost sa zakonskim propisima na kojima se finansijsko knjigovodstvo zasniva.[23] Pri tom, naravno, ocena podobnosti u najvećoj meri zavisi od mišljenja veštaka za određenu oblast, a činjenica da je znanje o takvim i sličnim obavezama van struke autora odnosno davaoca licence ne utiče na njegovu ugovornu odgovornost prema korisniku. Naime, iako greška može poticati od nedovoljne stručnosti, autor softvera odgovara za izbor eksperata na čija usmerenja se oslanjao pri stvaranju dela.[24]

---

[21] V: J. Marly, *op.cit*, str. 381 i tamo navedenu nemačku sudsku praksu i literaturu

[22] *Ibidem*

[23] *Ibidem*

[24] Aplikativni softveri za rešavanje određenih stručnih problema, čak i kada se ne radi o individualnim softverima, upravo se zasnivaju na definisanju problema od strane eksperata. Ova činjenica može biti od značaja za pitanje odgovornosti u smislu da autor softvera odgovara za izbor lica ukoliko je neophodno da angažuje i druge subjekte (kod ugovora o narudžbi dela, npr.), ali i kod utvrđivanja krivice za prouzrokovanje štete trećim licima.

S druge strane, vrlo često redovna upotreba zahteva određeno poznavanje kompjuterske tehnologije, ali, ako se izuzmu tzv. jeftini softveri[25], i stručne oblasti u kojoj se primenom softvera očekuju korektni rezultati. Naime, moguće je da on ne sadrži nedostatke koji ga čine manjkavim, ali zbog pogrešne instalacije ili načina rada, pokazuje značajna odstupanja prilikom upotrebe. Stoga se u ovom domenu redovna upotreba ne može posmatrati samo sa aspekta proizvoda, već i korisnika koji mora imati najmanje prosečnu umešnost. Dakle, softver je podoban za redovnu upotrebu ukoliko je takvog kvaliteta da zadovoljava korisnika prosečnih informatičkih veština, a u određenim slučajevima korisnik mora imati svojstvo prosečnog stručnjaka za oblast kojoj je softver namenjen.

Objektivni kriterijum upotrebe, u smislu prethodno opisanog, predstavlja zapravo minimum obaveze garantovanja upotrebe. Štaviše, on mora biti zadovoljen i u slučajevima kada od proizvođača dati opis proizvoda ne sadrži izričito navedena obeležja ili se volja ugovornih strana ne može pouzdano utvrditi.

3. Pravne posledice manjkavosti softvera

Činjenica da je predmet prestacije softver kao autorsko delo za koje u određenim segmentima postoje odstupanja od opšteg autorskopravnog režima, utiče i na pitanja pravnih posledica manjkavosti softvera.

U svim savremenim pravnim sistemima zakonom je predviđeno ograničenje autorskih prava u korist legalnog sticaoca primerka softvera. U kontekstu manjkavih softvera, on može, radi sopstvenog uobičajenog namenskog korišćenja, ako ugovorom nije drugačije određeno,[26] otklanjati greške koje ometaju njegovu redovnu upotrebu. Time se prevashodno misli na manje nedostatke za koje ni inače davalac licence ne odgovara, ali kako zakonodavac ne precizira njihovu prirodu, ovom odredbom su obuhvaćeni i pravno relevantni.

Da bi mogao preduzeti navedene radnje, međutim, u pojedinim slučajevima mora raspolagati određenim stručnim znanjem softverskog inženjerstva. Stoga se ovaj izuzetak čini nedovoljnim kada je potrebno angažovati druga lica ili sredstva kako bi se postigao željeni, dopušteni cilj, budući da se izlaže dodatnim troškovima, sa kojima u momentu zaključe-

[25] Iako ne postoje razlike u pravnoj zaštiti, u rešavanju problema vrlo često se i u uporednom pravu posebno tretiraju jeftini softveri gde se cenovna granica kreće oko 100 evra. V: J. Marly, *op.cit*, str. 380

[26] Čl. 46, st. 1, tačka 2 Zakona o autorskom pravu i srodnim pravima, Sl. List SCG br. 61/04

nja ugovora nije računao. U tom smislu relevantne su odredbe o kupoprodaji i zakupu koje se shodno primenjuju i na ugovore o licenci.

Prema Zakonu o obligacionim odnosima, zakupac je dužan obavestiti zakupodavca bez nepotrebnog odlaganja o svakom nedostatku koji bi se pokazao ili nastao u toku zakupa, osim ako zakupodavac zna za nedostatak.[27] Za razliku od kupoprodajnog ugovora, rizik za slučajnu propast stvari snosi zakupodavac za svo vreme trajanja ugovora, a time i odgovornost za materijalne nedostatke stvari koji ometaju redovnu odnosno ugovorenu upotrebu. Pri tom nije od značaja momenat kada je nedostatak nastao, pre ili u toku trajanja ugovora. Ovo pravilo proističe iz trajnosti prestacije ugovora o zakupu, što je karakteristika i ugovora o licenci. Daljom analognom primenom odredaba o odgovornosti zakupodavca, korisnik licence po osnovu manjkavosti stvari ima pravo da zahteva otklanjanje nedostatka, a ukoliko je reč o neotklonjivom nedostatku, na sniženje licencnine ili raskid ugovora.[28] U svakom slučaju ima pravo na naknadu štete prouzrokovane neupotrebom softvera, privremenom ili trajnom.[29]

Zakonska formulacija upućuje na to da se otklanjanje greške odnosno nedostatka pojavljuje kao primarni zahtev. Pri tom, korisnik softvera ima mogućnost da nedostatak samostalno otkloni, ali na trošak davaoca licence,[30] izuzev kada je reč o sitnim korekcijama, koje i prema odredbama ugovora o zakupu padaju na njegov teret.[31] Primera radi, memorijski kapacitet softvera može da se smanji odstranjenjem nepotrebnih programskih funkcija koje zauzimaju značajan memorijski prostor, a korisnik ih ne upotrebljava. Naravno, ovakvo tumačenje nije primenljivo na ugovorom izričito isključenu mogućnost otklanjanja grešaka od strane korisnika, zbog čega bi on u svakom slučaju morao obavestiti davaoca licence o postojanju greške.[32]

Ukoliko je reč o neotklonjivom nedostatku, koji čini bitnu povredu ugovora, ili pak otklonjivom, ali čijim otklanjanjem bi bili povređeni rokovi kada su oni bitan sastojak ugovora, ili bitno smanjuju vreme trajanja ustupljenog iskorišćavanja, korisnik može da zahteva sniženje licencnine ili raskid ugovora.[33] Iako zakonodavac ostavlja izbor između ove dve opcije, princip *favor contractus* favorizuje prvu. Tačnije, u svakom konkret-

[27] Čl. 577, st. 1. i 579, st. 1. Zakona o obligacionim odnosima

[28] Čl. 578. Zakona o obligacionim odnosima

[29] Čl. 578. st. 4. Zakona o obligacionim odnosima

[30] V: S. Perović, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Knjiga II, Savremena administracija, Beograd, 1995, str. 1228, u vezi sa čl. 694

[31] Čl. 570. st. 3. Zakona o obligacionim odnosima

[32] U skladu sa čl. 46.st.2 Zakona o autorskom pravu i srodnim pravima

[33] Čl. 578. Zakona o obligacionim odnosima. V: S. Perović, *op.cit*, str. 1050

nom slučaju sud treba da odluči da li cilj ugovora može da se ispuni sniženjem naknade koju je korisnik dužan da plaća. U suprotnom, ugovor o licenci se raskida.

U svakom od navedenih slučajeva, korisnik licence ima pravo na naknadu štete zbog neispunjenja ugovora, ali i eventualne štete koju može prouzrokovati nedostatak softvera na drugim dobrima, po opštim pravilima o odgovornosti.[34] Međutim, pravo na naknadu se gasi ukoliko korisnik propusti da obavesti davaoca licence o postojanju nedostatka. Sem toga, kada zbog ovog propuštanja davalac pretrpi štetu, korisnik je u obavezi da je naknadi.[35]

Navedenoj odredbi može se dati i šire tumačenje u situaciji kada korisnik samostalno otklanja greške bez obaveštavanja proizvođača, budući da ga Zakon o autorskom pravu i srodnim pravima na to ovlašćuje. Naime, troškovi koje je davalac licence dužan da snosi po tom osnovu često prevazilaze troškove koje bi sam imao pri otklanjanju nedostataka. Stoga bi se moglo smatrati prekomernim opterećenjem davaoca ukoliko bi on bio obavezan da ih u celosti naknadi. S tim u vezi, propuštanje korisnika da obavesti davaoca licence može dovesti do ograničenja naknade učinjenih troškova na onaj iznos koji bi davalac licence realno imao.

4. Isključenje odgovornosti

Pravne posledice odgovornosti za materijalne nedostatke softvera mogu izostati ukoliko je, po osnovu zakona ili ugovora o licenci, takva odgovornost isključena.

4.1. Zakonsko isključenje odgovornosti

Analogna primena odredaba Zakona o obligacionim odnosima isključuje odgovornost davaoca licence za nedostatke koji su korisniku u trenutku zaključenja ugovora bili poznati ili mu nisu mogli ostati nepoznati.[36]

S obzirom na činjenicu da su softverske greške neizbežne, korisnik licence mora da računa sa tim da softver ima nedostataka. Za neznatne nedostatke proizvođač ni inače ne odgovara, te nepažnja koja može dovesti do isključenja odgovornosti saugovarača odnosi se samo na one koje imaju karakter bitnih za ugovorenu odnosno uobičajenu upotrebu softve-

[34] Čl. 578, st. 4. Zakona o obligacionim odnosima
[35] Čl. 577, st. 3. Zakona o obligacionim odnosima
[36] Čl. 480, st. 1 i čl. 574, st. 1 Zakona o obligacionim odnosima

ra. Primera radi, ukoliko je korisnik znao da predmetni softver ne može da funkcioniše na operativnom sistemu kojim on raspolaže, davalac licence neće odgovarati zbog postojanja nekompatibilnosti.

Premda Zakon proširuje odgovornost u slučaju da je davalac licence tvrdio da softver ima određena svojstva odnosno odlike,[37] ova odredba u pogledu ugovora o licenci ima mali, gotovo nikakav značaj jer korisnik tek u toku upotrebe može utvrditi da ona nedostaju odnosno u trenutku zaključenja ugovora ne može za takav nedostatak znati. Do shodne primene odredbe o odgovornosti za slučaj da je davalac licence tvrdio da softver nema nikakvih nedostataka[38], iako je korisnik već prilikom zaključenja ugovora primetio određene mane (primera radi, među kompatibilnim operativnim sistemima nije naveden onaj kojim korisnik raspolaže), u praksi takođe retko dolazi budući da je na softverskom tržištu postalo uobičajeno da se ugovorom isključuje ili ograničava odgovornost za eventualne greške.

4.2. Ugovorno ograničenje ili isključenje odgovornosti

U zakonskim odredbama o odgovornosti za materijalne nedostatke izričito se dozvoljava ugovorno ograničenje ili isključenje odgovornosti[39], što se u pogledu ugovora o licenci softvera najčešće dešava.

Davalac licence može, dakle, ugovorom isključiti odgovornost u potpunosti pri čemu korisnik prihvata rizik da će usled njihovog eventualnog pojavljivanja troškove otklanjanja sam snositi.

Nadalje, on može ograničiti odgovornost samo za određene nedostatke ili odrediti da korisnik licence, u slučaju postojanja nedostataka, ne može ostvariti sve zahteve po tom osnovu, već samo pojedine od njih (otklanjanje grešaka ili sniženje licencnine, ali ne i raskid ugovora).

Ugovorne odredbe o isključenju odnosno ograničenju odgovornosti, međutim, trpe sankciju ništavosti ukoliko je davalac licence softvera znao za nedostatak, pa namerno propustio da o tome obavesti korisnika; ako je nedostatak takve prirode da onemogućava upotrebu ili je, pak, davalac licence ovu odredbu nametnuo koristeći svoj monopolski položaj.[40]

U prvom slučaju zakonodavac pretpostavlja postojanje težeg oblika građanskopravne odgovornosti, nameru, u dva smera. Najpre, davalac licence mora da zna za postojanje nedostatka. Izostavljanjem formulacije „morao znati“ isključuje se gruba nepažnja kao oblik krivice koja dovodi

[37] Čl. 480, st. 3. Zakona o obligacionim odnosima
[38] Čl. 480, st. 3. Zakona o obligacionim odnosima
[39] Čl. 486, st. 1. i čl. 576, st. 1. Zakona o obligacionim odnosima
[40] Čl. 576, st. 2. Zakona o obligacionim odnosima

do ništavosti ugovornog isključenja odnosno ograničenja odgovornosti. Uz to, propuštanje obaveštavanja korisnika o tome takođe mora biti namerno jer iz takvog postupanja jasno proističe maliciozni cilj – izbegavanje materijalne odgovornosti, te kao takav ne može uživati pravnu zaštitu.

Kada je reč o drugom slučaju, ništavost je posledica koja logično proizlazi iz prirode ugovora. Naime, upotreba softvera predstavlja karakterističnu prestaciju, pa i više od toga: kauzu ugovora. Izvršenje prestacije, nadalje, u pretežnom delu zavisi upravo od činjenice da li softver ima nedostatke kojima se upotreba onemogućava. Ukoliko je to slučaj, isključenje odgovornosti proizvođača imalo bi za posledicu da se ugovor ne može ni izvršiti. Isto proističe i iz ograničenja odgovornosti kada je nedostatak neotklonjiv, a korisnik se, zaključujući ugovor takve sadržine, odrekao prava na raskid.

Na kraju, ništavost ugovorne odredbe o isključenju odnosno ograničenju odgovornosti nametnute iskorišćavanjem monopolskog položaja ima u domenu softvera naročitu ulogu budući da je reč o intelektualnoj tvorevini koja vrlo često može dovesti do dominacije jednog subjekta na tržištu, kao što je to slučaj, primera radi, sa *Microsoft Corporation*.

Monopolski odnosno dominantni položaj postoji ukoliko jedan subjekt na tržištu nema konkurenciju ili je konkurencija beznačajna odnosno koji ima značajno bolji položaj u odnosu na konkurente uzimajući u obzir veličinu tržišnog udela, ekonomsku i finansijsku snagu, pristup tržištima snabdevanja i distribucije, kao i pravne ili činjenične prepreke za pristup drugih učesnika tržišta.[41] Dominacija, u navedenom smislu, sama po sebi nije nedopuštena, ali svi savremeni pravni sistemi sankcionišu njenu zloupotrebu. Jedan od zabranjenih akata u tom pravcu jeste i nametanje nepravičnih uslova poslovanja[42], što može da obuhvata i ugovorno isključenje odgovornosti, čime se značajno ugrožavaju interesi potrošača odnosno korisnika softvera. Odluka o postojanju zloupotrebe donosi se za svaki pojedinačan slučaj, s obzirom na subjekte i konkretnu sadržinu pravnog odnosa. Ukoliko se, dakle, utvrdi da zloupotreba postoji, odredba o isključenju odgovornosti ne proizvodi dejstvo, te se u pitanju softverskih grešaka primenjuju opšta pravila o odgovornosti za materijalne nedostatke.

[41] Čl. 15. Zakona o zaštiti konkurencije, Sl. glasnik RS, br. 51/09, stupa na snagu 1. novembra 2009. godine

[42] Čl. 16. st. 2, tačka 1. Zakona o zaštiti konkurencije

Sanja Radovanović, LL.M., Assistant
Novi Sad School of Law

Obligation To Warrant The Usage In Software Licence Agreement

Abstract

This paper analyzes the obligation to warrant the usage of the software in the license agreement that is by its contents actually liability for material defects software. Since the Law of Obligations does not contain explicit provisions in this respect, in this question apply terms of buying and selling and renting, taking into account the specifics of the software as intangible property. In addition, given the fact that the software is protected by copyright, it is inevitably to bring the relevant provisions of contract law in conjunction with *lex specialis* of the Law on Copyright and Related Rights, which could affect the range of licensor liability.

Key words: software; software bugs; software defects; usage; contracted use; normal use; liability; exclusion of liability

Originalni naučni rad 347.65(4)

Mr Jelena Vidić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

ODNOS SRODSTVA, BRAKA I VANBRAČNE ZAJEDNICE U ZASNIVANJU PRAVILA ZAKONSKOG I NUŽNOG NASLEĐIVANJA U ZEMLJAMA GERMANSKE PRAVNE TRADICIJE

***Sažetak**: Iako je nesporno da svi savremeni pravni poreci Evrope zakonske, odnosno nužne nasledne redove zasnivaju na činjenici srodstva i braka, a u današnje vreme pojedini od njih i na činjenici vanbračne zajednice, konkretan način normiranja odnosa srodstva, braka i vanbračne zajednice kao pravnorelevantnih činjenica u zasnivanju pravila zakonskog i nužnog nasleđivanja se može razlikovati u svakom od ovih prava. Naslednopravne posledice odnosa srodstva i braka, odnosno vanbračne zajednice su izuzetno složene, a mogu se u potpunosti sagledati tek analizom određenog broja pitanja, koja se odnose na svaku od ovih činjenica ponaosob, te njihovim međusobnim dovođenjem u vezu u svakom pojedinom pravu, s obzirom na to da način uspostavljanja ovog odnosa zavisi od konkretnog društva, shvatanja porodice, braka, vanbračne zajednice, bračnih i porodičnih vrednosti, te od konkretnih uslova, okolnosti i stvarnih potreba. Kao svojevrstan nastavak prethodnog rada u kojem smo ukazali na naslednopravne posledice odnosa srodstva, braka i vanbračne zajednice u pravu Engleske, ovaj rad za predmet svog istraživanja ima pravnu regulativu navedenog pitanja u pojedinim zemljama evropskog kontinentalnog sistema, konkretno u zemljama germanske pravne tradicije. Od posebnog značaja predstavlja stanje legislative u pravima Nemačke, Austrije i Švajcarske, kao klasičnim zemljama pravne kulture i karakterističnim predstavnicima germanskog pravnog kruga zemalja, pri čemu se u radu ukazuje i na normativna rešenja koja postoje u pravu Grčke, u kojem je primetno suštinsko prihvatanje određenog broja zakonskih rešenja prethodno spomenutih prava, a posebno prava Nemačke.*

***Ključne reči**: srodstvo, brak, vanbračna zajednica, istopolni vanbračni partner, zakonsko nasleđivanje, nužno nasleđivanje.*

1. Uopšte o srodstvu, braku i vanbračnoj zajednici kao pravno relevantnim činjenicama u zasnivanju pravila zakonskog nasleđivanja

U svim pravima analizirane grupe zemalja – Građanskom zakoniku Nemačke[1], Građanskom zakoniku Austrije[2], Građanskom zakoniku Švajcarske[3], te Građanskom zakoniku Grčke[4] pravnorelevantne činjenice u zasnivanju pravila zakonskog nasleđivanja predstavljaju činjenica srodstva i bračne veze. Pored navedenih činjenica, u pojedinim od ovih prava, kao što su prava Nemačke i Švajcarske, pravno relevantnu činjenicu u zasnivanju pravila zakonskog nasleđivanja predstavlja i vanbračna zajednica između partnera istog pola.

Srodnici koji imaju zakonska nasledna prava u svim posmatranim pravima su lica koja se nalaze u krvnom srodstvu, bez obzira na to da li ih sa ostaviocem vezuje odnos bračnog ili vanbračnog srodstva, pod uslovom da je vanbračno srodstvo utvrđeno na zakonom predviđen način. Do potpunog naslednopravnog izjednačenja vanbračnih srodnika sa bračnim srodnicima u pravu Austrije je došlo počev od reforme naslednog prava iz 1990. godine.[5] Do pravnog izjednačenja bračnih i vanbračnih srodnika u pravu Nemačke dolazilo je postepeno. Tako je donošenjem Zakona o vanbračnoj deci, koji je stupio na snagu 01. 07. 1970. godine, u ovoj zemlji prvi put u pravnom smislu priznato srodstvo između oca i vanbračnog deteta, te između očevih srodnika i vanbračnog deteta. Time se detetu po prvi put priznalo i pravo zakonskog nasleđivanja prema ocu i očevim srodnicima, kao što su i otac i očevi srodnici stekli nasledna prava prema vanbračnom detetu. Međutim, ovaj Zakon je ipak poznavao posebne pravne institute u pogledu prava nasleđivanja vanbračnih srodnika. Prvi od njih je podrazumevao da u slučaju smrti oca, vanbračno dete kao potencijalni naslednik u konkurenciji sa bračnim drugom i bračnom decom

[1] Građanski zakonik Nemačke donet je 1896. godine. Tekst zakonika videti na internet adresi: http://bundesrecht.juris.de/bgb/BJNR001950896.html

[2] Građanski zakonik Austrije donet je 1811. godine. Tekst zakonika videti na internet adresi: http://www.ibiblio.org/ais/abgb1.htm

[3] Građanski zakonik Švajcarske donet je 1907. godine. Tekst zakonika videti na internet adresi: http://www.admin.ch/ch/d/sr/210/index.html

[4] Građanski zakonik Grčke donet je 1940. godine.

[5] V. § 730. Građanskog zakonika Austrije. V. Bernhard Eccher: Bürgerliches recht, Band VI, Erbrecht, Wien, 2002, str. 24-25.

ostavioca nije imalo pravo na stvarni udeo u zaostavštini, već pravo na zamenu nasledstva, odnosno pravo na novčano potraživanje, u visini naslednog dela koji bi mu pripadao kao zakonskom nasledniku. U slučaju smrti vanbračnog deteta, isto ovakvo pravo pripadalo je i vanbračnom ocu i njegovim srodnicima. Drugi je podrazumevao pravo vanbračnog deteta koje se nalazilo u životnoj dobi između 21. i 27. godine života da zahteva prevremeno nasledničko izjednačenje, odnosno prevremeno namirenje svog naslednog dela u novcu, koje se moglo ugovoriti sa ocem kao budućim ostaviocem ili ostvariti sudskim putem, u slučaju odsustva saglasnosti oca.[6] Ovi naslednopravni instituti ukinuti su Zakonom o izjednačenju prava nasleđivanja, koji je stupio na snagu 1998. godine. Od tada u pravu Nemačke ne postoji različita regulativa u pogledu nasleđivanja bračnih i vanbračnih srodnika.

Tazbinsko srodstvo ni u jednom od posmatranih prava ne predstavlja pravno relevantnu činjenicu u formulisanju pravila zakonskog nasleđivanja, za razliku od adoptivnog srodstva koje u svima njima predstavlja ovakvu pravno relevantnu činjenicu. Tako se u pravu Austrije zasnivanjem usvojenja, između usvojilaca i njihovih potomaka, sa jedne strane, i usvojenika i njegovih, u trenutku stupanja na snagu odluke o usvojenju maloletnih potomaka (ili naravno kasnije rođenih), sa druge strane, zasnivaju prava i dužnosti kao da je u pitanju rođeno dete usvojilaca. Istovremeno, zasnivanjem usvojenja ukida se srodnički odnos između prirodnih roditelja i njihovih srodnika, s jedne strane, i usvojenika i njegovih maloletnih potomaka, s druge strane. Ukoliko je međutim jedan bračni drug usvojio rođeno dete svog bračnog druga, zasnivanjem usvojenja ukida se pravni odnos između deteta i onog prirodnog roditelja koji nije u braku sa usvojiocem i njegovih srodnika.[7] Kada je reč o pravu nasleđivanja između adoptivnih srodnika, samo ona lica na koja se odnose dejstva adopcije su jedni prema drugima nosioci prava na nasleđivanje, dok ostala lica to nisu. Ovo znači da zasnivanjem usvojenja nastaju uzajamna zakonska nasledna prava između usvojenika i njegovih potomaka, s jedne strane i usvojilaca i njihovih potomaka, s druge strane, kao i to da imajući u vidu da između usvojenika i njegovih potomaka i ostalih srodnika usvojioca (osim spomenutih) ne nastaje srodstvo, to stoga između njih ne postoji ni uzajamno zakonsko nasledno pravo. Ovo znači, primera radi da usvojenik ne nasleđuje iza oca njegovog prethodno umrlog usvojioca putem princi-

[6] O navedenim posebnim pravnim institutima koji su se primenjivali u pogledu nasleđivanja vanbračnih srodnika videti opširnije: Horst Bartholomeyczik, Wilfried Schlüter: Erbrecht, München, 1975., str. 51-58.

[7] V. § 182. Građanskog zakonika Austrije

pa reprezentacije, iz razloga što usvojenje ne proizvodi dejstvo prema precima usvojioca, ali isti ima pravo da nasledi u drugoj parenteli iza svojih braće i sestara po usvojenju, tj. kako iza rođene, tako i iza usvojene dece usvojioca. Međutim, treba napomenuti da zasnivanje usvojenja nema uticaja na određena prava i obaveze između usvojenika i njegovih prirodnih srodnika, a između ostalih i na pravo nasleđivanja između prirodnih roditelja i njihovih srodnika, sa jedne strane, i usvojenika i njegovih maloletnih potomaka, sa druge strane. Dakle, nasledna prava između ovih lica ostaju netaknuta, te se oni mogu međusobno nasleđivati.[8] U ovoj konkurenciji naslednih prava, usvojioci i njihovi potomci imaju pravo prvenstva u odnosu na prirodne roditelje usvojenika i njihove potomke.[9] Prethodno navedeno znači da ukoliko je do usvojenja jednog lica došlo od strane bračnog para, tada će se na nasleđe iza ovakvog usvojenika iza kojeg nisu ostali potomci, kao naslednici drugog naslednog reda pozvati njegovi usvojioci, odnosno njihovi potomci primenom principa reprezentacije. Ako jedan od bračnih drugova kao usvojilac ne postane naslednik, a iza sebe nije ostavio potomstvo, doći će do priraštaja drugom usvojiocu, odnosno njegovom potomstvu primenom principa reprezentacije. Tek ako nikog od njih nema, na nasleđe će se pozvati prirodni roditelji, odnosno njihovi potomci primenom principa reprezentacije. U slučaju kada je do usvojenja došlo samo od strane jednog lica, polovina zaostavštine će pripasti usvojiocu, odnosno njegovim potomcima po principu reprezentacije, dok će druga polovina zaostavštine pripasti prirodnom roditelju koji nije potisnut usvojenjem, odnosno njegovim potomcima po principu reprezentacije.[10]

Potpuno usvojenje kao jedini mogući vid usvojenja u pravu Nemačke ima više varijanti, u zavisnosti od toga da li se radi o usvojenju maloletnih ili punoletnih lica. Dete koje usvaja bračni par ili ako jedan bračni drug (istopolni vanbračni partner) usvaja rođeno dete svog bračnog druga (istopolnog vanbračnog partnera) dobija status i prava deteta usvojio(la)ca.[11] Usvojenjem maloletnika dolazi do njegovog potpunog integrisanja u porodicu usvojioca, te su stoga usvojenik i njegovi potomci zakonski naslednici usvojioca i njegovih srodnika, dok su usvojilac i njego-

[8] V. § 182 b st. 1. Građanskog zakonika Austrije

[9] V. § 182 b st. 2. Građanskog zakonika Austrije

[10] V. § 182 b st. 2. Građanskog zakonika Austrije

[11] V. § 1754. Građanskog zakonika Nemačke i § 9. st. 7. Zakona o registrovanom životnom partnerstvu Nemačke. Pravo istopolnog partnera da usvoji dete svog partnera u Nemačkoj je uvedeno 2004. godine kada je donet Zakon o izmenama i dopunama Zakona o registrovanom životnom partnerstvu Nemačke iz 2001. godine. Tekst zakona videti na internet adresi: http://www.ilga-europe.org/europe/issues/lgbt_families/marriage_and_ partnership_rights_for_same_sex_partners_country_by_country/germany_registered_partnership

vi srodnici zakonski naslednici usvojenika i njegovih potomaka. Zasnivanjem usvojenja istovremeno se ukida srodnički odnos između usvojenika i njegovih potomaka, sa jedne strane, i prirodnih roditelja i njihovih srodnika, sa druge strane, usled čega se gasi i uzajamno pravo zakonskog nasleđivanja između ovih lica. Jedino ukoliko jedan bračni drug (istopolni vanbračni partner) usvaja rođeno dete svog bračnog druga (istopolnog vanbračnog partnera), srodnički odnos se ukida između deteta i njegovih potomaka, sa jedne strane, i onog roditelja koji nije bračni drug (istopolni vanbračni partner) usvojioca i njegovih srodnika, sa druge strane, što znači da se ovakvim usvojenjem ne ukida srodnički odnos usvojenika sa prirodnim roditeljem koji je u braku (istopolnom vanbračnom partnerstvu) sa usvojiocem i njegovim srodnicima, a usled toga ni uzajamna zakonska nasledna prava između njih.[12] U nekim slučajevima usvojenje nema potpuno, već modifikovano dejstvo. Tako, ukoliko se usvojioci sa usvojenim detetom nalaze u drugom ili trećem stepenu krvnog srodstva (srodničko usvojenje), srodnički odnos prestaje samo između usvojenika i njegovih potomaka i prirodnih roditelja. Takođe, ako jedan bračni drug (istopolni vanbračni partner) usvaja dete drugog bračnog druga (istopolnog vanbračnog partnera), srodnički odnos između deteta i srodnika prirodnog roditelja koji nije u braku (istopolnom vanbračnom partnerstvu) sa usvojiocem se ne gasi, pod uslovom da je brak prestao smrću, a umrli roditelj se za života brinuo detetu.[13]

Punoletna osoba se može usvojiti onda kada je to moralno opravdano, a posebno onda kada se između usvojioca i punoletnog usvojenika već razvio odnos roditelj – dete.[14] Dakle, usvojenje koje ima po pravilu nepotpuno dejstvo, jer je isto u svom dejstvu ograničeno samo na usvojioca, Građanski zakonik Nemačke poznaje samo u odnosu na punoletna lica, u kojim slučajevima po pravilu ne dolazi do srodničkog odnosa, a time ni do prava zakonskog nasleđivanja između usvojenika i srodnika usvojioca, pri čemu uz to ostaju na snazi srodnički i naslednopravni odnosi između usvojenika i njegovih krvnih srodnika.[15]

I važeće pravo Švajcarske poznaje samo jednu vrstu usvojenja – potpuno, neraskidivo usvojenje, nezavisno od toga da li se radi o usvojenju maloletnih ili punoletnih lica. Zasnivanjem usvojenja usvojenik dobija

[12] V. § 1755. Građanskog zakonika Nemačke i § 9. st. 7. Zakona o registrovanom životnom partnerstvu Nemačke

[13] V. § 1756. Građanskog zakonika Nemačke i § 9. st. 7. Zakona o registrovanom životnom partnerstvu Nemačke

[14] V. § 1767. Građanskog zakonika Nemačke

[15] V. § 1770. Građanskog zakonika Nemačke

pravni položaj rođenog deteta usvojioca. Usvojenik se integriše u porodicu usvojioca i stiče sva prava koja bi imalo njihovo biološko dete, što znači i nastanak uzajamnih zakonskih naslednih prava između usvojenika i njegovih potomaka, s jedne strane, i usvojioca i njegovih srodnika, s druge strane. Istovremeno, između usvojenika i njegovih prirodnih roditelja i ostalih krvnih srodnika dolazi do prekida svih veza, pa i uzajamnih zakonskih naslednih prava. Od ovog postoji izuzetak u situaciji kada jedan bračni drug usvaja rođeno dete svog bračnog druga, u kom slučaju roditeljski i srodnički odnos deteta, kao i sva prava koja nastaju po osnovu tog odnosa, pa i zakonska nasledna prava sa prirodnim roditeljem koji je bračni drug usvojioca i njegovim srodnicima ostaju netaknuta.[16]

Do identičnih pravnih dejstava dovodi i zasnivanje usvojenja nad maloletnim licem u pravu Grčke. Zasnivanjem usvojenja se prekida svaka veza između usvojenog maloletnog lica i njegovih krvnih srodnika (osim kada jedan bračni drug usvaja dete drugog bračnog druga, u kom slučaju se veze usvojenika sa prirodnim roditeljem i njegovim srodnicima ne prekidaju), pri čemu se maloletni usvojenik u potpunosti integriše u porodicu usvojioca, gde stiče sva prava i obaveze deteta rođenog u braku. Isto važi i za usvojenikove potomke. Stoga, usvojenje maloletnog lica u pravu Grčke dovodi i do nastanka uzajamnih zakonskih naslednih prava između usvojenika i njegovih potomaka, s jedne strane, i usvojioca i njegovih srodnika, s druge strane.[17] S druge strane, usvojenje punoletnih lica u ovom pravu je dozvoljeno jedino kada je usvojenik biološko dete bračnog druga usvojioca (usvojenje punoletnog pastorka ili pastorke od strane očuha ili maćehe), te se od trenutka zasnivanja usvojenja, usvojenik i njegovi potomci, rođeni nakon usvojenja, smatraju zajedničkim detetom, odnosno zajedničkim potomcima oba bračna druga, pri čemu se veza usvojene osobe sa drugim roditeljem po krvi i njegovim srodnicima zadržava. Usvojenjem međutim ne nastaje odnos srodstva između punoletnog usvojenika i srodnika osobe koja je usvojila. Stoga, ovim vidom usvojenja nastaju uzajamna zakonska nasledna prava između punoletnog usvojenika i njegovih potomaka, s jedne strane, i usvojioca, ali ne i njegovih srodnika, s druge strane.[18]

Kada je reč o zakonskim naslednim pravima nadživelog bračnog druga, isti ima pravo na zakonsko nasleđivanje pod uslovom da se sa ostaviocem u trenutku njegove smrti nalazio u važećem braku. Prema to-

[16] V. čl. 267. Građanskog zakonika Švajcarske

[17] V. čl. 1561-1562. Građanskog zakonika Grčke

[18] O usvojenju punoletnih lica u zakonodavstvu Grčke v. čl. 1579-1588. Građanskog zakonika Grčke

me, ako je brak razveden ili poništen, bračni drug ni u jednom od prava analizirane grupe zemalja neće imati pravo na zakonsko nasleđivanje, što je u nekim od njih izričito predviđeno, a u nekim implicitno proizlazi iz odgovarajućih zakonskih odredbi. Osim toga, u pravu Grčke, ovo pravo bračnom drugu neće pripasti ni u slučaju kada je ostavilac pre smrti nameravao da podnese tužbu za razvod braka imajući razlog za isti, u pravu Austrije ukoliko je ostavilac pre smrti pokrenuo postupak za razvod braka, u kom postupku bi se nadživeli bračni drug u hipotetičkom slučaju razvoda mogao smatrati krivim, a u pravu Nemačke, onda kada su u trenutku smrti bili ispunjeni uslovi za razvod braka, a ostavilac je pokrenuo postupak za razvod braka ili se saglasio sa njim.[19]

Vanbračna zajednica između partnera različitog pola ni u jednom od posmatranih prava ne predstavlja pravnorelevantnu činjenicu u zasnivanju pravila zakonskog nasleđivanja, za razliku od vanbračne zajednice između partnera istog pola, koja u pojedinim od ovih prava, kao što su prava Nemačke i Švajcarske, ima isti naslednopravni značaj koji je u ovim pravima dat i činjenici bračne veze. Tako, u pravu Nemačke, prema Zakonu o registrovanom životnom partnerstvu, koji je stupio na snagu 01.08.2001. godine[20] istopolni vanbračni partner uživa pravo zakonskog nasleđivanja, koje sadržinski odgovara pravu nasleđivanja koje postoji između bračnih drugova. Sve ovo pod uslovom da su životni partneri istog pola registrovali svoje partnerstvo, odnosno da su izjavili želju za vođenjem životnog partnerstva pred nadležnim državnim organom. Kao i u slučaju braka, pretpostavka zakonskog naslednog prava istopolnog vanbračnog partnera je postojanje životnog partnerstva u trenutku otvaranja nasleđa, pa ukoliko je u tom trenutku životno partnerstvo prestalo, ili ukoliko su bili ispunjeni uslovi za ukidanje ovog partnerstva, a ostavilac je bio podneo zahtev za njegovo ukidanje ili se saglasio sa njim, nasledno pravo nadživelog partnera je isključeno.[21]

U Švajcarskoj su se povodom donošenja zakona kojim bi zajednica istopolnih partnera bila izjednačena sa brakom godinama vodile diskusije. Zajednica homoseksualaca je još 1995. godine podnela Saveznom parlamentu peticiju pod nazivom "Ista prava za parove istog pola" kojom se tražilo poboljšanje položaja istopolnih partnera u oblasti administrativnog

[19] V. § 1931. i § 1933. Građanskog zakonika Nemačke, § 757. i § 759. st. 2. Građanskog zakonika Austrije, kao i čl. 1381., čl. 1438. i čl. 1822. Građanskog zakonika Grčke

[20] U § 1. Zakona o registrovanom životnom partnerstvu Nemačke se proklamuje kraj diskriminacije veza između lica istog pola. Naslednopravna dejstva životnog partnerstva nisu inkorporirana u Građanski zakonik Nemačke, već se posebno regulišu spomenutim zakonom.

[21] V. § 10. st. 3. Zakona o registrovanom životnom partnerstvu Nemačke

prava, kao i u oblasti privatnog prava, a pre svega po pitanju uzajamnog nasleđivanja. Povodom pritisaka istopolnih partnera za izjednačavanje njihovih zajednica sa brakom, bilo je doneto nekoliko zakonskih predloga,[22] međutim do donošenja zakona, zbog neslaganja oko pitanja koja prava i u kojoj meri treba da budu legalizovana nije došlo sve do 2004. godine, kada je donet Zakon o registrovanom partnerstvu parova istog pola**.** Ovaj zakon je stupio na snagu 01.01.2007. godine, a njime su partneri koji su registrovali svoju zajednicu, stekli većinu prava i obaveza koja postoje i između bračnih drugova, a jedno od ovih prava predstavlja i pravo uzajamnog zakonskog nasleđivanja.[23] Preduslov za to je da je partnerstvo istopolnih partnera još uvek postojalo u momentu smrti ostavioca, tj. da isto nije poništeno ili prestalo sudskim putem.[24]

2. Naslednopravne posledice odnosa srodstva, braka i vanbračne zajednice u vezi sa ostvarivanjem zakonskih naslednih prava

A. Odnos srodstva, braka i vanbračne zajednice u prvom zakonskom naslednom redu

U svim zemljama germanske pravne tradicije odnos između činjenice srodstva u pravoj nishodnoj liniji i činjenice bračne veze (ili istopolne vanbračne zajednice u pravima Nemačke i Švajcarske) je koordinirajući, pri čemu generalno posmatrano, naslednopravni položaj potomaka ostavioca u najvećem broju posmatranih prava može biti povoljniji u odnosu na ovakav položaj bračnog druga (ili istopolnog vanbračnog partnera u onim pravima u kojima i vanbračna zajednica predstavlja pravno relevantnu činjenicu u zasnivanju pravila zakonskog nasleđivanja).

Spomenuta konstatacija jedino se ne odnosi na pravo Švajcarske, u prilog čega govori visina zakonskog naslednog dela bračnog druga ili istopolnog vanbračnog partnera, odnosno činjenica da istom i u konkurenciji sa najbližim ostaviočevim srodnicima, kao što su ostaviočevi potomci na ime nasleđa može pripasti čak 1/2 zaostavštine. U svim

[22] V. o navedenom opširnije kod Olga Cvejić-Jančić: „Da li je brak prevaziđen – Novi oblici zajedničkog života u savremenim pravima“, Pravni život, Beograd, 2001., br. 9., str. 444.

[23] Naslednopravna dejstva registrovanog partnerstva su inkorporirana u Građanski zakonik Švajcarske. Tekst zakona videti na internet adresi: http://www.admin.ch/ch/d/sr/211_231/index.html

[24] V. čl. 11., kao i čl. 31. st. 1. Zakona o registrovanom partnerstvu Švajcarske. Opširnije o naslednopravnim dejstvima istopolnog partnerstva u pravu Švajcarske videti: Stephan Wolf, Gian Sandro Genna: Zürcher Kommentar zum Partnerschaftsgesetz , Zürich-Basel-Genf, 2007., str. 597-628.

ostalim pravima, potomci po pravilu mogu imati povoljniji naslednopravni položaj u odnosu na naslednopravni položaj bračnog druga. Tako je nasledni deo bračnog druga u ovom naslednom redu u pravu Austrije niži od naslednog dela bračnog druga u pravu Švajcarske i iznosi 1/3 zaostavštine, pri čemu je on najniži u pravima Nemačke i Grčke, gde iznosi 1/4 zaostavštine (u poslednje spomenutom pravu isti položaj ima i istopolni vanbračni partner). Prethodno navedeno znači da će prvostepenim potomcima ostavioca u pravu Švajcarske pripasti preostala 1/2 zaostavštine, u pravu Austrije 2/3 zaostavštine, a u pravima Nemačke i Grčke 3/4 zaostavštine, koji deo zaostavštine će se između njih deliti na jednake delove, dok će dalje potomstvo ostavioca nasleđivati primenom principa reprezentacije, čija primena je u ovom naslednom redu neograničena.[25]

U poređenju naslednopravnog položaja bračnog druga u odnosu na ovakav položaj jednog prvostepenog potomka, može se doći do zaključka da će bračni drug ili istopolni vanbračni partner u pravu Švajcarske imati isti naslednopravni položaj kao i prvostepeni potomak samo u slučaju kada je iza ostavioca ostao jedan ovakav potomak, dok će u slučaju postojanja većeg broja ovakvih potomaka, naslednopravni položaj nadživelog bračnog druga (ili istopolnog vanbračnog partnera) uvek biti povoljniji. Što je broj ovakvih potomaka veći, to će i naslednopravni položaj nadživelog bračnog druga ili istopolnog vanbračnog partnera posmatrano u odnosu na položaj jednog prvostepenog potomka ostavioca biti povoljniji.

S druge strane, u pravima Austrije, Grčke i Nemačke, bračni drug (ili istopolni vanbračni partner u poslednje spomenutom pravu) će imati isti naslednopravni položaj kao i jedan prvostepeni potomak ostavioca, samo u situaciji kada su iza ostavioca ostala dva ovakva potomka (u pravu Austrije), odnosno tri ovakva potomka (u pravima Nemačke i Grčke), dok će u slučaju postojanja manjeg broja ovakvih potomaka, naslednopravni položaj prvostepenih potomaka biti povoljniji od naslednopravnog položaja nadživelog bračnog druga (odnosno istopolnog vanbračnog partnera u pravu Nemačke). Što je broj prvostepenih potomaka manji, to će i njihov naslednopravni položaj posmatrano u odnosu na naslednopravni položaj bračnog druga (ili istopolnog vanbračnog partnera u pravu Nemačke) biti povoljniji. Naravno, ukoliko je broj

[25] V. § 1931. st. 1. Građanskog zakonika Nemačke i § 10. st. 1. Zakona o registrovanom životnom partnerstvu Nemačke, § 757. st. 1. Građanskog zakonika Austrije, čl. 462. st. 1. Građanskog zakonika Švajcarske, kao i čl. 1820. Građanskog zakonika Grčke

ovakvih potomaka veći (što će biti slučaj ukoliko na nasleđe u pravu Austrije konkuriše više od dva prvostepena potomka, a u pravima Nemačke i Grčke više od tri prvostepena potomka) naslednopravni položaj svakog od ovih potomaka će biti nepovoljniji od naslednopravnog položaja nadživelog bračnog druga (ili istopolnog vanbračnog partnera u pravu Nemačke). Međutim, ovakav naslednopravni ishod predstavlja samo logičnu posledicu većeg broja prvostepenih potomaka, pri čemu bi ovakve naslednopravne situacije u praksi morale biti ređe. Stoga smo generalno posmatrano, uzimajući u obzir pravilo prema kojem je potomcima bez obzira na njihov broj, na ime zbirnog zakonskog naslednog dela uvek garantovan veći deo zaostavštine, u odnosu na onaj koji može pripasti bračnom drugu (što u pravu Švajcarske nikada ne može biti slučaj), mišljenja da je intencija zakonodavaca ove grupe zemalja u određenoj meri bila privilegovanje naslednopravnog položaja potomaka ostavioca u odnosu na naslednopravni položaj bračnog druga, kao i istopolnog vanbračnog partnera u pravu Nemačke.

U svim analiziranim pravima, samo u slučaju nepostojanja konkurencije bračnog druga (ili istopolnog vanbračnog partnera u pravima Nemačke i Švajcarske) cela zaostavština će se deliti između prvostepenih potomaka ostavioca na jednake delove, uz identičnu primenu prethodno spomenutog principa zakonskog nasleđivanja.[26]

B. Odnos srodstva, braka i vanbračne zajednice u ostalim zakonskim naslednim redovima

Kada je reč o odnosu činjenice srodstva, braka i vanbračne zajednice prilikom formulisanja pravila zakonskog nasleđivanja posmatrano kroz dalje nasledne redove, primetno je da iako je s jedne strane, u najvećem broju posmatranih prava, koncepcija o krugu srodnika prave ushodne i pobočne linije koji potencijalno mogu nasleđivati na osnovu pravila dispozitivnog zakonskog nasleđivanja postavljena na jedan širi način, s druge strane, postojanje naslednopravnih pravila koja se odnose na položaj nadživelog bračnog druga (odnosno u pojedinim od njih – i na položaj istopolnog vanbračnog partnera) postavlja jasne granice njihovim zakonskim naslednim pravima, kako u pogledu mogućnosti pozivanja nekih od njih na zakonsko nasleđivanje, tako i u pogledu obima naslednih prava onih od njih koji mogu konkurisati nadživelom bračnom drugu, odnosno

[26] V. § 1924. Građanskog zakonika Nemačke, § 731. st. 1., § 732-734. Građanskog zakonika Austrije, čl. 457. Građanskog zakonika Švajcarske, kao i čl. 1813. Građanskog zakonika Grčke

istopolnom vanbračnom partneru. Ova pravila u najvećem broju posmatranih prava govore u prilog povoljnijeg naslednopravnog položaja nadživelog bračnog druga od ovakvog položaja konkurišućih mu srodnika prave ushodne i pobočne linije, a u pravima Nemačke i Švajcarske i istopolnog vanbračnog partnera, s obzirom na to da je u ovim pravima odnos činjenice srodstva i životne zajednice dva lica istog pola u pogledu ostvarivanja zakonskih naslednih prava identičan odnosu činjenice srodstva i bračne veze.

a. Uzajamni odnos srodnika kao zakonskih naslednika

U zemljama germanske pravne tradicije osnovu zakonskih naslednih redova predstavlja parentelarno-linearni sistem grupisanja srodnika, s tim što u pojedinim od ovih prava, kao što je pravo Nemačke, u okviru pojedinih naslednih redova dolazi do izražaja i prihvatanje parentelarno-graduelnog sistema. Tako, u posmatranim pravima srodnici ostavioca koji imaju zajedničkog pretka, odnosno najbliže (neposredne) zajedničke pretke čine posebnu parentelu, odnosno poseban nasledni red. U pogledu pozivanja na nasleđe uspostavljen je određeni raspored, te tako nijedan od srodnika kao potencijalnih zakonskih naslednika iz daljih naslednih redova ne može ostvariti zakonsko pravo nasleđa, ukoliko postoji bilo koji srodnik iz prethodnog naslednog reda, pri čemu pitanje parentela srodnika koje dolaze u obzir da budu zakonski naslednici nije rešeno na istovetan način. Tako je jedino u pravu Nemačke broj parentela, odnosno broj naslednih redova neograničen, dok je u svim ostalim posmatranim pravima (Austrija, Švajcarska, Grčka) broj ovih parentela manji.

Unutar svakog pojedinog naslednog reda takođe je uspostavljen red prvenstva prilikom nasleđivanja. Tako u pravima Nemačke, Austrije i Švajcarske, u drugi nasledni red ulaze srodnici ostavioca iz onih parentela kojima su rodonačelnici roditelji ostavioca. Između ovih rodonačelnika, zaostavština se deli na jednake delove, dok se svo njihovo potomstvo na nasleđivanje poziva primenom principa reprezentacije neograničeno. U situaciji kada umrli roditelj ili roditelj koji iz drugog razloga ne nasleđuje nema svog potomstva, njegov deo prirašće drugom roditelju, a ukoliko ni on nije živ, nasledиće njegovi potomci primenom principa reprezentacije. U pravu Grčke, u okviru ovog naslednog reda mogu se uočiti devijacije parentelarno-linearnog sistema, te se tako u ovom pravu zaostavština deli na jednake delove između roditelja i braće i sestara, dok se potomstvo braće i sestara na nasleđivanje može pozivati primenom principa reprezentacije, pri čemu se primenom ovog principa na nasleđe mogu pozivati

samo deca i unuci braće i sestara.[27] U treći nasledni red su svrstani ostaviočevi srodnici iz onih parentela kojima su rodonačelnici ostaviočeve dede i babe. Između ovih rodonačelnika, zaostavština se deli na jednake delove, dok se svo njihovo potomstvo na nasleđivanje poziva po principu reprezentacije, čija je primena u pravima Nemačke, Austrije i Švajcarske neograničena i u ovom naslednom redu, dok se u pravu Grčke zaustavlja zaključno sa unucima deda i baba. Ukoliko neko od deda i baba iz jedne loze nije živ u momentu smrti ostavioca ili iz drugih razloga ne nasleđuje, a nema potomaka, njegov deo zaostavštine pripašće drugom pretku iz iste loze, odnosno njegovom potomstvu, a ako su i deda i baba iz jedne loze umrli pre ostavioca ili iz drugih razloga ne nasleđuju, a nemaju potomaka, onda će njihov deo zaostavštine naslediti deda i baba iz druge loze, odnosno njihovo potomstvo po pravu reprezentacije. U pravu Švajcarske zaključno sa navedenim zakonskim naslednim redom se završava zakonsko nasleđivanje, odnosno krug srodnika kao potencijalnih zakonskih naslednika.[28]

U pravima Austrije i Grčke na nasleđe se mogu pozivati i pradede i prababe ostavioca, kao potencijalni zakonski naslednici četvrtog naslednog reda, a u pravu Nemačke i svi dalji preci, kao i njihovi potomci, kao potencijalni zakonski naslednici četvrtog i daljih zakonskih naslednih redova. Raspored zaostavštine između pradeda i prababa kao zakonskih naslednika četvrtog naslednog reda u pravima Austrije i Grčke je takav da se između navedenih rodonačelnika zaostavština deli na jednake delove, pri čemu je u ovom naslednom redu isključena primena principa reprezentacije, što znači da se potomci pradeda i prababa ne mogu pojaviti kao potencijalni zakonski naslednici. Međutim, dok će se u pravu Grčke podela zaostavštine između pradeda i prababa uvek vršiti na jednake delove, nezavisno od loza, dotle u pravu Austrije, u slučaju kada neko od pradeda ili prababa nije živ ili iz drugih razloga ne nasleđuje, može doći samo do priraštaja njegovom bračnom drugu, a kada nijedan od bračnih drugova koji čine par predaka iz jedne loze nije živ, ili iz drugih razloga ne nasleđuje, njihov deo zaostavštine će prirasti drugom paru predaka iz iste loze, između kojih će se taj deo zaostavštine deliti na jednake delove. Ukoliko nijedan od rodonačelnika iz jedne loze nije živ ili iz drugih razloga ne nasleđuje, deo zaostavštine koji je trebao da

[27] V. § 1925. st. 1-3. Građanskog zakonika Nemačke, § 731. st. 2. i § 735-737. Građanskog zakonika Austrije, čl. 458. Građanskog zakonika Švajcarske, kao i čl. 1814. Građanskog zakonika Grčke

[28] V. § 1926. Građanskog zakonika Nemačke, § 731. st. 3. i § 738-740. Građanskog zakonika Austrije, čl. 459-460. Građanskog zakonika Švajcarske, kao i čl. 1816. Građanskog zakonika Grčke

pripadne rodonačelnicima ove loze (polovina cele zaostavštine) će prirasti rodonačelnicima druge loze, između kojih će se ona deliti na jednake delove u smislu već izloženih pravila.[29] I u pravu Nemačke takođe postoji mogućnost nasleđivanja u okviru četvrtog naslednog reda, s tim što je krug srodnika koji se javljaju kao potencijalni zakonski naslednici ovog naslednog reda širi i ne obuhvata samo pradede i prababe ostavioca, kao što je to slučaj u pravima Austrije i Grčke, već i njihove potomke. Međutim, treba naznačiti da u pravu Nemačke, počev od ovog zakonskog naslednog reda potomstvo pradeda i prababa, odnosno pobočni srodnici ostavioca nasleđuju po parentelarno-graduelnom sistemu, što znači da ukoliko nijedan pradeda ili prababa nije živ ili iz drugih razloga ne nasleđuje, nasleđe dobija njihov potomak koji se nalazi u najbližem stepenu srodstva sa ostaviocem, a ukoliko postoji više srodnika koji se nalaze u istom stepenu srodstva sa ostaviocem, nasleđe se između njih deli na jednake delove. Po istim pravilima koja se primenjuju u četvrtom naslednom redu, na nasleđe se u pravu Nemačke pozivaju i naslednici svih daljih naslednih redova.[30]

b. Uzajamni odnos srodnika, bračnog druga i vanbračnog partnera kao zakonskih naslednika

U konkurenciji sa srodnicima u pravoj ushodnoj ili pobočnoj liniji naslednopravni položaj bračnog druga u pravima Grčke i Nemačke (u poslednje spomenutom pravu i naslednopravni položaj istopolnog vanbračnog partnera) je povoljniji od položaja koji on ima u prvom zakonskom naslednom redu, imajući u vidu da zakonski nasledni deo bračnog druga u ovim pravima (ili istopolnog vanbračnog partnera u pravu Nemačke) u konkurenciji sa srodnicima ostavioca kao naslednicima drugog naslednog reda iznosi 1/2 zaostavštine, usled čega će u pravu Nemačke roditeljima (ili njihovim potomcima po pravu reprezentacije), a u pravu Grčke roditeljima i braći i sestrama (a deci i unucima braće i sestara po pravu reprezentacije) pripasti ukupno 1/2 zaostavštine.[31]

Naslednopravni položaj nadživelog bračnog druga u konkurenciji sa srodnicima kao naslednicima drugog naslednog reda u pravima Švajcarske i Austrije je još povoljniji. Tako, u pravu Austrije bračnom drugu ostavioca kao zakonskom nasledniku drugog naslednog reda pripada pra-

[29] V. § 731. st. 4. i § 741. Građanskog zakonika Austrije, kao i čl. 1817. Građanskog zakonika Grčke

[30] V. § 1928-1929. Građanskog zakonika Nemačke

[31] V. § 1931. st. 1. Građanskog zakonika Nemačke i § 10. st. 1. Zakona o registrovanom životnom partnerstvu Nemačke, kao i čl. 1820. Građanskog zakonika Grčke

vo na 2/3 zaostavštine (dakle više nego što je to slučaj u pravima Nemačke i Grčke), dok će se preostala 1/3 zaostavštine deliti između roditelja, odnosno braće i sestara ostavioca po pravu reprezentacije.[32] Naime, od reforme iz 2004. godine, u slučaju postojanja konkurencije nadživelog bračnog druga jednom roditelju i braći i sestrama, ili samo braći i sestrama, koji pobočni srodnici iz određenih razloga ne nasleđuju, deo koji bi primenom principa reprezentacije prema ranije važećim naslednopravnim propisima nasledili potomci brata ili sestre će pripasti bračnom drugu ostavioca.[33] Ovo u krajnjim konsekvencama znači da se granica nasleđivanja za pobočne srodnike kao naslednike drugog naslednog reda, u slučaju postojanja bračnog druga utvrđuje uz isključivanje potomaka braće i sestara.

Od svih posmatranih prava zakonski nasledni deo bračnog druga ili istopolnog vanbračnog partnera u konkurenciji sa srodnicima drugog naslednog reda najveći je u pravu Švajcarske, u kojem iznosi 3/4 zaostavštine, što znači da će se samo preostala 1/4 zaostavštine deliti između roditelja ostavioca, odnosno njihovih potomaka po pravu reprezentacije. Pritom, bračnom drugu ili istopolnom vanbračnom partneru ostavioca ne može konkurisati nijedan srodnik kao potencijalni naslednik trećeg zakonskog naslednog reda, jer bračni drug, odnosno istopolni vanbračni partner u slučaju kada nema nijednog srodnika kao potencijalnog naslednika drugog zakonskog naslednog reda nasleđuje celu zaostavštinu.[34] Dakle, u ovom pravu, odnos između činjenice srodstva u pravoj ushodnoj ili pobočnoj liniji i činjenice bračne veze (odnosno istopolne vanbračne zajednice) je koordinirajući, onda kada se bračni drug ili istopolni vanbračni partner pojavljuje kao naslednik u konkurenciji sa ostaviočevim roditeljima ili njihovim potomcima, dok je ovaj odnos isključujući u situaciji kada bi se kao zakonski naslednici pojavljivali dede i babe i njihovi potomci kao srodnici iz trećeg naslednog reda.

U ostalim posmatranim pravima bračni drug ostavioca (odnosno njegov istopolni vanbračni partner u pravu Nemačke) ima slabiji naslednopravni položaj od položaja koji bračni drug, odnosno istopolni vanbračni partner ostavioca ima u pravu Švajcarske, s obzirom na mogućnost kon-

[32] V. § 757. st. 1. u vezi sa § 735. Građanskog zakonika Austrije

[33] Tako, prema važećim naslednopravnim propisima Austrije ukoliko su ostavioca nadživeli bračni drug, majka i sestrić od ranije umrle sestre, bračnom drugu će pripasti pravo na 2/3 zaostavštine, majci pravo na 1/6 zaostavštine, dok preostala 1/6 zaostavštine neće pripasti sestriću, već takođe bračnom drugu ostavioca. Primer preuzet iz: V. Helmut Koziol, Rudolf Welser: Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band II, Erbrecht, Wien, 2007., str. 471.

[34] V. čl. 462. st. 2-3. Građanskog zakonika Švajcarske

kurencije istom i od strane još nekih srodnika u pravoj ushodnoj ili i pobočnoj liniji srodstva, u zavisnosti od konkretnog prava. Tako, u pravima Austrije i Nemačke bračnom drugu na nasleđe mogu konkurisati i srodnici trećeg naslednog reda, pri čemu je naslednopravna pozicija bračnog druga u spomenutim pravima povoljnija od ovakve pozicije konkurišućih mu srodnika, u prilog čega ne govori samo visina njegovog zakonskog naslednog dela, koja je određena na isti način kao i u drugom zakonskom naslednom redu (1/2 zaostavštine u pravu Nemačke, 2/3 zaostavštine u pravu Austrije), već i činjenica da bračnom drugu u konkurenciji sa živim dedama i babama ostavioca i potomcima prethodno umrlih deda i baba pripada i deo koji bi primenom principa reprezentacije trebao da pripadne potomcima prethodno umrlih deda i baba.[35] Dakle, granica nasleđivanja za srodnike, u slučaju postojanja bračnog druga utvrđuje se uz isključivanje potomaka deda i baba, s obzirom na to da u pravima ovih zemalja ne postoji mogućnost konkurisanja u nasleđivanju bračnom drugu od strane pobočnih srodnika ostavioca kao naslednika trećeg zakonskog naslednog reda. Usled ovakvog načina regulisanja, kako u pravu Austrije, tako i u pravu Nemačke, naslednopravni položaj nadživelog bračnog druga će biti povoljniji u situaciji kada su ostavioca pored nekih deda i baba nadživeli i potomci umrlih deda i baba, dok će u suprotnom, odnosno onda kada ovakvih potomaka nema, nasledni deo umrlog dede ili babe prirasti naslednom delu drugog odgovarajućeg rodonačelnika iz iste loze (ili eventualno rodonačelnicima druge loze) ovog naslednog reda.[36] Spomenuće-

[35] V. § 1931. st. 1. Građanskog zakonika Nemačke i § 757. st. 1. Građanskog zakonika Austrije

[36] Tako, ako su ostavioca nadživeli bračni drug, baba u očevoj lozi, deda u majčinoj lozi, kao i tetka u majčinoj lozi, istog će naslediti baba u očevoj lozi, kojoj će pripasti 1/4 zaostavštine (s obzirom na to da u trećem zakonskom naslednom redu bračnom drugu po pravilu pripada 1/2 zaostavštine, a da se preostala polovina zaostavštine deli između baba i deda, što znači da svakom od njih pripada pravo na po 1/8 zaostavštine, te da je deda u očevoj lozi umro, a nema potomaka u ovoj lozi, pa je dedin dei zaostavštine prirastao naslednom delu babe u očevoj lozi, što ukupno čini 1/4 zaostavštine), deda u majčinoj lozi, kojem će pripasti 1/8 zaostavštine, kao i bračni drug, kojem će pripasti 5/8 zaostavštine. Poslednje navedeni nasledni delovi proizlaze iz § 1931. st. 1. reč. 2. Građanskog zakonika Nemačke, prema kojem se nasledni deo potomaka umrlog dede ili babe, koji oni inače dobijaju primenom principa reprezentacije kada nema bračnog druga, u slučaju njegovog postojanja dodeljuje upravo bračnom drugu, koji na taj način isključuje potomke babe i dede iz prava da naslede (u ovom slučaju ostaviočevu tetku u majčinoj lozi), a to u konkretnom primeru znači da će ukupan nasledni deo bračnog druga iznositi 1/2 + 1/8 = 5/8 zaostavštine. Međutim, da je u navedenom primeru tetka, kao potomak babe u majčinoj lozi umrla pre ostavioca, onda bi nasledni deo babe u majčinoj lozi koji iznosi 1/8 zaostavštine, prema § 1926. st. 3. reč. 2. prirastao naslednom delu dede u majčinoj lozi, te ne bi pripao bračnom drugu. Primer preuzet iz: Dieter Leipold: Erbrecht, Tübingen, 2002., str. 54-55. O obimu naslednih prava

mo da je regulativa naslednopravnog položaja nadživelog istopolnog vanbračnog partnera u trećem naslednom redu u pravu Nemačke identična pravu zakonskog nasleđivanja bračnog druga u ovom naslednom redu. Naime, i istopolnom vanbračnom partneru u konkurenciji sa dedama i babama ostavioca na ime naslednog dela pripada 1/2 zaostavštine, pri čemu Zakon o registrovanom životnom partnerstvu takođe sadrži propis koji odgovara propisu Građanskog zakonika Nemačke, prema kojem istopolnom vanbračnom partneru pri nasleđivanju sa još uvek živim dedama i babama ostavioca i potomcima prethodno umrlih deda i baba pripada deo koji bi trebao da pripadne potomcima deda i baba.[37]

Ni u jednom od poslednje spomenutih prava bračnom drugu (ili istopolnom vanbračnom partneru u pravu Nemačke) ostali srodnici kao potencijalni naslednici daljih naslednih redova ne mogu konkurisati u nasleđivanju, imajući u vidu pravilo prema kojem bračni drug (odnosno istopolni vanbračni partner u pravu Nemačke) u slučaju kada nema deda i baba kao potencijalnih zakonskih naslednika trećeg zakonskog naslednog reda može naslediti celu zaostavštinu.[38] Iz svega prethodno navedenog proizlazi da je u pravu Nemačke, odnos između činjenice srodstva u pravoj ushodnoj ili pobočnoj liniji i činjenice bračne veze, odnosno istopolne vanbračne zajednice koordinirajući, onda kada se bračni drug, odnosno istopolni vanbračni partner nađe u konkurenciji sa ostaviočevim roditeljima, odnosno njihovim potomcima ili u konkurenciji sa ostaviočevim dedama i babama, dok je ovaj odnos isključujući u situaciji kada bi se kao zakonski naslednici pojavljivali bilo koji ostali srodnici prave ushodne ili pobočne linije. U pravu Austrije odnos navedenih činjenica je koordinirajući, onda kada se bračni drug pojavljuje kao naslednik u konkurenciji sa ostaviočevim roditeljima, odnosno njihovim prvostepenim potomcima (braćom i sestrama ostavioca) ili u konkurenciji sa ostaviočevim dedama i babama, dok je ovaj odnos isključujući u situaciji kada bi se kao zakonski naslednici pojavljivali bilo koji drugi pobočni srodnici kao potencijalni zakonski naslednici, kao i u situaciji kada bi se kao zakonski naslednici pojavljivali pradede i prababe.

---

nadživelog bračnog druga u konkurenciji sa srodnicima ostavioca videti opširnije: Horst Bartholomeyczik, Wilfried Schlüter: op. cit., str. 67-69.

[37] V. § 10. st. 1. Zakona o registrovanom životnom partnerstvu Nemačke. O naslednopravnom položaju istopolnih vanbračnih partnera u pravu Nemačke v. Nina Dethloff: „The registered partnership act of 2001", str. 178., The international survey of family law 2002., International Society on Family Law (contributor Andrew Bainham), Published by Jordans, 2002. V. i kod: Dieter Leipold: op. cit., str. 73-74.

[38] V. § 1931. st. 2. Građanskog zakonika Nemačke, § 10. st. 2. Zakona o registrovanom životnom partnerstvu Nemačke, kao i § 757. st. 1. Građanskog zakonika Austrije

U pravu Grčke, kao što je to slučaj i u pravu Nemačke, zakonski nasledni deo bračnog druga u trećem naslednom redu iznosi 1/2 zaostavštine, tako da se preostala polovina zaostavštine deli između deda i baba ostavioca na jednake delove, s tim što je njegov naslednopravni položaj ipak slabiji u odnosu na položaj koji bračni drug ima u svim ostalim pravima, što proizlazi iz činjenice da njemu u ovom pravu i određeni krug potomaka deda i baba, zaključno sa njihovim unucima mogu konkurisati u nasleđivanju. S obzirom na činjenicu da bračnom drugu na nasleđe mogu konkurisati i pradede i prababe ostavioca, kao potencijalni zakonski naslednici četvrtog naslednog reda, u slučaju čijeg postojanja će naslednopravni položaj nadživelog bračnog druga biti isti kao i prilikom konkurisanja srodnika iz trećeg naslednog reda, može se zaključiti da je jedino u ovom pravu odnos činjenice srodstva u pravoj ushodnoj ili pobočnoj liniji, nezavisno od toga o kojim srodnicima se radi i činjenice bračne veze uvek koordinirajući. Dakle, nadživeli bračni drug ne može isključiti nijednog srodnika ostavioca iz nasleđivanja, s obzirom na pravilo prema kojem će isti moći naslediti celu zaostavštinu, tek ukoliko ne postoji nijedan srodnik ni iz poslednjeg zakonskog naslednog reda u pravu ove zemlje.[39]

3. Modifikacije naslednopravnog položaja bračnog druga (istopolnog vanbračnog partnera) u pravu Nemačke

Za prethodno navedena pravila zakonskog nasleđivanja u pravu Nemačke bi se moglo reći da su opšta, a ista se odnose na naslednopravni položaj bračnog druga kada se on posmatra nezavisno od bračnog imovinskog režima. Međutim, naslednopravni položaj nadživelog bračnog druga, odnosno istopolnog vanbračnog partnera u pravu Nemačke je kompleksan, a njegovo pravilno sagledavanje moguće je samo u sklopu razmatranja bračnog imovinskog režima, u kom slučaju dolaze do izražaja značajne modifikacije u pogledu njegove naslednopravne pozicije, a time i naslednopravne pozicije konkurišućih mu srodnika.

Naime, pri postojanju zajednice tekovine, kao zakonskog imovinskog režima bračnih drugova, koji se u pravu Nemačke primenjuje u slučaju kada bračni drugovi nisu bračnim ugovorom predvideli drugačiji režim,[40] naslednopravne konsekvence su drugačije. Zakonska regulativa zajednice tekovine polazi od pretpostavke da povećanje imovine koje po-

[39] V. čl. 1820-1821. Građanskog zakonika Grčke
[40] V. § 1363. st. 1. Građanskog zakonika Nemačke

stigne jedan od bračnih drugova koji privređuje za vreme trajanja braka direktno zavisi i od doprinosa drugog bračnog druga (npr. onog koji nije zaposlen, ali vodi zajedničko domaćinstvo). Dejstvo navedene pretpostavke dolazi do izražaja tek nakon prestanka braka, kada treba da dođe do izjednačenja vrednosti tekovine bračnih drugova, u smislu utvrđivanja visine doprinosa svakog od bračnih drugova istoj.[41] Međutim, u slučaju kada je brak prestao smrću jednog od bračnih drugova, pravo Nemačke ne polazi od osnovnog principa bračne tekovine, s obzirom na to da se izjednačenje vrednosti tekovine u ovom slučaju ne vrši putem izračunavanja doprinosa svakog od bračnih drugova i dodeljivanjem prava na postavljanje zahteva za izjednačenje vrednosti, već usleđuje na automatski način, koji podrazumeva da se nasledni deo nadživelog bračnog druga u ovom slučaju povećava za 1/4,[42] koji deo dakle prirasta već postojećem naslednom delu bračnog druga (koji se razlikuje u zavisnosti od toga sa kojim srodnicima bračni drug konkuriše na nasleđe), a usled čega dolazi do istovremenog smanjenja naslednog dela srodnika, konkretno onih koji su pozvani sa bračnim drugom na nasleđivanje.[43] Ovo znači da će se između potomaka ostavioca u prvom naslednom redu deliti preostala 1/2 zaostavštine, jer će bračnom drugu primenom navedenih pravila pripasti pravo na 1/2 zaostavštine, dok će se između roditelja ostavioca (ili njihovih potomaka) ili između deda i baba ostavioca (u zavisnosti od toga ko od njih konkuriše bračnom drugu na nasleđivanje) deliti 1/4 zaostavštine, s obzirom na to da će bračnom drugu u ovakvom slučaju, primenom gore

[41] V. § 1363. st. 2. Građanskog zakonika Nemačke. Opširnije o režimu zajednice tekovine kao zakonskom imovinskom režimu u pravu Nemačke videti: Gordana Kovaček-Stanić: Uporedno porodično pravo, Novi Sad, 2002., str. 57-59.

[42] V. § 1371. st. 1. Građanskog zakonika Nemačke. Navedeno povećanje zakonskog naslednog dela bračnog druga ne predstavlja imovinskopravni, već samostalni naslednopravni način sticanja, koji je određen imovinskopravnim motivima. U tom smislu: Horst Bartholomeyczik, Wilfried Schlüter: op. cit., str. 70.

[43] U teoriji se navode kako nedostaci, tako i prednosti navedenog naslednopravnog rešenja. U pogledu nedostataka navodi se da ovakvo naslednopravno rešenje ne uzima u obzir činjenicu da li je za vreme trajanja braka uopšte došlo do povećanja imovine u odnosu na imovinu koja je postojala na početku braka (štaviše, sam zakonski tekst ovu okolnost opisuje kao nevažnu), niti ko je od bračnih drugova doprineo povećanju imovine, te da je otvoreno pitanje da li dodatni udeo u imovini (1/4) zaista izglađuje stvarnu razliku u doprinosu povećanju imovine. S druge strane, kao prednost ovakvog naslednopravnog rešenja navodi se njegova jednostavnost i jasnoća u postizanju naslednopravnog rezultata. Osim toga, navodi se i da se slabosti ovakve zakonske regulative smanjuju sa mogućnošću ostavioca da putem zaveštanja isključi bračnog druga iz prava da nasledi, kao i sa mogućnošću bračnog druga da odbijanjem nasleđivanja spreči primenu ovog člana i time otvori put pravilnom izjednačavanju vrednosti doprinosa bračnoj tekovini. V. Dieter Leipold: op. cit., str. 56-57.

spomenutih pravila pripasti 3/4 zaostavštine u svojinu. Ovakvim načinom regulisanja naslednopravnog položaja bračnog druga, kada isti konkuriše na nasleđe u prvom zakonskom naslednom redu, odnosno zajedno sa potomcima ostavioca, na najteži način mogu biti pogođeni oni potomci ostavioca koji nisu istovremeno i potomci nadživeli bračnog druga. Ovo proizlazi iz činjenice da će se zajednički potomci ostavioca i nadživelog bračnog druga u krajnjim konsekvencama pojaviti kao naslednici iza svog roditelja – bračnog druga ostavioca, dok to nije slučaj sa ostalim potomcima ostavioca. Stoga je Zakonikom, a u cilju poboljšanja imovinskopravnog položaja ostalih potomaka ostavioca, predviđeno pravilo prema kojem ovi potomci, a u slučaju nužde, imaju pravo na postavljanje zahteva prema nadživelom bračnom drugu za obezbeđenje sredstava potrebnih za prikladno školovanje i to iz dodatnog naslednog dela od 1/4 koji pripada nadživelom bračnom drugu.[44] Kada se radi o istopolnim vanbračnim partnerima koji ugovorom o životnom partnerstvu nisu odredili drugačije, Zakon o registrovanom životnom partnerstvu ove zemlje upućuje na analognu primenu pravila Građanskog zakonika o izjednačavanju vrednosti tekovine bračnih drugova. Stoga će se u slučaju smrti jednog od istopolnih vanbračnih partnera, na isti način, kao i kada se radi o bračnim drugovima, nasledni deo nadživelog istopolnog vanbračnog partnera povećati za 1/4, nezavisno od toga sa kojim srodnicima konkuriše u nasleđivanju, te će zakonski nasledni deo istopolnog vanbračnog partnera u konkurenciji sa potomcima iznositi 1/2 zaostavštine, a u konkurenciji sa ostalim srodnicima 3/4 zaostavštine.[45]

Ukoliko nadživeli bračni drug nije imenovan za naslednika raspolaganjima za slučaj smrti, a ne postoji ni legat u njegovu korist, doprinos bračnoj tekovini se ne može kompenzirati povećanjem njegovog naslednog dela. U ovakvom slučaju tekovina koja se za vreme braka stvarno zajednički stekla, razvrgava se na isti način kao i u slučaju prestanka braka razvodom, odnosno u ovom slučaju nadživelom bračnom drugu pripada pravo da zahteva izjednačenje vrednosti bračne tekovine.[46] Pri oceni se najpre izračunava pojedinačni doprinos oba bračna druga (u smislu oduzimanja visine vrednosti početnog imovinskog stanja, odnosno onog koje je postojalo u trenutku ulaska u imovinskopravni režim, od krajnjeg imovinskog stanja, odnosno vrednosti imovine koja postoji prilikom prestanka imovinskopravnog režima). Ukoliko je doprinos umrlog bračnog druga

[44] V. § 1371. st. 4. Građanskog zakonika Nemačke

[45] V. § 6. Zakona o registrovanom životnom partnerstvu Nemačke u vezi sa § 1371. st. 1. Građanskog zakonika Nemačke

[46] V. § 1371. st. 2. Građanskog zakonika Nemačke

veći od doprinosa nadživelog bračnog druga, nadživelom bračnom drugu će pripasti pravo na zahtevanje isplate polovine razlike vrednosti, koje pravo je usmereno protiv naslednika, te predstavlja njihovu obavezu iz zaostavštine. Bračnom drugu će u ovakvom slučaju, pored prava na zahtev za izjednačenje vrednosti tekovine, pripasti i pravo na mali nužni deo u visini polovine vrednosti redovnog, nepovećanog zakonskog naslednog dela.[47] Isti položaj ima i nadživeli istopolni vanbračni partner koji nije imenovan za naslednika raspolaganjima za slučaj smrti, a ne postoji ni legat u njegovu korist.[48]

Ukoliko je nadživeli bračni drug raspolaganjima za slučaj smrti od strane ostavioca imenovan za naslednika ili legatara, onda se ne može zahtevati zaračunavanje stvarnog doprinosa u tekovini, s obzirom na to da je ovakav zahtev uslovljen time da bračni drug ne sme biti ni naslednik, ni legatar, niti će ovakvom nasledniku pripasti dodatni nasledni deo od 1/4, imajući u vidu da je preduslov prethodno navedenog pozivanje bračnog druga u svojstvu zakonskog naslednika. Ukoliko bračni drug ne odbije nasleđivanje ili legat, njegov položaj će zavisiti od visine pripadajućeg mu zaveštanog dela. Tako će bračnom drugu u čiju je korist zaveštan nasledni deo ili legat u visini većoj od polovine povećanog zakonskog naslednog dela pripasti ovaj zaveštani nasledni deo, odnosno legat, dok će bračni drug u čiju je korist zaveštan nasledni deo ili legat u visini manjoj od polovine povećanog zakonskog naslednog dela moći zahtevati pored ovakvog zaveštanog dela još i dopunu u vidu dodatnog nužnog dela do iznosa velikog nužnog dela (koji primera radi iznosi 1/4 vrednosti zaostavštine u slučaju pozivanja bračnog druga na nasleđe zajedno sa potomcima, s obzirom na to da povećani zakonski nasledni deo bračnog druga u prvom zakonskom naslednom redu iznosi 1/2 vrednosti zaostavštine

[47] U teoriji se navodi da se kao diskutabilno nametnulo pitanje ima li bračni drug koji nije imenovan za naslednika, a u čiju korist ne postoji ni legat, pravo da umesto zahteva za izjednačenje vrednosti tekovine i prava na mali nužni deo, postavi zahtev za velikim nužnim delom, dakle, onim nužnim delom čija bi se vrednost računala u visini polovine zakonskog naslednog dela čija je vrednost povećana za 1/4 na osnovu čl. 1371. st. 1. Građanskog zakonika Nemačke. U više svojih odluka Vrhovni sud Nemačke (BGHZ 42, 182 = NJW 1964, 2404 = JZ 1965, 60 = JuS 1965, 110; BGH NJW 1982, 2497=FamRZ 1982, 571; h.M.) nije dozvolio mogućnost dodeljivanja takvog prava izbora, pozivajući se na činjenicu da cilj povećanja naslednog dela po § 1371. st. 1. Građanskog zakonika Nemačke predstavlja paušalno izjednačenje vrednosti tekovine, te da činjenica da ostavilac nije imenovao bračnog druga kao naslednika, znači upravo to da isti nije ni želeo da paušalno izjednačenje vrednosti tekovine proizvede pravno dejstvo. V. o navedenom kod: Dieter Leipold: op. cit., str. 58-59.

[48] V. § 6. Zakona o registrovanom životnom partnerstvu u vezi sa § 1371. st. 2. Građanskog zakonika Nemačke

(1/4+1/4). Dakle, suprotno situaciji kada bračni drug nije zaveštajni naslednik, usko zaveštajno davanje otvara nadživelom bračnom drugu put ka velikom nužnom delu.[49]

Nadživeli bračni drug koji je zakonski naslednik, ili je raspolaganjima za slučaj smrti od strane ostavioca imenovan za naslednika ili legatara može i odbijanjem nasleđivanja steći pravo na imovinskopravni zahtev za izjednačenje vrednosti tekovine, pri čemu on u ovom slučaju ima i pravo na postavljanje zahteva na mali nužni deo.[50] Put ka ostvarivanju navedenih prava na osnovu Zakona o registrovanom životnom partnerstvu se i u pogledu nadživelog životnog partnera takođe ostvaruje odbijanjem nasleđa.[51] S obzirom na to da odbijanje nasleđivanja otvara mogućnost imovinskopravnog izjednačenja vrednosti bračne tekovine, to se u teoriji ističe da se na ovaj način bračnom drugu (a time i istopolnom vanbračnom partneru) koji je pozvan u svojstvu naslednika ili legatara pruža mogućnost izbora, u smislu njegove procene svih povoljnosti koje mu pruža naslednopravno rešenje, do čije primene će dovesti neodbijanje nasleđa ili pak povoljnosti koje mu pruža imovinskopravno rešenje, do čije primene će dovesti odbijanje nasleđa.[52]

Pored gore iznetog imovinskopravnog režima – režima zajednice prinosa, dobiti, odnosno tekovine koji, kako smo videli predstavlja zakonski imovinski režim u pravu Nemačke, Građanski zakonik Nemačke

---

[49] U teoriji se navodi da je za tačku upoređivanja opravdan izbor polovine povećanog zakonskog naslednog dela, tj. velikog nužnog dela, s obzirom na to da se u ovakvom slučaju ne može zahtevati i izjednačenje vrednosti tekovine. V. Dieter Leipold: op. cit., str. 59.

[50] V. § 1371. st. 3. Građanskog zakonika Nemačke

[51] V. § 6. Zakona o registrovanom životnom partnerstvu u vezi sa § 1371. st. 3. Građanskog zakonika Nemačke

[52] U prilog izbora bračnog druga u pravcu odbijanja nasleđa (imovinskopravno rešenje) govori činjenica da imovinskopravno izjednačenje bračne sutekovine i mali nužni deo koji mu pripadaju u ovom slučaju mogu činiti veći iznos od povećanog naslednog dela. Između ostalog, navodi se da je odabir poslednjeg rešenja povoljan za bračnog druga imajući u vidu činjenicu da u ovom slučaju oni potomci ostavioca koji nisu istovremeno i potomci nadživelog bračnog druga nemaju pravo na postavljanje zahteva za školovanjem u odnosu na bračnog druga. S druge strane, ističu se i nedostaci odabira imovinskopravnog rešenja, do čije primene će dovesti odbijanje zakonskog nasleđa, a koji su istovremeno prednosti drugog rešenja - neodbijanja nasleđa (naslednopravno rešenje), u smislu gubitka prava bračnog druga na udovički deo iz § 1932. Građanskog zakonika Nemačke, do čega dakle neće doći u drugom slučaju. Od posebne važnosti pri odlučivanju za jednu od postojećih opcija predstavlja činjenica da imovinskopravni zahtev za izjednačenje vrednosti sutekovine uz pravo na mali nužni deo predstavlja isključivo novčano potraživanje, što se smatra slabom stranom izbora ove opcije, dok je rezultat povećanog naslednog dela stvarnopravni udeo u zaostavštini. V. o navedenom opširnije: Dieter Leipold: op. cit., str. 60-61.

predviđa i dva zakonska oblika bračnog ugovora - režim odvojenosti imovina i režim zajedničke imovine.[53]

Prema režimu odvojenosti imovina, svaki bračni drug zadržava imovinu koju je imao pre braka i koju je stekao za vreme trajanja braka.[54] Po ovom sistemu, imovina i obaveze ostaju razdvojene, osim kada su bračni drugovi stekli imovinu zajedno tokom braka. Na ovaj imovinskopravni režim se ne primenjuje pravilo o povećanju zakonskog naslednog dela bračnog druga za 1/4, tako da u slučaju ugovaranja ovog režima nadživelom bračnom drugu pripada redovni, odnosno nepovećani zakonski nasledni deo. Međutim, ukoliko se nadživeli bračni drug poziva na nasleđivanje sa jednim ili dva deteta ostavioca, nadživeli bračni drug će imati bolji položaj u odnosu na onaj koji je predviđen opštim pravilima, imajući u vidu da u ovom slučaju i bračni drug i svako dete nasleđuju u jednakim delovima, tako da bračni drug pored jednog deteta nasleđuje 1/2 zaostavštine, a pored dvoje dece 1/3 zaostavštine.[55] Suprotno tome, ukoliko bračni drug nasleđuje sa troje ili više dece, važiće izvorna regulativa, prema kojoj bračnom drugu pripada pravo na 1/4 zaostavštine, dok se preostale 3/4 zaostavštine dele između ostaviočevih prvostepenih potomaka. Poboljšanje naslednopravnog položaja bračnog druga u ovom slučaju je uvedeno Zakonom o vanbračnoj deci iz 1970. godine, a cilj ovakvog poboljšanja je posledica uzimanja u obzir kod ovog režima postojanja dobročine saradnje bračnog druga, koji često svojim radom doprinosi sticanju imovine ostavioca, pri čemu se uzela u obzir i mogućnost zajedničkog nasleđivanja bračnog druga sa detetom koje ne potiče iz njegovog braka sa ostaviocem, u kom slučaju bi prema opštim pravilima detetu pripadao veći udeo u zaostavštini od bračnog druga ostavioca. Dakle, ovakvim regulisanjem se pre svega želelo sprečiti da nadživeli bračni drug, pored jednog ili dva deteta ostavioca koji ne potiču iz njegovog braka sa nadživelim bračnim drugom, dobije manji udeo u zaostavštini nego ovakvo dete ostavioca.[56] Osim toga, ovakvom regulativom, u nemačkom pravu je delimično izbrisana razlika u odnosu na naslednopravnu regulativu koja postoji u režimu zajednice tekovine, u kojem bračni drug putem povećanja naslednog dela stiče pravo na ukupno 1/2 (1/4+1/4) zaostavštine,[57] što je slučaj i u režimu odvojenosti imovina u situaciji kada bračni drug nasleđuje pored

[53] Više o navedenim režimima videti: Gordana Kovaček-Stanić: Porodično pravo, Novi Sad, 2007., str. 130-131.

[54] V. § 1414. Građanskog zakonika Nemačke

[55] V. § 1931. st. 4. Građanskog zakonika Nemačke

[56] V. u tom smislu: Horst Bartholomeyczik, Wilfried Schlüter: op. cit., str. 74-75.

[57] 1/4 prema § 1931. st. 1. i 1/4 prema § 1371. st. 1. Građanskog zakonika Nemačke

jednog deteta kao nosioca prava na nasleđivanje.[58] I zakonsko nasleđivanje između istopolnih vanbračnih partnera koji su svoje imovinskopravne odnose regulisali putem ugovora o životnom partnerstvu, a u slučaju postojanja sporazuma o odvojenosti imovina[59] vrši se, kao što je to slučaj i sa zakonskim nasleđivanjem između bračnih drugova koji su ugovorili ovaj režim, isključivo na osnovu opštih pravila propisanih u Zakonu o registrovanom životnom partnerstvu (bez mogućnosti povećanja zakonskog naslednog dela nadživelog partnera za 1/4), te uz mogućnost primene gore spomenute specijalne odredbe za slučaj zajedničkog pozivanja na nasleđe nadživelog istopolnog vanbračnog partnera i jednog ili dva deteta ostavioca.[60]

Drugi ugovorni režim je režim zajedničke imovine, koji obuhvata veći deo imovine koju je bračni drug imao pre braka i koju je stekao tokom braka, pri čemu su bračni drugovi zajednički vlasnici i dužnici. Dakle, imovina bračnih drugova postaje imovina bračne zajednice (zajednička imovina), iz čega su izuzeti samo predmeti posebne i slobodne imovine.[61] U slučaju smrti jednog bračnog druga, imovinskopravna zajednica se po pravilu završava (imovinskopravna zajednica bez sporazuma o kontinuitetu), a udeo umrlog bračnog druga u zajedničkoj imovini, pored predmeta posebne i slobodne imovine ulazi u zaostavštinu (nakon odbitaka dugova, polovina zajedničke imovine pripada nadživelom bračnom drugu, a polovina naslednicima preminulog bračnog druga, uključujući i nadživelog bračnog druga, ukoliko se on poziva na nasleđivanje). U pogledu nasleđivanja i naslednih delova nepromenjeno važe opšti propisi, što važi i za zakonski nasledni deo bračnog druga, koji se dakle izračunava bez primene pravila o povećanju njegovog naslednog dela za 1/4. Međutim, bračni drugovi se prilikom zaključenja bračnog ugovora kojim ugovaraju režim zajedničke imovine mogu sporazumeti o nastavku imovinskopravne zajednice u slučaju smrti jednog od njih (kontinuirana imovinskopravna zajednica), koja bi u tom slučaju nastavila svoju egzistenciju između nadživelog bračnog druga i njihovih zajedničkih potomaka koji se pozivaju na nasleđivanje. Nasleđivanje zajedničkih potomaka i bračnog druga koji nije odbio nastavljanje imovinskopravne zajednice se i u ovom slučaju vrši prema opštim pravilima (odnosno, bez primene pravila

[58] V. u tom smislu: Dieter Leipold: op. cit., str. 64.

[59] V. § 7. Zakona o registrovanom životnom partnerstvu Nemačke u kojem se upućuje na mogućnost analogne primene § 1409 - § 1563. Građanskog zakonika Nemačke (među kojima je između ostalog normiran i režim odvojenosti imovine kao jedan od zakonskih oblika bračnog ugovora)

[60] V. § 10. st. 2. Zakona o registrovanom životnom partnerstvu Nemačke

[61] V. § 1415. i dalje odredbe Građanskog zakonika Nemačke

o povećanju naslednog dela bračnog druga za 1/4), s tim što udeo preminulog bračnog druga u zajedničkoj imovini neće ulaziti u ostavinsku masu, tako da će zaostavštinu činiti eventualno posebna i slobodna imovina. Jedino će ostaviočevi potomci koji nisu istovremeno i potomci nadživelog bračnog druga u ovom slučaju nasleđivati kao da nije ugovoren nastavak imovinskopravne zajednice, što znači da najpre mora doći do izjednačenja vrednosti zajedničke imovine, što će imati za posledicu dodeljivanje pripadajućeg udela ovim naslednicima, pa će tek ostatak pripasti zajedničkoj imovini kontinuirane imovinskopravne zajednice. Na osnovu zakona, kontinuirana imovinskopravna zajednica prestaje da proizvodi dejstvo u slučaju zaključenja novog braka, ulaska u vanbračnu zajednicu ili smrti nadživelog bračnog druga, kada će pri izjednačenju vrednosti, jedna polovina zajedničke imovine pripasti bračnom drugu koji je kasnije umro, odnosno njegovim naslednicima, dok će druga polovina koja je pripadala ranije umrlom bračnom drugu u celosti pripasti zajedničkim potomcima, između kojih će se raspodela ovog dela izvršiti u skladu sa oštim pravilima zakonskog nasleđivanja.[62] I ugovorom o životnom partnerstvu se takođe može zaključiti sporazum o zajedničkoj imovini, u kom slučaju se između istopolnih vanbračnih partnera mogu primenjivati sva napred izneta pravila koja se primenjuju i između bračnih drugova.[63]

4. Naslednopravne posledice odnosa srodstva, braka i vanbračne zajednice u vezi sa ostvarivanjem nužnih naslednih prava

Najveći broj prava posmatrane grupe zemalja, kao što su prava Nemačke, Švajcarske i Grčke krug potencijalnih nužnih naslednika određuje na jedan uži način, te su tako ovim krugom u spomenutim pravima obuhvaćeni bračni drug ostavioca (a u pravima Nemačke i Švajcarske i njegov istopolni vanbračni partner), kao i potomci i roditelji ostavioca.[64] Samo u pravu Austrije, krug potencijalnih imalaca prava na nužni deo postavljen je na širi način, a istim su obuhvaćeni bračni drug ostavioca, potomci i svi preci ostavioca.[65] Dakle, posmatrano samo sa aspekta potenci-

[62] O navedenom videti opširnije: Dieter Leipold: op. cit., str. 65-66.

[63] V. § 7. Zakona o registrovanom životnom partnerstvu Nemačke u kojem se upućuje na mogućnost analogne primene § 1409 - § 1563. Građanskog zakonika Nemačke (među kojima je između ostalog normiran i režim zajedničke imovine kao jedan od zakonskih oblika bračnog ugovora)

[64] V. § 2303. Građanskog zakonika Nemačke i § 10. st. 6. Zakona o registrovanom životnom partnerstvu Nemačke, čl. 470. st. 1. i čl. 471. Građanskog zakonika Švajcarske, kao i čl. 1825. st. 1. Građanskog zakonika Grčke

[65] V. § 762-763. Građanskog zakonika Austrije

jalne mogućnosti ostvarivanja prava na nužni deo, ne uzimajući u obzir činioce koji će u svakom konkretnom pravu opredeliti položaj spomenutih nužnih naslednika, činjenica srodstva je u pravima Nemačke, Švajcarske i Grčke izjednačena sa činjenicom bračne veze (a u pravima Nemačke i Švajcarske i sa činjenicom istopolne vanbračne zajednice), ali samo kada se radi o srodstvu prave nishodne linije i prvom stepenu srodstva prave ushodne linije, što znači da je u ovim pravima činjenici bračne veze (ili istopolne vanbračne zajednice) dat veći naslednopravni značaj u odnosu na ostale stepene srodstva u pravoj ushodnoj liniji, koji u svakom od posmatranih prava mogu predstavljati pravno relevantni osnov za pozivanje u svojstvu zakonskih naslednika (dakle, u pravu Nemačke u odnosu na na srodstvo prave ushodne linije od drugog stepena pa nadalje, u pravu Grčke u odnosu na srodstvo prave ushodne linije u drugom i trećem stepenu, a u pravu Švajcarske u odnosu na srodstvo prave ushodne linije u drugom stepenu). Za razliku od prethodno spomenute grupe prava, u pravu Austrije činjenica srodstva u pravoj nishodnoj i pravoj ushodnoj liniji je izjednačena sa činjenicom bračne veze. U svim pravima činjenici bračne veze (i istopolne vanbračne zajednice u pravima Nemačke i Švajcarske) dat je veći naslednopravni značaj u odnosu na činjenicu pobočnog srodstva bilo kog stepena, s obzirom na to da pobočni srodnici ni u jednom od ovih prava ne ulaze u krug nužnih naslednika.

Konkretne naslednopravne posledice odnosa srodstva, braka i vanbračne zajednice prilikom ostvarivanja prava na nužni deo, u posmatranim pravima uslovljene su načinom normiranja dispozitivnog zakonskog nasleđivanja o redu pozivanja konkretnog zakonskog, a time i nužnog naslednika na nasleđe, o veličini zakonskog naslednog dela konkretnog nužnog naslednika (s obzirom na to da je u svim ovim pravima prihvaćen pojedinačni način određivanja nužnog dela), a naposletku i odredbama svakog prava o veličini nužnog dela konkretnog nužnog naslednika.

