

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



ZBORNIK RADOVA COLLECTED PAPERS

XLIII 2 (2009)

NOVI SAD, 2009.

ZRPFNS, Godina XLIII Novi Sad, br. 2 (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 Munčan (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 Brauner (Austrija); prof. dr Tamás Prugberger (Mađarska),
doc. dr Branislav Ristivojević, mr Radmila Dabanović, Marko Knežević

Menadžer časopisa

Stefan Samardžić

Sekretarijat Uredništva

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

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

<i>Dr Marijana Pajvančić, redovni profesor</i>	
Povreda zabrane diskriminacije po polu kao osnov ograničenja ljudskih prava	7
<i>Dr Stevan Šogorov, redovni profesor</i>	
Postupak i pravne posledice povlačenja i poništenja udela u društvu s ograničenom odgovornošću	21
<i>Dr Jožef Salma, redovni profesor</i>	
Obligacionopravna zaštita životne sredine	33
<i>Dr Zoran Arsić, redovni profesor</i>	
Pravo glasa akcionara – osnovni principi	55
<i>Dr Olga Cvejić-Jančić, redovni profesor</i>	
Brak i razvod između prošlosti i budućnosti	63
<i>Dr Dragan Milkov, redovni profesor</i>	
Odnos uprave i sudova	89
<i>Dr Predrag Jovanović, redovni profesor</i>	
Radnopravni standardi u vezi kolektivnog pregovaranja	101
<i>Dr Milo Bošković, redovni profesor</i>	
Kriminološka obeležja krivičnih dela protiv polnih sloboda	121
<i>Dr Miloš Marjanović, redovni profesor</i>	
Predmet sociologije prava i njen odnos sa srodnim disciplinama	143
<i>Dr Gordana Kovaček-Stanić, redovni profesor</i>	
Uticaj multikulturalnosti na sklapanje i razvod braka	163
<i>Dr Danica Popov, redovni profesor</i>	
Zaloga na pokretnim stvarima upisanim u registar u pravu Republike Srbije	201
<i>Dr Ljubomir Stajić, redovni profesor</i>	
Strategija nacionalne bezbednosti u funkciji bezbednosti Republike Srbije	221
<i>Dr Ištvan Feješ, redovni profesor</i>	
Constitutio criminalis theresiana – Sistem kazni	237

<i>Dr Magdolna Sič, vanredni profesor</i>	
<i>Cessio bonorum Rimskog prava</i>	259
<i>Dr Marija Salma, vanredni profesor</i>	
<i>Zabrana zloupotrebe procesnih ovlašćenja</i>	281
<i>Dr Senad Jašarević, vanredni profesor</i>	
<i>Zaštita ličnih podataka zaposlnih u srpskom i evropskom pravu</i>	293
<i>Dr Snežana Brkić, vanredni profesor</i>	
<i>Krivičnoprocesna reforma u Srbiji 2009. godine i ustanova zaštite svedoka</i>	311
<i>Dr Zoran Lončar, docent</i>	
<i>Nastanak i razvoj ideje o regionalizaciji Srbije</i>	333
<i>Dr Branislav Ristivojević, docent</i>	
<i>Upotreba metoda tumačenja u krivičnom pravu</i>	345
<i>Dr Tatjana Lukić, docent</i>	
<i>Oduzimanje imovine stečene krivičnim delima – značaj finansijske istrage</i>	381
<i>Dr Nataša Deretić, docent</i>	
<i>Kratak osvrt na rešavanje demografskih problema u Rimskoj državi</i>	413
 <i>Mr Petar Dundić, asistent</i>	
<i>Harmonizacija pravila o odgovornosti proizvodača u državama članicama EU i najvažnije odredbe Direktive o odgovornosti za proizvode sa nedostatkom (85/385/EEC)</i>	457
<i>Mr Bojan Tubić, asistent</i>	
<i>Pravilo o iskorišćenosti lokalnih pravnih lekova u praksi Komiteta za ljudska prava</i>	475
<i>Mr Marko Knežević, asistent</i>	
<i>Ugovor o činjeničnom stanju zaključen u postupku posredovanja</i>	499
<i>Milana Pisarić, saradnik u nastavi</i>	
<i>Elektronski zapisi kao dokazi u krivičnom postupku</i>	519
<i>Luka Baturan, saradnik u nastavi</i>	
<i>Nastanak i razvoj zajedničke politike ribarstva Evropske unije do reformi 2002. godine</i>	537
 ODELJAK ZA INOSTRANE AUTORE	
<i>Dr Čaba Fenjveši, docent</i>	
<i>Suočenje u svetlu međunarodnih dokumenata i u odlukama Evropskog suda za ljudska prava</i>	561

TABLE OF CONTENTS

<i>Marijana Pajvančić Ph.D., Full Professor</i>	
Violation of prohibition of discrimination based on sex as a form of human rights restriction	7
<i>Stevan Šogorov Ph.D., Full Professor</i>	
Procedure and legal consequences of withdrawal and annulment of private company shares	21
<i>József Szalma, Ph.D., Full professor</i>	
Civil law protection of the environment	33
<i>Zoran Arsić, Ph. D., Full professor</i>	
Shareholder's right to vote – basic principles	55
<i>Olga Cvejić Jančić, Ph.D., Full Professor</i>	
Marriage and divorce between the past and the future	63
<i>Dragan Milkov, Ph.D., Full Professor</i>	
Relation Between Administration And Courts	89
<i>Predrag Jovanović, Ph.D., Full Professor</i>	
Labour-legal standards regarding collective bargaining	101
<i>Milo Bošković, Full Professor</i>	
Criminological characteristics of crimes against sexual freedom	121
<i>Miloš Marjanović, Ph.D., Full Professor</i>	
The subject of sociology of law and its relations to the other disciplines	143
<i>Gorana Kovaček-Stanić, Ph.D., Full Professor</i>	
Multiculturalism: Influences on the Formation and Dissolution of Marriage ...	163
<i>Danica Popov, Ph.D., Full Professor</i>	
Registered pledge in Serbian Law	201
<i>Ljubomir Stajić, Ph.D., Full Professor</i>	
National Security Strategies In The Function Of The Security Of The Republic Of Serbia	221
<i>Ištvan Feješ, Ph.D., Full Professor</i>	
Constitutio Criminalis Theresiana	237

<i>Magdolna Sič, Ph.D., Associate Professor</i>	
<i>Cessio Bonorum of Roman Law</i>	259
<i>Marija Salma, Ph.D., Associate Professor</i>	
<i>Prohibition Of Abuse Of Procedural Powers</i>	281
<i>Senad Jašaravić, Ph.D., Associate Professor</i>	
<i>Protection of personal data of employees in the Serbian and European legislation ..</i>	293
<i>Snežana Brkić, Ph.D, Associate Professor</i>	
<i>Reform of criminal procedure in Serbia from 2009. and witness protection</i>	311
<i>Zoran Lončar, Ph.D., Assistant Professor</i>	
<i>Creation and development of the idea od regionalization of Serbia</i>	333
<i>Branislav Ristivojević, Ph.D., Assistant Profesor</i>	
<i>The use of Interpretation Methods in the Criminal Law</i>	345
<i>Tatjana Lukić, Assistant professor</i>	
<i>Confiscation of Proceeds from Crime</i>	381
<i>Nataša Deretić, Ph.D., Associate Professor</i>	
<i>Short view on solving demographic problems in the Roman state</i>	413
<i>Petar Dundić, LL.M. Assistant</i>	
<i>Harmonization of Rules on Product Liability in EU Member tates and the Most Important Provisions of European Product Liability Directive (85/374/EEC)</i>	457
<i>Bojan Tubić, LL.M., Assistant</i>	
<i>The Exhaustion of Local Remedies Rule in the Jurisprudence of the Human Rights Committee</i>	475
<i>Marko Knežević, LL.M., Assistant</i>	
<i>Agreement on the Facts of the Case Concluded in Mediation</i>	499
<i>Milana Pisarić, Junior Assistant</i>	
<i>Electronic Records As Digital Evidence</i>	519
<i>Luka Baturan, Junior Assistant</i>	
<i>The birth and development of the common fisheries policy Until reforms 2002</i>	537
ODELJAK ZA INOSTRANE AUTORE	
<i>Csaba Fenyvesi, Ph.D., Assistant Professor</i>	
<i>The confrontation in the mirror of international documents and the European Court of Human Rights</i>	561

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

POVREDA ZABRANE DISKRIMINACIJE PO POLU KAO OSNOV OGRANIČENJA LJUDSKIH PRAVA¹

Sažetak: U radu se razmatraju ograničenja određenih individualnih prava garantovanih Ustavom, kada je razlog za njihovo ograničenje kršenje ustavne zabrane diskriminacije po polu. To je i vid neposredne ustavne zaštite prava na ravnopravnost polova i sankcija za njegovu povredu. Ograničenja individualnih prava zbog povrede zabrane diskriminacije po polu analiziraju se na primerima slobode savesti i veroispovesti, slobode medija, slobode misli, slobode udruživanja. Predmet pažnje su i ograničenja kojima podležu mere odstupanja od ljudskih prava u ratu i vanrednom stanju zbog diskriminacije.

Ključne reči: ustav, diskriminacija, ljudska prava, ravnopravnost polova, ograničenje ljudskih prava.

U ovom prilogu predmet pažnje je povreda ustavne zabrane diskriminacije po polu kao osnov i razlog za ograničenje ljudskih prava garantovanih Ustavom. Smisao Ustavom propisane zabrane diskriminacije po osnovu pola je da zaštitи pravo na ravnopravnost polova kao vrednost koju Ustav garantuje i koja uživa zaštitu u ustavnom sistemu. Zato je povreda zabrane diskriminacije po polu sankcionisana u ustavnom sistemu između ostalog i tako što ona predstavlja ustavni osnov za ograničenje nekih drugih individualnih prava. Na primerima njudskih prava koja podležu ograničenju zbog povrede ustavne zabrane diskriminacije biće poseb-

¹ Rad je pripremljen u okviru projekta *Harmonizacija prava Republike Srbije i prava Evropske Unije- teorijskopravni, sociološkopravni, istorijskopravni, pozitivnopravni i ekonomski razvoj* koji se realizuje na Pravnom fakultetu u Novom Sadu.

no analizirana samo ograničenja čiji je osnov u kršenju zabrane diskriminacije po polu.

1. Diskriminacija na osnovu pola - pojam

Pojam diskriminacije² zasnovane na polu potrebno je na samom početku bliže odrediti uključiv i osnovne oblike u kojima se ona javlja.

Najopštije određivanje sadržaja koji uključuje pojam diskriminacije kao i propisivanje zabrane diskriminacije nalazimo u osnovnim međunarodnim dokumentima o ljudskim pravima. Kada se radi o diskriminaciji po polu to je posebna međunarodna konvencija - Konvencija o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena.³ U ovoj Konvenciji bliže se definišu posebno: osnov diskriminacije po polu, oblici diskriminacije, pozitivna diskriminacija (posebne mere, afirmativna akciju), politika jednakih mogućnosti i pravni okvir za regulisanje ovih pitanja u unutrašnjem pravu.

Diskriminaciju po polu Konvencija⁴ definiše kao: pravno ili fizičko, neposredno ili posredno razlikovanje, privilegovanje, isključivanje ili ograničavanje čiji cilj ili posledica se ogledaju u otežavanju, ugrožavanju, onemogućavanju ili negiranju priznavanja, uživanja ili ostvarivanja ljudskih prava zbog pripadnosti određenom polu. Ova definicija uključuje ne samo diskriminaciju po polu, već i druge oblike diskriminacije čije karakteristike, sadržaj i svojstva se mogu dovesti u vezu sa pripadnošću određenom polu. Među drugim oblicima diskriminacije navodi se više ličnih svojstava ili statusa koji uključuju pojam diskriminacije po polu i neposredno su sa njim povezani. To su: bračni status, porodični status, trudnoća i materinstvo, roditeljstvo i polna orijentacija.⁵ U širem smislu ovi oblici diskriminacije smatraju se diskriminacijom po polu.

² *Discrimination*, u Zborniku *Ombudsperson against double Discrimination of Women* Novi Sad, 2008, str. 13 – 18.

³ *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women* (CEDAW), usvojena 18. decembra u Njujorku, na sednici Generalne skupštine UN. Ona se danas primenjuje u 186 država sveta. SFRJ je ratifikovala Konvenciju Žakonom o ratifikaciji konvencije o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena, ("Službeni list SFRJ - Međunarodni ugovori", br. 11/81); *Konvencija o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena – kratak osvrt na sadržaj*, u Zborniku *Izveštavanje po konvenciji o eliminisanju svih oblika diskriminacije nad ženama*, Novi Sad, 2007, str. 10 - 16.

⁴ Član 1 Konvencije o sprečavanju svih oblika diskriminacije žena.

⁵ Član 1 i Aneks A i Aneks E - opšte preporuke 1 – 24 Komiteta za eliminaciju diskriminacije žena uz Konvenciju o sprečavanju svih oblika diskriminacije žena

S obzirom na pojarni oblik Konvencija razlikuje neposrednu i posrednu diskriminaciju. Neposrednom diskriminacijom se smatra svaki vid nepovoljnijeg postupanja prema licu određenog pola nego što se postupa, ili bi se postupalo, ili bi se moglo postupati u odnosu na lice drugog pola koje se nalazi u istoj ili sličnoj situaciji.⁶ Pojam neposredne diskriminacije je široko definisan kao i postupanje koje se smatra diskriminatornim. Konvencija koristi termin „svaki vid nepovoljnijeg postupanja.“ To ostavlja mogućnost da se različita postupanja (delovanje i nečinjenje) i različite forme (pravni propisi i faktičko ponašanje) mogu podvesti pod pojam neposredne diskriminacije. Pored toga, neposredna diskriminacija postoji ne samo kada se prema nekome postupa nepovoljnije zbog njegovog pola već se sankcioniše i potencijalna pretnja diskriminacijom zbog pripadnosti određenom polu.

Posredna diskriminacija se određuje kao pozivanje na prividno neutralnu normu “jednaku za sve” ili na kriterijum “jednak za sve” odnosno praksu “jednaku za sve” koji dovode u nepovoljan položaj lice jednog pola u poređenju sa licem drugog pola, a zbog pripadnosti određenom polu⁷. Posredna diskriminacija ima više oblika. Iako različiti povezuju ih zajedničke karakteristike - pozivanje na „prividno neutralno pravilo“, „prividno neutralni kriterijum“ ili „prividno jednaku praksu“. Tri su osnovna viда posredne diskriminacije. Prvi je situacija u kojoj se (pravno ili faktički; institucionalno ili vaninstitucionalno) nekom licu neopravdano postavljaju zahtevi ili uslovi koje diskriminisani ne može da ispunii ili ih može ispuniti uz znatne teškoće. Drugi, kada se neopravdano (pravno ili faktički; institucionalno ili vaninstitucionalno) lica jednog pola dovode u povoljniji položaj (ili im se daje prednost) u odnosu na lica drugog pola. Treći vid predstavlja očigledno ponižavajuće postupanje prema diskriminisanom licu zbog njegovog pola.

U unutrašnjem pravu⁸, među načelnim odredbama o ljudskim i manjinskim pravima Ustava Republike Srbije sistematizovana je i generalna ustavna zabrana diskriminacije⁹. Zabranjen je svaki vid diskriminacije, a

⁶ Komentari uz član 1 Konvencije o sprečavanju svih oblika diskriminacije žena u Ocenjivanje položaja žena, Kancelarija Visokog komesara za ludska prava Misije u Srbiji i Crnoj Gori, Ujedinjene nacije, 2003. str. 14.

⁷ Isto, str. 14.

⁸ O ustavnom okviru ravnopravnosti polova više: *The Constitution and Gender Equality* u Zborniku *The Constitution and Gender Equality*, Podgorica, 2007, str. 25 – 56; *The New Constitution of Serbia and Gender Equality*, u *Globalizacija.com*, br. 1 2005, str. 181 – 197; *Constitutional Warranties for Gender Equality - Case Studies of Serbia and Montenegro*, U: Šašić-Šilović, D., (ed.): *Women in Politics : stocktaking in South Eastern Europe*, Budapest, Ljubljana, Tallinn: CEE Network for Gender Issues, 2007, str. 31- 41.

⁹ Član 21 Ustava Republike Srbije.

izričito su navedeni neposredna i posredna diskriminacija. Smisao zabrane diskriminacije je da se u ustavnom sistemu ustanove osnovne i minimalne pretpostavke ostvarivanja svih ljudskih prava pod jednakim uslovima, kao i da pol, između ostalih ličnih svojstava¹⁰, ne sme biti povod različitog postupanja prema bilo kojoj osobi.

Sa ustavnom zabranom neposredne i posredne diskriminacije neposredno su povezane odredbe koje garantuju ravnopravnost žena i muškaraca;¹¹ obaveza države da, kao sastavni deo garancija ravnopravnosti žena i muškaraca vodi politiku jednakih mogućnosti¹² i usvaja posebne mere¹³ u cilju promene okolnosti koje ometaju postizanje ravnopravnosti lica ili grupe lica koja su u nejednakom položaju sa ostalim građanima; nediskriminatorski karakter posebnih mera,¹⁴ a zbog značaja koji formalna jednakost ima za status pojedinca u državi jer je osnov jednakopravnosti, posebno se garantuje jednakost svih pred ustavom i zakonom kao i pravo svakog na jednaku zakonsku zaštitu bez diskriminacije¹⁵.

2. Opšti ustavni okvir odstupanja i ograničenja ljudskih prava

Za status i ustavnu zaštitu prava na ravnopravnost polova kao i za sankcionisanje povrede zabrane diskriminacije po osnovu pola posebno su značajni režimi ograničenja prava, odstupanja od ustavnih jemstava ljudskih prava i apsolutno zaštićena prava. O značaju ovih pitanja za status ljudskih prava u ustavnoj državi govore činjenice da su režimi odstupanja, ograničenja i apsolutno zaštićenih prava regulisani međunarodnim dokumentima o ljudskim pravima,¹⁶ dok su unutrašnjem pravu regulisani ustavom¹⁷.

¹⁰ Kao lična svojstva koja ne smeju biti povod za diskriminaciju u Ustavu se navode: rasa, pol, nacionalna pripadnost, društveno poreklo, rođenje, veroispovest, političko ili drugo uverenje, imovno stanje, kultura, jezik, starost, psihički ili fizički invaliditet, a na opšti način ovim svojstvima se priključuju i sva druga diskriminacija «po bilo kom osnovu» (član 21 stav 3 Ustava Republike Srbije).

¹¹ Član 15 Ustava Republike Srbije.

¹² Član 15 Ustava Republike Srbije.

¹³ Član 21 stav 3 Ustava Republike Srbije.

¹⁴ Član 21 stav 3 Ustava Republike Srbije.

¹⁵ Član 21 stavovi 1 i 2 i član 36 stav 1 Ustava Republike Srbije

¹⁶ Član 4 Pakta o građanskim i političkim pravima.

¹⁷ Više kod: *Režim sloboda i prava građana u vanrednim prilikama*, u Zborniku Đorđe Tasić i prava čoveka, Novi Sad, 1993, str. 73 – 78; *Ustavnost vanrednog stanja*, u Zborniku Ustavnost i vladavina prava, Beograd, 2000, str. 435 - 457. Vukadinović, G., *Legal state, the constitution and the state of emergency – an example of Serbia*, Pravni život, br. 14/2007, tom IV, str. 307 – 325.

Režimi odstupanja i ograničenja ljudskih prava dopušteni su samo pod uslovima koje reguliše Ustav¹⁸. O tome se odlučuje po Ustavom propisanom postupku¹⁹. Granice dopuštenog obima ograničenja ili odstupanja su: svrha koja se nastoji postići ograničenjem i procena organa koji o tome odlučuje da li se ista svrha mogla postići i sa manjim ograničenjem prava²⁰. Ova ustavna pravila definišu osnov, okvir i granicu postupanja prilikom odlučivanja o ograničenju ili odstupanju od ustavom garantovanih ljudskih prava.

U skladu sa međunarodnim standardima ljudskih prava, Ustav propisuje da mere odstupanja od ljudskih prava, čak i kada se odnose na prava koja podležu ograničenju i od kojih je dopušteno odstupanje, kada su preduzete na osnovu Ustava i po ustavom propisanom postupku i kada je obim odstupanja usklađen sa svrhom zbog koje je odstupanje propisano, ne smeju biti dikriminatorne niti dovoditi do razlikovanja na osnovu rase, pola, jezika, veroispovesti, nacionalne pripadnosti ili društvenog porekla²¹. Među vrednostima koje Ustav štiti i tako što zabranjuje da mere ograničenja ili odstupanja od ljudskih prava dovedu do neravnopravnosti između žena i muškaraca je i ravnopravnost žena i muškaraca. Može se zapaziti da sva lična svojstva i drugi osnovni diskriminacije navedeni u opštoj zabrani diskriminacije nisu vrednosti koje uživaju ovu vrstu zaštite. Ustav ne zabranjuje da mere odstupanja ili ograničenja ljudskih prava dovedu do razlikovanja po osnovu političkog ili drugog uverenja, rođenja, imovnog stanja, kulture, jezika, starosti, psihičkog ili fizičkog invaliditeta.²²

Neka prava²³ koja operacionalizuju Ustavom načelno garantovano pravo na ravnopravnost polova, su apsolutno zaštićena prava. Ona su izuzeta iz režima ograničenja. Odstupanje od njihovog sadržaja nije dopušteno.

3. Ograničenje pojedinih ljudskih prava - sankcija za kršenje zabrane diskriminacije po polu

Kršenje ustavne zabrane diskriminacije, uključiv i zabranu diskriminacije po polu sankcionisano je ograničenjem određenih individualnih prava, a Ustav propisuje koja prava podležu ovim ograničenjima i koji od

¹⁸ Član 20 stav 1 Ustava Republike Srbije.

¹⁹ Član 20 stav 3 Ustava Republike Srbije.

²⁰ Član 20 stav 3 Ustava Republike Srbije.

²¹ Član 4 stav 1 Pakta o građanskim i političkim pravima. Identičnu odredbu sadrži i Ustav Republike Srbije u članu 202 stav 2.

²² Uporediti član 21 stav 3 i član 202 stav 2 Ustava Republike Srbije.

²³ Među apsolutno zaštićenim pravima je i zabrana bilo kog vida izazivanja i podsticanja rasne, nacionalne, verske ili druge neravnopravnosti, mržnje i netrpeljivosti (član 48).

osnova za zabranu diskriminacije su zaštićeni ograničenjem prava ili slobode čijim se ostvarivanjem krši ustavna zabrana diskriminacije, posebno zabrana diskriminacije po polu.

3.1. Sloboda misli, savesti i veroispovesti

Jednu od najznačajnijih duhovnih sloboda - slobodu misli, savesti i veroispovesti Ustav garantuje opšta ustavna norma²⁴. Ustav dodatno štiti pravo pojedinca da izabere svoj pogled na svet i propisuje da niko nije dužan da se izjašnjava o svojim verskim ili drugim uverenjima²⁵; izričito zabranjuje izazivanje i podsticanje verske mržnje i netrpeljivosti i propisuje kažnjivost takvog ponašanja²⁶ a podstiče razumevanje, uvažavanje i poštovanju razlika zasnovanih, između ostalog, i na verskim uverenjima građana²⁷. Osim načelne odredbe koja garantuje slobodu misli i savesti Ustav ne reguliše bliže sadržaj ovih sloboda. Sadržaj ustavnih garancija se najvećim delom odnosi na slobodu veroispovesti i sa njom povezane slobode: slobodu izbora uverenja ili veroispovesti uključiv i pravo da se oni promene slobodno i po sopstvenom izboru; slobodu ispoljavanja vere ili ubeđenja; slobodu obavljanja verskih obreda; slobodu pohađanja verske nastave i verske službe pojedinačno ili u zajednici sa drugima i slobodu privatnog i javnog iznošenja verskih uverenja²⁸.

Ograničenju podležu samo ispoljavanje slobode uverenja i veroispovesti iz razloga i pod uslovima koje propisuje Ustav²⁹. Razlozi za ograničenje navode se taksativno o odnose se na zaštitu: života i zdravlja; morala demokratskog društva; sloboda i prava građana zajemčenih Ustavom; javne bezbednosti i javnog reda kao i na sprečavanje izazivanja ili podsticanja verske, nacionalne ili rasne mržnje. Među razlozima ograničenja povezanim sa kršenjem ustavne zabrane diskriminacije navode se samo tri osnova diskriminacije (vera, rasa i nacionalna pripadnost). Sva druga lična svojstva i osnovi zabrane diskriminacije su izostavljeni. Sloboda ispoljavanja uverenja i veroispovesti po osnovu kršenja zabrane diskriminacije može biti ograničena samo radi sprečavanja izazivanja ili podsticanja verske, nacionalne ili rasne mržnje, ali ne i zbog kršenja zabrane diskriminacije po drugim osnovama (kulturna, politička i druga uverenja, dru-

²⁴ Član 43 stav 1 Ustava Republike Srbije.

²⁵ Član 43 stav 2 Ustava Republike Srbije.

²⁶ Član 49 Ustava Republike Srbije.

²⁷ Član 48 Ustava Republike Srbije.

²⁸ Član 43 stav 3 Ustava Republike Srbije.

²⁹ Član 43 stav 4 Ustava Republike Srbije.

štveno poreklo, imovno stanje) ili ličnim svojstvima (jezik, starost, psihički ili fizički invaliditet) uključiv i pripadnost određenom polu. Svi osnovi zabrane diskriminacije ne uživaju istovrsnu ustavnu zaštitu, jer se kršenje zabrane diskriminacije sankcioniše zavisno od toga koji osnov diskriminacije je povređen. Zabrana diskriminacije po osnovu pola čiji je smisao zaštita prava na ravnopravnost polova ne bi mogla biti osnov ograničenja slobode ispoljavanje slobode uverenja i veroispovesti.

Među razlozima koji dopuštaju mogućnost ograničenja ispoljavanja slobode uverenja i veroispovesti je i jedan čiji sadržaj uključuje zaštitu svih individualnih sloboda i prava od povreda. Kršenje sloboda i prava građana zajemčenih Ustavom je jedan od osnova ograničenja ispoljavanja slobode uverenja i veroispovesti. Kako Ustav u osnovnim odredbama eksplicitno garantuje ravnopravnost žena i muškaraca³⁰ kršenje prava na ravnopravnost polova bilo bi osnov za sankcionisanje i ograničenje slobode ispoljavanja uverenja i veroispovesti. Ravnopravnost polova zaštićena je kao ustavna vrednost i samo kao individualno pravo ali ne i kada se krši Ustavom propisana zabrana diskriminacije.

3.2 Sloboda organizovanja i delovanja verskih zajednica

Sloboda organizovanja i delovanja verskih zajednica garantovana je Ustavom³¹ kao i mogućnost da se zabrani delovanje verske zajednice. Verska zajednica može biti zabranjena ukoliko njeno delovanje ugrožava: pravo na život, pravo na fizičko i psihičko zdravlje, prava deteta, pravo na lični i porodični integritet, pravo na imovinu; javnu bezbednost i javni red kao i ukoliko verska zajednica svojim delovanjem izaziva i podstiče versku, nacionalnu ili rasnu netrpeljivost³².

Osnovi za zabranu delovanja verske zajednice, za razliku od slobode ispoljavanja uverenja i veroispovesti, regulisani su restriktivno. Samo neka individualna prava³³ zaštićena su od povreda sankcijom koja uključuje zabranu delovanja verske zajednice kao vid ograničenja slobode osnivanja i delovanja verskih zajednica. Pravo na ravnopravnost žena i muškaraca, kao ni brojna druga prava, nije u katalogu prava čija se povreda sankcioniše ograničenjem slobode organizovanja i delovanja verskih zajednica. Sloboda ispoljavanja veroispovesti ili uverenja pak može se

³⁰ Član 15 Ustava Republike Srbije.

³¹ Član 44 stav 2 Ustava Republike Srbije.

³² Član 44 stav 3 Ustava Republike Srbije.

³³ Pravo na život, pravo na fizičko i psihičko zdravlje, prava deteta, pravo na lični i porodični integritet, pravo na imovinu (član 44 stav 3 Ustava Republike Srbije).

ograničiti zbog povrede bilo kog ljudskog prava³⁴. Izostaje argumentacija kojim motivima su se rukovodili ustavotvorci da, kada se radi o slobodi organizovanja i delovanja verskih zajednica, sankcionišu povredu samo nekih individualnih prava zabranom delovanja verske zajednice?

Pored toga, jednako kao i kod ograničenja slobode ispljovanja verospovesti i uverenja zbog kršenja zabrane diskriminacije, samo neka lična svojstva (vera, rasa i nacionalna pripadnost) su zaštićena.³⁵ Povreda zabrane diskriminacije zasnovane na veri, rasi ili nacionalnoj pripadnosti može biti povod za ograničenje i razlog za zabranu delovanja verske zajednice ukoliko ona u svom delovanju izaziva i podstiče netrpeljivost u odnosu na pomenuta lična svojstva pojedinca. Lična svojstva pojedinca čije ugrožavanje može biti osnov za zabranu delovanja verske zajednice navedena su taksativno, što isključuje mogućnost da se i neka druga lična svojstva zaštite ukoliko budu ugrožena. Sa kataloga zaštićenih prava izostavljeno je pravo na ravnopravnost polova, a povreda zabrane diskriminacije po polu ne sankcioniše se ograničenjem prava.

Takvo rešenje nije u skladu sa Ustavom koji izričito zabranjuje ne samo svaki oblik diskriminacije³⁶ već zabranjuje i propisuje kažnjivost svakog vida izazivanja i podsticanja ne samo rasne, verske i nacionalne već i svake „druge neravnopravnosti, netrpeljivosti i mržnje“³⁷.

3.3. Sloboda medija

Sloboda medija koja uključuje pravo na širenje informacija i ideja³⁸ putem sredstava javnog obaveštavanja garantovana je Ustavom. Ustav dopušta ograničenje ove slobode, propisuje uslove pod kojima je ograničenje dopušteno, navodi razloge za ograničenje i organ koji o tome odlučuje³⁹.

Među razlozima za ograničenje slobode medija je, pored ostalog⁴⁰ i sprečavanje zagovaranja rasne, nacionalne i verske mržnje, kojim se podstiče na diskriminaciju, nasilje ili neprijateljstvo. Analiza razloga za ograničenje slobode medija je:

³⁴ Član 43 stav 4 Ustava Republike Srbije.

³⁵ Uporediti član 43 stav 4 i član 44 stav 3 Ustava Republike Srbije.

³⁶ Član 21 stav 3 Ustava Republike Srbije.

³⁷ Član 49 Ustava Republike Srbije.

³⁸ Član 50 Ustava Republike Srbije.

³⁹ Član 50 stav 3 Ustava Republike Srbije.

⁴⁰ Među razlozima ograničenja slobode medija su još i sprečavanje: pozivanja na nasilno rušenje Ustavom utvrđenog poretka; narušavanja teritorijalnog integriteta Republike Srbije; propagiranja rata; podstrekavanje na neposredno nasilje (član 50 stav 3 Ustava Republike Srbije.).

ničenje slobode medija pokazuje da su neki važni razlozi, među kojima i ugrožavanje ljudskih ili manjinskih prava kao i kršenje zabrane diskriminacija po svim drugim osnovama izuzev rase, nacionalne pripadnosti i vere. Pravo na ravnopravnost polova i u ovom slučaju ne uživa posebnu ustavnu zaštitu kao što ni kršenje zabrane diskriminacije po osnovu pola nije sankcionisano ograničavanjem slobode medija.

O neusklađenost ustavnih rešenja govori i poređenje razloga za ograničenje dve po srodne i sadržinski povezane slobode: slobode mišljenja i izražavanja⁴¹ i slobode širenja informacija i ideja putem sredstava javnog obaveštavanja⁴². Iako su u pitanju slobode koje su tesno povezane razlozi za njihovo ograničenje se razlikuju.⁴³

Zaštita prava na ravnopravnost polova kao i povreda zabrane diskriminacije po bilo kom osnovu uključiv i po osnovu pola nisu na listi razloga koji dopuštaju ograničenje slobode mišljenja i izražavanja. Na listi razloga za ograničenje slobode širenja informacija nema prava na ravnopravnost polova niti bilo kog drugog ljudskog prava kao ni kršenja zabrane diskriminacije. Izuzetak je kršenje zabrane diskriminacije po osnovu rase, veroispovesti i nacionalne pripadnosti. Podsticanje na diskriminaciju, nasilje i neprijateljstvo kao i zagovaranje rasne, nacionalne ili verske mržnje može biti povod i osnov za sankciju koja uključuje ograničenje slobode širenja informacija.

3.4. Sloboda udruživanja

Slobodu udruživanja građana Ustav garantuje opštom odredbom⁴⁴, a zbog značaja slobode političkog i sindikalnog udruživanja posebno se i izričito garantuju pravo na političko i pravo na sindikalno udruživanje⁴⁵, kao i pravo pojedinca da ne koristi pravo na udruživanje i da ostane izvan bilo kakvog udruženja.

⁴¹ Sloboda izražavanja podleže ograničenju iz sledećih razloga: zaštite prava i ugleđa drugih; čuvanja autoriteta i nepristrasnosti suda; zaštite javnog zdravlja; zaštite morala demokratskog društva i nacionalne bezbednosti Republike Srbije (član 46 stav 2 Ustava Republike Srbije).

⁴² Razlozi za ograničenje slobode širenja informacija su: pozivanje na nasilno rušenje Ustavom utvrđenog poretka; narušavanje teritorijalnog integriteta Republike Srbije; propagiranje rata; podstrekavanje na neposredno nasilje; zagovaranje rasne, nacionalne ili verske mržnje, kojim se podstiče na diskriminaciju, nasilje ili neprijateljstvo (član 50 stav 3 Ustava Republike Srbije).

⁴³ Član 46 stav 1 Ustava Republike Srbije.

⁴⁴ Član 55 Ustava Republike Srbije.

⁴⁵ Član 55 stav 1 Ustava Republike Srbije.

Sloboda udruživanja podleže ograničenjima⁴⁶ o kojima odlučuje Ustavni sud⁴⁷. Kao razlozi za zabranu delovanja udruženja, političke i sindikalne organizacije navode se: nasilno rušenje ustavnog poretku; kršenje ljudskih i manjinskih prava i izazivanje rasne, nacionalne i verske mržnje⁴⁸. Zabranjena su tajna i paravojna udruženja⁴⁹, a sudijama, sudijama Ustavnog suda, javnim tužiocima, Zaštitniku građana kao i pripadnicima vojske i policije zabranjeno je članstvo u političkim strankama pa je u ovom slučaju pravo na udruživanje ograničeno samo s obzirom na subjekte koji, na osnovu Ustava ne uživaju ova prava.

Povreda prava na ravnopravnost polova, budući da je to jedno u nizu ljudskih prava, može biti osnov za ograničenje slobode udruživanja, ali kršenje zabrane diskriminacije po polu neće biti sankcionisano ograničenjem slobode udruživanja, jer Ustav izričito i taksativno navodi samo tri lična svojstva (nacionalnost, rasu i veru) koja štiti i čiju povredu sankcioniše, a izostavlja sve druga lična svojstva i osnove koja uključuje zabranu diskriminacije⁵⁰.

3.5. Pravo na utočište i zaštita stranaca od proterivanja

Pored prava koja Ustav garantuje svim građanima⁵¹ stranci u Srbiji uživaju i jedno posebno pravo - pravo utočišta⁵². Uslove pod kojima stranac može steći pravo azila propisuje Ustav. Jedan od osnova za sticanje prava azila je i osnovano strahovanje od progona zbog pola⁵³. Pored toga, iako dopušta mogućnost da stranac, pod uslovima koje propisuje Ustav, bude proteran iz Srbije, Ustav zabranjuje proterivanje stranca⁵⁴ ukoliko bi mu, u zemlji u koju se proteruje, pretio progon zbog pola⁵⁵.

⁴⁶ Član 55 stavovi 2, 3 i 4 Ustava Republike Srbije.

⁴⁷ Nadležnost Ustavnog suda nije precizno regulisana. To se posebno odnosi na njen obim sadržaj i kvalitet. Pitanje je da li Ustavni sud odlučuje o zabrani udruženja, političke stranke ili sindikata (član 55 stav 4) ili odlučuje samo o zabrani njihovog rada (član 167 stav 3)? U prvom slučaju posledica bi bila brisanje iz registra, u drugom odluka bi se odnosila na zabranu njihovog delovanja.

⁴⁸ Član 55 stav 3 Ustava Republike Srbije.

⁴⁹ Član 55 stav 2 Ustava Republike Srbije.

⁵⁰ Član 21 stav 3 Ustava Republike Srbije.

⁵¹ Član 17 Ustava Republike Srbije.

⁵² Član 57 Ustava Republike Srbije.

⁵³ Osnovi za sticanje prava azila uključuju još i strahovanje od progona zbog rase, jezika, veroispovesti, nacionalne pripadnosti, pripadnosti određenoj grupi ili zbog poličkih uverenja.

⁵⁴ Član 39 stav 3 Ustava Republike Srbije.

⁵⁵ Pored toga, navode se i drugi razlozi koji isključuju progon stranca, među kojima rasa, državljanstvo, vera, nacionalna pripadnost, pripadnost određenoj grupi, političko uverenje.

U ovom slučaju pravo na ravnopravnost polova uživa zaštitu kao individualno ljudsko pravo i kao potencijalni osnov zaštite stranaca od progona kao i garantovanja prava azila.

3.6. Zabrana izazivanja rasne, nacionalne i verske mržnje i netrpeljivosti

Ustav izričito zabranjuje svaki vid izazivanja i podsticanja rasne, nacionalne verske kao i svake druge neravnopravnosti, mržnje i netrpeljivosti⁵⁶. Dela i postupci koji izazivaju ili podstiču neravnopravnost, mržnju ili netrpeljivost s obzirom na rasu, beru, nacionalnu pripadnost ali i bilo koji drugi osnov neravnopravnosti kažnjivi su na osnovu samog Ustava. Ova ustavna zabrana i vrednosti koje štiti pripada apsolutno zaštićenim pravima čiji status u ustavnom sistemu ne podleže ograničenjima niti odstupanju ni u vreme rata ili vanrednog stanja⁵⁷.

Pomenutu ustavnu odredbu trebalo bi dovesti u vezu i sa drugim ustavnim normama sa kojima je tesno je povezana (npr. ustavna zabrana diskriminacije⁵⁸, razlozi ograničavanja slobode veroispovesti⁵⁹ i delovanja verskih zajednica⁶⁰, slobode mišljenja i izražavanja⁶¹, slobode medija⁶² kao i slobode udruživanja⁶³). Ako se njeno dejstvo analizira u kontekstu ograničenja kojima su pomenute slobode potencijalno izložene zbog sankcionisanja kršenja zabrane diskriminacije po polu, moguće je upravo u ovoj odredbi naći ustavni osnov za zaštitu prava na ravnopravnost polova i oslonac za sankcionisanje kršenja zabrane diskriminacije po polu, koji nedostaju u normama koje regulišu konkretna prava i slobode.

Iako i ova ustavna garancija u prvi plan ističe zaštitu samo tri vrednosti, a tri lična svojstva (rasa, vera i nacionalna pripadnost) imaju poseban status, opšta odredba koja zabranjuje izazivanje bilo koje *druge neravnopravnosti, mržnje i netrpeljivosti* obuhvata sadržaj dovoljno širok da uključi sve osnove diskriminacije koje Ustav propisuje, pa i diskriminaciju po polu.

⁵⁶ Član 49 Ustava Republike Srbije.

⁵⁷ Član 202 stav 4 Ustava Republike Srbije.

⁵⁸ Član 21 Ustava Republike Srbije.

⁵⁹ Član 43 stav 4 Ustava Republike Srbije.

⁶⁰ Član 44 stav 3 Ustava Republike Srbije.

⁶¹ Član 46 stav 1 Ustava Republike Srbije.

⁶² Član 50 stav 3 Ustava Republike Srbije.

⁶³ Član 55 stav 4 Ustava Republike Srbije.

3.7. Obaveza države da podstiče uvažavanje razlika

Ustav propisuje obavezu Republike Srbije⁶⁴ da podstiče duh tolerancije i međukulturnog dijaloga kao i da preduzima efikasne mere za unapređenje uzajamnog poštovanja, razumevanja i saradnje među svim ljudima koji žive na njenoj teritoriji, bez obzira na njihov etnički, kulturni, jezički ili verski identitet. Ove obaveze države posebno se odnose na oblasti obrazovanja, kulture i informisanja.

I u ovim odredbama samo neka lična svojstva i osnovi zabrane diskriminacije izdvojeni su kao vrednosti koje se posebno štite. U oblastima koje Usgav eksplisitno i taksativno navodi (obrazovanje, kultura, informisanje) posebno se štite etnički, kulturni, jezički ili verski identitet pojedinca. Na listi zaštićenih vrednosti nema prava na ravnopravnost polova, niti je propisana obaveza države da podstiče duh tolerancije i da preduzima mere za unapređenje uzajamnog poštovanja i razumevanja i kada se radi o polnom identitetu pojedinca i njegovoj zaštiti. Izostaje u ovom kontekstu i bilo kakva načelna odredba čijim tumačenjem bi se lista taksativno navedenih zaštićenih ličnih svojstava mogla proširiti i na druge lične osobine pojedinca (npr. starost, psihički ili fizički invaliditet i dr.) i druga svojstva koja određuju njegov identitet (npr. politička uverenja, društveno poreklo i dr.) koje Ustav navodi propisujući opštu zabranu diskriminacije među kojima i pol.

*
* *

Ravnopravnost polova i zabrana diskriminacije po osnovu pola kao vrednosti koje Ustav garantuje i štiti od povreda ne uživaju u ustavnom sistemu istovrsni vid zaštite koju Ustav garantuje štiteći neke druge vrednosti među kojima se posebno izdvajaju rasa, vera i nacionalna pripadnost. Diskriminacija po osnovu vere, nacionalne pripadnosti i rase su uvek zaštićene ustavne vrednosti pa se kršenje zabrane diskriminacije po ovim osnovama sankcioniše ograničenjem prava. Za razliku od toga sa zabranom diskriminacije po polu to nije slučaj. Ustavni osnov zaštite prava na ravnopravnost polova, i ograničenje pojedinih prava kao sankcija čiji je povod kršenje ustavne zabrane diskriminacije po polu retko se eksplisitno formuliše u Ustavu (npr. u vezi sa pravima stranca). Najčešće je ustavno pravni oslonac zaštite prava na ravnopravnost polova i sankcionisanje kršenja zabrane diskriminacije po polu u na-

⁶⁴ Član 48 Ustava Republike Srbije. Odredbu slične sadržine ponavlja i u odeljku koji reguliše prava pripadnika nacionalnih manjina (član 81 Ustava Republike Srbije).

čelnim odredbama poput odredbi kao što su: *drugi vidovi neravnopravnosti ili bilo koji vid diskriminacije ili povreda ljudskih prava garantovanih Ustavom.*

Rezime

U središtu pažnje su ograničenja određenih individualnih prava u slučaju kada je osnov za njihovo ograničenje kršenje ustavne zabrane diskriminacije po polu. Ograničenje prava je oblik neposredne ustavne zaštite prava na ravnopravnost polova i sankcija za kršenje zabrane diskriminacije zasnovane na polu. Ograničenja individualnih prava zbog povrede zabrane diskriminacije po polu analiziraju se na primerima slobode savesti i veroispovesti, slobode organizovanja i delovanja verskih zajednica, slobode medija, slobode misli, slobode udruživanja. Predmet pažnje su i ograničenja mera odstupanja od ljudskih prava u ratu i vanrednom stanju zbog kršenja zabrane diskriminacije po polu.

Autorka zaključuje da ravnopravnost polova i zabrana diskriminacije po osnovu pola kao vrednosti koje Ustav garantuje ne uživaju u ustavnom sistemu istovrsni vid zaštite koju Ustav garantuje štiteći neke druge vrednosti među kojima se izdvajaju rasa, vera i nacionalna pripadnost. Diskriminacija po osnovu vere, nacionalne pripadnosti i rase su uvek zaštićene ustavne vrednosti pa se kršenje zabrane diskriminacije po ovim osnovama sankcionije ograničenjem prava. Sa zabranom diskriminacije po polu to nije slučaj. Ustavni osnov zaštite prava na ravnopravnost polova, i ograničenje pojedinih prava kao sankcija za kršenje zabrane diskriminacije po polu retko se eksplicitno formuliše u Ustavu (npr. u vezi sa pravima stranaca). Najčešće je pravni oslonac zaštite prava na ravnopravnost polova i sankcionisanje kršenja zabrane diskriminacije po polu u načelnim odredbama poput odredbi kao što su: *drugi vidovi neravnopravnosti ili bilo koji vid diskriminacije ili povreda ljudskih prava garantovanih Ustavom.*

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

Violation of prohibition of discrimination based on sex as a form of human rights restriction

Abstract

In the focus there are limits of certain individual rights, in case when the basis for this restriction is violation of the constitutional prohibition of gender based discrimination. The restriction of rights is the form of the direct constitutional protection of the gender equality rights and the sanction for violating the prohibition of discrimination based on the sex. The restrictions of individual rights due to the violation of the prohibition of gender based discrimination may be analyzed comparing with examples of the freedom of conscience or religion, freedom of organizing or practicing within the religious communities, freedom of media, freedom of ideas, freedom of associations and coalitions. The object of attention is the restriction of human rights in the state of war or emergency concerning the violation of gender based discrimination.

The author concludes that gender equality and the gender based discrimination as the values guaranteed by the Constitution do not enjoy the same quality of protection in the constitutional system as some other protected values among which is the race, religious and national status.

Discrimination based on religious or national status, as well as the race, is always protected constitutional value, so the violation of the prohibition of discrimination based on them is sanctioned by the restriction of rights. That is not the case with the prohibition of gender based discrimination. The constitutional basis for the protection of gender equality rights or the restriction of certain rights as the sanction for the violation of the prohibition of the gender based discrimination is seldom explicitly formulated in the Constitution (for example, related to the rights of foreigners). The most common legal support to the protection of gender equality rights and the sanctioning of the violation of the prohibition of gender based discrimination are in the principal dispositions, such as *other aspects of inequality or any other aspect of discrimination or the violation of human rights guaranteed by the Constitution*.

Key words: Constitution, discrimination, human rights, gender equality, restrictions of human rights.

*Dr Stevan Šogorov, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

POSTUPAK I PRAVNE POSLEDICE POVLAČENJA I PONIŠTENJA UDELA U DRUŠTVU S OGRANIČENOM ODGOVORNOŠĆU

Sažetak: Povlačenje i poništenje udela je institut poznat kako u uporednom tako i u našem pravu. Ciljevi povlačenja udela su veoma različiti, najčešće se na taj način sprečava namirenje poverilaca nekog člana na njegovom udelu u društvu. Povlačenje i poništenje udela je u Zakonu o privrednim društvima predviđeno samo kao mogućnost, ali do toga može doći samo ako se aktom o osnivanju ili ugovorom članova društva utvrde osnovi za povlačenje. Ovim aktima bi trebalo tada predvideti i postupak povlačenja, a ako se on ne uredi, moraju se primeniti opšta pravila koja važe u društvu s ograničenom odgovornošću. Skupština je nadležan organ za donošenje odluke o povlačenju i poništenju udela, ako se ovim aktima ne predvidi nadležnost drugog organa, pre svega upravnog odbora i direktora. Za odluku nije potrebna saglasnost vlasnika udela, osim ako se tako predvidi tim aktima. Odluka mora imati zakonom propisanu sadržinu i mora se upisati u knjigu odluka, odnosno knjigu udela. Povlačenjem ideo prestaje da postoji, dotadašnjem vlasniku udela prestaju prava i obaveze po osnovu udela. Ukoliko se odlukom o povlačenju drugačije ne utvrdi, vrednost osnovnog kapitala društva ostaje ista.

Klučne reči: društvo s ograničenom odgovornošću, ideo, povlačenje i poništenje, postupak, pravne posledice

1. UVODNE NAPOMENE

U pravu društava s ograničenom odgovornošću postoji institut povlačenja i poništenja udela. Povlačenjem ideo prestaje, gase se prava i

obaveze koje je član društva po osnovu udela imao.¹ To istovremeno znači i prestanak članskog odnosa za člana o čijem je udelu reč. Članski ideo kao takav prestaje da postoji, on je amortizovan, ali se time, načelno, ne dira u osnovni kapital društva. Ako dođe do povlačenja udela, odlukom skupštine društva kojom se ideo povlači, određuje se i dejstvo povlačenja na osnovni kapital. Ukoliko se tom odlukom drugačije ne utvrdi, vrednost osnovnog kapitala društva ostaje ista.

Ciljevi koje društvo želi postići povlačenjem mogu biti veoma različiti. Najčešće do povlačenja dolazi u slučaju insolventnosti člana, da bi se sprečilo prinudno namirenje poverilaca na njegovom udelu u društvu. Isto tako do povlačenja u praksi dolazi kada nastupe odredene okolnosti u vezi sa ličnošću člana (napr. zabrana vršenja određenih pravdnih delatnosti i sl.). Primenom ovog instituta se mogu ostvarirati i značajni ekonomski ciljevi, kao što su povećanje rentabiliteta ostalih udela u društvu,² pojačava se samofinansiranje društva i sl. Povlačenje udela se javlja i kao instrument sprečavanja ulaska u društvo nepoželjnih lica po osnovu nasleđivanja, poklona i sl. ali i po osnovu prodaje udela u slučaju da članovi društva, i samo društvo, nisu zainteresovani za njegovu kupovinu.

Članski ideo u društvu s ograničenom odgovornošću se u našem pravu može povući i poništiti (amortizovati), ako je to predviđeno ugovorom o osnivanju društva ili ugovorom članova društva.³ Ovim aktima se određuju i osnovi i postupak povlačenja. Ako se ovim aktima ne utvrde slučajevi u kojima se članski ideo može povući, tada povlačenje i poništenje nije moguće. Zakon, dakle, nije osnov za povlačenje i poništenje, jedini pravni osnov za to mogu dati ugovor o osnivanju i ugovor članova društva.

Zbog načina na koji je u našem pravu uređena mogućnost povlačenja i poništenja udela u društvu s ograničenom odgovornošću, uređivanje postupka i pravnih posledica povlačenja i poništenja udela aktom o osnivanju ili ugovorom članova društva ima izuzetan značaj.

2. POSTUPAK

Određenost postupka za povlačenje pretpostavlja uređenost svih pitanja od značaja za vođenje postupka, kao što su pitanja postupka donoše-

¹ Čl. 124 st. 5 Zakona o privrednim društvima (ZPD).

² Sudhoff, Der Gesellschaftsvertrag der GmbH, Zweite, neubearbeitete Auflage, München, 1969. s 332.

³ Čl. 124 st.1 ZPD.

nja odluke, nadležnosti organa, postupka obaveštavanja člana i postupka davanja njegove saglasnosti i dr.

Zakonom su, međutim, samo delimično uređena važna pitanja postupka povlačenja udela. Tako je zakonom određen organ koji je nadležan za donošenje odluke o povlačenju udela, kao i osnovna sadržina te odluke. Po-ređ toga, zakonom je dodatno predviđeno samo još i to da se ova odluka obavezno unosi u knjigu odluka društva ograničenom odgovornošću.⁴

Zbog značaja postupka, trebalo bi sva važnija pitanja koja su u vezi s njim urediti ugovorom o osnivanju ili ugovorom članova društva. Uko-liko se to ne učini, a osnovi za povlačenje udela su predvišeni tim aktima, postupak povlačenja i poništenja udela se može sprovoditi samo prime-nom opštih pravila o donošenju odluka skupštine društva, odnosno drugu-gog nadležnog organa društva.

Nadležni organ

Ako je aktom o osnivanju ili ugovorom članova društva predviđena mogućnost povlačenja i poništenja udela, tada je zakonska prepostavka da je nadležni organ za donošenje odluke o tome skupština društva s ograničenom odgovornošću. Prema odgovarajućoj zakonskoj normi odlu-ku o povlačenju i poništenju udela donosi skupština članova društva s ograničenom odgovornošću, ako osnivačkim aktom ili ugovorom članova društva nije drukčije određeno.⁵ Ova načelna norma konretizovana je nor-mom koja u okviru opšte nadležnosti skupštine društva utvrđuje da skup-ština odlučuje o „povećanju i smanjenju osnovnog kapitala društva, stica-nju sopstvenih udela i povlačenju i poništenju udela, kao i o emisiji harti-ja od vrednosti“⁶

S obzirom na ovaku zakonsku prepostavku, skupšina društva s ograničenom odgovornošću je nadležan organ za donošenje odluke o po-vlačenju i poništenju udela ne samo onda kada je to ugovorom o osniva-nju ili ugovorom članova društva to predviđeno, već i kada nije.

Ovakvo rešenje je u skladu sa odgovarajućim rešenjima u uporednom pravu. Naime, zbog značaja instituta povlačenja udela, nadležni organ za do-nošenje odluke o povlačenju je i u uporednom pravu skupština društva.⁷

⁴ V. Čl. 124 st. 2, 3 i 4 ZPD.

⁵ V. Čl. 124 st. 2 ZPD.

⁶ V. Čl 137 t. 6 ZPD.

⁷ Za nemačko pravo videti par. 46 st. 1 Zakona o društvima sa ograničenom odgovor-nošću, za švajcarsko pravo videti Steiger, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, u: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V Band, Das Obligationenrecht, Zürich, 1965, s. 395.

Do donošenja Zakona o privrednim društvima u našem pravu situacija u pogledu nadležnog organa za povlačenje i poništenje udela nije bila sasvim jasna. Naime, mada je bilo logično da nadležan organ bude skupština, dileme je unosila i inače sporna, a u praksi različito tumačena, odredba u Zakonu o preduzećima po kojoj upravni odbor „odlučuje o raspolažanju akcijama i udelima preduzeća, ako statutom nije drukčije određeno.“⁸ Ako se pod „akcijama i udelima preduzeća“ razumeju akcije i udeli kojima preduzeće raspolaže, tj. akcije i udeli u drugim privrednim društvima (kao i sopstvene akcije i udeli) tada bi odluke o povlačenju udela u društvu sa ograničenom odgovornošću trebalo da donosi skupština društva, jer je povlačenje udela po pravilu (ali ne i nužno) skopčano sa smanjenjem osnovnog kapitala, što je u nadležnosti skupštine. Isto tako, povlačenje udela je nužno dovodilo do izmene ugovora o osnivanju društva, o čemu je takođe odlučivala skupština. Konačno, skupština je bila nadležna i za donošenje odluke o isključenju člana društva,⁹ što je pravni institut najbliži povlačenju udela, pa se i po analogiji mogao izvesti zaključak o nadležnosti skupštine.

Ugovorom o osnivanju i ugovorom članova društva se, međutim, može predvideti da će neki drugi organ, a ne skupština, biti nadležan za donošenje odluka o povlačenju udela. U uporednom pravu se smatra da se kao nadležan organ može predvideti ne samo uprava već i nadzorni odbor, direktor, posebna komisija, čak i arbitraža.¹⁰ Nema zapreka da se sličan stav ne prihvati i u našem pravu. Ipak, s obzirom na specifičnosti našeg prava privrednih društava, posebno organa upravljanja u društvu s ograničenom odgovornošću, realno bi bilo da se pri određivanju alternativnog organa nadležnog za donošenje odluke o povlačenju i poništenju udela u našem pravu pre svega predviđa inokosna ili kolegijalana uprava društva. To konkretno znači da će se ugovorom o osnivanju ili ugovorom članova društva

Donošenje odluke

Za povlačenje udela neophodno je da nadležni organ doneše odluku o tome. Automatsko povlačenje, bez donošenja odluke, smatra se u uporednom pravu nedopuštenim, čak i ako je predviđeno u ugovoru o osnivanju društva.¹¹

⁸ V. čl. 62 t. 11 ZOP-a-

⁹ V. čl. 388 st. 1 ZOP-a.

¹⁰ Upor. Rowedder, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)*, Kommentar, München, 3. neubearbeitete Auflage, 1997. Par. 34. Rd 10.

¹¹ Upor. Rowedder, op. cit. Par. 34, Rd 11.

Ako je za donošenje odluke nadležna skupština, tada za postupak njenog donošenja važe opšta pravila koja važe za donošenje skupštinskih odluka uopšte.

Pre svega, odluka o povlačenju i poništenju udela se može doneti kako na redovnoj tako i na vanrednoj sednici skupštine društva. Da bi skupština mogla da doneše takvu odluku neophodno je da na sednici skupštine postoji kvorum. Taj kvorum je većina od ukupnog broja glasova članova društva, ako osnivačkim aktom ili ugovorom članova društva nije određen veći broj glasova, budući da je to opšte zakonsko pravilo o kvorumu.¹² Ako skupština pri prvom sazivanju nije imala kvoruma, kvorum za održavanje ponovljene skupštine čini trećina od ukupnog broja glasova članova društva s ograničenom odgovornošću, ako osnivačkim aktom ili ugovorom članova društva nije određen veći broj glasova.¹³

U pogledu samog odlučivanja, važi opšte pravilo da skupština odlučuje prostom većinom broja glasova od kvoruma, ako osnivačkim aktom ili ugovorom članova društva nije određeno da se odluke donose većinom glasova svih članova.¹⁴

Specijalno zakonsko pravilo o tome da je za donošenje određenih odluka potrebna saglasnost svih članova društva ne bi se mogla primeniti na odluku o povlačenju i poništenju udela, osim ako tako nije predviđeno ugovorom o osnivanju ili ugovorom članova društva. Naime, po tom specijalnom zakonskom pravilu skupština članova društva s ograničenom odgovornošću odlučuje saglasnošću svih članova društva, osim ako osnivačkim aktom ili ugovorom članova društva nije određeno da se odlučuje većinom glasova, ali ne manjom većinom od ukupnog broja glasova o: izmenama i dopunama osnivačkog akta i ugovora članova društva; povećanju i smanjenju osnovnog kapitala osim dodatnih uloga članova u skladu sa osnivačkim aktom ili ugovorom članova društva; statusnim promenama; promeni pravne forme i prestanku društva; raspodeli dobiti članovima društva; sticanju sopstvenih udela društva; kao i raspolaganju imovinom društva velike vrednosti.¹⁵ Kako, međutim, povlačenje i poništenje udela ne znači istovremeno i smanjenje osnovnog kapitala društva, to ovo specijalno zakonsko pravilo neće važiti za donošenje skupštinske odluke o povlačenju i poništenju udela, osim ako nije izrišto predviđeno osnivačkim aktom ili ugovorom članova društva.

¹² V. čl. 144. st 1 ZPD.

¹³ Čl. 144 st. 3 ZPD.

¹⁴ Čl. 146 st. 1 ZPD.

¹⁵ Čl. 146 st.2 ZPD.

Osnivačkim aktom ili ugovorom članova društva može se, međutim, predvideti da nadležni organ za donošenje odluke o povlačenju i poništenju udela ne bude skupština već neki drugi organ, pre svega upravn odbor ili direktor društva. U tom slučaju ovi organi donose odluku na način kako to inače čine po drugim pitanjima.

Sadržina odluke

Kada odluku o povlačenju i poništenju udela donosi skupština društva, zakonom je utvrđena njena obavezna sadržina. Zakonom je tako predviđeno da odluka sadrži:

- osnov povlačenja i poništenja,
- iznos koji se plaća članu povučenog i poništenog udela i
- dejstvo poništenja na osnovni kapital društva.¹⁶

Ugovorom o osnivanju ili ugovorom članova društva može se predviđeti dodatna obavezna sadržina odluke.

Slabost je zakona što je predvideo obaveznu sadržinu samo odluke o povlačenju i poništenju udela koju donosi skupština društva, a ne i bilo koji drugi nadležni organ. Ipak, mislimo da bi se na osnovu analogije moglo zaključiti da elementi obavezne sadržine propisani za skupštinsku odluku treba da važe i za takvu odluku koju bi doneo drugi nadležni organ.

Povlačenje uz saglasnost člana

Pošto se povlačenjem udela narušava pravo člana da svoj udeo zadrži, osnovno je pravilo da se ono sprovodi uz njegov pristanak (saglasnost). To je pravilo prisutno praktično u svim pravima koja poznavaju institut povlačenja udela. I u našem ranijem pravu važilo je isto pravilo - zakonska je bila pretpostavka da se povlačenje udela može sprovesti samo ako se član sa time saglasi.¹⁷ U sadašnjem pravu, međutim, zakonska je pretpostavka da povlačenje udela ima prinudni karakter, odnosno da za njega nije potrebna saglasnost vlasnika udela. Suprotno se, međutim, može predvideti ugovorom o osnivanju ili ugovorom članova društva.

Do ovakvog zaključka dolazimo analizom zakonske norme o donošenju skupštinske odluke uz saglasnost člana. Naime, zakonsko je pravilo da se odluke koje umanjuju prava jednog ili više članova društva s ograničenom odgovornošću u odnosu na prava bilo kog drugog člana društva donose samo uz saglasnost člana ili članova društva na koje se odluka odnosi, ako za-

¹⁶ Čl. 124 st 3 ZPD.

¹⁷ V. čl. 362 st 3 Zakona o preduzećima iz 1996 godine (ZOP).

konom nije drukčije uređeno.¹⁸ Odluka o povlačenju i poništenju udela nije, međutim, takva da umanjuje prava vlasnika udela u odnosu na prava bilo kog drugog člana, njemu će biti isplaćena pripadajuća naknada vrednosti udela, kao što bi bila ili će možda biti isplaćena i svakom drugom članu društva čiji ideo bude povučen i poništen. Ovakve odluke nemaju, dakle diskriminoran karakter. Suprotno tumačenje navedene zakonske norme, prema kojem bi se povlačenjem i poništenjem udela umanjivala prava vlasnika udela, nije prihvatljivo. Takvo tumačenje bi vodilo zaključku da je u našem pravu moguće samo povlačenje udela samo uz saglasnost člana što bi protivrečilo opštoj normi iz čl. 124 st. 1 i 2 ZPD. Osim toga, slične norme o glasanju uz saglasnost člana nema kada odluku donosi direktor ili upravni odbor društva (ako su oni osnivačkim aktom ili ugovorom članova društva određeni kao nadležni organ za donošenje odluke o povlačenju i poništenju udela) zbog čega se za naše pravo mora izvesti zaključak da je povlačenje i poništenje udela moguće samo ako je predviđeno osnivačkim aktom ili ugovorom članova društva, ali ako se predvidi, ono je po zakonskoj prepostavci prinudno, osim ako je tim aktima predviđeno da se može doneti samo uz saglasnost člana čiji se ideo povlači i poništava.

Dakle, za povlačenje udela u društvu potrebna je saglasnost člana, ukoliko je to predviđeno aktom o osnivanju društva ili ugovorom članova društva. U tom slučaju ideo se ne može povući, bez obzira što su mogućnost povlačenja, osnovi i postupak za povlačenje utvrđeni ugovorom o osnivanju, odnosno ugovorom članova društva, ako član o čijem udelu se radi ne da saglasnost za povlačenje.

Ugovorom o osnivanju društva odn ugovorom članova društva je, međutim, moguće predvideti da će se ideo moći povući i bez saglasnosti člana. Ista situacija će postojati i kada se aktom o osnivanju ili ugovorom članova društva samo predvidi mogućnost povlačenja udela, jer će po opštoj zakonskoj prepostavci to biti prinudno povlačenje. Prirodno bi bilo da se prinudno povlačenje, ako se predvidi, veže za određene osnove i postupak, da bi članovi društva, prihvatanjem ugovora o osnivanju, jasnije mogli da sagledaju rizik povlačenja udela protiv njihove volje. Pa ipak, ugovorom o osnivanju društva (odn.ugovorom članova društva) je moguće predvideti prinudno povlačenje i bez navođenja osnova, kao i bez određivanja postupka za povlačenje. U takvoj situaciji bi se smatralo da se prinudno može povući ideo iz bilo kog razloga, a po opštim pravilima postupka za donošenje odluke skupštine ili drugog nadležnog organa.

Ukoliko je ugovorom o osnivanju odn. ugovorom članova društva predviđeno da je potrebna saglasnost člana za povlačenje udela, takva sa-

¹⁸ Čl. 146 st. 3 ZPD.

glasnost bi bi trebala biti data na način koji je tim aktima predviđen. Tako se za saglasnost člana može predvideti da će biti punovažna samo ako se da u pismenoj ili drugoj formi (napr. izjavom datoju na zapisnik pred određenim ovlašćenim licem ili organom društva i sl.). Ako se ugovorom o osnivanju (odn. ugovorom članova društva) ne predvodi nikakva forma, saglasnost se može dati i usmeno, a može biti izražena i konkludentnom radnjom (napr. prijemom naknade za udeo i sl.).

Saglasnost člana može biti data pre ili posle donošenja donošenja odluke o povlačenju udela.¹⁹

Obaveštavanje o povlačenju i upis odluke

Kada se od strane nadležnog organa doneše punovažna odluka o povlačenju udela, ona se mora uputiti članu čiji se udeo povlači.²⁰ Dok član ne dobije obaveštenje o povlačenju, odluka ima karakter jednostranog akta društva i za člana ne proizvodi pravne posledice.²¹

Odluka o povlašenju i poništenju udela se obavezno unosi u knjigu odluka društva²² odnosno u knjigu udela. Upis nije konstitutivnog karaktera za samu odluku o povlačenju i poništenju udela, ali je po zakonu obavezan, i za tačnost unosa odgovaraju direktor odnosno članovi upravnog odbora društva.²³ Međutim, upis u knjigu udela je važan za svaku promenu koja se tiče udela (pa tako i za udeo koji se povlači) budući da „u odnosu na društvo s ograničenom odgovornošću, član društva je lice koje je kao takvo upisano u knjigu udela, a u odnosu na treća lica član društva je lice koje je kao takvo registrovano.“²⁴

3. PRAVNE POSLEDICE

Povlačenjem udeo prestaje da postoji, za dotadašnjeg člana prestaju prava i obaveze po osnovu njega²⁵ odnosno „član društva s ograničenom

¹⁹ Za isto pravilo u uporednom pravu vidi napr.; Baumbach-Hueck,GmbH Gesetz, 13. neubearbeitete Auflage, München, 1970. s. 153;Rowedder, op. cit. Par. 34 Rd 9.

²⁰ Schmidt, Gesellschaftsrecht, 2. völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München, 1991. s. 881.

²¹ Baumbach-Hueck, op. cit. s. 154.; Rowedder, op. cit. Par. 34 Rd 12.

²² Čl. 124 st. 4 ZPD.

²³ Čl. 119 st. 5 ZPD.

²⁴ Čl. 120 st. 1 ZPD.

²⁵ Upor. Baumbach-Hueck, ibidem.

odgovornošću čiji je ideo povučen i poništen gubi prava i obaveze koje je imao po osnovu tog udela.²⁶

Tim aktom prestaju i prava trećih lica na udelu, napr. pravo zaloge ili pravo uživanja.

Međutim, ako su obaveze člana u trenutku povlačenja udela već došpele, one dotadašnjeg člana i dalje obavezuju jer su to obaveze obligacionog karaktera, bez obzira što su proizašle iz članstva. Isto to važi i za prava. Ako su neka prava člana pre povlačenja udela dobila karakter obligacionog potraživanja, ona mu pripadaju i nakon povlačenja udela (napr. potraživanja dividende ako je već doneta odluka skupštine društva o njenoj isplati).

Povlačenjem udela članu prestaje članstvo

Prava i obaveze dotadašnjeg člana prelaze na ostale članove, сразмерno vrednosti njihovih udela. Njihove kvote učešća u podeli dobiti ili likvidacionog ostatka se na taj način povećavaju, ali se isto tako povećavaju i njihove obaveze (napr. obaveza dodatne uplate i obaveza proizašla iz odgovornosti člana).²⁷

Povlačenjem udela se ne dira u osnovni kapital društva. Zakonske odredbe o povlačenju udela ne isključuju primenu njegovih odredaba o smanjenju i očuvanju osnovnog kapitala društva.²⁸ Naknada za povučeni ideo se plaća iz sredstava rezervi ili drugih sredstava društva (napr. iz neraspoređene dobiti i dr.) ali ne i na teret osnovnog kapitala društva. Za eventualno plaćanje naknade na teret osnovnog kapitala neophodno je istovemeno sprovesti postupak smanjenja osnovnog kapitala društva, u skladu sa zakonom i osnivačkim aktom društva.

REZIME

Udeo u društvu sa ograničenom odgovornošću se može povući samo ako je to predviđeno ugovorom o osnivanju društva. Tim ugovorom se uređuju i osnovi i postupak za povlačenje. Zakonski osnovi za povlačenje udela ne postoje. Pravilo je u uporednom pravu da se ideo može povući samo uz saglasnost člana čiji se ideo povlači, ako se ugovorom o osnivanju društva drugačije ne predvidi. U našem aktuelnom pravu pravilo je

²⁶ Čl. 124 st. 5 ZPD.

²⁷ Za nemačko pravo upor. napr. Sudhoff, op. cit. s. 347.

²⁸ V. čl. 362 s. 5 ZOP-a.

obrnuto - udeo se može povući i bez saglasnosti člana, osim ako se aktom o osnivanju ili ugovorom članova društva da je ta saglasnost neophodna. Odluku o povlačenju donosi skupština društva, ali se može predvideti nadležnost i drugog organa društva.

Povlačenje ima za posledicu prestanak udela. Članu društva prestaje članstvo, njegova članska prava i obaveze prelaze na ostale članove društva, srazmerno vrednosti njihovih udela. Povlačenje udela ne utiče na vissinu odnovnog kapitala, osim ako se istovremeno ne povede postupak njegovog smanjenja.

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

Procedure and legal consequences of withdrawal and annulment of private company shares

Abstract

Private company share may be withdrawn only if it is provided for in formation contract. Formation contract regulates grounds and procedure for withdrawal. There are no grounds for withdrawal in Act. In comparative law as a rule, share may be withdrawn only with consent of the member. Until formation contract provides otherwise. There is opposite rule in domestic law - share may be withdrawn without consent, except formation contract or members contract stipulates that consent is necessary. Resolution of withdrawal is passed by shareholders meeting, but it may be provided for resolution of other body.

As a consequence of withdrawal share ceases to exist. Membership ceases to exist for the member, his rights and duties are transferred to other members in proportion to worth of their shares. Withdrawal has no impact on the amount of basic capital, except in the case of its simultaneous reduction.

Key words: private company, share, withdrawal and annulment, procedure, legal consequences

*Dr Jožef Salma, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

OBLIGACIONOPRAVNA ZAŠTITA ŽIVOTNE SREDINE*

– tužba radi otklanjanja izvora opasnosti za nastanak ekološke štete i tužba radi naknade ekološke štete –

Sažetak: U ovom radu autor razmatra odštetnopravni aspekt građanskopravne zaštite životne sredine, tj. odgovornost za otklanjanje izvora opasnosti, kada opasnost od štete preti neodređenom krugu lica uz pravo na tužbu potencijalno ugroženih ili bilo kog drugog zainteresovanog lica (*actio popularis*) kao i pravo na naknadu štete kada je ekološka šteta nastupila u vidu povrede imovine i zdravlja. Izvršeno je razgraničenje prema klasičnim imisijama u domenu susedskog imisionog prava. Klasične imisije faktički deluju kao ugrožavanje ili povrede prava ili pravnih interesa suseda (buka, potresi, dim, senka i sl.), dok nove, moderne imisije u faktičkom dejstvu povređuju prava i pravom zaštićene interese šireg, neodređenog kruga, izvan domena susedskih nepokretnosti (npr. jonizirajuća zračenja, atomske havarije, opasne i štetne hemikalije ispuštenе u vazduh, vodu i zemljište, pesticidi i dr.). Tužba za otklanjanje izvora opasnosti ima za cilj da sud obaveže imitenta na otklanjanje izvora opasnosti od štete, primenom odgovarajuće mere, na trošak imitenta (npr. da primeni filtere pre ispuštanja opasnih ili štetnih materijala), čime se ostvaruje načelo prevencije, a kada je došlo do realizacije ekološke štete - preko tolerisanih granica propisanih administrativnim pravom, u vidu povrede imovine i zdravlja, - sledi mogućnost podnošenja klasične tužbe za naknadu štete, čime se ostvaruje načelo restitucije.

* Članak je nastao kao rezultat rada na projektu Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu „Harmonizacija prava Republike Srbije i prava Evropske unije“, u okviru individualne teme: „Harmonizacija pravila u oblasti ugovorne i vanugovorne odgovornosti“.

Ključne reči: ekološke štete, klasične i moderne imisije, tužba za zabranu daljeg smetanja u domenu susedskih imisija, tužba za oticanje izvora opasnosti, tužbe za naknadu štete kada je došlo do realizacije štete

I.

Pojam obligacionopravne zaštite i razgraničenje obligacionopravne zaštite od drugih vrsta građanskopravne zaštite životne sredine

Obligacionopravna zaštita životne sredine teži *oticanju izvora opasnosti od ekoloških šteta*, oticanju šteta putem *naknade štete* odnosno, uopšte, pravnoj zaštiti od narušavanja životne sredine. Praktično, pruža zaštitu od štetnih ekoloških imisija. Obligacionopravna zaštita je po svom pravnom karakteru dvojaka: a) preventivna, b) posledično-restitutivna.

Naravno, danas se u evropskom i nacionalnim pravima, obligacionopravna zaštita ostvaruje ne samo putevima građanskog *deliktnog* prava¹, već i putem *ugovornog* prava, pre svega, putem *osiguranja od odgovornosti* za realizaciju ekoloških rizika.² Za sada je osiguranje od ekoloških rizika, u uporednom pravu, fakultativno. U oblasti deliktnih imisija, stoga

¹ V. paragraf 823. nemačkog Građanskog zakonika (BGB) i komentar u pogledu deliktnopravne odgovornosti za ekološke štete u: Hans Prütting, Gerhard Wegen, Gerd Weinreich, *BGB Kommentar*, 2, Auflage, Luchterhand, 2007, str. 1574. U posebnom zakonodavstvu, v. naročito, *Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge/ Bundes-Isimmissions-Schutzgesetz* - Zakon o zaštiti od štetnih ekoloških šteta putem zagadenja vazduha, putem buke, potresa i sličnih pojava od 14. maja 1990 (BGBl – Bundesgesetzblatt I S 880, sa izmenama i dopunama od 23. novembra 1994, BGBl I S. 3486), u delu: Gesetzesekte, Umweltgesetze, Herausgegeben von INTER NATIONES, Bonn, 1995, str. 36-62; *Gesetz zum Schutz vor gefährlichen Stoffen* – Zakon o zaštiti od opasnih materijala, od 25. jula i 27. septembra 1994, BGBl I S. 1703 i I S. 2705, ibid, str. 63-84; *Kreislaufwirtschaftsgesetz und Abfallgesetz* - Zakon o privredivanju i upravljanju otpadnim materijalima, BGBl I S 2705, ibid, str. 21. Zakon o odgovornosti za ekološke štete SR Nemačke (*Umwelthaftungsgesetz*) iz 1990. godine uvodi objektivnu odštetnopravnu (građansku deliktnu) odgovornost za ekološke štete prouzrokovanih dejstvom opasnih postrojenja. Ibid, str. 13.

² V. npr. Z. Stojanović, R. Etinski, J. Salma, D. Đurdev, *Pravna zaštita životne sredine*, Naučna knjiga, Beograd, 1991, str. 153.; - u ovoj publikaciji autor je napisao poglavlje o *Građanskopravnoj zaštiti životne sredine*, sa oblicima građanskopravne zaštite (str. 51-90); J. Salma, *Obligaciono pravo*, šesto/sedmo ponovljeno izdanje, Univerzitet u Novom Sadu, Pravni fakultet u Novom Sadu, Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2007, str. 472-477 (*Opasnost od štete, povreda životne sredine*). Dalju domaću i inostranu literaturu v. u istom delu u bel. br. 1548 i 1549.

što su ekološki rizici po pravilu opasne stvari ili delatnosti. Postoji *objektivna odgovornost* za nastale ekološke štete, na teret nosioca opasne delatnosti ili imaoца štetnih ili opasnih materijala. U nekim zemljama, kao što su npr. Austrija³ i Nemačka⁴, je na osnovu posebnog zakonodavstva (Zakona o atomskim štetama), uvedena tzv. *apsolutna odgovornost*, za ekološke posledice *havarija atomskega postrojenja*, posebno posledice u pogledu *oštećenja zdravlja* građana ili za slučaj *smrti*, pri čemu je zakon za svaku vrstu od ovih šteta predviđao fiksnu naknadu, za svakog oštećenog. Apsolutna odgovornost je takva odgovornost kod koje ni *viša sila nije razlog isključenja* odgovornosti. Poznato je da kod „obične“ objektivne odgovornosti, tj odgovornosti bez obzira na krivicu, ako je šteta nastala usled dejstva više sile, nema odgovornosti imaoца opasne stvari ili nosioca opasne delatnosti.

U obligacionom pravu *princip prevencije* se ostvaruje putem *tužbe za otklanjanje izvora opasnosti od štete* (ekološka tužba – *actio popularis*). To znači da se ova tužba može podneti i pre nastupanja štete ako *opasnost od nastupanja štete preti neodređenom (širem) krugu lica*. Ne radi se o običnom riziku, kao kod tipičnih slučajeva objektivne odgovornosti, već o *riziku na putu realizacije*. (Npr. medicinska istraživanja su pokazala da trajno atomske zračenje sigurno negativno utiče na zdravlje, ali posledice nastupaju tek posle proteka dužeg vremena). Uslov je preventivne tužbe da štetna ekološka posledica do podnošenja tužbe, nije nastupila. *Actio popularis*, preventivna tužba (čl. 156 ZOO) se može podneti od strane bilo kog lica kome preti šteta, pa čak i od strane lica kome ne preti šteta.

³ V. Bundesgesetz vom 29. April 1964 über die *Haftung für nukleare Schäden* (Atomhaftpflichtgesetz), BGBl 1964/117, 2 BGBl 1991/628 (EO-Nov 1991), BGBl I 1997/140 (WGN 1997). V. in: Kodex des Österreichischen Rechtes, 19. Auflage, Orac, Wien 1998, 27. AtomHG. Odgovornost nastaje u slučaju nuklearne havarije (par. 1). Potrebno je da šteta potiče od nuklearnog postrojenja ili od nuklearnog materijala. Odgovornost nastaje ako je usled nuklearne havarije došlo do smrti, telesne povrede ljudi ili oštećenja ili uništenja imovine. Odgovornost snosi subjekt koji privređuje postrojenjem (par. 3). Ništave su ugovorne klauzule o isključenju odgovornosti za slučaj nuklearne havarije sa posledicom smrti, telesne povrede ljudi (par. 8). Odgovornost se isključuje samo ako je do nuklearne havarije došlo usled dejstva rata (par. 9).

⁴ Prema par. 4. Zakona o odgovornosti za ekološke štete SR Nemačke (*Umwelthaftungsgesetz* vom 10. Dezember 1990, BGBl. I S. 2634, BGBl III. 400-9), (v. in: *Zivilrecht, Wirtschaftsrecht*, 10. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2001, UmweltHG 7) odgovornost za ekološke štete se isključuje ako je ona nastala usled uticaja više sile. Po par. 5 ovog zakona ako je postrojenje funkcionalno propisno, odgovornost za štetu na stvarima se ograničava ako su štete neznačne. Po par. 6 pretpostavlja se uzročnost za štete nastale usled dejstva imisionog postrojenja.

Restitutivni, odštetni princip se ostvaruje *tužbom radi naknade nastale (ekološke) štete*. Uslov je ove tužbe da je pretnja ekološkom štetom realizovana, tj. da je šteta nastupila. (Npr. da je atomsko zračenje dovelo do štetnih zdravstvenih posledica, tj. do oboljenja). Ovu tužbu može podneti samo lice čiji je fizički (zdravstveni), odn. imovinski integritet povređen imisionom *radnjom* ili *propuštanjem* dužnih aktivnosti, tj. lice koje je pretrpelo imovinsku ili neimovinsku štetu. Tuženo lice je imitent koji je neposredno doprineo svojom radnjom ili propuštanjem nastanku štete. Dalji je uslov ove tužbe, da je šteta preko normalne /dozvoljene/ granice. Ako bi npr. buka bila dozvoljena do 50 decibela, šteta nastala do te granice ne bi se nadoknađivala, već samo ona koja je nastupila usled dejstva buke preko dozvoljene (tolerisane) granice. Takođe, mora se dokazati uzročna veza između radnje i posledice.

Obe tužbe su predviđene čl. 156. Zakona o obligacionim odnosima.⁵

Pojam imisija. Imisija je bilo kakvo štetno zadiranje u elemente životne sredine (vodu, vazduh, zemljište, ljudsko zdravlje, floru i faunu), uz trajno ili privremeno narušavanje njenog ranijeg stanja.

Susedske, prekosusedske i prekogranične imisije. *Susedske imisije* su takve povrede životne sredine koje se *ne prostiru preko susedske nepokretnosti*. To su tzv. „klasične“ imisije, obično regulisane odredbama tradicionalnih kodeksa (npr. AOGZ⁶) u poglavljima o susedskom pravu.⁷ U našem pravu su ove imisije regulisane čl. 5. Zakona o osnovama svojinskopravnih odnosa.⁸ Po tipologiji, radi se o *buci, o potresima, o dimu,*

⁵ V. Službeni list SFRJ, br. 29/1978, stupio na snagu 1. oktobra 1978. god., sa izmenama i dopunama objavljenim u Sl. listu SFRJ br. 39/1985, 45/ 1989, 57/1989 i u Službenom listu SRJ br. 31/1993.g.

⁶ V. par. 364 st. 2 AOGZ (npr. in: Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, bearbeitet von Dr. Franz Mohr, Taschen Kodex, LexisNexis ARD Orac, Wien, 2003, str. 80) u kome se odreduje da vlasnik nepokretnosti može zabraniti susedu da sa svoje nepokretnosti ispušta otpadne vode, dim, gasove, toplotu, mirise, potrese i sl., ukoliko ova dejstva prelaze uobičajenu meru, prema mesnim običajima. U par. 364, pak, određeno je da ako ovi uticaji na susedsku nepokretnost prelaze uobičajenu meru, pored zabrane može se tražiti i naknada štete.

⁷ V. Koziol-Welser, Bürgerliches Recht, Band I., Allegemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht, str. 253, (Nachbarrecht, Immissionen). Gimpel-Hintenegger, Grundfragen der Umwelthaftung, 1994. Rummel-Kerschner, Umwelthaftung im Privatrecht, 1991.

⁸ V. Zakon o osnovama svojinskopravnih odnosa, Službeni list SFRJ, br. 6/1980 i 36/1990, Službeni list SRJ br. 29/1996 i Službeni glasnik RS br. 115/2005. Po čl. 5 ovog Zakona (1) Vlasnik nepokretnosti dužan je da se pri korišćenju nepokretnosti uzdržava od radnji i da otklanja uzroke koji potiču od njegove nepokretnosti, kojima se otežava korišćenje drugih nepokretnosti (prenošenje dima, neprijatnih mirisa, toplove, čadi, potresa, buke, oticanja otpadnih voda i sl.), preko mera koja je uobičajena s obzirom na prirodu i

o senci i sl. Otklanjanje ovih šteta je slično obligacionopravnoj zaštiti, ali se unekoliko i razlikuje. I u ovim slučajevima se može tražiti zabrana daljeg ugrožavanja (štetnog uz nemiravanja) susedske nepokretnosti. Takođe, ako je nastupila u klasičnom smislu shvaćena materijalna ili nematerijalna šteta (umanjenje tude imovine, tudeg fizičkog ili psihičkog integriteta, posebno zdravlja), može se tražiti odgovarajuća naknada štete u parničnom postupku.

Prekosusedske imisije su po svom faktičkom štetnom ekološkom dejstvu šire od prostora susedske nepokretnosti, koje ugrožavaju širi (neodređeni) krug fizičkih lica, njihov fizički, zdravstveni odn. psihički integritet, odnosno, prirodom i ljudskim radom i kulturnim stvaralaštvo (npr. građevine od kulturnog ili istorijskog značaja) stvorene vrednosti, uključiv, naravno, ekološki kvalitet vodotoka, zemljišta odn. ugrožavanje flore ili faune nekog područja. Za takve imisije ustanovljena je ekološka tužba, tužba radi otklanjanja izvora opasnosti od štete.

Prekogranične imisije su takve, kod kojih je izvor opasnosti nastao u jednoj zemlji, a posledice, štete su nastupile u drugoj. Na njih se, u zavisnosti od javnopravnog ili privatnopravnog svojstva štetnika primenjuju ili pravila međunarodnog javnog prava ili pravila odštetnog prava po pravilima međunarodnog privatnog prava.

Od **smetanja državine (poseda)**, povodom koje se vodi posedovna parnica (parnica zbog smetanja državine)⁹ susedske imisije se razlikuju po činjeničnom osnovu, po tome, što kod susedske imisije nema direktnog zadiranja u tudi posed niti se radi o oduzimanju tudeg poseda (kao što je to slučaj kod smetanja poseda), već se radi o dejstvima na susedsku nepokretnost na način koji ometa svrsishodno odn. namensko korišćenje ometane nepokretnosti. Sama pravna zaštita se kod susedske imisije i kod posedovne parnice bitno razlikuje, pošto se rezultat posedovne parnice ispoljava u povraćaju u prethodno posedovno stanje, tj. u stanje koje je postojalo pre smetanja. Naravno, bez analize pravnih pitanja, osim ako je pre smetanja tužilac sam, vi clam i praecario (tj. silom, potajno ili prevarno) oduzeo posed stvarnom vlasniku, a vlasnik pre posedovne parnice vratio stvar od tužioca. Pored kondemnatorne tužbe (tužbe radi osude na činidbu), parnicu zbog smetanja poseda tužilac može da vodi i putem deklaratorne tužbe, čiji je cilj da se utvrди činjenica smetanja. Za razliku od

namenu nepokretnosti i na mesne prilike, ili kojima se prouzrokuje materijalna šteta. (2) Bez posebnog pravnog osnova zabranjeno je vršenje smetnji iz st. (1) ovog člana posebnim uredajima.

⁹ V. Zakon o parničnom postupku, Službeni glasnik RS, br. 125/2004, glava XXXI, Postupak u parnicama zbog smetanja državine, čl. 446-452.

posedovne (državinske) parnice, kao posebnog parničnog postupka, imisiona susedska parnica se vodi u opštem parničnom postupku, sa ciljem da se zabrani dalje imisiono smetanje (buka, potresi i sl.), odnosno da tuženi (smetalac, štetnik), isplati vlasniku nepokretnosti (oštećeni, tužilac) čija je nesmetana, svrsishodna upotreba usled dejstva susedske imisije ograničena, odgovarajuću odštetu.

Pojam ekološke štete (objekt obligacionopravne zaštite). O širem smislu, naravno, i obligacionopravna (građanskopravna) zaštita životne sredine se prostire na sve elemente životne sredine, na zemljiste, vode, vazduh kao i na živi svet. Tužba radi otklanjanja izvora opasnosti od šteta u pravu ima široki spektar objekata zaštite. Ekološke štete, su međutim, *širi pojam* od štete shvaćene u smislu klasičnog građanskog prava. Ekološke štete, naime, nekada i nisu štete u smislu klasičnog odštetnog prava, protivpravnog umanjenja tude imovine ili povrede tuđeg psihičkog ili fizičkog integriteta. Naprosto *nisu merljive merilima građanskog prava, jer su nekada enormne, novčano neizrazive*, a često se ne mogu vezati samo za imovinu nekog konkretnog pravnog subjekta, čak, *nekada i ne mogu da se tretiraju kao javna dobra*, vezana za određeni državni suverenitet u klasičnom smislu reči. One se u svojoj ukupnosti pojavljuju *globalno* (npr. globalno povećanje temperature usled efekta staklene bašte prouzrokovano raznim imisijama, između ostalih, imisijama ugljen dioksida, povećanog ultravioletnog zračenja sunca usled smanjenja ozonskog sloja, omotača atmosfere, itd.). Globalne ekološke štete se teško mogu otkloniti samo građanskopravnim sredstvima zaštite. Potrebne su kompleksne mere kako na domaćem tako i na međunarodnom planu. Ekološke štete u užem smislu su imovinski merljive, odnose se na imovinu nekog određenog fizičkog ili pravnog lica. Od „običnih šteta“ se razlikuju po tome što im je inicijalni uzrok u nekoj imisiji.¹⁰ (Npr. uništen fond riba na delu vodotoka usled ispuštanja štetnih i opasnih hemijskih odn. industrijskih nuz-prodукata u vodotok). Ove štete se mogu otkloniti sredstvima klasičnog odštetnog prava (npr. u gornjem primeru restitucijom fonda riba, novčanom naknadom materijalne štete). No, *lokalni pristup i sudska zaštita od mesno nastupelih imisionih šteta*, u smislu prevencije tužbom za otklanjanje izvora opasnosti od šteta i putem zahteva za naknadu štete i uspostave predašnjeg stanja o trošku imitenta, može značajno doprineti i smanjenju globalnog i sprečavanju novih zagađenja, čak i ako je to samo „kap u moru“.

¹⁰ V. prof. dr J. Salma, Odgovornost za opasnost od štete, Kopaonička škola prirodnog prava, Pravni život, Beograd, tom I/1988, str. 476-487, i Pravni život, Beograd, tematski broj, 1/1989. str. 27-39.

Proširenje građanskopravne zaštite se zapaža kako na *prirodno stvorenim vrednostima* (vode, vodotoci, zemljište itd.), tako i na *ljudskim radom stvorenim vrednostima*¹¹, kao što su naselja, kulturno (građevinsko) nasleđe, istorijsko nasleđe i dr.

Počev od 90-ih godina XX veka uvodi se posebno zakonodavstvo o odgovornosti za ekološku štetu. Posebnu pažnju posvećujemo nemačkom *Zakonu o odgovornosti za ekološku štetu od 1990. godine*.¹² Po ovom zakonu, ako je dejstvom nekog industrijskog postrojenja došlo do nečije smrti, povrede tela ili zdravlja kao i do povrede ili uništenja nečije stvari, imalač (Inhaber) postrojenja dužan je da oštećenom naknadi tako nastalu štetu.¹³ Zakon nabraja oblike imisione štete zbog kojih se daje naknada. To su povreda fizičkog i zdravstvenog integriteta ličnosti, kao i umanjenje imovine. Odgovornost je *objektivna*, tj. nastaje bez obzira na krivicu imaoца. Imalač nedovršenog postrojenja odgovara za štetu i ako je do štete došlo pre dovršetka izgradnje postrojenja a opasna svojstva su nastupila nakon dovršetka izgradnje postrojenja (tj. ona još nisu postojala u vreme nastupanja štete).¹⁴ Pod *ekološkim štetama* zakon podrazumeva takvu štetu koja nastaje usled uticaja na životnu sredinu koji se ispoljava u vidu *ispuštanja nekog materijala, nastanka potresa, mirisa, pritiska, zračenja, gasa, toplove i drugih pojava, koje su se proširile u zemljište, vazduh ili vode*. Pod *postrojenjima* (Anlage) se podrazumevaju mašine, aparati, motorna vozila i slične tehničke naprave.¹⁵ Nema obaveze naknade štete, ako je šteta nastala usled dejstva više sile.¹⁶ Za razliku od ekoloških šteta

¹¹ Pod zaštitom prirode se u literaturi podrazumevaju sve aktivne i pasivne ljudske mere i radnje koje su podobne za zaštitu prirode, vode, naselja sa njihovom kulturnom baštinom, odnosno za zaštitu biodiverziteta. V. Fodor László, *Környezeti jog előadások*, - Predavanja o pravu zaštite životne sredine, Bíbor Kiadó, Miskolc, 2003, str. 184. U Mađarskoj na zaštićenim područjima organi uprave, na osnovu Zakona o zaštiti životne sredine iz 1996 (izmene: 2001. godine), mogu odrediti način obavljanja privredne delatnosti (lovstvo, ribarenje, i dr.). Neke privredne delatnosti na zaštićenim područjima mogu da se obavljaju samo uz dozvolu nadležnog organa. V. Fodor László, *Környezeti jog előadások*, - Predavanja o pravu zaštite životne sredine, Bíbor Kiadó, Miskolc, 2003, str. 188.

¹² V. *Umwelthaftungsgesetz* (UmweltHG) od 10. decembra 1990, Bundesgesetzblatt (BGBl), I S 2634, BGBl. III. 400-9.V. in: *Zivilrecht, Wirtschaftsrecht*, Nomos, Baden-Baden, 10. Auflage, 2001/2, UmweltHG, 7. V. i Prof. Dr. Hein Kötz, Prof. Dr. Gerhard Wagner, Deliktsrecht, zehnte neubearbeitete Auflage, Luchterhand, Wolters Kluwer, München, 2006, str. 200, tač. 517. (Gefährdungshaftung – odgovornost za opasnost od štete, odnosno, za opasne stvari).

¹³ V. paragraf 1. nemačkog UmweltHG-a.

¹⁴ V. paragraf 2. UmweltHG-a.

¹⁵ V. paragraf 3. st.1-3 UmweltHG-a.

¹⁶ V. paragraf 4. UmweltHG-a.

usled dejstva ili havarija atomskih postrojenja, gde imalac, prema nemačkom i austrijskom zakonu o atomskim štetama (Atomhaftungsgesetz) odgovara za štetu ako je šteta nastala usled dejstva više sile.¹⁷

Uopšte o ekološkoj parnici. Parnica radi otklanjanja izvora opasnosti od štete kao i parnica radi naknade štete od imisionih dejstava je procesna forma ostvarivanja naknade ekoloških šteta. *Tužilac*, aktivno legitimisani subjekt kod actio popularis-a je svako zainteresovano lice, posebno onaj kome preti šteta, ili kod odštetne parnice, onaj koji je usled imisionog dejstva pretrpeo štetu. Ali, tužilac može biti i bilo koje drugo zainteresovano lice, ako se pretnja štetom prostire na širi, neodređeni krug lica. *Tuženi*, pasivno legitimisani je imalac (po pravilu vlasnik, ali može biti i zakupac) opasne stvari ili postrojenja, odnosno vršilac ekološki opasne delatnosti. Materijalnopravno gledano, mora da postoji uzročna veza između ekološki opasne stvari ili delatnosti preteće ili nastale štete. Prema našem pravu, odnosno, sudskej praksi, ekološka parnica nije poseban parnični postupak, spada u opšti parnični postupak, zasnovan na načelu kontradiktornosti. Međutim, u našoj procesnoj literaturi ima opravdanih stanovišta, prema kojima ekološka parnica treba da bude poseban parnični postupak, između ostalog, zbog hitnosti, i drugih posebnosti, izraženih kod ekoloških pretnji, kod kojih još nije nastupila šteta i kod kojih sud, izricanjem opravdanih mera radi otklanjanja izvora opasnosti, može sprečiti realizaciju ekološke štete. Sud, u zavisnosti od petita tužbenog zahteva, može doneti (kondemnatornu) *odluku o naknadi štete, u vidu novčane naknade*, ili u vidu obavezivanja imitenta, ako je to moguće, na *povraćaj narušenog ekološkog stanja u pređašnje stanje*. Ako do štete još nije došlo, sud može doneti *opravduju meru*, u smislu obavezivanja imitenta *na otklanjanje izvora opasnosti na trošak imitenta*. Npr. ako se radi o ispuštanju štetnih materijala u vodotok, sud može da obaveže imitenta da o svom trošku primeni tehnološki filter. Ako se radi o zagadenju vazduha, sud može da zabrani imisije u vreme kada se građani učestalo i u većem broju zadržavaju na otvorenom gradskom prostoru. Sud, saglasno pravilima ZPP i ZIP može i pre okončanja ekološke parnice da odredi *privremene mere*¹⁸ ako to nalažu okolnosti slučaja, tj. ako to zahtevaju razlozi sprečavanja nastupanja širih ekoloških posledica.

¹⁷ V.paragraf 25. nemačkog Atomhaftungsgesetz-a, v. npr. in: Kötz-Wagner, *Deliktsrecht*, 10. izdanje, Luchterhand, Kluwer, München, 2005, str. 202, tač. 523.

¹⁸ V. Zakon o izvršnom postupku, Službeni glasnik RS, br. 125/2004, Glava V, Privremene mere, čl. 291-298, čl. 302-303, posebno čl. 303, st.1, tač 9.

Osnov odgovornosti za ekološku štetu (kada je došlo do prekolicmitne štete) je u našem pravu (po čl. 156 ZOO) *objektivna odgovornost*, nezavisno od krivice imitenta. Tako je to i u uporednom pravu, npr. u nemačkom vodnom pravu za štete od ispuštanja opasnih materijala u vodotok.¹⁹

U procesnoj literaturi su isticane kritike povodom *actio popularis-a* iz čl. 156. ZOO. Primedbe su se odnosile na to da se tužba može podneti i ako nije došlo do štete, tj. do povrede subjektivnih prava. Ali, dati su i odgovori (i materijalnopravne i procesne prirode) u prilog odbrane rešenja iz čl. 156. Naime, kod tuživosti subjektivnih prava opšte usvojena procesna literatura smatra da je procesna pretpostavka tuživosti ispunjena ako postoji tvrdnja tužioca da je njegovo subjektivno pravo povređeno ili ugroženo, što je upravo, po pravilu, slučaj i kod ekološke parnice.

II.

Bliža pravila o ekološkoj tužbi (*actio popularis - tužbi radi otklanjanja izvora opasnosti od štete*) i tužbi radi naknade pravom priznate ekološke štete

I tužba radi otklanjanja izvora opasnosti od nastupanja štete (ekološka tužba –*actio popularis*) i tužba radi naknade već nastupele ekološke štete se podnose u parničnom postupku, pred mesno nadležnim opštinskim sudom određenim po mestu nastupanja štete, odnosno pred sudom prebivališta ili sedišta imitenta-štetnika.

A. Materijalnopravni uslovi podnošenja tužbe radi otklanjanja izvora opasnosti od štete. a) *Postojanje opasnosti od nastupanja štete od nekog izvora opasnosti od štete.* Potrebno je da postoji neki izvor koji preti nastupanjem štete. To može biti, po sudskoj praksi, visokonaponska električna mreža neposredno iznad građevinskog objekta na brdskim prostorima, sa intenzivnim i učestalom meteorološkim neprilikama, štetno povećano zračenje iz atomskog postrojenja, ispuštanje štetnih ili opasnih materijala u vodotok ili na poljoprivredno zemljište, davanje stimulativnih materijala za rast životinja neposredno pre kori-

¹⁹ Po čl. 22 Wasserhaushaltsgesetz-a, Zakona o vodama Nemačke, uvodi se objektivna odgovornost imitenta za štete od ispuštanja materijala sa opasnim dejstvima u vodotok. Za štetu je odgovoran onaj koji je štetnu materiju neposredno ispuštilo u vodotok. Ne ma pravnog značaja činjenica, da li je imitent znao da ispušteni materijal ima štetno dejstvo. V. o tome, Günter Hager, *Haftung für Umweltschaden*, in: Czechowski-Hendler (Hrsg.), Warschauer Gespräche zum Umweltrecht, *Umweltrecht in Mittel- und Osteuropa*, Richard Boorberg Verlag, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, 1992, str. 139 (Haftungsgrund).

šćenja mesa i mesnih proizvoda za ishranu ljudi, ispuštanje štetnih materijala u vazduh koji predstavljaju opasnost za zdravlje građana, itd. b) Izvor opasnosti treba da preti nastupanjem štete na imovini ili zdravlju neodređenog, *šireg kruga lica*. Potrebno je dakle da se radi o pretnji štetom prema većem broju subjekata. g) Da *šteta u vreme podnošenja tužbe još nije nastupila*, ali je rizik na izvesnom putu realizacije. Npr. postoji intenzivno štetno jonizirajuće zračenje, ali zdravstvene posledice još nisu nastupile. Potrebno je da između izvora opasnosti i preteće štete postoji hipotetična ali dokaziva kauzalna veza. Krivica nije uslov odgovornosti, pošto se radi o objektivnoj odgovornosti, usled toga što se kod izvora opasnosti od štete širih razmara obično radi o opasnoj stvari ili delatnosti za koje ZOO predviđa objektivnu odgovornost.

Procesni elementi actio popularis-a. I. Tužba. a) *Tužilac*. Tužilac može biti svako zainteresovano lice, i onaj kome preti šteta, i onaj koji nije neposredno ugrožen, ali uverljivo tvrdi da postoji pretnja štetom od nekog određenog izvora opasnosti od štete. Otuda i izraz „popularne ekološke tužbe“, pošto tužbu može podneti i lice čije pravo ili pravni interes nije neposredno ugrožen odn. povređen. U drugim parničnim postupcima tužilac može biti samo lice koje tvrdi da mu je (da je njemu, a ne drugome) ugroženo ili povređeno pravo.

b) *Petit tužbenog zahteva*. Petit tužbenog zahteva treba da se odnosi na traženje odgovarajućih sudske mera podobnih za otklanjanje izvora opasnosti. Te mere zavise od prirode imisije. Npr. ako je štetna imisija prodrla u vazduh, može se tražiti da se zabrani ispuštanje u vreme kada se na datom ugroženom prostoru zadržava veći broj ljudi. Može se tražiti da se o trošku imitenta izgradi odgovarajući zaštitni filter, i dr. Osim ovih osuđujućih petita, tužba može biti usmerena i na traženje zabrane daljeg vršenja imisija, kao i na deklaraciju o ugrožavanju. Ako je pored postojanja ugrožavanja, deo preteće štete već nastupio, uz zahtev radi otklanjanja izvora opasnosti može se tražiti i naknada štete. Ali, potonji zahtev može podneti u istoj ili u samostalnoj parnici samo ono lice koje je pretrpelo štetu. v) *Tuženi*. Tuženo lice u ekološkoj parnici je imalac postrojenja ili materijala koji ugrožava životnu sredinu, odnosno čija delatnost dovodi do opasnosti od nastupanja štete širih razmara.

II. De lege ferenda gledano, **dokazni postupak**, naročito ako okolnosti ukazuju na to da neposredno preti nastupanje štete, treba da je hitan. Sud može izvesti i dokaz koji nije predložen, ali je neophodan da bi se uverio da je pretnja štetom stvarna.

III. Presuda. Kao i petit tužbenog zahteva i presuda može biti *deklaratornog* ili *kondemnatornog* (osuđujućeg) karaktera. Sud će opravda-

nu meru izreći u granicama predloga saglasno dispozicionom načelu koje dominira u parničnom postupku: ne eat iudex ultra et extra petitum partium). Ali, sud u slučaju neposredno preteće štete, po našem mišljenju, može odrediti i sam potrebnu meru nezavisno od predloga tužioca. Šta više, može odrediti i privremenu (izvršnu) meru, pre okončanja ekološke parnice, prema pravilima prethodnog izvršnog postupka, ako bi bez te hitne izvršne mere još u toku parnice, došlo do nastupanja veće štete za širi krug lica. Ako je deo preteće štete već nastupio, te je tužbu podnело lice koje je pretrpelo štetu, odluka suda se odnosi i na odštetni deo petita. Procesni *troškovi* i troškovi opravdanih sudske mera radi otklanjanja izvora opasnosti terete imitenta, tj. tuženog koji je svojom radnjom ili propuštanjem doveo do ugrožavanja.

B. Tužba radi naknade ekološke štete. Ova parnica se razlikuje od prethodne po tome što je izvor opasnosti od štete realizovan usled dejstva protivpravne imisione radnje ili propuštanja, tj. kada je ekološka šteta već nastupila. Ovu tužbu, za razliku od prethodne, može podneti samo lice čija je imovina, telesni ili zdravstveni integritet povređen imisnom radnjom nosioca izvora opasnosti od štete. Potrebno je da se radi o materijalnoj ili nematerijalnoj šteti saglasno opštim pravilima ZOO o vrstama štete.

III.

Razgraničenje obligacionopravne (građanskopravne, privatnopravne) zaštite od javnopravne (upravnopravne, krivičnopravne) zaštite životne sredine

Civilnopravna, dakle i obligacionopravna zaštita životne sredine se ne može u potpunosti odvojiti od javnopravne zaštite, barem zbog zajedničkih ciljeva, prevencije i restitucije. U evropskoj literaturi i smernicama (Richtlinien) Evropske unije odavno se govori o *integralnoj zaštiti životne sredine*²⁰, o *koordinaciji i saradnji* (*između različitih organa*

²⁰ IPPC Integrated Pollution Prevention and control. V. Uvodne odredbe Smernice EZ (Evropske Zajednice) br. 96/61. One govore o zaštiti životne sredine kao *celine, o prevenciji* od novih zagadenja i o *smanjenju postojećih zagađenja*, kao i o *podizanju odlučivanja* o merama zaštite životne sredine na najviše moguće nivo. Kod angažovanja novih industrijskih postrojenja zemlje članice EU treba da uvedu specijalne postupke *davanja dozvole* kojima prethodi prethodna ekološka analiza. Ta analiza se prostire na *prethodnu procenu uticaja* planiranog novog proizvodnog, industrijskog prirednog aglomerata na sve elemente životne sredine, na vodu, vazduh, zemljište. Postoje posebna Smernica EZ br. 86/278 koja se odnosi na zaštitu zemljišta od akumulacije teških metala. V. npr., Fodor László, *Környezetjog előadások*, - Predavanja o pravu za-

na vlasti- upravnih i pravosudnih)²¹, o prevenciji²² i o restituciji,²³ jav-

štite životne sredine, Bíbor Kiadó, Miskolc, 2003, str. 102. Na prostoru Evrope se naročita normativna i aplikativna pažnja se posvećivala problemu upravljanja (odlaganja) i privređivanja (reciklaža) industrijskih i potrošačkih otpadnih materijala. Opšta pravila su sadržana u Smernici o otpadnim materijalima br. 91/56 EZ, kojim se menja Smernica EZ br. 75/442. (V. npr. Fodor, L., op. cit, str. 165). Ove nove instrukcije se odnose na sve vrste otpadnih materijala, na opšte zadatke vezane za otpadne materijale, opšta pravila radi sprovodenja tih zadataka, proceduralne norme vezane za upravljanje otpadnim materijalima. Norme služe kao norme orientirni za izradu nacionalnih normi. Ciljevi su da članice EZ preventuju nastanak novih otpada i da preduzmu mere za smanjenje postojećih otpada, a posebno da smanje njihovo štetno dejstvo. Stimulišu se tzv. čiste tehnologije, bez štetnih dejstava po okolinu, zatim, tehnologije radi razgradnjava (detoksifikaciju) otpadnih materijala, kao i proizvodi koji ne sadrže štetne materijale. (V. Fodor, op.cit., str. 165.)

²¹ O koordinacionom principu, u austrijskom pravu, v. npr. Manfried Welan, *Zum Stand des Umweltrechts in Österreich*, in: Czechowski/Handler (Hrsg.), *Warschauer Gespräche zum Umweltrecht, Umwelt in Mittel- und Osteuropa*, Boorberg Verlag, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, 1992. str. 90 i dalje. Autor navodi da u Austriji ne postoji katastar zagadivača. Op. cit., str. 91. Ukazuje se na ogromne količine industrijskog i saobraćajnog zagađenja 1990. godine. Tada se planiralo da se emisije do 2000. godine smanje na 70% dotadašnjih vrednosti. A da bi do toga došlo, potrebna je saradnja svih društvenih snaga. U pogledu politike zaštite vazduha ukazuje se da je jedna trećina šuma ugrožena novim imisijama. Austrijska Akademija nauka predlaže snižavanje granica, donjih limita dopuštenih zagađenja. U industriji i u javnom sektoru se vrše velika ulaganja u cilju izgradnje katalizatora. U pogledu upotrebljivih zemljišta za agrarnu proizvodnju, jedna petina je ugrožena zemljišnim imisijama, posebno agrohemikalijama, neorganskim i organskim štetnim i opasnim materijalima. V. Welan, op. cit., str. 90-94. Ukupna količina otpadnih materijala (industrijskog i građanskog porekla) iznosi 2,45 miliona tona godišnje. Tri četvrtine austrijanca u to doba, u devedesetim godinama, su smatrala da se ne čini dovoljno na planu zaštite životne sredine. U madarskom pravu v. Fodor László- Prugberger Tamás, *A környezetjog rendszere, elméleti és gyakorlati kérdései* (Sistem ekološkog prava, teorijska i praktična pitanja), Budapest, NEOTIPP Bt, 1997, str. 12. Istoči se potreba za kritičkim sagledavanjem apsolutno liberalnog trgovinskog pristupa, koji u potpunosti vlada pod firmom autonomije, privrednim životom u oblasti proizvodnje i pružanja usluga. Ponekada, bez obzira na životnu sredinu. To utiče i na druge oblasti života. Potreban je veći upliv upravnog prava. Sa druge strane, istoči se kontrola uprave od strane pravosuđa. Akademik Prof. Dr. Sólyom László, u delu: *Környezetvédelem és polgári jog* (Zaštita životne sredine i građansko pravo), Akadémiai Kiadó, Budapest, 1980, str. 117, pledira za afirmisanje upravnog sudovanja, radi kontrole administrativnih odluka na planu životne sredine. Naime, te (administrativne) odluke su nekada suviše „liberalne“, te dopuštaju i ono što se ekološki ne da opravdati. V. i Fodor László, *Környezetjog előadások* (predavanja o pravu životne sredine), Bíbor Kiadó, Miskolc, 2003, str. 58. Po Fodoru, princip saradnje znači da su država, odnosno organi vlasti, građani, organizacije građana, subjekti koji koriste elemente životne sredine dužni da saraduju. Državni organi jedne vrste (npr. uprava) dužni su da saraduju sa organima druge vrste (npr. pravosuđe). O pravnom regulisanju ekološkopravnih principa u Evropskoj uniji v. Bándi Gyula, *Környezetjog – Ekološko pravo*, Osiris Kiadó, Budapest, IV. kiadás, 2004, str. 257-329, posebno, str. 21-59.

nosti²⁴ kao i o **metaprincipima svih grana prava** (kako javnog i privatnog, tako i unutrašnjeg i međunarodnog prava), potrebnih radi pravnog - zakonskog regulisanja, kojima se doprinosi efikasnijoj zaštiti životne sredine.²⁵ Imisije su postale, čak iako imaju lokalan izvor, prekogranične sa globalnim posledicama, otuda se ekološko pravo ne može posmatrati niti samo kao ekološko privatno, niti samo kao ekološko javno (i međunarodno) pravo. Na globalne izazove treba odgovoriti koncepcijски. Mora se uvažiti metodološka meta-načelna celina, bez obzira na pravno-tehničke, teorijske i metodološke teškoće. Ali, pri tome se ne mogu suspendovati ni specijalne metode regulisanja pravne zaštite životne sredine ustanovljene u pojedinim granama prava. Kodifikacioni problem predstavlja i sam **sistem ekološkog prava**. Ima više koncepata. Prema *prirodi pravnih normi*, razlikuje se ustavno ekološko pravo, upravno ekološko pravo, ekološko pravo otpadnih materijala, ekološko krivično pravo, ekološko privatno pravo (susedskopravna zaštita od imisija i naknada štete od imisija), kao i međunarodno ekološko pravo. Drugi pogled na sistem ima za kriterijum *objekat zaštite*, a to su vazduh, vode, zemljište, i dr. Taj koncept je rezultirao (u Evropi) u *partikularnom zakonodavstvu*, kao što je Zakon o zaštiti vazduha, Zakon o gazdovanju elektricitetom, Zakon o iskorišćavanju zemljišta, zakon o vodama, Zakon o upotrebi motornih vozila, Zakon o alarmu od smoga²⁶, itd. Sličan partikularni koncept je zastupljen i u Srbiji.

²² V. npr. Fodor László, *Környezetjog előadások* (predavanja o pravu životne sredine), Bíbor Kiadó, Miskolc, 2003, str. 27, 52. Načelo prevencije je naročito naglašeno počev od Štokholmske konferencije od 1972. godine posvećene zaštiti životne sredine. Postoje dva aspekta prevencije, prvi je da pravne mere ne utiču na privrednu strukturu, drugi je onaj, koji utiče na privrednu strukturu, npr. destimuliše tehnologije i proizvode koji negativno utiču na životnu sredinu. V. Fodor, op.cit., str. 27. in fine.

²³ V. npr. Fodor László, *Környezetjog előadások* (predavanja o pravu životne sredine), Bíbor Kiadó, Miskolc, 2003, str.55.

²⁴ V. npr. Fodor László, *Környezetjog előadások* (predavanja o pravu životne sredine), Bíbor Kiadó, Miskolc, 2003, str. 59. Javnost znači da sve pojave i podaci vezi sa stanjem životne sredine treba da budu dostupni građanima, odnosno javnim sredstvima informisanja.

²⁵ J. Salma, *The law of ecology - principles and system*, Yugoslav Law / Droit Yougoslave, 40 years of the Institute of comparative law - Institut de droit comparé, Belgrad, 1996/1-3. str. 189-204. J. Salma, Načela i sistem ekološkog prava (referat na IX načnom savetovanju Kopaoničke škole prirodnog prava), objavljeno in: Pravni život (poseban broj posvećen referatima sa savetovanja), Beograd, br. 1995/9, tom I, str. 267-280.

²⁶ Manfried Welan, *Zum Stand des Umweltrechts in Österreich*, in: Czechowski/Handler (Hrsg.), *Warschauer Gespräche zum Umweltrecht, Umwelt in Mittel- und Osteuropa*, Boorberg Verlag, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, 1992. str. 91-94.

Nije slučajno, da su u Evropi 90-ih godina ustanovljeni **kodeksi životne sredine**, koji su pravno „subordinirali“ dotadašnji koncept prava zaštite životne sredine tradicionalnim metodama pojedinih grana prava (npr, upravnopravna zaštita: metod subordinacije; građanskopravna zaštita: metod koordinacije i ravnopravnosti, itd.). U njima su se morali naći zajednički, meta principi, načela koja nisu subordinirana, metodima zaštite pojedinih grana prava, ali koja su podobni da koordiniraju pravnu zaštitu. Oni su usvojeni u kodeksima životne sredine. Problemi kodeksa su se stvorili na raskoraku između dve težnje, mehaničke i koncepcijske inkorporacije: (a) Najpre se radilo o *prostoj inkorporaciji postojećih ekoloških normi*, u raznim kodeksima civilnog i javnog prava, što je moglo rezultirati u pukom pravno-tehničkom kodeksu. Pokazalo se, da takav kodeks ne donosi ništa novo u odnosu na dotadašnju partikularnu regulativu, razasutu zakonima iz pojedinim grana prava, kao što su građansko pravo, krivično pravo, itd., odnosno u zakonima koji su po prirodi stvari vođeni različitim metodama regulisanja i sankcionisanja, posebno u pogledu potrebe za povećanom pravnom zaštitom. (b) Zatim, nastojanja su išla ka *koordiniranom, kompleksnom kodeksu*, vođenom meta-pravnim principima.

Prema tome, „mehanička“ inkorporacija partikularnih odredaba pojedinih grana prava u oblasti zaštite životne sredine,²⁷ je značila unošenje u kodeks o životnoj sredini ono što su pojedine grane prava već ranije sadržavale, ali bez promene originernih metoda regulisanja karakterističnih za datu granu prava. Drugi pristup je bio vođen principom koordinacije svih grana prava. On je značio uvođenje zajedničkih opštih načela i potrebu da se njima prilagode metode zaštite pojedinih grana prava.²⁸ Ali, uvođenje meta-principa nije bilo nimalo jednostavno (naravno, ne samo na pravno-logičkom planu), iz razloga, što se npr. civilno-pravni metod regulisanja ispoljava u vidu primene principa ravnopravnosti stranaka, a

²⁷ Nacionalni zakoni o zaštiti životne sredine, u smislu i po metodu legislativne integracije iz svih grana prava u jednom zakonskom aktu, nastali su u 70-tim godina, ali gledano po kodifikacionom metodu, norme inkorporisanih odredaba krivičnog, građanskog i upravnog prava još nisu subordinirane zajedničkim principima regulisanja, otuda se ovi zakoni ne mogu smatrati kodeksima. Legislatija o životnoj sredini je ipak na vrlo visokom nivou u Danskoj (1973), Švedskoj (1969), Švajcarskoj (1985) i drugim zemljama.

²⁸ Metaprinciple prihvata Holandski kodeks o zaštiti životne sredine od 1993, tako da se on smatra jednim od pravih kodeksa, dakle zakonodavstva koje ne sadrži samo „mehanički zbir“ inkorporisanih zakonskih odredaba različitih grana prava, koje uređuju i životnu sredinu. V. npr. Fodor László, *Környezetjog előadások* (predavanja o pravu životne sredine), Bíbor Kiadó, Miskolc, 2003, str. 28.

dominantni upravno-pravni metod se pojavljuje u vidu principa subordinacije. U takvoj kontrarnoj metodologiji regulisanja gotovo je nemoguće uspostaviti pravno koristan i efikasan metajuristički princip.

Rešenje je nađeno na trećem polju, tj. na polju koje ne negira specifične metode regulisanja po pojedinim granama, zadržava ih, ali ih ujedno usmerava na glavne *koordinacione aspekte*, na prevenciju i na restituciju.

U 90-tim godinama evropsko pravo, pod uticajem vidnih globalnih zagađenja, prilikom stvaranja nacionalnih kodeksa o životnoj sredini, se odriče principa solidarnosti (tj. da je svako dužan da jednako snosi teret razvoja, pošto i sam doprinosi zagađenju životne sredine). Odricanje od solidarnosti je usledilo zbog toga što je po načelu solidarnosti nepravedno, jednak raspoređivan teret rizika zagađenja između onih koji zagađuju vidno doprinose i onih koji tome nesrazmerno manje doprinose, i to na teret potonjih. Uvodi se umesto principa solidarnosti novi princip da *sam zagađivač i samo on odgovara* za štetu koju je prouzrokovao.²⁹ Pri tome, u načelu, zagađivač odgovara za štetu, te nema razloga za primenu socijalizacije odgovornosti za ekološku štetu, tj. domenu odgovornosti ne participiraju oni koji nisu odlučno doprineli šteti.

Kod tzv. *skupnih imisionih šteta*, sa stanovišta konstrukcije nosioca odgovornosti za štetu, pojavila se alternativa između pasivne *solidarne odgovornosti* i *podeljene odgovornosti* između svih subjekata koji potencijalno ili stvarno doprinose, u manjoj ili većoj meri, zagađenju životne sredine. *Skupne imisije* su takve kod kojih u prouzrokovavanju *ima više učesnika*, ali kod kojih pojedinačni imitent, samo svojom imisijom ne doprinosi (konačno) šteti, tako da se pojedinačno može ekskulpirati od odgovornosti, dokazom da njegova imisija nije dovela do štete ekološke posledice, odnosno da je njegova imisija, u izolovanim uslovima, bez sadjstva drugih imisija, ne dovodi do štete. Npr. hipotetično, ispuštanje tehnoloških voda iz pivare u vodotok po sebi ne doprinosi redukciji ribnog fonda. Ekskulpacija (oslobodenje od odgovornosti) izolovanog imitenta se u praksi ostvaruje dokazivanjem, da su imisije u (administrativno) dozvoljenim granicama. Kod skupnih imisija šteta nastupa usled *sadjstva* svih imisija. *Podeljena odgovornost* bi bila srazmerna doprinosu u prouzrokovavanju, a *solidarna* bi bila takva da se bilo koji imitent od više imitenata može obavezati na snošenje celine štete, pri čemu bi tuženi solidarni sadužnik, isplatilac, mogao u regresnoj parnici tužiti ostale, u prvoj bitnoj parnici netužene solidarne sadužnike. Drugim rečima, da u inicijal-

²⁹ V. o tome, u doktrini, npr. u austrijskom ekološkom pravu, Bernhard Raschauer, Umweltrecht.

noj parnici tuženi i osuđeni isplatalac, po isplati štete, u svojstvu tužioca pokrene parnicu protiv ostalih „solidarnih“ sadužnika, radi konačne podele odštete, srazmerno doprinosa svakog od njih. Oba puta, načina utvrđivanja odgovornosti su problematični, zbog pojedinačnih ekskulpacionih razloga (razloga oslobođenja od odgovornosti), tj. zbog mogućnosti dokazivanja da pojedinačni imitent, izolovano, sa svojom imisjom, nije doprineo šteti. Rešenje (prevencionog) problema od skupnih imisija se može tražiti i izvan civilnog (građanskog) prava, u smislu administrativne evidencije strukture imisija, pri čemu se prilikom izdavanja novih dozvola može sagledati i dejstvo novog potencijalnog zagađivača u ukupnom hemijskom dejstvu.

Povećanju individualne, umesto podeljene, solidarne i „solidarizacione“ (socializirane) odgovornosti, služilo je i afirmisanje jednog od novih osnovnih principa evropskog prava o *održivom razvoju*. Ne radi se o tendenciji „kočenja“ razvoja. Pre se radi o tome da sam razvoj, tj. nosioci razvoja, moraju, i iz sopstvenih interesnih (ekonomskih) razloga, uložiti ne samo u profitne tehnološke inovacije, već i u ekološke prevencije. Imajući u vidu da su tehnološke inovacije počev od sredine XX veka, gotovo do poslednje decenije tog veka, često bile bez prethodne ekološke analize, u smislu, da li primena date inovacije doprinosi povećanju (mesnih, regionalnih, zemaljskih ili preko-graničnih, odnosno globalnih), tj. nisu bile dovoljno tehnološki preventivne od nastupanja ekoloških rizika (npr. energetska atomska postrojenja).³⁰ Naime, ako nema ekoloških ulaganja povećavaju se ekomske obaveze na planu odštete.

Pored nacionalnih kodeksa o životnoj sredini, često vođenih i zajedničkim pravom Evrope (gemeines Recht, aquis communautaire) donošene su i **smernice i uredbe** Evropskog Saveta i Evropskog parlamenta koje su služile kao orijentiri za harmonizaciju unutrašnjeg, nacionalnog ekološkog prava, odnosno radi direktnе primene od strane nacionalnih suda.³¹ Smernice (Richtlinien) međutim, nisu subordinacione, već koordina-

³⁰ Pomenimo samo havarijsko zagađenje cele srednjo-istočne Evrope usled pucanja Černobiljskog atomskog energetskog postrojenju 1983. godine, havarijskog problema u Bugarskoj na atomskom energetskom postrojenju krajem 80-tih godina u Kozloduju.

³¹ V. npr. Smernicu Evropskog saveta (Richtlinie des Rates) br. 87/337 EEZ (Evropske ekomske zajednice) koja se odnosi na analizu ekoloških dejstava u domenu zemljišta, voda, vazduha, biljnog i životinjskog sveta, kulturnih dobara i uzajamna dejstva različitih ekoloških uticaja. Tu je i Uredba Evropskog saveta br. 1836/93 EZ o ekološkom menadžmentu i audiciji u pogledu zemljišta, voda, vazduha i o međusobnom uticaju, kao i o ekološkom sistemu. Postoji i uredba Saveta br. 1980/2000 EZ vezana za zemljište, vode, vazduh, ozonski omotač i biološku diverzibilnost. V. npr. Fodor, László, *Környezetjog előadások* (predavanja o pravu životne sredine), Bibor Kiadó, Miskolc, 2003, str. 18-19.

cione, usmerene na doprinosu evropskog prava harmonizaciji ututrašnjeg (nacionalnog) ekološkog prava, sve u cilju smanjenja ekoloških šteta, na regionalnom, nacionalnom i globalnom planu. One nemaju direktnu primenu (osim određenih izuzetaka), pošto su pre svega ustanovljeni, kao zajednički orientiri za nacionalno zakonodavstvo. Uredbe Saveta odn. Parlamenta (Die Verordnungen), međutim, imaju obavezno i direktno dejstvo, oni se bez akta ratifikacije primenjuju kao deo zajedničkog prava od strane nacionalnih sudova i drugih organa vlasti.³²

Upravnopravna zaštita je najčešće preventivna. Pravni instrumenti upravnog prava su (1) katastar zagađivača, (2) izdavanje dozvole za korišćenje javnih dobara (kao što su prirodni vodotoci i vodni recipijenti), (3) u slučaju nepoštovanja uslova iz dozvole, ukidanje dozvole, na osnovu rezultata inspekcijskog nadzora, (4) prethodna ekološka analiza projekata novih industrijskih aglomerata (saglasno načelnim pravilima EU), (5) propisivanje dozvoljenih limita zagađenja. Ovi instrumenti administrativnog prava imaju pravne veze sa obligaciono-pravnom odgovornošću za imisione štete na planu međusobnog odnosa građanskopravne protivpravnosti (opšte zabrane prouzrokovanja štete) i administrativnopravne dopuštenosti (koncesioniranosti), odn. na planu odgovornosti za štete preko administrativnih limita.

Ad 1-2. U našem pravu *katastar zagađivača* je najpre uveo Zakon o vodama.³³ Katastar, po zakonu vode javna vodoprivredna preduzeća.³⁴ Uloga katastra je preventivna i služi radi evidencije stvarnih zagađivača i predstavlja podlogu za izдавanje novih *vodoprivrednih dozvola* radi (*posebnog*) *privrednog iskorišćavanja* voda. Privredna eksploatacija voda (peska, šljunka, mineralnih sirovina) se ostvaruje na osnovu vodoprivredne dozvole, *uz naknadu* koju korisnik plaća imaoču (nosioču prava upravljanja) na koncesioniranom javnom dobru (npr. državi ili lokalnoj samoupravi). Ona se ne sme vršiti na način kojim se menja dotadašnji *režim voda* (pravac i tok) kao i pravo na opštu upotrebu vlasnika niželetežeg

³² V. npr. Dr. Jeney Petra, Dr. Kende Tamás, Dr. Lövenberg Viktória, *Európai Közösségi jog* (Komunitarno pravo Evropske unije), Novissima Kiadó, Budapest, 2005, str. 13; Kecskés László, *EU-jog és jogharmonizáció* (Pravo Evropske unije i pravna harmonizacija), HVG Orac, Budapest, 2003, str. 12-431; Fischer/Köck, *Europarecht, einschließlich des Rechtes supranationaler Organisationen*, Prugg Verlag Eisenstadt, 1986, str. 84 (vezano za Konvenciju o ljudskim i građanskim pravima).

³³ Zakon o vodama RS, Službeni Glasnik RS br. 46/1991, 53/1993, 67/1993, 48/1994, 54/1996 i 101/2005.

³⁴ V. čl. 82 st. 1 Zakona o vodama RS, gde se između ostalog određuju delatnosti javnih vodoprivrednih preduzeća, uključiv i vodenje vodoprivrednog informacionog sistema i dokumentacije o vodama.

zemljišta voda. Opšta upotreba javnih voda je pravo na egzistencionalnu (voda za piće i za elementarno navodnjavanje, bez naročitih naprava, pribrežnog zemljišta) i komunikacionu upotrebu (saobraćaj na plovnim i splavnim) vodotocima. *Opšta upotreba* je jednaka i besplatna za sva fizička lica. Ostvaruje se direktno na osnovu zakona, bez posredovanja administrativne dozvole ili saglasnosti.

Ad 3. *Vodoprivredna dozvola*³⁵ za privrednu upotrebu voda se može izdati uz određene *uslove*³⁶ u pogledu količine i načina iskorišćavanja. U slučaju nepoštovanja tih uslova, konstatovanih u postupku inspekcijske kontrole, jednom izdata *dozvola se može ukinuti*. Takođe, u slučaju prekoračenja uslova dozvole može se tražiti od strane davaoca koncesije (države ili lokalne samouprave) *naknada štete na teret korisnika koncesije* u vidu uspostave pređasnog stanja (režima voda), na teret troškova korisnika koncesije.

Ad 4. Od toga se (proceduralno) razlikuje tzv. *prethodna ekološka analiza* novih industrijskih postrojenja, prema smernicama Evropske unije koje važe na područjima punopravnih članica EU. Institut prethodne analize ekološkog dejstva novih planiranih industrijskih postrojenja koje potencijalno ugrožavaju životnu sredinu predviđa Smernica (Richtlinie) br. 85/337 Saveta. Pojam prethodne analize ekološkog dejstva reguliše čl. 3 Smernice. Prethodna analiza se odnosi na (potencijalna) ekološka dejstva novog planiranog industrijskog aglomerata na sve elemente životne sredine, na ljudsko zdravlje, na floru i faunu, na zemljište, na vode, na materijalna dobra, na kulturno nasleđe, kao i na međusobna sadejstva pojedinačnih ekoloških pojava. Radi se o analizi neposrednih i posrednih dejstava. Cilj Smernice je da se uz odgovarajuće proceduralne garancije obezbedi podloga za odlučivanje nadležnih organa koji daju dozvolu za novu izgradnju. Postupak prethodne analize se može integrisati u druge procedure nacionalnog prava, kao što je postupak za izdavanje građevinske dozvole, vodoprivredne dozvole i sl. Najveći broj punopravnih članica EU (npr. Francuska, Velika Britanija, Nemačka, Danska, Irska i dr.) je postupio na taj način. Naime, prethodnu ekološku analizu su ugradili u postojeće procedure izdavanja dozvola.³⁷

Ad 5. Određivanje *dopuštenih limita imisija* (npr. kod buke 50 decibela), tzv. tolerisanih ekoloških dejstava, je „uloga“ administrativnog (upravnog) prava. Iako imisije do tolerisanih granica takođe mogu dovesti

³⁵ V. čl. 18-22 Zakona o vodama RS.

³⁶ V. čl. 14 Zakona o vodama RS.

³⁷ V. Fodor László, *Környezetjog előadások* (predavanja o pravu životne sredine), Bíbor Kiadó, Miskolc, 2003, str. 75-82.

do štete, do tih granica nema administrativne odgovornosti, odnosno upravno-pravnih posledica. Ali, sa stanovišta građanskog prava, pomalo de lege ferenda posmatrano, administrativna dopuštenost imisija ne znači uvek i civilnopravnu dopuštenost, odnosno isključenje obligacionopravne odgovornosti za nastalu štetu usled imisionih dejstva ispod graničnih imisija. Razlog nalazimo u odredbama ZOO o opštoj zabrani prouzrokovanja štete. Takođe i zbog toga, što su administrativno dopušteni (tolerantni) limiti često visoko odmereni, tako da njihovo poštovanje ne isključuje nastanak šteta, posebno u uslovima skupnih imisija. Istina, de lege lata, sam ZOO u čl. 156 predviđa, da se odgovara samo za štete preko tolerisanih granica. Mislimo da je ova odredba ZOO-a donekle problematična, pošto se govori o štetama preko dopuštenih granica.

Krivičnopravna i prekršajnopravna zaštita životne sredine je posledična. Krivičnopravna odgovornost sankcionise ekološku povredu tek ako je nastupila inkriminisana posledica. Uslov je da je ekološka povreda tačno propisana posebnim delom krivičnog (odn. prekršajnog) prava. U protivnom nema krivične odgovornosti. Dok je građanskopravna odgovornost za imisije zasnovana u osnovi na opštoj inkriminaciji (opšta zabrana prouzrokovanja štete drugom), dotle krivičnopravna odgovornost nastupa tek na osnovu specijalne ekološke inkriminacije. Odgovornost za ekološku štetu je objektivna, a kod krivično-pravne odgovornosti za ekološke posledice je subjektivna, zasnovana na nečijoj krivici. Istina, ima u našem pravu i shvatanja, kao i normativnih rešenja, koja za ekološku štetu predviđaju „objektivnu krivičnu odgovornost“. To je, međutim, protivno opštoj konstrukciji krivičnopravne odgovornosti koja je inače uvek subjektivna. Krivična sankcija za ekološku povredu može biti novčana kazna koja se plaća fiscus-u, dok novčana naknada ekološke štete (npr. u slučaju povrede zdravlja fizičkih lica) pripada oštećeniku, odn. oštećenim licima.

IV

Zaključna razmatranja

U ovom radu autor razmatra odštetnopravni aspekt građanskopravne zaštite životne sredine, tj. odgovornost za otklanjanje izvora opasnosti, kada opasnost od štete preti neodređenom krugu lica uz pravo na tužbu potencijalno ugroženih ili bilo kog drugog zainteresovanog lica (*actio popularis*) kao i pravo na naknadu štete kada je ekološka šteta nastupila u vidu povrede imovine i zdravlja. Izvršeno je razgraničenje modernih imisija prema klasičnim imisijama, pre svega, u pogledu klasičnih imisija, u

domenu susedskog imisionog prava. Klasične imisije faktički deluju kao ugrožavanje ili povrede prava ili pravnih interesa suseda (buka, potresi, dim, senka i sl.). Za razliku od njih, nove, moderne imisije u faktičkom dejstvu ugrožavaju ili povređuju prava ili pravom zaštićene interesu šireg, neodređenog kruga subjekata, izvan domena susedskih nepokretnosti (npr. jonizirajuća zračenja, atomske havarije, opasne i štetne hemikalije ispuštenе u vazduh, vodu i zemljište, pesticidi i dr.). Tužba za otklanjanje izvora opasnosti koja se podnosi u fazi pretnje nastupanja štete, tj. pre njene realizacije, kada je rizik od štete na putu realizacije, - ima za cilj da sud obaveže imitenta (nosioča izvora opasnosti od štete) na preuzimanje mera radi otklanjanja izvora opasnosti od štete, primenom odgovarajuće mere, i to na trošak imitenta (npr. da primeni filtere pre ispuštanja opasnih ili štetnih materijala), čime se ostvaruje načelo prevencije. Kada je međutim, već došlo do realizacije ekološke štete - preko tolerantnih granica propisanih administrativnim pravom, u vidu povrede imovine i zdravlja građana, - sledi mogućnost podnošenja klasične tužbe za naknadu štete, čime se ostvaruje načelo restitucije. Potrebno je dokazati uzročnu vezu između imisione delatnosti i štetne posledice. Pošto su ekološke štete obično rezultat dejstva opasnih stvari i delatnosti, primenjuje se pravilo o objektivnoj odgovornosti, odgovornosti bez krivice.

Autor je izvršio uporednopravnu analizu građanskopravne odgovornosti za imisione štete (s pogledom na pojedina nacionalna zakonodavstva, (Nemačka, Austrija, Mađarska), kao i na smernice i uredbe Evropske Unije koje se odnose na ekološko pravo.

Autor je u ovom radu diferencirao građanskopravnu od krivično-pravne zaštite životne sredine, sa linijom razgraničenja po osnovnim principima, kao preventivnu i posledičnu zaštitu.

Ukazao je i na značaj upravnopravne zaštite, i to u preventivnom aspektu, u domenu evidencije potencijalnih izvora zagađenja i u smislu uklanjanja dozvola kada je došlo do prekoračenja limita administrativnih dozvola konstatovanog povodom kontrole. Autor ukazuje i na evropska pravila o tzv. prethodnoj ekološkoj proceni u slučaju novih industrijskih aglomerata. Ukazao je i na komunitarna pravila Evropske unije i na pravila nacionalnih zakonodavstva (npr. Nemačka, Austrija i Mađarska) u domenu zaštite životne sredine. Posebno je istaknuo tzv. absolutnu (objektivnu) odgovornost za štete nastale usled havarija atomskih postrojenja, gde nema isključenja odgovornosti za nastale štete (život, zdravlje, imovina) ni u slučaju dejstva više sile.

*József Szalma, Ph.D., Full professor
Novi Sad School of Law*

Civil law protection of the environment

Abstract

- Injunction for removal of source of potential environmental damage and action for environmental damages -

*In the present paper the author analyzes the compensatory aspect of the civil law regarding the protection of the environment. This includes, on one hand, civil law liability for removal of source of potential environmental damage, threatening to incur to an indeterminate number of persons, giving a class action (*actio popularis*) to subjects threatened by the source of damages or any other who can demonstrate legal interest to have the source removed. On the other hand, once the environmental damage is realized, in the form of damage to property or deterioration of health, the injured can file an action for damages.*

In the paper a distinction is carried out in relation to neighboring rights in respect of the law of emissions. The classic notion of emissions covers factual situations of endangering or infringing rights and interests of neighbors (noise, vibrations, fume, shadow, etc.), while the new forms of emissions in their factual effect mean infringement of rights and legally protected interests of a wider group, indeterminate number of people, beyond the vicinity of neighboring realties (for instance ionization, nuclear accident, emission of dangerous and harmful chemicals to air, water or soil, pesticides, etc.). The injunction for the removal of the source of hazard of environmental damage has the aim to oblige the pollutant to remove the source of hazard, by applying appropriate means to his/her own cost (for example, to equip the production facilities with certain filters before the hazardous or harmful material is released). The injunction serves preventive purposes. Once the environmental damage has occurred - above the tolerable limits of harm prescribed by administrative regulations – in a form of damage to property or deterioration of health, the injured may file an action for damages, which serves the purpose of restitution.

Keywords: environmental damage, classical and new forms of emission, injunction for trespassing in emissions within the notion of neighboring rights, injunction for the removal of source of potential environmental damage, action for environmental damages

*Dr Zoran Arsić, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

PRAVO GLASA AKCIONARA – OSNOVNI PRINCIPI

Sazetak: Osnovno upravljačko pravo akcionara je pravo glasa u skupštini akcionarskog društva gde se formira volja društva kao pravnog lica. Osnovni principi prava glasa su proporcionalnost, jedinstvo akcije i jedinstveno glasanje. Proporcionalnost znači da svaka obična akcija daje glasačku snagu proporcionalnu njenoj nominalnoj vrednosti. Jedinstvo akcije znači dase pravo glasa ne može prenositi odvojeno, nego samo kao deo akcije. Jedinstveno glasanje obavezuje akcionara da sve glasove koji pripadaju jednoj akciji koristi na isti način.

Ključne reči: akcionarsko društvo, akcionar, akcija, pravo glasa

Uvodne napomene

Pravo glasa je pravo da se izjavom volje učestvuje u nastanku skupštinske odluke.¹ Ono pripada grupi upravljačih prava i ocenjuje se kao najvažnije upravljačko pravo akcionara.² Pravo glasa je sastavni deo članstva i ne može biti odvojeno od njega. U tom smislu se govori o nedeljivosti akcije, odnosno o zabrani njenog deljenja, koje bi ogledalo u odvojenom prenosu prava glasa. Samo akcija obezbedjuje pravo glasa i nije moguće postojanje prava glasa bez članstva.³ Načelno posmatrano svaka

¹ Bezzengerer Tilman, Vorzugsaktien ohne Stummrecht, Köln, Berlin, Bonn, München 1991, str. 87; Slično Hüffer Uwe, Aktiengesetz, München 1999, str.48.

² Ziemons Hildegard u Schmidt Karsten, Lutter Marcus, Aktiengesetz, Köln 2008, str. 226

³ Ibidem

akcija daje pravo glasa. U tom ogledu ustanovljen je jedan izuzetak – akcije bez prava glasa. Negativno određenje – nema prava glasa bez akcije – važi bez izuzetka. Nije, zato, moguće izvršiti prenos samo prava glasa na lice koje nije steklo akciju. Od toga treba razlikovati ugovorno obavezivanje na vršenje prava glasa na određeni način, što je, načelno, dopušteno i o čemu će docnije biti više reći.

S obzirom na, u literaturi spominjanu, sličnost između državne organizacije i akcionarskog društva, ukazujemo na odnos između prava glasa akcionara i političkog prava glasa.⁴ Na prvom mestu ukazuje se na nemogućnost prometa političkog prava glasa, nasuprot postojanju prometa glasova akcionara, zajedno sa ostalim pravima koje imaju. Nadalje, sa nekim izuzecima, ne postoji konflikt interesa između akcionara, kao titularima prava glasa.⁵ Ova istovetnost interesa akcionara je ono što oštro razlikuje politiku korporacije od politike države.

1. Glasačka snaga

Zakonom o preduzećima je bio predviđen, kao osnovni princip, proporcionalni sistem prava glasa - svaka akcija je davala pravo glasa сразмерно nominalnoj vrednosti. Osnovni razlog za široku rasprostranjenost proporcionalnog sistema (često se naziva „jedna akcija -jedan glas“) leži u tome da se mogućnost uticaja na donošenja odluka vezuje za meru investicionog interesa pojedinog akcionara.⁶ Nasuprot tome, kao sredstvo za sprečavanje preuzimanja kontrole nad društvom, došlo je do pojave neproporcionalnog sistema, koji prestavlja izuzetak i izaziva teoretske i praktične kontraverze.⁷ Zakonom o preduzećima je bila predviđena i izričita zabrana neproporcionalnog sistema - zabranjeno je bilo izdavanje akcija koje bi uz isti nominalni iznos davale različit broj glasova. Isti ideo, dakle, ne može biti praćen različitim brojem glasova. Potrebno je ukazati na pitanje postojanja akcija sa različitim nominalnim iznosima. U takvim situacijama akcija sa najmanjim nominalnim iznosom treba da ima jedan glas. Tako na pr. ako postoje akcije sa nominalama od 300 i 1000, akcija sa nominalom vrednošću od 300 imaće jedan glas, a akcija sa nominalom od 1000 imaće 3 i 1/3 glasa. Moguće je i da akcija sa nominalom 300 ima tri glasa, kada će akcija

⁴ Manne Henry, Some Theoretical Aspects of Share Voting, Columbia Law Review 8/1964, str. 1429 i dalje.

⁵ Ovo ne važi za slučaj postojanja više klase akcija.

⁶ Cheung C.S., Gia C.J., Controlling Opportunistic Behaviour in Corporate Governance, The Role of Disproportionate Voting Shares and Coat-Tail Provisions, Journal of Institutional and Theoretical Economics 3/1989,str. 438-439

⁷ Ibidem

sa nominalom 1000 imati 10 glasova.⁸ Važno je, dakle, da odnosi odgovaraju nominalnim iznosima. Svakako je preporučljivo, u slučaju akcija sa različitim nominalnim iznosima, utvrditi takve nominale koje pojednostavljuju postupak – ako akcija nominale 100 ima jedan glas, akcija sa nominalom 200 trebala bi da ima dva glasa.

Zakonom o privrednim društvima je zadržan proporcionalni sistem i to u pojednostavljenoj verziji, što se može oceniti kao poboljšanje. Sve akcije sa pravom glasa moraju imati istu nominalnu vrednost i daju pravo na jedan glas. Na taj način se izbegava potreba utvrđivanja srazmere broja glasova, o kojoj je bilo reči. Treba, ipak, imati u vidu da nije u potpunosti izведен princip „jedna akcija – jedan glas“, budući da prioritetne akcije, načelno, ne omogućavaju vršenje prava glasa.

2. Neodvojivost od akcije (nedeljivost akcije)

Neodvojivost prva glasa od akcije je već spomenuta u uvodnim izlaganjima. Pravo glasa se ne može prenosi odvojeno od akcije i uvek je vezano za članstvo, što je posledica principa nedeljivosti akcije. Ovo važi i u slučaju zaloge akcije, kada pravo glasa vrši akcionar kao zalogodavac (čl.298 st.1 Zakona o privrednim društvima). S obzirom na nepostojanje akcija na donosioca u domaćem pravu i formu akcije kao elektronskog zapisa, gube na aktuelnosti dileme koje su postojale u pogledu akcija dnosioce i mogućnosti vršenje prava glasa od strane akcionara. One su bile uzrokovane tretmanom akcijskih isprava na donosioca kao telesnih pokretnih stvari i neophodnosti njihove predaje založnom poveriocu. S aspekta pravne sigurnosti se odbacuje i mogućnost da se pravo glasa prenosi na založnog poverioca u slučaju kada je to neophodno za vršenje založnog prava.⁹ Istiće se da postojanje zaloge nije prepreka da akcionara da punomoćje za vršenje prava glasa založnom poveriocu.¹⁰ Mogućnost davanja punomoćja („posebnog ovlašćenja“) je bila izričito predviđena Zakonom o preduzećima (čl. 258 st. 5), ali smatramo da nije sporna ni u pogledu spomenutog rešenja iz Zakona o privrednim društvima. Kada je u pitanju plodouživanje situacija je složenija. Plodouživalac ima zahtev u pogledu dividende, ali ne i u pogledu likvidacionog ostatka, kao i dobiti ostvarene prodajom akcije.¹¹ Pravo na prioritetni upis akcija nove emisije

⁸ Primer naveden prema Schmidt Walter, Meyer – Landrut Joachim u Gadow, Aktiengesetz, Berlin 1961, str. 792

⁹ Schmidt W., Meyer – Landrut J., op.cit., str. 790

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Veil Rüdiger u Schmidt Karsten, Lutter Marcus, Aktiengesetz, Köln 2008, str.330

pripada akcionaru.¹² Pravo glasa i ostala upravljačka prava su sporna.¹³ S jedne strane glasanje je mera upravljanja akcijom kao predmetom plodouživanja i to ne protivreči mogućnosti da pravo glasa pripada plodouživaocu. Pravila o plodouživanju ukazuju da je teško sprovodljivo odvajanje upravljanja od poseda i prava korišćenja. Plodouživalac je zainteresovan samo za dividendu i njegovo vršenje prava glasa bi bilo usmereno u pravcu predloga koji bi omogućili kratkoročnu korist, bez vođenja računa o interesima akcionarskog društva.¹⁴ Ovo je prihvatljivo, kako s aspekta opštih pravila o plodouživanju, tako i s aspekta pravila akcijskog prava, budući da je vršenje prava glasa, načelno, slobodno. S druge strane, odluke skupštine ne odnose se samo na dividendu, već imaju neposredan značaj za celokupno pravo udela u društvu¹⁵, kao predmeta plodouživanja. Kao posledica toga javila su se različta shvatanja u pogledu vršenja prava glasa u slučaju plodouživanje na akciji. Tako se javilo mišljenje prema kojem bi pravo glasa trebalo zajednički da vrše akcionar i plodouživalac, što se odbacuje zbog razloga pravne sigurnosti. Kao neprihvatljivo se ocenjuje i gledište prema kojem bi pravo glasa trebali da vrše akcionar i plodouživalac preko zajedničkog punomočnika, sa pozivom na normu o zajedničkom punomočniku. Razlog za kritiku ovog stava leži u tome što je norma o zajedničkom punomočniku vezana za akciju sa više vlasnika (u domaćem pravu čl.214 Zakona o privrednim društvima). Posledično, prema vladajućem mišljenju u teoriji, pravo glasa u slučaju plodouživanja na akciji ima akcionar.¹⁶ Pitanje, međutim, ostaje sporno s obzirom na Direktivu 2004/109/EC (*Transparency Directive*) i nacionalne propise o hartijama od vrednosti donetim u skladu s njom. Radi se obavezi obaveštavanja¹⁷ o promenama u glasačkoj snazi pojedinog akcionara. U čl. 10 Direktive je predviđeno da obaveza obaveštavanja postoji i u pogledu glasova po osnovu akcija na kojima lice ima plodouživanje. Ipak, u literatiri se ukazuje da pitanje kome pripada pravo glasa u slučaju plodouživanja na akciji još nije rešeno¹⁸. Ovo važi i za domaće pravo, s obzirom da Zakon o privrednim društvima ne sadrži odgovarajuću normu, za razliku

¹² Veil R., op.cit., str. 1988; Hüffer U., op.cit., str. 830

¹³ Veil R., op.cit., str.330

¹⁴ Stražnjicki Milorad, Tumač Trgovačkog zakona od 28 listopada 1937, Zagreb 1939, str. 257

¹⁵ Schmidt W., Meyer – Landrut J., op.cit., str.790

¹⁶ Hüffer U., op.cit., str. 64; Schmidt W., Meyer – Landrut J., op.cit., str.790

¹⁷ Obaveza obaveštavanja postoji i u domaćem pravu prema Zakonu o tržištu hartija od vrednosti i drugih finansijskih instrumenata (čl. 68)

¹⁸ Veil R., op.cit., str.330.

od ranije važećeg Zakona o preduzećima u kojem je bilo predviđeno da pravo glasa pripada akcionaru (čl.258 st.5), uz mogućnost davanja „posebnog ovlašćenja“ plodouživaocu.

U pogledu nedeljivosti akcije, odnosno nemogućnosti odvajanja prava glasa od članstva, postoji značajan izuzetak. U uporednom pravu sve više mesta zazuzima institut dana akcionara, što je prihvaćeno i u domaćem pravu. U tom pogledu od značaja je čl.286 Zakona o privrednim društвима, kojim se reguliše dan utvrđivanja sastava skupštine, odnosno dan utvrđivanja akcionara. Ovo je značajno zato što registracija prenosa akcija posle tog datuma nije od značaja za tu skupštinu. Danom utvrđivanja akcionara se ustanovljava apsolutna pretpostavka prema kojoj društvo kao akcionara, u svrhu odvijanja skupštine, smatra lice koje je na određeni dan registrovano u Centralnom registru kao akcionar. Ova pretpostavka važi, kako smo ukazali, u pogledu održavanja skupštine, odnosno vršenja prava iz čl. 275 st.2., što uključuje i pravo glasa. Osim ovih prava, ne može se, zbog neprisustvovanja skupštini ni glasati protiv predloga odluke i, zbog toga, ni vršiti pravo pobijanja skupštinske odluke.¹⁹ Druga prava akcionara nisu vezana za dan akcionara – kada je na pr. dividenda u pitanju od značaja je dan dividende (čl. 218). Ovakav pristup omogućava da u skupštini glasa, lično ili preko punomoćnika, lice koje u trenutku davanja glasačke izjave nije akcionar. U ekstremnom slučaju moguće je da u skupštini učestvuju i glasaju lica od kojih nijedno nije akcionar u tom trenutku.

3. Jedinstveno vršenje prava glasa

Posebno pitanje predstavlja mogućnost nejedinstvenog vršenja prava glasa od strane akcionara koji ima više akcija. Prema starijem shvatanju, zastupljenom u sudskej praksi (nemačkoj), razumno ponašanje akcionara sa više akcija prepostavlja i jedinstveno vršenje prava glasa po svim akcijama koje ima i u tom smislu se davala sudska zaštita odgovarajućim odredbama statuta.²⁰ Jedinstveno glasanje se videlo kao posledica postupanja u skladu sa zabranom venire contra factum proprium, a broj akcija u rukama jednog akcionara se tretiralo samo kao faktor snage njegovog prava glasa. Pravo je, prema tim shvatanjima, jedno, kao i pripadajući interes, i različito glasanje ne može ništa doprineti njegovoj zaštiti. U skladu s tim, u delu teorije se ukazivalo da nejedinstveno glasanje predstavlja

¹⁹ Analogno Ziemons H., op.cit., str. 1369.

²⁰ Prema Schmidt W., Meyer – Landrut J., op.cit., str. 793

neozbiljno ponašanje akcionara („igranje i inat“).²¹ Ovakvo stanovište je otvaralo probleme koji su ga dovodili u pitanje. Tako se postavilo pitanje akcionara koji je zaključio ugovor o glasanju i obavezao se da deo svojih glasova da prema uputstvima druge ugovorne strane – da li i ostale svoje glasove treba da ostvari na isti način zbog zahteva za jedinstvenim glasanje, čime bi se proširilo dejstvo njegove ugovorne obaveze. Kakav je položaj akcionara koji se slaže samo sa idejom podnetog predloga – da li on može da, doziranim glasanjem protiv, spreči utvrđivanje ubedljive većine za donošenje odluke.

Nasuprot tome, prema novijoj koncepciji, koja se danas smatra vladajućom, akcionar ima pravo da nejedinstveno vrši pravo glasa po različitim akcijama koje ima. Nejedinstveno glasanje se zasniva na tome da ovo pravo nije vezano za ličnost, nego za prenosivo članstvo. Sloboda prenositosti prepostavlja da svako od njih predstavlja samostalno člansko mesto – više članstava se ne povezuju usled toga što je njihov subjekt isti.²² U pogledu prigovora koji se odnose na ozbiljnost takvog ponašanja ukazivalo se da ne postoji akcijskopravni princip koji bi akcionaru zabranjivao da ispadne smešan. Neobičnim se ocenjuje shvatanje prema kojem se, i pored zahteva za jedinstvenim glasanjem, dopušta delimično uzdržavanje akcionara. Tako na pr. ako akcionar da pet glasova za i uzdrži se u pogledu preostalih dvadeset glasova, on ima isti uticaj na donošenje odluke kao da je dao petnaest glasova za i deset glasova protiv, u situaciji kada se većina utvrđuje s obzirom na broj datih glasova.²³

Konačno deo teorije je ukazivao i na pitanje sankcije zbog postupanja suprotno principu *venire contra factum proprium*. S tim u vezi ukazuje se da je posedica nejedinstvenog glasanja u tome da akcionar na taj način umanjuje svoj uticaj na donošenje skupštinske odluke. Predložena sankcija ništavosti je nesrazmerna posledici koja ne proizovi štetu po pravni poredk.²⁴

U pogledu slučaja da akcionar ima jednu akciju sa više glasova ističe se da nema razloga različito tretirati akcionara sa jednom akcijom nominalne 2000, koja daje pravo na dva glasa, od akcionara sa dve akcije nominalne 1000 koje svaka daje pravo na jedan glas.²⁵ Ipak, smatramo da treba imati u vidu da se u drugom slučaju radi o dva članska odnosa, dok u

²¹ Böckli Peter, *Das Aktienstimmrecht und seine Ausübung durch Stellvertreter*, Basel 1961, str. 26 -27

²² Böckli P. op.cit., str.28 -29

²³ Böckli P. op.cit., str.29

²⁴ Böckli P. op.cit., str.30

²⁵ Schmidt W., Meyer – Landrut J., op.cit., str. 794

prvom slučaju postoji samo jedan. Tim pre, što ostaje mogućnost da akcionar traži podelu akcije – dve akcije sa nominalom od 1000, ako želi da nejedinstveno vrši pravo glasa. U tom smislu se i ističe da akcionar sa jednom akcijom ne može da glasa drugačije nego jedinstveno.²⁶ To znači da on sve glasove po toj akciji mora da koristi na jedinstven način - za glasanje za ili za glasanje protiv, ili da bude uzdržan. Nije, dakle, moguće ni da akcionar koristi samo deo glasova po jednoj akciji, budući da bi i tako nejedinstveno glasao. U ovom delu razmatranja nisu od značaja za domaće pravo zbog postojanja samo jednog glasa po svakoj običnoj akciji.

Nejednako glasanje ne postoji u slučaju kada punomoćnik rešiličito vrši pravo glasa za više akcionara. Ovo zato što u tom slučaju postoje različiti mandati i na osnovu njih nalozi u skladu sa kojima punomoćnik mora da postupa.²⁷

²⁶ Böckli P., op.cit., str.27; Ziemons H., op.cit., str. 1369

²⁷ Spindler G., op.cit., str.1523

*Zoran Arsić, Ph. D., Full professor
Novi Sad School of Law*

Shareholder's right to vote - basic principles

Abstract

The shareholder's main nonpecuniary right is that of voting at shareholders' meeting, where the will of the company as legal entity is formed. Basic principles of voting right are proportionality, unity of shares and uniform voting.

Principle of proportionality means that each share, except non voting share, carries voting right in proportion to its nominal value. Concept of unity of share is based on understanding that rights and duties of shareholder as member of the company constitute a bundle. Therefore right to vote can not be transferred separately, but only as a part of share. Uniform voting means that shareholder can cast all votes belonging to one share in the same way.

Key words: company, shareholder, share, voting right

*Dr Olga Cvejić-Jančić, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

BRAK I RAZVOD IZMEĐU PROŠLOSTI I BUDUĆNOSTI¹

Sažetak: U radu se govori o braku i razvodu kroz istoriju Srbije i u savremenom domaćem pravu i pravu evropskih zemalja. U tom pogledu postoji velika razlika između perioda pre i posle Drugog svetskog rata. U periodu pre rata crkvena forma braka je u našoj zemlji bila obavezna forma sklapanja braka, izuzev u Vojvodini, gde je od 1895. g. građanska forma braka bila jedina priznata forma braka, dok je crkveni brak bio dozvoljen ali nije proizvodio pravna dejstva.

Što se tiče crkvene forme braka versko pravo različitim religijama se primenjivalo na pripadnike odgovarajućih tj. različitih vera. Za Srbe, od kojih su većina bili su pripadnici pravoslavne hrišćanske crkve, važio je Bračni pravilnik Srpske pravoslavne crkve iz 1933. g., koji je Srpski građanski zakonik iz 1844.g. priznavao kao legalni izvor prava za pripadnike pravoslavne hrišćanske vernike.

U Vojvodini je i posle stvaranja Kraljevine Srbija, Hrvata i Slovenaca 1918. g. pa sve do Drugog svetskog rata važilo mađarsko pravo tj. Zakon o braku iz 1894. g. (stupio na snagu 1895.), koji je predviđao obavezni građanski brak a koji je važio u onim delovima tadašnje Vojvodine koji su pre ujedinjenja pripadali Ugarskoj, dok je u pojedinim delovima današnje Vojvodine, kao što je Srem i Vojna granica, važio Austrijski građanski zakonik, gde je crkvena forma braka bila jedina priznata forma braka.²

¹ Rad je predstavljen na Međunarodnoj konferenciji „Porodično pravo u multikulturalnom okruženju: Građansko i versko pravo u porodičnim strvarima“, koja je održana u junu 2009. u Izraelu, i u sličnoj, engleskoj verziji predato za objavljinje časopisu Journal of Law and Family Studies.

² Više u O. Cvejić Jančić, *Porodično pravo* (2009), Novi Sad, str. 24-26.

Posle rata crkveni brak je postao privatna, lična stvar pojedinaca, bez ikakvog pravnog značaja.

Razvod braka je bio dozvoljen i pre i posle Drugog svetskog rata, ali su se uzroci za razvod kao i društveni značaj razvoda braka veoma razlikovali. Iako razvod pre rata nije bio zabranjen, on nije bio društveno prihvacen već bi se pre moglo reći da je je bio stigmatizovan. Situacija se posle rata polako menjala tako da se broj razvednih brakova u poslednjim dekadama znatno povećavao i postao vrlo rasprostranjen. Autor u radu daje produbljenu analizu predratnog verskog i posleratnog porodičnog prava u pogledu braka i razvoda, kao i komparativnu analizu razvoda braka u savremenim porodičnim pravima evropskih zemalja.

Ključne reči: *brak, razvod, nepopravljiv neuspeh braka, sporazumno razvod, brakorazvodni uzroci, evropske i međunarodne konvencije o braku i razvodu, uporedno pravo o razvodu.*

Porodično pravo u multikulturalnom okruženju – Građansko i versko pravo u oblasti braka i razvoda

Pitanje braka i razvoda je oduvek bilo od posebnog interesa i za crkvu i za državu i tokom dugog perioda ljudske istorije mnogobrojni sukobi između njih su izbjiali zbog borbe za prevlast u toj oblasti porodičnog života.³ U našoj zemlji brak je dobio verski karakter u 13. veku, kada je hrišćanstvo i hrišćansko crkveno zakonodavstvo bilo potpuno usvojeno. Glavni izvor verskog prava do 1933. g. (kada je donet Bračni pravilnik Srpske pravoslavne crkve) je bila Krmčija, prva štampana slovenska zbirka kanona.⁴ Ta situacija je trajala do sredine dvadesetog veka tj. do kraja Drugog svetskog rata. Međutim, u drugim evropskim zemljama, pod uticajem Reformacije, filozofije u periodu od 16. do 18. veka (skolastike i škole prirodnog prava) kao i Francuske revolucije, brak gubi verski karakter mnogo ranije nego što je to bio slučaj sa našom zemljom. Građanski brak je uveden u Francuskoj 1791. g. kada francuski Ustav proglašava u članu 7 da „zakon smatra brak građanskim ugovorom.“ Posle Francuske se građanski brak uvodi i u drugim evropskim zemljama, i to u Holandiji 1795. g, u Belgiji 1796. g, u Rumuniji 1864, u Švajcarskoj 1874, u Ne-

³ Lazar Marković, *Porodično pravo* (1920), Beograd, str. 6-7 i Dejan Mickovik, Od Justinijana do Napoleon: Reguliranje na razvodot na brak vo Corpus iuris civilis i vo Code Civil, u *Savremenoto pravo, pravnата nauka i Justinianovata kodifikacija*, Skopje, 2004. Mickovik naglašava da je između 16. i 18. veka u velikom broju zapadnoevropskih zemalja katolička crkva izgubila nadležnost u oblasti braka, str. 419.

⁴ L. Marković, op. cit. Str., 8-9.

mačkoj 1875, u Mađarskoj 1894. (uključujući i Vojvodinu), U Portugaliji 1910, u Sovjetskom Savezu 1917, u Švedskoj 1920, u Albaniji 1929. g. itd.⁵

U našoj zemlji sekularizacija porodičnog prava je definitivno ostvarena tek posle Drugog svetskog rata, kada je došlo do odvajanje crkve od države. Zbog tadašnjeg socijalističko/komunističkog režima ispoljavanje verskog osećanja i praćenje verskih obreda je bilo apsolutno nepoželjno. Današnja situacija je potpuno drugačija. Religiozne slobode i tolerancija su vrlo široko garantovane Ustavom Srbije.⁶ Religija je privatna stvar svakog pojedinca koji može zaključiti crkveni brak ili dobiti crkveni razvod, ali to nema nikakve pravne posledice. Jedina priznata forma braka kod nas je građanski brak i shodno tome i sudski razvod braka. Međutim, u poslednjih 15-20 godina, posle pada komunističkog režima, broj crkvenih brakova je znatno povećan. Prema nekim nezvaničnim procenama povećanje broja brakova zaključenih u crkvi se kreće i do 80% u odnosu na period komunističkog režima.⁷ Svakako da je diskutabilno da li je do toga došlo zbog povećane religioznosti ili zbog neke vrste mode, ili zahvaljujući i jednom i drugom. U svakom slučaju, možemo reći da taj porast broja brakova sklopljenih u crkvi nije doveo veće stabilnosti braka, jer je, kao što će se videti u daljem tekstu, broj razvedenih brakova još uvek vrlo visok.

Dominantna religija u Srbiji je pravoslavno hrišćanstvo. Prema censusu od 2002. g. 95 % stanovništva u Srbiji se izjasnilo kao religiozno, a među njima 84,98% se izjavilo da pripada pravoslavnoj crkvi.⁸ Međutim,

⁵ V. Bakić, *Porodično pravo u SFRJ*, Beograd, 1982, str. 73.

⁶ U čl. 44 Ustava (2006) se kaže: „Crkve i verske zajednice su ravnopravne i odvojene od države.

Crkve i verske zajednice su ravnopravne i slobodne da samostalno uređuju svoju unutrašnju organizaciju, verske poslove, da javno vrše verske obrede, da osnivaju verske škole, socijalne i dobrotvorne ustanove i da njima upravljaju, u skladu sa zakonom.

Ustavni sud može zabraniti versku zajednicu samo ako njeno delovanje ugrožava pravo na život, pravo na psihičko i fizičko zdravlje, prava dece, pravo na lični i porodični integritet, pravo na imovinu, javnu bezbednost i javni red ili ako izaziva i podstiče versku, nacionalnu ili rasnu netrpeljivost.“

⁷ Glas javnosti od 15. 02.2005. g., tekst pod nazivom „Crkva razume kada se muž i žena mrze“. Želimo isto tako da napomenemo da smo u više navrata pokušavali da dobijemo relevantne podatke o broju sklopljenih i razvednih brakova u postkomunističkom periodu od Srpske pravoslavne crkve u Novom Sadu, ali, na naše veliko iznenadenje, nismo našli na razumevanje, tako da neke pouzdanije podatke nismo mogli da dobijemo.

⁸ Dr Slobodan Marković (2005), Crkva i politika, *Vera – znanje – mir*, Beogradska otvorena škola, internet prezentacija: http://www.nsmp.org.yu/Debate/2005_CP_slmarkovic_klerika.htm, konsultovano aprila 2009. g.

u stvarnosti, sociološko istraživanje sprovedeno 1991. g. na uzorku od 4.804 Srba iz bivše Jugoslavije pokazuje da se samo 8,5% intervjuisanih izjasnilo da su istinski (uvereni) vernici koji prihvataju tj. slede sva verska pravila, 16,2% su vernici pravoslavne crkve koji ne prihvataju sve što vera uči, dok se 47,3% izjasnilo da nisu religiozni, ali da nemaju ništa protiv religije.⁹

Ostale tradicionalne crkve u Srbiji pored Srpske pravoslavne crkve su Islamska zajednica, Katolička crkva, Slovačka Evangelička crkva a.v., Jevrejska zajednica, Reformatksa hrišćanska crkva i Evangelička hrišćanska crkva a.v.¹⁰ I druge crkve i religiozne zajednice vrše slobodno svoje verske dužnosti u skladu sa svojim verskim pravilima i ritualima.

Opšta karakteristika svih ovih religija je da one štite brak, i, nezavisno od toga da li zabranjuju ili dozvoljavaju razvod, nisu naklonjene slobodi razvoda, jer se razvod braka smatra kao krajnje sredstvo za razrešenje bračnih i porodičnih konflikata. Na primer, u Koranu, koji dozvoljava repudijaciju, prorok Muhamed kaže da je od svih stvari dozvoljenih Koranom repudijacija stavar koju Bog najviše mrzi.¹¹ Protestantska crkva (kao i pravoslavna) isto tako dozvoljava razvod braka, ali sveštenik će uvek pre razvoda vrlo uporno savetovati vernike da se ne razvedu i pokušati da pomiri zavađene bračne drugove, posebno ukoliko uzroci za razvod nisu preljuba ili porodično nasilje.¹² Brak je u prošlosti mnogo više respektovan nego što je slučaj u savremenom svetu, i iako ni tada nije bio zabranjen, procenat razvedenih brakova je bio nekoliko puta manji nego što je danas.

Pre Drugog svetskog rata u Srbiji, izuzev Vojvodine, sklapanje braka je bilo u nadležnosti crkve a razvod u nadležnosti crkvenih sudova. U Vojvodini (koja je do 1918. g. bila deo Austro-Ugarske) je još od stupanja na snagu Mađarskog zakona o braku 1895. g. brak bio u nadležnosti države a razvod u nadžežnosti državnih sudova (sem Srema i Vojne granice

⁹ Ibid.

¹⁰ Uredba o organizovanju i ostvarivanju verske nastave alternativnog predmeta u osnovnoj i srednjoj školi, Službeni glasnik RS", br. 46/2001

¹¹ M. Begović (1964), Šerijatsko bračno pravo, Beograd, str. 107.

¹² I intervjuu obavljenim sa g-dinom mr Vladimirom Obšustom, vikarom Slovačke luteranske crkve u Novom Sadu u januaru 2009. g. istaknuto je da njihova crkva dozvoljava razvod, jer se brak ne smatra svetom tajnom (sakramentom) ali ako je moguće očuvati brak, uvek je bolje uporno pokušavati sa pomirenjem bračnih drugova. G-dinu Obšustu i ovim putem najlepše zahvaljujemo na svesrdnoj i drgocenoj pomoći koju nam je ukazao pri izradi ovog rada.

gde je važio Austrijski građanski zakonik).¹³ Specifičnost Vojvodine je bila u tome što su u njoj u to vreme živeli pripadnici različitih naroda i sledbenici različitih veroispovesti. Pošto je Vojvodina bila (i još uvek je) tipična multikulturalna, multietnička, multireligiozna i multinacionalna zajednica sklapanje braka između pripadnika različitih vera ili sa ateistima je predstavljala značajan problem. Zbog toga, da bi se olakšalo sklapanje braka, uveden je građanski brak kao obavezna forma braka. Razlika u veri je ukinuta kao bračna smetnja i prepušteno verenicima da odluče da li će pored građanskog zaključiti i brak u crkvi.

Brak je smatran osnovom porodice i njenim najznačajnijim stubom. Prema Bračnom pravilniku Srpske pravoslavne crkve (BPSPC) „pravoslavni brak je sveta tajna po kojoj se dva lica raznoga pola, na način propisan Crkvom (§ 2), vezuju doživotnom duhovnom i telesnom vezom, radi potpune životne zajednice i rađanja i vaspitanja dece (par. 1).“ Razvod nije poželjan, ali ako su porodični odnosi veoma poremećeni, bio je dozvoljen na osnovu uzroka predviđenih pomenutim Bračnim pravilnikom. Sa druge strane, pitanje braka i razvoda bilo je regulisano i Srpskim građanskim zakonom (1844.g.) koji je priznavao nadležnost crkve za sklapanje braka (čl. 60 SGZ) i crkvenih sudova za prestanak braka uključujući i razvod (čl. 99 SGZ).

Uzroci za razvod su bili uglavnom bazirani na krivici za prekršaj bračnih dužnosti, i bili su slični i prema SGZ i BPSPC, a pre toga u Krmčiji. Prema SGZ uzrociza razvod su bili: 1. preljuba; 2. rađenje o glavi bračnom drugu¹⁴; 3. osuda na robiju ili zatočeništvo duže od 8 godina; 4. napuštanje hrišćanske vere i prihvatanje nehrisćanske ; 5. zlonamerno i neizvesno odustvo bračnog druga od 3 do 6 godina.¹⁵

Pored razloga za razvod predviđenih SGZ, Bračni pravilnik je predviđao još nekoliko drugih, kao što je namerni pobačaj, telesna ili duševna bolest bračnog druga, moralna pokvarenost i otpadništvo od pravoslavne vere.

Ni SGZ ni Bračni pravilnik ne predviđaju razvod braka na osnovu sporazuma bračnih drugova.¹⁶ Iako je razvod za vernike ostao u nadležno-

¹³ Više o tome u O. Cvejić Jančić, *Porodično pravo*, Novi Sad (2009), str. 25, kao i *Bračno pravo u Vojvodini između dva svetska rata*, Zbornik za društvene nauke Matice srpske br. 125/2008, str. 33-52.

¹⁴ Treba naglasiti da Bračni pravilnik Srpske pravoslavne crkve koristi izraz „bračni drug“ a ne supružnik.

¹⁵ Čl. 94 i 95 SGZ.

¹⁶ L. Marković napominje da je na osnovu čl. 218 Zakona o crkvenim vlastima nemogućnost zajedničkog života (zbog antipatije, mržnje ili drugog neprihvatljivog ponaš-

sti crkvenih sudova i posle Drugog svetskog rata, ali bez ikakvog pravnog značaja, nakon stupanja na snagu Osnovnog zakona o braku iz 1946. g. crkveni sud je mogao da postupa tek nakon što je građanski razvod postao pravnosnažan.¹⁷ Crkveni razvod je očigledno bio (i još uvek je) od određenog značaja za vernike iako razvod braka pred državnim sudom još uvek je jedini pravno priznati način prestanka punovažnog braka za života bračnih drugova,¹⁸ i prema tome nema potrebe da se traži (i dobije) i crkveni razvod, pored tj. posle građanskog razvoda. Međutim, ako pravoslavni vernik želi da sklopi drugi, treći ili čak i četvrti brak u crkvi, potrebno je da njegov brak prethodno bude razveden i u crkvi. Prethodna tri braka su predstavljala otklonjivu bračnu smetnju za sklapanje novog crkvenog braka. Sklapanje četvrtog braka je bilo moguće samo uz dozvolu crkve, ukoliko prethodna dva braka nisu bila razvedena zbog krivice tog bračnog druga. Ako je pak prvi i drugi brak jednog lica razveden njegovom krivicom, on prema crkvenom pravu ne može stupiti u treći brak (par. 113/2 BPSPC). Međutim, Sveti arhijerejski sinod je ublažio par. 113/2 Bračnog pravilnika SPC na sledeći način: „Lice čija su dva braka bila razvedena zbog njegove krivice, može stupiti u novi brak s dozvolom nadležnog eparhijskog Arhijereja uz uslov da izdrži epitimiju, koju će mu isti odrediti (ASBr. 4/Zap. 18 iz 1951.)“¹⁹

I pored činjenice da razvod braka nije bio zabranjen, kao što je bio i još uvek je slučaj sa dogmama katoličke crkve, statistika pokazuje da procenat razvoda pre Drugog svetskog rata nije bio velik. Naime, 1921. g. je bilo svega 5,1% razvoda na 100 zaključenih brakova, 1925. g. je bilo 5,3% razvedenih na 100 zaključenih, 1930. g. je bilo 5,0%, 1935.g. je bilo 6,1%, 1935. g. 6,1%, 1940. g. 7,1%,²⁰ a tek posle Drugog svetskog rata procenat razvoda je znatno porastao, tako da nikada više nije pao ispod 11-12%, dok se u poslednjoj deceniji kreće oko 20% razvoda na 100 za-

anja drugog bračnog druga) takođe bila razlog za razvod braka i da je na taj način opšti, neskrivljeni brakorazvodni uzrok bio uveden u srpsko pravo, op. cit. str. 91-92.

¹⁷ Dimšo Perić (1997), Crkveno pravo, Beograd, str. 277.

¹⁸ Poništaj braka je drugi način prestanka braka za života bračnih drugova, ali tu se radi o nevažećem a ne o punovažnom braku, a između razvoda i poništaja braka ima znatnih razlika. Više u O. Cvejić Jančić, Porodično pravo (2009), Novi Sad, str. 161-162 i 177-178.

¹⁹ Dimšo Perić, op. cit. stzr. 265 i 266.

²⁰ Podaci su uzeti iz Statističkog godišnjaka Srbije i Crne Gore iz 2005. g. , detaljnije u O. Cvejić Jancic, Summary and analysis of the current law regulating marital and quasi-marital relationships in the new Serbian Family Law (2008), in *Marriage and Quasi-marital Relationships in Central and Eastern Europe*, ed. by L. D. Wardle and A. S. Loveless, BYU Academic Publishing, Brigham Young University, 2008, p. 85.

ključenih brakova.²¹ Ima više razloga za to. Uticaj vere je bio samo jedan od mnogih drugih faktora, kao što je patrijarhalna struktura porodice, ekonomska zavisnost žene, koja je retko bila zaposlena van porodice (a za šta joj je bilo potrebno odobrenje muža), zatim mnogo veća stopa rađanja itd.

Posle rata se politički, društveni i ekonomski sistem značajno promenio što je imalo velikog uticaja i na porodični život, brak, razvod a posebno na položaj crkve i vernika. Komunistička ideologija je bila da je „religija opijum za narod“ zbog čega je bila proskribovana za članove komunističke partije, dok su ostali (nečlanovi partije) morali da kriju svoja religiozna osećanja jer bi bili stigmatizovani kao rekacionarni. Međutim, neki od najvernijih sledbenika crkve su uspeli da održe svoju veru do današnjih dana kada se društvena i politička klima promenila i demokratija i tolerancija prevladali u odnosu na nasilje i netoleranciju.

Najvažnije promene su se dogodile u porodičnom životu. Građanski brak je postao jedino priznata forma braka za sve građane. Princip jednakosti između muškaraca i žena je proglašen našim prvim posleratnim ustavom iz 1946. g. i sve više i više žena počinje da se zapošljava van porodice. Žena i muškarac dobijaju jednaka prava i dužnosti u porodici a muževljeva vlast nad ženom i očinska vlast nad decom je ukinuta. Veličina porodice se smanjuje. Porodična zadruga, u kojoj više generacija srodnika živi i radi zajedno nestaje i nuklearna porodica preovlađuje. Brak i razvod su regulisani Osnovnim zakonom o braku iz 1946. g. koji je predstavljao jedinstveni savezni zakon za svih šest tadašnjih republika i obe autonomne pokrajine (Vojvodinu i Kosovo). Prema Osnovnom zakonu o braku razlikovali su se skriviljeni i neskriviljeni brakorazvodni uzroci. Jedan od neskriviljenih brakorazvodnih uzroka je bio i poremećaj bračnih odnosa i nepodnošljivost zajedničkog života, koji postaje najrasprostranjeniji uzrok za razvod.

Međutim, ukoliko je jedan bračni drug bio isključivo kriv za razvod nije imao pravo da traži razvod braka. Na pr. ako je jedan bračni drug napustio drugog, samo nevini bračni drug je imao pravo da traži razvod. Usled toga se u našoj posleratnoj sudskej praksi javljaju tzv. „mrtvi bračni“. „Mrtvi brak“ znači da su bračni drugovi živeli odvojeno duži vremenski period ali njihov brak nije mogao da se razvede sve dok nevini bračni drug ne bi na to pristao. Isključivo krivi bračni drug, koji je želeo razvod, nije na to imao pravo bez obzira što njihov brak godinama nije

²¹ 1945. g. je na pr. bilo 12,9 % razvedena braka na 100 zaključenih, 1950. g. je bilo 11,7 % , 1955. g. 15,3 % a 2002. g. broj razvedenih brakova je porastao na 22,9 % na 100 zaključenih. Slična situacija je i u 2006-toj (20,6 %) i u 2007-moj godini (20,98 %).

imao nikakvu bračnu sadržinu („prazna školjka“²²). Isključivo krivi bračni drug je najčešće, nakon prekida zajednice života sa bračnim drugom, živeo vanbračno sa drugim licem suprotnog pola i zasnivao vanbračnu porodicu, ali pravno nije u bio u mogućnosti da legalizuje njihov status niti status vanbračne dece. Naime, ukoliko bi zajednički život postao nepodnošljiv, niko nije mogao prisiliti jednog bračnog druga da ostane sa drugim bračnim drugom niti ga je mogao sprečiti ga napusti porodično domaćinstvo i zasnuje novo, sa novim partnerom van braka.

Naša sudska praksa je našla rešenje za „mrtve brakove“ na taj način što je posle dugogodišnjeg odvojenog života priznala pravo na razvod braka i isključivo krivom bračnom drugu, polazeći od toga da je prvoravnina isključiva krivica tokom vremena prerasla u običnu krivicu, koja nije bila smetnja za priznavanje prava na razvod braka. U početku se zahtevalo da odvojeni život traje najmanje tri godine, a docnije je to vreme svedeno na jednu godinu. Na taj način je pravni značaj isključive krivice za razvod bitno umanjen, što je dovelo do tendencije smanjenja značaja krivice uopšte. Kao posledica toga novi Zakon o braku i porodičnim odnosima iz 1980. g. uopšte ne predviđa više skriviljene brakorazvodne uzroke. Tim zakonom su bila predviđena samo dva brakorazvodna uzroka, i to ozbiljan i trajan poremećaj bračnih odnosa (čl. 83 ZBPO) i razvod po sporazumu bračnih drugova (čl. 84 ZBPO). U vreme njegovog važenja krivica za razvod braka je bila relevantna jedino za ostvarivanje prava na supružansko izdržavanje. Naime, zakon je predviđao da sud može odbiti zahtev za izdržavanje ako izdržavanje traži bračni drug koji se bez ozbiljnog povoda od strane drugog bračnog druga grubo ili nedolično ponašao u bračnoj zajednici ili ako bi njegov zahtev predstavljao očiglednu nepravdu za drugog bračnog druga (čl. 288/4 ZBPO). Iako je krivica za razvod braka bitno umanjena, brak je još uživao određenu zaštitu. Na pr. bivši ZBPO je predviđao obavezu uzajamne vrenosti bračnih drugova, što novi zakon ne predviđa. Bračni drugovi više nemaju tu dužnost jer se to smatra delom njihovog privatnog života. Od 1980. g. preljuba nije više poseban brakorazvodni uzrok ali može biti relevantna ako dovede do ozbiljnog i trajnog poremećaja bračnih odnosa (čl. 83 ZBPO i čl. 41 Porodičnog zakona).²³

²² Izraz je upotrebljen u engleskoj pravnoj teoriji (videti u Jonathan Herring, *Family Law*, Oxford, Pearson-Longman, 2007, p. 122).

²³ Neki autori su isticali da je ZBPO ustvari predviđao tri brakorazvodna uzroka. Treći je bio nemogućnost ostvarivanja svrhe braka iz drugih razloga, kao što je nestalost ili duševna bolest jednog bračnog druga ili slični razlozi (M. Draškić, *Porodično pravo*, Beograd 1998, str. 132-135). Ustvari, čl. 83 ZBPO je to p-

Novi Porodični zakon iz 2005. g. zadržava iste brakorazvodne uzroke tj. ozbiljan i trajan poremećaj bračnih odnosa (čl. 41) i razvod po sporazumu (čl. 40), iako ima izvesnih razlika u definisanju i uslovima za razvod. Međutim, i pored toga što su 2000.-te godine definitivno nastale krupne demokratske promene u našem društvu, crkvena forma braka nije uvedena. Ustvari, kod nas uopšte nije ni bilo zahteva za takvim promenama. Ni crkve ni nevladine organizacije nisu imale pretenzije da se za to zalažu. Položaj Srpske pravoslavne crkve, koja okuplja najveći broj vernika u našoj zemlji, je bio i još uvek je slab i bez autoriteta kakav ima na pr. Katolička crkva u Hrvatskoj, Poljskoj ili Litvaniji. Ni u ovim zemljama crkvena forma braka nije bila priznata za vreme dugotrajne vladavine posleratnog socijalističko-komunističkog režima, ali danas je verska forma braka izjednačena sa građanskom.