Analizom konkretnog naslednopravnog položaja bračnog druga u konkurenciji sa potomcima ostavioca prilikom ostvarivanja nužnih naslednih prava, može se doći do zaključka da je u svim posmatranim pravima, osim u pravu Švajcarske, u oblasti imperativnog zakonskog nasleđivanja, činjenici srodstva prave nishodne linije u određenoj meri dat veći naslednopravni značaj u odnosu na činjenicu bračne veze (odnosno istopolne vanbračne zajednice u pravu Nemačke), što se u ovim pravima javlja kao direktna posledica naslednopravnog položaja koji ova lica imaju prema pravilima dispozitivnog zakonskog nasleđivanja. Tako je u pravima Nemačke, Austrije i Grčke veličina nužnog dela ostaviočevih potomaka i njegovog bračnog druga (ili istopolnog vanbračnog partnera u pravu Nemačke), koji će se prvi pozivati u svojstvu nužnih naslednika, određena na isti način, s

obzirom na to da svakom od spomenutih nužnih naslednika na ime nužnog dela pripada pravo na 1/2 od dela koji bi im pripao prema pravilima dispozitivnog zakonskog nasleđivanja.[66] Imajući u vidu činjenicu da u ovim pravima zakonski nasledni deo nadživelog bračnog druga ostavioca (ili njegovog istopolnog vanbračnog partnera u pravu Nemačke) iznosi manje (1/4 zaostavštine u pravima Nemačke i Grčke, odnosno 1/3 zaostavštine u pravu Austrije) od zakonskog naslednog dela potomaka (3/4 zaostavštine u pravima Nemačke i Grčke, odnosno 2/3 zaostavštine u pravu Austrije), to će i deo zaostavštine koji će na ime nužnog dela pripasti bračnom drugu (ili istopolnom vanbračnom partneru u Nemačkoj), a koji u pravu Austrije iznosi 1/6 zaostavštine, odnosno 1/8 zaostavštine u pravima Nemačke i Grčke, po pravilu (odnosno u većem broju naslednopravnih situacija) biti manji od dela zaostavštine koji će na ime nužnog dela pripasti prvostepenim potomcima ostavioca (ili njihovim potomcima po principu reprezentacije). Dakle, analogno naslednopravnom položaju ovih lica kao zakonskih naslednika, bračni drug (ili istopolni vanbračni partner u pravu Nemačke) kao nužni naslednik će imati isti naslednopravni položaj kao i jedan prvostepeni potomak ostavioca, samo u situaciji kada su iza ostavioca ostala dva ovakva potomka (u pravu Austrije), odnosno tri ovakva potomka (u pravima Nemačke i Grčke), dok će u slučaju postojanja manjeg broja ovakvih potomaka, njihov naslednopravni položaj uvek biti povoljniji od naslednopravnog položaja nadživelog bračnog druga (odnosno istopolnog vanbračnog partnera u pravu Nemačke).

Dok u prethodno spomenutoj grupi prava povoljniji naslednopravni položaj potomaka kao nužnih naslednika u odnosu na položaj bračnog druga kao nužnih naslednika predstavlja pravilo, koje samo ponekad, a u slučaju konkurisanja većeg broja potomaka kao nužnih naslednika može trpeti izuzetke, dotle je u pravu Švajcarske situacija obrnuta, s obzirom na to da je naslednopravni položaj bračnog druga ili istopolnog vanbračnog partnera kao nužnog naslednika u ovom pravu povoljniji od naslednopravnog položaja potomaka kao nužnih naslednika. Naime, za razliku od prethodno spomenutih prava, nužni deo potomaka u pravu Švajcarske je veći od nužnog dela bračnog druga (istopolnog vanbračnog partnera), s obzirom na to da u ovom pravu potomcima na ime nužnog dela pripada pravo na 3/4 od zakonskog naslednog dela, dok nadživelom bračnom drugu, odnosno istopolnom vanbračnom partneru na ime nužnog dela pripada pravo na 1/2 od zakonskog dela.[67] Međutim, i pored navedene činjenice, imajući u vidu visinu

[66] V. § 2303. Građanskog zakonika Nemačke, § 10. st. 6. Zakona o registrovanom životnom partnerstvu Nemačke, § 765. Građanskog zakonika Austrije, kao i čl. 1825. st. 1. Građanskog zakonika Grčke

[67] V. čl. 471. Građanskog zakonika Švajcarske

zakonskog naslednog dela nadživelog bračnog druga ostavioca, odnosno njegovog istopolnog vanbračnog partnera, koji iznosi 1/2 zaostavštine i visinu zakonskog naslednog dela potomaka, kojima ukupno pripada preostala 1/2 zaostavštine, to u krajnjim konsekvencama znači da će bračnom drugu ili istopolnom vanbračnom partneru na ime nužnog dela pripasti pravo na 1/4 zaostavštine, što će uvek predstavljati veći deo zaostavštine od onog dela zaostavštine koji na ime nužnog dela može pripasti jednom prvostepenom potomku ostavioca, osim u situaciji kada na nasleđe konkuriše upravo samo jedan potomak kao nužni naslednik (zbirni nužni deo potomaka će uvek iznositi 3/8 zaostavštine, nezavisno od broja potomaka). Osim toga, treba imati u vidu da je ovim pravom predviđena i jedna odredba koja na dvostruki način favorizuje naslednopravni položaj bračnog druga. Tako, ostavilac može raspolaganjima za slučaj smrti nadživelom bračnom drugu u odnosu na njihovo zajedničko potomstvo ostaviti na plodouživanje čitav deo zaostavštine koji ovima pripada. Ovo pravo plodouživanja zamenjuje nasledno pravo koje bračni drug ima pored potomaka ostavioca, pri čemu će pored ovog prava, raspoloživ deo zaostavštine iznositi 1/4 zaostavštine, kojim ostavilac može raspolagati takođe u korist bračnog druga. U slučaju ponovnog stupanja u brak, prestaće pravo plodouživanja ostaviočevog bračnog druga na onom delu zaostavštine koji prema prethodno iznetim redovnim pravilima o nužnom delu potomaka nije mogao biti opterećen pravom plodouživanja.[68] Imajući u vidu da zakonski tekst predviđa da navedeno pravo može postojati isključivo u slučaju postojanja zajedničkih potomaka, time je njena analogna primena u odnosu na istopolna registrovana partnerstva morala izostati.[69]

Roditeljima, koji će se istovremeno pozivati sa ostaviočevim bračnim drugom (ili istopolnim vanbračnim partnerom u pravima Nemačke i Švajcarske) u svojstvu nužnih naslednika drugog nužnog naslednog reda, onda kada nema potomaka kao nužnih naslednika, u svim posmatranim pravima na ime nužnog dela pripada pravo na 1/2 od zakonskog naslednog dela, osim u pravu Austrije, u kojem navedenim srodnicima na ime nužnog dela pripada pravo na 1/3 od zakonskog dela, pri čemu je veličina nužnog dela bračnog druga i u ovom naslednom redu u svim pravima ista kao i u okviru prvog nužnog naslednog reda.[70] Napred je već spomenuto da bračnom dru-

[68] V. čl. 473. Građanskog zakonika Švajcarske. V. Andrey Leuba: „Law of Inheritance", Introduction to Swiss law (François Dessemontet, Tuğrul Ansay), Published by Kluwer Law International, 2004., str. 85.

[69] U tom smislu: Stephan Wolf, Gian Sandro Genna: op. cit., str. 624.

[70] V. § 2303. Građanskog zakonika Nemačke i § 10. st. 6. Zakona o registrovanom životnom partnerstvu Nemačke, § 765-766. Građanskog zakonika Austrije, čl. 471. Građanskog zakonika Švajcarske, kao i čl. 1825. st. 1. Građanskog zakonika Grčke

gu (ili istopolnom vanbračnom partneru u pravima Nemačke i Švajcarske) kao zakonskom nasledniku drugog naslednog reda pripada pravo na 1/2 zaostavštine u pravima Nemačke i Grčke, 2/3 zaostavštine u pravu Austrije, odnosno 3/4 zaostavštine u pravu Švajcarske, a roditeljima na preostalu 1/2 zaostavštine u pravu Nemačke (ovo je slučaj i u pravu Grčke, s tom razlikom što roditelji spomenuti deo zaostavštine dele sa braćom i sestrama), 1/3 zaostavštine u pravu Austrije, odnosno 1/4 zaostavštine u pravu Švajcarske. Usled povoljnijeg naslednopravnog položaja koji bračni drug (ili istopolni vanbračni partner u pravima Nemačke i Švajcarske) u svim posmatranim pravima ima u odnosu na roditelje kao zakonske naslednike drugog naslednog reda, a u pravu Austrije i usled razlike u visini pripadajućeg mu nužnog dela u odnosu na visinu nužnog dela roditelja, to će naslednopravni položaj bračnog druga (istopolnog vanbračnog partnera u pravima Nemačke i Švajcarske) i u situaciji kada se on javlja u svojstvu nužnog naslednika biti povoljniji od naslednopravnog položaja roditelja kao nužnih naslednika. Tako će bračnom drugu (ili istopolnom životnom partneru u Nemačkoj i Švajcarskoj) u pravima Nemačke i Grčke na ime nužnog dela pripasti 1/4 zaostavštine, u pravu Austrije 1/3 zaostavštine, a u pravu Švajcarske 3/8 zaostavštine, dok će roditeljima na ime nužnog dela pripasti manji deo zaostavštine, koji će u pravima Nemačke i Grčke iznositi ukupno 1/4 zaostavštine (u poslednje spomenutom pravu pod uslovom da nema braće i sestara), u pravu Austrije ukupno 1/9 zaostavštine, a u pravu Švajcarske ukupno 1/8 zaostavštine.

Spomenućemo da će u pravu Nemačke kada god se pored srodnika, kao naslednik pojavljuje i bračni drug, odnosno istopolni vanbračni partner, najpre doći do izdvajanja dela zaostavštine koji njemu pripada, što znači da se u pogledu izračunavanja nužnih delova bilo kog nužnog naslednika u osnovi mora poći od veličine naslednog dela bračnog druga (istopolnog vanbračnog partnera), koji će zavisiti od toga da li dolazi u obzir primena gore spomenutog naslednopravnog ili imovinskopravnog rešenja. Tako, kada god bračnom drugu (istopolnom vanbračnom partneru) pripada pravo na postavljanje zahteva za izjednačenje doprinosa tekovini, a time i pravo na tzv. mali nužni deo (situacija kada isti nije imenovan za naslednika raspolaganjima za slučaj smrti ili kada odbije nasledstvo) i nužni delovi ostalih nužnih naslednika će se izračunavati uzimajući u obzir nepovećano pravo nasleđivanja bračnog druga (osnovicu njihovog nužnog dela će predstavljati njihov zakonski nasledni deo izračunat primenom gore navedenih opštih pravila, gde dakle nema reči o uvećanom zakonskom naslednom delu bračnog druga).[71] Međutim, ukoliko je u korist bračnog druga (istopolnog van-

[71] V. § 1371. st. 2-3. Građanskog zakonika Nemačke

bračnog partnera) zaveštan nasledni deo ili legat u visini manjoj od polovine povećanog zakonskog naslednog dela (odnosno u visini nižoj od velikog nužnog dela), bračni drug ostavioca, odnosno njegov istopolni vanbračni partner će pored toga moći zahtevati dopunu u vidu dodatnog nužnog dela do iznosa velikog nužnog dela,[72] a i nužni delovi ostalih nužnih naslednika se moraju izračunavati polazeći od povećanog naslednog dela bračnog druga (istopolnog vanbračnog partnera), pri čemu će se i u situaciji kada je bračnom drugu (istopolnom vanbračnom partneru) kao isključivom nasledniku zaveštan uvećani nasledni deo putem raspolaganja za slučaj smrti, nužni delovi ostalih nužnih naslednika izračunavati uzimajući u obzir ovakvo uvećano pravo nasleđivanja bračnog druga (istopolnog vanbračnog partnera).[73]

Od svih posmatranih zemalja, pravo na nužni deo jedino u Austriji pripada i ostalim precima, pa je tako naslednopravni položaj deda i baba kao nužnih naslednika trećeg nužnog naslednog reda, u situaciji kada im konkuriše bračni drug kao nužni naslednik, identičan onom naslednopravnom položaju koji imaju roditelji ostavioca kao nužni naslednici u konkurenciji sa bračnim drugom kao nužnim naslednikom. Ovo proizlazi iz zakonskog i nužnog naslednog dela bračnog druga u konkurenciji sa dedama i babama, čija je visina, u pogledu svakog od ovih naslednika, određena na isti način kao i u slučaju postojanja konkurencije bračnog druga i roditelja. O postojanju konkurencije pradeda i prababa sa bračnim drugom u ostvarivanju nužnih naslednih prava se međutim ne može govoriti, s obzirom na to da nadživeli bračni drug isključuje mogućnost pozivanja na nasleđivanje rodonačelnika ovog naslednog reda kao zakonskih, te shodno tome i kao nužnih naslednika, usled čega će u ovom slučaju bračnom drugu kao jedinom nužnom nasledniku na ime nužnog dela pripasti 1/2 cele zaostavštine. Jedino u slučaju nepostojanja nadživelog bračnog druga, svakom pradedi i prababi će na ime nužnog dela pripasti pravo na 1/3 od njihovog zakonskog naslednog dela.[74]

[72] V. § 2305. i § 2307. Građanskog zakonika Nemačke

[73] Primera radi, ukoliko pored bračnog druga koji je jedini zaveštajni naslednik, postoji i troje dece ostavioca, njihovi nužni delovi će iznositi po 1/12 ukupne vrednosti zaostavštine, s obzirom na to da bi u ovakvom slučaju zakonski nasledni deo bračnog druga prema § 1931. st. 1. i § 1371. st. 1. iznosio ukupno 1/2 zaostavštine, dok bi zakonski nasledni deo dece iznosio po 1/6. Primer preuzet iz: Dieter Leipold: op. cit., str. 309.

[74] V. § 765-766. Građanskog zakonika Austrije

Jelena Vidić, LL.M., Assistant
Novi Sad School of Law

The role of kinship, marriage and cohabitation in formulating the rules of intestacy and forced heirship in the countries of German law legal systems

Abstract

Even though it is indisputable that contemporary European legal systems base their classes in intestacy, that is forced heirship, on the fact of kinship and marriage, and some of them also on the fact of cohabitation, a concrete way of legal regulation of kinship, marriage and cohabitation, as legally relevant facts in formulating the rules of intestacy and forced heirship, can be distinguished in each of them. Inheritance law effects of kinship and marriage, that is, cohabitation, are extremely complicated and can only be utterly understood through analysis of a certain number of issues which refer to each of these facts individually, and by their mutual association and interconnection in every legal system. This is due to the fact that the way this relation forms depends on the particular society, understanding of family, marriage, cohabitation, marriage and family values, particular circumstances and actual needs. As a certain sequent of the previous paper, in which we refer to inheritance law effects of kinship, marriage and cohabitation in the law of England, this paper analyses the legal regulation of the said issue in certain continental law countries, more specifically in the countries of German law legal systems. The state of legislation in the laws of Germany, Austria and Switzerland, typical countries of legal culture and characteristic representatives of the Germanic law tradition countries, is of particular importance. This paper, however, refers also to the normative solutions existing in the law of Greece which evidently accepts essentially a certain number of legal solutions of the aforementioned laws, particularly the law of Germany.

Key words: kinship, marriage, cohabitation, same-sex partner, legal inheritance, compulsory inheritance.

Originalni naučni rad 340.12

Mr Dragana Ćorić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

„KRITIKA“ ROBERTA VALTERA KELZENOVE ČISTE TEORIJE PRAVA

Sažetak: *Čista teorija prava Hansa Kelzena je predstavljala osnovu pravnog pozitivizma, teorijskog pokreta upravljenog na postizanje pravnog puritanizma,dakle prava koje je stvarano bez upliva drugih utucaja, posebno bez uticaja morala i politike. Decenije osporavanja i prihvatanja, kao i dalje razrade Kelzenovih ideja čine upravo pozitivizam živim organizmom, koji se u svojim teorijskim postavkama, nužno mora stalno razvijati.Jedan od najprominentnijih predstavnika u ovom smislu jeste Robert Valter, dugogodišnji predsednik Kelzenovog instituta, i učenik Adolfa Merkla.Svojom delatnošću je pokušao da nastavi delatnost Kelzena, da nadogradi njegovu teoriju ali i da pojasni brojne nedoumice koje svih ovih decenija imaju Kelzenovi tumači, kritičari, ali i oni koji ga podržavaju.*

Ključne reči*: Hans Kelzen, Čista teorija prava, Robert Valter*

Najpoznatija odrednica savremenog pravnog pozitivizma je zahtev za odvajanjem prava od morala.Ovakav pravni puritanizam, upravljen na odbacivanje bilo kakvog i najmanjeg upliva nejasnoća i neodređenosti, a posebno upliva u proces stvaranja i primene prava ičega drugog sem samog prava[1],postao je prepoznatljiv tokom celog 20.veka. Sloganom „Pravo je pravo“ pravni pozitivizam je naglasio već pomenutu tendenciju kao odbacivanje nejasnoća i neodređenosti u bilo

[1] Smatra se da je čista teorija prava bila i Kelzenov“lični i naučno-teorijski pledoaje da se sačuva pravo od „poroka politike“, a jurisprudencija....podigne na nivo prave nauke i to duhovne discipline“.Videti:Radivoj Stepanov, Gordana Vukadinović, Glosa o Kelzenu,Glasnik Advokatske komore Vojvodine br4/1998,str146.

kom smislu. Istovremeno insistiranjem na krajnjoj određenosti kako u domenu donošenja tako i u domenu primene pravnog propisa on nastoji da uspostavi stabilan pravni poredak. Za razliku od istorijsko-pravne škole, koja je potencirala narodni duh kao izvor prava, u nameri da se kroz pravo sačuva nacionalni identitet, pozitivizam je u svom puritanizmu otišao mnogo dalje, ne obraćajući pažnju ni na šta drugo nego na osnovnu iliti *Grundnorm*.Sve van toga je podložno pogrešnoj interpretaciji, jer, kako neki autori tvrde, „ pravni um ne može nikako doprinijeti istini moralnog uma i ništa od njega primiti“[2]. U tom smislu treba sagledati i odnos između prava i morala, tj odnos između pravnih normi i etičkih postulata, sa stanovišta dve trenutno dominantne koncepcije prava: prirodnopravne i pozitivnopravne.

Odnos prava i morala prirodno-pravna teorija posmatra iz perspektive teze o identitetu[3]. Osnovu ove filozofsko-pravne teorije čini stav o jedinstvu pravnih i etičkih normi. Prirodno-pravni principi važe kao normativni uzor pozitivnopravnim propisima. Iz apstraktnih pravnoetičkih normi izvode se pozitivne pravne norme, dok se dalje iz ovih izvode konkretne pravne odluke. Bez obzira na to koliko je teorijski razvijan vekovima, koncept prirodnog prava doveo je do niza posledica, koje se ne mogu sve smatrati prihvatljivima[4].

Apstraktni karakter prirodno pravnih principa manifestovao se kroz pravnu samovolju u zakodavstvu i proizvoljnost u primeni zakona, što je proizvelo pravnu nesigurnost i opštu društvenu nestabilnost. Iako su prirodna prava kroz svoju pozitivnopravnu verifikaciju dobila nešto drugačiji okvir, njihova sadržina je postavljana prilično široko, te shodno tome, povećavala mogućnost zloupotrebe istih.Sa aspekta 19.veka, i posebno uvažavanja zahteva za sigurnom pozicijom kapitalizma, prirodno pravni koncept je odbačen, da bi tek poslednje decenije 20.veka donele revitalizaciju ovog koncepta.

Pravni pozitivizam je stvorio potpuno drugačiji teorijski okvir za razumevanje prava. Umesto prirodno pravnih principa iz kojih se dedukuje pravo,težište istraživanja je postavljeno na formama i strukturama prava. Pravo se ovde shvata kao skup procedura lišenih moralnog ili bi-

---

[2] Rok Svetlič:Ontološki uvjeti nastanka pravnog pozitivizma,Filozofska istraživanja, 27/2007, str. 113-125.

[3] Dejan Vuk Stanković:Moral i pravo u savremenoj pravnoj filozofiji,Filozofija i društvo, XIX/Xx, str.201-223.

[4] " "Čista" teorija prava može da redukuje i sam jusnaturalizam na prostor stvaranja(donošenja) prava, a isključuje ga iz prostora primene „čistog"prava“.Videti:Stanko Pihler,Dostojanstvo prava u Kelzenovoj „Čistoj“ teoriji prava, Glasnik Advokatske komore Vojdvodine, br 4/1998, str.167.

lo kog drugog za pravnu normu relevantnog sadržaja. U tom smislu se često citira i Ostinova sentenca: „Egzistencija prava je jedna stvar; njegova vrlina ili porok je druga".Shodno tome, možemo reći da egzistencija pravnog pozitivizma nije počela tek sa Kelzenom, nego da je on zapravio njegov najprominentniji predstavnik[5], i prvi koji je postavio čvrste osnove istog, zadavši time zadatak tumačenja svojih ideja svim pravnicima, filozofima, etičarima više od narednih pola veka.To, takođe znači i da pozitivizam nastavlja da egzistira i nakon Kelzena, u radovima njegovih učenika,onih koji smatraju da nastavljaju njegovo delo[6] i pored nedoslednosti i kriticizma u svojim radovima, ali i njegovih oponenata[7], tačnije svih onih koji su pokušali da proniknu u suštinu Čiste teorije prava i Kelzenovog stvaralaštva.

Kelzen se zalagao da od pravne teorije stvori „matematiku duhovnih nauka"[8]. Kao grana tada vladajućeg pravnog pozitivizma, „čista teorija prava" se zalagala da norme pozitivnog prava važe pod pretpostav-

---

[5] U izvesnom smislu se i Tomas Hobs smatra prethodnikom pravnog pozitivizma,"koji je nastojao da iz socijalne nauke ukloni sve vrednosne i teleološke sudove da bi stvorio mesto kauzalno-deterministickim sudovima", Ljubomir Tadić:Ropski duh i filozofija slobode, dostupno na: http://www.komunikacija.org.yu/komunikacija/casopisi/iskustva/III_9-10/d13/html_ser_lat,

[6] U tom smislu pogledati: *Robert Walter, Clemens Jabloner, Klaus Zeleny (eds). Hans Kelsen und das*

Völkerrecht. Ergebnisse eines Internationalen Symposiums in Wien ,(1–2 April 2004). Vienna: Manz, 2004.U ovom zbonriku se nalaze i dva veoma interesantna rada; interesantna po tome što svojom sadržinom negiraju Kelzena i njegov rad, iako je ceo skup povodom koga je i izašla ova publikacija, bio upravo posvećen Kelzenovoj delatnosti u oblasti međunarodnog prava. Tako je Stefan Griler, u cilju da demonstrira nepotrebnost Kelzenovog monističkog pristupa, u svom članku, na samo tri strane, uspeo da u potpunosti diskredituje Grundnorm, kao osnovu Čiste teorije prava.Čak je pogrešno interpretirao Kelzenovu osnovnu intenciju, te smatra da je Kelzen postavio Grundnorm neophodnom osnovom samo u slučaju konstituisanja normi u njihovom objektivnom, sistemskog značenju, ne i kod normi u imanentnom značenju.DRugi rad je izašao iz pera Johena Berstofa, koji je izvršio negaciju celokupnog dela Kelzena i Merkla. O ovome više kod*: Jörg Kammerhofer, book review of Robert Walter, Clemens Jabloner, Klaus Zeleny (eds). Hans Kelsen und das Völkerrecht, European Journal of International Law, 16 (2005), 1001–1011*.

[7] Rasprava o prihvatljivosti, odnosno neprihvatljivosti Kelzenove teorije je raširena u anglosaksonskom pravu, jer se smatra da posebno pristup poimanju i primeni prava od strane Sjedinjenih američkih država, kao najbogatije i najjače države u ovoj pravnoj provenijenciji, počev od osnovnih premisa američkog prava, je u potpunosti suprotan Kelzenovim postavkama Opšte teorije prava i kasnije Čiste teorije prava. Videti: *D. A. Jeremy Telman: THE RECEPTION OF HANS KELSEN'S LEGAL THEORY IN THE UNITED STATES: A SOCIOLOGICAL MODEL, L'Observateur des Nations Unis, Vol. 24, 2008; Valparaiso University Legal Studies Research Paper No. 08-03,pg.4.*

[8] Ljubomir Tadić:Ropski duh i filozofija slobode, dostupno na: http://www.komunikacija.org.yu/komunikacija/casopisi/iskustva/III_9-10/d13/html_ser_lat

kom neke vrhovne „osnovne norme“ koja „stvara“ pravo, sa analognom ulogom u pravnom sistemu koju imaju aksiomi u matematici. Takva norma, dakle, nije postavljena, već pretpostavljena.Prema tome, ona nije sama po sebi pozitivno pravo već predstavlja njegov *uslov*. Određujući „osnovnu normu“ kao „transcendentalno-logičko prirodno pravo“, Kelzen je izvršio logifikaciju ideala pravde: čista pravna logika oslobođena je svake pravne supstancije i oslonjena isključivo na relacije i funkcije. „Čista teorija prava“ očišćena je tako od svih vrednosnih sudova sa pretenzijom na ideološku neutralnost.[9]Osnovna norma u sistemu čiste teorije prava ,sebe razume kao teoriju pozitivnog prava, koja teži ka tome da delotvorne poretke prinude,tj. pozitivnopravne poretke koje su ljudi stvorili za ljude, shvati kao normativne poretke[10], pa stoga mora da pođe od nedokazive pretpostavke da su ti sistemi naređenja poreci trebanja i da se kao takvi mogu opisati. Time su skicirani i put kritičkog pravnog pozitivizma koji je Kelzen zasnovao i centralna uloga koju ima u njemu *Grundnorm*.

Pravno filozofsko utemeljenje njegove filozofije je svakako otežavalo razumevanje iste i prihvaćenost iste, posebno od pravnika anglosaksonske provenijencije,jer, kako je Radomir Lukić naveo, Kelzen je bio pravnik-filozof, dok su svi ostali ili samo pravnici ili samo filozofi[11].Brojna osporavanja, sa često veoma različitih gledišta nisu ni u kom slučaju uspela da umanje veličinu Kelzenovog rada i značaj njegovog dela, jer je to, čini se, što je upravo misao o njemu i njegovom delu činilo-uvek živom i dostojnom svake rasprave.

Delatnost Roberta Valtera na propagiranju i tumačenju Kelzenovih ideja

Robert Valter, dugogodišnji predsednik Kelzenovog instuta, je upravo i pozvao sve poslenike pravne misli na dalju izgradnju ili bolje rečeno dogradnju Kelzenove teorije i pozitivizma samog, budući da su u pitanju pojmovi, i odnosi koji su u konstantnom razvoju[12].Ipak, treba imati u vidu

[9] Ljubomir Tadić, navedeno delo.Navedeni autor se posebno i bavio Kelzenovom teorijom prava, posmatrajući sva relevantna pitanja kao filozofska pitanja

[10] „Ono što je Aristotel nazvao "naoružanom pravdom", a Platon "političkom bolešću", liberalni pravnik Kelzen naziva pravnim poretkom, tako da i demokratska i despotska vlast imaju istu pristupnicu u "čistu teoriju prava".Ljubomir Tadić, navedeno delo.

[11] Radomir Lukić: "Kelzenov normativizam", Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, No. 1-4/1983, p. 496.

[12] Robert Valter, "Teorija prava Hansa Kelzena", Dosije, Beograd, 1999,str. 41.

da prikazivanjem prava onakvim kakvo jeste, čista teorija prava nužno mora, u savremenim uslovima posmatrano, da se bavi i izučavanjem određenih sadržaja prirodnog prava, kao što su ljudska prava.[13]Kelzen, je, ne treba zaboraviti, uporno branio svoja stanovišta, objavljivao brojne odgovore svojim kritičarima, i tako postajao svestan sopstvenih pogreški u okviru svoje teorije.Neke od njih je i u svojim kasnijim izdanjima Opšte teorije prava i unekoliko ispravio.[14]

Robert Valter je ,čini se ,najposvećeniji u popularizaciji Kelzenovih dela, i svojevrsnim nastavljanjem njegove pravne tradicije, organizovanjem brojnih naučnih skupova, objavljivanjem kritičkih ali i dela kojima se vrši razrađivanje Kelzenovih ideja, i njihovo posmatranje sa aspekta savremenih pravnih sistema. U jednoj od poslednjih knjiga, tačnije, zbirci najznačajnijih svojih eseja posvećenim Kelzenu, „ Tri priloga čistoj teoriji prava", se posebno upustio u neke od problema Kelzenove čiste teorije prava[15], pa ih je shodno sopstvenom pozivu, pokušao dalje dograditi. .

U svojoj poznoj teoriji Kelzen je , naime,objasnio da treba praviti strogu razliku između naučnih sudova o normama i samih normi.Pravila logike se mogu primeniti na naučne sudove ali ne i na norme i time se bavi Valterov prvi i najobimniji esej u ovoj knjizi.

U ovom kratkom teorijskom zalaganju Valter zastupa ekspresivnu koncepciju normi, po kojoj su norme zapovesti one koje svoju egzistenciju imaju u carstvu trebanja kao u jednoj od sfera normativnog.Dalje se objašnjava, da se norma može označiti kao smisao nekog akta volje, dok normativni stavovi pokazuju smisao akata mišljenja. Norma je , dakle,u najširem smislu zapovest, smeštena u tzv. carstvu trebanja, ali zato što je njeno saznanje, tačnije saznavanje njene sadržine i funkcije bitno, ono onda prelazi iz carstva trebanja u carstvo bivstvovanja i deo je okružujućeg sveta.

Zahtev da se napravi razlika između normi i iskaza o normama proizilazi iz toga da na iskaze o normama treba primeniti pravila logike[16], jer norme podležu sopstvenim pravilima i zakonima.Identifikujući kao veliku teškoću to što pravila normiranja mogu postati sadržina pravnog normiranja (gde je razlika materijalne prirode), Valter navodi primer proce-

---

[13] *Zoran Jelić:An Observation on the Theory of Law of Hans Kelsen,FACTA UNIVERSITATIS,Series: Law and Politics Vol. 1, No 5, 2001, str. 570*

[14] *Neil Duxbury, Kelsen's Endgame, Cambridge Law Journal, 67(1), March 2008, pp. 51–61*.O Ovome je govorio i sam Kelzen u predgovoru drugog izdanja Čiste teorije prava, smatrajući da je tom prilikom učinio samo poduhvat kojem je potrebno još produžavanje dopunama i drugim poboljšanjima.Citat prema *:Robert Valter;Teorija prava Hansa Kelzena,prevod Danilo Basta, Dosije, 1999, str.9.*

[15] Robert Valter, Tri priloga čistoj teoriji prava ,preveo Danilo Basta, Dosije, Bg, 1999.,str.3

[16] Robert Valter, Tri priloga čistoj teoriji prava,....str.12.

snog postupka koji se poništava zato što je neka odluka u protivurečnosti sama sa sobom.Time je logički fenomen protivurečnosti premešten u oblast prava iz logike, i ne može biti predmetom razmatranja ili tumačenja od strane prava.

Rešenje ovog problema Valter, u ovom slučaju, vidi u primeni pravnog silogizma[17]. Pravni silogizam dozvoljava opštu hipotetičku normu kao gornju premisu, sa sadržajem koji je već poznat (najverovatnije odgovara sadržini nekog pravila ponašanja sa unapred ugrađenom sankcijom).Donju premisu čini bivstveni stav, koji kao pretpostavka sankcije, ukazuje na ostvarenje prethodnog uslova za primenu sankcije.Krajnji zaključak svakako jeste odgovarajuća odluka, presuda ili rešenje, koja proističe iz prethodne dve premise. Valter ovde potencira sledeće, da se gornja premisa i zaključak ne shvate kao norme, nego kao logički zaključivanju dostupni – iskazi o normama[18].Pravni silogizam nije tako puki instrument kojim se iz opštih normi mogu stvoriti pojedinačne norme, ali je svakako značajan metod stvaranja prava.

Uloga logike pri stvaranju opštih i pojedinačnih normi ne sme ukloniti mogućnost da primenom logike se može i više učiniti nego što se zapravo čini u domenu primene prava.Jer iskaz o opštoj normi na čijoj osnovi treba da bude propisana neka druga opšta ili pojedinačna norma, ostavlja kao jasnu mogućnost postojanje više različito uobličenih normi, a koje sve isto odgovaraju okviru, koji je prethodno dala norma koju treba primeniti.

Postoje i drugi problemi,koje Valter identifikuje u situaciji kada sam pravni poredak ukazuje na logičke pojmove, iako je reč o normativnim vezama[19].Sukob o kome je ovde reč treba premestiti iz normativnog područja u logičko područje.Treba, po njegovom mišljenju, stvoriti iskaze koji opisuju normativnu situaciju, koja će predstavljati osnovnu poziciju za dalje razmatranje. Ako ti iskazi pokažu protivurečnost, treba pretpostaviti kao moguć i kao pravilan onaj slučaj koji zakon ima u vidu i za koji sam vezuje posledice.A do tog slučaja se stiže u krajnjoj liniji autentičnim tumačenjem samog donosioca zakona.

Problem koji je ovime nagovešten se ogleda u slučaju antinomija , njihovog definisanja i tumačenja.Opisivanjem normi u normativnim iskazima može nastati protivurečnost, sukob normi. Za rešenje takvog sukoba normi, pravni poredak, ako primenjuje pravila logike, nema rešenje[20]. Jer, pravna nauka koja primenjuje logiku ne može pomoću logike dobiti nika-

[17] Ibid.

[18] Robert Valter, navedeno delo, str.17.

[19] Robert Valter, navedeno delo, str.19.

[20] Već je ranije bilo nagovešteno čak i potpuno izmeštanje izvesne problematike iz oblasti prava u oblast logike.

kvo pravilo o tome kako sukob normi u antinomiji treba rešiti. Što se logike tiče, takav sukob je nemoguć, iako on u okviru i između pravnih normi realno postoji, pa budući da logički uzev ne postoji sukob, tj logika negira postojanje bilo kakvog sukoba ili protivurečnosti,to znači ni da ga logičkim putem nije moguće ni rešiti(jer bi se zahtevalo rešavanje nečega što u stvari ne postoji).

Isto se tako iz logike ne može ništa dobiti za pitanje sukoba između ranije donete norme i kasnije donete norme u pogledu prednosti primene.Pravilo *lex posterior derogate legi generali*,nije produkt logičkog promišljanja kao takvog, već posledica postojanja pravila vremenskog važenja prava i davanja prioriteta onoj volji koja je kasnija, budući da se pretpostavlja da je ta volja približnija stvarnosti.[21].

Sam Kelzen je inače, u jednoj svojoj raspravi iz 1914. godine, naveo da se uvek mora poći od neke najviše norme koja je u suštini i sama pretpostavljena kao važeća. Pitanje važenja te norme koja je prihvaćena kao pretpostavka svakolikog pravnog saznanja,leži tada izvan tog pravnog saznanja[22].Ta norma koja je u stvari pretpostavljena kao najviša, jeste , po njegovom sopstvenom viđenju,Arhimedova tačka počev od koje se svet pravnog saznanja stavlja u pokret.Koju normu ćemo smatrati poslednjom ili najvišom na taj način što će se odustati od daljeg pravnog opravdavanja njenog važenja, tj koju ćemo ustanoviti i dati joj kvalitet osnovne norme, jeste klasično metapravno pitanje.Svako pravno razmatranje mora negde da naiđe na neku tačku na kojoj počiva čitav sistem pravne konstrukcije, tj mora doći do osnovne norme koja sama po sebi je odvoljna da opravda sopstveno postojanje i sadržinu. Celo ovo istraživanje Kelzena je već tada približilo osnovi njegove teorije o osnovnoj normi.No ovde još nije pravio razliku između pozitivnopravne norme i jedne norme koja je njoj pretpostavljena (što je u ovom slučaju ustav u pravnologičkom smislu)[23]

Sama osnovna norma stvara mogućnost da se jedan sistem naređenja shvata kao sistem normi pa je prema tome za sistem fundamentalna upravo osnovna norma. Ona je i najviši stepen i u sistemu stupnjevitosti pravnog

---

[21] Pravne norme se zamenjuju novim normama u slučajevima kakda prethodne norme više nisu izvdoljive, ili kada s enjihova sadržina ii način realizacije menjaju.Do tih promena dolazi usled toga što je normotvorac shvatio da perthodno napravljena norma ili nije postigla svoj efekat uopšte ili ga nije postigla u dovoljnoj meri, te pribegava njenoj promeni ili čak potpunom ukidanju, a sve u cilju postizanja potpune efikasnosti pravnog sistema.

[22] Robert Valter, navedeno delo, str.23.

[23] Identično ovde iskazanom pravnom normativizmu i pretpostavci postojanja *pranorme* koja daje obavezan, normativan karakter svim ostalim normama, i u moral se može uvesti *pramoral* ili *pramoralnunormu*. Videti :Zlatko Pangarić:Moral (aksiomatski), dostupno na www.filozofija.info

poretka, budući da se sve pravne norme u krajnjem slučaju moraju svesti na osnovnu normu, onu čije je postojanje dovoljno dokazivo-samom tom normom.

Ako važenje neke sudske presude ili bilo koje druge odluke počiva na zakonu a zakon svoje važenje dobija pošto počiva, tj proizilazi iz ustava, kao njegove konkretizacije, onda ustav svoj normativni račun mora svesti na neku drugu osnovu . U ovom smislu je Robert Valter, kao Merkelov učenik, istakao pojednostavljenu primenu teorije stepena, iako je zapravo mnogo kompleksnija problematika u pitanju[24], kao što je vidno iz prethodnih opservacija.U tom smislu je i sam Kelzen tvrdio da je pogrešno smatrati da se stvaranje prava završava sa zakonodavnim procesom, ili da, što je još manje prihvatljivo, da se smatra da je stvaranje prava jedino moguće u okviru ovog procesa.Samo pravo jeste proizvod stupnjevitog sistema stvaranja[25], kako je Merkl tvrdio a kasnije i sam kelzen preuzeo, pri čemu s emogu razlikovati stupnjevitost prema pravnoj uslovljenosti i stupnjevitost prema derogativnoj snazi.U prvom slučaju, viša norma o stvaranju prava uslovljava postojanje i sadržinu niže stvorene norme, takođe o stvaranju prava. U drugom slučaju se govori pak o svojevrsnoj podeli pravnih formi. Naime, smatra se da istu pravnu formu imaju samo oni propisi koji su stvoreni prema istom pravilu o stvaranju.Čista teorija prava je stoga preuzela teoriju stepena da bi dostigla što preciznije pokazivanje strukture pozitivnog prava.[26]

Čini se da se putem Čiste teorije prava Kelzen trudio da „hipotetičku ili fiktivnu osnovnu normu prihvati kao transcedentalnu pretpostavku svake pravne dogmatike pozitivnog prava"[27]. Ipak, saznajno kritički način postupanja čiste teorije prava, smatra dalje Valter, imao bi trajnu vrednost i onda ako bi se morao okvalifikovati kao filozofski samostalan.To bi moglo učiniti celishodnim da se osnovna norma smatra pretpostavkom odvojenom od filozofskih sistemaa posebno od logike i njenih pravila.

Gde je pravda ?

Ako se pokuša odrediti sadržina osnovne norme koja je stavljena ispred efektivnih pozitivnih i prinudom potvrđenih sistema naređenja, onda se tumačeći Kelzena, može reći da bi ta norma trebalo da glasi: „ponašaj se onako kako Ti zapovedaju ustav i pozitivna naređenja koja se na njega

[24] *Zoran Jelić,*navedeno delo, str.555.
[25] Robert Valter,Teorija prava Hansa Kelzena, str.26.
[26] Robert Valter,Teorija prava Hansa Kelzena, str.27.
[27] Robert Valter, Tri priloga čistoj teoriji prava, str34.

mogu svesti".Time osnovna norma ima karakter najviše ovlašćujuće norme[28].Pošto se ona samo pretpostavlja, pitanje ko ju je prema sadržini pretpostavke propisao može ostati otvoreno[29].Pretpostaviti je može svako ko želi da pozitivne, prinudom potvrđene, efektivne sisteme naređenja shvati kao normativne sisteme trebanja.

Kelzen je mogao ostati na tome da konstatuje da npr.pitanja pravde leže izvan oblasti njegovog istraživanja.No on sve stavove nije postavio kao unapred besmislene, i još je dodatno ispitivao sadržinu tih stavova.Tačke karakteristične za čistu teoriju su: pozitivno pravo treba obrađivati odvojeno od drugih normativnih sistema, a ta teza o odvajanju ni na koji način se ispravno shvaćena ,ne usmerava protiv drugih normativnih poredaka.Naprotiv upravo s ezalaže da se svi ti poreci moraju odvojeno, svaki za sebe proučavati.

Prilikom postavljanja teze o slobodi od vrednosti,i tačnije pozicije striktnog odvajanja iskustvenog znanja i vrednosnog suda Kelzen se, smatra Valter,podrobno „obračunao" sa Platonovom filozofijom.Put kojim je pojednac sposoban da ide može biti samo put preko njegove svesti o vrednosti.Ta svest o vrednostima, tj svest o trebanju koju prema Kantu izvorno ima u sebi svaki čovek kao moralno biće,i može se nazvati savešću. Kelzen se poziva na ovu savest kada govori o tome, da odluku o pitanju šta je pravedno ili nepravedno, možemo dati samo mi, pojednično svaki od nas.U tome se onda ogleda i autonomija ličnosti i njenog ličnog vrednosnog sistema.

Naravno da tako dobijena pravda može biti samo subjektivna pravda, jer se ne može dokazati da ona važi za sve, isto kao što se ne može dokazati da se odluke savesti ljudi stvarno slažu ili bi se trebale slagati.Time Kelzen mnogo zahteva od čoveka kritičkog saznanja koji želi dabude vođen od strane autonomnog morala .Takav pojedinac mora odustati od toga da svoju pravdu osloni na racionalno saznanje i ne može se pozivati na neki transcedentalni autoritet koji mu ovo posreduje.Ono što mu preostaje kao izvor jeste njegova osamljena savest.

Umesto zaključka

Kelzenova teorija, bilo uzimana kao Čista teorija prava, ili posmatrana i kroz druga kapitalna dela, kao što je Osnovni problemi teorije države i prava,ostavlja širok prostor za dalja tumačenja, suprotstavljanja,

[28] Zapovedni karakter norme jeste prisutan, ali nedostatak sankcije je čini nedovoljno oštrom u tom smislu.

[29] Govorimo li ovde o državi, društvu, nekom drugom entitetu ili organu? U poslednjem slučaju je sama takva norma morala propisati i postojanje i nadležnost takvog organa.

kao i dodatna poboljšanja, u onom smislu u kom je i sam Robert Valter pozvao poslenike pravne misle da čine.Sa druge strane, Kelzena kao političkog teoretičara valja uzeti s podjednakom ozbiljnošću kao što se on uzima kao pravni teoretičar[30], je ru tome leži i suština njegove teorije. Taj objektivni pogled na svet i sveukupno poznavanje prava, poltike i države, kao i mogućnost da svakom pojmu pristupi sa posebnog, potpuno odvojenog stanovišta čini Čistu teoriju prava, kao sonovu pravnog pozitivizma, ali i kao naučno delo, vrednim i posle više od pola veka od njegovog nastanka.

Delatnost Roberta Valtera, u radu naslovljena kao „kritika", treba biti posmatrana u najširem mogućem i pozitivnom kontekstu jer je svojim nesebičnim teorijskim i drugim zalaganjima , posebno pri publikaciji Kelzenovih radova i tumačenju i daljem razrađivanju Kelzenovih ideja,doprineo popularizaciji i stalnom porastu interesa za Kelzena. Bilo da je taj interes bio pro ili contra Kelzena samog.

[30] Danilo N. Basta: Svečano obeležena godišnjica Kelzenovog rođenja, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 2/2006, str. 264-268.

Dragana Ćorić, LL.M., Assistant
Novi Sad School of Law

„Critic“ of Robert Walter to Kelsen’s Pure Theory of Law

Abstract

Hans Kelsen seems to be one of the most famous law theoriticians, although a big part of his legal theory, especially the Pure theory of law were conflicted with other thoeries, or even underestimated.Nevertheless, all those who devoted their work to promote Kelsen’s ideas or to conflict to them in every possible sense, make his theory and its achivements even more importnat to legal sciense.

One of those who promoted and still promotes Kelsen’s ideas, in every possible way, is Robert Walter, who was for a long period of time presdient of Kelsen’s Institute in Wienna.In this short article, author is trying to put some light on the work of this prominent lawyer, philosopher, especially on his latets work, where Walter, according to his own claim, tried to build up Kelsen’s tehory and to make it more undestadable, and even better.

Originalni naučni rad 347.751:339(094.2)

Mr Sandra Fišer-Šobot, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

OBAVEZA ISPORUKE PREMA KONVENCIJI UN O UGOVORIMA O MEĐUNARODNOJ PRODAJI ROBE

Sažetak: *Osnovna obaveza prodavca iz ugovora o međunarodnoj prodaji robe je da kupcu uredno i blagovremeno isporuči robu. Konvencija UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe ne definiše izričito pojam isporuke, ali se iz njenih odredbi mogu izvesti zaključci o prirodi ove prodavčeve obaveze.*

Sadržaj i mesto isporuke su regulisani u čl. 31 Konvencije, dok čl. 33 sadrži pravila o vremenu isporuke. Cilj ovog rada je analiza obaveze isporuke prema Konvenciji, odnosno koje radnje, na kom mestu i u koje vreme treba da preduzme prodavac u cilju izvršenja obaveze isporuke.

Ključne reči: *isporuka robe, mesto isporuke, vreme isporuke, Bečka konvencija.*

1. Uvod

Isporuka označava radnje koje je prodavac dužan da preduzme da bi kupac došao u posed robe. Krajnja posledica tih radnji treba da bude sticanje svojine na robi od strane kupca. Međunarodna pravila određuju koje radnje treba da preduzme prodavac da bi kupac faktički stekao vlast nad robom, dok su prenos i sticanje svojine kao posledica navedenih radnji regulisani normama nacionalnih prava.[1]

Obaveza isporuke robe je regulisana čl. 31-33 *Konvencije UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe*[2] iz 1980. godine (u daljem tek-

[1] Prema čl. 4(b) BK, Bečka konvencija se ne odnosi na dejstvo koje bi ugovor mogao imati na svojinu prodate robe.

[2] Sl. list SFRJ 10/1/84 od 31.12.1984.

stu: Bečka konvencija, BK). Članom 31 BK je određen sadržaj i mesto isporuke tj. koje radnje i na kom mestu prodavac treba da preduzme da bi ispunio ovu svoju obavezu. Pitanja mesta i sadržaja isporuke su tesno povezana i zato su regulisana u jednoj odredbi. Naime, mesto isporuke neposredno utiče na sadržaj ove prodavčeve obaveze. Ukoliko je ugovorom o prodaji predviđen prevoz robe, prodavac izvršava isporuku *predajom* robe prvom prevoziocu.[3] Ako ugovor o prodaji ne predviđa prevoz robe, prodavac izvršava isporuku *stavljanjem robe na raspolaganje* kupcu na određenom mestu.[4] Radnja isporuke mora biti izvršena na vreme, da bi prodavac ispunio svoju obavezu.[5]

2. Mesto i sadržaj isporuke

Čl. 31 BK reguliše sledeće situacije. Prvo, prodavac na osnovu ugovora o prodaji može imati obavezu da robu isporuči u nekom određenom mestu, što se u praksi najčešće događa. Ukoliko takva obaveza prodavca ne postoji, BK pravi razliku između slučaja kad ugovor o prodaji predviđa prevoz robe (čl. 31(a)) i kad prevoz robe nije predviđen ugovorom o prodaji (čl. 31(b) i (c)).

Bečka konvencija ne reguliše slučaj kad je prodavac dužan da kupcu isporuči robu u njegovom sedištu. To je tzv. obaveza donošenja (*die Bringschuld*) i ona se ne pretpostavlja.[6] Naravno, postojanje takve obaveze prodavca je moguće, ali ona mora biti izričito ugovorena.

2.1. Obaveza prodavca da robu isporuči u određenom mestu

Dispozitivnost odredbi sadržanih u BK i princip autonomije volje, kao jedno od osnovnih načela ugovornog prava, su izričito priznati u čl. 6 BK. Ta dva osnovna načela su potvrđena i u drugim normama sadržanim u Bečkoj konvenciji, kao i u međunarodnim autonomnim izvorima prava[7]. Prema tome, strane su slobodne da zaključe ugovor i da spora-

[3] Čl. 31(a) BK.

[4] Čl. 31(b) i (c) BK.

[5] Čl. 33 BK.

[6] Navedeni stav je potvrdila i sudska praksa. Videti više kod Liu, *Place of Performance: Comparative analysis of Articles 31 and 57 of the CISG and counterpart provisions in Article 7:101 of the PECL*, 2004, www.cisg.law.pace.edu

[7] Prema čl. 1.1. *UNIDROIT Principa međunarodnih trgovinskih ugovora* (u daljem tekstu: UPC) strane su slobodne da zaključe ugovor i da odrede njegov sadržaj. Takođe, čl. 1:102 *Principa evropskog ugovornog prava* (u daljem tekstu: PECL) predviđa slobodu ugovaranja, uz poštovanje načela savesnosti i poštenja, kao i mogućnost stranaka da svojim sporazumom derogiraju neki od principa ili da izmene njegovu sadržinu.

zumno odrede njegovu sadržinu, kao i da od normi sadržanih u konvenciji odstupe ili izmene njihovu sadržinu. Potvrdu ove tvrdnje nalazimo i u uvodu čl. 31 BK koji predviđa da će se pravila sadržana u ovoj odredbi primeniti ako prodavac nije dužan robu isporučiti u nekom drugom određenom mestu. Kao što vidimo, i ovde se prednost daje volji ugovornih strana.

Isporuku kao najvažniju obavezu prodavca strane redovno regulišu u svom ugovoru. Mesto isporuke može biti *izričito* određeno u ugovoru ili može biti iz ugovora *odredivo*. Strane mogu u ugovoru o prodaji robe saglasno odrediti konkretno mesto isporuke. One to mogu učiniti bilo tačnim označavanjem nekog mesta, bilo upotrebom međunarodnih trgovačkih termina (CIF, FOB..), naročito INCOTERMS. U praksi se pokazalo da kod ugovora kod kojih je izričito ugovorena primena INCOTERMS ne nastaju problemi,[8] a razlog leži u detaljnim pravilima koja sadrže ove klauzule.

Moguće je da mesto isporuke nije određeno ili odredivo iz ugovora, ali da ono proizlazi iz običaja ili ranije uspostavljene prakse između ugovornih strana.[9] Ukoliko bi između strana došlo do spora oko postojanja određenog običaja ili prakse, tada bi strana koja se na običaj poziva, njegovo postojanje morala i da dokaže.

I na kraju, u nedostatku drugačijeg sporazuma, mesto isporuke može biti određeno na osnovu prećutne primene običaja, ako se ispune tri kumulativna uslova. Treba da se radi o običaju koji je stranama bio poznat ili im je morao biti poznat, koji je široko priznat u međunarodnoj trgovini i koji redovno poštuju strane u ugovorima iste vrste u odnosnoj struci.[10] Upravo ova odredba, prema vladajućem stavu u teoriji može biti osnov i prećutne primene INCOTERMS, odnosno do njihove primene će doći i kad nisu ugovoreni. Prema navedenom stavu to je moguće jer su INCOTERMS *široko priznati*, strane ih *redovno koriste* u međunarodnoj trgovini i pretpostavlja se da su stranama poznati ili da bi im morali biti poznati.[11]

Tek ukoliko mesto isporuke nije određeno ni na jedan od gore navedenih načina merodavan će biti čl. 31 BK. Prema tome, navedena norma ima *dopunski karakter*, jer će se primeniti samo kad ne postoji sporazum

---

[8] Videti više kod Liu, *Place of Performance: Comparative analysis of Articles 31 and 57 of the CISG and counterpart provisions in Article 7:101 of the PECL*, 2004, www.cisg.law.pace.edu

[9] Videti čl. 9(1) BK.

[10] Videti čl. 9(2) BK.

[11] Videti više kod Schlechtriem, Schwenzer, *Commentary on the UN Convention of the International Sale of Goods (CISG)*, 2nd (English) edition, New York, 2005, str. 338.

stranaka, praksa uspostavljena između strana ili običaj, odnosno kad postoji pravilo koje je odraz volje stranaka, ali nije potpuno. U praksi njen značaj nije veliki i svodi se na popunjavanje praznina u sporazumu stranaka.

2.2. Isporuka predajom robe prevoziocu

Sadržaj obaveze isporuke robe se prema Bečkoj konvenciji razlikuje u zavisnosti od toga da li ugovor o prodaji predviđa prevoz robe ili ne. S obzirom da se radi o međunarodnoj prodaji, koja najčešće podrazumeva prevoz robe, čl. 31 BK najpre predviđa pravilo koje reguliše ugovore o prodaji kod kojih roba treba da se preveze i tada se obaveza isporuke prodavca sastoji u predaji robe prvom prevoziocu radi dostavljanja kupcu. U tekstu koji sledi ćemo analizirati pojmove prevoz robe, prevozilac, predaja robe i mesto predaje robe.

2.2.1. Prevoz robe

Da bi mogli govoriti o prevozu robe u skladu sa čl. 31(a) BK potrebno je da budu ispunjeni sledeći uslovi. Najpre, treba da se radi o prevozu koji organizuje prodavac. Potom, prevoz mora biti organizovan sa određenim ciljem. I na kraju, potrebno je da prevoz robe bude u skladu sa zaključenim ugovorom o prodaji.

Prevoz označava transport robe koji prodavac *treba da organizuje* da bi omogućio kupcu da robu preuzme.[12] Obaveza isporuke prodavca u ovom slučaju je *obaveza slanja* (*die Schickschuld*), i ona se, u nedostatku drugačijeg sporazuma stranaka, kod distancione prodaje podrazumeva.[13] Ako je ugovorena prodaja sa slanjem (*die Versendungskauf*) prodavac nije dužan da izvede prevoz ali je dužan da se za njega pobrine, odnosno on, u ovom slučaju, mora da pronađe prevozioca i zaključi sve ugovore koji su nužni za odgovarajući prevoz.[14] Prema čl. 32(2) BK prodavac je dužan da organizuje prevoz *odgovarajućim prevoznim sredstvima* i pod *uslovima uobičajenim* za tu vrstu prevoza. To znači da je dužan da izabere uobičajeni prevozni put ili ako ne postoji uobičajeni put, onda direktni put.[15] Ako su strane ugovorile vrstu prevoza, onda je prodavac dužan da

---

[12] Navedeno prema Schlechtriem, Schwenzer, nav. delo, str. 345.

[13] Videti više kod Schmidt, *Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, München, 2004, str. 495.

[14] Videti čl. 32(2) BK. Obaveza prodavca da organizuje prevoz robe ne proizlazi iz BK. Međutim, kad strane ugovore ovakvu obavezu prodavca, onda prema čl. 32(2) BK on ima određene dužnosti. Pritom, polje primene čl. 32(2) BK je uže od čl. 31(a) BK jer je moguće da je ugovorom o prodaji predviđen prevoz robe ali da je kupac dužan da ga organizuje.

[15] Videti više kod Bianca, Bonell, *Commentary on the International Sales Law – The 1980 Vienna Sales Convention*, Milan, 1987, str. 259.

robu preda prevoziocu određene grane prevoza. Ako takvog sporazuma nema, prodavac je dužan da imajući u vidu interese kupca, vrstu robe, hitnost posla, pouzdanost prevozioca i troškove prevoza izabere odgovarajući način prevoza. Takođe, prodavac ne sme pristati na neuobičajene klauzule koje bi vodile oslobođenju prevozioca od odgovornosti.

Navedeno ne treba mešati sa situacijom kad je kupac dužan da organizuje prevoz da bi dopremio robu do krajnjeg odredišta nakon što je preuzeo od prodavca.[16]

Za primenu čl. 31(a) BK nije važno koja ugovorna strana snosi troškove prevoza.

Cilj prevoza je nedvosmisleno izražen u čl. 31(a) BK, jer je potrebno da se on preduzima *radi dostavljanja robe kupcu*. Samim tim, sve druge vrste transporta koje nisu usmerene na dostavljanje robe kupcu, nego su izvršene sa drugim ciljem nisu obuhvaćene ovom odredbom. Tako, na primer, prevoz robe od snabdevača prodavca do prodavca ne predstavlja prevoz u smislu čl. 31(a) BK. S druge strane, možemo govoriti o prevozu robe ako isporučilac prodavca, po nalogu prodavca, robu usmeri na kupca. Tu se radi o tzv. tranzitnom poslu (*das Streckengeschäft*),[17] odnosno o poslu gde isporučilac prodavca robu umesto prodavcu dostavlja kupcu. Tranzitni posao treba razlikovati od prodaje robe koja se nalazi u prevozu (tranzitu, putujuća roba). Ako je zaključen ugovor o prodaji robe koja se nalazi u prevozu, to nije prevoz u smislu čl. 31(a) BK.

I poslednje, prevoz robe mora proizlaziti *iz ugovora o prodaji*. Sama Bečka konvencija ne konstituiše obavezu prodavca da organizuje prevoz, pa ona mora proizlaziti iz namere stranaka. Prema našem mišljenju, trebalo bi smatrati da su sintagmom *ako prema ugovoru o prodaji roba treba da se preveze* obuhvaćeni ne samo slučajevi kad su strane izričito u ugovoru ugovorile prevoz robe, nego i onda kad obaveza prevoza proizlazi iz običaja (čl. 9(2) BK) ili prakse uspostavljene između strana (čl. 9(1) BK). Naime, obaveza prevoza robe će najčešće proizlaziti iz ugovora, ali je moguće da ona postoji na osnovu običaja ili prakse uspostavljene između ugovornih strana. Prema tome, smatramo da je u ovom slučaju potrebna saglasna volja stranaka da se roba preveze, koja može proizlaziti ne samo iz izričite stipulacije, nego i iz običaja i prakse uspostavljene među stranama. Ukoliko iz volje strana ne proizlazi da roba treba da se preveze, tada će se primeniti ili čl. 31(b) ili 31(c) BK.

---

[16] Ova situacija je regulisana u čl. 31(b) i (c) BK.

[17] Prevod pojma *das Streckengeschäft* je tranzitni posao, prevoz od otpremnika do kupca. Brandić, *Njemačko-hrvatski gospodarski i pravni rječnik*, Zagreb, 1996.

2.2.2. Prevozilac

Ako ugovor o prodaji predviđa prevoz robe, prodavac treba robu da preda *prvom prevoziocu*. Da bi odredili kada je prodavac izvršio svoju obavezu, potrebno je da znamo šta pojam prevozilac podrazumeva, kao i koje lice je prvi prevozilac.

Pod *prevoziocem*, kome prodavac treba da preda robu, treba razumeti svako samostalno preduzeće koje treba da izvrši prevoz robe, bilo u celini, bilo delimično, radi dostavljanja kupcu.[18] Iz navedene definicije vidimo da prevozilac mora da bude treće lice koje je različito i *nezavisno* od prodavca. Nezavisan prevozilac može biti i pravno i fizičko lice i mora imati poslovnu sposobnost. O *nezavisnom* prevoziocu možemo govoriti ukoliko se radi o privrednom subjektu koji ima pravni subjektivitet i koji može zaključiti sa prodavcem punovažan ugovor o prevozu.[19] *A contrario*, ne smatra se prevoziocem lice koje je zaposleno kod prodavca i koje po njegovom nalogu izvršava prevoz robe.

Veoma često će strane ugovoriti da je prodavac dužan da robu preveze kupcu. U tom slučaju se ne može primeniti čl. 31(a) BK, jer je za izvršenje isporuke potrebno da prodavac izvrši *predaju* robe prevoziocu, odnosno potrebno je da prodavac preda prevoziocu posed nad robom. Ukoliko prodavac prevozi robu do kupca, tada nema predaje poseda i tada će isporuka biti izvršena tek predajom robe kupcu. Takođe, ako prodavac izvodi deo transporta, isporuka se izvršava predajom robe prvom nezavisnom prevoziocu[20].

U ovakvom određenju pojma prevozioca dolazi do izražaja podela odgovornosti i rizika, prema kojoj prodavac odgovara samo za rizike koji postoje dok ima moć raspolaganja nad robom.[21] Naime, ako prodavac sam vrši prevoz robe do kupca, sve do njene predaje kupcu prodavac snosi odgovornost za robu. Naravno, prodavac u tom slučaju odgovara za sve greške koje u transportu i predaji robe počine njegovi zaposleni, odnosno on odgovara za njihov rad. S druge strane, predajom robe prevoziocu, prodavac gubi faktičku vlast nad njom i ne odgovara više za štete koje u izvršenju ugovora o prevozu nastanu. Prodavac je dužan da u skladu sa načelom savesnosti i poštenja izabere prevozioca sa kojim će zaključiti

[18] Schlechtriem, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, 3. völlig neubearbeitete Auflage, München, 2000, str. 321.

[19] Videti više kod Schlechtriem, Schwenzer, nav. delo, str. 349.

[20] Videti više kod Schlechtriem, Schwenzer, str. 348. Isto tako, Bamberger, Roth, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 3, München, 2003, str. 2810.

[21] Navedeno prema Bamberger, Roth, nav. delo, str. 2810.

ugovor o prevozu i da vodi računa o interesima kupca[22]. Prema tome, prodavac odgovara za savestan izbor prevozioca, ali ne i za njegov rad.

Prevozilac u smislu čl. 31(a) BK je *opšti pojam* koji obuhvata prevozioce u svim granama prevoza (vazdušni, pomorski, rečni, drumski, železnički). Ono što je u teoriji međunarodne prodaje robe bilo predmet brojnih rasprava je da li se i špediter može smatrati prevoziocem u smislu čl. 31(a) BK, odnosno da li se isporuka može izvršiti predajom robe špediteru. Nacionalna pravna pravila različito regulišu ovo pitanje. Samim tim i odgovor na pitanje da li se špediter može smatrati prevoziocem zavisi od prava u njegovom sedištu.[23] Prema našem mišljenju, bez obzira na različita rešenja sadržana u nacionalnim pravima, odgovor na ovo pitanje treba da pruži analiza položaja špeditera. Špediterom možemo smatrati nezavisno treće lice koje je odgovorno za organizovanje prevoza robe. Ako špediter organizuje prevoz robe, bez da mu se roba predaje, on se ne može smatrati prevoziocem u smislu čl. 31(a) BK, a prodavac izvršava isporuku predajom robe prevoziocu koga je uputio špediter. Nasuprot tome, kod *samostalnog istupanja špeditera*, kad on sam izvodi deo ili ceo prevoz robe, njegov položaj je isti kao i položaj nezavisnog prevozioca, pa predajom robe špediteru prodavac ispunjava svoju obavezu. Navedene situacije su nesporne. Međutim, postavlja se pitanje da li je prodavac isporučio robu, ako je preda špediteru, koji potom treba da organizuje njenu dalju otpremu. To znači da se roba u kratkom vremenu nalazi kod špeditera i da je on kasnije predaje prevoziocu. Moguća su dva odgovora. Prvo, može se smatrati da je prodavac predajom robe špediteru izvršio svoju osnovnu ugovornu obavezu. Drugo, isporukom se može smatrati trenutak predaje robe prvom prevoziocu od strane špeditera, a dok se roba nalazi u posedu špeditera, njega treba smatrati prodavčevim skladištarom.[24] Prema vladajućem stavu u teoriji,[25] koji je prema našem mišljenju ispravan, treba smatrati da je prodavac izvršio isporuku kada robu preda špediteru. Ovaj stav opravdavaju najmanje dva razloga. Prvo, jer je špediter nezavisan privrednik i drugo, jer prodavac predajom robe prenosi na špeditera posed i stvarnu vlast na robi radi njenog dostavljanja kupcu. Naime, ne bi bilo opravdano praviti razliku između predaje robe subjektu koji preduzima dalji prevoz ili koji treba da ga preduzme, kad u oba slučaja predajom

[22] Isto tako, Schmidt, nav. delo, str. 496.

[23] Bianca, Bonell, nav. delo, str. 253.

[24] Tako, Bamberger, Roth, nav. delo, str. 2810.

[25] Tako, Bamberger, Roth, nav. delo, 2003, str. 2810; Schmidt, nav. delo, str. 496. Videti više kod Schlechtriem, Schwenzer, nav. delo, str. 349; Achilles, *Kommentar zum UN-Kaufrechtsübereinkommen (CISG)*, Luchterhand, 2000, str. 79.

prodavac prenosi faktičku vlast nad robom na drugo nezavisno lice u cilju njenog dostavljanja kupcu.

Ako u prevozu robe do kupca učestvuje više prevozilaca prodavac ispunjava svoju obavezu predajom robe *prvom* prevoziocu.

2.2.3. Predaja robe

Ako prema ugovoru o prodaji roba treba da se preveze, obaveza isporuke prodavca se sastoji u *predaji* robe prvom prevoziocu. Da bi mogli govoriti o predaji potrebno je da prodavac izvrši određene radnje i sa određenim ciljem.

Predaja znači prelaz stvarnog poseda na robi, odnosno «prelaz obaveze čuvanja robe na prevozioca»[26]. Sadržaj pojma predaja robe, odnosno koje radnje će prodavac morati da preduzme zavisi od onoga što su strane ugovorile. U svakom slučaju, puko stavljanje robe na raspolaganje prevoziocu, kao i priprema robe za slanje se ne mogu smatrati predajom. Najčešće su radnje koje prodavac treba da preduzme određene transportnim klauzulama i vrstom transporta. Prodavac može imati obavezu da robu dopremi do prevoznog sredstva, a u drugim slučajevima, i da je natovari na prevozno sredstvo u prostor predviđen za nju. Kod pomorskog prevoza, na primer, prodavac će ispuniti svoju obavezu ili postavljanjem robe uz bok broda u imenovanoj luci otpreme (FAS), ili će biti dužan da isporuči robu preko ograde broda u određenoj luci otpreme (FOB, CFR, CIF). Moguće je i da prevozilac dođe u sedište prodavca i da preuzme robu iz zaliha koje mu je prodavac ranije naznačio[27].

U slučaju tzv. tranzitnog posla, kad se roba direktno transportuje od prodavčevog snabdevača do kupca, isporuka je izvršena kad snabdevač preda robu prevoziocu. Snabdevač se smatra pomoćnikom prodavca i zato prodavac odgovara za njegov rad kao za svoj.[28]

Predaja je izvršena kad prevozilac dođe *fizički* u posed robe sa ciljem njenog prevoza.[29] Prevozilac mora robu preuzeti, odnosno mora biti fizički prisutan prilikom njenog utovara. Ako prodavac natovari vozilo u odsustvu prevozioca, predaja je izvršena tek kad prevozilac preuzme kontrolu nad vozilom.[30] Ne postoji predaja, kad prevozilac stekne posredno državinu ili kad mu budu predati dokumenti na osnovu kojih robom može

[26] Achilles, nav. delo, str. 80.
[27] Bianca, Bonell, nav. delo, str. 253.
[28] Videti više kod Schmidt, nav. delo, str 497.
[29] Schlechtriem, Schwenzer, nav. delo, str. 350.
[30] Schlechtriem, Schwenzer, nav. delo, str. 351.

raspolagati.[31] Za urednu isporuku je potrebno da prevoziocu bude predata *roba*, a ne dokumenta. Čak i ako prodavac kupcu nikad ne preda ugovorena dokumenta, on je izvršio isporuku predajom robe prvom prevoziocu. U pogledu nepredatih dokumenata, kupcu bi stojala na raspolaganju pravna sredstva predviđena ugovorom i BK.[32]

Predaja mora biti izvršena *radi* prevoza robe i njenog dostavljanja kupcu. U tom cilju, prodavac je dužan da prevoziocu da tačnu adresu na koju roba treba da bude isporučena. Iz navedenog sledi da predaja robe bez konkretnog cilja ili u cilju njenog skladištenja, ne predstavlja isporuku u smislu čl. 31(a) BK.

2.2.4. Mesto predaje

U čl. 31(a) BK mesto predaje robe nije izričito određeno. Najčešće će mesto predaje robe proizlaziti iz ugovora, običaja ili prakse uspostavljene između strana. U praksi će najčešće biti ugovorena neka od transportnih klauzula sadržanih u INCOTERMS, pa će njome biti određeno i mesto isporuke. Ako je mesto predaje određeno, onda se isporuka može uredno izvršiti samo predajom robe na tom mestu.

Ukoliko mesto predaje nije određeno, tada je prodavac slobodan da robu preda prvom prevoziocu na bilo kom mestu, koje je pogodno za izvršenje isporuke. Najčešće će to biti njegovo sedište. Naravno, prilikom određivanja mesta isporuke on mora postupati u skladu sa načelom savesnosti i poštenja (čl. 7(1) BK). To znači da on ne može odrediti takvo mesto isporuke koje bi vodilo uvećanju troškova za kupca i povećanju rizika[33] ili bi vodilo nepriličnom odlaganju postupka transporta ili značajnom povećanju transportnih troškova.[34]

2.3. Isporuka stavljanjem robe na raspolaganje kupcu

Ukoliko ugovor o prodaji ne predviđa prevoz robe i ako isporuka ne treba da se izvrši na nekom drugom mestu, prodavac ispunjava obavezu isporuke stavljanjem robe na raspolaganje kupcu. Prema tome, sadržaj isporuke se sastoji u preduzimanju radnji koje predstavljaju stavljanje robe na raspolaganje kupcu. Bečka konvencija razlikuje mesto isporuke kad je predmet ugovora tačno određena roba i u ostalim slučajevima. Ukoliko je

[31] Achilles, nav. delo, str. 80.

[32] Videti više kod Kritzer, *Guide to Practical Application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Deventer, 1989, str. 232.

[33] Videti više kod Schmidt, nav. delo, str. 497.

[34] Achilles, nav. delo, str. 80. Tako i Schlechtriem, Schwenzer, nav. delo, str. 351.

predmet ugovora individualno određena stvar, ili stvari određene po rodu koje treba izdvojiti iz određene mase ili ih treba proizvesti ili izraditi, a u vreme zaključenja ugovora su strane znale da je roba u određenom mestu ili je treba izraditi ili proizvesti u određenom mestu, tada je prodavac dužan da robu stavi na raspolaganje kupcu u tom mestu.[35] U svim ostalim slučajevima, prodavac je dužan da kupcu stavi robu na raspolaganje u mestu u kome je u vreme zaključenja ugovora imao svoje sedište.[36] Čl. 31(c) BK predstavlja opšte pravilo da se nenovčane obaveze izvršavaju u sedištu dužnika.[37] Prema ovom pravilu u nedostatku drugačijeg sporazuma stranaka, dužnik treba da izvrši obavezu na način koji je njemu najmanje težak.[38] U oba slučaja je kupac dužan da robu preuzme sa mesta gde se ona nalazi, odnosno gde mu je stavljena na raspolaganje. Prema tome, čl. 31(b) i (c) predviđaju obavezu koja je izvršiva u mestu dužnika (*die Holschuld*).

S obzirom da je u navedenim slučajevima sadržaj isporuke identičan, najpre ćemo odrediti šta se podrazumeva pod *stavljanjem robe na raspolaganje kupcu*. Nakon toga ćemo analizirati mesto isporuke, odnosno mesto sa koga kupac robu treba da preuzme.

2.3.1. Stavljanje robe na raspolaganje kupcu

Roba je kupcu *stavljena na raspolaganje* kad je prodavac učinio sve što je neophodno da bi kupcu omogućio da na njoj stekne državinu (posed). [39] Prema tome, prodavac mora robu učiniti dostupnom kupcu tako da ovaj ništa ne mora da uradi osim da je poseduje. S druge strane, za izvršenje isporuke nije bitno da li je kupac preduzeo sve potrebne radnje za preuzimanje isporuke. To znači da je za ispunjenje obaveze isporuke dovoljna jednostrana (unilateralna) radnja prodavca. Nasuprot ovakvom rešenju BK, *Jednoobrazni zakon o međunarodnoj prodaji telesnih pokretnih stvari* (u daljem tekstu: ULIS) je zahtevao *predaju* (*handing over*) robe, odnosno isporuka je pretpostavljala dvostranu (bilateralnu) radnju prodavca i kupca.[40]

Radnje koje prodavac treba da preduzme najčešće obuhvataju identifikaciju robe koja treba da bude isporučena, okončanje priprema za ispo-

[35] Čl. 31(b) BK.
[36] Videti čl. 31(c) BK.
[37] Isto tako čl. 7:101(1)(b) PECL, čl. 6.1.6(1)(b) UPC.
[38] Videti više kod Lando, Beale, *Principles of European Contract Law – Parts I and II, Combined and Revised*, The Hague, Boston, London, 2000, str. 330.
[39] Videti UN DOC. A/CONF. 97/5 (Komentar UNCITRAL-a), Official Records str. 30.
[40] Videti više kod Bianca, Bonell, nav. delo, str. 255.

ruku, kao što je pakovanje i davanje obaveštenja kupcu koje treba da mu omogući sticanje državine.[41]

Identifikacija robe podrazumeva njeno izdvajanje iz određene mase ili stavljanje odgovarajućih oznaka na nju. Prodavac neće biti dužan da identifikuje robu, ako je njeno izdvajanje moguće i po dolasku kupca.[42]

Dostupnom robom će se smatrati samo roba koja je podobna za transport. Ako se roba može transportovati samo *upakovana*, onda prodavac ima obavezu da obezbedi odgovarajuću ambalažu. Ako prodavac robu ne upakuje i ona zbog toga ne bude podobna za prevoz, on nije izvršio obavezu isporuke.

Kada je roba spremna za isporuku, odnosno ako je prodavac preduzeo sve što je bio dužan, a nije ugovoreno tačno vreme isporuke, prodavac je dužan da kupca *obavesti* o spremnosti robe. Ako prodavac pošalje obaveštenje na odgovarajući način, rizik od zadocnjenja, gubitka ili greške u prenosu obaveštenja snosi kupac[43]. Međutim, pošto rizik za propast ili oštećenje robe na kupca prelazi tek kad sazna da mu je roba dostupna, odnosno po prijemu obaveštenja,[44] prodavac će u slučaju problema sa dostavljanjem obaveštenja imati interes da ga pošalje ponovo jer obaveza plaćanja cene nastaje tek kad kupcu roba bude stavljena na raspolaganje,[45] odnosno kad kupac sazna da mu je roba stavljena na raspolaganje.

Stavljanje robe na raspolaganje ne podrazumeva obavezu prodavca da robu utovari na prevozno sredstvo. Prodavac je dužan da robu utovari samo kod *predaje* robe, a ne i prilikom njenog stavljanja na raspolaganje.[46] Kad prodavac isporuku izvršava stavljanjem robe na raspolaganje, onda obaveza utovara spada u radnju preuzimanja robe, koju je dužan da izvrši kupac.[47] Naravno strane mogu da ugovore obavezu prodavca da robu utovari, ali to onda ne spada u obavezu isporuke, nego se radi o naknadnoj obavezi prodavca.[48] Razgraničenje je veoma značajno jer povreda obaveze utovara u tom slučaju ne vodi odgovornosti prodavca zbog neizvršenja isporuke.

Roba nije stavljena na raspolaganje kupcu, ako prodavac za njenu predaju zahteva od kupca ispunjenje određenih uslova (npr. otvaranje akreditiva, plaćanje cene). Naime, za izvršenje isporuke nije dovoljno da roba bude

---

[41] Tako UN DOC. A/CONF. 97/5 (Komentar UNCITRAL-a), Official Records str. 30.
[42] Videti više kod Schlechtriem, Schwenzer, nav. delo, str. 358.
[43] Videti čl. 27 BK.
[44] Videti čl. 67(2) BK.
[45] Videti čl. 58(1) BK.
[46] Videti više kod Schlechtriem, Schwenzer, nav. delo, str. 359.
[47] U vezi sa radnjom preuzimanja robe videti čl. 60 BK.
[48] Videti više kod Schmidt, nav. delo, str. 498.

fizički dostupna kupcu, nego je potrebno da prodavac bude *saglasan* za preuzimanjem robe od strane kupca.[49] Situacija će biti drugačija, ako istovremeno sa preuzimanjem robe kupac treba da izvrši plaćanje cene.[50]

Ako se roba nalazi kod trećeg lica npr. ako je uskladištena u nezavisnom skladištu, ona kupcu treba da bude stavljena na raspolaganje na tom mestu. U tom slučaju će prodavac ispuniti svoju obavezu tako što će kupcu omogućiti preuzimanje robe sa skladišta. Prodavac će ili narediti skladištaru da kupcu izda robu ili će kupcu predati skladišnicu ili drugo pismeno sa kojim može podići robu. Ako se roba nalazi kod trećeg lica, ono mora biti *spremno* da kupcu robu preda. Nasuprot tome, ako treće lice odbije da kupcu preda robu ili postavi dodatne uslove, suprotno ugovoru sa prodavcem, roba nije stavljena na raspolaganje, odnosno prodavac nije izvršio obavezu isporuke.[51]

Ako se radi o robi kojoj se može slobodno pristupiti (npr. roba u silosu), ona je stavljena na raspolaganje kupcu, ako postoji bezuslovna saglasnost prodavca za njeno preuzimanje.[52]

2.3.2. Mesto nalaženja robe kao mesto isporuke

Ako strane nisu ugovorile mesto isporuke i ako ugovor o prodaji ne predviđa prevoz robe, a predmet ugovora su individualno određene stvari, ili stvari određene po rodu koje treba izdvojiti iz određene mase ili ih treba proizvesti ili izraditi, a u vreme zaključenja ugovora su strane znale da je roba u određenom mestu ili je treba izraditi ili proizvesti u određenom mestu, prodavac je dužan da robu stavi na raspolaganje kupcu u tom mestu.[53]

U određenim slučajevima mesto isporuke nije sedište prodavca, nego neko drugo mesto. Čl. 31(b) BK polazi od toga da to mesto odgovara *pretpostavljenoj* volji stranaka[54] i usled toga je prodavac dužan kupcu određene robe, istu da stavi na raspolaganje u mestu gde se ona nalazi.

Za primenu navedene norme je potrebno *znanje stranaka u vreme zaključenja* ugovora o tome gde se roba nalazi ili će se u vreme isporuke nalaziti. Iako je potrebno znanje *stranaka*, prema našem mišljenju, ovde se misli, pre svega, na znanje kupca o tome gde se stvar nalazi iz dva raz-

---

[49] Videti više kod Schlechtriem, Schwenzer, nav. delo, str. 359.

[50] Videti čl. 58(1) BK.

[51] Videti više kod Schlechtriem, Schwenzer, nav. delo, str. 361.

[52] Videti kod Achilles, nav. delo, str. 81. Isto tako, Schlechtriem, Schwenzer, nav. delo, str. 360.

[53] Videti čl. 31(b) BK.

[54] Videti više Schmidt, nav. delo, str. 498.

loga. Prvo, prodavac će redovno tu činjenicu znati. Drugo, kupac mora robu da preuzme, odnosno ima obavezu preuzimanja isporuke (čl. 60BK), pa je potrebno da zna gde se ona nalazi. Kupčevo znanje o mestu nalaženja stvari mora biti *stvarno* i mora postojati *u vreme zaključenja ugovora*. Izostanak znanja stranaka u vreme zaključenja ugovora za posledicu ima primenu pravila iz čl. 31(c) BK. Isto važi i ako kupac kasnije slučajno sazna npr. gde stvar treba da se proizvede. U tom slučaju se mestom isporuke smatra sedište prodavca u vreme zaključenja ugovora, a ne mesto proizvodnje robe. Takođe, činjenica da kupac «nije mogao da ne zna»[55] ili da je «morao da zna»[56] gde se roba nalazi nije dovoljna.

Čl. 31(b) BK se primenjuje u nekoliko različitih situacija. Prvo, ako je predmet ugovora individualno određena stvar, prodavac izvršava isporuku kad je stavi na raspolaganje kupcu u mestu gde se ona nalazi.

Druga situacija postoji kad je predmet ugovora je generična roba koja treba da se izdvoji iz određene mase (npr. nafta, 5t žita 1.klase koje se nalazi u silosu). U tom slučaju će se mestom isporuke smatrati mesto gde se nalazi masa iz koje stvari određene po rodu treba da se izdvoje.

Treće, ako je predmet ugovora je roba koju tek treba da izradi prodavac ili treće lice (npr. neka mašina), mesto isporuke će biti mesto gde se nalazi fabrika ili pogon u kome će predmet ugovora biti izrađen.

I na kraju, kad je predmet ugovora roba koja treba da se proizvede (npr. kafa koja treba da bude proizvedena na plantaži kafe), tada je relevantno mesto proizvodnje predmeta ugovora.

Prema komentaru Sekretarijata UNCITRAL-a, iako čl. 31(b) BK to izričito ne predviđa, on će se primeniti i na isporuku robe koja se u vreme zaključenja ugovora nalazi u prevozu (tranzitu). U tom slučaju se ne radi o ugovoru o prodaji koji predviđa prevoz robe iz čl. 31(a) BK, nego je u pitanju roba koja se nalazi na određenom mestu i primeniće se čl. 31(b) BK. Ovo važi ne samo kad je prodata cela pošiljka obuhvaćena teretnicom, u kom slučaju se radi o određenoj robi, nego i kad je prodat deo robe označene u teretnici. Ako bi se, nasuprot tome, smatralo da *prema ugovoru o prodaji roba treba da se preveze* i da treba da se primeni čl. 31(a) BK, prodavac nikad ne bi mogao da izvrši isporuku jer nema *predaje* robe prevoziocu radi dostavljanja kupcu.[57] Ovakav stav je u potpunosti prihvatljiv, ali je nužno da i u ovom slučaju strane u vreme zaključenja ugovora o prodaji znaju gde se roba nalazi tj. na kom mestu će ona biti stavljena kupcu na raspolaganje.

[55] Schlechtriem, Schwenzer, nav. delo, str. 357.

[56] Kritzer, nav. delo, str. 233.

[57] Videti UN DOC. A/CONF. 97/5 (Komentar UNCITRAL-a), Official Records str. 30, Kritzer, nav. delo, str. 233.

2.3.3. Sedište prodavca kao mesto isporuke

Ako nije moguća primena ni čl. 31(a), ni 31(b) BK, onda prodavac treba da isporuči robu u mestu u kome je imao sedište u vreme zaključenja ugovora. Ako je prodavac u vreme zaključenja ugovora imao više sedišta, merodavno će biti sedište koje ima najtešnju vezu sa ugovorom i njegovim izvršenjem. Zatim, ako prodavac nije imao sedište, mesto isporuke je njegovo redovno boravište u vreme zaključenja ugovora.[58] Kad prodavac naknadno promeni sedište, on ima obavezu isporuke u izvornom sedištu. Međutim, budući da princip savesnosti i poštenja obavezuje obe strane, kupac mora da pristane na isporuku robe u novom sedištu, ako mu to ne stvara nerazumno visoke troškove. S druge strane, i prodavac mora postupati u skladu sa ovim načelom i biti spreman da kupcu naknadi dodatne troškove,[59] koje bi ovaj eventualno imao zbog preuzimanja robe na drugom mestu.

3. Vreme isporuke

Prodavac mora izvršiti isporuku robe u određeno vreme. Budući da je vreme isporuke, kao i mesto isporuke veoma važno pitanje i najčešće ga strane uređuju ugovorom.

Vreme isporuke i dospelost prodavčeve obaveze su regulisani u čl. 33 BK, odnosno određeno je u kom momentu prodavac treba da izvrši radnje koje čine isporuku iz čl. 31 BK[60]. Bečka konvencija prednost daje ugovornom određenju vremena isporuke, što je u skladu sa principom autonomije volje. Stoga će uvek najpre biti merodavno ono što su strane ugovorile. Ukoliko, međutim, strane u svom ugovoru nisu odredile vreme isporuke primenjuje se odgovarajuće pravilo sadržano u čl. 33(c) BK da je prodavac dužan da robu isporuči kupcu u razumnom roku.

Kod analize vremena isporuke mora se voditi o računa o sadržaju obaveze isporuke, odnosno da li prodavac isporučuje robu u svom sedištu (*die Holschuld*) ili je dužan da je pošalje kupcu (*die Schickschuld*) ili je dužan da je odnese i uruči kupcu (*die Bringschuld*).

3.1. Ugovorno određenje vremena isporuke

Ugovorno određenje vremena isporuke može biti dvojako. Strane mogu da ugovore ili trenutak (dan) ili vremenski rok u kome treba da usledi isporuka.

---

[58] Videti čl. 10(a) i (b) BK.

[59] Videti više kod Schmidt, nav. delo, str. 498. Takođe, Schlechtriem, Schwenzer, nav. delo, str. 358.

[60] Na isti način je u čl. 7:102 PECL i čl. 6.1.1. UPC određeno vreme izvršenja ugovorne obaveze.

3.1.1. Određenje datuma isporuke

Prema čl. 33(a) BK prodavac je dužan da isporuči robu, ako je datum određen ili se može odrediti na osnovu ugovora, tog datuma. Ukoliko su strane odredile vreme isporuke, osnovno je pravilo da je prodavac dužan da je izvrši baš tada. Samo isporuka izvršena ugovorenog dana će se smatrati pravovremeno izvršenom. U slučaju da prodavac robu isporuči ranije kupac je može primiti, ali je može i odbiti.[61] Ako, nasuprot tome, isporuka zakasni, prodavac pada u docnju, a kupcu stoje na raspolaganju određena pravna sredstva.

Dan kada treba da usledi isporuka može biti *određen* ili na osnovu podataka iz ugovora *odrediv*. Vreme isporuke može biti određeno ili odredivo ne samo na osnovu podataka sadržanih u ugovoru, nego i na osnovu običaja kojima su strane podvrgle svoj ugovor, odnosno na osnovu prakse uspostavljene između njih. Trenutak isporuke je *određen* ako je u ugovoru naveden tačan datum (npr. isporuka 2. novembra). Dan isporuke je *odrediv*, ako ugovor sadrži vremenski podatak koji ukazuje na određen budući događaj (npr. 15. dana od zaključenja ugovora, sreda nakon Uskrsa, prvog radnog dana sledećeg meseca...) ili dovođenjem u vezu sa kalendarskim neodređenim događajem (npr. sa prvim brodom)[62]. Kad je vreme odredivo na osnovu određenog događaja bitno je da se radi o događaju koji će sigurno nastupiti. *A contrario*, ako se termin isporuke određuje u odnosu na događaj za koji se ne zna kada će i uopšte da li će nastupiti (npr. isporuka po okončanju ekonomskih sankcija), tu nema mesta primeni čl. 33(a) BK.

3.1.2. Određenje vremenskog perioda

Ako je vremenski period određen ili se može odrediti na osnovu ugovora, prodavac je dužan da robu isporuči u bilo koje vreme u okviru tog perioda, izuzev ako okolnosti ukazuju na to da je kupac bio ovlašćen da odredi datum.[63]

Vremenski period predstavlja vremenski interval koji obuhvata više dana i čiji početak i kraj su *određeni* ugovorom ili su na osnovu njega *odredivi*[64]. Kod načina određivanja vremenskog perioda važe ista pravila kao i kod isporuke na određeni dan. Rok isporuke može biti *određen* kalendarskim označavanjem vremenskog perioda (npr. najkasnije do 15. ju-

[61] Čl. 52(1) BK.

[62] Schlechtriem, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, str. 360.

[63] Čl. 33(b) BK.

[64] Videti više kod Krüger, Westermann, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 3, 4. Auflage, München, 2004, str. 2338. Naglasak dodao autor.

na, u oktobru, u sledeće 4 nedelje) ili *odrediv* upućivanjem na određeni događaj (npr. u roku od 15 dana od zaključenja ugovora). Ako se radi o isporuci u određenom roku, njegov početak i kraj treba da budu određeni ili odredivi iz ugovora. U svakom slučaju obavezno je da krajnji termin za izvršenje isporuke bude određen ili odrediv.[65] Nasuprot tome, ovim članom nisu regulisani slučajevi kad je određen samo početak roka isporuke (npr. isporuka ne pre početka septembra). Tada bi došlo do primene čl. 33(c) BK, kao da nije ni ugovorena isporuka u određenom roku.

Ako isporuka treba da bude izvršena u određenom roku treba razlikovati vreme kad se ona može izvršiti i njenu dospelost. Naime, obaveza dospeva poslednjeg dana roka i ako tad ne bude ispunjena prodavac pada u docnju. Međutim, obaveza je ispunjiva u toku celog roka, odnosno prodavac je može ispuniti bilo kog dana u tom roku.

Isporuka će biti blagovremena ako prodavac preduzme radnje izvršenja do isteka roka. Sticanje državine na robi od strane kupca unutar roka se ne zahteva za pravovremenost isporuke[66]. Prema tome, ako prodavac treba da organizuje otpremu robe, isporuka će biti blagovremena ako on u roku izvrši njenu predaju prevoziocu radi dostavljanja kupcu. Prodavac nije dužan da robu pošalje toliko ranije da ona do isteka roka isporuke stigne kupcu.[67] Ako se isporuka robe sastoji u njenom stavljanju na raspolaganje kupcu na određenom mestu, prodavac je dužan da je pripremi za isporuku do isteka roka. Isporuka će biti blagovremena i ako je roba stavljena kupcu na raspolaganje poslednjeg dana roka. U ovom slučaju prodavac je jedino dužan da kupcu pravovremeno i na odgovarajući način pošalje obaveštenje o stavljanju robe na raspolaganje. Slanje obaveštenja je nužno jer, kao što smo ranije videli, tek na taj način prodavac izvršava svoju obavezu.

Prema načelu savesnosti i poštenja od prodavca se zahteva da kad namerava da robu stavi na raspolaganje u poslednjem mogućem trenutku o tome blagovremeno obavesti kupca, da bi ovaj mogao robu da preuzme. Ako prodavac propusti da ovo učini, smatraće se da roba nije kupcu blagovremeno stavljena na raspolaganje.[68]

Ako ugovor, međunarodni običaji ili okolnosti ne ukazuju na suprotno, prodavac je ovlašćen da izabere trenutak u okviru roka u kom će izvršiti isporuku. U principu, prodavcu se daje mogućnost izbora u kom trenutku će izvršiti isporuku jer je potrebno da mu se pruži određena fleksi-

[65] Isto.

[66] Schlechtriem, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, str. 362.

[67] Videti više kod Schlechtriem, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, str. 363.

[68] Videti više kod Schlechtriem, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, str. 363. Takođe, Schmidt, nav. delo, str. 508.

bilnost u izvršavanju isporuke. Ovakvo rešenje BK kojim se prodavcu daje odabir trenutka isporuke, prema našem mišljenju, oslikava složenost obaveze isporuke prodavca.

Iz sporazuma strana ili iz okolnosti posla može proizlaziti pravo kupca da za vreme roka za isporuku robe učini *poziv* (*der Abruf*) prodavcu i time odredi tačan trenutak isporuke.[69] Strane ovu mogućnost mogu ugovoriti i onda se radi o isporuci «na poziv» kupca ili to može proizlaziti iz okolnosti posla. Isporuka na poziv kupca će biti ugovorena ili će proizlaziti iz okolnosti posla kad kupac ima naročit interes za fleksibilnim određenjem tačnog momenta isporuke. Moguće je da kupac ima ograničene smeštajne kapacitete, pa mu ne odgovara da isporuka robe usledi pre određenog roka jer fizički neće moći da je na odgovarajući način smesti. Takođe, ako kupac treba da organizuje prevoz robe i zaključi ugovor sa samostalnim prevoziocem npr. kod FCA, FAS i FOB posla, treba mu dati mogućnost izbora termina isporuke.[70]

Ako je ugovoreno ili iz okolnosti proizlazi pravo kupca da odredi trenutak isporuke, onda on taj izbor treba da izvrši u roku predviđenom za isporuku i da o tome na odgovarajući način obavesti prodavca. Obaveštavanje prodavca je nužno da bi mogao da se pripremi za isporuku i da je pravovremeno izvrši. U ovom slučaju, prodavac ne sme da izvrši isporuku sve dok ga kupac ne pozove da to učini.[71] Nasuprot tome, prodavac će biti ovlašćen da izvrši isporuku, kad iz sporazuma strana proizlazi da prodavac treba robu da isporuči do isteka roka, a kupčevo pravo da odredi termin isporuke služi pomeranju obaveze isporuke unapred.[72] Ako kupac ne izabere termin isporuke, on time vređa obavezu preuzimanja robe iz čl. 60 BK.[73]

3.2. Isporuka u razumnom roku

Ako vreme isporuke nije određeno ili iz ugovora odredivo, prodavac je dužan da robu isporuči u razumnom roku posle zaključenja ugovora.[74] Početak razumnog roka teče od momenta zaključenja ugovora. S druge strane, kolika će biti njegova dužina, odnosno koji rok će se smatrati razumnim zavisi od svih okolnosti konkretnog slučaja. Sam termin *razuman rok* predstavlja prevod engleske verzije Bečke konvencije. Za razliku od toga, u nemačkom tekstu se koristi termin *angemessene Frist* što

[69] Videti više kod Schmidt, nav. delo, str. 508.

[70] Tako Enderlein, Maskow, *International Sales Law*, Oceana Publications, 1992, str. 136; Bamberger, Roth, nav. delo, str. 2816; Schmidt, nav. delo, str. 508.

[71] Videti više kod Krüger, Westermann, nav. delo, str. 2338.

[72] Isto.

[73] Videti više kod Bamberger, Roth, nav. delo, str. 2816.

[74] Videti čl. 33(c) BK.

doslovce prevedeno znači *primeren*, *pogodan rok*. Prema našem mišljenju upravo ovaj termin odražava prirodu razumnog roka. Ako strane nisu ugovorile rok isporuke onda ona treba da bude izvršena u trenutku koji će biti *pogodan* za obe strane, odnosno u takvom roku koji će biti odmeren u skladu sa interesima obe strane. Prema tome, za procenu razumnog roka nisu primarni i jedino važni interesi prodavca.