Naočigledniji neuspeh Srpska pravoslavna crkva je doživela nedavno, kada je Predlog zakona o zabrani diskriminacije bio podnet Narodnoj skupštini na usvajanje. Sve tradicionalne crkve i verske zajednice u našoj zemlji su potpisale peticiju protiv usvajanja pojedinih odredbi ovog Predloga. One su se uglavnom protivile zabrani diskriminacije prema polnoj orijentaciji (čl. 21 Predloga) kao i navodnom organičavanju položaja i sloboda crkvi (čl. 18 Predloga). Dok su primedbe koje su se odnosile na crkve usvojene i tekst pomenute odredbe usaglašen sa zahtevima crkvi, primedba koja se odnosila na seksualnu orijentaciju je odbačena.²⁴ Ustvari, uređenje pitanja seksualne orijentacije i zaštite svih građana od bilo kakve diskriminacije je stvar države a ne crkve. Crkve mogu i treba da zadrže i da brane svoja uverenja po tom pitanju, ali je stvar države da reguliše sva sekularna, svetovna pitanja bez uplitavanja crkve. Ono što su crkve propustile posle demokratskih promena u našem društvu to je da traže priznavanje nadležnosti za sklapanje crkvenog braka za svoje vernike, koji bi bio legalno priznata forma braka. Takvi zahtevi crkava bi bili razumljivi i u skladu sa pravima vernika da zahtevaju da njihova verska ubedjenja budu priznata i po tom pitanju. Do sada sličnih zahteva od strane crkvi nije bilo.

U Hrvatskoj i Poljskoj crkvena forma braka postoji od 1998. g. U Hrvatskoj je crkvena forma braka prvobitno bila priznata samo katolici-

redvidao *in fine*, ali može se reći da su to samo posebne okolnosti koje u krajnjem slučaju vode do ozbiljnog i trajnog poremećaja bračnih odnosa., jer je očigledno da ozbiljan i trajan poremećaj bračnih odnosa nastaje kada jedan bračni drug nestane ili duševno oboli, ali naravno moguće je te razloge uzeti i kao posebne brakorazvodne uzroke.

²⁴ Novine „Politika“ od 26.marta 2009. g.

ma, ali ubrzo posle toga „hrvatska vlada je zaključila slične sporazume i sa Srpskom pravoslavnom crkvom, Hrvatskom islamskom zajednicom, Evangelističkim crkvom u Hrvatskoj i Reformatorskom hrišćanskom crkvom u Hrvatskoj.“²⁵ Prema Međunarodnom izveštaju o poštovanju verskih sloboda za 2005. godinu, koji je objavio Hrvatski ured za demokratiju, ljudska prava i rad, do 2005. g. država je zaključila sporazume sa ukupno 15 crkava i verskih zajednica u Hrvatskoj. To znači da su crkveni brakovi zaključeni pred verskim vlastima ovih crkava i verskih zajednica pravno validni.²⁶

U Poljskoj je Zakon o porodici i starateljstvu bio izmenjen 1998. g. Na osnovu Konkordata zaključenog između Svetе apostolske stolice i Poljske, sklapanje crkvenog braka je bilo dozvoljeno.²⁷

U Litvaniji je Ustavom iz 1992. g. predviđeno bezuslovno prizavanje crkvenog braka, ali takva radikalna promena je dovela do velike pravne nesigurnosti.²⁸ Naime, nedostajali su propisi o efikasnoj razmeni podataka o zaključenim brakovima između različitih crkava kao i podataka između crkvi i državnih matičara. To je izazvalo pravnu nesigurnost po pitanju pridržavanja materijalnih uslova za sklapanje braka. Rešenje je nađeno u Gradanskem zakoniku iz 2000. g. koji je predviđao uslove koji moraju biti ispunjeni da bi se braku sklopljenom u crkvi priznala ista dejstva kao i gradanskom braku.²⁹ Prema tome, pored građanskog braka, crkveni brak kao legalna forma braka uveden je u sve tri zemlje po prvi put posle Drugog svetskog rata.

Evropski i međunarodni pristup problemu braka i razvoda

Kakav je pristup pitanju braka i razvoda u komparativnom pravu i evropskim i međunarodnim pravnim instrumentima? Prvi utisak je da su promene očigledne. Brak se više ne smatra glavnim stubom porodice, ko-

²⁵ D. Hrabar, The protection of weaker family members: The Ombudsman for children, Same-sex unions, Family violence and Family Law, *The International Survey of Family Law*, General Editor Dr. A. Bainham, Jordan Publishing Limited, 2004, p. 119.

²⁶ Videti na: http://zagreb.usembassy.gov/root/pdfs/rights_report_2005_hr.pdf, poslednja poseta sajtu maja 2009.

²⁷ Više u: A. Maczynski, The influence of European Family Law on the Family Law of countries acceding to the EU, *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Ed. Katharina Boele-Woelki, Antwerp –Oxford-New York, 2003, str. 245.

²⁸ Više u: S. Keserauskas, Moving in the same Direction? Presentation of Family Law Reforms in Lithuania, *The International Survey of Family Law*, Gen. Editor Dr. A. Bainham, Jordan Publishing Limited, 2004, str. 322 i 233.

²⁹ Ibidem.

ji takođe može biti i vanbračna zajednica muškarca i žene kao i zajednica lica istog pola. Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda iz 1950. g. ne sadrži definiciju porodice već garantuje zaštitu privatnog i porodičnog života (čl. 8). Koncept privatnog i porodičnog života je mnogo širi nego pojam braka i obuhvata i različite oblike porodičnih odnosa. On ne podrazumeva samo bračne odnose i odnose između bračnih roditelja i dece, već i odnose između vanbračnih partnera i vanbračnih roditelja i dece, kao i homoseksualne i transeksualne odnose itd. (na pr. zaštita prava na lične kontakte između deteta i lica sa kojim su ostvareni blijski emotivni odnosi). Pomenuta Konvencija štiti pravo na brak i zasnivanje porodice u skladu sa nacionalnim pravom koje reguliše ostvarivanje tog prava (čl. 12) ali se izričito naglašava da se pravo na sklapanje braka i zasnovanje porodice garantuje muškarcima i ženama koji su dostigli odgovarajući uzrast tj. garantuje se licima različitog pola. Međutim, sudska praksa Evropskog suda za prava čoveka ne štiti samo tradicionalnu porodicu i porodične veze, već u skladu sa teorijom ljudskih prava i osnovnih sloboda štiti i druge privatne i porodične veze. Koncept braka i porodice je značajno proširen.

I Povelja o osnovnim pravima u Evropskoj uniji (2007) predviđa slična pravila o zaštiti privatnog i porodičnog života (čl. 7), prava na brak i prava na zasnivanje porodice (čl. 9) kao i Evropska konvencija. Nijedna od njih ne sadrži definiciju porodice niti štite brak kao jedini osnovni porodični model. Međutim, Povelja EU izričito zabranjuje diskriminaciju zasnovanu, između ostalog, i na polnoj orijentaciji (čl. 21), koja se ne pominje u Evropskoj konvenciji. Zabranu diskriminacije koja je bazirana na religiji (čl. 14 Evropske konvencije) ili veri (čl. 21/1 Evropske povelje) garantuju oba instrumenta. To znači da države članice Saveta Europe (njih 47) i Evropske unije (njih 27) treba da obezbede jednak tretman svih lica na svim poljima drušvenog, verskog, porodičnog, političkog, ekonomskog života itd.

Šta više, veoma je važno naglasiti, radi boljeg razumevanja suštine Povelje, da je *razvojni princip* vodeći princip u Evropskoj uniji. To je izraženo u Preambuli Povelje na sledeći način: „U tom cilju, neophodno je jačati zaštitu osnovnih sloboda u svetlu promena u društvu, društvenog progrusa i naučnog i tehnološkog razvoja, doprinoseći da ta prava budu što vidljivija u Povelji (Preamble, alineja IV).“

Što se tiče razvoda, može se reći da danas glavno pitanje nije da li treba dozvoliti razvod već uglavnom koje brakorazvodne uzroke treba predvideti, do kog stepena brakorazvodni postupak treba pooštiti ili ublažiti i kako u što većoj meri harmonizovati brakorazvodno pravo razli-

čitih nacionalnih zakonodavstava. Razvod je danas priznat u svim evropskim zemljama izuzev na Malti, koja još uvek zabranjuje razvod. Pitanje je naravno koliko dugo će to još moći da opstane, jer je suprotno ljudskoj prirodi prisiljavati nekoga da ostane u braku sa drugim licem celog života, čak i kada je očigledno da je brak propao, da je nepopravljivo narušen i da supruzi godinama žive odvojeno. Sem toga, to nije u skladu ni sa teorijom o ljudskim pravima, jer koncept nerazrešivosti braka vodi stvaranju „mrtvih brakova“. Dakle i nakon sudske, kao i nakon faktički odvojenog života između bračnih drugoa ostaje samo „mrtvi brak“, „prazna školjka“ što nije u interesu nijednog bračnog druga.

Posle 1970. g. kada je Italija, koja je inače dugo bila smatrana snažnim braniocem nerazrešivosti braka, uvela razvod, i mnoge katoličke zemlje su izmenile svoja zakonodavstva i dozvolile razvod. Prvo, to je bio slučaj sa Španijom, koja je uvela razvod braka 1982. g., zatim sa Argentinom, koja uvodi razvod braka 1987. g. zatim ga uvodi Irska na osnovu Ustava iz 1996.g. i Zakona o porodici iz 1996. g., Čile 2004. g. i Peru 2008.g. Ko što je rečeno, jedina preostala zemlja u Evropi koja još uvek ne dozvoljava razvod je Malta, i Filipini u Aziji.³⁰ Severna i Južna Amerika, Azija (sem Filipina), Afrika i Australija nisu više suočene sa izazovom razvoda. Razvod je nužnost modernog doba a potvrdu te očajničke nužnosti razvoda vidimo i u tome što se na pr. U Čileu, nakon što je uveden razvod braka, preko 3,600.000 brakorazvodnih slučajeva našlo u postupku pred čileanskim pravosuđem.³¹ Imajući u vidu da Peru ima oko 29.180.900 stanovnika, to znači da je tamo 2008.g. bilo 123,3 razvoda na 1000 stanovnika.

U današnje vreme su neki drugi problemi koji se tiču razvoda mnogo značajniji od jednostavnog pitanja da li dozvoliti razvod. Imajući u vidu da je svet danas mnogo bolje povezan nego ikada ranije i da je unutar

³⁰ Filipinsko pravo, generalno, ne dozvoljava razvod braka na Filipinima. Jedini izuzetak je napravljen u odnosu na muslimane, kojima je, pod određenim okolnostima, dopušten razvod. Za nemuslimane, zakon dozvoljava poništaj braka i rastavu od stola i postelje (zakonska separacija). Poništajem, brak legalno prestaje, što nije slučaj sa rastavom. Međutim, čl. 26 Porodičnog zakona predviđa da brakovi koji su zaključeni van Filipina, u skladu sa važećim pravom zemlje u kojoj su zaključeni, i koji su u toj zemlji važeći, biće važeći i na Filipinima, sem onih koji su zarađeni čl. 35(1), (4), (5) i (6), 36, - 37 i 38 (17a). Ovi članovi se odnose na bračne smetnje koje dovode do poništaja braka. Ako je brak između Filipinca i stranca punovažno zaključen u inostranstvu, a potom bračni drug stranac dobije tamo i punovažan razvod koji mu daje pravo da sklopi novi brak, onda i bračni drug Filipinski državljanin stiče pravo da ponovo zaključi brak prema filipinskom pravu (Izvršna naredba 227).

³¹ Videti na: <http://www.livinginperu.com/news-6342-politics-perus-congress-passes-speedy-divorce-law>, poslednja poseta sajtu maja 2009.

Evropske unije zagarantovano slobodno kretanje ljudi, dobara, usluga i kapitala, ako i sloboda preduzetništva,³² suštinski problem je kako harmonizovati brakorazvodno pravo različitih zemalja. Razlike između pojedinih zemalja su značajne, kako one koje se tiču uzroka za razvod tako i posledice razvoda itd. Neke zemlje imaju liberalniji brakorazvodni režim dok druge imaju restriktivniji režim i zahtevaju mnoge dodatne uslove za dobijanje razvoda. Mi ćemo se uglavnom skoncentrisati na evropske zemlje.

Razvod po sporazumu bračnih drugova

Glavna tendencija u brakorazvodnom pravu je olakšavanje razvoda i ublažavanje posledica krivice za razvod. Jednom rečju, moderno pravo ne treba da dozvoli da sukob između bračnih drugova eskalira i da netoleranca i nesporazumi između njih preovladaju tokom postupka za razvod. Zbog toga skoro sve evropske zemlje dozvoljavaju razvod po sporazumu bračnih drugova, omogućavajući bračnim drugovima da sporazumno urede međusobne lične i imovinske odnose, kao i odnose koje se tiču maloletne dece ili punoletne dece koja nisu sposobna se sama staraju o sebi i svojim pravima i interesima. Razvod zbog nepopravljivog poremećaja bračnih odnosa je drugi brakorazvodni uzrok koji krivicu za razvod braka ne smatra bitnom za razvod. Sa druge strane, posredovanje, mirenje i period za razmišljanje pre razvoda takođe služe tome da pomogne bračnim drugovima da izbegnu razvod ili ublaže posledice ogorčenja i stresa zbog razvoda, i da im omogući da se razvedu mirno i prijateljski koliko god je to moguće.

Mnoge evropske zemlje čak i ne predviđaju više skrivljene brakorazvodne uzroke. To je slučaj sa Bugarskom, Češkom, Engleskom i Velsom, Finskom, Nemačkom, Mađarskom, Italijom, Irskom, Holandijom, Poljskom, Rusijom, Španijom, Švedskom, Švajcarskom, Srbijom, Crnom Gorom, Bosnom i Hercegovinom (u oba entiteta)³³ Hrvatskom, Slovenijom i Bivšom jugoslovenskom republikom Makedonijom.

³² Preamble, alinea 3 Povelje o osnovnim pravima u EU: „Unija dorinosi očuvanju i razvoju tih zajedničkih vrednosti poštujući pri tome raznovrsnost kultura i tradicija naroda Evrope kao i nacionalne identitete država članica i organizaciju njihovih javnih vlasti na nacionalnim, regionalnim i lokalnim nivoima; ona podstiče izbalansiran i održiv razvoj i obezbeđuje slobodno kretanje ljudi, dobara, usluga i kapitala i slobodu preduzetništva“

³³ Ranije jedna od šest federalnih jedinica Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, Bosna i Hercegovina je stekla nezavisnost posle referendumu održanog 28. februara i 1. marta 1992. g. Zemlja je politički decentralizovana i obuhvata dva entiteta, Federaciju Bosnu i Hercegovinu i Republiku Srpsku, kao i distrikt Brčko, kao de facto treći entitet.

Najrasprostranjeniji model brakorazvodnih uzroka je razvod po sporazumu bračnih drugova ili razvod po tužbi jednog bračnog druga koja je prihvaćena od strane drugog bračnog druga. Brak može prestati na osnovu sporazuma bračnih drugova u Austriji (odeljak 55a Zakona o porodici),³⁴ Belgiji (čl. 233 Belgijskog GZ),³⁵ Bugarskoj,³⁶ Hrvatskoj (čl. 42 i 43 Obiteljkog zakona), Federaciji Bosni i Hercegovini (čl. 44), Francuskoj,³⁷ Nemačkoj,³⁸ Holandiji,³⁹ Grčke (čl. 1441 Grčkog GZ),⁴⁰ Crnoj Gori,⁴¹ Republici Srpskoj (čl. 54,55), Srbiji (čl. 40),⁴² Bivšoj jugoslovenskoj republici Makedoniji (čl.42),⁴³ Sloveniji (čl. 64)⁴⁴ itd.

Između pomenutih zakona postoje razlike u pogledu uslova pod kojima razvod može biti odobren. Najznačajniji zahtevi se uglavnom odnose na sporazum o deci i o uzajmnim odnosima između bračnih drugova, kao na pr. o supružanskom izdržavanju posle razvoda, o deobi zajedničke imovine, o porodičnom domu, upotrebi prezimena i sličnim pitanjima. Na taj način savremena prava nastoje da doprinesu ublažavanju dramatizovanja razvoda braka i zacenju prethodnih konflikata. Za bračne drugove, a posebno za decu, uvek je bolje dozvoliti im da sami urede svoje (sporne) odnose. Ukoliko oni uspeju da postignu sporazum o bitnim posledicama razvoda braka, to u najmanju ruku znači da su saglasni i oko toga da njihov zajednički život zaista više ne može da se održi i da zarad sopstvene budućnosti i budućnosti zajedničke dece treba da ostave po strani međusobne bračne nesuglasice i netrpeljivost.

Preduslovi za sporazumno razvod u Austriji su dosta strogi. Bračni drugovi treba da postignu sporazum o prebivalištu dece i vršenju roditeljskog prava, o kontaktima sa decom i o izdržavanju dece koja nisu sposob-

³⁴ Marianna Roth, *European Family Law in Action, Volume I: Grounds for Divorce*, eds. K. Boele-Woelki, B. Braat, I. Sumner, Intersentia, CEFL 2003, str.71.

³⁵ Walter Pintens, op. cit. supra.

³⁶ Velina Todorova, op. cit. supra.

³⁷ Hugues Fulchiron, *The New French Divorce Law, The International Survey of Family Law* (2005), Gen. ed. Andrew Bainham, str.. 243.

³⁸ O.Cvejić Jancic, *Razvod braka u nasem i stranom pravu* (1987), Dnevnik, Novi Sad, str. 114-115.

³⁹ Ibidem, str.116.

⁴⁰ Achilles g. Koutsouradis, *European Family Law in Action, Volume I: Grounds for Divorce*, eds. K. Boele-Woelki, B. Braat, I. Sumner, Intersentia, CEFL 2003, str. 84.

⁴¹ Porodični zakon Crne Gore, Službeni list Crne Gore br. 1/2007.

⁴² Porodični zakon Srbije, Službeni glasnik RS br. 18/2005.

⁴³ Zakon za semejstvoto „Službeni vesnik na Republika Makedonija“ br. 83 /2004 .

⁴⁴ Zakon o zakonski zvezni in družinskih razmerjih, *Uraden list RS* 15/1976, 16/2004.

na da se staraju sama o sebi, zatim o bračnoj imovini (na pr. o stanovanju, kolima), o ušteđevini bračnih drugova i najzad o odricanju od uzajamnih zahteva za izdržavanje.⁴⁵ U sudskoj praksi Austrije u 2000. g. većina bračkova je bila razvedena po sporazumu bračnih drugova odnosno od ukupno 19.552 razvoda, 17.420 braka je razvedeno sporazmno,⁴⁶ što iznosi 89,09%, iako su uslovi za razvod vrlo strogi. To znači da bračni drugovi uspevaju da postignu sporazum, ukoliko im je ta mogućnost priznata zakonom, čak i kada to nije tako lako postići.

U Bugarskoj preduslovi za sporazumni razvod uključuju sporazum bračnih drugova o svim posledicama razvoda, kao što su vršenje roditeljskog prava, pravo na pristup deci i izdržavanje dece, deoba imovine, korišćenje porodičnog doma, plaćanje izdržavanja i upotreba porodičnog imena (čl. 101 Bugarskog Porodičnog zakona).⁴⁷ Ukoliko sporazumom bračnih drugova interesi dece nisu zadovoljeni, sud može da im ostavi dodatni rok kako bi popravili svoj sporazum. Sudska praksa u Bugarskoj pokazuje da broj razvedenih brakova zbog nepopravljivog sloma braka blago premašuje broj sporazumnih razvoda.⁴⁸ Ipak, treba naglasiti da je i u toj zemlji broj sporazumnih razvoda vrlo visok (oko 50%).

U Nemačkoj sporazumi razvod može biti odobren samo ukoliko su bračni drugovi živeli odvojeno najmanje jednu godinu (čl. 1566 I Nemačkog GZ) i ako su se sporazumeli o sledećim posledicama: o supružanskom izdržavanju i izdržavanju zajedničke dece, o porodičnom domu i o pitanjima koja se tiču domaćinstva, (par. 630 I, 3 Zakonika o građanskom postupku).⁴⁹ Bračni drugovi isto tako treba da izjave da su postigli sporazum o roditeljskom pravu i o kontaktima sa njihovom decom, i da neće tražiti sudsку odluku povodom toga, ili ako budu tražili da će to učini zajednički.⁵⁰ Odredbe Francuskog GZ koje se odnose na razvod su izmenjene 2004. g. u cilju ublažavanja posledica razvoda.⁵¹ Uslov za sporazumni razvod je da su bračni drugovi uredili posledice razvoda braka svojim sporazumom. Sudija treba da ohrabri bračne drugove da postignu takav

⁴⁵ M. Roth, op. cit. str. 29.

⁴⁶ M. Roth, op. cit. str. 99.

⁴⁷ V. Todorova, op. cit. stp. 312.

⁴⁸ Tako je na pr. 1998. g. bilo 55% razvoda zbog propasti braka, 1999. g. 56%, 2000. g. 57% i 2001. g. 51%, nasuprot 45%, 44%, 43% i 49% razvoda po sporazumu tokom pomenutih godina, V. Todorova, op. cit. stp. 100.

⁴⁹ Dieter Martiny, *European Family Law in Action, Volume I: Grounds for Divorce*, eds. K. Boeke-Woelki, B. Braat, I. Sumner, Intersentia, CEFL 2003, stp. 242.

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ H. Fulchiron, op. cit. stp. 247.

sporazum van suda. Sporazum može da obuhvati sve ili neke posledica razvoda. Njihov sporazum podleže odobrenju od strane suda, koji treba da verifikuje da je zadovoljen test pravičnosti i da su „interesi ova bračna druga i dece zaštićeni (čl.268 st. 2)“.⁵² Sličan tome je i razvod zasnovan na čl. 373-2-3, koji predviđa da se bračni drugovi obraćaju sudu nadležnom za bračne stvari „radi potvrde sporazuma kojim uređuju način vršeњa roditeljske vlasti i određuju njihove doprinose za izdržavanje i obrazovanje dece.“⁵³

Što se tiče sporazumnog razvoda, Porodični zakon Srbije u čl. 40 predviđa da supružnici imaju pravo na razvod braka ako zaključe pismeni sporazum o razvodu, koji treba obavezno da sadrži i pismeni sporazum o vršenju roditeljskog prava i pismeni sporazum o deobi zajedničke imovine. Sporazum o vršenju roditeljskog prava može imati oblik sporazuma o zajedničkom vršenju roditeljskog prava ili sporazuma o samostalnom vršenju roditeljskog prava. Sporazumni razvod ne zavisi ni od dužine trajanja braka, niti je uslovljen prethodnim protekom roka za razmišljanje niti bilo kojim drugim uslovima kao na pr. prethodni odvojeni život, minimalni broj godina bračnih drugova, obavezno mirenje, posredovanje i sl. Ni sporazum o supružanskom izdržavanju nije preduslov za razvod. Slično rešenje je usvojeno i u Porodičnom zakonu Crne Gore (čl. 57) koji pored toga predviđa još da muž nema pravo da traži razvod braka za vreme trudnoće žene i dok njihovo dete ne dostigne godinu dana života, osim ako žena pristane na razvod (čl. 58 PZ CG). U Federaciji Bosne i Hercegovine bračni drugovi mogu tražiti sporazumni razvod braka tek po proteku šest meseci od njegovog zaključenja i ukoliko u postupku posredovanja postignu sporazum o vršenju roditeljskog prava, o izdržavanju deteta, o uslovima i načinu održavanja ličnih odnosa i neposrednih kontakata deteta sa roditeljem koji ne ostvaruje roditeljsko staranje i o supružanskom izdržavanju (čl. 44 PZ BF). Sud će odbiti zahtev za razvod po sporazumu ako sporazum koji se odnosi na decu nije u njihovom interesu. Muž nema pravo da traži razvod za vreme trudnoće žene i dok dete na napuni tri godine života, što znači da tokom tog perioda on može tražiti razvod samo ako se žena saglasi sa razvodom ili ako zajednički podnesu zahtev za razvod (čl. 43 PZ BF). Posredovanje je obavezno ako bračni drugovi imaju decu nad kojom vrše roditeljsko staranje (čl. 45 PZ BF).

Prema Obiteljskom zakonu Hrvatske ova bračna druga mogu podneti sporazumni zahtev za razvod (čl. 42/1). *Bračni drug* nema pravo na tu-

⁵² Ibidem.

⁵³ Ibidem.

žbu za razvod za vreme trudnoće žene ili dok njihovo dete ne navrši godinu dana života (čl. 42/2). Bosanski Porodični zakon reguliše ovo pitanje mnogo jasnije jer se kaže da „muž nema pravo...“ umesto „bračni drug“. Postupak posredovanja je uvek obavezan ako bračni drugovi imaju maloletnu zajedničku ili usvojenu decu ili punoletnu decu nad kojom vrše roditeljsko pravo, bez obzira da li se radi o razvodu po tužbi ili o sporazumnoj razvodu (čl. 44). Šta više, ako bračni drugovi imaju maloletnu decu ili punoletnu decu nad kojom vrše roditeljsko pravo postupak posredovanja je obavezan čak iako jedan ili oba bračna druga žive u inostranstvu, ako sud proceni da nema većih teškoća da bračni drugovi učestvuju u postupku posredovanja (čl. 45/4). Drugi preduslovi za sporazumnoj razvod nisu predviđeni. Sud će ispitati bračne drugove da li su postigli sporazum o tome „sa kojim će roditeljem dete živeti, o njegovim susretima i druženju s drugim roditeljem odnosno o smeštaju deteta tokom trajanja parnice za razvod“ (čl. 46/2).

U Sloveniji bračni drugovi treba da postignu sporazum o svim posledicama razvoda braka koje se odnose na zajedničku decu (čuvanje, podizanje, izdržavanje, kontakti) i na bračne drugove (deoba zajedničke imovine, ko će nastaviti da koristi stan po osnovu zakupa i o izdržavanju neobezbeđenog bračnog druga). Sporazum o posledicama razvoda koji se odnosi na bračne drugove treba da bude sačinjen u formi izvršnog notarskog zapisa (čl. 64 Zakona o braku i porodičnim odnosima). Sud treba da utvrdi da li su interesi dece zaštićeni sporazumom roditelja i u tom cilju treba da pribavi mišljenje centra za socijalni rad. Pre razvoda braka sud će uputiti bračne drugove u centar za socijalni rad na savetodavni razgovor i ukoliko se bračni drugovi ne odazovu pozivu smatraće se da je njihov predlog za sporazumnoj razvod povučen (čl. 71 ZBPO).

Član 1441 Grčkog GZ predviđa da bračni drugovi mogu sporazumno da traže razvod braka ako je brak trajao najmanje godinu dana. Razlog za to odlaganje je izbegavanje lakomislenih i prenagljenih razvoda, tako da se bračnim drugovima ostavlja vreme od godinu dana da razmotre svoju bračnu situaciju. Oni zatim moraju da se sačine pismeni sporazum o razvodu braka i o maloletnoj deci (o vršenju roditeljskog prava i pravu na posete). Taj sporazum treba da bude potvrđen od suda i ostaće na snazi do pravnosnažnosti presude o razvodu.⁵⁴

Uslovi za sporazumnoj razvod braka su prema mađarskom pravu doista strogi. Potrebno je da se bračni drugovi sporazumeju o deci (vršenju roditeljskog prava, izdržavanju, pravu na kontakte deteta i roditelja sa ko-

⁵⁴ Achilles G. Koutsouradis, in *European Family Law in Action, Volume I: Grounds for Divorce*, eds. K. Boele-Woelki, B. Braat, I. Sumner, Intersentia, CEFL 2003, str. 290 i 314.

jim dete ne živi), o supružanskom izdržavanju, pravu na korišćenje porodičnog doma posle razvoda i o deobi zajedničke imovine, isključujući nepokretnu imovinu.⁵⁵ Njihov sporazum predstavlja dovoljan dokaz da su bračni odnosi neporavljivo poremećeni. Sporazum treba da bude potvrđen od strane sudske komisije. Ukoliko je razvod po sporazumu zasnovan na prethodnom odvojenom životu bračnih drugova u trajanju od najmanje tri godine bračni drugovi treba tokom brakorazvodog postupka da dokažu da su postigli sporazum o roditeljskom pravu i izdržavanju dece, kojim su interesi deteta na odgovrajući način zaštićeni. U Mađarskoj je tokom 2000.g. bilo ukupno 23.968 razvedenih brakova od kojih je 18.440 brakova (ili 76,94%) razvedeno po sporazumu bračnih drugova.⁵⁶

Nepopravljiv poremećaj bračnih odnosa

Prema značaju i zastupljenosti nepopravljiv poremećaj bračnih odnosa je drugi po redu brakorazvodni uzrok. U SAD na pr. „do 1998. g. 48 država i distrikt Kolumbija su izričito usvojili neki od 'modernih neskrivljenih uzroka za razvod' među kojima je u dvadeset američkih država razvod dozvoljen samo na osnovu modernih, neskrivljenih brakorazvodnih uzroka (nepopravljiv poremećaj braka ili nepomirljive razlike između bračnih drugova).⁵⁷ U trećini ostalih država zakonodavac je dodao bar jedan neskrivljeni brakorazvodni uzrok kao alternativa skriviljenim uzrocima.⁵⁸

U evropskim zemljama nepopravljiv poremećaj braka je isto tako široko prihvaćen, izričito ili prečutno. On je predviđen u svih šest bivših jugoslovenskih republika (sada nezavisnih država), u Austriji, Belgiji, Bugarskoj, Češkoj, Danskoj, Nemačkoj, Engleskoj i Velsu, Italiji, Španiji, Finskoj, Francuskoj, Grčkoj, Mađarskoj, Holandiji, Portugaliji, Rusiji, Norveškoj i drugim državama. Iako među njima ima razlika u pogledu toga kako je taj uzrok regulisan u nacionalnim zakonodavstvima, opšta karakteristika ovog brakorazvodnog uzroka je da je to neskrivljeni brakorazvodni uzrok i da je insistiranje na krivici bračnih drugova za razvod napušteno.⁵⁹

⁵⁵ Emila Weiss, Orsolya Szeibert, *in European Family Law in Action, Volume I: Grounds for Divorce*, eds. K. Boele-Woelki, B. Braat, I. Sumner, Intersentia, CEFL 2003, stp. 243.

⁵⁶ Ibidem, str. 106. Isti autori navode da u ostalim slučajevima razvoda statistika ne sadrži podatke o činjenicama na kojima je zasnovan potpuni i nepopravljiv poremećaj braka

⁵⁷ L. Wardle, L. Nolan, op. cit. p. 651

⁵⁸ Ibidem.

⁵⁹ U literaturi se vrlo široko navode razlozi za i protiv skriviljenih odnosno neskrivljenih brakorazvodnih uzroka. Videti više u Jonathan Herring, *Family Law*, Pearson-

U Porodičnom zakonu Srbije neskrivljeni brakorazvodni uzrok je široko liberalizovan i oslobođen bilo kakvih subjektivnih elemenata. Nai-me, za dobijanje razvoda je dovoljno da jedan bračni drug ne želi više da živi zajedno sa drugim bračnim drugom. Čl. 14 PZ predviđa da „svaki supružnik ima pravo na razvod braka ako su bračni odnosi ozbiljno i trajno poremećeni ili ako se objektivno ne može ostvarivati zajednica života supružnika“. Brak se uvek smatra ozbiljno i trajno poremećenim ako jedan bračni drug to tvrdi i ako je bar za njega brak neodrživ. Postupak za razvod je hitan ako bračni drugovi imaju decu i treba da bude okončan na najviše dva ročišta (čl. 204). Izjava jednog bračnog druga je dovoljan dokaz ozbiljnog i trajnog poremećaja bračnih odnosa. Čak i ukoliko drugi bračni drug ne želi razvod, on nema efikasno sredstvo kojim se može usprotiviti razvodu. Smatra se da bezuslovno pravo na razvod postoji i u slučaju kada se objektivno ne može ostvarivati zajednica života supružnika. To bi bio slučaj na pr. ako je jedan bračni drug duševno bolestan ili ako nestane.

Sudija nije ovlašćen da traži od bračnih drugova da navedu razloge zbog koji se traži razvod niti su bračni drugovi dužni da se o tome izjasne. Najznačajnija uloga suda je da obezbedi zaštitu najboljeg interesa deteta. Posredovanje je predviđeno kao deo brakorazvodnog postupka, ali nije obavezno. Period za razmišljanje pre razvoda braka naše pravo ne predviđa. Krajnje retko se dešava da sud odbije zahtev za razvod. Toga zapravo više nema u našoj sudskoj praksi.

Mnogobrojne odredbe novog Porodičnog zakona obezbeđuju mnogo veći stepen privatizacije nego što je to bio slučaj sa prethodnim zakonom. Šta više, naš novi Ustav (2006) predviđa da svako ima pravo da slobodno odluči o zaključenju i raskidanju braka (čl. 62/1).⁶⁰ Zaista se može reći da je stvar samih bračnih drugova da se staraju o očuvanju svoga braka i zdravih bračnih odnosa, i da nije stvar države da im zabrani razvod ako jedan ili oba žele da se razvedu. Naglasak ne treba da bude stavljena na to kako sprečiti razvod već kako osigurati njegovo što uspešnije funkcionisanje uprkos svim izazova i iskušenja savremenog života. Međutim, možda je neka predostrožnost mogla biti predviđena kako bi se predupredili lakomisleni, nedovoljno promišljeni razvodi, kao na pr. određeni period za razmišljanje pre razvoda ili prethodni odvojeni život bračnih drugova, i to samo u slučaju da bračni drugovi imaju decu o kojoj su dužni da s staraju.

Longman, 2007, pp. 118-122, Lynn D. Wardle, Laurence C. Nolan, *Fundamental Principles of Family Law*, Buffalo, New York, 2006, pp. 646-658.

⁶⁰ Čl. 62/1 Ustava Srbije iz 2006. g. (Sl. Glasnik RS br. 83/2006).

Ovaj brakorazvodni uzrok je na isti način regulisan i u Porodičnom zakonu Crne Gore (čl. 56, 317, 330) kao što je u pravu Srbije, dok je u ostalim zemljama bivše Jugoslavije regulisan na sličan način. U Sloveniji uzrok za razvod postoji „ako je bračni život iz bilo kojih razloga postao nepodnošljiv (čl. 65).“ U tom slučaju svaki bračni drug ima pravo da traži razvod braka. Učešće bračnih drugova u savetodavnom razgovoru pred centrom za socijalni rad je obavezno. Ako se tužilac ne odazove pozivu na razgovor smatra se da je tužba za razvod povučena. Sud međutim može, ako postoje opravdani razlozi, nastaviti postupak za razvod bez obzira na neodazivanje pozivu za učešće u savetodavnom razgovoru (čl. 71/1,2 Zakona o braku u porodičnim odnosima Slovenije). U Hrvatskoj će sud razvesti brak ako utvrdi da su bračni odnosi teško i trajno poremećeni ili ako je od prestanka bračne zajednice prošlo godinu dana (čl. 43 Obiteljskog zakona Hrvatske). Postupak posredovanja se sprovodi i kod sporazumnog razvoda i razvoda po tužbi ukoliko bračni drugovi imaju maloletnu zajedničku ili usvojenu decu ili decu nad kojom roditelji vrše roditeljsko pravo i posle punoletstva (čl. 44 OZH).⁶¹ Ako se pozivu za posredovanje neopravdano ne odazove tužilac ili oba bračna druga kod sporazumnog razvoda, smatraće se da su tužba odnosno sporazumno zahtev za razvod povučeni (čl. 47 OZH).

Prema Porodičnom zakonu Federacije Bosne i Hercegovine do razvoda može doći ako su bračni odnosi teško i trajno poremećeni (čl. 41) a postupak posredovanja je obavezna prethodna faza za razvod braka ukoliko bračni partneri (izraz koji koristi PZBiH) imaju decu nad kojom ostvaruju roditeljsko pravo. Bračni partner nije dužan da podnese zahtev za posredovanje ako je boravište drugog bračnog partnera nepoznato duže od 6 meseci ili ako mu je oduzeta poslovna sposobnost (čl. 45/4). Međutim, interesantna je odredba čl. 49 koja predviđa da ako se bračni partneri ne odazovu pozivu za posredovanje a docnije podnesu tužbu ili sporazumno zahtev za razvod braka, sud će tužbu odnosno zahtev za sprazumno razvod odbaciti. To praktično znači da ako tuženi ne želi da se razvede može vrlo lako da blokira brakorazvodni postupak tako što neće učestvovati u postupku posredovanja, jer će to imati za posledicu da će docnije podneta tužba biti odbačena. Nije teško pretpostaviti da to može ponovo dovesti

⁶¹ Od toga postoje izuzeci predviđeni u čl. 45 kada se posredovanje ne sprovodi: ukoliko su jedan ili oba bračna druga lišeni poslovne sposobnosti (osim ako sud utvrdi da su sposobni da shvate značaj braka i obaveza koja iz njega proizilaze), ako bračnim drugovima (jednom ili obojicima) a nije poznato prebivalište najmanje 6 meseci i ako jedan ili oba žive u inostranstvu, sem ako sud oceni da nema većih teškoća da učestvuju u postupku posredovanja.

do nastajanja tzv. „mrtvih brakova“. Zakon je napravio samo jedan izuzetak od ovoga i to ako se bračni partner koji se nasilnički ponaša prema drugom bračnom partneru ne odazove pozivu za posredovanje (čl. 49/2), jer to neodazivanje pozivu neće imati za posledicu obustavljanje postupka posredovanja ni docnije odbacivanje tužbe za razvod.

Prema Porodičnom zakonu Republike Srbije bračni supružnik može tražiti razvod braka ako su bračni odnosi teško i trajno poremećeni te je usled toga zajednički život postao nepodnošljiv (čl. 52/1). Muž nema pravo na razvod za vreme trudnoće žene i dok njihovo dete ne navrši godinu dana života. Neskriviljeni brakorazvodni uzrok predviđen ovim Zakonom je i nestalost bračnog supružnika o kome nema nikavih vesti najmanje dve godine (čl. 53). Bračni supružnici su obavezni da se odazovu pozivu za pokušaj mirenja, a ukoliko to ne učini supružnik koji posle namerava da podnese tužbu za razvod braka ili oboje kod sporazumnog razvoda, sud će odbaciti docnije podnetu tužbu odnosno zajednički predlog za razvod (čl. 60).

U Engleskoj i Velsu jedini uzrok za razvod je neporavljiv neuspeh (propast) braka (irretrievable breakdown of marriage) predviđen Zakonom o razvodu braka iz 1973 (ZRB).⁶² Razvod nije dozvoljen u prvoj godini nakon sklapanja braka. Da bi dobio razvod braka tužilac mora da dokaže jednu ili više činjenica (od ukupno pet) predviđenih ZRB. To su sledeće činjenice: 1. da je tuženi izvršio preljubu i da tužilac smatra da lji život sa tuženim nepodnošljivim; 2. da se tuženi ponašao na takav način da nije razumno očekivati da tužilac može da živi sa njim; 3. da je tuženi napustio tužioca i da je to trajalo najmanje dve godina neprekidno sve do podnošenja tužbe za razvod; 4. da su supružnici živeli odvojeno najmanje dve godine pre razvoda i da se tuženi saglasi sa razvodom; 5. da su supružnici živeli odvojeno najmanje 5 godina neprekidno sve do podnošenja zahteva za razvod. Kao što je to istaknuto u engleskoj pravnoj teoriji tri od pet pomenutih razloga su zasnovani na krivici,⁶³ dok su svih pet prilično zahtevni razlozi. Zakon o razvodu braka je kritikovan⁶⁴ i 1996. g. je donet novi Porodični zakon. Međutim, novi zakon se pokazao suviše kontrverznim i plan da se on primeni je zvanično napušten. Kao posledica toga nezadovoljavajući zakon o razvodu braka iz 1973. g. se i dalje primenjuje.⁶⁵

⁶² ⁶² Nigel Lowe, in European Family Law in Action, Volume I: Grounds for Divorce, eds. K. Boele-Woelki, B. Braat, I. Sumner, Intersentia, CEFL 2003, p. 78, J. Herring, op. cit. p. 102.

⁶³ N. Lowe, op. cit. p. 168-171.

⁶⁴ See J. Herring, op.cit. pp. 107-110.

⁶⁵ N. Lowe, op. cit. p. 58.

U Nemačkoj brak može biti razveden ukoliko je propao. Prema Nemačkom građanskom zakoniku (čl. 1565) smatra se da je takav slom braka nastao ukoliko zajednica bračnih drugova više ne postoji ako se ne može očekivati da će biti ponovo uspostavljena.⁶⁶ Član 1566 GZ predviđa dve odlučujuće pretpostavke sloma braka: prva postoji ako su bračni drugovi živeli odvojeno najmanje godinu dana i oba podnesu sporazumno predlog za razvod braka ili ako drugi pristane na razvod koji je pokrenuo tužilac. Druga pretpostavka neuspeha braka postoji ako su bračni drugovi živeli odvojeno tri godine.

Od ovog pravila postoje tri izuzetka (na osnovu takozvane „klauzula surovosti“) ali, kao što ističu nemački autori, oni ne igraju značajniju ulogu u praksi.⁶⁷ Krivica za razvod može biti od izvesnog značaja, na pr. da bi se sprečili preuranjeni i brzopleti razvodi (ako je odvojeni život bračnih drugova trajao manje od godinu dana) i u slučaju primene klauzule surovosti, ali su sudovi vrlo oprezni u njihovoj primeni.

U Austriji pored razvoda baziranog na krivici i razvoda po sporazumu bračnih drugova austrijski Zakon o braku predviđa i razvod na osnovu nepopravljivog neuspeha braka (čl. 50-55). Nepopravljiv neuspeh braka treba da bude potkrepljen nekim od razloga predviđenih zakonom. Takvi razlozi su mentalni poremećaj (deo 50 ABZ),⁶⁸ duševna bolest (deo 51 AZB), zaražna ili odvratna bolest (deo 52 AZB) i prekid porodične zajednice (deo 55 AZB). Poslednji razlog znači da porodična zajednica treba da je bila prekinuta najmanje tri godine i da je brak nepopravljivo propao.

U Rusiji⁶⁹ nepopravljiv slom braka je jedini formalni uzrok za razvod. Međusobni sporazum o razvodu se ne smatra posebnim brakorazvodnim uzrokom iako se smatra da je brak nepopravljivo propao ukoliko se oba bračna druga saglase sa razvodom. Ruski Porodični zakon (RPZ) predviđa dve vrste brakorazvodnog postupka: sudske i upravne. Upravni postupak se može primeniti pod dva uslova: da bračni drugovi nemaju zajedničku maloletnu decu i da su se saglasili sa razvodom (čl.19/1 RPZ). Odelenje za evidentiranje građanskih akata će izdati potvrdu o razvodu braka nakon isteka mesec dana od podnošenja zahteva za razvod. Sudski postupak se znatno razlikuje zavisno od toga da li je u pitanju parnični ili vanparnični postupak, ali u oba slučaja supruzi nisu obavezni da otkriju

⁶⁶ D. Martiny , op. cit. p. 172

⁶⁷ Ibidem, p. 265.

⁶⁸ U Austrijskoj sudskej praksi kao primeri mentalnog poremećaja se navode histe-rija, naklonjenost upotrebi droga, depresija, zbuđenost (confusion) i sl. videti M. Roth, op. cit. p. 395.

⁶⁹ Ruski Porodični zakon iz 1995. g. stupio na snagu 1. marta 1996. g.

razloge za razvod. Može se reći da je ovaj rakorazvodni uzrok jasno neskrivljeni uzrok. Novi PZ odbacuje paternalistički stav da sudija treba bolje nego bračni drugovi da rasuđuje o razlozima koji su dovoljni za razvod.⁷⁰ Šta više, novi Zakonik umanjuje što je više moguće intervenciju države u privatni život bračnih drugova. Krivica nema više uticaja na razvod braka ali može imati značaja za na pr. kod priznavanja prava na izdržavanje.⁷¹

U Norveškoj nepopravljiv neuspeh braka ne postoji kao poseban brakorazvodni uzrok. Umesto toga, svaki bračni drug može tražiti razvod posle nekog perioda (najčešće nakon jedne godine legalne separacije ili dve godine faktički odvojenog života) bez potrebe da postoji saglasnost bračnih drugova i bez ispunjenja bilo kakvih drugih uslova.⁷² Nadležni organ nema pravo da odbije ili odloži razvod braka. Svaki bračni drug može tražiti razvod braka bez otkrivanja razloga za razvod. Pristanak drugog bračnog druga ili bilo koga drugog nije potreban. Razvod je u nadležnosti upravnika okruga i suda. Većina razvoda se odobrava u upravnom postupku, od strane upravnika okruga a samo u malom broju slučajeva o razvodu odlučuje na суду. 2000-te godine procenat razvoda nakon separacije bračnih drugova je iznosi 93,8% a posle faktički odvojenog života 4,3%. Svega 0,3% brakova je razvedeno zbog zlostavljanja, u 1,6% slučajeva razlozi za razvod su nepoznati.⁷³

Slična je situacija u pogledu skrivljenih brakorazvodnih uzroka je i u većini drugih Evropskih zemalja, koji su manje značajni nego neskrivljeni brakorazvodni uzroci.

ZAKLJUČAK

Kada govorimo o današnjem stanju u pogledu braka i razvoda treba reći da su nekada tradicionalna, partijarhalna porodica i brak značili za pojedinca sve i bez porodice (a posebno žena bez muža) su bili u društveno lošijem položaju dok danas situacija u tom pogledu nije više ni približno ista. Teorija ljudskih prava naglasak stavlja na pojedinca, na njegovo lično usavršavanje i afirmaciju više nego na robovanje pre-

⁷⁰ Više u: Masha Antokolskaia, European Family Law in Action, Volume I: Grounds for Divorce, eds. K. Boele-Woelki, B. Braat, I. Sumner, Intersentia, CEFL 2003, p. 183-185.

⁷¹ Ibidem.

⁷² Tone Sverdrup, in European Family Law in Action, Volume I: Grounds for Divorce, eds. K. Boele-Woelki, B. Braat, I. Sumner, Intersentia, CEFL 2003, p. 403-414.

⁷³ T. Sverdrup . Op. cit.at, str. 135 i 108.

vaziđenim pravilima iz prošlosti. Društvena realnost je da je prostor za lične slobode, aspiracije, ambicije i nastojanja mnogo širi i stimulativniji nego što je to bio slučaj pre Drugog svetskog rata, posebno u odnosu na porodicu i društveni položaj žene i dece. Tradicionalni (patrijarhalni) brak i porodica su izgubili svoj značaj u vrednovanju ličnog statusa jer i mnogi drugi oblici zajedničkog života dobijaju zakonsku zaštitu i značaj. To ne znači da brak i porodica nemaju više nikakav značaj, Naprotiv, za ogromnu većinu brak i porodica su i dalje vrlo značajne „svete“ ustanove. Međutim, njihovi oblici su se promenili. Pravila o razvodu braka treba da budu u skladu sa novim društvenim značajem braka i porodice. Vrlo je verovatno da brakorazvodni režim u budućnosti neće biti strožiji nego što je sada slučaj u najvećem delu modernog sveta. Može se očekivati da će on čak biti ublažen i da će država intervenisati uglavnom na takav način da doprinese stvaranju porodičnog, društvenog i pravnog ambijenta koji bi ozbezbedio zaštitu najboljeg interesa deteta. Naravno, najbolji interes deteta bi svakako bio da njegovi roditelji žive zajedno u harmoničnoj porodičnoj zajednici bez ozbiljnijih sukoba i potresa, ali to će još dugo ostati samo model idelane porodične zajednice i porodičnog života. Vrlo mali broj porodica, ako ih uopšte ima, uspevaju da dostignu takav ideal. Zbog toga napore (zakonske i ostale) treba usmeriti na zaštitu dobrobiti dece koja su pod roditeljskim staranjem i na pravično regulisanje posledica razvoda, sa čvrstim ohrabrvanjem međusobnog sporazua bračnih drugova o tim pitanjima.

*Olga Cvejić Jančić, Ph.D., Full Professor
Novi Sad School of Law*

Marriage and divorce between the past and the future

Abstract

When discussing the present-day status of marriage and divorce, it might be said that the once traditional, patriarchal family and marriage meant all to a person who, if without family (and particularly a woman without a husband), was stigmatized and considered less worthy - is nowadays not the same any more. The theory of human rights has been putting an emphasis on the individual, his or her personal improvement and affirmation rather than to the servility and to obsolete rules of the past. The social reality is that the space for personal freedom, aspirations, ambitions and endeavors of individuals is more ample and stimulating than before the Second World War, especially regarding the familial and social status of women and children. The traditional (patriarchal) marriage and family have lost their legal pre-eminence for determining personal status, whereas many other forms of „living together“ or cohabitation enjoy legal protection. This does not mean that marriage and family do not have any importance at all. On the contrary, for a large number of people marriage and family are very important, „sacred“ institutions. However, their forms have changed. Divorce law should be in accordance with the new social meanings of marriage and family. It is quite probable that future divorce regimes will not be more severe than in most of the modern world. One may expect that it will even be lightened so that the state would intervene mostly to contribute to the creation of such family, social and legal ambiances that the best interest of the child is safeguarded. Admittedly, the best interest of the child would be that his or her parents live together in harmonic relations without serious conflicts and disturbance, but it is bound to remain only as an ideal pattern of family life. A small number of families, if any, ever reach such an ideal. If that is so, the grounds for divorce and divorce proceedings should not be aggravated, because nobody could force the spouses to stay together if only one of them does not want it. Therefore, focus should instead be on the protection of the wellbeing of dependent children and on the fair adjustment of the consequences of divorce, with a firm encouragement of mutual agreements of spouses.

Key words: Marriage, divorce, irretrievable breakdown of marriage, divorce by consent, grounds for divorce, European and international conventions on marriage and divorce, comparative law on divorce.

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

ODNOS UPRAVE I SUDOVA¹

Sažetak: Sudstvo i uprava predstavljaju dve odvojene državne vlasti, sa odvojenom nadležnošću, bez mogućnosti uticaja jednih na druge u pogledu obavljanju osnovne delatnosti. Uprava ima određena ovlašćenja u okviru poslova koji se nazivaju pravosudnom upravom, dok sudovi mogu da kontrolišu zakonitost rada uprave. Najvažnija kontrola je ona koja se vrši u upravnom sporu, gde je predmet kontrole zakonitost konačnih upravnih akata.

Ključne reči: odnos uprave i sudova, položaj uprave, položaj suda, pravosudna uprava, kontrola uprave, sudska kontrola uprave.

1. Uvodne napomene

Organi uprave predstavljaju posebne državne organe koji su osnovani da vrše upravnu delatnost kao svoju osnovnu delatnost.² S druge strane, osnovna delatnost sudova je vršenje pravosudne funkcije. U tom smislu, već na osnovu ove razlike u osnovnoj delatnosti vidi se organi uprave i sudovi predstavljaju dve vrste potpuno odvojenih državnih organa.

¹ Ovaj rad je pripremljen kao autorov prilog u okviru projekta Ministarstva za nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije „Pravo Srbije u evropskoj perspektivi“ br. 149042

² Budući da se pojam organa uprave direktno vezuje za upravnu delatnost ili, kako se još u teoriji govori, na pojam upravne funkcije, potrebno je reći da se pod upravnom delatnošću (funkcijom) podrazumeva autoritativno istupanje u pojedinačnim situacijama koje se manifestuje kroz donošenje upravnih akata, izdavanje javnih isprava, vršenje upravnog nadzora i vršenje upravnih radnji. Sudska delatnost je takođe vršenje vlasti u pojedinačnim slučajevima, ali se ona izražava kroz donošenje sudske akata, kojima se razrešava neka sporna pravna situacija ili pretenzija.

Odvojenost sudskega organa in organa državne uprave ne znači da se izmed njih ne uspostavljaju nikakvi odnosi. Naprotiv, izmed njih se mogu uspostavljati određeni medusobni odnosi, ali je značajno da pri tem ne može doći do uticaja na obavljanje osnovne delatnosti.

Organi uprave i sudovi imajo potpuno odvojeno nadležnost i jedni drugima ne smeju zadirati u prava i obaveze. Ta odvojena nadležnost podrazumeva da svaki od ovih subjekata može da obavlja samo svoju osnovnu delatnost, a da ne može obavljati zadatke i poslove koji spadaju u nadležnost drugog organa. Osnovna delatnost sudova je vezana za obavljanje sudske funkcije, a organi uprave vrše upravnu delatnost. Štaviše, ukoliko bi i došlo do zadiranja uprave u sudsku nadležnost, to bi predstavljalo jednu od najtežih povreda zakonitosti, zbog koje bi takav akt bio ništav. Naime, u slučaju da organ uprave doneše rešenje u stvari koja spada u nadležnost suda, takvo rešenje je ništavo i može se u svako doba povući iz pravnog poretku, sa svim posledicama koje je do tada proizvelo.³ Sukobe nadležnosti izmedu organa uprave i sudova rešava Ustavni sud.

Zbog potpuno odvojene nadležnosti, izmedu organa uprave i sudova ne postoji obaveza pružanja pravne pomoći. Obaveza pružanja pravne pomoći postoji izmedu organa uprave medusobno, ako što postoji i izmedu sudova. Međutim, izmedu uprave i sudova to nije predviđeno kao pravilo. Razlog za nepostojanje obaveze pružanja pravne pomoći takođe je vezana za razlike u pogledu prirode osnovne delatnosti uprave i sudova. Izuzetak od ovog pravila o nepostojanju obaveze pružanja pravne pomoći izmedu sudova i uprave može postojati u onim situacijama kada je to izričito normirano. Naime, organi uprave od sudova mogu tražiti pravnu pomoć samo ako je to predviđeno posebnim propisima. Izuzetno se od sudova može tražiti dostavljanje spisa koji su neophodni za vođenje upravnog postupka, ali su oni dužni da ih dostave samo pod uslovom da se time ne ometa sudski postupak. To znači da je dostavljanje spisa doborovoljno, ne i obavezno i da zavisi od procene suda o uticaju dostavljanja spisa na normalno odvijanje sudskog postupka. Ako sud smatra da dostavljanje spisa organu uprave može da ometa postupak pred sudom, on će organu uprave uskratiti dostavljanje spisa.

Izmedu sudova i uprave postoji obaveza uzajamnog priznavanja akata. To znači da sudovi moraju priznavati upravne akte i, obrnuto, organi uprave moraju priznavati sudske akte. Do takve situacije, u kojoj može nastupiti obaveza uzajamnog priznavanja akata, dolazi kada se u upravnom ili sudskom postupku kao prethodno pitanje pojavi nešto o če-

³ Zakon o opštem upravnom postupku, „Službeni list SRJ”, broj 33 od 11. VII 1997, 31 od 27. VI 2001., član 257, stav 1, tačka 1.

mu je već odlučeno sudskim, odnosno upravnim aktom. Tada sud uzima kao rešeno ono što je odlučeno upravnim aktom i, obrnuto, organ uprave ono što je odlučeno sudskom presudom. Samo u jednom slučaju organ uprave nije vezan sudskom presudom kada se kao prethodno pitanje pojavi postojanje krivičnog dela i pitanje krivične odgovornosti određenog optuženog lica. To se odnosi na presude kojima je optuženi oslobođen krivice. Naime, prema Zakonu o opštem upravnom postupku, organ uprave je vezan samo onom presudom kojom je optuženi pravnosnažno proglašen krivim.⁴ To znači da se argumentom *a contrario* može zaključiti da vezanost ne postoji u odnosu na oslobađajuću presudu. Tada organ uprave može, nezavisno od presude, raspraviti u upravnom postupku i o nečijoj krivičnoj odgovornosti, s tim da je dejstvo takve odluke vezano samo za konkretni upravni postupak (npr. može se nečija odgovornost pojaviti kao bitna za odlučivanje o dozvoli za oružje nekog lica ili o oduzimanju izdate dozvole). U takvim slučajevima se odluka organa uprave o prethodnom pitanju unosi u obrazloženje rešenja, a ne u dispozitiv i ona nikada ne stiče pravnosnažnost.

2. Položaj uprave i sudova

Pod položajem državnih organa se podrazumeva mesto koje imaju u političkom sistemu, a ono je opredeljeno odnosima sa drugim državnim organima. Za označavanje položaja sudova i uprave se koriste termini: nezavisnost i samostalnost.

Sudovima se, ne samo u našoj zemlji, garantuje nezavisnost.⁵ No, u okviru Ustava iz 2006. godine je u ovom pogledu izvršena terminološka promena, tako da se govori ne samo o nezavisnosti, nego u pojedinim članovima i o samostalnosti sudova.⁶ Naime, pored načelne oznake za položaj sudske vlasti date u okviru načela Ustava („nezavisnost“), u ustavnim normama koje su posvećene sudovima, u načelima sudstva se predviđa da su sudovi „samostalni i nezavisni u svom radu i sude na osnovu Ustava, zakona i drugih opštih akata, kada je to predviđeno zakonom, opšteprihvaćenih pravila međunarodnog prava i potvrđenih međunarodnih ugovora“.⁷

⁴ Zakon o opštem upravnom postupku, član 134, stav 3.

⁵ Ustavom iz 2006. godine je nezavisnost sudstva formulisana kao nezavisnost sudske vlasti (član 4, stav 4), ali je posebno naglašena i nezavisnost sudija („Sudija je u vršenju sudske funkcije nezavisan i potčinjen samo Ustavu i zakonu. Svaki uticaj na sudiju u vršenju sudske funkcije je zabranjen – član 149).“

⁶ „Visoki savet sudstva je nezavisan i samostalan organ koji obezbeđuje i garantuje nezavisnost i samostalnost sudova i sudija“ (član 153, stav 1).

⁷ Ustav, član 142, stav 2.

Do sada je razlika u položaju sudova i uprave bila u tome što se sudovima garantovala nezavisnost, a upravi samostalnost. Ovakvim novim odredbama se unosi izvesna, potpuno nepotrebna, terminološka konfuzija. Nezavisnost je međunarodno ustaljena i prihvaćena oznaka za položaj sudova, koja podrazumeva da se na njih u obavljanju sudske funkcije ne može vršiti apsolutno nikakav uticaj. Termin „nezavisnost“ u svakom slučaju je širi od samostalnosti i u sebi obuhvata i samostalnost. Logički je nemoguće zamisliti nekoga ko je nezavisan, a nije samostalan. Obrnuto je, naravno, moguće. U tom smislu su i najnovije formulacije iz Ustava o nezavisnosti i samostalnosti sudova potpuno suvišne i nepotrebne. Za položaj sudova je dovoljno reći da sudovi uživaju nezavisnost.

S druge strane, oznaka za položaj organa uprave nikada i ni ujedno zemlji nije nezavisnost, već samostalnost.⁸ Prema Ustavu Republike Srbije, u okviru odredbi o položaju državne uprave, predviđeno je da je državna uprava „samostalna, vezana Ustavom i zakonom, a za svoj rad odgovorna je Vladi“.⁹ Uprava nikada nema takav položaj da se na nju ne može vršiti nikakav uticaj, kao što je to sa sudstvom. U tom smislu, samostalnost je jedno od osnovnih načela upravnog postupka. Načelo samostalnosti u rešavanju je posledica opšteg položaja uprave u našem političkom sistemu.

Opšti smisao samostalnosti podrazumeva, načelno posmatrano, pravno obezbeđenu mogućnost donošenja odluka bez ičijeg uticaja. Primijenjeno na upravni postupak, načelo samostalnosti znači da se organima uprave garantuje mogućnost donošenja rešenja bez ičijeg uticaja i ono, prema Zakonu o opštem upravnom postupku, obuhvata dva elementa. Garantuje se samostalnost organu uprave kao celini, a samostalnost se garantuje i konkretnom službenom licu u okviru jednog organa.

Najpre je predviđeno da organ samostalno vodi postupak i donosi rešenje u okviru ovlašćenja utvrđenog zakonom, odnosno drugim propisom.¹⁰ To znači da se organu kao celini obezbeđuje spoljna samostalnost u odnosu na druge subjekte (u odnosu na druge državne organe i nedržavne subjekte) i da na organ koji rešava niko ne može vršiti uticaj kako da vodi postupak i kakvo će rešenje doneti.

Drugo, predviđeno je da ovlašćeno službeno lice organa nadležnog za vođenje postupka samostalno utvrđuje činjenice i okolnosti i na podlo-

⁸ O razlici između nezavisnosti sudova i samostalnosti uprave detaljnije D. Milkov, „Samostalnost uprave i nezavisnost sudova“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, broj 1/1981.

⁹ Ustav, član 136, stav 1.

¹⁰ Zakon o opštem upravnom postupku, član 11, stav 1.

zi utvrđenih činjenica i okolnosti primenjuje propise na konkretnan slučaj.¹¹ Ovo podrazumeva da se pored spoljne samostalnosti organa, samostalnost garantuje i konkretnom službenom licu u okviru jednog organa. Na njega, takođe, niko ne može da vrši uticaj, kako izvan organa, tako ni unutar samog organa.

Povreda načela samostalnosti predstavlja bitnu povredu pravila upravnog postupka, zbog koje se protiv takvog akta mogu koristiti odgovarajuća pravna sredstva, a ako bi rešenje bilo doneto kao posledica prinude, ucene, pritiska (što predstavlja najgrublji vid povrede samostalnosti), moglo bi se poništiti po osnovu službenog nadzora. Naime, jedan od razloga za upotrebu vanrednog pravnog sredstva „poništavanje i ukinjanje po osnovu službenog nadzora“, odnosi se na situaciju kada je rešenje doneto kao posledica prinude, iznude, ucene, pritiska ili druge nedozvoljene radnje.¹²

Međutim, za razliku od sudova, na upravu se može vršiti uticaj na opšti način. Nezavisnost sudova je šira od samostalnosti uprave, jer na sudove ne može da se utiče ni na opšti način, dok to nije slučaj sa upravom. Takav uticaj na upravu kao celinu može da vrši Vlada. Vlada je nadležna da usmerava i usklađuje rad ministarstava i posebnih organizacija. U tom smislu, Vlada *zaključcima* usmerava organe državne uprave u sprovođenju politike i izvršavanju zakona i drugih opštih akata, usklađuje njihov rad i ministarstvima i posebnim organizacijama određuje rokove za donošenje propisa ako nisu određeni zakonom ili opštim aktom Vlade.¹³ Pored toga, Vlada može zaključkom naložiti organu državne uprave da prouči neko pitanje ili preduzme neki posao i da joj o tome pripremi poseban izveštaj. S druge strane, organi uprave su ovlašćeni da od Vlade traže zauzimanje načelnih stavova o određenim pitanjima, a Vlada je dužna da na zahtev organa državne uprave zaključkom zauzme stav o pitanju iz njegovog delokruga.¹⁴ Ovakvi odnosi između sudova i vlade su nezamislivi. Na sudove se ne može vršiti nikakav uticaj.

Vlada ima posebna ovlašćenja radi usmeravanja i koordiniranja rada više različitih ministarstava u obavljanju pojedinih aktivnosti. Naime, Vlada može da osniva koordinaciona tela radi usmeravanja pojedinih poslova iz delokruga više organa državne uprave. Pri tome, Vlada određuje i

¹¹ Isto, stav 2.

¹² Zakon o opštem upravnom postupku, član 253, stav 1, tačka 5.

¹³ Zakon o državnoj upravi, „Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 79/2005 i 101/2007., član 61, stav 1.

¹⁴ Isto, stav 2.

zadatke koordinacionog tela, rukovođenje koordinacionim telom i sva druga pitanja vezana za rad koordinacionog tela.¹⁵

Vlada ima ovlašćenje i da nadzire rad organa državne uprave i to kako zakonitost opštih pravnih akata uprave (podzakonskih propisa), tako i zakonitost upravnih akata. U slučaju da su propisi uprave u suprotnosti sa zakonom ili njenim propisom Vlada može da ih poništi ili ukine. U odnosu na upravne akte, Vlada je ovlašćena da upotrebljavi „poništavanje i ukidanje po osnovu službenog nadzora“. Vlada ima generalno ovlašćenje da upotrebi ovo pravno sredstvo kada nema drugostepenog organa uprave, a to je slučaj sa upravnim aktima republičkih ministarstava i drugih samostalnih organa državne uprave. U odnosu na njih nema višeg organa uprave.

Pored toga, unutar sistema uprave postoji mogućnost da centralni organi državne uprave vrše uticaj na organe pokrajinske uprave i organe lokalne samouprave kada su im povereni poslovi državne uprave. Oni mogu da zahtevaju izveštaje i podatke o radu, da utvrde stanje izvršavanja poslova, upozore na uočene nepravilnosti i odrede mere i rok za njihovo otklanjanje. Isto tako centralni organ je ovlašćen da izdaje instrukcije, da naloži preduzimanje posla koji smatra potrebnim, da pokrene postupak za utvrđivanje odgovornosti, kao i da neposredno izvrši neki posao ako oceni da se drukčije ne može izvršiti zakon ili drugi opšti akt.

3. Međusobni odnosi uprave i sudova

Odnosi između organa uprave i sudova se mogu posmatrati, s jedne strane, kao odnosi ravnopravnih subjekata, koji uspostavljaju odnose u onim sferama i u onim slučajevima u kojima za to imaju međusobno izražen interes. Tada govorimo da se između njih mogu uspostavljati odnosi saradnje, uzajamnog obaveštavanja, razmene podataka i sl. S druge strane, između ove dve vrste državnih organa se uspostavljaju i određeni odnosi koji ne počivaju na principu dobrovoljnosti, već su posebno uredeni pravnim propisima.

Posebni odnosi, regulisani pravnim propisima, između organa uprave i sudova uspostavljaju se u dve oblasti. S jedne strane, postoje odnosi u kojima su organi uprave, uslovno rečeno, „aktivni“, a sudovi „pasivni“ subjekti.¹⁶ To je oblast pravosudne uprave. S druge strane, postoje obrnuti odnosi, a to je oblast sudske kontrole uprave.

¹⁵ Isto, član 62.

¹⁶ Termine „aktivni“ i „pasivni“ subjekti ne treba doslovno i suviše usko shvatiti. Reč je samo o tome da u nekim slučajevima za organe državne uprave iz pravnih propisa

3.1 *Pravosudna uprava*

Sudovi obavljaju sudsку funkciju, kao svoju osnovnu funkciju. Međutim, da bi se obezbedilo nesmetano obavljanje sudske funkcije, mora se vršiti čitav niz različitih unutrašnje organizacionih poslova, kao što se o tome staraju i određeni organi uprave. Prva grupa poslova, koji su povezani sa unutrašnjim organizacionim poslovima, naziva se poslovima sudske uprave, a druga, koja se tiče ovlašćenja organa uprave prema sudovima, naziva se pravosudnom upravom.

Pod *sudskom upravom* se podrazumevaju svi poslovi koji se obavljaju u okviru sudova, a koji se sastoje u obezbeđivanju uslova za rad i poslovanje suda.

U Zakonu o uređenju sudova predviđeno je da se pod poslovima sudske uprave smatraju poslovi koji služe vršenju sudske vlasti, pre svega: uređivanje unutrašnjeg poslovanja u суду; pozivanje i raspoređivanje sudske poslove; vezani za stalne sudske veštakve i tumačevanje; razmatranje pritužbi i predstavki; vođenje statistika i izrada izveštaja; izvršenje krivičnih i prekršajnih sankcija; finansijsko i materijalno poslovanje suda i overa isprava namenjenih upotrebi u inostranstvu.¹⁷

Poslovi sudske uprave se bliže uređuju Sudskim poslovnikom, koji donosi ministar nadležan za poslove pravosuđa (po starom Zakonu uz saglasnost predsednika Vrhovnog suda, a po novom će biti od 1. januara 2010. godine uz prethodno pribavljeni mišljenje predsednika Vrhovnog kasacionog suda).

Poslove sudske uprave obavlja predsednik suda. On obezbeđuje zakonitost, red i tačnost u sudu, nalaže otklanjanje nepravilnosti i sprečava odugovlačenje u radu, određuje branioce po službenoj dužnosti po azbučnom redu sa liste advokata koje dostavlja advokatska komora, stara se o održavanju nezavisnosti sudske poslove određene zakonom i Sudskim poslovnikom.

proizlaze određena ovlašćenja prema sudovima. Tada govorimo o tome da je uprava u ovakvim odnosima aktivna subjekat. S druge strane, uprava je pasivna u onim situacijama kada sudovi kontrolišu njen rad.

¹⁷ Do 31. decembra 2010. godine formalno-pravno se primenjuje Zakon o uređenju sudova čiji je početni tekst iz 2001. godine sa izmenama i dopunama („Službeni glasnik Republike Srbije“, br. 63/2001, 42/2002, 27/2003, 29/2004, 101/2005, 46/2006). S druge strane, decembra 2008. godine je donet novi Zakon o uređenju sudova („Službeni glasnik Republike Srbije“ broj 116 od 22. decembra 2008. godine), ali će se ovaj propis primenjivati od 1. januara 2010. godine. Budući da su norme koje se tiču odnosa uprave i sudova veoma slične, a da se bliži primena novog Zakona, ovde će biti prikazana rešenja predviđena u novom Zakonu.

Pravosudna uprava predstavlja aktivnost organa uprave koja se sastoji u organizovanju i praćenju rada sudova. Pod poslovima pravosudne uprave se podrazumeva staranje o sprovođenju zakona i drugih propisa u vezi sa uređenjem i radom sudova.

Poslove pravosudne uprave obavlja ministarstvo nadležno za poslove pravosuđa, a po novom Zakonu će jedan deo poslova pravosudne uprave obavljati i Visoki savet sudstva (utvrđivanje opštih smernica za unutrašnje uređenje sudova; vođenje ličnih listova sudija; sudija porotnika i sudskog osoblja; predlaganje dela budžeta za rad sudova za tekuće rashode i raspodela ovih sredstava; vršenje nadzora nad namenskim korišćenjem budžetskih sredstava i vršenje nadzora nad finansijskim i materijalnim poslovanjem sudova).

Poslovi koje će obavljati samo ministarstvo nadležno za pravosuđe (do 1. januara 2010. godine sve poslove pravosudne uprave obavlja Ministarstvo) su sledeći: „praćenje rada sudova; prikupljanje statističkih i drugih podataka; davanje saglasnosti na pravilnik o unutrašnjoj organizaciji i sistematizaciji radnih mesta u sudu; nadzor nad postupanjem u predmetima u propisanim rokovima i postupanjem po pritužbama i predstavkama; predlaganje dela budžeta za investicije, projekte i druge programe za rad pravosudnih organa; staranje o smeštajnim uslovima, opremanju i obezbeđenju sudova; nadzor nad finansijskim i materijalnim poslovanjem sudova i Visokog saveta sudstva; uređenje i razvoj pravosudnog informacionog sistema; uređenje, razvoj i održavanje baze pravnih propisa; razvoj i sprovođenje kapitalnih projekata i drugih programa za pravosudne organe; postavljanje i razrešenje sudskih veštaka i tumaća“.¹⁸

U okviru sudskog poslovnika, koje donosi ministarstvo nadležno za pravosuđe, propisuju se unutrašnje uređenje i rad suda, pre svega: uređenje i rad odeljenja i ostalih unutrašnjih jedinica suda; rad zajedničke sednice odeljenja i sednice svih sudija; obaveštavanje javnosti o radu sudova; vođenje postupka i dostavljanje odluka na jezicima nacionalnih manjina; pružanje pravne pomoći i održavanje sudskih dana; pružanje međunarodne pravne pomoći; evidentiranje, pozivanje i rasporedivanje sudija porotnika; određivanje obaveze predsednika suda pri dostavljanju podataka potrebnih za vođenje ličnih listova; pripravnička praksa; postupanje sudskog osoblja sa strankama; vođenje upisnika i pomoćnih knjiga; postupanje sa spisima; postupanje po predstavkama i pritužbama; vođenje statistika i izrada izveštaja o radu; naplata novčanih kazni, troškova kričnog postupka i oduzete imovinske koristi; postupanje sa sudskim de-

¹⁸ Zakon o uredenju sudova, „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 116/2008., član 70, stav 3.

pozitima; uvođenje zajedničkih službi u mestima s više sudova i drugih pravosudnih organa; odevanje sudske poslovne funkcije, stranaka, drugih učesnika u sudskom postupku i svih koji svoje poslove obavljaju u sudu, kao i druga pitanja uređenja i rada suda.¹⁹

Sudovi su dužni da primenjuju odredbe sudske poslovne funkcije, a nadzor nad primenom vrši ministarstvo nadležno za poslove pravosuđa. Ako se utvrdi da postoji povreda sudske poslovne funkcije, o tome se sastavlja zapisnik koji se dostavlja predsedniku suda u kojem je vršen nadzor, predsedniku neposredno višeg suda i ministru nadležnom za poslove pravosuđa pravde, a po novom Zakonu i predsedniku Vrhovnog kасационog suda.

Poslovi pravosudne uprave se nikada ne mogu odnositi na samo vršenje pravosudne funkcije (na presuđivanje), već jedino na obezbeđivanje uslova za njeno nesmetano obavljanje. Izričito je propisano da Ministarstva pravde i lokalne samouprave u vršenju nadzora ne smeju preuzimati radnje kojima se utiče na odlučivanje suda u pojedinim sudske poslovne funkcije. Svaki pojedinačni akt pravosudne uprave, kojim se dira u samostalnost i nezavisnost suda i sudija je ništav, a to utvrđuje sud nadležan za vodenje upravnih sporova.²⁰ To bi predstavljalo povredu načela nezavisnosti sudova.

3.2 Sudska kontrola uprave

Za razliku od uprave, koja se nikada ne može mešati u obavljanje osnovne delatnosti sudova, u pravosudnu funkciju, sudovi imaju mogućnost da kontrolišu vršenje upravne delatnosti, odnosno da kontrolišu zakonitost upravnih akata i upravnih radnji. Sudovi su ovlašćeni da kontrolišu zakonitost konačnih upravnih akata i oni tu kontrolu vrše u jednom posebnom sudskom postupku koji se zove upravni spor. Odluke sudova u upravnim stvarima su definitivne i u takvim stvarima se više ne mogu donositi novi upravni akti sa drugačijom sadržinom. Tek nakon što sud odluči o zakonitosti i doneće svoju presudu, upravni akti stižu svojstvo pravnosnažnosti.

Pored toga, posmatrano u širem smislu, upravu mogu da kontrolišu i drugi sudovi, u drugim pravnim postupcima, pri čemu ova kontrola nije tipična samo za upravu, kao što njen predmet nije sama upravna delatnost. U pitanju je kontrola koju vrše sudovi opšte nadležnosti i Ustavni sud.

¹⁹ Isto, član 74.

²⁰ Isto, član 71.

Sudovi opšte nadležnosti rešavaju o krivičnoj odgovornosti službenih lica organa uprave, za dela učinjena u vršenju službene dužnosti, kao i o odgovornosti za štetu učinjenu pojedincima ili pravnim licima. Međutim, ni prvi ni drugi vid kontrole koju sudovi u ovim slučajevima vrše nije specifičan samo za upravu. Naime, sudovi su inače nadležni da odlučuju o krivičnoj odgovornosti svih izvršilaca krivičnih dela, pa tako i službenih lica organa uprave. Jedino u čemu može postojati razlika, tiče se mogućnosti za kvalifikovanu krivičnu odgovornost, ukoliko je delo izvršeno kao zloupotreba službenog položaja. Isto tako, i o materijalnoj odgovornosti sudovi inače odlučuju, ali je ovde reč o materijalnoj odgovornosti za štetu koja je prouzrokovana nekim upravnim aktom ili upravnom radnjom. Pri tome, kada je u pitanju materijalna odgovornost uprave, onda postoji i objektivna odgovornost za štetu koju uprava nije izazvala svojom delatnošću.

Predmet kontrole koju vrši Ustavni sud je ustavnost i zakonitost opštih pravnih akata uprave (propisa). Ustavni sud inače kontroliše ustavnost i zakonitost svih opštih pravnih akata, pa tako može da kontroliše i podzakonske propise koje donose organi uprave.

Pored toga, Ustavni sud rešava i u postupku po ustavnoj žalbi. Ustavna žalba se može izjaviti protiv pojedinačnog akta ili radnje državnog organa ili organizacije kojoj je povereno javno ovlašćenje, a kojima se povređuju ili uskraćuju ljudska ili manjinska prava i slobode zajemčene Ustavom, ako su iscrpljena ili nisu predviđena druga pravna sredstva ili je zakonom isključeno pravo na njihovu sudsку zaštitu.²¹

UMESTO ZAKLJUČKA

Organji državne uprave i sudovi su načelno odvojeni organi, koji se jedni drugima ne mogu mešati u obavljanje osnovne delatnosti. Pri tome, ova ocena u potpunosti i bez izuzetka važi za ovlašćenja uprave prema sudovima. Jedina ovlašćenja koja uprava ima u odnosu sudove, vezana su za unutrašnja pitanja koja se odnose na staranje o sprovođenju zakona i drugih propisa u vezi sa uređenjem i radom sudova. To su zadaci i poslovi koji se nazivaju pravosudnom upravom, a u okviru kojih nadležno ministarstvo nikada ne može da utiče na obavljanje osnovne delatnosti suda – sudske funkcije.

²¹ Zakon o Ustavnom суду, „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 109 od 28. novembra 2007. godine, član 82, stav 1.

S druge strane, sudovi imaju pravo da kontrolišu zakonitost obavljanja osnovne delatnosti uprave, zakonitost konačnih upravnih akata. No, samostalnost uprave ne podrazumeva njenu slobodu da donosi nezakonite upravne akte, niti se kontrola zakonitosti može smatrati uticajem. Ako se i može reći da postoji neki uticaj, onda je to uticaj na upravu da radi zakonito. Pored toga, sudovi još odlučuju i o krivičnoj i materijalnoj odgovornosti službenih lica organa uprave, a Ustavni sud kontroliše ustavnost i zakonitost opštih pravnih akata uprave i odlučuje po ustavnoj žalbi.

REZIME

Organji državne uprave i sudovi predstavljaju dve vrste državnih organa koji su potpuno odvojeni i jedni drugima ne mogu za zadiru u obavljanje osnovne delatnosti. Između njih se uspostavljaju, s jedne strane, na dobrovoljnoj osnovi odnosi saradnje, uzajamnog obaveštavanja, razmene podataka i sl. S druge strane, između ovih subjekata se ponekad uspostavljaju i odnosi koji su uredeni pravnim propisima.

Posebni odnosi, regulisani pravnim propisima, između organa uprave i sudova uspostavljaju se u dve oblasti. S jedne strane, to je oblast pravosudne uprave, a s druge strane je oblast sudske kontrole uprave. U prvom slučaju uprava ima određena ovlašćenja prema sudovima, a u drugom sud proverava rad uprave.

U okviru poslova pravosudne uprave ministarstvo nadležno za poslove pravosuđa se stara o sprovodenju zakona i drugih propisa u vezi sa uređenjem i radom sudova. To isključuje bilo kakvu mogućnost mešanja u osnovnu delatnost sudova – sudska funkciju. S druge strane, sudovi mogu kontrolišu zakonitost konačnih upravnih akata i oni tu kontrolu vrše u jednom posebnom sudsakom postupku koji se zove upravni spor. Pored toga, upravu mogu da kontrolišu i sudovi koji odlučuju o krivičnoj odgovornosti službenih lica uprave, kao i sudovi koji odlučuju o naknadi štete izazvane nezakonitim ili nepravilnim radom uprave. Konačno, državnu upravu može da kontroliše i Ustavni sud i to kako u pogledu zakonitosti opštih pravnih akata uprave – podzakonskih propisa, tako i kada je u pitanju ustavna žalba protiv pojedinačnog akta ili radnje uprave.

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

Relation Between Administration And Courts

Abstract

Bodies of state administration and courts are two kinds of separate and independent government bodies that cannot interfere into each other's scope of work. However, on one side, these two bodies are voluntarily establishing ties of cooperation and exchange of information and data. On the other side, the relationship between these two entities is governed by legal regulations.

Particular relations between administration and courts that are governed by legal regulations are established in two areas, i.e. in the sphere of jurisdictional administration and in the sphere where administration is controlled by the court. In the first instance, the administration has certain authority over the courts and in the latter, the courts exercise control over administration. Within the scope of work of jurisdictional administration, the ministry in charge of implementation of justice follows the observance of laws and other acts related to organization and functioning of courts. This, however, excludes any interference in the main function of courts – the judicial function. On the other hand, courts can control the legality of final acts of administration through the procedure called a judicial review. In addition, the administration can be controlled by courts judging the criminal accountability of administration officials, as well as by those courts which bring decisions on the issue of reimbursement for damages caused by illegal or irregular acts performed by the administration. Finally, state administration can be controlled by the Constitutional court with respect to the legality of general legal documents brought by the administration – by-laws, as well as in case of constitutional complaints against any particular act or action by the administration.

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

RADNOPRAVNI STANDARDI U VEZI KOLEKTIVNOG PREGOVARANJA¹

Sažetak: Radnopravni standardi u vezi kolektivnog pregovaranja sadržani su u međunarodnom pravu i unutrašnjem pravu Srbije. U radu su izložena najvažnija pravila po kojima se ostvaruje pravo na kolektivno pregovaranje zaposlenih i poslodavaca, zaključivanje kolektivnih ugovora o radu i rešavanje kolektivnih radnih sporova u vezi sa tim. Kritička analiza pojedinih pravila je izvedena na osnovu uopređivanja rešenja sadržanih u odgovarajućim međunarodnim i domaćim pravnim izvorima. Osnovni zaključak je da je unutrašnje pravo Srbije u dobroj meri prilagođeno međunarodnim radnopravnim standardima, ali uz ukazivanje na postojanje potrebe (kod odgovarajućih pitanja) dalje dogradnje naših propisa.

Ključne reči: Kolektivno pregovaranje, kolektivni ugovori o radu, kolektivni radni sporovi, rešavanje sporova, mirenje, arbitraža, štrajk, lok aut.

1. Pravo na kolektivno pregovaranje i zaključivanje kolektivnih ugovora o radu je kolektivno pravo, koje se ostvaruje u funkciji zaštite kolektivnih interesa zaposlenih i poslodavaca. Subjekti tog kolektivnog prava su, po pravilu, reprezentativni predstavnici zaposlenih (sindikati) i reprezentativni predstavnici poslodavaca (udruženja poslodavaca).

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

Kolektivno pregovaranje je proces u kome reprezentativni sindikat i reprezentativno udruženje poslodavaca zastupajući interes svog članstva, uz odgovarajuću argumentaciju ali i toleranciju i spremnost na poštušanje i nagodbu, pokušavaju u dobroj veri (*bona fides*) da utvrde sadržaj, postignu saglasnost volja u vezi sadržaja i potpišu (zaključe) kolektivni ugovor.

Sa gledišta međunarodnog radnog prava, obično se uzima **definicija kolektivnog ugovora** koju sadrži Preporuka br.91 MOR-a iz 1951. godine, a po kojoj je kolektivni ugovor «*pismeni sporazum koji se odnosi na uslove rada i zaposlenja između, s jedne strane, poslodavca, grupe poslodavaca ili jedne ili više organizacije poslodavaca, i sa druge strane jedne ili više reprezentativnih organizacija radnika, ili (u odustvu takvih organizacija) predstavnika zainteresovanih radnika, pravovaljano izabranih i opunomoćenih od strane ovih poslednjih, saobrazno nacionalnim propisima*».

Pozitivno pravo Srbije ne definiše kolektivne ugovore o radu. Međutim, u pravu Srbije (u Zakon o radu) kolektivni ugovor se tretira kao autonomni pisani opšti akt kojim se, u skladu sa zakonom i drugim propisima, uređuju pitanja u vezi položaja zaposlenih i poslodavaca u radnom odnosu i povodom rada, kao i međusobna prava i obaveze potpisnika kolektivnog ugovora.

2. Predmet kolektivnog ugovora je opredeljen, u principu, odnosom snaga radničkih i poslodavačkih organizacija. Od jačine i organizovanosti jednih i drugih zavisi koja pitanja će se uključiti u dnevni red pregovaranja i u sadržinu kolektivnog ugovora. Prema izveštajima MOR-a², glavna pitanja na kojima se već tradicionalno prelamaju interesi zaposlenih i poslodavaca u Evropi su: ekonomski razvoj i nezaposlenost, zarade, raspored, korišćenje radnog vremena i odmori, zaštita na radu, korišćenje kapaciteta i viškovi zaposlenih itd. U suštini, učesnici kolektivnog pregovaranja su slobodni pri određivanju predmeta i sadržine kolektivnog ugovora. Međutim, može se ugovoriti samo ono što je u skladu sa zakonom i dobrom običajima.

U pravu Srbije, okvirno su određeni predmet i sadržina kolektivnog ugovora i precizno definisan odnos kolektivnog ugovora prema zakonu i međusobni odnos pojedinih vrsta kolektivnih ugovora.

Prema čl.240. Zakona o radu, kolektivnim ugovorom, u skladu sa zakonom i drugim propisima, uređuju se prava, obaveze i odgovornosti iz

² Social and Labour Bullten, br.1/1987, ILO, Geneva.

radnog odnosa, postupak izmena i dopuna kolektivnog ugovora, međusobni odnosi učesnika kolektivnog ugovora i druga pitanja od značaja za zaposlene i poslodavce. Dakle, u okviru predmeta kolektivnog ugovora mogu se razlikovati dva dela: **(a) normativni deo;** i **(b) obligacioni deo.** Normativni deo se odnosi na prava, obaveze i odgovornosti iz radnog odnosa, i on deluje kao norma – *erga omnes* na nivou na kome je zaključen kolektivni ugovor. Obligacioni deo odnosi se na pitanja, odnosno prava i obaveze u vezi važenja i otkazivanja kolektivnog ugovora, postupka izmena i dopuna kolektivnog ugovora, međusobnog odnosa učesnika kolektivnog ugovora, i on deluje – *inter partes*, kao i svaki obligacioni akt, tj. obavezuje samo potpisnike kolektivnog ugovora.

3. Odnos između kolektivnog ugovora i zakona je zasnovan na principu *favor labore*, tj. kolektivnim ugovorom mogu da se utvrde veća prava i povoljniji uslovi rada od prava i uslova utvrđenih zakonom, kao i druga prava koja nisu utvrđena zakonom (osim ako takva prava ne dopušta zakon). Ukoliko kolektivni ugovor sadrži manja prava i nepovoljnije uslove rada u odnosu na zakon, neće se primenjivati taj ugovor već zakon.

Odnos između pojedinih vrsta kolektivnih ugovora (različitih po pravnoj snazi), takođe je zasnovan na principu *favor labore*. Opšti kolektivni ugovor ima najjaču pravnu snagu i važi za sve zaposlene i sve poslodavce na čitavoj teritoriji Republike. Svi ostali kolektivni ugovori moraju biti u skladu sa opštim kolektivnim ugovorom. Naime, posebnim kolektivnim ugovorom ne mogu se utvrditi manja prava i nepovoljniji uslovi rada zaposlenih od prava i uslova utvrđenih opštim kolektivnim ugovorom koji obavezuje poslodavce koji su članovi udruženja poslodavaca koje zaključuje taj posebni kolektivni ugovor. Kolektivnim ugovorom na nivou poslodavca ne mogu se utvrditi manja prava i nepovoljniji uslovi rada zaposlenima od prava i uslova utvrđenih opštim, odnosno posebnim kolektivnim ugovorom koji obavezuje tog poslodavca. Dakle, obim i kvalitet prava i uslova rada zaposlenih, sadržanih u pojedinim vrstama kolektivnih ugovora, obrnuto je proporcionalan hijerarhijskim pozicijama koje te vrste zauzimaju u sistemu kolektivnih ugovora (najnepovoljniji je opšti kolektivni ugovor, a najpovoljniji je kolektivni ugovor na nivou poslodavca). Ukoliko su kolektivnim ugovorom niže pravne snage utvrđena manja prava i nepovoljniji uslovi rada, u odnosu na kolektivni ugovor više pravne snage – primenjuje se kolektivni ugovor zaključen na višem nivou.

4. U pravu i praksi Srbije postoje sledeće vrste kolektivnih ugovora: **(a) opšti kolektivni ugovor;** **(b) posebni kolektivni ugovori;** i **(c) kolektivni ugovor kod poslodavca.**

Opšti kolektivni ugovor zaključuje se za teritoriju republike Srbije.

Posebni kolektivni ugovori zaključuju se: (a) za određenu granu, grupu, podgrupu ili delatnost, na nivou Republike; (b) za određenu teritoriju u okviru teritorijalne autonomije ili lokalne samouprave, za sve grane i delatnosti koje na toj teritoriji postoje; (c) za pojedine grupe lica (umetnici, sportisti, treneri itd.), na različitim teritorijalnim nivoima; i (d) za javna preduzeća i javne službe.

Kolektivni ugovor kod poslodavca zaključuje se na nivou poslodavca kao pravnog ili fizičkog lica (preduzetnika) koje ima zaposlene.

5. Učesnici u zaključivanju kolektivnih ugovora su reprezentativni sindikat zaposlenih i reprezentativno udruženje poslodavaca, na određenoj teritoriji, odnosno u određenoj oblasti rada, zavisno od vrste kolektivnog ugovora. Kada je u pitanju kolektivni ugovor kod poslodavca, u zaključivanju tog kolektivnog ugovora učestvuju reprezentativni sindikat kod tog poslodavca i sam poslodavac.

6. Sporazum o udruživanju radi ispunjenja uslova reprezentativnosti zaključuje se u slučaju kada nijedan od sindikata, odnosno nijedno od udruženja poslodavaca, zasebno ne ispunjava uslove reprezentativnosti. Svrha zaključivanja ovog sporazuma je da se putem udruživanja zajednički obezbede uslovi reprezentativnosti, kako bi se moglo učestvovati u pregovaranju i zaključivanju kolektivnog ugovora. Sporazum je «strog namenski» (ispunjene uslove reprezentativnosti), i ne tiče se pitanja statusa i pravnog subjektiviteta onih koji se udružuju.

7. Vodenje pregovora u postupku zaključivanja kolektivnog ugovora je proces u kome se istovremeno ostvaruju i *dužnost i pravo* učesnika tog procesa da sporazumno uredi interes koje zastupaju. Prema Zakonu o radu (čl.254. stav 1.) učesnici u zaključivanju kolektivnog ugovora *dužni su* da pregovaraju. Ali to ne znači da su dužni da zaključe kolektivni ugovor. Kolektivni ugovor, kao i svaki drugi ugovor, podrazumeva saglasnost volja u pogledu predmeta ugovora. Dakle, učesnici kolektivnog pregovaranja dužni su da započnu proces pregovaranja, u kome će ili ostvariti svoje pravo da sporazumno uredi interes koje zastupaju (ako zaključe kolektivni ugovor), ili to pravo neće ostvariti ako izostane saglasnost volja u pogledu predmeta pregovaranja.