Prilikom procene trajanja razumnog roka treba uzeti u obzir sve okolnosti slučaja, odnosno šta čini *komercijalno prihvatljivo ponašanje*[75] u konkretnim okolnostima. Pritom, mora se raditi o okolnostima koje su strane znale ili su ih mogle znati prilikom zaključenja ugovora. Ako su prilikom zaključenja ugovora postojale okolnosti koje su predstavljale smetnju za blagovremenu isporuku, a prodavac je za njih znao i to nije predočio kupcu, te okolnosti se neće uzeti u obzir prilikom određivanja razumnog roka.[76]

Od značaja za računanje razumnog roka je činjenica da li se roba nalazi uskladištena kod prodavca ili on treba da je nabavi ili roba tek treba da bude proizvedena. Ako se roba nalazi kod prodavca, onda on samo treba da je pripremi za isporuku i po pravilu, rok isporuke treba da bude kratak. Ako je predmet ugovora roba koja tek treba da bude proizvedena, onda se u razuman rok uračunava vreme potrebno za njenu proizvodnju. I na kraju, ukoliko prodavac robu treba da nabavi od trećeg lica, onda se u razuman rok uračunava vreme potrebno prodavcu da tu robu nabavi.[77]

Ako, na primer, kupac od prodavca kupuje rezervni deo za neku mašinu, po pravilu, to zahteva brzu isporuku, te bi u takvim slučajevima isporuka «odmah» mogla biti razumna.[78]

Razuman rok kao rok isporuke se uzima u obzir i kod obaveza koje nastanu nakon ugovora, kao što je isporuka sastavnih i rezervnih delova.[79]

Ako je ugovoreno «što je pre moguće» ili ako je isporuka vezana za nastupanje neodređenog događaja primenjuje se pravilo o isporuci u razumnom roku.[80]

Kad je prodavac dužan da robu isporuči u razumnom roku, to znači da mu stoji na raspolaganju određeni vremenski interval za izvršenje obaveze. Prema tome, ovde se radi o isporuci u određenom roku samo što ga, za razliku od prethodnog slučaja, nisu odredile strane u svom sporazumu, nego se on određuje prema okolnostima konkretnog slučaja. To znači da

[75] Tako Kritzer, nav. delo, str. 242.
[76] Videti više kod Schlechtriem, Schwenzer, nav. delo, str. 400, 401.
[77] Videti više kod Schlechtriem, Schwenzer, nav. delo, str. 401.
[78] Videti više kod Schlechtriem, Schwenzer, nav. delo, str. 401.
[79] Videti više kod Achilles, nav. delo, str. 88.
[80] Enderlein, Maskow, nav. delo, str.137.

je, ako iz okolnosti ne proizlazi nešto drugo prodavac ovlašćen da izabere trenutak isporuke, koji može biti bilo koji dan u okviru tog roka. U skladu sa načelom savesnosti i poštenja, prodavac treba kupca da obavesti o nameravanoj isporuci, a naročito kad kupac treba da preduzme posebne pripreme za preuzimanje isporuke[81].

4. Zaključak

U Bečkoj konvenciji pojam „isporuke" nije izričito definisan, nego su samo opisane radnje koje čine isporuku. Međutim, moguće je na osnovu iznetog u prethodnim razmatranjima izvesti određene zaključke. U BK su jasno razgraničena obligacionopravna i stvarnopravna dejstva ugovora o prodaji. Iako je krajnji cilj zaključenja ugovora o prodaji za kupca sticanje svojine na robi, ovo pitanje je prepušteno rešenjima nacionalnih prava. Isporuka je u BK shvaćena kao čisto obligacionopravna obaveza prodavca koja za njega proizlazi iz ugovora o prodaji i koja je potpuno nezavisna od sticanja državine i svojine na robi. Isporuka se shvata kao *jednostrani akt* prodavca, odnosno obuhvata one radnje koje prodavac treba da izvrši da bi kupcu omogućio sticanje državine i svojine na robi. Radnja isporuke je *radnja izvršenja* (*die Leistungshandlung*), dok *uspeh ispunjenja* (*der Leistungserfolg*), koji se ogleda u stvarnom sticanju državine od strane kupca nije sastavni deo obaveze isporuke.[82] Prema tome, isporuku prodavac može izvršiti jednostrano, bez saradnje i preduzimanja određenih radnji od strane kupca.

[81] Krüger, Westermann, nav. delo, str. 2339.

[82] Videti više kod Schlechtriem, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, str. 317.

Sandra Fišer-Šobot, LL.M., Assistant
Novi Sad School of Law

Seller's Obligation To Deliver The Goods According To The United Nations Convention On Contracts For The International Sale Of Goods

Abstract

Seller's main obligation arising from the contract for the international sale of goods is to deliver the goods to the buyer. 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods does not expressly define the concept of "delivery", but it is possible to derive some conclusions from the relevant provisions about what the nature of this seller's obligation is.

The substance and the place of the delivery obligation are dealt with in art. 31 CISG, while art. 33 CISG sets out rules relating to the time of delivery. The main goal of this paper is to analyze the delivery obligation according to the Convention i.e. to asses where, when and which actions must the seller take in order to perform his delivery obligation.

Key words: delivery obligation, place of delivery, time of delivery, Vienna Sales Convention.

Originalni naučni rad 341.645:061.1EU

Mr Bojan Tubić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

PRINCIP VLADAVINE PRAVA U EVROPSKOJ UNIJI U SVETLU KONTROLE AKATA EVROPSKE ZAJEDNICE PRED SUDOM EZ

Sažetak: *ideja vladavine prava je elemenat evropske tradicije i nalazi se u temeljima evropskih integracija. U Evropskoj uniji ona se ostvaruje kroz nekoliko instrumenata i postoje stalne tendencije da se oni usavrše. Sudska kontrola akata EZ je jedno od najznačajnijih sredstava za ostvarivanje vladavine prava. Tužba za poništaj akata EZ je veoma važno sredstvo za kontrolu institucija EU i široko se primenjuje. Nedostaci koji se odnose na privatne tužioce i kontrolu akata Parlamenta su delimično otklonjeni kroz praksu Suda EZ. Stupanjem na snagu Lisabonskog ugovora dostupnost ove tužbe se povećava. Privatni subjekti mogu i na indirektan način da osporavaju neki akt Zajednice i to na nacionalnom nivou tužbom protiv državnih vlasti koje su primenile konkretan akt, putem podnošenja predloga za odlučivanje o prethodnim pitanjima. Sistem sudske kontrole dopunjen je i članom 241. Ugovora o EZ, koji predviđa mogućnost podnošenja prigovora nezakonitosti, odnosno neprimenljivosti određene uredbe. Ostaje otvoreno pitanje sudske kontrole akata EU iz oblasti spoljne i bezbednosne politike, koji nisu podložni ispitivanju pred Sudom EZ. Pristupanjem EU Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima, odluke EU bi postale podložne kontroli Evropskog suda za ljudska prava. Time bi se obezbedila još jedna instanca za kontrolu akata EU. Sve ovo ukazuje da postoji jedno stalno nastojanje da se unapredi vladavina prava u EZ i EU, kroz jačanje mehanizama sudske zaštite.*

Ključne reči: *vladavina prava, sudska kontrola, Sud EZ, Evropski parlament, tužba za poništaj, prigovor nezakonitosti, evropski izbori.*

1. Uvod

Vladavina prava u svakoj zajednici predstavlja univerzalnu vrednost bez koje nema mira, bezbednosti i pravde. U pravnim državama pravo je instrument ostvarivanja pravde i osnovnih društvenih vrednosti, a ideja vladavine prava je elemenat evropske tradicije, zajedno sa slobodom, demokratijom i ljudskim pravima i nalazi se u temeljima evropskih integracija. Zbog toga je jedna konstanta razvoja Evropske zajednice stalno nastojanje da se unapredi vladavina prava u njenim okvirima.

Ustavnost i zakonitost su suština pravne države i vladavine prava, zbog toga što državna vlast treba da bude podređena pravu. Ona se može kretati samo u okviru onoga što je dozvoljeno objektivnim pravom.[1] U svakom pravnom sistemu najvažniju ulogu u ostvarivanju vladavine prava imaju sudovi, naročito kroz postupak kontrole legalnosti akata subjekata datog pravnog sistema. To je svakako slučaj i sa pravnim sistemom Evropske unije. U slučaju „Stranka zelenih" protiv Parlamenta Sud EZ je naglasio da je EZ zajednica zasnovana na vladavini prava i da nijedna država članica niti institucija ne može izbeći sudsku kontrolu svojih akata.[2] Ugovor o EZ je uspostavio kompletan sistem pravnih lekova i postupaka namenjenih da se sudovima Zajednice omogući ispitivanje legalnosti akata usvojenih od strane institucija EZ.[3] Prvostepeni sud je u slučaju *Reynolds, Tobacco and Others* protiv Komisije rekao da je pristup pravdi jedan od konstitutivnih elemenata Zajednice, zasnovan na vladavini prava i garantovan u pravnom poretku zasnovanom na Ugovoru o EZ, tako što je ovim Ugovorom ustanovljen kompletan sistem pravnih lekova i postupaka stvorenih da omoguće Sudu EZ da kontroliše legalnost akata institucija.[4]

Cilj ovog rada jeste da prikaže pravne instrumente kojima se ostvaruje vladavina prava u Evropskoj zajednici, kao i stalna nastojanja da se ovi instrumenti unaprede i usavrše, jer praksa pokazuje da postoje izvesne slabosti u mehanizmu ostvarivanja vladavine prava u Zajednici. Ovde korišćeni termini ukazuju na neke nedostatke. Govorimo o vladavini prava u Evropskoj zajednici i o pravnom sistemu Evropske unije. Zašto ne govorimo o vladavini prava u Evropskoj uniji? Razlog za to je taj što dok pišemo ovaj rad, a pisanje je završeno nekoliko dana pre održavanja drugog referenduma u Irskoj o Lisabonskom ugovoru, još postoji Evropska za-

[1] M. Mikeš, Pravosuđe i vladavina prava, Banja Luka, 1998, str. 77.

[2] Case 294/83 Parti Ecologiste Les Verts v. European Parliament (1986) ECR 1339 25.

[3] Case C-50/00, Unión de Pequeños Agricultores v Council, 2002, ECR I-6677, para. 38.

[4] Case T-379/00 Reynolds, Tobacco and Others v Commission, presuda 15 januar 2003, paras 74-77, 107, para. 121.

jednica, dok Evropsku uniju čini Evropska zajednica te spoljna i odbrambena politika kao i saradnja u oblasti krivičnog pravosuđa i bezbednosti. Akti preduzeti u oblasti spoljne politike i odbrane ne potpadaju pod sudsku kontrolu. Otuda je koncept vladavine prava u toj oblasti na staklenim nogama. Akti iz saradnje u oblasti krivičnog pravosuđa i bezbednosti mogu da dođu pod sudsku kontrolu u odnosu na države članice koje to prihvate. Dakle i ovde nije obezbeđena potpuna vladavina prava. Jedino svi akti koje preduzima Evropska zajednica potpadaju pod sudsku kontrolu. I ovde, međutim, postoji problem u pogledu uslova pod kojim fizička lica i kompanije mogu da osporavaju neke od ovih akata.

2. Pregled postojećeg stanja

Institucije Zajednice, a naročito Komisija i Savet, su Ugovorom o EZ dobili ovlašćenja da donose akte koji obavezuju države članice i pojedince. Ona su značajno proširena naknadnim izmenama ovog ugovora: Jedinstvenim evropskim aktom, Ugovorom iz Mastrihta, Ugovorom iz Amsterdama itd. Ova sekundarna legislacija stvara prava i obaveze za države i pojedince, pa između ostalog može nametnuti značajne kazne u određenim oblastima.[5] Stoga je neophodno da korišćenje takvih nadležnosti bude podvrgnuto kontroli Suda EZ i Suda prve instance, čija je uloga da kontrolišu poštovanje prava.[6]

Neophodno je obezbediti da su propisi koje donose institucije validni, odnosno da konkretna institucija ima ovlašćenje da donese određeni akt i da je akt donet u propisanom postupku. Ovo predstavlja kontrolu aktivnosti određenog organa, koja je obezbeđena članom 230, putem tužbe za poništaj akata Zajednice, članom 234, putem indirektne tužbe za poništaj akta i članom 241 Ugovora o EZ, koji predviđa prigovor nezakonitosti na nivou Zajednice.

Na početku, Sud EZ je imao nadležnost da razmatra tužbe koje iniciraju sudsku kontrolu. Međutim, on se ubrzo suočio sa stalnim porastom broja predmeta, kao i sa sve složenijom činjeničnom osnovom sporova, naročito u oblasti dampinga, konkurencije i državnih subvencija. Sudu EZ je, 1988. godine, pridružen Prvostepeni sud, kako bi se rasteretio velikog broja slučajeva koji su zahtevali dugotrajno utvrđivanje činjeničnog stanja. Ovim je uvedena i dvostepenost odlučivanja čime je poboljšana sudska zaštita na niovu EZ i kasnije Evropske unije. Prvostepeni sud da-

[5] Na primer, ovo je uradila Komisija uredbom 17/62 u oblasti prava konkurencije.
[6] Član 220 Ugovora o EZ.

nas odlučuje u prvom stepenu o svim tužbama ako nisu posebno izuzete Statutom Suda EZ, dok o pitanjima službenika EZ odlučuje Sud za službenike. Protiv presuda Prvostepenog suda može se podneti žalba Sudu EZ iz razloga koji se odnose na povredu materijalnog ili procesnog prava,[7] ali ne i zbog pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja.

Da bi se izbegao preveliki broj žalbenih postupaka, postoje ograničenja na žalbe Sudu EZ, koja su navedena u slučaju *John Deere Limited* protiv Komisije.[8] Naime, Sud EZ se u ovom slučaju pozvao na član 225 Ugovora o EZ i član 51 Statuta Suda EZ, u kojima se kaže da žalba mora biti ograničena na pravna pitanja i da mora biti zasnovana na nedostatku nadležnosti Prvostepenog suda, kršenju pravila postupka pred ovim sudom, koje negativno utiče na interese žalioca, ili na nepravilnoj primeni prava Zajednice.[9]

Sud EZ donosi odluke o tumačenju osnivačkih ugovora i propisa Zajednice, na osnovu zahteva sudova država članica. Ovakve odluke ponekad imaju ustavni aspekt, kao na primer u slučajevima kada Sud odlučuje o direktnom dejstvu i supremaciji prava EZ. Takođe, Sud ispituje zakonitost akata koje donose institucije Evropske unije i države članice, kada deluju u oblasti prava EU. Sud EZ nije specijalizovani ustavni sud, a EU do danas nema pisani ustav. Ugovor kojim se ustanovljava Ustav za Evropu nije prošao ratifikaciju u svim državama članicama, a sada ostaje da se vidi sudbina Lisabonskog ugovora. Međutim, Sud EZ je u nekim svojim presudama opisivao Ugovor o EZ kao „ustavnu povelju" Zajednice,[10] a neki aspekti njegove nadležnosti nad institucijama Zajednice i državama članicama su ustavnog karaktera.

2.1. Tužba za poništaj akata

Tužbu za poništaj akata Zajednice mogu da podnesu institucije Zajednice, države članice i fizička i pravna lica kako bi se zaštitili protiv nezakonitih obavezujućih akata neke od institucija, pod uslovom da se ispune posebni uslovi dopuštenosti.[11] Fizička i pravna lica su „neprivilegovani tužioci" i moraju da dokažu da je akt koji osporavaju od neposrednog i ličnog interesa za njih.

---

[7] Član 225 stav 1 Ugovora o EZ.

[8] Case C-7/95P *John Deere Limited v Commission* (1998) ECR I-3111.

[9] Član 58, stav 1 Statuta Suda EZ.

[10] Case 294/83 Parti Ecologiste Les Verts v. European Parliament (1986) ECR 1339.

[11] Vidi: M. Stanivuković, Pojedinac pred Sudom evropskih zajednica, Beograd, 2007, str. 60-77.

U drugom stavu člana 230 Ugovora o osnivanju EZ, navedeni su osnovi pod kojima se može tražiti poništaj nekog akta Zajednice: nenadležnost institucije koja je donela akt, povreda pravila postupka prilikom donošenja akta, povreda Ugovora o osnivanju EZ ili druge pravne norme koja se odnosi na njegovu primenu i zloupotreba ovlašćenja. Treći osnov je veoma širok i može u sebi da sadrži ostala tri osnova. Pozivanjem na njega, Sud može poništiti mere koje nisu u saglasnosti sa opštim pravnim principima, kao što su pravna sigurnost, nediskriminacija, ili proporcionalnost. Svako dokazano kršenje prava Zajednice, osim onih zaista beznačajnih, može poslužiti kao dokaz nelegalnosti nekog akta i može dovesti do njegovog ukidanja. Ovo je posledica činjenice da se veoma široki osnovi mogu podvesti pod ovaj termin, tako da oni obuhvataju skoro sve zamislive slučajeve nezakonitosti akata.

Predmet tužbe za poništaj mogu biti samo akti neke institucije Zajednice i to ukoliko imaju obavezujući karakter, odnosno proizvode pravna dejstva. Iz ovoga sledi da se u ovom postupku mogu osporavati uredbe, direktive i odluke dok preporuke i mišljenja nisu podobni za sudsku kontrolu. U slučaju *Kadi* Prvostepeni sud je rekao da nije imao nadležnost da kontroliše zakonitost rezolucija, niti na osnovu međunarodnog prava, niti na osnovu prava Zajednice.[12] Prvostepeni sud je tvrdio da kada bi osporio konkretnu uredbu EZ na osnovu toga što taj akt krši osnovna ljudska prava tužioca, koja su zaštićena u pravnom poretku Zajednice, takvo poništavanje bi indirektno značilo da i date rezolucije Saveta bezbednosti same krše ta ljudska prava. Na ovaj način, tužilac traži od Suda da dosudi da konkretna odredba međunarodnog prava krši osnovna prava pojedinaca, koja štiti poredak Zajednice. Međutim, postupajući na ovaj način Prvostepeni sud u slučaju *Kadi* nije poštovao staru praksu prema kojoj sudovi Zajednice imaju nadležnost da kontrolišu svaki akt suprotan osnivačkim ugovorima.

Međutim, Sud EZ je u žalbenom postupku u ovom slučaju odlučio da su tužbe za poništaj protiv osporavane uredbe podobni za raspravljanje i donošenje odluke.[13] Sud EZ je potvrdio da je Zajednica zasnovana na vladavini prava i da države članice i njihove institucije ne mogu da izbegnu kontrolu da li su njihovi akti u skladu sa osnovnim ustavnim tekstom – Ugovorom o EZ.

[12] Case T-315/01 Kadi v Council and Commission, 2005, ECR, II-3549.
[13] Case C-402/05 P Kadi v Council and Commission, presuda 3. septembar 2008.

2.2. Predlozi za odlučivanje o prethodnim pitanjima

Restriktivan pristup Suda pravde povodom pitanja mogućnosti privatnih subjekata da pokrenu postupak na osnovu člana 230 Ugovora, je na neki način ublažen mogućnošću da takvi subjekti na indirektan način osporavaju neki akt Zajednice (ne samo odluke) i to na nacionalnom nivou tužbom protiv državnih vlasti koje su primenile konkretan akt. Sam Sud je u nekoliko slučajeva ukazao na ovaj alternativni put. Na primer, u slučaju *Union Deutsche Lebensmittelwerke* protiv Komisije Sud je rekao da „uz tužbu kojom se osporava nacionalna mera kojom se primenjuje neka odluka Zajednice, tužilac može da osporava legalnost te odluke i da zahteva od domaćeg suda da presudi po osnovu svih navoda u tužbi, ukoliko je to neophodno, nakon obraćanja Sudu pravde za donošenje presude o važenju konkretne odluke u pitanju. Činjenica da je domaći sud ovlašćen da utvrdi koja pitanja će podneti Sudu je posledica sistema ustanovljenog Ugovorom i stoga ne predstavlja argument koji bi mogao da opravda široku interpretaciju uslova dopuštenosti, navedenih u drugom stavu člana 173 Ugovora o osnivanju Evropske ekonomske zajednice.“[14]

Član 234 Ugovora o EZ razrađuje sistem sporednog ispitivanja valjanosti nekog akta Zajednice, koji deluje nezavisno od postupka predviđenog članom 230(4). Na osnovu ovog mehanizma, pojedinci imaju pravo da ispituju valjanost akata Zajednice, u sporovima koji se vode na domaćem nivou. Ukoliko se u domaćem pravnom sporu pojavi pitanje valjanosti nekog akta Zajednice, sudovi država članica mogu, a u nekim slučajevima i moraju da upute pitanja Sudu pravde, u pogledu valjanosti odgovarajućeg akta, bez obzira na protek vremena, određenog u članu 230. Ovo zapravo znači da se uredbe i direktive mogu osporavati mnogo godina nakon njihovog objavljivanja. Takođe, tužioci ne moraju da ispune uslove za pokretanje postupka, navedene u članu 230(4), kako bi ispitivali valjanost akta. Ovo pitanje i drugi principi u vezi sa procesnim pravom i sankcijama, uređeni su nacionalnim pravom, u skladu sa principima efektivnosti i nediskriminacije.

Sud EZ je favorizovao ovo ispitivanje valjanosti akata. Razvoj postupaka po prethodnim pitanjima i njihovo korišćenje pred nacionalnim sudovima dovelo je do uspostavljanja saradnje između nacionalnih sudova i Suda EZ.[15] Pojedinci mogu da osporavaju sve akte Zajednice koji imaju pravna dejstva, iako član 241 (nekada 184), jedina odredba u Ugovoru iz Rima, koja se izričito odnosi na akte podložne reviziji, ograničava

[14] Case 97/85 Union Deutsche Lebensmittelwerke v Commission (1987) ECR 2265.

[15] C. Timmermans, The European Union’s Judicial System, Common Market Law Review 41, 2004, str. 399.

sudsku reviziju na uredbe. Pored njih, i direktive i odluke mogu biti ispitivane. Takođe, osnovi iz člana 230 su prošireni i na ispitivanje valjanosti, kojima su dodati neki opšti pravni principi, osnovna prava, na koja se subjekti mogu pozivati u oba postupka.

Ugovor o EZ ne navodi koji su osnovi za poništaj u slučaju indirektne tužbe. Oni su isti kao kod podnošenja direktne tužbe za poništaj akta, kojima je sudska praksa dodala principe proporcionalnosti, legitimnih očekivanja, pravne sigurnosti, jednakosti i jedan skup osnovnih ljudskih prava, do nivoa principa koje moraju poštovati i institucije Zajednice i nacionalne vlade, kada primenjuju komunitarno pravo. Ljudska prava su se kasnije dodata kako bi se uključio princip demokratičnosti, kao jedno osnovno pravilo na kojem je Zajednica zasnovana.[16] Takođe, trebalo bi obratiti pažnju na dužnost da se obezbede razlozi, na osnovu člana 253 i obavezu institucija Zajednice da poštuju proceduralne zahteve, čije kršenje takođe predstavlja osnov za sudsku reviziju. Postoji obaveza zakonodavaca u okviru Zajednice da postupaju u skladu sa pravilima koja su navedena u Ugovoru o EZ i sa uredbama i direktivama EZ. Sudstvo Zajednice mora da tumači akte EZ kojima se implementiraju međunarodni ugovori, koje zaključuje Zajednica. Kršenje principa međunarodnog javnog prava jeste osnov za osporavanje valjanosti akata Zajednice.[17] Ovim su standardi revizije znatno prošireni u odnosu na originalnu intenciju sastavljača Rimskog ugovora.

Kada neki akt Zajednice zahteva primenu putem neke nacionalne mere (što je posebno slučaj u oblasti poljoprivrede), a pod uslovom da pojedinac ili preduzeće mogu da ustanove osnov za tužbu, moguće je da se pokrene postupak pred nacionalnim sudom, kako bi se dokazalo da je taj akt Zajednice, na kojem se zasniva nacionalna mera, ništav. Ovo se može tražiti na osnovu člana 234(1)(b) Ugovora o EZ.

U slučajevima u kojima je takvo indirektno ispitivanje moguće, tužilac izbegava komplikovano pitanje dokazivanja neposrednog i pojedinačnog interesa i vremenski period od dva meseca, koji je predviđen u članu 230 Ugovora o EZ. Uz to, član 234(1)(b) ne navodi ograničenja po pitanju koje vrste akata Zajednice se mogu osporavati. On ne ograničava ovo ispitivanje samo na odluke. Na ovaj način se obezbeđuje jedan značajan, dalji oblik zaštite pojedinaca predviđen Ugovorom. Naravno, sami nacio-

[16] Case T-135/96 UEAPME v Council, 1998, ECR II-2334, Case T-14/98 Heidi Hautala v Council, presuda 19. jula 1999.

[17] Case C-162/96 A. Racke GmbH & Co v Hauptzollamt Mainz, 1998, ECR I-3655, Case C-1/96 R v Minister of agriculture, Fisheries and Food ex p. Compassion in World Farming, 1988, ECR I-1251.

nalni sudovi nemaju nadležnost da proglase nevažećim neki akt koji donese jedna od institucija Zajednice.[18]

Iz ovoga se može zaključiti da ukoliko nije jasno da stranka ima *locus standi*, na osnovu člana 230 Ugovora o EZ, Sud će dozvoliti tužbu na osnovu člana 234, a naročito ako ta stranka o konkretnim merama nije bila obaveštena na vreme, kako bi mogla da ih osporava na osnovu člana 230. Najsigurnije je da se pokrene postupak po direktnoj tužbi u svakom slučaju.

Na osnovu odluke Suda u slučaju Međunarodne hemijske korporacije,[19] posledica uspešne indirektne tužbe je da, iako presuda Suda obavezuje samo nacionalni sud koji mu je uputio slučaj, ona predstavlja dovoljan razlog da bilo koji drugi nacionalni sud posmatra taj konkretan akt kao ništav, iako ti sudovi mogu tražiti ponovno odlučivanje.

Posledice odluke da je neki akt Zajednice nezakonit, koja je doneta u postupku odlučivanja po prethodnom pitanju, nisu navedene u članu 234 Ugovora o EZ. U praksi, akt se smatra nezakonitim pred svim nacionalnim sudovima država članica. Međutim, tužba za utvrđivanje valjanosti akta retko za rezultat ima proglašavanje osporavanog akta Zajednice ništavim. To znači da je u veoma malo slučajeva rezultat upućivanja na osnovu člana 234 donošenje odluke da je neki od principa zapravo prekršen. Oni u kojima se to utvrdi se uglavnom odnose na odluke manjeg značaja. Ovo se desilo u jednom slučaju koji se odnosio na nezakonito dodeljivanje kvota od strane Saveta, za uvoz banana u Zajednicu.[20] Ovo sve ukazuje da je povoljan rezultat za one koji osporavaju valjanost pravila Zajednice, putem člana 234, zapravo izuzetak, a ne pravilo.

2.3. Prigovor nezakonitosti

Prigovor nezakonitosti, odnosno neprimenljivosti određene uredbe podnosi se na osnovu člana 241 Ugovora o EZ. Ovo pravno sredstvo stranke mogu koristiti za posredno osporavanje zakonitosti akata Zajednice. Naime, vremenski rok od dva meseca za poništaj akta Zajednice, koji je naveden u članu 230 Ugovora o EZ se opravdava principom pravne sigurnosti. Takođe, ograničenja nametnuta pojedincima u pogledu prava na podnošenje tužbe Sudu (član 230, stav 4) sprečavaju teškoće u pogledu

[18] Case 66/80 International Chemical Corporation v Amministrazionedelle Finanze dello Stato, 1981, ECR 1191.

[19] Case 66/80 International Chemical Corporation v. Amministrazione delle finanze dello Stato.

[20] Joined Cases C-364/95 and 365/95 T Port GmbH and Co v Hauptzollamt Hamburg-Jonas, 1998, ECR I-1023.

primene politike Zajednice. Međutim, ovo ne znači da jedan nezakoniti akt, koji je postao konačan protekom vremena za njegovo osporavanje, može činiti osnovu za dalje nelegalne akte. Član 241 Ugovora o EZ se primenjuje na situaciju kada jedna uredba, kao opšti akt, koja se ne može osporavati direktnom tužbom zbog proteka vremena, predstavlja pravni osnov za donošenje odluke koja je od neposrednog i ličnog interesa za tužioca.[21] Ovakvu odluku može da osporava osoba koja je njome pogođena, ukoliko Sud utvrdi da je data uredba na osnovu koje je odluka zasnovana nezakonita po jednom ili više osnova navedenih u članu 230 Ugovora o EZ. Kada se utvrdi da je uredba neprimenljiva, odluka postaje ništava, jer nema pravni osnov. Dejstvo tadašnjeg člana 184 je Sud EZ objasnio u slučaju Stranka zelenih. On je rekao da su fizička i pravna lica zaštićena od primene na njih opštih mera koje oni ne mogu da osporavaju direktno pred Sudom, zbog posebnih uslova dopuštenosti, koji su navedeni u drugom stavu tadašnjeg člana 173 Ugovora o EZ. U slučajevima gde su institucije Zajednice odgovorne za administrativnu primenu takvih mera, fizička i pravna lica mogu podneti direktnu tužbu Sudu, protiv nametnutih mera koje su im upućene ili koje su od neposrednog i pojedinačnog interesa za njih. Uz takvu tužbu oni mogu dokazivati nezakonitost date opšte mere na kojoj su one zasnovane.[22]

Ovim prigovorom se, prema tekstu ugovora, može osporavati samo uredba. Međutim, u slučaju Simental protiv Komisije, Sud je zauzeo stav da se i drugi akti mogu osporavati u ovoj vrsti postupka. Naime, jedan italijanski uvoznik mesa je direktno osporavao odluku Komisije (na osnovu tadašnjeg člana 173), na osnovu toga što su, u skladu sa tadašnjim članom 184 (sada član 241), nekoliko uredbi i obaveštenja na kojima je odluka bila zasnovana bile ništave. Same uredbe i obaveštenja se nisu mogli osporavati zbog nedostatka *locus standi* i vremenskih ograničenja. Sud je odlučio da su ta obaveštenja opšti akti koji utvrđuju, unapred i objektivno, prava i obaveze trgovaca koji žele da učestvuju. Takođe, Sud je rekao da polje primene datog člana mora da uključi akte institucija, koji iako nisu u formi uredbi, ipak proizvode slične efekte i na tim osnovama ne mogu ih fizička i pravna lica ispitivati na osnovu člana 173, već to mogu samo institucije Zajednice i države članice. Ovako široko tumačenje člana 184 proizlazi iz potrebe da se osobama koje su sprečene da pokrenu direktan postupak povo-

[21] Član 241 (bivši član 184) Ugovora o osnivanju Evropske zajednice: „Bez obzira na istek roka predviđenog u članu 230. tačka 5, svaka stranka može, u sporu protiv uredbe usvojene zajednički od strane Evropskog parlamenta i Saveta ili uredbe Saveta, Komisije ili ECB, istaći prigovor njegove neprimenljivosti iz razloga koji su navedeni u tački 2 člana 230."

[22] Case 294/83 Les Verts v. European Parliament (1986) ECR 1339.

dom nekog opšteg akta, na osnovu člana 173, obezbedi mogućnost njihove sudske kontrole, u vreme kada su pogođeni primenom odluka koje su od neposrednog i pojedinačnog interesa za njih.[23]

Prigovorom se može osporavati zakonitost nekog akta iz istih razloga kao i tužbom. Kada prigovor bude uspešan, konkretna uredba ili neki drugi akt će biti proglašeni neprimenljivim. Oni će biti uklonjeni iz pravnog sistema Zajednice, sa dejstvom da uklanjaju pravni osnov bilo koje odluke usvojene na osnovu takvog akta. Iako se čini da ovaj zahtev za utvrđivanje nezakonitosti iz člana 241 predstavlja korisnu dopunu neprivilegovanim tužiocima po osnovu člana 230, on se retko koristio pred Sudom EZ. U slučajevima Degendorf protiv Komisije Prvostepeni sud je takođe ograničio pristup članu 241. Ovaj pokušaj je usledio nakon odbijanja Suda EZ da dozvoli nemačkoj firmi da pokrene postupak za indirektno osporavanje, na osnovu člana 234, povodom odluke Komisije o državnoj pomoći, kada je bila dostupna direktna tužba na osnovu člana 230.[24]

2.4. Sudska kontrola evropskih izbora

Sudska kontrola izbora za Evropski parlament je izdvojena zbog nekih specifičnosti koje ova kontrola poseduje. Naime, u ovoj oblasti postoji podela nadležnosti između Suda EZ i Evropskog suda za ljudska prava. Organizacija i sprovođenje ovih izbora spadaju delom u nadležnost institucija EZ, a delom u nadležnost država članica. Njihova sudska kontrola na evropskom i nacionalnom nivou ima važnu ustavnu funkciju u obezbeđivanju vladavine prava, tj. da osigura da se izbori obave u skladu sa odgovarajućim demokratskim standardima i da se na pravi način utvrdi volja birača.

Ugovor o EZ daje ovlašćenje Sudu EZ da ispituje usaglašenost akata Zajednice sa njim. U obavljanju ove nadležnosti, Sud može da odlučuje o tome da li je akt u nadležnosti Zajednice ili država članica. Ovo je neophodno jer Evropska unija predstavlja sistem podeljene nadležnosti, sa zakonodavnim i izvršnim ovlašćenjima podeljenim između EU i država članica. Priroda ovog sistema nameće potrebu određivanja granica nadležnosti EU i država članica, što opet predstavlja neku vrstu ustavne nadležnosti Suda, sličnu onoj u federalnim sistemima.

Takođe, postoji i podela vlasti između političkih institucija Evropske unije i to između Evropskog parlamenta, Saveta i Komisije. Ovakva struktura zahteva od Suda da odlučuje o nadležnostima ovih pojedinih institucija, što opet predstavlja vrstu ustavnog odlučivanja.

---

[23] Case 92/78 Simmenthal v. Commission (1979) ECR 777.

[24] Cases T-244/93 and 486/93 TWD Deggendorf v *Commission* (1995) ECR II-2265.

Nadležnost Suda u odnosu na države članice ima neke elemente ustavnog karaktera. Kada neka pitanja spadaju u nadležnost EU ona su u nadležnosti Suda, a kada spadaju u nadležnost država članica, ona su, uopšteno gledano, van nadležnosti Suda. Međutim, sam Sud povlači liniju koja deli nadležnost EU i država članica. Često su pitanja delimično regulisana pravom EU, a delom nacionalnim pravom država članica. Ovo je slučaj i kod izbornog prava. Naime, dok su izbori za nacionalne parlamente i lokalni izbori velikim delom regulisani nacionalnim pravom, neki aspekti lokalnih izbora su regulisani i pravom EU. Na primer, svaki građanin EU, koji ima prebivalište u nekoj državi članici čiji nije državljanin, ima, na osnovu člana 19(1) Ugovora o EZ, aktivno i pasivno biračko pravo na opštinskim izborima u državi članici gde ima prebivalište, pod istim uslovima kao i državljani te zemlje.[25] Tumačenje ove odredbe je u nadležnosti Suda EZ.

Podela nadležnosti između EZ i država članica prisutna je u evropskom izbornom pravu i to naročito u oblasti prava koje reguliše izbore za Evropski parlament. Prvobitni Ugovor o osnivanju Evropske ekonomske zajednice predviđao je da se Evropski parlament sastoji od delegata koje odrede nacionalni parlamenti među svojim članovima, u skladu sa procedurom predviđenom u svakoj državi članici.[26] Ovaj Ugovor je predviđao i da Evropski parlament u budućnosti bude direktno biran i da on prikupi predloge za direktan izbor u skladu sa jednoobraznom procedurom u svim državama članicama. Savet bi tada jednoglasno doneo odgovarajuće odredbe, koje bi preporučio državama članicama na usvajanje, u skladu sa njihovim ustavnim propisima. Iako nije postignut sporazum o jednoobraznom postupku, direktni izbori su uvedeni odlukom Saveta 1976. godine, kojoj je dodat i akt od 20. septembra te iste godine, o direktnim izborima. Priroda ovog akta nije bila sasvim jasna ni iz klasifikacije Ugovora o aktima Zajednice. On je predstavljao nekakav mešoviti akt, jer iako je bio dodatak jednoj odluci Saveta, on je nosio uticaj predstavnika država članica.

Na osnovu ovog akta, izbori su prvi put održani 1979. godine i od tada se održavaju svakih pet godina. Njih i danas organizuju države članice i to uglavnom u skladu sa nacionalnim pravilima. Do sada nije došlo do unifikacije izbornih postupaka putem evropskog prava.

Odluka Saveta od 25. juna i 23. septembra 2002. godine prihvatila je određene opšte principe, koje je Savet preporučivao državama članicama za usvajanje, a u vezi sa primenom člana 190 (4) Ugovora o EZ. Odluka

[25] Ugovor o EZ, član 19(1).
[26] Ugovor o osnivanju EEZ.

je sadržavala: proporcionalan sistem glasanja sa određenom slobodom da države članice mogu dozvoliti glasanje za preferencijalne liste, seriju nekompatibilnosti sa drugim institucijama i telima EU i nacionalnim parlamentima, ograničenja u pogledu rasporeda održavanja izbora, udovoljavajući tradiciji povodom dana u nedelji kada se održavaju izbori i objavljivanje rezultata izbora.[27]

Pored ove odluke, doneto je malo akata koji uređuju izbore za Evropski parlament. Građani neke države EU imaju pravo da učestvuju na izborima u državi u kojoj imaju prebivalište, bez obzira na to čije državljanstvo imaju. Takođe, na osnovu jedne direktive Saveta takav građanin ima pravo da učestvuje na izborima pod istim uslovima kao i državljani te konkretne države.[28]

3. Razvoj sudske kontrole tumačenjem Suda EZ

U postupcima sudske kontrole akata Zajednice uočene su određene slabosti, od kojih su najznačajnije dopuštenost tužbe za neprivilegovane tužioce i kontrola akata Evropskog parlamenta.

3.1. Kontrola po tužbi pojedinaca

Ugovor o osnivanju EZ dozvoljava privatnim subjektima samo da osporavaju akte koji predstavljaju, po svojoj suštini, ako ne po formi, odluke koje su ili upućene njima ili su direktno vezane za njih. Ugovor ne daje ovim tužiocima izričito pravo da osporavaju uredbe ili direktive. Sud EZ je u svojoj praksi, međutim, potvrdio da i drugi akti mogu biti predmet ovog postupka ukoliko imaju obaveznu snagu. U ranijoj praksi, kada se osporavana mera obeleži kao uredba, tužilac je morao prvo da dokaže da je ona po svojoj prirodi i suštini odluka. Danas se smatra da i uredbe i direktive mogu da budu ispitivane na osnovu člana 230 (4) i da se ne mora dokazivati da neki konkretan akt predstavlja odluku. U slučajevima *CAM* i *Sofrimport* Sud je pri odlučivanju o dopuštenosti ispitivao da li je konkretna uredba bila od neposrednog i ličnog interesa za tužioca i nije razmatrao pitanje da li je ona po svom karakteru bila odluka. Ovo ukazuje na to da tužioci nisu morali da dokazuju da je u pitanju odluka, kako bi imali pravo na podnošenje tužbe, na osnovu člana 230(4).

[27] Council Decision No 2002/772/EC, Euratom, O.J. L 283/1 (2002).
[28] Council Directive No. 93/109, O.J. L 329/34 (1993).

Međutim, u slučaju *Wagner GmbH and Schuter and MaackGmbH* protiv Komisije, došlo je do obrnutog pristupa. Sud je, odbijajući da tužiocima prizna *locus standi*, primarno ispitivao da li je data uredba zapravo odluka i nije detaljno ulazio u pitanje njene primene na objektivno utvrđene situacije, što bi proizvelo pravna dejstva u odnosu na grupe, definisane na jedan opšti i apstraktan način.[29]

U članu 230, stav 4 direktive se ne pominju izričito i to izaziva određene nedoumice u pogledu mogućnosti da pojedinci pred Sudom prve instance osporavaju zakonitost ovih akata. U većini ovakvih slučajeva koji se tiču direktiva, teško je dokazati lični interes zbog toga što ovi akti navode samo opšte standarde, koji obavezuju države članice da uvedu odgovarajuće unutrašnje mere. Takođe, javili bi se identični problemi kod dokazivanja neposrednog interesa, kao i u slučaju uredbi. Na osnovu člana 249 Ugovora o EZ, države članice poseduju diskreciona ovlašćenja u pogledu izbora oblika i načina za implementaciju direktiva. Zbog ovoga, teško je poverovati da privatni tužioci mogu da dokažu da direktiva predstavlja kompletan set pravila koja su sama po sebi dovoljna i ne zahtevaju dodatnu implementaciju.[30] Opšti pravobranilac Tezauro je u slučaju *Assurances du credit* protiv Saveta i Komisije potvrdio da su direktive mere koje ne mogu da budu ubedljivo osporavane na osnovu stava 4 tadašnjeg člana 173.[31] Međutim, prepreke za osporavanje direktive ipak nisu nepremostive i pojedinci na to imaju pravo ukoliko ih direktive neposredno i pojedinačno pogađaju.[32]

3.2. Kontrola akata Evropskog parlamenta

Pre izmena nastalih Ugovorom iz Mastrihta, član 230 nije sadržavao odrednicu vezano za Evropski parlament, tako da se nakon donošenja ovog ugovora pojavilo pitanje da li Parlament može da bude stranka u postupku. Sud je dozvoljavao da Parlament ima korist od odredaba koje se odnose na sve institucije. Zbog toga što nisu izmenjene odredbe ugovora, ovo pitanje je morao da reši Sud.

U slučaju „Stranka Zelenih" protiv Evropskog parlamenta,[33] tužilac, politička stranka, tražila je poništaj dve mere usvojene od strane Parlamenta o nadoknadi troškova koje su imale stranke koje su učestvovale na

[29] Case 162/78 Wagner GmbH and Schuter and MaackGmbH v Commission, 1979, ECR 3467.

[30] Les Verts v Parliament, ibid.

[31] Case C-63/89 Assurances du credit v Council and Commission, 1991, ECR 1799.

[32] N. Misita, Osnovi prava Evropske unije, Sarajevo, 2007, str. 789.

[33] Case 294/83 Les Verts v. European Parliament, ibid.

izborima 1984. godine. Parlament nije osporavao dopuštenost tužbe, prihvatajući da Sud može, kao zaštitnik prava, ispitivati zakonitost i onih mera koje nisu doneli Savet i Komisija. Sud se složio sa stranama u sporu da je tužba dopuštena, jer iako član 230 Ugovora o EZ spominje samo akte Saveta i Komisije, cilj Ugovora je bio da se omogući direktna tužba protiv bilo koje mere koja ima pravno dejstvo. Razlog zbog kojeg Evropski parlament nije izričito naveden u članu 173 je taj što mu u originalnom tekstu Ugovor nije davao nikakva ovlašćenja da donosi mere koje imaju pravno dejstvo prema trećim stranama. Ovo govori u prilog ekstenzivnog tumačenja pravnih akata EZ.

Parlament je dobio status privilegovanog tužioca tek nakon odluke u predmetu Černobil,[34] iz 1990. godine, koja je dovela i do izmene u Ugovoru o EZ. Parlament je tražio, na osnovu člana 146 Ugovora o osnivanju Evropske agencije za atomsku energiju („Euroatom") i tada još uvek člana 173 Ugovora o EZ, poništaj uredbe Saveta koja je usvojena na osnovu Ugovora o „Euroatomu", nakon nesreće u nuklearnoj elektrani Černobilu 1986. godine. Među ovlašćenjima Parlamenta nalazi se i pravo da učestvuje u potpunosti, u skladu sa Ugovorom, u zakonodavnom postupku koji vodi ka usvajanju akta Zajednice. Pošto je u ovom konkretnom slučaju Parlament tvrdio da mu to nije omogućeno, njegova ovlašćenja su bila u pitanju i tužba je, stoga, proglašena dopuštenom. Ovo je veoma značajno kao jedna ilustracija ekstenzivnog tumačenja sudske kontrole akata EZ.

U Mastrihtu, države članice su izmenile tekst tadašnjeg člana 173 kako bi dale dejstvo odlukama Suda u slučajevima „Stranka zelenih" i „Černobil". Izmene izvršene Ugovorom iz Nice su priključile Parlament državama članicama, Savetu i Komisiji. Ipak, ove odluke Suda su posmatrane u stručnoj javnosti sa određenom dozom kritike. Posledica presude u slučaju „Stranka zelenih" je u tome što je Sud pravde Evropskih zajednica, na sopstvenu inicijativu izmenio smisao člana 173 tako što je uveo odrednicu Evropski parlament. Države članice nisu napravile ove izmene u vreme kada su menjale druge odredbe Ugovora, kako bi Parlamentu dali šira ovlašćenja, a samo one mogu da menjaju Ugovor. Ovo menjanje drugih odredaba u vezi sa Parlamentom se odnosi na donošenje Jedinstvenog evropskog akta, koji je uveo postupak saradnje, dajući Parlamentu šira ovlašćenja u postupku donošenja odluka u Zajednici. Nije poznato zbog čega nije došlo do izmene tadašnjeg člana 173. Možda su države članice želele da pitanje parnične legitimacije Parlamenta ostave Sudu da ga on reši. Takođe, one su u Mastrihtu odluku Suda unele u tekst Ugovo-

[34] Case C-70/88 Parliament v. Council (1990) ECR I-2041.

ra. Njen cilj je da obezbedi da nijedna institucija koja ima ovlašćenja da donosi akte koji utiču na prava drugih subjekata, ne može da izbegne sudsku kontrolu. Rezultat toga je da se obezbeđuje sudski pravni lek, kada Parlament prekorači granice svojih ovlašćenja.

4. Problemi i moguća rešenja

4.1. Promena propisa o dopuštenosti tužbe neprivilegovanih tužilaca

Sistem pravnih lekova je često kritikovan da je previše uzak posebno kada se radi o direktnoj pravnoj zaštiti pojedinaca od opštih pravnih akata. Sud EZ je međutim, istakao da bi omogućavanje pojedincima da koriste pravne lekove protiv opštih pravnih akata išlo van njegovih ovlašćenja. Umesto toga, odgovornost leži na državama članicama da menjaju svoje ustavne odredbe kako bi stvorile pravne lekove za pojedince.[35] U predlogu Ustava za Evropu bilo je predviđeno da pravna zaštita bude proširena i na regulatorne akte koji su od neposrednog interesa za tužioca i ne zahtevaju implementirajući akt. Ovo je mogao da bude jedan prihvatljiv kompromis između potrebe za adekvatnom sudskom zaštitom pojedinaca i preovlađujućim shvatanjem u državama članicama da opšti pravni akti ne bi trebalo da budu podvrgnuti direktnom sudskom ispitivanju od strane pojedinaca.[36]

Problem se javlja u slučaju kada neka uredba nije od neposrednog i pojedinačnog interesa za privatnog tužioca, a ne postoji mogućnost za indirektno osporavanje zakonitosti date uredbe. U slučaju Jégo-Quéré jedna ribarska kompanija je pokrenula postupak za poništaj Uredbe 1162/2001 od 14. juna 2001. godine.[37] Komisija je istakla prigovor da konkretna uredba nije od ličnog interesa za tužioca. Tužilac je tvrdio da bi ga odluka o nedopuštenosti tužbe za poništaj ostavila bez pravnog leka, pošto na nacionalnom nivou nije bio usvojen ni jedan akt na osnovu kojeg bi se mogao pokrenuti postupak. Prvostepeni sud je odlučio da u konkretnom slučaju ne postoji efikasan pravni lek u smislu članova 6 i 13 Evropske konvencije o ljudskim pravima i člana 47 Povelje o ljudskim pravima,[38] koji

[35] Ibid.

[36] Jürgen Schwarze, Judicial Review of European Administrative Procedure, Law and Contemporary Problems, Vol. 68, 2004-2005, str. 86.

[37] Case T-177/01 Jégo-Quéré & Cie SA v Commission of the European Communities, presuda 3. maj 2002.

[38] O pravu na efikasan pravni lek videti: M. Jovanović, D. Vujadinović, R. Etinski, Democracy and Human Rights in the European Union, Maribor/Belgrade, 2009, str. 353-360.

bi omogućio tužiocu da osporava zakonitost opštih akata Zajednice, koji ga neposredno pogađaju. Sud je dalje rekao da svako pravno i fizičko lice ima lični interes za neki opšti akt Zajednice koji ga neposredno pogađa, ukoliko konkretna mera utiče na njegovu pravnu poziciju, na način koji je konačan i neposredan, ograničavajući mu prava i nameću mu obaveze.[39] Međutim, Sud EZ je doneo odluku da je privatni tužilac mogao da traži od zakonodavca u svojoj zemlji da donese neku meru koja bi se mogla osporavati pred nacionalnim sudovima tako da je pojedinac mogao indirektno da ispituje konkretan akt. Takođe, prema mišljenju Suda EZ bilo je moguće da se traži da domaći organi donesu neki akt u vezi sa uredbom koji bi se mogao osporavati pred nacionalnim sudom i na taj način indirektno ispitivati uredbu. Na osnovu ovih argumenata Sud EZ je doneo odluku da je Prvostepeni sud doneo pogrešnu odluku.[40]

Prvostepeni sud je izašao izvan okvira dosadašnje prakse sudova Zajednice i pokušao je da liberalizuje pravo privatnih tužilaca na pokretanje postupaka za poništaj. U predlogu Ugovora iz Lisabona značajno se olakšava pojedincima da pokrenu postupak i ova vrsta tužbi postaje dostupnija. Naime, član 263 ovog Ugovora menja član 230 Ugovora o EZ i ukida uslov da akt koji se osporava mora da bude od ličnog interesa za privatnog tužioca.[41]

4.2. Kontrola legalnosti akata iz oblasti spoljne politike i odbrane

Na osnovu Ugovora o osnivanju Evropske unije, pojedinci nemaju pravo da osporavaju pravila doneta u okviru Zajedničke spoljne i bezbednosne politike i Saradnje u krivičnim i policijskim stvarima.[42] Član 35 ovog Ugovora međutim, obezbeđuje ispitivanje zakonitosti nekog akta iz oblasti saradnje u krivičnim stvarima, uz saglasnost konkretne države članice. U pitanju su okvirne odluke, odluke i akti kojima se implementiraju konvencije iz ove oblasti. Sud EZ može tumačiti konvencije, dok privatni subjekti ne mogu da osporavaju njihovu zakonitost. Ova mogućnost kontrole je ograničena time što je postupak po prethodnom pitanju opcioni, kao i time što Sud EZ nema nadležnost da razmatra valjanost ili obim svrsishodnosti

[39] Ibid. para. 51.

[40] Case C-263/02 P Commission of the European Communities v Jégo-Quéré & Cie SA, presuda 1. april 2004, para. 23.

[41] Consolidated versions of the Treaty on European Union and The Treaty on the Functioning of the European Union, Official Journal of the European Union, Volume 51, 2008/C 115/01.

[42] Case T-299/04 Abdelghani Selamni, presuda 18. novembarr 2005, para. 52-59

operacija koje obavljaju policijski ili drugi organi zakonske represije u državama članicama, niti da odlučuje u pitanjima koja se odnose na nadležnost država članica u pogledu održavanja javnog reda i osiguranja unutrašnje bezbednosti.[43] Takođe, Sud EZ je nadležan da se izjašnjava o zakonitosti okvirnih odluka i odluka u tužbama koje podnesu države članice ili Komisija, dok privatnim subjektima nije dato pravo na podnošenje tužbi.

Neki autori smatraju da odsustvo direktnog pristupa Sudu prve instance za ispitivanje zakonitosti, povodom mera u oblasti saradnje u krivičnim i policijskim stvarima, nije baš najbolje rešenje.[44] Sud EZ je, u slučaju Pupino, razmatrao zahtev nacionalnog suda za tumačenje jedne okvirne odluke usvojene u oblasti trećeg stuba, u okviru kojeg akti nemaju direktno dejstvo. Sud je doneo presudu koja ipak zagovara ovakvo dejstvo a to je uradio korišćenjem doktrine tumačenja u skladu sa komunitarnim aktom, što znači da postoji obaveza nacionalnog suda da predmetni akt tumači na način da maksimalno osigurava njegovo neposredno dejstvo. Njihovo dejstvo u nacionalnom pravu je objašnjeno na način da nacionalne sudije imaju obavezu da tumače pravo država članica u skladu sa merama Policijske i pravosudne saradnje u krivičnim stvarima.[45] Ovo može značajno da utiče na interese privatnih subjekata.

Pitanje uključivanja drugog i trećeg stuba u sistem Zajednica javilo se u nesupelom Ustavu za Evropu. Član I-6 ovog Ugovora, koji ustanovljava primat prava EU u odnosu na nacionalne pravne sisteme, primenjuje se na sve njegove odredbe. U oblasti saradnje u krivičnim stvarima, koji su obuhvaćeni trećim stubom, u članovima III-270 do III-277 i na drugim mestima u Ugovoru ne isključuje se primat prava EU. Ovo je i očekivano, jer je asimilacija Trećeg stuba u model Zajednice iz Prvog stuba bila činjena od Ugovora iz Amsterdama. Takođe, nije postojalo izričito ograničavanje primene principa supremacije u odredbama o Zajedničkoj spoljnoj i bezbednosnoj politici. Međutim, postoje i argumenti koji ukazuju na to da primat prava EU nije primenljiv u ovoj oblasti. Naime, postojalo je potpuno isključivanje nadležnosti Suda EZ iz ove oblasti. Ako bi se uvažio princip supremacije prava EU, sudovi u državama članicama bi se morali uzdržati od primene svakog nacionalnog propisa koji bi bio u suprotnosti sa odredbom iz oblasti Zajedničke spoljne i bezbednosne politike koja bi bila direktno primenljiva. Ovi sudovi tada ne bi mogli da traže smernice od Suda EZ i direktna primena ovih odredaba, u ovim

[43] Član 35 stav 3 Ugovora o EU.

[44] Angela Ward, Judicial Review and the Rights of Private Parties in EU Law, Oxford, 2007, str. 261.

[45] Case C-105/03 Pupino , presuda 16. jun 2005.

uslovima bi bila suprotna samom sistemu Ugovora jer bi ovakav pristup mogao dovesti do suprotnih tumačenja. Takođe, ne bi se moglo ispoštovati pravilo iz slučaja Foto Frost da samo Sud EZ ima nadležnost da proglasi nezakonitim neki akt institucije EU, jer bez mogućnosti da traže od Suda EZ odluku o valjanosti akata, od nacionalnih sudova se ne bi moglo očekivati da samo prihvate te akte.[46]

Član 275. Lisabonskog ugovora predviđa da Sud EU neće imati nadležnost u odnosu na odredbe koje uređuju zajedničku spoljnu i bezbednosnu politiku, niti u odnosu na akte usvojene na osnovu ovih odredaba. U stavu 2 je rečeno da će Sud ipak imati nadležnost da nadgleda poštovanje člana 40 Ugovora o EU i da odlučuje o postupcima pokrenutim u skladu sa uslovima navedenim u stavu 4 člana 263 Lisabonskog ugovora, kontrolišući legalnost odluka koje propisuju restriktivne mere protiv fizičkih i pravnih lica a usvaja ih Savet na osnovu Poglavlja 2 Naslova V Ugovora o EU.[47]

U obavljanju svojih nadležnosti u pogledu odredaba iz Poglavlja 4 i 5 Naslova V, Dela 3, koji se odnose na oblast slobode, bezbednosti i pravde, Sud EU neće imati nadležnost da kontroliše valjanost ili proporcionalnost operacija koje sprovode policije ili druge službe za sprovođenje zakona u državama članicama, ili vršenje dužnosti država članica u pogledu održavanja zakona i poretka i čuvanja unutrašnje bezbednosti.[48]

Moguće pristupanje Evropske unije Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima i posledice

Evropska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama otvorena je za potpisivanje i ratifikovanje državama članicama Saveta Evrope. Evropska unija nije članica ove međunarodne organizacije i nije ni potpisala Evropsku konvenciju. Ovo znači da EU ne može biti strana u postupku pred Evropskim sudom za ljudska prava. Ova sudska instanca bi svakako mogla da unapredi poštovanje vladavine prava u Evropskoj uniji, kada bi se pred njom mogle razmatrati tužbe protiv same EU. Protokol broj 14 uz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima i slobodama omogućava Evropskoj uniji da postane članica Evropske konvencije o ljudskim pravima.[49]

---

[46] Editorial Comments, The CFSP under the EU Constitutional Treaty – Issues of depillarization, Common Market Law Review 42, 2005, str. 327.

[47] Član 275 Lisabonskog ugovora, ibid.

[48] Član 276 Lisabonskog ugovora, ibid.

[49] Komitet ministara Saveta Evrope je 12. maja 2004. godine usvojio Protokol 14 uz Evropsku konvenciju.

Pored ovog uslova, potrebno je da EU poseduje subjektivitet, kako bi imala pravo da pristupi Evropskoj konvenciji. Sud EZ je još 28. marta 1996. godine u svom mišljenju naglasio da osnivački ugovori EU moraju biti dopunjeni da bi Evropske zajednice postale deo Evropske konvencije.[50] Ugovorom iz Lisabona, EU dobija jedinstveni pravni subjektivitet. Takođe sam Lisabonski ugovor predviđa pristupanje EU ovoj Konvenciji.[51] Ovo pitanje je razrađeno u posebnoj Deklaraciji u kojoj je naglašeno da će pristupanje Konvenciji biti uređeno tako da se sačuva specifičnost prava EU,[52] kao i u Protokolu uz Lisabonski ugovor.[53]

U dosadašnjoj praksi postavljalo se pitanje nadležnosti Evropskog suda za ljudska prava nad aktima EU i aktima koje usvajaju države članice, u okviru prava Evropske unije. Formalno gledano ova nadležnost nije ustavna po svojoj prirodi. Ovaj Sud ne može da poništi neki akt, ali može da ispituje da li je on u skladu sa Evropskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda. Takođe, on još uvek nema nadležnost nad Evropskom zajednicom ili Evropskom unijom, već samo nad njihovim državama članicama.

Sud EZ je razvio svoju jurisprudenciju o osnovnim ljudskim pravima.[54] U skladu sa ovom sudskom praksom, on mora primeniti osnovna ljudska prava kao opšte pravno načelo, a Evropska konvencija ima posebnu važnost u ovoj oblasti.[55] Ovaj princip je kasnije inkorporiran u Ugovor iz Mastrihta, a nakon toga dodatno ojačan u Ugovoru iz Amsterdama. Član 6 (2) Ugovora o EU sada navodi da će EU poštovati osnovna prava, kako su garantovana Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i pošto proizilaze iz ustavnih tradicija, koje su zajedničke državama članicama, kao opšte principe komunitarnog prava. Evropska unija nije formalno vezana Konvencijom, ali u praksi rezultat je isti. Sud EZ redovno citira i sledi sudsku praksu Evropskog suda za ljudska prava.[56] Trenutno, EU nije

[50] Opinion 2/94 of March 28 1996, ECR 1996, I-1759, para. 35.

[51] Consolidated versions of the Treaty on European Union and The Treaty on the Functioning of the European Union, Official Journal of the European Union, Volume 51, 2008/C 115/01, član 6(2).

[52] Declaration on Article 6(2) of the Consolidated versions of the Treaty on European Union and The Treaty on the Functioning of the European Union, Official Journal of the European Union, Volume 51, 2008/C 115/01.

[53] Protocol relating to article 6(2) of the Treaty on European Union on the accession of the Union to the European Convention on the protection of human rights and fundamental freedoms, Article 1.

[54] Case 29/69 Strauder v City of Ulm, Socialamt, 1969, ECR, 419.

[55] Case 4/73 Nold v Commission, 1974, ECR 491.

[56] Case C-109/01, Secretary of State for the Home Department v Hacene Akrich, 2003, ECR I-9607, Case C-7/98 Dieter Krombach v Andre Bamberski, 2000, ECR I-1935.

strana ugovornica Konvencije i nije podvrgnuta nadležnosti Evropskog suda za ljudska prava. Stoga, akti EU pred ovim Sudom mogu biti ispitivani samo indirektno. Pitanje da li mogu biti pokrenuti postupci kolektivno protiv država članica bilo je postavljeno u slučaju *Senator Lines GmbH v the Fifteen Member States of the EU* ali je tužba na kraju povučena.[57]

U slučajevima kada su akti EU primenjeni u nekoj državi članici pojedinačno, akti te države mogu da budu otvoreni za ispitivanje pred Sudom u Strazburu. Kao primer se može uzeti slučaj Bosforus.[58] U ovom slučaju jedan avion, u vlasništvu Jugoslovenske nacionalne aviokompanije zadržan je na aerodromu u Dablinu od strane vlasti Irske, u skladu sa Rezolucijom Ujedinjenih nacija koja je nametnula sankcije Saveznoj Republici Jugoslaviji. Ova rezolucija je primenjena u Evropskoj uniji putem jedne uredbe EU. Bosforus Eirvejz, turska kompanija koja je zakupila i koristila avion osporavala je njegovo zadržavanje pred irskim sudovima. Viši sud Irske je ukinuo odluku ministarstva, ali po žalbi ministra Vrhovni sud Irske je uputio zahtev Sudu pravde povodom tumačenja date uredbe EZ. Jedan od argumenata u tužbi je bio i taj da je zadržavanje aviona kršenje osnovnih ljudskih prava tužioca, a posebno prava na mirno uživanje imovine i slobode da nastavi sa komercijalnim aktivnostima. Sud EZ nije prihvatio ove argumente i tako odbacio zahtev koji je, između ostalog, bio zasnovan na Evropskoj konvenciji i članu 1 Protokola 1 uz ovu Konvenciju. Posle ovoga, podneta je tužba Evropskom sudu za ljudska prava povodom zadržavanja aviona od strane irskih vlasti. Ovaj slučaj je pokazao da odluke i drugi akti država članica, iako iz oblasti prava EU, mogu biti u nadležnosti Suda u Strazburu.

U oblasti izbora za Evropski parlament, implementacija je na državama članicama, ali akti koje usvajaju države članice unutar prava EU mogu biti podvrgnuti nadležnosti Evropskog suda za ljudska prava. Ovo je objašnjeno u slučaju *Matthews* protiv Ujedinjenog kraljevstva.[59] Tužilac je bio britanski državljanin koji je živeo na Gibraltaru, teritoriji u zavisnom odnosu prema Ujedinjenom Kraljevstvu. Kada je UK pristupilo Evropskoj uniji 1973. godine, Gibraltar je bio uključen kao jedna evropska teritorija za čije spoljne odnose je odgovorno Ujedinjeno Kraljevstvo. Na osnovu ovoga, Ugovor o EZ se primenjivao na Gibraltar, ali je primena određenih njegovih delova bila isključena. Odluka Saveta iz 1976. go-

[57] Case Senator Lines GmbH v the Fifteen Member States of the EU, Press Release, 16 October 2003.

[58] Case C-84/95 Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS v Minister for Transport, Energy & Communications, 1996, ECR I-3953.

[59] Case Matthews v. The United Kingdom, presuda 18 februar 1999, para. 32.

dine je predviđala da se izbori održe u ujedinjenom Kraljevstvu, ali ne i na Gibraltaru. Denis Metjuz nije mogao da glasa i pokrenuo je postupak pred Evropskim sudom za ljudska prava. Sud je našao da je došlo do kršenja člana 3 Prvog protokola. Odbio je argument UK da Evropski parlament, iako ima određena ovlašćenja u legislativnoj proceduri u EU, ne predstavlja zakonodavno telo. Nakon što je analizirao ovlašćenja Evropskog parlamenta i njihov uticaj na Gibraltar, Sud je zaključio da je Evropski parlament deo legislative Gibraltara u smislu člana 3 Protokola 1. Jednu godinu pre ovog slučaja, Sud je odbio da presudi da li su izbori za Evropski parlament u okviru člana 3 Protokola 1. Svoj stav je zasnovao na činjenici da nije došlo do povrede.[60]

Ujedinjeno Kraljevstvo je pokušalo da postupi u skladu sa presudom i u skladu sa tim donelo odredbu o direktnim izborima u Zakonu o predstavljanju u Evropskom parlamentu iz 2003. godine. Iako je ovo pitanje država članica, one moraju da deluju u skladu sa pravom EZ i ovaj akt UK je pred Sudom pravde osporavala Španija.[61] Ona tvrdi da pravo glasa na izborima za Evropski parlament ne može biti dato onima koji nisu državljani UK i stoga nisu građani EU.[62]

Dalji razvoj po ovom pitanju bio je vezan za Ugovor o ustanovljavanju Ustava za Evropu, koji je odobren od strane međuvladine konferencije u junu 2004. godine. Iako je ovaj akt sada napušten, nakon nekoliko neuspelih ratifikacija, kratko ćemo se osvrnuti na ono što je on predviđao po ovom pitanju. Prvo, on je dalje ojačavao oblasti u kojima je Evropski parlament suzakonodavac. Dalje, nije bilo mnogo promena odredaba o izborima za Evropski parlament. Predlog Ustava je predviđao da će članovi Evropskog parlamenta biti izabrani na period od pet godina putem opštih neposrednih izbora, od strane građana Unije. On je predviđao i da Savet, na predlog Parlamenta donese evropski akt u kojem bi se naveli uniformni izborni postupci. Takođe, član 39 Povelje EU o osnovnim ljudskim pravima, koja je trebala postati pravno obavezujuća kao deo II Ustava, obezbeđuje da svaki građanin Unije ima pravo da bira i da bude biran na izborima za Evropski parlament, u državi članici u kojoj ima prebivalište. Odredbe o nadležnosti Suda pravde bi bile značajno izmenjene. Osnovna pravila su sačuvana, ali je napuštena šema tri stuba iz Ugovora iz Mastrihta i nadležnost Suda je proširena na nove oblasti delovanja EU. Prava pojedinaca da osporavaju regulatorne mere su povećana, a Sud bi imao nadležnost ne samo nad institucijama,

[60] Case Ahmed and Others v United Kingdom, presuda 2. septembar 1998.
[61] Case C-145/04 Spain v United Kingdom, presuda 12. septembar 2006.
[62] Ibid.

nego nad svim telima Evropske unije.[63] Većina ovih novina je predviđena i u Lisabonskom ugovoru.

Predlog Ustava je predviđao transformaciju odnosa između Evropske unije i Evropske konvencije o ljudskim pravima. U njemu je rečeno da će EU tražiti pristupanje ovoj Konvenciji. Ovo je predviđeno i u Lisabonskom ugovoru, kao i Protokolom 14 uz Konvenciju, koji je otvoren za ratifikaciju državama članicama Saveta Evrope. Pristupanje Evropske unije Konvenciji bi dovelo do toga da su njene odluke podložne kontroli Evropskog suda za ljudska prava. To bi moglo da osnaži usaglašenost evropskih izbora sa Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i posebno sa članom 3 Protokola 1.Do tog trenutka Sud EZ će postupati u skladu sa Evropskom konvencijom i praksom Evropskog suda za ljudska prava i razvijati svoju praksu ustavne kontrole evropskih izbora.[64]

Posledice pristupanja EU Evropskoj konvenciji bile bi značajne i u drugim oblastima, pored kontrole izbora. Saradnja između Suda EZ i Evropskog suda za ljudska prava je sve intenzivnija i ogleda se u upućivanju na međusobnu sudsku praksu. Sud EZ upućuje na praksu Suda iz Strazbura i ona čini sastavni deo sudske kontrole.

5. Zaključak

Zbog specifičnosti Evropske unije i Evropskih zajednica, sudska kontrola je kod njih razvijenija nego kod klasičnih međunarodnih organizacija. Izvori prava EZ i EU imaju primat u odnosu na nacionalno pravo država članica. Kako bi se ovaj primat sačuvao i da bi se izbeglo ustavno ispitivanje prava Zajednice pred nacionalnim sudovima bilo je potrebno da se ustanovi jedan mehanizam ustavne pravne zaštite na nivou EU, zajedno sa nezavisnim sudskim telom koje ima obaveznu nadležnost i koje može da kontroliše ovlašćenja konkretnih institucija i usaglašenost njihovih aktivnosti sa osnovnim pravima. Takođe, odluke koje donosi ovakvo telo moraju da imaju dovoljan demokratski legitimitet. U kontekstu Ugovora o EZ ovi uslovi su zadovoljeni u velikoj meri, iako ne u potpunosti.

Sud pravde Evropskih zajednica i Prvostepeni sud, imaju nadležnost da ispituju legalnost akata Zajednice, u svetlu njihovog odnosa sa višim pravom Zajednice. Ukoliko se utvrdi kršenje tog višeg prava, rezultat postupka će biti poništaj osporavanog akta. Sudovi Zajednica su imali bogatu praksu povodom tužbi za poništaj akata Zajednica. Iz ovoga se vidi da

[63] F. Jacobs, Constitutional Control of European Elections: the Scope of Judicial Review, Fordham International Law Journal, 2004-2005, str. 1060-1061.

[64] Ibid.

se radi o jednom značajnom pitanju koje se neprestano javlja povodom različitih mera koje se usvajaju u okviru Evropskih zajednica.

U pojedinim oblastima Zajednice, kao što je pitanje izbora, sudska kontrola akata ima veoma važnu ulogu za ostvarivanje vladavine prava u sistemu EZ, jer se ove oblasti neposredno tiču pojedinaca. Mehanizmi pravne zaštite koji su zasnovani na obaveznoj nadležnosti Suda EZ stvaraju jedan kompletan sistem pravne zaštite unutar Zajednice. Ovaj sistem bi se ipak mogao poboljšati u pogledu smanjivanja uslova pod kojima se pojedinci mogu direktno obratiti Sudu prve instance da bi osporili neki akt Zajednice koji krši njihova osnovna prava. Napredak je učinjen u Lisabonskom ugovoru koji izostavlja uslov postojanja neposrednog interesa za podnošenje tužbe za poništaj. I pored svojih nedostataka tužba za poništaj je i dalje najefikasnije sredstvo kontrole akata EZ. Predlozi za odlučivanje o prethodnim pitanjima na osnovu člana 234 Ugoora o EZ retko za rezultat ima poništavanje nekog akta a ako se to dogodi u pitanju su akti manjeg značaja. Član 241 Ugovora o EZ se primenjuje na situaciju kada se neka uredba ne može osporavati direktnom tužbom zbog proteka vremena, ali se u dosadašnjoj praksi retko koristio.

Ostaje otvoreno pitanje sudske kontrole akata EU iz oblasti spoljne i bezbednosne politike, koji nisu podložni ispitivanju pred Sudom EZ. Lisabonski ugovor predviđa da Sud EU neće imati nadležnost u odnosu na odredbe koje uređuju zajedničku spoljnu i bezbednosnu politiku, čime će ova oblast ostati izvan sudske kontrole.

Eventualnim pristupanjem Evropske unije Evropskoj konveniji o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, odluke EU bi postale podložne kontroli Evropskog suda za ljudska prava. Time bi se obezbedila još jedna instanca za kontrolu akata EU.

Ovo sve ukazuje da postoji jedno stalno nastojanje da se unapredi vladavina prava u EZ i EU, kroz jačanje mehanizama sudske zaštite. Tome doprinose institucije EZ, među kojima je najznačajniji doprinos Suda EZ i države članice.

Bojan Tubić LL.M., Assistant
Novi Sad School of Law

The Rule of Law Principle in the European Union in the light of Judicial Review of the European Community acts by the Court of Justice of the European Communities

Abstract

The idea of the rule of law is an element of the European legal tradition and it is based in the foundations of European integrations. In EU this idea is enforced through several instruments and there are constant tendencies for its improvement. The judicial review of Community acts is one of the most important means for creation of the rule of law. The actions for annulment of the Community acts are very powerful method for the control of Community institutions and they are widely used. The shortcomings regarding the private plaintiffs and review of acts of the European Parliament are partly removed in the practice of ECJ. With coming into force of the Lisbon Treaty the availability of these actions is improved. Private plaintiffs can also indirectly dispute Community acts on the national level with the action against state authorities which have implemented the concrete act, by using the reference for a preliminary ruling. System of judicial review has been complemented with Article 241 of Treaty establishing European Community, which envisages the possibility of filing a plea of illegality. The judicial review of EU acts from the area of foreign and security policy is not possible before the ECJ. With EU joining the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms the EU acts would be submitted to the review of the European Court of Human Rights. This would create an additional instance for the judicial review of the EU acts. It can be concluded that there is a permanent tendency to improve the rule of law in the EU and EC, by developing the judicial protection mechanism.

Key words: rule of law, judicial control, ECJ, European Parliament, action for annulment, plea of illegality, European elections

Originalni naučni rad 340.141:347.626(=163)

Mr Maša Kulauzov, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

PRAVILA OBIČAJNOG PRAVA O IMOVINI U PORODIČNOJ ZADRUZI JUŽNIH SLOVENA

Sažetak: *Autor u radu vrši istorijskopravnu analizu običajnopravnih normi koje se odnose na imovinu porodične zadruge i njenih članova. Ukazano je na bitne razlike između zadružne imovine cele patrijarhalne porodice i posebne imovine pojedinih ukućana. Razmotrena su i svojinskopravna ovlašćenja zadrugara, njihova imovinska i nasledna prava, kao i mogućnost sticanja posebne imovine koja se nalazi u njihovoj punoj privatnoj svojini.*

Ključne reči: *Običajno pravo, porodična zadruga, Južni Sloveni, pravo svojine na zadružnoj imovini, posebna imovina, imovinski odnosi zadrugara, nasledna prava zadrugara.*

Imovina porodične zadruge predstavlja ekonomsku osnovu neophodnu za opstanak zadružne kuće i jedan od njenih konstitutivnih elemenata. Zato je proučavanje običajnopravnih normi putem kojih je regulisana njena pravna priroda privuklo pažnju i teoretičara građanskog prava i pravnih istoričara. Ipak, u naučnim i stručnim krugovima najpotpunije podatke o svim značajnim aspektima imovine patrijarhalne porodice pružio nam je vrsni poznavalac običajnog prava i znameniti pravnik Valtazar Bogišić.[1]

Kako su odredbe običajnog prava o imovini porodične zadruge u velikoj meri poslužile kao polazna tačka za kodifikatorski rad u ovoj obla-

[1] Više o Bogišiću i njegovom kodifikatorskom radu u oblasti običajnog prava videti u radu M. Kulauzov, *Položaj žena u porodičnoj zadruzi prema običajnom pravu Južnih Slovena*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, XLII 1 – 2 (2008), str. 807 – 816.

sti, mišljenja smo da je i iz ovog razloga njihovo proučavanje od izuzetnog značaja. Tim pre što je autoru *Zakonika građanskog za Knjažestvo Srbiju* od 1844. godine Jovanu Hadžiću zamerano da je upravo odstupanjem od pravila običajnog prava o zadružnoj imovini ubrzao propast patrijarhalnih porodica. On, naime, nije u svim članovima *Srpskog građanskog zakonika* svojinu zadružnih porodica dosledno tretirao kao zajedničku, kolektivnu svojinu cele kuće, kao što je to bio slučaj u običajnom pravu. Naprotiv, u pojedinim odredbama *Zakonika* posmatrao ju je kao susvojinu sa opredeljenim udelima zadrugara u njoj.[2] Putem odredaba u kojima je zadružna svojina definisana kao susvojina, a zadrugari kao suvlasnici sa jasno utvrđenim suvlasničkim delovima, olakšana je podela porodične imovine, a samim tim i deoba celih zadružnih domaćinstava. Naime, deoba je znatno teža ukoliko je sva imovina nepodeljena, i pri tom se nalazi u kolektivnoj svojini cele kuće. U tom slučaju, da bi se pristupilo deobi, najpre je neophodno da se sa njom saglase svi odrasli muški zadrugari, a potom i da se utvrde njihovi udeli u zadružnom imetku. Dakle, nepodeljena, kolektivna svojina običajnog prava predstavljala je prepreku olakim zadružnim deobama. Stoga je unošenjem običajnopravnih normi o karakteru zadružne imovine u kodifikacije privatnog prava obezbeđeno duže trajanje porodičnih zadruga. Imajući u vidu koliki je, zbog svega navedenog, bio značaj ovih običajnopravnih normi, u radu je dat njihov celovit prikaz, a potom i izvršena njihova istorijskopravna analiza.

Kao posledica promena svojinskopravnih odnosa u toku XIX veka, paralelno sa zajedničkom porodičnom imovinom u zadružnim domaćinstvima se javlja i posebna imovina njenih članova. Iako ona nije toliko značajna za opstanak patrijarhalnih porodica niti predstavlja njihovo suštinsko obeležje, njeno proučavanje je neophodno za sticanje potpune slike o imovinskom stanju zadrugara. Zato su u drugom delu rada analizirane i odredbe običajnog prava koje se odnose na njenu pravnu prirodu.

I

Sličnost običaja, kao i snažni međusobni kulturni uticaji, uslovili su da običajnopravne norme o porodičnoj imovini svih južnoslovenskih naroda budu vrlo slične. Tako se nepokretno imanje nasleđeno od predaka nalazi u kolektivnoj svojini cele porodične zadruge bez opredeljenih ude-

[2] V. o tome čl. 515, 521 i 522 *Građanski zakonik Kraljevine Srbije protumačen odlukama odeljenja i opšte sednice Kasacionoga suda*, priredio G. Niketić, Beograd 1922, str. 317 – 319.

la pojedinih zadrugara u njoj. Nosilac prava svojine na nepokretnoj, zajedničkoj imovini je cela patrijarhalna porodica. U narodu je ta imovina poznata pod raznim nazivima – *stožer*, *korjenina*, *očevina*, *dedovina*, *starina*, *temelj*, *postojani imetak*. Na nemačkom jeziku se zove *Stammgut* (porodično dobro, dedovina). Ovaj termin je bio u upotrebi u Vojnoj granici Austrijske monarhije.

Većina nepokretnosti nalazi se u svojini cele porodice. Najčešće je to obradiva zemlja, potom kuće, njive, pašnjaci, šume, livade, voćnjaci, vinogradi, mlinovi. Od pokretnih stvari, stožer čini sve ono što je neophodno za vođenje jednog zadružnog domaćinstva, na prvom mestu oruđe potrebno za obradu zemlje, stoka i pokućstvo.[3]

Svi punopravni ukućani muškog pola su ovlašćeni da koriste zadružni imetak prema svojim potrebama, ali i da srazmerno mogućnostima doprinose njegovom uvećanju. Kako je porodična zadruga specifičan porodično – imovinski institut za koji su karakteristični principi solidarnosti i zajedništva, svi ukućani polažu jednako pravo na porodičnu imovinu bez obzira na njihov udeo u njenom sticanju.[4] Nepodeljenim imanjem upravlja izabrani poglavar kućne zajednice – *porodični starešina*, *domaćin*, *gospodar*. Međutim, on nije bio ovlašćen da sklapa pravne poslove kojima se otuđuju porodične nepokretnosti. Odluku o prodaji stožera moglo je doneti samo zadružno veće. To je bio najznačajniji organ koji je rešavao sva pitanja bitna za opstanak zadruge u čiji su sastav ulazili svi punoletni zadrugari muškog pola.[5]

Za prodaju stožera bili su propisani vrlo strogi uslovi. Odluka o otuđenju zadružnog imetka morala je biti doneta jednoglasno, odnosno bilo je neophodno da su sa njom saglasni svi punoletni muški zadrugari koji su imali pravo glasa u zadružnom veću. Kako je porodična imovina predstavljala ekonomsku podlogu za izdržavanje vojnika – graničara, u Vojnoj granici Austrijske monarhije njena prodaja je bila moguća samo ukoliko bi je dozvolile vojne vlasti. Obzirom na to da su graničarske čete

---

[3] V. Bogišić, *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena – Građa u odgovorima iz različnih krajeva Slovenskoga Juga*, knjiga I, Zagreb 1874, str. 21 – 28, u daljem tekstu: *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena*; V. Bogišić, *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji (Anketa iz 1873. g.)*, priredio T. Nikčević, Titograd 1984, str. 24 – 25, u daljem tekstu: *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji*.

[4] I. Bulić, *Kućna zadruga – podloga porodične i privredne organizacije u Južnih Slovena*, Split 1938, str. 17

[5] *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena*, str. 50 – 52; *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji*, str. 26 – 27; M. Milićević, *Zadružna kuća na selu*, *Godišnjica Nikole Čupića* XVIII (1898), str. 15.

predstavljale važnu oružanu silu Habzburške monarhije, vojne vlasti su dozvoljavale deobu graničarskih kuća jedino ukoliko u njima više nije bilo vojnih obveznika.

Zadružno veće je uglavnom odlučivalo o davanju na zajam ili u zakup zadružnih nepokretnosti. Prodaji se pristupalo samo izuzetno, jer je ona u svim zemljama naseljenim Južnim Slovenima smatrana velikim grehom i sramotom. Kako je stožer predstavljao zemlju nasleđenu od predaka, zadrugari su bili dužni ne samo da ga sačuvaju, već i da mudrim rukovođenjem uvećaju posed koji će ostaviti svojim potomcima. Otuđenje makar i samo jednog dela zajedničkog nepokretnog imanja opravdano je samo u slučaju velike nužde i nevolje, gladi i prezaduženosti kuće, kada se na drugi način nije mogao obezbediti opstanak porodične zadruge. Jedino tada su ekonomski razlozi imali prvenstvo nad moralnom obavezom prema naslednicima. Samo u dolini reke Cetine u Dalmaciji nisu bili propisani ovako strogi uslovi za raspolaganje zajedničkom nepokretnom imovinom. Njena prodaja nije povlačila moralnu osudu, već je bila dozvoljena uvek kada je nastala kao rezultat zajedničkog dogovora zadrugara i porodičnog starešine.[6]

Žene nisu sudelovale u odlučivanju o sudbini zadružnih nepokretnosti jer nisu smatrane njihovim sopstvenicima. Stoga nisu imale ni pravo glasa u zadružnom veću. Iako naizgled nepravično, ovo rešenje je razumljivo ako se ima u vidu da one nakon udaje napuštaju svoju porodičnu zadrugu. Tako bi priznanje svojinskih prava žena na zadružnom imetku nesumnjivo vodilo usitnjavanju i rasparčavanju kućne imovine koju je prema običajnom pravu trebalo neokrnjenu ostaviti naslednicima.[7]

Za razliku od žena, pravo na udeo u porodičnoj imovini je osnovno imovinsko pravo svakog odraslog člana zadruge muškog pola. On ga ni u kom slučaju ne može biti lišen. Naime, patrijarhalna porodica ima mogućnost da iz svoje sredine isključi ukućana koji je nemaran, lenj, rasipan ili je počinilac nekog krivičnog dela. Ona nije dužna da trpi pojedinca koji joj svojim postupcima pričinjava materijalnu štetu ili narušava ugled. Porodična zadruga je ovlašćena da takvog člana odeli, ali ne i da mu uskrati njegov deo zadružnog imetka. Članovi zadruge su jedino imali mogućnost izbora, da mu predaju njegov deo u naturi, ili da mu ga isplate prema proceni veštaka u novcu, ukoliko smatraju da je to za kuću povoljnije radi očuvanja celovitosti zadružnih nepokretnosti. Samo je u Makarskoj u Dalmaciji za-

[6] *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena*, str. 24 – 29; *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji*, str. 24 – 25; F. Krauss, *op. cit.* pp. 106 – 107.

[7] *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena*, str. 337 – 339; *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji*, str. 99.

beležen slučaj da je otac isključio iz kuće sina koji je počinio neki zločin a da pri tom nije imao obavezu da mu preda deo porodičnog imanja.[8]

Život u porodičnoj zadruzi je u XIX veku u većini zemalja naseljenih Južnim Slovenima bio stvar slobodnog izbora a ne obaveza članova zadružnih domaćinstava. Tako je svaki odrasli zadrugar muškog pola imao pravo da se odeli od svoje biološke porodice uzevši pri tom svoj deo porodičnih nepokretnosti. Samo je u Bugarskoj i Vojnoj granici ostvarenje ovog prava bilo vezano za ispunjenje nekih dodatnih uslova. Član zadruge je u Bugarskoj mogao da zasnuje svoje domaćinstvo jedino ukoliko mu to dozvoli njegov otac. Ako otac više nije živ, ne postoje dalje prepreke da pojedinac započne odvojen život. U Vojnoj granici je izdvajanje iz zadruge ukućana koji su vojni obveznici bilo moguće tek nakon što to odobre vojne vlasti. Prinudan zadružni život je u Granici bio vezan za efikasno vršenje vojne službe, jer su inokosne porodice daleko teže od zadružnih obezbeđivale sredstva za izdržavanje vojnika – graničara.[9]

Udeli u zadružnom imanju onih zadrugara koji nisu isključeni iz porodice niti su se iz nje izdvojili, bili bi intelektualno i materijalno opredeljeni tek u trenutku deobe porodične zadruge. Nepokretnosti i stoka se dele po kolenima, odnosno na onoliko jednakih delova koliko u kući ima braće. Uobičajeno je da, ukoliko se dele mirnim putem i sporazumno, zadrugari ustupe nešto veći deo imovine svom bratu koji ima više dece. Na imovinu umrlog brata polažu pravo njegovi sinovi po načelu reprezentacije (predstavljanja). Ukoliko je u trenutku deobe otac živ, on uzima jednak deo kao i sinovi i najčešće nastavlja da živi sa najmlađim sinom u zajedničkom domaćinstvu. Samo u Vojnoj granici se stožer ne deli po kolenima, već na onoliko delova koliko se u kući nalazi muških glava.[10]

Na veličinu udela pojedinih članova zadružnog domaćinstva ne utiče njihov doprinos u sticanju porodične imovine. Delovi svih bivših ukućana su jednaki, jer je porodična zadruga prevashodno porodična, a ne imovinska zajednica: „U zadruzi je zajednica života uzrok, a zajednica imovinskih prava je tek posledica porodične veze... Zadruga je dakle neki osobiti porodično – imovinski institut, u kojemu je glavni osnov u krvnoj vezi i u kojemu je duboko uvriježeno čuvstvo zajedničkog života i veza daleko intimnija i čvršća od jednostavne imovinske ili privredne veze.“[11]

---

[8] *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena*, str. 329 – 331; *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji*, str. 95 – 96.

[9] *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena*, str. 327 – 329; *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji*, str. 94.

[10] *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena*, str. 332 – 337; *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji*, str. 96 – 99.

[11] I. Bulić, nav. delo, str. 16 – 17.

Tek nakon sprovedene deobe porodične zadruge, podeljeni zadrugari postaju sopstvenici imovine koju mogu zaveštati svojim naslednicima. Sve dok postoji zadružna kuća nema mesta nasleđivanju u pravom smislu reči. Naime, zadružni imetak se nalazi u kolektivnoj svojini cele patrijarhalne porodice, po pravilu je neotuđiv i prelazi sa predaka na potomke. Budući da udeli pojedinih ukućana u njemu nisu opredeljeni sve do trenutka deobe, lice koje umre u zadružnom stanju ni ne poseduje deo zajedničke imovine, koji bi ostavio naslednicima. Nakon smrti zadrugara deo koji bi mu pripao prilikom podele zadružnog domaćinstva tzv. *akrescencijom* prirasta delovima ostalih članova zadruge.[12] Kako većina nepokretnosti, a posebno kuće i zemlja čine deo stožera, nasledna prava članova zadruge su u bitnoj meri sužena.

Kada zadruga spadne na jednog člana, on postaje sopstvenik celokupne porodične imovine koja prelazi u njegovu punu privatnu svojinu. Ako nema muških naslednika imanje može naslediti i žensko dete. Da se njena patrijarhalna porodica ne bi ugasila, naslednica se često tada udaje za siromašnog momka sa kojim produžuje zajednički život na svojoj očevini i pod svojim porodičnim imenom.[13]

Nakon smrti i poslednjeg preostalog člana zadruge, zadružna dobra pripadaju licima koje je on naveo u testamentu. Ukoliko ne postoji testament, imanje prelazi u ruke najbližih srodnika van kuće, a ako njih nema pripada crkvi, ponekad i državi. Ako nema ni testamenta ni bližih srodnika, u Crnoj Gori i Hercegovini imovinu izumrle porodične zadruge nasleđuju rodovi, bratstva i plemena. Ove šire krvnosrodničke zajednice su u Crnoj Gori i Hercegovini bile prisutne sve do kraja XIX veka kao relikti rodovsko – plemenskog uređenja.

Iako je mogućnost testamentalnog raspolaganja bila predviđena u običajnom pravu svih južnoslovenskih zemalja, značajnije prisustvo testamenta je zabeleženo samo u Crnoj Gori i Hercegovini, delovima Vojne granice, Makarskoj u Dalmaciji, delovima Bugarske i okolini Zagreba u provincijalnoj Hrvatskoj. Slučaj da zadrugar svoju imovinu prenese na neko lice van kruga lica koja su imala pravo nasleđivanja prema pravilima običajnog prava bio je prava retkost. Intestatsko nasleđivanje je bilo pravilo, a testamentalno izuzetak. Zaveštanja su sačinjavana samo izuzetno i u nekim posebnim situacijama kada je zbog specifičnosti porodičnih odnosa bilo neophodno odstupanje od naslednog reda propisanog običajnim pravom.[14]

---

[12] V. Popović, *Zadruga – istorijska rasprava*, Sarajevo 1921, str. 61 – 62.

[13] Isto, str. 100.

[14] *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena*, str. 356 – 358; *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji*, str. 111 – 113.

II

Zajednička, porodična imovina je bitno obeležje i konstitutivni element porodične zadruge. Sve do XIX veka za zadružnu kuću važila je izreka: „Ko u cvijet, ko u med – a svi u jedno ulište (košnicu).“ To je u praksi značilo da je sve što zadrugar stekne pripadalo njegovoj patrijarhalnoj porodici, a da mu je ona za uzvrat obezbeđivala sva sredstva neophodna za život: „U zadruzi je sve zajedničko, i dobit i šteta, i prinovak i priplod:“[15] Imovinska jednakost ukućana odgovarala je principima solidarnosti i zajedništva na kojima se temeljio zadružni život.

Razvoj privatne svojine, robne privrede, zanatstva i trgovine u toku XIX veka uslovio je promenu postojećih zadružnih svojinskopravnih odnosa. Tako se, paralelno sa nepokretnom imovinom u kolektivnoj svojini cele kuće, javlja i posebna imovina (*osobina*, *peculium*) u punoj privatnoj svojini ukućana. Zadrugari mogu sa njom sasvim slobodno raspolagati, pokloniti je, prodati, založiti, dati na zajam. Najčešće je čine stvari poklonjene članovima zadružnog domaćinstva, prihodi stečeni trgovinom i zanatstvom a ponekad i nepokretnosti. Običaj je, doduše, da zadrugar deo novca koji je stekao baveći se trgovačkim poslovima pošalje svojoj patrijarhalnoj porodici. Međutim, i ako svu zaradu zadrži za sebe, takav postupak ne može biti sankcionisan isključenjem iz kuće. Radi se, dakle, o moralnoj obavezi koja je rezultat porodične solidarnosti i zajedništva karakterističnih za zadrugu. Takav zadrugar samo gubi pravo na udeo u prinovku i priplodu stečenom za vreme njegovog odsustva, ali ne i pravo na deo nepokretnog zadružnog imetka – stožera ukoliko dođe do deobe porodice.[16]

Samo u Crnoj Gori i Hercegovini muškarcima je zabranjeno da poseduju imovinu koja bi se nalazila u njihovoj punoj privatnoj svojini. Sve što zarade, dobiju na dar ili steknu na bilo koji drugi način dužni su da predaju svojoj kućnoj zadruzi. U suprotnom, ona ih može odeliti isplativši im pri tom u novcu vrednost njihovog udela u zajedničkom nepokretnom imanju.[17] Cilj ove običajnopravne norme je bio da spreči olake i bezrazložne deobe. *Osobina* je, naime, često bila uzrok razdora među zadrugarima jer su o njoj brinuli više nego o zadružnoj imovini, i nastojeći da je uvećaju, često zanemarivali obaveze prema svojoj patrijarhalnoj porodici. Posvećenost zadrugara uvećanju posebne imovine i zapostavljanje zadružnog ima-

[15] I. Bulić, nav. delo, str. 16 – 17.

[16] *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena*, str. 82 – 96; V. Popović, nav. delo, str. 10 – 11.

[17] *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji*, str. 30 – 31.

nja rezultirali su svađama među ukućanima i cepanjem porodične imovine što se u narodu smatralo velikom štetom i sramotom.

U Hercegovini je tek krajem XIX veka ovo imovinskopravno pitanje drugačije regulisano.[18] Tada su zadrugari dobili mogućnost da budu sopstvenici kako pokretne, tako i nepokretne imovine kojom mogu sasvim slobodno raspolagati. Jedino su deo prihoda stečenog trgovinom morali da predaju porodičnom starešini jer je taj novčani iznos služio za podmirenje potreba cele kućne zadruge. Druga ograničenja u pogledu sticanja posebne imovine nisu bila predviđena.[19]

Za razliku od zajedničke imovine na koju ne polažu nikakva prava, žene isto kao i muškarci u zadruzi poseduju posebnu imovinu. Nju, pored odeće, nakita i predmeta za ličnu upotrebu čine i mirazna dobra.[20] Iako miraz i nakon sklapanja braka ostaje u ženinoj svojini, ona nije ovlašćena da sa njim slobodno raspolaže. Dok traje bračna zajednica mirazom upravlja muž, a nakon ženine smrti on pripada deci. U slučaju da dece nema vraća se njenoj porodici uz mogućnost da muž zadrži manji deo ženine imovine. Ovakav običaj bio je prisutan u svim krajevima naseljenim Južnim Slovenima u kojima je porodična zadruga bila dominantan oblik porodice. Jedini izuzetak zabeležen je na ostrvu Lastovu u Jadranskom moru gde suprug nakon ženine smrti ako žena nema direktnih potomaka zadržava miraz u celini.[21]

U toku XIX veka i žene su, pored muškaraca, dobile pravo da stiču *osobinu* radom van kuće. One se, doduše, nisu bavile zanatstvom i trgovinom već su mogle da, uz dozvolu porodičnog starešine i nakon što završe kućne poslove, obavljaju poljske radove u nekoj drugoj zadruzi. Prihod koji na taj način steknu njihova je posebna imovina sa kojom mogu slobodno da raspolažu.[22] U Hercegovini se tek krajem XIX veka uobičajilo

---

[18] *Dodatak arhimandita Nićifora Dučića za Hercegovinu od 1898. godine* objavljen kao prilog knjizi *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji*, str. 120 – 121, u daljem tekstu: *Dodatak za Hercegovinu od 1898. godine.* Nije poznata tačna godina kada su zadrugari u Hercegovini dobili pravo da stiču posebnu imovinu. Ovo pravo se prvi put pominje u *Dodatku* koji je arhimandrit Nićifor Dučić napisao 1898. godine. U knjizi *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji* napisanoj na osnovu ankete običajnog prava koja je sprovedena 1873. godine to pravo nije predviđeno. Na osnovu svega navedenog može se pretpostaviti da su zadrugari u Hercegovini dobili mogućnost sticanja posebne imovine između 1873. i 1898. godine.

[19] Isto, str. 120 – 121.

[20] *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena*, str. 115 – 117; *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji*, str. 34.

[21] *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena*, str. 280 – 281; *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji*, str. 109.

[22] *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena*, str. 117 – 118.

da žene na ovaj način pribavljaju materijalnu korist.[23] Do tada je ovo pravo u Crnoj Gori i Hercegovini bilo rezervisano samo za ženske članove siromašnijih zadruga pri čemu su sredstva obezbeđena na ovaj način korišćena samo za njihovu ishranu i ishranu njihove dece.[24]

Stvaranjem mogućnosti da i žene raspolažu posebnom imovinom koja se nalazi u njihovoj punoj privatnoj svojini, u velikoj meri je smanjena imovinska nejednakost između muškaraca i žena. Ona je bila karakteristična za ranije faze u razvoju porodične zadruge kada se sva imovina nalazila u zajedničkoj svojini cele kuće, a u slučaju deobe, na nju su polagali pravo samo odrasli zadrugari muškog pola.

Prvenstvo u nasleđivanju *osobine* članova zadruge oba pola imaju njihova deca. Deca uvek nasleđuju majčin miraz, a najčešće i očevu posebnu imovinu. Tako je u svim južnoslovenskim zemljama bilo uobičajeno da *osobinu* muškog zadrugara naslede sinovi i kćeri, ako njih nema braća, a ako ni njih nema krvni srodnici muškog pola, po principu da bliži isključuju iz nasleđa dalje srodnike. Tek u slučaju da ne postoji nijedan muški naslednik ostavioca imovina pripada celoj porodičnoj zadruzi. Međutim, zadrugaru je pružena mogućnost da putem testamenta u potpunosti promeni uobičajeni nasledni red. On je mogao da zavešta svoju *osobinu* bilo kom licu izvan kruga naslednika predviđenih običajnim pravom čak i ukoliko ima sinove. Ovakva neograničena sloboda testamentalnog raspolaganja *osobinom* je dozvoljena jer sinovi uvek zadržavaju pravo na očev udeo u zadružnom imetku. S druge strane, ženska deca imaju pravo da i nakon očeve smrti nastave da žive u njegovoj kući koja je dužna da im prilikom udaje obezbedi miraz i pristojno udomljenje prema postojećim običajima. Ipak, u praksi se retko dešavalo da otac razbaštini svoju decu. Testament su najčešće sačinjavala lica koja nisu imala bliskih rođaka u zadruzi.

Ćerka uglavnom nakon udaje gubi pravo da zahteva deo očeve *osobine*. Smatralo se, naime, da je žensko dete dovoljno materijalno obezbeđeno putem miraza koji je dobijalo prilikom sklapanja braka. Samo su u Zemunu i njegovoj neposrednoj okolini kao i u delovima Bosne zabeleženi slučajevi da su ćerke zadržavale nasledna prava bez obzira na bračni status. Običajnopravno regulisanje nije tako jedoobrazno kada je u pitanju sin koji je nakon ženidbe prešao u ženinu porodičnu zadrugu. Pored Zemuna i delova Bosne gde to pravo pripada i udatim kćerima, i u Ma-

[23] *Dodatak za Hercegovinu od 1898. godine*, str. 122. Na osnovu objašnjenja iznetog u fusnoti broj 18 može se pretpostaviti da su žene u Hercegovini dobile pravo da stiču *osobinu* radom van kuće između 1873. i 1898. godine.

[24] *Pravni običaji u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji*, str. 34.

karskoj u Dalmaciji, delovima Bugarske i Vojne granice Austrijske monarhije i sinovi koji su izašli iz zadruge mogu ravnopravno sa svojom braćom nasleđivati očevu *osobinu*. U svakom slučaju, uvek i u svim oblastima osim ako je testamentom drugačije predviđeno, očevu zaostavštinu nasleđuju deca van zadruge bez obzira na pol ukoliko u patrijarhalnoj porodici više nema dece ostavioca.[25]

Običajno pravo vrlo detaljno reguliše nasleđivanje imovine zadrugara muškog pola, ali ne sadrži odredbe o tome kome pripada ženina *osobina* stečena njenim radom van kuće. Obzirom da ta dobra nisu bila znatnije vrednosti, verovatno je ženama ostavljena mogućnost da ih zaveštaju licima po svom izboru.

* *
*

Krupne promene svojinskih odnosa nastale u XIX veku kao posledica ukidanja feudalnih odnosa i proglašenja seljaka slobodnim sopstvenicima svojih baština uticale su i na porodičnu zadrugu. Sa razvojem privatne inicijative, tržišnih odnosa i zamenom naturalne privrede robnonovčanom, posebna imovina zadrugara je postala zastupljenija od zajedničke imovine cele kuće. Osećaje zadružne solidarnosti i zajedništva potisnule su individualističke težnje zadrugara koji su, nastojeći da uvećaju svoju privatnu imovinu zanemarivali obaveze prema porodičnoj imovini. Veća briga zadrugara za *osobinu* nego za zajedničku imovinu uzrokovala je svađe i razmirice među njima, a neretko i zadružne deobe. Opstanak stožera ugrožen je i pravom svakog punoletnog muškog člana da se izdvoji iz patrijarhalne porodice uzevši pri tom svoj deo zadružnog imanja.[26]

Nesumnjivo je da su deljivost stožera i razvoj privatne svojine doprineli bržoj i lakšoj podeli zadružnih kuća. S druge strane, samo takav fleksibilniji stav o neotuđivosti zajedničkog imanja i priznanje svojinskopravnih ovlašćenja zadrugarima na stečenim dobrima omogućili su opstanak zadružnih porodica u bitno drugačijim društveno – ekonomskim uslovima. U suprotnom, da nisu prihvaćene neophodne izmene običajnopravnih normi o zadružnoj imovini, porodična zadruga bi vrlo brzo iščezla kao anahronizam nespojiv sa krupnim promenama koje su u XIX veku zahvatile sve segmente privrednog života.

---

[25] *Zbornik sadašnjih pravnih običaja u Južnih Slovena*, str. 348 – 352.

[26] M. Ivić, *Die Haus – Kommunionen – eine Denkschrift*, Semlin 1874 str. 27 – 32; F. Krauss, *op. cit.* p. 111; V. Krišković, *Hrvatsko pravo kućnih zadruga – historijskodogmatski nacrt*, Zagreb 1925. str. 29; I. Bulić, nav. delo, str. 17 – 18.

Maša Kulauzov, LL.M., Assistant
Novi Sad School of Law

Customary Law on Property in South Slavs' *zadruga*

Abstract

Customary law on property in so – called *zadruga* (extended family, common among South Slavs) till the end of 19th century was similar in all South Slavic lands. Real property was owned by all adult male members of *zadruga*. Each of them possessed an undivided share of estate. On one owner's death, his share did not pass to his heirs or devisees. It remained in possession of entire *zadruga*. The rules of customary law, regarding the property in extended family, served as a model for the provisions on *zadruga* in civil codes. As a result of significant changes of property rights in 19th century, members of family were entitled to possession of private, individual property. It usually consisted of movable things that were in their full, absolute ownership. Both the provisions of customary law regarding the real property, as well as the rules concerning the individual property were examined in this paper.

Key words: Customary law, *zadruga*, South Slavs, property rights on *zadruga's* estate, individual property, property rights of *zadruga's* members, rights of succession of *zadruga's* members.

Originalni naučni rad 347.518(37)

Mr Samir Aličić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

NEKI SLUČAJEVI AKVILIJANSKE ODGOVORNOSTI ZA ŠTETU PROUZROKOVANU U SAOBRAĆAJNOJ NEZGODI U RIMSKOM KLASIČNOM PRAVU

Sažetak: *Lice koje upravlja brodom, zapregom, jahaćom ili tovarnom životinjom odgovara po tužbi iz Akvilijevog zakona za štetu pričinjenu pri sudaru sa drugim licem ili objektom. Odgovornost postoji kako za štetu na samom saobraćajnom sredstvu (u kom slučaju njegov vlasnik ima i alternativnu tužbu iz kontrakta), tako i za onu koja je pričinjena trećim licima. Lice koje ima neposrednu, fizičku kontrolu nad vozilom ili životinjom (držeći kormilo, uzde ili povodac) odgovara po direktnoj tužbi iz Akvilijevog zakona, jer se smatra da je pričinilo štetu sopstvenim telom (corpore). U svim slučajevima za odgovornost je dovoljan i najmanji nehat, i učesnik u saobraćaju odgovara i za štetu koja je naneta usled njegove nestručnosti (imperitia). U slučaju da je neko imao fizičku kontrolu nad vozilom ili životinjom koja je nanela štetu, postoji pravna pretpostavka da je šteta naneta njegovom nepažnjom, koja pretpostavka je oboriva u situaciji kada je do nesreće došlo usled više sile, slučaja prouzrokovanog uslovima na putu, ili krivice oštećenog ili nekog trećeg lica. Ukoliko nije postojala neposredna fizička kontrola nad životinjom, za povrede koje ona pretrpi daje se actio in factum odnosno ad exemplum legis Aquiliae protiv njenog gonič̆a, a za štetu koju pretrpe treća lica daje se actio de pauperie protiv vlasnika životinje. Za štetu koja nastane usled sudara plovila odgovaraju samo lica koja neposredno upravljaju brodom. Vlasnik i kapetan broda nisu odgovorni po akvilijanskoj tužbi na osnovu culpa in eligendo za štetu koju članovi posade nanesu oštetivši drugo plovilo pri sudaru.*

Ključne reči: *šteta, naknada štete, Akvilijev zakon, damnum iniuria datum, saobraćaj, rimsko pravo*

Uvod

Opšte je poznato da su saobraćajne nezgode najčešći vid incidenata u kojima dolazi do oštećenja imovine i povrede ili smrti lica, i samim tim su verovatno najčešći uzrok nastanka obligacione odgovornosti iz delikta. Iako je stepen razvoja prevoznih sredstava u starom Rimu bio neuporedivo niži od onog koji je dostigao savremeni svet, saobraćajne nezgode bile su i tada jedan od najčešćih osnova za odgovornost zbog protivpravne štete, odnosno za tužbu iz Akvilijevog zakona. Od 57 fragmenata u poglavlju Digesta *Ad legem Aquiliam* (9.2), 9, odnosno oko jedne šestine, sadrži opise saobraćajnih nezgoda (D.9.2.7; 9.2.8; 9.2.9; 9.2.27; 9.2.29; 9.2.39; 9.2.52; 9.2.53; 9.2.57). Od ukupno 174 paragrafa ovog poglavlja, 13 se odnosi na štetu nanetu u saobraćajnoj nezgodi (D.9.2.7.2; 9.2.8pr; 9.2.9.3; 9.2.27.23; 9.2.27.33; 9.2.27.34; 9.2.29.2; 9.2.29.3; 9.2.29.4;. 9.2.39pr; 9.2.52.2; 9.2.53; 9.2.57). Dakle, rimski pravnici su ovoj problematici pridavali veliki značaj, koji može da se uporedi sa onim koji ona ima u savremenom odštetnom pravu. Razlog je u tome što je rimska imperija u pogledu razvoja saobraćajnih sredstava otišla dalje nego bilo koje drugo predindustrijsko društvo. Iako taj razvoj ne treba upoređivati sa modernim, imamo razloga da smatramo da su saobraćajne nezgode, i sa njima vezani nastanak materijalne štete, bile česta pojava. Pored razvoja komunikacija na velike daljine (puteva i pomorskog saobraćaja) za potrebe vojske i trgovine, poseban problem predstavljao je saobraćaj u prenaseljenim gradskim sredinama, o čemu slikovito svedoče stihovi iz Juvenalovih Satira u kojima pesnik prikazuje život na Rimskim ulicama:

Iuv. Sat. 3.234–245:
nam quae meritoria somnum
admittunt? magnis opibus dormitur in urbe.
inde caput morbi. raedarum transitus arto
vicorum in flexu et stantis convicia mandrae
eripient somnum Druso vitulisque marinis.
si vocat officium, turba cedente vehetur
dives et ingenti curret super ora Liburna
atque obiter leget aut scribet vel dormiet intus;
namque facit somnum clausa lectica fenestra.
ante tamen veniet: nobis properantibus opstat

unda prior, magno populus premit agmine lumbos
qui sequitur...[1]

Iuv. Sat. 254–261:
...longa coruscat
serraco veniente abies, atque altera pinum
plaustra vehunt; nutant alte populoque minantur.
nam si procubuit qui saxa Ligustica portat
axis et eversum fudit super agmina montem,
quid superest de corporibus? quis membra, quis ossa
invenit? obtritum vulgi perit omne cadaver
more animae.[2]

Rimski pravnici analizirali su različite aspekte akvilijanske odgovornosti polazeći od slučajeva nanošenja imovinske štete u saobraćajnim nesrećama. Oni pri tome polaze najčešće od pitanja: *ko je odgovoran za nastalu štetu u konkretnom slučaju, odnosno ko treba da bude tužen, i kojom tužbom*? Da bi došli do odgovora na ovo pitanje, elaboriraju brojne probleme vezane pre svega za uzročnu vezu između štetne radnje i njene posledice (modernim jezikom rečeno-kazualitet) i subjektivni stav delikventa prema deliktnoj radnji (krivicu).

Za štetu nanetu u saobraćajnoj nezgodi, s obzirom na karakter saobraćajnih sredstava u starom Rimu, potencijalno mogu biti odgovorna različita lica. Ako se radi o drumskoj nesreći, to mogu biti: lice koje upravlja zapregom, jahač ili gonič životinje; treće lice koje ne učestvuje u saobraćaju, ali ga ometa i time izazove nesreću; vlasnik roba koji upravlja vozilom; vlasnik životinje koja izazove nesreću.

Ako je do nesreće došlo usled sudara plovidbenih prevoznih sredstava, potencijalno mogu odgovarati sledeća lica: svi članovi posade broda,

[1] Iuv. Sat. 3.234–245: *Jer kakav san ti omogućuje zakupljeni stan? Ko osim bogataša može spavati u Gradu? To je razlog bolesti! Prolaz kočija krivinama zavojitih ulica i svađa kočijaša u zastoju probudili bi i Druza i morsku telad. Kada bogataša zove dužnost, masa mu se sklanja praveći mu prolaz dok on juri iznad njihovih glava na ramenima Liburnijaca. On za to vreme čita ili piše ili spava, jer ugodno je spavati u zatvorenoj nosiljci! Ali ipak stiže pre; nas koji žurimo zaustavljaju oni ispred, dok nas gomila iza gura...*

[2] Iuv. Sat. 254–261: *...duga borova klada njiše se sa teretnih kola koja dolaze, i druga kola nose jelova stabla; drmaju se na visini i plaše narod. Jer ako pukne osovina onih (kola) koja nose Ligursko kamenje i prevrnuta planina se istrese na masu, šta će ostati od njihovih tela? Ko će prepoznati udove, ko kosti? Leševi svetine nestaju, poput njihovih duša.*

ili samo lice koje njime neposredno upravlja (kormilar), ili vlasnik ovih lica (ako su u pitanju robovi), ili zapovednik (kapetan) broda, ili vlasnik broda.

U ovom radu pokušaćemo da damo pregled slučajeva u kojima se pojavljuje akvilijanska odgovornost za štetu prouzrokovanu u saobraćajnoj nezgodi u rimskom klasičnom pravu, sa ciljem da odgovorimo na sledeća pitanja:

– *Koja od navedenih lica, učesnika u saobraćaju, pod kojim uslovima i u kojim slučajevima odgovaraju po tužbi zbog protivpravne štete za štetu nanetu u saobraćajnoj nesreći?* Da bi smo odgovorili na ovo pitanje, analiziraćemo uslove koji se i inače postavljaju za odgovornost za nastalu štetu po Akvilijevom zakonu (kazualitet, krivica i protivpravnost) u tekstovima o akvilijanskoj odgovornosti koji se odnose na slučajeve prouzrokovanja štete u saobraćajnoj nezgodi.

– *Kako se rešava pitanje konkurencije Akvilijanske tužbe sa drugim tužbama iz kontrakata i delikata u slučaju nanošenja štete u saobraćajnoj nezgodi*?

1. Saobraćajne nezgode u kojima učestvuju zaprege ili jahači.

1.1 Gaženje pešaka od strane zaprege ili jahača. D.9.2.8.1 GAIUS libro septimo ad edictum provinciale *Mulionem quoque, si per imperitiam impetum mularum retinere non potuerit, si eae alienum hominem obtriverint, vulgo dicitur culpae nomine teneri. idem dicitur et si propter infirmitatem sustinere mularum impetum non potuerit: nec videtur iniquum, si infirmitas culpae adnumeretur, cum affectare quisque non debeat, in quo vel intellegit vel intellegere debet infirmitatem suam alii periculosam futuram. idem iuris est in persona eius, qui impetum equi, quo vehebatur, propter imperitiam vel infirmitatem retinere non poterit.* [3]

Ovaj tekst deo je Gajevog fragmenta u kome se raspravlja o akvilijanskoj kulpi. On sledi nakon uvodnog pasusa u kojem se govori o kulpi lekara koji neadekvatno koristi lekove ili zapusti lečenje (D.9.2.8pr).

[3] D.9.2.8.1 GAJ, iz sedme knjige o provincijskom ediktu: *Takođe, ako mazgar zbog nestručnosti nije uspeo da obuzda trzaj mazgi, i ukoliko su one zgazile tuđeg čoveka, obično se kaže da je odgovoran po osnovu nehata. Isto tako se kaže i ako nije mogao da zadrži trzaj mazgi zbog nedostatka snage; ne izgleda neprilično podvesti nedostatak snage pod nehat, jer ne bi trebao da se bavi bilo čime onaj koji pretpostavlja, ili bi morao da pretpostavi, da će njegova slabost u budućnosti predstavljati opasnost za druge. Isto je pravo u ličnosti onoga koji nije mogao obuzdati trzaj konja kojeg je jahao, zbog nestručnosti ili slabosti.*

Gaj u gore citiranom tekstu D.9.2.8.1 navodi dva primera. U prvom, gonič mazgi (*mulio*) nije uspeo da obuzda trzaj mazgi, i one su zgazile nečijeg roba. Iako to nije izričito rečeno, može se zaključiti da se radi o zapregi mazgi, i da je *mulio* kontrolisao mazge uzdama. Prema Gaju, uobičajeno se kaže (*vulgo dicitur*) da gonič odgovara po osnovu kulpe (*culpae nomine*), i to i u slučaju kad nije mogao da zadrži trzaj mazgi, bilo usled nestručnosti (*imperitia*), bilo usled fizičke slabosti (*infirmitas*). I fizička slabost se podvodi pod kulpu, jer lice koje nema fizičke sposobnosti da upravlja zapregom mora da predvidi da bi zbog toga mogla da nastane šteta.

U drugom slučaju, konj je načinio štetu zato što jahač nije mogao da ga obuzda zbog nestručnosti ili slabosti. Gaj kaže da se i u ovom slučaju primenjuju ista pravila kao u prvom.

Treba primetiti da se, iako to nije izričito rečeno, u oba slučaja sasvim sigurno primenjuje tužba iz Akvilijevog zakona. *Actio de pauperie* se svakako ne primenjuje, jer inače rasprava o kulpi ne bi imala smisla.

U centru Gajeve pažnje u ovom tekstu je kulpa. Ovo nije prilika da se naširoko bavimo pitanjem akvilijanske kulpe, kojoj su, u ostalom, posvećeni mnogi specijalizovani radovi,[4] ali ćemo pomenuti nekoliko opštepoznatih, osnovnih principa na kojima se zasniva akvilijanska odgovornost. Kao što je dobro poznato, po Akvilijevom zakonu odgovara se za zlu nameru (*dolus*) i nehat (*culpa*). Pitanje razlike između ova dva stepena krivice nema značaja, kao ni razlika među različitim stepenima kulpe. U svakom slučaju, odgovornost je jednaka. Od značaja je samo utvrđivanje donje granice kulpe, odnosno njeno razlikovanje od slučaja i više sile.

Po Akvilijevom zakonu odgovara se i za najblaži nehat (*In lege Aquilia et levissima culpa venit.*-D.9.2.44pr). Granice kulpe u akvilijanskoj odgovornosti postavljene su mnogo strožije nego u većini kontrakata. Kulpa znači i nepredviđanje onog što se može predvideti, izostanak posebne marljivosti (*diligentia*), i izjednačava se sa nestručnošću (*imperitia*) stručnog lica (*artifex*-a) u kontraktima.[5]

U gore citiranom pasusu D.9.2.8.1 se vidi da se i za upravljanje zapregom zahteva stručnost. Odgovornost mazgara koji ne uspe da obuzda trzaj mazgi zbog nestručnosti ili slabosti izjednačava se sa odgovornošću

[4] O akvilijanskoj kulpi vidi npr.: S. Schipani: *Responsabilità "ex lege Aquilia" – criteri di imputazione e problema della "culpa"*; Università di Torino, Memorie dell'istituto giuridico, serie II, memoria CXXXI, Torino 1969.; R. Robaye: *Remarques sur le concept de faute dans l'interprètation classique de la lex Aquilia*; RIDA XXXVIII, Bruxelles 1991., str. 333–384.; D. Pugsley: *On the Lex Aquilia and Culpa*; Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/Revue d'histoire de droit/The Legal History Review L/1, Antwerpen 1982., str.1–17. M. Talamanca: *Colpa civile (storia)*; Enciclopedia del diritto VII, Milano 1960., str. 517–533.

[5] Talamanca: *op. cit*., str. 519–520.

lekara koji nestručno operiše roba ili ga nemarno leči, pa rob usled toga umre (D.9.2.8pr). Međutim, mazgar može biti odgovoran kako za štetu koja je pričinjena iz neznanja (*imperitia*), tako i zbog one koja je nastala usled njegove fizičke slabosti (*infirmitas*). *Infirmitas* se podvodi pod *imperitia*, jer i u jednom i u drugom slučaju kulpa postoji zato što nije predvideo ono što se u datim okolnostima moglo predvideti: da bi njegova slabost ili neznanje u budućnosti mogli predstavljati opasnost za druge.[6]

1.2 Gaženje pešaka od strane zaprege (drugi slučaj). D.9.2.52.2 ALFENUS libro secundo digestorum *In clivo Capitolino duo plostra onusta mulae ducebant: prioris plostri muliones conversum plostrum sublevabant, quo facile mulae ducerent: inter superius plostrum cessim ire coepit et cum muliones, qui inter duo plostra fuerunt, e medio exissent, posterius plostrum a priore percussum retro redierat et puerum cuiusdam obtriverat: dominus pueri consulebat, cum quo se agere oporteret. respondi in causa ius esse positum: nam si muliones, qui superius plostrum sustinuissent, sua sponte se subduxissent et ideo factum esset, ut mulae plostrum retinere non possint atque onere ipso retraherentur, cum domino mularum nullam esse actionem, cum hominibus, qui conversum plostrum sustinuissent, lege Aquilia agi posse: nam nihilo minus eum damnum dare, qui quod sustineret mitteret sua voluntate, ut id aliquem feriret: veluti si quis asellum cum agitasset non retinuisset, aeque si quis ex manu telum aut aliud quid immisisset, damnum iniuria daret. sed si mulae, quia aliquid reformidassent et muliones timore permoti, ne opprimerentur, plostrum reliquissent, cum hominibus actionem nullam esse, cum domino mularum esse. quod si neque mulae neque homines in causa essent, sed mulae retinere onus nequissent aut cum coniterentur lapsae concidissent et ideo plostrum cessim redisset atque hi quo conversum fuisset onus sustinere nequissent, neque cum domino mularum neque cum hominibus esse actionem. illud quidem certe, quoquo modo res se haberet, cum domino posteriorum mularum agi non posse, quoniam non sua sponte, sed percussae retro redissent.*[7]

---

[6] Robaye: *op. cit.*, str. 364–365. Ovako fina elaboracija problema kulpe bila je razlog da interpolacionistička kritika posumnja u mogućnost da su klasični pravnici mogli da raspravljaju o kulpi na tako uopšten način. J. B. Thayer: *Lex Aquilia (Digest IX, 2, Ad Legem Aquiliam-text, translation and commentary)*; Cambridge 1929. str. 63–65. Ipak, izgleda da nema razloga za sumnju da je fragment D.9.2.8 autentičan. Treba voditi računa o tome da je njegov autor Gaj, kao što je dobro poznato, jedan od retkih klasičnih pravnika koji je bio sklon apstrakciji.

[7] D.9.2.52.2 ALFEN, iz druge knjige Digesta: *Mazge su vukle dvoja natovarena kola uz Kapitolsko brdo; mazgari prvih kola su odostrag pridržavali kola, da bi mazge lakše vukle; u međuvremenu su prva kola krenula unazad, i budući da su mazgari, koji su se nalazili između dvoje kola, izašli iz sredine, druga kola udarena od prvih su krenula unazad i pregazila nečijeg roba. Gospodar roba je pitao koga treba da tuži? Odgovorio sam da*

Način na koji pravnik uvodi slučaj u priču ukazuje na to da se opisani događaj verovatno stvarno dogodio. Na Kapitolskoj strmini (*Clivus Capitolinus*), uzbrdici koja od Foruma vodi na Kapitolsko brdo (i koju i danas ne može da ne uoči bilo koji turista koji poseti Rim) desila se nesreća sa smrtnim ishodom. Jedna zaprega mazgi je skliznula unazad niz strminu, goniči mazgi koji su odnazad pridržavali kola su se izmakli u stranu, kola su udarila u drugo zaprežno vozilo koje je usled udarca i samo otklizilo nizbrdo i pregazilo nečijeg roba. Gospodar roba postavio je pitanje koga treba da tuži? Alfen Var dalje piše da je odgovorio (*respondi-* po ovome se vidi da se ovo stvarno desilo i da je pitanje bilo upućeno samom Alfenu) da rešenje zavisi od okolnosti slučaja. U stvari, Alfen smatra da bi trebalo u potpunosti utvrditi činjenično stanje, i u zavisnosti od njega nudi tri moguća odgovora.

Prva mogućnost je da su nesreću izazvali goniči prvih kola, ukoliko su se izmakli i time izazvali da mazge nisu mogle da zadrže teret, pa su kola zato skliznula.

Druga mogućnost je da su nesreću prouzrokovale mazge koje su vukle prva kola iznenadno ustuknuvši unazad, u kom slučaju može da bude tužen njihov vlasnik.

Treća mogućnost je da nesreću nisu prouzrokovale ni mazge ni ljudi, već su mazge posrnule pod teretom a mazgari se izmakli iz straha da ne budu pregaženi. Tada se smatra da se nesreća dogodila slučajem, i niko ne može biti tužen.

U svakom slučaju, vlasnik drugih mazgi ne može biti tužen, jer su krenule unazad zato što su bile udarene od drugih kola, a ne same od sebe. Pravnik to nije izričito napomenuo, ali se podrazumeva da ne mogu biti tuženi ni njihovi goniči.

---

pravo zavisi od okolnosti; jer ukoliko su se mazgari koji su pridržavali gornja kola sami od sebe izmakli i time izazvali da mazge nisu mogle da zadrže kola i, takođe, da budu povučene samim teretom, nema tužbe protiv vlasnika mazgi, ali ljudi koji su odostrag pridržavali kola mogu biti tuženi po osnovu Akvilijevog zakona; jer ništa manje se ne smatra da je učinio štetu onaj koji je svojom voljom pustio ono što je pridržavao, ukoliko je to nekog povredilo; na primer, ukoliko neko ne bi zadržao magare koje je gonio, učinio je protivpravnu imovinsku štetu, isto kao da je neko iz ruke bacio oružje ili nešto drugo. Ali ako su mazge pustile kola jer ih je nešto preplašilo, a mazgari iz straha da ne budu pregaženi, budući da nije bilo ljudske radnje, treba (tužiti) vlasnika mazgi. A ako uzrok nisu bile ni mazge ni ljudi, već mazge nisu mogle da zadrže teret, ili ako su posrćući od napora pale i stoga su kola krenula unazad, i takođe oni koji su bili iza njih nisu mogli da zadrže teret, ne postoji tužba ni protiv vlasnika mazgi ni protiv ljudi. U svakom slučaju je sigurno to da, kako god stvari stajale, ne može biti tužen vlasnik drugih mazgi, jer nisu same od sebe krenule unazad, već zato što su bile udarene.

Sve u svemu, u centru pažnje pravnika u ovom slučaju je problem uzročno-posledične veze između deliktne radnje i njene posledice (nastale štete), ili, savremenim pravnim jezikom rečeno, problem kazualiteta.[8] Alfen ga rešava na jasan i logičan način, koji ne ostavlja nikakvu nejasnoću. Međutim, nejasnoće postoje uvezi nečeg drugog; postavlja se pitanje, kakvog su karaktera tužbe kojima mogu biti tuženi goniči, odnosno vlasnik mazgi?

Što se tiče goniča, Alfen kaže samo da mogu biti tuženi po Akvilijevom zakonu (*lege Aquilia agi posse*), iz čega bi se na prvi pogled moglo zaključiti da se radi o direktnoj akvilijanskoj tužbi. Međutim, postavlja se pitanje, kako je moguće da se u ovom slučaju smatra da su mazgari naneli štetu sopstvenim telom (*corpore*), što je neophodan uslov za direktnu akvilijansku tužbu?

Naime, dobro je poznato da se po tužbi iz Akvilijevog zakona odgovara samo za štetu koju je delikvent naneo sopstvenim telom (*corpore suo*), odnosno, savremenim jezikom rečeno, ukoliko postoji neposredni kazualitet. Ukoliko je šteta naneta na drugi način (*alio modo*), tj. ako postoji posredni kazualitet, daje se tužba *in factum*, odnosno *ad exemplum legis aquiliae*.[9] Alfen kaže da, ukoliko se utvrdi da se nesreća dogodila zato što su goniči mazgi pustili kola koja su pridržavali, postoji tužba iz Akvilijevog zakona. Da su kola koja su oni pustili pregazila roba, to ne bi izazvalo naročiti problem: pravnik kaže da je kad neko ispusti predmet koji je držao to isto kao da je rukom bacio oružje. U izvorima nalazimo i druge primere iz kojih se vidi da se u situaciji kada neko ispusti predmet iz ruke daje direktna akvilijanska tužba.[10]

Međutim, kola koja su goniči mazgi pustili udarila su u druga kola, pa su ta druga kola usled udarca skliznula niz strminu i pregazila roba, a

---

[8] P. Ziliotto: *L'imputazione del danno aquiliano – tra iniuria e damnum corpore datum*; Milano 2000., str. 116.

[9] Da li su izrazi *actio in factum, actio utilis* i *actio ad exemplum legis aquiliae* bili sinonimi ili ne, kakvo je njihovo tačno značenje, i da li je neki od ovih izraza unet kasnijim interpolacijama, pitanje je kojim se sada nećemo baviti. Od brojnih dela koja su posvećena ovom problemu, pomenućemo sledeća: B. Albanese: *Studi sulla legge Aquilia*; Annali del Seminario giuridico della Università di Palermo XXI, Palermo 1950., str. 5–349.; E. Valino: *Acciones pretorias complementarias de la acciòn civil de la ley Aquilia*, Pamplona 1973.; R. Sotty: *Les actions qualifièes d' "utiles" en droit classique*; LABEO 2/25, Napoli 1979., str. 139–162.; U. Von Lübtow: *Untersuchungen zur Lex Aquilia de Damno iniuria dato*; Berliner Juristische Abhandlungen, Band 23, Berlin 1971, str. 135. i dalje; Ziliotto: *op. cit.,* str. 59–99. 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.

[10] Vidi npr.: D.9.2.11pr; D.9.2.11.4; D.9.2.31.

Alfen ipak kaže da se protiv vozača koji su pustili kola daje tužba iz Akvilijevog zakona.

Uporedimo ovo rešenje sa rešenjem iz jednog drugog teksta:

D.9.2.7.3 ULPIANUS libro octavo decimo ad edictum *Proinde si quis alterius impulsu damnum dederit, Proculus scribit neque eum qui impulit teneri, quia non occidit, neque eum qui impulsus est, quia damnum iniuria non dedit: secundum quod in factum actio erit danda in eum qui impulit*.[11]

Ovde se takođe raspravlja o situaciji kada neko pričini štetu na taj način što gurne neki objekat, pa taj objekat pričini štetu udarivši u neki drugi. Neko lice je gurnuto od strane drugog, udarilo je u treće lice i ubilo ga. Onaj koji je gurnut, naravno, nije odgovoran, kao što ni u slučaju mazgi na Kapitolskoj strmini nisu odgovorni goniči drugih kola, niti vlasnik mazgi koje su u njih bile upregnute. Međutim, u tekstu D.9.2.7.3 ni onaj koji je gurnuo čoveka na drugog, i time izazvao da taj drugi umre, ne odgovara po tužbi iz Akvilijevog zakona, nego po tužbi *in factum*, sasvim izvesno zbog toga što štetu nije naneo svojim telom. Kako to da Alfen o ovome ne vodi računa?

Po nekim autorima, pretklasični pravnici su slobodnije tumačili pojam neposrednog kazualiteta, jer tada još nisu postojale pretorske tužbe *in factum*, te su se trudili da što veći broj slučajeva podvedu pod neposredni kazualitet. Klasični pravnici za time više nisu imali potrebe, te otuda razlika između mišljenja Alfena Vara i Ulpijana. [12]

Postoji i mišljenje da je Ulpijanov tekst D.9.2.7.3 interpolisan od strane Justinijanovih kompilatora.[13]

Ipak, ne može se sa sigurnošću tvrditi da je tužba *in factum* za oštećenje stvari *non corpore* uvedena nakon Alfena Vara. Što se tiče teorije da je uvedena tokom klasičnog perioda, i da odatle potiču razlike u stavovima između Ulpijana i Vara, treba napomenuti da tekst D.9.2.7.3 jeste Ulpijanov, ali on u njemu citira Prokula, što bitno menja stvar, jer razlika

[11] D.9.2.7.3 ULPIJAN, iz osamnaeste knjige o ediktu: *Stoga, ako neko ko je gurnut od strane drugoga pričini štetu, Prokul piše da niti je odgovoran onaj koji ga je gurnuo, jer nije ga on ubio, niti onaj koji je gurnut, jer nije protivpravno pričinio štetu; u skladu sa tim, trebalo bi dati tužbu in factum protiv onog koji je gurnuo.*

[12] A. Watson: *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*; Oxford 1965., str. 243. Ovo mišljenje među domaćim autorima prihvata Milena Polojac (M. Polojac: *ACTIO DE PAUPERIE and Liability for Damage Caused by Animals in Roman Law*; Belgrade 2003., str. 185–186., nap. 508.).

[13] Ovu tezu zastupa naročito Albaneze, da bi podržao svoju teoriju da je klasična *actio utilis ex lege Aquilia* u Justinijanovo vreme zamenjena sa *actio in factum*. Albanese: *op. cit.;* str. 101–107.

između Ulpijana i Vara bi bila preko dva veka, dok je razlika u vremenima kada su delovali Var i Prokul svega nekoliko decenija. Dakle, tužba protiv kočijaša koji su pustili kola mogla bi biti *actio in factum ex lege Aquilia*. Ipak, pri sadašnjem stanju izvora nije moguće dati konačni odgovor na ovo pitanje.

Drugo nejasno pitanje u vezi sa slučajem mazgi na Kapitolskoj strmini je: koja tužba se daje protiv vlasnika prvih mazgi, ukoliko su one izazvale nesreću? Var kaže samo da vlasnik mazgi može biti tužen – *cum domino mularum esse (actionem)*, ali ne kaže kojom tužbom.

Postoji mišljenje da se protiv vlasnika mazgi može pokrenuti Akvilijanska tužba ukoliko je znao za manu mazgi.[14] Ovo mišljenje ne može se prihvatiti, pre svega zato što se u navedenom slučaju ne vidi da je do nesreće došlo zbog neke mane mazgi. Var izričito navodi samo mogućnost da gospodar bude tužen zbog toga što ih je nešto preplašilo. Radi se o tipičnom *motus*-u, iznenadnom trzaju ili nepredviđenom kretanju životinje, koji predstavlja najčešći osnov za *actio de pauperie*. Dakle, moramo zaključiti da u ovom slučaju vlasnik odgovara po osnovu *actio de pauperie*.[15]

Ukoliko je do nesreće došlo zbog nepredviđenog kretanja mazgi, njihovi goniči nisu odgovorni; odgovara isključivo vlasnik mazgi. Kočijaši odgovaraju samo ako je do nesreće došlo zbog toga što su pustili kola koja su pridržavali, a nisu odgovorni zbog toga što nisu uspeli da obuzdaju nepredviđeno kretanje životinje. Uočava se razlika u odnosu na Gajev tekst D.9.2.8.1 koji smo ranije komentarisali, u kome se predviđa odgovornost mazgara za štetu nastalu usled toga što nije uspeo da obuzda kretanje mazgi zbog nestručnosti ili slabosti. Izgleda da razlika postoji zato što u slučaju mazgi na Kapitolskoj strmini goniči nisu imali fizičku kontrolu nad životinjama, jer ih u momentu nesreće nisu držali uzdama, budući da su pridržavali kola od nazad.

1.3 Pad konjanika. D.9.2.9.3 ULPIANUS libro octavo decimo ad edictum *Si servum meum equitantem concitato equo effeceris in flumen praecipitari atque ideo homo perierit, in factum esse dandam actionem Ofilius scribit: quemadmodum si servus meus ab alio in insidias deductus, ab alio esset occisus.* [16]

---

[14] N. Natali: *La legge Aquilia*; Roma 1896., str. 47.

[15] U prilog ovom mišljenju, vidi: Polojac: *op. cit.*, str. 42.

[16] D.9.2.9.3 ULPIJAN, iz osamnaeste knjige o ediktu: *Ako uplašiš konja na kome jaše moj rob i time izazoveš da on padne u reku, i kao posledica toga čovek premine, Ofilije piše da treba dati tužbu in factum; kao i ako bi moj rob bio od jednog doveden u zasedu, a od drugog ubijen.* Po nekim autorima ovaj fragment je interpolisan (Albanese: *op. cit.,* str. 120–123.). Međutim, iako nije isključena mogućnost da je izvesnih intervencija u tekstu bilo, mišljenja smo da njegov smisao nije promenjen.

Ulpijan citira Ofilija koji navodi jedan slučaj (verovatno hipotetički) u kome neko lice izazove pad roba sa konja tako što uplaši životinju na kojoj je rob jahao, i time izazove pogibiju roba.

Ovaj tekst ne postavlja naročite teškoće za analizu. Do nesreće nije došlo greškom samog roba, niti iznenadnim i ničim izazvanim pokretom životinje (*motus*), nego usled toga što je treće lice uplašilo životinju. U skladu s time, šteta se ne može pripisati krivici nastradalog, niti se može upotrebiti *actio de pauperie* protiv vlasnika konja, nego će biti tuženo lice koje je uplašilo životinju. Međutim, u ovom slučaju neće se koristiti direktna akvilijanska tužba, već *actio in factum*, jer šteta nije naneta *corpore.*

1.4 Sudar konjanika. D.9.2.57 IAVOLENUS libro sexto ex posterioribus Labeonis *Equum tibi commodavi: in eo tu cum equitares et una complures equitarent, unus ex his irruit in equum teque deiecit et eo casu crura equi fracta sunt. Labeo negat tecum ullam actionem esse, sed si equitis culpa factum esset, cum equite: sane non cum equi domino agi posse. verum puto.*[17]

U ovom tekstu Javolen citira Labea koji navodi sledeći slučaj. Jedno lice jahalo je na konju uzetom na poslugu. Nekoliko drugih konjanika jahalo je zajedno sa njime, i jedan od njih je, očigledno svojom krivicom, naleteo na njega. Pri tome je konjanik zbačen sa konja (ne kaže se da je i povređen), a konju kojeg je uzeo na poslugu su slomljene noge. Problem ovog slučaja je: koga vlasnik konja treba da tuži? Po mišljenju Labea, sa kojim se slaže i Javolen, konjanik koji je jahao posuđenog konja ne može biti tužen, kao ni vlasnik drugog konja; treba da bude tužen konjanik koji je nasrnuo na prvog jahača, ukoliko se to dogodilo njegovom krivicom.

Konjanik koji je jahao posuđenog konja ne može biti tužen ni po osnovu kontrakta ni po osnovu delikta, jer šteta nije nastala njegovom krivicom. Treba da bude tužen jahač koji je svojom krivicom nasrnuo na njega. Nije rečeno kojom tužbom, ali je očigledno da se radi o *actio damni iniuriae*.

Ono što deluje čudno jeste to što Labeo samouvereno isključuje bilo kakvu mogućnost da vlasnik konja koji je nasrnuo bude tužen (misleći, dakako, na *actio de pauperie*, mada to ne kaže izričito): *naravno da vlasnik konja ne može biti tužen – sane non cum equi domino agi posse*. Neki autori to čak pripisuju interpolaciji Justinijanovih kompilatora.[18] Ipak, treba vo-

[17] D.9.2.57 JAVOLEN, iz šeste knjige o Labeovim sledbenicima: *Dao sam ti konja na poslugu; kada si na njemu jahao, i drugi su jahali sa tobom, i jedan od njih nasrne na konja i tebe zbaci, i tom prilikom su slomljene noge konju. Labeo negira da protiv tebe imam bilo kakvu tužbu, ali ako se to dogodilo krivicom konjanika, protiv konjanika (imam tužbu); razume se da ne mogu tužiti vlasnika konja. Smatram da je ovo tačno.*

[18] Thayer: *op. cit.,* str. 121.

diti računa o tome da su klasični pravnici davali *actio de pauperie* kao subsidijarnu tužbu, koja se primenjuje onda kada nije moguća primena tužbe iz Akvilijevog zakona, tj. kada nema krivice čoveka.[19] U slučaju kada neko naleti svojim konjem na drugog jahača, konj koga je jahao shvata se samo kao njegovo oruđe.[20] U skladu se time, nema nikakve sumnje da klasični pravnici u ovom slučaju smatraju da je šteta naneta *corpore*, i u skladu sa time daju *actio legis Aquiliae directa*, a ne tužbu *in factum*.

2. Povreda tovarne životinje ili životinje koja je gonjena

2.1 Povreda tovarne životinje. D.9.2.27.23 ULPIANUS libro octavo decimo ad edictum *Et si mulum plus iusto oneraverit et aliquid membri ruperit, Aquiliae locum fore.*[21]

Smisao ovog kratkog teksta koji nalazimo u poglavlju Digesta *Ad legem Aquiliam* (9.2) je da će u slučaju da neko natovari mazgu više nego što je ispravno, i usled toga se životinja povredi, lice koje ju je pretovarilo odgovarati vlasniku mazge po tužbi iz Akvilijevog zakona. Naravno, ovde se radi o situaciji kada je neko koristio tuđu mazgu za nošenje tereta.

Odgovornost postoji ukoliko je mazga natovarena više nego što je ispravno (*plus iusto*). Dakle, odgovornost mazgara je i u ovom slučaju zasnovana na *imperitia*. Onaj koji vodi mazgu mora biti sposoban da proceni koliko sme da je bezbedno natovari.

Ulpijan to ne kaže izričito, ali se podrazumeva da je u ovom slučaju moguća i tužba iz kontrakta.[22] U tom slučaju može se postaviti pitanje odnosa ove dve tužbe, jer lice koje vodi životinju ne mora biti isto ono koje je zaključilo kontrakt. Iz jednog teksta koji nalazimo u poglavlju Digesta *Locati conducti* (19.2) vidi se da je u takvom slučaju moguća i tužba iz kontrakta protiv lica koje je zaključilo kontrakt, i tužba iz Akvilijevog zakona protiv lica koje ju je pretovarilo u time izazvalo povredu:

D.19.2.30.2 ALFENUS libro tertio digestorum a Paulo epitomatorum *Qui mulas ad certum pondus oneris locaret, cum maiore onere conductor eas rupisset, consulebat de actione. respondit vel lege Aquilia vel ex loca-*

[19] Detaljnije o konkurenciji *actio de pauperie* i *actio legis Aquiliae* vidi u: Polojac: *op. cit.*, str. 183–193.

[20] Polojac: *op. cit.*, str. 189.

[21] D.9.2.27.23 ULPIJAN, iz osamnaeste knjige o ediktu: *I ukoliko bi mazgu natovario više nego što je ispravno i slomio joj neki ud, biće mesta Akviliji.*

[22] Robaye: *op. cit.*, str. 355–356.

to recte eum agere, sed lege Aquilia tantum cum eo agi posse, qui tum mulas agitasset, ex locato etiam si alius eas rupisset, cum conductore recte agi.[23]

Ako neko pretovari zakupljenu mazgu i ona se povredi, moguća je kako tužba iz zakupa, tako i tužba iz delikta, ali tužba iz zakupa u svakom slučaju postoji protiv zakupca, a tužba iz Akvilijevog zakona protiv onog koji ju je vodio i neposredno prouzrokovao njenu povredu.[24]

2.2 Povreda tovarne životinje i njenog goniča. D.9.2.27.34 ULPIANUS libro octavo decimo ad edictum *Si quis servum conductum ad mulum regendum commendaverit ei mulum ille ad pollicem suum eum alligaverit de loro et mulus eruperit sic, ut et pollicem avelleret servo et se praecipitaret, Mela scribit, si pro perito imperitus locatus sit, ex conducto agendum cum domino ob mulum ruptum vel debilitatum, sed si ictu aut terrore mulus turbatus sit, tum dominum eius, id est muli, et servi cum eo qui turbavit habiturum legis Aquiliae actionem. mihi autem videtur et eo casu, quo ex locato actio est, competere etiam Aquiliae.*[25]

U ovom tekstu Ulpijan prepričava jedan slučaj koji je rešio pravnik Mela. Činjenično stanje je sledeće. Rob je uzet u zakup da bi odveo mazgu. Povodac životinje koja mu je poverena rob je vezao za palac svoje ruke. Mazga se survala u provaliju i ujedno otrgla palac robu.

Po mišljenju Mele, zakupodavac može biti tužen kontraktnom tužbom od strane zakupca zbog povrede mazge, ukoliko je iznajmljen neiskusan rob umesto iskusnog, i ukoliko se nesreća dogodila zbog njegovog neznanja. Međutim, ukoliko je do nesreće došlo zbog toga što je neko treće lice uplašilo mazgu, te se ona usled toga survala u provaliju, onda i vlasnik roba i vlasnik mazge mogu da tuže to treće li-

[23] D.19.2.30.2 ALFEN, iz treće knjige digesta skraćenih od strane Paula: *Neko ko je dao u najam mazge da bi bile natovarene tačno određenim teretom; budući da ih je zakupac većim teretom (od ugovorenog) povredio, pitao je uvezi tužbe. Odgovorio sam da je ispravno tužiti ga bilo (tužbom) iz Akvilijevog zakona, bilo iz zakupa, ali po Akvilijevom zakonu može biti tužen samo onaj, koji je gonio mazge, dok je (tužbom) iz zakupa ispravno tužiti i ako ih je neko drugi povredio.*

[24] Robaye: *op. cit.*, str. 354–355.

[25] D.9.2.27.34 ULPIJAN, iz osamnaeste knjige o ediktu: *Ako neko robu uzetom u najam poveri da vodi mazgu, pa on tu mazgu veže povodcem za svoj palac, i mazga se trgne tako da i iščupa palac robu i sebe strmoglavi, Mela piše, ako je umesto iskusnog iznajmljen neiskusan, na osnovu najma treba tužiti gospodara zbog povrede ili osakaćenja mazge, ali ako je mazga bila uplašena udarcem ili zastrašivanjem, tada njen vlasnik, tj mazgin, kao i (vlasnik) roba, treba da imaju tužbu na osnovu Akvilijevog zakona protiv onoga koji ju je uplašio. Meni se, međutim, čini da bi i u onom slučaju u kojem postoji tužba na osnovu najma trebala da postoji isto tako i Akvilijanska.*

ce tužbom iz Akvilijevog zakona zbog povreda nanetih robu, odnosno mazgi. Činjenica da je rob neiskusan u gonjenju mazgi u tom slučaju nema značaja, jer do nesreće nije došlo zbog njegovog neznanja, već krivicom trećeg lica.[26]

Ulpijan smatra da i u situaciji kada je moguća kontraktna tužba, tj. kada je do nesreće došlo usled nestručnosti roba, a ne krivice trećeg lica, vlasniku mazge treba dati i akvilijansku tužbu, svakako protiv gospodara roba, tj. zakupodavca.

Interpolacionistička kritika je smatrala da su delovi ovog paragrafa koji se odnose na tužbu iz kontrakta delo Justinijanovih kompilatora,[27] ali izgleda da za ovakvu skepsu nema mesta. Naime, potpuno je logično da se protiv zakupodavca daje kontrakna tužba, jer on nije ispunio svoju obavezu iz kontrakta. Za pretpostaviti je da je bilo ugovoreno da u najam bude dat gonič mazgi, a ne bilo kakav rob. A čovek koji smatra da će krupnu i snažnu životinju moći zadržati tako što će je vezati za jedan prst, ne samo da nije iskusan mazgar, već očigledno uopšte nije gonič mazgi po profesiji![28]

Takođe, nepominjanje *actio de pauperie* ne treba da čudi, jer je rob izgubio prst usled svojeg neznanja, ili krivice trećeg lica, a ne usled iznenadnog neuobičajenog ponašanja (*motus*), ili probuđene divljine (*commota feritas*) životinje.

Glavnu nejasnoću u ovom tekstu predstavlja karakter akvilijanske tužbe. Naime, Mela kaže, a sa njime se slaže i Ulpijan, da, ukoliko je nesreća izazvana time što je neko treće lice uplašilo mazgu, i vlasnik roba i vlasnik mazge mogu da ga tuže akvilijanskom tužbom zbog povreda koje su pretrpeli rob, odnosno životinja. Iako to ni Ulpijan ni Mela ne kažu izričito, treba smatrati da se ovde u stvari radi o tužbi *in factum* odnosno *ad exemplum legis Aquiliae*,[29] jer delikvent nije naneo štetu neposredno svojim telom. U jednom drugom Ulpijanovom tekstu koji smo ranije analizirali (D.9.2.9.3), on citira pravnika Ofilija koji kaže da će se u slučaju kada neko uplaši konja i time izazove pad jahača dati tužba *in factum*. Nema razloga da sumnjamo da bi u slučaju kada uplaši mazgu i time izazove povredu bilo nje same, bilo njenog goniča, bilo drugačije.

Ulpijan smatra da i u slučaju kada postoji tužba iz kontrakta treba da postoji i akvilijanska tužba. Iako bi se i ovde na prvi pogled reklo da se radi o direktnoj tužbi iz Akvilijevog zakona po osnovu *culpa in eli-*

[26] Ziliotto: *op. cit.,* str. 123.
[27] Thayer: *op. cit.,* str. 96–97.
[28] Robaye: *op. cit.*, str. 351–352., nap. 38.
[29] Thayer, *ibid.*

gendo, izgleda da je Ulpijan imao u vidi noksalnu tužbu.[30] Naime, ni po direktnoj tužbi, ni po tužbi *in factum*, zakupodavac ne može biti odgovoran, jer nije izazvao štetu niti neposredno svojim telom, niti posredno. On može biti tužen samo noksalno, po osnovu objektivne okolnosti da je vlasnik roba koji je izazvao štetu. Međutim, odgovornost će se u ovom slučaju procenjivati po istim kriterijumima kao da je gonič mazgi bio slobodan čovek. Ukoliko je do nesreće došlo zbog neznanja ili fizičke slabosti roba, njegov gospodar će biti odgovoran. Dakle, kriterijum za procenu kulpe isti je kao i u slučaju kada je gonič mazgi slobodan čovek (kao što smo videli u ranije citiranom tekstu D.9.2.8.1).

Na kraju, recimo i to da u slučaju kada bi vlasnik mazge mogao da tuži gospodara roba i deliktnom i kontraktnom tužbom, ipak ne bi mogao da dobije dvostruko zadovoljenje, jer presuda po osnovu jedne od te dve tužbe isključuje drugu. To se može zaključiti po osnovu analogije sa nekim drugim tekstovima, u kojima se kaže da u slučaju konkurencije akvilijanske tužbe sa tužbom iz kontrakta, *ako je stvar presuđena jednom tužbom, po osnovu druge više ne treba postupati* (*si uno iudicio res esset iudicata, altero amplius non agendum*-D.9.2.27.11).

2.3 Povreda životinja koje su gonjene u krdu. D.9.2.53 NERATIUS libro primo membranarum *Boves alienos in angustum locum coegisti eoque effectum est, ut deicerentur: datur in te ad exemplum legis Aquiliae in factum actio.*[31]

Ukoliko je neko gonio tuđe volove po uzanom putu, i time izazvao da se survaju sa puta i povrede se ili uginu, protiv njega se daje tužba *ad exemplum legis Aquiliae*, tj. *actio in factum*. Direktne akvilijanske tužbe ovde nema, jer gonič stoke nije naneo štetu sopstvenim telom. Naime, za razliku, na primer, od goniča mazgi ili jahača na konju, gonič volova nema neposrednu fizičku kontrolu nad životinjom, i može samo da je usmerava povicima i udarcima.

Sa aspekta kulpe, ovaj tekst ne postavlja naročite teškoće. Gonič stoke je odgovoran zbog toga što je nepravilno i nestručno usmeravao stoku na nebezbedno mesto i time izazvao nesreću.

Recimo i to da je u ovom slučaju, pored deliktne, verovatno bila moguća i tužba iz kontrakta,[32] jer je izvesno da je gonič stoke bio u kontraktnom odnosu sa vlasnikom stoke.

---

[30] Thayer, *ibid.*

[31] D.9.2.53 NERACIJE, iz prve knjige pergamenata: *Vodio si tuđe volove preko uzanog mesta i time izazvao da su se strmoglavili; protiv tebe se daje, umesto po Akvilijevom zakonu, tužba in factum.*

[32] Robaye: *op. cit.*, str. 355–356.

3. Sudar plovila

3.1 Sudar broda i čamca. D.9.2.29.2 ULPIANUS libro octavo decimo ad edictum *Si navis tua inpacta in meam scapham damnum mihi dedit, quaesitum est, quae actio mihi competeret. et ait Proculus, si in potestate nautarum fuit, ne id accideret, et culpa eorum factum sit, lege Aquilia cum nautis agendum, quia parvi refert navem immittendo aut serraculum ad navem ducendo an tua manu damnum dederis, quia omnibus his modis per te damno adficior: sed si fune rupto aut cum a nullo regeretur navis incurrisset, cum domino agendum non esse.*[33]

U ovom tekstu, Ulpijan postavlja pitanje, koju tužbu može da koristi vlasnik čamca koji je oštećen usled toga što je na njega naleteo brod? Prokul je u takvoj situaciji odgovorio da, ukoliko je bilo u moći mornara da se to ne dogodi, a dogodilo se njihovom krivicom, mornari mogu biti tuženi tužbom iz Akvilijevog zakona.

Da li se ovde radi o direktnoj akvilijanskoj tužbi, ili tužbi *in factum*? Izgleda da je reč o *actio legis Aquiliae directa*, a ne *in factum*, jer se, prema Prokulu, ovde radi o šteti koja je naneta neposredno. Ukoliko je neko imao fizičku kontrolu nad brodom, šteta koju je naneo brod udarivši u neki objekat smatra se da je naneta samim telom onog ko je njime upravljao, *jer malo ima značaja da li si naneo štetu navodeći brod, ili upravljajući kormilom broda, ili sopstvenom rukom, jer u svim ovim slučajevima štetu dovodim u vezu s tobom* (*quia parvi refert navem immittendo aut serraculum ad navem ducendo an tua manu damnum dederis, quia omnibus his modis per te damno adficior*- D.9.2.29.2). Ukoliko neko ošteti tuđu stvar brodom koji je držao za kormilo, smatra se kao da je naneo štetu svojom rukom, jer se bilo koji predmet koji čovek fizički drži ili nad kojim ima potpunu kontrolu, bila to palica, ili brod, ili životinja na povodcu, smatra za produžetak njegovog tela. Dakle, nema sumnje da je šteta nastala usled sudara sa brodom naneta *telom* (*corpore*) onih koji su upravljali brodom.

Međutim, ukoliko je šteta nastala usled sudara sa brodom koji je otplovio usled pucanja sidrenog ili priveznog konopca (*fune rupto*), ili usled sudara sa brodom kojim niko nije upravljao (*a nullo regeretur*-misli se verovatno na brod koji je napušten bez ičije krivice[34]), vlasnik broda

---

[33] D.9.2.29.2 ULPIJAN, iz osamnaeste knjige o ediktu: *Ako mi je tvoj brod načinio štetu udarivši u moj čamac, postavlja se pitanje koja mi je tužba pripadala? I Prokul kaže, ako je bilo u moći mornara da se to ne dogodi, i ako se desilo zbog njihovog nemara, mornare treba tužiti na osnovu Akvilijevog zakona; jer malo ima značaja da li si naneo štetu navodeći brod, ili upravljajući kormilom broda, ili sopstvenom rukom, jer u svim ovim slučajevima štetu dovodim u vezu s tobom; ali ako se sudario usled pucanja konopca, ili sa brodom kojim niko nije upravljao, vlasnik ne može biti tužen.*

[34] Thayer: *op. cit.*, str. 98.

ne može biti tužen. Jasno je da vlasnik broda ne može biti tužen zbog toga što je njegov brod, bez njegove krivice, načinio štetu. Naime, radi se o neživom predmetu, te noksalna odgovornost ne dolazi u obzir. Ni u slučaju kada je do sudara došlo krivicom mornara ne spominje se mogućnost eventualne akvilijanske odgovornosti vlasnika broda, već samo odgovornost mornara. Naravno, podrazumeva se da, ukoliko se radi o robovima, umesto njih noksalno odgovara njihov gospodar.

3.2 Zaplitanje broda u mreže ili konope drugog broda. D.9.2.29.3 ULPIANUS libro octavo decimo ad edictum *Item Labeo scribit, si, cum vi ventorum navis impulsa esset in funes anchorarum alterius et nautae funes praecidissent, si nullo alio modo nisi praecisis funibus explicare se potuit, nullam actionem dandam. idemque Labeo et Proculus et circa retia piscatorum, in quae navis piscatorum inciderat, aestimarunt. plane si culpa nautarum id factum esset, lege Aquilia agendum. sed ubi damni iniuria agitur ob retia, non piscium, qui ideo capti non sunt, fieri aestimationem, cum incertum fuerit, an caperentur. idemque et in venatoribus et in aucupibus probandum.*[35]

U ovom važnom i poznatom tekstu Ulpijan navodi tri slučaja, verovatno hipotetička.

U prvom, Labeo kaže da, ukoliko se pod naletom vetra brod zapetlja u sidrene konope drugog broda, i mornari, budući da ni na jedan drugi način nisu mogli osloboditi svoj brod, preseku konope, vlasnik broda čiji su sidreni konopi isečeni ne može dobiti odštetu ni jednom tužbom.

U drugom slučaju, brod se pod sličnim okolnostima, bez krivice mornara, zapetljao u ribarske mreže. Labeo i Prokul smatraju da i ovom slučaju, ukoliko ih mornari iseku, ne mogu biti tuženi.

Za treći pretpostavljeni slučaj nije jasno da li predstavlja nastavak Ulpijanovog citata od Labea i Prokula, ili mišljenje samog Ulpijana (ova druga mogućnost deluje verovatnije). Ukoliko se brod zapetljao u mreže krivicom mornara, oni mogu biti tuženi tužbom iz Akvilijevog zakona, ali samo za štetu nanetu na mrežama, a ne i za gubitak ribe koja zbog toga nije uhvaćena, jer je nemoguće napraviti procenu štete u pogledu ribe.

---

[35] D.9.2.29.3 ULPIJAN, iz osamnaeste knjige o ediktu: *Zatim, Labeo piše, ukoliko je brod snagom vetra bio nanet u sidrene konope drugog (broda), i mornari preseku konope, ako (brod) nije mogao biti oslobođen ni na jedan drugi način osim rasecanjem konopa, ne treba dati tužbu. Isto smatraju Labeo i Prokul i u pogledu ribarskih mreža u koje se zapetljao ribarski brod. Naravno, ukoliko se to dogodilo nemarom mornara, treba tužiti na osnovu Akvilijevog zakona. Ali, kada se tuži zbog protivpravne štete, treba praviti procenu u pogledu mreža, a ne ribe koja zbog toga nije uhvaćena, budući da nije bilo izvesno da li bi bila uhvaćena. Isto treba reći i u pogledu lovaca i lovaca na ptice.*

Ovaj pasus uglavnom je poznat zbog pitanja: zašto riba u mrežama ne ulazi u procenu štete? Rešenje ovog pitanja od značaja je za postavljanje granice izgubljene dobiti koja se može naplatiti po *actio damni iniuriae*. Ovaj problem prevazilazi okvire ovog rada, jer se uklapa u širu problematiku akvilijanske odgovornosti uopšte. Zato se njime nećemo baviti.[36]

Ukoliko se brod zapetljao u konope ili mreže drugog broda krivicom mornara, oni odgovaraju po osnovu akvilijanske tužbe. Međutim, situacija je nešto složenija u prva dva navedena slučaja, ukoliko se to dogodilo bez krivice mornara, npr. usled oluje. Da je brod jednostavno pokidao konope ili mreže u koje se zapleo pod naletom vetra, tu ne bi bilo nejasnoća; mornari nisu odgovorni, jer se to dogodilo usled više sile, kojoj se nisu mogli suprotstaviti čak ni uz najveću veštinu i marljivost. Međutim, ovde bi se na prvi pogled reklo da šteta nije nastala neposredno pod dejstvom više sile. Mornari su isekli mreže, odnosno konope da bi oslobodili svoj brod koji se u njih zapleo pod dejstvom više sile. Labeo i Prokul kažu, a izgleda da njihovo mišljenje deli i Ulpijan, da oni ne mogu odgovarati ni po jednoj tužbi. Zbog čega? Da li se radi o onome što mi danas nazivamo postupanjem u stanju nužde, tj. o oštećenju dobra nekog trećeg lica da bi se izbegla šteta po sopstveno dobro veće vrednosti?

Izgleda da u slučaju sečenja konopa ili mreža u D.9.2.29.3 rimski pravnici nisu smatrali da je šteta u stanju nužde. Naime, Labeo kaže da mornari nisu bili odgovorni ukoliko su isekli konope jer se *nisu mogli osloboditi ni na jedan drugi način osim presecanjem konopa* (*nullo alio modo nisi praecisis funibus explicare se potuit*). Dakle, konopi (odnosno mreže) su postali neupotrebljivi od momenta kada se brod u njih upetljao, a ne od momenta kada su isečeni. I da su mornari napustili brod i jednostavno ga ostavili upetljanog u kablove ili mreže, oni bi isto tako ostali neupotrebljivi, a isto bi se dogodilo i da je brod potonuo. Dakle, time što su svoj brod oslobodili presecanjem konopa, oni ništa nisu pogoršali. Šteta je naneta neposredno višom silom, vetrom usled koga se brod upetljao, a ne radnjom mornara. [37]

---

[36] Vidi o tome npr.: A. Rodger: *Labeo, Proculus, and the Ones tha Got Away;* The Law Quarterly Review 88/1972., str. 402–413. O problemu kazualiteta u ovom sluačaju vidi i: K. Visky: *Die Frage der Kasualität aufgrung des D.9.2 (ad legem Aquiliam)*; Revue internationale des droits de l'antiquitè 3/XXVI, Bruxelles 1979., str. 482–483.

[37] Ipak, treba napomenuti da mnogi romanisti smatraju da su rimski pravnici postupak mornara u ovom slučaju opravdavali krajnjom nuždom. Vidi npr.: A. Wacke: *Notwehr und Notstand bei der aquilischen Haftung;* Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtgeschichte 106/1989., str. 494–498.; Robaye: *op. cit.*, str. 376–377.

3.3 Sudar brodova. D.9.2.29.4 ULPIANUS libro octavo decimo ad edictum *Si navis alteram contra se venientem obruisset, aut in gubernatorem aut in ducatorem actionem competere damni iniuriae Alfenus ait: sed si tanta vis navi facta sit, quae temperari non potuit, nullam in dominum dandam actionem: sin autem culpa nautarum id factum sit, puto Aquiliae sufficere.*[38]

I u ovom tekstu nalazimo nekoliko hipotetičkih slučajeva.

Ulpijan najpre citira Alfena, koji navodi situaciju kada jedan brod udari u drugi *koji dolazi iz suprotnog smera* (*contra se venientem*). Alfen kaže da se u takvoj situaciji daje tužba zbog protivpravne štete (*actionem competere damni iniuriae*) protiv *gubernator*-a ili *ducator*-a broda.

Ostatak teksta je Ulpijanov komentar na Alfenovo mišljenje. Izvesna konfuznost Ulpijanove antiteze navodi na pomisao da je ovaj poslednji deo paragrafa možda skraćen od strane Justinijanovih kompilatora, ali smisao izvornog teksta pri tome najverovatnije nije izmenjen.[39] Ulpijan navodi drugi hipotetički slučaj, u kome se dogodila ista vrsta nezgode, ali usled naleta vetra, zbog kojeg se brod nije mogao zaustaviti. Ulpijan kaže da se u tom slučaju protiv vlasnika broda ne može podići nikakva tužba. U stvari, Ulpijan ovde želi da podvuče da vlasnik nežive stvari ne može da odgovara za štetu koja je tom stvari naneta bez njegove krivice, za razliku od štete koju nanesu robovi ili životinje. Podrazumeva se da ne postoji ni akvilijanska tužba protiv mornara, jer se to nije dogodilo njihovim nemarom, već višom silom. U ovakvom slučaju, dakle, niko ne odgovara, i vlasnik oštećenog broda neće moći dobiti odštetu. Na kraju, Ulpijan se vraća na raniju situaciju koju pominje Alfen, kada je do nesreće došlo nemarom mornara. On kaže da je u toj situaciji dovoljna akvilijanska tužba, naravno, protiv mornara, misleći da nikakva dodatna tužba nije moguća protiv onih koji su upravljali brodom, kao ni tužba protiv vlasnika broda.

Ovaj tekst, ipak, ostavlja neke nedoumice. Kao prvo, Alfen spominje odgovornost u slučaju kada jedan brod naleti na drugi *koji dolazi iz suprotnog smera* (*contra se venientem*) i ošteti ga. Ovaj deo rečenice ukazuje da se ovde misli na situaciju kada se brodovi susretnu na nekom uskom mestu, npr. reci, ili kanalu, ili ulazu u luku, a ne na otvorenom moru. Može se postaviti pitanje, da li će uvek u situaciji kada jedan brod

[38] D.9.2.29.4 ULPIJAN, iz osamnaeste knjige o ediktu: *Ako je jedan brod smrvio drugi koji je dolazio iz suprotnog smera, Alfen kaže da treba da postoji tužba zbog protivpravne štete ili protiv lica koje navodi brod, ili protiv kormilara; ali ako je zalet broda bio takav da se nije mogao obuzdati, protiv vlasnika ne treba dati nikakvu tužbu; a ako je, međutim, to učinjeno nemarom mornara, mislim da je dovoljna Akvilijanska (tužba).*

[39] Thayer: *op. cit.*, str. 99.

naleti na drugi koji mu dolazi nasuprot odgovarati mornari onog broda koji je manje oštećen? Ovakvo rešenje bilo bi apsurdno. Po svemu sudeći, postojala su neka pravila po kojima se utvrđivalo na čijoj je strani odgovornost za sudar, odnosno koja strana je postupala nemarno. Naravno, u starom Rimu nije postojalo ništa slično savremenim saobraćajnim propisima, ali su verovatno postojala neka opšteprihvaćena pravila plovidbe, npr. da brod ne treba da ulazi u luku ako je istovremeno drugi brod započeo manevrisanje da bi isplovio, da brod koji je bliži proširenju u kanalu treba da se skloni u stranu i omogući bezbedno mimoilaženje, da brod koji se kreće rekom ne treba naglo da prelazi na stranu kojom se iz suprotnog smera kreće drugi brod, itd. Možemo zamisliti i druga moguća pravila, ali jedna stvar je sigurna: nije se radilo o saobraćajnim pravnim propisima, već o običajima, pravilima struke. Zato je utvrđivanje kulpe u ovakvim situacijama bilo faktičko, a ne pravno pitanje. Utvrđivalo se ko je postupao nemarno, a ne ko je prekršio pravne propise.

Mogli bi smo postaviti još jedno pitanje u vezi sa ovim tekstom: ko su lica koja odgovaraju po akvilijanskoj tužbi? Ulpijan uopšteno govori o odgovornosti *mornara* (*nautarum*). Alfen je precizniji: on kaže da će tužba biti data ili protiv *gubernator*-a ili protiv *ducator*-a broda (*aut in gubernatorem aut in ducatorem*), dakle samo protiv jednog od njih dvojice, u zavisnosti od toga čija je odgovornost za sudar. Izrazom *ducator* označava se kormilar, krmanoš, lice koje upravlja brodom pomoću velikog vesla na zadnjem delu broda, koje su Rimljani koristili umesto kormila. Ali, ko je lice označeno kao *gubernator*? Na prvi pogled bi se moglo pomisliti da se radi o zapovedniku broda, ali izgleda da stvari ne stoje tako. Termin *gubernator* doslovno znači *onaj koji upravlja*, pa smo ga gore tako i preveli, kao lice koje navodi brod. Ovaj izraz u ovom kontekstu može da znači *kapetan, zapovednik broda*, ali isto tako može da znači i *peljar,* odnosno *pilot*, lice koje stoji na pramcu navodi i brod, pomažući kormilaru da izbegne sprudove i druge brodove.[40]

Pitanje je od značaja za rešenje problema odgovornosti zapovednika broda za štetu koju brod nanese. Da li zapovednik broda odgovara po osnovu *culpa in eligendo* za štetu koju mornari nanesu? Odgovor nudi jedan drugi Ulpijanov tekst:

D.4.9.7pr ULPIANUS libro octavo decimo ad edictum *Debet exercitor omnium nautarum suorum, sive liberi sint sive servi, factum praestare: nec immerito factum eorum praestat, cum ipse eos suo periculo adhi-*

[40] Vidi npr. A. Guarino: *"Magister" e "gubernator navis"*; LABEO 11/1, Napoli 1965., str. 40–41.

buerit. sed non alias praestat, quam si in ipsa nave damnum datum sit: ceterum si extra navem licet a nautis, non praestabit. item si praedixerit, ut unusquisque vectorum res suas servet neque damnum se praestaturum, et consenserint vectores praedictioni, non convenitur.[41]

Kapetan broda (*exercitor navis*) odgovara za dela svojih mornara, bilo da su slobodni, bilo da su robovi, po osnovu *culpa in eligendo*, jer ih je on sam angažovao. Ali, to se odnosi samo na štetu nanetu na samom brodu. Za svu štetu nanetu *extra navem* kapetan broda nije odgovoran. Takođe, kapetan može isključiti sopstvenu odgovornost čak i za štetu nanetu na brodu, ukoliko kada angažuje posadu predoči mornarima da neće naknađivati štetu koju oni nanesu, i ukoliko se oni sa time saglase.

Ovo isključuje mogućnost da se reč *gubernator* u tekstu D.9.2.29.4 odnosi na zapovednika broda. Ostaje mogućnost da je u pitanju pilot, lice koje navodi brod sa pramca, pomažući kormilaru. Dakle, za sudar brodova po akvilijanskoj tužbi može odgovarati ili kormilar ili pilot, ili neko drugo lice koje učestvuje u upravljanju brodom, u zavisnosti od toga čijim nemarom je nesreća izazvana. Ostaje nejasno, kako je moguće da lice koje navodi brod ne držeći kormilo odgovara po osnovo akvilijanske tužbe, kao da je štetu naneo svojim telom? Moguće je da se u ovom slučaju umesto direktne akvilijanske davala tužba *in factum*, odnosno *ad exemplum legis Aquiliae.*

Zaključak

Komentari klasičnih pravnika sadrže veliki broj primera primene tužbe zbog protivpravne štete, odnosno tužbe iz Akvilijevog zakona (*actio damni iniuriae; actio legis Aquiliae*) u slučaju uništenja ili oštećenja tuđe stvari u saobraćajnoj nesreći. Do toga može doći usled sudara u kojima učestvuju zaprege ili konjanici, ili pada konjanika. Specifičnu situaciju predstavlja povreda tovarne životinje ili životinje koja je gonjena. Ona može biti povređena usled pretovaranja, ili usled sletanja sa puta. Za razliku od „drumskih“ nesreća u kojima po pravilu nastaju

[41] D.4.9.7pr ULPIJAN, iz osamnaeste knjige o ediktu *Kapetan treba da odgovara za dela svih svojih mornara, bilo da su slobodni, bilo da su robovi. I on ne odgovara za njihova dela bez razloga, jer su ih je on primio na sopstveni rizik. Ali on neće odgovarati izuzev ako je šteta naneta na samom brodu. A ako (je naneta) van broda, makar i od samih mornara, (kapetan) nije odgovoran. Isto tako, ako ih upozori da svako od posade odgovara za sopstvena dela, i da on ne nadoknađuje štetu za njih, i posada se složi sa upozorenjem, (kapetan) nije odgovoran.*

smrt ili povrede ljudi ili životinja, u sudarima brodova po pravilu nastaje oštećenje plovila.

Za „drumske" nesreće najčešće po tužbi iz Akvilijevog zakona odgovara vozač zaprežnih kola, konjanik, gonič tovarne životinje ili gonič stoke. Lice koje ima neposrednu fizičku kontrolu nad životinjom, odnosno koje drži uzde ili povodac, odgovara za svaku štetu koja nastane, kako za onu koju životinja nanese drugima, tako i za povrede same životinje (u kom slučaju ga vlasnik životinje može tužiti i tužbom iz kontrakta). Okolnost da je neko držao životinju isključuje primenu *actio de pauperie*. Lice koje ima fizičku kontrolu nad životinjom odgovara i kada nije uspelo da zadrži iznenadni trzaj životinje (*motus*) zbog neznanja ili slabosti. Postoji pravna pretpostavka da je kulpa na njegovoj strani. Ova pretpostavka je oboriva u situacijama kada je do nesreće došlo usled više sile, slučaja prouzrokovanog uslovima na putu, ili krivice oštećenog ili nekog trećeg lica. Protiv lica koje je imalo fizičku kontrolu nad životinjom ili vozilom uvek se daje direktna akvilijanska tužba, jer se životinja ili vozilo koje je fizički kontrolisao smatraju produžetkom njegovog tela, i zato se smatra da je šteta naneta *corpore*. Okolnost da je šteta naneta eventualno usled toga što je izgubio kontrolu nad saobraćajnim sredstvom nema značaja. I u takvom slučaju smatra se da je štetu vozač naneo telom, usled toga što je pustio ono što je držao. Moguće je da je jedino u situaciji kada je štetu prouzrokovalo drugo vozilo gurnuto od prvog vozač prvog vozila odgovarao po osnovu tužbe *in factum*.

Situacija je drugačija kada neko nije imao fizičku kontrolu nad životinjom ili životinjama (obično krdom stoke) koje je gonio. U tom slučaju, za povrede gonjene životinje odgovara se tužbom *in factum*, odnosno *ad exemplum legis Aquiliae*, a postoji mogućnost da gonič odgovara i po osnovu tužbe iz kontrakta. Međutim, za štetu koju je životinja nanela drugim licima usled nepredviđenog ponašanja izazvanog instinktom (*motus*) odgovara vlasnik životinje, po osnovu *actio de pauperie*.

U slučaju sudara brodova, klasični pravnici isključuju svaku mogućnost odgovornosti vlasnika broda. Takođe, za štetu koju brod usled sudara nanese drugim brodovima po akvilijanskoj tužbi ne može biti odgovoran ni zapovednik broda po osnovu *culpa in eligendo*. Ne postoji ni solidarna odgovornost svih lica na brodu. Odgovaraju samo oni koji neposredno upravljaju brodom (*nautae*), a ne i druga lica, npr. putnici ili članovi posade koji ne upravljaju brodom. Tačnije, odgovaraju samo lica koja su neposredno kriva za nesreću, najčešće kormilar ili pilot broda. Tužba se po pravilu daje kao direktna, jer se smatra da je onaj koji je imao kontrolu nad brodom naneo štetu *corpore*. Ipak, moguće je da se protiv

onog koji daje instrukcije kormilaru, ukoliko je šteta naneta njegovom krivicom, daje tužba *in factum*, a ne *actio directa*. Odgovornost mornara zasnovana je na *imperitia*, i odgovornosti ih može osloboditi samo slučaj ili viša sila. Doduše, ovo poslednje se shvata dosta široko, te se pod nju podvodi i iznenadni nalet vetra.

Napomenimo na kraju i to da se podrazumeva da se u svim onim situacijama u kojima je štetu prouzrokovao rob daje noksalna tužba protiv njegovog gospodara.

Samir Aličić, LL.M., Assistant
Novi Sad School of Law

Some Cases Of Aquilian Liability For Damage In Traffic Accidents In Classical Roman Law

Abstract

This paper presents analysis of classical Roman legal references in relation to aquilian liability for damage in traffic accidents. The analysis is aimed at answering the following questions. Firstly, which persons, under what circumstances and in which cases respond to a *actio damni iniuriae* for damage to other individual's property in a traffic accident? Secondly, how to solve the question of competition between *actio legis Aquiliae* and other suits arising from contracts and torts in case of damage resulting from a traffic accident. In order to find the answers to this question, the author analyses legal cases from the point of view of conditions taken into consideration for determining liability for damage in Aquilian Law (causation, fault and unlawfulness).

The first part of the paper studies cases of aquilian liability for damage resulting from traffic accidents involving wagons or riders.

The second part of the paper analyses cases of injured load-bearing animals and cattle.

The third part deals with cases of damage resulting from ship collisions.

At the end the paper presents conclusion which summarizes the results of the research.

Key words: damages, reparation, Aquilian law, damnum iniuria datum, traffic, Roman law.

Originalni naučni rad 347.441.13(37)

Mr Atila Dudaš, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

RIMSKO PRAVO JE IPAK POZNAVALO POJAM KAUZE UGOVORNE OBAVEZE![*]

Sažetak: *Izraz causa se u izvorima rimskog prava pojavljuje u najraznovrsnijim kontekstima. U predmetnom radu autor ukazuje na različita značenja termina kauza, kao i na različite pravnotehničke funkcije koje je kauza ostvarivala u rimskom pravu. To čini kroz prizmu istraživača čija osnovna vokacija nije proučavanje rimskog već savremenog ugovornog prava.*

U pitanju je problematika kojoj naša civilistika nije posvećivala naročitu pažnju, a i u domaćoj romanistici sve do 2008. godine gotovo da nije postojao nijedan rad koji bi se bavio pitanjem kauze u rimskom pravu.

Od raznih mogućih funkcija kauze u rimskom pravu bi se mogle navesti sledeće.

Kauzom se označavao osnov sticanja, tzv. iusta causa, valjani pravni naslov sticanja nekog stvarnog prava ili državine. U pitanju je značenje pojma koje izlazi iz domena ugovornog prava i tiče se više grane prava koju bismo savremenim rečnikom označili kao stvarno pravo. U domenu obligacionog prava klasični pravnici su kauzom označavali i životne događaje, skupove činjenica koji aktiviraju obligacioni odnos. Kauza obligacija je, prema tome, imala isto značenje u rimskom pravu kao (materijalni) izvor obligacija u savremenom. Ipak, to su značenja kauze u rimskom pravu koja nemaju dodirnih tačaka sa savremenim poimanjem kauze, kao cilja ugovorne obaveze.

U klasičnom rimskom pravu je razmatrano i pitanje valjanosti razloga iz kojih se preduzima pravni posao (kauza pravnog posla), na pri-

[*] Članak je nastao kao rezultat rada na projektu Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu „*Harmonizacija prava Republike Srbije i prava Evropske unije*", a u okviru rada na individualnoj temi: „*Osnov (kauza) ugovorne obaveze*".

mer u slučaju manumisije (posla oslobađanja roba) i zabrane darivanja između bračnih drugova. Može se konstatovati da je u ovom kontekstu kauza imala sličnu funkciju kao motiv (pobude) zaključenja ugovora u savremenom pravu. Iz kauze pravnog posla rimsko pravo je razvilo posebne pojmove dobročine i nemoralne kauze.

Najzad, rimsko pravo je pojam causa upotrebljavalo i u smislu kauze ugovorne obaveze, razloga zbog kojeg se strane u teretnim ugovorima obavezuju. Već u pretklasičnom periodu, prodorom principa bona fides u ius civile, vodeći računa o cilju koji su ugovorne strane želele da postignu zaključenjem ugovora, nastaju pravila rimskog ugovornog prava koja su u klasičnom periodu dalje usavršavana i koncentrisana u sistem tipičnih ugovora. Sistem tipičnih kontrakata rimskog prava daje osnova shvatanju da rimsko pravo nije poznavalo opšti pojam ugovora, zbog čega je pružalo stranama daleko manji stepen slobode ugovaranja od savremenog prava, jer strane u načelu nisu mogle menjati ni formu, ni tipiziranu sadržinu ugovora. Iz istog razloga sledi i zaključak da je kauza ugovorne obaveze neraskidivo povezana sa kauzom ugovora, da nije postojala potreba za postojanjem kauze ugovorne obaveze jer je ona apsorbovala pojmom kauze ugovora. U klasičnom, a posebno u postklasičnom periodu, međutim, dolazi do snažnog razvoja pakata (neformalnih, ali pravno zaštićenih sporazuma) i tzv. bezimenih sinalagmatičnih ugovora. Potonji su od posebnog značaja u predmetnom istraživanju, jer oni nemaju tipiziranu kauzu ugovora, pa je bilo neophodno da se utvrdi šta je kod njih razlog, kauza ugovorne obaveze. U ovom pogledu su značajni Paulovi i Ulpijanovi fragmenti u Digestama iz kojih se može izvući zaključak da su klasični pravnici razvili pojam kauze ugovorne obaveze, a nju kod teretnih konsesualnih i bezimenih sinalagmatičnih ugovora vide u međusobnoj uslovljenosti prestacija. Međusobna uslovljenost prestacija čini jezgro svih savremenih shvatanja o kauzi ugovorne obaveze. Ovo pokazuje da su rimski pravnici poznavali i pojam kauze ugovorne obaveze, ali su ga razvili na sebi svojstven, kazuistički način.

Ključne reči: *causa, kauza u rimskom pravu, kauza pravnog posla, kauza obligacije, kauza ugovora, kauza ugovorne obaveze*

1. O značenju i funkciji kauze u savremenom ugovornom pravu

Načelo autonomije volje je prisutno u svim granama građanskog prava, ali najveći značaj dobija u ugovornom pravu, u načelu slobode ugovaranja. Načelo slobode ugovaranja određuje fizionomiju i evoluciju

jednog ugovornog odnosa, njegov nastanak, sadržinu i prestanak. Tako, ova sloboda je najizraženija u momentu zaključenja ugovora (strane slobodno određuju da li će i s kim će zaključiti ugovor, sa kojom sadržinom i predmetom i u kojoj formi), dok je značajno manje izražena u pogledu dejstva već zaključenog ugovora (strane samo sporazumno mogu menjati sadržinu i predmet pravnog odnosa) i prestanka ugovora (punovažno zaključen ugovor prestaje ispunjenjem, koji je osnovni način prestanka ugovora, sporazumom strana ili u zakonom predviđenim slučajevima). Međutim, ova sloboda nikad nije bila (niti treba da bude) apsolutna. Ugovor jeste pojedinačni pravni akt, kojim se ostvaruju privatni interesi ugovarača, ali se ti privatni interesi ostvaruju u određenom društvenom miljeu, širem okruženju sa čijim interesima jedan ugovor, kao izraz ličnih ekonomskih i drugih interesa ugovarača, može biti u sukobu.

Iz ovog razloga nije pitanje da li treba ili ne treba ograničavati načelo slobode ugovaranja već u kojoj meri i kojim sredstvima to treba činiti da bi se postigao sklad privatnih i javnih interesa koji se zaključenjem ugovora ostvaruju.[1] Svako pravno organizovano društvo nastoji da zaštiti elementarne vrednosti, osnovna načela javnog poretka. Zaštita javnog poretka, osnovnih društvenih interesa u domenu ugovornog prava, vrši se putem procene dopuštenosti predmeta i/ili dopuštenosti cilja zaključenog pravnog posla.[2] Ako je predmet ili cilj ugovora protivan javnim interesima, ugovor neće uživati pravnu zaštitu.

Cilj, kauza ili osnov ugovorne obaveze je jedan od najspornijih instituta u građanskom pravu. U civilistici je opšte prihvaćeno mišljenje da je prvu zaokruženu teoriju kauze ugovorne obaveze (razloga obavezivanja u ugovoru) dao Žan Doma (*Jean Domat*), pripadnik škole prirodnog prava.[3] Čini se da je time otvorena „pandorina kutija", nastaju brojne rasprave povodom pitanja kauze ugovorne obaveze. Koliko shvatanja se može naći u prilog potrebi postojanja ovog instituta, toliko autora smatra da je u pitanju pravni institut koji je ne samo nepotreban već i protivrečan. Tako je savremena nauka građanskog prava, počev od Dome, razvila razne teorije o pojmu kauze, koje se, po hronološkoj i logičkoj liniji mogu grupisati u klasič-

[1] "*...sloboda ugovaranja je uvek ograničena i može se govoriti samo o užim ili širim okvirima u kojima se ona javlja u pojedinim društvenim i pravnim sistemima...*" PEROVIĆ, Slobodan, *Zabranjeni ugovori u imovinskopravnim odnosima*, Novinska ustanova Službeni list SFRJ, Beograd, 1975, str. 98.

[2] V. PEROVIĆ, *Zabranjeni ugovori*, op.cit., str 165.

[3] DOMAT, Jean, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, seconde édition, Chez Robert Pepie ..., Paris, 1695 (prvo izdanje: 1689). O kauzi ugovorne obaveze v. livre I, titre I. Des conventions en general, sect I: De la nature des conventins et des manière don't elles se forment.

nu kauzalističku, antikauzalističku, neoklasičnu kauzalističku, ekonomsku teoriju ili u grupu savremenih, mešovitih teorija o kauzi.[4]

Bez obzira na brojne razlike između ovih, u nekoj meri čak i oprečnih shvatanja, možda im je jedini zajednički imenitelj što ne posvećuju dovoljno pažnje pitanju da li je rimsko pravo poznavalo pojam kauze[5] i, ako jeste, koje je bilo značenje tog pojma u delima klasičnih rimskih pravnika. Uprkos velikom broju stranih monografija i disertacija posvećenih pojmu kauze u rimskom pravu i sistemskih dela u kojima je ovaj pojam obrađen[6], naučnih članaka u časopisima i zbornicima radova, enci-

[4] Čak i letimičan prikaz instituta kauze bi daleko prevazilazio okvire ovog rada, što inače nije njegov cilj. Evropska i domaća literatura o kauzi je izuzetno bogata. U ovom kontekstu ukazujemo samo na noviju domaću literaturu. V. SALMA, Jožef, *Obligaciono pravo,* šesto (sedmo ponovljeno) izdanje, Novi Sad, Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2007, str. 288–303; PEROVIĆ, Slobodan, *Obligaciono pravo*, knjiga prva, šesto izdanje, Službeni list SFRJ, Beograd, 1986, str. 323–338; ANTIĆ, Oliver, *Obligaciono pravo*, drugo izdanje, Službeni glasnik, Beograd, 2008, str. 244–285; SALMA, Jožef, *Kauza obligacionih ugovora,* Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 2/2006, str. 177–200; ANTIĆ, Oliver, *Kauza*, Pravni život, br. 10/2005, str. 821–856; PEROVIĆ, Slobodan, *Kauza ugovorne obaveze*, Pravni život, br. 3–4/2005, str 7–29; PEROVIĆ, Slobodan, *Kauza ugovorne obaveze, aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva*, Zbornik radova, Budva, 2005, str. 9–29, SZALMA, József, *Causa (Rechtsgrundlage) bei den Obligationsverträgen*, Annales Universitatis Scientiarum Budapestiensis de Rolando Eötvös Nominatae, Sectio Juridica, Tomus XLVIII, Budapest, 2007, str. 257–282 itd.

[5] Po mišljenju autora od domaćih civilista se pitanjem kauze u rimskom pravu najpodrobnije bavio profesor Gams. V. GAMS, Andrija, *Kauza i pravni osnov*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 2/1959, str. 155–175, na str. 157–161.

[6] V. na primer GEORGESCO, Valentin, *Le mot 'causa' dans le latin juridique. Introduction à la théorie générale de la cause en droit romain*, Etude de philology juridique: Rivista Clasica, Bucuresti, 1940, str. 127–239; REDENTI, Enrico, *Breve storia semantica di «causa in giudizio»*, Giuffrè, Milano, 1961; THOMAS, Y, *Causa: sens et fonction d'un concept dans le langage du droit romain,* Thèse, Paris, 1976; WILLVONSEDER, Reinhard., *Causa*, Der neue Pauly II, Stuttgart – Weimar, 1997; ROLLI, Rita, *Causa in astratto e causa in concreto*, Le monografie di Contratto e impresa, Serie diretta da Francesco Galgano, Wolters Kluwer Italia, Verona, 2008; GROSSO, Giuseppe, *Il sistema romano dei contratti*, 3. ed, Giappichelli, Torino, 1963; VOCI, Pasquale, *La dottrina romana del contratto*, A. Giuffrè, Torino, 1946; PAOLINI, Elena, *La causa del contratto*, Padova, CEDAM, 1999; MAGDELAIN, André, *Le consensualisme dans l'édit du préteur*, Recueil Sirey, Paris, 1958; GROSSO, Giuseppe, *Schemi giuridici e società nella storis del diritto privato romano/ Dall'epoca arcaica alla giurisprudenza classica: diritti reali e obbligazioni*, G. Giappichelli, Torino, 1970; WOLF, Joseph Georg, *Causa stipulationis*, Böhlau, Köln-Wien, 1970; GALLO, Filippo, *Synallagma e conventio nel contratto: ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne: corso di diritto romano,* G. Giappichelli, Torino, 1992–1995; MINICONI, Pierre-Jean, *Causa et ses dérivés: contribution à l'étude historique du vocabulaire latin*, Les Belles-lettres, Paris, 1951; DALLA MASSARA, Tommaso, *Alle origini della causa del contratto: elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, CEDAM, Padova, 2004; FERRI, Gio-

klopedijskih odrednica[7], jedini rad u domaćoj romanistici posvećen analizi različitih mogućih sadržaja pojma kauze u klasičnom rimskom pravu, po saznanju autora, je rad profesora Malenice objavljen u Zborniku radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu 2008. godine.[8] Domaća civilistika pitanju kauze u rim-

---

vanni Battista, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1966; BETTI, Emilio, Teoria generale del negozio giuridico, 3. ristampa corretta della 2. edizione, Unione tipografico-editrice torinese, Torino, 1960 (1. edizione 1943); ALBANESE, Bernardo, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Università di Palermo, Palermo, 1982; BIONDI, Biondo, *Contratto e stipulatio: corso di lezioni*, A. Giuffrè, Milano, 1953; itd.