Ako u zaključivanju kolektivnog ugovora: (a) učestvuje više reprezentativnih sindikata ili reprezentativnih udruženja poslodavaca; (b) odnosno ako učestvuje više sindikata ili udruženja poslodavaca koji su zaključili sporazum o udruživanju, obrazuje se *odbor za pregovore*. Članove odbora određuju sindikati, odnosno udruženja poslodavaca, sra-

zmersko broju članova (sindikati, odnosno udruženja poslodavaca sa većim brojem članova imaju veću zastupljenost u odboru).

Ako u zaključivanju kolektivnog ugovora učestvuje jedan reprezentativni sindikat i jedno reprezentativno udruženje poslodavaca, pregovore vode predstavnici sindikata i udruženja poslodavaca. Predstavnici koji učestvuju u pregovorima za zaključivanje kolektivnog ugovora moraju imati ovlašćenje svojih organa (nadležnog organa sindikata, odnosno udruženja poslodavaca).

U postupku pregovaranja radi zaključivanja kolektivnog ugovora kod poslodavca, reprezentativni sindikat je *dužan da sarađuje* sa sindikatom koji nije reprezentativan, ali pod uslovom da je u taj sindikat učlanjeno najmanje 10% zaposlenih kod poslodavca, radi izražavanja interesa zaposlenih koji su učlanjeni u taj sindikat. Takva saradnja nije predviđena kod zaključivanja kolektivnih ugovora na višim nivoima.

8. Rešavanje spornih pitanja u toku kolektivnog pregovaranja (interesni kolektivni radni sporovi), regulisano je sa više propisa (Zakon o radu, Zakon o parničnom postupku, Zakon o mirnom rešavanju radnih sporova).

Prema **Zakonu o radu** (čl.254. stav 2.), ako se u toku pregovora ne postigne saglasnost za zaključivanje kolektivnog ugovora u roku od 45 dana od dana započinjanja pregovora, učesnici mogu da obrazuju arbitražu za rešavanje spornih pitanja (spor povodom regulisanja interesa – *interesni kolektivni radni spor*). Taj isti spor i način njegovog rešavanja je moguć i u postupku izmena i dopuna postojećeg kolektivnog ugovora, jer i u ovom slučaju se radi o sukobu interesa u toku pregovaranja za zaključivanje aneksa kolektivnog ugovora.

U svakom slučaju, **arbitraža povodom zaključivanja kolektivnog ugovora** je deo filozofije kolektivnog pregovaranja. Zato, sastav, način rada i dejstvo odluke arbitraže učesnici kolektivnog pregovaranja uređuju sporazumno (posebni pismeni sporazum koji se zaključuje na početku pregovaranja, ili nakon nastalog spora). Takođe, preporučljivo je da se u svaki kolektivni ugovor unesu i odredbe koje govore o rešavanju sporova koji mogu nastati u vezi sa eventualnim izmenama i dopunama tog ugovora.

Rok za donošenje odluke ne može biti duži od 15 dana od dana obrazovanja arbitraže.

Pored toga, prema čl.265. stav 3. Zakona o radu, *učesnici u zaključivanju kolektivnog ugovora* mogu pred nadležnim **sudom** da ostvare zaštitu prava utvrđenih kolektivnim ugovorom. Ova odredba Zakona o radu je «*neuobičajena*» iz dva razloga. Prvo, sudska zaštita je svojstvena sporovima povodom primene, tumačenja postojećeg prava, tj sporovima koji

nastaju kod primene kolektivnih ugovora (*pravni kolektivni radni sporovi*), a nije svojstvena *interesnim sporovima* tj. sporovima koji se javljaju prilikom zaključivanja kolektivnih ugovora – prilikom stvaranja prava (sud ne stvara, već tumači i primenjuje pravo). Sudska odluka obavezuje strane u sporu, što znači da će sudska odluka, koja se mora izjasniti i o sadržini pravne norme koja je bila sporna, postati sastavni deo kolektivnog ugovora koji se zaključuje. To odudara od pravila da sadržinu kolektivnog ugovora određuju sporazumno učesnici kolektivnog pregovaranja. *Drugo*, sama odredba Zakona o radu nije dovoljno jasna, jer govori o sudskoj zaštiti *prava utvrđenih kolektivnim ugovorom*, što znači da se ovdje ipak radi o pravnom sporu. Ako se radi o pravnom sporu, onda se ne može govoriti o učesnicima u zaključivanju kolektivnom ugovoru već o potpisnicima kolektivnog ugovora. Međutim, možda je zakonodavac ovde mislio na spor među učesnicima u zaključivanju kolektivnog ugovora povodom dalje razrade već stečenih prava iz nekog zaključenog kolektivnog ugovora koji obavezuje te učesnike. U svakom slučaju, ovu odredbu Zakona o radu treba jasnije formulisati.

Rešavanje interesnih kolektivnih radnih sporova pred sudom je retkost. U tim sporovima se primenjuju pravila postupka u parnicama povodom kolektivnih ugovora iz **Zakona o parničnom postupku**. Prema ovom Zakonu (čl. 441.), u postupku u parnicama povodom kolektivnih ugovora učesnici u zaključivanju kolektivnog ugovora ostvaruju zaštitu prava utvrđenih kolektivnim ugovorom kad nastane spor u postupku zaključivanja, odnosno izmena i dopuna kolektivnog ugovora, ukoliko spor nije rešen mirnim putem ili putem arbitraže koju su obrazovali učesnici kolektivnog ugovora u skladu sa odredbama posebnog zakona. U ovim sporovima jedna od strana je uvek reprezentativni sindikat, jer se on javlja kao učesnik kolektivnog pregovaranja kod svih vrsta kolektivnih ugovora. Naravno, i učešće reprezentativnog udruženja poslodavaca je neophodno, ali povodom onih sporova koji se javljaju prilikom zaključivanja kolektivnih ugovora gde je to udruženje učesnik (nije učesnik kod zaključivanja kolektivnog ugovora na nivou poslodavca). U ovim sporovima sud obraća naročitu pažnju na potrebu njihovog hitnog rešavanja. Dozvoljena je žalba, kao redovni pravni lek, i revizija, kao vanredni pravni lek.

Zakon o mirnom rešavanju radnih sporova, predviđa dva načina za mirno prevazilaženje interesnih kolektivnih radnih sporova: **(a)** učešće miritelja u kolektivnom pregovaranju, u smislu prevencije da do spora ne dođe; i **(b)** ako do spora dođe – rešavanje spora pred Odborom za mirenje.

Učesnici u zaključivanju kolektivnog ugovora **mogu** da podnesu predlog Republičkoj agenciji za mirno rešavanje radnih sporova za uče-

šće **miritelja** u kolektivnom pregovaranju u cilju pružanja pomoći i sprečavanja nastanka spora. Miritelj u postupku kolektivnog pregovaranja: **(a)** prisustvuje pregovorima; **(b)** ukazuje učesnicima na predloge koji nisu u skladu sa zakonom i drugim propisom; **(v)** pruža stručnu i drugu pomoć učesnicima. Miritelj je dužan da bude nepristrasan u toku pregovora.

Kada dođe do spora u zaključivanju, ili kod izmene i dopune kolektivnog ugovora, strane u sporu **mogu** da podnesu predlog, zajednički ili pojedinačno, Republičkoj agenciji za mirno rešavanje radnih sporova. Ako su u pitanju sporovi u zaključivanju, izmeni i dopuni kolektivnih ugovora u *delatnostima od opštег interesa* (elektroprivreda, vodoprivreda, saobraćaj, zdravstvena zaštita, prosveta itd.), strane u sporu su **dužne** da pristupe mirnom rešavanju spora, podnošenjem zajedničkog predloga Republičkoj agenciji za mirno rešavanje radnih sporova. Ako strane u sporu ne podnesu zajednički predlog, dužne su da o tome obaveste Agenciju, a direktor Agencije će po službenoj dužnosti pokrenuti *postupak mirenja* i odrediti miritelja.

Postupak mirenja u kolektivnom sporu vodi se pred Odborom za mirenje. Odbor čine miritelj i po jedan predstavnik strana u sporu (strane u sporu su dužne da odrede svog predstavnika u Odboru i da o tome obaveste miritelja). Miritelj je predsedavajući Odbora. Odbor daje preporuku za rešenje spora, sa obrazloženjem. Preporuka ne obavezuje strane u sporu, ali ako je strane prihvate, zaključuju sporazum o rešenju spora. Sporazum postaje sastavni deo kolektivnog ugovora. Ako se, na ovaj način, spor ne reši u roku od 30 dana od dana otvaranja rasprave pred Odborom, miritelj raspušta Odbor i nastavlja postupak mirenja neposrednim kontaktom sa stranama u sporu (pruža pomoć stranama u sporu da se sastanu, raspravljaju o predmetu spora i zaključe sporazum o rešenju spora).

9. Registracija zaključenih kolektivnih ugovora, osim kolektivnog ugovora kod poslodavca, je obavezna. Dakle, opšti i posebni kolektivni ugovori se registruju kod ministarstva za rad. Takođe, registruju se izmene, dopune i produženje važenja ovih kolektivnih ugovora.

Sadržinu i postupak registracije kolektivnih ugovora propisuje ministar za rad.³ Registracija kolektivnih ugovora nije samo puko evidentiranje zaključenih kolektivnih ugovora. U postupku registracije ministarstvo može naložiti, ako nađe da pojedini delovi kolektivnog ugovora nisu u skladu sa zakonom, da se kolektivni ugovor usaglasi sa zakonom. U slučaju da strane u kolektivnom ugovoru ne postupe po nalogu ministarstva, ministarstvo će taj kolektivni ugovor ipak registrovati uz istovremeno po-

³ Pravilnik o registraciji kolektivnih ugovora, «Službeni glasnik Republike Srbije», br. 50/2005.

kretanje postupka pred Ustavnim sudom radi ocene zakonitosti tog kolektivnog ugovora.

10. *Objavljivanje kolektivnih ugovora* je uslov njihovog pravno dejstva. Kolektivni ugovor, kao i svaki drugi opšti pravni akt, mora biti objavljen da bi mogao proizvoditi pravno dejstvo. Opšti i posebni kolektivni ugovori objavljaju se u «Službenom glasniku Republike Srbije». Kolektivni ugovor kod poslodavca objavljaju se na način predviđen tim kolektivnim ugovorom (na oglasnoj tabli poslodavca, u fabričkom listu, biltenu itd.).

11. *Primena kolektivnih ugovora* je moguća po različitim kriterijumima, *zavisno od vrste* kolektivnog ugovora. Ali, svi kolektivni ugovori mogu se primenjivati tek nakon stupanja na snagu. Kolektivni ugovor, kao opšti pravni akt, stupa na snagu protokom određenog vremena nakon objavljivanja (*vacatio legis*).

Opšti i posebni kolektivni ugovori neposredno se primenjuju i obavezuju: **(a)** sve poslodavce koji su u vreme zaključivanja kolektivnog ugovora članovi udruženja poslodavaca koje je učesnik kolektivnog ugovora (obavezuje ih od dana stupanja na snagu); **(b)** poslodavce koji su naknadno postali članovi tog udruženja poslodavaca – učesnika kolektivnog ugovora (obavezuje ih od dana pristupanja udruženju). Ove poslodavce, navedeni kolektivni ugovori obavezuju i u periodu od šest meseci nakon njihovog istupanja iz udruženja poslodavaca – učesnika kolektivnog ugovora. Svi ostali poslodavci nisu obavezni da primenjuju navedene kolektivne ugovore.

Međutim, primena opšteg i posebnog kolektivnog ugovora može se *proširiti (nametnuti)* i prema svim ostalim poslodavcima (na nivou na kome je kolektivni ugovor zaključen) koji nisu članovi udruženja poslodavaca – učesnika kolektivnog ugovora (*oktroisani kolektivni ugovor*). U principu, proširena primena kolektivnog ugovora je dozvoljena iz razloga socijalno-ekonomskog prirode koji se tiču i zaposlenih i poslodavaca. Sa jedne strane, svrha je u ujednačavanju uslova rada, pre svega zarada i ukupnog socijalno-ekonomskog položaja zaposlenih, a sa druge strane tim ujednačavanjem se neutrališu mogućnosti neloyalne konkurenčije među poslodavcima. U svakom slučaju, proširena primena kolektivnih ugovora je vezana za sprovođenje odgovarajuće socijalne i ekonomskog politike, na nivou republike ili u pojedinim granama i delatnostima rada. Pošto su za sprovođenje odgovarajuće (aktuelne) socijalne i ekonomskog politike odgovorni nadležni državni organi, to i o proširenom dejstvu kolektivnih ugovora odlučuje ministar za rad. Ministar može odlučiti o proširenom dejstvu kolektivnog ugovora u celini, ili o

proširenom dejstvu pojedinih odredaba kolektivnog ugovora, pod uslovima predviđenim Zakonom o radu.

Proširenje dejstva kolektivnog ugovora deluje prema svim poslodavcima na nivou na kome je taj ugovor zaključen. Međutim, od proširenog dejstva kolektivnog ugovora, u pogledu odredaba koje se odnose na *zarade i naknade zarade*, mogu se *izuzeti* pojedini poslodavci. Odluku o izuzeću donosi ministar za rad, na obrazloženi *zahtev* poslodavca ili udruženja poslodavaca i po pribavljenom *mišljenju* Socijalno-ekonomskog saveta. Ako je zahtev podneo jedan poslodavac, odluka o izuzeću se donosi na tog poslodavca. Ako je zahtev podnelo udruženje poslodavaca, odluka o izuzeću se odnosi na sve poslodavce koji su učlanjeni u to udruženje. Zahtev za izuzeće se može podneti ako zbog finansijsko-poslovnih rezultata poslodavci nisu u mogućnosti da primene kolektivni ugovor.

Ministar može staviti van snage (ukinuti) odluku o proširenju dejstva kolektivnog ugovora i odluku o izuzimanju od proširene primene kolektivnog ugovora, ako prestanu da postoje razlozi zbog kojih su te odluke doneșene. Naravno, ove odluke će prestati da važe kad prestane da važi sam kolektivni ugovor, odnosno pojedine njegove odredbe, čije je dejstvo prošireno, odnosno izuzeto.

Kolektivni ugovor kod poslodavca primenjuje se na sve zaposlene kod tog poslodavca, bez obzira da li su članovi sindikata - potpisnika kolektivnog ugovora, ili su članovi drugog sindikata kod poslodavca – koji nije potpisnik kolektivnog ugovora, ili nisu članovi nijednog sindikata.

12. Rešavanje spornih pitanja u primeni kolektivnih ugovora (pravni kolektivni radni sporovi) je moguće na tri načina: **(a)** putem mirenja; **(b)** putem arbitraže; i **(v)** putem suda.

Mirenje kao način rešavanja pravnih kolektivnih radnih sporova je predviđeno Zakonom o mirnom rešavanju radnih sporova. Postupak mirenja odvija se u okviru i preko Republičke agencije za mirno rešavanje radnih sporova. Postupak se vodi pred Odborom za mirenje, na način kako je to prikazano u vezi rešavanja sporova koji nastaju u toku kolektivnog pregovaranja. Međutim, kod pravnih kolektivnih radnih sporova, sporazum o rešenju spora, koji strane u sporu zaključuju na osnovu prepiske miritelja, ima snagu sudskog poravnjanja (čl.26. stav.4. Zakona o mirnom rešavanju radnih sporova). Znači, sporazum o rešenju spora, sa snagom sudskog poravnjanja, ima karakter izvršne isprave, tj. može se izvršiti prinudnim putem.

Arbitraža kao način rešavanja pravnih kolektivnih radnih sporova predviđena je Zakonom o radu. Prema ovom Zakonu, sporna pitanja u

primeni kolektivnih ugovora *može* da rešava arbitraža koju obrazuju učesnici kolektivnog ugovora, u roku od 15 dana od dana nastanka sporu. Sastav i način rada arbitraže uređuju učesnici kolektivnog ugovora samim kolektivnim ugovorom. Po pravilu, arbitraža treba da ima neparan broj članova (radi lakšeg donošenja odluke) i da su u njoj jednakozastupljeni predstavnici strana u sporu. Predsednika arbitraže biraju sporazumno strane u sporu. Predsednik treba da bude stručnjak u oblasti za koju je vezan predmet spora i nepristrasan. Zakonom o radu je predviđeno da odluka arbitraže o spornim pitanjima *obavezuje* strane u sporu.

Sudsko rešavanje pravnih kolektivnih radnih sporova je primereno prirodi tih sporova (za razliku od sudskog rešavanja interesnih kolektivnih radnih sporova), jer radi se o sporu povodom primene prava. Prema Zakonu o uređenju sudova iz 2001. godine (čl.22. stav 1. tačka 6. i čl.23. stav 1.) sporove povodom kolektivnih ugovora u prvom stepenu rešava okružni sud, ako spor nije rešen pred arbitražom, a u drugom stepenu – Apelacioni sud. Međutim, ova odredbe se još uvek ne primenjuju, odnosno u pogledu nadležnosti sudova u radnim sporovima primenjuju se odredbe Zakona o sudovima iz 1991. godine. Prema Zakonu o sudovima (čl.12. stav 1.tačka 3. pod b), opštinski sud u prvom stepenu sudi sporove u primeni kolektivnih ugovora, a u drugom stepenu, po žalbi protiv odluka opštinskih sudova, odlučuje okružni sud (čl.14. Zakona).

Sam postupak pred sudom vodi se po opštim pravilima parničnog postupka. Naime, Zakonom o parničnom postupku je predviđeno (čl.440.), da ukoliko tim Zakonom nisu predviđene posebne odredbe u parnicama povodom kolektivnih ugovora primenjivaće se ostale odredbe ovog zakona, što znači opšta pravila parničkog postupka. Međutim, kod sudskog rešavanja interesnih kolektivnih radnih sporova, Zakon o parničnom postupku predviđa posebna pravila za rešavanje tih sporova (čl.441-445.). Ovakvo razlikovanje postupka sudskog rešavanja interesnih i pravnih kolektivnih radnih sporova, nema opravdanja, jer su ti sporovi podjednako značajni u ostvarivanju prava na kolektivno pregovaranje.

13. Važenje kolektivnog ugovora je vezano za rok. Maksimalno važenje kolektivnog ugovora je tri godine. Po isteku ovog roka kolektivni ugovor prestaje da važi, ako se učesnici kolektivnog ugovora drugačije ne sporazumeju. Učesnici kolektivnog ugovora mogu se sporazumeti o produženju važenja tog ugovora, najkasnije 30 dana pre isteka roka na koji je ugovor zaključen.

14. Prestanak važenja kolektivnog ugovora pre isteka roka za koji je zaključen moguć je na dva načina: **(a)** sporazumom potpisnika,; i **(b)** otkazom.

Sporazumno prestanak važenja kolektivnog ugovora (kao i zaključivanje kolektivnog ugovora) je rezultat saglasnosti volja svih njegovih učesnika. Sporazum (kao i kolektivni ugovor) mora biti sačinjen u pisanoj formi.

Otkaz kolektivnog ugovora može dati svaki potpisnik tog ugovora. Otkaz, sa odgovarajućim obrazloženjem, mora biti sačinjen u pisanoj formi i dostavljen svim učesnicima, tj. potpisnicima kolektivnog ugovora.

U slučaju otkaza, kolektivni ugovor se primenjuje najduže još šest meseci od dana podnošenja otkaza (otkazni rok). Tačno trajanje otkaznog roka treba predviđeti samim kolektivnim ugovorom. U toku otkaznog roka, a najkasnije 15 dana od dana podnošenja otkaza, učesnici kolektivnog ugovora su *dužni* da započnu postupak pregovaranja, sa ciljem zaključivanja novog kolektivnog ugovora, ili produženja važenja postojećeg. Naravno, i u ovom slučaju obaveza pregovaranja ne mora rezultirati novim kolektivnim ugovorom ili produženjem važenja postojećeg. Istekom otkaznog roka prestaje da važi kolektivni ugovor koji je otkazan, ali odmah nastaje obaveza njegovih učesnika, u smislu čl.254. stav 1. Zakona o radu, da dalje pregovaraju u cilju zaključivanja novog kolektivnog ugovora.

15. Štrajk je način rešavanja kolektivnih radnih sporova putem *pritiška*. Štrajk se obično definiše kao kolektivni prekid rada od strane radnika sa ciljem da se poslodavac prinudi da prihvati zahteve radnika u vezi spornih pitanja.⁴

Po pravilu, štrajk bi trebalo da bude *poslednje sredstvo borbe* sindikata i zaposlenih u zaštiti njihovih interesa. U velikom broju zemalja (u Srbiji to nije slučaj) predviđeno je da se procedure pomirenja i posredovanja moraju iscrpiti, pre organizovanja štrajka.

Pravo na štrajk je danas izričito priznato u ustavima i/ili zakonima velikog broja zemalja.

Štrajk je tekovina borbe radnika za poboljšanje njihovog položaja na radu. Ta tekovina se, možemo reći, izgrađivala intenzivno nakon priznavanja sindikalnih sloboda i prava zaposlenih sredinom XIX veka. Od tada pa nadalje karakteristična je tesna povezanost prava na sindikalno organizovanje i prava na štrajk. Jer, tek sa pojavom sindikata pojavila se i mogućnost kolektivnog pregovaranja, a u vezi sa kolektivnim pregovaranjem i kolektivnim ugovorima, kao što smo videli, dolazi do kolektivnih radnih sporova (interesnih i pravnih sporova). U tom smislu, Međunarodna organizacija rada je, preko Komiteta eksperata za primenu konvencija i prepo-

⁴ Budimir Košutić, Kolektivni ugovori, pravo na štrajk i lock-out u savremenim kapitalističkim zemljama, Beograd, 1987, str.83

ruka, zauzela stav da se zaštića od *antisindikalnih akata* diskriminacije odnosi i na zaštitu povodom učešća u zakonitom štrajku.⁵

U smislu rečenog, moglo bi se reći da je pravo na štrajk zapravo izvedeno pravo iz prava na sindikalno organizovanje. Jer, i pravo na štrajk podrazumeva udruživanje i zajedničko delovanje više zaposlenih u cilju zadovoljenja njihovih socijalno-ekonomskih interesa.

O štrajku se posredno ili neposredno govori i u aktima pojedinih međunarodnih organizacija. *U okviru OUN*, prema Međunarodnom paktu o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima iz 1966. godine (čl.8.),⁶ države članice se obavezuju da svojim nacionalnim zakonodavstvima obezbede pravo na štrajk. Država može ovo pravo da ograniči samo zakonom i to u onoj meri koja odgovara prirodi ovog prava i isključivo u cilju unapređenja opštег blagostanja u demokratskom društvu.

MOR je donela nekoliko konvencija i preporuka koje se odnose na sindikalne slobode i prava, a po osnovu kojih se izvodi pravo na štrajk. Naime, mora se imati u vidu da je pravo na preuzimanje industrijske akcije, posebno pravo na štrajk, osnovni *aksiom prava na organizovanje*. To posebno proizilazi iz Konvencije MOR-a br. 87 o sindikalni slobodama i zaštiti sindikalnih prava iz 1948. godine, u duhu koje su nadzorna tela MOR-a priznala pravo na preuzimanje akcije štrajka kao «suštinski rezultat prava na organizovanje». Međutim, od kritične važnosti je da se uspostavi pravilna ravnoteža između interesa za rešavanje sporova na miran način (mirenje, arbitraža) i poštovanja slobode zaposlenih na preuzimanje industrijske akcije štrajka koja će podržati njihove ekonomski i socijalni interese. Pored toga, od strana u sporu može se tražiti da najpre pokušaju rešiti svoje sporove putem pomirenja, što može biti uslov za koruisćenje njihovog prava na preuzimanje industrijske akcije.⁷ Zakonitost industrijske akcije bi onda zavisila od toga da li su strane učinile navedeni pokušaj.

Sem toga, na regionalnoj Konferenciji MOR-a, održanoj u Lagosu 1960. godine, doneta je rezolucija kojom se čini apel zemljama članicama da priznaju radnicima pravilo na štrajk, radi zaštite njihovih ekonomskih i socijalnih interesa, ako su prethodno iscrpljene sve mogućnosti pomirenja predviđene zakonom ili priznate u praksi određene zemlje. U onim delat-

⁵ ⁵ J. Hodges-Aeberhard and A. Otero de Dios, Principles of the Committee on Freedom of Association concerning strikes, International Labour Review, Vol.126, September-October 1987, p.544.

⁶ «Službeni list SFRJ», br.7/1971.

⁷ Međunarodna organizacija rada, Smernice o radnom zakonodavstvu, Ženeva, 2002, str. 199.

nostima gde je uskraćeno pravo na štrajk, shodno postojećim međunarodnim standardima, afirmaše se princip nepričasnog i brzog rešavanja sporova mirnim putem (posebno putem arbitraže). U ovom slučaju odluka arbitraže je obavezujuća za strane u sporu i te odluke se brzo i efikasno sprovode.⁸

Evropskom socijalnom poveljom iz 1961. godine (čl.6.), zahteva se od država ugovornica da obezbede sindikalna prava, formalizuju modele kolektivnog pregovaranja i da u slučaju sukoba interesa definišu institute mirenja, arbitraže i sudske zaštite. Države ugovornioce mogu da ograniče slobodu u izboru metoda rešavanja kolektivnih radnih sporova i da ograniče slobodu opštег štrajka. U tom smislu, države ugovornice mogu zakonom da odrede delatnosti od javnog interesa, odnosno delatnosti čiji bi prekid rada, zbog prirode posla, mogao da ugrozi život i zdravlje ljudi, i da u njima ograniče određena kolektivna prava zaposlenih, te i pravo na štrajk.

U Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava iz 1950. godine, ne pominje se izričito pravo na štrajk, ali čl.11. Konvencije (koji govori o slobodi okupljanja i udruživanja), u praksi Evropskog suda za ljudska prava, tumači se u kontekstu prava na štrajk.

U Srbiji, shodno navedenim međunarodnim standardima, Ustavom je predviđeno pravo zaposlenih na štrajk (čl.61.), koje se ostvaruje u skladu sa zakonom i kolektivnim ugovorom, a samo zakonom može biti ograničeno, shodno prirodi ili vrsti delatnosti.

Pitanje štrajka je regulisano posebnim zakonom – Zakonom o štrajku iz 1996. godine. U smislu ovog Zakona, štrajk se tretira kao *kolektivno pravo zaposlenih*, kako u pogledu njegovog organizovanja, tako i u pogledu njegovog sprovođenja. Naime, štrajk može organizovati i voditi ili sindikat ili većina zaposlenih kod poslodavca. Ipak, pri ostvarivanju prava na štrajk, kao kolektivne akcije, svaki radnik zasebno ostvaruje svoje pojedinačno pravo na štrajk. Zato postoji pravilo u Zakonu o štrajku (čl.1. stav 2.) da svaki zaposleni slobodno odlučuje o svom učešću u štrajku, što znači da zaposlenog ne obavezuje odluka sindikata ili većine zaposlenih o stupanju u štrajk.⁹ Učešće u štrajku zaposlenog kao pojedinca isključivo zavisi od njegove volje. Prema tome, organizovanje štrajka je stvar kolektivne odluke, a učešće u štrajku je stvar slobodno izražene volje.

⁸ J. Hodges-Aberhard and A. Odero de Dios, navedeno delo. str.550.

⁹ Eventualno se može postaviti pitanje disciplinske odgovornosti zbog neučestvovanja u štrajku onog zaposlenog koji je član sindikata koji je organizovao štrajk, shodno statutarnim pravilima tog sindikata.

Štrajk je prekid rada koji zaposleni organizuju radi zaštite svojih profesionalnih i ekonomskih *interesa* po osnovu rada. Dakle, kada je reč o štrajku u pitanju je zaštita odgovarajućih *interesa*, povodom čega i nastaje spor (*interesni spor*). Zato se može reći da se obično štrajkuje povodom interesnih kolektivnih radnih sporova, jer ukoliko se ovi sporovi ne reše mirnim putem (mirenje, posredovanje, arbitraža), onda ništa drugo ne preostaje nego direktna industrijska akcija – štrajk. Ovo zbog toga, jer kod interesnih kolektivnih radnih sporova nije uobičajeno sudsko rešavanje tih sporova. Međutim, kada su u pitanju *pravni kolektivni radni sporovi* (sporovi u tumačenju i primeni prava), sudsko rešavanje tih sporova je pravilo (što je logično i uobičajeno), a štrajk bi trebalo da bude izuzetak. Naravno i ovde su mogući postupci mirnog rešavanja spora.

Vrste štrajka su predviđene Zakonom o štrajku. Postoje tri vrste štrajka: **(a)** štrajk kod poslodavca; **(b)** štrajk u grani ili delatnosti; i **(v)** generalni štrajk. Svakom od navedenih štrajkova može da prethodi *štrajk upozorenja*.

Štrajk upozorenja je kratki prekid rada (može trajati najduže jedan sat), sa ciljem da se poslodavac (ili poslodavci na određenom nivou) opomenu da zaposleni nisu zadovoljni određenim ekonomskim i socijalnim stanjem. Na taj način se vrši pritisak na poslodavca (ili poslodavce) da se reše sporna pitanja, uz upozorenje da će uslediti potpuna obustava rada ako se sporna pitanja ne reše. Štrajk upozorenja svoju opravdanost nalazi u mogućnosti da se na najbrži i ekonomičniji način reše sporna pitanja: poslodavac može da izbegne potpunu obustavu rada i ekonomske gubitke usled toga; zaposleni ostvaruju brzu zaštitu svojih interesa bez gubitka zarade (zarađa izostaje kod štrajka kao potpune obustave rada).

Štrajk kod poslodavca može biti organizovan kao: **(a)** štrajk kod poslodavca sa svojstvom pravnog lica, odnosno u delu pravnog lica; i **(b)** štrajk kod poslodavca kao fizičkog lica – preduzetnika.

Štrajk u grani ili delatnosti obuhvata zaposlene u okviru određene privredne ili van privredne delatnosti, odnosno u okviru ovih delatnosti na nivou pojedinih grana, grupa, podgrupa (saobraćaj: drumski, železnički, vodeni, vazdušni).

Generalni štrajk obuhvata sve zaposlene i u svim granama i delatnostima na nacionalnom nivou.

Bez obzira na vrstu štrajka postoje određena pravila, predviđena zakonom, po kojima se može štrajk organizovati i voditi. Zakonit je onaj štrajk koji se vodi u skladu sa predviđenim pravilima. Postoje dve grupe pravila: **(a)** pravila unutar *opšteg režima štrajka*; i **(b)** pravila unutar *posebnog režima štrajka*. ***Opšti režim štrajka*** čine pravila u vezi organizova-

nja i vođenja štrajka u svim granama i delatnostima. **Posebni režim štrajka** čine pravila u vezi organizovanja i vođenja štrajka: (a) u delatnostima od javnog interesa (saobraćaj, elektroprivreda, vodoprivreda, komunalne delatnosti, zdravstvo, prosveta itd.); ili (b) u delatnostima čiji bi prekid rada zbog prirode posla mogao da ugrozi život i zdravlje ljudi ili nanese štetu velikih razmera (hemijska industrija, industrija čelika, crna i obojena metalurgija). Posebni režim ostvarivanja prava na štrajk karakteriše naročito sledeće: (a) obezbeđivanje *minimuma procesa rada i zaposlenih koji će raditi* za vreme štrajka; (b) mogućnost *učešća državnih organa*, odnosno organa lokalne samouprave u obezbeđivanju uslova za ostvarivanje štrajka; (c) *duži rok* za najavu štrajka; (c) *upoznavanje javnosti* sa predlogom za rešenje spornih pitanja.

Prestanak štrajka je moguć: (a) sporazumom strana u sporu (postignutim neposredno ili posredstvom miritelja); ili (b) odlukom sindikata (organa sindikata koji je doneo odluku o stupanju u štrajk), odnosno odlukom većine zaposlenih (ako je na taj način donesena odluka o stupanju u štrajk).

Sporazum strana kod interesnih kolektivnih radnih sporova čini sastavni deo kolektivnog ugovora. Sporazum kod pravnih kolektivnih radnih sporova ima karakter sudskog poravnjanja.

Odluku o prestanku štrajka nadležni organi mogu doneti u slučajevima: (a) kada se ne može postići sporazumno rešenje spora; (b) kada je ipak delimično ostvarena svrha štrajka; (v) kada je rešenje spora moguće u perspektivi; (g) kada to nalažu drugi razlozi socijalno-ekonomске prirode.

Za svaki novi štrajk učesnici u štrajku dužni su da donesu novu odluku o štrajku.

Položaj učesnika u štrajku i obaveze poslodavca za vreme štrajka jesu predmet regulisanja Zakona o štrajku. *Zakonit štrajk*, odnosno organizovanje i učešće u štrajku u skladu sa pravilima vezanim za opšti i posebni režim štrajka, ne predstavlja povredu radne obaveze. Drugim rečima, učesnici u zakonitom štrajku uživaju zaštitu koja se ogleda u sledećem: (a) protiv učesnika se ne može pokrenuti postupak utvrđivanja disciplinske i materijalne odgovornosti; i (b) učešće u štrajku ne može za posledicu imati prestanak radnog odnosa zaposlenog. *Nezakonit štrajk* postoji onda kada se organizuje, vodi i kada se u njemu učestvuje uz kršenje pravila vezanih za opšti i posebni režim štrajka. Učesnici u nezakonitom štrajku ne uživaju pomenutu zaštitu. Sem toga, Zakonom o štrajku posebno je predviđeno da se smatra povredom radne dužnosti, zbog koje se može izreći mera prestanka radnog odnosa ili dati отказ ugovora o radu, ako član štrajkačkog odbora ili učesnik koji štrajk organizuje i vodi: (a) ugrožava bezbednost lica i imovine ili zdravlje ljudi; (b) sprečava za-

poslene koji ne učestvuju u štrajku da rade; **(v)** onemogućava nastavak rada po okončanju štrajka; **(g)** sprečava poslodavca da koristi sredstva i raspolaze sredstvima kojima poslodavac obavlja delatnost.

Zaposleni koji učestvuje u štrajku ostvaruje osnovna prava iz radnog odnosa, osim prava na zaradu, a prava iz socijalnog osiguranja – u skladu sa propisima o socijalnom osiguranju.

U toku zakonitog štrajka, *poslodavac ne može zapošljavati nova lica* koja bi zamenila učesnike u štrajku. Ova zabrana zapošljavanja neće važiti ako su usled štrajka: **(a)** ugroženi bezbednost lica i imovine; **(b)** ako je onemogućeno održavanje minimuma procesa rada; i **(c)** ako je ugroženo izvršavanje međunarodnih obaveza.

Poslodavac ne sme: **(a)** da spreči zaposlenog da učestvuje u štrajku; **(b)** da upotrebljava mere prinude radi okončanja štrajka; **(v)** da po osnovu neučestvovanja u štrajku predviđa povoljniju zaradu ili druge povoljnije uslove rada za zaposlene koji ne učestvuju u štrajku.

Zabrana štrajka je predviđena za lica koja su zaposlena u državnom organu i profesionalnim pripadnicima Vojske Srbije. Ovim licima prestaje radni odnos ako se utvrdi da su organizovala štrajk ili učestvovala u štrajku. Takođe, važećim Zakonom o štrajku iz 1996. godine (čl. 18. stav 1.) predviđena je zabrana štrajka i za pripadnike policije. Međutim, *Zakonom o policiji* (čl.135.) iz 2005. godine¹⁰ predviđeno je da zaposleni u policiji imaju pravo da organizuju i sprovode štrajk, u skladu sa opštim propisima o štrajku, a to znači u skladu sa Zakonom o štrajku. Dakle, u vezi sa pitanjem štrajka, Zakon o policiji je *lex specialis* u odnosu na Zakon o štrajku, te on derogira predviđenu zabranu štrajka iz Zakona o štrajku.

Ipak, *i za vreme štrajka* ovlašćeno službeno lice *dužno je* da primenjuje policijska ovlašćenja, ako je to potrebno radi: **(a)** zaštite života i bezbednosti ljudi; **(b)** hvatanja i privođenja nadležnom organu lica zatečenog u vršenju krivičnog dela za koje se goni po službenoj dužnosti; **(v)** sprečavanja učinioца i otkrivanja učinioца krivičnog dela za koje se goni po službenoj dužnosti.

Apsolutna zabrana štrajka za policijske službenike postoji: **(a)** u slučaju ratnog stanja ili stanja neposredne ratne opasnosti ili vanrednog stanja; **(b)** u slučaju oružane pobune, ustanka i drugih oblika nasilnog ugrožavanja demokratskog i ustavnog poretku republike Srbije ili osnovnih sloboda i prava; **(v)** u slučaju proglašenja elementarne nepogode ili neposredne opasnosti od njenog nastanka; **(g)** u slučaju drugih nepogoda i

¹⁰ Zakon o policiji, «Službeni glasnik republike Srbije», br.101/2005.

nesreća koje ometaju normalno odvijanje života i ugrožavaju bezbednost ljudi i imovine; **(d)** u slučaju opasnosti od ugrožavanja javnog reda u većem obimu.

Bliža pravila o organizovanju i sproveđenju štrajka policijskih službenika predviđena su Uredbom o štrajku policijskih službenika iz 2007. godine.¹¹

16. Drugi metodi pritiska u rešavanju kolektivnih radnih sporova nisu predviđeni zakonodavstvom Srbije koje reguliše radne i industrijske odnose. Međutim, određene organizovane akcije zaposlenih su moguće i dopuštene po osnovu ustavom zajemčenog prava na štrajk i zajemčenih sloboda okupljanja i izražavanja.

Prema Ustavu Srbije (čl.54.), mirno okupljanje građana je slobodno. Okupljanje u zatvorenom prostoru ne podleže odobrenju, ni prijavljivanju. Zborovi, demonstracije i druga okupljanja građana na otvorenom prostoru prijavljuje se državnom organu, u skladu sa zakonom.¹² Sloboda okupljanja može se zakonom ograničiti samo ako je to neophodno radi zaštite javnog zdravlja, morala, prava drugih ili bezbednosti Republike Srbije. Članom 46. Ustava Srbije jamči se sloboda mišljenja i izražavanja, kao i sloboda da se govorom, pisanjem, slikom ili na drugi način traže, primaju i šire obaveštenja i ideje.

U uporednom pravu i praksi pojedinih zemalja dozvoljena su mirna okupljanja zaposlenih povezanih sa štrajkom ili obustavom rada. Takva okupljanja nazivaju se piketing (*picketing*). Preciznije rečeno, piketing je okupljanje zaposlenih za vreme štrajka ispred poslovnih prostorija poslodavca, u cilju odvraćanja zaposlenih od rada za račun poslodavca. Zabranu piketinga opravdana je samo onda ako štrajk izgubi mirni karakter (ne sme sdržati elemente prinude). U suprotnom, ako učesnici štrajka i piketinga čine povrede ili sputavaju zaposlene koji ne štrajkuju da rade, onda je to akt prisile koji treba da spreče nadležni organi i podleže kažnjavanju pa i krivično.¹³

Sem toga, moguća su i druga, uglavnom posredna, sredstva pritiska na poslodavca. Ali, sva ta sredstva da bi bila zaštićena moraju biti posebno zakonom predviđena ili vezana za neku zakonom priznatu industrijsku akciju. Ukoliko to nije slučaj mogu se smatrati nezakonitim akcijama zaposlenih. Moguće su različite akcije sindikata i zaposlenih sa ciljem sma-

¹¹ Uredba o štrajku policijskih službenika, «Službeni glasnik Republike Srbije», br.70/2007.

¹² Zakon o okupljanju građana, «Službeni glasnik Republike Srbije», br.51/1992.

¹³ Borivoje M. Šunderić, Pravo Međunarodne organizacije rada, Beograd, 2001, str.207.

njenja ekonomске aktivnosti poslodavca (usporavanje ili opstrukcija rada, «work-to-rule», pasivna rezistencija i slično). Da bi te akcije bile dopuštene moraju biti obuhvaćene definicijom štrajka, ukoliko nisu posebno predviđene zakonom.¹⁴ Nadzorna tela MOR-a smatraju da pravna ograničenja ovih oblika akcija mogu biti opravdana samo ako te akciju prestanu biti miroljubive.

Pored rečenog, u praksi sindikalnog delovanja, davno su poznata kao posredna sredstva pritiska: *bojkot, label, sabotaža* itd. *Kod bojkota* sindikat nastoji da spreči ili oteža prodaju ili korišćenje usluga određenog ili određenih poslodavaca. Za uspeh bojkota presudna je dobra organizacija i njegova masovnost (angažovati ne samo članove sindikata, nego i ostale zaposlene i potrošače, odnosno korisnike određenih proizvoda ili usluga). Bojkot se retko koristi kao samostalni oblik pritiska, već se obično koristi uz štrajk, ako je dozvoljen, ili druge mere. *Label* je sindikalna kontrolna marka – lozinka za promet robe. Na proizvode određenog poslodavca stavlja se kontrolna marka sindikata, ili se koriste druga sredstva preporuke i obaveštenja, na osnovu kojih članovi sindikata, drugi zaposleni i potrošači odlučuju o kupovini robe. Sindikati koriste label prema onim poslodavcima sa kojima su u dobrom odnosima, pomažući tako u prodaji njihovih proizvoda. *Kod sabotaže*, zaposleni ne napuštaju posao, ali rade sa smanjenim kapacitetom nanoseći tako postepeno štetu poslodavcu.

17. Lock-out se definiše kao privremeno zatvaranje preduzeća ili zabrana, od strane poslodavca, svim radnicima ili većem broju radnika da obavljaju rad u preduzeću u cilju prinuđivanja radnika ili njihovog sindikata da odustanu od svojih zahteva ili da prihvate zahteve poslodavca u vezi sa predmetom spora.¹⁵

O lock-outu se ne govori u propisima Srbije. U industrijski razvijenim zemljama, logika uravnovešenja instrumenata klasne borbe na tržištu radne snage i kapitala je rezultirala činjenicom da se lock-out ili priznaje kao legitimna protivteža prava na štrajk, ili kao sredstvo zaštite poslodavca od nezakonitih štrajkova. U uslovima privatizacije u Srbiji javljaju se i prve obustave rada od strane poslodavaca, što će vremenom verovatno stvoriti potrebu zakonskog regulisanja tog pitanja

¹⁴ Na primer, prema Zakonu o radnim odnosima Južne Afrike (čl.213) iz 1995. godine «štrajk je delimično ili potpuno organizovano odbijanje obavljanja rada ili usporavanje ili opstrukcija rada, od strane lica koja jesu ili su bila zaposlena kod poslodavca, u svrhu rešavanja sporova u odnosu na bilo koje pitanje od zajedničkog interesa između poslodavca i radnika.» Vidi: Smernice o radnom zakonodavstvu, Međunarodna organizacija rada, Ženeva, 2001, str.204.

¹⁵ Budimir Košutić, cit. delo, str.130.

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

Labour-legal standards regarding collective bargaining

Abstract

Labour legal standards regarding collective bargaining are included in the international law and Serbian internal law. The most important rules by which one gains a right to collective bargaining of the employees and employers are elaborated in this paper, as well as concluding collective agreements, therefore settling collective labour disputes. Critical analysis of particular rules is derived based on the comparison of decisions included in appropriate international and domestic legal sources. The main conclusion is that the internal law of Serbia is adjusted to international labour legal standards in fair degree, but it should be pointed out there is a need to further supplement our regulations.

Key words: collective bargaining, collective agreements, collective labour disputes, settling disputes, reconciliations, arbitration, strike, lock-out.

*Dr Milo Bošković, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

KRIMINOLOŠKA OBELEŽJA KRIVIČNIH DELA PROTIV POLNIH SLOBODA

Ključne reči: seksualni delikt, silovanje, seksualno zlostavljanje, incest.

1. Pojam i opšte karakteristike delikata protiv polnih sloboda

Ljudska seksualnost je deo čovekove prirode. Ona nije prost akt polnog opštenja i zadovoljavanja seksualne požude, nego i njegova biološka i psihološka potreba, uslovljena određenim socijalnim obrascima – kulturom, običajima, moralom itd. Seksualna delinkvencija je pojava koja prevažilazi okvire objašnjenja samo uslovima prirodnosti i dobrovoljnosti partnera u seksualnom odnosu. To je kompleksna pojava čija suština proističe iz posebnog ponašanja učinioца delikta i odnosa žrtve.

Istorija seksualnosti i seksualne izopačenosti i različitih oblika društvene reakcije na njih stari su koliko i samo društvo. Krivična dela protiv slobode odlučivanja u polnim odnosima uvek su predstavljala pojavu s ozbiljnim društvenim reakcijama, samim tim i problem u krivičnopravnim sistemima. Pristup ovom pitanju razlikuje se od zemlje do zemlje i kreće se od vrlo rigoroznih pristupa (kastracije i sterilizacije delinkvenata, kazni zatvora i smrtnih kazni), do potpunog izostavljanja pravnog uređenja i inkriminacija polnih odnosa, izuzev u slučajevima fizičke prinude od strane izvršioca i incesta.

U opštem smislu, seksualni delikti su specifični po stepenu moralne izopačenosti, visokom procentu tzv. tamne brojke, izraženom recidivizmu i osobenostima uzroka.

Moralni kriterijumi vrednovanja ove vrste delikta imaju istorijsku i univerzalnu dimenziju. Naime, seksualni delikt spada u najstariju vrstu ponašanja koji je u moralnom, pa i običajnom, smislu tretiran kao nepri-

rodan i nedozvoljen čin. On je, s izvesnim odstupanjima, vezanim za kulture i tradicije, nastao i opstao kao univerzalni problem mnogih društava, pa su, shodno tome, i društvene reakcije na razne oblike njegovog ispoljavanja. Lavaser (G. Lavasseur) je mišljenja da je seksualni moral ono što je ustanovljeno naslednjim običajima grupe, koja čak i u najintimnijoj oblasti nameće pojedincu izvesne obaveze, u stvari ograničava slobodu njegovog ponašanja. On to podvodi pod pojam društvenog seksualnog morala što usmerava čoveka da se vlada u skladu s filozofskom etikom.¹

U ovoj oblasti delinkvencije najizraženija je takozvana tamna brojka kriminaliteta. Tome pogoduje više razloga.² Počev od pitanja šta su seksualni delikti, do poimanja njegovog najtežeg oblika – silovanja. O tome svedoče i činjenice da ova vrsta spada u inkriminacije i dekriminacije najdinamičnijih promena u evoluciji razvoja ljudskog društva. Sam delikt silovanja, iako kažnjiv u svim državama sveta, po osnovnim obeležjima – načinu izvršavanja, mogućim žrtvama (negde su to i muškarci i žene, negde samo žene, a negde samo žene izvan braka) na razne načine se tretira. Različiti pristupi posledica su i shvatanja u pojedinim kulturnama, jer se u većini zemalja sveta oni posmatraju kao prestup protiv običaja i morala sredine, a ne kao krivična dela protiv prava i slobode ličnosti i napad na telesni integritet. Osim toga, žrtve imaju problema sa dokazivanjem silovanja ukoliko im počinilac nije naneo teže fizičke povrede ili ako nisu poznavale počinioca³, kod delikata statusne zavisnosti zbog mogućih posledica reakcije izvršilaca na prijave žrtava, a kod seksualnih nastranosti zbog neizdiferenciranih shvatanja o inkriminatornim obeležjima.

Na kraju, seksualni delikti, pored imovinskih delikata, spadaju u vrstu prestupništva s najvećim procentom recidivizma. Međutim, između tih dvaju oblika kriminaliteta, u vezi s izraženom pojavom povrata, treba imati u vidu da je on kod imovinskih delikata posledica profesionalne orijentacije i koristoljubive sklonosti, a kod seksualnih delikata

¹ G. Lavasseur, „Les infractions contre famille et la moralité sexuelle en France“, *Revue internationale de droit pénal*, 3–4, 1964, str. 758.

² Krivično delo silovanje u pravosudnoj evidenciji sigurno ne odgovara stvarnim činjenicama, pa se ni broj koji govori o ovoj pojavi ne može uzeti kao merodavan. Često se u statistikama koriste podaci koje su žrtve prijavile policiji. Studija koja je provedena u Kanadi, na Novom Zelandu, u Velikoj Britaniji, SAD-u i Južnoj Koreji pokazala je da 8–15% žena bude silovano još u mladosti. Ukoliko se u to još uračunaju pokušaji silovanja broj se povećava do 20–27%.

³ U Pakistanu žene moraju imati čak četiri muška svedoka koji će potvrditi silovanje, inače im preti kazna zbog prevare u braku.

uzročnosti, pre svega, psihopatološke strukture ličnosti. Zato se i smatra da je recidivizam u ovoj oblasti samo posledica, jer realno ne postoje svrshishodni, adekvatni pravni mehanizmi za njihovo sprečavanje i subzbianje.

Specifičnosti faktora ove vrste delinkvencije jesu, dakle, u tome što, za razliku od svih drugih oblika, u njoj dominiraju subjektivni činoci, pre svega uzroci vezani za ličnost izvršioca, dok se socijalni faktori pojavljuju samo u izboru pogodnih uslova da se realizuju motivi i ciljevi njihove moralne izopačenosti. Seksualna delinkvencija je pretežno urbani fenomen. Takvi stavovi nalaze osnova i u statističkim podacima na regionalnim nivoima analize delikata u seoskim i gradskim, kao i u tradicionalno patrijarhalnim i građanskim sredinama. Naime, u seoskim i patrijarhalnim sredinama društvena reakcija nije samo pravna, nego i običajna, jer je prisutna snažna moralna osuda kako sredine, tako i porodice izvršioca, ali i ozbiljna potencijalna – osvetnička reakcija porodice žrtve.

2. Vrste seksualnih delikata

Savremena shvatanja ovu pojavu tretiraju kao zadovoljavanje požude na način kojom seksualnu delinkvenciju možemo razvrstati na: sadističke delikte – silovanja, delikte statusne uslovjenosti – seksualno zlostavljanje i delikte seksualnih nastranosti. Svakako da je ovakva klasifikacija uslovna, jer se mnogi elementi jedne, druge ili treće vrste prožimaju sličnošću karakteristika.

2.1. Sadistički delikti – silovanje

Primarno obeležje ove vrste delinkvencije je seksualno nasilje. Primena fizičke sile i drugih vidova prinude u seksualnim odnosima, najčešće se ostvaruje kroz agresivni čin zadovoljavanja u savlađivanju otpora i na patnjama žrtve – silovanjem.

Nasilje u seksualnim deliktima ispoljava se u više dimenzija obljube nad nemoćnim i maloletnim licima i raznim oblicima; u zloupotrebi dece i nezaštićenih mlađih osoba; traumatskoj primeni sile; zloupotrebi nadmoći i pozicije zavisnosti; primeni nasilja u grupi, sa fizičkim povredama ili lišavanjem života žrtve. U užem krivično pravnom smislu, seksualno nasilje obuhvata delikte silovanja.

Silovanje je seksualni akt protiv volje i prinudom drugog lica na obljubu upotrebatim grube sile ili ozbiljnom pretnjom da će sila biti upotrebljena. U nekim zakonodavstvima silovanjem se smatra samo nasilni polni akt protiv lica sa kojim se ne živi u bračnoj zajednici, incest i seksualni

odnos sa maloletnim osobama. Kriminološka istraživanja ono najčešće vrši u večernjim ili kasnim noćnim časovima, u stanovima učinioca ili žrtve, u zatvorenim prostorima zgrada, automobilima i ređe na otvorenom prostoru. U polovini slučajeva izvršilac krivičnog dela i žrtva su se poznavali pre kriminalnog događaja. U literaturi su prisutni različiti pristupi objašnjenju uzroka pojave. Neka shvatanja polaze od toga da je reč o patološkom poremećaju polnih nagona, druga da je reč o rasnim predrasudama i predispozicijama, treća da su uzroci u seksualnoj agresivnosti, sve do mišljenja da je pojava izraz socijalne dimenzije, a ne bolesti ili poremećaja ličnosti.

Kao psihološki fenomen silovanje se objašnjava na različite načine. Prema nekim shvatanjima reč je o frustracionom aktu besa, mržnje i brutalnog izliva emocija, ispoljen kao kompenzacioni faktor kompleksa izvršioca koji agresiju iskaljuje nasiljem na žrtvi. Psihoanalitičari, polazeći od motiva koji je za izvršioca podsvesna radnja zadovoljavanja biološkog nagona, silovanje objašnjavaju kao formu dokazivanja moći i održanja kontrole nad silovanom osobom. Seksualni čin je više forma, a zadovoljeni motiv dominacije suština. Patološko ispoljavanje seksualnih nagona i potreba primenom sile na drugoj strani posledica je egoističkih pobuda, jer su iz seksualnog akta isključene emocije prema drugome, a dominira sebični motiv ličnog zadovoljavanja.

Posledice silovanja su mnogobrojne: fizičke, psihičke i socijalne. Fizičke se ispoljavaju u razmerama od neželjene trudnoće, prenošenja zaraznih bolesti, nanošenja telesnih povreda, do čak i smrtnih ishoda. Psihičke posledice su najtrajnije. One se ogledaju u raznim oblicima trauma u vidu neurotičnih poremećaja (apatijska i depresija), osećanja straha, poremećaji sna i ishrane, frigidnosti, nedovoljnog samopoštovanja, sklonost pojavama socijalne patologije (samoubistvu, alkoholizam, narkomanija).

Socijalne posledice, takođe, mogu biti višestruke, od nekih oblika invalidnosti, odsustva porodične i socijalne komunikacije, izolacije i stigmatizacije od strane sredine.

Silovanje je pojava, manje-više karakteristična za sve zemlje sveta.⁴ To je, pretežno, pojedinačni akt nasilnika a ređe grupe koju čine dva, tri ili više lica. U praksi se silovanja u najvećem broju slučajeva dešavaju u poznatoj socijalnoj okolini. Akti nasilja ove vrste od strane nepoznate osobe i na ulici su retki, te zato izazivaju najviše straha kod potencijalnih žrtava – žena. Mnoga silovanja predstavljaju akt grupnog iživljavanja nad žrtvom. U tim slučajevima obično su u pitanju osobe nesigurne u sebe,

⁴ U Srbiji i Crnoj Gori se prosečno godišnje prijavi oko 450 seksualnih delikata, od čega polovinu čine silovanja.

kao i delicti koji imaju karakter u „osvetničkim“ motivima, kakvi su slučajevi u ratnim uslovima ili rasne, nacionalne ili etničke netrpeljivosti. Najtežim oblicima silovanja kako po vrsti i intenzitetu nasilja, tako i po posledicama za žrtvu imaju grupna silovanja koja izvrše bande; kontinuirana silovanja u izbegličkim ili zarobljeničkim logorima, kao i silovanja u porodici.

2.2. Seksualno zlostavljanje i uz nemiravanje

Neki oblici seksualne delinkvencije vezani su za podređenost i nemoc žrtve, koja nije fizičke prirode, da pruži otpor. Naime, određeni statusni položaj u društvu (hijerarhijska lestvica funkcija) ili nekoj sredini (porodična) po svojoj prirodi odnosa među članovima socijalne zajednice ili drugog ambijenta koji stavlja ljude u položaj nadređenosti i potčinjenosti, dominacije i zavisnosti, fizičke nadmoći ili nemoci. Svaki od njih stvara objektivno stanje superiornosti – snage i moći vladanja jednih nad drugima koji imaju osećanja inferiornosti.

Sociološki posmatrano, u feminističkom pristupu, svi oblici seksualne delinkvencije se smatraju akt „muške dominacije“, čin superiornosti izvršioca nad žrtvom, delikt koji po pravilu i ne mora da prati fizička prinuda. Ovaj odnos izведен je iz tradicionalnog statusa i položaja muškarca i žene u patrijarhalnom društvu. Takva društvena ili socijalna pozicija predstavlja objektivni faktor uslova za sva tri moguća oblika seksualnih delikata: seksualnog zlostavljanja, seksualnog uz nemiravanja i incesta.

Seksualno zlostavljanje. Opšti kriminološki pojам kojim se mogu obuhvatiti svi slučajevi polnog opštenja – obljube i nedozvoljenih polnih radnji (izuzev silovanja) u kojima je iskorišćen položaj zavisnosti ili nemoci žrtve u odnosu na izvršioca krivičnog dela jeste seksualno zlostavljanje. Slučajevi mogu biti različiti: iskorišćavanje službenog položaja rukovodioca prema podređenom; vaspitača i staraoca nad maloletnicima ili decom koja su im poverena na vaspitanje i negu (u našem krivičnom zakonodavstvu: krivično delo obljuba zloupotrebom službenog položaja); iskorišćavanje stanja fizičke i psihičke nedozrelosti žrtava (u našem krivičnom zakonodavstvu krivična dela: obljuba nad detetom i obljuba nad nemocnim licem).

Najtežim oblicima ove vrste seksualnih delikata smatraju se i u praksi najčešćim slučajevima – seksualno zlostavljanje dece i delikt incesta.

Seksualno zlostavljanje deteta predstavljaju deliktni akti iskorišćavanja dece od strane krivično odgovornih lica za seksualno zadovoljavanje. U krivičnopravnom smislu to su svi oblici polnog opštenja (obljube i nedozvoljenih polnih radnji) s detetom, bez pristanka deteta ili, čak, i uz njegov pristanak, ako je mlađe od 14 godina, a radi postizanja seksualnog zadovoljstva. U konkretnim radnjama obuhvaćeno je različito ponašanje koje podrazumeva: verbalnu zloupotrebu, bez fizičke grubosti, ili čitav niz ponašanja, kao što je dodirivanje, gledanje, „pregledanje“ tela deteta, sa fizičkim kontaktom ili bez fizičkog njega, do silovanja, sa prinudom na različite oblike polnog akta (oralni snošaj ili pokušaj, vaginalni ili analni snošaj ili pokušaj snošaja)⁵. Pojava je u svetu veoma raširena, čak i u zemljama koje važe za civilizovana društva, a tim je opasnija, jer je seksualno nasilje kombinovano sa fizičkim u 20% slučajeva.⁶ Prema procenama Svetske akademije za pravo i mentalno zdravlje (International Academy of Law and Mental Health) sa sedištem u Kanadi, danas je evidentna i alarmantna činjenica u svetu da je 10–15% dečje populacije seksualno zloupotrebljavano na neki od mogućih načina.⁷

Pored silovanja, najtežim oblikom seksualne delinkvencije smatra se incest (u našem krivičnom zakonodavstvu krivično delo rodoskrvljenje). Incest podrazumeva polno opštenje sa bliskim krvnim srodnikom, zabrana rodoskrvnog braka. Bliskim srodnikom se smatra srodstvo po pravoj liniji, bez obzira na stepen srodstva i po pobočnoj između brata i sestre, oca i čerke. Najteži oblik incesta je odnos između majke i sina, oca i čerke. Smatra se oblašću sankcionisanom

⁵ Prema nekim podacima Incest Trauma Centra iz Beograda, za šest godina, slika tih dela izgleda ovako: od četiri osobe koje su zlostavljane u definjstvu, tri su devojčice; od pet počinilaca seksualnih delikata zlostavljanja, četvorica su muškarci; u 96% slučajeva seksualnog zlostavljanja dece bile su im poznate osobe, a u 92% slučajeva to je bio član porodice; prosečan uzrast zlostavljenih osoba u incestu je 7 godina i jedanaest meseci; trajanje rodoskrvljenja je u 40% slučajeva višemesecno, od čega 60% višegodišnje; petina od zlostavljača koristi pri izvršenju dela i fizičku prinudu; trećina zlostavljenih koji su se obraćali za bilo kakvu pomoć imala je negativno iskustvo. D. Popadić, Seksualno zlostavljanje od tabua do fenomena, Glas javnosti, 15. januar, 2000.

⁶ Prema pretežnim istraživanjima u svetu jedna od tri do četiri devojčice i jedan od četiri do sedam dečaka doživi seksualnu zloupotrebu pre 18. godine. Oko 90% počinilaca je poznato detetu. Seksualna zloupotreba deteta dešava se u svim etničkim, rasnim i religioznim grupama i na svim društveno-ekonomskim nivoima. Osoba koja je preživela seksualno zlostavljanje u definjstvu/incest najčešće je bivala zlostavljana od strane jednog počinioca (76,67%), zatim dva počinioca (13,33%) i tri počinioca (10%).

⁷ L. Kron, „Pravo i nauke koje se bave mentalnim zdravljem; Neki problemi, područja interakcije i socijalna profilaks“, Jugoslovenska revija za međunarodno pravo, br. 1–2/1994, str.160.

najstarijom moralnom i pravnom normom.⁸ Postoji osnovno uverenje da je pojava mnogo rasprostranjenija nego što statistički podaci pokazuju.

Porodična patologija incestnog tipa uzročno se objašnjava s psihanalitičkog, antropološkog, istorijskog i feminističkog stanovišta. Incest otac-ćerka, na primer, često se opisuje kao simptom disfunkcionalnog porodičnog sistema u koji su uključeni svi članovi porodice. Uzroci te vrste seksualnog iskoriščavanja objašnjavaju se seksualnim stresovima, nedostatkom normalnih seksualnih odnosa, ili bračnim konfliktom. Uloga majke, prema nekim istraživanjima, izuzetno je važna: ona se smatra odgovornom zato što su ona i ćerka „promenile uloge“ i zato što je navela muža da traži zadovoljenje na drugom mestu, jer se uzdržavala od seksa i izbegavala vaspitanje deteta. Nasilnička crta incestnog seksualnog interesovanja koje otac ima za decu, implicitno se ignoriše, ili eksplisitno pobiđa – uprkos činjenici da mnogobrojne studije pokazuju da jedna trećina, ili polovina očeva koji su počinili incest ponavlja svoje prekršaje na više od jednog deteta.

Ono što u novije vreme postaje ozbiljna tendencija jeste tolerantno gledanje na takve odnose i skoro izvesna dekriminacija rodoskrvljenja.⁹ Uzroci incesta su brojni, ali se od važnijih ističu porodični alkoholizam u sticaju s mentalnim poremećajima; neurozama, psihozama, psihopatijom, oligofrenijom, klimakteričnim fazama, poremećenost bračnih i porodičnih odnosa i slično.

Seksualno uznemiravanje. U nekim zemljama inkriminisani su, a u kriminološku literaturu i tipologiju uvedeni, i nešto blaži oblici seksualnih delikata, poznatih pod pojmom seksualno uznemiravanje. Reč je o opštem pojmu za delikte protiv seksualne slobode ličnosti. Pod tim se podrazumeva neželjeno, neisprovocirano i neuzvraćeno ponašanje seksualne motivacije.

To su, najčešće, verbalni, fizički ili kombinovani pritisci kojima se vreda, plaši ili ucenjuje žena sa štetnim posledicama po njeno psihičko i fizičko zdravlje i reputaciju. Manifestuje se, praktično, u uvredljivim opaskama, napadnim grafitima, podmetanjem pornografskih slika i sa-

⁸ Rimsko pravo nije kažnjavalo obljudbu među srodnicima po krvi već samo bračnu vezu među njima. Kanonsko pravo širi zabranu i na obljudbu, a u doba feudalizma incest je kažnjavan veoma strogo, čak i smrću. Institut zabrane rodoskrvnog braka održao se u svim savremenim zakonodavstvima, i kao moralna i kao eugenička mera. U nekim zakonodavstvima incest se inkriminiše kao delikt silovanja.

⁹ Incest, ako je dobrovoljan, nije kažnjiv u većini latinoameričkih i zapadnoevropskih zemalja, u Francuskoj, Belgiji, Portugaliji, Turskoj, Argentini, Brazilu i drugim zemljama.

držaja, opscenim šalama na račun seksa i žene, neprikladnim zavodništвом, seksualnim podmićivanjem, seksualnim ucenama. Oni obuhvataju, dalje, verbalne izraze u vidu komentara o erotskom izgledu osobe, uvredljive ili ponižavajuće primedbe i ponude; neželjeno udvaranje, ucene ili pretnje radi iznude seksualnih odnosa, potkupljivanje obećanima za uslove rada ili napredovanje, neželjene oblike dodira tela, milovanje, grljenje i slično.

U tradicionalnom značenju pojava je označavana kao blud, ali u socijalno patološkom smislu to je vrsta napada na seksualnu slobodu ličnosti, nedopušten polni odnos, razvratna radnja lišena smislenosti i humanog odnosa prema partneru. Reč je o vulgarnom zadovoljavanju polnog nagona lišenim svake humanosti i osećajnog odnosa prema partneru, odnosno prema sopstvenoj polnosti. U pitanju je „negativna pojava u polnom životu jer sprečava čoveka da u toj oblasti svoje delatnosti doživi emocionalno zadovoljstvo i punu afirmaciju svojih prirodnih potreba“.¹⁰ U krivičnom pravu postoji deliktni akt u vidu protivprirodnog načina seksualnog odnosa, kada se na perverzan, bestidan i nepristojan način koristi telo druge osobe, nasilno ili nemoć lica sa kojim nije u bračnoj zajednici, radi seksualnog uzbudivanja bez namere obljube.

U našem krivičnom zakonodavstvu inkriminisana je kao krivično delo Nedozvoljene polne radnje.

3. Tipologija seksualnih delinkvenata

Uzroci seksualnih nastranosti nisu dovoljno istraženi, niti postoje jedinstveni pristupi tom pitanju. Za razliku od drugih oblika kriminaliteta, smatra se da su seksualni delikti i nasilje u njima prvenstveno uzrokovani strukturom ličnosti. Postoji više pokušaja određivanja faktora seksualnog nasilja. Prema nekim, uzrok je takozvani osvetnički recidiv osobe (izvršioca dela) koja je u detinjstvu bila žrtva seksualnog nasilja; prema drugima, razlozi su u krizi trećeg doba; dok treći ovu pojavu objašnjavaju posledicama stresnog života, ekonomskom nesigurnošću, ispraznim životom, automatizacijom procesa rada i slično.

Veoma je duga i bogata istorija opisa seksualnih delinkvenata, posebno izvršilaca krivičnih dela silovanja. Prema Lombrozovoj (Cesare Lombrosso) teoriji seksualni delinkvent je ličnost fizički degenerativnih osobina. To je osoba koja se odlikuje dugim ušima, spljoštenom lobanjom, kosim i jako približenim očima, spljoštenog nosa i široke brade. Svojevremeno, krajem 18. veka u nauci su bile prisutne teorije po kojima

¹⁰ Enciklopedija *Nauka o seksualnosti*, Interpres, Beograd, 1971, str. 46.

je seksualni delinkvent specifičnih konstitutivnih obeležja. Takva konцепција тумачења сексуалних девијација у науци је дugo опстajала. Тако је Dela Porta (Della Porta J. Baptiste) сматрао да се ради о особама blede боје коže, дугачке и ravне косе, zatubastog nosa. Често се у старијој литератури navodi да су uzroci u abnormalnosti ljudi, što asocira na duševne bolesnike, kako je, inače, појаву označавао i Feri. Međutim, u to vreme ovaj pojам je označавао не само psihopatološke poremećaje nego i defekte u karakternoj i intelektualnoj sferi.

Iako u literaturi сексуални delinkvent – izvršilac krivičног dela silovanja retko čini i neku drugu vrstu delikta, ukoliko se izuzmu akti nasilja u savladavanju otpora žrtve, ipak постоје нека уверења да је рећ о извршиоци viшеструкih kriminalnih склоности. Таква уверења se formiraju, и она su približno tačna, na osnovu jedne dosta retke pojave kada se imaju u виду tzv. serijska ubistva. Neki autori (Levin i Fox) ukazuju na то да су међу serijskim ubicama najbrojnije tzv. serijske ubice сексуално motivisane, tj. да је svaki трећи сексуални manjak ubica.

Kraft-Ebing (R. Karfft-Ebing) u svom delu na ovu тему (*Psychopathia sexualis*, 1886) na сексуалне nastranosti gleda као на болест, а не као на морални преступ. По njemu сексуалне nastranosti су последица duševnih poremećaja ličnosti, dok psihoanalitičari сматрају да су uzroci takvih patoloških stanja u poremećajima iz ranog doba сексуалног razvoja. Тако G. Kelens за сексуалног delinkventa сматра да је рећ о особи која је i сама u неком ranijem periodu razvoja ličnosti bila žrtva сексуалног traumatizma ili agresije.

Često се, u psihologiji, за neposredne uzročnike ових појава узимају фактори strogog вaspitanja, kažnjavanja i zabrana u porodici u periodu detinjstva i adolescencije. Smatrajući da u тој oblasti primarni značaj имају biološke predispozicije aberantnog nagona, Fojd (S. Freud) појаву тумачи као последицу pogrešног вaspitanja, ali i strahom od kastracije u periodu ranog razvoja u detinjstvu.

Sociološke teorije faktore uzročnosti izvode iz opštih teorija o devijantnosti: njihovim svodenjem na poremećaje interpersonalnih odnosa; adaptacione faktore i kulturne činioce (H. S. Saliven [Sullivan]).

Gutmather (Guttmacher) je u jednoj svojoj studiji opisao tri tipa сексуалних delinkvenata: autentični tip чiji je motiv silovanja primarnо сексуалан; sadistički tip чiji je motiv сексуалног задовољства u физичком насиљу prema žrtvi i agresivni tip klasičног kriminalca, antisocijalnog načina života. Kohen (Cohen) i saradnici su 1971. godine u jednoj studiji definisali su četiri takva tipa: pomereno agresivni kod koga je bes prema poznatoj žrtvi pomeren na сексуални akt; kompenzatorski tip, преступник

koji svoju nesposobnost u normalnim oblicima seksualnog zadovoljava nadoknađuje silovanjem; difuzni tip, prestupnik kod koga su fuzionisani oblici seksualne i agresivne energije i impulsivni tip, situacioni prestupnik, silovatelj bez posebnog plana.¹¹

MekKaldon (McCaldon) ih deli na tri grupe: a) višestruke povratničke osuđivane za razna krivična dela; b) psihopate, hronično asocijalne ličnosti i c) osobe s psihičkim poremećajima čiji se mentalni defekti pretvaraju u agresivno ponašanje prema žrtvi. R. Slovenko seksualne delinkvente razlikuje na: one kod kojih je silovanje produkt prigušenih seksualnih impulsa, i na sadiste i agresivne ličnosti, koji vrše i druga dela nasilja. Amidon (H. Amidon) i Vagner (T. A. Wagner) ih dele: a) agresivne učinioce kojima je žrtva zamena za osobu na koju ne može iskaliti svoju agresivnost; b) učinioce motivisane pretežno seksualnom željom i c) seksualne manijake, sposobne da žrtvi nanesu i najveće psihičke traume i fizičke patnje.

Savremena istraživanja i pokušaji tipologije orijentisani su, prvo da dokažu da seksualni delinkvent nije bolesnik u psihopatološkom smislu, da odrede izvesne patogene crte psiholoških poremećaja i karakternih osobina, i na kraju da daju izvesni socijalni portret. Skoro sva istraživanja seksualne delinkvencije ukazuju na to da mnogobrojne predraštade i mit o seksualnom delinkventu koji postoje uvreženi u javnosti, nemaju naučnu osnovu, a, posebno, da je delinkvent motivisan na nedozvoljeni seksualni akt nekontrolisanim seksualnim porivima, te da su takvim aktima sklonije osobe s ruba socijalne margine i mentalno poremećene individue. Stvarna socijalna slika i psihološki profil ni izbliza nisu takvi. Kada se imaju u vidu socijalna obeležja, sva istraživanja ukazuju da su pojave seksualnih nastranosti daleko izraženije kod muškog nego kod ženskog pola, više kod starije nego mlađe populacije. Najočiglednija odlika seksualnih delinkvenata, sa dijagnostičke tačke gledišta, jeste da izgledaju normalno. Najvećem broju njih ne može se pripisati nijedna psihijatrijska dijagnoza. Kako nisu uspeli da demonstriraju očiglednu psihopatološku, ili patogenetsku istoriju kod većine delinkvenata, mnogi kliničari su odustali od nezahvalnog i teškog ispitivanja samog delinkventa, da bi se koncentrisali na pristupačnije podatke o njegovoj porodici i socijalnom okruženju. Kod mnogih psihopatoloških objašnjenja ponašanja seksualnog delinkventa, gubi se sam delinkvent, pa se navode osobine njegovih roditelja, žene, ili žrtve.

¹¹ Pored ovih postoje još neke tipologije, ali se one manje-više prepliću sa prethodnim, kao što je Grotova studija iz 1979. godine, kao i Skalijeva i Marolijeva (Scally, Marolla) studija iz 1985. godine.

Seksualni delinkvent je u klasifikaciji prestupnika sklonih vršenju krivičnih dela protiv polne slobode, uslovno rečeno, poseban tip kriminalne ličnosti. U literaturi nije izdiferenciran opšti tip seksualnog delinkventa, ali su, na osnovu kliničkih ispitivanja, selektirani razni profili njihove psihoske strukture i socijalnih obeležja. U pitanju je vrlo heterogena struktura osoba, različite psihoske strukture, poremećaja ličnosti, socijalnih obeležja i motivacionih osnova. Veliki broj seksualnih delinkvenata je s negativnim iskustvima iz ličnog razvoja, koji su imali odraza na psihosku strukturu ličnosti, usvojen sistem vrednosti, moralna shvatanja i adaptaciju u socijalnu sredinu. Mnogi od uzroka takvog stanja ličnosti potiču iz porodičnih, ličnih, šire socijalnih ali i bioloških faktora. Na to upućuju istraživanja koja kod seksualnih delinkvenata ukazuju na veoma visok procenat emocionalne nezrelosti (čak 80%), nepouzdanja i nestabilnosti, neurotičnosti, kao i ispodprosečnosti koeficijenta inteligencije. Incestualni delinkventi, prema istraživanjima, iskazuju pored svojstva emocionalne ravnodušnosti u većini slučajeva nizak stepen inteligencije (ispod 70 IQ).

Za razliku od seksualno normalnih osoba seksualni delinkventi su socijalno neprilagođene ličnosti, s nedovoljnom sigurnošću u sebe. Oni ispoljavaju u istraživanjima značajne razlike u seksualnim stavovima, ali prema mnogim istraživanjima nemaju bitne razlike u osobinama ličnosti nego što je to slučaj sa normalnom populacijom. Neka odstupanja javljaju se u vidu neuspešnosti stvaranja normalnih seksualnih kontakata, niži stepen zadovoljstva i nivo frustracione tolerancije. Takođe izvensna odstupanja pojavljuju se i u sferi impulsivnosti, nasilničkog ponašanja i besa.

Najčešće su u pitanju osobe sa psihopatskom karakternom strukturom ličnosti, s naglašenim agresivnim i egoističnim svojstvima. Seksualni nasilnik, za razliku od drugih nasilnih delinkvenata (ubica i razbojnika) razlikuje se po nekim psihopatološkim obeležjima: visokoj incidenci poremećaja ličnosti, visokoj bazičnoj agresivnosti i antisocijalnim ponašanjem, visokoj učestalosti alkoholisanosti u deliku, retkim motivacijama psihološke prirode koje se ne bi mogle kontrolisati.¹²

Psihopatije, koje su karakteristika seksualnih delinkvenata, su urođeni poremećaji u strukturi, ponašanju i emocionalnom razvoju ličnosti, naročito složenijih komponenti, tzv. socijalnih emocija, osećanja i volje. Kod njih ne postoje, ili su veoma ograničeni, moralni obziri i norme, evi-

¹² M. Bošković, Zbornik Matice srpske, Seksualna agresija, 1995, str. 62–65.

dentno je odsustvo svesti o univerzalnim vrednostima, dakle nema osećanja krvice i greha. nestabilnost, prkosno i agresivno ponašanje, asocijalnost i nastranost.

Psihopata je osobenjak, ličnost asocijalnih sklonosti i ponašanja, nastrana, neuravnotežena osoba. Takva ličnost ne smatra se duševno bolesnom, iako tako u sredini odaje utisak, ali je evidentno izopačenih moralnih i karakternih svojstava. U suštini psihopate su poremećene ličnosti u smislu karaktera, jer ne poseduju norme civilizovanog ponašanja. U savremenoj psihijatrijskoj literaturi njima se smatraju osobe s patološkom seksualnošću i afektivnošću, amoralnim i asocijalnim sklonostima. Sa krivično pravnog aspekta, spadaju u uračunljive, ili eventualno u osobe smanjene uračunjivosti, tj. smatraju se licima odgovornim za svoje postupke i samo povremeno mogu dospeti u stanja sličnim kao kod duševnih bolesnika, odnosno u stanje neuračunjivosti. S kriminološkog aspekta klasifikacije psihopata interesantniji za proučavanje su hladni šizoidni tipovi, bezosećajne osobe, koje su u svojim postupcima nagonski brutalne i čine krivična dela hladno i s umišljajem, kao i asocijalne i antisocijalne psihopate.

To je delinkvent kod koga je doživljaj seksualnog uzbuđenja uslovjen mučenjem žrtve. Kod njih postoji patološka potreba – želja za poseđovanjem žrtve ili gospodarenje situacijom. Žrtva je svedena na objekt bez ikakvog smisla, sem da zadovolji njegove želje. Pri tom je vrsta dela u rasponu od klasičnih vidova silovanja do seksualnog zlostavljanja dece, razni oblici seksualnih perverzija i inverzija, sve do seksualno motivisanih ubistava. Karakterističan je intenzitet primene sile psihopata u seksualnim deliktima, koji se iskazuje u većoj meri primene sile prema žrtvi nego što je to sama potreba zadovoljavanja seksualne požude, što posredno ukazuje na sadističku prirodu samog akta seksualnog nasilnika – psihopate.

U stvari, kod takvih tipova ličnosti brutalnost, kao sredstvo i način u zadovoljavanju seksualne potrebe, uzrokovana je projekcijom sopstvenih frustracija, neuspeha i stresova, koje oni iskaljuju na žrtvi. Ovaj tip je malobrojniji u strukturi seksualnih delinkvenata. Njihovo ponašanje stimulišu nerešeni unutrašnji konflikti, disharmonija u komunikaciji i socijalna izolovanost. Takve osobe su izrazitih agresivnih crta ličnosti s psihološkim poremećajima, što u izvesnim trenucima uzrokuje gubljenje samokontrole i stvara sklonost ka pražnjenju kroz seksualno nasilje. Neka istraživanja ukazuju na to da su u pitanju ličnosti s negativnim iskustvom zadovoljavanja u normalnim seksualnim odnosima, da potiču iz devijantnih porodica, bez ljubavi i pažnje rodi-

telja. Rezultati kliničkih ispitivanja seksualnih delinkvenata, pod psihijatrijskim tretmanom ukazuju na to da se njihov agresivni karakter tumači posledicom ispoljavanja mentalnih poremećaja i patološke (psihotične) strukture ličnosti.

4. Krivično pravna regulacija seksualnih delikata

U našem krivičnom zakonodavstvu inkriminisano je više oblika seksualne delinkvencije koji su u kriminološkom smislu napred opisani.

Pre svega to su krivična dela protiv polne slobode: silovanje (čl. 178. KZ), obljava nad nemoćnim licem (čl. 179. KZ), obljava nad detetom (čl. 180 KZ), obljava zloupotrebom službenog položaja (čl. 181. KZ), nedozvoljene polne radnje (čl. 182. KZ); krivično delo rodoskrvnenje (čl. 197. KZ) i trgovina ljudima (čl. 388. KZ).

4.1. Silovanje

Delo je propisano u osnovnom, jednom posebnom i dva teža oblika.

Osnovni oblik se sastoji u alternativnim radnjama obljube ili sa njom izjednačenim činom putem prinude, korišćenjem sile prema pasivnom subjektu - žrtvi ili pretnje istom da će neposredno napasti na život ili telo tog ili njemu bliskog lica.

Radnja obljube podrazumeva prodiranje muškog polnog organa u ženski (potpuno ili delimično). U ostalim slučajevima sve bi predstavljalo pokušaj krivičnog dela. Pokušaj silovanja prema tome obuhvata primenu sile i prinude bez penetracije, kao i radnju primena sile i prinude za stvaranje uslova sa namerom silovanja. Donekle je sporan pojam „sa obljbom izjednačen čin“, kako u sudskoj praksi tako i u teoriji, ali se pretpostavlja da je zakonodavac podrazumevao raniji pojam protivprirodni blud, tj. analni ili oralni koitus.

Pojam prinude se shvata kao apsolutna ili kompulzivna sila i kvalifikovana pretnja neposrednog napada na život i telo.

U sudskoj praksi kod ovog krivičnog dela problematičan je oblik i intenzitet prinude od strane izvršioca, odnosno otpora pasivnog subjekta, tj. da li otpor mora biti izražen samo fizički ili je dovoljan i izričit verbalni pristanak na seksualni čin obljube, a takođe i koja mera fizičke prinude izvršioca se smatra inkriminatornom.

Prema tome, ključno pitanje za razgraničenje je obljava protiv volje žrtve i obljava uz njen pristanak. Da bi postojalo delo obljube bitno su obljava ili s njome izjednačen čin izvršeni primenom sile ili pretnje. Kriterijum pružanja otpora žrtve vrednuje se vrstom i intenzitetom sile ko-

jom je savladan, što znači da treba da je ozbiljan, čvrst i stalан. Međutim, ovakvo tretiranje otpora ima i svoju relativnost kriterijuma, pa je u svakom konkretnom slučaju potrebna ocena suda da li je žrtva u konkretnim okolnostima i mogla pružiti takav otpor.

Poseban problem čini dvoumljenje, nedovoljna odlučnost pasivnog subjekta ili njegov prethodni pristanak na neke seksualne predigre. Od značaja je i stanovište sudske prakse da pristanak pre i u toku obljube isključuje krivično delo, iako je pre toga primenjen neki oblik prinude.

Pasivni subjekt s obzirom na to da je uveden i pojам izjednačavanja drugih seksualnih radnji s aktom obljube, može biti svako lice, bez obzira na odnos sa izvršiocem. Za postojanje krivičnog dela nebitno je da li su osobe u braku ili ne, ili da li su pre toga održavali seksualne odnose, ili da li se žrtva, pre izvršenja krivičnog dela nad njom, bavila prostitucijom ili pružanjem bilo kakvih seksualnih usluga.

Izvršilac može biti i muško i žensko lice, odnosno delo može biti počinjeno u različitim kombinacijama izvršioca i žrtve; odnosno to može biti muškarac nad ženskim licem, muškarac nad muškim licem i žensko lice nad muškarcem. Jedino je isključeno da ovo delo počini žensko lice nad drugom ženom, jer u slučaju primene sile na neke seksualne radnje od strane žene nad ženom radilo bi se o nekom drugom krivičnom delu a ne o silovanu. Kao oblik krivice predviđen je umišljaj i svest učinioца da se obljuba ili s njom izjednačen čin vrši protiv volje pasivnog subjekta.

Sankcija za ovaj oblik krivičnog dela je kazna zatvora od dve do deset godina.

Posebni oblik ovog krivičnog dela postoji ako je delo iz osnovnog oblika učinjeno ucenom, odnosno pretnjom da će se za lice prema kome je radnja usmerena ili njemu bliskom licu otkriti nešto što bi škodilo njegovoj časti ili ugledu ili pretnjom drugim teškim zlom.

U ovom slučaju učinilac će se kazniti zatvorom od jedne do osam godina.

Teži oblik čini osnovni oblik i određene alternativne kvalifikatorne okolnosti, odnosno ako je: a) nastupila teška telesna povreda lica prema kojem je delo izvršeno; b) ako je delo izvršeno od strane više lica; c) ako je delo počinjeno na naročito svirep način; d) ako je izvršeno na naročito ponižavajući način; e) ako je počinjeno prema maloletniku; i f) ako je delo imalo za posledicu trudnoću.

Za ovaj oblik učinilac će se kazniti zatvorom od tri do petnaest godina.

Najteži oblik propisan je za slučaj kada je, izvršenjem dela iz osnovnog oblika, nastupila smrt lica nad kojim je delo izvršeno, pri čemu posledica treba da je nehatna, ili je delo učinjeno prema detetu.

Za ovaj oblik zaprećena je kazna zatvorum od pet do osamnaest godina.

4.2. Obljuba nad nemoćnim licem

Delo je propisano u jednom osnovnom i dva teža oblika.

Radnja osnovnog oblika je u istovetnom sadržaju kao i kod krivičnog dela silovanja, s razlikom u tome što se u ovom slučaju izvršilac koristi okolnost da je žrtva u nemoći pružanja ozbiljnog otpora zbog određenog, zdravstvenog, mentalnog ili psihičkog stanja. Pasivni subjekt je nemoćno žensko ili nemoćno muško lice.

Učinilac u ovom slučaju čini krivično delo obljube iskoristivši duševno oboljenje, zaostali duševni razvoj, ili drugu duševnu poremećenost žrtve. Iz ovog razloga, od strane žrtve ne mora postojati aktivni otpor da bi se stekli svi elementi dela, dovoljno je i bilo kakvo verbalno ili konkludentno protivljenje. Dovoljan je uslov da lice, zbog fizičke nemoći, ne može pružiti otpor, ili zbog psihičkog stanja ne shvata značaj seksualnog akta.

Za delo je potrebna umišljajna radnja i svest počinjoca da vrši delo nad takvim licem. U izvesnim slučajevima postoji i mogućnost stvarne zablude počinjoca, ako se on i žrtva nisu ranije poznavali.

Za ovaj oblik krivičnog dela zaprećena je kazna zatvorom od jedne do deset godina.

Kvalifikovani oblici vezani su za iste okolnosti kao i kod krivičnog dela silovanja.

Teži oblik postoji ako je izvršenjem osnovnog oblika dela nastupila teška telesna povreda nemoćnog lica, ili ako je delo izvršeno od strane više lica ili na naročito svirep ili naročito ponižavajući način ili je učinjeno prema maloletniku ili je delo imalo za posledicu trudnoću.

U slučaju da počini ovaj oblik dela učinilac će se kazniti zatvorom od dve do dvanaest godina.

Najteži oblik uslovljen je posledicom kada je zbog radnje iz osnovnog oblika nastupila smrt žrtve, pri čemu je posledica nehatna, ili je po sredi delo izvršeno prema detetu.

Kod ovog oblika zaprećena je kazna zatvorom od pet do osamnaest godina.

4.3. Obljuba sa detetom

Smisao inkriminacije za ovo delo je zaštita lica koja nisu dostigla potreban stepen zrelosti. S određenim procenama polazi se od stava da osobe do četrnaest godina nemaju polnu, biološku, a ni potrebnu intelektualnu i socijalnu zrelost. Delo je propisano u osnovnom i dva teža oblika.

Osnovni oblik čini obljava, ili s njom izjednačen čin, koji je izvršen uz pristanak pasivnog subjekta. Dakle, u radnji dela ne smeju postojati elementi prinude. U protivnom, reč je o najtežem obliku krivičnog dela silovanja.

Kao oblik krivice je umišljajna radnja i svest o tome da je pasivni subjekt dete. U izvesnim slučajevima moguć je i oblik otklonjive stvarne zablude.

Učinilac ovog oblika kazniće se zatvorom od jedne do deset godina. Međutim, postoji i jedan izuzetak kod kažnjavanja za ovaj oblik dela. Namime, zakon propisuje da se učinilac neće kazniti, ako između njega i deteta ne postoji značajnija razlika u njihovoj duševnoj i telesnoj zrelosti.

Teži oblik postoji ako je osnovni oblik izvršen od strane više lica, ili je delo imalo za posledicu trudnoću.

Sankcija za teži oblik je kazna zatvorom od dve do dvanaest godina.

Najteži oblik vezan je za nehatnu posledicu krivičnog dela, odnosno ako je zbog radnje dela iz osnovnog oblika nastupila smrt deteta.

Propisana sankcija kazna zatvorom od pet do osamnaest godina.

4.4. Obljava zloupotrebom položaja

Spada, takođe, u krivična dela protiv polne slobode, a predviđene oblike može da učini fizičko lice koje ima svojstvo službenog lica.

Osnovni oblik dela čini lice koje zloupotrebom svog položaja navede na obljavu, ili sa njom izjednačen čin, lice koje se prema njemu nalazi u odnosu kakve podređenosti ili zavisnosti. Propisana kazna je zatvor od tri meseca do tri godine.

Teži oblik dela može da učini nastavnik, vaspitač, staralac, usvojilac, roditelj, očuh, mačeha ili drugo lice koje zloupotrebom svog položaja ili ovlašćenja učini obljavu, ili sa njom izjednačen čin, sa maloletnikom koji mu je poveren radi učenja, vaspitavanja, staranja ili nege. Za ovaj oblik predviđena je kazna zatvorom od jedne do deset godina, a ukoliko je delo učinjeno prema detetu učinilac će se kazniti zatvorom od dve do dvanaest godina.

Posebni oblik dela postoji ukoliko je delo iz osnovnog ili težeg oblika imalo za posledicu trudnoću. U tom slučaju, za delo s posledicom trudnoće iz osnovnog oblika, učinilac će se kazniti zatvorom od šest meseci do pet godina, a za teži oblik dela zatvorom od dve do dvanaest godina, a za delo učinjeno prema detetu zatvorom od tri do petnaest godina. Ukoliko bi kao posledica dela nastupila smrt deteta učinilac će se kazniti zatvorom od pet do osamnaest godina.

4.5. Nedozvoljene polne radnje

U osnovnom obliku, ovo delo postoji ako je, izuzev silovanja, izvršena neka druga polna radnja pod uslovima koji su propisani za osnovni i posebni oblik kod krivičnog dela silovanja, osnovni oblik kod krivičnog dela oblube nad nemoćnim licem, osnovni oblik oblube nad detetom, kao i osnovni i dva teža oblika oblube zloupotrebatom službenog položaja.

Radnja izvršenja nije zakonom određena, pa otuda spornost sadržaja pojma nedozvoljena polna radnja. Nema sumnje, radi se o delu koje je usmereno protiv polnog morala, odnosno u zadovoljavanju seksualne potote na neprirodan način, prema pasivnim subjektima o kojima je bilo reči kod predhodnih krivičnih dela iz ove oblasti.

Sudska praksa, ima u vidu radnje koje su u ranijem krivičnom zakonu bile inkriminisane kao krivično delo bludne radnje, odnosno: uzbuđivanja ili zadovoljavanja seksualnog nagona suprotno normama seksualnog morala (bestidne, perverzne i koje prelaze granice normalnosti); prinuđivanje na skidanje, grljenje, ljubljenje dodirivanje delova tela iz oblasti genitalne sfere bez pristanka partnera, prema nemoćnim licima, decom, ili prinuđivanje drugoga da čini bludne radnje nad sobom ili prema drugome.

Propisana sankcija je novčana kazna ili zatvor do tri godine.

Teži oblik ovog dela postoji ako je usled izvršenja dela iz osnovnog oblika nastupila teška telesna povreda lica prema kojem je delo izvršeno, ili ako je delo izvršeno od strane više lica ili na naročito svirep ili naročito ponižavajući način,

Za ovaj oblik učinilac će se kazniti zatvorom od dve do deset godina.