[7] V. na primer GROSSO, Giuseppe, sv. *Causa,I , Causa del negozio giuridico*. a)diritto romano in ED. VI , Milano, 1960; BONFANTE, Pietro, *Il contratto e la causa del contratto*, Rivista di diritto commerciale, VI, 1908, (=Id., Scritti giuridici varii, III, Obbligazioni, comunione e possesso, Torino 1926); BROGGINI, Gerardo, *Causa e contratto* in Causa e contratto nella prospettiva storicocomparativistica, II Congresso Internazionale ARISTEC, Palermo, 7, 8 giugno 1995, a cura di L. Vacca, Torino, 1997, pp. 9 ss. Sulla causa nei negozi atipici cfr. per tutti; SANTORO, R., *La causa nelle convenzioni atipiche*, in Causa e contratto, op. cit., pp. 85; PALMA, A., *Vicende della res e permanenza della causa in Sodalitas*-Scritti in onore di Antonio Guarino, III, Napoli, 1984, pp. 1489; CANNATA, Carlo Augusto, *Contratto e causa*, in Causa e contratto, op. cit. pp. 59; GIORGIANNI, Michele, sv. Causa (diritto privato), in ED. VI, Milano, 1960, p. 547.; APPLETON, C., *Le fragment 16, D. , XII, 4, l'obligation de transferér la proprieté dans la vente romaine et cause déterminante dans les contrats*, Revue generale du droit de la legislature et de la jurisprudence, 36/1912, pp. 481; VENEZIAN, G., *La causa nei contratti*, Roma, 1892, studio consultabile in Causa e consideration, a cura di G.Alpa e M. Bessone, Padova, 1984, pp. 27; GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Causa del contrato y causa de la obligación en la dogmática de los juristas romanos, medievales y modernos y en la Codificación europea y americana*, in Revista Roma e America, 12, 2001, pp. 167; PALMA, A., *Note critiche sul concetto di causa*, in Revista Roma e America, op. cit., pp. 322; FERRI, Giovanni Battista, *La causa nella teoria del contratto* in Causa e contratto, op. cit., pp. 249; BETTI, Emilio, sv. *Causa del negozio giuridico*, in NND1. 3, Torino, 1959, pp. 32; BARTON, J. L., *Causa promissionis again*, in Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, No. 34/1966, vol. 1, p. 41–73; DIAZ BIALET, A., *La 'causa' en el derecho romano como principio de la ciencia del derecho*, in Studi in onore di Edoardo Volterra, 1, Milano 1971; BECK-MANNAGETTA, *M., Geschaftsgrundlage, Voraussetzung und 'causa'*, in Index, 3, 1972; HANARD, G., *La cause dans les contrats: données romaines et codes civils français et allemand*, in Droit romain et identité européenne. Actes du colloque organisé les 12, 13 et 14 mai 1992 (=Revue internationale des droits de l'Antiquité, Supplément au Tome XLI, 1994, 103 ss.); ARGIROFFI, C., *Causa ed effetti reali del contratto*, in Aa.Vv., Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica, II Congresso Internazionale ARISTEC, Palermo, 7–8 giugno 1995 (a cura di L. Vacca), Torino 1997, 427; ONIDA, Pietro Paolo, *La causa della societas fra diritto romano e diritto europeo*, Rivista Diritto e storia, No. 5/2006, http://www.dirittoestoria.it/5/Memorie/Onida-Causa-societas-diritto-romano-diritto-europeo.htm, PENTA, Margherita, *La causa come elemento negoziale nel diritto romano*, Rivista della Scuola Superiore dell'economia e delle finanze, anno III, 2006, Numero 3, p. 9–24, itd.

[8] MALENICA, Antun, *O rimskom pogledu na kauzu posla, kauzu obligacije i kauzu prestacije u kontraktima*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 1–2/2008, str. 167–198.

skom pravu posvećuje malo pažnje. Za to nije ona sama kriva, već to treba „*staviti na dušu* (...) *romanistima koji tu materiju nisu dovoljno osvetlili i rezultate svojih istraživanja približili našoj pravnoj nauci*“.[9] Ovu „doktrinarnu prazninu“ u našoj romanistici i civilistici popunjava navedeni rad profesora Malenice.

Cilj predmetnog rada ni u kom slučaju nije detaljan i iole potpun pregled različitih mogućih značenja izraza „*causa*“ u rimskom pravu. To je već učinio profesor Malenica na čije rezultate istraživanja se u ovom radu u pretežnom delu i pozivamo. Autora je prilikom izbora ove teme vodila namera da se učini pokušaj da se utvrdi da li između savremenog pojma kauze i kauze u rimskom pravu postoje paralele i da li je rimsko pravo raspolagalo pravnom aparaturom za ostvarenje istih ciljeva koji se ostvaruju kauzom ugovorne obaveze u savremenom pravu.

2. Jezičko značenje izraza „*causa*“ u rimskom pravu

Reč „*causa*“ je i u svakodnevnom latinskom jeziku upotrebljavana u više mogućih značenja. Osnovno značenje ovog izraza je uzrok, povod, motiv, razlog, prilika, slučaj itd.[10] Pored toga, kauzom se označavala i situacija u kojoj se jedno lice nalazi, zatim, ključna stvar u nekoj diskusiji, opravdavajući razlog, valjan osnov i sl.[11] Iz izraza „*causa*“ izvedene su još i reči *causate* i *causatinus* kojima su označavani najvažniji među raznim razlozima.[12]

3. Funkcije kauze u rimskom pravu

Od samog jezičkog značenja mnogo je važnije koje sve funkcije je kauza ostvarivala u rimskom pravu. Izraz „*causa*“ se u delima rimskih pravnika veoma često sreće. U Digestama je on naveden čak 3120 puta u različitim kontekstima.[13] Po nekim istraživanjima, rimsko pravo je termin „*causa*“ upotrebljavalo u preko trideset različitih pravnih značenja.[14] U ovom radu predmet analize je kauza u smislu osnova sticanja stvarnih prava, valjanog razloga pravnog posla, izvora obligacije sa posebnim osvrtom na kondikcije, kauze prestacije i kauze kontrakta.

---

[9] MALENICA, *O rimskom* ..., op. cit., str. 172.
[10] V. MALENICA, *O rimskom* ..., op. cit., str. 173.
[11] Ibidem.
[12] Ibidem, str. 174.
[13] Ibidem, str. 173.
[14] V. GEORGESCO, op.cit. Navedeno prema PEROVIĆ, *Zabranjeni ugovori*, op.cit., str. 197.

3.1. Kauza kao valjan pravni osnov sticanja (iusta causa)

Kauzom se u rimskom pravu najpre označavao pravni osnov sticanja nekog prava. U ovom smislu treba tumačiti i izraze *iusta causa traditionis* (valjani osnov sticanja svojine na *res nec mancipi* tradicijom)[15], *iusta causa usucapionis* (valjani osnov održaja)[16], *iusta causa possessionis* (valjani osnov državine)[17] itd.

Kauza u smislu valjanog pravnog osnova *(iusta causa)* u rimskom pravu je bez sumnje detaljno razmotrena u našoj civilistici[18] i romanistici.[19]

3.2. Kauza pravnog posla

Rimsko pravo je poznavalo pojam pravnog posla (*negotium*). Klasični pravnici ga nisu razvili na doktrinarnom nivou[20], ali su u svom kazuističkom maniru uobličili većinu pravnotehničkih elemenata ovog pojma.[21] Ipak, između savremenog pojma pravnog posla i rimskog *negotium*-a postoji osnovna razlika da u rimskom pravu neformalna izjava slobodnog čoveka ne proizvodi imovinsko-pravne posledice.[22] Rimsko pravo je pravo tipičnih pravnih poslova – izjava volje da bi proizvela pravno dejstvo morala je „*pratiti pravom propisanu formu ili kauzu, a ponekad i jedno i drugo*“.[23]

---

[15] V. *Digesta 41.1.31. pr. Paulus libro trigensimo primo ad edictum*. Navedeno prema MALENICA, *O rimskom* ..., op. cit., str. 178.

[16] V. *Digesta 41.4.2.1. Paulus libro quinquagensimo quarto ad edictum*. Navedeno prema MALENICA, *O rimskom* ..., op. cit., str. 178.

[17] Ibidem.

[18] V. SALMA, Jožef, *O kauzi obligacionih ugovora*, Pravni život, br. 4/1985, str. 421–436, na str. 423–424; GAMS, *Kauza i pravni osnov*, op. cit., str. 157; PEROVIĆ, *Zabranjeni ugovori*, op. cit., str. 198.

[19] V. na primer, SIČ, Magdolna, *Translativno dejstvo ugovora o kupoprodaji i zadržavanje ovog koncepta u savremenim pravnim sistemima,* Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 3/ 2004, str. 285–311.

[20] Doktrinarni pojam pravnog posla će razviti tek nemačka pandektistika u XIX veku. U savremenom smislu termin „pravni posao“ je prvi upotrebio getingenski profesor prava Arnold Hajze (*Arnold Heise*) 1807. godine. V. POPOV, Danica, *Građansko pravo (opšti deo)*, Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu, peto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Novi Sad, 2007, str. 183. Po drugom shvatanju termin pravni posao stvara Netelblat (*Nettelbladt*), 1749. godine, u delu *Systema elementare iniversae jurisprudentiae positivae*, t. I, sectio I, tit. V, de actionibus iuridicis, § 63–70. Navedeno prema: G. Mirabelli, Enciclopedia del diritto, XXVIII, negozio giuridico, s. 1. iz dela MALENICA, Antun, *Pravni posao i negotium, dva pojma koja pripadaju različitim epohama*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 3/2007, str. 75–99, na str. 76.

[21] V. MALENICA, *Pravni posao* ..., op. cit., str. 75–99.

[22] Izuzetak predstavljaju konsensualni kontrakti i zaštićeni pakti kod kojih je prosta saglasnost strana dovoljna za nastanak obligacije.

[23] MALENICA, *O rimskom* ..., op. cit., str. 175.

Razvijeno rimsko pravo je vodilo računa o cilju radi kojeg, odnosno pobudama (motivima) iz kojih se određeni pravni posao zaključuje. U ovom pogledu je indikativan primer posao oslobađanja roba, gde je rimsko pravo vodilo računa o tome da se oslobađanje vrši iz valjane kauze.[24] Nije bilo dozvoljeno oslobađanje roba ako je ono imalo za cilj izigravanje poverilaca, kao ni oslobađanje koje bi učinio gospodar mlađi od dvadeset godina, izuzev ako je oslobađanje učinjeno poslom *manumissio vindicta* i pred konzilijumom dokazano da oslobađanje ima valjanu kauzu. Valjanim razlogom oslobađanja se smatralo kada neko oslobađa iz ropstva srodnika ili blisko mu lice (dojilja, vaspitač, učenik itd.) ili roba koji je spasao gospodara od životne opasnosti ili infamije.[25] Valjanom kauzom manumisije se smatra „*postizanje nekog cilja koji je prihvatljiv s šire, društvene, tačke gledišta*“.[26] Pripadnost posla manumisije statusnom pravu, grani *ius*-a *civile* koja se u Gajevoj tripartitnoj podeli označava sa *ius ad personas pertinet*, kao i ograničavanje razloga iz kojih lice mlađe od dvadeset godina može osloboditi roba daje osnova zaključku da su klasični pravnici pod valjanim razlogom manumisije podrazumevali ne samo imovinski interes, već su uzimali u obzir i porodične i etičke razloge.[27] Ipak, ekonomski interes kod manumisije dolazi do izražaja u negativnom vidu, zabranom oslobađanja roba ako bi to predstavljalo akt izigravanja poverilaca.[28]

Drugi pravni posao u kojem su rimski pravnici razmatrali pitanje valjane kauze je poklon. Poklon u klasičnom rimskom pravu nije tipičan posao.[29] Klasični pravnici ga uopšte ne smatraju pravnim poslom, već valjanim pravnim osnovom uvećanja imovine.[30] Zbog toga poklonom je smatrano svako dobročino raspolaganje – *causa donandi*[31] (prenos prava svojine i drugih stvarnih prava bez naknade, ustanovljenje obaveze, oproštaj

---

[24] V. MALENICA, *O rimskom* ..., op. cit., str. 175.

[25] *Institutiones 1.6pr.* i *D. 40.2.9pr. Marcianus libro tertio decimo institutionum*. Navedeno prema MALENICA, *O rimskom* ..., op. cit., str. 176.

[26] MALENICA, *O rimskom* ..., op. cit., str. 177.

[27] V. MALENICA, *O rimskom* ..., op. cit., str. 177.

[28] Ibidem.

[29] Poklon postaje tipičan pravni posao, sa određenom formom i sadržinom, tek jednom konstitucijom imperatora Konstantina iz 316. godine. V. MALENICA, Antun, *Rimsko pravo*, osmo izdanje, Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2008, str. 301–302; STOJČEVIĆ, Dragomir, *Rimsko obligaciono pravo*, drugo prerađeno izdanje, Naučna knjiga, Beograd, 1957, str. 106–107.

[30] V. MALENICA, *O rimskom* ..., op. cit., ctr. 178.

[31] Ovaj izraz se upotrebljava, na primer u *D. 39.6.27. Marcianus libro quinto regularum* i *D 39.5.3. Ulpianus libro septuagensimo esxto ad edictum*. Navedeno prema MALENICA, *O rimskom* ..., op. cit., ctr. 178.

duga, propuštanje tužbe ili prigovora i dr.).[32] Pravni posao je trebalo da ispunjava tri uslova da bi se prema klasičnom rimskom pravu mogao smatrati poklonom. To su imovinska korist na strani poklonoprimca, besplatnost (odsustvo protivčinidbe poklonoprimca) i *animus donandi* (volja da se učini poklon) na obe strane, kako na strani poklonodavca, tako i na strani poklonoprimca.[33]

Naročiti značaj za predmetno istraživanje predstavlja problematika poklona između bračnih drugova. Poklon između bračnih drugova je, u načelu, bio zabranjen, sa obrazloženjem da brak treba da se temelji na ljubavi, a ne na ekonomskom interesu.[34] Ispravno konstatuje profesor Malenica da je, budući da je „*poklon klasičnog prava bio samo kauza* (pravni osnov sticanja u ovom smislu – A.D.), *pa je mogao biti učinjen poslovima u kojima se kauza ne vidi*“,[35] zaodenut u različito ruho, u klasičnom pravu se kao nezaobilazno pitanje nametnulo šta zapravo treba zabraniti, koji elemenat pravnog posla pada pod dejstvo zabrane u svim tim raznovrsnim slučajevima *causa donandi*.[36] Da bi se predupredili slučajevi izigravanja zabrane darivanja između bračnih drugova, klasična jurisprudencija je u svakoj situaciji u kojoj postoji obogaćenje jednog bračnog druga na račun drugog videla slučaj poklona. Osnov razlikovanja dobročinih i teretnih pravnih poslova između bračnih drugova je, prema tome, bio ne jedan subjektivan (namera za dobročinstvom), već objektivan elemenat, obogaćenje – osiromašenje (*locupletatio – depauperatio*).[37] Time je klasično pravo, s jedne strane, umesto *animus*-a *donandi,* suštinu poklona između bračnih drugova objašnjavalo momentom obogaćenja – osiromašenja.[38] S druge strane, objašnjavanjem suštine poklona objektivnim merilom (obogaćenjem – osiromašenjem) postalo je moguće da se kontroli zabrane darivanja između bračnih drugova podvrgnu svi pravni poslovi. Tako, elemenat obogaćenja – osiromašenja je utvrdiv kako kod onih pravnih poslova kod kojih je razlog zaključenja vidljiv (kauzalni pravni poslovi), tako i kod onih kod kojih taj razlog nije vidljiv (apstraktni pravni poslovi[39]), kao što su, na primer, stipulacija ili akceptilacija kod kojih se ne vidi razlog obavezivanja, odnosno

[32] V. MALENICA, *O rimskom* ..., op. cit., ctr. 179.

[33] Ibidem.

[34] *D 24.1.1. Ulpianus libro trigesimo secundo ad Sabinum.* Navedeno prema MALENICA, *O rimskom* ..., op. cit., ctr. 179.

[35] V. MALENICA, *O rimskom* ..., op. cit., ctr. 179.

[36] Ibidem, ctr. 179–180.

[37] Ibidem, ctr. 180.

[38] Ibidem.

[39] Rimsko pravo nije poznavalo pojam „apstraktni pravni posao“ u savremenom smislu reči, jer činjenici da li je kauza pravnog posla vidljiva ili nije „*rimska pravna nauka nije pridavala veći značaj“*. MALENICA, *O rimskom* ..., op. cit., ctr. 186.

oprosta duga.[40] Međutim, ekonomsko objašnjenje suštine poklona je omogućavalo da se kontroli zabrane darivanja između bračnih drugova podvrgnu i teretni pravni poslovi kod kojih postoji nesrazmera u vrednosti prestacija.[41] Teretni pravni poslovi sa neekvivalentnim prestacijama, pre svega kupoprodaja sa nesrazmerno visokom ili niskom cenom, idealno su sredstvo za prikrivanje dobročinih pravnih poslova. Klasično rimsko pravo je smatralo da je ekvilalentnost prestacija u teretnim ugovorima pitanje koje se tiče domena slobode ugovaranja strana (u granicama savesnih i poštenih odnosa stranaka, načela *bona fides*) u šta pravo ne treba da se meša.[42] Na primer, čak i kad je *animus donandi* bio očigledno prisutan, on nije dovodio u pitanje svojstvo pravnog posla kao kupoprodaje.[43] Međutim, upravo radi sprečavanja izigravanja zabrane darivanja, kupoprodaja[44] ili zakup[45] zaključeni između bračnih drugova smatrani su ništavim ako su prestacije usled prisustva elementa *animus donandi* bile nesrazmerne vrednosti.

Pored ekonomskog pogleda na kauzu pravnog posla u poklonima između bračnih drugova, ovo pitanje ima i jedan širi društveni kontekst koji se manifestovao u čitavom nizu izuzetaka kada su pokloni između bračnih drugova ipak bili punovažni. Tako, punovažan je bio poklon radi otklanjanja siromaštva bračnog druga, poklon dat u cilju održavanja porodične svečanosti, radi podizanja grobnice, poklon mužu povodom prijema u red senatora ili vitezova itd.[46] Ovim je „*valjanost kauze i u poklonima između bračnih drugova procenjivana ne samo s ekonomskog, već i s drugih društvenih kriterijuma*“.[47]

---

[40] V. MALENICA, *O rimskom* ..., op. cit., ctr. 180.

[41] Ibidem.

[42] Smatralo se da je "*... prirodno da u kupoprodaji prodavac nastoji da proda što skuplje, a kupac da kupi što jeftinije.*" *D. 19. 2. 23. 3. Paulus, libro trigesimo quarto ad edictum*. Navedeno i prevod prema MALENICA, *O rimskom* ..., op. cit., ctr. 181. Do državne intervencije radi zaštite ekvivalentnosti prestacija dolazi u postklasičnom periodu, tj. u vreme ekonomske krize, putem propisivanja cene od strane države za neke proizvode i instituta prekomernog oštećenja (*leasio enormis*), odnosno oštećenja preko polovine (*leasio ultra dimidium pars*). V. SALMA, Jožef, *Prekomerno oštećenje u dvostrano obaveznim obligacionopravnim ugovorima*; magistarska teza, Pravni fakultet u Beogradu, 1976, str. 109–111; SIČ, Magdolna, *Pravična cena (pretium iustum) i njena primena tokom istorije*, Zbornik Matice srpske za društvene nauke, br. 120, 2006, str. 199–227, na str. 206.

[43] *D. 18. 1. 38. Ulpianus libro septimo disputationum.* Navedeno prema MALENICA, *O rimskom* ..., op. cit., ctr. 181.

[44] *D. 18. 1. 38. Ulpianus, libro septimo disputationum*. Navedeno prema MALENICA, *O rimskom* ..., op. cit., ctr. 182.

[45] *D. 24. 1. 52pr, Papinianus, libro decimo quaestionum*. Navedeno prema MALENICA, *O rimskom* ..., op. cit., ctr. 182.

[46] V. MALENICA, *O rimskom* ..., op. cit., ctr. 182.

[47] MALENICA, *O rimskom* ..., op. cit., ctr. 182.

3.3. Kauza u značenju samog pravnog posla

Pod kauzom klasično rimsko pravo ne podrazumeva samo valjan razlog zbog kojeg se pravni posao zaključuje, kao što je gore pokazano na primeru manumisije i darivanja između bračnih drugova, već i u značenju kvalifikativa samog pravnog posla. U ovom smislu je rimsko pravo razradilo dva posebna pojma kauze, dobročinu kauzu (*causa lucrativa*) i nečasnu kauzu (*turpis causa*).

Pod dobročinom kauzom (*causa lucrativa*) rimsko pravo podrazumeva posao „*koji donosi korist nekom licu bez ekvivalentne naknade*“.[48] U ovom kontekstu se pod kauzom ne podrazumeva razlog zaključenja pravnog posla, već jedna vrsta pravnog posla, dobročin pravni posao uopšte. U ovom kontekstu kauza nema samo terminološki značaj već je ona i od pravnog značaja, jer su se različita pravila primenjivala na teretne i dobročine kauze (pravne poslove). Na primer, u slučaju teretnog pravnog posla pravo je zahtevalo da dužnik u celosti ispuni svoju obavezu, dok u slučaju dobročinog postojala je mogućnost umanjenja ili oprosta obaveze dužnika ako je on bio teškog imovnog stanja (*beneficium competentiae*),[49] u slučaju dobročinog pravnog posla dužnik nije odgovarao za fizičke i pravne nedostatke stvari[50], nije plaćao zateznu kamatu ako zadocni u ispunjenju[51] i sl. *Causa lucrativa* je bila od značaja i u slučaju konkurencije više pravnih poslova povodom istog predmeta. U slučaju konkurencije dva dobročina pravna posla, dve lukrativne kauze, dužnikova obaveza se gasila.[52] „*Dve dobročine kauze se ne mogu steći u istom licu ili istoj stvari*.“[53] U konkurenciji teretnog i dobročinog pravnog posla to nije bio slučaj.[54]

Nečasnom kauzom (*turpis causa*) se označavao pravni posao koji je protivan dobrim običajima i kao takav ne omogućuje sticanje prava, te se ono što je dato na osnovu nečasne kauze može tražiti nazad po osnovu pravno neosnovanog obogaćenja (sticanja bez osnova).[55] Nečasnom kauzom se

---

[48] Ibidem. ctr. 183.

[49] *D. 39. 5. 12. Ulpianus libro tertio disputationum.; D. 39. 5. 33pr., Hermogenianus libro sexton epitomarum.* Navedeno prema MALENICA, *O rimskom* ..., op. cit., ctr. 184.

[50] *D. 39. 5. 18. 3. Ulpianus libro septuagensimo primo ad edictum; D. 21. 1. 62., Modestinus libro sexto differentiarum.* Navedeno prema MALENICA, *O rimskom* ..., op. cit., ctr. 184.

[51] *D. 39. 5. 22. Modestinus libro octavo differentiarum.* Navedeno prema MALENICA, *O rimskom* ..., op. cit., ctr. 184.

[52] V. MALENICA, *O rimskom* ..., op. cit., ctr. 184.

[53] Justinijanove Institucije *I. 2. 20. 6.* Navedeno i prevod prema MALENICA, *O rimskom* ..., op. cit., ctr. 184.

[54] *D. 19. 1. 13. 15. Ulpianus libro trigesimo scundo ad edictum* i *D. 44. 7. 17. Iulianus libro trigensimo tertio digestorum* Navedeno prema MALENICA, *O rimskom* ..., op. cit., ctr. 184.

[55] *D. 12. 5. 1pr. Paulus libro decimo ad Sabinum.* Navedeno prema MALENICA, *O rimskom* ..., op. cit., ctr. 185.

smatralo, na primer, davanje da se ne učini svetogrđe, krađa ili ubistvo.[56] Ako su obe strane bile nesavesne (primalac i davalac), restituciji nema mesta – samo savesna strana je imala pravo na restituciju od nesavesne strane.[57]

3.4. Kauza u značenju izvora obligacija

U klasičnom rimskom pravu izraz kauza se koristio i u jednom širem kontekstu, u značenju koje bismo savremenim pravnim rečnikom mogli nazvati *materijalnim izvorom obligacija* ili samo *izvorom obligacija*.[58] Pod izvorom obligacija se u savremenom obligacionom pravu podrazumevaju „*činjenice koje konstituišu obligacioni odnos*“[59], „*skupovi pravnih činjenica iz kojih nastaju obligacioni odnosi*“.[60] Te činjenice su ugovor, prouzrokovanje štete, sticanje bez osnova, poslovodstvo bez naloga, jednostrane izjave volje i tzv. zakonske obligacije. U pogledu vrsta izvora obligacija postoji zakonski *numerus clausus*[61] i strane u obligacionom odnosu „*ne mogu svojom voljom ustanovljavati nove izvore obligacija*“.[62]

Klasično rimsko pravo poznaje samo dva izvora obligacija. Postoje obligacije koje nastaju iz ugovora (*obligationes ex contractu*) i obligacije koje nastaju iz nedozvoljenih radnji, iz prouzrokovanja štete (*obligationes ex delicto*). Gaj u svom udžbeniku[63] pominje samo ova dva izvora obligacija, a podelu obligacija na kontrakte i delikte smatra najvažnijom od svih podela (*summa divisio obligationum*), s napomenom da kontrakti nastaju *verbis, literis, re* ili *consensu*[64], čime je izvršio podelu kontrakata prema načinu nastanka. Evidentno je da dvodelna podela ne pokriva sve moguće izvore obli-

---

[56] *D. 12. 5. 2. Ulpianus libro vicensimo sexto ad edictum.* Navedeno prema MALENICA, *O rimskom ...*, op. cit., ctr. 185.

[57] *D. 12. 5. 3. Paulus libro decimo ad Sabinum.* Navedeno prema MALENICA, *O rimskom ...*, op. cit., ctr. 185.

[58] Za označavanje izvora obligacije, u smislu zakonom predviđenih skupova činjenica iz kojih nastaju obligacioni odnosi, nešto ređe se upotrebljava i izraz „formalni izvor subjektivnog obligacionog prava“. V. VIZNER, Boris, *Da li je u pitanju pravni osnov (titulus iuris) ili glavni cilj (causa finalis) obveznog ugovora*, Naša zakonitost, br. 8/1977, str. 28–41, na str. 35.

[59] SALMA, *Obligaciono pravo*, op. cit., ctr. 106.

[60] PEROVIĆ, *Obligaciono pravo*, op. cit., ctr. 140.

[61] Tako, naš Zakon o obligacionim odnosima propisuje da se njime regulišu „*obligacioni odnosi koji nastaju iz ugovora, prouzrokovanja štete, sticanja bez osnova, poslovodstva bez naloga, jednostrane izjave volje i drugih zakonom utvrđenih činjenica*“. V. čl. 1 Zakona o obligacionim odnosima, Službeni list SFRJ br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, Službeni list SRJ br. 31/93.

[62] SALMA, *Obligaciono pravo*, op.cit., str. 107.

[63] *Gaius, Institutiones, 3. 88.*

[64] Ibidem.

gacija. To je, izgleda, i Gaju bilo jasno, zato u jednom svom drugom delu (*Res cottidianae sive aurea*), koje je nastalo nakon Institucija, uvodi trodelnu podelu, odnosno dvodelnu podelu na *obligationes ex contractu* i *obligationes ex maleficio* dopunjuje trećom vrstom izvora obligacija, obligacijama iz „raznih oblika kauza"[65] (*obligationes ex varie causarum figurae).*[66]

Justinijanovi kompilatori su trodelnu Gajevu podelu pretvorili u četrvorodelnu, dalje razlažući treću grupu obligacija, obligacije iz raznih oblika kauza. Tako, pored obligacija iz ugovora i prouzrokovanja štete u Justinijanovim Institucijama[67] se govori i o kvazikontraktima (*obligationes quasi ex contractu)* i kvazideliktima (*obligationes quasi ex maleficio).* Četvorodelna podela obligacija pokazuje mnogo veći stepen sposobnosti apstrahovanja i teorijskog pristupa podeli obligacija u postklasičnom periodu, čemu kazuistika klasičnog rimskog prava nije bila sklona. Kvazikontrakti su slični kontraktima po tome što ne proističu iz zabranjenih dela, ali nisu kontrakti jer im nedostaje saglasnost volja, dok su kvazidelikti slični deliktima po tome što su zabranjeni, ali im nedostaje neki elemenat delikta, neki od uslova deliktne odgovornosti.[68]

3.5. Kauza kontrakta i kauza ugovorne obaveze (prestacije)

U savremenom ugovornom pravu pod kauzom se podrazumeva razlog, osnov ili cilj zasnivanja ugovorne obaveze. Kauza ugovorne obaveze se definiše kao „*neposredan pravni cilj radi kojeg strane zaključuju ugovor*",[69] a taj neposredni pravni cilj u teretnim ugovorima nije ništa drugo do „*mogućnost sticanja prava svojine na predmetu obaveze druge ugovorne strane*"[70], ispunjenje prestacije druge ugovorne strane. Prema tome, kauza u teretnim ugovorima podrazumeva međusobnu uslovljenost, sinalagmatičnost ugovornih obaveza. Razlog obavezivanja jed-

---

[65] Prevod: MALENICA, *O rimskom* ..., op. cit., ctr. 184.

[66] U romanistici ne postoji jedinstven stav o tome da li je autor dela *Res cottidianae* zaista Gaj ili nije. Kao argument u prilog teze da nije Gaj autor *Res cottidianae* se upravo može istaći različita sistematizacija obligacija. Dok je u klasičnom pravu vladala bipartitna podela, što inače i Gaj usvaja u Institucijama, *Res cottidianae* već govori o triparticiji, što se ne uklapa u biparticiju klasičnog prava. Treba dodatno istaći da Gaj živi u drugoj polovini II veka i klasično pravo koje poznaje dvodelnu podelu obligacija pravi svoj procvat dostiže tek krajem II veka i u prvim decenijama III veka. V. detaljnije MALENICA, *Rimsko pravo*, op. cit.,, str. 340; STOJČEVIĆ, *Rimsko obligaciono pravo*, op. cit., str. 51. i literaturu navedenu u fn. 9.

[67] *Institutiones, 3. 13. 2.*

[68] V. detaljnije MALENICA, *Rimsko pravo*, op. cit., str. 391.

[69] SALMA, *Obligaciono pravo*, op.cit., str. 298.

[70] Ibidem.

ne ugovorne strane je u očekivanju ispunjenja obaveze druge ugovorne strane. Kod dobročinih ugovora te međusobne uslovljenosti prestacija nema, te se i kauza definiše na drugi način – razlog obavezivanja dužnika (poklonodavca), jedine strane koja ima neku obavezu u ugovoru, je namera za dobročinstvom (*animus donandi*). Prema tome, razlog obavezivanja je kod teretnih ugovora objektivne prirode, a kod dobročinih subjektivne, usled čega se savremena shvatanja o kauzi nazivaju objektivno-subjektivnim teorijama o kauzi.[71]

U klasičnom rimskom pravu pojam kauze je razmatran i u ovom kontekstu, u značenju razloga ugovorne prestacije. Međutim, da bi se dao potpun odgovor na pitanje šta su rimski pravnici podrazumevali pod kauzom ugovorne prestacije, neophodno je prethodno osvrnuti se na suštinske razlike u poimanju ugovora u savremenom i u rimskom pravu. U savremenom pravu postoji opšti pojam ugovora. On se definiše izuzetno lakonski kao „*saglasnost volja dva ili više lica kojom se postiže neko obligacionopravno dejstvo*“[72], te je pojam ugovora u savremenom pravu univerzalan i apstraktan, obuhvata sve slučajeve saglasnosti volja usmerenih na postizanje nekog dozvoljenog imovinskopravnog dejstva.[73] Nasuprot tome, rimsko pravo ne poznaje opšti pojam pravnog posla, niti opšti pojam ugovora. Rimsko ugovorno pravo je pravo tipičnih pravnih poslova, sa određenom formom i sadržinom koje ugovarači nisu mogli menjati. Na sličan način se definiše i kontrakt, najznačajnija vrsta pravnog posla, kao „*obligacija koja je zaštićena posebnom tužbom, koja nastaje iz saglasnosti volja stranaka o bitnim elementima posla i koja, po pravilu, ima propisanu formu*“.[74] Sporazum strana koji ne ispunjava navedene uslove je, doduše, mogao uživati pravnu zaštitu, ali ne kao kontrakt, već kao atipičan zaštićeni sporazum (pakt). Za razliku od savremenog prava, u kojem strane mogu da unesu u svoj ugovor „*svaki interes, sve što pravom nije zabranjeno ili suprotno poretku i moralu*“[75], u rimskom pravu kontrakti su „*bili tipični poslovi, određeni ne samo formom, već i sadržinom*“.[76] Ugovarači nisu mogli menjati tipičnu sadržinu kontrakta.[77] I u savreme-

[71] Ibidem, str. 297.

[72] PEROVIĆ, *Obligaciono pravo*, op. cit., str. 140.

[73] „*Ovako određen pojam ugovora predstavlja jednu apstrakciju. On obuhvata sve, pa i krajnje različite konkretne situacije, ukoliko su one sve povezane istom osnovnom činjenicom: saglasnošću izjavljenih volja.*“ PEROVIĆ, *Obligaciono pravo*, op. cit., str. 152.

[74] MALENICA, *Rimsko pravo*, op. cit.,, str. 341.

[75] MALENICA, *Pravni posao* ..., op. cit., str. 94.

[76] Ibidem.

[77] Tako, na primer, nalog (*mandatum*) je konsensualan konstrakt (te je mogao biti zaključen u bilo kojoj formi – i usmeni nalog je obavezao), ali je on obavezno morao biti

nom pravu postoji tipiziranje ugovora, njihovo zakonsko imenovanje, ali imenovanje ugovora služi samo „*ugovornoj ekonomiji*“[78], olakšavanju i ubrzavanju procesa zaključenja ugovora. Od zakonom predviđene sadržine imenovanih ugovora strane uvek mogu odstupiti, u granicama javnog poretka.[79]

Različito poimanje ugovora utiče i na različito poimanje kauze ugovorne obaveze u savremenom i rimskom pravu. U savremenom pravu, budući da strane u ugovor mogu da unesu svaki svoj (dozvoljen) interes, u pogledu svakog ugovora sa razlogom može da se postavi pitanje koji cilj su strane htele postići zaključenjem ugovora. Cilj ugovornih obaveza nije unapred tipski fiksiran, limitiran imperativnim odredbama. Strane mogu uvek da napuste okvire imenovanih ugovora i da zaključe ugovor koji se ne uklapa u postojeći sistem imenovanih ugovora usled čega razlog (kauza) ugovorne obaveze postaje pitanje koje dobija samostalnu pravnu relevantnost.

Zbog tipiziranosti pravnih poslova po njihovoj formi i sadržini, rimski pravnici kauzu ugovorne obaveze ne razmatraju odvojeno od kauze kontrakta.[80] Svaki kontrakt ima svoj unapred određen cilj, i u svetlu cilja kontrakta se razmatra pitanje cilja ugovorne obaveze. Posebni, tzv. tipični kontrakti rimskog prava nastali su i dobili svoju sadržinu i formu polazeći od cilja koji su ugovorne strane želele da postignu zaključenjem ugovora. U postizanju ugovorenog (željenog) cilja obe ugovorne strane trebalo je da postupaju savesno i pošteno. Pravila tipičnih kontrakata rimskog prava nastala su postepeno, primenom načela *bona fides*. Regulativa imenovanih ugovora u savremenom građanskom pravu se suštinski ne razlikuje od

---

besplatan, jer je kauza naloga bila pružanje besplatne, prijateljske usluge. Zbog toga je ugovaranje naknade za izvršenu uslugu pretvaralo nalog u jedan drugi konsensualan kontrakt, u određeni oblik zakupa (*locatio-conductio*), u ugovor o delu, koji su srednjovekovni pravnici označili nazivom *locatio conductio operis*. V. MALENICA, *Pravni posao* ..., op. cit., str. 94–95. Međutim, već su u rimskom pravu postojali i mešoviti ugovori. V., SIČ, Magdolna, *Uslovljavanje prenosa svojine isplatom cene kao sredstvo obezbeđenja po rimskom i našem savremenom pravu***,** Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 1/2006, str. 73–102.

[78] SALMA, *Obligaciono pravo*, op.cit., str. 326.

[79] Modifikacija osnovnog dejstva kontrakta je u izvesnoj meri i u klasičnom rimskom pravu bila moguća u formi tzv. dodatnih pakata (*pacta adiecta*), kojima se obaveza dužnika umanjivala (*pacta ad minuendam obligationem*) ili uvećavala (*pacta ad augendam obligationem*). Oni su se zaključivali istovremeno (*in continenti*) sa kontraktom, čije dejstvo menjaju ili dopunjuju, ili kasnije (*ex intervallo*). V. STOJČEVIĆ, *Rimsko obligaciono pravo*, op. cit., str. 102. Ipak, paktima se nije menjao cilj, suština kontrakta, već su samo modifikovane obaveze dužnika.

[80] V. MALENICA, *O rimskom* ..., op. cit., ctr. 191.

pravila koja je rimsko pravo razvilo za pojedine kontrakte.[81] U razmatranju cilja prestacije u konsensualnim kontraktima Gaj ističe da je suština ovih kontrakata međusobna uslovljenost prestacija.[82] U konsensualnim kontraktima je, prema tome, razlog ugovorne obaveze u prestaciji druge ugovorne strane. To svakako stoji za kupoprodaju, zakup i ortakluk. Međutim, kao što je gore već istaknuto, četvrti konsensualni kontrakt, nalog (*mandatum*) je morao biti dobročin,[83] zbog toga što se on daje i izvršava iz namere dobročinstva, nema sinalagmatičnosti kao kod ostalih konsensualnih kontrakata.[84]

Vidi se da su rimski pravnici izgradili pojam kauze ugovorne obaveze, koja u teretnim poslovima ima svoju ekonomsku funkciju (međusobnu uslovljenost prestacije), a u dobročinim poslovima širu društvenu funkciju (preuzimanje obaveze iz osećaja dužnosti i prijateljstva). Međutim, ovo ekonomsko-društveno poimanje cilja ugovorne obaveze je neraskidivo vezano za ekonomski i društveni značaj samog kontrakta. „*Ekonomsku i društvenu suštinu kontrakta stranke nisu mogle menjati.*“[85] O postojanju ekonomske i društvene funkcije ugovora rimsko pravo je vodilo računa ne samo u fazi zaključenja već i u fazi dejstva i ispunjenja ugovora. Tako, ako su nakon zaključenja ugovora nastupile neke okolnosti koje strane nisu uzele u obzir i koje su poremetile unapred utvrđen ekonomski i društveni cilj kontrakta, rimska kazuistika je iznalazila načine, uvodila nove prestacije za očuvanje tih interesa i u svetlu promenjenih okolnosti. Na taj način je, na primer, putem *actiones contrarie* omogućena naplata troškova nastalih u vezi sa ispunjenjem dobročinih ugovora.[86]

Svoj vrhunac razvoja rimsko ugovorno pravo dostiže pružanjem pravne zaštite paktima i tzv. bezimenim sinalagmatičnim kontraktima. U analizi razvoja instituta kauze u značenju razloga ugovorne obaveze neophodno je, barem u osnovnim crtama, osvrnuti se i na njih.

---

[81] V. SIČ, Magdolna, *Uloga principa «bona fides» u regulisanju kupoprodaje u antičkom Rimu,* Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Tematski broj – Rekonstrukcija pravnog sistema Jugoslavije na osnovama slobode, demokratije, tržišta i socijalne pravde, Novi Sad, 1998, str. 79–91.

[82] „*... jedan je obavezan drugom zbog onoga što treba međusobno ispuniti u skladu s dobrim i pravičnim*“. *D. 44. 7. 2. 3., Gaius libro secundo aureorum.* Navedeno i prevod prema MALENICA, *O rimskom* ..., op. cit., ctr. 190.

[83] V. MALENICA, *O rimskom* ..., op. cit., ctr. 191.

[84] „*Nalog ... rađa se iz osećaja dužnosti i prijateljstva ...*“ *D. 17. 1. 1. 4., Paulus libro trigensimo secundo ad edictum.* Navedeno i prevod prema MALENICA, *O rimskom* ..., op. cit., ctr. 191.

[85] MALENICA, *O rimskom* ..., op. cit., ctr. 191.

[86] V. MALENICA, *O rimskom* ..., op. cit., ctr. 192.

Paktima su rimski pravnici označavali svaki sporazum, sve saglasnosti volja usmerenih na postizanje imovinskopravnog dejstva koje nisu kontrakti.[87] U početku, u vreme izrazite apstraktnosti i formalizma, pakti nisu uživali pravnu zaštitu (*ex nudo pacto obligatio non nascitur*)[88], međutim, vremenom se povećava krug neformalnih sporazuma koji dobijaju pravnu zaštitu. Tako, klasično rimsko pravo pakte deli na nezaštićene (*pacta nuda*) i zaštićene (*pacta vestita*).[89] Zaštićeni pakti se dele na tri grupe: dodatni pakti (*pacta adiecta*), pretorski pakti (*pacta pretoria*) i zakonski pakti (*pacta legitima*).[90]

Bezimeni sinalagmatični kontrakti (*contractus innominati, anonyma synalagmata*) su neformalni sporazumi van sistema tipičnih kontrakata, koji nastaju saglasnošću volja i ispunjenjem prestacije jedne od ugovornih strana i zaštićeni su putem *actio in factum* a kasnije sa *actio praescriptis verbis*. 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 njih, pre svega po tome što nemaju tipizirani sadržaj, s jedne, i da nastaju ne samo predajom stvari, već ispunjenjem bilo kakve prestacije (*dare* ili *facere*), s druge strane.[91]

Paktima i bezimenim sinalagmatičnim kontraktima u rimskom pravu pojam kauze ugovorne obaveze ipak polako započinje svoj samostalni razvojni put, kao pravni institut koji je nezavisan od cilja samog kontrakta Naime, dok kontrakti imaju tipizirani sadržaj, objektiviziran pravni cilj koji strane žele postići ugovorom, takva tipiziranost doduše postoji, ali je manje izražena kod pakata. Pakti su pravnu zaštitu dobili upravo stoga što postojeći sistem tipskih ugovora, sa tipiziranim pravnim posledicama, nije mogao da podrži sve vrste kauza koje su strane u ugovornom odnosu želele postići. Sistem tipskih pravnih poslova dobija još snažniji udarac davanjem pravne zaštite bezimenim sinalagmatičnim ugovorima. Oni nemaju unapred određenu kauzu koju strane ne bi mogle menjati. Prema rečima Paula, prestaciju jednog bezimenog sinalagmatičnog ugovora može da čini bilo koja *dare* ili *facere* obaveza, što znači da sadržaj ugovora čini bilo koja kombinacija ove dve vrste prestacija (*do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des* ili *facio ut facias*).[92] Iz ovakve otvorene konstrukcije sadržine

---

[87] V. STOJČEVIĆ, *Rimsko obligaciono pravo*, op. cit., str. 101.

[88] Ibidem, str. 34.

[89] Ibidem, str. 102.

[90] Ovi nazivi tri grupe pakata su opšte usvojeni, ali nisu rimskog porekla, već su delo srednjovekovnih pravnika. V. STOJČEVIĆ, *Rimsko obligaciono pravo*, op. cit., str. 102.

[91] V. MALENICA, *Rimsko pravo*, op. cit., str. 374–376.; STOJČEVIĆ, *Rimsko obligaciono pravo*, op. cit., str. 98–101.

[92] *D. 19. 5. 5pr. Paulus libro quinto quaestionum.* Navedeno prema MALENICA, *O rimskom* ..., op. cit., ctr. 193.

bezimenih sinalagmatičnih kontrakata proizilazi da oni nemaju tipiziranu kauzu. Kauza ugovorne obaveze u bezimenom sinalagmatičnom ugovoru je prestacija druge ugovorne strane, i to prestacija u opštem smislu, jer se ona mogla odnositi na svako davanje ili činjenje. Ako postoji međusobna uslovljenost prestacija, i kad je jedna strana ispunila svoju obavezu, postoji valjana kauza ugovorne obaveze i obaveza druge ugovorne strane (budući da je ona razlog obavezivanja prve ugovorne strane) je utuživa. Bezimeni sinalagmatični kontrakti su bili izuzetno povoljan poligon za razvoj ideje o kauzi ugovorne obaveze. Rimska kazuistika obiluje primerima u ovom pogledu. Tako Ulpijan, u jednom slučaju u kojem se postavilo pitanje da li je obećanje da se plati nagrada licu koje uhvati i vrati odbeglog roba civilna obligacija, kaže da hvatanje roba i njegovo vraćanje gospodaru stvara tužbu za lice koje ga je uhvatilo i vratilo zbog toga što je postojao sporazum između strana, rezultat pogađanja, u kojem postoji odnos *quid pro quo*.[93] Na drugom mestu Ulpijan, pozivajući se na polemiku između Ariosta i Celza, ističe da čak i u slučajevima kada se sporazum strana ne može uvrstiti u neki postojeći tip ugovora, nastaje civilna obligacija ako takav sporazum ima kauzu, a kauza postoji ako postoji međusobna uslovljenost prestacija, tj. ako je sporazum sinalagmatičan.[94]

Međusobna uslovljenost, sinalagmatičnost prestacija, kauza ugovorne obaveze u teretnim kontraktima se spominje u različitim kontekstima. Tako se u Justinijanovom pravu javlja izraz *transactio* kojim se označavao odnos u kojem svakoj od strana mora nešto da se da, obeća ili se strane ovlašćuju da nešto zadrže.[95] I obavezujuće dejstvo kompromisa[96] (*compromissum*) se objašnjava postojanjem međusobno uslovljenih prestacija/koristi od zaključenja takvog sporazuma. Razlogom, kauzom zaključenja kompromisa se smatra namera strana da otklone posto-

---

[93] *D. 19.5.15. Ulpianus libro quadragesimo secundo ad Sabinum.* Navedeno prema DE VILLIERS, Mellius, *Consideration in the Roman Law of Contract*, Journal of Comparative Legislation and International Law br. 6/1924, str. 120–124, na str. 122.

[94] *D. 2.14.7.2. Ulpianus libro quarto ad edictum*. Navedeno prema DE VILLIERS, op. cit., str. 120. i ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, University Press, Oxford, 1996, str. 550.

[95] *Transactio nullo dato vel retento vel promisso minime procedit. Codex. 2.4.38.120*. Navedeno prema DE VILLIERS, op. cit., str. 120.

[96] Kompromis (*compromissum*) je imperatorski, zakonski pakt (*pacta legitima*) kojim se strane obavezuju da rešavanje jednog spora neće poveriti redovnom već izbranom sudu, arbitru. Kompromis u klasičnom pravu još ne uživa pravnu zaštitu kao pakt, te se zaključuje u formi stipulacije da bi mu strane dale svojstvo utuživosti. Kompromis kao imperatorski pakt dobija samostalnu pravnu zaštitu tek u Justinijanovom pravu. V. STOJČEVIĆ, *Rimsko obligaciono pravo*, op. cit., str. 105.

janje opasnosti od spora pred redovnim sudovima. Ovaj neposredan pravni rezultat zaključenja kompromisa je smatran valjanom kauzom koja je kompromisu obezbeđivala pravnu zaštitu.[97] Da su otklanjanje opasnosti od spora i ugovaranje rešavanja spora pred arbitrom smatrani valjanom kauzom pokazuje i primer jednog slučaja u kojem su dve sestre zaključile sporazum (poravnanje) o deobi nasledstva. Radilo se o slučaju u kojem je bilo postavljeno pitanje utuživosti obaveza iz sporazuma, imajući u vidu da još nije došlo do spora između strana. Imperator Antonije pred koga je slučaj iznet je presudio da je takav sporazum pravno obavezujući, jer je njegovim zaključenjem otklonjena opasnost od parničenja, što je valjana kauza takvog sporazuma, čak i u slučaju kada u momentu zaključenja kompromisa spor još nije nastao.[98]

Pojam *transactio,* u smislu međusobno uslovljenih prestacija (kauze ugovorne obaveze), u klasičnom rimskom pravu je služio za razlikovanje prinudno izvršivih sporazuma od neutuživih dobročinih pravnih poslova. Tako je Ulpijan upravo postojanjem elementa razmene, međusobne uslovljenosti prestacija, objasnio razliku između kompromisa i pravno nesankcionisanih dobročinih obećanja. Predmet kompromisa je pitanje koje je u nekoj meri uvek neodređeno, tužba koja bi se podnela povodom tog pitanja je neizvesna, jer sud tek treba da odluči po njoj. Ali kada čovek obeća poklon, ustupa nešto izvesno, što je bez sumnje izraz njegove slobodne volje.[99]

3.6. Kauza i kondikcije

U kontekstu analize problematike kauze ugovorne obaveze u rimskom pravu posebnu pažnju zaslužuje jedan poseban izvor obligacija, sticanje bez osnova, tzv. kondikcije. Kondikcije (*condictiones sine causa*) je zbirni pojam za različite slučajeve u kojima se u imovini jednog lica nađu stvari ili vrednosti drugog lica, s tim da je do tog povećanja imovine došlo bez pravnog osnova ili na osnovu nevažećeg pravnog posla, te se primljeno/stečeno ima vratiti.[100] U klasičnom pravu su kondikcije bile dopu-

[97] *Et quidem quod transactionis nomine datur, licet res nulla media fuerit, non repetitur: nam si lis fuit, hoc ipsum, quod a lite disceditur, causa videtur esse. Sin autem evidens calumnia detegitur et transactio imperfecta est, repetitio dabitur. D. 12.6.65.1. Paulus libro septimo decimo ad Plautium.* Navedeno prema DE VILLIERS, op. cit., str. 120. (sa pogrešnim označenjem fragmenta u Digestama).

[98] *Codex 2.4.2.* Navedeno prema DE VILLIERS, op. cit., str. 120.

[99] *Qui transigit re dubita et lite incerta neque finita transigit. Qui vero paciscitur donationis causa rem certam et indubitatam liberalitate remittit. D. 2.15.1.Ulpianus libro quinquagensimo ad edictum.* Navedeno prema DE VILLIERS, op. cit., str. 120.

[100] V. STOJČEVIĆ, *Rimsko obligaciono pravo*, op. cit., str. 126.

štene samo u slučaju prenosa svojine, a u postklasičnom pravu u svim slučajevima povećanja vrednosti imovine bez valjanog titulusa, čime se krug kondikcija znatno proširio.[101] Justinijan kondikcije svrstava u kvazi-kontrakte, jer su u pitanju obligacioni odnosi koji nastaju iz dozvoljenih radnji, ali im nedostaje ili saglasnost volja ili ispunjenje predviđene formalnosti.[102] Kondikcije su nezaobilazne kada se razmatra pitanje kauze ugovorne obaveze, kako u savremenom, tako i u rimskom pravu. Razlog obavezivanja, kauza ugovorne obaveze ima različiti značaj kod različitih kondikcija. Tako se *condictio indebiti* podnosi kad jedno lice u zabludi, verujući da je dužno, ispuni dug koji nije bilo dužno ispuniti.[103] Kondikciju *causa data causa non secuta* podiže onaj koji se nadao nekoj posledici, a ona nije nastupila (na primer, davanje miraza radi zaključenja braka).[104] Kondikcijom *ob turpem vel iniustam causam* se traži povraćaj stečenog na osnovu nemoralnog (*turpis causa*) ili protivzakonitog osnova (*iniusta causa*).[105] Očigledna je veza između kondikcija, s jedne, i kauze pravnog posla (motiva) i kauze ugovorne obaveze, s druge strane. Kondikcije predstavljaju način za pravnu sanaciju stanja stvorenog ispunjenjem prestacije koja nema stvarnu kauzu ili je ona nedopuštena, omogućavajući povraćaj datog/stečenog bez valjane kauze. U nekim kondikcijama valjana kauza označava pravni naslov sticanja (*condictio ob turpem vel iniustam causam*), a u drugim izostanak ostvarenja razloga ugovorne obaveze, obaveze koju bi druga strana trebalo da ispuni (*condictio causa data causa non secuta*).

4. Zaključna razmatranja

Prof. Malenica je u svom radu izvršio detaljnu analizu pravnotehničkog pojma kauze u rimskom pravu, pri čemu se njegovo istraživanje nije svodilo samo na jezičku i logičku analizu izvora rimskog prava, u kojima se pominje izraz „*causa*“, već je učinio uspešan pokušaj da se utvrdi i njegovo pravno značenje u datom jezičkom okruženju. To nije bio nimalo lak zadatak, imajući u vidu, s jedne strane, da je izraz kauza u rimskom pravu imalo mnogo više mogućih značenja nego u savremenom. S druge

[101] To su *condictio indebiti*, *condictio causa data causa non secuta*, *condictio ob turpem vel inuistam causam* i *condictio sine causa*. Detaljnije o kondikcijama i njihovim različitim mogućim klasifikacijama v. ZIMMERMANN, op. cit. str. 834–900.

[102] V. STOJČEVIĆ, *Rimsko obligaciono pravo*, op. cit., str. 126.

[103] Ibidem, str. 127.

[104] Ibidem.

[105] Ibidem.

strane, pravni pojam kauze je pitanje kome se može pristupiti samo na način koji podrazumeva visok stepen apstrahovanja i teorijskog promišljanja čemu kazuistika rimskih pravnika nije nimalo bila sklona.

Cilj ovog rada nije bila detaljna analiza pojma kauze u rimskom pravu. To je već učinila domaća romanistika, na čije rezultate se u ovom radu pretežnim delom i oslanjamo. Ideja koja je autora navela na pisanje ovog rada je bila da se učini pokušaj da se uporedi rimskopravno shvatanje kauze sa savremenim.

Osnovni zaključak koji se može izvesti iz analize je da je u izvorima klasičnog rimskog prava pojam „*causa*" imao šire značenje od savremenog. Kauzom su označavani i neki pravni instituti koji u savremenom pravu ne ulaze u opseg pojma kauze ugovorne obaveze. Prema tome, domen pravnog pojma kauze je u rimskom pravu znatno širi od pravnog značenja kauze u savremenom pravu, ali je zato značenje ovog pojma u savremenom pravu preciznije i iznijansiranije, odnosi se na objektivizirani razlog ugovorne obaveze i ima svoju opravdanost postojanja samo u oblasti obligacionog prava, odnosno teorije pravnih poslova u širem smislu.

Prvo, u rimskom pravu se pod kauzom podrazumevao pre svega tzv. osnov sticanja (*titulus acquirendi* ili *iusta causa*), pitanje koje pripada oblasti stvarnog prava. U tom smislu se ona upotrebljava i u savremenom pravničkom rečniku[106], ali ne u smislu razloga ugovorne obaveze, već u značenju osnova sticanja prava.

Drugo, izraz kauza je bio u upotrebi u rimskom pravu i za označavanje razloga nastanka obligacionog odnosa, skupa činjenica, događaja u stvarnom životu koji konstituiše prava i obaveze iz obligacionog odnosa. U ovom smislu kauza obligacija u rimskom pravu nije ništa drugo do (materijalni) izvor obligacionog odnosa u savremenom.

Treće, u smislu kvalifikativa pravnog posla kao dobročinog u rečniku rimskih pravnika služio je izraz dobročina kauza (*causa lucrativa)*. Pored pojma *causa lucrativa* rimsko pravo je razvilo i pojam nečasne kauze (*turpis causa*) za označavanje pravnog posla koji je u suprotnosti sa javnim poretkom i moralnim shvatanjima. Međutim, funkcija pojmova „dobročina kauza" i „nečasna kauza", po našem mišljenju, nije bila određivanje prav-

[106] Na primer, kod sticanja prava svojine na nepokretnosti upisom u zemljišne knjige govori se o *kauzalnosti uknjižbe*, u smislu da upis u zemljišne knjige nema apstraktni karakter, već se vrši na osnovu punovažnog pravnog osnova, titulusa. Ako nakon izvršenog upisa osnov bude poništen, ako nestane kauza uknjižbe, može se zahtevati brisanje izvršenog upisa. V. STANKOVIĆ, Obren, ORLIĆ, Miodrag, *Stvarno pravo*, Nomos, Beograd, 1996, str. 347.

norelevantnog razloga zbog kojeg se zasniva ugovorna obaveza. *Causa lucrativa* je služila kvalifikaciji pravnog posla kao dobročinog i imala je višestruku funkciju u pravu (bila je merilo za primenu instituta *beneficium competentiae*, rešavanje pitanja konkurencije pravnih naslova itd.), ali se nije neposredno ticala cilja ugovorne prestacije. Slično je i sa pojmom nečasne kauze (*turpis causa*) kojim se označavao pravni posao protivan javnom poretku. Nečasnom kauzom je smatran pravni osnov, titulus, protivan javnom poretku i kao takav ne vodi sticanju prava.[107]

Kauza kontrakta, kauza prestacije i kauza pravnog posla su pojmovi u pogledu kojih se shvatanje kauze u rimskom pravu najviše približilo savremenom pojmu kauze ugovorne obaveze. Zbog tipiziranosti ugovora u rimskom pravu, pojam kauze prestacije je neraskidivo bio vezan sa pojmom kauze samog ugovora. Kauza kontrakta je „*ekonomski i društveni cilj koji se postiže realizacijom kontrakta*“,[108] koji strane nisu mogle menjati. On je unapred bio dat za određeni tip ugovora. Međutim, sa pojavom i razvojem bezimenih sinalagmatičnih ugovora, kauza prestacije se odvaja od kauze kontrakta – bezimeni sinalagmatični kontrakti nemaju unapred utvrđenu kauzu, ekonomski i društveni cilj. U nedostatku kauze kontrakta, jurisprudencija je trebalo da utvrdi kauzu prestacije na drugi način. To je podstaklo klasične pravnike na razmišljanje da je kauza prestacije kod bezimenih sinalagmatičnih ugovora zapravo prestacija druge ugovorne strane, pri čemu protivčinidbu može da predstavlja bilo koje davanje ili činjenje. Međusobna uslovljenost prestacija nije ništa drugo do nukleus savremenog koncepta kauze ugovorne obaveze u teretnim ugovorima. Rimski pravnici nisu zaobišli ni pitanje razloga obavezivanja kod dobročinih pravnih poslova. U savremenom pravu kod teretnih pravnih poslova kauza dolazi do izražaja u svom objektivnom, ekonomskom elementu, dok kod dobročinih pravnih poslova u pojam kauze ulazi i subjektivan momenat, motivi, pobude iz kojih se pravni posao zaključuje. Slično savremenom i rimsko pravo je kod dobročinih pravnih poslova vodilo računa o pobudama za zaključenje pravnog posla. Ovo lepo pokazuju primeri sa manumisijom i zabranom darivanja između bračnih drugova iz is-

[107] Funkciju javnog poretka, koji u savremenom pravu predstavlja opštu granicu slobode ugovaranja, u rimskom pravu su imali dobri običaji (*boni mores*). U klasičnom rimskom pravu nisu svi zabranjeni ugovori bili i ništavi. Prema Ulpijanu, neke zakonske zabrane su *lex perfecta*, *lex quasi minus perfecta* ili *lex imperfecta*. Samo je povreda *leges perfectae* imala za posledicu ništavost pravnog posla. Ništavost, kao opšta sankcija ugovora protivnih javnom poretku, formuliše se tek u postklasičnom periodu 439. godine za vreme vladavine careva Teodosija II i Valentinijana III. V. PEROVIĆ, *Zabranjeni ugovori*, op.cit., str 9.

[108] MALENICA, *O rimskom* ..., op. cit., ctr. 194.

traživanja prof. Malenice. Osnovno pravno dejstvo ovih pravnih poslova nije bilo sporno, te nije predstavljalo pitanje koje bi imalo posebnu pravnu relevantnost.[109] U prvom slučaju to je oslobađanje roba, sticanje *status libertatis*, a drugom prenos imovine bez naknade. Pri ovim pravnim poslovima se rimska kazuistika više interesovala za pobude iz kojih se ti pravni poslovi preduzimaju. Na primer, manumisija nije bila dozvoljena ako je izvršena sa ciljem izigravanja poverilaca. Neposredan pravni cilj manumisije je oslobađanje roba, dok je namera za izigravanjem poverilaca putem oslobađanja roba motiv iz kojeg se taj posao preduzima, i to nedozvoljen motiv.

Razvojem robnonovčanih odnosa rimsko pravo sve više vodi računa o sadržini ugovora, cilju koji su strane u kontraktu želele da postignu, te prvobitni formalizam i apstraktnost[110] potiskuju konsensualizam i kauzalnost.[111] Najbolji primer u ovom pogledu je svakako stipulacija (*stipulatio*). Stipulacija je najznačajniji ugovor u rimskom pravu zbog toga što su se pomoću nje ostvarivali različiti ciljevi, rešavali različiti pravni problemi na koje rimsko ugovorno pravo, sistem tipičnih ugovora sa unapred određenom sadržinom i formom, nije imalo rešenje.[112] Ona je prisutna tokom celog razvoja rimskog prava. Međutim, tokom vremena prolazi kroz suštinske promene. U početku je izuzetno formalan i apstraktan pravni posao sa religijskom sadržinom.[113] Obaveza nastaje izgovaranjem tačno određenih reči.[114] Svaka greška u izgovaranju reči stipulacije dovodi do njene nevažnosti. Takav koncept stipulacije odgovara zatvorenoj kućnoj privredi Rima i arhaičnom periodu u razvoju rimskog prava kada je zaključivanje ugovora bilo relativno retka pojava. Vremenom, posebno posle punskih ratova, robnonovčana privreda uzima maha i ugovori se zaključuju u daleko većem broju. U takvom novom okruženju stipulacija gubi na formalnosti. Ona se mogla zaključiti izgovaranjem i drugih reči koje imaju isto značenje kao

---

[109] „*U sistemu tipičnih poslova, kakav je postojao u rimskom pravu, pravni ciljevi poslova bili su vidljivi i jasno definisani.*“ MALENICA, *O rimskom* ..., op. cit., ctr. 183.

[110] „*Iz kombinacije formalizma i religijsko-magijskih formula proizišla i apstraktnost pravnih poslova*“ u arhaičnom rimskom pravu. „*Jednom zaključen u propisanoj formi, posao proizvodi pravno dejstvo, a da pri tome ne vodi računa o kauzi, razlogu zbog koga je posao zaključen i ekonomskom cilju koji se želi postići.*“ MALENICA, *Rimsko pravo*, op. cit., str. 64.

[111] U klasičnom rimskom pravu „*kauzalnost postaje bitno obeležje pravnih poslova*“. MALENICA, *Rimsko pravo, op. cit.* str. 78.

[112] „ ... *stipulacijom su popunjavane praznine kada su novonastali ekonomski odnosi iziskivali pravnu zaštitu*“. MALENICA, *Rimsko pravo*, op. cit., str. 343.

[113] V. GAMS, Andrija, *Apstraktni pravni poslovi*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 1/1964, str. 52–67, na str. 52.

[114] V. MALENICA, *Rimsko pravo*, op. cit., str. 343.

spondeo, na nekom drugom jeziku, a ne samo na latinskom itd. Na tom putu od formalnosti ka konsensualnosti, stipulacija vremenom gubi i svoj apstraktni karakter i postaje kauzalan pravni posao. Kauzalnost u stipulaciju prodire iz dva pravca. S jedne strane, ugovarači su stipulaciju mogli formulisati tako da sadrži naznačenje kauze. Takva stipulacija je gubila svojstvo apstraktnosti i bila kauzalan pravni posao po nameri strana.[115] S druge strane, rimsko pravo je pod uticajem *ius*-a *gentium* i principa *bona fides* koji *ius gentium* uvodi u *ius civile* počelo da vodi računa o kauzi stipulacije i u onim slučajevima kada je strane nisu formulisale tako da sama stipulaciona formula sadrži naznačenje kauze. Tako, promisor je u slučaju prevare (neispunjenja obaveze druge ugovorne strane, izostanka realizacije kauze ugovorne obaveze) mogao da podnese prigovor prevare (*exceptio doli*).[116] U klasičnom pravu više nije sporno da je stipulacija kauzalni ugovor. Ona je i dalje *verbis* ugovor, po Gajevoj sistematici, jer nastaje usmeno, izgovaranjem određenih reči, ali je kauzalan. Pored prigovora prevare postoje i drugi instrumenti koji ukazuju na kauzalnost stipulacije, *exceptio non numeratae pecuniae* i *querella non numeratae pecuniea*.[117] Svoj razvojni put stipulacija završava u Justinijanovom pravu u kojem je ona literarni kontrakt i mora biti zaključena u formi pisane isprave (*instrumentum stipulationis*).[118] Štaviše, Justinijan je propisao da stipulator mora da dokaže postojanje kauze ako ona nije naznačena u ispravi o stipulaciji.[119] Sasvim je jasno da se između stipulacije u arhaičnom periodu i one u Justinijanovom pravu ne mogu povući nikakve paralele. U arhaičnom periodu ona je apstraktni i strogo formalni usmeni pravni posao sa religijskim obeležjem, a u Justinijanovom pravu kauzalni i literarni kontrakt, bez religijskih obeležja.

Svoj vrhunac rimsko promišljanje kauze dostiže sa bezimenim sinalagmatičnim ugovorima, kod kojih je jurisprudencija izgradila pojam kauze prestacije, pojam koji je nezavisan od kauze samog kontrakta. Bezimeni sinalagmatični ugovori su bili poligon na kojem je rimsko pravo moglo da izgradi opšti pojam ugovora, sličan onom usvojenom u savremenom pravu. Do toga nije došlo usled krize „*u koju imperija zapada tokom postklasičnog perioda, a koju prati i dekadencija pravne nauke*“.[120]

---

[115] V. ZIMMERMANN, op. cit. str. 92.

[116] „ *... si quis sine causa ab aliquot fuerit stipulates, deinde ex ea stipulation experiatur, exception utique doli mali ei nocebit …*”. *D. 44.4.2.3. Ulpianus libro septuagensimo sexton ad edictum.* Navedeno prema ZIMMERMANN, op. cit., str. 550.

[117] V. MALENICA, *Rimsko pravo*, op. cit., str. 343.

[118] *Codex VIII.37.14. Instrumentum stipulationis* se u praksi javlja već u Ciceronovo vreme. V. STOJČEVIĆ, *Rimsko obligaciono pravo*, op. cit., str. 58.

[119] Ibid. str. 344.

[120] MALENICA, *O rimskom* ..., op. cit., ctr. 193.

Dalji logički razvoj instituta kauze i ideje o utuživosti svih sporazuma koji imaju imovinskopravno dejstvo predstavlja rad glosatora, koji unapređuju ideju klasičnih rimskih pravnika o zaštićenim i nezaštićenim paktima. Glosatori ovim pojmovima daju novo značenje i sve sporazume (bili oni pakti ili kontrakti) dele na utužive (*pacta vestita*) i neutužive, prirodne obligacije (*pacta nuda*).[121] Međutim, to više nije era rimskog prava, već doba njegove postepene recepcije u Evropi i daljeg razvoja ideje o kauzi ugovorne obaveze na tekovinama rimskog ugovornog prava.

[121] V. ZIMMERMANN, op. cit. str. 538.

Atila Dudás, LL.M., Assistant
Novi Sad School of Law

Roman Law Knew the Notion of Cause of Contractual Obligations (Consideration in Contract) after all!

Abstract

In theory of contract law relatively not too much attention has been paid to the question whether Roman law knew the notion of consideration in contract (*causa*), reason for which one undertakes contractual obligation or not. It is generally admitted that Roman jurists used the term *causa* in various meanings. However, we haven't known too much about the specific contexts in which they used this term, since until 2008 there hasn't been a sole article in our literature of Roman law dedicated profoundly enough to this issue.

The many different meanings that Roman jurists attributed to *causa* each served specific legal function. The aim of this paper is to identify the legal functions of *causa* in Roman law. In that pursuit, the author analyzes the issue of *causa* through the lens of a researcher whose main field of occupation is not the study of Roman law of contract but of the contemporary one.

From the wide range of different meanings of *causa* in Roman law, the following could be pointed out.

First and foremost, it meant the so-called *iusta causa*, legal title of acquiring a right in rem or possession. In this meaning the notion of *causa* leaves the realm of the law of contract and pertains to a branch of law that could be designated as the law of property. Secondly, Roman lawyers used the term *causa* in the meaning of *causa obligationis*, a set of facts from which an obligation emerges, today called source of obligation. These are the meanings *causa* had in Roman law that differ from the contemporary meaning of *causa*, as a reason, consideration of contractual obligations.

However, in Roman law *causa* had some other meanings too – it served certain functions in the law, which converge the Roman notion of

causa to the contemporary one. Namely, classical Roman law analyzed the adequacy, appropriateness of reasons for which a specific legal act is created (*causa negotii*). In this respect the *manumissio*, the act of liberation of a slave and the the prohibition for spouses to present gifts to each other are perhaps the most indicative. One may conclude that in this respect *causa* served in Roman law a similar function as the motives, subjective reasons of entering in a legal transaction in the contemporary law. From the *causa* of legal act (*causa negotii*) Roman law developed specific terms, subcategories of *causa*. These are the notions of gratuitous cause (*causa lucrativa*) and unjust cause (*turpis causa*). Their function was to give a certain qualification to the legal act in question.

The most subtle meaning of *causa* in Roman law was the meaning of *causa prestationis*, reason why parties to a bilateral contract undertake contractual obligations (consideration in contract). In this respect it is important to stress that Roman law had not developed a general notion of contract. It knew only for classes of contracts, which system leaves to parties lesser freedom of contract, since they couldn't change either the form or the content of a given type of contract. In such a rigid framework the notion of cause of contractual obligations is inseparably tied to the notion of cause of contract. There was no legal need for a separate notion of cause of contractual obligation at all, since the notion of cause of contract absorbed it. However, in classical, but even more in postclassical period of Roman law, one can witness a forceful development of pacta (informal agreements that do not fit into any class of contracts) and innominate contracts (informal contracts outside the classes of contracts in which one of parties, the one seeking remedy, already performed). The latter are of special importance in the present research, since they do not have a typified cause of contract, hence it deemed necessary to ascertain what might be the cause of contractual obligations in innominate contracts. In this respect, of utmost importance are Paul's and Ulpian's fragments in Digest, which give us a hint how classical Roman lawyers looked at the issue of cause of contractual obligations. According to their view, in innominate contracts the *causa prestationis* is the mutual supposition of obligations. The mutual supposition of obligations (consideration in contract) represents the core of all contemporary theories of *causa* (cause of contractual obligations). This shows that Roman lawyers developed the notion of consideration in contract, but they did it in a specific way, in a casuistic manner, characteristical to roman legal thinking.

Key words: causa, causa in Roman Law, causa negotionis, causa obligationis, causa of contract, causa prestationis

Originalni naučni rad 336.763

Mr Vladimir Marjanski, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

RASPODELA HARTIJA OD VREDNOSTI NUĐENIH JAVNOM PONUDOM

Sažetak: *Raspodela hartija od vrednosti predstavlja postupak kojim se određuje broj hartija od vrednosti koji će pripasti svakom investitoru pojedinačno, koji ih je prethodno upisao ili podneo zahtev za upis. Pitanje raspodele postaje aktuelno kada upisnici – investitori[1], usled prekobrojnog upisa (tzv. „prebukiranosti" emisije), ne mogu steći onaj broj hartija od vrednosti koji su „poručili". Za postupak raspodele se vezuju dva ključna pitanja. Prvo, da li emitent ili društvo za pružanje investicionih usluga (npr. emisiona banka ako se emisija odvija posredstvom nje), trebaju da imaju potpunu slobodu prilikom izbora metode raspodele (princip autonomije volje) ? Drugo, da li su i u kojoj meri oni dužni da o metodu raspodele obaveste potencijalne investitore? U članku ćemo pokušati da damo odgovor na ova pitanja. Osim toga, biće izvršena i analiza standarda koji se moraju poštovati prilikom vršenja osnovne i dodatne raspodele hartija od vrednosti (eng. overallotment), kao i vršenja opcije pokrića dodatno upisanih hartija od vrednosti (eng. green shoe option). Na kraju će biti predložena nova rešenja za domaće pravo.*

Ključne reči: *raspodela, dodatna raspodela**,** green shoe opcija, hartije od vrednosti, javna ponuda, emisija.*

[1] U daljem tekstu će biti korišćeni termini investitori ili ulagači budući da predmet javne ponude mogu biti nove, kada je u pitanju upis, ali i postojeće hartije od vrednosti, kada je u pitanju kupovina (npr. od pokrovitelja emisije, koji ih je prethodno upisao u svoje ime).

1. Uvodne napomene – postavljanje problema

Kada istekne rok koji je predviđen za upis hartija od vrednosti po prethodno upućenom javnom pozivu tj. po završetku trajanja javne ponude, utvrđuje se broj upisanih[2] i uplaćenih hartija od vrednosti i vrši se ocena uspešnosti emisije. Ocena uspešnosti emisije, međutim, predstavlja posebno pitanje i zavisi od različitih faktora – važećih propisa, kriterijuma koji su utvrđeni u prospektu, javnoj ponudi itd. Nezavisno, međutim, od ocene uspešnosti emisije, u pogledu broja upisanih hartija od vrednosti u konkretnom slučaju postoje 3 mogućnosti: da emisija bude podupisana tj. da bude upisan manji broj hartija od vrednosti od onog koji je bio utvrđen u javnoj ponudi, da bude upisan tačno onaj broj „hartija" koji je i „ponuđen" (matematički takva mogućnost predstavlja retkost u slučaju upućivanja javne ponude)[3] ili da emisija bude prebukirana tj. da bude upisan veći broj hartija od vrednosti od onog određenog u javnom pozivu. Poslednji slučaj je veoma čest kod tzv. inicijalnih javnih ponuda akcija[4] zbog poznatog problema preniskog utvrđivanja emisione cene (eng. *underpricing*) koji prati ove vrste javnih ponuda.[5] U slučaju prekobrojnog upisa, nastaje problem koji će biti predmet naše analize – pitanje raspodele hartija od vrednosti.

Dakle, pitanje raspodele postaje aktuelno kada investitori ne mogu steći onaj broj hartija od vrednosti koji su „poručili". Način vršenja raspodele, međutim, nije značajan samo za investitore, već i za emitenta, i to naročito u slučaju javne ponude čiji su predmet akcije. Emitentu – akcionarskom društvu ponekad nije svejedno ko će i u kojoj strukturi tj. sa kojim učešćem u osnovnom kapitalu biti njegovi članovi – akcionari (npr. moguće je neprijateljsko preuzimanje i sl.)

Raspodela hartija od vrednosti predstavlja postupak kojim se određuje broj hartija od vrednosti koji će pripasti svakom investitoru pojedinačno, koji ih je prethodno upisao ili je podneo zahtev za njihov upis. Za ovaj postupak se vezuju dva ključna pitanja. Prvo, da li emitent ili društvo za pružanje investicionih usluga (npr. emisiona banka ako se emisija odvija po-

---

[2] Koristimo izraz upisanih, iako ne mora uvek biti reč o upisu novih. Ponekad je reč o kupovini postojećih hartija od vrednosti (npr. kupovina od pokrovitelja emisije, koji ih je prethodno upisao u svoje ime pa ih dalje nudi na prodaju).

[3] U prva dva navedena slučaja pitanje raspodele nije aktuelno.

[4] Inicijalna javna ponuda (eng. *Initial public offer*, skraćeno IPO) je ponuda na osnovu koje se „hartije" određenog emitenta prvi put nude javnosti.

[5] U pogledu problema preniskog utvrđivanja emisione cene kod inicijalnih javnih ponuda videti opširnije kod Jovanović, B., Szentes, B., *IPO Underpricing: Auctions vs. Book building*, Izvor: http://www.nyu.edu/econ/user/jovanovi/ipou.pdf , na dan 11.09.2009.

sredstvom nje), trebaju da imaju potpunu slobodu prilikom izbora metode raspodele (princip autonomije volje) ? Drugo, da li su i u kojoj meri oni dužni da o metodu raspodele obaveste potencijalne investitore?

Dalja analiza će biti usmerena na davanje odgovora na ova pitanja. Osim toga, biće izvršena analiza standarda koji se moraju poštovati prilikom vršenja osnovne (eng. *allotment*) i dodatne raspodele hartija od vrednosti (eng. *overallotment*), kao i vršenja opcije pokrića dodatno upisanih hartija od vrednosti (eng. *green shoe option*), koja je u tesnoj vezi sa pitanjem raspodele.

2. Princip autonomije volje i potreba obaveštavanja investitora o izabranom metodu raspodele

Javna ponuda hartija od vrednosti bilo da je neposredna (direktna)[6], bilo da je posredna (ako je upućuje pokrovitelj emisije – emisiona banka ili kozorcijum banaka)[7], po pravilu, predstavlja samo javni poziv za prikupljanje ponuda (lat. *invitatio ad offerendum*). Drugim rečima, ona nije pravno obavezujuća za njenog učinioca. Da li će ponude za sticanje (upis ili kupovinu) biti prihvaćene, te da li će sledstveno tome doći do zaključenja ugovora o upisu ili kupovini zavisi od odluke uputioca javne ponude. Princip autonomije volje koji važi i kod zaključenja pomenutih ugovora podrazumeva da subjekt slobodno odlučuje ne samo da li će i sa kakvom sadržinom, već i sa kim zaključiti određen ugovor. Stoga, prema našem mišljenju, nije opravdano zarad uspostavljanja principa ravnopravnosti potencijalnih investitora prinuditi emitenta odnosno ponudioca da izvrši raspodelu hartija od vrednosti na odgovarajući način (npr. prema *pro rata* sistemu).[8] Takođe, emitentu – akcionarskom društvu ponekad nije svejedno ko će i u kojoj strukturi tj. sa kojim učešćem u osnovnom kapitalu biti njegovi članovi – akcionari (npr. moguće je neprijateljsko preuzimanje i sl.), pa mogućnost izbora raspodele svakako predstavlja interes društva.

Princip autonomije volje omogućava emitentu da koristi različite metode raspodele hartija od vrednosti. Ako se pak nuđenje vrši posredstvom pokrovitelja emisije onda je on u spoljnom odnosu prema investi-

[6] Neposredna (direktna) javna ponuda je ona koju upućuju neposredno izdavalac ili emisiona banka u ime i za račun izdavaoca (agencijski tj. zastupnički).

[7] Posredna (indirektna) javna ponuda je ona koju upućuje pokrovitelj emisije (najčešće emisiona banka) u svoje ime a za račun izdavaoca, ili u svoje ime i za svoj račun (u slučaju čvrstog preuzimanja i ugovaranja obaveze daljeg javnog plasmana).

[8] Gravenhorst, *Platzierungsverfahren bei Aktienemissionen und der Anspruch auf Zuteilung*, 2002, str. 68.

torima slobodan da donese odluku o raspodeli. Ipak, u cilju očuvanja interesa emitenta, način raspodele se, po pravilu, unapred determiniše u nalogu ili ugovoru (emisionom poslu) koji se zaključuje između emitenta i emisione banke odnosno konzorcijuma banaka.[9]

Metode raspodele se, međutim, teško mogu klasifikovati. Treba naglasiti da su one uglavnom determinisane izborom postupka za utvrđivanje emisione cene hartija od vrednosti koje se nude.[10] U slučaju tzv. zatvorenog postupka utvrđivanja emisione cene (u fiksnom iznosu) obično se koriste *pro rata* sistem[11], sistem prvenstva u pogledu podnošenja ponude itd.[12] U slučaju tzv. otvorenih metoda za pronalaženje emisione cene (aukcija i postupak stvaranja knjige – eng. *bookbuilding*) raspodela je determinisana ponuđenom cenom (aukcija), ali i određenim modelom bodovanja (eng. *scoring model,* npr. kod postupka stvaranja knjige). Osim toga, ponekad se vrši raspodela ponude po tranšama (npr. deo hartija od vrednosti treba da pripadne malim tzv. *retail* investitorima, deo profesionalnim investitorima, deo zaposlenima kod izdavaoca itd.). U skladu sa principom autonomije volje, različit tretman različitih grupa investitora smatra se legitimnim, pa formulisanje posebnog principa koji bi obezbedio potpunu ravnopravnost potencijalnim sticaocima, prema našem mišljenju, nije opravdan. Svaki zahtev za uspostavljanjem principa ravnopravnosti putem normi Prava tržišta kapitala bi ugrozio osnovni princip slobode ugovaranja.[13]

Ipak, polazeći od toga da princip predugovorne odgovornosti i savesnosti i poštenja uopšte zahtevaju međusobno obaveštavanje budućih ugovornih strana, potencijalni investitori, a naročito oni mali, moraju biti zaštićeni blagovremenim prethodnim obaveštavanjem o izabranom metodu raspodele. Ovo iz razloga što bi im se moglo desiti da zbog određene raspodele npr. steknu ekonomski, ali i „pravno neisplativ“[14] premali kontigent akcija.[15]

---

[9] Ekkenga, J., Maas, H., *Der Recht des Wertpapieremissionen*, Berlin, 2006, str. 336.

[10] O utvrđivanju emisione cene hartija od vrednosti videti opširnije kod Marjanski, V., Utvrđivanje emisione cene akcija“, *Zbornik radova pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1–2/2008, str. 837 – 855.

[11] *Pro rata* sistem podrazumeva srazmerno smanjenje tj. svođenje „porudžbina“ svakog ulagača na raspoloživ broj hartija od vrednosti i to u srazmeri sa brojem hartija od vre-dnosti koji je „poručio“ svaki od ulagača pojedinačno.

[12] Gravenhorst, *nav. delo,* str. 68.

[13] Escher - Weingart. C, *„Die Zuteilung von Aktien beim „going public“ – Gleiches Recht für alle ?“*, *Die Aktiengesellschaft*, Heft 4/2000, str. 164.

[14] Npr. nije svejedno da li će ulagač nakon raspodele steći 9 ili 10% učešća u osnovnom kapitalu društva. Sa 10% on stiče prava koja mu pripadaju kao manjinskom akcionaru. Sa 9 % to nije slučaj.

[15] Ekkenga, J., Maas, H., *nav.delo*, str. 337.

U uporednopravnoj praksi nadzorna tela dobijaju velik broj raznovrsnih „pritužbi" na donošenje odluke o raspodeli i samo njeno izvršenje, sa naglaskom da se pojedini investitori ne tretiraju pravično.[16] Npr. mali investitori se „žale" da kvalifikovani investitori stiču bolju raspodelu ili da zaposleni kod društva za pružanje investicionih usluga (emisiona banka i sl.) dobijaju povoljniji – preferencijalni tretman prilikom raspodele.[17] Ponekad postoje čak i „pritužbe" da se ulagači u okviru iste tranše ili kategorije različito tretiraju (npr. komitenti emisione banke dobijaju bolji tretman u odnosu na one koji to nisu). Takođe, postoje i slučajevi zloupotrebe dominantnog položaja na tržištu gde investitori bivaju primorani da prethodno postanu klijenti banke kako bi obezbedili bolji tretman prilikom raspodele. Neki od ovih problema su već pokriveni opštim uslovima poslovanja društava za pružanje investicionih usluga (npr. investicionih banaka), ali i dalje postoji zabrinutost investitora koji nisu zadovoljni nivoom pruženih informacija o procesu raspodele.

Na osnovu svih navedenih razloga proističe da je odgovor na pitanje, da li su emitent odnosno emisiona banka u obavezi da obaveste potencijalne investitore o izabranom metodu raspodele, potvrdan. Ipak, mnogo je osetljivije pitanje u kojoj meri i na koji način treba vršiti ovo obaveštavanje? Tokom narednih razmatranja ćemo pokušati da damo što precizniji odgovor.

U cilju obezbeđivanja potrebnih informacija o vršenju raspodele kako pre, tako i nakon njenog izvršenja, a bez namere da se utiče na autonomiju volje ponudioca u pogledu izbora metoda raspodele, Komitet evropskih regulatora tržišta hartijama od vrednosti (skraćeno: CESR) je propisao posebne standarde koji se odnose na davanje potrebnih informacija pre i posle sprovedenog postupka raspodele.[18] Dakle, problem se ne rešava propisivanjem obaveznog načina raspodele, već uspostavljanjem obavezujućih normi koje se odnose na razotrkivanje informacija u vezi sa raspodelom.

Pre nego što pređemo na analizu standarda koji se odnose na informisanje u vezi sa raspodelom, iznećemo bazična pravila koja se odnose na osnovnu, dodatnu raspodelu hartija od vrednosti, kao i izvršenje „*green shoe*" opcije.

---

[16] Stabilization and Allotment, A European supervisory approach, Ref. Number: CESR/02-20b, April, 2002. Preuzeto sa sajta www.europefesco.org na datum 17.06.2009 (u daljem tekstu skraćeno: CESR/02-20b). CESR je skraćenica od The Commitee of European Securities Regulators – Komitet evropskih regulatora tržišta hartijama od vrednosti.

[17] CESR/02-20b, str. 15.

[18] CESR/02-20b.

3. Pojam i značaj osnovne i dodatne raspodele hartija od vrednosti uključujući i vršenje „*green shoe*“ opcije

Pod osnovnom raspodelom (eng. *allotment*) podrazumeva se raspodela onog broja hartija od vrednosti koji je bio određen u prvobitnoj odluci o emisiji.[19] Ukoliko se, međutim, pokaže da je emisija prebukirana tj. da je upisan odnosno da je podnet zahtev za upis značajno većeg broj hartija od vrednosti od onog koji je bio predviđen, u uporednopravnoj praksi se često pribegava dodatnoj raspodeli.

Pod dodatnom raspodelom (eng. *overallotment*) podrazumeva se raspodela tzv. dodatnog kontigenta hartija od vrednosti, koji prelazi broj koji je određen u prvobitnoj odluci o emisiji. Ukoliko je reč o javnoj ponudi u čiji je proces uključeno društvo za pružanje investicionih usluga – kao pokrovitelj ili zastupnik u emisiji, ono ima mogućnost da prihvati upis ili ponudu za kupovinu većeg broja hartija od vrednosti od onog koji je bio prvobitno „ponuđen“, samo ukoliko o mogućnosti upisa ili kupovini dodatnih hartija od vrednosti postoji klauzula u sporazumu o pokroviteljstvu emisije ili sporazumu o agenturi (vođenju) emisije (eng. *overallotment facility*).

Dodatna raspodela se u uporednopravnoj praksi[20] vrši iz nekoliko praktičnih razloga.

Prvo, emitent odnosno društvo za pružanje investicionih usluga (npr. emisiona banka) nastoji da ublaži ili u potpunosti otkloni poziciju u kojoj se nalazi, jer ne može da ponudi onoliko ili barem približno onoliko hartija od vrednosti za koje je iskazana zainteresovanost.

Drugo, pored investitora i emisione banke, vršenje dodatne raspodele je i u interesu emitenta. Ovo iz razloga što ogromna „prebukiranost“ emisije predstavlja najznačajniji pokazatelj da je emisiona cena bila prenisko određena, pa se dodatnim „kontigentom“ hartija od vrednosti nastoji povećati prihod od emisije. On je u ovom slučaju, a to pokazuje interesovanje investitora, realno mogao biti veći i bez emisije dodatnih „hartija“ da je njihova emisiona cena bila određena na barem nešto većem nivou.

Konačno, vršenje dodatne raspodele predstavlja neophodan uslov za izvršenje tzv. *green shoe*[21] opcije od strane društva za pružanje investici-

[19] O emisiji koja se sprovodi u dve tranše će biti više reči docnije. Ovde namerno ne navodimo da je to onaj broj koji je utvrđen u prospektu ili na početku važenja javne ponude budući da je u uporednom pravu dopušteno izostavljanje informacije o obimu emisije u prospektu, što istovremeno znači da taj podatak ne mora biti poznat u trenutku početka važenja javne ponude.

[20] O (ne)mogućnosti sprovođenja dodatne raspodele kod nas će detaljno biti reči u okviru poslednjeg naslova „Osnovna raspodela i (ne)mogućnost dodatne raspodele i vršenja opcije pokrića upisa dodatne raspodele hartija od vrednosti (green shoe opcije) u našem pravu“.

onih usluga (npr. emisione banke). „*Green shoe"* opcija predstavlja pravo ustanovljeno u korist društva (npr. emisione banke) koje je uključeno u proces „nuđenja", da u određenom roku nakon okončanja ponude „otkupi"[22] određen broj hartija od vrednosti po ceni iz ponude radi pokrića upisa dodatnih hartija od vrednosti.

Tokom izvesnog perioda nakon okončanja javne ponude, kada može doći do izvršenja „*green shoe*" opcije odnosno pokrića upisa dodatnih hartija od vrednosti, moguće su sledeće situacije u praksi: da tržišna cena hartija od vrednosti koje su bile predmet ponude padne ispod cene iz ponude – u kom slučaju ovakva kratka pozicija (eng. *short position*) može biti „pokrivena" kupovinom odnosnih hartija od vrednosti na tržištu, ili da tržišna cena poraste, u kom slučaju ovakva kratka pozicija može biti „pokrivena" izvršenjem „*green shoe*" opcije. U ovom drugom slučaju društvo koje vrši „*green shoe*" opciju uplaćuje ranije upisane hartije od vrednosti po ceni iz ponude i nudi ih na tržištu, čime tržište biva snabdeveno novim kontigentom istih „hartija" što ima smirujući, neutralizujući uticaj na njihovu cenu.

Dodatna raspodela i vršenje „*green shoe*" opcije se dovode u vezu sa aktivnostima koje se odnose na stabilizaciju kursa hartija od vrednosti. Stoga se u cilju izbegavanja njihovog označenja kao aktivnosti koje se podvode pod zloupotrebu na tržištu kapitala, one sprovode i u skladu sa širim standardima koji su postavljeni za stabilizacione aktivnosti (npr. *green shoe* opcija se preduzima u roku koji je predviđen za vršenje stabilizacionih aktivnosti i dr.). U literaturi se dodatna raspodela i vršenje „*green shoe*" opcije označavaju pod zajedničkim nazivom – pomoćne stabilizacione aktivnosti, tako da ćemo tokom narednih razmatranja koristiti i taj izraz.

4. Standardi o pružanju informacija u vezi sa vršenjem osnovne, dodatne raspodele hartija od vrednosti, kao i izvršenjem „*green shoe*" opcije.

U cilju obezbeđivanja potrebnih informacija o vršenju osnovne i dodatne raspodele hartija od vrednosti, kao i eventualnom izvršenju „*green shoe*" opcije i to kako pre, tako i nakon njihovog sprovođenja, a bez na-

[21] Termin „*Green shoe*" potiče od privrednog društva „*Green Shoe Manufactoring Company*" osnovanog 1919. godine, koje je zapravo prvo u praksi sprovela takve mere.

[22] Ovde se ustvari radi o uplati ranije upisanih hartija od vrednosti u određenom roku koji je ograničen rokom koji je određen za vršenje tzv. stabilizacionih aktivnosti, koje se vrše radi podržavanja cene kursa hartija od vrednosti.

mere da se utiče na autonomiju volje ponudioca u pogledu izbora metoda raspodele, Komitet evropskih regulatora tržišta hartijama od vrednosti (skraćeno: CESR) je propisao posebne standarde koji se odnose na davanje potrebnih informacija pre i posle sprovedenog postupka raspodele. Dakle, problem se ne rešava propisivanjem obaveznog načina raspodele, već uspostavljanjem obavezujućih normi koje se odnose na razotrkivanje informacija u vezi sa raspodelom.

Smisao standarda koje je usvojio Forum evropskih Komisija za hartije od vrednosti je da se poveća obim informacija (transparentnost) o postupku raspodele hartija od vrednosti koje trebaju biti dostupne investitorima pre i nakon njegovog sprovođenja.[23] Standardi se primenjuju u vezi sa značajnom distribucijom hartija od vrednosti[24] koja uključuje i obične (male) investitore. Oni se mogu primenjivati na nivou jedne ili više država koje imaju slične procese raspodele. Primena pomenutih standarda treba da se nalazi pod nadzorom nadležnih vlasti (najčešće su to Komisije za hartije od vrednosti). Takođe, navedeni standardi trebaju da budu uobličeni podzakonskim aktima nadležnih vlasti koje vrše nadzor na tržištu kapitala. Neke od tih informacija, videćemo, trebaju da predstavljaju deo obavezne sadržine prospekta, pa su norme o njima sadržane u podzakonskim aktima kojima se reguliše forma i sadržina prospekta.

Svi učesnici u postupku raspodele hartija od vrednosti trebaju da se ponašaju u skladu sa tim standardima, s tim što različiti subjekti imaju različite obaveze u vezi sa tim.

Obaveza obelodanjivanja informacija u vezi sa raspodelom tereti ponudioca[25], budući da tu osobu, po pravilu, tereti i obaveza objavljivanja prospekta. Obaveza objavljivanja informacija nakon izvršenja procesa raspodele tereti menadžera raspodele, budući da se on nalazi u posedu relevantnih informacija vezanih za izvršenje postupka raspodele. Menadžer raspodele treba da bude u stanju da dokaže da je raspodela relevantnih

[23] CESR/02-20b, str. 16.

[24] Pod značajnom distribucijom hartijama od vrednosti podrazumeva se nuđenje relevantnih hartija od vrednosti javnosti, koje se razlikuje od obične trgovine po svojim uslovima, količinom hartija od vrednosti koje se nude i prodajnim metodama koje se koriste. Tu se ubrajaju inicijalna javna ponuda, kao i svaka naknadna javna ponuda relevantnih hartija od vrednosti. Blok trgovina nije obuhvaćena ovom definicijom budući da je reč o „privatnim" transakcijama.

[25] U pravu EU obaveza objavljivanja prospekta tereti ponudioca. Dok naše pravo ne definiše pojam ponudioca, Direktiva EU o prospektu i u skladu sa njom nacionalna zakonodavstva država članica EU definišu ponudioca kao pravno ili fizičko lice koje nudi hartije od vrednosti javnosti – Videti čl. 2 st.1 (i) Direktive EU o prospektu.

hartija od vrednosti izvršena u skladu sa principima raspodele, te da je metod raspodele bio unapred obelodanjen. Konačno, obaveza čuvanja informacija se odnosi na društva za pružanje investicionih usluga koja su uključena u raspodelu.[26]

Radi lakše preglednosti, informacije koje se tiču raspodele delimo u dve grupe. U prvu, spadaju one koje se pružaju pre izvršenja raspodele. To su one koje treba da predstavljaju sastavni deo prospekta.

U drugu grupu spadaju informacije koje se pružaju nakon što postupak raspodele bude okončan. U okviru ove grupe razlikujemo informacije koje se pružaju investitorima, od onih koje se pružaju nadzornom telu.

4.1. Informacije koje se pružaju pre vršenja raspodele

Informacije koje se tiču raspodele (osnovne, dodatne, kao i vršenja „*green shoe* opcije") a koje moraju biti uključene u prospekt u jasno identifikovanom delu ili na neki drugi adekvatan način, ukoliko prospekt nije dostupan investitorima dovoljno vremena[27] da bi im omogućio da pregledaju informacije pre početka upisa, su:[28]

– informacije o raspodeli ponude po tranšama uključujući profesionalne, obične investitore, zaposlene kod emitenta i bilo koje druge tranše;

– navođenje mogućnosti i uslova pod kojima u međuvremenu može biti učinjena izmena strukture raspodele ponude po tranšama (tzv. „*claw back"* postupak), obim eventualne izmene i procenat izmene koji bi uticao na tranšu koja se primenjuje na individualne investitore;

– informacije o metodu raspodele ili metodama koje će biti primenjene u slučaju prekobrojnog upisa, kod tranši koje se odnose na individualne investitore i zaposlene kod izdavaoca;

– opisivanje bilo koje vrste preferencijalnog tretmana koji se daje određenoj vrsti investitora ili određenoj bliskoj grupi u pogledu raspodele, uključujući program koji se odnosi na tzv. *friends and family* investitore, procenat ponude koji je rezervisan za takve „preferencijalne" investitore i kriterijume pod kojima se postaje član te grupe investitora;

– informacije o tome da li poseban tretman u pogledu raspodele može zavisiti od toga da li se upis vrši preko određene emisione banke ili ne[29];

---

[26] CESR/02-20b, str. 16.

[27] Pitanje šta se smatra „dovoljnim vremenom" pomenutim standardima nije precizirano.

[28] CESR/02-20b, str. 17 – 18.

[29] U nekim pravima se to smatra opravdanom poslovnom praksom.

– informacije o ciljanom minimumu raspodele u okviru tranše koja je namenjena tzv. običnim (malim) investitorima;

– informacije o uslovima zatvaranja ponude, kao i datum na koji ponuda može biti najranije okončana (zatvorena);

– informacija o tome da li su dopušteni tzv. višestruki upisi i tamo gde nisu, kako će se u pogledu njih postupati;

– činjenicu da će se možda preduzeti dodatna raspodela i da će možda biti izvršena „*green shoe*" opcija, ali da ne postoji jemstvo (garancija) da će ona biti preduzeta, te da može biti zaustavljena u bilo koje vreme;

– postojanje i maksimalnu veličinu mogućnosti upisa dodatnih hartija od vrednosti (eng. *overallotment facility*)[30] ili opcije pokrića upisa dodatnih hartija od vrednosti (eng. *greenshoe option*) i svih uslova za izvršenje mogućnosti upisa dodatnih hartija od vrednosti ili izvršenja opcije pokrića upisa dodatnih hartija od vrednosti.

– ostali aspekti raspodele koji mogu biti od značaja za odluku o upisu ili kupovini hartija od vrednosti.[31]

4.2. Informacije koje se pružaju nakon izvršene raspodele

U okviru ove grupe razlikujemo informacije koje se pružaju investitorima od onih koje se pružaju nadzornom telu. Radi lakše preglednosti pomenute informacije ćemo tako i izložiti.

4.2.1. Informacije koje se pružaju investitorima

Menadžer raspodele mora obezbediti da konačan obim ponude i rezultat raspodele zajedno sa raspodelom između različitih tranši (kao npr. na profesionalne, male investitore, zaposlene kod izdavaoca i bilo koje druge tranše), kao i korišćenje dodatne raspodele (eng. *overallotment*) i izmene strukture raspodele ponude po tranšama (eng. *claw back*) bude na adekvatan način obelodanjeno nakon raspodele. Procenat ponude koji je korišćen za davanje preferencijalnog tretmana, kao i korišćenje programa tzv. slobodne retencije trebaju takođe biti objavljeni. [32]

Pored ovoga, investitori moraju biti informisani o načinu i vremenu vraćanja uloženih sredstava za broj hartija od vrednosti koje su plaćene, a nisu stečene, uključujući i uslove vezane za plaćanje kamate investitori-

[30] Dodatni „kontigent" hartija od vrednosti ne sme preći više od 15 % prvobitno ponuđenih hartija.

[31] CESR/02-20b, str. 17 – 18.

[32] CESR/02-20b, str. 18.

ma. Investitori trebaju biti obavešteni čim je to moguće o njima pripadajućoj individualnoj raspodeli (u pisanom ili bilo kom drugom obliku koji obezbeđuje adekvatan dokaz o tome). Takođe, smatra se poželjnim da investitori trebaju biti u mogućnosti da pristupe informacijama o broju njima dodeljenih hartija od vrednosti pre nego što otpočne trgovina tim hartijama od vrednosti na uređenom tržištu, te da u pogledu toga u isto vreme broj hartija koji im pripada bude „kreditiran" na njihove „vlasničke" račune.[33]

4.2.2. Informacije koje se pružaju nadzornom telu[34]

Menadžer raspodele i druga društva za pružanje investicionih usluga koja su uključena u raspodelu moraju držati adekvatne zapise o postupku raspodele. Takve informacije moraju biti pružene nadzornoj vlasti na njen zahtev. Ovo posebno uključuje informacije o prijemnicima raspodele iz okvira „slobodne retencije" (*free retention*)[35], informacije o korisnicima preferencijalnog tretmana i raspodele učinjene zaposlenima u društvu za pružanje investicionih usluga koja su sudelovala u postupku nuđenja hartija od vrednosti. Ukoliko je u postupku nuđenja učestvovao veći broj društava za pružanje investicionih usluga, jedna od njih mora biti odgovorna nadležnoj vlasti za pružanje potrebnih informacija. U tom pogledu mora postojati adekvatna koordinacija između pomenutih društava koja su učestvovala u postupku raspodele.

5. Uslovi za vršenje dodatne raspodele (*eng. overallotment*) i izvršenje prava opcije pokrića upisa dodatnih hartija od vrednosti (eng. *green shoe*) predviđeni akcijskim pravom

Pored uslova predviđenih pomenutim standardima – normama Prava tržišta kapitala, za izvršenje stabilizacionih aktivnosti iz okvira tzv. pomoćne stabilizacije, kao što su dodatna raspodela (eng. *overallotment*) i izvršenje prava opcije pokrića upisa dodatnih akcija (eng. *greenshoe*) neophodno je da budu ispunjeni i dodatni uslovi propisani normama Prava privrednih

[33] *Ibidem.*

[34] *Ibidem.*

[35] Pod slobodnom retencijom podrazumeva se broj (kontigent) hartija od vrednosti koji se stavlja na raspolaganje društvu za pružanje investicionih usluga (npr. emisionoj banci) i u pogledu koga to društvo ima pravo da po svojoj sopstvenoj diskreciji izvrši raspodelu hartija op vrednosti.

društava (preciznije akcijskog prava).[36] U uporednom pravu se ti uslovi vezuju za donošenje odluke o povećanju osnovnog kapitala akcionarskog društva i isključenje prava prioritetnog upisa novoizdatih akcija.

Prilikom vršenja dodatne raspodele (eng. *overallotment*) i eventualno *greenshoe* opcije mogu nastati dva problema koja su determinisana normama akcijskog prava.

Prvo, da bi se uopšte uputila javna ponuda, po pravilu, je neophodno prethodno u potpunosti ili barem delimično isključiti pravo prioritetnog sticanja novoizdatih akcija. Isto važi i za dodatnu raspodelu akcija (povećanje obima emisije). Drugim rečima, pravo mora biti isključeno i za tzv. dodatni kontigent akcija koje se izdaju. Kako je, međutim, stabilizacija kursa u interesu starih akcionara, oni mogu na osnovu individualno zaključenih ugovora ustupiti pravo prioritetnog upisa na izvršioca pomoćnih stabilizacionih aktivnosti.[37] Time se izbegava formalno sprovođenje procedure isključenja prava prioritetnog upisa.[38]

Drugo, povećanje osnovnog kapitala koje je praćeno vršenjem pomoćnih stabilizacionih aktivnosti, odvija se po pravilu u dve tranše. Prva – glavna tranša predstavlja raspodelu akcija koja nastaje kao posledica odluke skupštine o povećanju osnovnog kapitala.[39] Druga tranša, koja uključuje dodatnu raspodelu – izdavanje akcija (najviše do 15 % glavne raspodele) nastaje kao posledica odluke upravnog odbora. Ona se odnosi na povećanje tzv. ovlašćenog kapitala (izdavanje odobrenih, a neizdatih akcija).[40] U slučaju druge tranše, pored pomenutog problema neophodnosti isključenja prava prioritetnog upisa starih akcionara, može nastati problem isključenja novonastalih prava na prioritetan upis, sada već novih akcionara koji su primili raspodelu. Stoga se ovaj drugi problem u praksi izbegava tako što upravni odbor donosi odluku – nalaže povećanje osnovnog kapitala tj. izvršenje druge tranše, još pre nego što nove akcije iz prve tranše budu raspodeljene. Time se izbegava da prijemnik raspodele iz prve tranše uopšte stekne pravo prioritetnog sticanja novih akcija iz druge tranše.[41]

---

[36] O dopuštenosti i uslovima vršenja „*Grenshoe"* opcije prema akcijskom pravu SR Nemačke videti kod Schanz, M., „Zur Zulässigkeit des „Greenshoe" – Verfahrens nach deutschem Aktienrecht", *BKR,* 10/2002, str. 439 – 447. kao i kod Busch, T., „Aktuelle Rechtsfragen des Bezugsrechts und Bezugsrechtsausschlusses beim Greenshoe im Rahmen von Aktienemissionen"*, Die Aktiengesellschaft,* Heft 4/2002, str. 230 – 235.

[37] O prirodi i prenosivosti ovog prava videti opširnije kod Marjanski, V., „Pravo prioritetnog upisa novoizdatih akcija"*, Pravo i privreda*, br. 5–8/ 2007, str. 216 – 221.

[38] Ekkenga, J., Maas H., *nav. delo*, str. 259.

[39] Ekkenga, J., Maas H., *nav. delo*, str. 259.

[40] *Ibidem.*

[41] *Ibidem.*

6. Osnovna, dodatna raspodela i (ne)mogućnost izvršenja opcije pokrića upisa dodatne raspodele hartija od vrednosti (*green shoe* opcije) u našem pravu

Naše pravo sadrži izvesna restriktivna rešenja koja u značajnoj meri ograničavaju autonomiju volje emitenta odnosno pokrovitelja emisije u pogledu primene različitih metoda raspodele hartija od vrednosti. Primena različitih metoda raspodele u postupku emisije, videli smo, može doći do izražaja u slučaju tzv. prebukiranosti emisije odnosno prekobrojnog upisa hartija od vrednosti. Međutim, budući da obim emisije prema našim propisima mora biti unapred određen u prospektu[42], postavlja se pitanje da li je dodatna raspodela tj. raspodela preko broja koji je utvrđen prospektom uopšte moguća ? S druge strane, pojedine odredbe Zakona o privrednim društvima (u daljem tekstu ZPD) upućuju na mogućnost prihvata upisa viška akcija (npr. osnivačka skupština može da donese odluku o prihvatu upisa viška akcija ili njegovog dela)[43].

Nezavisno od pomenute odredbe ZPD, smatramo da bi dodatnu raspodelu trebalo odobriti, ako bi u prospektu pored podatka o „osnovnom" obimu emisije, bila sadržana posebna klauzula o mogućnosti prihvata upisa viška „hartija" tj. vršenja dodatne raspodele u slučaju da emisija bude prebukirana. Time se izbegava situacija u kojoj bi podatak sadržan u prospektu, u slučaju dodatne raspodele, postao netačan. Ovo je značajno, jer bi se na ovaj način izbegli eventualni problemi koje sa sobom nosi odgovornost za sadržinu prospekta.

U našoj dosadašnjoj emisionoj praksi upotrebljavan je isključivo *pro rata* metod raspodele. Prividno nepostojanje interesa na strani domaćih emitenata u pogledu primene drugih metoda raspodele, proističe iz nemogućnosti korišćenja otvorenih metoda za utvrđivanje emisione cene (aukcije i postupka stvaranja knjige – eng. *bookbuilding*). Ovi postupci se nazivaju otvorenim, jer u utvrđivanju cene, koja nije poznata u trenutku početka važenja javne ponude, pored emitenta učestvuju i investitori. Nemogućnost primene otvorenih metoda pri utvrđivanju emisione cene (aukcije i postupka stvaranja knjige – eng. *bookbuilding*) u našem pravu proističe iz obaveze da se emisiona cena u fiksnom iznosu unapred obelodani u prospektu. Zapravo, jedino korišćenje otvorenih postupaka, omogućava raspodelu u kojoj bi se umesto ili pored broja „poručenih" efekata, vodilo računa i o ponuđenoj ceni, kao i o tzv. kvalitetu investitora. Na

[42] Videti čl. 26 st. 2 ZTHV i čl. 13 Pravilnika o sadržini i formi prospekta i drugih dokumenata koji se podnose radi izdavanja hartija od vrednosti.

[43] Videti čl. 202 st. 2 ZPD.

primer, u okviru postupka stvaranja knjige (eng. *bookbuilding*) emitent ima slobodu da izabere i izgradi poseban model bodovanja investitora koji su predali svoje „porudžbine“ (eng. *scoring model*).[44]

Pored normi o obaveznoj formi i sadržini prospekta koje ograničavaju izbor metoda raspodele, ograničenje proističe i iz pojedinih odredaba akcijskog prava sadržanih u trenutno važećem ZPD.

U slučaju tzv. osnivačke emisije postoji norma o obaveznom metodu raspodele. Naime, ako je broj upisanih akcija iz osnivačke emisije u odnosu na ponuđeni broj akcija iz javne ponude veći, osnivačka skupština može odlučiti da prihvati upisani višak ili njegov deo, pri čemu upisnici akcija koji su ranije upisali akcije imaju pravo prvenstva, a ako je više lica istovremeno upisalo te akcije onda prihvata upisani višak srazmerno upisanim akcijama tih upisnika koje nisu višak.[45] [46] Iako je ovakva odredba predviđena samo u slučaju osnivačke emisije, te da o prihvatu upisa viška akcija ne postoji nikakva norma u okviru onih koje govore o narednim emisijama (povećanje osnovnog kapitala), po principu analogije bismo njenu primenu mogli zamisliti i u slučaju narednih – neosnivačkih emisija.

Imperativnu zakonsku odredbu koja govori o načinu raspodele u slučaju prihvata viška upisanih akcija, u svetlu onoga što smo izneli na početku opštih razmatranja o raspodeli hartija od vrednosti, svakako smatramo nepotrebnom. Emitentu bi u svakom slučaju trebala biti data mogućnost da se u skladu sa načelom autonomije volje samostalno opredeli za odgovarajući metod raspodele. Njegovo bi, u skladu sa rasprostranjenom uporednopravnom praksom, bilo samo da o metodu raspodele na odgovarajući način unapred (u prospektu ili na neki drugi adekvatan način), obavesti potencijalne investitore. O tome je detaljno bilo reči u delu o standardima koji se odnose na pružanje informacija u vezi sa raspodelom hartija od vrednosti.

Konačno, zbog pojedinih restriktivnih odredaba sadržanih u ZTHV, primena gore opisane *green shoe* opcije u našem pravu nije moguća. Dakle, čak iako bi dodatna raspodela bila odobrena, a raspodela (uključujući i dodatnu) bila izvršena po metodu koji slobodno izabere emitent odnosno ponudilac (npr. osnivači kod osnivačke emisije)[47], eventualno vršenje

---

[44] O tome opširnije videti kod Marjanski, V., „Utvrđivanje emisione cene hartija od vrednosti“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1 – 2/2008, str. 837 – 855

[45] Videti čl. 202 st. 2 ZPD.

[46] Pitanje utvrđivanja vremenskog prava prvestva je sporno. Takođe, nameće se pitanje šta se u praksi smatra istovremnim upisom ?

[47] To prema sadašnjem stanju nije moguće, jer ZPD u slučaju osnivačke emisije imperativnom odredbom određuje metod vršenja raspodele.

green shoe opcije bi potpalo pod „udar" norme člana 117 ZTHV. U našem pravu još uvek ne postoje odredbe na osnovu kojih bi se preduzimanje stabilizacionih aktivnosti u koje spada i vršenje *green shoe* opcije mogle izuzeti od obuhvatanja pojmom manipulacija (zloupotreba) na tržištu. Šta se smatra manipulacijom na tržištu definisano je u članu 117 ZTHV. Prema članu 117 st. 2 ZTHV zabranjeno je na organizovanom tržištu preduzimati radnje isključivo radi povećanja cene određenih hartija od vrednosti i drugih finansijskih instrumenata i podsticanja drugih investitora da kupe te instrumente; smanjenja cena određenih hartija od vrednosti i drugih finansijskih instrumenata i podsticanja investitora na prodaju tih instrumenata; stvaranja privida u pogledu obima prometa hartija od vrednosti i drugih finansijskih instrumenata.

Problem potcenjivanja vrednosti hartija od vrednosti, uzrokovan informacionom asimetrijom, koji obično prati upućivanje inicijalne javne ponude, u našem pravu ne sme biti rešavan primenom mera stabilizacione aktivnosti koje su za to najpogodnije. Bilo kakav uticaj na cenu hartija od vrednosti na tržištu kapitala, čak i ako bi bio proizveden preduzimanjem mera pod uslovima koji su u uporednom pravu predviđeni za preduzimanje stabilizacionih mera, bi se u našem pravu mogao podvesti pod pojam manipulacija na tržištu. Stoga kod nas, za razliku od rešenja u uporednom pravu, stabilizacija kursa hartija od vrednosti ne predstavlja tzv. sigurnu luku (eng. *safe harbour*) za subjekte koji aktivnosti na stabilizaciji kursa preduzimaju. Oni mogu biti pozvani na odgovornost zbog manipulacija na tržištu. Iz gore navedenih razloga, norma člana 117 treba da bude izmenjena u pravcu izuzimanja stabilizacionih aktivnosti od obuhvatanja pojmom zloupotreba na tržištu kapitala, ukoliko pomenute aktivnosti budu preduzete u skladu sa odgovarajućim standardima.

Dakle, tek kada se otklone restriktivne odredbe Prava tržišta kapitala koje onemogućavaju utvrđivanje emisione cene hartija od vrednosti u tzv. otvorenim postupcima, kada se paralelno sa tim omogući i izostavljanje informacija o obimu emisije u prospektu (što bi nedvosmileno omogućilo vršenje dodatne raspodele), te kada se uklone odredbe o obaveznom izboru metoda raspodele iz našeg ZPD, nastaće mogućnost za potpuno slobodan izbor različitih metoda raspodele hartija od vrednosti. Sledstveno tome, tek tada će se pojaviti i potreba za implementacijom gore opisanih standarda raspodele u domaće pravo. To bi svakako trebalo biti učinjeno donošenjem odgovarajućih podzakonskih akata kojim bi pomenuti standardi bili obuhvaćeni.[48]

[48] Na primer, u Republici Hrvatskoj je na osnovu odredbe člana 454. st. 1 Zakona o tržištu kapitala, „Narodne novine"br. 88/08 i 146/08, Hrvatska agencija za nadzor finan-

Takođe, u okviru temeljne reforme koja predstoji našem Pravu tržišta kapitala ukazujemo i na potrebu uvođenja normi o mogućnosti nesankcionisanog sprovođenja stabilizacionih aktivnosti u skladu sa gore iznetim standardima. Sve ovo je neophodno kako bi, pored ostalog, bila omogućena primena svih standardnih mehanizama karakterističnih za vršenje inicijalnih javnih ponuda akcija kod nas.

cijskih usluga (skraćeno HANFA) na sednici održanoj 7. februara 2009. godine donela „Pravilnik o uvjetima provođenja programa otkupa vlastitih dionica i mjera stabilizacije financijskih instrumenata pod kojima se smatra da ne postoji zlouporaba tržišta."

Vladimir Marjanski, LL.M. Assistant
Novi Sad School of Law

Allocation of securities Offered by way of public offering

Abstract

Securities' allotment is a process by which the number of relevant securities to be recieved by investors who have previously subscribed or applied for them, is determined. Allotment process becomes of relevance when investors subscribe or apply for a greater number of securities than originally offered. Allotment process is related to two crutial questions. Firstly, should an emitent or investment services firm have entire freedom related to allotment method chosing? Secondly, are they obliged to inform the investors about the chosen allotment method, and if yes, with how much detail? The article gives answers to these questions.

Furthermore, the paper comprises the analysis of standards, which should be respected during allotment and overallotment procedure, as well as acomplishing of green shoe option. The last title contains proposals of new solutions for Serbian Company and Capital Market Law concerning this topic.

Key words: allotment, overallotment, green shoe option, securities, public offer, emission.

Originalni naučni rad 343.197: 323.27(497.11)„1899“

Uroš Stanković, saradnik u nastavi
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

MILENKO VESNIĆ PRED PREKIM SUDOM ZA UČESNIKE U IVANJDANSKOM ATENTATU

Sažetak: *U radu je prikazan postupak koji je protiv Milenka Vesnića, pravnika, političara i diplomate, vođen pred Prekim sudom za učesnike u Ivanjdanskom atentatu. Norme koje su regulisale izgled postupka pred ovom ustanovom u dobroj meri su se razlikovale od onih koje su oblikovale redovna suđenja. Cilj autora je da pokaže u kom obimu i na koji način su ove dve vrste propisa primenjivane u postupku protiv Vesnića, kao i kako se to reflektovalo na njegov položaj pred Prekim sudom.*

Ključne reči: *Milenko Vesnić, Preki sud, Ivanjdanski atentat*

I

Milenko Vesnić je rođen u Dunišiću kod Sjenice 13. februara 1863. godine[1]. Osnovnu školu je završio u Karanovcu (danas Kraljevo), a gimnaziju i prvu godinu Pravnog fakulteta Visoke škole u Beogradu. Dobivši državnu stipendiju, 1882. godine je školovanje nastavio u inostranstvu – Nemačkoj, Francuskoj, Velikoj Britaniji, Rusiji, Holandiji i Švedskoj. Pošto je na Pravnom fakultetu u Lajpcigu uspešno odbranio dve doktorske teze (iz Krivičnog i Međunarodnog javnog prava), stekao je zvanje doktora pravnih nauka (1888). Po povratku u zemlju kratko je obavljao dužnost dijurniste Ministarstva inostranih dela (1890), da bi potom došao na položaj sekretara srpskog poslanstva u Carigradu (1891). Godine 1893. je postao profesor Međunarodnog javnog prava na beogradskom

[1] Datumi u radu su navedeni prema julijanskom kalendaru.

Pravnom fakultetu. Katedru je privremeno zamenio mestom ministra prosvete u vladi Save Grujića (1893-1894). Kratko vreme se nalazio na položaju srpskog poslanika u Rimu (1900–1901). Poslaničko mesto u Parizu je dobio tri godine kasnije (1904). Diplomatsku službu je nakratko prekinuo 1906. godine, kada je imenovan za ministra pravde u kabinetu Nikole Pašića, ali se već krajem iste godine vratio u Francusku. Kao član finansijske komisije za naplatu ratne štete od Turske, igrao je zapaženu ulogu pri zaključenju Londonskog mirovnog ugovora (potpisanog po završetku Prvog balkanskog rata, 30. maja 1913. godine). Diplomatski renome mu je doneo i članstvo u jugoslovenskoj delegaciji na mirovnoj konferenciji u Versaju (nakon Prvog svetskog rata, 18. januara – 28. juna 1919. godine). Kruna Vesnićeve političke delatnosti je dolazak na funkciju predsednika vlade Kraljevine SHS, u maju 1920. godine. Smatrajući da je svoj zadatak uspešno izvršio podnošenjem nacrta ustava, raspisivanjem i sprovođenjem izbora za Ustavotvornu skupštinu, u februaru sledeće godine (1921) zauvek je napustio jugoslovensku političku scenu i ponovo otišao u glavni grad Francuske. Umro je 28. maja 1921. godine u Parizu.

Plodno stvaralaštvo Milenka Vesnića proteže se na sfere prava i vanpravnih nauka (posebno istorije), a u ovim dvama oblastima se istakao i prevodilačkim radom. Bio je saradnik mnogih naučnih i publicističkih časopisa, kako u zemlji, tako i u inostranstvu[2].

II

Dvadeset četvrtog juna 1899. godine je izvršen neuspešni atentat na bivšeg kralja, a tada komandanta aktivne vojske Milana Obrenovića. Izvršilac je bio Đura Knežević, rodom iz Risovca kod Bihaća, bivši kasapski i ribarski momak, vojnik i vatrogasac, koji je nedugo nakon učinjenog dela uhvaćen pri pokušaju da prepliva Savu. Na prvom saslušanju je kazao kako su ga na izvršenje atentata nagovorili penzionisani pukovnik Vlajko Nikolić, činovnik beogradske opštine Petar Kovačević, likerdžija Mihailo Dimić, šabački okružni načelnik Živko Anđelić, restorater na železničkoj stanici u Bukureštu Antonije Urošević i nepoznato lice koje mu je pred-

[2] O Vesnićevom opusu vidi: Odrednica *Milenko Vesnić* (M. Arsić), *Srpski biografski rečnik,* Novi Sad 2005, str. 168-169; M. Novaković, *D-r Milenko Vesnić, Arhiv za pravne i društvene nauke,* knjiga 5, broj 3 (1910), Beograd 1910, str. 161-168; R. Vesnić mlađi, *Dr Milenko Vesnić, gransenjer srpske diplomatije,* Beograd 2008, str. 32, 34, 47, 56, 57, 58, 63, 68, 77, 78, 84, 123, 124, 145, 146, 148, 149, 257, 261, 418, 480, 536; Pismo Milenka Vesnića Ljubomiru Stojanoviću od 7. novembra 1899. godine. Arhiv SANU 12275/4.

stavljeno kao Petar Karađorđević. Iako se među imenovanim podstrekačima nije našao nijedan radikal, na neke od najviđenijih članova Radikalne stranke je pala sumnja da su organizatori atentata. Među tim članovima se našao i Milenko Vesnić.

Istraga povodom izvršenog atentata je počela već 24. juna[3]. Jedan od ciljeva istrage je bilo i obezbeđenje dokaza, a kako je njih između ostalog bilo moguće pribaviti pretresima stana i lica, policija je pribegla sprovođenju ove dve radnje procesne prinude. Vesnićev stan je pretresen dvaput, a sam osumnjičeni jednom.

Prvi pretres stana je izvršen 24. juna. Izvršio ga je član Kvarta (misli se na Kvart vračarski, primedba U. S) N. Obradović, po naredbi Uprave grada Beograda[4]. Pronađena je samo jedna sumnjiva stvar - brošura *Pet godina na srpskom kraljevskom dvoru*, napisana na nemačkom jeziku i potpisana pseudonimom „jedan diplomata"[5].

Nenadležan za vršenje pretresa, član Kvarta je za to dobio nalog od nadležnog organa – Uprave grada Beograda (čl. 19, st. 1, t. 2 i 77 ZPSKD). Osumnjičeni je vrlo verovatno prisustvovao pretresu svog stana (čl. 81, st. 2 ZPSKD). U prilog tezi o njegovom prisustvu navodimo deo Vesnićevog iskaza sa prvog saslušanja. Govoreći šta je radio na dan atentata, osumnjičeni je između ostalog napomenuo da se oko 23. 30 časova, okončavši posetu prijatelju, doktoru Nikolajeviću, vratio kući „gde ga je **posle** (podvukao U. S) i zatekla vlast i sprovela u Upravu"[6]. Vesniću nisu

---

[3] *Istragu* iz Zakona o postupku sudskom u krivičnim delima (u daljem tekstu: ZPSKD, 1865) ne treba shvatiti u savremenom značenju te reči. Dok istraga prema današnjem krivičnoprocesnom zakonodavstvu čini sastavni deo prethodnog krivičnog postupka, ona predviđena ZPSKD bi pre spadala u pretkrivični postupak, jer se sastojala od otkrivanja krivičnih dela, pronalaženja njihovih učinilaca, obezbeđenja dokaza, pretresanja stana i lica i sl. Ekvivalent savremene istrage u ZPSKD bi bilo isleđenje, pošto se ono sprovodilo protiv lica kome je stavljen na teret bar jedan osnov podozrenja (čl. 117 ZPSKD). Treba, međutim, napomenuti da ZPSKD nije dosledan u razlikovanju istrage i isleđenja, što donekle otežava definisanje njihovog karaktera.

[4] Delokrug Uprave grada Beograda je odgovarao onom koji su u unutrašnjosti Srbije imala okružna načelstva – obavljala je policijske, administrativne, komunalne, saobraćajne, građevinske i druge poslove lokalnog značaja. Kvartovi su bili njena odeljenja za pojedine delove prestonice (napomena U. S).

[5] Protokol pretresa No 16963 od 24. juna 1899. godine. Arhiv Srbije, *Preki sud za učesnike u Ivanjdanskom atentatu 86/5.*

[6] Kr. ispit okrivlj. Dr Milenka Vesnića kao saučesnika po delu izvršenog atentata nad NJ. V. Kraljem Milanom 24. juna 1899. god. No 15929 od 30. juna 1899. godine. Arhiv Srbije, *Preki sud za učesnike u Ivanjdanskom atentatu 86/20*; Vesnić, *nav. delo,* str. 154-155. Ali, zapisnik drugog pretresa osporava taj zaključak, jer je pisar Kvarta vračarskog Milan M. Đujić (koji je izvršio pretres) na njemu naznačio da je „oduzete stvari **zajedno sa g. Vesnićem** (podvukao U. S) predao g. Jovanu Trpeziću, članu Uprave grada

pokazani Upravin nalog (čl. 77 ZPSKD) i zakonom potkrepljeno rešenje za vršenje pretresa (čl. 73, st. 2 ZPSKD). Osumnjičeni nije, u skladu sa članom 76 ZPSKD, pre početka pretresa pozvan da sumnjive stvari sam preda. Pretresu nisu prisustvovali dvojica građana kao svedoci (protivno odredbi čl. 81, st. 2 ZPSKD). Nepoznato nam je da li je primerak spiska oduzetih stvari predat Vesniću (čl. 81, st. 4 ZPSKD).

Policija je drugi put pretražila Vesnićev stan 25. juna u 2.30 časova. I ovaj pretres je izvršen po nalogu Uprave grada Beograda. Nađeni su pismo „sumnjive sadržine", koje je general i srpski poslanik u Petrogradu Sava Grujić uputio Vesniću i koncept telegrafske čestitke Nikoli Pašiću povodom izlaska iz zatvora.[7]

Uprava je i ovog puta nalogom poverila vršenje pretresa pisaru. Noćni pretres, načelno zabranjen u čl. 79, st. 1 ZPSKD, mogao bi se opravdati postojanjem vanrednog slučaja koji ne trpi odlaganje (čl. 79, st. 2 ZPSKD). Međutim, vršenjem noćnog pretresa bez prisustva mesnog kmeta ili „poznatijeg činovnika" pisar se oglušio o naredbu člana 79, stava 2 ZPSKD. Do saznanja o ostalim povredama zakonskih odredbi dolazimo posredno. Ako pođemo od osnovane pretpostavke da je Vesnić u trenutku vršenja drugog pretresa već bio lišen slobode, s lakoćom možemo da uočimo koje su se pisareve radnje protivile ZPSKD. Samim tim što osumnjičeni nije bio u stanu, nisu mogli ni da mu budu pokazani nalog i rešenje o pretresu, niti da bude pozvan da sumnjive stvari sam preda. Ni ovom pretraživanju Vesnićevog stana najverovatnije nisu prisustvovali dvojica svedoka, jer se na zapisniku o izvršenom pretresu potpisao samo pisar. Opaska pisara Đujića o sadržini Grujićevog pisma upućuje nas na zaključak da je pisar sporno pismo prethodno otvorio i pročitao, što se takođe dogodilo bez svedoka (čl. 82 ZPSKD). Za predaju zapisnika osumnjičenom važi nedoumica spomenuta u analizi prvog pretresa.

Beograda". Protokol pretresa stana Dr Milenka Vesnića profesora izvršenog između 24-25. juna t. god. a u 2 ½ sata po ponoći a po telegrafskoj naredbi iz Uprave grada Beograda, No 15984. Arhiv Srbije, *Preki sud za učesnike u Ivanjdanskom atentatu 86/9.* Prva teza se ipak čini logičnijom, jer je malo verovatno da bi osumnjičeni za izvršenje atentata bio ostavljen na slobodi dva sata nakon prvog izvršenog pretresa, pogotovo što je već prilikom tog pretresa pronađena jedna sumnjiva stvar.

[7] U polemici sa *Srpskom zastavom* (organom Liberalne stranke) oko toga da li je 1885. godine iz Bugarske (gde je posle Timočke bune bio u emigraciji) nekome u Rusiji poslao pismo kojim pledira za svrgavanje s vlasti dinastije Obrenović u cilju realizacije bugarskih interesa u Makedoniji, Pašić je rekao da je „u prošlosti bio protiv kralja Milana". Zbog te izjave ga je beogradski prvostepeni sud 20. maja 1898. godine osudio na 9 meseci zatvora. Vođa radikala je iz zatvora izašao 7. juna 1899. godine. Vidi: S. Jovanović, *Vlada Aleksandra Obrenovića II,* Beograd 1931, str. 8 = reprint Beograd 1990, str. 19.

Sam Vesnić je pretresen takođe 25. juna, najverovatnije odmah po dolasku u stan, jer se iz spiska oduzetih stvari vidi da je sačinjen „u stanu Dr Milenka Vesnića ovd. u Beogradu". Osumnjičenom su oduzeti zlatni sat Roma, br. 20874, novčanik (u kome su se nalazili 4 novčanice - dve od 10 i dve od jednog dinara, 0, 65 dinara u niklu i 2 mađarske poštanske marke) i zelenkasta kožna torba sa pismima obične sadržine[8].

Nema razloga da ne verujemo kako je otvaranje i čitanje pisama izgledalo kao na drugom pretresu stana. Zapisnik o pretresu lica sadrži jedan formalan nedostatak. Nedostaju opisi osumnjičenog i njegovog odela, koje je prema članu 139, stav 1 ZPSKD ovaj dokument morao da ima.

Mada su podaci o pretresima dosta oskudni, imamo dovoljno argumenata da zaključimo kako je istražna vlast u više navrata nezakonito postupila. Najeklatantniji nezakoniti postupak je vršenje pretresa u odsustvu osumnjičenog i svedoka, što je moglo da rezultira podmetanjem inkriminišućih stvari u Vesnićev stan. Sem toga, tajnost pretresa je svojevrsna indicija da je način izvršenja pretresa još više odstupao od slova ZPSKD.

Kao što je napred rečeno, Vesnić je već nakon prvog pretresa stana odveden u pritvor. Zakonska utemeljenost te mere se, bar sa formalne strane, ne može dovesti u pitanje. Veleizdaju (čl. 87 Krivičnog zakonika iz 1860. godine, u daljem tekstu: KZ), krivično delo za koje je Vesnić bio osumnjičen, KZ je svrstao u zločine[9], a osumnjičeni za zločine su morali da budu pritvoreni (čl. 131 KZ). Međutim, pravo osumnjičenog da pre pritvaranja ili 24 sata nakon njega bude saslušan, nije ispoštovano (čl. 130 a ZPSKD). Dokaz za to je datum naznačen na zapisniku prvog Vesnićevog saslušanja – 30. jun. Ako se ta činjenica dovede u vezu sa dužnošću islednika da za svako saslušanje načini poseban zapisnik (čl. 154, st. 3 ZPSKD), zaključak o kršenju prava osumnjičenog postaje gotovo neoboriv. Zaključci o trećem segmentu pritvaranja, uručenju zakonski obrazloženog rešenja o stavljanju u pritvor osumnjičenom (čl. 131, st. 4 ZPSKD), odlikuju se nešto manjim stepenom konsekventnosti. Gotovo je izvesno da je Vesniću na početku prvog pretresa stana usmeno saopšteno da će biti lišen slobode kao saučesnik u delu atentata na kralja Milana, ali rešenja o stavljanju u pritvor, po svemu sudeći, nije bilo[10].

---

[8] Spisak oduzetih stvari prilikom pretresa Dr Milenka Vesnića ovd. i njegovog stana No 15984 od 25. juna 1899. godine. Arhiv Srbije, *Preki sud za učesnike u Ivanjdanskom atentatu 86/7.*

[9] Zločini su prema članu 1, stav 2 KZ bili krivična dela za koja je zaprećena kazna smrti, robije ili zatočenja.

[10] Vesnić, *nav. delo,* str. 154.

Pošto ZPSKD nije regulisao samo postupak pritvaranja, već i pritvorski tretman, nalazimo za nužno da se rečju, dvema i na njega osvrnemo. Otpočinjući ličnu odbranu na glavnom pretresu, Vesnić se požalio da mu je „ovaj zatvor bio težak, pretežak“[11]. Osnovanost ove žalbe potkrepljuje radikal dr Đoka Nikolić, koji je muke pritvorenikâ nekoliko godina kasnije opisao Vladanu Đorđeviću, predsedniku Vlade u vreme Ivanjdanskog procesa. Na jednom mestu tog opisa nailazimo na detalj da je Vesnić ležao na patosu pritvorske ćelije i iz sveg glasa vikao „Vode!“[12] Bilo je i suprotnih tvrdnji o postupanju prema okrivljenom u pritvoru. U sklopu nastojanja da obori iskaze nekadašnjih pritvorenika o torturi koja je nad njima sprovođena i ujedno odbrani režim čije je bio oličenje, Vladan Đorđević je u drugoj knjizi svog polumemoarskog dela *Kraj jedne dinastije* (1906) doneo izveštaj doktora Fridriha Pfajfera (Friedrich Pfeiffer) švajcarskom *Neue Züricher Zeitung*-u, u kome Nemac prenosi da mu je Milenko Vesnić rekao kako se prema njemu u pritvoru ponašaju korektno[13].

Ne znamo da li su pritvorenikove muke bile uvećane i okivanjem (čl. 140 ZPSKD), ali Nikolićevo i Vesnićevo kazivanje su više nego dovoljni da konstatujemo kako vlast nije ispunila obavezu iz člana 136 ZPSKD - da sa licima koja su do pritvaranja bila dobrog vladanja postupa „sa svim mogućim poštođenjem ličnosti i časti“. Ovakvo postupanje prema Vesniću je, nema sumnje, imalo za cilj da natera osumnjičenog na priznanje krivice.

III

Pošto je pretresima prikupljen dovoljan dokazni materijal, isleđenje je moglo da počne. Premda je član 127 ZPSKD propisivao da policijska vlast mora da izda obrazloženo rešenje o pokretanju isleđenja, takvo rešenje u izvorima ne nalazimo, iz čega se osnovano može zaključiti da nije ni bilo izdato.

---

[11] *Večernje novosti,* 16. septembar 1899. godine.

[12] Jovanović, *nav. delo*, str. 403 = reprint Beograd 1990, str. 14.

[13] V. Đorđević, *Kraj jedne dinastije II,* Beograd 1906, str. 561. Postoji mnogo razloga zbog kojih bi se Đorđevićevi navodi vrlo teško mogli uzeti za merodavne. Navešćemo samo neke od njih. Začuđuje lakoća kojom je doktor Fajfer navodno dobio odobrenje da poseti okrivljene. No, čak i ako ih je posetio, vrlo je malo verovatno da bi oni u prisustvu žandarma mogli da mu se požale na mučenje. Doktor Pfajfer je živeo u Beogradu i ne deluje nimalo verovatno da bi stranoj štampi slao izveštaj koji može da ga kompromituje u očima srpske vlasti, koja je novinske napise o isleđenju vrlo pomno pratila.

Najvažniji deo isleđenja su bila saslušanja okrivljenog. Vesnić je 4 puta saslušan – 30. juna, 30. jula, 2. i 5. avgusta.

Tridesetog juna Vesnića je saslušao islednik Vasilije Simić. Zapisnik tog saslušanja nas obaveštava da je ono izvršeno u prisustvu građana (tzv. svedoka saslušanja), ali njihove potpise, koji bi to prisustvo potvrđivali, ne vidimo[14]. „Ispit" je započeo opštim pitanjem, tj. utvrđivanjem identiteta. Okrivljeni se predstavio kao Milenko Vesnić, star 36 godina, bivši profesor Velike škole, neoženjen i neosuđivan, napomenuvši da nije osuđivan ni u Zaječarskoj (tj. Timočkoj) buni ni Čebinčevoj aferi[15]. Ova Vesnićeva napomena je zanimljiva zbog toga što član 143, stav 1 ZPSKD među identitetskim pitanjima ne navodi ona koja se odnose na konkretne osude, već samo osuđivanost uopšte. Verovatno je okrivljeni smatrao da će mu naglašavanje neučestvovanja u ova dva po radikale kompromitujuća događaja koliko-toliko olakšati položaj u postupku.

Otpočinjući sa „stvarnim" pitanjima (onima koja su se odnosila na krivično delo) islednik uopšte nije pitao okrivljenog da li zna zašto se uzima na odgovor (što je prema čl. 143, st. 2 ZPSKD morao da učini), već postavio okrivljenom pitanje da li je išta, ikada i od koga čuo u vezi sa pripremom ili izvršenjem atentata i zatražio od njega da kaže gde se nalazio pre, posle i za vreme tog događaja. Smatramo da je navođenje reči „od koga" doprinelo da pitanje postane kapciozno, jer podrazumeva da je okrivljeni čuo za pripremu atentata.[16] Stoga je pitanje trebalo podeliti na

---

[14] Dvadeset osmog juna je na snagu stupio Zakon o prekom sudu (u daljem tekstu: ZOPS), koji je u članu 2 islednim vlastima dozvoljavao da se u postupku ne pridržavaju određenih normi ZPSKD, među kojima su bile i one o obaveznom prisustvu dvojice građana saslušanjima (čl. 28 i 141, st. 1 ZPSKD). Primena ovih propisa bi u uslovima postojanja prekog suđenja, prema tome, bila isključivo akt „dobre volje" islednika.

[15] Čebinčeva afera, poznata i pod imenom Čebinčeva zavera, je događaj iz maja 1894. godine. Karađorđevićevski agent Mihailo Čebinac, preduzetnik iz Kraljeva, je uhvaćen na železničkoj stanici u Beogradu pri pokušaju da pređe u Austro-Ugarsku. Prilikom pretresa kod njega je pronađen dnevnik sa zabeleškama o navodnim sastancima sa nekim članovima Radikalne stranke, na kojima su kovani planovi o zbacivanju s vlasti kralja Aleksandra Obrenovića i dovođenju na presto dinastije Karađorđević. Osim Čebinca, u maju su uhapšeni i pritvoreni radikali Ranko Tajsić, Sima Đaković i Aleksa Žujović, a u septembru je ista sudbina snašla i Dobru Ružića, Kostu Dinića, Acu Stanojevića i Đorđa Novakovića, takođe članove Radikalne stranke. Afera je dobila sudski epilog u decembru iste godine, kada su svi optuženi osuđeni na 2 godine zatvora, osim Jaše Nenadovića i Đorđa Novakovića, koji su oslobođeni optužbe usled nedostatka dokaza. Vidi: S. Jovanović, *Vlada Aleksandra Obrenovića I,* Beograd 1929, str. 285-290 = reprint Beograd 1990, str. 268-273.

[16] Ni ZOPS ni ZPSKD nisu izričito zabranjivali postavljanje kapcioznih pitanja. U članu 145, stavu 1 ZPSKD kao osnovnom koji se odnosio na materiju postavljanja pitanja stajalo je da ona treba da budu „jasna, razgovetna i opredeljeno položena". Ipak, mišljenja

dva dela, od kojih bi se jedan odnosio na saznanja okrivljenog o atentatu, a drugi na izvore tih saznanja.

Nakon što je okrivljeni odgovorio na prvo pitanje, od Vesnića je zatraženo da kaže je li solidaran sa fizičkom i novinarskom borbom koju je Radikalna stranka vodila protiv vladaoca, njegovog doma i državne vlasti. Primećujemo da se drugo pitanje ni tematski ni hronološki ne naslanja na prvo. Isti taj odnos, čini nam se, postoji i između trećeg (da li je Vesniću poznato da je Glavni odbor Radikalne stranke 28. maja 1898. godine održao tajnu sednicu, na kojoj je razmatrano da se narodu preporuči otkazivanje dobrovoljnog plaćanja poreza) i četvrtog pitanja (je li Vesnić ikada učestvovao u sednici Glavnog odbora sa savetujućim glasom, kad i u kojoj prilici). „Greh" četvrog pitanja nije samo nepostojanje veze sa trećim, već i problematična formulacija. Ta problematičnost je otelotvorena u kapcioznosti sintagme „kad i u kojoj prilici" koja polazi od toga da je okrivljeni već dao pozitivan odgovor na prvi deo pitanja. Zbog toga bi i ovo pitanje, baš kao i prvo, moralo da bude pretvoreno u dva.

Pošto je dobio negativan odgovor na pitanje da li se Vesnić nalazio u političkoj prepisci s nekim od „političkih ljudi", islednik je kazao okrivljenom da vlast ima saznanja kako je on preko Blaže Petrovića-Njegoša (brata od strica crnogorskog kneza Nikole) uputio generalu i bivšem poslaniku u Petrogradu Savi Grujiću[17] pismo političke sadržine i pozvao ga da saopšti sadržinu tog pisma. Time je nesumnjivo iskoristio pravo iz čl. 146 ZPSKD, da okrivljenog suoči s dokazom koji ga tereti. I sledeći postupak islednika bismo mogli da podvedemo pod primenu te mere. Nezadovoljan odgovorom na postavljeno pitanje, Simić je Vesniću pročitao Grujićevu rečenicu„ *…neutešna je slika stanja stvari u Srbiji kakvu ste mi u vašem pismu predstavili...",* i rekao okrivljenom da iskreno predstavi sadržinu pisma.

Na samom kraju saslušanja Vesniću su radi raspoznavanja pokazani Grujićevo pismo i Pašićev telegram (čl. 150 ZPSKD). Zapisnik nam, u

---

smo da je član 147 tog zakona, koji je predviđao da okrivljenog „nije slobodno navoditi na priznanje...**drugim prinudnim sredstvima**" ostavlja dovoljan prostor da se postavljanje kapcioznog pitanja oceni kao nezakonito.

[17] Grujić je 25. juna bio opozvan s poslaničkog mesta. Izgleda da je za opoziv trebalo da zahvali svom pismu pronađenom kod Vesnića. Naime, kralj Aleksandar u pismu Dragi Mašin od 25. juna 1899. godine kaže: „... Kod Vesnića je nađeno jedno pismo Save Grujića gde užasno grdi sve... zbog takve grdne neiskrenosti ja sam to ruskoj vladi saopštio i njega sam zbacio sa poslanstva i oduzeo mu čin đenerala..." Arhiv Srbije, *Zbirka Vojislava Jovanovića-Maramboa,* f. 77/8. Ta vest je doprla i preko Save i Dunava, pa je pronalazimo i u listu *Branik,* organu vojvođanskih liberala. *Branik,* 1. jul 1899. godine.

skladu sa čl. 154, st. 2, predočava kada je saslušanje završeno – 17. 10 časova. Ako je verovati istom spisu, njegova sadržina je pročitana Vesniću, a okrivljeni je potpisom potvrdio vernost zabeleženog (čl. 155 ZPSKD).

Uočljiva su 2 propusta vezana za okončanje saslušanja i sastavljeni zapisnik. Poslednje pitanje nije glasilo „imate li još šta da navedete u svoje opravdanje" (čl. 154, st. 5 ZPSKD), a na zapisniku nisu opisani Vesnić i njegovo odelo (čl. 154, st. 6 ZPSKD)

Mesec dana kasnije, 30. jula, Vesnić je izveden pred islednika Savu Đukića. Đukić je od okrivljenog zahtevao da objasni citat iz Grujićevog pisma „*…narod apatično posmatra izvođenje prevrata, malo pohvalno za potomke onih junaka što glave zalagaše za oslobođenje Srbije*..."

Islednik je, koristeći se „pogodnošću" koju mu je ZOPS u članu 2 pružio, saslušao Vesnića bez prisustva svedoka saslušanja. Na samom saslušanju, ako je suditi prema zapisniku, nije bilo nepravilnosti. One se pojavljuju na kraju saslušanja i u formi zapisnika, i to u gotovo identičnom obliku kao mesec dana ranije. Jedina razlika se ogleda u tome što ovog puta na zapisniku nije bilo ni vremena završetka saslušanja. Međutim, i te kako je vredan pomena jedan propust neposredno vezan za saslušanje, ali napravljen tek po njegovom okončanju. Islednik nije udovoljio Vesnićevom zahtevu da se od Save Grujića pribavi njegovo pismo ili, ako to nije moguće, o njegovoj sadržini saslušaju bivši poslanik u Petrogradu ili Blažo Petrović–Njegoš. Mišljenja smo da se islednik time ogrešio o čl. 129 ZPSKD, koji je nedvosmisleno govorio da se povodom tvrdnji koje okrivljeni iznese u svoju odbranu **mora** (podvukao U. S) sprovesti istraga.

Treće saslušanje je takođe izvršio Sava Đukić. Tema tog saslušanja su bile brošure koje napadaju kraljeve Aleksandra i Milana, od skora štampane u inostranstvu. Đukić je želeo da zna je li Vesnić učestvovao u pisanju i rasturanju tih tekstova ili ih čitao.

Ovo saslušanje se neznatno razlikuje od prethodnog. Okrivljenom je radi raspoznavanja pokazana brošura *Pet godina na srpskom kraljevskom dvoru*. Pored toga, Vesnić je autorstvo spisa stavljenog mu na teret pripisao izvesnom Breznicu, bivšem činovniku Ministarstva inostranih dela, ali ni ovaj njegov navod nije imao za rezultat pokretanje istrage.

Na četvrtom, poslednjem saslušanju Vesnić je morao da se pravda za telegram na francuskom jeziku pronađen u njegovom stanu, na kome je pošiljalac potpisan imenom „*Emil*", a kao primalac naznačen izvesni *Lung* iz Beča.

Prvi islednikov izlazak iz zakonskih okvira je drugo postavljeno pitanje. Ono je glasilo: „Jeste li npr. nekoga na strani izveštavali da je Pašić

izdržao zatvor, **i kakav je bio taj vaš izveštaj, i pod kojim ste ga imenom izveštavali, da li pod svojim ili kakvim drugim, psevdonimom?**" (podvukao U. S)[18]. Ne treba posebno isticati da je podvučena formulacija kapciozna i da je preduslov za postvaljanje pitanja o sadržini izveštaja i načinu na koji je potpisan priznanje okrivljenog da je tog izveštaja bilo. Osim toga, u dilemi smo da li je postavljanje ovog pitanja umesno sa logičkog stanovišta. Razlog za to je što smatramo da je obuhvaćeno prvim pitanjem („Jeste li povodom Pašićevog izlaska iz zatvora bili u prepisci s nekim iz inostranstva, van Srbije?").

No, tu se postavljanje pitanja nelogičnim redosledom ne završava. Posle pitanja koje se odnosilo na izveštaj, Vesnić je upitan kako potpisuje pisma koja šalje u inostranstvo ili nekom listu, da li pod svojim imenom ili pseudonimom. Smatramo da je ovo pitanje trebalo postaviti na početku saslušanja, jer po smislu nesumnjivo predstavlja uvod u ono koje mu je prethodilo (!!!). Sledeće pitanje je zapravo bilo suočenje okrivljenog s dokazima; islednik je predočio Vesniću da je u njegovim hartijama pronađen sporni telegram i pozvao ga da kaže je li taj telegram njegov. Ne osporavamo suočenje, ali mislimo da ga je trebalo smestiti nakon Vesnićevog negativnog odgovora na pitanje koje se odnosilo na prepisku s inostranstvom.

Završetak saslušanja i zapisnik imaju iste nedostatke kao drugo i treće Vesnićevo pojavljivanje pred islednikom.

Ni nakon četvrtog saslušanja nije bila sprovedena istraga o Vesnićevim tvrdnjama. Poricanje okrivljenog da je telegram njegov moralo je da dovede do angažovanja veštaka grafologa, jer je član 69 ZPSKD bio jasan: „**Ako se što ima dokazati kakvim pismenom, koje obvinjeni ne priznaje za istinito, onda će se sredstvom veštaka činiti sravnjivanje rukopisa sa nesumnjenim rukopisom obvinjenog, a može se obvinjenom dati da pred isledovateljem ili veštacima nekoliko reči napiše"** (podvukao U. S)**.** To se, međutim, nije desilo. Islednik nije našao za shodno da proveri ni izjavu okrivljenog da mu je telegram doneo neki prijatelj, kako bi proverio je li ispravno napisan na francuskom.

Posmatrajući koliko su se saslušanja odužila, ne možemo da se otmemo utisku da je Preki sud morao ex officio da reaguje i ministra pravde obavesti o ovom odugovlačenju (čl. 27 ZPSKD). Objašnjenje zbog čega se to nije dogodilo treba tražiti u karakteru ove ustanove, Vesnićevoj partijskoj pripadnosti i zainteresovanošću Dvora za ishod procesa.

[18] Saslušanje Milenka Vesnića No 17034 od 5. avgusta 1899. godine. Arhiv Srbije, *Preki sud za učesnike u Ivanjdanskom atentatu 86/36.*

Na prvi pogled je vidljivo da se Simić i Đukić nisu previše obazirali na obavezu utvrđivanja materijalne istine, uzakonjenu u članu 5 ZPSKD, niti okrivljenog saslušavali „s jednakom revnošću kako o onome što ga obvinjuje, tako i o onome što ga opravdava" (čl. 142 ZPSKD). Obavljajući saslušanja u odsustvu svedoka, doveli su u pitanje čak i privid objektivnosti isleđenja. Zanemarivanje elemnatarnih krivičnoprocesnih načela je bilo jasan pokazatelj u kom smeru će se postupak dalje kretati.

Način života okrivljenog je mogao imati uticaja na visinu izrečene kazne (dobro vladanje je prema čl. 59, st. 4 KZ spadalo u olakšavajuće okolnosti), pa je od Suda opštine beogradske zatraženo uverenje o Vesnićevom vladanju (čl. 90 ZPSKD). Prema tom uverenju, izdatom 6. avgusta 1899. godine, Vesnić je bio dobrog vladanja i sirotog imovnog stanja[19].

Istog datuma, 6. avgusta, islednik je dao nalog da se putem pravne pomoći od Uprave grada Beograda zatraži odgovor na pitanje je li brošura *Pet godina na srpskom kraljevskom dvoru* u Srbiji zabranjena[20]. Nejasno nam je zbog čega je to učinio tek posle nešto više od mesec dana od pokretanja isleđenja. Imajući u vidu da je član 29 ZPSKD propisivao da se isleđenje neće sprovesti, a već započeto isleđenje prekinuti ako krivično delo ne postoji, nameće nam se pitanje kako je moguće najpre celo jedno saslušanje posvetiti inkriminisanom spisu, a tek potom proveravati da li je njegova sadržina kažnjiva? Ovu dilemu ne treba posmatrati samo sa metodološke, već i pravne tačke gledišta. Vođenjem isleđenja povodom brošure za koju se uopšte nije znalo da li predstavlja krivično delo isledna vlast je postupila protivno načelu *nullum crimen sine lege,* koje je i KZ u članu 2 prihvatio. Pozitivan odgovor na postavljeno pitanje, koji je Uprava poslala 7. avgusta, nije mogao čak ni da „zakrpi" islednikov propust, jer je naknadna konvalidacija manljivih radnji, kao što znamo, institut građanskog a ne krivičnog prava. Olak prelazak preko načela legaliteta zaslužuje najviše mesto na lestvici nezakonitosti u postupku isleđenja.

Poslednja prepreka na putu ka podizanju optužnice je bilo odobrenje ministra unutrašnjih dela (jer je gonjenje za krivična dela iz čl. 91 b KZ moglo da bude preduzeto samo po tom odobrenju). U cilju otklanjanja te prepreke islednik je 10. avgusta pismenim putem zamolio ministra Đorđa Genčića da odobri Vesnićevu predaju Prekom sudu. Genčić je pozitivno

[19] Uverenje Suda opštine beogradske No 5619 od 6. avgusta 1899. godine. Arhiv Srbije, *Preki sud za učesnike u Ivanjdanskom atentatu 86/15.*

[20] Nalog islednika Save Đukića od 6. avgusta 1899. godine. Arhiv Srbije, *Preki sud za učesnike u Ivanjdanskom atentatu 86/5.*

odgovorio na islednikovu molbu 14. avgusta[21]. Put ka optužnici je sada bio otvoren.

Optužnica protiv Milenka Vesnića je podignuta 19. avgusta. Na teret su mu stavljeni izvršenje krivičnih dela uvrede vladaoca, pozivanja na nepokornost zakonima (čl. 92 KZ) i posedovanje zabranjene brošure, koja je sadržala uvrede na račun kralja i člana kraljevskog doma.

Radnju izvršenja krivičnog dela uvrede vladaoca predstavljale su tri rečenice iz Grujićevog pisma Vesniću od 9. maja 1899. godine, koje su glasile: „*Neutešna je slika stanja stvari u Srbiji kakvu ste mi je u vašem pismu prestavili, ali na žalost ona je verna. Energija za utvrđivanjem novoga režima vidi se nije još popustila. Narod apatično podnosi izvođenje prevrata, malo pohvalno za potomke onih junaka, koji glave zalagaše za oslobođenje Srbije*“[22]. Iz ovih rečenica se, prema isledniku, videlo da je Vesnić u pismu Grujiću označio dolazak na vlast tadašnje vlade kao izvođenje prevrata, čime je omalovažio kraljevu ustavnu prerogativu da postavlja ministre i razrešava ih dužnosti (čl. 99 Namesničkog ustava). Dokaz o izvršenju krivičnog dela je Vesnićevo priznanje da je bivšem poslaniku u Rusiji poslao pismo koje je moglo da izazove ovakav odgovor.

Čestitati slobodu Nikoli Pašiću, čoveku koji je bio osuđen za uvredu kralja Milana, a uz to s odobravanjem propratiti njegov izlazak iz zatvora i diskreditovati državnu vlast, znači javno hvaliti krivično delo. Javnim hvaljenjem krivičnog dela Vesnić je pozvao na nepokornost zakonima. Kao dokaz o izvršenom delu služi telegram-čestitka pronađen u stanu okrivljenog.

Autor brošure *Pet godina na srpskom kraljevskom dvoru* se na tri mesta (str. 17, 19 i 21) uvredljivo izražava o kraljevima Aleksandru i Milanu. No kako autor nije poznat, u skladu sa čl. 31 Zakona o štampi (1881) kazniće se onaj kod koga je zabranjeni spis pronađen, tj. Vesnić[23].

---

[21] Odobrenje ministra unutrašnjih dela No 17823 od 14. avgusta 1899. godine. Arhiv Srbije, *Preki sud za učesnike u Ivanjdanskom atentatu 86/13.*

[22] Optužnica protiv Milenka Vesnića No 17102 od 19. avgusta 1899. godine. Arhiv Srbije, *Preki sud za učesnike u Ivanjdanskom atentatu 86/38.*

[23] To što nije mogao da pronađe nijedan dokaz koji bi Vesnića povezao sa atentatom na kralja Milana nije smetalo islednom sudiji i državnom tužiocu Vasiliju Simiću da ga ipak spomene u optužnici podignutoj za krivično delo veleizdaje (kojom su bili obuhvaćene perjanice Radikalne stranke, kao što su Nikola Pašić, Kosta Taušanović, Stojan Protić, Ljubomir Živković, Aca Stanojević, Ivan Pavićević i Milan Đurić). Vesniću je pripisana uloga indirektnog podstrekača atentata. Tu ulogu Vesnić je, prema tužiocu, vršio pišući za stranu štampu članke koji su kraljeve Milana i Aleksandra prikazivali u negativnom svetlu i time stvarali atmosferu za njihovo uklanjanje. Optužnica za krivično delo ve-

Nije potrebna podrobna analiza optužnice da bismo zaključili kako je ona u celini bila besmislena i tragikomično inskonstruisana. Počećemo od krivičnog dela uvrede vladaoca. Islednikovo objašnjenje da se izrazom „izvođenje prevrata" napada dolazak na vlast Đorđevićeve vlade, a time istovremeno vređa kralj, koji postavlja i razrešava ministre, u velikoj meri prelazi granice najrastegljivije moguće kvalifikacije. Još dalje od tih granica odlazi obrazloženje da Grujićeve rečenice, koje su, na kraju krajeva, plod njegovog subjektivnog utiska, dokazuju da je Vesnić izvršilac krivičnog dela jer je on svojim pismom naveo generala da tako odogovori. Stvari ne stoje bolje ni sa krivičnim delom nepokornosti zakonima. Konstatacija da čestitika povodom izlaska iz zatvora nije ništa drugo do hvaljenje krivičnog dela u potpunosti odgovara modelu iz prve kvalifikacije. Najzad, ni tačka optužnice koja se odnosi na spornu brošuru nije ništa manje diskutabilna. Prema članu 31 Zakona o štampi za sadržinu spisa odgovarali su njegov autor i odgovorni urednik (ako je reč o novinskom članku), ali ne i onaj kod koga je taj spis pronađen. Sem toga, u pomenutom zakonu se nigde ne spominje da će se to lice smatrati autorom kada je on nepoznat (logička osnovanost takve pretpostavke je, razume se, još manja). Uz to, široj javnosti nije bilo nepoznato čije je delo inkriminisana brošura – pomenutog Breznica, koga je, kao što smo videli, i sam Vesnić na trećem saslušanju imenovao kao tekstopisca. Stavićemo primedbu i na nedovoljnu određenost pravne kvalifikacije za ovo delo. Iako je u brošuri pronašao 3 uvredljiva mesta, islednik nije dao kvalifikaciju za svaku od njih pojedinačno, već samo konstatovao kako su kažnjiva po članu 91 b, stavovima 1 i 2 KZ. Takav postupak nije bio u duhu člana 21 Zakona o štampi, koji je propisivao da će **svaka** (podvukao U. S) uvreda naneta kralju, kraljici, prestolonasledniku ili kraljevskom domu biti kažnjena zatvorom od 2 meseca do 5 godina.

Podizanjem optužnice isleđenje je okončano. Izlaganje o njemu završili bismo upućivanjem prekora isledniku zbog još jednog postupka protivnom ZPSKD. Radi se o prekoračenju roka za predaju okrivljenog sudu. Naime, prema članu 156, stav 2 ZPSKD okrivljeni je morao da bude predat sudu odmah po dobijanju odobrenja ministra unutrašnjih dela. Ne bi se moglo reći da je rok od čak 5 dana, koji je protekao od dobijanja odobrenja do podizanja optužnice i predaje Vesnića sudu, odgovarao značenju te reči. Tako se isleđenje završilo isto onako kako je započelo i teklo - nezakonito.

---

leizdaje No 17108 od 20. avgusta 1899. godine. Arhiv Srbije, *Preki sud za učesnike u Ivasnjdanskom atentatu 147/266.*

Podnošenje optužnice Prekom sudu je označilo početak stavljanja pod optužbu. Isledni sudija i državni tužilac Lazar Josimović je prihvatio islednikovu optužnicu 19, a Preki sud o sopstvenoj nadležnosti i stavljanju pod optužbu odlučio 20. avgusta[24]. U rešenju je naznačeno kako je Preki sud po razmotrenju akata optužbe stekao uverenje da ima dovoljno dokaza o postojanju krivičnih dela i Vesnićevoj krivici, pa se stoga oglasio nadležnim i odlučio da se okrivljeni stavi pod sud i u pritvor. Za datum glavnog pretresa je odredio 15. septembar[25].

Ni državni tužilac ni Preki sud nisu na zadovoljavajući način obavili svoje delove posla u vezi sa stavljanjem pod optužbu. Državnom tužiocu, čiji je zadatak prema ZOPS bio da otklanja nedostatke u optužnicama, promakla je nepotpuna tačka optužnice. Preki sud je u donetom rešenju na nekoliko mesta znatno odstupio od zakonskih tekstova. Prvo takvo odstupanje je prihvatanje sopstvene nadležnosti za dela izvršena pre stupanja na snagu ZOPS (pismo Grujiću je upućeno pre 9. maja, a telegram Pašiću 7. ili 8. juna 1899. godine), što je Preki sud prema članu 21 tog zakona mogao da učini jedino ako se ona u tom trenutku zateknu nesvrše-nim[26]. Zatim, Preki sud se uopšte nije izjasnio o ispunjenosti formalnih pretpostavki za stavljanje pod optužbu (drugim rečima, nije rešio pitanja: da li radnje okrivljenog spadaju u krivična dela i, ako spadaju, jesu li zastarele ili „drugim oklonostima zaglađene"- čl. 161, st. 1 ZPSKD; ima li dovoljno indicija za stvaljanje pod optužbu i postoje li osnovi isključenja krivice – čl. 161, st. 3 ZPSKD; i postoji li odobrenje ministra unutrašnjih dela za suđenje – čl. 161, st. 4 ZPSKD). S druge strane, obrazlažući odluku da okrivljenog stavi pod optužbu, Preki sud je naveo kako „postoji dovoljno dokaza da je Milenko Vesnić krivac" što nam mnogo više liči na meritorno odlučivanje o krivici nego razmatranje formalne strane optužnice. Rešenje je sadržalo odluku da

[24] Postupak stavljanja pod optužbu je prema ZOPS izgledao ovako: isledna vlast je optužnicu podnosila Prekom sudu, koji ju je prosleđivao državnom tužiocu. Ako bi optužnica bila „u osnovi dobra", državni tužilac ju je, s eventualnim izmenama, ponovo vraćao Prekom sudu. U slučaju da nije, sam je sastavljao novu (čl. 10). Po ponovnom primanju optužnice Preki sud je odmah odlučivao o nadležnosti. Pozitivna odluka o nadležnosti saopštavana je optuženom i odmah bi bio održan glavni pretres. O negativnoj odluci su obaveštavani i optuženi i državni tužilac, koji je „svagda" podnosio žalbu Kasacionom sudu (čl. 11). Preki sud je bio dužan da žalbu u roku od 3 dana pošalje Kasacionom sudu (čl. 12), koji je morao „najbrže" da reši je li žalba osnovana i potom svoje rešenje dostavi Prekom sudu (čl. 13).

[25] Rešenje Prekog suda No 532 od 20. avgusta 1899. godine. Arhiv Srbije, *Preki sud za učesnike u Ivanjdanskom atentatu 86/40.*

[26] Ovde se ne misli na nesvršena krivična dela, već na nezavršene krivične postupke. Terminom *delo* je krivični postupak označen i u ZPSKD.

optuženi bude pritvoren, ali se o okivanju nije izjašnjavalo (čl. 164 ZPSKD). I na kraju, termin određen za održanje glavnog pretresa je protivrečio ZOPS, jer je čl. 11 tog zakona propisivao da će se glavni pretres održati čim se Preki sud oglasi nadležnim.

Stavljanje pod optužbu, vremenski mnogo kraće nego isleđenje, ne zaostaje mnogo za njim kada je u pitanju kvantitet nepravilnosti. Uključivši se u postupak, Preki sud je pošao islednikovim stopama.

Rešenje o stavljanju pod optužbu je Vesniću saopšteno 23. avgusta. Optuženi je potpisom potvrdio prijem tog akta i izrazio želju da ga pred Prekim sudom brane Milan Mostić i Milan St. Marković[27].

IV

Glavni pretres je održan zakazanog dana, 15. septembra. Sednica je počela čitanjem optužnice. Potom su pročitana 2 zapisnika o pretresima Vesnićevog stana. Nakon toga je došao red na ličnu odbranu optuženog.

Započinjući odbranu, Vesnić je istakao da se od pre nekoliko godina nalazi u položaju čestite devojke na čiju se čestitost napada i naveo nekoliko tih napada[28]. Izlazak pred sud vidi kao priliku da se opravda od neosnovanih optužbi.

Iz Engleske, gde je završio školovanje, doneo je dva nauka. Prema prvom, vladalac je neodgovoran. Njegove akte premapotpisuju ministri, pa čak i ukaze o postavljanju i razrešenju ministara potpisuje predsednik vlade. Prema tome, uvreda vladaoca nije moguća. Nije imao ni ličnih motiva da vređa kralja – on ga je postavio za ministra prosvete i doveo na mesto profesora Velike škole, za kojim je žudeo ali mu je bilo nedostižno. Od vladara je dobio i čin rezervnog oficira. Na dvoru je prisustvovao ne samo zvaničnim, nego i intimnim zabavama i ručkovima. Vladalac ga je nebrojeno puta odlikovao, pa čak i ove godine, rekavši mu kako ceni njegov rad. Dakle, kralj mu ničim nije dao povoda za postupke navedene u optužnici.

Drugi nauk je osećanje dužnosti. Ono u srpskom narodu skoro da ne postoji. To osećanje je hteo da razvije među omladinom, a njime se rukovodio u odnosima sa kraljem. Od 1893. godine vladaocu je čestitao rođendan. Kad bi se kralj vraćao iz inostranstva, on se uvek upisivao u knjigu po-

[27] Zapisnik o saopštavanju rešenja o stavljanju pod sud i u pritvor Milenku Vesniću No 562 od 23. avgusta 1899. godine. Arhiv Srbije, *Preki sud za učesnike u Ivanjdanskom atentatu 86/16.*

[28] O tim napadima vidi: *Večernje novosti,* 16. septembar 1899. godine.

setnicu. Kada se u inostranstvu nalazio u istom mestu gde i kralj, išao je da ga dočekuje na železničkoj stanici i upisivao se u knjigu posetnicu. Uopšte, u njegovom dosadašnjem životu ne može se naći ništa što bi ukazivalo na to da se prema vladaocu nije odnosio s dužnim poštovanjem.

Priznao je da je preko Blaže Petrovića–Njegoša uputio pismo Savi Grujiću. U nameri da pomogne prijatelju, objasnio je Grujiću da je Petrović izgubio srpsku subvenciju zbog animoziteta koji predsednik vlade Đorđević gaji prema njemu. Ujedno je zamolio generala da Petroviću ne otežava dobijanje ruske subvencije. Ali, u pismu nije bilo izraza kojima se nanosi uvreda kralju Milanu[29]. Ono je sadržalo osvrt na političke prilike u Srbiji od kako njom upravlja Đorđevićeva vlada. Naveo je kako je bilo pokušaja da se radikali i Dvor zbliže, ali su ti pokušaji osujećeni. Tema pisma su bile i glasine da je kralj Milan rekao trgovcu Dimitriju Ćirkoviću „vi ste, gospodine Ćirkoviću rid čovek, a zna se da ridi ljudi dockan sede, pa ćete i vi osedeti, a radikali neće doći na vladu", a Milanu Radenkoviću iz Jagodine kako „radikalima neće na bolje doći sve dok se budu povodili za Nikolom Pašićem, Kostom Taušanovićem i Ljubom Živkovićem". Kratko se osvrnuo i na događaj od 22. februara 1898. godine[30]. Pisao je i o stanju u Radikalnoj stranci, koje je opisao kao letargično i apatično, dodajući da su letargija i apatija posledica nedostatka vođe. Sve u svemu, iz Grujićevog odgovora se ne vidi da je optuženi u svom pismu vređao kralja. Naprotiv, vidi se da je zauzimao drugačije stanovište od onog na kome su se nalazili čelni ljudi stranke, Stojan Protić i Ljuba Živković. Predsednik Prekog suda je, u skladu sa ovlašćenjem iz čl. 207 ZPSKD, zatražio da se pročita jedan akt isleđenja – Grujićevo pismo.

Čestitao je Nikoli Pašiću izlazak iz zatvora i izrazio želju da njegova sloboda bude zatočnica građanskih i političkih vrlina, ali smatra da se za to ne ide ni pred običan, a kamoli preki sud. Opisao je Pašićeve vrline i patriotizam, uz napomenu da se na čestitku odlučio upravo zbog tih vrlina radi-

[29] Primećujemo da Vesnićeva odbrana nije pratila navode optužnice. Razlog za to je svakako odredba člana 18 ZOPS, kojom je Preki sud oslobođen obaveze da optuženom i njegovom braniocu, na njihov zahtev, da na uvid optužnicu i druge akte isleđenja (čl. 187 st. 1 ZPSKD). Tako je praktično izlazak na glavni pretres bio Vesnićeva prva prilika da se upozna sa sadržinom optužnice.

[30] Milovan Milovanović (1863-1912), jedan od prvaka Radikalne stranke, je tokom 1897. i 1898. godine napadao kralja Milana u francuskom dnevnom listu Tan (Temps). Ne želeći da propusti dvorski svečani prijem povodom šesnaeste godišnjice proglašenja Srbije za kraljevinu, a istovremeno se plašeći kraljeve reakcije na njegovu pojavu, naumio je da se u Dvoru pojavi preobučen u oficirsku uniformu. Kralj Milan ga je, međutim, tokom smotre oficira prepoznao, verbalno napao i isterao iz dvora. Vidi: D. Đorđević, *Milovan Milovanović,* Beograd 1962, str. 50.

kalskog vođe i dugogodišnjeg poznanstva s njim[31]. Nepravedno je što se u čak dva krivična dela koja mu se stvaljaju na teret po još jedno lice pojavljuje kao saizvršilac (radi se o Savi Grujiću, koji mu je poslao pismo s inkriminisanim izrazima, i profesoru Ljubomiru Stojanoviću, čiji potpis je takođe stajao na čestitki Pašiću, primedba U. S), a on jedini odgovara. Najbolji dokaz da čestitka ne sadrži ništa kažnjivo je to što je na njoj potpisan i Ljuba Stojanović (koji je Vesniću i rekao da napiše telegram i obojicu ih potpiše na njemu), a Vesnić svakako ne bi podvalio prijatelju potpisujući ga na pismenu kojim vređa kralja.

O depeši na francuskom jeziku optuženi je kazao sledeće: nju mu je dao jedan prijatelj kako bi proverio da li je ispravno napisana. Dogovorili su se da Vesnić ispravljenu depešu vrati prijatelju iste večeri u *Imperijalu*[32]. No kako optuženi nije imao vremena da to učini, telegram je ostao kod njega i tu pretresom pronađen. Tekst je vrlo loše napisan, a on francuski tako nije pisao ni pre 10 godina. Predsednik Prekog suda je naložio da se pročita prevod telegrama.

Braneći se od tačke optužnice koja mu je na teret stavljala brošuru *Pet godina na dvoru kralja Srbije,* Vesnić je rekao da kao javni radnik, publicista i profesor Velike škole može da nabavlja tekstove kakve želi. Osim toga, njegova dužnost kao profesora i javnog radnika je da u Evropi brani Srbiju od napada, a to može da čini jedino ako u rukama ima ono što se u inostranstvu piše protiv Srbije. O ovom spisu je napisao čak i kratak referat u časopisu *Delo*[33]. Uz sve to, brošura napada radikale pa čak i samog Vesnića, a zvuči nelogično da bi optuženi rasturao tekst u kome je i sam izložen napadima.

Branilac optuženog Milan St. Marković je istakao da je njegov klijent svojim radom stekao simpatije celog evropskog naučnog sveta. Dodao je da bi te simpatije bile još veće da je svet bio u prilici da čuje Vesnićevu odbranu pred Prekim sudom. Smatrao je da se o sadržini Vesnićevog pisma, pošto nije pronađeno, može suditi samo na osnovu iskaza optuženog. Pot-

[31] Beogradske *Večernje novosti,* bliske Liberalnoj stranci, i *Zastava,* organ vojvođanskih radikala, preneli su kako je Vesnić u svojoj odbrani spomenuo da je Pašić u Pešti „vršio vrlo veliku misiju između kralja Aleksandra i kralja Milana" i stajao iza „prvoaprilskog događaja" (misli se na 1. april 1893. godine, kada je kralj Aleksandar zbacio dvočlano namesništvo – Jovana Ristića, vođu Liberalne stranke i generala Jovana Belimarkovića, i prevremeno se proglasio punoletnim, primedba U. S). Vidi: *Večernje novosti,* 16. septembar 1899. godine; *Zastava,* 19. septembar 1899. godine.

[32] Beogradski hotel, okupljalište političara, naročito liberala (primedba U. S).

[33] Književni časopis koji je u mesečnim sveskama izlazio u periodu 1894-1899. i 1902-1914. godine. U njegovom uredništvu su se nalazili mahom istaknuti radikali (napomena U. S).

puno se složio s Vesnićevom odbranom od optužbe za nepokornost zakonima i napomenuo da takva optužba posle Pašićevog pomilovanja nema smisla[34]. Isti stav je zauzeo o klijentovom objašnjenju telegrama na francuskom jeziku, uz dopunu da on Vesniću ne može da bude stavljen na teret tim pre što nije poslat. Molio je Preki sud da ima u vidu kako intelektualni poslenici, u koje se ubraja i Vesnić kao profesor Državnog (ustavnog) prava[35], često dobijaju brošure koje nisu poručili. Odbranu je završio izricanjem stava da su obesnaženi svi navodi optužnice, te je zatražio od Prekog suda da optuženog proglasi nevinim (čl. 241 ZPSKD).

Pre prelaska na završne reči optužbe i odbrane pročitani su Vesnićevi iskazi iz postupka isleđenja.

U završnoj reči državni tužilac je ostao pri optužbi, a Vesnić pri odbrani. Time je glavni pretres okončan, a sudsko veće se povuklo iz sudnice radi većanja o presudi.

„Većanje" nije dugo trajalo. Sudije je posetio upravnik grada Beograda Rista Bademlić i preneo im telefonsku naredbu kralja Milana da Vesnić „po svaku cenu" bude osuđen na 2 godine zatvora[36]. Prekom sudu je tako preostalo da pronađe obrazloženje za već napisanu presudu.

Presuda je pročitana u javnom sudskom zasedanju istog dana.

Preki sud je „našao" da je optuženi kriv samo za nanošenje uvrede kralju Milanu. Do tog ubeđenja Preki sud je došao zbog Vesnićevog priznanja iz postupka isleđenja da je u pismu Savi Grujiću izrazio nezadovoljstvo „današnjim stanjem i sistemom vladavine dr Vladana Đorđevića", uzgred „tendenciozno" navodeći kako taj sistem podržava kralj Milan, iz čega se jasno vidi namera optuženog da kraljevog oca izloži „mrzosti i prezrenju". Ta namera postaje još jasnija ako se uzme u obzir da je čestitao izlazak iz zatvora Nikoli Pašiću, čoveku koji je bio osuđen upravo za uvredu kralja Milana.

---

[34] Pašić je pomilovanjem iz 1889. godine oslobođen krivičnog gonjenja za učešće u Timočkoj buni (primedba U. S).

[35] Očigledna omaška branioca, jer je Vesnić, kao što smo videli, predavao Međunarodno javno pravo.

[36] Telegram ruskog otpravnika poslova u Beogradu Nelidova (NelidovЪ) zameniku ministra inostranih poslova Lamsdorfu (Vladimir Nikolaevič Lamsdorf) No 69 od 29. septembra 1899. godine. Arhiv Vnešneй politiki Rossii, f. P. 1899, str. 2689-2696; fot. Arhiv Istorijskog instituta f. II, 103/55. Navedeno prema A. Radeniću, *Progoni političkih protivnika u režimu Aleksandra Obrenovića 1893-1903,* str. 805-806; Vesnić, *nav. delo,* str. 167. Krunski svedok ovog događaja je zapisnik Vesnićevog prvog saslušanja, na kome su plavom bojicom podvučene Vesnićeve rečenice iskorišćene za osudu. Vidi: Kr. ispit okrivlj. Dr Milenka Vesnića kao saučesnika po delu izvršenog atentata nad NJ. V. Kraljem Milanom 24. juna 1899. god. No 15929 od 30. juna 1899. godine. Arhiv Srbije, *Preki sud za učesnike u Ivanjdanskom atentatu 86/25.*

Kako Prekom sudu nije pošlo za rukom da dođe do Vesnićevog pisma, o njegovoj sadržini je sudio na osnovu iskaza optuženog. Kako se iz tog iskaza nije videlo da je Vesnić vređao kralja Aleksandra, optuženi je za ovo krivično delo pušten ispod suđenja (čl. 250, tačka a ZPSKD)[37].

Brošuru *Pet godina na srpskom kraljevskom dvoru* optuženi je, prema sopstvenom priznanju, nabavio 1895. godine, a sva dela uvrede vladaoca i člana kraljevskog doma izvršena do 1. januara 1897. „predata su zaboravu" amnestijom kralja Aleksandra od istog datuma. Sem toga, izmena člana 31 Zakona o štampi stupila je na snagu nakon što je Vesnić nabavio spis (1898). Iz ovih razloga Preki sud je pustio optuženog ispod suđenja i za uvrede iz brošure.

Vesnić je osuđen na 2 godine zatvora i naknadu troškova postupka (čl. 322 i 328 ZPSKD)[38]. Preki sud je kao olakšavajuće okolnosti uzeo u obzir priznanje i dobro vladanje, a kao otežavajuću to što je Vesnić „kao inteligentan čovek i bivši profesor Velike škole dužan da odaje najveću poštu vladaocu i njegovom domu, a ne da omalovažava"[39].

Sudija Tasa Kuzmanović je na zapisniku presude napisao izdvojeno mišljenje. Smatrajući da Vesnić inkriminisanim rečenicama nije naneo uvredu kralju Milanu, jer jedna iz druge ne proističu kao „logične posledice", posebno što su izrečene kao odgovori na različita pitanja, Kuzmanović je glasao za proglašenje optuženog nevinim. Ali ostavši u manjini, potpisao je presudu[40].

---

[37] Sud je optuženog puštao ispod suđenja: kada delo ne postoji ili nije kažnjivo (čl. 250, t. a ZPSKD) ako je zastarelo ili drugim okolnostima zaglađeno (čl. 250, t. b ZPSKD), ukoliko se za njega može suditi samo po odobrenju nadležne vlasti ili privatnoj tužbi, a odobrenja ili tužbe nema (čl. 250, t. v ZPSKD) i u slučaju da privatni tužilac u toku postupka odustane od tužbe, a za delo se goni samo po privatnoj tužbi (čl. 250, t. g ZPSKD).

[38] Prema režimskim *Malim novinama* i listu trojedničkih Srba *Srbobranu,* Vesnić je po izricanju presude počeo da se prepire s predsednikom Prekog suda oko toga kada je govorio o nemoralnosti Đorđevićevog kabineta i tražio da se sastane sa svojim braniocem. Predsednik mu je to odobrio, ali pod uslovom da se Vesnić i Marković sastanu u zgradi Prekog suda, i to u prisustvu državnog tužioca. Vidi: *Male novine,*15. septembar 1899. godine; *Srbobran,* 21. septembar 1899. godine.

[39] Zanimljivo je da ni u jednom izvoru ne nalazimo i olakšavajuće i otežavajuću okolnost. Dok se olakšavajuće spominju u dnevnoj štampi, otežavajuću srećemo u prepisu presude. Vidi: *Male novine,* 15. septembar 1899. godine; *Večernje novosti,* 16. septembar 1899. godine; *Srbobran,* 21. septembar 1899. godine; Presuda Prekog suda za varoš Beograd i okrug podunavski po krivici Milenka Vesnića, biv. prof. Vel. Škole. Arhiv Srbije, *Preki sud za učesnike u Ivanjdanskom atentatu 86/2.*

[40] Presuda Prekog suda za varoš Beograd i okrug podunavski po krivici Milenka Vesnića, biv. prof. Vel. Škole. Arhiv Srbije, *Preki sud za učesnike u Ivanjdanskom atentatu 86/4.*

Razlog donošenja ovakve presude je više nego jasan – radi se o naredbi kralja Milana. Iz toga sledi da je pravna analiza presude sasvim izlišna. No kako bismo pokazali kakve nedostatke je presuda imala zbog izvršenja naredbe, ipak ćemo je analizirati. U fokusu analize naći će se odnos presude i optužbe, faktička utemeljenost odlukâ Prekog suda o uvredi kralja Milana i brošuri, ubedljivost obrazloženja i odmerena kazna.

Između optužbe i presude ne postoji podudarnost. Optužnica je teretila Vesnića za uvredu nanetu kralju Milanu u brošuri *Pet godina na srpskom kraljevskom dvoru*, a Preki sud je optuženog osudio za uvredu iz postupka isleđenja. ZPSKD je ostavljao mogućnost sudovima da radnji optuženog daju drugačiju pravnu kvalifikaciju i presude za prekvalifikovano delo (čl. 209 i 245), ali ne i da menjaju činjenični sklop te radnje. Ta nepodudarnost dobija još tragičniju dimenziju kada vidimo da o tobožnjoj uvredi na glavnom pretresu nije raspravljano, čime je optuženom uskraćeno ustavno pravo na odbranu[41]. Najtragičnija je ipak bila činjenica da je ovim postupkom Prekog suda Pandorina kutija grubih povreda zakona tek otvorena.

Nema nikakve dileme da radnja optuženog okarakterisana kao uvreda kralja Milana nije predstavljala krivično delo, što možemo jasno da vidimo ako se nakratko vratimo na prvo saslušanje. Vesnić je na tom saslušanju, odgovarajući na jedno od pitanja islednika, rekao kako je **moguće** (podvukao U. S) da je u pismu Grujiću napisao da Vladana Đorđevića podržava kralj Milan (!!!). Osakaćivanje Vesnićevog iskaza radi dobijanja rečenice koja će poslužiti za opravdanje presude je, nema sumnje, najfrapantnija povreda zakona u celom postupku. Stepen te frapantnosti je najbolji pokazatelj koliko je Preki sud morao da zaobiđe zakon da bi prokrčio put ka koliko-toliko razumnom obrazloženju presude.

Obrazloženje osuđujuće presude deluje vrlo neubedljivo čak i ako prihvatimo gornju verziju Vesnićevog iskaza. Objašnjenje da iz izraza „smatram sistem uprave dr Vladana Đorđevića nemoralnim i štetnim“ i „dr Vladana podržava kralj Milan“ proizlazi da je optuženi hteo da uvredi kralja Milana izgleda nam kao školski primer izvlačenja iz konteksta, jer su te dve rečenice bili odgovori na različita pitanja[42]. Čestitka Pašiću,

[41] Čl. 26 Ustava je glasio: „Niko ne može biti suđen dok ne bude saslušan ili drugim zakonim načinom pozvan da se brani“.

[42] ZPSKD je, usvojivši formalnu dokaznu teoriju (čl. 220-239), u članu 225, stav 1 pod v) naglašavao da priznanje može biti korišćeno kao dokaz samo ako ga je optuženi izrekao spontano, a ne kao odgovor na postavljeno pitanje. ZOPS (čl. 15) je derogirao ovu odredbu, navodeći da će Preki sud suditi i izricati presude na osnovu savesti i ubeđenja stečenog iz ukupnog izviđaja i prikupljenih dokaza (navedeni zakon je, dakle, prešao na sistem slobodne ocene dokaza). Bez obzira na to što u okolnostima postojanja ZOPS ova-

umesto da pojača temelje na kojima počiva obrazloženje, čini ga još neubedljivijim, prvenstveno zbog toga što dodirne tačke između nje i Vesnićevog „dela" nisu vidljive; pored toga, konstatacija da pozdravljanje Pašićevog izlaska iz zatvora govori o sklonosti optuženog da vređa kralja Milana bazira se na istom principu kao objašnjenje koje treba da učvrsti – izvlačenju iz konteksta.

Jedno nekorektno navođenje Vesnićevog iskaza je išlo u njegovu „korist". Kao što je napred rečeno, Preki sud je pustio Vesnića ispod suđenja za izradu uvredljive brošure, obrazlažući to puštanje izjavom optuženog da je spis nabavio pre vladaočeve amnestije iz 1897. godine. Međutim, Vesnić je na trećem saslušanju samo rekao da je pre 3–4 godine **štampana** (podvukao U. S) knjižica *Pet godina na dvoru kralja Srbije,* ali ne i da je on tada došao do nje[43]. Takva interpretacija Vesnićevog iskaza, naravno, nije rezultat naklonosti Prekog suda prema optuženom, već nastojanja da se kazna uklopi u zadati okvir. Kako ni najmanje nije uticala na visinu kazne, diskusija o njoj je nesvrsishodna.

Ionako vrlo sumorna slika procesa donošenja presude postaje još sumornija kada joj pridružimo „odmeravanje" kazne. Otežavajuću okolnost stavljenu na teret optuženom – lično svojstvo („inteligentan čovek i bivši profesor Velike škole") KZ nije poznavao, jer se u članu 65 tog zakona (koji taksativno navodi otežavajuće okolnosti) ne spominje. I visina izrečene kazne je, u najmanju ruku, podložna diskusiji. Član 66 KZ je, naime, ovlastio sud da u slučaju istovremenog postojanja olakšavajućih i otežavajućih okolnosti u svakom konkretnom slučaju proceni koje pretežu i shodno tome donese presudu. Izricanje zakonskog maksimuma za delo u kome „krivicu" optuženog ublažavaju dve olakšavajuće, a otežava samo jedna otežavajuća okolnost (koje uz to nema u zakonu) izaziva čuđenje. Ali možda se baš u tom čudnom postupku krije odgovor na pitanje zašto na prepisu presude ne srećemo priznanje i dobro vladanje. Zakonski maksimum, kao i privid zakonitosti u odmeravanju kazne uopšte, bilo je mnogo lakše opravdati pred budućim generacijama ako na prepisu postoji samo jedna „otežavajuća okolnost".

Nismo skloni da poverujemo da je Tasa Kuzmanović imao drugačije viđenje o „krivici" optuženog od ostalih sudija. Zaista je teško poverovati da bi se Kuzmanović usprotivio kralju Milanu i time samog sebe preporučio za proganjanje. Bliže nam je shvatanje da je i navođe-

---

kvo „priznanje" nije predstavljalo smetnju za donošenje osuđujuće presude, njegovo korišćenje kao dokaza izmiče logici.

[43] Naknadni ispit Milenka Vesnića, biv. profesora V. Škole No 17023 od 2. avgusta 1899. godine. Arhiv Srbije, *Preki sud za učesnike u Ivanjdanskom atentatu 86/32.*

nje izdvojenog mišljenja trebalo da posluži stvaranju lažne slike o nepristrasnom suđenju.

Između presude s jedne i zakona i logike postojao je zaprepašćujući jaz. Apsurd otvoren isleđenjem zatvoren je donošenjem više nego tragikomične presude.

V

Vesnić nije u potpunosti izdržao dvogodišnju zatvorsku kaznu. Amnestijom kralja Aleksandra od 12. jula 1900. godine, oslobođena su od kazne sva lica osuđena na zatvor pred Prekim sudom za učesnike u Ivanjdanskom atentatu, bez obzira na to da li su još na slobodi ili već izdržavaju kaznu. Iako nije mogla Vesniću da vrati izgubljenu godinu, amnestija mu je pružila makar delimičnu satisfakciju za skandaloznu presudu.

VI

Razmatrajući donešenu presudu rekli smo da je celishodno razmatrati jedino dubinu njenog odudaranja od zakona i logike. Izgled preostalih delova postupka - istrage, isleđenja i stavljanja pod optužbu teško da može da nas odvrati od proširivanja takvog zaključka na proces protiv Vesnića kao celinu. Nesporno je, dakle, da je postupak uobličen po željama kralja Milana. Zbog toga ćemo preći na razmatranje razloga zbog kojih je komandant aktivne vojske želeo da i Vesnića vidi pred Prekim sudom i iza rešetaka. Građa koja se odnosi na postupak protiv Vesnića nam ne otkriva te razloge, ali se oni vrlo verovatno nalaze u optužnici za veleizdaju. Ona odaje da su Milovan Milovanović i Milenko Vesnić 1897. godine u stranoj štampi (naročito pariskom Tanu) „otpočeli čitavu kampanju najbezobraznijih kleveta i perfidnih insinuacija ne samo protiv NJ. V Kralja Milana, nego i protivu NJ. V. Kralja Aleksandra i celog zakonitog stanja u Srbiji“[44]. Ocu vladajućeg kralja „klevete i insinuacije“ svakako nisu promakle, te je samo čekao pogodan trenutak kada će na Vesniću isprobati britki mač osvete. Odlična prilika za to ukazala mu se nakon neuspešnog Kneževićevog atentata. Kralj Milan je bio i suviše iskusan da bi je propustio; presudom Prekog suda je svaku Vesnićevu reč koja ga je imalo pogodila naplatio uz ogromnu kamatu.

[44] Optužnica za krivično delo veleizdaje No 17108 od 20. avgusta 1899. godine. Arhiv Srbije, *Preki sud za učesnike u Ivasnjdanskom atentatu 147/266.*

Uroš Stanković, Junior Assistant
Novi Sad School of Law

Milenko Vesnic before the Martial Court for Ivanjdan (St. John's Day)[45] attempt

Abstract

Milenko Vesnic, lawyer, politician and diplomat, was tried before the Martial Court for Ivanjdan assassination. Legislation referring to the trials conducted by this establishment significantly differed from the acts that shaped ordinary criminal procedure. The author tends to show in what way and to what extent these two sorts of regulations were applied in proceedings against Vesnic and how it reflected defendant's position in trial.

Key words: Milenko Vesnic, Martial Court, Ivanjdan attempt

[45] Ivanjdan is a holiday celebrated by the Orthodox Church on July, 7 th (June 24 th Old Style), dedicated to Saint John's birth. It should not be mistaken for Jovanjdan, the date of the saint's martyrly death (January, 20 th; January 7 th, Old Style), also remembered by the Church.