Najteži oblik propisan je za slučaj kada je kao posledica dela nastupila smrt lica prema kojem je delo izvršeno,

Za delo je zaprećena kazna zatvorom od tri do petnaest godina.

4.6. Rodoskrvnenje

Krivično delo je propisano u dela protiv braka i porodice. Zakonska formulacija ovog dela glasi «Punoletno lice koje izvrši oblubu ili sa njom izjednačen polni čin sa maloletnim srodnikom po krvi u pravoj liniji ili sa maloletnim bratom, odnosno sestrom kazniće se zatvorom do tri godine». Izvršilac dela može biti samo punoletno lice, a pasivni subjekt maloletni srodnik. Za krivicu je potreban umišljaj, a radnja zasnovana na dobrovoljnosti u protivnom radilo bi se o krivičnom delu silovanja.

4.7. Trgovina ljudima

Neposredni povod za propisivanje ove inkriminacije proistekao je iz činjenice što je naša zemlja ratifikovala Konvenciju Ujedinjenih nacija o borbi protiv transnacionalnog organizovanog kriminala iz 2000. godine.

Radnja izvršenja ovog krivičnog dela propisana je alternativno i može se manifestovati u: vrbovanju; prevoženju; prebacivanju; predaji; prodaji; kupovini; posredovanju u predaji ili prodaji; sakrivanju; ili držanju drugog lica. Vrbovanje podrazumeva podstrekivanje pasivnog subjekta koje može biti ostvareno bilo kojom radnjom koja je podobna da kod njega stvori ili učvrsti odgovarajuću odluku. Samo vrbovanje se ostvaruje isticanjem navodnih dobrih strana prebacivanja u drugu zemlju i bavljenja prostitucijom, ili navodenjem na druge radnje koje će dovesti određeno lice do toga da postane pasivni subjekt krivičnog dela trgovine ljudima. Prevoženje predstavlja samo transportovanje pasivnog subjekta određenim prevoznim sredstvom sa jednog na drugo prostorno udaljeno mesto. Prebacivanje ovde podrazumeva omogućavanje ili obezbeđenje ilegalnog ulazeњa u neku zemlju ili izlaženje iz neke zemlje, u suštini obezbeđenje ili omogućavanje ilegalnog prelaženja državne granice. Predaja predstavlja preuzimanje određenih aktivnosti kojima se omogućuje stavljanje pasivnog subjekta na raspolaganje nekom drugom licu. Pojam prodaje ovde podrazumeva otuđenje pasivnog subjekta uz određenu novčanu ili neku drugu naknadu. Kupovina je sticanje prava svojine nad pasivnim subjektom uz određenu naknadu. Pod pojmom posredovanja podrazumeva se omogućavanje ostvarivanja veze između lica, znači dovođenje u vezu lica koja su na određeni način uključena u predaju ili prodaju pasivnog subjekta.

Kada je reč o navedenim oblicima radnje izvršenja, bitno je navesti da se u slučaju prodaje, kupovine i posredovanja u predaji ili prodaji radi o zasnivanju određenog ugovornog odnosa čiji je predmet isključen iz pravnog prometa, tako da on nema pravno dejstvo u smislu zasnivanja određenih prava i obaveza. Sakrivanje, koje može biti izvršeno na različite načine, predstavlja smeštaj i kamufliranje pasivnog subjekta na određenom za to pogodnom mestu, koje je nepoznato širem krugu ljudi. Držanje drugog lica faktički predstavlja njegovo protivpravno lišenje slobode, ili bolje rečeno, oduzimanje slobode kretanja pasivnom subjektu, što znači da mu se onemogućava da promeni mesto gde se nalazi po svojoj volji.

Prema tome, za postojanje ovog krivičnog dela potrebno je da je radnja izvršenja preduzeta na jedan od sledećih načina: silom ili pretnjom; dovođenjem u zabludu ili održavanjem u zabludi; zloupotrebotom

ovlašćenja; zloupotrebom poverenja; zloupotrebom odnosa zavisnosti; zloupotrebom teških prilika drugog. Ove pojmove treba razumeti na uobičajeni način kako su definisani opštim pravnim institutima. Izvršilac ovog krivičnog dela može biti svako lice, a ukoliko se radnja izvršenja ostvaruje zloupotrebom ovlašćenja, poverenja ili odnosa zavisnosti, onda takvu radnju može izvršiti jedino lice koje poseduje odgovarajuća ovlašćenja, ili sa kojim pasivni subjekt ima odnos poverenja, ili u odnosu na koga se pasivni subjekt nalazi u odnosu zavisnosti. Za krivičnu odgovornost učinioca potreban je umišljaj i to direktni i postojanje odgovarajuće namere, koja se ogleda u težnji da se preduzimanjem odredene radnje izvršenja postigne neki ili više od alternativno formulisanih ciljeva, kao što je sticanje neke koristi, eksploracija rada pasivnog subjekta i sl. Za osnovni oblik propisana je kazna zatvora u trajanu od dve do deset godina (KZ RS), odnosno jedne do deset godina (KZ RCG). Ista kazna propisana je i za slučaj da je delo preduzeto prema maloletnom licu bez sile i pretnje.

Teži oblici krivičnog dela postoje u nekoliko kvalifikatornih okolnosti: a) ako je delo iz osnovnog oblika izvršeno prema maloletnom licu (kazna zatvorom najmanje tri godine) b) ako je kao posledica nastupila teška telesna povreda pasivnog subjekta (kazna zatvorom od tri do petnaest godina – KZ RS, odnosno od jedne do dvanaest godina – KZ RCG) c) ako je kao posledica dela nastupila smrt jednog ili više lica , ili ako se počinilac bavi vršenjem krivičnog dela iz osnovnog oblika (kazna zatvorom najmanje deset godina) d) ako je delo izvršeno na organizovan način (kazna zatvorom najmanje pet godina).

REZIME

Seksualni odnosi su, u osnovi, određeni civilizacijom, kulturom, tradicijom i običajima datog društva. Međutim, nezavisno od toga, u običajima raznih sredina, pa samim tim i u literaturi, postoji izdiferenciran niz oblika zadovoljavanja seksualne požude koji se smatraju u moralnom i običajnom smislu neprihvatljivim, a u pravnom nedozvoljenim, odnosno kažnjivim.

U najtipičnije oblike seksualnih delikata spadaju oni vidovi polnog opštenja koji su plod prisile muškarca ili podavanja žene bez ljubavi, pa makar oni bili izvedeni i na najprirodniji način. Iako su seksualni delikti u shvatanjima raznih kultura različiti, ipak se neki oblici krivičnopravne prirode smatraju relativno univerzalnim i inkriminatornim, a to su, pre

svega delikti fizičke i druge prisile, seksualnog zlostavljanja i seksualnog uznemiravanja.

Seksualni delinkvent je ličnost posebne psihosstrukture i patologije ličnosti, kakva se retko sreće u drugim vidovima kriminaliteta. Reč je, prvenstveno, o osobama sa psihopatskom prirodom karaktera, i s naglašenim agresivnim i egoističnim svojstvima ličnosti.

U našem krivičnom zakonodavstvu su na odgovarajući način, primeren moralnim i običajnim shvatanjima, propisana odgovarajuća krivična dela kojima su sankcionisana seksualno neprimerena, neprirodna i nedozvoljena ponašanja i odnosi.

*Milo Bošković, Full Professor
Novi Sad School of Law*

Criminological characteristics of crimes against sexual freedom

Abstract

Sexual relations are essentially shaped by the civilization, culture, tradition and customs of the society. However, regardless of that, in the practices of different communities, as well as in the literature, various forms of satisfying the sexual desire are differentiated, that are considered as unacceptable in moral and customary terms, and as illegal and punishable in legal terms.

The most typical forms of sexual offenses are those types of sexual communication that are the result of the physical coercion of man or woman sexually communicating without love, even if they are conducted in the most natural way. Although the views of sexual offenses are different in various cultures, some forms of criminal nature are considered relatively universal – primarily those forms followed by physical coercion, sexual abuse and sexual harassment.

Sexual delinquent is a person of special personality structure and personality pathology, primarily with psychopathic nature of the character, with aggressive and egotistical characteristics of personality.

In our criminal legislation there are criminal acts, which in way appropriate with the moral and customary conceptions, specify and sanction sexually inappropriate, unnatural and illegal behavior and relationships.

Key words: sexual offenses, rape, sexual abuse, incest.

*Dr Miloš Marjanović, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

PREDMET SOCIOLOGIJE PRAVA I NJEN ODNOS SA SRODNIM DISCIPLINAMA

Sažetak: *Sociologija prava je relativno nova naučna disciplina, premda društveno istraživanje prava ima dugu tradiciju. Analiziraju se razlozi otpora njenom konstituisanju i veoma širok dijapazon određenja predmeta što ukazuje na početnu fazu konstituisanja. Sistematisovane su osnovne oblasti njenog proučavanja i njeni glavni zadaci. Preciznijem razgraničenju predmeta treba da doprinese i analiza odnosa sociologije prava sa srodnim disciplinama, uključujući filozofiju prava i psihologiju prava. Naročito je razmotren odnos prema pravnoj antropologiji i pravnoj etnologiji.*

Ključne reči: *konstituisanje i sistematika sociologije prava, socio-centrična i pravnocentrična orijentacija, filozofija prava, psihologija prava, društvene nauke.*

1) Predmet sociologije prava

Sociologija prava je relativno novija naučna disciplina. Njenim osnivačem se smatra austrijski pravnik Eugen Erlih koji je u svom delu *Osnovi sociologije prava* (1913) prvi upotrebio ovaj naziv u naslovu jedne knjige. Međutim, istorija nastanka opšte sociologije (1839.) i mnogo starija istorija pravne nauke pokazuju da razvoj društvene analize prava ima dugu tradiciju.¹ Dakle, teorijsko i empirijsko izučavanje prava kao društvene pojave postojalo je mnogo ranije pa se, zato, može govoriti i o pretečama sociologije prava.

¹ E. Pusić, *Društvena regulacija*, Zagreb, 1978, s. 6 -9; G. Vukadinović – R. Stepanov, *Teorija prava I*, Petrovaradin, 2001, s. 97; A. Molnar, *Društvo i pravo*, knj. 2, Novi sad, 1994, s. 447.

Ovu tesnu povezanost društva i prava uočili su još rimski pravnici koji su govorili da gde je društvo, tu je i pravo (*ubi societas, ibi ius*). Za Rimljane je pravo „umeće dobrog i pravednog“ (*ars boni et aequi*) a ovo jednostavno određenje dalekosežno ukazuje na suštinu društvene analize prava. Naime, pravo kao instrument društvene regulacije ili kontrole treba da obezbedi balans ili ravnotežu mnoštva najrazličitijih interesa a taj sklad u svakom pojedinačnom društvu treba da se doživi kao „dobar i pravičan“. Pravo kao umeće ili veština je, zapravo, područje praktičnih znanja, koje se u razvoju zapadne civilizacije, osamostalilo od religije, morala i politike i postalo autonomni i u modernom društvu dominantni oblik regulacije, i na istini utemeljenog i verifikovanog znanja, što je omogućilo postojanje pravne nauke. Pravo je moćno sredstvo društvene integracije time što reguliše i kontroliše aktuelne ali i potencijalne sukobe u društvu sa stanovišta pravde. Odnos prava i pravde, ali i drugih pravnih i društvenih vrednosti kao i problem efikasnosti pravnih normi i njihov odnos prema drugim sistemima normativne regulacije, konstantan je predmet interesovanja u društvenim istraživanjima prava.²

I pored tako davno uočenog značaja i mnogostrukosti veza društva i prava, sociologija prava se pojavila relativno kasno a u njenom razvoju bilo je i zastoja i diskontinuiteta. To tim više čudi što je početni razvoj sociologije bio tesno povezan sa tadašnjom pravnom naukom. Pravna nauka je dugo baštinila glavna naučna znanja o društvu a do duboko u 20. veku pravne studije su bile glavne studije za nauku o društvu. Čak i onda kada se sociologija institucionalizovala kao predmet na univerzitetskim studijama, sociologija se najčešće pojavljivala u nastavnim planovima pravnih fakulteta. Utjemeljivači sociologije, a to su u isto vreme i glavna imena društvene analize 19. veka, su bili tesno povezani sa studijama prava. Marks je studirao pravo, Veber je bio pravnik a Dirkem filozof po osnovnom obrazovanju, ali se ovaj poslednji neizostavno pominje među utemeljivačima i sociologije prava jer su kod njega, u središtu pažnje, religija, moral i pravo kao glavni oblici društvene regulacije i izvori društvene integracije.³ Možemo reći da je i kod nas sociologija bila najtešnje povezana upravo sa pravnim i filozofskim studijama.

Sociologija prava kao da je u svom razvoju bila stešnjena i ignorisana svojim velikim susedima, pravnom i sociološkom naukom, a otpor prema njoj se pojavio u krugovima i pravnika i sociologa. Pravna nauka

² E. Pusić, nav. delo, s. 6; D. Vrban, *Sociologija prava*, Zagreb, 2006, s. 7; J. Stanković, *Osnovi opšte sociologije prava*, knj. III, Beograd, 2000, s. 236.

³ E. Pusić, nav. delo, s. 8.

je vekovima bila glavna društvena nauka a u njenim najvišim dometima jasno je uočena uloga prava kao društvenog integratora ali i kao instrumenta društvene promene,⁴ pri čemu je uočeno da je unutrašnja logika razvoja prava tesno povezana sa logikom društvenog razvoja. Isto tako, pojedine grane prava su, svaka na svoj način, razvile svoju specifičnu sociološku problematiku. Tako je, na primer, kriminologija, koliko pravna, toliko i sociološka disciplina, „porodično pravo sa sociologijom porodice“ je bio naziv nastavnog predmeta na Pravnom fakultetu u Beogradu dok ga je predavao prof. dr Marko Mladenović itd. Kada je sociološka problematika sazrela i razgranala se, pa su se počele pojavljivati posebne sociološke discipline, to je u nekim krugovima pravnika dočekano kao nepotrebna novotarija pa se isticalo kako su odnosne pravne discipline već uveliko i uspešno primenjivale sociološki metod analize.

Sociolozi su, pak, smatrali da je njihov legitimni delokrug proučavanja svaka ili bilo koja vrsta društvenih pojava u odnosu na druge vrste, a u kontekstu društva kao celine. Pri tome se nastojalo da se neke starije društvene nauke eliminišu kao suparnička konkurenca zato što primeđuju deskriptivne, dogmatske, deduktivne, aksiološke, normativne, primjene metode ili se, naprsto, gube u proizvoljnim i neproverenim spekulacijama. One se ne služe rigoroznom metodologijom empirijskih istraživanja pa ni ne mogu dospeti do objektivnih povezanosti pravnih i drugih društvenih pojava.⁵

Ovome valja dodati da se otpor pravnika prema sociologiji prava oslanjao na sva teorijski značajna tradicionalna shvatanja prava, u kojima je dominirala idealna, vrednosna, normativna, subjektivna, formalna dimenzija prava. Za sociologe, pravna nauka je u prvom redu logička i normativna analiza a stvaranje i primena prava tehnika i veština, sa kojima egzaktno (tačno) utvrđivanje činjenica i kauzalno-eksplikativna (uzročno-objašnjavajuća) nauka nema mnogo zajedničkog. Ovakva ekstremna gledišta dovodila su do netrpeljivosti između pravnika i sociologa i stava da ne treba povezivati i sintetisati pravna i sociološka istraživanja već da jedni treba da se bave normativnim a drugi sociološkim izučavanjem prava.⁶

Da bi se ovi otpori i zanemarivanja bolje osvetlili, osvrnućemo se na jednu paralelu o odnosu jezika i prava kao društvenih pojava. Naime, u prošlosti je pravna nauka gotovo prednjačila u razumevanju jezika kao

⁴ Isto, s. 9 - 10.

⁵ Isto, s. 10.

⁶ J. Stanković, nav. delo, s. 236 -237.

društvene pojave. Tome je izuzetno pogodovalo postojanje mnoštva pisanih pravnih akata, od kojih se neki ubrajaju u najstarije jezičke spomenika. Iako je imala bogatu tradiciju u klasičnom proučavanju jezika, pravna nauka je kasno i sporo reagovala na novu lingvističku paradigmu, a prodor jezičke analize se, uglavnom, odvijao samo u opštoj teoriji prava ali ne i u pravnoj dogmatici, odnosno posebnim pravim disciplinama. Tek u novije vreme jezička analiza je postala intenzivnija i razgranatija. Među razlozima ovog zaostajanja navode se i uzajamna zatvorenost lingvističke i pravne nauke kao i nedovoljna pripremljenost lingvista za proučavanje pravnog jezika ali i pravnika za jezička proučavanja.⁷

Izgledalo je malo verovatno da će se pravna i sociološka nauka udružiti u zajedničkom proučavanju prava. Pravnike, u krajnjoj liniji, uvek interesuje *quid iuris*: ispravan smisao, područje i pravilan postupak primene identifikovane pravne norme na postojeću ili zamišljenu situaciju. Sociologe, pak, zanima *quid facti*: da li iza pravnih propisa i njihovih društvenih reperkusija stoje neke objektivne pravilnosti koje se mogu uzročno-posledično objasniti.⁸

Međutim, razvojem i sociologije i jurisprudencije, prevaziđena je ova isključivost i potpuno razdvajanje. Počeli su da se grade mostovi saradnje. Moris Oriu, francuski pravnik i sociolog, je primetio da „nešto malo sociologije odvodi od prava, ali mnogo sociologije vodi natrag ka njemu“. Žorž Gurvič je ovo precizirao dodatkom da „malo prava odvodi od sociologije ali i da mnogo prava vodi natrag ka njoj“.⁹ I Đorđe Tasić je primetio da se onaj ko hoće da bude isključivo pravnik vrlo brzo sapliće u protivrečnosti zbog kojih će morati da postane sociolog. Obuzdavanje sociološkog imperijalizma, prodor sociološkog metoda ali i potreba da pravo odgovori na izazove društvenih promena i razvoja, učinili su saradnju neizbežnom.¹⁰

Sve se više shvata da je upravo sociologija prava ona nužna veza između pravne i sociološke nauke. Sociologija prava treba da omogući da se izbegnu ograničenja čisto pravno-dogmatske ili normativne analize ali i da obezbedi da se pravo kao društvena regulacija ne marginalizuje i ne rastvori u sociološkoj analizi.¹¹

⁷ N. Visković, *Jezik prava*, Zagreb, 1989, s. 8 -15.

⁸ Ž. Gurvič, *Sociologija prava*, Podgorica, 1997, s. 17; E. Pusić, nav. delo, s. 13.

⁹ Ž. Gurvič, nav. delo, s. 18.

¹⁰ J. Stanković, nav. delo, s. 237 -238.

¹¹ T. Čokrevski, *Sociologija na pravoto*, Skopje, 2001, s. IX; D. Vrban, nav. delo, s. 10.

Međutim, i kad se postigne saglasnost o potrebi postojanja sociologije prava, ostaju još mnoge kontroverze o njenom statusu, delokrugu, sadržaju, sistematici, problematici, glavnim oblastima, zadacima, pa čak i nazivu.

Postavilo se pitanje da li je sociologija prava, naprsto, deo sociologije ili „pomoćna disciplina“ u proučavanju prava? Pristalice sociologije prava smatraju da je svojstvo naučnosti njena privilegija. Tako je, već po Erlihu, sociologija prava, zapravo, „naučno učenje o pravu“. Neki teoretičari prava, pak, smatraju da je sociologija prava „uzurpatorska pravna teorija“ a ovakva karakterizacija se odnosila čak i na Dirkemovo shvatanje prava. Mnogo je prihvatljivije Rebinderovo mišljenje po kome filozofija prava proučava idealnu, pravna dogmatika normativnu a sociologija prava činjeničnu stranu prava. Pri tome, sociologija prava može biti genetička (ako proučava pravo kao rezultat društvenih procesa) i operacionalna (u kojoj je pravo regulator društvenih akcija).¹² Postoje i mišljenja po kojima je sociologija prava granična oblast sociološke i pravne nauke ali i da je to njihov zajednički deo, dok neki autori insistiraju na njenoj interdisciplinarnosti pa, čak, i postdisciplinarnosti.¹³ Očigledno je da definisanje, omeđavanje i razgraničavanje sociologije prava, kao konstitutivni problem jedne autonomne naučne discipline, još nisu rešeni na zadovoljavajući i široko prihvaćen način.

Po Kojderu, poljskom sociologu prava mlađe generacije, u sociologiji prava se javljaju dve orijentacije – sociološka i pravnička (ili sociocentrička i pravnocentrička) orijentacija. Ove dve orijentacije se ne razlikuju samo po profesionalnom obrazovanju svojih predstavnika nego i po problemskoj i pojmovnoj interpretaciji.¹⁴ Italijanski sociolog prava Tamelo smatra da se „pravna sociologija“ odnosi na sociološka istraživanja pravnika a „sociologija prava“ na istraživanja sociologa o pravnim pojavama. Međutim, za razliku od njega, Karbonije, francuski sociolog prava, smatra da pravna sociologija ima šire značenje i odnosi se i na sekundarne pravne pojave, odnosno na pravnu stranu svake društvene pojave, dok se sociologija prava bavi samo primarnim pravnim pojavama a to su pravna pravila i institucije.

¹² M. Rehbinder, "Sociology of Law. A Trend Report and Bibliography", *Current Sociology*, 3/1972, p. 13 – 14; E. Pusić, nav. delo, s. 10.

¹³ V. Radomirović – T. Podgorac – E. Maksimović, *Sociologija sa sociologijom prava*, Kragujevac, 2000,

175; D. Vrban, nav. delo, s. 8.

¹⁴ V. Radomirović – T. Podgorac – E. Maksimović, nav. delo. s. 176; M. Marjanović, „Sistematska sociologija prava u istočno evropskim zemljama“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 3/2005, s. 429 – 449.

Ipak, autor prihvata konvenciju po kojoj se pravna sociologija i sociologija prava mogu koristiti kao sinonimi.¹⁵

Za Jugoslava Stankovića, sociologija prava je sociološka teorija i metod primjenjeni na proučavanje prava. Otuda je prethodno ili prvo pitanje svake sociologije prava šta podrazumevamo pod pravom. Oko ovog pitanja još postaje sporenja iako se o njemu raspravlja hiljadama godina.¹⁶ Međutim, po Rosku Paundu, najznačajnijem predstavniku američke sociološke jurisprudencije, sva određenja prava se mogu svesti na tri značenja: pravni poredak, pravne norme (pravni propisi) i sudski i upravni postupak. Njihovo sintetičko objedinjavanje je mogućno izvesti preko ideje o društvenoj kontroli jer je pravo njen najspecializovaniji i najorganizovaniji oblik. U sociologiji prava se ovaj pojam, uglavnom, upotrebljava u značenju poretku.¹⁷

Po Eugenu Pusiću, u relevantnoj literaturi o predmetu i sadržaju sociologije prava, nailazi se na zbumujuće šarenilo. Mi bismo rekli da je to jasan znak njene nedovoljne konstituisanosti. Pa ipak, ovaj autor razvrstava sva ta gledišta u šest kategorija:

1. Funkcionisanje prava i pravnih institucija, donošenje pravnih odluka.
2. Uloga pravničke profesije.
3. Mišljenja ljudi i javni stavovi o pravu, društveni odjek pravnih propisa i njihov uticaj na ljude.
4. Razgraničavanje pravnih i drugih društvenih normi.
5. Društvena funkcija prava, posebno u odnosu na pojedine društvene probleme.
6. Odnos pravne norme i društvene stvarnosti.

Autor smatra da ovo poslednje određenje, odnos norme i stvarnosti, na neki način sadrži u sebi ostalih pet određenja. Ali u ovim određenjima kao da je vidljiva pravnocentrična orijentacija – društvena funkcija prava je posebno izdvojena ali ne i društveni uticaj na pravo. Karbonije, pak, misli da je ta središnja, najšira kategorija pravne sociologije pravna pojava, kao jedna vrsta društvene pojave. Za Podgureckog, sociologija prava se bavi proučavanjem međuzavisnosti jednog pravnog i nekog činioca druge vrste u društvu.¹⁸

¹⁵ Ž. Karbonije, *Pravna sociologija*, Sremski Karlovci – Novi Sad – Titograd, 1992, s. 6 -8.

¹⁶ J. Stanković, nav. delo, s. 238; Uz prvi stav uporedi i: A. Igličar, *Sociologija prava*, Ljubljana, 2004, s. 14.

¹⁷ R. Paund, *Jurisprudencija*, knj. I, Beograd – Podgorica, 2000, s. 11 – 13.

¹⁸ E. Pusić, nav. delo, s. 11 -12; Ž. Karbonije, nav. delo, s. 7 -8, 12; V. Radomirović – T. Podgorac – E. Maksimović, nav. delo. s. 176 -177.

Bez obzira na različita shvatanja predmeta sociologije prava, Jugoslav Stanković¹⁹ izdvaja šest glavnih oblasti njene problematike i ključnih zadataka:

1. Određenje sociološkog pojma prava i pravne pojave kao društvene pojave, što podrazumeva i njihov odnos sa drugim vrstama društvene regulacije.

2. Uticaj društva na proces stvaranja prava (društveni kontekst prava, društvo u pravu).

3. Proces primene prava.

4. Uticaj prava na društvo (delovanje prava, pravo u društvu).

5. Zakonitosti razvoja prava.

6. Uloga pravne profesije (sa osloncem na sociologiju profesija).

Ovoj listi problema bismo mogli dodati istorijski razvoj sociologije prava, a u okviru razvoja prava, da posebnu pažnju u savremenom društvu treba obratiti na uticaje procesa globalizacije i tranzicije na pravo. Proces primene prava i njegov uticaj na društvo moglo bi da predstavlja jednu oblast (efikasnost i efektivnost prava) kao što su, u ovoj klasifikaciji, spojeni društveni uticaji na pravo i proces stvaranja prava.

Na kraju, možemo reći da se mogu razlikovati opšta sociologija prava, u kojoj se njen predmet obrađuje pojmovima velikih teorija, i posebne sociologije prava, koje ove pojmove prenose u različite oblasti prava.²⁰ Takođe se razlikuju teorijska i empirijska sociologija prava, a razvila se i primenjena sociologija prava, koja je povezana sa pravnom politikom, a naziva se i sociologija u pravu. Sve se više uvida značaj sociologije prava za edukaciju pravnika,²¹ ali i za pravnu kulturu.

2) Odnos sociologije prava i srodnih disciplina

Interdisciplinarna uzajamna razmena rezultata karakteriše odnos sociologije prava sa sociološkim i pravnim, ali i nekim drugim društvenim naukama, kao i sa psihologijom i filozofijom, pa i umetnošću.

Videli smo da je legitimni predmet sociološkog proučavanja prava odnos pravne i neke druge društvene pojave. Tako se u likovnim umetnostima mogu naći prikazi raznih pravnih simbola (na primer, lik boginje pravde koji je, kao simbol pravosuđa, ukrašavao mnoge sudske zgrade). U savremenoj antropologiji se sudske i administrativne procedure posma-

¹⁹ J. Stanković, nav. delo, s. 239 – 246.

²⁰ Ž. Karbonije, nav. delo , s. 5.

²¹ V. Radomirović – T. Podgorac – E. Maksimović, nav. delo. s. 176 -177; T. Čokrevski, nav. delo, s. X – XI.

traju kao društveni rituali i ceremonijali. Otkriveno je da ti društveni obredi imaju katarzične (rasterećujuće) efekte, da se u njima iznova reafirniše autoritet državnih organa, osećanje zajedništva, mitskog jedinstva sa prošlošću, ali i da se odvijaju po teaterskim pravilima. Proceduralnost i formalizam u pravu doprinose proizvođenju dramskih situacija, pa je već odavno primećeno da suđenje kao društveni proces ima obeležja antičke drame.²²

Sve do nedavno nije dovoljno uočena veza između prava i književnih dela, iako je pravo kao kulturna i društvena pojava odavno zastupljeno u književnosti. Pravo se pojavljuje u antičkoj književnosti (Sofokle), kod Šekspira (*Mletački trgovac*), realističkoj književnosti 19. veka (Balzak, Flober, Dostojevski, Dikens, kod nas Glišić). Kod Dostojevskog (*Zločin i kazna*) se presuda krivcu prikazuje kao ostvarenje verskog i svetovnog morala, dok se u socijalnoj literaturi, ne tako retko, pravo pojavljuje i kao izraz društvene nepravde (kod nas Petar Kočić). U *Braći Karamazovima* Dostojevskog, stiče se utisak o besmislenosti ljudske patnje i nemogućnosti dostizanja slobode i popravljanja društva. U Kamijevom *Strancu* se oseća egzistencijalna nemoć i izgubljenost pojedinca u susretu sa institucijama, a kod Kafke (*Proces, Dvorac*) i Orvela (1984.) predosećaj nastupanja totalitarne vladavine. U SAD je u novije vreme postao vrlo popularan „pokret prava i književnosti“ (*law and literature movement*), u kome se na interdisciplinaran način istražuje odnos između književnih dela i pravne teorije i prakse kao, na primer, pravne teme u delima klasika književnosti, ljudske sudbine i pravosuđe, politička represija. Na mnogim univerzitetima već postoje i kursevi u nastavi na te teme, u kojima učestvuju specijalisti za književnost ali i pravni stručnjaci.²³

Pravo se sve češće proučava kao kulturna pojava. Uspon lingvistike, a naročito sociolingvistike, nije mogao ostati bez odjeka u pravnoj sociologiji. Jezik i pravo su kulturne, ali i društvene pojave. Obe su sredstva komuniciranja, nose u sebi snagu prinude i izrazito su normativne prirode. A upravo ta normativnost, koja povezuje jezik i pravo, razlikuje čoveka od životinje. Jezikom se može opisati i ono što nije prisutno, a to je bilo neophodno za uzlet prava. Trenutna fizička kazna je mogla da se zameni apstraktnim pravilom kao naređenjem koje važi za bezbroj slučajeva. Jezik je omogućio i da se akumulira pravna tradicija, da se produži trajanje radnje. U najjednostavnijem vidu uticaj lingvistike se osetio u prouča-

²² D. Vrban, nav. delo, s. 16.

²³ Isto, s. 16 – 17.

vanju komunikativnosti pravnog jezika. U složenijem obliku, počela se primenjivati strukturalna analiza na zakone i presude, a formulisane su i velike teorijske hipoteze o korelacijama između struktura jezika i duha zakona.²⁴

Normativna dimenzija kulture je, naročito, izražena i u religiji i moralu kao oblicima društvene regulacije koje proučavaju sociologija religije i sociologija morala, a na spekulativan način i filozofija religije i filozofija morala (etika). U novije vreme se snažno razvila i pravna etika. Običaje, pa i pravne, kao vrstu tradicionalne društvene regulacije, proučavaju etnologija i antropologija a sa pravnog aspekta etnologija prava i antropologija prava. U sociologiji prava se, razume se, koriste rezultati istraživanja ovih disciplina.

Vrednosnu dimenziju kulture naročito proučava aksiologija kao filozofska disciplina o vrednostima, a tu idealnu, vrednosnu dimenziju prava, filozofija prava. Veze pravne nauke sa političkom i moralnom filozofijom, koje su ranije bile veoma snažne, još se održavaju.²⁵ Od posebnog značaja za sociologiju prava su načini prožimanja vrednosne i normativne dimenzije kulture. Po Karbonijeu, u obrazovanju ali i u istraživanju, sociologija se, uglavnom, konstituisala izdvajanjem iz filozofije. I pravna sociologija je bila samo jedan deo filozofije prava ali se specijalizacijom i stvaranjem novih metoda istraživanja nužno iz nje izdvajala i stekla svoju autonomiju. I u naše vreme, postoji među socioložima prava jedna značajna struja koja je više teorijska nego empirijska. Ova pretežno teorijska sociologija prava predstavlja jednu vrstu filozofije pravne sociologije.²⁶ Mi bismo dodali da ukoliko se pojedini stavovi teorijske sociologije bliže iskustvenom proveravanju utoliko više pripadaju sociologiji prava, a ukoliko su spekulativniji, time više pripadaju filozofiji prava. Posle drugog svetskog rata, kod Žorža Gurviča je veoma vidljiva tendencija da se sociologija prava osloboди spekulativne filozofije i da se pozitivistički i opštесociološki zasnuje.²⁷

Pravna antropologija, kao deo filozofske antropologije, veoma je stara i nastala je još u kosmološkom, predsokratovskom periodu heleniske filozofije.²⁸ Kao naučna disciplina, u sklopu socijalne i kulturne an-

²⁴ Ž. Karbonije, nav. delo, s. 23.

²⁵ D. Vrban, nav. delo, s. 7, 17 -18; G. Vukadinović – R. Stepanov, nav. deo, s.40 - 76.

²⁶ Ž. Karbonije, nav. delo s. 14 – 15.

²⁷ Uporedi: M. Marjanović, „Sociološka jurisprudencija i sociologija prava – Paund versus Gurvić“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 3/2008, s. 97-98.

²⁸ G. Vukadinović – R. Stepanov, nav. delo, s. 77 - 96.

tropologije, pravna antropologija nastaje kad i sociologija prava – u poslednjim decenijama 19. veka. U počecima svoga razvoja, obe discipline sagledavaju pravo u uporedno-istorijskoj perspektivi, prema tada dominirajućim evolucionističkim shvatanjima. Antropologija proučava generičku ili rodnu suštinu ljudske prirode, čoveka u celini, pa je njen najmanja jedinica ljudska individua. Sociologija proučava društvo u celini, pa je njen najmanja jedinica društveni odnos ili društveni sistem. Predmet sociologije prava je pravo kao segment strukture ljudskog društva i društveno, kao segment strukture prava. Predmet pravne antropologije je pravo, kao segment strukture čoveka, i ljudsko, kao segment strukture prava.²⁹ Antropološka perspektiva može da pruži značajne korekcije sociološkim uopštavanjima, pa i onima o pravu, ali ni antropologija nije dovoljno iskoristila potencijale pravne antropologije. Naime, po Karbonijeu, pravna antropologija je nauka o *homo iuridicus*, o čovекu koji je po prirodi podložan pravu. Čovek je pravno biće sposoban da daje i prima norme, može da podnosi konflikte, da izriče i trpi presude. Potencijalna čovekova pravnost, mentalni mehanizmi koji su u njenoj osnovi, apstraktna sposobnost za norme i presude, je ono što čini predmet pravne antropologije. To bi mogao da bude njen značajan doprinos sociologiji prava u objašnjavanju geneze pravnih pojava. Pravnost kao ljudska osobenost je nedovoljno iskorišćena ideja i u samoj antropologiji.³⁰ Ovome ćemo dodati da su norme kod čoveka postale ono što su instinkti kod životinja.

Novovekovna terenska antropologija nastala je iz izveštaja administratora i hrišćanskih misionara u kolonizovanim zemljama. Pojavile su se zbirke običajnog prava a odlučujuću ulogu u njenom transformisanju od kolekcionarstva egzotičnih običaja „divljih naroda“ u nauku odigrali su pravnici.³¹ Kao kamen međaš nastanka pravne antropologije kao nove naučne discipline uzima se 1861. godina kada su se pojavile dve važne knjige pravnih istoričara – *Drevno pravo* Henrija Samnera – Mejna i Bahofenovo *Pravo matrijarhata*. Uz već afirmisane orijentalne studije civilizovanih društava, kasnije su se antropološka istraživanja sve više odnosila na crnačku Afriku, obe Amerike i Pacifik, dok je u Nemačkoj Post objavio *Etnološku jurisprudenciju* (1893.). U toj uporedno-evolucionističkoj orijentaciji došlo je do preteranog oslanjanja na društvenu kontrolu tzv. primitivnih naroda jer se smatralo da će embriologija prava objasniti i suštinu i kasniji razvoj prava. Preokret u

²⁹ Isto, 88 -89; D. Vrban, nav. delo, s. 95 i 98.

³⁰ Ž. Karbonije, nav. delo s. 38 – 39, 43.

³¹ V. Radomirović – T. Podgorac – E. Maksimović, nav. delo. s. 209.

razvoju pravne antropologije i etnologije prava nastupa početkom 20. veka, kada nastaju detaljne terenske studije koje se bave i pravom. Posebno je bilo uticajno delo *Zločin i običaj u divljačkom društvu* (1926.) Bronislava Malinovskog, engleskog antropologa poljskog porekla, koje je najčešće citirano u radovima pravnika i sociologa. On je razvio funkcionalistički pristup u antropologiji u kome se pravo smešta u okvire društvene kontrole konkretnе, posmatrane zajednice. Iz funkcionalističkog ugla te su zajednice (još kod Dirkema) izgledale beskonfliktno, harmonično integrisane. Zato važnu korekciju predstavlja konfliktna perspektiva u izučavanju prava u arhajskim društvima koju su razvili Ljuelin i Hebel (1941.), zastupnici američkog pravnog realizma. Sledbenici ove perspektive su pokazali da su i ova društva dinamična jer u njima preovlađuju napetosti, višezačnost uloga, saradnja ali i sukobi, koji su prošireni u mnogim takvим društvima i koji se odvijaju u obliku „društvene drame“.³²

U upotrebi termina antropologija i etnologija, pa i antropologija prava i etnologija prava, u domaćoj, ali i stranoj literaturi, vlada prava zbrka. Treba reći da se u Engleskoj odomaćio izraz socijalna antropologija (koja se orijentiše na proučavanje organizacije inorodnih arhaičnih društava), kulturna antropologija u SAD (gde su u prvom planu materijalna i duhovna kultura), strukturalna antropologija (koju u Francuskoj afirmiše Klod-Levi Stros), dok su u evropskim kontinentalnim zemljama češće u upotrebi izrazi etnografija i etnologija. Za etnografiju je neosporno da je opisna, empirijska disciplina ali se ona, pretežno, odnosi na prošlost vlastitog naroda. Za neke autore (na primer, Vrban) etnologija je izrazito teorijski orijentisana, ali ujedno i uporedna i empirijska disciplina, pa se upotrebljava i izraz etnoantropologija, za teorijsku disciplinu koja počiva i na empirijskim istraživanjima etnografije.³³ Za pojedine autore pravna etnologija je relativno nezavisna disciplina na tromedi prava, sociologije i etnologije, dok je za druge pravna etnologija i antropološka i sociološka disciplina.³⁴ Po Karbonieu, ona je rezultat rascepa u pravnoj sociologiji. I jedna i druga proučavaju pravne pojave ali iz različitog ugla – etnologija prava iz perspektive arhaičnog, a sociologija prava iz perspektive savremenog društva. Pravna etnologija se bavi prvobitnim, arhaičnim pravima, u društvima bez pisma i istorije, u kojima dominira običajno pravo (tač-

³² D. Vrban, nav. delo, s. 92 -101; R. Paund, nav. delo, s. 162 - 163, 395 - 397.

³³ D. Vrban, nav. delo, s. 96 - 97.

³⁴ V. Radomirović – T. Podgorac – E. Maksimović, nav. delo. s. 209; G. Vukadinović – R. Stepanov, nav. delo, s. 90

nije bi bilo reći pravni običaji). Iako arhaična prava nisu ni prostija ni strožija, a često imaju i zadivljujuću suptilnost, u njima preovlađuje prelogički, mistički, magijski, primitivni pravni mentalitet, sa puno iracionalnih elemenata. Međutim, pokazalo se da racionalni element (shvatanje prava kao tehnike) itekako postoji i u primitivnim društvinama, a da se deo primitivnog mentaliteta susreće i u najrazvijenijim društvima, pa se na njih primenjuje pojам potkulture, ili pravnog folklora, kao preživljavanje ili ponovno rađanje arhaičnog prava u narodnoj sredini. Za ovog autora, etnologija prava proučava kulturne raznolikosti i pravni pluralizam koji je pokrivaо suviše opšti pojам primitivnog prava, ali iz jedne arhajske perspektive, sociologija prava proučava društvene raznolikosti u pravu ali iz perspektive savremenog društva dok antropologija prava više proučava univerzalне čovekove pravne potencijale, u napred navedenom smislu. Za njega je pravna sociologija centar nedogmatskog istraživanja prava. Dodavanjem dodatka antropologiji (socijalna, kulturna, politička) sugerise se približavanje društvu i sociologiji pa bi, onda, antropologija „bila samo jedna sociologija dubokih slojeva socijalizacije, a pravna antropologija sociologija dubokih slojeva juridizacije“.³⁵

Možemo dodati da se danas pravna antropologija proširuje i na moderna društva, u kojima se proučavaju kulturna dimenzija pravnih situacija, jezik prava, društvena moć i hijerarhija, a u radovima o post-kolonijalnim društvima dominiraju ideja pravnog pluralizma i istorijska dimenzija.³⁶ Antropologija se od proučavanja plemenskih izolata okreće proučavanju „novog“, „savremenog“, „moderniteta“, „savremenog društva“.³⁷

Po Karbonijeu, i psihologija se, kao i sociologija, odvojila od filozofije težeći naučnoj strogosti ali se pravna psihologija kasnije izdvojila i manje je elaborirana. Razvile su se pravna psihologija naroda, socijalna psihologija prava i individualna pravna psihologija, a od posebnih vrsta pravne psihologije pravna psihanaliza, pravna psihopatologija i sudska psihologija,³⁸ a mogla bi se dodati i psihologija kriminalnog ponašanja. „Danas socijalna psihologija zauzima značajno mesto kako u filozofskoj tako i u sociološkoj jurisprudenciji“ (Rosko Paund).³⁹ Ovaj autor ističe da

³⁵ Ž. Karbonije, nav. delo s. 34 -43, 51.

³⁶ D. Vrban, nav. delo, s. 102.

³⁷ M. Marjanović, „Neka metodološka iskustva u proučavanju društvenih i kulturnih promena na selu“, *Glasnik Etnografskog instituta SANU*, XXXII, 1985, s. 12.

³⁸ Ž. Karbonije, nav. delo s. 43 50.

³⁹ R. Paund, nav. delo, s. 173.

je u psihološkoj fazi razvoja sociološke jurisprudencije posebno značajan doprinos dao nemački pravnik Girke, čija su proučavanja grupne ličnosti i grupne volje dovela do psihološkog pokreta u društvenim naukama (obično je bilo obrnuto) a njegovo delo je uticalo i na socijalno - psihološko usmeravanje teorije o sankcijama koju je postavio Jelinek.⁴⁰ U vezi sa individualnom pravnom psihologijom, postavilo se pitanje da li je pojmljiva pravna psihologija koja ne bi bila socijalna jer je pravo nepojmljivo izvan društva.⁴¹ U sociološkoj nauci, pa i u sociologiji prava, neprestano se skreće pažnja na društvenu dimenziju ljudske psihe, pa i pravne svesti i pravnog ponašanja, čime one utiču na psihološku nauku, pa i na psihologiju prava. Ali psihologija, koja se osobito u 20 veku razgranala i razvila veliki broj istraživačkih tehnika, izvršila je snažan uticaj na gotovo sve društvene nauke, a posebno na sociologiju. Psihologizam je veoma prisutan u sociologiji (individualno – psihološke, kolektivno – psihološke i socijalno – psihološke teorije) a mnoge istraživačke tehnike su bile pogodne i za sociološka istraživanja.⁴² Moglo bi se reći da psihologija prava proučava složenu i slojevitu povezanost prava i ljudske psihe. U centru njene pažnje je pravni osećaj - osećaj za pravdu, pravna svest a, moglo bi se dodati, u biheviorizmu i pravno ponašanje. Dok pravna antropologija proučava samu pravednost čoveka kao egzistencijalnu povezanost čoveka i prava, sociologija prava proučava društvene strukture prava, pravne svesti i pravnog ponašanja.⁴³

Posle socioloških i pravnih, političke nauke su prvi najbliži sused sociologiji prava. Dok jedni stavljaju pravo iznad, drugi ga stavljaju ispod politike, pri čemu prvi misle na pozitivno, a drugi na prirodno pravo. Po jednom shvatanju, pravo je instrument ili način realizacije neke politike, a po drugom, politika je društvena delatnost preko koje se realizuje pravo kao socijalni program. U svakom slučaju pravo i politika su dva načina delovanja vlasti – u prvom slučaju se različiti, pa i protivrečni i sukobljeni interesi, razrešavaju pravnom regulacijom, a u drugom tekućim političkim životom. U moderno organizovanim političkim sistemima država je centralna, globalna institucija, a njeni zakonodavni organi su glavni proizvođači prava. Uz oslonac na sociologiju politike, sociolog prava je zainteresovan za državu, političke teorije, društvenu moć, vladavinu prava i civilno društvo, ljudska prava i slobode, a što čini politiku u užem smislu. Ako se, pak, politika shvati u širem smislu, kao svako usmeravanje društvenih delatnosti,

⁴⁰ Isto, 167 -173.

⁴¹ Ž. Karbonije, nav. delo s. 45.

⁴² T. Čokrevski, nav. delo, s. 48 -49.

⁴³ G. Vukadinović – R. Stepanov, nav. delo, s. 86 – 87.

onda se pojavljuju teme kao što su: pravna politika, zakonodavna politika, kaznena politika itd. Karbonije skreće pažnju da je teorijska pravna sociologija dugo bila vezana za političke doktrine i da je, često, bila samo filozofija države i doktrinarno rasuđivanje o zakonima i slobodama, dok su se pravne činjenice pre povezivale sa običajima ili ekonomijom nego sa političkim varijablama.⁴⁴

Kada je reč o odnosu prava i ekonomije kao društvenih pojava kao i ekonomske sociologije i ekonomske analize prava, možemo reći da je odnos pravo – ekonomija ključno pitanje razvijatka ili stagnacije društva a da je pravac ekonomija i pravo jedan od najaktivnijih u društvenim naukama. Ako postoji ekonomska dimenzija prava onda se ekonomisti pre moraju obratiti sociologiji prava da bi dobili pravne podatke, nego dogmatiskom pravu jer njih interesuje efikasnost a ne formalni vid normi i institucija. Sve više prevlađuje stav da, uprkos rastućoj komercijalizaciji, ekonomsko delovanje ne možemo objasniti izvan konteksta društvene i kulturne uslovljenosti, a u te činioce spada i pravo. Odnosi između prava i ekonomije su složeni i recipročni. U razvoju sociologije i ekonomije uočene su tri tendencije međusobnog odnosa. Najpre je ekonomija bila podređena sociologiji i politikologiji, a sociolozi su joj pridavali veliku pažnju, krajem 19. veka ekonomija se povlači u sferu autonomnosti i „čiste“ nauke (neoklasistička teorija), dok se u poslednje vreme ekonomska istraživanja sve više povezuju sa socijalno - psihološkim i istorijsko - antropološkim. Do povezivanja ekonomske i pravносociološke analize naročito dolazi u Americi, u okviru institucionalne i neoinstitucionalne škole kao i u okviru Čikaške škole, kako pre, tako i posle Drugog svetskog rata. Prva škola je isticala međuzavisnost ili interakciju društveno - kulturnog konteksta i ekonomske računice, a druga je doprinela boljem uvidu u racionalnost zakonodavstva i sudskog odlučivanja u oblastima koja su bliska ekonomiji, kao što su sporovi o štetama, zaštita vlasničkih prava i trgovačko pravo.⁴⁵

Odnos sa istorijom se može razmotriti, kako prema opštoj istoriji, tako i prema istoriji prava. U klasičnom određenju istorija i sociologija se po predmetu smatraju opštim društvenim naukama jer proučavaju društvo u njegovoј celini (ekonomske, pravno-političke i kulturne pojave) ali su im metode suprotne – istorija pojedinjava, a sociologija uopštava. Međutim, mora se imati u vidu da se to pre odnosi na istoriografiju dok istorijske sinteze itekako sadrže teorijska uopštavanja.⁴⁶ S druge

⁴⁴ Ž. Karbonije, nav. delo s. 20 -25; T. Čokrevski, nav. delo, s. 36 -37.

⁴⁵ D. Vrban, nav. delo, s. 125 – 133.

⁴⁶ M. Marjanović, nav. delo, s. 10.

strane, sociologija prava mora da specifikuje opšta sociološka saznanja ili teorije na pravo kao oblast svoga proučavanja. Istoriju prava više interesuju hronologija razvoja prava ili pravni sistemi kao celine, dok sociologiju prava više interesuje odnos pravnih sistema sa tipovima globalnih društava, njihovih struktura i sistema, na čemu je naročito insistirao Gurvić.⁴⁷ Karbonije ističe da su dobro uspostavljeni odnosi između opšte sociologije i istorije društvenih pojava omogućili razvoj istorijske sociologije prava. Ona traga u društvenim činjenicama za uzrocima i posledicama pravnih institucija, nastoji da ih shvati kroz pravne dokumente i da na taj način stekne opštu sliku društva.⁴⁸

U Vrbanovoj *Sociologiji prava* razmatraju se pojам i razvoj istorijske sociologije kao interdisciplinarnog, pa i postdisciplinarnog područja. Iznose se zanimljivi i značajni podaci o francuskoj školi analista (posebno o Brodelu). Takođe se analiziraju i britanska škola „društvene istorije“ i „kulturna istorija“ iz 1970-ih i 1980-ih godina ali se ovi pravci ne razrađuju u odnosu na sociologiju prava.⁴⁹ Za školu analista možemo reći da je i sociološki, ali pre svega interdisciplinarno orijentisana. Njihov glavni časopis *Annales*, ima podnaslov – ekonomija, društvo, civilizacija. Brodel razlikuje dogadajni, sistemski i strukturalni nivo istorijske analize, što za sociološko, pa i sociološkopravno proučavanje promena može biti veoma podsticajno.

Razlika između dogmatskog prava i sociologije prava nije u predmetu nego u metodu, u smislu ugla posmatranja. Jedan isti predmet se u dogmatskom pravu tumači iznutra, a u sociologiji prava posmatra spolja. I baš zato što ga gleda spolja sociolog prava ga vidi kao pojavu, ne ulazeći u njegov unutrašnji sadržaj, ontološku dubinu i suštinu. Njega interesuju povezanosti tog prava sa drugim pojavama u konkretnom društvu kao celini. Ta spoljašnja pozicija u odnosu na dogmatsko ili pozitivno pravo je zajednička karakteristika istorije prava, uporednog prava i sociologije prava, svejedno da li je reč o prošlim ili inostranim pravnim porecima. Već su se formirale i prelazne zone – sociološka istorija prava, sociološko uporedno pravo.⁵⁰ Još je Dirkem primetio da uporedni metod nije jedan od metoda sociologije, nego je sam sociološki metod. Pri tome je imao u vidu njegovu nezamenljivu ulogu u otkrivanju uzročnih odnosa u društvu i to na nivou jednog glo-

⁴⁷ T. Čokrevski, nav. delo, s. 33 - 34.

⁴⁸ Ž. Karbonije, nav. delo s. 18.

⁴⁹ D. Vrban, nav. delo, s. 103 – 111.

⁵⁰ Ž. Karbonije, nav. delo s. 15 – 17.

balnog društva, različitih globalnih društava istog istorijskog tipa i svih istorijski poznatih tipova društva.

Postojala je i ideja da se naspram nauke čisto dogmatskog prava, konstituiše nova, egzaktna pravna nauka koju bi činile pomenute tri discipline (istorija prava, uporedno pravo i sociologija prava) a koja bi se definisala kao primena komparativne metode na pravne pojave, ali ova ideja nije prihvaćena. Karbonije misli da je za sociologa prava bolje da, umesto proučavanja prošlih ili inostranih dogmatskih oblika, koncentriše svoja istraživanja na dosezanje prikrivene društvene stvarnosti.⁵¹ Ili, kako bi se reklo jezikom funkcionalističke sociologije, da se ispod manifestnih traga za latentnim funkcijama prava.

Sa opštom naukom o pravu (teorija države i prava, uvod u pravo, ranije enciklopedija prava) sociologija prava ima mnogo dodirnih tačaka ali ove dve samosvojne nauke imaju svoje specifične predmete. Danas su prevaziđena ekstremna gledišta koja negiraju samostalnost sociologije prava ili je, pak, smatraju zamenom za teoriju prava. Sociologija istražuje pravo kao poseban entitet u sklopu društvenog sistema i društvenih zakonitosti. Teorija prava, pak, proučava opšta načela i zakonitosti prava kao celine naspram brojnih grana prava, nastalih usaglašavanjem društvenog razvoja i pratećom naučnom specijalizacijom. Teorija prava analizira pravo kao zatvoren logički sistem i zato je statičnija i nužno pravno – normativna, dok sociologija prava istražuje društvene procese koji ga stvaraju ili na koje se primenjuje odnosno kao faktor ili posledicu društvene dinamike.⁵²

Sociologija prava preuzima iz opšte sociologije teorijska shvatanja i zajedničku pojmovni i metodsku aparaturu koju specifikuje i prilagođava svom predmetu (nekom vrstom teorije srednjeg obima) dok sociologija prava pruža opštoj sociologiji iskustvenu građu koja ona teorijski uopštava i sistematizuje. Međutim, neka saznanja iz posebnih sociologija mogu biti paradigmatična i za opštu sociologiju i druge njene grane, pa čak i za druge društvene nauke.

Teorijski ili opšti deo sociologije prava povezan je sa opštim disciplinama pravne nauke – filozofijom prava, teorijom prava, uporednim pravom i istorijom prava, koje pravo proučavaju u celini. Njen empirijski ili poseban deo proučava posebne grane prava, koje su praćene posebnim pravnim, ali i posebnim sociološkim disciplinama. Tako se sociologija prava nalazi u „sendviču“ između radnog prava i sociologije rada, porodičnog prava i sociologije porodice itd. Važno je pri tome uočiti

⁵¹ Isto, s. 16.

⁵² T. Čokrevski, nav. delo, s. 34 -35.

da posebne pravne discipline proučavaju unutrašnju stranu te grane prava i to dogmatskom ili normativnom metodom tumačenja, dok odgovarajuće posebne sociološke discipline proučavaju spoljašnje veze te grane prava sa drugim društvenim pojavama u globalnom društvu kao konkretnoj celini i to globalnom metodom. Moglo bi se reći da je u prvom slučaju reč o „anatomskom“ a u drugom o „fiziološkom“ proučavanju. S druge strane, dok odnosne posebne sociologije (rada, porodice) proučavaju uticaje društva na (rad, porodicu) i njihove društvene posledice, pri čemu su pravni elementi samo jedan od aspekata (na primer zakon o radu, o braku), sociologija prava u središte stavlja baš pravne aspekte, povezane sa drugim aspektima (rada, porodice) i to, opet, iz pomenute dve perspektive globalnosti – društvene uslovlijenosti pravnih pojava i njihovih društvenih funkcija.

Sociologiju prava interesuju i istorijska i kulturna tradicija u nekoj grani normativne pravne regulacije, posledice po društvo ali i grupe i pojedince a, u novije vreme, sve više i akteri pravnih procesa i to, kako manifestni, tako i skriveni.⁵³ U pojedinim granama prava sociologija prava nailazi i na posebno konstituisane nauke ili tipove istraživanja kao što je, u slučaju upravnog prava, nauka o upravi, organizaciona teorija, organizacione studije, pa i sociologija organizacije. Sudeći po broju radova, ovo je jedno od najaktivnijih područja društvenih nauka uopšte. Karbonije ističe da je na lepezi građanskog prava, sociologija porodice najbolje ute-mljena posebna sociologija. Navodi jedan problem koji je posebno privlačio pažnju sociologa prava od sredine 20. veka – neprilagođenost prava običajima. Za njega, glavna osa sociološkopravnog istraživanja treba da bude građansko pravo. U poređenju sa javnim i krivičnim pravom, za građansko pravo je najkasnije uspostavljena posebna sociologija, a ona zahteva najviše istraživanja.⁵⁴ Ako se ima u vidu i odnos građanskog društva i političke države, odnosno civilnog društva i vladavine prava, sa ovim mišljenjem se možemo složiti.

Svakako najrazuđenija posebna sociološka istraživanja prava nalaze se u domenu kriminologije i socijalne patologije. Zato im Vrban u svojoj *Sociologiji prava* posvećuje posebne glave. Jedna glava je posvećena odnosu *kriminologije i sociologije* prema pravu. Po jednom gledištu kriminologija je deo sociologije prava, a po drugom u njoj se osim sociologije primenjuju i antropološki i psihološki ugao gledanja, ali ona ostaje vezana za kazneno pravo. Analizuju se tri velike škole u kriminologiji: klasična (Bekarija), pozitivistička (Lombrozo, Feri, Garofalo) i moderna (sinte-

⁵³ Isto, s. 35.

⁵⁴ Ž. Karbonije, nav. delo, s. 13,25,29,31,52.

za antropološkog i sociološkog pristupa). Jedna glava je posvećena i *devijantnim i socijalnim problemima*. Među teorijama koje objašnjavaju uzroke devijantnosti navode se ili kratko analizuju Mertonova teorija anomije, subkulturna teorija (Miler, Maca), Bekerova teorija etiketiranja i Gofmanova teorija o društvenoj stigmatizaciji. Američka sociologija je usredsređena na socijalne probleme kao što su: alkoholizam, narkomanija, kriminalitet, nasilničko ponašanje, beskućništvo, loši stambeni uslovi, zdravstveno stanje siromašnog stanovništva, zagadivanje okoline, rasna i etnička diskriminacija. U Evropi se posebno izučava nasilničko ponašanje sportskih, a naročito fudbalskih navijača.⁵⁵

Možemo zaključiti da se sociologija prava pojavila relativno kasno (krajem 19. veka, ime dobila 1913.), iako je društveno istraživanje prava veoma staro, a glavni društveni analitičari pomenutog veka su bili povezani sa studijama prava. Otpori njenom konstituisanju postojali su i među pravnicima i među sociologozima. Čak i kad je postignuta saglasnost o potrebi postojanja sociologije prava, ostale su još mnoge kontroverze o njenom statusu, delokrugu, sadržaju, sistematici, problematici, glavnim oblastima, zadacima, pa čak i nazivu. Razmotren je odnos sociologije prava sa sociološkim i pravnim ali i nekim drugim društvenim naukama, kao i sa psihologijom i filozofijom, pa i umetnošću. Raznolikost u određenju predmeta i odnosa sa srodnim disciplinama pokazuju da je proces njenog konstituisanja još u toku.

⁵⁵ D. Vrban, nav. delo, s. 112 -124.

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

The subject of sociology of law and its relations to the other disciplines

Abstract

The sociology of law is relatively recent scientific discipline, although the social research of law has a long tradition. The author analyses the raisons of resistance to its constitution and very large diapason of subject definitions that indicate initial stage of the constitution. He systematizes the main issues and tasks of this discipline. The analyses of its relations to the other related disciplines, including the philosophy of law, should be a contribution to a more precise fixing the bounders. The relation to the legal anthropology and legal ethnology is special discussed.

Key words: constitution and systematization of the sociology of law, sociological and legal orientations, philosophy of law, psychology of law, social sciences.

*Dr Gordana Kovaček-Stanić, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

UTICAJ MULTIKULTURALNOSTI NA SKLAPANJE I RAZVOD BRAKA

Sažetak: Rad se sastoji iz dve celine. Prvi deo rada je teorijskog karaktera i obuhvata studiju o uslovima za sklapanje braka i brakorazvodnim uzrocima u domaćem pravu, uporednom porodičnom pravu evropskih zemalja, principu o razvodu braka Komisije za evropsko porodično pravo, te verskog prava dominantnih konfesija u Vojvodini (pravoslavne i katoličke crkve). Drugi deo rada predstavlja rezultate istraživanja o stopama sklapanja braka i razvoda braka među stanovništvom koje živi u Vojvodini, prema sledćim kriterijumima: stanovništvo prema nacionalnoj pripadnosti, stanovništvo prema verskoj pripadnosti, gradsko i seosko stanovništvo. Stope su takođe posmatrane u periodu od osamdesetih godina XX veka do danas.

Ključne reči: multikulturalnost, brak, razvod braka, uporedno porodično pravo, evropsko porodično pravo, Vojvodina

U Vojvodini kao Autonomnoj pokrajini u Republici Srbiji, stanovništvo je multinacionalno i pripada različitim konfesijama. Religiozno srpsko stanovništvo u najvećoj meri pripada pravoslavnoj veroispovesti, dok religiozno mađarsko stanovništvo, koje čini najbrojniju nacionalnu manjinu u Vojvodini, pripada katoličkoj veroispovesti. U Vojvodini živi značajan broj drugih nacionalnosti, kao što su Hrvati, Slovaci, Crnogorci, Rumuni, Rusini, Romsko stanovništvo itd. Popis stanovništva iz 2002. godine obuhvatio je dvadeset nacionalnosti. U sprovedenom istraživanju autor je imao za cilj da utvrdi da li danas u Vojvodini i u kojoj meri multikulturalnost, odnosno multikonfesionalnost imaju uticaja na nupcijalitet i divorcijalitet, te da li razlike u dozvoljenosti razvoda braka koje postoje u

pravoslavnoj i katoličkoj veropispovesti, kao preovlađujućim među stanovništvom u Vojvodini, imaju uticaj na učestalost razvoda braka.

Pravo koje reguliše razvod braka u evropskim zemljama, kada se radi o sklapanju i razvodu braka je svetovno pravo, uslovi za sklapanje braka su liberalni, a mogućnost razvoda braka postoji u skoro svim evropskim zemljama. Uticaj multikulturalnosti na sklapanje i razvod braka u evropskim zemljama može se posmatrati u smislu postojanja sličnosti i razlika u uslovima z sklapanje braka i uzrocima za razvod braka.

I UPOREDNO I DOMAĆE EVROPSKO PRAVO O SKLAPANJU I RAZVODU BRAKA

1. Sklapanje braka

1.1. Materijalni uslovi za sklapanje braka

Savremena tendencija porodičnog prava je smanjivanje prepreka za sklapanje braka, a što dovodi do liberalizacije i olakšanja sklapanja braka.

Prema Porodičnom zakonu Srbije¹ materijalni uslovi su: različitost polova, izjava volje za sklapanje braka, ostvarenje zajednice života i nepostojanje bračnih smetnji (bračnost, nesposobnost za rasudivanje, srodstvo – krvno, adoptivno i tazbinsko, starateljstvo, maloletstvo i nedostaci volje), čl. 15-24 PZS.²

Osnovni uslov za punovažnost braka je različitost polova. Brak mogu sklopiti samo muškarac i žena. U domaćem pravu, uslov je sadržan, osim u čl. 3 koji definiše brak, i u čl. 15 PZS, a u kome se određuje da brak sklapaju lica različitog pola. I drugi zakoni imaju izričitu odredbu koja propisuje da brak mogu sklopiti samo žena i muškarac (Poljska, Portugalija, Engleska), neki nemaju izričitu odredbu, ali se različitost polova spominje u drugim odredbama zakona (Bugarska, Češka, Rusija), dok se u nekim zemljama u pravnoj nauci i praksi izražava mišljenje da se ovaj uslov ne može mimoći. Različitost polova je uslov koji je do devedesetih godina ovog veka bio univerzalno prihvaćen i nesporan. Međutim, u poslednje vreme, mogućnost zasnivanja istopolnih zajednica i, u nekim pra-

¹ U daljem tekstu PZS, *Službeni glasnik Srbije* 18/05. Imala sam privilegiju da saradujem u izradi ovog zakona učešćem u Komisiji za njegovu izradu, predsednik Komisije je bila prof. dr Marija Draškić.

² O bračnom pravu više u: Olga Cvejić Jančić, Porodično pravo (1. izd.) Novi Sad, Pravni fakultet, Centar za izdavačku delatnost, 2009.

Gordana Kovaček Stanić, Porodično pravo – partnersko, dečje i starateljsko pravo (3. izd.), Novi Sad, Pravni fakultet, Centar za izdavačku delatnost, 2009.

vima, mogućnost zasnivanja istopolnih brakova (npr. Holandija, Španija, Švedska), dovodi u pitanje uslov različitosti polova i samu ustanovu braka, vekovima rezervisanu za lica različitog pola.

U najvećem broju slučajeva uslov različitosti polova je nesporan. Matičar utvrđuje pol budućih supružnika na osnovu izvoda iz matične knjige rođenih, te vizuelnom konstatacijom. Ipak, ovaj uslov može biti sporan u izuzetnim životnim situacijama, koje uglavnom proističu iz bioloških karakteristika određenog lica. Radi se o pojavama hermafroditizma, te kastrata (lica bez pola). U savremenim uslovima pojava transseksualiteta, odnosno promena pola ima uticaja na sklapanje braka.

Transseksualitet je pojava nesaglasnosti između psihološkog shvatanja koje jedno lice ima o svom polu i bioloških (morfoloških, genetskih, hromozomskih) osobina tog lica. Naime, lice na osnovu bioloških analiza pripada jednom polu, ali se njegova slika o samom sebi razlikuje, što može biti do te mere izraženo da lice već od najranijeg detinjstva sebe smatra pripadnikom suprotnog pola od onog kome biološki pripada, a što izaziva nepremostive psihološke posledice. U medicini je u takvim slučajevima najčešće jedini izlaz promena pola, čime se uskladjuju morfološke osobine sa psihološkim shvatanjem pola. Savremena medicina nema odgovor na pitanje zašto dolazi do ovakve neusklađenosti, pa zbog toga poremećaj, za sada, ne može suštinski da se otkloni. Do promene pola se dolazi hirurškim operacijama kojima pretvore hormonski tretmani. Medicinska promena pola izaziva veliki broj pravnih pitanja. Zemlje koje se bave ovim pitanjem, rešavaju ga na dva osnovna načina, jedna grupa donoseći specijalno zakonodavstvo tj. zakone koji regulišu ovu materiju, i druga koja ovo pitanje rešava bez specijalnog zakonodavstva.³ Specijalno zakonodavstvo imaju: Švedska, Nemačka, Italija, Holandija, Turska.⁴ U specijalnim zakonima izdvajaju se dve vrste prepostavki za promenu pola, medicinske i pravne. Medicinske su: „*real life*“ test (ponašanje lica kao pripadnika suprotnog pola u određenom vremenskom intervalu), ovaj uslov je potreban u

³ O tome u Marija Draškić, *Transseksualitet i brak*, 1995.

⁴ Švedska – Zakon o utvrđivanju pola u pojedinim slučajevima iz 1972. godine, Nemačka – Zakon o promeni imena i utvrđivanju pripadnosti polu u posebnim slučajevima (Zakon o transseksualcima) iz 1980. godine, Italija – Zakon iz 1982. godine koji sadrži norme u materiji ispravljanja pola, Holandija – Zakon o bližim odredbama za transseksualce s obzirom na promenu prijave pola u dokumentu o rođenju iz 1985. godine, Turska – Zakon kojim su izmenjene odgovarajuće odredbe Gradanskog zakonika iz 1988. godine. Ibidem.

Švedskoj i Nemačkoj, sterilitet (potreban u Švedskoj, Nemačkoj i Holandiji), hirurška intervencija (eksplizitni uslov samo u Nemačkoj). Hirurška intervencija odnosi se na intervenciju na spoljašnjim organima, s obzirom da je sterilizacijom izvršena hirurška intervencija na unutrašnjim polnim organima. Zanimljivo je primetiti da hirurška intervencija na spoljašnjim polnim organima nije u svim zemljama *conditio sine qua non* promene pola. Posmatrano laički i na prvi pogled, promena pola se upravo vezuje za hiruršku intervenciju na spoljašnjim polnim organima, a kako se vidi, ovaj medicinski uslov ipak nije univerzalan uslov za promenu pola. Pravne pretpostavke obuhvataju pitanje da li se radi o promeni imena ili/i pravu na promenu pola, određivanje minimalne starosti za promenu građanskog statusa, uslov državljanstva i određeno bračno stanje. Nemačka ima dva rešenja: „malo rešenje“ (promena imena) u slučajevima kada nije izvršena hirurška intervencija i „veliko rešenje“ (promena i pola i imena). Minimalna starost za promenu građanskog statusa predviđena je samo u Švedskoj i to 18 godina, ranije je bilo 25 godina. U Nemačkoj je ovaj uslov ukinut kao protivustavan. Državljanstvo je potreban uslov u Švedskoj i Nemačkoj. Vezano za bračni status postoje tri rešenja: lice koje želi da promeni pol ne sme biti u braku (Švedska, Holandija, Nemačka), brak prestaje automatski danom pravosnažnosti odluke o promeni pola (Turska), promena pola je brakorazvodni uzrok (Italija). Dejstvo promene pola je *ex nunc*, od trenutka upisa, što znači da nema retroaktivno dejstvo (Holandija, Nemačka, Italija). U izvodu iz matičnih knjiga upisan je samo novi pol, izuzetak je deklarativna odluka u oblasti srodstva. Srodstvo ostaje kao pre promene, pravni odnosi transseksualca sa roditeljima i potomcima ostaju nedirnuti. Zemlje bez specijalnog zakonodavstva prihvataju model sudske prakse (Švajcarska, Francuska), ili model odluke upravnog organa (Austrija) ili model nespecifičnog zakonodavstva (neke od zemalja SAD, zakoni o uslovima za izmenu podataka u javnim registrima građanskih stanja). U porodičnom pravu je od izuzetnog značaja pitanje da li lice koje je promenilo pol ima pravo da sklopi brak. Zemlje koje dozvoljavaju pravnu promenu pola uglavnom omogućuju i sklapanje braka. Tako u Holandiji transseksualci mogu zasnovati brak i to na osnovu sudske odluke, a posle promene pola u potvrdi o rođenju (na primer transseksualac koji je postao žena, iako se rodio kao muškarac, može sklopiti brak sa muškarcem i obrnuto).⁵

⁵ A.V.M. Struycken, W.C.E. Hammerstein-Schoonderwoerd, Family Law in Netherlands, *Family Law in Europe*, 1995, str. 305.

Praksa Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu u postupcima vezanim za transseksualitet je veoma bogata. U jednom slučaju u kojem se vodio spor o paternitetu, doneta je negativna odluka. Engleski državljanin, lice koje je promenilo pol iz ženskog u muški, tužio je državu Veliku Britaniju pred Evropskim sudom, zbog toga što nije mogao da ostvari paternetski odnos prema detetu. Radilo se o licu koje je nakon promene pola zasnovalo vanbračnu zajednicu sa ženom, par je zajednički pristupio veštačkoj oplodnji, međutim, nakon rođenja deteta lice nije moglo da ostvari svoju želju da se pravno smatra ocem deteta. Na suprot tome, Evropski sud nije našao da je ovim povređen član 8 Konvencije o ljudskim pravima, koji se odnosi na porodični život.⁶ Evropski sud je 2002. godine u slučaju Kristin Gudvin protiv Ujedinjenog Kraljevstva (Christine Goodwin v. The United Kingdom) prvi put doneo odluku da je Velika Britanija prekršila odredbe Konvencije o ljudskim pravima, a vezano za slučaj transseksualca koji je promenio pol iz muškog u ženski. Radi se o povredi člana 8 o poštovanju privatnog života, odnosno propustu države da udovolji pozitivnoj obavezi da obezbedi pravo tužioca na poštovanje privatnog života. Konkretna prava koja su povređena su iz oblasti penzija i penzionih godina. Član 12, koji se odnosi na pravo na sklapanje braka i formiranje porodice je takođe povređen, jer tužilac ne može da sklopi brak sa muškarcom sa kojim živi. Sud je našao da nema opravdanja da se transseksualcu zabrani uživanje prava da sklopi brak pod bilo kojim okolnostima. Sud je našao i da je povređen član 14 koji se odnosi na uživanje prava i sloboda koji su regulisani Konvencijom, a bez diskriminacije, na osnovu toga što u ovom slučaju nije priznata promena pola postoperativnog transseksualca.⁷

Sledeći uslov za sklapanje braka je volja budućih supružnika. Volja je značajna ne samo kao uslov izjave volje, nego i kao bračna smetnja nesposobnost za rasuđivanje i kao bračna smetnja nedostaci volje. Volja budućih supružnika za sklapanje braka jedan je od najvažnijih uslova koji moraju biti ispunjeni da bi mogao nastati punovažan brak. Brak se sklapa na osnovu slobodnog pristanka budućih supružnika (čl. 3/2 PZS), a koji predstavlja potvrdu izjavu volje. U porodičnopravnoj teoriji se smatra da volje budućih supružnika moraju biti izjavljene ozbiljno, jasno, bez uslo-

⁶ Slučaj X,Y and Z V. United Kingdom, European Court of Human Rights (75/1995/581/667), presuda od aprila 1997. Odluka je doneta većinom glasova, sa izdvojenim mišljenjima.

⁷ Tužba no. 28957/95, presuda doneta 11. jula 2002, o postojanju povreda čl. 8, 12, 14 odluka je doneta jednoglasno. Država je obavezana da isplati tužitelju iznos od 39 000 evra.

va i rokova, istovremeno, odnosno, sukcesivno, dakle, jedna za drugom. Pravilo je da se volja izjavljuje usmeno i lično. Međutim, od ovoga mogu postojati izuzeci u slučajevima kada lice zbog određenih nedostataka nije u stanju da svoju volju izjavi usmeno (na primer gluonema lica), kada to može učiniti pismeno ili znacima uz pomoć tumača. Izjavljivanje volje uz pomoć tumača je solucija i u slučaju kada brak sklapa lice koje ne zna jezik organa pred kojim se sklapa brak. Izuzetno, volja ne mora biti izjavljena lično, nego se izjavljuje preko punomoćnika.

Zajednica života, kao sveukupnost bračnih odnosa, predstavlja osnovni motiv stupanja u brak i samu suštinu braka. Ukoliko se brak sklapa u nekom drugom cilju (sticanje državljanstva, radnih ili drugih pogodnosti, prebivališta, redovnog boravišta, ostvarivanja nasleđa, stambenih prava ili drugih imovinskih prava), radi se o fiktivnom braku koji nije punovažan. Jedna od komponenata zajednice života ima poseban značaj. Radi se o seksualnim odnosima između supružnika. U nekim zakonima određeno je da brak čini zajednicu u kojoj je moguće ostvarivanje najmanje minimuma seksualnih odnosa (Engleska).⁸ Za punovažnost braka takođe je potrebno da brak bude konzumiran. U slučaju da ne dođe do konzumacije braka (po engleskom pravu konzumacija braka prepostavlja normalan, kompletan, a ne delimičan i imperfekтан, seksualni odnos), brak neće biti punovažan. U pravu Engleske, brak će biti ništav ako nije konzumiran zbog nesposobnosti jedne od strana. Drugi razlog je svesno odbijanje konzumacije braka.⁹ Kada se radi o braku *in extremis*, braku koji se sklapa pred kraj života jednog lica, u teoriji se smatra da u svakom konkretnom slučaju treba utvrditi da li se brak sklapa radi ostvarivanja zajednice života supružnika, te od toga zavisi i njegova punovažnost.

Nesposobnost za rasuđivanje je u domaćem pravu bračna smetnja (čl. 18 PZS). Nesposobnost za rasuđivanje može biti posledica duševne bolesti ili duševnog poremećaja, zaostalog duševnog razvoja; ali i drugih okolnosti, dejstva alkohola, opojnih droga ili nekog afektivnog stanja, koje, po pravilu, dovode do privremene nesposobnosti za rasuđivanje. U teoriji prava se pod nesposobnošću za rasuđivanje podrazumeva nemogućnost lica da shvati značaj i posledice zaključenja pravnog posla. Nesposobnost za rasuđivanje uvedena je kao smetnja za sklapanje braka iz razloga društvene i razloga biološke, odnosno eugenične prirode. Primećuje se da su razlozi društvene prirode značajniji. U fokusu zaštite je lice koje je nesposobno za rasuđivanje. Znači, tek ako lice ne može da shvati po-

⁸ John Dewar, *Law and the Family*, London, Dublin, Edinburgh, Butterworths, 1992, str. 38.

⁹ Matrimonial Causes Act 1973, s 12 *ibidem* str. 48-50.

sledice zaključenja braka, njegova dejstva i smisao, brak se ne može zaključiti. Na ovaj način štiti se i drugi, zdrav supržnik, od ulaska u bračni odnos koji ne bi mogao biti ostvaren. Eugenični razlog, rađanje zdravog potomstva, značajan je je zbog nasledne prirode određenih duševnih bolesti. PZS je kao smetnju za zaključenje braka odredio nesposobnost za rasuđivanje, izostavljući razlog koji je doveo do nesposobnosti (duševnu bolest) i na taj način dao primat nastupeloj posledici. Ranije se kao bračna smetnja smatrala duševna bolest i nesposobnost za rasuđivanje. Posmatrano komparativno, reformom porodičnog prava Švajcarske iz 1998. godine, na primer, napušten je uslov duševnog zdravlja za sklapanje braka. Razlog za napuštanje je eugenična konotacija ovog uslova. Ipak, trajna i privremena nesposobnost za rasuđivanje su ostali kao razlozi za poništaj braka.¹⁰ U nekim zakonima je eksplicitno predviđeno da duševno bolesna lica ne mogu da sklope brak. Tako, na primer, u Rusiji brak ne mogu zaključiti lica koja su lišena poslovne sposobnosti zbog psihičkog rastrojstva.¹¹ U Holandiji, lica koja su mentalno bolesna ne mogu sklopiti brak i to ako je u pitanju ozbiljna psihička bolest koja utiče na sposobnost da se shvate posledice zaključenja braka.¹² U engleskom pravu brak je ništav ako je jedna od strana u vreme sklapanja braka patila od mentalnog poremećaja takve vrste ili u takvom obimu da je nesposobna za brak.¹³ U grčkom pravu se traži da obe strane imaju sposobnost za zaključenje pravnog posla. Deca ispod 10 godina, lica poremećenog uma, koja nisu svesna onoga što rade ili su zbog duševne bolesti nesposobna za rasuđivanje i kojima je sud postavio zabranu, ne mogu punovažno da zaključe brak.¹⁴ Iako je univerzalno prihvaćeno da lica koja nemaju potrebne psihičke sposobnosti ne mogu da sklope brak, postoji i druga strana ovog problema. Postavlja se pitanje da li restrikcije zbog fizičkih ili mentalnih nesposobnosti u smislu nemogućnosti sklapanja braka dovode do povrede prava individue na sklapanje braka. U Finskoj se institucija braka smatra više individualnom, a manje ekskluzivnom ustanovom, pa lica pod starateljstvom mogu da sklope brak ako se sa tim saglasi staratelj, a ako je sa-

¹⁰ Olivier Guillod, A New Divorce Law for the New Millennium, *The International Survey of Family Law*, A. Bainham (ed.), 2000, str. 358-359.

¹¹ Član 14 Porodičnog zakonika iz 1995. godine, Семейный кодекс и брачный договор, *Social'naya zaučita*, вýpusk 5/1996.

¹² Wendy M. Schrama, Registered Partnership in the Netherlands, *International Journal of Law, Policy and the Family* 13, (1999), str. 315-327, čl. 1:32 Gradsanskog zakonika.

¹³ Matrimonial Causes Act 1973, s 12, Caroline Hamilton, Kate Standley, *Family Law in England and Wales, Family Law in Europe*, 1995, str. 70.

¹⁴ Effie Kounougeri-Manoledaki, Family Law in Greece, *Family Law in Europe*, 1995, str. 201-202.

glasnost odbijena, dozvolu za sklapanje braka može dati sud.¹⁵ U Grčkoj lica kojima je od strane suda zabranjeno da sklapaju pravne poslove (zbog nesposobnosti da se staraju o sebi ili svojoj imovini zbog trajnih duševnih ili fizičkih nedostatka, naročito slepa, gluva ili gluvonema lica) mogu da sklope brak, ako se njihov supervisor ili sud sa tim saglase. Prema Obiteljskom zakonu Hrvatske iz 2003. godine, sud može dozvoliti sklapanje braka licu koje je lišeno poslovne sposobnosti ili nesposobno za rasuđivanje za koje se utvrdi da je sposobno da shvati značenje braka i obaveza koje iz njega proističu i ako je brak u njegovom interesu (čl. 27/2).

Brak je punovažno sklopljen ako je izjavljena volja slobodna, dakle, bez prinude ili zablude, radi se o bračnoj smetnji nedostaci volje. „Prinuda postoji kada je drugi supružnik ili neko treći silom ili pretnjom izazvao opravdan strah kod supružnika i kada je on zbog toga pristao na sklapanje braka. Strah se smatra opravdanim kada se iz okolnosti vidi da je ugrožen život, telo ili drugo značajno dobro jednog ili drugog supružnika odnosno trećeg lica“ (čl. 38/2,3 PZS). Prema PZS zabluda se može ispoljiti kao zabluda o ličnosti i kao zabluda o bitnim osobinama bračnog druga. Zabluda o ličnosti može biti zabluda o fizičkoj ličnosti i zabluda o građanskoj ličnosti. Zabluda o fizičkoj ličnosti postoji kada je supružnik mislio da sklapa brak sa jednim licem, a sklopio je brak sa drugim licem (npr. kada se radi o jednojajnim blizancima, sklapanju braka preko punomoćnika, ranije kada je bilo dozvoljeno prekrivanje lica dešavalo se da se podmetne starija sestra umesto mlade). Zabluda o građanskoj ličnosti postoji kada je sklopljen brak sa licem sa kojim se želelo, ali to lice nije ono za koje se izdavalio (element građanske ličnosti koji je od značaja za sklapanje braka je posebno datum rođenja, ostali elementi građanske ličnosti su još i lično ime, prebivalište, državljanstvo). U savremenim uslovima, zabluda o bitnoj osobini može biti aktuelna u praksi u odnosu na postojanje infekcije virusom HIV ili bolesti AIDS (SIDA).¹⁶ I u uporednom pravu brak neće biti punovažan ako volja za sklapanje braka nije bila slobodna. Tako, u pravu Engleske, brak se smatra ništavim ako se jedna od strana nije punovažno saglasila sa sklapanjem braka zbog prinude, zablude, umne nesposobnosti ili drugog razloga, a bremenitost žene od drugog muškarca i zarazna, polna bolest su u svakom slučaju razlozi za poništenje braka.¹⁷ U pravu Francuske, brak je nevažeći ako

¹⁵ David Bradley, Politics, Culture and Family Law in Finland: Comparative Approaches to the Institution of Marriage, *International Journal of Law, Policy and the Family* 12, (1998), 288-306. (izmene iz 1987. godine, Zakon o braku).

¹⁶ Tako je u Rusiji, gde se izričito predviđa da je ovakva zaraženost razlog za poništaj braka i to ako je supružnik znao za svoju zaraženost, ali je to sakrio.

¹⁷ Matrimonial Causes Act 1973, s 12, op. cit. *Family Law in Europe*, str. 70.

nedostaje slobodan pristanak stranaka, na primer, zbog straha, prinude ili zablude.¹⁸ U grčkom pravu brak je ništav ako jedna od strana nije dala punovažan pristanak, zbog zablude o identitetu druge strane, ili pretnje. Zabluda o bogatstvu lica ili ženinoj nevinosti ne dovodi do nevažnosti braka. Pretnja ima pravne posledice samo ako je nelegalna ili protivna moralu. Brak se ne može poništiti ako žrtva posle otkrivanja zablude ili prestanka pretnje prihvati brak.¹⁹ U nemačkom pravu, po Zakonu o braku iz 1998. godine zabluda više nije predviđena kao bračna smetnja, tako da se ova okolnost može uzeti u obzir samo vezano za razvod. Ipak, u slučaju u kom je supružnik umišljajno drukčije prikazao okolnosti koje bi sprečile drugog da sklopi brak, brak se može poništiti.²⁰

Bračnost predstavlja bračnu smetnju koja je izraz načela monogamije. S obzirom da je bračnost privremena smetnja, ako brak prestane, bilo smrću, razvodom ili poništajem, bivši supružnici mogu nesmetano da sklope novi brak.

Sledeći uslov od izuzetne važnosti za sklapanje braka je bračna zrelost, odnosno starosna dob lica u kojoj se stiče sposobnost za stupanje u brak (bračna smetnja maloletstvo). U domaćem pravu bračna zrelost se stiče sa 18 godina, jednak i za ženu i za muškarca (čl. 23 PZS), dakle, istovremeno sa poslovnom sposobnošću. Međutim, sud može, iz opravdanih razloga, dozvoliti sklapanje braka maloletnom licu koje je navršilo 16. godinu života, a dostiglo je telesnu i duševnu zrelost potrebnu za vršenje prava i dužnosti u braku. Davanje dozvole predstavlja način na koji se otklanja dejstvo bračne smetnje (dispenzacija). Uzrast od 18 godina uveden je Zakonom o braku iz 1946. godine, do tada je uzrast bio različit za muškarca i ženu.

Pošmatrano komparativno, u većini prava bračna zrelost se, kao i kod nas, poklapa sa punoletstvom.. Uzrast koji se najčešće sreće u savremenim pravima za sticanje poslovne i bračne sposobnosti je 18 godina, s tim što su mnoge zapadnoevropske zemlje ovu granicu uvele tek sedamdesetih godina XX veka. Švajcarska je tek 1996. godine snizila granicu na 18 godina, do tada je granica bila različita za muškarca i ženu, za muškarca je bila 20 godina, a za ženu 18. Francusko pravo još uvek pravi razliku između ženskih i muških lica kada se radi o uzrastu u kome je dozvoljeno sklapanje braka, s obzirom da je minimalan uzrast za ženu 15

¹⁸ Nicole Guimezanes, Family Law in France, *Family Law in Europe*, 1995, str. 129.

¹⁹ Op. cit. Kounougeri-Manoledaki, str. 204.

²⁰ Rainer Frank, Parentage Law Reformed, *The International Survey of Family Law*, A. Bainham (ed.), The Hague, Boston, London, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, str. 177.

godina, a za muškarca 18. Isti uzrast predviđa i pravo Belgije.²¹ Dejstvo maloletstva kao bračne smetnje se može otkloniti dobijanjem dozvole nadležnog organa, tako da je moguće sklapanje maloletničkih brakova i u uporednom pravu. Mogućnost se u većini zakona vezuje za uzrast od 16 godina, kao i u domaćem pravu, a potrebno je da se sa sklapanjem braka saglase određena lica i (ili) nadležni organ. Po nekim pravima potrebno je da za sklapanje maloletničkog braka postoje posebni razlozi. S obzirom na postojanje značajnog broja maloletničkih brakova, neke federalne države SAD su predvidele obavezno predbračno savetovanje za maloletnike. Ovaj uslov je uveden zbog toga što su maloletnički brakovi često neuспеши i kratkotrajni. U Francuskoj dozvolu za sklapanje maloletničkog braka daju roditelji, a u određenim slučajevima javni (državni) tužilac (*procureur de la République*). Saglasnost oba roditelja ne može biti zamjenjena sudskom odlukom, tako da od volje roditelja zavisi da li će maloletno lice moći da zasnuje brak (u drugim pravima postoji mogućnost zameñe saglasnosti roditelja saglasnošću nadležnog organa, tako da je je francusko rešenje najstrože). U slučaju nesuglasice između roditelja, smatra se da saglasnost postoji. Ako se radi o ženskom licu mlađem od 15 godina i muškom mlađem od 18, dispencaciju daje javni (državni) tužilac (*procureur de la République*) i to ako postoje važni razlozi, na primer trudnoća žene.²² U Nemačkoj je dispencacija moguća za lica koja su napunila 16 godina, odobrenje daje starateljski sud, uz uslov je da je drugi bračni drug punoletan. Dakle, ne bi bio moguć maloletnički brak u slučaju da su oba buduća bračna druga maloletna. Potrebna je i saglasnost roditelja, a ako roditelji bez opravdanog razloga odbijaju da daju saglasnost, ona može biti zamjenjena saglasnošću suda, na zahtev maloletnika.²³ U Velikoj Britaniji, takođe, maloletnici sa 16 godina mogu sklopiti brak, a saglasnost se traži od roditelja odnosno lica koja imaju roditeljsku odgovornost. Ako se ne dobije saglasnost, sud može dozvoliti sklapanje braka.²⁴ U Holandiji je za sklapanje braka lica mlađih od 18 godina potrebna dozvola ministra pravde i roditelja.²⁵ U Rusiji se bračni uzrast stiče sa 18

²¹ Jill Hughes, Francoise Moreau, Family Law in Belgium, *Family Law in Europe*, 1995, str. 4.

²² Op. cit. *Family Law in Europe*, str. 129-130. Čl. 144, 145, 148 Code civil, Dalloz 1986-87.

²³ Eugen Dietrich Graue, Family Law in Germany, *Family Law in Europe*, 1995, str. 168.

²⁴ Carolyn Hamilton, Kate Standley, Family Law in England and Wales, *Family Law in Europe*, 1995, str. 68, Marriage Act 1949, s.2, Children Act 1989, s. 12, par. 5.

²⁵ Wendy M Schrama, Registered Partnership in the Netherlands, *International Journal of Law, Policy and the Family* 13, 1999, Oxford, str. 315-327.

godina. Sklapanje braka se može dozvoliti i licima koja su navršila 16 godina, iz naročito opravdanih razloga. Dozvolu daju organi lokalne samouprave prema mestu državne registracije zaključenja braka, na zahtev lica koja žele da zaključe brak. Zakonom nisu propisane okolnosti pod kojima se daje dozvola, ali se u literaturi navode: postojanje faktičkih bračnih odnosa, trudnoća, rođenje deteta, udaljeno službeno putovanje. Postupak i uslovi pri kojima stupanje u brak može biti dozvoljeno pre navršenja 16 godina, mogu biti propisani zakonima članica Ruske Federacije.²⁶

Srodstvo je bračna smetnja i to kako krvno, tako i adoptivno, te tazbinsko. U domaćem zakonodavstvu krvni srodnici do četvrtog stepena ne mogu međusobno da zaključe brak, odnosno preciznije, svi srodnici do trećeg, a u četvrtom deca rođene braće i sestara i deca polubraće i polusestara (čl. 19 PZS). U uporednom parvu drugi stepen krvnog srodstva (rođena braća i sestre) je univerzalno prihvачen kao neotklonjiva smetnja, sem u Švedskoj, gde polubraća i polusestre mogu dobiti dozvolu vlade, odnosno tela koje odredi vlada.²⁷ Smetnja u većem broju zakona postoji i u trećem stepenu (stric–sinovica, ujak–sestričina, tetka–bratanac, sestrić), ali u nekim zakonima postoji mogućnost dispenzacije (na primer u Francuskoj). Najširi krug srodnika između kojih postoji smetnja predviđen je u Grčkoj (u pravoj liniji bez obzira na stepen, a u pobočnoj do četvrtog stepena).²⁸ I druge vrste srodstva predstavljaju smetnju. U domaćem pravu adoptivno srodstvo, srodstvo koje nastaje zasnivanjem usvojenja, predstavlja smetnju za sklapanje braka na isti način kao i krvno srodstvo (čl. 20 PZS). U domaćem pravu brak ne mogu sklopiti tazbinski srodnici u prvom stepenu prave linije, a to su: svekar i snaha, zet i tašta, očuh i pastorka te mačeha i pastorak. Ova smetnja je otklonjiva, sud može, iz opravdanih razloga, dozvoliti sklapanje braka između tazbinskih srodnika u prvom stepenu srodstva (čl. 21 PZS). Sud na pogodan način treba da ispišta opravdanost predloga vodeći računa o ostvarivanju ciljeva braka i o zaštiti porodice (čl. 82/5 Zakona o vanparničnom postupku).²⁹ Međutim, postoje i takvi pravni sistemi u kojima srodnici po tazbini mogu nesmetano da sklope brak (na primer Švedska, Finska, Nemačka, Rusija, Slovenija).