Pregledni članak 336.221.26(4)

Cvjetana Cvjetković, saradnik u nastavi
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

TRANSFERNE CENE

***Sažetak**: Predmet analize ovog rada su transferne cene, koje se definišu kao cene postignute u transakcijama među povezanim licima. Kao efikasan mehanizam realokacije poreske osnovice u zemlje sa nižim poreskim opterećenjem, transferne cene predstavljaju potencijalni problem sa stanovišta poreskih prihoda države. S obzirom da priključenje Srbije Evropskoj uniji zahteva harmonizaciju srpskog prava sa pravom Evropske unije, pored pozitivno-pravnog tretmana transfernih cena u Republici Srbiji, u radu je prikazan i tretman transfernih cena u Evropskoj uniji, a zbog svog značaja i uticaja na zakonodavana rešenja, kako u zemljama članicama, tako i u zemljama nečlanicama, u radu je načinjen i kratak osvrt na OECD-ove Smernice o transfernim cenama. Jedan od ključnih pojmova u vezi sa transfernim cenam je i princip „van dohvata ruke" koji podrazumeva zamenu cene koja je ugovorena između povezanih lica, cenom koja bi bila ugovorena na otvorenom tržištu, između nepovezanih lica, pod istim ili sličnim okolnostima.*

***Ključne reči**: transferne cene, povezana lica, princip „van dohvata ruke".*

I UVODNA RAZMATRANJA

Jedno od pitanja sa kojima se suočavaju savremene države prilikom oporezivanja jeste: kako pomiriti suprotstavljene interese države za što većim poreskim prihodima, s jedne strane, i poreskih obveznika, s druge strane, koji teže maksimalnom umanjenju poreskog opterećenja? Taj konflikt interesa posebno je izražen u sferi oporezivanja dobiti, gde su ulozi

ogromni, naročito kada je reč o poslovanju multinacionalnih kompanija, koje u uslovima oštre konkurencije nastoje da maksimalno uvećaju svoju dobit, čak i putem korišćenja evazionih mehanizama, u koje spadaju, između ostalih, i transferne cene.

Najkraće rečeno, transferne cene su cene postignute u transakcijama među povezanim licima. Transferne cene su dugo vremena korišćene kao evazioni mehanizam bez ikakvih konsekvenci. Međutim, uvidevši, da transakcije među povezanim licima mogu biti tako uređene, da to značajno utiče na iznos poreske obaveze, država počinje preduzimati odgovarajuće mere, kako bi se izvršila restitucija u ono stanje koje bi postojalo da evazioni akti nisi bili preduzeti. Najčešći motiv zbog kojeg povezana lica ugovaraju transferne cene je evazioni. [1] Naime, one se javljaju kao efikasno sredstvo transfera dobiti u poreske jurisdikcije sa nižim poreskim opterećenjem, i samim tim dovode do gubitka dela poreskih prihoda države. Na primer, matično preduzeće H je poreski obveznik u državi A gde je stopa poreza na dobit 40%. Pretpostavimo, da je to preduzeće ostvarilo veliku dobit u poslovnoj godinu, na koju bi, ostane li dobit u državi A, platilo porez po stopi od 40%. Stoga, matično preduzeće osniva zavisno preduzeće Y u državi B koja ima status poreskog raja, te sa njim zaključuje ugovor o kupoprodaji, na osnovu kojeg preduzeće H treba da isporuči dobra preduzeću Y po ceni koja daleko premašuje onu koja bi se formirala na slobodnom tržištu između nepovezanih lica. Putem tako visoke cene (transferne cene) dobit se pre oporezivanja u državi sa visokim poreskim opterećenjem prenosi u državu gde se ta dobit uopšte ne oporezuje. Budući da je reč o povezanim licima, dobit ostaje pod nadzorom preduzeća H, a istovremeno je ostvarena značajna poreska ušteda.

Činjenica da, danas, preduzeća relativno lako mogu prenositi svoju delatnost iz zemlje u zemlju je, svakako, doprinela povećanom obimu ugovaranja transfernih cena. Tome je doprineo i proces globalizacije, kao i rast multinacionalnih kompanija. Ako se ima u vidu činjenica da se oko 60% svetske trgovine vrši u okvirima multinacionalnih kompanija, važnost transfernih cena postaje jasna.[2] „Zahvaljujući porastu njihove uloge

[1] Pored evazionih, računovodstveni, politički, ekonomski, carinski i drugi razlozi mogu dovesti do poslovanja putem transfernih cena. Tako, na primer, delovi multinacionalnih kompanija mogu poslovati u zemljama u kojima je nestabilna politička situacija, visoka stopa inflacije, te se u takvoj situaciji transferne cene javljaju kao efikasan instrumnet „izvlačenja" profita iz ovih zemalja. Osim toga, neke kompanije mogu preferirati da porez plaćaju u matičnoj zemlji, iz patriotskih razloga, pa čak i po cenu nemogućnosti ostvarivanja poreskih ušteda itd.

[2] Zloupotreba transfernih cena može, posebno, biti problem za zemlje u razvoju, pošto multinacionalne kompanije, putem transfernih cena, mogu zloupotrebljavati brojne

u međunarodnim ekonomskim odnosima, spoljna trgovina između zemalja nacija postaje sve više trgovina između filijala transnacionalnih kompanija koje su locirane u različitim zemljama".[3]

„ Valja naglasiti da pojam transfernih cijena nema nužno samo negativne konotacije (u smislu izbjegavanja porezne obaveze). Naime, svaka cijena ugovorena između povezanih osoba može se označiti transfernom, pa i onda kada nije usmjerena na izbjegavanje porezne obaveze".[4] Dakle, transferne cene mogu biti istovetne sa onim cenama koje bi ugovorili nepovezani subjekti u istim ili sličnim okolnostima. Ne treba, automatski, pretpostaviti da uslovi ustanovljeni u finansijskim i poslovnim odnosima između povezanih lica, odstupaju od onih uslova koji bi bili ustanovljeni na otvorenom tržištu.[5]

II TRETMAN TRANSFERNIH CENA U REPUBLICI SRBIJI

S obzirom da mehanizam transfernih cena stvara prostor za evaziju, poreski zakoni savremenih država sadrže posebne odredbe posvećene ovom fenomenu. U Republici Srbiji ova materija je regulisana čl. 59-61 Zakona o porezu na dobit preduzeća (ZPDP).[6]

1. Pojam transfernih cena

ZPDP definiše transferne cene kao cene nastale u vezi sa transakcijama sredstvima ili stvaranjem obaveza među povezanim licima. „Transakcije,odnosno stvaranje obaveza kod kojih se javljaju transferne cene mogu biti raznovrsne: isporuka dobara, pružanje usluga, ustupanje uz naknadu prava intelektualne svojine, sporazum o podeli troškova za aktivnosti istraživanja i razvoja, davanje pozajmice i dr".[7] Dakle, predmet transakcija koje se vrše po transfernim cenama mogu

---

poreske olakšice koje pružaju ove zemlje, nastojeći da svoje poslovno okruženje učine što privlačnijim za inostrane investitore.

[3] Đ. Popov, *Transnacionalne kompanije i međunarodni ekonomski odnosi*, Beograd 1979. str.5.

[4] H. Arbutina*, Osnove međunarodnog poreznog prava*, Zagreb 2007, str. 185.

[5] V. *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, OECD,Paris 2001, str.28.

[6] Zakon o porezu na dobit preduzeća (Službeni glasnik RS, br.25/2001, 80/2002, 43/2002, 43/2003 i 84/2004)

[7] D. Popović*, Poresko pravo*, Beograd 2008, str. 325.

biti: dobra, usluge (administrativne, tehničke, komercijalne usluge, usluge istraživanja i razvoja i dr.) i nematerijalna imovina (npr. patenti, žigovi, autorska prava i dr.)

2. Pojam povezanih lica

Pošto se transferne cene definišu kao cene koje nastaju u odnosima među povezanim licima, kao nužnost za potpunije i jasnije sagledavanje i razumevanje ovog pojma, nameće se prethodno definisanje pojma povezanih lica.

Licem povezanim sa poreskim obveznikom smatra se:

- Fizičko ili pravno lice u čijim se odnosima s obveznikom javlja mogućnost kontrole ili značajnijeg uticaja na poslovne odluke

„Kontrola nad poslovanjem poreskog obveznika utvrđuje se prema veličini učešća u kapitalu obveznika.“[8] Naime, ZPDP propisuje da se posedovanje više od 50% ili pojedinačno najvećeg dela akcija ili udela smatra omogućenom kontrolom nad poreskim obveznikom, dok značajniji uticaj na poslovne odluke poreskog obveznika postoji, pored situacije u kojoj je omogućena kontrola, i kada neko lice poseduje više od 50% ili pojedinačno najveći broj glasova u obveznikovim organima upravljanja.

- Pravno lice u kome, kao i kod obveznika, ista fizička ili pravna lica neposredno ili posredno učestvuju u upravljanju, kontroli i kapitalu, posedujući više od 50% ili pojedinačno najveći broj akcija, udela, odnosno glasova.

Postojeće definisanje povezanih lica je u skladu sa OECD-ovim smernicama o transfernim cenama i Međunarodnim računovodstvenim standardom 24.[9]

3. Iskazivanje transfernih cena u poreskom bilansu

Prilikom razmatranja ovog pitanja, pored odredbi ZPDP, treba imati u vidu i odredbe Pravilnika o sadržaju poreskog bilansa i drugim pitanjima od značaja za utvrđivanje poreza na dobit preduzeća.[10]

---

[8] D.Popović, *Nauka o porezima i poresko pravo*, Beograd 1997, str.559.

[9] MRS 24 određuje da su strane povezane u situaciji kada jedna strana ima mogućnost ili da kontroliše ili da značajnije utiče na drugu prilikom donošenja poslovnih i finansijskih odluka.

Poreski obveznik je dužan da transakcije sa povezanim licima posebno iskaže u svom poreskom bilansu. Takođe, obveznikova dužnost je da u poreskom bilansu posebno prikaže vrednost istih transakcija po cenama koje bi se ostvarile na tržištu takvih ili sličnih transakcija da se nije radilo o povezanim licima (princip „van dohvata ruke"). Ove obaveze se odnose i na transakcije između stalne poslovne jedinice i njene nerezidentne centrale. Razlika između cene utvrđene primenom principa „van dohvata ruke" i obveznikove transferne cene se uključuje u poresku osnovicu.

4. Princip „van dohvata ruke"

Jedan od ključnih pojmova u vezi sa transfernim cenama je i princip „van dohvata ruke". I srpski zakonodavac govori o „ ceni utvrđenoj primenom principa van dohvata ruke". S obzirom da se putem transfernih cena može izbeći plaćanje punog iznosa poreza, poreska administracija treba da utvrdi da li cene transakcija između povezanih lica postavljene na nerealnim osnovama i da u slučaju pozitivnog odgovora, preduzme odgovarajuće mere. U tu svrhu služi princip „van dohvata ruke", koji podrazumeva zamenu cena koje su ugovorene među povezanim licima, cenom koja bi se formirala na otvorenom tržištu između nepovezanih lica u istoj ili sličnoj transakciji, pod istim ili sličnim uslovima, [11] te, se u skladu sa izvršenim korekcijama vrši ponovno utvrđivanje oporezive dobiti. Ovo načelo se temelji na tretiranju povezanih lica kao nezavisnih društava, a osnovni preduslov za njegovu primenu je uporedivost „nadzirane" (kontrolisane) i „nenadzirane" (nekontrolisane) transakcije[12] , odnosno, prilikom primene ovog principa neophodno je izvršiti tzv. analizu uporedivosti (eng. comparability analysis), odnosno, pronaći uporedivu nenadziranu transakciju. Prilikom pronalaženja uporedive nenadzirane transakcije, treba imati u vidu pet faktora:

1. Karakteristike dobara ili usluga-kada su predmet transakcije materijalna dobra, osobine koje mogu biti od koristi prilikom traženja

[10] Pravilnik o sadržaju poreskog bilansa i drugim pitanjima od značaja za utvrđivanje poreza na dobit preduzeća, Službeni glasnik RS, br. 139/04.

[11] Između transakcija koje se porede mogu postojati manje razlike koje ne proizvode suštinsko dejstvo na cenu.

[12] Primena ovog principa u praksi može biti veoma kompleksna, njegova realizacija može,u nekim slučajevima, trajati godinama. Osim toga, poštovanje načela čuvanja službene i profesionalne tajne, u velikoj meri, može ograničiti dostupnost uporedivih informacija.

uporedive nenadzirane transakcije su: fizičke osobine, kvalitet, pouzdanost, dostupnost na tržištu, obim zaliha materijalnih dobara i sl., a kada je predmet transakcije nematerijalna imovina, od značaja mogu biti sledeći faktori: pravna forma transakcije, vrsta predmeta transakcije (trgovački znak, patenti i sl.), očekivana korist od nematerijalne imovine i sl.

2. Funkcionalnu analizu-u transakcijama koje se odvijaju na otvorenom tržištu, cena je, obično, odraz izvršenih funkcija svakog od učesnika transakcije. To znači, da prilikom utvrđivanja da li su nadzirane i nenadzirane transakcije uporedive, treba izvršiti poređenje funkcija povezanih i nepovezanih lica. Ovo poređenje je zasnovano na funkcionalnoj analizi koja zahteva upoređivanje ekonomskog značenja izvršenih aktivnosti i preuzete odgovornosti povezanih i nepovezanih lica. Prilikom funkcionalne analize neophodno je posebnu pažnju usmeriti na strukturu i organizaciju povezanih i nepovezanih lica.

3. Uslove ugovora- u transakciji među nepovezanim licima, različitost interesa ugovornih strana obezbeđuje da će svaka od njih zahtevati od druge strane da ispoštuje uslove ugovora. S obzirom da različitost interesa ne mora postojati u transakciji među povezanim licima, treba ispitati da li su se strane povinovale uslovima ugovora i da li su predviđeni uslovi samo fiktivni.

4. Ekonomske okolnosti- prilikom traženja uporedive nenadzirane transakcije, nephodno je utvrditi da li se nadzirana i nenadzirana transakcija odvijaju na tržištima sličnih osobina, a ako postoje razlike, neophodno je utvrditi da li su te razlike imale suštinsko dejstvo na cenu.

5. Poslovnu strategiju-prilikom utvrđivanja da li su nadzirane i nenadzirane transakcije uporedive, treba imati u vidu i poslovnu strategiju povezanih i nepovezanih lica, odnosno treba uzeti u obzir inovacije, nove razvijene proizvode, stepen diversifikacije, sklonost ka riziku i sl. povezanih i nepovezanih lica.[13]

Dakle, cena „van dohvata ruke" je cena koju bi nepovezana lica ugovorila u istim ili sličnim okolnostima. Prilikom određivanja cene „van dohvata ruke", primenjuje se čitav niz metoda koje možemo podeliti na: tradicionalne metode i metode transakcijske dobiti.[14]

---

[13] V. *: Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, OECD Paris 2001, str. 33-41.

[14] Ovu podelu prihvataju i OECD-ove smernice o transfernim cenama (eng. *Transfer Pricing Guidlines for Multinatonal Enterprises and Tax Administrations*), OECD, Paris, 2001.

U srpskom poreskom pravu prihvaćene su tradicionalne metode, i to:

1. Metoda uporedivih cena na tržištu
2. Metoda koštanja uvećana za uobičajenu zaradu
3. Metoda preprodajne cene

Prema vladajućem shvatanju koje je prisutno u teoriji, najadekvatnija, ali i za primenu najjednostavnija, je *metoda uporedivih cena na tržištu* (eng. comparable uncontolled prices method). Srpski zakonodavac je prihvatio ovakvo gledište, te, ovu metodu tretira kao primarnu.[15] Ova metoda se zasniva na upoređivanju cena u „nadziranoj" transakciji sa cenama u uporedivoj „nenadziranoj" transakciji , odnosno, „ na prodajnoj ceni sličnih dobara ili usluga uspostavljenih između kupca i prodavca koji nisu povezana lica, pod pretpostavkom da su ostale okolnosti iste ili slične".[16] Utvrđivanje cene „van dohvata ruke" pomoću ove metode, naročito, je teško kada su predmet transakcije intelektualna prava, s obzirom na "ekskluzivitet" ovih prava. Takođe, ovu metodu nije moguće primeniti kada su predmet transakcije među povezanim licima unikatni proizvodi ili proizvodi na koje prodavac ima monopol.[17]

Ukoliko cenu „van dohvata ruke" nije moguće utvrditi metodom uporedivih cena na tržištu, u srpskom poreskom pravu, kao i u većini savremenih poreskoh sistema, prihvaćena je *metoda koštanja uvećana za uobičajenu zaradu*, odnosno maržu (eng. cost plus method). Pravilno utvrđivanje cene koštanja, odnosno troškova proizvodnje kod ove metode je veoma važno. Potom se na tako utvrđenu cenu koštanja dodaje uobičajena zarada, odnosno marža u određenoj privrednoj grani. Treba naglasiti da ova metoda nije tako transparentna kao što na prvi pogled izgleda, jer postoji mogućnost manipulacije sa troškovima proizvodnje. Metoda koštanja uvećana za uobičajenu zaradu „najpodesnija je u situacijama kada ne postoje uporedive nepovezane kupoprodaje i kada, povezani kupac čini više, a ne samo distribuciju proizvoda"[18] (npr. zavisno preduzeće sušinski poveća vrednost proizvoda, a potom, vrši distribuciju).

---

[15] Pored opšteg upućivanja na ovu metodu, ZPDP je posebno propisuje i u čl. 24 ZPDP. Reč je o slučaju kredita sa obeležjem transferne cene.

[16] D. Popović, *Poresko pravo*, Beograd 2008, str. 326.

[17] Materija transfernih cena je u nekim državama vrlo detaljno regulisana. Tako, na primer, američko pravo eksplicitno sadrži odredbe kojima se nastoji odgovoriti na pitanje: koje su transakcije uporedive, a koje ne? Tako, na primer, transakcije koje se odvijaju na različitim nacionalnim tržištima ne mogu se smatrati uporedivim jer su uslovi n a tim trištima različiti. Takođe, razlike u pogledu zaštitnog znaka robe i rokova otplate u nadziranoj i nenadziranoj transakciji sprečile bi uporebu ovog metoda itd.

[18] R. Dornberg, *Međunarodno oporezivanje*, Beograd 2002, str.134.

Metoda preprodajne cene (eng. resale price method) pretpostavlja da je obveznik kupio robu, usluge ili nematerijalnu imovinu od povezanog lica, a zatim ih preprodao „nepoznatom" kupcu. Cena „van dohvata ruke" primenom ove metode se određuje na bazi preprodajne cene, koja se, potom, umanjuje za odgovarajući iznos koji je odraz izvršenih funkcija, preuzetog rizika i angažovanih resursa obveznika. Uglavnom se koristi u situacijama kada, pored toga što nije moguće odrediti cenu „van dohvata ruke" primarnom metodom, povezani kupac ne dodaje značajniju vrednost predmetima transakcije. Ova metoda „ima za cilj da oceni vrednost distributerske funkcije ostvarene od strane povezanog kupca".[19]

Dakle, tradicionalne metode, koje su prihvaćene u srpskom poreskom pravu, zasnivaju se na dva pristupa: tržišnom i troškovno orjentisanom pristupu. One se preferiraju, jer najdirektnije daju odgovor na pitanje da li je prilikom ugovaranja transakcije među povezanim licima poštovan princip „van dohvata ruke".

Cena „van dohvata ruke" se može odrediti i primenom metoda transakcijske dobiti u koje spadaju: metoda deobe dobiti i metoda transakcijske neto marže. Metode transakcijske dobiti se primenjuju, jedino, u situaciji kada primena tradicionalnih metoda nije moguća ili nije pouzdana zbog nedostatka relevantnih podataka.

Metoda deobe dobiti (eng. profit-split method) bazira se na tretiranju povezanih lica kao jedne ekonomske jedinice i raspodeli dobiti ili gubitaka realizovanih u transakciji među povezanim licima u skladu sa njihovim ekonomskim doprinosom, odnosno izvršenim radnjama, uloženoj materijalnoj i nematerijalnoj imovini, preuzetim rizikom i sl. Ova metoda se naročito primenjuje kada su radnje učesnika transakcije u visokom stepenu integrisane i kada su predmet transakcije „unikatna" nematerijalna dobra kod kojih je, faktički, nemoguće pronaći uporedive nenadzirane transakcije.

Metoda transakcijske neto marže (eng.transactional net margin method) se u većini zemalja koje prihvataju metode transakcijske dobiti u određivanju cene „van dohvata ruke" tretira kao eksperimentalna metoda, kao poslednje sredstvo u određivanju cene „van dohvata ruke", jer se, u suštini, kod ove metode primenjuje tzv „jednostrana analiza". Naime, ostvarena neto dobit u transakciji među povezanim učesnicima, se posmatra u odnosu na određenu osnovicu, kao što su troškovi ili imovina, ali samo jednog, od povezanih učesnika, dok se troškovi ili imovina drugog učesnika transakcije među povezanim licima ne uzimaju u obzir.

[19] R. Dornberg, *nav. delo*, str.133.

Iako se u finansijskoj literaturi susrećemo sa brojnim kritikama na račun prethodno navedenih metoda koje se baziraju na principu „ van dohvata ruke“, u nedostatku boljih, ove metode su sasvim zadovoljavajuće rešenje. Svakako, najozbiljnija zamerka se odnosi na činjenicu da primena ovog principa dovodi do ekonomskog dvostrukog oporezivanja dela dobiti koji predstavlja razliku između cene „van dohvata ruke“ i obveznikove transferne cene, jer povećanje dobiti u jednoj zemlji, kao posledica korekcije transferne cene, ne mora biti praćeno povećanjem troškova u drugoj zemlji. Osim toga, mogu se javiti praktične teškoće prilikom primene ovog principa koje se ogledaju u pronalaženju uporedive nenadzirane transakcije. Najčešće zastupana alternativa ovim metodama je tzv *„formularna“ raspodela profita između članova povezane grupe*, bez uzimanja u obzir njihove lokacije (eng. global formulary apportionment method). Suština ove metode se sastoji u sprovođenju jedinstvenog oporezivanja članova povezane grupe, tj. njihovom tretiranju kao jedne poslovne celine. Potom se dobit alocira među članovima na bazi unapred utvrđene formule. Ova metoda podrazumeva, dakle, prethodnu identifikaciju povezanih društava između kojih se dobit alocira, utvrđivanje ukupnog profita i određivanje formule imajući u vidu razne parametre poput ukupnih troškova, angažovanih novčanih sredstava, realizovanih prodaja i sl. Razlika između metode deobe dobiti i „formularne“ raspodele dobiti je u tome što se kod metode deobe dobiti, dobit raspoređuje između povezanih učesnika na bazi njihovog tretiranja kao nepovezanih učesnika, dok se kod „formularne“ raspodele dobiti, dobit raspoređuje između učesnika koji se tretiraju kao jedna poslovna celina, na bazi unapred utvrđene formule.[20]

Međutim, OECD-ove smernice o transfernim cenama ne prihvataju ovu metodu, jer je teško ustanoviti formulu koja bi bila prihvatljiva za sve članove grupe. Naime, svaka zemlja bi težila da u formulu unese one faktore koji „dominiraju“ na njenoj teritoriji, odnosno, one faktore koji bi doveli do maksimiziranja njenih poreskih prihoda, pa je nerealno očekivati postizanje međunarodnog konsenzusa u pogledu faktora koji bi bili sastavni deo formule. Međutim, ni unapred utvrđena formula raspodele profita između članova povezane grupe ne bi bila prepreka manipulisanju faktorima koji su sastavni deo formule (npr. premeštanjem pokretne imovine), u cilju evazije. Do sada je zabeležena, jedino, primena ove metode od strane lokalnih

[20] „ Formularnu“ raspodelu profita treba razlikovati i od situacija u kojima se primenjuje formula razvijena u tzv. programu prethodnog dogovaranja o ceni ili postupku zajedničkog dogovaranja,a koja se izvodi na osnovu činjenica koje se, neposredno, tiču poreskog obveznika,čime se izbegava „mehanička“ priroda „formularne“raspodele profita između članova povezane grupe.

poreskih jurisdikcija. S druge strane, pobornici primene ove metode tvrde da bi njena primena dovela do veće izvesnosti u pogledu snošenja poreske obaveze, da je administrativno pogodnija, da je više u dodiru sa ekonomskom stvarnošću i sl. Takođe, ističu da primena tradicionalnih metoda i metoda transakcijske dobiti prilikom određivanja cene „van dohvata ruke", nije, naročito, podesna kod povezanih društava kod kojih je prisutan visok stepen integrisanosti, pa nije lako odrediti doprinos svakog od povezanih društava u ukupnoj dobiti. Izlaz je u „formularnoj" raspodeli profita, tvrde njene pristalice.

Uprkos navedenom, u prvom planu su pozitivna svojstva principa „van dohvata ruke". Ističe se, da njegova primena afirmiše načelo jednakosti i pravičnosti, jer se ovaj princip bazira na jednakom tretmanu povezanih i nepovezanih društava, a samim tim, ne dolazi do narušavanja konkurentskih odnosa na tržištu. Dugoročno posmatrano, primena principa „van dohvata ruke" dovodi do rasta međunarodne trgovine i međunarodnih investicija. Zbog svega nevedenog, ovaj princip uživa međunarodni konsenzus.

5. Kredit sa obeležjem transferne cene

ZPDP, kao i većina savremenih poreskih zakona, posebno reguliše slučaj kredita koji ima obeležje transferne cene. S obzirom da kamata, za razliku od dividende, ima karakter odbitne stavke prilikom utvrđivanja poreske osnovice,[21] zaključivanjem ugovora o kreditu između povezanih lica, može se ugovoriti nerealno visoka kamatna stopa, te, se kamata javlja kao sredstvo skrivenog transfera dobiti, radi ostvarivanja poreske uštede, tako što se, na primer,putem visoke kamatne stope dobit transferiše u zemlju sa niskim poreskim opterećenjem.

Naime, kod potraživanja od dužnika sa statusom povezanog lica ili kredita koji obveznik daje dužniku sa statusom povezanog lica, kamata i drugi pripadajući troškovi koji ulaze u prihode u poreskom bilansu, ne mogu biti manji od onih koji bi se ostvarili da je to potraživanje ugovoreno na tržištu, odnosno, da je odobren kredit na tržištu u datom poreskom periodu.

Dakle, u slučaju zaključenja ugovora o kreditu između povezanih lica ZPDP , kao primarnu, prihvata metodu uporedivih cena na tržištu.

[21] Čl. 19 ZPDP: Kamata se priznaje kao rashod u poreskom bilansu, izuzev kamata zbog neblagovremeno plaćenih poreza, doprinosa i drugih javnih dažbina.

6. Transferne cene kao evazioni mehanizam u nacionalnim okvirima

Transferne cene, kao što je prethodno navedeno, prevashodno, se javljaju kao sredstvo transfera poreske osnovice u zemlje sa nižim poreskim opterećenjem. Samim tim nameće se pitanje: da li je poreski relevantno ugovaranje transfernih cena u okvirima nacionalnih granica jedne države? Imajući u vidu srpsko pozitivno pravo, može se konstatovati da u određenim situacijama postoji problem posmatrano sa aspekta države i njenih poreskih prihoda. Naime, radi ostvarivanja određenih ciljeva ekonomske politike, ZPDP je poreskim obveznicima pružio određene poreske podsticaje, koji im daju mogućnost da vrše evaziju koristeći se mehanizmom transfernih cena. Jedan od poreskih podsticaja ustanovljenih ZPDP propisan je u čl. 47. Tako, obvezniku koji je ostvario dobit u novoosnovanoj poslovnoj jedinici u nedovoljno razvijenim područjima umanjuje se porez na dobit preduzeća u trajanju od dve godine, srazmerno učešću tako ostvarene dobiti u ukupnoj dobiti preduzeća. Ova odredba stvara mogućnost za evaziju poreza ugovaranjem transakcija po cenama koje su znatno više od tržišnih cena (transferne cene), kako bi se dobit transferisala u novoosnovanu poslovnu jedinicu i, na taj način, ostvarila značajna poreska ušteda.

III TRETMAN TRANSFERNIH CENA U EVROPSKOJ UNIJI

Tretman transfernih cena u Evropskoj uniji značajan je za Republiku Srbiju, pre svega, zbog mogućeg ugovaranja transfernih cena između povezanih društava, od kojih je jedno smešteno na području Evropske unije, a drugo na području Republike Srbije. Osim toga, manifestovana politička volja naše zemlje ka priključenju Evropskoj uniji, nameće, celovito sagledavanje i implementaciju relevantnih propisa u nacionalno zakonodavstvo. U globalu, zemlje članice slede OECD-ove smernice o transfernim cenama,

U okvirima Evropske unije, već dugo se raspravlja o uvođenju jedinstvenog poreza na dobit trgovačkih društava koja vrše prekograničnu delatnost, kojim bi se rešio veliki broj problema, uključivši i problem transfernih cena, jer bi se ovim poreskim oblikom uvela jednoobrazna poreska stopa u svim državama članicama. Ovaj porez bi ubirali organi Evropske unije, a prikupljeni prihodi bi se delili među državama članicama, koje su njegovu primenu prihvatile, prema unapred utvrđenoj formuli. Uvođenje ovog poreza, trenutno, nije moguće, jer nijedna država člani-

ca nije spremna da se odrekne dela svog poreskog suvereniteta u korist organa Evropske unije. Međutim, čak, i kada bi se ovaj porez uveo, problem transfernih cena bi ostao u poslovanju sa trećim zemljama, nečlanicama.

Radi boljeg razumevanja fenomena transfernih cena i rešavanja problema koji mogu nastati prilikom poslovanja povezanih lica bez uplitanja sudstva, Evropska komisija je formirala Zajednički forum o transfernim cenama (eng. EU Joint Transfrer Pricing Forum), koji nekoliko puta godišnje okuplja stručnjake svih zemalja članica, a kao posmatrači učestvuju predstavnici zemalja OECD-a i zemalja koje imaju status kandidata. Rezultati rada prosleđuju se Savetu EU, koji procenjuje da li treba preduzeti konkretne mere u ovom domenu.

Jedan od problema koji se javlja u vezi sa poslovanjem povezanih društava je i problem ekonomskog dvostrukog oporezivanja dela dobiti, koji predstavlja razliku između cene „van dohvata ruke" i obveznikove transferne cene. Ovaj problem nastaje kao posledica neusklađenosti postupaka nadležnih poreskih vlasti, prilikom korekcije transfernih cena. Pretpostavimo, da je kompanija H rezident države A- članice EU i da isporučuje svojoj filijali Y, rezidentu države B koja je, takođe, članica EU, robu po transfernoj ceni od 3000 € po komadu. Ako je tržišna cena takve robe 2000 € po komadu, onda će poreske vlasti države B filijali Y priznati kao trošak u poreskom bilansu 1000 € po komadu manje nego što glasi iznos u fakturi. Samim tim, automatski, dolazi do smanjenja prihoda kompaniji H, ali ako poreska administracija države A ne prizna kompaniji H pravo na umanjenje prihoda i oporezivu dobit utvrđuje na osnovu transferne cene, onda je, posmatrano na nivou povezanih društava došlo do ekonomskog dvostrukog oporezivanja, jer poreska administracija jedne države članice nije uzela u obzir usklađivanja koja su izvršena u drugoj državi članici.

Dakle, da bi se sprečilo ekonomsko dvostruko oporezivanja dela dobiti prilikom korekcije transferne cene, neophodna je koordinacija nadležnih poreskih organa. Stoga je, 1990. godine, na osnovu člana 293 Rimskog ugovora Savet Evropske zajednice doneo Arbitražnu konvenciju (eng. Arbitration Convention).[22] Ova Konvencija je stupila na snagu tek 1. januara 1995. godine. Međutim, njena primena je bila ograničena na pet godina. Trenutno, nije na snazi, jer Protokol koji bi automatski trebao da produži njeno važenje za period od narednih pett godina, još nije ratifi-

[22] Puni naziv ove konvencije je*: Convention 90/436/EEC on the elimination of double taxation in connection with the adjustment of profits of associated enterprises,* Official Journal L 225 of 20 August 1990.

kovan od svih zemalja članica, čime se ne isključuje mogućnost bilateralne primene između zemalja članica koje su ratifikovale Protokol.

U cilju obezbeđenja efikasne implementacije i jednoobrazne primene Arbitražne konvencije, Evropska komisija je 2004. godine usvojila Code of Conduct[23]. U pitanju je politički akt, koji je u više navrata revidiran i koji ne zadire u prava i obaveze država članica, niti u njihove nadležnosti. U suštini, ovaj akt sadrži odredbe o tehničkim pitanjima koja se mogu postaviti prilikom primene Arbitražne konvencije. Code of Conduct preporučuje, između ostalog, da se tokom postupka čiji je cilj eliminacija dvostrukog oporezivanja obustavi prikupljanje poreza i da se Arbitražna konvencija bilateralno primenjuje izmeću zemalja članica Evropske unije, dok Protokol ne bude ratifikovan od strane svih zemalja članica.[24]

Analiza sadržaja Arbitražne konvencije pokazuje da je saradnja između nadležnih poreskih organa zemalja članica stavljena u prvi plan. Saradnja se odvija u nekoliko faza:

1.*Obaveštavanje i podnošenje prigovora*: poreska administracija države koja želi da izvrši korekciju transferne cene, dužna je da o tome obavesti preduzeće o kome je reč. To preduzeće, odmah, treba da obavesti povezano preduzeće, a ono nadležnu poresku administraciju. Ako svi zainteresovani subjekti smatraju da je korekcija transferne cene izvršena u skladu sa principom „van dohvata ruke", nema potrebe za daljim postupkom. Međutim,preduzeće ima pravo da podnese prigovor, u roku od tri godine od dana obaveštavanja, ako smatra da prilikom korekcije nije poštovan princip „van dohvata ruke".

2. *Postupak uzajamne saglasnosti* se pokreće sa poreskim organima druge zemlje članice, ukoliko poreske vlasti zemlje, čiji je rezident preduzeće ne usvoje prigovor.

3. *Arbitražni postupak*- ako nadležne poreske vlasti ne postignu saglasnost, u roku od dve godine od dana podnošenja prigovora, one su dužne da obrazuju Savetodavnu komisiju, koja ima obavezu da u roku od šest meseci od dana dostavljanja predmeta, dostavi izveštaj o tome kako eliminisati ekonomsko dvostruko oporezivanje.

4. *Postupak eliminacije ekonomskog dvostrukog oporezivanja*- ako nadležne poreske vlasti u roku od šest meseci od dana prijema mišljenja Savetodavne komisije, ne eliminišu ekonomsko dvostruko oporezivanje

[23] Puni naziv glasi: Code of Conduct for the effective implementation of the Convention on the elimination ofdouble taxation in connection with the adjustment of profits of associated enterprises

[24] O tome opširnije na: http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/transfer_pricing/forum/index_en.htm

na način koji mora biti u skladu sa principom „van dohvata ruke“, mišljenje Savetodavne komisije postaje obavezujuće.

Prvi korak koji je neophodan da bi se stvorili što povoljniji uslovi za odvijanje prekograničnih transakcija, na unutrašnjem tržištu Evropske unije je, svakako, ratifikovanje Protokola od strane svih država članica. S druge strane, zbog svoje važnosti, brojne su pristalice njenog prerastanja u direktivu, kao pravno obavezujući akt, čime bi ratifikovanje protokola izgubilo svako smisao.

IV OECD-ove SMERNICE O TRANSFERNIM CENAMA

Veliki doprinos harmonizaciji regulative o transfernim cenama dale su OECD-ove smernice o transfernim cenama (eng. Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations) koje su objavljene 1995. godine. Smernice su zasnovane na OECD Modelu ugovora o oporezivanju dohotka i imovine iz 1992. godine (eng. OECD Model Tax Convention on Income and on Capital). U osnovi, predstavljaju reviziju OECD Izveštaja o transfernim cenama i multinacionalnim kompanijama iz 1979. godine. U samim Smernicama (u Uvodnoj reči) je naglašeno da će početna verzija biti dopunjavana poglavljima koja će razmatrati neke druge aspekte transfernih cena i da će se, periodično, vršiti njihova revizija. Pored Uvodne reči (eng. Preface) i Rečnika stručnih objašnjenja (eng. Glossary), Smerice su podeljene na osam poglavlja. Sastavni deo Smernica je i Preporuka Saveta OECD-a i Aneksi.[25]

OECD-ove smernice o transfernim cenama, pri određivanju cena „van dohvata ruke“, prihvataju tradicionalne metode i metode transakcijske dobiti. Pored toga, *podržavaju* sporazum o sudelovanju u troškovima i program prethodnog dogovaranja o ceni.

Sporazum o sudelovanju u troškovima nije način određivanja cene „van dohvata ruke“, reč je o ugovornom odnosu između povezanih društava smeštenih u različitim državama, koji može biti u skladu sa načelom „van dohvata ruke“. Postoje dva načina sudelovanja u troškovima: podela troškova (eng. cost sharing arrangement) i utvrđenje troškova (eng. Cost funding). Za oba načina sudelovanja u troškovima zajedničko je to da se javljaju, uglavnom, prilikom transfera nematerijalne imovine između povezanih lica. Istraživanje i razvoj nematerijalne imovine iziskuje određene troškove, pa je u slučaju njenog transfera povezanim licima,

[25] V. , *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, OECD, Paris 2001, str. 4-11.

logično, ali istovremeno i pravedno, da povezana lica kojima se transferiše nematerijalna imovina, učestvuju u troškovima. Razlika između ova dva načina sudelovanja u troškovima je u tome da kod sistema podele troškova svaki član grupe povezanih lica učestvuje u troškovima istraživanja, razvoja i sa njima povezanim troškovima u srazmeri sa očekivanom dobiti od te nematerijalne imovine, [26] dok se kod sistema utvrđenja troškova, učešće u troškovima svakog od povezanih društava određuje u fiksnom iznosu, koji nije nužno odraz stvarnih troškova.

Program prethodnog dogovaranja o ceni (eng. Advance Pricing Agreement) je sporazum između poreskog obveznika i nadležne poreske administracije o metodologiji utvrđivanja cene „van dohvata ruke", koji se zaključuje pre nego što se dogodi transakcija među povezanim licima. Program prethodnog dogovaranja o cenama služi kao preventiva eventualnim sporovima koji se mogu javiti u vezi sa transfernim cenama. Ovaj program svoj osnov ima u članu 25. OECD Modela ugovora o oporezivanju dohotka i imovine, koji nosi naziv Postupak zajedničkog dogovaranja (eng. Mutual Agreement Procedure).[27]

OECD-ove smernice o transfernim cenama su osnova zakonodavnih rešenja u većini zemalja članica, ali i nečlanica, uključivši i našu zemlju, što potvrđuje njihovu nesumnjivu vrednost. One su, u velikoj meri, doprinele jednakom pristupu transfernim cenama u većini savremenih zemalja.

Kao deo procedure posmatranja implementacije OECD-ovih smernica o transfernim cenama, Komitet za fiskalne poslove OECD-a (eng. Committee on Fiscal Affairs) izdvojio je analizu uporedivosti (utvrđivanje uporedivih nenadziranih transakcija) i metode transakcijske dobiti kao područja koja ponovo treba uzeti u razmatranje, radi eventualnih izmena. Radna grupa br. 6 Komiteta za fiskalne poslove, stoga, je izvršila reviziju prva tri poglavlja Smernica. Kao osnova ovoj reviziji, poslužilo je iskustvo poreskih administracija i poreskih obveznika stečeno prilikom primene Smernica, počevši od 1995. godine. Radna grupa br. 6, s jedne strane, reafirmiše primenu principa „van dohvata ruke", nasuprot „formular-

[26] Cost sharing arrangement se, naročito, primenjuje između kompanija u SAD koje se bave razvijanjem softvera i njihovih filijala u inostranstvu.

[27] Ovaj član govori o tome da svako lice ima pravo da prezentuje svoj slučaj nadležnoj poreskoj administraciji, u slučaju da smatra da su akti jedne ili druge države ugovornice rezultirali oporezivanjem koje nije u skladu sa OECD-ovim Modelom ugovora o izbegavanju dvostrukog oporezivanja dohotka ili imovine, bez obzira na pravne lekove obezbeđene u naconalnom pravu. "Nadležne poreske administracije nastojaće da postupkom zajedničkog dogovaranja izbegnu oporezivanje koje nije u skladu sa ovim Modelom, uprkos eventualnom postojanju bilo kakvih ograničenja u nacionalnom pravu država članica." Ovaj član predviđa mogućnost direktne komunikacije nadležnih poreskih administracija,putem formiranja zajedničkih komisija.

noj“ raspodeli profita, a s druge strane, dovodi u pitanje „hijerarhiju“ metoda utvrđivanja cene „ van dohvata ruke“. Naime, OECD-ove Smernice o transfernim cenama tretiraju metode transakcijske dobiti kao poslednje sredstvo u određivanju cene „van dohvata ruke“, odnosno, one se primenjuju jedino u situaciji kada primena tradicionalnih metoda nije moguća ili nije pouzdana. Imajući u vidu iskustvo u primeni metoda transakcijske dobiti, počevši od 1995. godine, Radna grupa predlaže da ustanovljena „hijerarhija“ više ne važi kao imperativ i da se primeni ona metoda koja najviše odgovara okolnostima konkretnog slučaja. Kada je reč o pronalaženju uporedive nenadzirane transakcije, pet ključnih faktora koje treba imati u vidu (karakteristike robe ili usluge, funkcionalna analiza, uslovi predviđeni ugovorom, ekonomske okolnosti prisutne na tržištu i poslovna strategija) i dalje egzistiraju, ali Radna grupa predlaže stavljanje akcenta na funkcionalnu analizu.

Predložene izmene, svakako, ne odražavaju stavove svih zemalja članica OECD-a. Komitet za fiskalne poslove će prilikom preduzimanja daljih aktivnosti na području izmena Smernica, uzeti u obzir, sve prigovore i komentare koje budu dale zemlje članice i zainteresovane strane do 9. januara 2010. godine. Predložene izmene ukazuju, samo, na jedan od mogućih pravaca u kome će se kretati revizija OECD-ovih Smernica o transfernim cenama.

V ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Inteziviranjem procesa globalizacije, sve više, raste važnost poreskih faktora. Oni su važni, kako za donošenje investicionih, tako i za donošenje odluka o lokaciji vršenja delatnosti. Razlike u visini poreskog opterećenja stvaraju mogućnost za evaziju, tako što se poreska osnovica premešta u zemlju sa nižim poreskim opterećenjem. Ovo je posebno izraženo u sferi oporezivanja dobiti gde su ulozi ogromni, naročito kada je reč o poslovanju multinacionalnih kompanija. Transferne cene, kao cene postignute u transakcijma među povezanim licima, javljaju se kao efikasan mehanizam premeštanja poreske osnovice u zemlje sa nižim poreskim opterećenjem.

Odredbe ZPDP kojima se ustanovljavaju poreski podsticaji radi ostvarivanja određenih ciljeva ekonomske politike, pružaju mogućnost da se transferne cene koriste kao evazioni mehanizam i u nacionalnim okvirima. S druge strane, s obzirom na relativno nisku stopu poreza na dobit preduzeća u Republici Srbiji (10 %), domaće kompanije, po pravilu, nemaju interes da prikazuju da je njihova dobit ostvarena negde drugde.

Međutim, postoje i zemlje u kojima je ta stopa još niža, pa se, ipak, može javiti opasnost da se dobit ostvarena u Srbiji transferiše u zemlju sa još nižim poreskim opterećenjem.

Srpsko poresko pravo sadrži samo opšte odredbe o fenomenu transfernih cena (te opšte odredbe, kojima se „šturo" definišu transferne cene, povezana lica i princip „van dohvata ruke", pokazuju da naša zemlja, u pogledu njihovog određenja, sledi OECD-ove Smernice o transfernim cenama). Dok se srpski zakonodavac opredelio za primenu, samo, tradicionalnih metoda prilikom određivanja cene „van dohvata ruke", OECD-ove Smernice o transfernim cenama, kao i članice Evropske unije, usvajaju i metode transakcijske dobiti. Naša zemlja, stoga, mora načiniti nekoliko važnih koraka kako bi se približila standardima o transfernim cenama koji važe na području Evropske unije. Tome u prilog govori i činjenica da ZPDP ne govori ništa o sporazumu o sudelovanju u troškovima i programu prethodnog dogovaranja o ceni, koji zahtevaju veliko iskustvo i stručnost poreskih službenika. Međutim, veći problem je u činjenici da ni usvojene tradicionalne metode nisu detaljnije razrađene. Drugi problem je (ne)efikasnost Poreske uprave u otkrivanju slučajeva ugovaranja transfernih cena. Stoga se kao nužnost nameće konstantna edukacija službenika Poreske uprave kako bi se povećao stepen njihove profesionalnosti putem učestvovanja na različitim seminarima u zemlji i inostranstvu, praćenje savremenih trendova u ovoj oblasti i saradnja sa poreskim administracijama u inostranstvu.

Cvjetana Cvjetković, Junior Assistant
Novi Sad School of Law

Transfer pricing

Abstract

One of the substantial notions in relation to transfer pricing is the arm length principle which means replacing the pricing accomplished in transaction between connected parties, with pricing which would be accomplished in transaction between independent parties on open market, in the same or similar circumstances. In this paper author deals with notion of transfer picing and provisions about transfer pricing in Serbian law. The reason why the author of this paper presents treatment of transfer pricing in European union is the potential association of Serbia to Europian union, which demand harmonization of Serbian law with the law of European union. The author, also, deals with Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations because of it's importance and influence on harmonization of provisions about transfer pricing in mostly contemporary tax sistems.

Transfer pricing refers to the pricing accomplished in transaction between connected parties. Transfer pricing, generally, results in saving total quantum of tax by shifting profit from high to low tax jurisdiction.

Processes of globalization, liberalization and growing of multinational entities have been resulting in arrival of transfer pricing in focus of interest.

Pregledni članak 616-089.888.11(410)

Sandra Josić, saradnik u nastavi
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

PRIKAZ NOVOG ZAKONODAVSTVA VELIKE BRITANIJE O RODITELJSTVU U SLUČAJU BIOMEDICINSKI POTPOMOGNUTOG ZAČEĆA

Sažetak: *Britanski Zakon o humanoj fertilizaciji i embriologiji iz 2008. godine, predstvalja jedan od najnaprednijih i sveoubuhvatnijih zakona iz ove oblasti. Ova oblast u Velikoj Britaniji prvi put je regulisana zakonom iz 1990. godine, da bi 2008. godine bio izglasan nov zakon pod istim imenom. Evolucija zakonskih rešenja u ovoj oblasti odražava promene koje su se dogodile u britanskom društvu u periodu između donošenja dva zakona. Rad pretenduje da prikaže i čitaocu naročito približi odredbe novog Zakona koje regulišu pitanja roditeljstva u slučajevima dece začete uz biomedicinsku pomoć, poredeći ih sa odredbama ranije važećeg Zakona iz 1990. godine.*

Ključne reči: *Zakon o humanoj fertilizaciji i embriologiji, Velika Britanija, biomedicinski potpomognuta oplodnja, inseminacija, roditeljstvo.*

1. UVOD

Poslednjih godina dvadesetog veka, svedoci smo velikog napretka u oblasti reproduktivne medicine. Jedan od najpoznatijih, i u to vreme jedan od najkontroverznijih događaja u ovoj oblasti, bio je rođenje Luiz Braun 1978, prve bebe koja je rođena kao rezultat *in vitro* fertilizacije (u daljem tekstu: IVF). Od tada, ovaj postupak izvodi se rutinski širom sveta i prihvaćen je kao jedan od načina lečenja nepolodnosti.

Ipak, *IVF* je samo jedan od mnogobrojnih postupaka koji se javlja u jednoj kompleksnoj i osetljivoj oblasti poznatoj kao oblast biomedicinski potpomognute oplodnje. Od 1978. godine oko milion beba rođeno je kao rezultat asistirane reprodukcije, a procenjuje se da u Evropi taj broj iznosi čak preko pet procenata od ukupnog broja rođenih beba.[1]

Upravo sve veća prisutnost i razvitak ove oblasti širom sveta, zahtevala je i odgovarajuću pravnu regulativu. Broj zemalja koje su do vremena posmatranja regulisale ovu oblast je veliki, a one koje to još nisu, neminovno će to učiniti u skorijoj budućnosti.

Ova oblast predstavlja polje neprestanih promena i svakodnevnog napretka u saznanjima, te zahteva i dinamičnu promenu pravne regulative od koje se očekuje da na taj način obezbedi zaštitu prava kako pojedinaca, tako i klinika koje ove usluge pružaju, ali i da spreči bilo kakve zloupotrebe koje se mogu javiti u ovako osetljivoj oblasti.

2. ISTORIJSKI OSVRT

Rođenje Luiz Braun, izazvalo je navalu burnih medijskih reakcija povodom takozvane „bebe iz epruvete". Različita mišljenja su i danas prisutna povodom ovog događaja, što rezultira i u različitim stavovima povodom regulisanja ove oblasti. Na samom početku, postojalo je izvesno nepoverenje u pogledu mogućnosti rođenja beba na ovaj način. Strahovalo se da bi se bebe začete na ovaj način, mogle rađati deformisane i sa brojnim anomalijama. Pored toga, bojazan je postojala i u pogledu toga da bi ova deca mogla biti smatrana za građane drugog reda ili biti diskriminisana na bilo koji način zbog svog porekla.[2]

U vreme kada su doktori Robert Edvards i Patrik Steptou, započinjali postupak *in vitro* fertilizacije, on je predstavljao pionirski eksperiment. Tada još nije postojalo nikakavo telo koje bi nadziralo i kontrolisalo njihov postupak. To je međutim ubrzo promennjeno i već 1985. godine obrazovana je Agencija za dodelu dozvola tzv. *Voluntary Licensing Authority* (VLA), na čelu sa Meri Donaldson, koja je nadgledala primenu novih tehnika reproduktivne tehnologije i dodeljivala dozvole za rad naučnicima koji su želeli da u svoj rad uvrste i *IVF*.

---

[1] *Current Practices and Controversies in Assisted Reproduction*, Report of a meeting on "Medical, Ethical and Social Aspects of Assisted Reproduction" held at WHO Headquarters in Geneva, Switzerland 17–21 September 2001, *Edited by* Effy Vayena, Patrick J. Rowe, P. David Griffin, World Health Organization, Geneva, 2002

[2] Ruth Deech and Anna Smajdor, From IVF to Immortality, Controversy in the Era of Reproductive Technology, Oxford University Press 2007, p. 7-9. Sq.

Međutim, vremenom su počele da se razvijaju nove tehnologije i postupci koji su zahtevali uvođenje dodatne regulative koja bi regulisala novonastala pitanja. Pitanje istraživanja na embrionima, koje je donelo mnoge dileme, svakako je jedno od tih. Najpre je bilo potrebno odlučiti da li takvo istraživanje uopšte treba dozvoliti, a potom odrediti način njegovog regulisanja.

Javnost je zahtevala da država preduzme nešto, kako bi naučnicima bili postavljeni okviri za njihovo delovanje, odnosno kako im ne bi bila dozvoljena arbitrernost u radu. Ubrzo potom, britanska vlada je formirala Komitet na čijem čelu se našla Meri Varnok, filozof. U nadležnosti ovog Komiteta bilo je praćenje napredovanja u oblasti medicine i nauke, a u vezi sa ljudskom reprodukcjom i embriologijom, te ispitivanje socijalnih, etičkih i pravnih implikacija ovog napretka kao i donošenje preporuka po tim pitanjima. Izveštaj koji je u okviru ovog komiteta sačinjen 1984. godine i danas predstavlja jedan od najuticajnijih izveštaja ove vrste, koji je poslužio kao uzor mnogim zemljama prilikom donošenja zakona iz ove oblasti.

Jedan od predloga ovog komiteta bio je podrobnija i formalnija regulativa koja bi trebala da bude u nadležnosti nezavisnog tela koje bi davalo i dozvole za bavljenje ovom delatnošću. Pored ovoga, predloženo je da Komitet treba da reguliše istraživanja i pružanje usluga lečenja neplodnosti; da lečenje neplodnosti može da se izvodi samo uz prethodnu pismenu saglasnost Komiteta, kao i da neiskorišćeni embrioni mogu da se čuvaju najviše deset godina.

Najzad, nakon duge parlamentarne debate, 1990. godine donet je Zakon o humanoj fertilizaciji i embriologiji, koji je najvećim delom bio zasnovan upravo na Izveštaju Varnok komiteta.[3] Najvažniji deo Zakona bio je upravo onaj koji je predviđao osnivanje tela koje će nadgledati i regulisati oblast *in vitro* fertilizacije, oplodnju putem donora, istraživanje na embrionima kao i čuvanje gameta i embriona. [4]

Sve do stupanja na snagu poslednjih izmena iz 2008 godine, Zakon o humanoj fertilizaciji i embrioligiji iz 1990. godine nije značajnije menjao svoj sadržaj. Ipak, i u periodu od 1991. pa do 2004. godine, određeni akti nacionalnog zakonodavstva, ali i regulative Evropske unije, imali su uticaj na način na koji je oplodnja i oblast embriologije regilisana u Velikoj Britaniji.

---

[3] Department of Health and Social Security, *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology* ("The Warnock Report"), July 1984, Cmnd 9314, p. 4.

[4] Deech, Smajdor, *op. cit*., p. 9.

Najpre je 1991 godine *HFE Regulation* 1991/1540 dozvolio u izuzetnim oklonostima produženje rokova za čuvanje jajnih i semenih ćelija.

Izmenama iz 2001. godine, proširene su mogućnosti za dodelu dozvola za istraživanja na embrionima, uključujući tu i slučajeve koji će omogućiti unapređenje znanja iz oblasti razvitka embriona, kao i sticanje znanja koja će dovesti do unapređenja metoda za lečenje ozbiljnih oboljenja.

Izmenama iz 2004. omogućeno je deci koja su začeta putem doniranog genetskog materijala, da sa 18 godina, saznaju poreklo takvog materijala i na taj način saznaju ko su njihovi genetski roditelji.[5]

Najzad, 2008. godine donet je novi Zakon o humanoj fertilizaciji i embrioligiji, čija sadržina je podeljena u tri dela:

1. Amandmani na Zakon iz 1990.
2. Odredbe koje se tiču roditeljstva
3. Opšte i završne odredbe.

Najznačajnije novine koje su uvedene ovim Zakonom jesu:

- Obavezno regulisanje svakog stvaranja i upotrebe ljudskih embriona izvan tela
- Zabrana selekcije pola iz socijalnih razloga
- Obaveza svih klinika da najpre uzmu u obzir „dobrobit deteta“ pre nego što započnu postupak oplodnje, podrazumevajući pod tim i potrebu deteta za ocem.
- Davanje statusa roditelja licima koji se nalaze u homoseksualnim vezama nad detetom koje je začeto putem donirane sperme, jajnih ćelija ili embriona.
- Davanje statusa roditelja licima koji se nalaze u homoseksualnim vezama i u pogledu dece koja su rođena putem surogat materinstva.
- Olakšavanje načina čuvanja podataka u cilju olakšanog rukovođenja tim podacima
- Uvođenje odredaba koje razjašnjavaju dozvoljeni domet istraživanja na embrionima, uključujući i regulisanje postupanja sa embrionima koji su nastali mešavinom ljudskog i životinjskog materijala.

Upravo drugi deo ovog Zakona sadrži najbitnije odredbe za porodično pravo, odnosno odredbe koje se odnose na roditeljsko pravo. Pojedini koncepti ostali su neizmenjeni u odnosu na Zakon iz 1990. godine, ali je uveden i veliki broj odredaba koje se bitno razlikuju i koje ustvari, odslikavaju promene u društvu i stanje u kojem se ono danas nalazi. Takav rezultat bio je očekivan, s obzirom na napredovanja kako u oblasti medicine i nauke, tako i u svesti i shvatanju ljudi.

[5] http://www.hfea.gov.uk/2221.html (7. septembar 2009)

3. RODITELJSTVO I ZAČEĆE UZ BIOMEDICINSKU POMOĆ

Raspravljajući o pitanju začeća uz biomedicinsku pomoć, interesantno je pomenuti dva slučaja iz prakse koja se tiču roditeljskog prava, a dogodila su se pre stupanja na snagu Zakona iz 2008. godine. Ograničeni činjenicom da su sledeći slučajevi već rešeni pred nacionalnim sudovima pre stupanja na snagu novog, odnosno u skladu sa odredbama do tada važećeg zakona, analiziraćemo da li bi nova zakonska rešenja dala adekvatnije odgovore na pitanja koja su se pojavila u ovim slučajevima.

3.1. Slučaj *Leeds Teaching Hospital N.H.S. Trust v. Mr and Mrs A. [2003]* [6]

Dva bračna para su bila podvrgnuta postupku oplodnje u istoj klinici. Međutim, semene ćelije gospodina B, greškom su upotrebljene za oplodnju jajnih ćelija gospođe A. Tako nastali embrioni su implementirani i greška je otkrivena tak nakon što je gospođa A rodila blizance koji su bili različite rase, iako su i ona i njen muž bili belci. Slučaj je iznet pred Visoki sud Engleske i Velsa[7] , a pravno pitanje o kojem je sud trebao da odluči bilo je da li će se u konkretnom slučaju primeniti član 28(2) i (3) Zakona iz 1990. godine, i time gospodinu A biti priznat status oca ili primena takve odredbe nije moguća. U tom slučaju gospodin B, kao biološki otac, mogao bi se smatrati pravnim ocem, ukoliko podnese zahtev za dobijanje posebne dozvole, s obzirom da se on ne nalazi u braku sa gospođom A. U pomenutom članu 28 Zakona o humanoj fertilizaciji i embriologiji iz 1990. godine, navodi se da će se muž majke smatrati ocem deteta koje je začeto putem donirane sperme, pod uslovom da je za postupak biomedicinski potpomognutog oplođenja dao pismeni pristanak. Sa druge strane, stavu 2 istog člana, se navodi da ukoliko se žena ne nalazi u braku, ocem deteta će se smatrati muškarac, koji je *zajedno* sa ženom, bio uključen u postupak oplodnje u klinikama koje su za to ovlašćene.

U konkretnom slučaju, gospodin A je nedvosmisleno pristao na postupak oplodnje kojem su on i njegova žena podvrgnuti, ali ne i na implementaciju embriona nastalih fertilizacijom jajnih ćelija njegove supruge semenim ćelijama nekog drugog lica. Iz tog razloga primena člana 28 Zakona iz 1990. prema kojem bi se on mogao smatrati ocem deteta, nije bila moguća, jer nije postojao jasan pristanak na oplodnju putem doniranih spermatozoida.

---

[6] *Leeds Teaching Hospitals* N.H.S. Trust *v*. Mr and Mrs A. [*2003*] *EWHC 259 (Queen's Bench) 26.02.2003*

[7] High Court of England and Wales (EWHC)

Gospodin i gospođa A su, međutim, tvrdili da ukoliko citirani član ne bude primenjen na njihov slučaj, time bi bila povređena njihova ljudska prava, pre svega onih garantovanih članom 8 Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda.[8]

Postupajući nacionalni sud je zauzeo stav da nije došlo do povrede člana 8 Evropske konvencije[9] u slučaju gospodina i gospođe B i da njihovo pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života ne bi bilo dovedeno u pitanje da je gospodin A uspeo da uspostavi očinstvo nad blizancima.

Ipak, u pogledu gospodina i gospođe A, istaknuto je da je do povrede došlo. Sud je, naime, priznao da interpretacija člana 28, kojom gospodinu A nije dozvoljeno dobijanje statusa oca, predstavlja uplitanje u njegova i prava njegove supruge garantovana članom 8, ali je takođe naglasio da je to neophodno u jednom demokratskom društvu radi zaštite i slobode drugih ljudi, što predstavlja izuzetak od ovog prava predviđen samom Konvencijom. Međutim, Sud je dalje istakao da gospodin i gospođa A, svoja prava mogu da ostvare primenom različitih domaćih pravnih mehanizama, podrazumevajući pod tim pre svega usvajanje dece. Kako je Sud dalje naveo, najbitnije je doneti odluku koja odgovara istini, a istina je da nije gospodin A, već gospodin B otac deteta, te se ta činjenica ne može tek tako prenebregnuti i dati status oca onom licu koje to očigledno nije. Usvojenje, s druge strane, se čini kao prihvatljivo rešenje i ne sprečava gospodina i gospođu A, da kao usvojitelji pruže svu neophodnu brigu i zaštitu deci.

Ova odluka suda, na koju nisu uložene žalbe, po nekim autorima[10] ne predstavlja prihvatljivo rešenje. Postavlja se pitanje, da li je u konkretnom slučaju zaista bilo prostora za izuzetak od prava na poštovanje privatnog i porodičnog života, odnosno da li je to zaista bilo neophodno u demokratskom društvu. Njih dvoje su se zajedno odlučili za postupak veštačke oplodnje u nadi da će dobiti dete. Da je sperma poticala od donora,

---

[8] Član 8; ***Pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života,*** 1. Svako ima pravo na poštovanje svog privatnog i porodičnog života, doma i prepiske; 2. Javne vlasti neće se mešati u vršenje ovog prava sem ako to nije u skladu sa zakonom i neophodno u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbednosti, javne bezbednosti ili ekonomske dobrobiti zemlje, radi sprečavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, ili radi zaštite prava i sloboda drugih.

[9] U Velikoj Britaniji 1998. godine donet je *Human Rights Act* čiji cilj je da obezbedi direktniju primenu Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava, odnosno zaštitu prava koja se štite tom konvencijom . U slučaju tvrdnje da je došlo do povrede prava garantovanih ovom konvencijom, nije potrebno obraćati se Evropskom sudu za ljudska prava u Strazburu, već je moguće takve zahteve postaviti i pred domaćim sudovima.

[10] Leanne Bell, *Is the Human Fertilisation and Embryology Act 2008 Compatible with the Universal Declaration of Human Rights (UDHR)?* [2009] 1 Web JCLI

što ne predstavlja redak slučaj, problem ne bi ni nastao, jer bi se prema zakonu u tom slučaju gospodin A smatrao ocem blizanaca.

Nadalje, postavlja se i pitanje šta je pravima garantovanim članom 8 Konvencije u pogledu dece? Ona su stavljena u jednu neobičnu situaciju, u kojoj njihovi roditelji na kraju mogu biti primorani da ih usvoje kako bi ostvarili potpuna prava i bili obavezani prema njima kao roditelji.

Da je Sud interpretirao član 28 tako da pristanak podrazumeva uopšteno postupak i implementaciju embriona, gospodin i gospođa A smatrali bi se njihovim pravnim roditeljima od samog početka i nikada ne bi došli u situaciju da usvajaju decu. Sud je konstatovao da u ovom slučaju postoji određeno uplitanje u njihov privatni i porodični život, ali da je ono opravdano i proporcionalno. Ono što se možemo zapitati jeste: proporcionalno čemu?

3.2. Slučaj, *X v. Y [2002]*[11]

Slučaj, *X* v. *Y* dogodio se 2002. godine u Škotskoj. Muškarac koji se nalazio u stabilnoj homoseksualnoj vezi pristao je da donira spermu ženi koja se nalazila u istopolnoj zajednici. Istovremeno on je već dugo priželjkivao da postane otac i shvatio je da će na ovaj način biti uključen u odgajanje deteta. Nakon što je dete rođeno kao rezultat artificijalne inseminacije, majka, odnosno njena partnerka, tražile su da on bude isključen iz njihovog života koliko je to moguće i bile su jedino spremne da pristanu na minimalne kontakte njega i deteta.

Nakon toga biološki otac je zatražio potvrdu da je on i pravni otac deteta, nakon čega je prvostepeni sud[12] doneo odluku da on iako biološki otac, ne može da se pozove na član 28 Zakona o humanoj fertilizaciji i embriologiji iz 1990. kako bi mu automatski bio priznat stauts oca iz razloga što nije muž majke niti je zajedno sa njom prošao postupak veštačke oplodnje. Pa ipak, sud je doneo *roditeljsku dozvolu* u njegovu korist.

Bitno pitanje koje se ovde javlja jeste pitanje položaja majčine partnerke i pitanje njenih prava iz člana 8 Evropske konvencije. Očito, ona nije mogla da potpadne pod odredbu u kojoj se navodi da se muškarac koji je bio uključen u postupak oplodnje zajedno sa majkom deteta smatra ocem deteta. Odgovor na to koji je njen status u ovom slučaju, u presudi nije dat, već je Sud samo naveo da ona ne spada u okvir onoga što se smatra porodičnom zajednicom.

---

[11] *X v. Y [2002]*[11] *Scots Law Times (Sheriff Court Reports)161*

[12] *Sheriff Court*

4. NOVA ZAKONSKA REŠENJA[13]

4.1. Lica u braku, odnosno registrovanom partnerstvu

Kao što se moglo i videti u navedenim slučajevima, pitanja koja se mogu javiti u oblasti biomedicinski potpomognute oplodnje, u velikoj meri su delikatna i nepostojanje jasnih zakonskih odredaba može dovesti do sporova u kojima se dovode u pitanje osnovna ljudska prava i, još osetljivija i kompleksnija, prava deteta.

Novi Zakon od 2008. godine unosi izvesne promene u pogledu pitanja roditeljstva, iako ne u toj meri značajne da bi bitnije uticale na rešenje problema koji se javlja u prvopomenutom slučaju *Leeds Teaching Hospital v. Mr and Mrs A*. Naime, promene se odnose na vanbračne parove koji se podvrgavaju postupku biomedicinski potpomognute oplodnje. Po pitanju lica u braku, Zakon ne donosi neke izmene, te bi se ovakav problem mogao iznova javiti, ukoliko se pre samog postupka ne obezbedi jasna saglasnost muža na implementaciju bilo kog embriona. Iz tog razloga, bilo bi poželjno partnerima (budućim roditeljima) predočiti moguće implikacije i upoznati ih sa svim mogućim metodama koje se koriste za lečenje neplodnosti, te od njih zahtevati da se izjasne na koji vid lečenja pristaju, a na koji ne.

Prema zakonu iz 1990. godine, pitanje materinstva regulisano je na vrlo jasan način. Naime, na osnovu člana 27 ovog zakona, žena koja rodi dete smatra se majkom deteta, bez obzira da li je dete začeto doniranom jajnom ćelijom ili ne. Novi Zakon, u članu 33 ostaje pri istom stavu. Žena koja je putem biomedicinski potpomognute oplodnje ostvarila trudnoću, smatraće se majkom, bez obzira da li se žena u momentu oplodnje nalazila u Velikoj Britaniji ili ili van njenih granica, izuzev ako je dete odmah po rođenju usvojeno.

Nikakava promena nije uneta ni po pitanju očinstva, kada se radi o postupku heterologne fertilizacije to jest, oplodnje semenom donora, kada se žena nalazi u braku. U toj situaciji, muž majke će se smatrati ocem deteta, bez obzira da li je postupak izvršen u Velikoj Britaniji ili van njenih granica, pod uslovom da je za postupak biomedicinski potpomognute oplodnje dao pismeni pristanak. Ovo pravilo posledica je pretpostvake koja važi u pravnim sistemima većine zemalja, a koja glasi *pater is est quem nuptie demonstrat* (otac je onaj na koga ukazuje brak, odnosno muž majke je otac deteta).[14] Ono što je zakon želeo da istakne ovom odred-

[13] Human Fertilisation and Embryology Act 2008, sadržaj celokupnog teksta zakona preuzet je sa sajta: http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2008/ukpga_20080022_en_1

[14] Prof. dr Gordana Kovaček-Stanić, *Porodično pravo: partnersko, dečje i staratelj-sko pravo,* treće, izmenjeno i dopunjeno izdanje; Univerzitet u Novom Sadu; Pravni fakultet, Centar za izdavačku delatnost, Novi Sad, 2009.

bom jeste, da se muškarac koji donira spermu za potrebe postupka oplodnje koje se vrše u ovlašćeim klinikama, neće smatrati ocem deteta.[15]

U pogledu donora sperme, Zakon ostaje na istom stanovištu kao ranije: muškarac koji donira spremu neće se smatrati ocem deteta koje bude začeto na taj način, mada će se ovo pravilo odnositi samo na slučajeve gde je oplodnja izvršena u klinikama koje za to imaju dozvolu. Iz ovoga sledi da u slučaju X v. Y, muškarac ne bi imao status pravnog roditelja iako se radi o njegovom biološkom detetu.

Ono što predstavlja novinu u Zakonu o humanoj fertilizaciji i embriologiji iz 2008. godine, jeste bitno poboljšanje položaja žena koje se nalaze u istopolnim zajednicama. Naime, značajne promene odnose se na položaj žene – partnera, odnosno na davanje statusa *drugog roditelja* nad detetom koje je rodila njena partnerka.

Članom 42 novog Zakona žene koje se nalaze u registrovanom partnerstvu izjednačene su u položaju sa bračnim partnerima. Naime, žena koja se nalazi u registrovanom partnerstvu i rodi dete, smatraće se majkom deteta, dok će njena partnerka automatski dobiti status drugog roditelja, izuzev ukoliko se nije prethodno saglasila sa postupkom oplodnje. Iako je upotrebljena različita terminoligija, odredbe koje se odnose na njih identične su onima koje regulišu položaj bračnih partnera po istim pitanjima.

Ova odredba, koja predstavlja možda i najznačajniju novinu, u mnogome bi poboljšala položaj majčine partnerke u slučaju *X v. Y*, te bi rešavanje ovog slučaja bilo znatno olakšano. Ona bi rođenjem deteta, odmah dobila status roditelja, te gospodin X, donor u ovom slučaju, ne bi ni imao prostora za postavljanje svog zahteva kojim je tražio dobijanje roditeljskog prava u odnosu na dete koje je rođeno uz pomoć njegovog genetskog materijala.

Ova odredba svakako poboljšava zaštitu prava na poštovanje porodičnog i privatnog života istopolnih parova, više nego što je to bio slučaj sa prethodnim zakonom. Pa ipak, vraćajući se na pitanje ljudskih prava i prava deteta, postavlja se pitanje da li je u redu reći da dete nema pravnog oca? Predstavlja li uklanjanje takve mogućnosti kršenje osnovnih ljudskih prava deteta na samom početku njegovog života?[16]

4.2. Položaj vanbračnnih partnera

Odredba Zakona iz 1990. godine, koja je omogućavala neoženjenim muškarcima da se smatraju ocem deteta koje je začeto heterolognom artificijalnom inseminacijom, ukoliko je on „podvrgnut tretmanu

[15] Bell, *op.cit.*
[16] *ibid*

zajedno sa majkom" u klinici koja za to ima dozvolu, sada je zamenjena odredbama 36 i 37. Nove odredbe takođe zahtevaju da postupak bude izvođen u klinikama koje su za to ovlašćene, ali da bi se muškarac mogao smatrati ocem, neophodno je da u vreme implementacije embriona ili gameta u ženu ili u momentu bilo koje artificijalne inseminacije, postoji *pismena saglasnost* oba partnera kojom oni pristaju da se muškarac smatra ocem deteta. Da bi tako data saglasnost bila validna, ona ne sme biti povučena, niti žena koja je podvrgnuta postupku artificijalne inseminacije, sme označiti nekog drugog muškarca ili ženu kao drugog roditelja deteta.

Pristanak ne mora nužno biti dat u klinici, ali je neophodno da bude dat „odgovornom licu" u klinici. Radi se o osobi pod čijom nadležnošću se izvode postupci oplodnje u klinici. Ukoliko žena označi više lica kao oca deteta, a pri tom sva označena lica takođe daju saglasnost sa svoje strane, ocem deteta smatraće se lice koje je poslednje označeno, odnosno koje je poslednje dalo svoju saglasnost. Saglasnost se daje u pisanoj formi, izuzev ukoliko je lice sprečeno zbog svoje bolesti, povrede ili druge fizičke nemogućnosti.

Nakon implementacije embriona ili gameta, ni žena ni muškarac više ne mogu povući svoju pismeno datu saglasnost, osim ukoliko postupak oplodnje ne uspe i bude neophodno započeti novi postupak. Međutim, saglasnost je moguće povući pre započinjanja postupka, i Zakon u tom slučaju u članu 14(3) predviđa da žena mora biti obaveštena o povlačenju saglasnosti muškarca pre nego što se sa postupkom započne. U tom slučaju, ona može da odluči da li želi da sa postupkom nastavi ili ne. Ukoliko, sa druge strane, žena povuče svoju saglasnost kojom je određenog muškarca označila ocem deteta, biće neophodno obavestiti muškarca o tome što je brže moguće, ali on neće biti u mogućnosti da postupak oplodnje zaustavi ukoliko ona želi da sa istim nastavi.

Saglasnost koja se pominje u ovim članovima, ne mogu dati lica koja se nalaze u zabranjenim stepenima srodstva. U članu 58(2) precizirano je da u taj krug spadaju srodnici u pravoj liniji zaključno sa drugim, a u pobočnoj sa trećim stepena srodstva. Što se tiče usvojenika, zabrana postoji samo između njih i usvojitelja, ali ne i u pogledu ostalih srodnika usvojitelja.

Što se tiče položaja žena koje se ne nalaze u registrovanom partnerstvu, njihov položaj regulisan je članovima 43 i 44, a ona su identična onima u članu 36 i 37, koja regulišu položaj heteroseksualnih vanbračnih partnera. Radi se o postojanju obostrane *pismene saglasnosti*, koja ne sme biti povučena, kao i odsustvo zabranjenog stepena srodstva među njima.

Muškarac koji je označen kao otac deteta, odnosno žena koja je označena kao drugi roditelj, ne moraju nužno biti i partneri žene. Naime, to može biti bilo koji muškarac, odnosno žena koji su voljni da daju svoj pristanak, sve dok se ta lica ne nalaze sa majkom u zabranjenim stepenima srodstva.

Ukoliko majka deteta skolpi brak u periodu između začeća putem donirane sperme i rođenja deteta, ocem deteta smatraće se njen novi muž, čak i ukoliko je u vreme implementacije embriona ili gameta postojala pismena saglasnost žene i nekog drugog muškarca kojom je on označen kao otac deteta. Međutim, ova pretpostavka može biti oborena ukoliko dokazima (npr. DNK analiza) bude ustanovljeno da muž majke nije otac deteta i tada će se ocem smatrati onaj muškarac koji je prvobitno, prilikom davanja pismene saglasnosti i bio označen kao otac. Ova pretpostavka, međutim, se neće primenjivati u slučaju kada žena zasnuje registrovano partnerstvo, odnosno u toj situaciji njena partnerka neće automatski dobiti status roditelja.

Novi Zakon ostaje pri stavu koji je bio izražen i ranije, a to je da ukoliko vanbračni partneri u svojoj kući ili bilo gde van ovlašćenih klinika, sprovedu postupak oplodnje semenom donora, muškarac se u tom slučaju neće smatrati pravnim ocem deteta. Muškarac će morati preduzeti odgovarajuće korake kako bi dobio staus roditelja, a kao jedan od načina navodi se usvojenje deteta. Takođe, ukoliko je izvršena oplodnja semenom donora izvan Velike Britanije, vanbračni partner odnosno partner iz registrovanog parnerstva, se neće smatrati roditeljem, već će biti neophodno da dete usvoji.

4.3. Posthumna oplodnja

Član 39 novog Zakona unosi novine u pogledu posthumne (*post-mortem*) oplodnje. Ukoliko je sperma, ili embrion nastao spermom određenog muškarca, upotrebljena za oplodnju žene nakon njegove smrti, za potrebe registracije rođenja, on se može smatarti ocem deteta ukoliko su određeni uslovi ispunjeni. Naime, mora postojati pismena saglasnost tog muškarca kojom on pristaje na upotrebu njegovog genetskog materijala i posle njegove smrti, i kojom izražava svoju saglasnost da bude označen kao otac deteta za potrebe registracije rođenja. Žena se, sa druge strane, mora sa tim saglasiti u roku od 42 dana (odnosno 21 dan u Škotskoj) od rođenja deteta. Ova odredba se primenjuje bez obzira da li su embrioni ili gameti implementirani u ženu u Belikoj Britaniji ili van njenih granica.

Slično pravilo predviđeno je i u članu 40 kada se radi o upotrebi donirane sperme. Ukoliko se žena nalazila u braku u vreme nastanaka embriona doniranom spermom, ali njen suprug ne doživi momenat implementacije embriona u nju, žena ga može, za potrebe registracije rođenja, označiti kao oca deteta, ukoliko je za života, njen suprug dao saglasnost za to.

Ukoliko se, međutim, oni ne nalaze u braku, neophodno je postojanje posebne pismene saglasnosti oba partnera (predviđene članom 36) kojom oni pristaju da se muškarac označi kao otac deteta i u slučaju oplodnje žene nakon njegove smrti. Pored ove saglasnosti neophodno je i da sam postupak oplodnje bude izvršen u klinikama koje za to imaju dozvolu.

U slučajevima kada do oplodnje žene dođe nakon smrti njene partnerke, Zakon predviđa ista pravila koja se odnose na oplodnju žene putem donirane sperme nakon smrti njenog muža, a koja se tiču upisa partnera za potrebe registracije rođenja. Ukoliko, međutim, partnerstvo nije bio registrovano, zakon onda upućuje na pravila koja se u istoj situaciji primenjuju na heteroseksualne parove koji nisu bili u braku.

U određenim situacijama muškarac, odnosno žena se neće smatrati ocem, odnosno majkom deteta. Te situacije precizirane su članovima 41 i 47. U članu 41(1), navodi se da se, muškarac-donor neće smatrati ocem deteta, čak ni ukoliko ni jedno drugo lice nije označeno kao otac deteta. U tom slučaju dete neće imati pravnog oca. Stav 2. odnosi se na upotrebu sperme ili embriona, nastalog spermom određenog muškarca, nakon njegove smrti. Naime, taj muškarac se neće smatrati ocem deteta sa svim implikacijama koje očinstvo nosi, a pravilo koje je predviđeno članom 39 odnosi se samo na potrebe *registracije rođenja* i predstavlja ograničeno odstupanje od ovog pravila. U tom slučaju, omogućeno je samo da se prilikom registracije deteta, navede ime oca, ali sva ostala prava koja bi dete inače imalo prema svom ocu (kao što je pravo nasleđivanja) u ovom slučaju su isključena. Ova mogućnost uvedena je još 2000. godine na insistiranje velikog broja žena koje su decu rodile na ovaj način, a zatim bile onemogućene da svog preminulog partnera označe kao oca, iako su samom postupku pristupili zajedno.

Što se tiče žene koja je donirala jajnu ćeliju, ona ne dobija status majke. Njoj se jedino može priznati status roditelja, ukoliko se radi o situaciji kada je jajnu ćeliju donirala svojoj partnerki i ako su uslovi predviđeni članovima 42 i 43 ispunjeni, a koji podrazumevaju prethodno datu obostranu saglasnost.

5. ZAKLJUČAK

Čini se da nijedna oblast medicine ne obuhvata tako delikatna i kompleksna pitanja koja dotiču ljudska prava učesnika u tom pravnom odnosu, kao što je to biomedicinski potpomognuta oplodnja. S duge strane, i zakon koji nastoji da na što precizniji način postavi granice za izvođenje ovakvih postupaka u okviru Velike Britanije, ali i da reguliše naučna istraživanja u vezi sa tim, svakako da predstavlja veliki izazov i težak zadatak, s obzirom na činjenicu da se od njega očekuje da obezbedi najbolju moguću zaštitu prava svih onih koji su u to uključeni.

Novi zakon je doneo neophodne izmene koje su dale odgovore na pojedina pitanja, ali i obezbedile prava pojedinih kategorija, pre svega onih lica koja se nalaze u istopolnim zajednicama. S druge strane, na taj način su možda ugrožena nečija druga prava, misleći pre svega na prava dece. Naime, ovakvo rešenje može dovesti do stvaranja jedne nepoželjne situacije, a to je rođenje deteta koje pravno nema oca.[17] Činjenica je, međutim, da regulisanjem bilo koje oblasti ne mogu biti zadovoljena očekivanja svih. Na zakonodavcu jeste da utvrdi, kome će dati prednost što svakako ne predstavlja lak posao u ovako osteljivoj oblasti.

Ono što se može očekivati, ili što neki očekuju,[18] jeste da se, za razliku od dosadašnje prakse, donošenjem novog Zakona, u rešavanje brojnih pitanja i kontroverzi, uključe i sudovi, kako bi preispitivanjem i kontrolom akata i postupaka u ovoj oblasti, omogućili bolju zaštitu ljudskih prava. Ostaje samo da vidimo, da li će do toga zaista i doći i da li je izbor koji je britanski zakonodavac učinio, bio adekvatan.

[17] Prof. dr Gordana Kovaček-Stanić, Porodični zakon Srbije iz 2005. godine u kontekstu planiranja porodice, Zbornik Matice Srpske za društvene nauke, br. 121, str. 149-162, Novi Sad, 2006.

[18] Videti o tome: Bell, *op. cit.*

Sandra Josić, Junior Assistant
Novi Sad School of Law

The Review Of The New Uk Legislation Regarding Parenthood In The Case Of Assisted Reproduction Treatment

Abstract

British Human Fertilisation and Embryology Act (2008) represents one of the most progressive and comprehensive laws in this field. This area in the United Kingdom was regulated for the first time in 1990, and in 2008, the new one with the same name was enacted. Evolution of the normative solutions reflects social changes, which occurred in the United Kingdom in the period between the enactments of the two laws. This article is designed to demonstrate and at the same time make the reader more acquainted with the sections of the new Act (2008) in particular, which regulate parenthood in the case of children born in the assisted reproduction treatment, comparing them with the sections of the previous Act (1990).

Key words: Human Fertilisation and Embryology Act (HFEA), United Kingdom, artificial insemination, assisted reproduction, paternity.

ODELJAK ZA INOSTRANE AUTORE

Originalni naučni rad 272-732.2(497.2)„08“

Tamás Nótári, Ph.D., Associate Professor
Department of Roman Law,
Károli Gáspár Universit, Budapest

DE CONVERSIONE BULGARORUM – ON THE LEGAL BACKGROUND OF THE CONFLICT BETWEEN ROME AND BYZANTIUM

An outline of the conflict between Pope Nicholas I and Patriarch Photios evolved on Bulgaria's ecclesiastical affiliation will help to understand how the papacy's attention turned towards the Slavonic mission. The Bulgarians assumed Christianity in the second half of the 9th century, during the reign of khan Boris I. The progress of the missionary work carried out among them faithfully reflects the current conflict between Rome and Byzantium.

This paper first describes the historical background of the Bulgarian conversion to Christianity (**I.**), then it focuses on the historical and legal aspects of two most letters written by Photios (**II.**) and by Pope Nicholas (**III.**) to the Bulgarian ruler, and finally it outlines the legal process, how an independent archbishopric has been established in Bulgaria (**IV.**).

I. The Bulgarians, who had a relatively low population, came from a Turk ethnic group, had subjected the Slavonic people to their rule, and settled on the territory of the one-time Moesia, Scythia, Thracia and Macedonia during the rule of Krum (803–814) and Omurtag (814–831).[1] The proportion of the Christian population that survived the Bulgarian conquest cannot be determined. On the other hand, in order to reinforce his rule Krum already tried rely on the Slavs, who were more open to Christianity, against the Bulgarian boyars. This, however, led to the persecution of the Christians and fierce counterreaction during the reign of his son, Omurtag. Since the Bulgarians were afraid that the

[1] Runciman, S. *A History of the first Bulgarian Empire.* London, 1930. 1. sqq.; Angelov, D. *Die Entstehung des bulgarischen Volkes.* Berlin, 1980. 84. sqq.

Christians would establish too close relations with the neighbouring Byzantium having great power. As part of the persecution Christians living on several territories bordering on Byzantium were transferred to the northern parts of the Bulgar lands. Khan Boris (852–889) took further actions to support Christianity. His decision might have been motivated by the following reasons: Firstly, through the clergy loyal to the prince he would be able to influence the population, and the centralised ecclesiastical organisation could be instrumental in driving back the Bulgarians; secondly, Christian religion seemed to provide a channel for merging the Slavs and the Bulgarians; thirdly, the Christian ruler's wide power made known to Boris both in Byzantium and the Frankish Empire seemed undoubtedly tempting to the khan.[2]

As he did not want to assign missionary work in his country to the Byzantine Church – by that he would have strengthened the hegemony of the *basileus* – the khan of the Bulgarians met Louis the German, Eastern Frankish ruler in 862, in Tulln, and managed to enter into an agreement with him on several points. The Bulgarians would make troops available to the Frankish king against the Moravians, and the Frankish missionaries would begin their missionary work in Bulgaria.[3] In 863/64, however, the famine ravaging the Bulgarians made it impossible to implement these plans. In response to the looting carried out by the Bulgarians on the territory of Byzantium, the emperor, Mikhael III (842–867) dealt Bulgaria a heavy blow both at sea and on land, and forced khan Boris to unconditional surrender.[4] In the peace treaty entered into between Byzantium and Bulgaria they determined that missionaries from Byzantium would soon begin missionary work among the Bulgarians. As the first step of Christianization Boris assumed Christianity in Byzantium in 864. In baptism he was given the name Michael as the godfather's duty was undertaken by Mikhael III with political implication.[5] After that Boris forwarded a letter to Photios, Patriarch of Constantinople,[6] in which he wanted to get answers to his fairly practical questions regarding the missionary work. It is, by all means, worth giving an outline of the content of Photios's aforesaid letter written at the end of 864 or the beginning of 865[7] and sent to khan Boris I.[8] It clearly reveals why the

[2] Dopsch 1987. 322.

[3] *Annales Bertiniani a.* 864 (Ed. Waitz, G. MGH SS rer. Germ. Hannover, 1883.); cf. Dvornik 1964. 119; Zagiba 1964. 292.

[4] *Annales Bertiniani a.* 866; *Annales Fuldenses a.* 863 (Ed. Pertz, G. H. MGH SS 1. Hannover, 1826; Ed. Kurze, F.–Häfele, H. MGH SS rer. Germ. Hannover, 1891.); Runciman 1930. 104.

[5] Dopsch 1987. 323.

[6] See Dvornik, F. The Patriarch Photius and the Roman Primacy. *Chicago Studies* 2, 1963. 94–107; Dvornik, F. *The Photian Schism.* Cambridge, 1948.

[7] See Dvornik, F. *Les Slaves, Byzance et Rome au IX^e siècle.* Paris, 1926. 190.

highly educated patriarch's reply letter written at a high theological level did not give sufficient answers to the questions concerning the Bulgarians, and why Boris urged by the dissatisfaction felt over this guidance turned to the Pope with his problems regarding Christian religion and religious life expecting Rome to give help.[9] The questions addressed by the Bulgarian legation have been lost. The Pope's reply letter (*Responsa Nicolai Papae I. ad Consulta Bulgarorum*, that is, Pope Nicholas I's letter) written in the Autumn of 866, however, has been completely preserved.[10] With some effort the questions can be reconstructed from the answers.

II. Photios's letter consists of one hundred and fourteen chapters, and in terms of its content it can be divided into two main units: a dogmatic[11] and a political–didactic[12] part.[13] At the beginning of the letter, the patriarch first expounds that Christianity stands on a much higher level than heathenism, and to present the essence of Christian teachings he quotes the Nicene-Constantinopolitan Creed, then gives a brief survey of the history of the seven general councils.[14] After this historic detour, he seems to forget that his letter's addressee is a khan recently converted to Christianity who is most probably neither interested in the Byzantinian theologists' subtle dogmatic argumentation, which he possibly cannot even understand, nor in need of them at all in the given political situation he is facing.[15] In this part of the letter the patriarch does not fail to exhort the ruler emphatically to be faithful to his decision both to convert himself and to get his people to convert to Christian faith,[16] and cautions him against giving room to heretical deviations. Also he warns him of the dangers that would be brought about if he yet wanted to return to his forefather's faith. As it was customary for neophyte kings in the Middle Ages, he sets emperor Constantinus to Boris as a

[8] Photios, *epist.* 8. (Patrologiae cursus completus. Ed. Migne, I.-P. Patrologiae Graecae tomi 1–167. Paris, 1857–1876.) 102. col. 628–696.

[9] Dvornik 1964. 121sq.; Burr, V. Anmerkungen zum Konflikt zwischen Methodius und den bayerischen Bischöfen. in *Cyrillo-Methodiana. Zur Frühgeschichte des Christentums bei den Slaven 863–1963.* Graz, 1964. 41; Ostrogorsky, G. *A bizánci állam története.* (History of Byzantian State) Budapest, 2001. 112. sqq.

[10] Norwood, F. A. The Political Pretensions of Pope Nicolas I. *Church History* 15, 1946. 271–285.

[11] Photios, *epist.* 8, 1–22.

[12] Photios, *epist.* 8, 23–114.

[13] Dujčev, I. Au lendemain de la conversion du peuple Bulgare. in *Medievo Bizantino-Slavo III.* Roma, 1971. 108.

[14] Bury, J. B. *A History of the Eastern Roman Empire from the Fall of Irene to the Accession of Basil I (802-867).* London, 1912. 338.

[15] Hergenröther, J. *Photius, Patriarch von Konstantinopel I.* Regensburg, 1867. 601.

[16] Photios, *epist.* 8, 19.

role model for a ruler. Furthermore, he exhorts him that his steadfast adherence should be directed to the Byzantian Church, and he should not take any steps towards Roman Christianity, which is referred to by the patriarch in each case with some suspicious detachment.[17]

Although the second part of the letter, which we can safely call a didactic, instructive sort of section – it provides guidance of a general nature for Boris and his people on Christian teachings to be followed[18] – mostly lacks any originality, it amply draws on the works of the major representatives of prince's mirror, a genre so rich in Byzantine literature.[19] While writing this peculiar *Fürstenspiegel*, Photios undoubtedly used the sources of the Old and New Testament and certain ecclesiastical authors, but to no less extent can reliance on classical Greek literature be discovered, especially on two speeches attributed to Isocrates (*ad Demonicum, ad Nicoclea*).[20] In his exposition the patriarch reconciles the instructions of classical philosophy and Christian morality to support his exhortation addressed to the recently converted ruler and his people.[21] He makes the evangelical command of love for God and our fellow men[22] the basis of his guidance on the khan's personal conduct of life;[23] and directly in connection with that he calls the addressee's attention to Aristotle's idea of *kalokagathia.*[24] He emphasises the importance of prayer in two chapters,[25] and specifically underlines that the ruler's primary obligation is to build churches.[26]

He repeats *topoi* adopted also by classical philosophy which state that the ruler shall pay attention to his conduct[27] and manner of speaking,[28] shall avoid needless giggling,[29] obscenity,[30] cursing and defamatory speech,[31] and shall be very careful in choosing his friends.[32] Whatever he does, the ruler shall pre-

---

[17] Dujčev 1971. 110.

[18] Hergenröther 1867. 602.

[19] See Krumbacher, K. *Geschichte der byzantinischen Literatur.* München, 1897. 456–457; 463–464; 491; Emminger, K. *Studien zu den griechischen Fürstenspiegeln I. Zum Andrias basilikos des Nikephoros Blemmydes.* München, 1906.

[20] See K. Emminger *Studien zu den griechischen Fürstenspiegeln II. Die spätmittelalterlichen Übersetzung der Demonicea III. Basileou kephalaia parainetika.* München, 1913.

[21] Dujčev 1971. 111.

[22] Matth. 22, 38–40.

[23] Photios, *epist.* 8, 23.

[24] Aristot. *EN* 5, 1, 16.

[25] Photios, *epist.* 8, 25–26.

[26] Photios, *epist.* 8, 27.

[27] Photios, *epist.* 8, 30.

[28] Photios, *epist.* 8, 31.

[29] Photios, *epist.* 8, 32.

[30] Photios, *epist.* 8, 33.

[31] Photios, *epist.* 8, 35.

[32] Photios, *epist.* 8, 36–37; Dujčev 1971. 112.

meditate all of his actions,[33] and, if necessary, he shall listen to and accept his advisors' opinion.[34] The patriarch does not fail to emphasise that the Christian ruler shall avoid hatred, which is considered a highly heinous sin,[35] and fraud even against his enemies;[36] he shall make an effort to keep his promises,[37] and restrain his temper and anger.[38] He exhorts him to be moderate in the affairs of love[39] and drinking.[40] He proposes that he should keep away from unabashed and rakish amusement,[41] and urges him to give thanks only to God for all good and success,[42] and that he should endeavour to use his talent given by nature for the benefit of his subjects and fellow-men,[43] and should not pass judgements on others.[44]

The second part of Photios's exhortation expounds the exercise of the ruler's rights. The patriarch attempts to outline the portrait of an ideal ruler composed of a peculiar mixture of Christian and heathen ideas. Boris shall both live his life in the spirit of Christianity, and as a sovereign he is primarily obliged to take care of his subjects' salvation;[45] and the subjects' gain in faith will measure and prove the ruler's own virtue.[46] In the recently converted country the implementation of the model presented by the patriarch must have been utterly helpful for establishing a state organisation following the pattern of Byzantine *theokratia* based on the coordinated action of a closely intertwined State and Church.