²⁶ Op. cit. Porodični zakonik, čl. 13.

²⁷ Namera je da dispenzacija bude data samo ako postoje posebni razlozi, između ostalog, stranke moraju biti odgajane u različitim porodicama, a dozvola je data samo u malom broju slučajeva Ch. 2, sec. 3 Zakona o braku (SFS 1987:230, sa amandmanima 1988:1452), izdanje Ministarstva pravde, 1989.

²⁸ Op. cit. Kounougeri-Manoledaki str. 202.

²⁹ Zakon o vanparničnom postupku, Službeni glasnik Republike Srbije 25/82, 48/88, 46/95.

ja, Hrvatska).³⁰ Postoje primeri da se tazbinsko srodstvo smatra smetnjom samo u određenim situacijama, na primer ako je bivši supružnik u životu ili ako je mlađa strana bila „dete porodice“ u odnosu na drugu stranu (Velika Britanija, amandmanima iz 1986. godine), odnosno smetnja postoji u pravoj liniji tazbinskog srodstva, ali se može dobiti dispensacija, ako postoje važni razlozi i ako je brak prestao smrću (Francuska). Zakonodavstvo Grčke, međutim, pridaje veliki značaj tazbinskom srodstvu i danas (tazbinsko srodstvo je smetnja u pravoj liniji bez obzira na stepen, a u pobočnom do trećeg stepena).³¹

Starateljstvo je bračna smetnja jer se radi o odnosu koji je inkopabilan bračnom odnosu. Staratelj ima obavezu da se stara o štićeniku, a njegova prava i dužnosti mogu se porebiti sa roditeljskim pravima i dužnostima. Starateljstvo je odnos koje je raskidiv, tako da ako staratelj i štićenik žele da sklope brak, potrebno je da se raskine odnos starateljstva i tada se nesmetano može sklopiti brak, (čl. 22 PZS).

1.1.1. Materijalni uslovi za sklapanje braka prema verskom pravu

Prema Bračnom pravilniku Srpske pravoslavne crkve uslovi za sklapanje braka su: različitost polova, punovažna izjava volje (par. 11), nepostojanje bračnih smetnji i bračnih zabrana. Brak kod kojeg postoji bračna smetnja je ništavan (par. 5), ali ako se radi o otklonjivoj smetnji brak se može osnažiti. Ako postoji bračna zabrana brak je valjan, ali nedozvoljen i povlači crkvenu kaznu (par. 5/3). Bračne zabrane se odnose na nedostatke u formi sklapanja braka.³²

Bračne smetnje se dele na neotklonjive (par. 12) i otklonjive (par. 13). Srodstvo je neotklonjiva smetnja u sledećim slučajevima: krvno srodstvo u pravoj liniji bez obzira na stepen, u pobočnoj do četvrtog stepena, dvorodno (koje može biti tazbinsko - između jednog bračnog druga i krvnih sro-

³⁰ U Finskoj je tazbinko srodstvo kao smetnja napušteno Zakonom iz 1987, i za Švedsku op. cit. Bradley str. 298; u Nemačkoj 1998. Zakonom o braku, op. cit. Frank str. 177; Rusija: Porodični kodeks 1995, Hrvatska: M. Alinčić, D. Hrabar, D. Jakovac-Ložić, A. Korać Graovac, *Obiteljsko pravo*, Narodne novine, 2007.

³¹ John Dewar, *Law and the Family*, London, Dublin, Edinburgh, Butterworths, 1992, str. 45-46. Marriage (Prohibited Degrees of Relationship) Act 1986. For France: Nicole Guimezanes, *Family Law in France*, *Family Law in Europe*, London, Dublin, Edinburgh, Butterworths, 1995, pp. 130, articles 161, 164 SS, for Greece op. cit.. Kounougeri-Manoledaki str. 202.

³² Bračne zabrane su se odnosile i na neke materijalne uslove, ali se ovo ne primenjuje od 1961, ASBr. 12/Zap. 37 iz 1961 (npr. zabrana ženi da sklopi brak u roku od 10 meseci od prestanka prethodnog).

nika drugog i prijateljstvo - između krvnih srodnika jednog i krvnih srodnika drugog) i to do trećeg stepena, duhovno srodstvo (srodstvo koje nastaje krštenjem deteta) i adoptivno do drugog stepena, srodstvo iz vanbračnog rođenja bez obzira na stepen, u pobočnoj do trećeg stepena. Srodstvo je otklonjiva bračna smetnja u sledećim slučajevima: u pobočnoj liniji krvnog srodstva od petog do sedmog stepena, dvorodno od četvrtog do šestog stepena srodstva i između dva brata i dve sestre³³, trorodno srodstvo do trećeg stepena, duhovno i adoptivno srodstvo od trećeg do sedmog stepena.

Neotklonjivu smetnju predstavlja postojeći brak. Osim smetnje bračnosti, smetnju predstavlja postojanje određenog broja ranijih brakova (ranija četiri braka istog lica, a ranija tri braka čine otklonjivu smetnju (par. 12/8, 13/7), a dalji nisu dozvoljeni. Može se reći da se prema ovim propisima vodi računa i o sukcesivnoj poligamiji, koja danas nema pravni značaj. Osim toga, prema Bračnom pravilniku Srpske pravoslavne crkve lice čija su dva braka bila razvedena njegovom krivicom ne može više da stupi u novi brak (par. 114).

Razlika vere je neotklonjiva smetnja, ali je mešovit brak ipak dozvoljen pod određenim uslovima. Lice druge veroispovesti mora potpisati pismenu izjavu da neće odvraćati svog bračnog druga od pravoslavnog ispovedanja vere, te da će decu krštavati i vaspitavati u pravoslavnoj veri, dok pravoslavno lice ima „... svečano obećati da će stalno, lepim načinom nastojati da svoga budućeg bračnog druga privoli pravoslavnoj veri“ (par. 115). Neotklonjive smetnje su još: konačno isključenje iz crkvene zajednice, sveštenički i monaški zavet i doživotna zabrana stupanja u brak na osnovu zakona ili pravosnažne presude.

Otklonjiva smetnja je preljuba između lica koja žele da stupe u brak, izvršena za vreme dok je preljubnik živeo neodvojeno od svog bračnog druga, zajedničko rađenje o glavi bračnom drugu od lica koja žele stupiti u brak, te starost preko 70 godina za muško lice i 60 za žensko, kao i razlika u godinama preko 15.³⁴

Kada se radi o bračnoj zrelosti, lična smetnja je „nenavršena šesnaesta godina za muško i četrnaesta za žensko“ (par. 12/1), a uklonjiva „osamnaesta za muško i šesnaesta za žensko“ (par. 13/1). Bračne zabrane su ranije bile: stupanje u brak ženi čiji je brak prestao, razveden ili poništen u roku od deset meseci od prestanka (*tempus lugendi*), razvoda ili poništenja ranijeg braka, stupanje u brak lica pod očinskom vlašću, tutor-

³³ Otklonjiva od 1948. godine, ASBr. 20/zap. 15 iz 1948, op. cit. str. 7.

³⁴ Ova smetnja nije postojala po Bračnom pravilniku iz 1933. godine, uveo ju je Sveti arhijerejski sinod 1937. godine. Sin. br. 2410/Zap. 586 iz 1937, op. cit. Bračna pravila 1994, str. 8.

stvom ili starateljstvom, bez pristanka oca, odnosno majke, tutora ili staraoca ili tutorske ili staralačke vlasti (par. 37/1 tač. 1-4).³⁵ Ako je brak prestao smrću, ovaj rok se zove „udovička crnina“.³⁶

Prema pravu Katoličke crkve postoje tri konstitutivna elementa za sklapanje braka: pristanak, sposobnost stranaka i kanonski oblik.³⁷ Pristanak mogu dati samo lica različitog pola. Smetnje za sklapanje braka su (kan. 1083-1094): određena starosna dob (prema Zakoniku za muškarca 16 godina, a za ženu 14, biskupska konferencija može odrediti višu dob, što je i učinila Biskupska konferencija Jugoslavije odredivši 18 godina), polna nemoć, postojeći brak, razlika vere, sveti red, redovnički javni doživotni zavet čistoće, otmica, zločin ubistva, krvno srodstvo, tazbinsko srodstvo, javna čudorednost, zakonsko srodstvo (srodstvo po usvojenju). Krvno srodstvo je smetnja u pravoj liniji bez obzira na stepen, a u pobočnoj do četvrtog stepena, bez obzira da li je srodstvo punorodno ili polurodno. Dispenzacija je moguća počevši od trećeg stepena srodstva. Tazbinsko srodstvo je smetnja u pravoj liniji, ali se može dobiti dispenzacija. Smetnja „javno čudorede“ postoji između muškarca/žene i srodnika u pravoj liniji žene/muškarca nakon uspostavljanja zajedničkog života, ako brak nije punovažan. Zakonsko srodstvo je smetnja kada se radi o usvojenju i postoji u pravoj liniji i u drugom stepenu pobočne linije, moguća je dispenzacija. Otmica žene kao smetnja ima svrhu da se obezbedi slobodan pristanak. Zločin je smetnja ako se radi o ubistvu sopstvenog ili supružnika onog lica sa kojim se sklapa brak. Novi Zakonik odbacuje brakolomstvo kao smetnju za sklapanje braka, a kod zločina kao smetnje ne traži da se radi i o brakolomstvu. Razlika vere postoji ako je jedno lice kršteno u katoličkoj crkvi, a drugo lice nije kršteno. Mešoviti brakovi se mogu sklapati ako se radi o braku katolika i pripadnika drugih hrišćanskih veroispovesti, uz dozvolu. Uslov za dobijanje dozvole je da se lice katoličke veroispovesti obaveže da će učiniti sve što je u njegovoj moći da se sva deca krste i odgajaju u katoličkoj crkvi, te da se na vreme o tome obavesti drugi budući supružnik i to tako da to lice bude svesno ovakvog obećanja i obaveze, obe strane se moraju poučiti o bitnim ciljevima i osobinama braka, koji ni jedna strana ne sme isključiti (kan. 1124-1129).

³⁵ Sveti arhijerejski sinod je ove zabrane ukinuo 1946, odnosno 1961, Sin. br. 1006 iz 1946, i ASBr. 12/Zap. 37 iz 1961, op. cit. Bračna pravila 1994, str.15.

³⁶ O tome u Dimšo Perić, *Crkveno pravo*, Beograd, Pravni fakultet – Centar za publikacije, Dosije, 1999, str. 289. Po Dušanovom zakoniku – „plaćevnoje vremja“.

³⁷ Viktor B. Nuić, *Opće pravo katoličke crkve*, Kršćanska sadašnjost, 1985, Zagreb, str. 351.

1.2. *Forma sklapanja braka*

U savremenom porodičnom pravu evropskih zemalja postoji dva sistema koji se odnose na formu sklapanja braka. Jedan je sistem obaveznog građanskog braka, koji ne isključuje mogućnost sklapanja i verskog braka. Građanski brak je danas obavezan u većem broju zemalja (Nemačkoj, Francuskoj, Belgiji, Holandiji, Švajcarskoj³⁸, Rusiji, Srbiji itd). U Vojvodini je građanski brak obavezan od 1894. godine, na osnovu ugarskog Zakonskog članka o bračnom pravu, koji se primenjivao na tadašnjoj teritoriji Vojvodine.³⁹

Drugi sistem je sistem dualizma, odnosno jednakе važnosti građanske i verske forme braka, tako da se budući supružnici odlučuju za jednu ili drugu formu. Dualizam formi je takođe prihvacen u većem broju zemalja na primer: u Velikoj Britaniji, skandinavskim zemljama, Grčkoj. Dualizam formi uveden je i u neke od istočnoevropskih zemalja. Tako je u Češkoj verski brak dozvoljen Zakonom iz 1992. godine (br. 234). Slično je u Poljskoj, prema Konkordatu sa Vatikanom. Obiteljskim zakonom iz 1998. godine u Hrvatskoj je uvedena verska forma kao alternativna građanskoj, a tako je i po važećem Obiteljskom zakonu iz 2003. godine (čl. 6, 8). U ovim zemljama se veliki broj brakova sklapa u verskoj formi (u Velikoj Britaniji se preko 2/3 prvih brakova sklapa u verskoj formi).

Obavezan verski brak je forma koja ima samo istorijski značaj u evropskim zemljama. Međutim, van Evrope postoje primeri zakonodavstava u kojima je obavezan verski brak, bez postojanja mogućnosti zaključenja braka u svetovnoj formi (npr. Izrael).

U domaćem pravu građanska forma braka kao obavezna, obuhvata predbračni postupak, ceremoniju sklapanja braka i registraciju braka. Nadležan organ za sklapanje braka u pravu Srbije je matičar.⁴⁰ Ako se radi o državljanima Srbije koji se nalaze u inostranstvu, brak se može sklopiti pred diplomatsko-konzularnim predstavnikom. Predbračne formalnosti na prvom mestu obuhvataju prijavu namere da se sklopi brak (čl. 292-304 PZS). Matičar proverava da li su ispunjeni uslovi za punovažnost braka, pa ako utvrdi da jesu određuje se dan sklapanja braka (čl. 294 PZS). Posle toga, matičar sa budućim supružnicima obavlja razgovor bez

³⁸ U Švajcarskoj je posle debate u Parlamentu, u okviru izmena donetih 1998. godine, ipak zadržana zabrana zaključenja verskog braka pre građanskog. Op. cit. Guillod 2000, str. 359 (novi član 97/3 Građanskog zakonika koji odgovara članu 118/2).

³⁹ U par. 29/1 se kaže: „Brak se mora sklopiti pred građanskim činovnikom“.

⁴⁰ Do izmena ranijeg Zakona o braku i porodičnim odnosima iz 1993. godine nadležan organ bio je predsednik ili delegat skupštine opštine, dok je matičar bio pomoćni organ. Nadležnost je, dakle, preneta sa izabranog predstavnika na stručno lice.

prisustva javnosti u kojem je dužan da ih upozna sa pravnim posledicama koje nastupaju sklapanjem braka (čl. 295 PZS). Osim toga, matičar treba da preporuči budućim supružnicima da se uzajamno obaveste o stanju zdravlja, a po potrebi i da posete odgovarajuću medicinsku ustanovu, kako bi dobili potpunu informaciju o svim podacima koji se tiču njihovog zdravlja, dijagnoze i prognoze bolesti, lečenju i rezultatima lečenja. Matičar preporučuje budućim supružnicima da se upoznaju sa mogućnostima i prednostima planiranja porodice, te da posete bračno ili porodično savetovalište i da se upoznaju sa važnošću održavanja skladnih bračnih i porodičnih odnosa i da se sporazumeju o prezimenu (čl. 296, 297 PZS).

Sam čin sklapanja braka je javan, svečan, odvija se, po pravilu, u prostoriji posebno predviđenoj za tu namenu (čl. 299/1 PZS). Sklapanju braka prisustvuju budući supružnici, dva svedoka i matičar. Svedoci mogu biti sva poslovno sposobna lica, bez ikakvih ograničenja. Izuzetno se može dozvoliti da se brak sklopi u prisustvu jednog budućeg supružnika i punomoćnika drugog budućeg supružnika ako za to postoje naročito opravdani razlozi (čl. 301 PZS). U okviru čina sklapanja braka matičar upoznaje buduće supružnike sa pravima i dužnostima u braku, a zatim budući supružnici daju potvrđne izjave volje o sklapanju braka (čl. 302 PZS). Radnja koja sledi je registracija braka, odnosno upisivanje braka u matične knjige venčanih (čl. 303 PZS).

Zaključenje crkvenog braka pre građanskog predstavljalje je krivično delo do 1994. godine kada je ovo krivično delo izostavljeno iz Krivičnog zakona Srbije. U pozitivnim propisima nije precizirano u kojoj verskoj formi se može zaključiti brak, ali s obzirom na ustavne odredbe o zabrani diskriminacije, koja uključuje i zabranu diskriminacije prema veroispovesti, brak bi se mogao sklopiti prema pravilima svih priznatih veroispovesti kojima pripadaju supružnici.

Kada se radi o pravoslavnoj crkvi, za sklapanje braka nadležan je paroh one parohije kojoj pripadaju mладenci kao članovi, a ako su mладenci članovi različitih parohija, nadležan je paroh one parohije kojoj pripada verenik (par. 55 Bračnog pravilnika Srpske pravoslavne crkve). Brak se sklapa, po pravilu, u hramu, pre podne, u dane kada to crkva dozvoljava.⁴¹ Venčanje se vrši po obredu propisanom u Trebniku (par. 66 st. 1). Lica koja žele da sklope brak moraju biti prisutna činu venčanja, a takođe i svedoci, koji moraju biti punoletni, kršteni i pravoslavne vere, ako

⁴¹ Dani kada se ne može izvršiti venčanje su: sreda i petak svake sedmice; od početka božićnjeg posta do 7/20 januara; od početka siropusne do Tomine nedelje; za vreme petrovskog i gospojinskog posta; na dan Usekovanja glave Sv. Jovana Krstitelja i na Krstovdan (par. 64, 65).

su u braku moraju biti u crkvenom braku. Sklapanju braka prethodi predbračni ispit i oglašenje braka. Predbračni ispit podrazumeva ispitivanje volje za sklapanje braka, da li volja postoji i da li je slobodna, te da li postoji ranije učinjeno obećanje drugom licu da će se sklopiti brak (par. 61-62). Oglašenje stupanja u brak ima za cilj da se utvrdi da li postoje smetnje ili zabrane za sklapanje braka, na taj način što se pozivaju vernici da prijave njihovo postojanje ako za njih znaju. Oglašenje vrši nadležni paroh u hramu svoje parohije, u tri nedeljna ili praznična dana koji uzastopce dolaze, nakon završetka liturgije, pred sakupljenim vernicima (par. 63, st. 2).

Kada se radi o katoličkoj crkvi brak se sklapa pred ovlašćenim asistentom i dva svedoka. Po pravilima katoličke crkve, vezano za svedoke se ne traže nikakva posebna svojstva, pa čak ni da budu kršteni. Brak se sklapa u župi u kojoj jedna od stranaka ima prebivalište ili boravište, ako imaju različita prebivališta ili boravišta zaručnici mogu slobodno da izaberu mesto. Ranije je prednost imao župnik prema prebivalištu ili boravištu zaručnice. Obred sklapanja braka je propisan u liturgijskim knjigama, ali biskupska konferencija može da sačini sopstveni obred koji odgovara običajima mesta i naroda prilagođenim hrišćanskom duhu. Po Bačkom zakoniku se predviđa da venčanju prethode zaruke, zaručnički ispit i pouka o ženidbi (Pogl. VII). Zaruke se oglašavaju u tri uzastopne nedelje ili praznika. Za razliku od Zakonika kanonskog prava po Bačkom zakoniku se traži da svedoci budu katoličke vere, ali Ordinarij može dati dozvolu da svedoci budu lica koja to nisu.

2. Razvod braka

Pravo koje reguliše razvod braka u evropskim zemljama je svetovnog karaktera. Razvod braka je u skoro svim državama dozvoljen. Jedna od država koja je među poslednjim uvela razvod braka je Irska u kojoj se stanovništvo na referendumu izjasnilo za uvođenje razvoda braka tek 1996. godine (na prethodnih nekoliko referendumu stanovništvo se izjasnilo protiv uvođenja razvoda braka). Danas je Malta jedna od poslednjih država koja ne poznaje razvod braka.

2.1. Razvod braka u domaćem pravu

Porodični zakon Srbije predviđa dva načina razvoda braka. Jedan je razvod po sporazumu (čl. 40), a drugi je razvod po tužbi. Razvod po tužbi je razvod na osnovu poremećaja bračnih odnosa, odnosno objektivne nemogućnosti ostvarenja zajednice života supružnika (čl. 41). Brakorazvodni uzroci su opšti i neskrivljeni.

Razvod po sporazumu je Porodičnim zakonom Srbije reformisan, uslovi za sporazumni razvod su pooštreni. Supružnici treba da se sporazu meju o samom razvodu, o vršenju roditeljskog prava, te o deobi zajedničke imovine (čl. 40). Sporazum o razvodu mora biti u pisanim oblicima. Po ranijevažećem Zakonu o braku i porodičnim odnosima iz 1980. godine uslov za sporazumni razvod braka bio je sporazum o posledicama vezanim za decu, odnosno o vršenju roditeljskog prava, dok sporazum o podeći zajedničke imovine nije bio uslov za sporazumni razvod. U sudskej praksi su bili česti slučajevi razvoda braka po sporazumu posle koga su vođene dugotrajne i iscrpljujuće parnice o imovinskim pitanjima. Pooštovanje ulova za sporazumni razvod ima za cilj da sporazumni razvod suštinski to i bude, jer se zahteva sporazum o svim najvažnijim posledicama razvoda braka. Imovina se deli na osnovu sporazuma i na taj način se izbegavaju dugotrajne parnice. Sporazumni razvod je regulisan u svom čistom obliku, naime, ako postoji sporazum o razvodu sud ne ispituje okolnosti koje su dovele do razvoda braka. Sud jedino ima obavezu da proceni da li je sporazum supružnika o vršenju roditeljskog prava u najboljem interesu deteta.

Brakorazvodni uzrok poremećaj bračnih odnosa, odnosno objektivna nemogućnost ostvarenja zajednice života supružnika, postoji ako je poremećaj bračnih odnosa ozbiljan i trajan, odnosno ako je nemogućnost ostvarivanja zajednice života supružnika objektivna. (čl. 41). Poremećaj bračnih odnosa kao brakorazvodni uzrok evoluirao je iz uzroka nepodnošljivost zajedničkog života koji je bio regulisan Osnovnim zakonom o braku iz 1946. godine. Ovaj opšti uzrok je prepostavlja utvrđenje početnog uzroka koji je doveo do posledice – poremećaja bračnih odnosa u tolikoj meri da je zajednički život za bračne druge postao nepodnošljiv. Poremećaj bračnih odnosa po svojoj prirodi predstavlja objektivnu posledicu, a nepodnošljivost zajedničkog života subjektivnu. Početni uzroci su bili navedeni primerice, i to kao: nesaglasnost naravi, trajni nesporazum, neuklonjivo neprijateljstvo, a početni uzrok je mogao biti i ma koji drugi uzrok. Danas se utvrđuje samo objektivna posledica, postojanje poremećaja bračnih odnosa ili nemogućnost ostvarenja zajednice života supružnika.

U okviru brakorazvodnog postupka sprovodi se postupak posredovanja, koji se sastoji od dve faze, postupka mirenja i nagodbe (čl. 229-246). Svrha mirenja je da se poremećeni odnos supružnika razreši bez konflikti i bez razvoda braka (čl. 234), a svrha nagodbe je da se poremećeni odnos supružnika razreši bez konflikti nakon poništavanja ili razvoda braka (čl. 241/1). Posredovanje se redovno sprovodi uz postupak u

bračnom sporu koji je pokrenut tužbom, a ne sprovodi se ako jedan od supružnika ne pristane na posredovanje, ako je jedan od supružnika nesposoban za rasuđivanje, ako je boravište jednog od supružnika nepoznato i ako jedan ili oba supružnika žive u inostranstvu (čl. 230). Život u inostranstvu, kao razlog da se posredovanje ne sproveđe, nije bilo potrebno eksplicitno navoditi. Naime, ukoliko supružnici ne mogu da dođu, oni jednostavno neće pristati na sprovođenje posredovanja. Supružnici koji žive u inostranstvu, a žele da se uključe u postupak posredovanja su u tome bezrazložno onemogućeni.⁴² Posredovanje se ne sprovodi kada se radi o sporazumnoj razvodu, jer je uslov za sporazumni razvod da su se supružnici već sporazumeli o najvažnijim pitanjima, a to su pitanja vezana za decu i podelu zajedničke imovine. Naravno, supružnici nisu sprečeni da se uključe u postupak posredovanja, naprotiv, preporučuje se da se obrate bračnom ili porodičnom savetovalištu pre nego što se odluče za razvod, tako da bi se ovakvo posredovanje sprovodilo po privatnoj inicijativi supružnika. U okviru brakorazvodnog postupka, sud, odnosno ustanova kojoj je poveren postupak posredovanja, nastojaće da supružnici postignu sporazum o vršenju roditeljskog prava i sporazum o deobi zajedničke imovine (čl. 241/2 PZS). Porodični zakon, osim toga, uvodi još jednu značajnu mogućnost, a to je proširenje ustanova koje mogu da sproveđe postupak posredovanja. Osim suda i organa starateljstva, to su i bračna ili porodična savetovališta, te druge ustanove koje su specijalizovane za posredovanje u porodičnim odnosima. Uslov da se posredovanje poveri organu starateljstva, bračnom ili porodičnom savetovalištu, odnosno drugoj ustanovi koja je specijalizovana za posredovanje u porodičnim odnosima je pristanak supružnika na psiho-socijalno savetovanje, tako da sud na predlog supružnika, ili uz njihovu saglasnost, može poveriti posredovanje navedenim ustanovama (čl. 232 PZS). Proširenje kruga ustanova koje su ovlašćene za sprovođenje postupka posredovanja trebalo bi da doprinese kvalitetnjem i efikasnijem sprovođenju ovog postupka. Ako supružnici postignu sporazum o najvažnijim pitanjima, sud takav sopozum procenjuje, pa ako proceni da je sačinjen u skladu sa najboljim interesom deteta, unosi ga u izreku presude o razvodu braka (čl. 75/2 i čl. 225/1). Poverljivost, kao jedna od značajnih karakteristika posredovanja, obezbeđena je zabranom da sudija koji je rukovodio posredovanjem učestvuje u donošenju odluke u nekoj kasnije fazi postupka, osim ako je posredovanje uspelo (čl. 231/3 PZS). Dakle, sudija koji je u toku posredovanja saznao poverljive činjenice iz života supružnika, ne učestvuje u da-

⁴² Ovim je izmenjeno rešenje koje je predloženo u Nacrtu PZS, a koje nije predviđalo život u inostranstvu kao razlog da se posredovanje ne sproveđe.

ljem postupku i tako nema mogućnost da ove činjnice obelodani. Mirenju ne mogu da prisustvuju punomoćnici stranaka, za razliku od faze nagodbe gde je njihovo prisustvo dozvoljeno.

Kada se radi o posledicama razvoda na decu, supružnici mogu zaključiti sporazum o zajedničkom ili o samostalnom vršenju roditeljskog prava.⁴³ Porodični zakon Srbije prvi put uvodi mogućnost zajedničkog vršenja roditeljskog prava i kada roditelji ne žive zajedno (čl. 75/2). „Sporazumom o zajedničkom vršenju roditeljskog prava roditelji deteta pismeno se saglašavaju da će roditeljska prava i dužnosti obavljati zajednički, međusobnim sporazumevanjem, koje mora biti u najboljem interesu deteta. Sastavni deo sporazuma o zajedničkom vršenju roditeljskog prava jeste i sporazum o tome šta će se smatrati prebivalištem deteta“, (član 76/2 PZS). Ovakva formulacija sadržine sporazuma ostavlja roditeljima veliku slobodu, jer im omogućava da se dogovore o pitanjima vezanim za dete na način koji najviše odgovara njihovoj, sasvim konkretnoj situaciji. Jedino postavljeno ograničenje je obaveza roditelja da postignu sporazum o tome šta će se smatrati prebivalištem deteta. Radi se o tome da se u cilju pravne sigurnosti, a prvenstveno omogućavanja nesmetanog pravnog prometa (dostavljanje pravnih dokumenata, obaveštavanje roditelja itd) odredi prebivalište, a koje prati adresa deteta. Po mišljenju Komisije koja je sačinila Nacrt Porodičnog zakona, ovo ograničenje ne sprečava roditelje da se dogovore o tzv. faktičkom zajedničkom staranju. Faktičko zajedničko staranje podrazumeva da dete živi sa oba roditelja i ono predstavlja jednu od komponenata zajedničkog staranja u uporednom pravu. Dakle, bilo bi moguće da dete ima podeljeno boravište (i kod majke i kod oca). Zajedničko vršenje roditeljskog prava se uvodi kao oblik staranja i u situacijama u kojima je tradicionalni oblik staranja bilo samostalno vršenje roditeljskog prava jednog roditelja. Na taj način roditeljsko staranje svoj osnov ne nalazi u statusu roditelja, niti njihovim međusobnim odnosima, nego prvenstveno u biološkim, odnosno pravnim roditeljskim odnosima. Ovaj koncept pokušava da razdvoji roditeljske odnose od odnosa između supružnika, na taj način što, posmatrano sa pravnog stanovišta, odnose roditelja i deteta zadržava istim ili sličnim i u slučajevima promene u bračnim odnosima, poštujući činjenicu da roditeljstvo ne prestaje razvodom braka, te da su detetu u njegovom razvoju, po pravilu, potrebna oba roditelja. Zajedničko roditeljsko staranje je pravni izraz shvatanja po kome se smatra poželjnim da se odnosi između oba roditelja i deteta održe uprkos situaci-

⁴³ O tome više u: Gordana Kovaček-Stanić, *Zajedničko vršenje roditeljskog prava, Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, 2006, No. 1-2, str. 32- 45.

jama poremećenih odnosa roditelja kao supružnika, koji su rezultirali razvodom braka. To se nastoji postići izjednačavanjem pravnog položaja roditelja na osnovu zajedničkog pravnog staranja, a može se proširiti pravom na zajedničko faktičko staranje o detetu, odnosno odlukom o stanovanju kod oba roditelja. Osim sporazuma da staranje o deci bude zajedničko, roditelji mogu da se sporazumeju da se jedan od njih samostalno stara o detetu. Sporazum o samostalnom vršenju roditeljskog prava obuhvata sporazum roditelja o poveravanju zajedničkog deteta jednom roditelju, sporazum o visini doprinosa za izdržavanje deteta od drugog roditelja i sporazum o načinu održavanja ličnih odnosa deteta sa drugim roditeljem. (čl. 78/1,2 PZS). PZS ne obavezuje supružnike da se sporazumeju o supružanskom izdržavanju, ali ih ni ne ograničava u tome. Sporazum po PZS mora biti u pisanoj formi, kao što je predviđeno i u Principima.

2.2. Razvod braka u uporednom pravu

U Francuskoj je razvod braka reformisan 2004. godine, a pre toga sedamdesetih godina XX veka, kada je uveden mešovit sistem brakorazvodnih uzroka i sporazumni razvod, dok je položaj dece posle razvoda braka revidiran i 1993. godine.⁴⁴ Zakonom o razvodu braka Francuske iz 2004. godine, članom 1 (a koji je novi član 29 *Code civil*) su regulisani brakorazvodni uzroci. Kao i do tada postoji četiri uzroka. To su: zajednički pristanak (razvod po sporazumu), prihvatanje sloma braka, trajno narušavanje bračne veze i razvod po osnovu krivice. Suprotno predlozima da se napusti krivica kao brakorazvodni uzrok, u oba doma Parlamenta je odlučeno da se ovaj uzrok zadrži, na osnovu stava da bi napuštanje krivice bilo protivno konцепцији i percepciji razvoda u francuskom društvu. Odluka da se zadrži ovaj uzrok je, po opštem mišljenju, u skladu sa obavezama i dužnostima koje postoje u braku. Međutim, čl. 5 (II) Zakona iz 2004. godine ograničava polje primene ovog uzroka na najozbiljnije slučajeve povrede obaveza i dužnosti bračnog života čineći ga nepodnošljivim, naročito zbog porodičnog nasilja. Osim toga, član 23 napušta član 243 *Code civil*, koji je dozvoljavao jednom od supružnika da traži razvod na osnovu toga što je drugi proglašen krivim za krivično delo. Razvod po

⁴⁴ Zakon o razvodu braka je usvojen 26. maja 2004. godine, a primenjuje se od 1. januara 2005. *Official Journal of the French Republic* nr 122, od 27. maja 2004, Christain Dadomo, The Current Reform of French Law of Divorce, *International Family Law*, December 2004. Jacqueline Rubellin-Devichi, How Matters Stand Now in Relation to Family Law Reform, *The International Survey of Family Law*, A. Bainham (ed.), 2000, str. 154-158.

zajedničkom pristanku je pojednostavljen po članu 2 novog Zakona (kojim se menja član 230 i 232 *Code civil*). Predviđeno je da supružnici kada postignu sporazum o principima separacije i njenim posledicama, mogu da podnesu zajednički zahtev kojem se pripaja sporazum o separaciji i kojim se učvršćuje njihova nagodba o razvodu. Sporazum treba da obuhvati sve posledice razvoda braka. Posle samo jedne rasprave, sud će prihvatići sporazum ako utvrdi da su supružnici dali slobodan pristanak i da njihov sporazum, efikasno i uravnoteženo, štiti interes oba supružnika i dece. Drugi oblik razvoda po zajedničkom pristanku koji je postojao po Zakonu iz 1975. godine (slučaj u kome tuženi prihvata jednostrani zahtev tužioca) zamjenjen je novim uzrokom: prihvatanje sloma braka, koji se još naziva i *divorce-résignation* (razvod na osnovu prihvatanja). Prema članu 13 (koji menja član 233 i 234 *Code civil*), razvod mogu tražiti jedan ili oba supružnika i biće dosuđen po osnovu toga što oboje prihvataju da je njihov odnos nepopravljivo slomljen. Najznačajnija novina ovog zakona je supstitucija uzroka *rupture de vie commune* (prekid zajedničkog života) uzrokom *altération definitive du lien conjugal* (trajno narušavanje bračne veze) članom 4 koji menja članove 237 i 239 *Code civil*. Po novom čl. 238 *Code civil*, razvod se može dobiti na osnovu odvojenog života supružnika u kontinuiranom periodu od najmanje 2 godine, tako da je napušten raniji zahtev da postoji separacija 6 godina pre pokretanja brakorazvodnog postupka. Osim toga, napušten je uzrok za razvod koji je podrazumevao pogoršanje mentalnog zdravlja tuženog. Nadalje, novi čl. 246 *Code civil* predviđa da ako oba supružnika traže razvod braka, jedan na osnovu krivice, a drugi na osnovu trajnog narušenja bračne veze, sud može dosuditi razvod po drugom osnovu, odbacujući tužbu koja se bazira na krivici. U ovom slučaju, sud može doći do očitog zaključka da je brak nepovratno narušen pošto su oba supružnika tražila njegov prestanak. Zakon afirmiše princip potpune slobode razvoda značajno reformišući razvod zbog sloma odnosa i zamenući ga razvodom zbog trajnog narušenja bračne veze posle dve godine separacije. U teoriji se smatra da će nova odredba sigurno imati efekt podsticanja razvoda po ovom osnovu, pogotovo što saglasnost druge strane nije potrebna. Međutim, što se tiče uzroka za razvod, u teoriji se ističe da je za žaljenje što zakonodavac nije iskoristio mogućnost da zameni krivicu objektivnim uzrokom za razvod.

Reforma razvoda braka u Nemačkoj je izvršena 1976. godine, kada je pravo o razvodu vraćeno u Građanski zakonik. Zakon o reformi počinje rečima: „Brak se zaključuje tako da traje doživotno“. Ova uvodna odredba, po rečima autora Meri En Glendon, optimistična i na neki način izuzetna, uneta je da bi se dobila podrška Hrišćansko-demokratske stran-

ke.⁴⁵ U nemačkom pravu postoji jedan neskrivljen brakorazvodni uzrok – neuspeh braka, te razvod po sporazumu. Neskrivljen uzrok za razvod braka je zamenio pojedinačne uzroke. Taj uzrok se zove *Scheitern*, figurativno neuspeh braka. Neuspeh braka se bazira prvenstveno na odvojenom životu. Prepostavlja se da je brak pretrpeo neuspeh ako su supružnici živeli odvojeno jednu godinu, a nastavak braka bi predstavljao nepremostivu teškoću za tužioca iz razloga koji se nalaze u ličnosti drugog supružnika (par. 1565). Neoborio se prepostavlja da je brak pretrpeo neuspeh ako su supružnici živeli odvojeno jednu godinu, a oba supružnika traže razvod, ili se tuženi saglasio sa razvodom, ili ako su supružnici živeli odvojeno tri godine (par. 1566). Smatra se da supružnici žive odvojeno ako između njih ne postoji zajedničko domaćinstvo i ako jedan od supružnika odbija ponovno uspostavljanje zajednice, odbijajući zajednički bračni život. Zajedničko domaćinstvo ne mora da postoji čak ni u slučaju kada supružnici žive pod istim krovom (čl. 1567). Brak se ne može razvesti, bez obzira što je došlo do njegovog sloma, ako i sve dok je opstanak braka posebno neophodan iz izuzetnih razloga koji su u interesu maloletnog deteta rođenog u tom braku. Osim toga, brak se ne može razvesti ako i sve dok bi razvod za tuženog koji se protivi razvodu izazvao izuzetne teškoće zbog posebnih okolnosti, u tolikoj meri da se opstanak braka čini izuzetno potrebnim imajući u vidu i interes tužioca (čl. 1568). Ova odredba se u početku nije primenjivala u slučaju odvojenog života supružnika u trajanju dužem od pet godina, ali je to proglašeno protivustavnim 1980. godine i izostavljeno 1986. godine, tako da supružnik ima mogućnost da pokuša da dokaže da bi razvod braka izazvao izuzetne teškoće i u slučaju da je zajednica života bila prekinuta duže od pet godina. Protivustavnost se bazirala na odredbi koja predviđa da su brak i porodica pod posebnom zaštitom države. Nemačko pravo nije zadalo skrivljene uzroke. Međutim, Meri En Glendon smatra da se otvaraju vrata dokazivanju krivice u situaciji razvoda u kojoj nije došlo do prekida zajednice života duže od jedne godine, s obzirom da se utvrđuje ponašanje supružnika. Naime, tada se brak može razvesti ako je došlo do njegovog sloma, pod uslovom da bi opstanak braka za supružnika koji traži razvod izazvao nepremostive teškoće iz razloga koji postoje na strani drugog supružnika. Razvod po sporazumu u Nemačkoj nije poseban brakorazvodni uzrok, ali pretstavlja dokaz o slomu braka, te ako postoji zajednički predlog, ili saglasnost tuženog sa predlogom tužioca da se brak razvede, te ako su stranke živele odvojeno jednu godinu, prepostavka o propasti braka je konačna i sud mora dosuditi razvod na osnovu paragrafa 1566(1). Prema

⁴⁵ Mary Ann Glendon,: *The Transformation of Family Law*, Chicago, London, The University of Chicago Press, 1996.

Zakonu o građanskom postupku, stranke koje traže sporazumno razvod moraju prikazati sudu detaljan sporazum o svim posledicama razvoda, kao što je pitanje stana i predmeta domaćinstva, izdržavanja dece i supružnika, podele bračne imovine i penzija, staranja o deci i poseta, a brak se ne može razvesti dok se ne reše sva ova pitanja.

Švajcarsko pravo o razvodu je do reforme iz 1998. godine bilo najstarije u Evropi (datiralo je iz 1907. godine).⁴⁶ Reforma prava o razvodu obuhvata sledeće tačke: liberalizaciju (uzroci za razvod su manje restriktivni, a izostavljene su zakonske prepreke koje su onemogućavale da se dobije razvod), privatizaciju (sudija više ne ulazi u privatni život stranaka, zajednički sporazum stranaka je postao osnovni uzrok za razvod), dekriminalizaciju (krivica je napuštena i kao razlog za dobijanje ili nedobijanje razvoda, i vezano za alimentaciju), simplifikaciju (iako je zadržan sudski postupak, reforma je vodila računa o novoj prirodi razvoda baziranom na zajedničkom sporazumu supružnika i postupak za razvod načinila manje glomaznim), solidarnost posle razvoda (odnosi se na mogućnost supružanskog izdržavanja), uravnoteženje ekonomске situacije supružnika (odnosi se na deobu bračne imovine i obavezan sistem podele penzija), razdvajanje bračne i roditeljske uloge (odnosi se na mogućnost zadržavanja zajedničke roditeljske vlasti u odnosu na decu), zaštitu dece (najbolji interes deteta je osnovni princip) i pravo deteta da bude saslušano pred sudom (sa mogućnošću da bude zastupano od strane kuratora). Prema reformisanom pravu, osnovni uzrok za razvod je sporazum supružnika. Razvod se može tražiti i u slučaju da su supružnici živeli odvojeno više od četiri godine ili ako ozbiljni razlozi koji nisu vezani za tužioca čine zajednički život nepodnošljivim.⁴⁷

U Švedskoj je razvod braka reformisan sedamdesetih godina XX veka, što je zadržano i u pozitivnim propisima (Zakonu o braku iz 1987. godine).⁴⁸ U Finskoj je Zakon o braku donet takođe 1987. godine, kada je kao novina ukinuta mogućnost separacije.⁴⁹ Po oba zakona krivica za razvod je izgubila značaj, ukinuti su posebni brakorazvodni uzroci, a uveden je razvod po sporazumu. Drugi oblik razvoda je razvod na osnovu odvojenog života (potrebno je da odvojen život traje najmanje dve godine, bez prethodnog perioda za razmišljanje). Za skandinavska prava je karakteristično da ne poznaju ustanovu poništaja braka, tako da je razvod braka

⁴⁶ Op. cit. Guillod 1995, str. 489-490; op. cit. Guillod 2000, str. 357-363.

⁴⁷ U parlamentarnoj debati je ovaj poslednji oblik razvoda nazvan „nescafé“ (instant) razvod, ibidem.

⁴⁸ *The Marriage Code* (SFS 1987:230) sa amandmanima, uključujući i SFS 1988:1452, Ministry of Justice, 1989.

⁴⁹ Op. cit. Bradley, str. 288-306.

sankcija za nepoštovanje uslova prilikom zaključenja braka. Radi se o postojanju srodstva, u pravoj liniji i između rođenog brata i sestre, i ranije postojećem braku. Iz toga proističe da postupak za razvod mogu pokrenuti ne samo supružnici, kako je uobičajeno, nego i javni tužilac. Razvod se ne traži ako se radi o smetnji za koju se može dobiti dispenzacija. Razlika između švedskog i finskog rešenja je u tome što u Švedskoj pokretanje postupka zavisi od diskrecije javnog tužioca, dok je u Finskoj javni tužilac obavezan da pokrene postupak, tako da je švedsko rešenje znatno liberalnije. U Finskoj je novina uvođenje registracionog postupka za razvod braka. U ovom postupku supružnici ne moraju lično da učestvuju, a sudija samo „stavlja pečat“ na razvod.

U Grčkoj je pravo o razvodu braka revidirano 1983. godine.⁵⁰ Uveden je razvod braka koji se ne bazira na krivici i razvod po sporazumu. Razvod se smatra lekom koji je na raspolaaganju supružnicima u slučaju nepopravljivog sloma braka, za razliku od ranijeg shvatanja razvoda kao kazne za supružnika koji je počinio bračnu povredu. Postoje dve vrste uzroka za razvod braka, razvod bez sporazuma, odnosno sa protivljenjem i sporazumni ili bez protivljenja. U prvoj grupi nalaze se sledeći uzroci: nepopravljiv slom braka, odvojen život i nestalost. Nepopravljiv slom braka može biti skriviljen i neskriviljen. U grčkom pravu predviđene su konkretnе činjenice čije postojanje ukazuju na krivicu tuženog i na osnovu kojih se prepostavlja da je došlo do nepopravljivog sloma braka. To su: bigamija, preljuba, napuštanje i napad na život supružnika. Brak se može razvesti i na osnovu odvojenog života u trajanju od četiri godine, što ukazuje da je nastao nepopravljiv slom braka. Pravo na tužbu ima i onaj supružnik zbog koga je došlo do prekida zajedničkog života. Brak se može razvesti i na osnovu nestalosti, kada odluka o nestalosti daje pravo na razvod. Tuženi se može protiviti razvodu na osnovu tvrdnje da će razvod braka proizvesti izuzetno velike imovinske ili druge teškoće u odnosu na njega, te da je interes tužioca za prestankom braka slabiji od interesa tuženoga da brak opstane. Razvod može biti odbijen ako se proceni da će nastati velike teškoće u konkretnom slučaju, a test za procenu ovih okolnosti je standard „razumnog čoveka“.

2.3. Principi evropskog porodičnog prava o razvodu braka

Komisija za evropsko porodično pravo je objavila Principe evropskog porodičnog prava vezane za razvod braka i izdržavanje između bivših supružnika 2004. godine.⁵¹ Principi koji se odnose na razvod braka su

⁵⁰ Op. cit. Kounougeri – Manoledaki, str. 210.

⁵¹ *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, Intersentia, Antwerp-Oxford, 2004, u daljem tekstu Principi.

podeljeni u tri grupe: opšti principi, razvod po sporazumu i razvod bez saglasnosti jednog od supružnika.

Opšti principi su sledeći: dozvoljenost razvoda; zakonski postupak i nadležan organ; vrste razvoda. Princip „dozvoljenost razvoda“ obuhvata stav da razvod treba da bude pravno dozvoljen, te da nije potrebno propisivati određeno trajanje braka kao uslov. Princip „zakonski postupak i nadležan organ“ obuhvata stav da brakorazvodni postupak treba da bude regulisan zakonom, a da nadležan organ koji odlučuje o razvodu može biti sud ili administrativni organ. Princip „vrste razvoda“ određuje da pravo treba da predviđa razvod po sporazumu supružnika i razvod bez saglasnosti jednog od supružnika.

Principi koji se odnose na razvod braka po sporazumu su sledeći: sporazum; period za razmišljanje; sadržaj i forma sporazuma; određivanje posledica. Princip „sporazum“ određuje da razvod treba da bude dozvoljen na osnovu sporazuma supružnika, te da nije potrebno propisivati faktičku separaciju kao uslov; sporazum treba shvatiti kao sporazum između supružnika o razvodu njihovog braka; sporazum može biti izjavljen kao zajednički predlog supružnika ili kao predlog jednog supružnika uz prihvatanje drugog. Princip „period za razmišljanje“ prepostavlja da treba predvideti period za razmišljanje i to od šest meseci ako supružnici imaju decu ispod 16 godina i ako su se dogovorili o svim posledicama razvoda. Ako supružnici nemaju decu ispod 16 godina i ako su se dogovorili o svim posledicama razvoda nije potrebno predvideti period za razmišljanje, a ako se nisu dogovorili o svim posledicama razvoda tada treba predvideti period za razmišljanje od tri meseca. Period za razmišljanje nije potreban ako su pre pokretanja brakorazvodnog postupka supružnici bili faktički razdvojeni šest meseci. Princip „sadržaj i forma sporazuma“ određuje o kojim posledicama razvoda supružnici treba da se sporazumeju, a to su: njihova roditeljska odgovornost, ako je potrebno, uključujući određivanje boravišta deteta i uređenje kontakta deteta i roditelja; dečje izdržavanje, ako je potrebno; podela imovine; supružansko izdržavanje. Sporazim mora biti u pisanoj formi. Princip „određivanje posledica“ obuhvata stav da nadležan organ treba da reguliše posledice vezane za decu, uzimajući u obzir svaki dopušten sporazum supružnika ako je u skladu sa najboljim interesom deteta. Kada se radi o posledicama koje se odnose na supružnike, nadležan organ treba da, kao najmanje, pažljivo pregleda sporazum supružnika, a ako supružnici nisu postigli sporazum ili su postigli delimičan sporazum, tada nadležan organ reguliše te posledice.

Principi koji se odnose na razvod bez saglasnosti jednog od supružnika su sledeći: faktička separacija, izuzetna teškoća za tužioca, određi-

vanje posledica. Princip „faktička separacija“ određuje da razvod bez sa-glasnosti jednog od supružnika treba da bude dopušten ako su supružnici bili faktički razdvojeni jednu godinu. Princip „izuzetna teškoća za tužio-ca“ određuje da u slučajevima izuzetne teškoće za tužioca nadležan organ može dosuditi razvod i ako supružnici nisu bili faktički razdvojeni jednu godinu. Princip „određivanje posledica“ obuhvata stav da nadležan organ treba da, ako je potrebno, odluči o roditeljskoj odgovornosti, uključujući određivanje boravišta deteta i uređenje kontakta deteta i roditelja i dečje izdržavanje, uzimajući u obzir svaki dopušten sporazum supružnika ako je u skladu sa najboljim interesom deteta. Kada se radi o posledicama koje se odnose na supružnike, nadležan organ može da odredi imovinske posledice vezane za supružnike, uzimajući u obzir svaki dopušten sporazum između supružnika.

Odredbe Porodičnog zakona Srbije o razvodu braka su u skladu sa opštim principima Komisije za evropsko porodično pravo vezane za razvod. U domaćem pravu razvod je dozvoljen, ne predviđa se određeno trajanje braka kao uslov za razvod braka. Brakorazvodni postupak je regulisan zakonom, a nadležan organ koji odlučuje o razvodu je sud. Pravo Srbije poznaje sporazumno razvod i razvod po tužbi na osnovu poremećaja bračnih odnosa, odnosno objektivne nemogućnosti ostvarenja zajednice života supružnika, razvod po tužbi odgovara razvodu bez saglasnosti jednog od supružnika, tako da je i u odnosu na vrste brakorazvodnih uzroka bračno pravo Srbije u potpunosti u skladu sa Principima.

Kada se radi o sporazumnoj razvodu PZS ne propisuje faktičku separaciju kao uslov, slično preporuci u Principima. Sporazum ima formu zajedničkog predloga supružnika, ali se ne predviđa mogućnost sporazuma bude u formi predloga jednog supružnika uz prihvatanje drugog. PZS ne predviđa period za razmišljanje, za razliku od predloga u Principima, a s obzirom da se spredlog za sporazumno razvod podnosi uz sporazum o svim najvažnijim posledicama razvoda. Postignut sporazum o svim posledicama razvoda govori da je namera supružnika da se njihov brak razvede definitivna i čvrsta, te da period za razmišljanje ne bi uticao na njihov stav o razvodu braka, tako da bi period za razmišljanje mogao biti imati negativnu posledicu koja bi se ispoljila kao odugovlačenje postupka. Kada se radi o posledicama razvoda o kojima spružnici treba da se sporazumeju, posledice su slične posledicama koje predviđaju principi: vršenje roditeljskog prava (roditeljska odgovornost kao termin koji se koristi u Principima) i podela zajedničke imovine. PZS ne obavezuje supružnike da se sporazumeju o supružanskom izdržavanju, ali ih ni ne ograničava u tome. Za razliku od Principa, PZS ne predviđa mogućnost da sud reguliše posledice

kod sporazumnog razvoda, prihvatajući stav da supružnici imaju obavezu da se dogovore o svim posledicama razvoda što čini sastavni deo sporazuma o razvodu. Prema rešenju usvojenom u PZS, sud je ovlašćen da procenjuje sporazum o vršenju roditeljskog prava, pa ako proceni da je sporazum u najboljem interesu deteta unosi ga u izreku presude o razvodu braka (čl. 225/1 PZS).

Principima se određuje da razvod bez saglasnosti jednog od supružnika treba da bude dopušten ako su supružnici bili faktički razdvojeni jednu godinu, osim u slučajevima izuzetne teškoće za tužioca, kada se uslov faktičke separacije može mimoći. Komisija objašnjava da je ideja na osnovu koje je definisan ovaj princip bila u tome da se pronađe jednostavan, objektivan test. Eliminacija pozivanja na krivicu ili na nepopravljiv slom braka dovodi do toga da se izbegava nepoželjno ispitivanje stanja braka od strane nadležnog organa i više poštuje lični integritet i autonomija supružnika. Članovi ekspertske grupe su kritički procenjivali prvi nacrt Prinципa koji je sadržao nepopravljiv slom braka kao brakorazvodni uzrok. Faktička separacija supružnika može se smatrati dovoljnim osnovom za razvod, a utvrđivanje nepopravljivog sloma braka smatra se dodatnom preprekom koja nema opravdanja. Komisija navodi da je posle temeljne diskusije postalo jasno da u ovom slučaju ne treba slediti zajedničko jezgro. (Misli se na zajedničke elemente u konsultovanim pravima - *common core*). Na osnovu toga, ovaj princip se bazira na pristupu „boljeg prava“, umesto na pristupu „zajedničkog jezgra“. Princip nije dao definiciju faktičke separacije, ali kada se uzme u obzir većina proučavanih evropskih zakonodavstava, pojam obuhvata ideju da bračni život između supružnika više ne postoji. To, međutim ne značu da supružnici moraju da žive u odvojenim kućama i obrnuto, život u odvojenim kućama ne mora da znači da je bračni život prestao. Da bi se smatralo da separacija postoji, mora postojati namera u smislu da bar jedan od supružnika veruje da je brak propao.⁵²

Porodični zakon Srbije ne predviđa uslov faktičke razdvojenosti kada se radi o razvodu po tužbi jednog supružnika. Brakorazvodni uzrok pretstavlja poremećaj bračnih odnosa, odnosno objektivna nemogućnost ostvarenja zajednice života supružnika. Većina evropskih zakonodavstava takođe predviđa sličan uzrok koji je u mnogim pravima određen kao nepopravljiv slom braka.

Princip „određivanje posledica“ obuhvata stav da nadležan organ treba da, ako je potrebno, odluci o roditeljskoj odgovornosti, uključujući

⁵² Op. cit. *Principi* str. 55-56.

određivanje boravišta deteta i uređenje kontakta deteta i roditelja i dečje izdržavanje, uzimajući u obzir svaki dopušten sporazum supružnika ako je u skladu sa najboljim interesom deteta. Kada se radi o posledicama koje se odnose na supružnike, nadležan organ može da odredi imovinske posledice vezane za supružnike, uzimajući u obzir svaki dopušten sporazum između supružnika. Po pravu Srbije sud uređuje posledice razvoda braka po tužbi, ali se favorizuje sporazum roditelja o posledicama razvoda, naročito kroz fazu nagodbe, kao jednu od faza posredovanja. Svrha nagodbe je da se poremećeni odnos supružnika razreši bez konflikta nakon razvoda braka, tako da sud ili ustanova koja sprovodi nagodbu nastoji da supružnici postignu sporazum o vršenju roditeljskog prava i o deobi zajedničke imovine (čl. 241PZS).

II UTICAJ MULTIKULTURALNOSTI, SVETOVNOG I VERSKOG BRAČNOG PRAVA NA NUPCIJALITET I DIVORCIJALITET U VOJVODINI⁵³

U Vojvodini u današnjim uslovima značajan broj parova sklapa brak, osim u građanskoj formi i u verskoj formi. Postavlja se pitanje da li postoji uticaj verskog prava, ne samo u smislu sklapanja braka, nego i u smislu prestanka braka razvodom.

U Vojvodini postoji duga tradicija mogućnosti ravoda braka. Pre II svetskog rata u tadašnjoj Vojvodini razvod braka je bio regulisan Zakonom o braku (Zakonski članak XXXI:1894) ugarskog prava. Brakorazvodni uzroci su bili: brakolomstvo ili protivprirodni blud, sklapanje novog braka znajući da prethodni brak postoji; napuštanje duže od šest meseci ili nepoznato mesto prebivanja najmanje jednu godinu; rađenje o glavi, ili teško zlostavljanje; osuda na smrt ili bar pet godina robije ili tamnice. Osim ovih pojedinačnih uzroka, postojali su i uzroci koji mogu dovesti do razvoda samo ako sudija utvrdi da je dalji zajednički život postao nepodnošljiv (par. 80). To su: teška povreda supružanske dužnosti; navođenje deteta na krivično delo ili nemoralan život; nemoralan život supružnika; osuda na robiju ili tamnicu ispod pet godina ili na zatvor zbog prestopa počinjenog iz koristoljublja. U ovom slučaju sud je prvo morao da

⁵³ Rad pod naslovom Multicultural Vojvodina: Influences on Formation and Dissolution of Marriage (Multikulturalna Vojvodina: uticaj na sklapanje i prestanak braka) prezentovan je na Regionalnoj konferenciji Međunarodnog udruženja za porodično pravo u Tel Avivu, Izreal, 8. juna 2009. godine i predat je za štampu. Ovaj deo članka je preuzet iz tog rada i preveden na srpski jezik.

odredi odvojen život (u trajanju od pola godine do jedne godine, ili duže, po zahtevu stranaka). Razvod braka zasnivao se na krivici.

Versko pravo u Vojvodini ima različit stav prema razvodu braka. Tako, Srpska pravoslavna crkva poznaće razvod braka, za razliku od katoličke. Razvod braka je danas u nadležnosti države. Ipak, činjenica da li versko pravo poznaće ili ne poznaće razvod braka može biti od značaja u populaciji stanovništva koje se deklariše kao vernici u smislu donošenja individualnih odluka o tome da li da se brak razvede ili ne.

Prema Bračnom pravilniku Srpske pravoslavne crkve uzroci za razvod braka su: preljuba, rađenje o glavi bračnom drugu, hotimičan pobačaj, zlobno napuštanje bračnog druga, nestanak bračnog druga, telesna i duševna bolest, moralna pokvarenost, otpadništvo od pravoslavne vere (par. 88-107). Radi se o pojedinačnim brakorazvodnim uzrocima, koji se baziraju na krivici. Isključivo kriv bračni drug nije imao pravo da pokrene brakorazvodni postupak (par. 86). U okviru postupka za razvod braka po pravoslavnim propisima se sprovodilo mirenje. Mirenje se sprovodilo na sledeći način: „Sveštenik vrši pokušaj mirenja među zavađenim bračnim drugovima očinski i blago, kao svoju pastirsку dužnost. Pri vršenju ove službe imaće sveštenik u vidu jedino svetinju i važnost braka i neće se rukovoditi nikakvim drugim obzirima. Naročito će se kloniti svega što bi razmiricu između bračnih drugova moglo zaoštiti ili bi se moglo izazvati utisak da on u toj razmirici staje na stranu one stranke koja pomirenje odbija. Pokušaj mirenja ima se voditi tako da se iz njega jasno vidi kako Crkva želi međusobno praštanje i očekuje pomirenje bračnih drugova, radi viših hrišćanskih ciljeva. Ako u braku ima dece, sveštenik će od zavađenih tražiti izmirenje i za ljubav njihove dece, koja bi nevinu stradala“ (par. 192).

Prema popisu stanovništva iz 2002. godine u Vojvodini živi oko 1 710 000 stanovnika starog 15 i više godina. Prema nacionalnoj pripadnosti ima 65% Srba, dok najbrojniju nacionalnu manjinu čine Mađari (15%). Osim Srba i Mađara, kao najbrojnijih, popis je obuhvatio 20 različitih nacionalnih zajednica. Sledеći po brojnosti su Hrvati i Slovaci kojih ima oko 3%, zatim Jugosloveni, Crnogorci, Rumuni kojih ima oko 2%, slede Romi i Rusini sa oko 1%, dok pripadnika ostalih nacionalnih zajednica ima ispod 10 000.⁵⁴

⁵⁴ Popis stanovništva, domaćinstva i stanova u 2002., *Stanovništvo*, 12, Republički zavod za statistiku, Beograd 2003, str. 112 226, 227, 302, 303.

Tabela I

Stanovništvo prema nacionalnoj pripadnosti u Vojvodini			
		Broj stanovnika	% od celokupnog broja stanovnika
1	Srbci	1.110.000	64,9%
2	Mađari	252.000	14,7%
3	Hrvati	50.000	2,9%
4	Slovaci	49.000	2,8%
5	Jugosloveni	41.000	2,4%
6	Crnogorci	30.000	1,7%
7	Rumuni	26.000	1,5%
8	Romi	20.000	1,2%
9	Rusini	14.000	0,8%
10	Ukupno	1.709.778	

Prema verskoj pripadnosti, 69% stanovništva pripada pravoslavnoj veroispovesti, 20% katoličkoj, 0,7% stanovništva su su izjasnili da nisu vernici, dok se 4,7% nisu izjasnili u smislu verske pripadnosti. ostalo stanovništvo pripada drugim veroispovestima, na primer protestantskoj, Islamu, Judaizmu, orijentalnim kultovima.⁵⁵

Tabela II

Stanovništvo prema verskoj pripadnosti u Vojvodini			
1	Pravoslavna veroispovest	1.173.937	68,7%
2	Katolička veroispovest	336.870	19,7%
3	Protestantska veroispovest	62.219	3,6%
4	Islamska veroispovest	5.993	0,4%
5	Judaistička veroispovest	305	0,01%
6	Proorijentalni kultovi	149	0,01%
7	Pripada veroispovesti koja nije navedena	4.123	0,2%
8	Nisu vernici	11.711	0,7%
9	Nisu se izjasnili	80.727	4,7%
10	Nepoznato	33.744	2,0%
11	Ukupan broj stanovnika	1.709.778	100,0%

⁵⁵ Op. cit. Popis str. 112 226, 227, 302, 303.

Prema bračnom stanju, oženjenih/udataih stanovnika Vojvodine ima 59%, neoženjenih/neudatih 25%, te razvedenih 4,4%. Oženjenih/udataih stanovnika srpske nacionalne pripadnosti ima 59%, neoženjenih/neudatih 26%, a razvedenih 4%. Oženjenih/udataih stanovnika mađarske nacionalne pripadnosti ima 59%, neoženjenih/neudatih 21%, a razvedenih 5,4%.⁵⁶

Tabela III

R.br	Bračno stanje stanovništva u Vojvodini			
	Nacionalna pripadnost	Oženjen/udata (%)	Neoženjen/neudata (%)	Razvedeni (%)
1	Celokupno stanovništvo starije od 15 godina	59	25	4,4
2	Srbi	59	26	4,0
3	Mađari	59	21	5,4

Oženjenih/udataih stanovnika pravoslavne veropispovesti ima 59%, neoženjenih/neudatih 26%, a razvedenih 4%. Oženjenih/udataih stanovnika katoličke veropispovesti ima 59%, neoženjenih/neudatih 21%, a razvedenih 5,4%. U populaciji stanovnika koji su se izjasnili da nisu vernici ima oženjenih/udatih 59%, neoženjenih/neudatih 27%, a razvedenih 6,7%. U populaciji stanovnika koji se nisu izjasnili u smislu verske pripadnosti ima 52%, neoženjenih/neudatih 33%, a razvedenih 5,5%.⁵⁷ Značajna razlika u pogledu bračnog stanja postoji između stanovnika koji su se izjasnili da nisu vernici (ateisti) u odnosu na stanovništvo koje pripada određenoj veroispovesti. Tako, je procenat razvoda braka u kategoriji ateista 6,7 dok je kod pravoslavnog stanovništava procenat razvoda 4, a kod katoličkog 5,4. Polazna ideja ovog rada bila je da se ustanozi da li razlike u verskoj pripadnosti, naročito razlike koje postoje u stavu prema razvodu braka u pojedinim verkim pravima, utiču na ponašanje pripadnika tih veroispovesti u smislu odlučivanja na razvod braka. Kako je već objašnjeno, pravoslavna crkva dozvoljava razvod braka, za razliku od katoličke. Upoređujući statističke podatke, može se zaključiti da uticaj određene religijske pripadnosti nije izražen, jer, kako se vidi, u okviru stanovništva koje se izjasnilo kao katoličko stopa razvoda braka je viša u odnosu na stanovništvo koje se izjasnilo kao pravoslavno. Činjenica da li se radi o vernicima ili ateistima je od većeg značaja, s obzirom da je u populaciji

⁵⁶ Do 100% su udovci/udovice, te određen broj nepoznatih po bračnom stanju.

⁵⁷ Do 100% su udovci/udovice, te određen broj nepoznatih po bračnom stanju.

ateista stopa razvoda znatno veća nego u populaciji vernika, što govori o tome da postoji uticaj verskog prava na individualne odluke o razvodu braka, imajući u vidu religijske stavove o ustanovi braka. Naime, iako pravoslavna crkva dopušta razvod, brak se smatra ustanovom koja je trajna, tako da razvod braka treba da bude izuzetna pojava. Katolički vernici, može se zaključiti, slede svetovno porodično pravo, a manje versko pravo. Ova pojava može biti posledica vrlo dugog važenja svetovnog prava u Vojvodini koje poznaje ustanovu razvoda braka još od XIX veka (ugarski Zakon o braku iz 1894. godine – Zakonski članak XXXI), pa sve do danas, kada je razvod postavljen vrlo liberalno.

Tabela IV

R.br	Bračno stanje stanovništva u Vojvodini			
	Verska pripadnsot	Oženjen/udata (%)	Neoženjen/neudata (%)	Razvedeni (%)
1	Celokupno stanovništvo starije od 15 godina	59	16	4,4
2	Pravoslavci	59	26	4,0
3	Katolici	59	21	5,4
4	Nisu vernici	59	27	6,7
5	Nisu se izjasnili	52	33	5,5

Kada se posmatra stanovništvo prema bračnom stanju po tipu naselja, u gradskim sredinama, u kojima živi 57% stanovnika Vojvodine, ima oženjenih/udataih stanovnika 57%, neoženjenih/neudatih 26%, a razvedenih 5,3%. U seoskim sredinama u kojima živi 43% stanovnika Vojvodine ima oženjenih/udataih stanovnika 60%, neoženjenih/neudatih 24%, a razvedenih 3,2%.⁵⁸ Uočava se da postoji znatan uticaj tipa naselja u kojem stanovništvo živi na njihovo ponašanje u odnosu na sklapanje i razvod braka. Ovaj uticaj je veći upoređenju sa uticajem koji ima nacionalna i verska pripadnost. Objasnjenje ove pojave moglo bi biti u pretpostavci da je seosko stanovništvo zadržalo patrijarhalniji model porodičnih odnosa od gradskog stanovništva, tako da je u okviru seoskog stanovništva veći procenat stanovnika koji živi u braku, manji procenat razvoda, te manji procenat stanovnika koji nisu udati/oženjeni u odnosu na gradsko stanovništvo.

⁵⁸ Do 100% su udovci/udovice, te određen broj nepoznatih po bračnom stanju. U gradskim sredinama živi oko 974 000, a u ostalim 735 000, ukupan broj stanovnika u Vojvodini je oko 1 710 000, op. cit. Popis str. 112.

Tabela V

R.br	Bračno stanje stanovništva u Vojvodini			
	Gradsko/seosko	Oženjen/udata (%)	Neoženjen/neudata (%)	Razvedeni (%)
1	Celokupno stanovništvo starije od 15 godina	59	16	4,4
2	Gradsko stanovništvo	57	26	5,3
3	Seosko stanovništvo	60	24	3,2

Stopa sklopljenih brakova (nupcijalitet) i stopa razvedenih brakova (divorcijalitet) posmatrana je u periodu od nekoliko decenija u Vojvodini (Srbiji). Stopa sklopljenih brakova beleži pad. U 1981. godini stopa sklopljenih brakova bila je u Vojvodini 7,6 (slično u Srbiji 7,5), dok je posle 25 godina smanjena na 5,2 (slično u Srbiji 5,4).⁵⁹ U evropskim zemljama stopa je sledeća: u Danskoj i Portugaliji preko 6, kao jedna od najviših, u Velikoj Britaniji oko 5, a najniža je u Švedskoj ispod 4.⁶⁰ U 2005. godini je u Vojvodini 23,4% (oko 4 500) dece je rođeno van braka, u Srbiji 22,5% (oko 16 000).⁶¹

Kako se vidi, stopa razvedenih brakova na 1000 stanovnika je niža 2006. godine nego 1981. godine, međutim stopa razvedenih brakova na 1000 sklopljenih brakova je viša 2006. godine u odnosu na 1981. godinu. Odnos sklopljenih i razvedenih brakova pokazuje da je razvod u novije vreme češći nego ranije. U Vojvodini se svaki peti brak razvodio pre 25 godina, dok se svaki četvrti razvodi u novije vreme. Razlika je veća u Srbiji: svaki sedmi brak se razvodio pre 25 godina, dok se svaki peti razvodi u novije vreme. Stopa razvedenih brakova je u Vojvodini u 2006. godini 1,1, dok je u nekim evropskim zemljama zemljama stopa razvednih brakova mnogo viša, npr. u Velikoj Britaniji je 3.

⁵⁹ Op. cit. *Statistički godišnjak* 2006, str. 79.

⁶⁰ Op. cit. Lowe, Douglas, str. 22, podaci iz *Social Trends* 1998, str. 41.

⁶¹ Op. cit. *Statistički godišnjak* 2006, str. 79, 90; *Statistički godišnjak Srbije* 2007, str. 83, 94.

Poslednjih godina se rađa oko 20% vanbračne dece godišnje, u 2002. je rođeno 20,37% dece van braka u odnosu na 10,67% u 1985. i 16,45% u 1995. godini *Statistički godišnjak Srbije i Crne Gore* 2004, str. 42. U 2004. godini u Srbiji je rođeno 22,19% dece van braka, a u Vojvodini 23,30, op. cit. *Statistički godišnjak* 2006, str. 90.

Tabela VI

R.br		Stopa sklopljenih brakova (na 1000 stanovnika)				Stopa razvedenih brakova (na 1000 stanovnika)			
		1981.	1990.	2000.	2006.	1981.	1990.	2000.	2006.
1	Godina	1981.	1990.	2000.	2006.	1981.	1990.	2000.	2006.
2	Vojvodina	7,6	6,0	5,9	5,2	1,6	1,30	1,1	1,1
3	Srbija	7,5	6,2	5,5	5,4	1,05	1,1	0,8	1,2

Tabela VII

		Razvedeni brakovi na 1000 sklopljenih			
1	Godina	1981.	1991.	2002.	2006.
2	Vojvodina	213	223	227	232
3	Srbija	141	145	238	206

III ZAKLJUČAK

Porodično pravo Srbije, koje važi na celoj teritoriji Republike, pa tako i u Pokrajini Vojvodini, je moderno pravo koje se bazira na načelima ravnopravnosti, nediskriminacije, ljudskih prava, posebno prava deteta. U bračnom pravu, uslovi za sklapanje braka su liberalizovani, tako da prepreke za sklapanje braka postoje samo u smislu ostvarenja osnovnih načela, kao što je načelo monogamije, zabrane incesta, načelo slobodne volje stranaka. Gradanska forma braka je obavezna. Razvod brka je regulisan liberalno, koncept krivice za razvod braka je napušten, tako da su bračkorazvodni uzroci neskrivljeni i opšti, krivica nema uticaja na sam razvod braka, a ni na pravne posledice razvoda braka. Obavezna građanska forma braka i institucija razvoda braka imaju dugu tradiciju u Vojvodini, još od vremena važenja ugarskog Zakona o braku iz 1894. godine. Iako u savremenoj Vojvodini verska forma braka ne proizvodi pravne posledice, sklapanje braka u verskoj formi je danas često, budući supružnici se odlučuju da sklope brak osim u građanskoj formi i u verskoj. Savremeno svetovno bračno pravo ne poznaje neke od uslova koji predviđa versko pravo, npr. po pravoslavnom pravu četiri prethodna braka predstavljaju bračnu smetnju, razlika u veri, razlika u godinama, starosna dob, tempus lugendi, srodstvo je postavljeno šire nego danas.

Odredbe Porodičnog zakona Srbije o razvodu braka su u skladu sa opštim principima Komisije za evropsko porodično pravo vezanim za

razvod. U domaćem pravu razvod je dozvoljen, ne predviđa se određeno trajanje braka kao uslov za razvod braka. Brakorazvodni postupak je regulisan zakonom, a nadležan organ koji odlučuje o razvodu je sud. Pravo Srbije poznaje sporazumno razvod i razvod po tužbi na osnovu poremećaja bračnih odnosa, odnosno objektivne nemogućnosti ostvarenja zajednice života supružnika, a koji odgovara razvodu bez saglasnosti jednog od supružnika, tako da je i u odnosu na vrste brakorazvodnih uzroka u potpunosti u skladu sa Principima. Ideja koja je predložena u Principima da se kao uzrok predviditi faktička separacija, a napuste drugi uzroci kao što je nepopravljiv slom braka i za domaće pravo se čini prihvatljiva. Napuštanje uzroka određenog kao poremećaj bračnih odnosa, odnosno objektivna nemogućnost ostvarenja zajednice života supružnika, i njegova zamena postojanjem faktičke separacije u određenom trajanju bila bi prihvatljiva, imajući u vidu da domaći sudovi u suštini ne ulaze u utvrđivanje da li zaista postoji poremećaj bračnih odnosa. Nemogućnost ostvarenja zajednice života supružnika sama po sebi prepostavlja faktičku separaciju, tako da bi, ako bi se uveo razvod na osnovu faktičke separacije supružnika, ovaj uzrok postao nepotreban.

Vojvodina je multikulturalna, multinacionalna i multireligiozna sredina. Istraživanje je pokazalo da indikatori bračnih odnosa, statistički podaci o stopi sklopljenih i stopi razvedenih brakova, ne pokazuju velike razlike u različitim grupama stanovnika. Može se zaključiti da razlike u nacionalnosti i verskoj pripadnosti kao faktorima koji su proučavani, nemaju značajan uticaj na bračne odnose. Ipak, razlike u stopi razvoda uočljive su kada se porede dve grupe stanovnika, vernici i oni koji su se izjasnili da nisu vernici, učestalost razvoda braka je veća u kategoriji stanovnika koji su se izjasnili da nisu vernici, Činjenica da li se radi o vernicima ili ateistima je od većeg značaja, s obzirom da je u populaciji ateista stopa razvoda znatno veća nego u populaciji vernika, što govori o tome da postoji uticaj verskog prava na individualne odluke o razvodu braka, imajući u vidu religijske stavove o ustanovi braka. Naime, iako pravoslavna crkva dopušta razvod, brak se smatra ustanovom koja je trajna, tako da razvod braka treba da bude izuzetna pojava. Katolički vernici, moće se zaključiti, sledi svetovno porodično pravo, a manje versko pravo. Ova pojava može biti posledica vrlo dugog važenja svetovnog prava u Vojvodini koje poznaje ustanovu razvoda braka još od XIX veka (ugarski Zakon o braku iz 1894. godine - Zakonski članak XXXI), pa sve do danas, kada je razvod postavljen vrlo liberalno.

Iako postoji razlika između verskog prava pravoslavne i katoličke crkve u odnosu na dozvoljenost razvoda braka, primećuje se da ova činje-

nica nema uticaja na razvod braka kod pravoslavnog, odnosno katoličkog stanovništva. Naprotiv, razvod je učestaliji kod katoličkog u odnosu na pravoslavno stanovništvo u Vojvodini. Ova pojava se može objasniti dugim obaveznim važenjem svetovnog porodičnog prava u Vojvodini, te činjenicom da značajan broj vernika ne čine aktivni, istinski vernici, tako da se iako vernici, odlučuju da slede svetovno, a manje versko pravo u bračnim odnosima. Osim toga, primećeno je da tip naselja u kojem stanovništvo živi, odnosno da li se radi o urbanom ili ruralnom stanovništvu, predstavlja faktor koji je značajan u porodičnim odnosima. Stopa razvoda je značajno viša među urbanim stanovništvom. Ova pojava bi se mogla objasniti zadržavanjem patrijarhalnog modela porodičnih odnosa u ruralnim sredinama i danas u XXI veku.

*Gorana Kovaček-Stanić, Ph.D., Full Professor
Novi Sad School of Law*

Multiculturalism: Influences on the Formation and Dissolution of Marriage

Abstract

Vojvodina is a multicultural, multiethnic and multi-religious environment. As a matter of fact, the indicators of marriage relations – statistical data on marriage and divorce rate, do not show much differences in different population groups. The influence of nationality and religion as examined factors is not significant in marriage relations. However, difference in divorce rates might be seen in comparison between two population groups, one, declared themselves as believers and on the other hand the atheists. The frequency of divorce is higher among the atheists. This indicates that influence of religious law actually exists as a factor in individual decision on getting the divorce or not, having in mind that the Orthodox church does allow divorce, but sees marriage as the permanent, long-lasting institution and divorce as exceptional phenomenon. Although there is a distinction comparing Orthodox and Catholic religion regarding permissibility of divorce, since Catholic rules do not allow divorce; it is noticeable that this fact does not make the difference in the frequency of divorce among Orthodox and Catholic believers. On the contrary, divorce is more frequent in the Catholic population than in the Orthodox. This phenomenon may be the consequence of the long mandatory application of the secular family law in Vojvodina which recognized the institution of divorce and probably the fact that a significant number of believers are not active, genuine believers, so they follow secular family law rules in the marriage relations rather than religious rules. It might be noticed that the type of area where population live – urban or rural – has a significant influence on family relations in Vojvodina. The divorce rate is considerably higher among urban population than among rural, probably due to a more patriarchal model of the family relations accepted among rural population even today in the XXI century.

Key words: Multiculturalism, Marriage, Divorce, Comparative Family Law, European Family Law, Vojvodina.

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

ZALOGA NA POKRETNIM STVARIMA UPISANIM U REGISTAR U PRAVU REPUBLIKE SRBIJE

Sažetak: *Zakonom o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar, iz 2003.godine, reguliše se jedan od načina zalaganja pokretnih stvari radi obezbeđenja potraživanja založnog poverioca bez predaje pokretnih stvari i prava koje su predmet založnog prava u državinu poveriocu. Za razliku od «klasičnog» založnog prava na pokretnim stvarima (ručna zaloga), za koju se zahteva predaja založene stvari u državnu založnom poveriocu, u slučaju zaloge na pokretnim stvarima upisanim u registar, poverilac stiče založno pravo upisom u Registar zaloge, a stvar i dalje ostaje u državini založnog dužnika. Za ovu vrstu zaloge, se u pravnoj teoriji, koriste izrazi: registrovana ili registrarska zaloga, bezdržavinska zaloga ili mobilijarna hipoteka. U radu se koristi izraz registrovana zaloga. Registrovana zaloga predstavlja pogodno sredstvo obezbeđenja potraživanja kako za založnog dužnika, jer nije lišen državine stvari, tako i za založnog poverioca jer se zaloga jednostavnije realizuje. Predmet ovog rada su pored pojma ovog instituta, sličnosti i razlike u odnosu na klasični pojam ručne zaloge, objekti registrovanog založnog prava, prava i obaveze ugovornih strana iz ugovora o registrovanoj zalozi, namirenje založnog poverioca, način namirenja i prestanak registrovane zaloge.*

Ključne reči: *zaloga na pokretnim stvarima upisanim u registar, založni dužnik, založni poverilac, Registar zaloge, namirenje založnog poverioca, redosled založnih prava, prestanak registrovane zaloge*

Zaloga na pokretnim stvarima upisanim u registar (registrovana zaloga, registrarska zaloga, bezdržavinska zaloga, mobilijarna hipoteka),

predstavlja založno pravo na pokretnim stvarima koje se konstituiše upisom prava u poseban registar, bez predaje pokretne stvari u državinu založnom poveriocu. Prednosti zaloge na pokretnim stvarima upisanim u registar u odnosu na klasičan pojam zaloge rimskog prava (*pignus*) su značajne kako za založnog dužnika tako i za založnog poverioca. Dužnik, s obzirom da nije lišen državine stvari, jer pokretnu stvar ne predaje u državinu poveriocu, u dalje može da koristi stvar koja je predmet zaloge čime mu se olakšava otplata duga, naročito ako su u pitanju stvari koje mu služe za obavljanje privredne delatnosti. S druge strane, i sam čin predaje stvari u državinu poveriocu može da bude praćen troškovima koje dodatno opterećuju dužnika. Zaloga na pokretnim stvarima upisanim u registar, je korisna i za poverioca jer mu se stvar ne predaje u državinu, čime je lišen troškova u pogledu čuvanja stvari.

Za razliku od klasičnog pojma zaloge na pokretnim stvarima, koje je favorizovalo poverioca jer je dobijao založenu stvar u državinu, za založnog dužnika ona je predstavljala neopravdani teret jer je bio lišen državine na založenoj stvari i onemogućen u korišćenju stvari. U slučaju ručne zaloge poverilac je faktički dobijao više nego što mu je za obezbedenje potraživanja bilo potrebno, ali i veće troškove oko čuvanja stvari. Stoga je zaloga na pokretnim stvarima upisanim u registar pouzdana i korisna kako za dužnika tako i za poverioca.

Načela založnog prava na pokretnim stvarima upisanim u registar su pretrpela određene modifikacije u odnosu na klasična načela založnog prava na pokretnim stvarima. Dok za ručnu zalogu važi načelo specijalnosti, prema kome se mogu zalažati samo pojedinačne, individualno određene, nepotrošne stvari, ali ne i deo ili cela imovina, predmet zaloge na pokretnim stvarima upisanim u registar, mogu biti i stvari određene po rodu, zbir pokretnih stvari, kao što su roba na skladištu ili prodavnici, inventar koji služi za obavljanje privredne delatnosti i sl.

Načelo oficijelnosti, u slučaju ručne zaloge, prema kome se založni poverilac može namiriti iz vrednosti založene stvari putem suda, takođe ne važi za registrovanu zalogu, jer se namirenje može ostvariti i vansudskom prodajom, javnom prodajom putem nadmetanja, prodajom po tržišnoj ili berzanskoj vrednosti ili neposrednom pogodbom.

Načelo publiciteta naročito dolazi do izražaja u slučaju zaloge na pokretnim stvarima upisanim u registar. Publicitet registarske zaloge vrši se upisom u poseban, Registar zaloge, koji je javan i dostupan svim licima, a kod ručne zaloge predajom stvari u državinu poverioca, što nije dovoljno pouzdano, naročito za treća lica.

Jedan od oblika zaloge na pokretnim stvarima upisanim u registar, u srpskom pravu nastao je pre drugog svetskog rata, zalaganjem stoke. Po-

red ručne zaloge postojala je mogućnost zalaganja stoke uz zadržavanje državine zalogodavca na njoj, a ugovor o zalozi se upisivao u poseban registar. Korisnik ove zaloge moglo su biti samo specijalizovane kreditne ustanove koje su imale dozvolu od nadležnog državnog organa. Ovom vрstom zaloge trebalo je omogućiti kreditiranje stočarstva koje je tada predstavljalo jednu od najznačajnijih grana privrede.¹

Zakonom o obligacionim odnosima iz 1978 godine, reguliše se poseban oblik obezbeđenja potraživanja u vidu zaržavanja prava svojine i posle predaje stvari kupcu u državinu sve dok kupac ne isplati cenu u potpunosti (*pactum reservati domini*). Prema čl. 540, stav 3. predviđena je mogućnost da se na pokretnim stvarima o kojima se vode posebne javne knjige može zadržati pravo svojine samo ako je to predviđeno propisima o uređenju i vođenju tih knjiga.

Zaloga na pokretnim stvarima upisanim u registar je u pravu Republike Srbije mogla je, nastati, a i danas postoji u slučaju zalaganja brodova i vazduhoplova kao i ostalih pokretnih stvari upisom u posebne registre (registrovana zaloga).²

U pravnoj praksi značajnu ulogu bezdržavinskog sredstva obezbeđenja potraživanja ima institut fiducijskog prenosa prava svojine. Fiducijski prenos prava svojine nastaje na osnovu ugovora, a publicitet ostvaruje upisom u odgovarajući registar. Ugovorom o fiducijskom prenosu prava svojine na pokretnoj stvari dužnik ili neko treći prenosi pravo svojine na poverioca radi obezbeđenja naplate potraživanja, a poverilac se obavezuje da po namirenju svog potraživanja omogući dužniku nesmetano vršenje prava svojine. Ugovor o fiducijskom prenosu prava svojine upisuje se u poseban registar.

Zakonom o izvršnom postupku iz 1990. godine,³ ustanovljava se institut založnog prava na osnovu sporazuma stranaka pred sudom. Sporazumom stranaka pred sudom, mogla je da se konstituiše dobrovoljna bezdržavinska zaloga na pokretnim stvarima. Ova zaloga je posebna po tome jer se za njen nastanak nije zahtevala predaja založene pokretne stvari u državinu založnom poveriocu nego plenidbeni popis stvari. Osnovni cilj ovog instituta je ubrzanje realizacije prava založnog poverioca. Sporazum stranaka pred sudom bez obzira da li je stvar pokretna ili nepokretna imao je formu sudskega poravnanja i kao takav bio izvršni naslov. Pored niza

¹ M.Konstantinović, Hipoteka na stoci, „Spomenica IV Kongresa pravnika“ Beograd 1931. str, 245.

² Zakon o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi »Sl. Glasnik R.Srbije« br.85/2005, čl.216. Zakon o vazdušnom saobraćaju,»Sl. Glasnik R.Srbije» br.101/2005,čl.54.

³ Zakon o izvršnom postupku, «S.list SFRJ 27/90,35/91» član 251a,-251f

pozitivnih rešenja (ubrzanje realizacije prava založnog poverioca, izostavljanje parničnog postupka itd.), ovaj oblik zaloge imao je i niz nedostataka. Osnovni nedostatak je nepostojanje odgovarajućeg publiciteta jer se ono nije upisivalo u poseban registar. Sporazum stranaka u formi sudskog poravnjania ne čini od ovog instituta posebno sredstvo osiguranja u materijalopravnom smislu, nego samo u procesnopravnom smislu olakšava realizaciju založnog prava. Uloga suda u nastanku ovog sporazuma umanjila je značaj sporazumnog nastanka ovog vida zaloge i stvorila privid da se radi o posebnom sredstvu obezbeđenja potraživanja, a u stvari se radilo o načinu pribavljanja izvršnog naslova. Načelo dispozicije stranaka, potiskuje načelo oficijelnosti.⁴

Zakonom o izvršnom postupku Republike Srbije iz 2004 godine, i dalje postoji mogućnost ustanavljanja založnog prava na pokretnim stvarima sporazumom stranaka.⁵

Pojam zaloge na pokretnim stvarima upisanim u registar

Zaloga na pokretnim stvarima upisanim u registar (registrovana zaloga, registarska zaloga, bezdržavinska zaloga, mobilijarna hipoteka), je založno pravo na pokretnim stvarima i pravima kojim se ovlašćuje založni poverilac da u slučaju nemogućnosti dužnika da obavezu ispunji o dospelosti, zahteva prodaju založene stvari radi namirenja potraživanja iz njene vrednosti bez obzira u čijoj se svojini i državini stvar nalazi. Poverićevo pravo na stvari nastaje upisom založnog prava u poseban registar za zalaganje pokretnih stvari.

Založno pravo na pokretnim stvarima upisanim u registar bez prenosa državine, se u pravnoj teoriji javlja pod različitim nazivima. Neki autori nazivaju je mobilijarna hipoteka⁶, drugi bezdržavinska zaloga⁷ iako je možda najprikladniji naziv registrovana zaloga ili registarska zaloga⁸. Svaki od ovih naziva je adekvatan, ali imajući u vidu činjenicu da je uslov nastanka zaloge na pokretnim stvarima upis u registar zaloge, koji predstavlja način sticanja (*modus acquirendi*) i proizvodi konstitutivno dejstvo koristićemo izraz registrovana zaloga.

⁴ M.Povlavić,Stvarnopravna sredstva osiguranja na pokretnim stvarima u zemljama naslednicama bivše SFRJ, Budimpeštanaski simpozijum , „Doprinos reformi stvarnog prava u zemljama jugoistočne Evrope“, Budimpešta 2003. str.224.

⁵ Zakon o izvršnom postupku,”Sl. Glasnik Republike Srbije,“br 125/2004. član 261.

⁶ M. Konstantinović, B. Vlajić, I. Matijević, Hipoteka na stoci, op. cit, str.248.

⁷ D. Stojanović, Bezdržavinska zaloga, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, 1971, str.43.

⁸ M.Lazić,Prava realnog obezbeđenja,Niš, 2009. str.83.

Ovom vrstom založnog prava može da se obezbedi novčano potraživanje čiji je iznos određen u domaćoj ili stranoj valuti. Založnim pravom obezbeđuje se određen iznos glavnog potraživanja, dužna kamata i troškovi ostvarenja naplate potraživanja.

Založnim pravom mogu se obezbediti i buduća, kao i uslovna potraživanja. U ovakvim slučajevima u Registar zaloge, upisuje se najviši iznos glavnog potraživanja do kojeg založno pravo obezbeđuje uslovna ili buduća potraživanja.⁹ U odgovarajućem Zakonu Republike Srbije, precizira se da se registrovanom zalogom mogu osigurati novčana potraživanja domaćih i stranih fizičkih i pravnih lica, izraženih u domaćoj ili stranoj valuti, ako potiču iz ugovora o kreditu ili drugih bankarskih poslova, ugovora o kupovini na primarnom tržištu kapitala poverilačkih vrednosnih papira i ugovora u privredi (trgovinski ugovori).¹⁰

Subjekti registrovane zaloge su založni poverilac i založni dužnik. Zakon o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar, za založnog dužnika, koristi termin zalogodavac što nije adekvatno jer asocira na zalogodavca iz ručne zaloge koji prenosi državinu na zalogodavca. S druge strane založni dužnik i zalogodavac ne moraju da budu ista lica.

Založni poverilac je lice koje je steklo založno pravo upisom prava u Registar zaloge. Založni poverilac ili više njih mogu da odrede jednog ili više njih da preduzima pravne radnje radi zaštite i namirenja založenog potraživanja. U ovakvim slučajevima treće lice ima prava založnog poverioca u odnosu na založnog dužnika. U Registar zaloge upisaće se ime trećeg lica umesto založnih poverilaca. Založni dužnik je ono lice koje ima pravo svojine na pokretnoj stvari koju zalaže ili ima je titular nekog prava kojim može slobodno raspolagati. Založni poverilac može biti i treće lice koje pruža obezbeđenje za tuđi dug.

Registrovana zalog nastaje zaključenjem ugovora o zalozi koji da bi proizvodio pravno dejstvo mora biti zaključen u pismenoj formi. Bitan element ugovora su označenje založnog dužnika i založnog poverioca, predmet zaloge i pravni osnov i visina glavnog potraživanja. Ako u ugovoru o zalozi nije drugačije određeno i upisano u registar zaloge, registrovanom zalogom su osigurana i potraživanja ugovornih i zakonskih kamata i troškovi nastali u vezi sa zasnivanjem i naplatom glavnog potraživanja. Ugovor o zalozi može biti zaključen i kao sporedni ugovor uz ugovor o zasnivanju glavnog potraživanja.

⁹ Zakon o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar "Sl glasnik R. Srbije" br.57/2003,61/2005,64/2006,čl.7.

¹⁰ Zakon o registrovanim zalogama na pokretnim stvarima i članskim udelima, "Sl. Glasnik R. Srpske" br.16/2000,52/2001. čl.2.

Registrirana zaloga proizvodi pravno dejstvo prema trećim licima upisom zaloge u poseban registar. Založni poverilac stiče založno pravo upisom u Registar zaloge, osim ako zakonom nije drugačije određeno. Iz ove formulacija Zakona o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar, evidentno je da se radi o dispozitivnoj normi. Upis u Registar zaloge ne proizvodi pravno dejstvo, ako je založni dužnik založio stvar na kojoj nema pravo svojine ili ako ugovor nije punovažan iz drugih razloga¹¹

Predmet založnog prava na pokretnim stvarima upisanim u registar

Predmet založnog prava mogu biti individualno određene stvari, kojima zalogodavac može slobodno raspolagati. Mogu se založiti i pokretne stvari odredene po rodu ako je ugovorom o zalozi određena količina ili broj i način na koji se mogu razlikovati od drugih stvari iste vrste. Predmet založnog prava može biti i zbir pokretnih stvari, koje čine ekonomsku celinu, kao što je roba u određenom skladištu ili prodavnici, inventar koji služi za obavljanje privredne delatnosti i drugo u skladu sa ugovorom o zalozi. Sastavni deo ugovora o zalozi u ovom slučaju čini popisni list pojedinih vrsta pokretnih stvari i njihova vrednost.¹²

Ako založena individualno određena pokretna stvar prestane da postoji tako što se redovnom upotrebom pripoji drugoj pokretnoj stvari založnog dužnika, registrirana zaloga zasniva se na novoj pokretnoj stvari i delu koji je srazmeran vrednosti preostale stvari u momentu prisvajanja. Ukoliko redovnom upotrebom založena individualno određena pokretna stvar postane sastavni deo ili priraštaj nepokretnе stvari založnog dužnika, založni poverilac može zahtevati upis hipoteke na nepokretnosti radi osiguranja potraživanja do visine vrednosti pokretnе stvari u momentu pripajanja.¹³

Predmet založnog prava može biti i pravo potraživanja zalogodavca prema dužniku i u slučaju da je založni poverilac, dužnik zalogodavca, osim potraživanja čiji je prenos zabranjen zakonom i onih koja su vezana za ličnost ili se ne mogu prenositi na drugog. Predmet založnog prava

¹¹ Zakon o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar, čl. 4.

¹² Zakon o registrovanim zalogama na pokretnim stvarima i članskim udelima, „Sl. Glasnik R. Srpske“ br 16/2000 ,52/2001, čl.4 st.5.

¹³ Zakon o registrovanim zalogama na pokretnim stvarima i članskim udelima, čl. 17,18.

mogu biti i druga imovinska prava kojima njihov imalac može slobodno raspolagati.¹⁴

Predmet registrovane zaloge može biti suvlasnički ideo pokretne stvari i zbira pokretne stvari. Mogu se zalažati i idealni deo imovinskih prava. Suvlasnički ideo može se založiti bez saglasnosti ostalih suvlasnika. U pravnoj teoriji ima mišljenja da je zalaganje suvlasničkog udela u suprotnosti sa načelom nedeljivosti založnog prava, ali se ovakav stav ne može prihvatići «jer savremene forme zalaganja zahtevaju da se dejstvo ovog načela svede na razumnu meru».¹⁵

Registrovana zaloge može se ustanoviti na budućim stvarima ili pravima. Ovo pravo može da se konstituiše uslovno. Založno prava na budućim stvarima ili pravima nastaje kada zalogodavac stekne pravo svojine na stvari, pravo potraživanja ili drugo imovinsko pravo. Poverilac ima pravo da traži da se u Registar zaloge upiše založno pravo na budućoj stvari.

Za razliku od klasičnog založnog prava na pokretnim stvarima, registrovana zaloge može se ustanovljavati na mnoštvu stvari. Po prvi put se može konstituisati zaloge na robnom lageru, ali i na obrtnim sredstvima privrednih subjekata, inventaru privrednog društva i sl. Predmet registrovane zaloge su obično stvari veće vrednosti.

U uporednom pravu u pogledu objekta koji može biti predmet registrovane zaloge najširu definiciju sadrži Jednoobrazni trgovački zakonik SAD iz 1962. godine preme kome se može založiti kako celokupna imovina dužnika, pokretne i nepokretne stvari, telesne i bestelesne stvari. Klasifikacija dobara na kojima se može konstituisati zaloge se prema nameni deli na: potrošna dobra (*consumer goods*), oprema preduzeća (*equipment*), poljoprivredni proizvodi (*farm products*) i robni lager (*inventory*).¹⁶

U italijanskom pravu mobilijarna hipoteka može se zasnovati na automobilima, brodovima i vazduhoplovima koji se upisuju u javne registre, kao i na državnim vrednosnim papirima koji se upisuju u knjigu javnih dugova.¹⁷

Poljsko pravo predviđa da objekt registrovane zaloge može biti svaka pokretna stvar ili imovinsko pravo koje je prenosivo izuzev pomorskih plovila registrovanih u pomorskom registru, kao i stvari i prava koje dužnik tek treba da stekne u budućnosti. Specifične su odredbe zakona koji-

¹⁴ Zakon o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar, član 9-10.

¹⁵ D. Medić, Založno pravo, Banja Luka 2002, str. 170.

¹⁶ Jednoobrazni trgovački zakonik SAD, čl. 9-109.

¹⁷ Z. Kompanjet, Stvarnopravni aspekti broda u gradnji, Beograd, 1969, str. 96.

ma se predviđa konstituisanje zaloge na preduzeću, jer se dopušta mogućnost zalaganja preduzeća u celini (nepokretnosti, pokretne stvari, inventar, obrtna sredstva potrazivanja i dugovi preduzeća kao i ostale obaveze).¹⁸

Zakonodavstvo Republike BiH, u oba entiteta, predviđa da predmet registrovane zaloge mogu biti i članski udeli ili deo članskog u dela u pravnom licu (npr. ideo u društvu sa ograničenom odgovornošću i sl.) pod uslovom da zakonom nije predvideno da se za njega izdaje hartija od vrednosti.¹⁹

Pravna dejstva ugovora o registrovanoj zalozi

Založni dužnik je dužan po zaključenju ugovora o zalozi čuva stvar koje je predmet založnog prava sa pažnjom dobrog domaćina, odnosno dobrog privrednika ako je u pitanju privredni subjekt. Njegova obaveza je i održavanje predmeta založnog prava u ispravnom stanju i popravke na stvari koje su neophodne za očuvanje suštine stvari. Založni dužnik je ovlašćen da upotrebljava stvar prema njenoj uobičajenoj nameni. Osiguranje stvari nije obavezno ali ugovorom o registrovanoj zalozi može se predvideti obaveza založnog dužnika da osigura stvar koja je predmet založnog prava. Osiguranje stvari vrši se od uobičajenih rizika ako ugovorom nije drugačije predviđeno. U slučaju oštećenje ili gubitka predmeta osiguranja tokom trajanja zaloge, poverilac stiče zalogu na osiguranoj sumi, odnosno, naknadi za koju ima pravo založni dužnik. Založni poverilac ima pravo da kontroliše kako se koristi predmet zaloge. Sud koji bi bio nadležan za izvršenje ne predmetu zaloge, dužan je da na zahtev poverioca, osigura ovo pravo, ako ga ometa založni dužnik.²⁰

Založni dužnik i posle upisa založnog prava u Registar zaloge ima pravo da drži predmet založnog prava. Založni dužnik gubi državinu na stvari koja je predmet založnog prava ako o dospelosti ne izmiri obavezu prema založnom poveriocu.

Ako stvar koja je predmet založnog prava daje plodove, založni dužnik ima pravo da ih pribira u punom obimu. Ugovorom o registrovanoj zalozi može se predvideti da umesto založnog dužnika, založni poverilac ima pravo da pribira plodove koje daje plodonosna stvar koja je predmet založnog prava.

¹⁸ Zakon o registrovanim zalogama i registru zalogi Poljske, iz 1998. čl.55.

¹⁹ Zakon o registrovanim zalogama na pokretnim stvarima i članskim udelima, član 6.

²⁰ Zakon o registrovanim zalogama na pokretnim stvarima i članskim udelima ,op.cit. čl.13.stav 3.

Založni dužnik ima pravo da predmet založnog prava izda u zakup, kao i da zaključuje duge ugovore kojima se predmet založnog prava daje na upotrebu i pribiranje plodova trećim licima, osim ako ugovorom nije drugačije predviđeno. Ugovorom o registrovanoj zalozi može se isključiti pravo založnog dužnika da predmet zaloge daje na iskorišćavanje trećim licima. Ovo ograničenje deluje prema trećim licima od časa upisa u Registar zaloga. Ugovori o iskorišćavanju predmeta zaloge zaključeni između založnog dužnika i trećeg lica posle dana upisa ograničenja u registar zaloge ništavi su i ne proizvode nikakvo pravno dejstvo.

Založni dužnik ima pravo da otudi stvar i prenese pravo svojine na treće lice. Mogu se preneti i prava koja su predmet registrovane zaloge ako zakonom nije predviđeno nešto drugo. On je dužan, da bez odlaganja podnese zahtev za upis založenog prava u Registar zaloge na teret novog vlasnika. Ovu obavezu ima i novi vlasnik. Nakon upisa zaloge u Registar zaloge, pribavilac registrovane zaloge stupa u prava i obaveze založnog dužnika. Založni dužnik i novi vlasnik predmeta založnog prava solidarno odgovaraju založnom poveriocu za štetu koja može nastati zbog njihovog propusta da u Registar zaloge upišu založno pravo na teret novog vlasnika. Pribavilac stiče pravo svojine opterećeno upisanim založnim pravom.

U slučaju da založni dužnik predmet založnog prava prodaje u okviru svoje redovne delatnosti, kupac stiče pravo svojine bez tereta.

Pravo založnog dužnika da raspolaže predmetom založnog prava tako što će ga preneti na drugo lice, može se ugovorom o zalozi ograničiti ili isključiti. Ukoliko se ugovorom o registrovanoj zalozi založnom dužniku zabrani ili ograniči da otuduje i dalje zalaže individualno određene pokretne stvari, ova zabrana ili ograničenje deluje prema trećim licima od dana upisa u Registar zaloge. Ništav je ugovor protivan ovim zabranama i ograničenjima, ako je zaključen nakon njihovog upisa u Registar zaloge. Ugovorom o registrovanoj zalozi može se ograničiti upotreba predmeta založnog prava i odrediti način na koji založni dužnik može ubuduće da ga upotrebljava. Ugovorom o zalozi mogu se isključiti određeni načini upotrebe predmeta založnog prava.

Založni dužnik kod kojeg se založena stvar i dalje nalazi u državini može ponovo založiti predmet založnog prava, osim u slučajevima kada je to ugovorom drugačije predviđeno.

Založni poverilac ima pravo da se iz predmeta registrovane zaloge namiri pre svih poverilaca založnog dužnika čija potraživanja nisu obezbedene zalogom (hirograferni, poverioci), kao i pre svih poverilaca, koji su založno pravo stekli posle dana sticanja registrovane zaloge, čak i ako

je stečena po osnovu sudske odluke ili sporazuma stranaka zaključenog pred sudom (načelo *prior tempore potior iure*).

Poverilac registrovane zaloge ima pravo prvenstvenog namirenja i u odnosu na založne poverioce koji se pozivaju na ranije stečenu neregistrovanu zalogu, osim ako se ona zasniva na sudskoj odluci o uspostavljanju prinudnog založnog prava donetoj u izvršnom postupku pre dana upisa registrovane zaloge u Registar zaloge.²¹

Postupak namirenja založnog poverioca

Ako dužnik ne ispuni svoju obavezu o dospelosti, založni poverilac registrovane zaloge stiče pravo na državinu na osnovu zakona, *ex lege*.

U trenutku dospelosti, založni poverilac stiče pravo da iz vrednosti stvari koja je predmet založnog prava namiri svoje glavno potraživanje, dužnu kamatu, i troškove oko ostvarenja naplate potraživanja. Višak cene dobijen prodajom iznad iznosa potraživanja, založni poverilac dužan je da isplati založnom dužniku bez odlaganja. Ako založni poverilac u roku od osam dana ne isplati založnom dužniku višak cene dobijen prodajom iznad iznosa potraživanja, plaća zalogodavcu propisanu zateznu kamatu.²²

Po dospelosti potraživanja, založni poverilac je u obavezi da, preporučenim pismom, obavesti založnog dužnika i zalogodavca ukoliko nisu ista lica, i treće lice kod koga se stvar nalazi o nameri da svoje dospelo potraživanje namiri iz vrednosti predmeta založnog prava. Postupak namirenja počinje kada založni poverilac dostavi obaveštenje preporučenim pismom založnom dužniku i zalogodavcu, ukoliko nisu ista lica, o nameri da svoje dospelo potraživanje namiri iz vrednosti predmeta na kojem je založno pravo konstituisano. Založni poverilac je dužan da zatraži da se u Registar zaloge upiše činjenica da je postupak namirenja započeo.

Založni dužnik dužan je da sarađuje sa založnim poveriocem u postupku namirenja poveriočevog potraživanja iz predmeta založnog prava od trenutka kada mu je dostavljeno poveriočevo obaveštenje. Založni dužnik kao i zalogodavac, kada to nije isto lice, je dužan da založnom poveriocu pruži potrebna obaveštenja radi sprovođenja namirenja. U slučaju da založni poverilac zbog neispunjerenja ove obaveze pretrpi štetu založni dužnik ili zalogodavac ako nisu ista lica dužan je da mu je naknadi.

²¹ Zakon o registrovanim zalogama, op. cit. član 11. st.2.

²² Zakon o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar čl.35.

Od dana dostavljanja obaveštenja o započinjanju postupka namirenja zalogodavac je dužan da trpi posledice namirenja iz predmeta založnog prava.

Zalogodavac je dužan da predmet založnog prava ili odgovarajuću ispravu koja je neophodna za sticanje državine na predmetu zaloge preda založnom poveriocu na njegov zahtev. Do predaje predmeta založnog prava u državinu založnom poveriocu, založni dužnik ili zalogodavac dužan je da se uzdržava od radnji kojima se može umanjiti vrednost predmeta založnog prava. Zalogodavac je dužan da preduzme i druge radnje koje su neophodne da bi založni poverilac mogao da namiri svoje potraživanje. U slučaju da založni dužnik ili zalogodavac ukoliko nisu isto lice, prekrši neku od navedenih obaveza u obavezi su naknade štetu koju je založni poverilac zbog toga pretrpeo.

Založni poverilac stiče pravo na državinu na predmetu zaloge posle dostavljanja obaveštenja o postupku namirenja, založnom dužniku, i zalogodavcu kada to nije isto lice i treće lice kod koga se stvar nalazi.

Po dostavljanju obaveštenja založnog poverioca o otpočinjanju postupka namirenja, zalogodavac ne može pravno raspolažati predmetom založnog prava bez dozvole založnog poverioca. Zabранa otuđenja ne proizvodi pravno dejstvo prema trećem savesnom pribaviocu, koji stiče pravo svojine bez tereta, ako zalogodavac prodaje predmet založnog prava u okviru svoje redovne delatnosti.

U izvesnim slučajevima predviđenih Zakonom o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar, predviđa se poseban postupak namirenja.

Ako zalogodavac svoju obavezu predaje predmeta založnog prava založnom poveriocu ne izvrši dobrovoljno, založni poverilac može sudu podneti zahtev za donošenje rešenja o oduzimanju predmeta založnog prava od zalogodavca ili lica u čijoj se državini predmet založnog prava nalazi i zahtevati da mu se predmet založnog prava preda u državinu. Založni poverilac uz ovaj zahtev суду podnosi i overeni izvod iz Registra zaloge kao i ugovor o zalozi. Izvod iz Registra zaloge ima sve osobine izvršne isprave.

Sud je obavezan da u roku od tri dana od dana podnošenja zahteva odluci o zahtevu založnog poverioca da na predmetu zaloge koju zalogodavac nije htio dobrovoljno da preda uspostavi državinu.

Postupak oduzimanja predmeta založnog prava sprovodi se u roku od tri dana od dana donošenja rešenja kojim se usvaja poveriočev zahtev.

Ako je predmet založnog prava, zbog svoje prirode, nepodoban za prenos u državinu založnog poverioca ili ako je to u njegovom interesu,

sud, na predlog založnog poverioca, određuje administratora koji se stara o predmetu založnog prava do trenutka namirenja potraživanja obezbeđenog zalogom.

Zalogodavac ili lice u čijoj se državini nalazi predmet založnog prava, može u roku od tri dana po prijemu rešenja o oduzimanju predmeta založnog prava, uložiti prigovor da je poveriočevu potraživanje ili založno pravo ne postoji, ili da je dug isplaćen, obaveza namirena, o čemu mora podneti pisane dokaze. Prigovor na ovo rešenje ne odlaže izvršenje.

O prigovoru na rešenje kojim se zahteva oduzimanje predmeta založnog prava, odlučuje sud, u izvršnom postupku prema pravilima Zakona o izvršnom postupku.²³

Način namirenja založnog poverioca

Način namirenja založnog poverioca zavisi od toga da li je založni poverilac privredni subjekt ili fizičko lice.

Ako zalogodavac ima svojstvo privrednog subjekta, tj. profesionalno se bavi privrednom delatnošću (preduzeće, privredno društvo, imalac radnje ili drugo fizičko lice koje se u vidu zanimanja bavi privrednom delatnošću), ugovorom o zalozi može se predvideti da založni poverilac ima pravo da predmet založnog prava proda na vansudskoj javnoj prodaji, ako njegovo potraživanje ne bude namireno o dospelosti. Ako predmet založnog prava ima tržišnu ili berzansku cenu, ugovorom o zalozi može se predvideti da založni poverilac ima pravo da ga proda po toj ceni ili da ga po toj ceni zadrži za sebe. Sa privrednim subjektima se prema Zakonu o zalozi na pokretnim stvarima upisanim u registar, izjednačavaju i druga pravna lica privatnog i javnog prava u postupku namirenja potraživanja.

Ako je zalogodavac fizičko lice, koje ugovor o zalozi zaključuje izvan okvira privredne delatnosti, ugovorom o zalozi ne može se predvideti da će predmet založnog prava preći u svojinu založnog poverioca, ako njegovo potraživanje ne bude namireno o dospelosti. Za razliku od slučaja kada je zalogodavac fizičko lice koje u vidu zanimanja obavlja privrednu delatnost, kada se ugovorom o zalozi može ugovoriti *lex commisoria*, u slučaju kada fizičko lice nema svojstvo privrednika, ugovaranje klauzule, *lex commisoria*, je zabranjeno na osnovu Zakona.

Ugovorom o zalozi u slučaju zalogodavca koje je fizičko lice koje ugovor o zalozi zaključuje izvan okvira privredne delatnosti, ne može se predvideti da založni poverilac, može, ako njegovo potraživanje ne bude

²³ Zakon o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar, čl.36- 41.

namireno o dospelosti, predmet založnog prava prodati po unapred određenoj ceni ili ga zadržati za sebe. Pored zabrane ugovorne klauzule koje ima značaj *lex commisoria*, iz formulacije člana 28. stav 2. Zakona o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar, zabranjeno je ugovaranje i *marcijanskog pakta* (*patto Marciano*).

Ono što se ugovorom o zalozi može predvideti, je da će predmet založnog prava preći u državinu založnog poverioca, ako njegovo potraživanje ne bude namireno o dospelosti.

Založni poverilac i založni dužnik se mogu sporazumeti da u trenutku dospelosti potraživanja, predmet založnog prava pređe u svojinu založnog poverioca umesto isplate duga ili da će založni poverilac moći da ga proda po određenoj ceni ili da ga po toj ceni zadrži za sebe. Po dospelosti potraživanja, ugovaranje klauzule, *lex commisoria* i *marcijanskog pakta* je dozvoljeno. Dopusanje ugovaranja ovih klauzula po dospelosti potraživanja je značajno jer se realizacija založnog prava uprošćava, postupak realizacije ubrzava, što umanjuje troškove oko realizacije i povećava efikasnost zaloge.

Višak vrednosti koja se ostvari namirenjem založnog poverioca iznad iznosa njegovog potraživanja, založni poverilac je dužan da vrati založnom dužniku bez odlaganja.²⁴

Zakonom o registrovanim zalogama na pokretnim stvarima i članskim udelima, ugovaranje klauzule *lex commisoria* je dozvoljeno. Založni poverilac može, ako je to ugovorom o zalozi predviđeno i upisano u registar zaloge da se namiri, prenošenjem prava svojine na predmetu zaloge, sa založnog dužnika odnosno trećeg lica na koje je založni dužnik preneo svojinu posle upisa registrovane zaloge, pod uslovom da je vrednost predmeta zaloge ugovorom određena i u registar zaloge upisana.²⁵

Prodaja predmeta založnog prava može biti: sudska, vansudska, javna prodaja putem nadmetanja, prodaja po tržišnoj ili berzanskoj ceni, ili neposrednom pogodbom od strane založnog poverioca na način kako bi to učinio razuman i pažljiv čovek vodeći računa o interesima založnog dužnika i poverioca.

1. Sudska prodaja

Založni poverilac može, nakon izvršenog upisa početka namirenja u Registar zaloge, zahtevati od suda da doneše odluku da se stvar koja je predmet založnog prava proda na javnoj prodaji ili po tekućoj ceni kada

²⁴ Zakon o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar, član 28.

²⁵ Zakon o registrovanim zalogama na pokretnim stvarima i članskim udelima, op. cit, član 26.

stvar ima tržišnu ili berzansku cenu. Ako bi troškovi javne prodaje bili nesrazmerno veliki u odnosu na vrednost predmeta založnog prava, sud može odlučiti da poverilac stvar proda neposrednom pogodbom, po ceni utvrđenoj veštačenjem stručnjaka, ili da je, ako hoće, zadrži za sebe po toj ceni.

2. Vansudska prodaja

Založni poverilac može pristupiti vansudskoj prodaji predmeta založnog prava po isteku roka od 30 dana od upisa početka namiranja u Registar zaloge, osim ako dužnik nije isplatio dug pre prodaje. Dužnik može da ispuni svoju obavezu plaćanja duga, u bilo koje vreme pre prodaje predmeta založnog prava. U gore navedenom roku zalogodavac može, iako nije dužan, da ispuni svoju obavezu prema poveriocu. Založni dužnik i založni poverilac se po dostavljanju obaveštenja zalogodavcu o početku postupka namirenja poverioca, mogu sporazumeti da se zakonski zok od 30 dana skrati.

3. Javna prodaja putem nadmetanja

Založni poverilac može pristupiti vansudskoj javnoj prodaji putem nadmetanja ako je takav način predviđen ugovorom o zalozi. Izuzetno, ako je zalogodavac fizičko lice koje ugovor o zalozi zaključuje izvan okvira privredna delatnosti, založni poverilac može pristupiti vansudskoj prodaji putem nadmetanja, ako su se založni poverilac i založni dužnik o tome sporazumeli u trenutku dospelosti potraživanja. U ovom slučaju založni poverilac može poveriti sprovođenje javne prodaje stručnom licu koje se redovno bavi takvom delatnošću.

4. Prodaja po tržišnoj ili berzanskoj ceni

Ugovorom o zalozi može se predvideti da založni poverilac ima pravo da predmet založnog prava može prodati po tržišnoj ili berzanskoj ceni. Izuzetno, kada je zalogodavac fizičko lice koje ugovor o zalozi zaključuje izvan okvira privredne delatnosti, prodaja po tržišnoj ili berzanskoj ceni, moguća je ako su se strane o tome sporazumele u trenutku dospelosti poveriočevog potraživanja.

Tržišna cena je ona po kojoj se iste ili slične stvari redovno prodaju pod uobičajenim okolnostima na mestu i u vreme prodaje predmeta založnog prava.

Ako u mestu i u vreme prodaje predmeta založnog prava, stvar nema tržišnu cenu, uzima se u obzir cena na najbližem tržištu.

Berzanska cena je ona po kojoj se iste ili slične stvari prodaju na najbližoj berzi.

5. Ako predmet založnog prava nema tržišnu ili berzansku cenu, založni poverilac ga može prodati na način kako bi to učinio razuman i pažljiv čovek, čuvajući interes dužnika i zalogodavca.

6. Založni poverilac može poveriti licu koje se davanjem zajmova uz zalogu kao zanimanjem ili licu koje se bavi prodajom takvih stvari kao zanimanjem, da u njegovo ime i za njegov račun proda predmet založnog prava. Založni poverilac i lice kome je poverena prodaja predmeta založnog prava solidarno su odgovorni zalogodavcu ako mu prouzrokuju štetu prilikom prodaje.²⁶

Savesno lice koje predmet zaloge, kupi na sudskoj ili vansudskoj javnoj prodaji ili u postupku namiranja kada je stvar kupilo po tržišnoj ili berzanskoj ceni ili po ceni po kojoj bi ga prodao razuman i pazljiv čovek čuvajući interes dužnika i zalogodavca, stiče pravo svojine bez tereta. Pravo svojine savesnog sticaoca, stečeno na ovaj način ne može se osporavati zbog eventualnih propusta u postupku prodaje.

Založni poverilac dužan je da obavesti dužnika i zalogodavca kada to nije isto lice, i treće lice kod koga se stvar nalazi, o mestu i vremenu održavanja prodaje. U slučaju da je prodaja izvršena bez prisustva ovih lica, založni poverilac je dužan da bez odlaganja svakog od njih (založnog dužnika, zalogodavca, ako on nije i založni dužnik ili treće lice kod kog je založena stvar nalazi), obavesti o okolnostima koje mogu biti od značaja, a naročito o izvršenoj prodaji, načinu na koji je prodaja izvršena, postignutoj ceni i troškovima.

Redosled založnih prava

Založni poverilac ima pravo da iz cene postignute prodajom predmeta založnog prava naplati svoje potraživanje pre ostalih poverilaca založnog dužnika osim u slučajevima koje Zakon drugačije uređuje. Zakonom o založnom pravu na pokretnim stvarima Republike Srbije predviđena su sledeća pravila.

1. Ako je isti predmet založnog prava upisanog u Registar zaloge, založen većem broju poverilaca, redosled isplate njihovih potraživanja iz vrednosti dobijene prodajom predmeta zaloge određuje se prema vremenu (dan, čas i minut), prijema zahteva za upis založnog prava u Agenciji za privredne registre, po načelu *prior tempore potior iure*.²⁷

²⁶ Zakon o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar, član 47.

²⁷ U pravu koji važi u Republici Srpskoj, Registar zaloge vodi Ministarstvo pravde Republike Srpske, čl.35. Zakona o registrovanim zalogama na pokretnim stvarima i član- skim udelima.

2. U slučaju konkurenkcije dva založna prava od kojih je jedno, upisano u Registar zaloge, a drugo, nastalo predajom založene stravi u državinu poveriocu bez uisa u Registar zaloge, prioritet u naplati, određuje se prema vremenu nastanka odgovarajućeg založnog prava.

3. Založno pravo stečeno predajom u državinu uživa prvenstvo u odnosu na docnije založno pravo upisano u Registar zaloge, ako se zasniva na ugovoru o zalozi koji je zaključen u pismenoj formi i overen u sudu ili drugom organu ovlašćenom za overavanje potpisa.

Poverilac koji tvrdi da mu je stvar bila predata u državinu pre nego što ja izvršan upis u Registar zaloge u korist drugog poverioca, dužan je da dokaže da je do predaje u državinu došlo pre upisa u Registar zaloge.²⁸

U odnosu na ugovorno zakonsko založno pravo upisano u Registar zaloge, prvenstvo u naplati ima zakonsko založno pravo koje je nastalo iz ugovora u privredi kao i zakonsko založno pravo države prema založnom dužniku.

Zakonsko založno pravo ustanovljeno u korist prevozioca, komisionara, otpremnika, i skladištara, nastalo u vezi sa otpremom ili prevozom stvari koje su predmet založnog prava, prema Zakonu o obligacionim odnosima, ima prvenstvo u odnosu na založno pravo upisano u Registar zaloge.

Zakonsko založno pravo poslenika, nastalo na osnovu ugovora o delu, za potraživanje nagrade za rad, naknade za utrošeni materijal i ostala potraživanja u vezi sa njegovim radom ima prvenstvo u odnosu na registrovanu zalogu u skladu sa, Zakonom o obligacionim odnosima.

Za potraživanje poreza i drugih dažbina prvenstveni red u naplati potraživanja određuje se prema vremenu njihovog upisa u Registar zaloge.²⁹

Prestanak registrovane zaloge

Založno pravo prestaje ukoliko založni dužnik ispuni svoju obavezu prema založnom poveriocu, s tim što je pored ovog materijalopravnog uslova, potrebno i da se ispuni i jedan formalnopravni uslov, a to je, brišanje založnog prava iz Registra zaloge. Ovo brisanje iz Registra zaloge izvršiće se na zahtev založnog poverioca, založnog dužnika ili zalogodavca ukoliko nisu ista lica.

Založno pravo prestaje okončanjem postupka javne prodaje ili drugog načina prodaje predmeta založnog prava, izvršene radi namirenja po-

²⁸ Zakon o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar, čl.31-32.

²⁹ Zakon o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar, čl.33-34.

traživanja založnog poverioca. Po pravosnažnosti sudske odluke o naminjenju sud će rešenjem odrediti da se založno pravo briše iz Registra zaloge. U slučaju vansudske prodaje, založni poverilac je dužan da izda ispravu na osnovu koje zalogodavac može zahtevati brisanje založnog prava. Zahtev upućen založnom poveriocu da izda ovaku ispravu ima i kupac koji je predmet založnog prava pribavio na vansudskoj prodaji.

Odricanje založnog poverioca od založnog prava je razlog za prestanak zaloge. Izjava o odricanju da bi bila pravno valjana mora da bude dата u pismenoj formi.

Založno pravo prestaje i briše se iz registra zaloge ukoliko predmet založnog prava propadne. Ako je predmet založnog prava koji je propao bio osiguran, založno pravo se *ex lege* uspostavlja na potraživanju iznosa ili naknade iz osiguranja.

Založno pravo prestaje u slučajevima kada se svojstvo založnog dužnika i založnog poverioca steknu u istom licu (konfuzija), kao i u slučaju kada založni poverilac stekne pravo svojine na predmetu založnog prava (konsolidacija).

Registrirana zaloga prestaje brisanjem iz Registar zaloge.

Registar zaloge

Registar zaloge je javni registar založnih prava na stvarima fizičkih i pravnih lica, kao i drugih podataka koji se upisuju na osnovu Zakona o zalozi na pokretnim stvarima upisanim u registar, a koji se vodi u Agenciji za privredne registre Republike Srbije.

Registar zaloge je jedinstvena elektronska baza podataka, na osnovu centralne baze podataka u kojoj se čuvaju svi podaci uneti u Registar zaloge. Centralna baza podataka Registra zaloge, dostupna je svim lokalnim jedinicama Registra zaloge na teritoriji Republike Srbije.

Registar zaloge dostupan je svim licima bez ograničenja. Podaci evidentirani u Registru zaloge su javni. Svako lice može bez dokazivanja pravnog interesa da zahteva pristup podacima iz Registra zaloge i da zahteva overeni izvod o podacima iz Registra. S obzirom da su podaci iz Registra javni, niko se ne može pozivati na okolnost da mu oni nisu bili poznati. Ova neoboriva pravna prepostavka o poznавању свих података upisanim u Registar važi за сва лица без изузетка.

U Registar zaloge se evidentiraju:

1. podaci o založnom dužniku i zalogodavcu kada to nisu ista lica, kao i založnom poveriocu
2. podaci o predmetu založnog prava, bilo da je u pitanju stvar ili pravo, koji se moraju precizno odrediti.

3. подаци о ближем одређењу потраживања које се обезбеђује заложним правом, уз означење основног и максималног износа

4. подаци о постојању спора о заложном праву или у вези са предметом залоге (забелешка спора)

5. подаци о томе да је започет поступак намирења реализацијом заложног права (заложни поверилац је дужан да затражи упис поступка намирења потраживања).

Законом о заложном праву на покретним стварима, се детаљно уређује поступак уписа у Регистар залоге.

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

Registered pledge in Serbian Law

Abstract

Registered pledge is right on item of goods, transferred by the debtor (owner of the property who is either a real loan recipient or third party), who is entitled to get compensation of the claim from the pledged property, only in case that the fails to settle this obligation on time. The solutions adopted in Registered pledge Law, in Serbia, should be for the benefit of all parties involved in contract of registered pledge. The pledger keeps the pledged movable property in his possession and that fact enables him a constant and productive use of that, as well as to achieve a financial benefit to settle his obligations on time. He can give the security his entire property. The pledgee has got all efficient available means for achieving this rights in case of the debtor's failure to meet his obligation on time, because the pledge is registered in Pledge register. Existance of the central Pledge register should help obtaining a safe and reliable information, in order to prevent many abuses and to contribute to a greater safety of the creditor.

*Dr Ljubomir Stajić, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

STRATEGIJA NACIONALNE BEZBEDNOSTI U FUNKCIJI BEZBEDNOSTI REPUBLIKE SRBIJE

Sažetak: Savremeni bezbednosni izazovi, rizici i pretnje posledica su nastalih društvenih, geopolitičkih, geostrategijskih, vojnih, političkih i ekonomskih promena u poslednjih dvadeset godina kako na mikro tako i na makro planu. Iako očekivane, te promene su zatekle nespremne skoro sve države i njihove sisteme bezbednosti. Glomazni, neefikasni i organizovani po principima da ugrožavanje dolazi od drugih država, nisu u stanju da odgovore opasnostima koje sada dolaze od nedržavnih subjekata u vidu terorističkih mreža i organizovanih kriminalnih transnacionalnih grupa koje ne moraju da brinu o poštovanju suvereniteta drugih država, međunarodnim pravnim normama poštovanja ljudskih prava niti o birokratskim procedurama u saradnji i razmeni bezbednosnih informacija.

Sistemi bezbednosti svojom organizacijom, efikasnošću i efektivnošću uz primenu sofisticiranih sredstava i mera nove generacije tek treba da daju odgovor na nove izazove rizike i pretnje.

U radu je dat prikaz uticaja savremenih bezbednosnih izazova rizika i pretnji, na izradu strategije nacionalne bezbednosti R Srbije i reformu njenog sistema bezbednosti, a sve sa aspekta savremenog shvatanja pojma bezbednosti.

Ključne reči: bezbednost, strategija nacionalne bezbednosti, sistem bezbednosti, bezbednosni problemi.

1. Uvod

Već skoro dvadeset godina u svetu se dešava nekoliko važnih procesa. Paralelno, odvijaju se procesi kao što su globalizacija, novi svetski redak, tranzicija, nova pravila međunarodnih odnosa, novo shvatanje bez-

bednosti i drugi. Svaki od njih, sam za sebe, ali i svi zajedno podrazumevaju traumatske promene u sferi razvoja većine država u svetu. Čovečanstvo, a u okviru njega države, postaje sve zavisnije od odnosa koji vladaju u okviru navedenih procesa. To nam ukazuje da je danas teško zamisliti državu, koja živi van ovih tokova. Jednostavno rečeno, ako nisi uklopljen u svetski sistem, ne možeš opstati. Međutim, problem nastaje upravo zbog toga što u izgradnji tog „novog sistema“ postoje strukturalni problemi čije se jedinstveno rešenje ne nazire pa se oni rešavaju od slučaja do slučaja po principu ko je jači.

Razvojem država, njihovom demokratizacijom, novim oblicima organizacije, novim zadacima u zaštiti ljudskih prava i sloboda širi se obim i shvatanje pojma bezbednosti pa samim tim i obaveza u zaštiti te „nove“ bezbednosti koju danas nazivamo integralnom bezbednošću. U tom smislu postavlja se nekoliko krucijalnih pitanja odnosa i shvatanja bezbednosti i ciljeva i zadataka definisanih u strategiji nacionalne bezbednosti kao što su na primer:

1. Kako shvatanje pojma nacionalna bezbednost utiče na razvoj i shvatanje pojmove međunarodna i globalna bezbednost;
 2. U kakovom su odnosu bezbednost koju ostvaruje država preko svog sistema nacionalne bezbednosti i međunarodna bezbednost koju ostvaruju specijalizovane međunarodne organizacije, asocijacije i savezi;
 3. Kakva je funkcija države u formulisanju, izgradnji i implementaciji strategije nacionalne;
 4. Koji su savremeni izazovi, rizici i pretnje po bezbednost države i u kakovom su odnosu sa ciljevima strategije nacionalne bezbednosti;
 5. Da li je sistem nacionalne bezbednosti u stanju da odgovori svim izazovima i pretnjama u skladu sa zahtevima strategije nacionalne bezbednosti;
 6. Koji faktori mogu uticati na naispunjavanje zadataka sistema bezbednosti definisanih u strategiji nacionalne bezbednosti;
- Da bi se odgovorilo na postavljena pitanja potrebno je, sem istorijskog osvrta, dati i prikaz bezbednosne slike danas i savremenog shvatanja pojma bezbednost u svetlu strategije nacionalne bezbednosti iz čega ćemo videti i deo odgovora na postavljena pitanja.

2. Odnos pojma bezbednosti i strategije nacionalne bezbednosti

Bezbednost je u različitim istorijskim periodima i u različitim društvenim uređenjima i okolnostima različito shvatana. To shvatanje je najčešće polazilo od toga ko definiše šta je bezbednost i koje se vrednosti moraju štititi sistemom bezbednosti. Tako, u nekim društvima vrednost

koja se mora štititi je vlast vlastodržaca, u drugim je to država, u trećim klasa na vlasti, u četvrtim monarhija, u petim privatna imovina, u šestim ponešto od svega toga itd. Očigledno je da bi popis istorijskih vrednosti koje se štite bio dug, a samim tim je i definicija bezbednosti bilo mnogo. Praktično, koliko autora toliko i definicija. Razvojem države, međunarodnog prava i ljudskih prava i sloboda dolazi do standardizacije vrednosti koje se moraju štititi u svim društвima pa time i do približavanja u definišanju pojma bezbednosti. Generalno gledano, polazilo se od toga da je bezbednost funkcija države i organa, zatim da je to organizacija posebnih državnih subjekata ili stanje kao zamišljeni standard bezbednosti koji se želi postići.

Bezbednost je nastala kada i živi svet odnosno čovek. Svako živo biće ima svoju osnovnu preokupaciju, a to je kako opstati (preživeti), kako se razvijati i kako obezbediti nastavak svoje vrste. Tek mnogo hiljada godina kasnije bezbednost se proširila na zaštitu bezbednosti čitave društvene zajednice odnosno države da bi danas bila mnogo širi pojam i od toga.

Bezbednost treba shvatiti kao uslov opstanka i razvoja (države, društva, nacije, ljudi, živog sveta na planeti). Ona sama po sebi ništa na stvara (naročito ne materijalna dobra) već samo omogućava mnogo toga (život, zdravlje, slobodu i sl.) pa i stvaranje materijalnih dobara.

Dakle, bezbednost ima svoju pozitivnu sadržinu, pri čemu se ta sadržina izražava kao zbir (ali ne prosti) pojave, stanja i odnosa u društvenoj, pravnoj, tehničkoj, psihičkoj, moralnoj i prirodnjoj sferi koji se nalaze na suprotnoj strani u odnosu na iste pojave, stanja i odnose u oblasti ugроžavanja. Bezbednost je jedna, jedina i nedeljiva (integralna) bilo da je shvatamo kao stanje, funkciju, organizaciju, politiku ili filozofiju. Za razliku od bezbednosti, ugроžavanje je raznovrsno i raznorodno kako po vremenu i prostoru tako i po intezitetu, oblicima i nosiocima. Na osnovu navedenog zaključujemo da je bezbednost „*svojstvo nekog realnog društvenog, prirodnog ili tehničkog subjekta (bića, tvorevine ili stvari) ispoljeno kao uspstavlјeno, održano i unapređeno stanje i(lj) vrednost, a koja se izražava kroz ispunjenost minimuma bezbednosnih standarda svojstvenih tom subjektu, a što mu omogućava realnu osnovu za opstanak, rast i razvoj bez obzira na nosioce, oblike, vreme i mesto ugроžavanja*“¹.

Nacionalna bezbednost je pojam koji se češće nego drugi objašnjava u literaturi. Pod njim se podrazumeva željeno stanje zaštićenosti države

¹ Videti šire, Stajić LJ; Osnovi sistema bezbednosti sa metodologijom istraživanja bezbednosnih pojava, Pravni fakultet Novi Sad, 2008.

koje se postiže eliminisanjem pretnji i rizika po vitalne vrednosti države. Ona podrazumeva stanje u kojoj država smatra da joj ne preti vojni napad, politički pritisak ili ekonomsko ugrožavanje spolja kao ni ekstremni politički, ekonomski, ideološki, verski ili kulturni atak iznutra tako da država može normalno da se razvija samostalno ili u zajednici sa drugim državama.²

Za ostvarivanje nacionalne bezbednosti potrebna su dva elementa.

1. Državni cilj u vidu nacionalnih vrednosti izražen u najvišim dokumentima države (Ustav) odnosno strategiji nacionalne bezbednosti i
2. Struktura elemenata, snaga, aktivnosti i funkcija usmerenih na ostvarivanje cilja (strategija nacionalne bezbednosti)

Iz svega navedenog se vidi da se strategija nacionalne bezbednosti javlja kao uslov, osnov, usmeravajući i korektivni dokument jedne države (društva) nastao kao izraz uvažavanja opšteprihvaćenih standarda bezbednosnog organizovanja savremenih država. Ona je ujedno i dokument projekcije razvoja i funkcionisanja sistema bezbednosti u budućnosti. To je otvoren i dinamičan programski i delimično doktrinarni sadržaj u koga „ulaze“ stavovi društva o najopštijem državnom cilju na zaštitu sopstvenih vrednosti društva, njegovom opstanku, rastu i razvoju, a „izlaze“ stavovi o aktivnostima i merama na preventivnom i represivnom planu usmerenih na ostvarivanje bezbednosti kao parekselans državne funkcije. Strategija nacionalne bezbednosti je ujedno i poruka drugim međunarodnim i unutrašnjim činiocima šta to država smatra svojim vitalnim vrednostima naophodnim za svoj opstanak, rast i razvoj, a koje će braniti svojom ukupnom moći, čiji je sistem bezbednosti najznačajniji deo. Drukčije rečeno, u strategiji nacionalne bezbednosti nalazi se crvena linija ispod koje država neće i ne može ići u odbrani svojih interesa.

3. Bezbednosne promene kao element strategije nacionalne bezbednosti

Nastanak novih bezbednosnih izazova, rizika i pretnji vezuje se za prestanak Hladnog rata i nestanak bipolarne podele sveta između dva najznačajnija svetska bloka. Dominantna bezbednosna pretnja tokom više od pet decenija trajanja stana ni rata ni mira dolazila je od strane su-

² Sam pojam nacionalna bezbednost nalazi se u upotrebi od 1943. godine, kada je Valter Lipman (Walter Lipman) u svom delu »U.S. Foreign Policy“ prvi put upotrebio ovaj termin. Posle Drugog svetskog rata ovaj pojam je našao široku primenu u političkom rečniku savremenih država. U tom kontekstu on je upotrebljavан да oznaчи unutrašnju i spoljnu bezbednost države u odnosu na spoljne i unutrašnje oblike ugrožavanja.

protstavljenog bloka i velikih sila i bila je izražena kao nuklearna pretinja sa mogućnošću kataklizmičkog uništenja ne samo suprotstavljene strane već i čitavog čovečanstva. Osnovna karakteristika pomenutog perioda je to da je bezbednost shvatana kao zbir bezbednosti pojedinih država ili zasebnih blokova potpomognuta delimičnim uticajem sistema međunarodne bezbednosti oписанom u OUN. Bez obzira na ekstremnu suprotstavljenost najmoćnijih suparnika u smislu proklamovanih ciljeva i ideologija pomenuti period karakterističan je i po tome što je bezbednost toga doba ugrožavao "poznati neprijatelj" (suprotstavljeni blok, suprotstavljeni sistem, nuklearna pretinja, suprotstavljena ideologija i sl.), što su bili jasno postavljeni i razgraničeni ciljevi (pobediti i Hladnom ratu) i na kraju što je umnogome postojala mogućnost predviđanja reakcije suprotstavljenih strana. Jednom rečju, neprijatelj je bio ideološki suprotstavljen blok država sa određenom uglavnom poznatom silom i moći. Upravo u ovoj činjenici vidimo i osnovnu razliku u odnosu na današnje, savremene, bezbednosne pretnje koje uglavnom dolaze od strane nedržavnih subjekata (aktera). Naime, beći broj značajnih opasnosti po državu ali i sisteme bezbednosti danas pretežno ne dolaze od strane jedne ili više suprotstavljenih država već od nedržavnih, više-manje, nekontrolisanih subjekata koji su se na ovaj ili onaj način domogli oružja, a kao sredstvo borbe za ostvarivanje svojih ciljeva izabrali su, recimo, terorizam u svakom njegovom obliku od klasičnog preko sajberterorizma do nuklearnog, hemijskog ili biološkog terorizma.

Zbog intezivnih migracija, revolucije u komunikacijama, mogućnosti brzog putovanja, slobodnog protoka tehnologija, veće poroznosti granica, velikog jaza između različitih kultura, vera i ideologija, bezbednosni izazovi rizici i pretnje po države nisu samo prosti zbir činova (akata) ugrožavanja. One danas iako imaju isti naziv i isti cilj kao ranije sa sobom nose potpuno novu energiju ugrožavanja koja svojom snagom prevazilazi opasnosti koje su do sada bile poznate. To se najbolje vidi na primeru terorizma. „Liberalni“ terorizam sedamdesetih godina dvadesetog veka i današnji terorizam imaju samo ime i cilj zajedničko, dok se njegovi dometi, destruktivnost, brutalnost i žrtve koje nose razlikuju u vrednostima koje se množe indeksom i više stotina puta. Time dolazimo do novog pojma koji je već zaživeo u bezbednosnoj terminologiji, a to je pojam transnacionalne pretnje kojom nisu ugrožene samo države, međunarodna zajednica već i svaki njen deo pri čemu su suverenitet, ekonomija i ljudska prava u središtu udara modernog terorizma. Naravno ovde treba napomenuti i nove do skoro nepoznate ili samo sporadične oblike ugrožavanja bezbednosti pojedinih država kao što su transnacionalni organizovani kriminal, industrijska špijunaža, kompjuterski

kriminal, korupcija, destruktivno delovanje sekti i brojni drugi. Praktično, ne postoji država koja za sebe može reći da je direktno ili indirektno van uticaja tih pretnji.

Sledeća karakteristika savremenih bezbednosnih promena vezana je za same službe i sisteme bezbednosti država gde je u toku prilagođavanje (transformisanje) snaga, službi i sistema bezbednosti novim bezbednosnim izazovima rizicima i pretnjama. Svedoci smo sve češćeg priznanja najodgovornijih ljudi u vodećim zemljama sveta da je nova situacija zatekla, donekle, nespremne službe bezbednosti i da su kao takve „doživele brojna iznenađenja i učinila propuste“ jer je njihova organizacija, metod i sredstva rada bila usmerena na drugačije protivnike, a „neprijatelj“ se pojavio u potpuno novom obliku. Naravno, da je to zahtevalo hitne i korenite promene i taj proces je u toku. Proces modernizacije i usvajanja novih strategija nacionalne bezbednosti mnogih država³ usmeren je upravo na stvaranje preduslova za drugačiji pristup navedenom problemu. Redefinisanje bezbednosnih izazova, rizika i pretnji je polazna osnova tog procesa i polazna tačka svih nacionalnih i nadnacionalnih strategija bezbednosti.

4. Sistem bezbednosti u strategiji nacionalne bezbednosti

Sistem bezbednosti je slika i odraz društva i jedan od njegovih najvažnijih podsistema. Kao subjekt primene organizovane državne sile kojom se regulišu društveni odnosi u ostvarivanju harmonije „nepotpune harmonične zajednice koju nazivamo državom“ (S. Jovanović) organizovan je u skladu sa društvenim težnjama (ciljem) sa jedne strane i društvenim mogućnostima sa druge strane. Društvene težnje se, uglavnom, odnose na zaštitu vitalnih vrednosti društva⁴ gde bezbednost (lična, nacionalna, državna, regionalna, međunarodna) ima najznačajnije mesto upravo zbog toga što su sve druge vrednosti ugrađene u bezbednost, a bezbednost se javlja kao vezivno tkivo i uslov opstanka i ispunjenja svih drugih društvenih vrednosti koje država i međunarodna zajednica definišu i koje štite aparatom prisile čiji je ekvivalent sistem bezbednosti.

³ Mnoge države usvajaju nove strategije na svakih deset do dvadeset godina, a redefinišu ih na svakih četiri do pet godina.

⁴ Pod vrednostima podrazumevamo idealno svojstvo izvesnih standardan normi, pojava, stanja i sadržaja svesti, koje im ljudi pridaju, a koje se sastoji u tome da te vrednosti čini poželjnim za ljude. Tako je društvena vrednost svaka vrednost koja ima veliki značaj za pojedinca, grupu, državu ili međunarodnu zajednicu. Društvene vrednosti nisu iste za sva društva.

Društvene mogućnosti ogledaju se u moći jedne države (društva) da svoje težnje ostvare preko organizovanog sistema bezbednosti koji, iako egzistira samostalno, deo svojih funkcija realizuje sa susednim, regionalnim, nadnacionalnim i međunarodnim univerzalnim sistemima. Tu se pre svega misli na zaštitu i očuvanje i unapređenje kolektivnih i međunarodnih vrednosti. U tom smislu moć države ogleda se kao moć znanja, ekonomska moć i moć sile (vojska i policija) dok su determinante te moći: vojnobezbednosne, morfološke, demografske, organizacione i ekonomske prepostavke kao i spoljna integracija.

Naravno, moć neke države značajno se uvećava ako je njena moć ukonporirana u moć nekih širih zajednica osnovanih zajedničkim interesima u ostvarivanju bezbednosti.

Slobodan Jovanović⁵ je u svojim radovima, davno, definisao da država ima osnovnu funkciju da: 1) iznađe državni interes (cilj) i 2) pronađe stedstva za ostvarivanje cilja. Dakle, bezbednost u smislu opstanka i razvoja je najopštiji cilj svake države i u tom smislu sve države sveta preduzimaju niz političkih, pravnih, organizacionih, sistemskih, ekonomskih, diplomatskih, bezbednosnih preventivnih i represivnih mera na ostvarenju svog najopštijeg cilja, a to je ostvarivanje bezbednosti u najopštijem i najkonkretinjem smislu tog pojma.

Nekada se čini da je mnogo lakše iznaći cilj nego pronaći sredstva za ostvarivanje tog cilja. To, pomalo, liči na sledeće. Lako ćemo se dogovoriti da odletimo u kosmos samo je pitanje kako ćemo i čime tamo stići.

Srpski narod, čini se, u svojoj istoriji imao je problem i sa jednim i sa drugim elementom funkcije države. Vrlo često je menjao istorijske ciljeve, a za njihovo ostvarenje ponekad se borio pogrešnim sredstvima i metodama. Trenutno R Srbija je pred istim istorijskim zadatkom.

Za realizaciju cilja u svim državama pa i u našoj uvek postoji više subjekata, unutrašnjih, političkih, vojnih, bezbednosnih, spoljnopoličkih i drugih što je neminovnost ali i prednost. Problem nastaje usled toga što je neophodan jedinstven cilj ka kome svi teže, a radi ostvarenja funkcije države. Dakle, cilj je taj koji je kohezioni i korektivni faktor svih subjekata koji učestvuju u zaštiti bezbednosti i ostvarenju osnovne funkcije države. To podrazumeva visok stepen organizovanosti, koordinacije i kontrole izvršnih, zakonodavnih i sudskeh stubova države kako bi svi profesionalni subjekti svoju funkciju ostvarivali na ciljno koordinisan način pri čemu državni aparat ima odgovornost za tu koordinaciju. Osnov te koordinacije svakako je strategija nacionalne bezbednosti koja je polazište za sve funkcije od planiranja do kontrole.

⁵ Jovanović S.: O državi, Geca Kon, Beograd, 1922.

Iako navedeno, na papiru, izgleda jasno, postavlja se pitanje zašto to većini zemalja ne uspeva, odnosno zašto u tome (nekad delimično) uspeva samo nekoliko „istorijski uspešnih država“ koje imaju najznačajniju ulogu u društvenim dogadjajima na čitavom svetu. Drukčije rečeno, bezbroj puta se dogodilo da države bez nacionalne strategije bezbednosti koja bi obuhvatala sve činioce i sve metode, zaštite nestaju sa političke scene ili pak trpe katastrofalne posledice po narod i državu pogotovo u velikim svetskim gibanjima.

Problem nastaje zbog toga što svet nije statična kategorija već ga karakteriše veliki broj značajnih i dinamičnih promena koje zavise od bezbroj događaja od kojih su neki nekontrolisani dok su drugi kontrolisani (dirigovani) i to od strane moćnih i velikih. Upravo ta činjenica, da mogu da izazivaju upravljuju dogadjajima, daje velikim i uspešnim državama mogućnost da predvide sve elemente svojih nacionalnih bezbednosnih strategija što iste odmah čini ispravnim i ostvarljivim dok male zemlje ne znajući za glavne ciljeve, planove i strategije velikih (radi se o tajnama) lutaju u pronalaženju svog mesta i uloge i često dobijaju ulogu koja je van njihovog vitalnog interesa što se kasnije značajno reflektuje i na bezbednost istih.

Dakle, pravilno odmeren i ciljno opredeljen strateški koncept bezbednosti uslov je ostvarivanja bezbednosti, a time i opstanka malih država. U tom smislu nema mesta subjektivnom pristupu političkih aktera jer sam termin strategija sugerire na dugotrajanost, a to znači da trenutnim političkim interesima tu nema mesta.

Kada se državni (bezbednosni) cilj „iznađe“ (S. Jovanović) država mora da formira jaku, efikasnu i efektivnu strukturu sastavljenu od profesionalnih državnih, privatnih i suplementarnih subjekata koji će iznađeni cilj prvo ostvariti, zatim očuvati i unaprediti. Iz toga proističe da sistem nacionalne bezbednosti predstavlja normativno uređenu hijerarhijsku strukturu organizovanih i usmerenih elemenata (opremljenih, obučenih i voljnih) prema jedinstvenom cilju, a radi zaštite svih vitalnih nacionalnih vrednosti. Elementi sistema bezbednosti su: aktivnosti, mere, poslovi, subjekti i snage⁶.

U pristupu definisanja sistema nacionalne bezbednosti postoje dve mogućnosti: prvo, da se sistem nacionalne bezbednosti definiše u najširem smislu; i drugo da se definisu samo uži (osnovni) elementi sistema nacionalne bezbednosti. S obzirom da se radi o strateškom dokumentu obavezujućem za sve (ostale) subjekte društva i države smatramo da je izabrani prvi model i ispravniji put.

⁶ Videti šire: Stajić LJ. op. cit. str.39-44

Izgradnja sistema nacionalne bezbednosti, svakakao podrazumeva više stvari. Među prvima je definisanje strategije nacionalne bezbednosti kao osnovnog političko-bezbednosnog dokumenta koji oslikava postulate spoljne i unutrašnje politike na polju bezbednosti, odnosno njenu opredeljenost da sopstvenim sistemom bezbednosti izgrađenom na nacionalnim potencijalima u saradnji sa drugim sistemima i međunarodnim bezbednosnim organizacijama ostvari i očuva nacionalnu bezbednost države shvacenu u najširem smislu tog pojma.

Pogrešno bi bilo, međutim, zaključiti da se radi o izolovanom sistemu. Sistem bezbednosti je deo društva, dakle društveni podsistem koji je odraz društva (kada ga posmatramo iznutra) sa jakim vezama i uticajima koje trpi i daje prema svom okruženju kao i međunarodnom sistemu bezbednosti čiji je deo. Sistem bezbednosti teško može da egzistira bez saradnje sa drugim sistemima i međunarodnim organizacijama čak i u situaciji kada su im interesi trenutno suprotstavljeni.

5. Savremeni bezbednosni problemi i pretnje R Srbiji

Bezbednost kao atribut i funkcija sistema bezbednosti države je stalna delatnost i još nije dostigla potreban nivo ujednačenog razvoja u svim zemljama i svim bezbednosnim sistemima. Naravno, postoje sistemi koji su u primeni naučnih principa i prakse bezbednosti otišle mnogo dalje dok postoje i oni koje to rade na osnovu prakse koju su nasledili iz prošlih vremena. Pošto se radi o potpuno novoj globalnoj bezbednosnoj situaciji, a u okolnostima brzih promena i stalnog razmišljanja kako ostvariti optimalan nivo pojedinačne, zajedničke i međunarodne bezbednosti jasno je da se radi o specifičnim potrebama, načinima i sredstvima zaštite sa kojima se države danas sreću. Time dolazimo do novog načina upravljanja državama pri čemu sektor bezbednosti ima posebno mesto. Promene u organizacionim, sistemskim, pravnim i obrazovnim aktivnostima bezbednosti dovode u situaciju intezivnih i stalnih promena.

U tom smislu novi (izraženiji) problemi bezbednosti države u obavljanju delatnosti mogu se svesti na :

1. *Nove okolnosti* u kojim se zaštita bezbednosti odvija (novi su geopolitički procesi i uslovi, novi su politički odnosi na međunarodnom i regionalnom planu, novi su uslovi i potrebe povezivanja bezbednosnih subjekata, novi su standardi bezbednosti, nove su potrebe za bezbednošću i sl.

2. *Nova odgovornost* koja podrazumeva njenu individualnost i nemogućnost sakrivanja iza drugih državnih subjekata. Odgovornost za organizaciju, za ciljeve, za sredstva, za ljude, za očuvanje sopstvenih interesa ali i

interesa drugih, odgovornost prema državi, društvu i međunarodnoj zajednici. Tu treba dodati još i etičku i socijalnu odgovornost kao novi vid kulture odnosa kako unutar tako i van bezbednosnih organizacija.

3. Internacionalizacija i globalizacija odnosa, uslova, potreba komunikacije, propisa, ideja. Sve navedeno govori da bezbednost nije sama za sebe, niti je sebi cilj, već se mora posmatrati mnogo šire. Danas Istok mora gledati šta radi Zapad i obrnuto. Ideje, procesi i tendencije na zapadu, danas su isto to na istoku već sutra i obrnuto. Potrebe i zahtevi prema bezbednosti kreću se brzinom kojom to omogućavaju savremena sredstva komunikacije - dakle trenutno. Bilo kakvo zakašnjenje ili propust se kasnije multiplicira i može državu dovesti do naglog i značajnog ugrožavanja.

4. Stalna reorganizacija je problem koji sistemima bezbednosti ne dozvoljava nikakvo opuštanje. Promena broja organizacionih jedinica, njihova disperzija u daleke regione sa drugačijim pravnim i ekonomskim uslovima, ljudskim resursima, drugačijim sistemom obrazovanja i shvatanja bezbednosti, zahteva od sistema međunarodne bezbednosti da stalno menja svoju organizacionu strukturu, metode i sredstva rada, da povećava fluktaciju ljudi u sistemu kako bi se zadovoljile nove, bitno narasle, potrebe. Ako tome dodamo i činjenicu koju smo naveli ranije a to je da se pojavljuju i novi intezivniji oblici ugrožavanja, onda ovaj problem postaje još teži i zahteva povećan napor za njegovo rešavanje.

5. Novi standardi. Bezbednost je možda poslednja od oblasti u koju se uvode međunarodni standardi. Razlog leži u činjenici da se bezbednost uvek smatraла ekskluzivnom brigom uskog kruga ljudi i država po principu „samo za sebe“ što je otežalo bitniji prodror u ovoj oblasti. Danas postoji potreba da isti bezbednosni uslovi i standardi važe kako na Istoku tako i na Zapadu i to je činjenica koja će ubrzati rad na uvođenju međunarodnih standarda u ovoj oblasti.

Tačna je konstatacija da su ljudi uopšte, države i međunarodna zajednica danas ugrozeniji nego ranije zbog dubokih promena tokom poslednjih nekoliko godina što se naročito odnosi na države u tranziciji i na tzv. države „mlade demokratije“, a na koje su uticale nove okolnosti u kojima se odvijaju bezbednosni događaji. Ovoj činjenici treba dodati i porast broja organizacija, grupa i pojedinaca koji imaju interes da ugroze opstanak, rast i razvoj nekih država i vlada bilo da su to ekonomski, politički, ideološki ili verski protivnici kao i metoda i sredstava ugrožavanja što sveukupno čini zadatak službi zaduženih za bezbednost sve težim. Osećaj mogućnosti ugrožavanja u svim društвима postaje sve jači iako smo svesni činjenice da nikada nije bilo više snaga bezbednosti, nikada

nije bilo toliko i takvih sredstava u funkciji zaštite bezbednosti i nikada se nije brinulo o tome kao danas.

Tradicionalno shvatanje da su samo vojska i policija odgovorni za bezbednost uveliko se napušta što otvara polje jednoj novoj filozofiji bezbednosti. Policija danas sve više dobija ulogu subjekta koji selektivno deluje, usredsređujući se na određene („najopasnije“) oblike ugrožavanja, dok je društvu i drugim subjektima (privatna bezbednost) ostavljeno da se staraju o onim, drugim, „manje opasnim“ ugrožavanjima. Naravno, nije reč o zasebnim, razdvojenim i nepovezanim elementima i njihovim jednokratnim akcijama, već naprotiv – o sistemu koji kroz kontinuirani proces realizuje funkciju bezbednosti. Time se stvara jedna nova bezbednost koju nazivamo integralna bezbednost u kojoj učestvuju svi subjekti jednog društva.

Međutim, neretko se dešava da podcenjivanje nosilaca ugrožavanja, predrasude, prepotentnost, iluzije o stručnosti, zanemarivanje mogućnosti ugrožavanja upravo dovode do ugrožavanja bezbednosti država. Iskustvo koje se stvara posle dugogodišnjeg rada najčešće dovodi do rutinskog, šablonskog obavljanja poslova pri čemu se zaboravlja da nema dve apsolutno iste ugrožavajuće pojave. Bezbednosna kultura nas uči da se u svakoj situaciji pristupa krajnje oprezno, uz oslanjanje na sopstveno ali i tuđe iskustvo, uz maksimalno uvažavanje principa teorije bezbednosnih nauka.

Svaki pokušaj da se napravi konačan spisak izazova i pretnji bezbednosti savremenih država pa i R Srbije završavao se neuspehom ili sa većom ili manjom manjkavostima. Kao problem uvek su se pojavljivali kriterijumi klasifikacije koji zahtevaju određeni čvrst metodološki pristup. Ti kriterijumi se ne mogu uvek primeniti zbog nestalnosti bezbednosnih pretnji i izazova, odnosno njihovog više značaja pa njihovo svrstavanje zavisi od autora do autora odnosno pristupa teoriji bezbednosti. Osnovni metodološki problem nauke bezbednosti u klasifikaciji izvora i pretnji ovde ima puni značaj. Naime, činjenica da u bezbednosti ne postoji apsolutna ponovljivost bezbednosnih događaja stvara nepremostivu prepreku konačnom rešenju problema klasifikacije izazova i pretnji bezbednosti. Zato se često dešava da tri različita autora u jednoj studiji na osnovu sličnih kriterijuma svrstavaju različite pretnje bezbednosti.

Strategija mora da odgovori na dva osnovna pitanja: 1) od koga i od čega treba da se štitimo i 2) na koji način i kojim sredstvima ćemo to učiniti.

R Srbija se suočava sa mnoštvom složenih i isprepletanih izazova i pretnji bezbednosti koji ostvaruju uticaj na nas ali i na globalnu (međunarodnu) bezbednost. Osim onih izazova i opretnji koji dolaze spolja kao

transnacionalne pretnje (međunarodni terorizam, transnacionalni organizovani kriminalitet, korupcija međunarodnih razmara i drugo, R Srbija se suočava i sa problemima sopstvene bezbednosti koji druge dotiču samo posredno (Hag, Kosovo i Metohoja, Kopnena zona bezbednosti, ekonomski problemi tranzicije, posleratne posledice, siromaštvo, izbeglištvo, tranzicija društva (politička-ekonomska i slično).⁷

6. Karakteristike strategije nacionalne bezbednosti

Mitar Kovač strategiju nacionalne bezbednosti definiše kao „skup iskaza u formi opredeljenja, pravila, principa i normi, koje se koriste u domenu dugoročnih upravljačkih akcija u sistemu bezbednosti države“. Dalje, isti autor navodi da sintagma strategija nacionalne bezbednosti ne određuje njen karakter nego implicitno, ukazuje na cilj tog najvišeg i najopštijeg dokumenta u oblasti bezbednosti i zaštite najviših nacionalnih vrednosti. Strategija nacionalne bezbednosti, često se izjednačava sa pojmom strategija države⁸. U tom duhu kao osnovne karakteristike svih pa i naše strategije nacionalne bezbednosti navodimo:

1. Strategija nacionalne bezbednosti je opštiji dokument višeg nivoa u odnosu na druge državne strategije (vojnu, ekonomsku, spoljno-političku);
2. Izrađena je na jedinstvenoj istorijsko-političkoj i nacionalnoj osnovi na osnovu koje nastaju kompatibilni i supplementarni profesionalni i privatni subjekti čije funkcionisanje na osnovu jedinstvenog cilja treba da obezbedi efikasnu i efektivnu zaštićenost vitalnih vrednosti društva i države;
3. Njome se definišu državni i nacionalni ciljevi, preciziraju bezbednosni interesi, snage, metode i aktivnosti na ostvarivanju tih interesa i ciljeva;
4. Ona je osnov državne politike, programski okvir za delovanje svih državnih organa vlasti u ostvarivanju funkcije bezbednosti i uputstvo za delovanje svih ostalih institucija, organa i pojedinaca u zaštiti bezbednosti;
5. Zasnovana je na nauci, ugrađena u teoriju, a treba da oblikuje praksu sistema bezbednosti u najširem značenju tog pojma;

⁷ Videti šire: Bajagić M.: Reforma obaveštajno-bezbednosnog sistema R Srbije u uslovima novih izazova i pretnji; Srbija-bezbednosni i institucionalni izazovi, Zbornik rada, Institut za političke studije, Beograd, 2009

⁸ Videti šire: Kovač M.: Osnovne teorijske postavke strategije nacionalne bezbednosti i njene refleksije na sistem odbrane; Srbija-bezbednosni i institucionalni izazovi, Zbornik rada, Institut za političke studije, Beograd, 2009

6. Ona je i poruka međunarodnoj i domaćoj javnosti nastala kao izraz uvažavanja opšteprihvaćenih standarda bezbednosnog organizovanja i delovanja u zaštiti vitalnih vrednosti našeg društva;
7. Ona uspostavlja veze između svih subjekata na jedinstvenom, ciljnom, efikasnom i efektivnom delovanju u zaštitit bezbednosti društva;
8. Ona daje odgovore na mnoga suštinska pitanja opstanka, rasta i razvoja bića društva kojima se ojačava nacionalna bezbednost;
9. Ona je osnov demokratske reforme sistema bezbednosti i njegovog inkorporiranja u međunarodni bezbednosni sistem;
10. Ona proizvodi pozitivan uticaj na međunarodni položaj i bezbednost zemlje na način da je dimenzionirana tako da je u skladu sa međunarodnim standardima i vrednostima i da je ostvariva u praksi delovanjem samostalno ili u zajedništu sa drugima;
11. Ona ujedno daje osnov i obavezu reagovanja na izazove i pretnje u skladu sa međunarodnim pravom;
12. Ona je osnov i granica upravljanja i upotrebe sistema bezbednosti;
13. Ona je faktor odvraćanja za mnoge izazove i pretnje;
14. Ona je osnov širenja bezbednosne funkcije na čitavo drštvo i
15. Ona ne sme biti dogma ali se i ne menja i tumači iz časa u čas prema trenutnim dnevno političkim interesima.

7. Zaključak

Savremeni bezbednosni izazovi, rizici i pretnje po države, naročito one u tranziciji, posledica su nastalih društvenih, geopolitičkih, geostrategijskih, vojnih, političkih i ekonomskih promena u poslednjih petnaest godina kako na mikro tako i na makro planu. Iako očekivane, te promene su zatekle nespremne skoro sve sisteme bezbednosti pa i one najmoćnije. Glomazni, neefikasni i organizovani po principima da ugrožavanje dolazi od drugih država, nisu u stanju da odgovore opasnostima koje sada dolaze od nedržavnih subjekata u vidu terorističkih mreža i organizovanih kriminalnih transnacionalnih grupa koje ne moraju da brinu o poštovanju suvereniteta drugih država, međunarodnim pravnim normama poštovanja ljudskih prava niti o birokratskim procedurama u saradnji i razmeni informacija. Ako tome dodamo i novi kvalitet u smislu nove i prilagođene strukture kriminalnih organizacija i subjekata u tehničko-tehnološkom i organizacionom smislu onda ne čudi prednost koju su stekle u odnosu na stare sisteme bezbednosti. Kao takve, nosioci su sve brojnijih i destruktivnijih oblika ugrožavanja sa višestrukom opasnijim posledicama po bezbednost država. Šta vi-

še, izgleda da se približavamo ugrožavajućim scenarijima sa kataklizmičnim prognozama. Destruktivnost koja se nekada nije mogla ni zamisliti danas sve više postaje predmet rasprave među ekspertima. Sistemi bezbednosti svojom organizacijom, efikasnošću i efektivnošću uz primenu sofistiranih sredstava i mera nove generacije tek treba da daju odgovor na nove izazove rizike i pretnje.

Novo shvatanja bezbednosti koje se javlja kao element integralnog sistema bezbednosti ima svoje posebno mesto i značaj. Važan faktor u ostvarivanju bezbednosti po novom obrascu predstavlja strategija nacionalne bezbednosti. Shvaćena kao faktor prevencije i proaktivnog delovanja nazaobilazna je u ostvarivanju bezbednosti. Jasno je i laicima da društva i države sa pravilno odmerenom i na nauci zasnovanoj strategiji nacionalne bezbednosti ostvaruju veći stepen zaštićenosti sopstvene bezbednosti čime, svakako, potpomažu i bolje stanje međunarodne ili globalne bezbednosti. Najveća uloga i značaj strategije nacionalne bezbednosti ogleda se u redefinisanju izazova, rizika i pretnji, definisanju državnih ciljeva u oblasti bezbednosti, izgradnji savremenog sistema bezbednosti, povećanju njegove efikasnosti i efektivnosti i povećanju stepena njegove kontrole. Osim navedenog strategija nacionalne bezbednosti omogućava odvraćanje, sprečavanje ili predupeđenje mnogih izazova, rizika i pretnji. Polazeći od navedenog sva društva i države imaju obavezu da povremeno redefinišu strategiju nacionalne bezbednosti čime ne samo da će ostvariti bolju bezbednost već će ostvariti i značajne društvene i ekonomski efekti. Naime, poznato je da je mnogo isplativije sprečiti da neko ugrožavanje nastane nego otklanjati posledice.

8. Literatura

1. Bošković, Milo: *Kriminološki leksikon*, Matica srpska, Novi Sad, 1999.
2. Bajagić M.: Reforma obaveštajno-bezbednosnog sistema R Srbiye u uslovima novih izazova i pretnji; Srbija-bezbednosni i institucionalni izazovi, Zbornik radova, Institut za političke studije, Beograd, 2009
3. Kovač M.: Osnovne teorijske postavke strategije nacionalne bezbednosti i njene refleksije na sistem odbrane; Srbija-bezbednosni i institucionalni izazovi, Zbornik radova, Institut za političke studije, Beograd, 2009
4. Milašinović, P.; Milašinović, S.: *Uvod u teorije konflikata*, Fakultet civilne odbrane, Beograd, 2005.
5. Savić, A.: *Od tradicionalnog ka postmodernom terorizmu*, Bezbednost, br. 5, Ministarstvo unutrašnjih poslova Republike Srbije, Beograd, 2004.
6. Stajić, LJ.; Mijalković, S.: *Bezbednosni aspekti transnacionalnog organizovanog kriminala*, Zbornik radova 2003, Fakultet civilne odbrane, Beograd, 2004.

7. Стјић, Љ.; Мијалковић, С.; Станаrevић, С.: *Безбедносна културе*, Драганић, Београд, 2004.
8. Стјић, Љ.; Мијалковић, С.; Станаrevић, С.: *Безбедносна култура-младих-како безбедно живејти*, Драганић, Београд, 2006.
9. Стјић, Љ.: *Основиси стема безбедносни са основама истраживања безбедносних појава*, Правни факултет Нови Сад, 2008.
10. Стјић, Љ и Гађиновић Р. *Увод у студије безбедносни*, Драслар Партнер, Београд 2007.

*Ljubomir Stajić, Ph.D., Full Professor
Novi Sad School of Law*

National Security Strategies In The Function Of The Security Of The Republic Of Serbia

Abstract

Modern security challenges, risks and threats are a consequence of social, geopolitical, geo-strategic, military, political and economical changes that have become evident during last fifteen years on both micro and macro levels. Although they had been expected, such changes caught in surprise almost all the states and their systems of security. Having been inefficient, unwieldy and organized by principles that implied that imperilment comes from other states, they are not capable of giving response to the imperilments coming from non-state subjects in way of terrorist networks and organized criminal trans-national groups who don't have to care about the respect of sovereignty of other states, international legal norms of the respect of human rights, nor about bureaucratic procedures within cooperation and exchange of security information. Security systems, with their organization, efficiency and effectiveness, through implementation of sophisticated tools and measures of new generations are yet to give appropriate answer to new challenges, risks and threats.

Key words: security, national security strategies, systems of security, security problems

*Dr Ištvan Feješ, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

CONSTITUTIO CRIMINALIS THERESIANA¹ – SISTEM KAZNI –

Sažetak: O Kaznenom sudsdom redu Marije Terezije se veoma malo zna, iako je značajan pravni spomenik. Kodifikacija je obimna. U ovom radu će biti reči samo relativno malom, ali veoma važnom delu kodifikacije: o pojmu i podeli krivičnih dela i sistemu kazni.

Ključne reči: Theresiana, krivično delo, sistem kazni

I UVOD

1. Naziv kodifikacije

Kodeks Marije Terezije se različito naziva u našoj literaturi. Pun naziv je: „CONSTITUTIO CRIMINALIS THERESIANA oder der Römisch-Kaiserl.zu Hungarn und Böheim u.u.Königl Apost. Majestaet Mariae Theresiae Erzherzogin zu Oesterreich,u.u. peinliche Gerichtsordnung“. Autori koji ga pominju imaju različit pristup. Neki prevode naslov na razne načine: „Opći krivični sudska red carice Marije Terezije“², „Krivični zakonik Marije Terezije“³ ili ga i ne prevode već kori-

¹ Prikazan je na osnovu izdanja: CONSTITUTIO CRIMINALIS THERESIANA oder der Römisch-Kaiserl.zu Hungarn und Böheim u.u.Königl Apost. Majestaet Mariae Theresiae Erzherzogin zu Oesterreich , u.u. peinliche Gerichtsordnung . Izd. Johan Thomas Edlen von Trattern, Wien, 1769. U daljem tekstu citiraćemo kao CCT, rimski broj označava glavu a arapski broj, paragraf,

² Ogorelica, Nikola, Kazneno procesualno pravo,Zagreb,1899,str.55.

³ Srzentić-Stajić-Lazarević, Krivično pravo, Beograd, 1978,str.38.

ste latinski naziv ili izraz „Terezijana“⁴, ili „zakon Marije Terezije“⁵. Adekvatan prevod nemačkog naziva je „Kazneni sudski red Marije Terezije“⁶. Preciziranje naziva je važno, jer se iz naslova vidi da se ne radi samo o krivičnom zakoniku niti o zakoniku o krivičnom postupku već da je obuhvaćena celokupna krivična materija. Uključena su, doduše na rudimentarnom nivou, i brojna pravila koja imaju kriminalistički i sudsko-psihološki karakter. Ovakav pristup nije rezultat svesnog opredeljenja zakonodavca, već posledica neizdiferenciranosti ovih oblasti u pravnoj nauci i legislativi tog vremena.

U ovom radu osvrnućemo se samo na jedan manji, ali vrlo važan segment CCT: na pojam i podelu krivičnih dela i sistem kazni.

2. Donošenje CCT

2.1. Krivičnopravna misao u vreme donošenja CCT

Tokom XVII i XVIII veka ideje naprednih mislilaca, filozofa i pravnika, odražavaju nova društveno-ekonomска kretanja, jačanje buržoaske klase i tržišne ekonomije. Francuskoj buržoaskoj revoluciji je prethodila filozofska revolucija koje je interes narastajućeg građanskog staleža predstavljala kao opšti interes. Svi, osim privilegovanih feudalnih struktura. Time je uspela obezbediti sveopštu podršku javnosti u borbi protiv feudalizma. Osnovna ideja i nastojanje tih mislilaca je uspostavljanje razumnih ljudskih odnosa u društvu u celini, naročito u pravosuđu, da se na tim osnovama, na nov način konstituišu odnosi između države i pojedinca, tako da čovek sa svojim prirodnim pravima bude u centru svega. Zalagali su se da se obezbedi čvrst pravni status svakog građanina. U tom kontekstu su i poznati zahtevi za slobodom i jednakosću. Te postavke neminovno dovode do odbacivanja srednjevekovnog mračnjaštva, crkvenih dogmi, misticizma i uspostavljanje vere u čoveka i njegove vrednosti. Ova nastojanja obeležavaju taj istorijski period nazvan „doba prosvetiteljstva“.

Iz ove filozofske orijentacije logično sledi zahtev da se temeljno revidira celokupno krivično pravo i pravosuđe. Osnovne karakteristike srednjevekovnog krivičnog prava arbiternost, okrutnost, mračnjaštvo, religiozni misticizam, nejednakost, zasnovanost na ideji terora i zastrašivanja su bile u dijametralnoj suprotnosti sa idejom prosvetiteljske filozofije. Fe-

⁴ Tako Marković, Božidar, *Udžbenik krivičnog sudskog postupka*, Beograd, 1930, str. 20. i 694.

⁵ Dolenc, Metod, *Teorija sudskog krivičnog postupka za Kraljevinu Jugoslaviju*, Beograd, 1933, str. 8.

⁶ Isto Bajer, Vladimir, *Kazneno postupovno pravo*, Zagreb, 1943, str. 125.

udalno krivično pravo i pravosuđe se nikako nisu mogli uklopiti u društvo zasnovano na novim idejama. Zato, kroz čitav period prosvetiteljstva napredni mislioci sa svojom racionalističkom filozofijom oštro kritikuju tačnije stanje i traže radikalnu reformu krivičnog prava i pravosuđa. Traže da se iz njih odstrani religiozni misticizam i da se počnu smatrati ljudskom, društvenom institucijom, instrumentom države stvorenom na bazi društvenog ugovora. Odbacuju arbiternost, surove kazne, odmazdu i zastrašivanje . Umesto toga krivično pravo treba da ima razumne i korisne ciljeve: popravljanje učinjoca i obezbeđenje pravnog poretku .

Misli i težnje svog vremena u odnosu na krivično pravo i pravosuđe jasno i sistematski je izložio 1764. g. Cezare Beccaria u svom poznatom delu „*Dei delitti et della pene*“.

Nove ideje, zahtevi bili su u skladu sa zahtevima i potrebama tačnjeg vremena tako, da su „*te ideje stvarno bile objektivna snaga prikladna da savlada i ruši zaostalost, predrasude i druge mane krivičnog prava i pravosuđa*“⁷. Osnovni smisao svih novih ideja o krivičnom pravu jeste zatev, da se odbaci sve što je bilo karakteristično za srednjekovno krivično pravosuđe i da se krivično pravo laicizira i liberalizuje. „*U tom smislu osnovni zahtjevi u krivičnom pravu tog vremena bili su sledeći: zakonitost, vezanost suca za zakon, poštovanje sloboda građana i zaštita od samovolje suda,jednakost svih pred zakonom;otklanjanje vjerskog uticaja,potiskivanje i ograničavanje krivičnih djela vjerske prirode,afirmacija shvatanja da krivično djelo nije grijeh već čin usmjeren protiv javnog poretku; u pogledu kazne napuštanje teoloških shvatanja o cilju kazne i isticanje kao primarnih društvenih ciljeva, u smislu nužnosti i korisnosti kazne,usmjeravanje krivičnog prava i kazne prema preventivnim ciljevima(istina više u teoriji negoli u praksi ,gde još uvek dominiraju odmazda i zastaršivanje);otuda i ublažavanje kazni i ograničenje smrtrne kazne te jačanje kazni lišenja slobode,uz ukidanje tjelesnih kazni;zahtjev za razmernošću djela i kazne*“⁸.

Ovo su bili glavni idejni tokovi krivičnog prava u vreme vladavine Marije Terezije i donošenja CCT.

2.2. Neke tendencije u Austriji koje su uticale na donošenje CCT

Početkom 18. veka u Habsburškoj Monarhiji, naročito u prvim decenijama vladavine Marije Terezije, sve snažnije se javlja tendencija centralizaci-

⁷ Bačić,Franjo, Krivično pravo,Zagreb,1980,str.50.

⁸ Bačić, Franjo cit.delo, str.51.

je, težnja za izgradnjom apsolutističke vladavine radi očuvanja feudalnog porekta i zadovoljenja sve većih materijalnih potreba države, u prvom redu finansiranje stajaće vojske i birokratskog aparata, kao dva najvažnija oslonca vladara. Feudalni partikularizam je predstavljao ozbiljan ograničavajući faktor ovim tendencijama. Granice koje su nametale institucije starog srednjevekovnog staleškog porekta bile su nepremostiva prepreka za realizaciju centralizovane apsolutističke vlasti. Zato je bilo neophodno da apsolutistička država stvori novo pravo („apsolutističko pravo“⁹) koje će važiti na teritoriji cele države i biće pravni okvir za novu državnu upravu podređenu isključivo volji apsolutističkog vladara.

Sve je veća bila i ekonomска potreba za stvaranjem jedinstvenog tržista i ukidanje pravnog partiluarizma unutar države zbog prelaska sa naturalne na robno-novčano privređivanje.

Sa druge strane, pravosudnom sistemu su upućivane teške kritike zbog sporosti i skupoće (koja je dobrom delom poticala od pravnog partikularizma) i u krajnjoj liniji, neodrživosti starog sistema. U doba prosvetitelstva i u Habsburškoj Monarhiji se sve više šire ideje prosvetiteljstva sa ostrom kritikom svih feudalnih pravnih instituta naročito krivičnog prava i postupka

Stari sistem je dakle bio izložen pritiscima raznih boja i intenziteta. Oni su imali samo jednu zajedničku crtlu: zahtev za reformom krivično – sudskog sistema. Ovi faktori u sklopu sa sveukupnim društvenim odnosima konačno su i doveli do donošenja CCT.

2 .3. Pravni pratikularizam

U vreme započinjanja kodifikatorskog rada u austrijskom delu imperije vladalo je veliko šarenilo krivičnopravnih propisa. Oni se donose krajem XV i XVI veka i stajali su pod uticajem Caroline¹⁰ i Benedikta Karpzova.¹¹ U Tirolu je važio Landgerichtsordnung iz 1499; u Štajerskoj, Krivični sudski red Karla II iz 1577.g.; u Donjoj Austriji, Zemaljski kazneni sudski red Feridanda III (ili Praxis Criminalis, zvan još i Ferdinandea) iz 1656.g.; u Gornjoj Austriji, zakonik Leopolda I (ili Leopoldina)iz 1675.g.; u Češkoj i Moravskoj, Krivični sudski red Josipa I (ili Josephina) od 1707.g. U nekim pokrajinama važili su stari satuti i kodifikovano

⁹ U tom smislu Roxin,Claus, *Strafverfahrensrecht*, München, 1989. str. 10

¹⁰ *Constitutio Criminalis Carolina*, 1532. g..

¹¹ Njegovo čuveno delo *Practica nova Imperialis Saxonica rerum Criminalium*,iz 1635.g. „stječe ugled zakonika i ostaje takovo kroz cijeli vijek” (Ogorelica,cit.delo,str.28.)

običajno pravo, a ponegde se primenjivalo još i rimsко pravo. Ovakav pravni partikularizam je bio nespojiv sa tendencijama centralizacije države. Ometala je i ograničavala absolutnu vlast vladara i se nije se mogao trajno održati.U Patentu o proglašavanju carica Marija Terezija kao glavni razlog donošenja CCT i sama ističe potrebu da se ujednači krivično postupanje i ukazuje na teškoće kontrole rada nižih sudova (a time i sprovođenja njene volje): „*tako velika raznolikost....dovodi nas i naš dvor u situaciju da po svakoj žalbi upućenu na dvor pri odlučivanju imamo u vidu drugačije pravo u zavisnosti odakle je upućeno*“¹². Nasuprot tome „*ne može biti ništa prirodnije,jeftinije i redovnije i pogodnije za krivično pravosuđe, nego da u pobratimljenim naslednim zemljama pod istim vladarem, bude uvedeno isto pravo*“¹³

2.4. Osnivanje i rad kodifikacione komisije

Na dvoru je 1749.g osnovano posebno telo Oberste Justizstelle (OJ) čiji je glavni zadatak bio upravljanje i nadgledanje rada sudova.U partikularnom sistemu teško je vršio svoju funkciju. Na jednoj sednici 1752. g. predsednik OJ je informisao članove da je Carica nezadovoljna blagom kaznenom politikom i uopšte radom pravosuđa. Osnovana je posebna komisija, čiji je sastav i Carica odobrila, za izradu predloga za prevazilaženje situacije. Članovi komisije su svi bili sudije i savetnici OJ ,konzervativno usmereni, što je imalo značajne posledice na kodifikaciju kada je ova komisija prerasla u kodifikatorsku komisiju.Na osnovu izveštaja ove komisije, u kome je predloženo donošenje jedinstvene krivičnopravne kodifikacije, Carica je odredila i buduće zadatke. Komisije je trebala da sačini kompilaciju 3 najznačajnija važeća zakonika Josephine, Leopoldine i Ferdinadee „...da otkloni nedostatke i odabere najprirodnija i najjeftinija“¹⁴ rešenja. Komisija je upućena da otklanjanjem protivrečnosti njihovih odredaba i popunjavanjem praznina sačini nov zakonik. Osnov rada je trebala biti zapravo Josephina ali je trebalo uzeti u obzir i druge važeće pravne akte (u prvom redu već omenute Leopoldinu i Ferdinadeu).

¹² Patent o proglašenju , str.3 .U daljem tekstu se ukazuje na neophodnost donošenja jedinstvenog kodeksa i zbog toga „da bi sudije i drugi činovnici mogli biti premeštani prema potrebama centralne vlasti iz jedne pokrajine u drugu jer ne bi morali sa „ velikim naporom” naučiti pravo, koje važi u novom mestu službovanja.Tako bi birokratski aparat mogao biti popunjavan prema potrebama i kadrovima iz drugih pokrajina. To je bilo u funkciji jačanja centralne vlasti.Ne radi se dakle o „majčinskoj brizi “ o sudijama njihovoj zaštiti od „velikih napora” već o jačanju apsolutističke vlasti Marije Terezije.

¹³ Patent o proglašenju, str.4.

¹⁴ Patent o proglašenju, str.4.

Komisija je mehanički prišla radu shodno instrukcijama. Nije kritički pristupila kodeksima koji su služili kao osnov rada. Zbog toga su ostala brojna rešenja koje je vreme već pregazilo. Rad je bio otežen i činjenicom da ovi zakonici i drugi propisi koje je trebalo uskladiti, „*imaju očigledne nedostatke u pogledu delova glavne materije koja je neophodna za svaršeno funkcionisanje jednog krivičnog pravosuđa*“¹⁵. Nijedan nije sadržavao npr. opšte principe ni materijalnog ni procesnog prava. Zbog toga je pored kompilatroskog rada bilo neophodno i stvaranje savim novih normi.

Rad je sporo odvijao, a između 1756. i 1759.g. aktivnosti su potpuno i prestale. Sa radom je nastavljeno po izričitom nalogu same Carice. Komisija je pojačana novim članovima ali posao je i dalje tekao sporim tempom. Prvi deo Nacrta CCT je napokon završen 1766. g. a drugi 1767.g.

Carica je 31.12.1768.g. potpisala Patent o proglašavanju CCT, koji je na brzinu odštampan i razaslat, a primena je počela nakon godinu dana.

3. Struktura CCT

Kodeks se sastoji od približno 2 jednakata dela.

Prvi deo ima 54 glave i 609 pragrafa i ima takođe dva dela:

- U prvom delu, u prvih 17 glava (155 paragrafa), propisuje se ,pojam krivičnog dela, cilj kazne,sistem kazni i sl. Drugim rečima, sadrži materiju opštег dela krivičnog prava.
- Drugi deo,daljih 37 glava (554 paragrafa), sadrži opšta pravila postupka.Neka posebna pravila postupanja bila su predviđena još i uz svako propisano krivično delo.

Drugi deo CCT ima 50 glava i 381 paragrafa i tu su propisana bića pojedinih krivičnih dela. Uz svako propisano kriv delo se do detalja navode i posebna pravila postupanja: okolnosti koje su neophodne za započinjanje istrage,koji su indicije neophodne za hapšenje koji su uslovi određivanje torture ,itd.Uz svaki član se daju i obavezna uputstva u kojima se ogledaju dotadašnja kriminalistička iskustva: koja pitanja treba postaviti prilikom ispitivanja,koje činjenice utvrditi,na koji način itd. Zbog toga je tekst pojedinih članova veoma opširan¹⁶.

¹⁵ Patent o proglašavanju, str. 3. Od njih je najpoznatiji prilog o mučenja okrivljenog sa detaljnim uputstvima sa crtežima(npr.tabla 26. o mučenju paljenjem grudi rastezanog okrivljenika

¹⁶ Tako o krađi se raspravlja na 4,5 strana A4 formata,CCT XCIV,str.256-261

Kodeks je uzevši u celini vrlo obiman, opširan i verovatno bio težak za praktičnu primenu: Ima ukupno 104 glava i 1090 članova.¹⁷ Međutim, i pored opširnosti tekst je na mnogim mestima nejasan, nedorečen.¹⁸

Ova obimnost je razumljiva, imajući u vidu nizak obrazovni nivo nižeg sudskega kadra. Naime, na nižim nivoima državne strukture sudska i upravna funkcija još nisu bile razdvojene, tako, da su sudske funkcije na nižim nivoima (od pokrajinskog ili zemaljskog suda naniže) vršili pravno neobrazovani službenici, kojima su realno gledano i bila potrebna objašnjenja uneta u zakonske tekstove.