Photios, on the other hand, resolutely marked the limit beyond which the ruler authorised to exercise secular power was not allowed to have any say in the Church's internal affairs.[47] For the avoidance of any doubt, the letter makes it clear that only harmonised action and cooperation between the State and the Church can create the unity, *homonoia* of a Christian people.[48] The ruler is obliged to make just amends and administer justice to those who have suffered

---

[33] Photios, *epist.* 8, 29; 48.
[34] Photios, *epist.* 8, 49.
[35] Photios, *epist.* 8, 51–52.
[36] Photios, *epist.* 8, 71; 89.
[37] Photios, *epist.* 8, 76–77.
[38] Photios, *epist.* 8, 84–87.
[39] Photios, *epist.* 8, 91–94.
[40] Photios, *epist.* 8, 95.
[41] Photios, *epist.* 8, 100–101.
[42] Photios, *epist.* 8, 113.
[43] Photios, *epist.* 8, 66.
[44] Photios, *epist.* 8, 68; Dujčev 1971. 113.
[45] Photios, *epist.* 8, 19.
[46] Photios, *epist.* 8, 90; Isocr. *Nic.* 9.
[47] Photios, *epist.* 8, 28.
[48] Photios, *epist.* 8, 27; Dujčev 1971. 113.

wrong;[49] furthermore he shall act resolutely and hard against those who have caused damage to the community, and shall be forbearing and merciful towards those who do harm to his own person.[50] Strict laws shall be in force in the country; however, the subjects shall be led pursuant to the principles of humanity.[51] Compliance with the laws shall be enforced merely by threatening with sanctions, that is, by raising awareness of the possibility of being punished rather than by punishment.[52] Excessive rigour shall be by all means avoided; the ruler shall make an effort to win his subjects' benevolence since a government based on that stands on a much safer ground than the one that intends to wring obedience from the people merely by intimidation.[53] In the argumentation on the administration of justice, the author of the letter briefly outlines the key attributes of a good judge,[54] and urges Boris to make efforts to come into possession of them.[55] Further on, he gives the ruler advice on political realism stressing that he shall not stop keeping armed forces on the alert, because should he fail to do so, he might face a lot of problems and unpleasant surprises.[56] Internal quarrels and uprisings shall be strictly put down because the victory thereof would threaten the country with falling back to heathenism and the State with being wound up.[57] No specific advice, however, is given in the Patriarch's letter on actions to be taken in such cases, which makes it probable that the letter was written shortly before the pagan uprising actually taking place in Bulgaria, because it is right to assume that otherwise his guidance regarding this subject area would not stay on the level of mere generality.[58] The forces instigating hostility and discord shall be hammered into unity, and channelled into action against possible external enemies.[59]

After having outlined the patriarch's letter we can establish that his exhortation and guidance touch on too profound issues senseless and unintelligible for Boris not well-versed in dogmatics, on the one hand; and, as regards everyday religious life, they move too much on the level of generalities, *topoi* taken over from classical and Christian prince's mirror, on the other. Consequently, they do not have any practical use for a ruler who intends to Christianize his

[49] Photios, *epist.* 8, 34.
[50] Photios, *epist.* 8, 38.
[51] Photios, *epist.* 8, 42.
[52] Photios, *epist.* 8, 43.
[53] Photios, *epist.* 8, 41.
[54] Photios, *epist.* 8, 54.
[55] Photios, *epist.* 8, 59.
[56] Photios, *epist.* 8, 104.
[57] Photios, *epist.* 8, 62.
[58] Dujčev 1971. 115.
[59] Photios, *epist.* 8, 62.

country. So it is no wonder that one year after his conversion, in August 866, Boris sent his delegates, his kinsman, Petrus, and two boyars, Iohannes and Martinus to Pope Nicholas I (858–867).[60] Loaded with rich presents meant to be given to the Pope and the churches of Rome – including the weapons by which Boris had beaten off the recent pagan uprising – they did arrive in Rome. Simultaneously, Boris turned again to Louis the German in a letter, and informed him that after having converted his people to Christian faith he would seek to maintain alliance relation with him, and asked him to provide ecclesiastical books and means necessary for liturgy.[61] The delegacy handing over a letter to the Pope which requested answers to his questions and guidance on both the true articles of faith and the most basic issues of everyday Christian life was received by Nicholas I with great pleasure since he saw it as an assurance that the letter sent by Photios had not solved the khan's questions, and had not dispelled his doubts – and that is why now the ruler desired to approach the Roman Church.

III. The *Responsa Nicolai Papae I. ad Consulta Bulgarorum*, i.e., the letter written by Pope Nicholas I in the Autumn 866, has been completely preserved; however, the questions put by the Bulgarians, the *consulta* had been lost. So their number, original form can be deduced only from the Pope's responses. As the Pope's letter divides the responses into one hundred and six chapters, researchers were inclined, perhaps too hastily, to assume that the letter of the Bulgarians consisted of the same number of questions.[62] Another point that is worth considering is the language of the questions as we cannot preclude that the ruler sent his questions in Greek to the Pope, who was of course familiar with this idiom too. On the other hand, we may assume that the official translation of the letter was made by Anasthasius Bibliothecarius since in documents available to us there are several references to his translator's skills and quite accurate translating technique strictly adhering to the original text.[63] On the grounds of the above, we can accept the system of questions (*consulta*) reconstructed on the basis of the responses (*responsa*) by Ivan Dujčev,[64] which counts one hundred and fourteen questions, to which the Pope summed up his responses in one hundred and six chapters. Albeit, the responses lack any system whatsoever, it can be taken for granted that we should not impute this to the

[60] Dvornik 1964. 123. sq.

[61] Dümmler, E. *Geschichte des ostfränkischen Reiches I–III.* Leipzig, 1887–1888. II. 188.

[62] Dümmler 1887. II. 190.

[63] *Nicolai I. Papae epistolae* 191; 240; 487; 488. (MGH EE VI. Karolini aevi IV. Ed. Perels, E. Berlin, 1925.)

[64] Dujčev, I. Die Responsa Nicolai Papae I. ad consulta Bulgarorum als Quelle für die bulgarische Geschichte. in *Medievo Bizantino-Slavo I.* Roma 1965. 129.

Pope. He most probably only followed the order of the questions and gave his responses accordingly. The only modification he made was arranging his responses to several questions following each other and deemed coherent in terms of content into a single chapter.[65] On the other hand, if two or more questions referred to a single subject, and such questions were scattered in the letter, the Pope kept to the original order, and at the relevant point only referred back to the question already discussed.[66] The phrases *"in prima quaestionum vestrarum fronte"*, *"praeterea"*, *"porro dicitis"* and *"postremo"* occurring in the responses make it probable that the original order of the questions (*consulta*) was adhered to.[67]

After determining the order of the *consulta*, we can make an attempt to systematise the questions in terms of subject matter. As a matter of fact, several questions are related to Christian religion, its everyday practice, the many ways of integrating heathen customs into Christianity, legal order and ecclesiastical organisation.[68] Regarding this subject area, the most cardinal definition of the document is that the ruler's utmost goal is to preserve the unity of faith in his country.[69] They ask how they should wear the cross; if they could kiss it;[70] if it is obligatory to receive the sacrament when visiting the church;[71] if those baptised by false priests can bee considered Christians, or they should be baptised again;[72] if they should have repentance for punishing false priests too strictly;[73] if severe punishment of the subjects revolting against the ruler can be deemed a sin. (Fifty-two heathen dignitaries rose against the ruler putting ideas of heathenism on their banner, and Boris exterminated them and all their offshoots;[74] what should be done with those who refuse Christianity, and remain obstinate to heathenism.[75])

The next group of questions concern worship. What should be done when they cannot completely perform prayer at the military camp?[76] When sitting at the table, if there is no priest or deacon present, is it allowed to cross oneself, and start eating thereafter?[77] Is it such a great sin indeed, as the Greeks assert, to pray in the

[65] Cf. *Responsa* 7; 51; 63; 69; 98.
[66] Cf. *Responsa* 36; 39; 45; 47; 63; 100.
[67] Dujčev 1965. 138.
[68] Dujčev 1965. 139.
[69] *Responsa* 106.
[70] *Responsa* 7.
[71] *Responsa* 9.
[72] *Responsa* 14–15.
[73] *Responsa* 15–16.
[74] *Responsa* 17.
[75] *Responsa* 41.
[76] *Responsa* 38.
[77] *Responsa* 53.

church not with arms crossed on one's chest?[78] Is it prohibited, again as Greek teachings claim, to appear to receive Holy Communion ungirdled?[79] In periods of drought, is it allowed to pray for rain and observe fast?[80] Is it considered a sin indeed, as the Greeks assert, to eat from the meat of an animal killed by an eunuch?[81] Should women stay in the church with covered or uncovered head?[82] How many times a day should a layman pray?[83] When is it prohibited to appear to receive the sacrament? Can someone whose nose or mouth is bleeding receive the sacrament?[84] How many days after the birth of a child can a woman enter the church?[85] Should a married priest be expelled or kept?[86] Is a priest sinful of adultery entitled to administer the sacrament or not?[87] What should be done when someone receives news of the enemy's attack during prayer, and does not have time to finish the prayer?[88] What procedure shall be applied against those who have risen against Christianity but are willing to do penance voluntarily, which they have been prohibited to do by the Byzantine priesthood?[89] Is it deemed a sin when a widow is forced to become a nun?[90] Is it allowed to pray for parents who deceased as heathens?[91] May a Christian hunt together with a heathen person, and may a Christian eat from the meat of the game so killed together?[92] Is it allowed to burry suicides, and is it allowed to offer sacrifice for them?[93] Is it allowed to burry Christians in the church?[94] Must those killed in action be brought home if their parents and comrades want to do so?[95] Who may be given alms?[96] Must force be applied against heathens who are reluctant to assume Christianity?[97] What should be done with the Islamic books they possess?[98]

---

[78] *Responsa* 54.
[79] *Responsa* 55.
[80] *Responsa* 56.
[81] *Responsa* 57.
[82] *Responsa* 58.
[83] *Responsa* 61.
[84] *Responsa* 65.
[85] *Responsa* 68.
[86] *Responsa* 70.
[87] *Responsa* 71.
[88] *Responsa* 74.
[89] *Responsa* 78.
[90] *Responsa* 87.
[91] *Responsa* 88.
[92] *Responsa* 91.
[93] *Responsa* 98.
[94] *Responsa* 99.
[95] *Responsa* 100.
[96] *Responsa* 101.
[97] *Responsa* 102.
[98] *Responsa* 103.

Several questions concern holidays, ecclesiastical festivals and periods of fast.[99] Is it allowed to wear the sign of the cross also in Lent,[100] and receive the sacrament every day?[101] Is it allowed to perform any work on Saturday and Sunday?[102] On the holidays of which apostles, martyrs, confessors and virgins must one refrain from serf's work?[103] Is it allowed to sit in judgement and pass death sentence on the holidays of the saints and in Lent?[104] Is it allowed to travel or engage in battle on Sundays and holidays and in Lent, of course only when it is required by necessity?[105] Is it allowed to hunt,[106] play games and have amusement,[107] and marry and hold a feast in the period of Lent?[108] What should be done with those who have had sexual intercourse with their wives during Lent?[109] Is it allowed for husband and wife to fulfil their marital obligations on Sunday?[110] How many times a year is it allowed to deliver baptism?[111] During which periods shall one refrain from eating meat;[112] is it allowed to eat meat on the day of baptism, and for how many days after christening shall one give up eating meat;[113] and, finally, is it allowed to eat early morning?[114]

None the less interesting are the questions from which we can indirectly obtain considerable additional information on the ancient religion and beliefs, way of life and legal order of the Bulgarians. The Bulgarians' dynamistic-manaistic beliefs,[115] that is, the faith in impersonal and mystical vital force abiding in men and animals, most frequently located in the head and carried by the blood, can be deduced from the questions whether animals not killed with a knife but simply struck dead may be eaten.[116] Most probably the same subject area is addressed by the question inquiring whether they may continue to wear

[99] Dujčev 1965. 140.
[100] *Responsa* 8.
[101] *Responsa* 9.
[102] *Responsa* 10.
[103] *Responsa* 11.
[104] *Responsa* 12; 45.
[105] *Responsa* 36; 46.
[106] *Responsa* 44.
[107] *Responsa* 47.
[108] *Responsa* 48.
[109] *Responsa* 50.
[110] *Responsa* 63.
[111] *Responsa* 69.
[112] *Responsa* 4.
[113] *Responsa* 69.
[114] *Responsa* 60.
[115] About *manaism* see Wagenvoort, H. *Roman Dynamism. Studies in Roman Literature, Culture and Religion.* Leiden, 1956. Rose, H. J. Numen and mana. *Harward Theological Review* 44, 1951. 109. Rose, H. J. *Ancient Roman Religion*. London, 1948.
[116] *Responsa* 91.

their turban-like headwear spun from linen, deemed prohibited by the Greeks especially in the church;[117] and with what should they replace the horsetail used so far in battles as a banner,[118] since primitive peoples' attributed *mana* to the tail of certain animals.[119] The question regarding a stone endowed with curing effect, found during the period of heathenism might have come from similar ideas too.[120] According to the *consulta*, eating certain animals and birds was considered taboo;[121] it also concerned taboos when they asked the Pope how long after the birth of a child a woman might not go to church,[122] and how long their husbands might not have intercourse with them.[123] The question whether women are allowed to stay in church with covered or uncovered head[124] might have come from the tabooistic nature of hair, especially long hair known from several examples.[125] The issue of sanctioning heathen subjects unwilling to assume Christianity and offering sacrifices to idols – the *Responsa* describes that in certain cases the sacrifice was the first fruits[126] of the produce[127] – was raised by the delegacy before the Pope.[128] They also inquired if the ill might continue to wear certain amulets they attributed curing effect to round their neck.[129]

They also put some questions to the Pope with regard to the notion of days suitable and unsuitable for fighting and travelling as well as the rituals, magic words and dances related to them; notably, if this practice could be made part of a people's life converted to Christianity,[130] to which of course the answer was no.[131] In heathen faith, after their death suicides usually become harmful spirits, and to prevent them from returning they were not given the burial in accordance with

---

[117] Beševliev, V. *Die protobulgarische Periode der bulgarischen Geschichte.* Amsterdam, 1981. 358.

[118] *Responsa* 71.

[119] Beševliev 359.

[120] *Responsa* 62. Cf. Vámbéry, H. *Die primitive Cultur des Turko-tatarischen Volkes.* Leipzig, 1879. 249.

[121] *Responsa* 43.

[122] *Responsa* 68.

[123] *Responsa* 64.

[124] *Responsa* 58.

[125] Cf. Brelich, A. Appunti sul Flamen Dialis. *Acta Classica Universitatis Scientiarum Debreceniensis* 8, 1972. 17–21; Pötscher, W. Flamen Dialis. in *Hellas und Rom.* Hildesheim, 1988. 422.

[126] Cf. Nielsson, M. P. *Primitive Religion.* Tübingen, 1911. 71; Beševliev 1981. 386.

[127] *Responsa* 89.

[128] *Responsa* 41.

[129] *Responsa* 79. Cf. Bertholet, A. Amulette und Talismane. in *Die Religion in Geschichte und Gegenwart.* Tübingen, 1926. 315–317.

[130] *Responsa* 34; 35.

[131] Beševliev 1981. 382–384.

customary ceremonies, or, in certain cases, no burial at all. So it was not by chance that one of the questions raised the point whether suicides should be buried, and if any kind of *sacrificium* should be delivered to for them.[132] They buried those who died by natural death with due tribute to their memory raising a tomb over them; and they brought home the corpses of those killed in action.[133] Christian conversion, however, was not able to wind up the ancient religion immediately – the fact that the mission ran into opposition at several places is unambiguously indicated by the occurrence of a pagan revolt shortly before the delegacy was sent, which was put down and the fifty-two dignitaries involved in it were executed by Boris.[134] This is clearly stated in the *Responsa* too.[135]

At several points the *Responsa* adverts to the Bulgarians' way of life and customary law before Christianity. So, for example, it unanimously reveals that poligamy was a generally accepted custom, otherwise they would not have asked the Pope if a man might have two wives at the same time.[136] It was customary for the fiancé to give the fiancée gold and silver objects, oxen, horses and other valuable goods as dowry before the conclusion of marriage.[137] After her husband's death a widow was not allowed to marry again, and to prevent that in any case she was forced to live the rest of her life as a nun.[138] However, it was presumably a generally accepted practice that a man who became a widower married again as the *consulta* includes a question whether this practice might be maintained.[139] With regard to the items of the *consulta* that supply data on religious beliefs we have already mentioned that the Bulgarians wore a turban-like headgear made of linen.[140] The other typical article of their clothing was *femoralia* presumably similar mostly to trousers, which was worn both by men and women.[141] The development of Bulgarian legal order took a decisive turn by assuming Christianity, but the *Responsa* supplies important information on the customary law of the period preceding it. A slave who escaped from the owner, if caught, was severely punished;[142] a slave slandering his master was

---

[132] *Responsa* 98. Cf. Hirzel, R. Der Selbstmord. *Archiv für Religionswissenschaft* 11, 1908. 75.

[133] *Responsa* 100.

[134] Runciman 1930. 105.

[135] *Responsa* 18. Cf. Beševliev, V. Zur Frage der slavischen Einsiedlungen im Hinterland von Thessalonike im 10. Jahrhundert. in *Serta slavica in memoriam A. Schmaus.* München, 1971. 37–41.

[136] *Responsa* 51.

[137] *Responsa* 49.

[138] *Responsa* 87.

[139] *Responsa* 3.

[140] *Responsa* 66.

[141] *Responsa* 59. Cf. Beševliev 1981. 396.

[142] *Responsa* 21.

treated the same way,[143] but the sources do not reveal anything else about the actual content of the sanction.[144]

Similarly, a free man who fled from his country was severely punished, but the actual sanction is again unknown to us.[145] In this respect it is worth noting that the frontiers of the country were strictly guarded. Guardsmen failing to fulfil their duty and allowing either free men or slaves to flee were punished by death.[146] Death was the punishment of murderers of kinsmen.[147] Similarly, severe, presumably qualified death penalty was imposed on those who murdered their fellow-soldier,[148] or who was caught committing adultery with a strange woman.[149] They sanctioned negligent manslaughter,[150] theft[151] – if a subject charged with theft or robbery was unwilling to admit his crime, the judge was allowed to wring confession from him by force[152] – and abduction.[153] They punished those who castrated others,[154] who brought false charges,[155] and who gave deathly poison to others.[156] Women treating their husband badly, committing adultery and slandering their husband were threatened to be punished by abandonment, also incurred *eo ipso*.[157] Uprising was punished by death, which penalty was inflicted not only on the perpetrators but their families too.[158]

IV. Furthermore, there are several highly important questions in the *Responsa* that concern the ecclesiastical organisation: Is it possible to assign a patriarch to the head of the Bulgarian Church?[159] Who shall ordain the patriarch?[160] How many patriarchs are there actually?[161] Which patriarch comes right after the Pope of Rome in the church hierarchy?[162] And, finally, is it true what

[143] *Responsa* 97.
[144] Cf. Beševliev 1981. 414.
[145] *Responsa* 20.
[146] *Responsa* 25.
[147] *Responsa* 24; 26; 29.
[148] *Responsa* 27.
[149] *Responsa* 28.
[150] *Responsa* 30.
[151] *Responsa* 31.
[152] *Responsa* 86.
[153] *Responsa* 32.
[154] *Responsa* 52.
[155] *Responsa* 84.
[156] *Responsa* 85.
[157] *Responsa* 96.
[158] *Responsa* 17.
[159] *Responsa* 72.
[160] *Responsa* 73.
[161] *Responsa* 92.
[162] *Responsa* 93.

the Greeks assert that chrism is made exclusively in their country, and is taken from there everywhere else around the world?[163] Special attention should be paid to a certain aspect of the question regarding the assignment of the patriarch: Did it manifest Boris's efforts to attain the establishment of a patriarchy for his country,[164] or he simply intended to obtain information on the structure of the ecclesiastical hierarchy?[165] The former option seems to be more probable because by the assignment of the patriarch the Bulgarian Church could have been made completely independent of Byzantium by the ruler, and it would have been much less strictly and closely subjected to the Roman Church.[166] The Pope, however, very diplomatically evaded Boris's request, and not even mentioning the possibility of obtaining the dignity of patriarch he held out the prospect of appointing an archbishop to the head of the Bulgarian Church in the future. As a matter of fact, only in case he received proper report from his delegates on the conditions of Bulgarian Christianity.[167]

Simultaneously with his letter and missionary work, Pope Nicholas began to deal with the issue of developing an independent Bulgarian ecclesiastical organisation. (In 860, Photios, Patriarch of Constantinople, in accordance with the practice generally accepted and applied by the five patriarchs, asked Pope Nicholas to acknowledge his own, somewhat contested election. The Pope made the granting of his approval subject to the acknowledgement of the papal claim to the Illyricum and Thessaloniki, that is, almost the whole of the Balkans including Bulgaria.[168] Although until March 862 Photios seemed to be willing to fulfil this claim, at a council held in Rome in 863 the Pope deprived him of his dignity and threatened him with excommunication – presumably he expected Photios's successor, Ignatios to be more permissive regarding the issue of the Balkans.[169]) With respect to the Bulgarian mission, Pope Nicholas set out from the conviction that the territory of the Balkans was directly subject to the Pope's supremacy. However, he did not ordain the patriarch requested by Boris to Bulgaria. He merely held out the prospect of setting up an archbishopric independent of Byzantium.[170] Missionary work was commenced by the delegacy sent off to Bulgaria under the leadership of Formosus of Porto, the later pope (891–896), and Paulus of Populonia.[171]

---

[163] *Responsa* 94.
[164] Runciman 1930. 110.
[165] Dujčev 1965. 142.
[166] Hergenröther 1867. II. 650.
[167] Obolensky 1999. 116.
[168] Dvornik 1948. 91sqq.
[169] Dopsch 1987. 325.
[170] *Responsa* 72–73.
[171] Grotz, H. *Erbe wider Willen. Hadrian II. (867–872) und seine Zeit.* Wien–Köln–Graz, 1970. 101. sqq.

Louis the German, whom was called on by the Bulgarian delegacy in Regensburg, also pledged himself to send missionaries to Bulgaria. However, the preparations took too long, and the Frankish delegation led by Ermenich, bishop of Passau arrived in the Balkans only in the spring 867 where the Roman missionaries getting ahead of them had already begun to convert, preach and baptise.[172] Gravely disappointed in his hopes, Ermenich waited for Louis the German's permission, and returned to Passau.[173] The conflict that manifested itself regarding the Bulgarian mission revealed the tensions between the papacy and the Eastern Frankish Empire.[174] Photios, however, was not willing to tolerate Rome's intervention into his sphere of authority; and, therefore, at a Council of Constantinople in 867 he had Pope Nicholas I removed, of which the Pope, who died in the meantime, was not informed.[175] In the same year, however, the assassination of the *basileus*, Michael III and the removal of Photios completely changed the political constellation, and the plans of Pope Nicholas I concerning Bulgaria seemed to attain the stage of implementation after his death. Affairs reached a crisis when Rome did not keep Pope Nicholas's promise to set up an independent Bulgarian archbishopric.[176] Khan Boris turned to Pope Adrian II (867–872) with the request to appoint Formosus Archbishop of Bulgaria, but the Pope saying that he could not transfer Formosus as bishop to another diocese did not fulfil the claim.[177] Certainly the actual cause must have been the influence of the anti-Formosus faction in Rome produced on the Pope.[178] A similar thing happened to deacon Marinus, who later became Pope (882–884), when he was not appointed to be the Bulgarians' archbishop due to Adrian II's opposition; and deacon Sylvester proposed by the Pope to take the archbishop's seat was refused by khan Boris.[179] Beside personal conflicts, most certainly the Pope's reluctance must have been due to the fact that he wanted to keep Rome's direct supremacy over the Balkans, which would have been hugely limited by setting up the archbishopric – that is why the papacy could not reap the fruits of its missionary policy pursued in this region.[180]

---

[172] *Annales Fuldenses a.* 866; *a.* 867; Löwe, H. Ermenrich von Passau, Gegner des Methodios. Versuch eines Persönlichkeitsbildes. in *Der heilige Method, Salzburg und die Slawenmission.* Innsbruck–Wien, 1987. 228.

[173] *Annales Fuldenses a.* 867; Dvornik 1964. 122.

[174] Dopsch 1987. 326.

[175] Dvornik 1948. 91. sqq.

[176] Dopsch 1987. 326.

[177] Kosztolnyik Z. Róma és a területi egyház küzdelme a közép Duna-medencében a 9. század folyamán. (Struggle between Rome and the Local Church in Middle-Danube-basin in the 9th century) *Aetas* 1997/2–3. 215.

[178] Grotz 1970. 230. sq.; Dümmler 1887–1888. II. 192. sq.

[179] Grotz 1970. 209. sq.

[180] Dopsch 1987. 327.

Disappointed in the Roman Church, khan Boris turned to Basileios I (867–886) and patriarch Ignatios, and restored his relations with Byzantium. This was made official by the Council of Constantinople 869/70. At one of the last meetings of the Council – after having expelled the delegates of Rome – Bulgaria was placed under the control of the Patriarchy of Constantinople, and soon Ignatios ordained an archbishop and several bishops for the Bulgarians.[181] Boris expelled the Roman missionaries from his country, and Bulgaria – already as an independent archbishopric – resisted Pope John VIII's (872–882) later attempts to win the country back to Rome.[182] In the course of the missionary work commenced during the reign of khan Boris – just like through the stages of Methodius's fate, who performed conversion among the Moravians[183] – Bulgaria served as a playground for power politics between Rome and Byzantium, and the Eastern Frankish Empire concurring with each other. However, the Roman Church, setting off with better chances owing to the Bulgarian's fear of the hegemony of Byzantium and thanks to Pope Nicholas I's agility and *Responsa*, in a few years' time lost its advantage gained in this respect because patriarch Ignatios, the successor of Basileios I and Photios was willing to raise Bulgaria to the rank of an independent archbishopric, which Pope Nicholas I and Pope Adrian II were from first to last reluctant to do.

---

[181] Dvornik 1948. 132. sqq.; Eggers 1996. 25.

[182] Dvornik 1948. 210. sqq.; Runciman 1930. 120. sq.; Dopsch 1987. 328.

[183] Wolfram, H. *Conversio Bagoariorum et Carantanorum. Das Weißbuch der Salzburger Kirche über die erfolgreiche Mission in Karantanien und Pannonien.* Wien, 1979; Störmer, W. Zum Problem der Slawenmission des Bistums Freising im 9. Jahrhundert. in *Der heilige Method, Salzburg und die Slawenmission.* Innsbruck–Wien, 1987. 207. sqq.; Richter, M. Die politische Orientierung Mährens zur Zeit von Konstantin und Methodius. in *Die Bayern und ihre Nachbarn I.* Veröffentlichung der Kommission für Frühmittelalterforschung 8. Hrsg. v. Wolfram, H.–Schwarz, A. Wien, 1985. 283. sqq.; H. Tóth, I. *Cirill-Konstantin és Metód élete, működése.* (Life and Work of Constantine-Cyrill and Methodius) Szeged, 2003[3]; Bernhard, L. Die Rechtgläubigkeit der Slawenmissionare aus römischer Sicht. in *Der heilige Method, Salzburg und die Slawenmission.* Innsbruck–Wien, 1987. 24. sqq.; Löwe, H. Cyrill und Methodius zwischen Byzanz und Rom. *Settimane di studio del Centro italiano di studi sull' alto medioevo* 30, 1982. 631. sqq. ; Lošek, F. *Die Conversio Bagoariorum et Carantanorum und der Brief des Erzbischofs Theotmar von Salzburg.* MGH Studien und Texte 15. Hannover, 1997; Nótári, T. Conversio Bagoariorum et Carantanorum. *Aetas* 2000/3. 93. sqq.; On the Avar-related chapters of the Conversio Bagoariorum et Carantanorum. *Chronica* 5, 2005. 26. sqq.; *Források Salzburg kora középkori történetéből. (Sources from the Early Medieval History of Salzburg)* Szeged, 2005; *A salzburgi historiográfia kezdetei. (The Beginnings of the Historiography in Salzburg)* Szeged, 2007; *Show Trials and Lawsuits in Early-Medieval Bavaria.* Rechtsgeschichtliche Vorträge 53. Budapest, 2008.

Dr Tamaš Notari, vanredni profesor
pri katedri za Rimsko pravo
Univerziteta „Károli Gáspár“, Budimpešta

De conversione Bulgarorum – pravna pozadina sukoba između Rima i Vizantije

Rezime

Kratak pregled sukoba između pape Nikole I i patrijarha Fotija, nastao oko bugarske verske pripadnosti, pomoći će nam da razumemo kako se pažnja papske kurije okretala prema slovenskim zemljama. Bugari su primili hrišćanstvo u drugoj polovini devetog veka, za vreme vladavine kana Borisa I. Misionarski rad, koji je među njima širio veru, odražavao je tada aktuelni sukob između Rima i Vizantije. Prvi deo rada opisuje istorijsku pozadinu bugarskog preobraćanja u hrišćanstvo; potom se usredsređuje na istorijske i pravne aspekte dva Fotijeva pisma upućena papi Nikoli i bugarskom kanu (drugi i treći deo); poslednji, četvrti deo rada, objašnjava kako je autokefalna arhiepiskopija ustanovljena u Bugarskoj.

Originalni naučni rad 342.71(439)(091)

Norbert Varga, Ph.D, assistant professor
Hungarian Legal History Department
Faculty of Law, University of Szeged

SHORT HISTORY OF THE FIRST HUNGARIAN CITIZENSHIP ACT

Summary: *The first regulation of Hungarian citizenship according to the contemporary constitutional reforms and legal practice only took place in 1879. Despite the errors of the law, it is a major milestone in Hungarian citizenship law, since it also incorporated in its system the cases of acquisition and loss of citizenship. The law contains detailed provisions on how the legal relationship between the citizen and the state could be established and terminated. The objective of the law was to make the system of citizenship clear and transparent.*

This citizenship law could be regarded as one that was able to withstand the test of time, since it remained in effect, with minor amendments, until 1948. The first such amendment was Act 4 of 1886 on the re-naturalization of people resettling in large numbers, which was followed by Act 17 of 1922, aimed at the settling of the unique status of citizenship that was the result of the Trianon Peace Treaty. A further significant change was also included in Act 13 of 1939, which provided that those obtaining citizenship in another country would automatically lose their Hungarian citizenship.

In later citizenship laws (Act 60 of 1948, Act 5 of 1957, Act 55 of 1993), significant changes were introduced both in the field of acquisition and loss of citizenship, as a consequence of which more grounds were given to the expression of individual will and less room was allowed for the intervention of the state.

Key words: *Hungary, citizenship, Trianon Peace Treaty, First Hungarian Citizenship Act*

The Acquisition of Hungarian Citizenship.

In Hungarian constitutional history, the system of citizenship was based on the right of lineage, which means that children inherited their fathers' citizenship. The majority of Hungarian citizens in the second half of the 19th century were such natural born Hungarians, who acquired their citizenship by way of lineage.

The first citizenship law (Act 50 of 1879) defined the following cases whereby Hungarian citizenship could be acquired: descent, legitimization, naturalization and marriage. [1] This list of the law is not exemplificative, but taxative; in other words, there were no other ways of obtaining citizenship.[2] According to some researchers, additional ways also included retrieving and acquiring citizenship on the basis of "an old right" (or "implicitly").[3] After the framing of the law, the number of legal titles further increased. Act 4 of 1886 introduced the institution of re-admission for the large number of those re-settling in Hungary.[4] Hungarian citizenship could therefore be acquired in a direct and an indirect

[1] FERENCZY, Ferenc: *Magyar állampolgársági jog* [Hungarian citizenship law]. Gyoma, 1930. 57., Emanuel MILNER: *Studien zum Österreichischen Staatsrechte I. Die Österreichische Staatsbürgerschaft und der Gesetzartikel L: 1879 über den Erwerb und Verlust der Ungarischen Staatsbürgerschaft*. Tübingen, 1880. 47–48. According to the Civil Code of 1811, Austrian citizenship could be acquired by way of marriage, legitimization, descent, naturalization and entering civil service. The last case was a debated one, since the above mentioned law also declared that only Austrian citizens could undertake public office. EÖTTEVÉNYI Nagy, Olivér: *Osztrák közjog* [Austrian public law]. Budapest. 1913. 46–47., CSIZMADIA, Andor: A magyar állampolgársági jog fejlődése [The development of Hungarian citizenship law]. *Állam- és Közigazgatás*, 1969. 1084–1085., FERDINÁNDY, Gejza: *Magyarország közjoga (Alkotmányjog)* [Public law of Hungary (Constitutional law)]. Budapest, 1902. 238., LADIK, Gusztáv: *Közigazgatásunk fejlődése 1867. óta* [The development of Hungarian public administration since 1867]. Budapest, 1933. 11. ZLINSZKY, Imre: *A magyar magánjog mai érvényben különös tekintettel a gyakorlat igényére* [Hungarian private law in effect today, with special attention to the demands of practice]. Budapest, 1894. 50–51., PONGRÁCZ, Jenő: *Magyar állampolgárság és községi illetőség. Törvények, rendeletek, elvi határozatok, díjak és illetékek, magyarázat, iratminták* [Hungarian citizenship and township residence. Laws, decrees, principle decisions, fees and dues, explanation, sample documents]. Budapest, 1938. passim.

[2] We must also note, however, that the law nevertheless also contained some methods of acquisition of citizenship, which were not mentioned in Section 3 of Act 50 of 1879. These were the following: the "right of land" (*jus soli*) and favored re-naturalization. FERENCZY, Ferenc: ibid. 57.

[3] BERÉNYI, Sándor – TARJÁN, Nándor: *A magyar állampolgárság megszerzése és elvesztése (honosság, letelepülés, kivándorlás, útlevélügy). Az 1879. évi L. törvény-czikk és az ezzel kapcsolatos törvények s rendeletek gyűjteménye és magyarázata* [The acquisition and loss of Hungarian citizenship (national status, settling, emigration, passport regulations]. A collection and explanation of Act 50 of 1879, as well as related laws and regulations. Budapest, 1905. 14., FERENCZY, Ferenc: ibid. 57.

[4] FERENCZY, Ferenc: ibid. 58.

way. In the first group the only possibility was birth. These citizens could be called "native Hungarians" (Hungari nativi).[5] In the second group belong the received or naturalized Hungarians (Hungari recepti), who obtained citizenship by way of legalisation, naturalisation or marriage.[6]

The voluntary intention originating in one's own resolve, which was among the objectives of the law, was fully asserted in case of naturalization only.[7]

According to Hungarian citizenship law, entering state service did not automatically result in obtaining citizenship. The only exception was when the moving into the country was for the purpose of settling down permanently and the acquisition of residence in a township was already under way.[8]

The ministerial justification of the law specifically mentions the German regulations of 1870, with which the bill of 1879 was drafted in harmony. The German citizenship law defined the legal titles of acquiring citizenship in a way that was identical with the Hungarian law

Descent

Anybody who was a legitimate child of a Hungarian father, or who was born to a mother of Hungarian citizenship was also a Hungarian citizen.[9] This rule was also applied if the place of birth was abroad.[10] This provision of law was in effect even before the passing of the citizenship law, since such people was called the "sons of the home country" (nativi Hungari, patriae filii).[11] If a man of Hungarian citizenship married a foreign woman, their children were Hungarian citizens, since the wife lost her original citizenship by reason of the marriage. The children would also be Hungarian citizens if the mother was a Hungarian citizen and the father a foreigner. Children born out of wedlock by a foreign mother would also be considered as natural born Hungarian citizens if

---

[5] ZLINSZKY, Imre: ibid. 50–51.

[6] Ibid. 51.

[7] In case of birth, it is the transfer of an old right and not the obtaining of a new one, which proves that the child is not an acquirer of rights, only the inheritor of an already existing right. FERENCZY, Ferenc: ibid. 58.

[8] The practical implementation of the law, however, raised a number of issues with regard to which several supplementary regulations had to be issued by the competent ministries. Decree of the Minister of the Interior no. 24.553/1888. in.: FERENCZY, Ferenc: ibid. 153.

[9] FERDINÁNDY, Gejza: ibid. 238–239., BALOGH, Arthur: *Politikai Jegyzetek* [Political notes]. Budapest, 1905. 91., FERENCZY, Ferenc: ibid. 31.

[10] KORBULY, Imre: *Magyarország közjoga illetőleg a magyar államjog rendszere* [Hungarian public law and the system of Hungarian state law]. Budapest, 1884. 138., KISTELEKI, Károly: Az állampolgárság a dualizmus idején [Citizenship at the Time of the Dual Monarchy]. *Állam és Jogtudomány*, 1996–1997. 50., FERENCZY, Ferenc: ibid. 31–32.

[11] Ministry of the Interior official communication no. 33.325/1888. in.: FERENCZY, Ferenc: ibid. 156.

they were legitimized subsequently. Legitimization (marriage and royal legitimization) was basically the subsequent recognition of citizenship based on birth.[12]

According to our constitutional law, if somebody lost his or her Hungarian citizenship, this would never be automatically regained. In such cases, citizenship would have to be re-acquired.[13]

There were some states (England, Denmark, Portugal, etc.) which recognized children born on their territories as their own citizens on the basis of the territorial principle (jus soli), regardless of what citizenship their parents had. The Hungarian citizenship law only allowed this principle to be asserted in some extraordinary cases. Such a case was, for example, if a child was born on the territory of the country, but nothing was known of the citizenship of his or her parents, and therefore, lineage could not be used to determine the actual citizenship of the child.[14] The same principle had to be used in case of foundlings whose parents were not known at all.[15] In both cases it was presumed that the parents were Hungarian citizens since the birth took place on the territory of the Hungarian state. Such presumption, however, could be disproved.[16]

Marriage

Citizenship could be obtained by way of marriage[17] if a foreign woman married a man of Hungarian citizenship. In such cases the change in the marital status of the foreign woman ipso facto resulted in the change of her citizenship.[18] Her new citizenship acquired by way of marriage was not subsequently lost even if she was widowed or divorced.[19] Naturally, only legally concluded marriages had such legal consequences, since invalid (void or contestable) marriages, according to Section 37 of the law, only had such an effect until the invalidity of the marriage was pronounced by a final judgment of the court.[20]

---

[12] FERENCZY, Ferenc: ibid. 32.

[13] Ibid. 32., Ministry of the Interior Decree no. 20.723/1896 in.: Ibid. 175.

[14] KORBULY, Imre: ibid. 140., FERENCZY, Ferenc: ibid. 34.

[15] KORBULY, Imre: ibid. 140., NAGY, Ernő: *Magyarország közjoga.* [Hungarian public law]. Budapest, 1907. 109.

[16] FERENCZY, Ferenc: ibid. 34–35., Ministry of the Interior Decree no. 20.723/1869. in.: Ibid. 175.

[17] FERDINÁNDY, Gejza: ibid. 239. The original Hungarian expression "férjhez megy" can only be applied to women. The author maintains that, apart from being more genuinely Hungarian, this expression better expresses the fact that only a woman was able to acquire Hungarian citizenship this way.

[18] Ibid. 239.

[19] FERENCZY, Ferenc: ibid. 86., TAR, József: *Állampolgárság* [Citizenship]. Debrecen, 1941. 25.

[20] BERÉNYI, Sándor – TARJÁN, Nándor: ibid. 109–111.

Naturalization[21]

Foreign nationals could acquire Hungarian citizenship by a deed of naturalization or by a royal diploma, as a result of which both they and their descendents would become Hungarian citizens. The institution of acquisition of citizenship by way of a deed of naturalization was also known before 1879, since the Hungarian royal Minister of the interior issued such documents from 1867, which also remained in effect after the entry into force of the citizenship law of 1879.[22]

A foreigner who had not acquired citizenship by way of simple naturalization[23] or by way of a deed of naturalization issued after 1867 could only acquire Hungarian citizenship after January 8, 1880, by way of naturalization under the new law, even if had continuously lived on the territory of the country before and exercised the rights of Hungarian citizens.

Hungarian constitutional law recognized two methods of naturalization: simple naturalization and special naturalization.[24] The emphasis in both cases was on the definite expression of will and acting according to prescribed forms, and therefore, nobody could become a Hungarian citizen implicitly neither in the absence of certain basic conditions.

The following conditions had to be met for simple naturalization. The applicant had to have unlimited capacity of action, or in the absence of such capacity, his or her guardian's consent had to be obtained. The applicant also had to either be a resident of a local township, or at least the procedure for such purpose had to have been initiated. Communities could not be forced to hold out the prospect of admittance to the township in case of naturalization.[25] The applicant had to have lived in the territory of the Hungarian state for an uninterrupted period of five years. He had to have been of impeccable con-

---

[21] FERDINÁNDY Gejza, on the other hand, used the expression "honfiúsítás" together with "honosítás." FERDINÁNDY, Gejza: ibid. 238–239.

[22] FERENCZY, Ferenc: ibid. 35. Date of coming into force: January 5, 1880.

[23] The provision was in effect in Hungary whereby if an Austrian citizen immigrated to Hungary in the 1840's or 1850's, then he could obtain Hungarian citizenship by way of simple naturalization. In case of returning to his original country, however, this acquired right was lost. The royal decree no. 10.661 of 1814 was applied whereby citizenship could be acquired implicitly by uninterrupted and proved residence in the country for ten years. Ministry of the Interior registry no. 553/1887 in.: FERENCZY, Ferenc: ibid. 153–154. The same is set forth in Ministry of the Interior Decree no. 2194/1886. in.: Ibid. 155.

[24] BALOGH Arthur differentiated between them on the basis of the legal consequences effected by naturalization, and accordingly differentiated between naturalization of smaller and larger legal effect, similarly to Belgians. BALOGH, Arthur: ibid. 91–92.

[25] Ministry of the Interior decree no. 115.702/1904. in.: FERENCZY, Ferenc: ibid. 167. The connection between naturalization and township residence is further regulated by Ministry of the Interior decree no. 8497/1905. in.: FERENCZY, Ferenc: ibid. 167–168.

duct, had to have an income or wealth sufficient for maintaining himself and his family, and also had to have been on the list of taxpayers for at least five years.[26] The law, on the other hand, had no provisions for the examination of the applicant's emotional attachment as to whether he was to become a member of the Hungarian state not only materially and physically, but also morally and spiritually.[27] In addition, the law did not require a physical or mental examination either.[28]

According to the above conditions, the applicant had to have either unlimited capacity to action or his representative by law (guardian or trustee) would act on his behalf in the procedure. Only persons of legal age and capacity to act were able to request naturalization. Married women living with their husbands could only obtain Hungarian citizenship on the right of their husbands. A married woman could only acquire Hungarian citizenship if she lived separated, or the court had dissolved her marriage, or she was "separated from bed and board"[29], or she was widowed. A legitimate child could request naturalization on the right of his or her father, or on the right of the mother if she was widowed. A child could also be naturalized at the request of either the father or the mother, if he or she acted as the child's legally appointed guardian.

The issuance of a promise of admittance to the township was reserved to the powers of the autonomous rights of the village or the town, which could only be practiced under the general decree of the Minister of the Interior no. 44.967/920. Aspects of national interests also had to be taken into consideration.[30]

---

[26] KORBULY, Imre: ibid. 139. Ministry of the Interior executive decree no. 584/1880. in.: FERENCZY, Ferenc: ibid. 163. According to the Austrian Civil Code of 1811, the following conditions had to be met for naturalization: legal capacity, no criminal record, proof of income, admittance to a township either concluded or in progress. Naturalization belonged to the competence of provincial authorities with the Minister of the Interior intervening in cases of disputed issues only. A certificate was issued of the naturalization and an oath had to be taken. Minor were either exempted from under the oath, or it was postponed until they would come of age. EÖTTEVÉNYI, Nagy Olivér: ibid. 47.

[27] Such regulation also appears in the citizenship law of the United States of America, which causes problems more than once in naturalization cases. in.: GÖNCZI, Katalin: *A magyarok az amerikai Legfelsőbb Bíróság előtt* [Hungarians before the Supreme Court]. Budapest, 2000. 46–51., FERENCZY, Ferenc: ibid. 59–60.

[28] Official communication of the Ministry of Justice no. 26.538/1904. in.: FERENCZY, Ferenc: ibid. 164–165.

[29] Ministry of the Interior Resolution no. 3257/1886. in.: FERENCZY, Ferenc: ibid. 159–160. If their conjugal life was subsequently restored, then the husband's citizenship was also extended to his wife. . Official communication of the Ministry of Justice no. 52.280/1900 in: FERENCZY, Ferenc: ibid. 160–162.

[30] KUN, József: *Nép, nemzet, nemzetiség* [People, nation, nationality]. Budapest. 1908. 174–175., FERENCZY, Ferenc: ibid. 61.

The five years' domestic residence requirement had to have fully met. The existence of immovable property had to be evidence by way of an extract from the land registration, movable property by way of an official certificate, and the payment of taxes by way of an extract from the tax registry.[31] Tax paid by a woman was taken into account for her husband, as was tax paid by the father for his child. Arrears in the payment of taxes were not necessarily a cause of refusal to the application. (The tax payment requirements set forth by the law, however, could not be met by paying the taxes in advance for five years.)

The simple legal fact of adoption, therefore, did not automatically result in the acquisition of Hungarian citizenship, but it did make it easier to meet the conditions.[32]

The naturalization procedure was always initiated by way of an application. The mere satisfaction of the prescribed conditions did not automatically result in the acquisition of Hungarian citizenship; it only made it possible to acquire it.[33] It was the prerogative of the Minister of the Interior to decide who would be given the Hungarian citizen. Applicants would only become a Hungarian citizen when they took the oath of allegiance. A deed of naturalization was considered as evidence of the acquisition of citizenship if the date of naturalization was entered on the document by the competent authority. The oath of allegiance had to be taken within one year from the receipt of the writ issued by the authority; otherwise, the applicant's passive conduct caused the loss of the opportunity for becoming a Hungarian citizen. The citizen also had the right, however, to revoke the deed of naturalization in justified cases if the oath of allegiance was not yet taken.[34]

Naturalization by royal diploma took place only in special and extraordinary cases. Persons could thus receive Hungarian citizenship who had outstanding achievements in the interest of the country, "who have become worthy of Hungarian citizenship in the service of the Hungarian people".[35] The Minister of the Interior proposed to the king who should receive such a diploma without the prospects of admittance to any local township or without having to meet the five years' residency requirement or inclusion in the tax registry. In such cases, Budapest was always entered as the place of residence, except if the person thus naturalized received admittance to some other township in the meantime. Even such persons had to take the oath of allegiance, however.[36]

---

[31] Ministry of Finance Decree no. 44.130/1881. in.: FERENCZY, Ferenc: ibid. 168–169.

[32] BALOGH, Arthur: ibid. 91.

[33] FERENCZY, Ferenc: ibid. 62.

[34] Ministry of the Interior Decree no. 584/1880. in.: FERENCZY, Ferenc: ibid. 172., Ministry of the Interior Decree no. 29.212/1895. in.: Ibid. 174.

[35] FERENCZY, Ferenc: ibid. 63.

[36] FERDINÁNDY, Gejza: ibid. 242.

It must also be noted that neither simple nor extraordinary naturalization granted a title of nobility. A naturalized citizen could not be elected to the office of keeper of the crown and a person naturalized by deed could only become a member of the House of Representatives after ten years, or a member of the Upper House by way of the Parliament (Act 7 of 1885).[37]

The annexes required by the law had to be attached to the application and certified. The applicant had to submit the documents to the highest official of the local authority according to his place of residence (the sub-prefect of the county or the mayor of the city).[38] This rule also applied if the applicant received a promise of admission from another township. The officials examined the application in terms of form and content, and then presented the documents, complete with justification, to the Minister of the Interior. If they found the application deficient in any respect, then they called upon the applicant to submit further documentation. If the Minister of the Interior considered the applicant as worthy of Hungarian citizenship, then he issued the deed of naturalization.[39] Otherwise, he rejected the application and notified the competent authority of his decision. The competent authority would then notify the decision to the applicant: if the decision was favorable, then the place and time for taking the oath of allegiance was given; otherwise, the documents submitted were returned along with the letter of rejection.[40] The wording of the oath of allegiance was the following: "I, N. N., swear by the living God (affirm) that I shall be faithful to His Imperial and Royal Majesty, the Apostolic King of Hungary, and to the Constitution of the countries of the Royal Crown, and shall allegiantly perform my obligations as a Hungarian citizen."[41] A documentary records was taken of the oath which was to be signed by the applicant, who subsequently received the deed of naturalization and his personal documents. The authorities had to notify the Minister of the Interior of the taking of the

[37] NAGY, Ernő: ibid. 111., MADARI, Edit, PARRAGI, Maria: *The New Act on Hungarian Nationality.* Acta Juridica Hungarica. 1993. 68., HARGITAI, József: *A magyar állampolgársági jog de lege lata (gondolatok néhány alapelvről)* [Hungarian citizenship law *de lege lata* (thoughts on some basic principles)]. Magyar Jog. 1993. 721.

[38] Ministry of the Interior official communication no. 65.268/1888. in.: FERENCZY Ferenc: ibid. 170.

[39] A certificate of Hungarian citizenship could also only be issued by the Hungarian Royal Minister of the Interior. Ministry of the Interior Decree no. 24.565/1887. in.: FERENCZY, Ferenc: ibid. 152. This was also underlined by the Ministry of the Interior's general decree no 45.516 of 1878 stating that county, municipal and township authorities did not have the powers to issue such certificates. in.: Ibid. 152.

[40] FERENCZY, Ferenc: ibid. 64.

[41] Ministry of the Interior Decree no. 584/1880 regulates the records to be made at the taking of the oath. in.: FERENCZY Ferenc: ibid. 172–173.

oath. The Minister by turn would notify the Prime Minister and the Royal Hungarian Bureau of Statistics.[42]

People who had lived for a period of at least five uninterrupted years before the coming into force of the first citizenship law on the territory of the Hungarian Crown and were on the list of taxpayers in the registry of a township were also considered to be Hungarian citizens, provided that they did not notify the competent authority according to their place of residence that they wished to maintain their foreign citizenship.[43]

Austrian citizens could only be naturalized in Hungary, like Hungarians in Austria, if they were first dismissed from Austrian or Hungarian citizenship, respectively, in accordance with the Treaty of 1870.[44]

Favored naturalization (re-naturalization)[45]

The main difference between favored naturalization and the previously described procedure was that the formed could only be applied to originally Hungarian citizens, while naturalization was a procedure reserved for foreign citizens. Not all former Hungarian citizens could use this easier procedure. Those who were excluded from Hungarian citizenship by an authority's decision did not qualify. Such persons have seriously violated their obligations as citizens. Those who have lost their Hungarian citizenship by way of legitimization, and were therefore considered as foreigners on the basis of the citizenship of their fathers, also belonged to this circle.[46] A person could acquire a new citizenship both by way of naturalization and re-naturalization, but there was still a significant difference between the two situations, since in the latter case, only the legal ties had been broken "between the Hungarian state and its son who lost his Hungarian citizenship, yet the ethical ties were not broken".[47]

Several groups could be established within the circle of those subject to favorable naturalization. A person who had lost his citizenship by way of dismissal or absence and did not obtain another citizenship could be re-naturalized as a citizen even if he did not return to the country in the meantime. Such a

[42] KORBULY, Imre: ibid. 140., FERENCZY, Ferenc: ibid. 65., 174.

[43] FERDINÁNDY, Gejza: ibid. 239–242., NAGY, Ernő: ibid. 111–112.

[44] NAGY, Ernő: ibid. 110. A similar agreement was also in place between Hungary and Serbia (Act 30 of 1882).

[45] FERENCZY Ferenc argues that the word "re-naturalization" is not appropriate, since the person involved is not "regaining some old, lost right," but is acquiring a new right. "Citizenship by way of so-called re-naturalization is not *restitutio in integrum*, but a new citizen's right." He saw this reasoning justified by the taking of the oath and other, similar procedural rules. FERENCZY, Ferenc: ibid. 66., PONGRÁCZ, Jenő: ibid. 28–29.

[46] FERENCZY, Ferenc: ibid. 65.

[47] Ibid. 66.

person would be given admittance to his former township upon re-naturalization. If a person obtained a new citizenship, he could only be re-naturalized if he returned to the territory of the Hungary and a township promised to admit this person as a resident. In the latter case, the Minister of the Interior had no room for deliberation, unlike in the former situation.

Additional advantages were provided by the citizenship law to women and minors. A woman who had lost her citizenship not independently but by way of the dismissal or absence of her husband, or by way marriage to a foreigner, was given Hungarian citizenship, provided that her marriage had terminated and she had already initiated the procedure for admittance to a township. A minor, on the other hand, who had lost his citizenship by reason of his father's dismissal or absence was re-naturalized as a Hungarian citizen when either he became of legal age or his father died, provided that his admittance to a township was under way.[48]

Documents proving that such a person had formerly been a Hungarian citizen had to be submitted with the application.[49] In all other respects the procedure was the same as in case of simple naturalization.[50]

The ten year rule for becoming a member of the legislature did not apply to re-naturalized persons, except if they originally acquired their citizenship by naturalization not more than ten years before.[51]

Naturalization of re-settlers in large numbers

The above provisions applied to emigrants and their immediate family members, and did not take into consideration the returning of the descendants of Hungarians who had left the country several generations before. To fill in this gap, Act 4 of 1884 extended the provisions of the citizenship law relating to favored naturalization.[52] The date when the applicant's forbears left the country could not be taken into consideration. The township to which the applicant was to belong to had to be established by the authority, and several applicants intending to settle in the same place could submit a joint application for naturalization.[53]

---

[48] A child otherwise of legal age could not obtain citizenship by the right of his or her father. Ministry of the Interior Decree no. 1556/1887. in.: FERENCZY, Ferenc: ibid. 157., PONGRÁCZ, Jenő: ibid. 30–31.

[49] Such certificates had no temporal restrictions; however, if a person lost his or her citizenship due to ten years' of absence, then the certificate itself also became ineffective. It was considered as an authentic proof of citizenship until proved otherwise. Ministry of the Interior official communication no. 44.451/1900. in.: FERENCZY, Ferenc: ibid. 152.

[50] PONGRÁCZ, Jenő: ibid. 31–32., FERENCZY, Ferenc: ibid. 67.

[51] NAGY, Ernő: ibid. 116.

[52] FERENCZY, Ferenc: ibid. 68.

[53] The law made it possible for the Csángó [Hungarian-speaking native of Moldavia] Hungarians of Bukovina to re-settle in large numbers, "and was brought to existence by the recogni-

Legitimization

An illegitimate child born to a Hungarian man and a foreign citizen woman could acquire Hungarian citizenship by way of legitimization. The subsequent marriage of such a child's parents was to have the result on the child's citizenship as if he had been born in wedlock.[54] A naturalized father's citizenship did not extend to his legitimized children if they were already of legal age. In such a case, the children were only able to obtain Hungarian citizenship by way of ordinary naturalization. Legitimization was to have a retroactive force to the date of the child's birth.[55] The precise order of procedure was not defined by the law; therefore, subsequent marriage and royal legitimization had the same effect.[56]

It can be observed that in subsequent citizenship laws less and less room was available for the state interference. One by one, the reasons used for the enforcement of the peculiar law principles of the age were removed from among the conditions.

The Loss of Hungarian Citizenship

Act 50 of 1879 lists five cases whereby Hungarian citizenship could be lost. These are the following: dismissal, authority's decisions, absence, legitimization and marriage.[57] This list of the law is also taxative. Hungarian citizenship could not be lost by way of resignation or the acquisition of foreign citizenship. A Hungarian citizen would keep his or her citizenship until losing it for any of the above-mentioned reasons, even if he or she became the citizen of another country in the meantime.

In 1884, the Hungarian Minister of the Interior sent an official communication to his Austrian counterpart on the issue of adoption under status law. According to Act 50 of 1879, citizenship could not be either acquired or lost by way of adoption.[58] In a case involving the adoption of a child of Hungarian

---

tion that these otherwise lost Hungarians should be saved for the Hungarian nation, and should be given every concession to facilitate their return. It is not impossible that this law will make good services in the future as well." FERENCZY, Ferenc: ibid. 68–69., Nagy, Ernő: ibid. 116., PONGRÁCZ, Jenő: ibid. 32.

[54] KORBULY, Imre: ibid. 138., KISTELEKI, Károly: ibid. 50., Ministry of the Interior Decree no. 23.319/1903. in.: FERENCZY, Ferenc: ibid. 158., NAGY Ernő: ibid. 109.

[55] Ministry of the Interior official communication no. 52.550/1903, Ministry of the Interior Decree no. 27.899/1904., in.: FERENCZY, Ferenc: ibid. 158–159.

[56] FERDINÁNDY, Gejza: ibid. 239.

[57] LADIK, Gusztáv: ibid. 11-12., KISTELEKI, Károly: Magyar állampolgárság a XX. században [Hungarian citizenship in the 20th century]. *Állam- és Jogtudomány*, 2000. 57-58.

[58] VIDOVICH, Ernő: *Tudnivalók állampolgársági és illetőségi ügyekben* [Information on issues of citizenship and residence in a township]. Székesfehérvár, 1938. 4.

citizenship, the Minister of the Interior declared that this was not included among the reasons whereby citizenship would be lost. Therefore, he rejected the possibility that the Hungarian child assume his adoptive parents' Austrian citizenship by way of the act of adoption[59], which shows that the officials participating in the procedure strictly adhered to the ways of losing citizenship listed in the law.[60]

Dismissal

The first case of the loss of citizenship was dismissal.[61] This was also the most problematic way of losing one's citizenship. The law provided an opportunity to Hungarian citizens to renounce their citizenship and to break ties with the bonds of the Hungarian state. For dismissal to be valid, the will of the individual and of the state had to meet, whereby it was not sufficient for a citizen to unilaterally give up citizenship, as such statements had no legal effect; therefore, the consent of the state was also necessary for the validity of dismissal.[62]

The precondition of dismissal was that the applicant had to have fulfilled all obligations toward the Hungarian state and not renounce citizenship with the intention of getting exempted from under these obligations.[63] It follows from the above that the procedure was always initiated at personal application, and only Hungarian citizens could be dismissed.[64]

---

[59] Ministry of the Interior official communication no. 47.159 1884. BERÉNYI, Sándor – TARJÁN, Nándor: ibid. 4-5., PONGRÁCZ, Jenő: ibid. 18-19. This was not listed among the possible reasons for losing citizenship. BELEZNAI, József: *A magyar állampolgárságról* [On Hungarian citizenship]. Debrecen, 1941. 46.

[60] BERÉNYI, Sándor – TARJÁN, Nándor: ibid. 6. Yet another example given by the authors is that conversion to the Islamic faith would not allow the loss of Hungarian citizenship either.

[61] Sections 21 to 30 of Act 50 of 1879 discuss the loss of Hungarian citizenship by way of an authority's decision together with dismissal, even though these two modes were completely different. VAJDA, János: *Ki marad magyar állampolgár? Ki veszíti el magyar állampolgárságát? Az uj magyar állampolgársági törvény ismertetése [*Who will remain a Hungarian citizen? Who will lose his Hungarian citizenship? A description of the new Hungarian citizenship law]. Budapest, 1939. 6-9., BRÓDY, Ernő: *Ki a magyar állampolgár?* [Who is a Hungarian citizen?]. Budapest, 1938. 24., NÉMETHY, Imre: *Állampolgárság és községi illetőség a magyar jogban* [Citizenship and township residence in Hungarian law]. Budapest, 1938. 7-8., PEREGRINY, Géza – JACOBI, Roland: *Magyar állampolgárság, községi illetőség és idegenrendészet* [Hungarian citizenship, township residence and foreign registration]. Budapest, 1938. 27-29.

[62] FERENCZY, Ferenc: ibid. 74-75.

[63] PONGRÁCZ, Jenő: ibid. 19.

[64] FERENCZY, Ferenc: ibid. 76., TAR, József: ibid. 20-21. Therefore, it had to be examined at the time applications were submitted whether the applicant was of Hungarian rights and why the termination of citizenship was necessary. The person to be dismissed had to submit proof of his Hungarian citizenship.

Before dismissal, the applicant had to have settled all obligations toward the state, of which military service was the most important. It was not impossible for persons in military service to receive an approval to their applications. Persons in regular, reserve and supplementary reserve service[65] could only be dismissed with the permission of the Minister of War. Persons of at least 17 years of age who were not under such obligations but have not yet been finally exempted from military service had to be dismissed only if the competent municipality certified that the objective of such persons in their application was not gaining defense obligations.[66]

Those domestic citizens who left their service obligations before fulfilling a specific period of time were given a letter of discharge, and could request the termination of their citizenship without the need for any further permission. Persons who left the territory of the Austro-Hungarian Monarchy for the purpose of evading military service, or stayed outside of the borders during the time of recruitment committed were prosecuted. Pursuant to Section 45 of Act 6 of 1889, perpetrators could be punished by up to one year of imprisonment and a fine of one thousand Forints.

The discharge necessary for emigration before the fulfillment of service obligations was issued by the common Minister of War in case of the joint army and the navy, and by the Hungarian Minister of War in case of the Hungarian army. In case of regular conscripted servicemen, permission was only granted if the applicant's parents also emigrated together with him. Dismissal was to be regarded as valid if the person involved moved abroad during the one-year period with the intention of settling down there. If the settling down did not take place within the pre-determined time period, then the person was required to serve the remaining time of his military service.

No person in military service could be given a discharge in the time of war or mobilization. Because of the special public law status existing between Hungary and Austria, an exemption was made on the basis of reciprocity for those to whom the prospects of Austrian citizenship were held out. Such persons were discharged from the ties of the state if they otherwise met the general conditions.[67]

According to Gejza Ferdinándy, Section 25 of Act 5 of 1890 on the Hungarian Army was drafted improperly, whereby "servicemen who are granted citizenship in another state of the Monarchy shall be transferred to a military

[65] The service obligations of these persons were regulated in Act 6 of 1889, in case of army servicemen in Act 5 of 1890, and the obligation for insurrection in Act 21 of 1886.

[66] According to the conscription law, military obligations started on the 21st birthday of the person involved and came to an end on December 31 of the year when he turned 23. BERÉNYI, Sándor – TARJÁN, Nándor: ibid. 78-79., PONGRÁCZ, Jenő: ibid. 20.

[67] BERÉNYI, Sándor – TARJÁN, Nándor: ibid. 71-73.

unit on the basis of his new place of residence with the maintenance of such person's service obligation. [This is erroneous, since] §such a person's military obligations are terminated together with his citizenship, and his military service according to the laws of his new country do not constitute a continuation of his interrupted military service in his former country, but is an obligation deriving out of his new citizenship, and therefore, his old service obligation cannot be maintained."[68] In his opinion, the correct text of the law should have read: "servicemen who are dismissed from the ties of the Hungarian state and who are granted citizenship in another state of the Monarchy shall, for the purpose of performing the military obligations according to their new country, be transferred, on the condition of reciprocity, to an appropriate unit of the imperial and royal Austrian Army at the request of the relevant imperial and royal Austrian military authority."[69]

In an official communication, the Hungarian Minister of War informed the Hungarian Minister of the Interior[70] that there should be no obstacles to the dismissal of those who did not have Hungarian citizenship at the time of the drafting of people of his age and only obtained citizenship subsequently.[71]

Hungarian citizens had to provide proof of three conditions: that they have the capacity to act, or in case of minors, the consent of his father or guardian was obtained to the dismissal; that they have no unpaid public debt; that they are not under criminal procedure or under the execution of a court judgment.[72]

According to the justification of the Minister, the latter two was important because Hungarian taxes could not be collected or the judgments of Hungarian courts enforced abroad.[73]

Such termination of citizenship was also extended to the wife and children of a dismissed husband.[74] In case the wife and the children did not move out of the country, the law ensured that they were not stateless. The law separated their legal

---

[68] FERDINÁNDY, Gejza: ibid. 247.

[69] Ibid. 247., PONGRÁCZ, Jenő: ibid. 26.

[70] Ministry of War official communication no. 4946. in.: BERÉNYI, Sándor – TARJÁN, Nándor: ibid. 73.

[71] Ibid. 73.

[72] FERENCZY, Ferenc: ibid. 77., PONGRÁCZ, Jenő: ibid. 27-28., TAR, József: ibid. 21., STEIN, Artur: *Népszerű tájékoztató állampolgársági ügyekben* [Popular information in citizenship cases]. Budapest, 1947. 14., PEREGRINY, Géza – JACOBI, Roland: ibid. 28.

[73] Ibid. 77.

[74] VAJDA, János: ibid. 9., BRÓDY, Aladár – BÁN, Kálmán: *Állampolgárság és illetőség. A Magyarországon érvényben lévő jogszabályok ismertetése, különös tekintettel a belügyminiszteri és a közigazgatási bíróság legújabb gyakorlatára. Kérvényminták, díjak és illetékek betűsoros tárgymutatója* [Citizenship and residence. The description of the laws and regulations in effect in Hungary, with special attention to the recent practice of the Minister of the Interior and of the Administrative Courts. Samples of applications, fees and stamp duties in an alphabetical listing.]. Budapest, 1938. 19.

status from that of the head of the family, and provided that they are only dismissed if they leave the territory of the country together with the husband or father.[75]

It was presumed, therefore, that the will of the head of the family coincides with the intentions of all other members of the family, who could, however, show the opposite by way of a passive behavior. Legal protection was not possible if the family had moved abroad previously.

Married women also had the opportunity to request dismissal on their own right. In such cases, the legal effects were very different in terms of other members of the family, since the dismissal only applied to the applicant herself. For the dismissal of her children, the consent of the father was also necessary.[76]

Discontinuation of cohabitation was not an obstacle to the granting of dismissal. The legal capacity of a woman was not affected by whether or not she lived together with her husband. In an official communication, the Minister of Justice declared that spouses could have different citizenship as well.[77]

A divorced or widowed woman could freely decide on her own person, but she needed the consent of the public guardianship authority in case of a child below the legal age. It was also necessary that children over the age of 12 explicitly request the termination of their citizenship. In exceptional cases there was also an opportunity for the termination of a child's citizenship in such a way that his or her mother and father was not dismissed. In such cases the consent of the father (or if he was not alive, then the consent of the mother) was necessary, which also had to be endorsed by the public guardianship authority. In case of orphans, the guardianship authority made the decision on its own. The dismissal of a mentally ill person could only be requested by the guardian appointed by the competent court.[78]

The dismissal of a married woman could be refused if her husband had arrears of tax payment.[79] It is apparent from the decision of the Minister of the Interior[80] that tax registrations were interpreted in a rather broad meaning of

---

[75] Ministry of the Interior official communication no. 3810 of 19930. in.: BERÉNYI, Sándor – TARJÁN, Nándor: ibid. 79., PONGRÁCZ, Jenő: ibid. 28.

[76] CZEBE Jenő: *A magyar községi illetőségi jog és a magyar állampolgársági jog szabályai. (Tekintettel a kifejlődött joggyakorlatra s kiegészítve az elszakított területeken érvényben lévő állampolgársági rendelkezésekkel)* [Hungarian laws and regulations on township residence and Hungarian citizenship law (With a view to the legal practice emerged, and supplemented with an overview of the citizenship regulations in effect on the annexed territories)]. Budapest, 1938. 370., FERENCZY, Ferenc: ibid. 78.

[77] Ministry of the Justice official communication no. 11.531 of 1889. in.: BERÉNYI, Sándor – TARJÁN, Nándor: ibid. 76.

[78] FERENCZY, Ferenc: ibid. 79., PEREGRINY, Géza – JACOBI, Roland: ibid. 180-182.

[79] According to Act 44 of 1883 (on public taxes), Section 95, joint and several liability existed with regard to commercial taxes levied on the head of the family.

[80] Ministry of the Interior regulation no. 2320 of 1989. in.: BERÉNYI, Sándor – TARJÁN, Nándor: ibid. 77.

the word. For this reason, debts to the parish or other local religious community were also regarded as obstacles to dismissal until paid by the applicant. The Minister of the Interior called upon the competent sub-prefect to take measures in the interest of the payment of the arrears. If payment was effected, then the opportunity for re-submitting the case to the Minister of the Interior was given.[81] According to the Minister, however, not all kinds of public debts were to be regarded as tax arrears. A debt in the expenses of caring for foundlings was not regarded as an obstacle to dismissal, since it was of private law nature. Similarly, arrears on the payment of fair and market district fees were not an obstacle, since these could not be considered as township or municipal taxes.[82]

If the above requirements were fulfilled, a person could be dismissed from the ties of the Hungarian state. The deed of dismissal was always to be delivered to the applicant himself or herself. The significance of this laid in the fact that the applicant lost his or her citizenship upon receipt of this letter. It could happen, however, that the applicant either refused to take over the letter, or failed to receive it for any other reasons, and consequently, dismissal lost its validity. In extraordinary and exceptional cases, authorized attorneys could also receive the letter. In such cases, these attorneys had to undertake the responsibility that they shall deliver the deed, and then report the date of such receipt to the local authorities and to the Minister of the Interior.[83] In 1892 the Minister also issued an executive decree in connection with delivery[84], in which it was set down that the above authorization had to be given in a deed countersigned by an attorney-at-law or a notary public.[85]

Dismissal became finally effective with the act of moving out. The law provided a period of one year for leaving the territory of the country, to be calculated from the day of receipt of the deed of dismissal. The person in question had the right to change his position, and no justification was necessary to be given. The rights and obligations of the dismissed person were suspended but not terminated in this period.[86] In case any of the obstacles set forth by the law emerged, the dismissal was considered as invalid. This provision had great sig-

[81] Ibid. 77., CZEBE, Jenő: ibid. 1938. 369., PEREGRINY, Géza – JACOBI, Roland: ibid. 179.

[82] Ministry of the Finance official communication no. 8387/91. in.: BERÉNYI, Sándor – TARJÁN, Nándor: ibid. 77-78., CZEBE, Jenő: ibid. 1938. 371., PEREGRINY, Géza – JACOBI, Roland: ibid. 179-180.

[83] FERENCZY, Ferenc: ibid. 80.

[84] Ministry of the Interior regulation no. 82.560/1892. in.: BERÉNYI, Sándor – TARJÁN, Nándor: ibid. 85-86.

[85] Ibid. 85-86., PONGRÁCZ, Jenő: ibid. 29-30., CZEBE, Jenő: ibid. 1938. 378-380.

[86] FERENCZY, Ferenc: ibid. 81.

nificance, since otherwise the dismissed person, as a non-Hungarian citizen, would have been exempt of his or her criminal liability.[87]

The definition of this one-year period was justified, on the one hand, that an intention to emigrate that was not acted upon during such a period could not be taken seriously. On the other hand, the applicant became a quasi re-naturalized person at the elapse of this time period, since, pursuant to Section 48, aliens who did not maintain their own citizenship in a period of one year became Hungarian nationals.[88]

Dismissal was usually requested by those citizens only who stayed outside the territory of the country before. For this reason, invalidity or dismissal due to the elapse of one year happened very rarely.[89]

The above provisions applied for peacetime only.[90] War changed the provisions inasmuch that the monarch had the final word of decision.[91]

The application with detailed justification and supplementary documentation was to be addressed to the Minister of the Interior, but submitted to the highest official of the local municipality.[92] Documents proving personal information (birth and marriage certificates), as well as proof of no public debt and of full legal capacity to act also had to be attached.[93] A fee of two Pengös had to be paid for the application, and an additional 30 Fillers for each sheet of attachments.[94]

In the decree of the Minister of the Interior on the execution of the law[95] it was provided that the certificate issued by the officials had to indicate that the objective of the applicant is not exemption from military obligation and also to fact whether he intended to leave the country together with his family or by him-

---

[87] BERÉNYI, Sándor – TARJÁN, Nándor: ibid. 80-81., PONGRÁCZ, Jenő: ibid. 30.

[88] BERÉNYI, Sándor – TARJÁN, Nándor: ibid. 81.

[89] FERDINÁNDY, Géjza: ibid. 244., PEREGRINY, Géza – JACOBI, Roland: ibid. 184-185.

[90] According to Section 21 of Act 50 of 1879, in the Hungarian and Fiume dismissal cases the Hungarian Minister of the Interior, while in case of applications received from Croatian, Slavonian and Dalmatian territories, the Croatian-Slavonian-Dalmatian Ban would be competent to decide.

[91] CSIKY, Kálmán: *Magyar alkotmánytan és jogi ismeretek kézi könyve* [Hungarian constitutional and legal studies]. Budapest, 1907. 38.

[92] Listed among the formal requirements of the application was the fact that it had to be submitted to the highest official of the municipality (sub-prefect, mayor) where the person in question had township residence. BERÉNYI, Sándor – TARJÁN, Nándor: ibid. 80., PEREGRINY, Géza – JACOBI, Roland: ibid. 185-186.

[93] FERENCZY, Ferenc: ibid. 83-85.

[94] PONGRÁCZ, Jenő: ibid. 23., BRÓDY, Aladár – BÁN, Kálmán: ibid. 21.

[95] Ministry of the Interior Regulation no. 584 of 1880 on the execution of Act 50 of 1879 on the acquisition and loss of Hungarian citizenship. in.: BERÉNYI, Sándor – TARJÁN, Nándor: ibid. 81-82.

self. In the resolution, the names of his dismissed wife and children also had to be indicated. At the time of delivery of the deed, the conditions that could invalidate the resolution had to be notified to the applicant. The date of delivery had to be reported to the Minister of the Interior, as was also the fact if the applicant did not leave the country within one year or moved to another domestic township.[96]

This executive decree, however, still failed to answer some of the practical problems that emerged in the meantime, and therefore, it was amended in 1892.[97] This executive decree was drafted by the Ministry of the Interior in agreement with the Ministry of War and the Ministry of Finance.

Those Hungarian applicants who intended to emigrate to Austria, the German Empire or Serbia had to present an official promissory note for admission to citizenship in these states, which also had to be renewed if it expired in the meantime.

The tax certificate was to be issued by the competent Hungarian Royal Tax Office. The applicant also had to submit his military registry book issued by the competent military replacement center, or an authenticated copy of the military registration records, if the applicant or anyone in his family was of military age. The military replacement center examined the case preliminarily if the applicant was in the ranks of the army (or navy) at the time of application.

The tax for exemption from military service also had to be paid at the tax authorities, and the receipt attached to the application. The applications of persons that have exceeded the military age of 21 to 35 years were also sent to the financial department (tax inspectors). This was necessary as it frequently happened that individuals of military age were drafted not at the ordinary age as determined by Act 6 of 1889, but several years later. In such cases disqualification from military service or the obligation for the payment of the exemption tax could only be established later.

Applications submitted properly were to be immediately sent to the Minister of the Interior together with a report containing the opinion or proposal as to whether the applicant's request should be granted or not. Deficient applications were returned to the applicants.[98]

The Minister of the Interior had to request the opinion of the Minister of War in all cases when the applicant was of military age. The common (imperial) Minister of War was only asked when the individual belonged to the ranks of the common army and Austria was not his destination. The opinion of the Minister of Finance was also requested if the issue of tax arrears came up.[99]

---

[96] Ibid. 81-82.
[97] Ministry of the Interior Regulation no. 23.901/1892. in.: ibid. 82.
[98] Ibid. 82-83.
[99] FERDINÁNDY, Géjza: ibid. 243.

If the Minister of the Interior found the case to be in order, then he issued a deed of dismissal[100], which was then sent to the highest official of the competent municipality. Delivery took place subsequently.

In the course of the legislative process the principle was not accepted that the acquisition of a foreign citizenship would automatically terminate Hungarian citizenship, even though such a provision would have significantly simplified the administrative process. A separate act of dismissal from the ties of the Hungarian state would not have been necessary.

Further devaluing the importance of dismissal was the fact that the majority of countries did not request the termination of the former citizenship for their naturalization process.[101] This led to a situation in which many people did not request dismissal.[102]

The deed of dismissal, however, had the major advantage of certifying that the applicant has fulfilled all his obligations existing toward the state.[103]

Absence

The concept of absence meant the residence of a Hungarian citizen beyond the borders of his home country.[104] The initial date of absence was the day on which the individual left the territory of the country. If he or she left with a passport, it was the date when his or her passport expired, or when he became of legal age (provided that he had not previously lost his citizenship by the right of

[100] Ibid. 243.

[101] Sweden and Norway made the acquisition of citizenship dependent on dismissal. Certain German members states, including Würtenberg on the basis of a decree from 1881, Lübeck in 1870, and Hamburg (Wilheim CAHN: *Das Reichsgesetz über die Erwerbung und den Verlust der Reichs- und Staatsangehörigkeit vom 1. Juni. 1871.* Berlin, 1908. 66.) also acted similarly. It must be noted that the German citizenship act of 1870, however, did not set such conditions. Only few states (Russia, Luxemburg) demanded of their would-be citizens to certify the performance of their obligations, especially military ones, to their former home countries. The Unites States was satisfied with the resignation of the earlier citizenship by way of an oath. In Spain it was also accepted if one renounced citizenship. Special mention must be made of the Japanese regulation of 1899 whereby only such persons could be naturalized who were either stateless or who have lost their citizenship as a consequence of the acquisition of Japanese citizenship. KIRÁLYFI, Árpád: *A magyar állampolgárság kizárólagossága* [The exclusivity of Hungarian citizenship]. Budapest, 1903. 108-109.

[102] THIRRING, Gusztáv: *A magyarországi kivándorlás és a külföldi magyarság* [Hungarian emigration and Hungarians abroad]. Budapest, 1904. 94.

[103] CZEBE, Jenő: ibid. 24-30., KIRÁLYFI, Árpád: ibid. 88.

[104] The German citizenship law of 1870 also used this case of termination. The evaluation of foreign residence essential to the question of absence, however, was very complicated, since the overseas territories would only be regarded as domestic land from 1888. Max BAHRFELDT: *Der Verlust der Staatsangehörigkeit durch Naturalization und Aufenthalt im Auslande nach geltendem deutschem und frazösischem Staatsrechte*. Breslau, 1903. 64.

his father), or when the period of guardianship or trusteeship came to an end.[105] The last paragraph of Section 48 of the Act clearly states that the period of ten years' absence is to be calculated from the date when the law comes into effect. It was only after this period of ten years that a person could lose his Hungarian citizenship by reason of absence.[106] It must be noted, however, that only such persons could lose their citizenship this way who had no connections with the Hungarian state in this period of time.

According to Act 50 of 1879, only such persons could lose their citizenship this way that stayed outside the territory of the Hungarian Crown other than on commission of the Hungarian government or the common Austrian-Hungarian Ministers for an uninterrupted period of ten years.[107] Hungarian citizens with the legal capacity to act who had no obligations outstanding toward the state and against whom there was no procedure pending before Hungarian authorities would lose their citizenship this way. Accordingly, no minors or persons under guardianship of trusteeship could lose their citizenship on their own right.

Any measure taken in the interest of maintaining citizenship would prevent loss of citizenship by absence. This could happen by way of the person at the time of his departure or any time before the expiration of the ten years reporting to the highest official of the municipality competent on the basis of his place of residence (sub-prefect or mayor of a municipality town) that he wished to maintain his Hungarian citizenship. Giving such notice would interrupt the period of absence, and the ten-year period was to be restarted. Any visit to Hungary, for however short a time, would also interrupt the above period. Similarly, traveling across the territory of the country, even if it was not with the intention of the individual, would have the same consequences.[108]

If the person involved requested a new passport, or received a residence permit from any Austrian-Hungarian consular office, or his name was entered in the register of the consular community, then these acts were also regarded as acts of maintenance under the law.[109] Those receiving benefits from the treasury

---

[105] FERENCZY, Ferenc: ibid. 89-90.

[106] NAGY, Ernő: ibid. 114., VAJDA, János: ibid. 12-17., PEREGRINY, Géza – JACOBI, Roland: ibid. 191-193. This is how Lajos Kossuth also lost his Hungarian citizenship. BÉNYEI, Miklós: *Kossuth Lajos és Debrecen* [Lajos Kossuth and the city of Debrecen]. Debrecen, 2003. 201-205.

[107] ESSER, Károly: *Magyar honos vagyok-e? (Az illetőségi bizonyítvány és állampolgársági bizonyítvány megszerzésének módja.)* [Am I a Hungarian citizen? (The way of obtaining a residence certificate and a citizenship certificate]. Árpádföd, 1938. 11., BALOGH, Arthur: ibid. 92., PONGRÁCZ, Jenő: ibid. 31-33., BRÓDY, Ernő: ibid. 24., TAR, József: ibid. 24-25., CZEBE, Jenő: ibid. 1938. 384-387., BRÓDY, Aladár – BÁN, Kálmán: ibid. 21-23.

[108] VAJDA, János: ibid. 13., PEREGRINY, Géza – JACOBI, Roland: ibid. 189-190.

[109] Sephan EGYED: *Das Staatsangehörigkeitsrecht des Königreiches Ungarn.* Budapest, 1933. 191., CSIKY, Kálmán: ibid. 142., NÉMETHY, Imre: ibid. 8-12.

outside the borders of the country were regarded as being on official commission. A list was to be maintained of those who reported that they wished to maintain their citizenship. The list was to be presented to the Minister of the Interior.[110]

Due to the mere existence of the institution of absence, several persons lost their citizenship who never intended to. It is true that the law provided opportunities for preventing the loss of citizenship in the ways described above, but practical experiences showed that few Hungarian citizens living abroad used these opportunities. This followed partly from their lack of information, and partly from the fact that the consular offices were located far from their places of residence.[111] Many people failed to perform the acts that could have interrupted the period of absence, and therefore, loss of citizenship by reason of absence had the negative consequence that those "who were in economic and cultural relationship with their mother country, and who therefore, despite their physical absence, represented valuable assets for the Hungarian state, were, against their will, deprived of their Hungarian citizenship together with their descendants, which, in addition to the significant proportions of Hungarian emigration, was a further serious contribution to the loss of a sizable contingent of our population."[112]

A person could only lose his or her citizenship by reason of absence if the person had no commission by the state, received no benefits from the state treasury or other public funds (pensions, national assistance, etc.), had no procedure pending against him or her, was not of military age, his or her child did not come of military age in the meantime, and was not registered for the purposes of the payment of military exemption tax. If any of the above circumstances occurred, this would interrupt the continuity of the ten years, and another ten year period started that had to expire for the fact of absence to be certified.[113]

It did not count in the period of absence, however, if a person was outside of the countries of the Central Powers during the war. This period was to be regarded as if it did not happen. Captivity as a prisoner of war also was not calculated as adding to this period. The time spent by a person abroad before the coming into effect of the first citizenship law also did not count, as all those who spent the above-mentioned uninterrupted ten years' period abroad could

[110] Ministry of the Interior decree no. 584/1880. in.: FERENCZY Ferenc: ibid. 186.

[111] Királyfi Árpád mentions as an example the Hungarian emigrants living on Canadian farms, who had to report in such cases at the consular office of Montreal, several days of travel away. KIRÁLYFI, Árpád: ibid. 89.

[112] Ibid. 89.

[113] KORBULY, Imre: ibid. 142.

lose their citizenship by reason of absence after January 8, 1890 at the earliest, unless they maintained it by one of the ways described above.

The loss of Hungarian citizenship by reason of absence also extended to the cohabiting wife of an absent husband, as well as all minor children under the custody of the father.[114] In case the wife and the children did not follow the husband or father and remained within the territory of Hungary instead, they would keep their citizenship independent of the father. A woman who lost her citizenship by reason of the dismissal or absence of her husband or by way of marriage to a foreigner, and subsequently divorced or widowed, and was admitted to a township community or the prospects of such admission were held out, could be re-admitted to citizenship at her request.

A minor who lost his or her Hungarian citizenship by reason of the dismissal or absence of the father, could also be readmitted as a Hungarian citizen upon the death of his or her father or when reaching the legal age, provided that the issue of township community residence was earlier settled.[115] The consent of the guardian had to be obtained as well. Special attention had to be devoted to orphaned children below the legal age, since the provisions of Section 31 in Act 50 of 1879 did not apply to them, as the institution of absence could only be applied from the time of coming of age.[116]

The elapse of the ten-year period could not be taken into consideration in case of persons under guardianship or trusteeship who resided abroad until they regained their legal capacity of action. The absence of legal capacity to act, however, could be substituted by the consent of their legal representatives. For the dismissal of a person under guardianship or trusteeship, the consent of the guardian or the trustee was necessary, which also had to be endorsed by the guardianship authorities. It also clearly follows from this that if a person had no capacity to act, then he also could not obtain citizenship rights independently.[117] The termination of the individual's citizenship in such cases, unlike in all other cases,[118] was the result of not so much the will of the individual, but of the passing of time.

---

[114] Stephan EGYED: ibid. 191., VAJDA, János: ibid. 14-15., CZEBE, Jenő: ibid. 1938. 395., PEREGRINY, Géza – JACOBI, Roland: ibid. 196.

[115] Explanation of township residence: This institution is introduced in Act 58 of 1871. Section 6 of the above Act provides that "each citizen shall be a resident of one of the townships." Beyond this, township residence has no impact on citizenship law. Act 50 of 1879 provided that this institution be one of the conditions of naturalization, since all Hungarian citizens had to be residents of a township.

[116] Ministry of the Interior regulation no. 10.804/1890. in.: FERENCZY, Ferenc ibid. 188., Ministry of the Interior regulation no. 13.459/1894. in.: FERENCY, Ferenc: ibid. 188-189.

[117] TAR, József: ibid. 25.

[118] Contemporary Austiran citizenship law also regulated the cases of the loss of citizenship in a similar way. Emanuel MILNER: ibid. 105.

The loss of citizenship could be established ex officio or at the request of the individual.[119] The Minister of the Interior had the competence to make a decision, but in effect he did not terminate citizenship, just declared that it was not longer valid. This is how it happened that the loss of citizenship was frequently established after 20 or 30 years. The loss of citizenship happened not at the date of the resolution but at the expiry of the predetermined period of time.

The Minister of the Interior issued a general decree in connection with the procedure.[120] The effect of the declaratory resolution was completely independent of acknowledgement by the interested party, from the delivery of these documents and attachments. This document was to be entered in the list of dismissal by the ministry officials.[121] If the applicant subsequently based his application for naturalization on the fact that he had lost his Hungarian citizenship by reason of absence, he could request the restoration of his citizenship by way of a favorable re-naturalization procedure.[122] According to the law, a person who lost his or her citizenship by reason of absence and acquired no other citizenship in the meantime, could regain his Hungarian citizenship under the above procedure by returning to Hungary. A person who was admitted to a domestic township upon his return also had to be readmitted as a Hungarian citizen.

Legitimization

A child born out of wedlock to a foreign father and Hungarian citizen mother who was legitimized according to the law of the country of the father's origin would lose his or her Hungarian citizenship without any special procedure.

There were some cases, however, when a child did not lose his or her Hungarian citizenship despite legitimization: if he or she acquired no citizenship by way of the legitimization; or if he did acquire a citizenship, but continued to live in the territory of the Hungarian state after the legitimization.[123]

---

[119] FERECNZY, Ferenc: ibid. 90.

[120] Ministry of the Interior official communication no. 52.273/1897. in.: ibid. 186-187.

[121] Ministry of the Interior regulation no. 83.303/1895. in.: ibid. 187.

[122] BAJÁKI, Veronika: *Magyar állampolgárság – kettős állampolgárság* [Hungarian citizenship – dual citizenship]. Budapest, 1973. 124., SÖMJÉN, László – SZITÁS, Jenő – KISS, Miklós: *Magyar állampolgársági jog. (A magyar állampolgárságról szóló 1948:LX. Törvénycikk és a községi illetőség megszűnéséről szóló 1948:LXI. Törvénycikk a kapcsolatos jogszabályokkal.)* Hungarian citizenship law. Budapest, 1949. 116-117. According to the German regulation of 1870, those who lost their citizenship due to absence and obtained no other citizenship could request the maintenance of their former citizenship by way of re-naturalization. Max BAHRFELDT: ibid. 37.

[123] FERENCZY, Ferenc: ibid. 85., NÉMETHY, Imre: ibid. 7-8., TAR, József: ibid. 25., CZEBE, Jenő: ibid. 1938. 395-396.

Of course a child born to a foreign woman could also acquire Hungarian citizenship this way. This reciprocity was not fully consistent, because in this case no separate act was necessary. By contrast, in the case described above, the territory of the country had to be left and the citizenship of the father acquired.[124]

Marriage

Marriage also had similar consequences.[125] A Hungarian woman who married a foreign man lost her Hungarian citizenship at the moment of her wedding. Citizenship acquired by way of marriage, however, was not lost even if she was subsequently widowed or divorced.[126]

Of course, only validly concluded marriages would have such legal consequences, since invalid (void or contestable) marriages were only valid until a final court ruling pronounced them invalid.

The law was not clear with respect to what would happen if a Hungarian woman married a foreigner, and then stayed in Hungary either alone or with her husband. In case of legitimization, the fact of leaving the country was specifically mentioned in the text of the law; however, it is not mentioned here, which leads us to the conclusion that marriage to a foreigner would deprive a woman of her Hungarian citizenship even if she did not leave the country. This was also true the other way round. The real problem arose when she was trying to get out of wedlock. She could only file for divorce in Hungary in such cases as any other foreign citizen. A rescissory act, on the other hand, was only possible is the marriage was concluded in Hungary and she did not subsequently follow her husband abroad. The situation was even more complicated if she became the citizen of a state that did not recognize the institution of divorce.[127]

Our marriage law at the time only allowed a Hungarian woman to seek remedies for her grievances at a Hungarian court if there were reasons of invalidity, the marriage was concluded in Hungary, and she lived within the territory of the country. These three conditions had to be met at the same time: if even one was absent, she was not able to assert her case at Hungarian courts. In most situations, these cases only reached the courts if the woman was re-naturalized

---

[124] Ministry of the Interior regulation no. 26.855 of 1896. in.: BERÉNYI, Sándor – TARJÁN, Nándor: ibid. 108-109., PONGRÁCZ, Jenő: ibid. 33., KÁLMÁN, Ödön: *Mit kell a magyar állampolgárságról tudni?* (What should be known about Hungarian citizenship?) Miskolc, 1938. 9., BRÓDY, Ernő: ibid. 25., PEREGRINY, Géza – JACOBI, Roland: ibid. 196., BRÓDY, Aladár – BÁN, Kálmán: ibid. 23.

[125] Act 50 of 1879, Section 34-35., CSIKY, Kálmán: ibid. 38.

[126] FERENCZY, Ferenc: ibid. 86., TAR, József: ibid. 25., CZEBE, Jenő: ibid. 1938. 396-397., PEREGRINY, Géza – JACOBI, Roland: ibid. 197., BRÓDY, Aladár – BÁN, Kálmán: ibid. 23.

[127] BERÉNYI, Sándor – TARJÁN, Nándor: ibid. 109-111.

first. This, however, was not an easy task either, since the pre-condition of re-naturalization in this case was to get divorced. The most fundamental condition was nevertheless to be "separated from bed and board."[128]

Authority's decision (expulsion)

The last case of losing citizenship was by way of an authority's decision. The Hungarian state did not tolerate if an individual was working against her interests. This was regarded as a gross violation of allegiance to the state. Naturally, the fact that somebody worked in the service of another state was not sufficient grounds for expulsion.[129] All states, including Austria, would be considered such foreign states. Because of the dual monarchy, however, this provision of law was not applied in connection with Austria.[130] It was also a necessary condition that the individual's activity be directed against the Hungarian state.

After the Minister of the Interior established the fact of the violation, the individual concerned was called upon to resign his service by a certain deadline.[131] If he complied with this request, then the loss of citizenship could not be declared by way of authority's decision. The termination of citizenship was always pronounced ex officio, unlike in the case of dismissal, where the procedure was initiated at the request of the applicant. The authority's decision simply declared the termination of an individual's citizenship, which fact would then also be notified to the Prime Minister. Such decision could be made by the Hungarian Royal Minister of the Interior or by the Ban of Croatia and Slavonia. Citizenship could not be lost in any other way than defined in the law; in other words, expulsion could be used neither as a penalty nor in case of resignation.

The executive decree of 1880 also affected this way of losing citizenship, inasmuch that any case that could be grounds for expulsion had to be reported to the Minister of the Interior.[132]

Similarly to absence, the authorities' decision made it possible for a Hungarian citizen to lose his or her national status without becoming the citizen of another state. This way, loss of citizenship could easily become a punitive sanction, and this contradicted with the international principle that nobody should lose his or her citizenship by punishment.[133]

---

[128] Ibid. 87., PONGRÁCZ, Jenő: ibid. 33., BRÓDY, Ernő: ibid. 25., NÉMETHY, Imre: ibid. 7-8.

[129] FERENCZY, Ferenc: ibid. 91-92.

[130] BERÉNYI, Sándor – TARJÁN, Nándor: ibid. 87.

[131] NÉMETHY, Imre: ibid. 8-12., TAR, József: ibid. 21., CZEBE, Jenő: ibid. 1938. 383-384., PEREGRINY, Géza – JACOBI, Roland: ibid. 186-187., BRÓDY, Aladár – Bán, Kálmán: ibid. 21.

[132] BERÉNYI, Sándor – TARJÁN, Nándor: ibid. 87-88.

[133] KIRÁLYFI, Árpád: ibid. 90-71.

Dr Norbert Varga, docent
pri katedri za Mađarsku pravnu istoriju
Pravni fakultet Univerziteta u Segedinu

Kratka istorija prvog mađarskog zakona o državljanstvu

Rezime

Mađarsko državljanstvo je prvi put zakonski regulisano 1879. godine, u skladu sa tadašnjim ustavnim reformama i pravnom praksom. Uprkos nekim nedostacima zakona, on je ostao temelj mađarskog zakonodavstva o državljanstvu, pošto je u svojim odredbama predvideo slučajeve sticanja i gubitka državljanstva. Zakon sadrži detaljne odredbe o tome kako se pravni odnosi između građanina (državljana) i države, mogu uspostaviti i prekinuti. Cilj zakona bio je da uspostavi jasna i transparentna pravila o državljanstvu.

Zakon o državljanstvu može se smatrati kao pravni akt koji je bio sposoban da izdrži ispit vremena, pošto je ostao na snazi, uz neznatne izmene, sve do 1948. godine. Prvi takav amandman bio je Zakonski članak 4 od 1886. godine o renaturalizaciji ljudi koji su se ponovo naseljavali u dosta velikom broju, a zatim ga je pratio Zakonski članak 17 od 1922. godine, vezan za nastale promene u statusu državljana nakon potpisivanja *Trijanonskog sporazuma.* Sledeća značajna izmena uneta je u Zakonski članak 13 od 1939. godine, koja je predvidela da bi sva lica, koja su optirala za državljanstvo u drugim državama, automatski izgubila svoje mađarsko državljanstvo.

U kasnijim zakonima o državljanstvu (Zakonski članak 60 od 1948, Zakonski članak 5 od 1957, Zakonski članak 55 od 1993), unete su značajne izmene i na planu sticanja i na planu gubitka državljanstva. U svim ovim aktima veće mogućnosti su date idividualnoj volji, a manje prostora je ostavljeno interveciji države.

Ključne reči: Mađarska, državljanstvo, Trijanonski sporazum, prvi mađarski zakon o državljanstvu