U brojnim članovima su navedeni i primeri za lakše razumevanje propisa (npr. u CCT III/1; IV/10 itd.). Neki propisi su formulisani u formi pitanja i odgovora (npr. CCT IV/ 9-10). Lakšem snalaženju u obimnom tekstu trebao je doprineti sadržaj na početku glave i kratak siže na latinskom jeziku na margini pored svakog člana teksta. Ove tehnike su sasvim neobičajene za današnje zakonodavstvo. Zbog ove naglašene didaktičke crte Kodeksu je pridodata još preko 50 priloga koji su sadržavala detaljna uputstva sa crtežima od načina vođenja zapisnika pa sve do izvršenja smrтne kazne.¹⁹

II POJAM I PODELA KRIVIČNIH DELA

1. Pojam krivičnog dela

Zakonski tekst počinje određivanjem pojma krivičnog dela:

„*Krivično delo je ako neko svesno i slobodnom voljom preduzme zakonom zabranjenu radnju ili propusti zakonom naloženu radnju*“.²⁰ U ovom prvom delu zakonskog određivanja opštег pojma krivičnog dela ono je da-kle definisano objektivno- subjektivno, ali zatim odmah sledi i objašnjenje: „*Prema tome krivično delo nije ništa drugo do protivzakonita radnja ili propuštanje koje je sledstveno tome učinjeno radnjom izvršenja ili propuštanjem*“.²⁰ Odredba nije jasna. U prvom delu definicije su prisutni i objek-tivni i subjektivni element a u „objašnjenju“ je naveden samo *objektivni*

¹⁷ Zakonski tekst bez priloga ima 277 strana A4 formata

¹⁸ Ogorelica kaže „odlikuje se sobitom opširnošću“, cit.delo ,str.55.

¹⁹ Od njih je najpoznatiji prilog o mučenja okrivljenog sa detaljnim uputstvima sa crtežima (npr.tabla 26. o mučenju paljenjem grudi rastezanog okrivljenika).

²⁰ «Ein Verbrechen ist, wenn von Jemanden wissentlich und freiwillig entweder ,was durch die Gesetze, unternommen, oder was durch die Gesetze geboten ist, unterlassen wird. Es ist demnach ein verbrechen nichts anderes, als ein gesetzwidriges Thun, oder Lasse, so folksam durch Tathandlung, oder Unterlassung begangen wird. »(Gl.1.par.1)

element opšteg pojma – *protivzakonitost radnje*, bez subjektivnih elemenata. Imajući u vidu neke druge odredbe CCT (mogućnost izvršenja kazne na lešu, životinji i sl.) izgleda da je pojam krivičnog dela prema potrebi, u slučaju naročito teših krivičnih dela, shvatan i čisto objektivno, što je inače u sa-glasnosti sa srednjovekovnom tradicijom.

Na prvi pogled se čini, da je ovom definicijom zakonodavac prihvatio moderan princip nullum crimen sine lege, ali nije tako. Glava CIV izričito dozvoljava kažnjavanje primenom **analogije** i učinilaca takvih dela koja CCT ne propisuje kao krivično delo ali koje ugrožavaju „*društveni poređak i javni red*²¹“ „jer su u Zakoniku navedena samo najčešća krivična dela“. Zbog toga u krajnjoj liniji i nije bilo važna precizno definisanje pojma krivičnog dela.

Nejasno definisanje opšteg pojma krivičnog dela u sprezi sa izuzetno širokim ovlašćenjima sudije pružao je široke mogućnosti za zloupotrebe i samovolju suda u sprovođenju volje apsolutističkog suverena.

2. Podela krivičnih dela

CCT u pogledu podele krivičnih dela sledi u suštini rimsku tradiciju i razlikuje

- *javna* krivična dela, (crimen) ako je radnja uprena protiv javnog interesa,
- *privatna* krivična dela (delictum),ako je delo upreno protiv privatnog interesa, ali uvodi i treću kategoriju
- *mešovita* krivična dela ,koja vredaju i javni i privatni interes.(CCT I/2-5).

Samo se javna i mešovita krivičn dela sude u krivičnom postupku i izriču javne kazne (CCT I/1.).

Krivične dela se dele i prema težini na

- *vrlo teška* – koje povlače kvalifikovanu smrtnu kaznu(odsecanje udova,dranje kože i sl. pre pogubljenja). To su dela za koje je zakonodavac smatrao da najviše ugrožavaju interes vladajućeg poretka. Značajan deo propisanih dela je kvalifikovan kao naročito težak.Medju njima se mogu naći i dela koje je prosvaćeniji deo Evrope već smatrao reliktom prošlosti kao što su jeretizam, bogohuljenje ,vračanje, veštičarenje i sl.
- *teška* – za koja se izriče smrtna kazna sa „*bržim načinom umiranja, kao što je omča ili odrubljivanje glave, bez pooštravanja ...*“,
- *ostala* krivična dela (CCT II/1-3)

²¹ sličnu odredbu ima i CCT V/13,(videti dalje)

Težina dela je determinisala i veličinu kazne.Karakteristično je da sankcije najčešće propisivane po vrsti (npr. „kazniće se telesnom kaznom“) a samo ponekad i po meri ali i tada bez raspona (npr. propisana kazna za krađu do određene vrednosti je 1 god. zatvora, za sledeću veću vrednost 2 god. zatvora itd za vrednost preko 150 forinti –smrtna kazna). „Mudra procena“ suda skoro ničim nije bila ograničena, naročito ako je kaznu trebalo pooštiti .

III. CILJ I PODELA KAZNI

1. Cilj kazne

CCT poznaje izuzetno širok spektar kazni .Dominantne su surove srednjevekovne kazne: razni oblici smrtne kazne (koja se faktički mogla izreći za svako krivično delo) i telesne kazne. Pored propisanih, mogle su se izricati i vanredne i samovlasne kazne koje CCT ni primera radi ne navodi. Njihova vrsta i mera je zavisila isključivo od volje sudija i mesnih običaja.

Kazna ima više deklariranih ciljeva:

- popravljanje osuđenog
- odmazda(da se „*pruži zadovoljština povređenoj državi*“) i
- odvraćanje naroda od izvršenja sličnih dela tj. zastrašivanje

Bar po slovu zakona, kod smrtne kazne, naglasak je na odmazdi i odvraćanju, a kod ostalih lakših dela, na popravljanju.(CCT IV/2). Međutim, sudeći po brojnim drugim odredbama, popravljanje krivca je u svim drugom planu, a naglasak je zapravo na osveti i zastrašivanju. Na deklarativnost vaspitnog cilja kazne upućuju npr. odredbe o mogućnosti izvršenja kazne na lešu, zajedničko živo spaljivanje „učinilaca“ sodomije-čoveka i životinje, izuzetno surove smrtne kazne, telesne kazne (npr.sakaćenje) i sl. O nekim vaspitnim efektima ovakvih kazni teško da se može govoriti.

Deklarativno, usvaja i princip poena tenet solum delinquentem(kazna treba da pogodi samo krivca)²² što je bilo jedno od zahteva prosvetitelja.Međutim, druge odredbe to negiraju. Porodica učinioca zapravo uopšte nije zaštićena .Tako, u glavi IX je određeno da se konfiskacija imovine može izreći samo ako to Zakonik propisuje ili ako „*Mi* (tj. vladar-I.F.) tako naredimo“.Egzistencija porodice okrivljenog zavisi dakle od volje vladara. Porodica učinioca može puno trpeti i zbog obaveze prijavljij-

²² CCT IV/4

vanja krivičnih dela,gde, nisu predviđeni nikakvi izuzeci,čak ni u pogledu članova porodice.Tako su i deca su mogla biti osuđena na tešku kaznu ako su znala za krivično delo svojih roditelja i to nisu prijavila.Razne telesne kazne, kazne osramoćenja i obečašćenja , teško su pogaćale egzistenciju porodice osudenog a time i porodice,a da ne pominjemo smrtnu kaznu.

Kazne su određene Kodeksom za pojedina krivična dela kao redovne ili kao vanredne „*prepuštene samovlasti sudije*” i pogaćaju „*telo,i život,čast i imovinu*” (CCT IV/ 3).

Kazne se moraju odmeravati bez ublažavanja ili pooštravanja „*uz tešku odgovornost sudije*” onako kako ih zakon predviđa.Samo u slučaju gde postoji zakoniti osnov za smanjenje ili pooštravanje kazne može sudija uz „*mudru ocenu*”(„nach vernünftige Ermessen”) smanjiti ili pooštriti kaznu u saglasnosti sa okolnostima. U CCT IV/11 su nabrojani slučajevi kad se vanredna kazna može „*osetno pooštriti*“. Npr. ako je krivac zločin češće ponavljao ali nikad nije kažnen: ako je doduše uhvaćen ali ga je sud protivpravno otpustio: „*ili je kažnen sasvim drugačijom manjom kaznom na primer umesto telesnom kaznom kažnen novčano*“ itd. Ove odredbe su teško pogaćale okrivljenog i pružale široke mogućnosti za zloupotrebe od strane sudije. U posebnom delu, kod svakog propisanog krivičnog dela sudiji se daju široka ovlašćenja naročito za dodatno pooštravanje.

Feudalna shvatanja o kazni i popravljanju i duh zakonika dobro održava CCT IV 13, u kome se kaže da kazne određena za kapitalna dela, mogu izricati samo za to određeni sudovi. Ipak, da bi sudovi koja nemaju to ovlašćenje, a to su po pravilu niži sudovi „*mogli održati,diciplinu, moral, red i pokornost na svojoj teritoriji, i da bi u slučaju izvršenje krivičnih dela i prekršaja **nенаведених у закону** (kurziv I.F.), svoje građane mogli usmeriti na pravi put, mogu pozatvarati ljude uapsane, mogu ih kratko vreme držati na mršavoj hrani, hlebu i vodi, mogu ih lišiti službenog zvanja, mogu im izreći male novčane kazne, pod određenim okolnostima mogu narediti bičevanje okorelih, nepokornih osoba (ako nisu stanovnici grada) a maloletnike šibati da bi ih disciplinovali kao što to predviđaju mesni običaji kažnjavanja*”

U slučaju kad je izrečena novčana kazna, a osuđeni nema sredstava, na se pretvara u telesnu kaznu „*da zločin ne bi ostao nekažnen*“ (CCT.IV/7).

U formi pitanja i odgovora je regulisano kako sudija ima postupiti ako CCT predvidi alternativno više kazni za neko krivično delo i sudija ima mogućnost izbora. Ako je učinilac ist delo ponovio više puta „*stepenasto*” tako, da bi za prvo delo trebalo izreći manju kaznu, za drugi teži

oblik, težu, a treći put najteži za koju je određena smrtna kazna, okrivljeni nije imao nikakve pogodnosti u smislu izricanja ukupne kazne u sticaju: „*u takvom slučaju se ne može preći sa kažanjavanjem na dalji stepen pre nego što se kazna izrečena za prethodni stepen stvarno i zakonito ne izvrši*“ (CCT IV 9-10).

2. Vrste kazni

CCT poznaje šest vrsta kazni:

- prosta i kvalifikovana smrtna kazna
- telesne kazne
- novčana kazna
- obesčasteće kazne
- konfiskacija imovine
- vanredne (samovlasne) kazne

2.1. Smrtna kazna

CCT predviđa široku skalu najteže kazne (CCT V/1).

Smrtna kazna je mogla biti kvalifikovana ili prosta.

Kvalifikovana smrtna kazna je bila predviđena za najteža krivična dela. Izvršavala se

- spaljivanje živog osuđenika „*ili ako postoje neke ublažavajuće okolnosti, prvo da mu se odrubi glava*“
- čerećenje na četiri dela
- stavljvanje na točak u dva oblika: lomljenje kostiju od gore na dole ili od dole na gore

Pri tome je zakonik upozorava da se u slučaju osude na živo spaljivanja ili stavljanja na točak i lomljenja kostiju od dole prema gore, pre izvršenja, mora tražiti odluka višeg suda o mogućnosti ublažavanja „*da bi se otklonilo očajanje jadnog grešnika*“ (CCT V/3).

U slučaju otežavajućih okolnosti, „*jadnom grešniku*“ kako CCT ovde doslovno naziva osuđenika, bol se može dodatno povećati primenom jednog ili više od sledećih mera:

- vučenje do stratiša,
- čupanje usijanim kleštima,
- dranjem kože sa leđa,
- čupanjem jezik i
- istezanje vrata²³.

²³ Osuđenik visi obešen o vilicu

Među kvalifikovane vrste smrtne kazne spada u obična smrtna kazna ako se zbog težine okolnosti pooštrava sa jednim ili više gore pomenutim vidovima mučenja ili „*spaljivanjem ili nabijanjem na kolac mrtvog tela, lomljenje na točku ako je muškarac,sa ili bez tu nameštene male omče,odsecanje ruke sa ili bez naticanja glave ili i glave i ruke ili samo ruke na točak ili kolac ili prikivanje ruke na stub srama*”(CCT V/4).

„Uticaj” prosvetiljskih ideja o humanizmu sveo se na zabranu nekih naročito surovih oblika smrtne kazne:... „*zabranjuju se zadavljenje u vodi,živo sahranjivanje i nabijanje na kolac živog osuđenika, kao i stavljanje na točak i čerečenje na 4 dela ako su žene u pitanju jer u tim zemljama(tj, gde važi CCT-I.F.) nisu oubičajene, isto važi iz a nabijanje*²⁴ *koje treba zadržati samo za pobunu i ustank*”.Nema dakle ni reči o humanizmu.Ove krajnje teške kazne se ne zabranjuju zbog njihove nehumanosti i surovosti već iz razloga što „*nisu oubičajeni*”.Drugim rečima zabrana je deklarativne prirode jer te vrlo surove kazne i inače nisu primenjivane u praksi,osim „*nabijanja*”(„*Spiessen* ”) koje je međutim i dalje zadržano za kažnjavanje pobune i izdaje.

Obična smrtna kazna se izvršava odrubljivanje glave mačem ili omčom (osim za žene), bez dodatnog pooštravanja.

Osuđeni je mogao izbeći pogubljenje carskim pomilovanjem i pretvaranje smrtne kazne u večitu robiju (CCT V/6-7).

2.2. Telesne kazne

Telesne kazne zauzimaju značajno mesto u sistemu kazni CCT.Detaljno je obrađena u glavi VI čak 15 paragrafa .

Naziv” telesna kazna” je zapravo zbirni pojam pod kojim su obuhvaćene razne vrste kažnjavanja koje nanose telesni bol.Dele se na

- kazne koje izazivaju neposredan telesni bol
- prinudni rad
- izlaganje javnom sramoćenju
- lišenje ili ograničenje slobode.(CCT VI/1)

2.2.1.Kazne koje izazivaju neposredni telesni bol su:

- šibanje
- žigosanje usijanim gvožđem
- sakacanje udova

²⁴ Radi se o nekom vidu nabijanja na kolac,doslovni prevod bi bio „*nabijanje na ražanj*”,ali osudenik nije pečen posle toga. Prilog 51. precizno u detalje opisuje načine i sredstva izvršenja navedenih vidova smrtne kazne

- bičevanje
- batinanje

Osim odsecanja i žigosanja udova, svaki od ovih kazni mogao je da se izrekne i ako CCT to nije izričito propisao, kao vanredna kazna, ali samo u odnosu na „*opasne i bezobzirne ljude*“ . Ko se smatrao takvim, zavisiće je od procene sudske.

Kao opšte pravilo odmeravanja propisano je da za vrednost od jednog šilinga sleduje 30 udaraca, za pola šilinga 15.

Zakonodavac upozorava „*Na štap se ne sme zaboraviti ni ako se takva kazna pooštava drugim merama niti ako dželat po sopstvenom nahođenju presudu želi pooštiti*“ (CCT VI/ 2-3).

Žigosanje se može samo osuđenik koji je prognan iz jedne ili svih naslednih zemalja Krune. Cilj kazne je da se lakše može otkriti nedozvoljen povratak takvih lica. Žig se pekao na leđa osuđenog. Žigosanje lica i čela nije dozvoljeno. Zakonodavac je mislio i na mogućnost zlonamernog oštećenja belega, pa naređuje da se žigosani osuđenik mora držati u zatvoru najmanje 8 dana dok rana ne zaraste i da se „*celo vreme posipa prškom*“ verovatno radi bržeg zarastanja. Propisane su čak i skraćenice za svaku pokrajinu (njih 20) koje treba da se zapeku na leđa osuđenika. Nema žigosanja ako je osuđeni proteran samo iz određenog mesta”*zbog brije za budućnost osuđenog*“(CCT VI/4) zakonodavac je mislio je prema tome i na sitne detalje i na budućnost okrivljenog.

U pogledu sakaćenja zakonodavac se brine o osuđenom i ističe da to ne sme biti kao kod kvalifikovane smrtne kazne. Tu se sakati ”*zločinac koji treba da ostane u životu*“ pa sakaćenje kao kod kvalifikovane smrtne kazne „*ne bi ostavarilo zakonski cilj kazne a to je popravljanje osuđenog već suprotno, imalo bi za posledicu novo zlodelo*“.(CCT VI /5). Prema tome ovo sakaćenje je trebalo da bude u funkciji popravljanja krivca!

Za bičevanje i batinanje je predviđeno da po pravilu budu vanredne kazne, a izricanje i mera zavise od ocene suda. U pogledu mere, nema nikakvog ograničenja već samo nekoliko uopštenih uputstava:

„*U lakšim slučajevima, krivcu se daje fino upozorenje putem nekoliko udaraca pre ili prilikom otpuštanja iz zatvora*“. Može se koristiti i za disciplinovanje okrivljenog koji „*neće da odgovara na sudskom saslušanju*“ ili je prema sudskej ili u zatvoru „*prkosan i nepristojan*“ . Može se izreći i u vidu „*zaslužene dodatne kazne*“ licu koje se prima odnosno otpušta na, odnosno, sa mesta izvršenja kazne „*za dobrodošlicu ili za oproštaj*“, ali može se narediti i za vreme zatvaranja i „*javno izvršiti na bini ili tajno*“.(CCT VI/ 6).

2.2.2. *Prinudni rad*

Prinudan rad je takođe svrstan među telesne kazne sa obrazloženjem da nanosi fizičku bol telu.Ova argumentacija je sasvim umesna jer se mora uvek izvršavati tako da je „*osuđenik vezan ili u okovima*“ (CCT VI/7).Ovakvo izvršavanje je propisano,verovatno iz bojazni od bekstva i da bi se nanosili bolovi,patnje i poniženje osuđeniku.Posebno je pitanje šta i kako su osuđenici mogli raditi u ovakovom stanju.

Prinudni rad se izvršava

- kopanjem šanaca oko utvrđenja u naslednjim zemljama ili u mađarskoj vojnoj krajini
- predionici ili apsani
- radom na šančevima oko gradova
- na drugom uobičajenom mestu ili
- kod samog suda ili nekog vlastelina.

Prinudni rad u rudnicima ili veslanje na galijama se velikodušno zabranjuje (CCT VI/7).

Kodeks izričito naređuje sudu da mora tačno navesti oblik prinudnog rada.CCT (VI/7) primera radi , navodi da to može biti i čišćenje ulica ili negovanje bolesnika u bolnicama(drugo je pitanje kako bi to osuđenik mogao raditi vezan ili u okovima).Ako takvo preciziranje prinudnog rada ipak izostane,viši sud treba da odredi „*otprilike sličan ali nipošto teži oblik rada*“ koji će osuđenik obavljati.Ako je pak neko samo „*uopšteno osuđen na prinudni rad*“ – i to je bilo moguće uprkos striktnoj odredbi o preciziranju oblika prinudnog rada-tada organi vlasti ili rukovodilac izvršenja oblik rada određuje „*po svojoj volji imajući u vidu opšti interes i uzimajući u obzir u razumnoj meri, zločin i snagu kažnjenika*“.

Prinudni rad je ograničen na trajanje od 1 do 10 godina.Moguća je i osuda na doživotni prinudni rad ali je neophodno da pre izricanja presude ovaku kaznu odobri sam car(CCT VI/7).

2.2.3. *Kazne javnog osramočenja*

CCT ove kazne svrstava među telesne kazne. Ima logike u tome, jer se one izvršavaju nekom radnjom koja je upravljena na telo osuđenika, a posledica toga je javno osramočenje. Mogu se izreći samo kao sporedne kazne i mogu biti:

- zatvaranje u klade na stratištu ili ispred crkve,
- postavljanje na binu ili klupu srama,
- vezivanje za stub srama sa ukradnim predmetom ili bez,sa ili bez table sa naznačenim zločinom i izrečenom kaznom.
- *zatvaranje u duševnu bolnicu*

Zatvaranje duševno zdrave osobe u duševnu bolnicu je vrlo perfida i surova kazna. Svrstavanje među telesne kazne ukazuje da je osuđenik verovatno podvrgavan i tadašnjem medicinskom tretmanu duševnih bolesnika. Naprave i metodi koje se u to vreme korištene u tu svrhu su zapravo sofisticirane sprave i postupci za mučenje nesrećnih pacijenata. Trajanje ove teške kazne zakonom nije ograničeno.

Kazna osramočenja je mogla biti izrečena u zakonom određenim slučajevima ili *bilo kad*, po slobodnoj oceni suda

U slučaju manjih zločina, javno izlaganje učinioca samo radi osramočenja, izrugivanja, ismevanja i sličnih mera, koje bi značajno uticale na čast krivca, zabranjuju se, zbog opasnosti za njegovu egzistenciju „*osim,ako za to postoje značajni razlozi*“ (CCT VI/8).

2.2.4. Kazna lišenja slobode

Kazne lišenja slobode su kazne kojima se „*oduzima sloboda izbora mesta boravka*“. Mogu biti vremenske ili trajne i ima sledeće oblike:

- zatvor
- proganjanja iz određenog mesta
- proganjanje iz svih naslednih zemalja
- proganjanja iz jedne nasledne zemlje
- prinudni boravak u određenom mestu

2.2.4.1. Kazna zatvora

CCT se iznenađujuće malo bavi ovom kaznom. Svega jedan kratak paragraf (6 redova). Može biti vremenska, a prema V/ 7 u zamenu za smrtnu kaznu, po naredbi cara, može biti i doživotna.

Izvršava se u zatvorima u zamkovima, tvrđavama, gradskim zatvorima, kućnom zatvoru ili u objektima na otvorenom prostoru. Mogu se izreći razne mere za otežavanje izdržavanja: da osuđenik bude okovan, određenim danima bude na hlebu i vodi, da bude na postu, „*a moguće su i druge mere*“ (CCT VI /9-10), npr. povremeno bičevanje i sl. prema nahodenju sudsije.

2.2.4.2. Proganjanje

Nasuprot zatvora, razni oblici proganjanja su vrlo detaljno obrađeni (VI/11-15). Izgleda da je sve veći broj prosjaka, latalica, beskućnika i sirotinje bez izvora prihoda, koji su lutali od mesta do mesta, postajao sve teži problem za vlast. Oni su se masovno regrutovali iz redova seljaka koji su ostajali bez zemlje u sve intenzivnijem procesu prvo bitne akumula-

cije kapitala. Razni oblici proganje su se činili efikasnim sredstvom za rešenje tog problema.

Proganjanje iz jedne ili svih naslednih zemalja moglo se izreći samo u pogledu okorelih lica, kada se za izvršeno krivično delo ne može kazniti smrtnom kaznom. Ova kazna se izricala zajedno sa žigosanjem. Lica koja su 10 godina pre izricanja presude živela na teritoriji suda, nisu mogla biti kažnjena ovom kaznom.

Proganjanje iz određenog mesta moglo se izreći i kad relegat *nije učinio nikakvo krivično delo* nakon što je izdržao kaznu za ranije krivično delo, ali je njegovo prisustvo u naselju gde je izvršio to delo, iz raznih razloga nepoželjno (CCT VI/11).

2.3. Novčana kazna

Novčana kazna u svim kaznenim sistemima zauzima značajno mesto. Nije izuzetak ni CCT, jer su troškovi izdržavanja državnog aparata bili ogromni i država je bila veoma zainteresovana za svaki prihod. Zbog toga je i relativno detaljno obrađen (CTT VIII/1-8).

Novčana kazna je mogla biti propisana zakonom u određenom iznosu a mogla biti izrčena i kao samovlasna kazna.

Bilo je i nekih ograničenja, da ne bi fiskalni momenti došli u prvi plan u pravosuđu. Kazna propisana za odr.kriv.delo nije mogla biti zamjenjena novčanom kaznom niti je pored te propisane kazne bilo moguće izreći i novčanu kaznu.

Ako se izriče kao vanredna kazna treba zadržati „razboritu meru“ i ako se radi o „teškom delu koje je imalo odjeka u javnosti i koje zahteva odvraćanje zastaršivanjem ne izriče se novčana već telesna kazna“.

Kod odmeravanja novčane kazne (ako u zakonu nije propisan iznos) sudija treba da uzme u obzir „težinu i materijalne prilike“ okrivljenog.

Kod podanika bez sredstava, kod kojih bi plaćanja novčane kazne i bilo negativno po ženu, i decu, novčanu kaznu treba pretvoriti u telesnu kaznu.

Novčana kazna se može izreći uz manje teške kazne kao što je zatvor, otpuštanje iz službe, gubitak časti, da bi se tako dobila „odgovarajuća zadovoljština“ za učinjeno delo.

2.4. Lišenje časti

Lišenjem časti osuđenik postaje nepodoban za vršenje nekih poslova ili ne može koristiti neka svoja prava. Obavezno se izriče za sva najteža krivična dela ili ako je zakon (CCT ili zakon pokrajine) izričito propisao za izvršeno krivično delo, u ostalim slučajevima zavisno od procene sudi-

je. U svakom slučaju kazna je morala biti obuhvaćena izrečenom presudom.(CCT X/1-5).

Lišenje časti je imala sledeće zakonske posledice:

– ako je pogubljen ili je umro nakon osude na kaznu lišenja časti, umro je kao „besčastan“ i ime mu je brisano iz matičnih knjiga i zemljišnih knjiga,

– ako je ostao živ nakon osude, lišen je počasnih zvanja, službi ili građanskih prava ili ih nije mogao stечi, nije mogao da bude član, „*udruženja časnih ljudi*“ (npr. član ceha), nije mogao ostaviti testament niti je mogao nasledivati, nije mogao svedočiti na sudu (CCT X/ 7)

Izgubljena čast se mogla povratiti na dva načina

- milošeu cara, putem specijalnog „*pisma časti*“ (Ehrenbrief) ili
- opštim načinom sticanjem časti

„*Pismo časti*“ je bilo neophodno da osuđenik ponovo bude podoban za počasna zvanja, službe i sl. koja su navedena u CCT X/7.

Opšti način sticanja časti je nastupao zapravo po sili zakona nakon izdržane kazne (osim kod proterivanja iz zemlje) o čemu je sud bio obavezan da izda potvrdu. Ono je imalo dejstvo da se osuđenik nakon izdržane kazne mogao vratiti u svoju zajednicu, poslovima i sl. bez prebacivanja za izvršeno delo.(CCT X/11).

Gore rečeno se odnosilo na lišenje časti koje je propisano zakonom u vidu kazne. Besčasnost je mogla proizaći i iz samog dela, kada zakon inače ne propisuje gubitak časti kao sankciju, ali po shvatanju uglednih i časnih ljudi izvršeno delo je loše, štetno a ko takvo delo izvrši da je štetna osoba. „*Ali ova vrsta besčasća proistiće iz proste samovolje i nesigurnim sudovima i prepostavkama i niko se bez zakonite osude ne može smatrati besčasnim*“ (CCT X/ 14).

2.5. Konfiskacija imovine

Konfiskacijom je mogla biti obuhvaćena cela imovina ili samo deo.

Izricanje konfiskacije celokupne imovine bilo je moguće samo ako je CCT to izričito propisao ili ako „se dogodi neko vanredno zločinstvo“ prema težini okolnosti sam car naredi.

Konfiskacija obuhvata samo sopstvenu imovinu osuđenog, ne i feudakni posed (len) i njemu poverenu imovinu (fideikomis). Ali, ako izaziva pobunu koju bi trebala ugušiti vojska, tada se oduzima i njegova sopstvena imovina i sve što je u njegovom posedu, bez obzira da li je titular poseda ceo rod ili porodica.

Delimičnom konfiskacijom se oduzima samo deo imovine.

Pomilovanje osuđenika nije podrazumevalo automatski i povraćaj imovine. Za to je bila potrebna izričita naredba u aktu milosti.(CCT IX 1-6).

2.6. Vanredne i samovlasne kazne

Redovne kazne su one koje zakon izričito propisuje za taj zločin, vanredne i samovlasne kazne mogu biti propisane kazne ali udrugacija oj meri od propisane ili u CCT-u nenavedene kazne mesnog običajnog prava ili proste samovolje sudije.

One zauzimaju značajno mesto u sistemu kazni.,uprkos tome malo odredaba se bavi njima,svega pet paragrafa(CCT VII/ 1-5). Suština je da sudija dobija praktično odrešene ruke u kažnjavanju okriviljenih podrazumevajući i smrtnu kaznu. Zakonodavac upozorava da «*ovako priznata samovlast ne znači prostu svojevoljnost sudije. On ne može na osnovu toga stvarnog krvica ostaviti nekažnjenog niti zaključiti sa njim blag dogovor,još manje da zakonom propisanu kaznu bez zakonskog osnova ublažava ili pooštrava ili čak oprosti,nego u svim slučajevima kada izriče samovlasnu kaznu, odmeravanje vrši mora biti razborito, tako, da uzimajući u obzir sve otežavajuće i olakšavajuće okolnosti kazna bude odgovarajuća i uravnotežena,zato ne sme biti ni prestrog ni pre-blag. Pri tome treba imati u vidu prvo:da u slučaju manje teških dela ili sumnjivih slučajeva,blagost ima prednost u odnosu na strogost;drugo:smrtna kazna se ne može izreći samovljno,osim,ako ovo pravo nije zakonom izričito priznato sudiji kod pojedinih krivičnih dela...» .Zakonodavac ipak ispoljava i „humanost“: u takvim slučajevima se smrtna može izvršiti samo odrublјivanjem glave „*kao najblažom vrstom smrtne kazne*“ (CCT VII/3).*

„*Samovolasne i vanredne kazne koje zavise od sudijinog odmeravanja su raznolike. Imajući u vidu gore navedena pravila mogu se izreći sve uobičajene kazne u dатој pokrajini*“ (CCT VII/4).

Samovlasne i vanredne kazne se mogu izreći dva načina:

Jedan od načina je kada zakon za taj zločin ne propisuje kaznu koju treba izreći, već izričito ili prečutno prepušta sudiji način kažnjavanja. Sudija tada izriče kaznu kakvu smatra pogodnom (CCT VII/1).

CCT ni primera radi ne navodi vanredne kazne. Njihovo određenje u potpunosti prepušta sudu. odnosno mesnim običajima.Ti mesni običaji su formirani tokom srednjeg veka i nisu bili ni najmanje prožeti idealima prosvetiteljstva. Zakonodavac je propisao samo jedno ograničenje: Davanje u vojsku nije mogla biti kazna. Međutim , pošto je vojska „*škola koja vaspitava na poslušnost, rad i trud*“, „*mladi, pošteni i podobni muškarci*“ koji su izvršili neko lakše krivično delo mogu se dati u vojsku bez iricanja presude. To nije radi kažnjavanja već radi dobrobiti i korist zajednice i krivca ... jer će biti vaspitan u korisnog člana države“ (CCT VII/ 5). Ironija je u tome da je služba u feudalnoj vojsci trajala

la praktično doživotno ili do invaliditeta vojnika. Stvarnog vaspitnog efekta nije ni moglo biti Navedeni mladi, podobni i pošteni muškarci koji su skrivili lakši delikt, su zapravo zauvek odstranjeni iz svojih domova i porodice.

Drugi način izricanja vanrednih kazni je kada je zakon doduše propisuje određenu kaznu ali sud može izeći tu kaznu u drugačijem obimu, radi pravednosti, imajući u vidu otežavajuće i olakšavajuće okolnosti .

Sudija već i na osnovu gore rečenog faktički ima neograničeno vlast, koja je povećane još i time da CCT kod nekih krivični dela ne propisuje ni vrstu sankcije već sve prepušta „razumnoj oceni sudije“²⁵. Mogao je izreći težu ili blažu kaznu od propisane ili čak i takve koje uopšte nisu bile ni propisane.U sprezi sa analogijom to je davalо izuzetno velike mogućnoti za zloupotrebe. Pored toga zakon pruža mogućnost sudiјi da neograničeno pooštjava kaznu ako interesi društva i okolnosti dela.Moguće je i ograničeno ublažavanje ali ne sme ni jedan zločinac ostati nekažnjen.

IV ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Vrednost CCT treba ceniti s obzirom na tadašnja merila. A vreme donošenja, druga polovina XVIII, je doba u kojoj je Evropa već uveliko prožeta idejama prosvetiteljstva. Međutim, one nisu našle put i do tvoraca ovog kodeksa. CCT nije proizvod prosvećenog doba, već nastavljač tada već uveliko anakronističkih srednjevekovnih tradicija. On je „jedan od najkarakterističnijih proizvoda feudalnog apsolutizma“²⁵. Najsazetiјe, CCT bi mogli opisati kao kodifikovanu samovolju sudiјe, produžene ruke apsolutističkog vladara.. Da je donet 200 godina ranije, tada bi bio u duhu svog vremena. To se naročito može istaći u pogledu sistema kazni koji je dostojan reprezentant srednjevekovne samovolje i surovosti. I sam kancelar Kaunitz se protivio stupanju na snagu CCT, jer nije odražavao duh vremena.²⁶

CCT je odmah nakon donošenja bio žestoko kritikovan. Važio je tek nešto duže nego što su trajale pripreme njegovog donošenja, do 1788.g.,

²⁵ Hajdu,Lajos,A Habsburg –Birodalomban 1752-1769 között végrehajtott büntetőjogi kodifikáció jogtörténeti értékelése,Acta facultatis politico-iuridicae universitatis scientiarum budapestensis de Rolando Eötvös nominatae,Tomus V,fasciculus I,Budapest,1963.str.92.

²⁶ Navodi Massburg ,M.F.,Zur Enstehungsgeschichte der Theresianische Halsgerichtsordnung ,Wien,1880,str.59,cit.kod Hajdu ,nav.delo str.84.Kasnije je Kaunitz izjavio da je imao primedbe zbog „nesporazuma“.

mada je na nekim područjima još dugo ostao u primeni.²⁷ Torturu koju je predviđao CCT, sama Marija Terzija je ukinula već 1776.

Uprkos krupnim nedostacima CCT je imao neke pozitivne strane. U velikom delu Imperije gde je važi, otklonjen je feudalni pravni partikularizam u krivičnom pravosuđu, bar u principu, jer je njegova primena „na terenu“ nailazila na teškoće.²⁸ Međutim, partikularizam na nivou Imperije je ipak ostao, jer je CCT važio samo za habsburške nasledne zemlje²⁹. Ipak je to bio važan korak u stvaranju savremene države u velikom delu Srednje Evrope.

²⁷ Tako Ogorelica,cit.delo str. 56, navodi da je u Hrvatsko –Slavonskoj Vojnoj krajini ostao u primeni do 1872.g.

²⁸ Dolenc,cit.delo kaže da su seljački zborovi sudili „mirno dalje još i posle zakona Marije Terezije”.

²⁹ Nije važio npr.u zemljama Ugarske Krune

*Ištván Feješ, Ph.D., Full Professor
Novi Sad School of Law*

Constitutio Criminalis Theresiana

Abstract

Constitutio Criminalis Theresiana is very little known about, although it is a significant legal monument. The Codification is very extensive. In this paper will be considered only a relatively small but very important part of codification: of the notion and of the division of the criminal offenses and the system of penalties

Key words: Constitutio Criminalis Theresiana, criminal offenses, system of penalties

*Dr Magdalna Sič, vanredni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

CESSIO BONORUM RIMSKOG PRAVA na temu ličnog bankrota savremenog prava¹

Th. Mommsen: „*Lex Iulia de bonis cedendis* je ustavio ona prava dužnika na kojima se zasnivaju sva naša moderna pravila stečaja“ (*Hist. Rome.* /2/ 5, 401)

Sažetak: *Cessio bonorum* kao način naplate potraživanja putem dobrovoljnog prenosa imovine prezaduženog dužnika na svoje poverioce uz *beneficium competentiae*, jedan je od zagonetnih instituta rimskog prava. Ovom prilikom želimo da ukažemo na razloge njegovog uvođenja, na funkciju i na pravila, kao i na promene koje je ovaj institut pretrpeo u toku rimske istorije. Posebno razmatramo pitanje pod kojim uslovima je po rimskom pravu omogućeno dužniku da pribegne ovom načinu izvršenja, a pre svega: da li je prema izvorima rimskog prava jedan od uslova odobravanja *cessio bonorum* bila okolnost, da je dužnikova imovina stradala usled više sile?

Imajući u vidu, da je *cessio bonorum* kao način naplate potraživanja poverilaca ponovo prisutan u savremenom pravu u vidu takozvanog ličnog bankrota, a njegovo uvođenje se planira i u Srbiji, smatramo, da razmatranje navedenih pitanja može da bude korisno i pri regulisanju i primeni instituta ličnog bankrota savremenog prava.

Ključne reči: *cessio bonorum, cessio rei, lični bankrot, naplata potraživanja, beneficium competentiae*

¹ Rad je objavljen u okviru naučnoistraživačkog projekta „HARMONIZACIJA PRAVA REPUBLIKE SRBIJE I PRAVA EVROPSKE UNIJE“ (teorijskopravni, sociološkopravni, istorijskopravni, pozitivnopravni i ekonomski aspekti).

VREME I RAZLOZI UVODENJA CESSIO BONORUM U RIMU

Postoje nerazjašnjena pitanja kako u pogledu vremena uvođenja, regulisanja tako i primene ovog instituta. To je uzrokovano s jedne strane tim da *lex Iulia de bonis cedendis*, zakon spomenut u izvorima kojim je najverovatnije bio detaljno regulisan², nije sačuvan, a s druge strane činjenicom da je ovaj institut tokom vekova pretrpeo bitne promene.

U klasičnom periodu *cessio bonorum* je služio poboljšanju položaja dužnika dajući mu mogućnost da izbegne personalnu egzekuciju, ili da izbegne infamiju (*infamia*) koja je pratila izvršenje presude prodajom celokupne njegove imovine (*venditio bonorum*)³. Infamija je bila osuda na gubitak građanske časti. Infamno lice gubilo bi poverenje rimske zajednice i pored toga što nije imao više pravo da obavlja određene pravne poslove bio bi isključen i iz političkog života, gubio bi politička prava tj. mogućnost da obavlja javne funkcije.

Smatra se, da je *cessio bonorum* uveden baš iz razloga da dužnika uglednog rimskog građanina osloboди sramote izvršenja presude nad njegovom ličnošću⁴ ili gubitka građanske časti koji je po samom pravu (*ipso iure*) pratio stečajni postupak (*venditio bonorum*).⁵ Iz istog razloga Frederiksen smatra da je *cessio bonorum* kao način izvršenja presude u smislu tzv. dobrovoljnog bankrota uveden u nesigurnim vremenima gradanskih ratova, proskripcija i inflacije krajem perioda republike za vreme Cezara⁶

² Ovaj zakon se spominje u Gai. Inst. 3, 78: «...item eorum qui ex lege Iulia bonis cedunt...»; C. Th. 4, 20: Qui bonis ex lege Iulia cedere possunt; C. J. 7, 71, 4: «...legis Iuliae de bonis cedendis beneficium...»

³ Detaljnije u: S. Segura, La cessio bonorum, Etude comparée de droit romain et de droit suisse, Schulthess Zurich, 2005, str. 46 i dalje; N. Lewis, The Humane Legislation of Septimius Severus, Zeitschrift für Alte Geschichte, Vol. 45, No. 1 (1st Qtr., 1996), str. 104-113, - <http://www.jstor.org/stable/4436409>; F. de Zulueta (pričak): L. Guenoun, La Cessio Bonorum, u The Classical Review, Vol. 35, No. 7/8 (Nov. - Dec., 1921), p. 176, <http://www.jstor.org/stable/697364>.

⁴ Personalna egzekucija, po Zakonu XII tablica, za osuđenog dužnika koji sam ili umesto njega neko drugo lice nije platio dug, je pravo izvršenje presude nad njegovom ličnošću (postupak *legis actio per manus injectionem*). Dužnik je mogao biti ubijen ili prodat u ropstvo sve do donošenja *lex Poetelia Papiria* 326. godine s. e. kojim su ovi načini izvršenja zabranjeni. Kasnije manus injectio značio je odradu duga u privremenom ropstvu poverioca (*mancipium*).

⁵ Realna egzekucija, izvršenje presudne nad imovinom dužnika, javnom prodajom celokupne njegove imovine bez obzira na novčanu vrednost presude, uveden je pretorskim pravom u II veku s. e. ali je uporedo zadržana i personalna egzekucija.

⁶ M. W. Frederiksen, Caesar, Cicero and the Problem of Debt, The Journal of Roman Studies, Vol. 56, Parts 1 and 2. (1966), 128-141 str, takođe, V. Giuffré, La C.D. „Lex

(I vek s. e.). Po njemu, u ovim nesigurnim vremenima mogućnosti naglog bogaćenja jednih i osiromašenja drugih, dobrovoljni bankrot je omogućio uglednim građanima da u slučaju prezaduženosti sačuvaju svoj položaj i čast. Prema preovlađujućem mišljenju, međutim, imajući u vidu pre svega Avgustove reforme pravosuđa⁷, smatra se da je ovaj institut uveden tek u vreme Avgusta.⁸ Na osnovu izvora kojima sada raspolažemo nijedno od ovih mišljenja ne može da se potvrdi. Mada se čini, da je bio više razloga za njegovo uvođenje u Cezarovo vreme, razlozi, prvenstveno oni politički, nisu nedostajali ni u mirnije doba koje je nastupilo Avgustovim principatom. Pored toga što je sloj senatora u principatu bio izuzet od redovnog sudskog postupka⁹, nije neverovatno da je car putem *cessio bonorum* nastojao da zaštiti sloj koji ga je podržavao i iz čijih redova su postavljeni senatori i najviši činovnici. Naime, usled infamije koja je pratila redovan izvršni postupak članovi ovih organa bi izgubili svoju službu ili položaj a car bi time izgubio barem deo podrške svoje vlasti. Činjenica jeste, da jednom uvedena, cesija dobara (imovine) primenjivana je još i u Justinijanova vreme. Prema tome, nije moglo biti nikako reči o jednoj mjeri koja je uvedena radi rešavanja samo trenutnih kriznih situacija¹⁰. Ova mera je bila trajna i vremenom je proširena i na provincije.¹¹

Iulia” de bonis cedendis, Labeo, 18/1972 str. 183 i dalje. Kritika ovog mišljenja u: A. Saccoccio, Un provvedimento di Cesare del 49 A.C. in material di debiti, in L’usura ieri ed oggi, Convegno su: “L’usura ieri ed oggi”, Foggia, 7 – 8 aprile 1995, a cura di S. Tafaro, Cacucci editore, Bari, 1997, p. 143 – 144.

⁷ Imajući u vidu Avgustove zakone: Lex Iulia iudiciorum publicorum i lex Iulia - iudiciorum privatorum.

⁸ Tako između ostalih: M. Wlassak, Cessio bonorum, Pauly-Wissowa, Raelencyclopaedie, vol. III, Stuttgart 1899, p. 1995; R. Monier, elementaire de droit romain, Tom I, Scientia Verlag Aalen, 1977 str. 171 i not. 3; F. Schulz, Classical Roman Law, Oxford, 1951, str. 214. Imajući u vidu da se Ulpijan poziva u jednom tekstu na Sabina (D. 42, 3, 4, 1) S. Segura (nav. delo str. 4) smatra da je uveden u drugoj polovini prvog veka s. e.

⁹ U principatu u krivičnim stvarima senatorima je sudio poseban sud sastavljen od senatora, a kasnije princepsov savet, videti, J. Zlinszky, Római büntetőjog, Budapest, 1995, str. 57.

¹⁰ U vreme Cezara dužnici su zbog inflacije zahtevali otpis svih svojih dugova - (tabulae novae), a poverioci pak naplatu svojih potraživanja u celini.. Cezar je ovaj - problem monetarne i ekonomske krize rešio naplatom dužnikovih dugova prenosom dužnikove nepokretnosti (a ne celokupne imovine) na poverioca po posebnoj proceni. Videti o tome: M. W. Frederiksen, nav. delo, str. 139 i dalje; A. Saccoccio, nav. delo, str. 174 – 175.

¹¹ Najverovatnije da je van Rima prva primena ovog instituta bila u Egiptu (Edikt Tiberija Julija Aleksandra iz 68 god. n. e /Girard, Senn, str. 39 - 40/), a tek kasnije u drugim provincijama (C.J. 7, 71, 4). Takođe, Meyer ZSS 44 (1924), 617; B. Biondi, Cessio bonorum, Novissimo Digesto Italiano, 3, Turin, 1959, str. 137.

2. OSNOVNA PRAVILA REGULISANJA

Prema pravilima klasičnog prava *cessio bonorum* je bio jedan od načina dobrovoljnog ličnog bankrota prezaduženog dužnika. Mogao je biti sproveden kako u toku, tako i van sprovedenog sudskog postupka¹².

Dužnik je povodom *cessio bonorum* u posebnom postupku ustupio celokupnu svoju imovinu svojim poveriocima¹³. Sam postupak je sastojao iz sledećih osnovnih faza: prenos državine dobara (*missio in bona*) na jednog od poverilaca koji je imao zadatku da pozove i ostale poverioce prezadužene imovine¹⁴; izbor upravnika dražbe (*magister bonorum*) koji će organizovati prodaju imovine¹⁵; zatim bi usledila prodaja dužnikove celokupne imovine (aktive i pasive) kupcu prezadužene imovine (*bonorum emptor*), tj. licu koje je na licitaciji ponudio da će u najvećem procentu namiriti potraživanja poverilaca (uz zadržavanje određenog procenta za sebe). Carevi Dioklecijan i Maksimijan izričito su zabranili da poverioci među sobom podele dužnikova dobra i da ih zadrže u svojini¹⁶. Pri naplati potraživanja svi poverioci su imali isti položaj¹⁷. U izvorima nije predviđena mogućnost prvenstvene naplate potraživanja privilegovanih poverilaca (kao što bi bila žena u pogledu miraznih dobara ili drugi titulari založnog prava). U ovom prvom stepenu, smatra se, da se postupak odvijao po pravilima redovnog stečajnog postupka (*venditio bonorum*)¹⁸. Ova prva cesija nije oslobođila dužnika isplate

¹² Marciānus, D. 42, 3, 9: „Bonis cedi non tantum in iure, sed etiam extra ius potest. Et sufficit, et nuntium, vel epistulam id declarari.” (Dobra se mogu cedirati ne samo na sudu, nego i van postupka. Dovoljno je to i putem glasnika ili pisma obznaniti.)

¹³ Videti, S. Segura, nav. delo, str. 40. Najverovatnije, mada o tome izvori ništa ne kazuju, dužnik je mogao da zadrži osnovna sredstva domaćinstva potrebnih za svakodnevni život.

¹⁴ Gaius, Inst. 3, 78 – 79. Paulus, D. 42, 5, 12 pr; Ulpianus, D. 4, 8, 17.

¹⁵ Gaius, Inst. 3, 79.

¹⁶ C.J. 7, 71, 4: Imperatores Diocletianus, Maximianus . «Legis Iuliae de bonis cedenidis beneficium constitutionibus divisorum nostrorum parentium ad provincias porrectum esse, ut cessio bonorum admittatur, notum est: non tamen creditoribus sua auctoritate dividere haec bona et iure dominii tenere, sed venditionis remedio, quatenus substantia patitur, indemnitati suea consulere permissum est.» (Poznato je, da je dozvola korišćenja beneficije cessio bonorum predviđene u Lex Julia, na osnovu konstitucija naših božanskih predaka bila proširene i na provincije: međutim, poveriocima nije dozvoljeno da po sopstvenom ovlašćenju ova dobra među sobom podele i da ih drže po osnovu prava svojine, nego pak da se putem prodaje obeštete iz dobara u meri koju im ovaj postupak omogućuje.)

¹⁷ S. Segura, nav. delo, str. 41. Prema Justinijanovoj konstituciji (C.J. 7, 71, 8) poverioci su bili ravnopravni i pri odlučivanju o tome da li će dužniku dati rok od 5 godina da isplati dugove ili će pribeci cesiju.

¹⁸ Gaius, Inst. 3, 78 – 79. Videti takođe literaturu u S. Segura, nav. delo, str. 60, not. 355.

ostatka duga¹⁹. Dužnik bi dobio samo određeno dodatno vreme za finansijski oporavak, da bi stekao mogućnost isplate zaostalog duga. U drugom stepenu naplate potraživanja nije prodata dužnikova celokupna imovina, nego mu je data mogućnost da zadrži deo dobara neophodnih za izdržavanje svoje porodice (imao je pravo na *beneficium competentiae*), to jest, da isplati poverioce u onoj meri u kojoj to može da učini bez ugrožavanja egzistencije svoje porodice (*id quod facere potest*)²⁰. Ova beneficija je bila trajna, što znači da cedent nije mogao biti pozvan da plati eventualni ostatak duga posle završetka ovog drugog stepena postupka.²¹ Po nekim mišljenjima, po Justinianovom pravu, pravo da zadrži za svoju porodicu dobra neophodna za život, dužnik je imao već i u prvom stepenu postupka, pri samom ustupanju svoje imovine poveriocima.²²

Sve do uvođenja izvršenja presude prodajom pojedinačnih dužnikovih stvari, do koje je došlo tek u postklasičnom periodu (*distractio bonorum*)²³, *cessio bonorum* se u izvorima pominje kao pogodnost, beneficija data u dužnikovu korist²⁴. Razlozi za to bili su sledeći:

¹⁹ C. J. 7.71.1 (iz 223. god. n. e.) Imperator Alexander Severus: „Qui bonis cesserint, nisi solidum creditor receperit, non sint liberati. In eo enim tantum hoc beneficium eis prodest, ne iudicati detrahantur in carcerem.“ (Oni koji cediraju dobra, osim ako je poverilac primio naplatu potraživanja u celini, nisu oslobođeni obaveze. Jedina im je pogodnost iz ovoga u tome, da ako bi bili osuđeni /zbog duga/ ne bi mogli biti odvedeni u zatvor.)

²⁰ D. 42.3.4: Ulpianus libro 59 ad edictum, pr. «Is qui bonis cessit si quid postea adquisierit, in quantum facere potest convenitur.» (Od onih dobara koje bi steklo lice - posle cesije dobara, može biti terećen na toliko koliko može da čini /plati/). Prema D. 42.-3.6 (Ulpianus libro 64 ad edictum), ono što dužnik može da zadrži zavisi od količine stecenih dobara. Iz toga trebalo bi odrediti sumu po mesečnoj ili godišnjoj potrebi izdržavanja i po drugi put ne treba prodati dužnikovu imovinu da mu ne bi bila uskraćena dobra za svakodnevni život. (Et putem ex quantitate id aestimandum esse eius quod quae-siit, dummodo illud sciamus, si quid misericordiae causa ei fuerit relictum, puta menstruum vel annum alimentorum nomine, non oportere propter hoc bona eius iterato - venundari: nec enim fraudandus est alimentis cottidianis.); Just. Inst. 4, 6, 40. «Eum quoque, qui creditoribus suis bonis cessit, si postea aliquid adquisierit, quod ideo neum emolumendum habeat, ex integro in id quod facere potest creditores cum eo experiuntur: inhumanum enim erat spoliatum fortunis suis in solidum damnari.» (Ako onaj, koji je cedirao svoja dobra na poverioce, kasnije pribavi nešto što je prikladne vrednosti, poveroci ponovno mogu da ga tuže samo za ono što može da učini: jer bi bilo nehumano osuditi onog ko je izgubio imovinu na isplatu celog /duga/.) Videti takođe, J. Gildemeister, Das *beneficium competentiae* im klassischen römischen Recht, Göttingen, 1986, str. 3 i dalje.

²¹ Just. Inst. 4, 6, 40.

²² A. Földi – G. Hamza, A római jog története és institúciói, Budapest, 1996, str. 191.

²³ Za slavne ličnosti (clarae personae) koja su pre svega pripadnici senatorskom redu, smatra se, da je *distractio bonorum*, koji takođe nije praćen infamijom, bio uveden jednom senatskom odlukom već mnogo ranije, u toku klasičnog prava (M. Kaser/K. Hackl, Das Römische Zivilprozessrecht, 2. izd. Minhen, § 60 II 2)

²⁴ M. W. Frederiksen, nav. delo, str. 135 i not. 56.

Mada se prodaja dužnikove imovine odvijala po istoj proceduri kao i u slučaju redovnog stečajnog postupka (*venditio bonorum*), prodaja u postupku *cessio bonorum* nije povlačila osudu dužnika na infamiju.²⁵

Posle izvršene prodaje imovine dužnik je imao na raspolaganju određeno vreme za finansijski oporavak. U ovom periodu ako bi bio tužen od strane nekog od poverilaca mogao je da se brani sa prigovorom o izvršenoj cesiji. Ovaj prigovor je u Justinijanovim Institucijama formulisan u smislu *exceptio nisi bonis cesserit* (da sudija treba da osudi dužnika po tužbi poverioca «osim ako je cedirao svoju imovinu»)²⁶

Posle izvršene cesije imovine dužnik nije više mogao biti podvrgnut ni izvršenju nad njegovom ličnošću²⁷, zatvaranjem ili odradom duga, niti je mogao biti telesno kažnjavan.²⁸

3. USLOVI ODOBRENJA POSTUPKA *CESSIO BONORUM*

U romanistici je uglavnom zastupljeno mišljenje, da je primena cesije dobara (imovine) bila ograničena²⁹, pri čemu se navode dva osnovna uslova: da dužnik ima određeni minimum dobara (imovinu) za cediranje i da postoje opravdani razlozi za njegovo izuzimanje od redovne procedure izvršenja.

3.1. Minimum dobara

Mada o tome izvori posebno ništa jasno ne kazuju, u romanističkoj doktrini prihvaćeno je jedino logično mišljenje, da insolventan dužnik ko-

²⁵ Mada S. Segura (nav. delo, str. 46 – 48) to smatra spornim, mi ipak prihvatom mišljenje da je ova osuda izostala u slučaju cesije dobara.

²⁶ Just. Inst. 4, 14, 4.

²⁷ C. J. 7, 71, 1 iz 223 povezano sa C.J. 2, 11 (12) 11. Postavlja se pitanje, da li je i dužnik nad kojim je započeto izvršenje presude njegovim zatvaranjem mogao takođe da ponudi poveriocima *cessio bonorum*. Prema preovlađujućem mišljenju to je bilo moguće samo izuzetno (M. W. Frederiksen, nav. delo, str. 136). Po našem mišljenju, u postklasičnom periodu to više nipošto nije bilo dozvoljeno. U postklasičnom periodu nije bilo moguće menjati način izvršenja presude, ne samo po započetom izvršnom postupku, nego ni posle izrečene presude: P.S. 1, 1, 5a: „Post rem iudicatum pactum, nisi donationis causa interponatur, servari non potest.” (Posle pravosnažne presude ne može se uvažiti nakanadni sporazum, izuzev ako se to čini u cilju darovanja). Detaljnije o ovom pitanju u: J. A. Goddard, Los pactos en las. «Sentencias de Paulo» (Analisis del tilulo 1 del libro primero), www.bibliojuridica.org/libros/4/1855/7.pdf str. 24 – 26.

²⁸ C. J. 7, 71, 8.

²⁹ Videti literaturu o tome u, S. Segura, nav. delo, str. 34. not. 192.

ji nema dobra za cediranje ne može da koristi ovaj postupak³⁰. Imajući u vidu, međutim, da su i poverioci bili zainteresovani da svoje potraživanje naplate putem *cessio bonorum*, jer dužnik ovim načinom nije mogao da izbegne isplatu duga, u praksi su najverovatnije koristili razne načine obezbeđenja minimuma potrebnog za cesiju. To se dogodilo pre svega ponovnim zaduživanjem dužnika, to jest, dužnik bi uzeo novac na zajam da bi ostvario ovaj uslov.³¹

Na mogućnost *cessio bonorum* lica bez imovine ukazuje samo jedan tekst i to iz poznih, Justinijanovih vremena³².

U ovom slučaju, međutim, reč je o sinu ili čerci paterfamilijasa i o njihovom pekulijumu ili budućem nasleđu (o *bonis viventis* – dobrima živih).

Mada se u klasičnom periodu raspolažanje budućim nasleđem za života budućeg ostavioca smatralo nemoralnim i stoga je bio i zabranjen, u postklasičnom periodu ekonomске krize to je postalo dozvoljeno uz sa-glasnost budućeg ostavioca (pretka)³³. U ovom slučaju Justinijan dozvoljava cesiju budućeg nasledja iz razloga, da članovi porodice, koji će pre ili kasnije ova dobra imati u sopstvenom cenu (imovini), ne bi zbog neplaćenog duga trpeli neopravdani strah zbog pritiska poverilaca.

3. 2. Opravdani razlog za *cessio bonorum*

Prema tekstovima Digesta i Kodeksa cesija dobara (imovine) je bila pristupačna dužnicima, bez posebnih ograničenja³⁴. U doktrini ipak

³⁰ M. W. Frederiksen, nav. delo, str. 135; F. Woss, Peronalexekution und cessio bonorum im römischen Reichsrecht, ZSS 43 (1922), str. 520.

³¹ Videti o tome, S. Segura, nav. delo, str. 22 – 24. Prema Pakteru, međutim, ako bi dužnik iz ovog razloga uzeo novi zajam postavilo bi se pitanje izigravanja interesa poverilaca (W. Pakter, The Mystery of „Cessio Bonorum”, Index, 22/1994 str. 335).

³² C. J. 7, 71, 7 (iz 531. god. n. e.): Imperator Justinianus . Cum et filii familias possint habere substantias, quae patribus adquiri vetitae sunt, nec non peculium vel castrense vel quod patre volente possident, quare cessio bonorum eis deneganda sit?....cum apertissimi iuris est et inter patres familias et alieno iuri subiectos, si quid postea eis pinguius accesserit, hoc iterum usque ad modum debiti posse a creditoribus legitimo modo avelli. (Imajući u vidu da i sinovi pod vlašću mogu da imaju imovinu, koju je ocu zabranjeno prisvojiti, kao što je peculium, ne samo castrense već i ono što na osnovu njegove (očeve) saglasnosti mogu da poseduju, zašto bi im trebalo onemogućiti cessio bonorum? ... Tome služi ono potpuno jasno pravilo poznato i paterfamilijasu i njemu podčinjenim licima, da bi kasnije /kad postanu svojevlasna lica/ ova dobra njima pripala, iz istog razloga do visine duga poverioci mogu ova dobra na zakonit način oduzeti.)

³³ U novije vreme je buduća imovina, pa i buduće nasledstvo, takođe može da bude predmet raznih pravnih poslova, a pre svega ulaganja.

³⁴ D. 42, 3: De cessione bonorum; C.J. 7, 71: Qui bonis cedere possunt.

prevlađuje mišljenje, da je njena primena bila ograničena, pre svega zahtevom da je dužnik postao insolventan bez svoje krivice. Pri tome neskrivljenu propast dužnikove imovine podvode pod razne okolnosti više sile³⁵. Prema ovom mišljenju okolnosti više sile isključuju dužnikove fraudolozne radnje koje bi eventualno bile preduzete radi izigravanja interesa poverilaca (*fraus creditorum*)³⁶ i čini ga podobnim da pribegne beneficiji *cessio bonorum*. Slažemo se sa mišljenjem Paktera da je *cessio bonorum* bio zasnovan na savesnim i poštenim odnosima dužnika i poverioca i prema tome, svaka prevarna radnja je protivna njegovoj svrzi, ali, kako i sam tvrdi to ipak ne znači da je ovaj institut mogao da koristi samo onaj dužnik čija je imovina propala usled neke od okolnosti više sile³⁷. Lice čija je celokupna imovina propala usled više sile nije imalo minimum dobara za cediranje. Prema tome, inicirajući postupak isplate dugova ovim načinom i samo bi postupilo prevarno. S druge strane, ako bi dužnik fraudolozno otudio celokupnu aktivu svoje imovine ne bi ispunio uslov postojanja minimuma dobara potrebnih za *cessio bonorum* i to bi bio razlog da mu se ovaj postupak ne odobri. Inače, o dužnikovim fraudoloznim raspolađanjima vodili su računa zainteresovani poverioci. Zahtev onog dužnika da pribegne cesiji, za kojeg bi se saznalo da je pre nego što bi podneo zahtev, raznim fraudoloznim raspolađanjima oštetio svoje poverioce, bio bi odbijen. O takvom slučaju svedoči odluka prefekta Munacije Feliksa sačuvana na papirusu iz Egipta³⁸. Ako bi izigravanje interesa poverilaca bilo otkriveno tek kasnije o povraćaju otuđenih dobara vodio bi računa i kupac stečajne mase (*bonorum emptor*) koji je preuzeo na sebe obavezu da će do određenog procenta isplatiti poverioce.

Romanisti koji smatraju da je cesija dobara bila pristupačna samo dužniku čija je imovina propala usled neskrivljene propasti tj. više sile (*vis maior*)³⁹, kao dokaz za to navode samo dva izvora: jedan fragment Seneke, *De Beneficiis* 7, 16, 3 sa početka prvog veka n. e. i Gracijanovu konstituciju, C. Th. 4, 20, 1 (379) koja je izdata skoro četiri veka kasnije.

³⁵ Posebno, M. Wlassak, *Cessio bonorum*, Pauly-Wissowa, Raelencyclopaedie, vol. III, Stuttgart 1899, p. 1996.

³⁶ Isplatom duga pogodovanom poveriocu pre dospelosti (D. 42, 8, 17, 2), ili otuđenjem dobara radi umanjenja postojeće aktive (D. 42, 8 /9/ 25, 7; D. 42, 3, 4, 1)

³⁷ W. Pakter, nav. delo, str. 328 i 335.

³⁸ P. Ryl. II, 75.

³⁹ Glavni zastupnik ove teze je M. Wlassak (*Cessio bonorum*, Pauly-Wissowa, Raelencyclopaedie, vol. III, Stuttgart 1899 str. 1996). Ovo mišljenje je prihvaćeno i u udžbenicima rimskog prava.

Međutim, oba ova teksta su sporna u pogledu dokazanosti neophodnosti ovog uslova.

Neki od romanista smatraju da fragment Seneke (Seneca, *De Beneficiis* 7, 16, 3)⁴⁰ ukazuje na to da su samo oni dužnici mogli da cediraju svoju imovinu na osnovu *lex Iulia de bonis cedendis* čija imovina je „*incendio aut latrocino aut aliquo casu tristiore aliena cum suis perdidit*“ (zajedno sa tuđom propala usled požara, razbojništva ili druge tužnije nezgode). Slažemo se sa kritikom, da se ovaj fragment ne odnosi uopšte na *lex Iulia* već samo uopšteno ukazuje na osnovanost ili neosnovanost zahteva dužnika za beneficije sa aspekta moralnosti.⁴¹ Ova je samo jedna od mnogobrojnih Senekinih kritika nemoralnog ponašanja aristokratskih slojeva vremena u kojem je i sam živeo.

U pogledu odgovora na pitanje: da li je neskrivljena propast dužnikove imovine usled više sile bila uslov za *cessio bonorum*, od posebnog je značajna konstitucija Gracijana.

C. Th. 4, 20, 1= Brev. C. Th. 4, 18, 1 (379): Imppp. Gratianus, Valentianus et Theodosius aaa. ad Basilium comitem sacrarum largitionum. „*Ne quis omnino vel fisci debitor vel alieni rei in auro atque argento diversisque mobilibus retentator ac debitor bonorum faciens cessationem liberum a repetitione plenissima nomen effugiat, sed ad redhibitacionem debitae quantitatis congrua atque dignissima suppliciorum acerbitate cogatur: nisi forte proprietorum dilapidationem bonorum aut latrociniis abrogatam aut fortasse naufragiis incendioque conflatam vel quolibet maior inpetus infortunio atque dispendio docuerit adflictam.*» pp. Romae prid. id. oct., Ausonio et Olybrio coss. (Niko, bilo da je reč o dužniku fiska, ili o licu koje zadržava tuđe stvari u zlatu, srebru ili u različitim pokretnim stvarima, niti dužnik, da ne čini cesiju dobara radi izbegavanja povraćaja duga u celini, ali na isplatu iznosa /količine/ duga primorava se strogošću prikladne i najdostojnije kazne: osim ako bi možda mogao da

⁴⁰ Seneca, *De Beneficiis* 7, 16, 3: „Tu tam imprudentes iudicas maiores nostros - fuisse ut non intellegenter iniquissimum esse eodem loco haberis eum qui pecuniam quam a creditori acceperat libidine aut alea absumpsit, et eum, qui incendio aut latrocino aut aliquo casu tristiore aliena cum suis perdidit? Nullam excusationem receperunt ut homines scirent fidem utique praestandam. Satius enim erat a paucis etiam iustum excusationem non accipi quam ab omnibus aliquam temptari.” (Da li ti smatraš da su naši stari bili takve neznalice, da nisu shvatili da je najnepravednije da se izjednači onaj koji je potrošio novac uzet od poverioca na zadovoljavanje svoje strasti ili kocku, sa onim čija je imovina zajedno sa tuđom propala usled požara, razbojništva ili druge tužnije nezgode? Njima ne bi - trebalo oprostiti, da bi shvatili da treba da postupaju časno; bolje je stoga ponekad ne prihvatiš čak ni dobar razlog, nego dozvoliti svakome da pokuša da dobije oproštaj.) Videti, M. W. Frederiksen, nav. delo, str. 137.

⁴¹ S. Segura, nav. delo, str. 35 – 36.

dokaže da su njegova dobra stradala usled otimanja razbojnika, možda, u brodolomu ili su izgorela u požaru, ili je šteta nastala usled nasrtaja neke veće nesreće.)

Interpretatio. „*Nullus, qui aut fiscali debito aut privato probatur obnoxius, si aurum, argentum vel mobile quodcumque debuerit, ob hoc se credit a debito excusandum, quod dicat, de rebus suis se facere cessionem, sed poenit afflictus, quaecumque debuerit, cogatur exsolvere: nisi forte eiusmodi persona sit, quae se probet omnem substantiam suam aut naufragio aut latrocinio aut incendio aut cuiuslibet maioris violentiae impetu perdidisse.*“ (Niko, za koga bi bilo dokazano da duguje fiskalni ili privatni dug, ako duguje zlato, srebro ili bilo koje pokretne stvari, da ne misli da može da izbegne isplatu duga, govoreći, da o svojim stvarima čini cesiju, ali podvrgnut kazni, prinuđen je ispuniti sve što bi dugovao: izuzev možda ako bi bilo reči o takvom licu, koje je dokazalo da je sva svoja dobra izgubilo (propala) ili u brodolomu, ili u razbojništvu ili u požaru ili nasrtajem neke više sile.)

Ova konstitucija zabranjuje dužnicima, posebno dužnicima carske blagajne, kao i licima koja kao osiguranje (kauciju ili zalagu) zadržavaju vredne pokretne stvari dužnika (zlato ili srebro) da čine «cessio bonorum», da na ovaj način ne bi izbegli isplatu duga u celini (ovde se misli na fiskalni dug). Ovoj konstituciji dodat je deo «...nisi forte proprietum dilapidationem bonorum aut latrociniis abrogatam aut fortasse naufragii incendioque conflatam vel quolibet maior inpetus infortunio atque dispedio docuerit adflictam.» (osim ako bi možda mogao da dokaže da su njegova dobra stradala usled otimanja razbojnika, možda u brodolomu ili su izgorela u požaru ili je šteta nastala usled nasrtaja neke veće nesreće.) Upravo ovaj deo konstitucije se koristi kao potvrda da dužnik može da pribegne pogodnostima *cessio bonorum*, samo onda ako je njegova imovina propala usled više sile (*vis maior*).⁴²

Posmatrajući čisto tekstualno nije nemoguće uključiti *vis maior* u uslove odobrenja *cessio bonorum*, ali na osnovu detaljnije analize videćemo da se okolnosti više sile ne odnose direktno na *cessio bonorum*, nego na obavezu isplate duga. Inače, tekstualnu i tzv. dogmatsku analizu postklasičnih tekstova nije lako izvesti, jer ovi tekstovi nisu redigovani radi rešavanja pravno-tehničkih pitanja instituta u okviru klasičnog sistema prava zaokvirjenog principom dobrog i pravičnog, već su nastali radi rešavanja konkretnih problema društva u ozbiljnoj krizi, a radi ostvarivanja interesa carstva (*utilitas publica*). U ovom slučaju interes carstva jeste da naplati fiskalni dug u celini i da spreči različite načine korišćene koji bi u praksi doveli do manjka u carskoj blagajni izbegavanjem plaćanja dugova.

⁴² Videti, S. Segua, nav. delo, str. 38.

Imajući u vidu napred navedeno, analiziraćemo tekst konstitucije u okolnostima postklasičnog društva.

Ova konstitucija upućena je ministru finansija (*comes sacrarum largitionum*). Ova činjenica, kao i formulacija konstitucije ukazuje na to da se radi o javnom (fiskalnom) dugu, kao i na to da ovaj zakon štiti interes (*utilitas publica*) za naplatom fiskalnog duga, pre svega poreza. Carevi ukazuju na to da dužnici prenoseći svoju imovinu na svoje poverioce (*bonorum faciens cessionem*) misle da su oslobođeni isplate duga (pa i fiskalnog) u potpunosti. Stoga ovaj zakon određuje da su dužnici pod pretnjom stroge kazne prinuđeni da plate dug u celini.

Formulacija konstitucije otvara nekoliko pitanja:

1. Da li se tekst konstitucije odnosi na *cessio bonorum* (dobra, imovine) u pravom, klasičnom smislu reči, ili na *cessio rei* (stvari)?

2. Pored dužnika fiska konstitucija se odnosi i na druge dužnike. Posebno se spominju lica koja zadržavaju tuđe pokretne stvari, prvenstveno zlato i srebro. Ovo daje povoda mišljenju da se zabrana cesije odnosila i na dužnike koji bi dugovali privatnim licima⁴³. To potvrđuje i interpretacija navodeći pored dužnika koji duguju javni i one koji duguju privatni dug (*aut fiscali debito aut privato probatur obnoxius*). Imajući u vidu, međutim, da je interpretacija nastala nekoliko decenija kasnije (oko 450. godine) od izdavanja same konstitucije, postavlja se pitanje, da li se u ovom slučaju zabranjuje da lica koja drže tuđe vredne pokretne stvari ove cediraju na treća lica, ili se zabrana odnosi na dužnika da ove stvari cedira na svog poverioca?

3. Na šta se odnosi sporna rečenica: o okolnostima više sile – da li se ona odnosi na jedan od uslova započinjanja postupka *cessio bonorum* ili na otpust zaostalog duga (možda i duga u celini) u drugom stepenu naplate potraživanja? tj. da li je propast dužnikove imovine usled više sile uslov za *beneficium competentiae*?

Na osnovu analize izvora u okolnostima postklasičnog društva na ova pitanja možemo dati sledeće odgovore.

3. 2. 1. *Cessio bonorum ili cessio rei*

U Teodosijevom kodeksu ova konstitucija smeštena je pod naslov: *Qui bonis ex lege Iulia cedere possunt*⁴⁴, ipak je sporno, da li se ona od-

⁴³ Glavni zastupnik ove teze je M. Wlassak, nav. delo, str. 1996. Po drugim autorima (W. W. Buckland, A textbook of Roman Law from Augustus to Justinian, 3.izd. str. - 640, W. Pakter, nav. delo, 331), međutim, ova teza nije dokazana izvorima.

⁴⁴ C. Th. 4, 20.

nosi zaista na *cessio bonorum* u klasičnom smislu reči, jer pod istim názlovom nalaze se i konstitucije o cesiji i o cesiji stvari (*cessio rei*).

U konstituciji C. Th. 4, 20, 3 iz 386. god. n. e. spominje se samo reč *cessio*:

„*In omni cessione professio sola quaerenda est. IDEM D(I)XIT: In omni cessione sufficit voluntatis sola professio.*“ (U svakoj cesiji zahteva se sama potvrda izjave. U svakoj cesiji dovoljna je potvrda izjave same volje.)

Interpretacija ove konstitucije koristi izraze *cessio rei*.

Int. C. Th. 4, 20, 3: „*Queacumque aliquis alteri cesserit, profiteatur se tantum rem cessisse vel causam (potraživanje), hoc est aut gestis aut scriptura aut testibus et sola voluntatis illius professio pro omni firmitate sufficiat.*“ (Ako bilo ko cedira nešto drugome, treba da izjavi količinu (vrednost) cediranih stvari ili potraživanja, i to ili u javne registre, ili putem pisane isprave ili svedoka i sama izjava njegove volje dovoljna je za punovažnost /cesije/).

U Justinijanov kodeks ova konstitucija je preuzeta sa dodatkom reči „*bonorum*“ (*In omni cessione bonorum*)⁴⁵. To je najverovatnije učinjeno radi usaglašavanja teksta konstitucije sa tekstovima klasičnih pravnika unetih u Digesta, imajući u vidu Justinijanovo nastojanje da obnovi i ponovo primeni pravila klasičnog prava.⁴⁶

Sledeća konstitucija koja je sačuvana i uvrštena u Teodosijev kodeks preko *Lex Romana Burgundionum*⁴⁷ govori o *cessio rei*.

C. Th. 4, 20, 4: „*Cessionis ita firmitatem subsistere, si cuius rei per evidentem professionem voluntaria et evidens cessio teneatur, hoc est, ut cessionis nomine scriptura cuiuslibet rei cedentis voluntaria professione et subscriptione firmetur. Quod si de vi et metu is qui cessit queri voluerit, intra annum similiter institutam peragat actionem...*“ (Cesija zadržava svoju valjanost, ako se nečije stvari drže na osnovu dokazane izjave dobrovoljne i potvrđene cesije, to jest, ako je pismeno o cesiji bilo koje stvari potvrđeno dobrovoljnom izjavom i potpisom cedenta. Ali ako bi onaj koji je cedirao želeo da se žali na primenu sile ili pretnje može da

⁴⁵ C. J. 7, 71, 6: “In omni cessione bonorum ex qualibet causa facienda scrupulose priorum legum explosa professio sola quaerenda est...” (Pri svakoj cesiji dobara bez obzira iz kojih razloga je činjena, ukinuvši strogost prethodnog zakona, zahteva se samo potvrđena izjava.)

⁴⁶ O Justinijanovom tzv. klasicizmu videti, F. Schulz, *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1967, 278 – 285.

⁴⁷ Lex Romana Burgundionum 38.4: *Cessionis vero ita firmitatem subsistere, si cuius rei per evidentem professionem voluntaria et evidens cessio teneatur, hoc est: ut cessionis nomine scriptura cuiuslibet rei cedentis voluntaria professione et subscriptione firmetur. Quod si de vi - et metu is quis cessit queri voluerit, intra annum similiter institutam peragat actionem, secundum Theodosiani leges libro iv, sub titulo: qui lege iulia bonis cedere possunt.*

pokrene postupak, sličnom tužbom (za slučaj primene sile i pretnje) u roku od godinu dana.)

U interpretaciji citirane Gracijanove konstitucije reč je takođe o *cessio rei*:

Int. C. Th. 4, 20, 1: *de rebus suis se facere cessionem, ...* " (o svojim stvarima činiti cesiju).

O cesiji svari govori i Izidor u Etimologiji.

Isid. Etym. V, 25, 32: „*Cessio est propriae rei concessio...*” (*Cessio* je ustupanje sopstvenih stvari...).

Na osnovu ovih tekstova da se izvesti zaključak, da u postklasičnom periodu sve do Justinijana nije pravljena jasna razlika između in *iure cessio, cessio bonorum, cessio rei* i cesije potraživanja.

Prema našem mišljenju, promena da se umesto ustupanja imovine (*cessio bonorum*) u postklasičnim dojustinijanskim izvorima govori o ustupanju stvari (*cessio rei*), bila je posledica, pre svega, promene u izvršnom postupku. Poznato je, da je u postklasičnom periodu izvršenje presude nad celokupnom imovinom osuđenog lica, osim u izuzetnim slučajevima, zamolio izvršenje presude nad dužnikovim pojedinim stvarima, naravno, uz zadržavanje izvršenja i nad dužnikovom ličnošću (njegovim zatvaranjem i odradom duga). Cesija stvari je upravo posledica ove promene⁴⁸. Ona se primenjivala pri vansudskoj naplati potraživanja ili u toku postupka pre donošenja presude (tzv. *transactio*)⁴⁹. Posle donošenja presude postklasični izvori samo izuzetno dozvoljavaju sporazume o drugim načinima namirenja potraživanja i to samo u slučaju ako bi pobednik u sporu (poverilac) želio da čini osuđenom licu poklon, odnosno otpust dela duga.⁵⁰

Dok je u klasičnom periodu namera dužnika da izvrši cesiju dobara mogla da bude najavljena neformalno putem glasnika ili pisma (Marcia-

⁴⁸ A možda i uticaja narodnog (nepravničkog) shvatanja, po kom, imovina nije ništa drugo od ukupnosti stvari koje pripadaju jednom licu. Na žalost, i naši pravnici praktičari su skloni da pravni pojam imovine (ukupnost prava /aktive/ i obaveza /pasive/ izraženih u novcu, određenog lica u datom vremenu), zamene sa laičkim shvatanjem i ne razlikujući stvar od imovine govore o «pokretnoj- ili nepokretnoj imovini».

⁴⁹ J. A. Goddard, nav. delo, str. 24 – 26.

⁵⁰ P. S. 1, 1, 3: „*De rebus litigiosis et convenire et transigere possumus.*“ (U pogledu predmeta spora dozvoljeno je kako sporazumevati se tako i putem transakcija gasiti spor). P.S. 1, 1, 5a: „*Post rem iudicatum pactum, nisi donationis causa interponatur, servi non potest.*“ (Posle presudene stvari ne može se uvažiti naknadni sporazum, izuzev ako se to čini u cilju darovanja). Int. „*Post rem iudicatum pactio inter eos, qui litigaverunt, tunc obtinet firmatatem, si de summa, quam iudicio constat adictam, ab eo, qui vicit, aliquid concedatur.*“ (Posle presudene stvari, između onih koji su se sporili, samo utoliko može da bude valjan sporazum, ako od sume koja je u sporu dosuđena, od strane onog ko je pobedio, nešto bude otpušteno.)

nus, D. 42, 3, 9: «*sufficit, et nuntium, vel epistulam id declarari.*» -dovoljno je to objaviti i preko glasnika ili putem pisma), u postklasičnom periodu je volja dužnika morala biti posebno potvrđena. Izvori ne ukazuju na tačno određenu formu u kojoj je volja dužnika trebala da bude verifikovana. Justinijanova konstitucija C. J. 7, 71, 6 (koja je modifikovana verzija C. Th. 4, 20, 3 iz 386): spominju neka stroga pravila prethodnog perioda «*scrupulositate priorum legum*», koja su ukinuta već za vreme Teodosija II, međutim, ova pravila nam nisu sačuvana. Posle ove konstitucije prihvaćeno je pravilo da volja cedenta mora da bude nedvosmisleno potvrđena i pri tome forma nije precizirana: «*In omni cessione bonorum ex qualibet causa facienda scrupulositate priorum legum explosa professio sola quaerenda est...*» Ovo pravilo bilo je prihvaćeno u praksi na Zapadu i pre Justinijana, jer u interpretaci navedene konstitucije koja potiče iz perioda oko sredine petog veka nove ere potvrda dužnikove volje o cesiji objašnjena je na sledeći način:

Int. C. Th. 4, 20, 3: “*Queacumque aliquis alteri cesserit, profiteatur se tantum rem cessisse vel causam (potraživanje), hoc est aut gestis aut scriptura aut testibus et sola voluntatis illius professio pro omni firmitate sufficiat.*” (Ako bilo ko cedira nešto drugome, treba da izjavi količinu (vrednost) cediranih stvari ili potraživanja, i to ili u javne registre, ili putem pisane isprave ili svedoka i sama izjava njegove volje dovoljna je za punovažnost (cesije).

Nedvosmislena potvrda dužnikove volje da želi da ustupi svoja dobra/stvari, bio je osnovni zahtev, međutim, ova potvrda je mogla biti i iznuđena primenom sile ili pretnje. U tom slučaju prema C. Th. 4, 20, 4 daje se mogućnost dužniku cedentu da pokrene postupak u roku od godinu dana.

O zabrani i sankcionisanju iznuđenih cesija od strane silnika (*potentiores*) koji su koristili pored svog bogatstva i svoju posebnu «vojsku» radi vršenja pritiska na dužnike kako bi naplatili svoja ili za nisku cenu kupljena tuda potraživanja svedoče sledeće konstitucije:

C. Th. 3, 1, 9 (415): ‘*Venditiones, donationes, transactiones, que per potentiam extortae sunt praecipimus infirmari.*’ (Prodaje, poklone, transakcije, koje su iznuđene od strane silnika naredujemo poništiti.)

Putem par godina kasnije izdatog zakona (C. Th. 2, 13, 1 (iz 422. god.), nastojeći da spreče poverioce da svoja potraživanja prenose radi naplate na silnike, carevi su propisali da će poverilac u tom slučaju biti kažnen gubitkom svog potraživanja.⁵¹

⁵¹ C. Th. 2, 13, 1: “*Impp. Honor. et Theodos. aa. Ioanni pf. p. post alia: si cuiuscumque modi cautiones ad potentum fuerint delatae personas, debiti credidores iactura mulc-*

U kasnjem zakonu⁵² sa početka šestog veka, da bi silnici, pribavioci spornih i teško naplativih potraživanja gubili interes da putem cesije stiču takva potraživanja, određeno je, da će silnik prodajom pribavljenog potraživanja moći da naplati samo onu sumu koju je i sam platilo cedentu, kao i eventualne kamate, ali ne i vrednost potraživanja u celini.

Imajući u vidu praksu iznuđivanja cesija (dобра, ствари или потраživanja) од стране silnika (*potentiores*) и штетност ових cesija za imperiju, najverovatnije, да је потврда dužnikove volje да је доброволјно приступио cediranju morala biti javna i lako dokaziva. Iznuđеним cesijама *potentiores* су могли да ostvare veću dobit od onog što су платили за kupljeno potraživanje ili ispravu о dugу, што би довело до osiromašenja i propadanja sitnih posednika i bogaћenja veleposednika, а самим тим, до slabljenja carske vlasti pogotovo u западном делу imperije. Osiromašeni sitni posednici постали би колони veleposednika (који нису neposredni poreski obveznici carstva), а veleposednici су избегавали plaćanje poreza prvo захтевима за privilegijama, а касније и upotreбом sopstvene sile (pa i vojne).

Razlog zabrane *cessio (bonorum, rei)* је да се obezbedi naplata фiskalnog duga (pre svega poreza) u celini. Posle Dioklecijanove poreske reforme, kada је uveden jedinstveni porez на teritoriji cele imperije, *cessio (bonorum, rei)* угрожавао је интересе carstva, jer су од тада сви podanici imperije били првенstveno dužnici carske blagajne (fiska). Naime fisk је имао на celokupnoj sadašnjoj i будућој imovini podanika prečutno zaključenu (*tacite contrahitur*) zalогу⁵³. Cesijom svojih dobara na korumpirane carske službenike ili na veleposednike (*potentiores*) siromašni sitni posednici не били би у stanju да plaćaju poreze.

3. 2. 2. Opšti interes (utilitas publica) carstva za naplatu poreza

Pored dužnika carske blagajne (fiska), u Gracijanovoj konstituciji posebno se spominju lica која задржавају tuđe pokretne stvari pre svega злато и сребро. Nije rečeno да су ове вредне stvari задржане од стране poverioca као zaloga, tekst konstitucije, međutim, aludira на то да је reč о cesiji stvari које се налазе код poverioca или које су opterećene u njegovu korist zbog duga – односно да dužnik cesijom prenosi određene pokretne stvari na

tentur. ...» (Ako bi bilo која isprava o dugu bila preneta на silnike, poverioci ће бити kažnjeni gubitkom duga /nemogućnošću naplate duga/...).

⁵² C. J. 4, 35, 22, 1 iz 506. god.

⁵³ D. 49, 14, 46 par. 3 “Fiscus /semper/ habet ius pignoris.” (Carska blagajna има (uvek) право zaloge.), takođe: Fragmentum de iure fisci (2-3 vek. n. e.?) Fol. I, 5; C. J. 8, 14 (15), 1 iz 213 n. e.; C. J. 8, 14 (15), 2 iz 214 n. e.

svog poverioca i time smatra da je platio dug – pa i fiskalni. Naime, poreski obveznici u nemogućnosti isplate poreza opterećivali bi svoja dobra zalogom u korist poreskih izvršilaca, koji su im obećavali odlaganje naplate. Korumpirani sakupljači poreza bi ove stvari prisvojili za sebe, a u poreskim registrima ne bi konstatovali da je obaveza obveznika izmirena na drugi način, tj. da su vredne dužnikove stvari prenete na njih, sakupljače poreza na ime poreskog duga. O ovom problemu kazuje na primer Salvijan ukazujući na slučajevе da su poreznici zahtevali naplatu poreskih dugova za zemlju koju je njihov predak već odavno izgubio.⁵⁴

Prema tome, zabrana licu koje ima dokaz o dugu da vrši cesiju potraživanja ili koje zadržava dužnikove pokretne stvari kao zalogu da cesijom stekne ove stvari u svojinu, pre se odnosi na problem prakse pretvaranja fiskalnog duga u privatni uz izigravanje interesa fiska, nego na zabranu cesije ovih stvari od strane poverilaca na treća lica. To potvrđuje i Isidor u svojoj Etimologiji:⁵⁵ kada piše da: ustupiti (cedirati) možemo samo svoje stvari, tude stvari se ne cediraju nego se vraćaju ('*Cedo iure propinquitatis.*' *Cedere enim dicimus quasi concedere, id est, quae propria sunt; nam aliena restituimus, non cedimus.*')

U postklasičnom periodu krize i neizvesnosti postojala je mogućnosti lakog bogaćenja carskih službenika iskorišćavanjem siromaštva sitnih posednika. Prema našem mišljenju, to je često išlo na štetu fiska. U carskim konstitucijama postoje podaci o tome da je fiskalni dug pretvaran u privatni na štetu fiska.

Tako na primer, Marcijanova novela ukazuje na razne načine pretvaranja javnog (fiskalnog) duga u privatni.

Nov. Marc. 2, 2 (450) „...in privatum contractum vel in cautionem debitum publicum transiisse vel novatum esse dicatur, aut si quis curialis exactor vel cohortalis compulsor pro obnoxio se intulisse commemoret ...“ (ako bi bilo rečeno da je javni /fiskalni/ dug pretvoren u privatni ugovor, ili u ispravu o dugu, ili je izvršena novacija, ili ako bi se kurijal ili službenik u svojstvu poreskih izvršilaca pozivao na to da je sami platio porez za obveznika).⁵⁶

3. 2. 3 Vis maior i beneficium competentiae

Slažemo se sa mišljenjem da okolnosti više sile isključuju sumnju u dužnikove fraudolozne radnje preduzete radi umanjenja aktive njegove

⁵⁴ Salvianus, De Gub. Dei, 268; 269; 284.

⁵⁵ Isid. Etym. V, 25, 32.

⁵⁶ Na ove načine izigravanja interesa fiska ukazuju i sledeće konstitucije: C. Th. 11, 3, 1 (319); C. Th. 5, 15, 15 iz 364. god.

imovine. Međutim, ne bi trebalo ispustiti iz vida, da *vis maior* dovodi i inače do gašenja obligacija čiji je predmet individualno određena stvar, a i nekim slučajevima usled ovih okolnosti dužnik bi bio oslobođen isplate i novčane obaveze već po klasičnom pravu⁵⁷.

Prema našem mišljenju, deo konstitucije kojim se smatra potvrđenim da dužnik može da čini cesiju dobara samo onda ako je njegova imovina stradala usled neke okolnosti više sile, ne odnosi na mogućnost započinjanja postupka *cessio bonorum*, nego na njegovu obavezu isplate duga u celini. Smatramo da se i u ovom slučaju primenjivalo opšte pravilo o oslobođanju dužnika isplate usled okolnosti više sile (*vis maior*). Prema tome, propast dobara ili nemogućnost isplate duga u celini usled više sile ne može da se shvati kao uslov odobrenja postupka *cessio bonorum*, nego na otpust zaostalog duga radi omogućavanja opstanka dužnika i njegove porodice. Međutim, imajući u vidu da su okolnosti više sile mogле biti lažno predstavljane ili simulovane⁵⁸ posle navedene konstitucije, Gracijan je ubrzo izdao i jednu drugu o zabrani cesije radi izbegavanja isplate fiskalnog duga. U ovoj konstituciji nedostaje sporna rečenica o pogodnostima koje bi dužnik uživao ako bi dokazao da je dobra izgubio usled više sile.

C. Th. 10, 16, 4 (385): „Imppp. Gratianus, Valentinianus et Theodosius aaa. Florentio proconsuli Palaestinae. *Nemo susceptor vel exactor vel debitor fisci dumtaxat cessionem bonorum faciens intentionem publicae necessitatis evadat, sed omnes omnino, quos fisci nostri esse constiterit debitores, ad solutionem ea severitate, quam vigor iudicarius postulat, urgeantur.*“ Dat. VIII kal. sept. Constantinopoli Arcadio a. I et Bautone cons. (Ni poreznik niti izvršilac kao ni dužnik carske blagajne nipošto da ne čine cesiju dobara radi izbegavanja onog (poreza) što je neophodno za opštu stvar, već su svi, za koje bude utvrđeno da su dužnici naše blagajne, sa strogošću koju sila zakona zahteva, svakako primorani na isplatu (duga blagajni).

Ova konstitucija se nalazi pod naslovom: *De fisci debtoribus* (O dužnicima fiska), što u suštini znači da se konstitucija odnosi na svakog dužnika, jer su u postklasičnom periodu svi podanici carstva bili dužnici fiska. Carevi žele da kažu da činiti cesiju nije korisno za dužnike, jer

⁵⁷ W. nav. delo, str.. 323 i dalje; D. 17, 2, 52, 3; D. 21, 1, 17, 3; D. 35, 2, 30. O slučaju umanjenja zakupnine usled okolnosti više sile za zakup zemlje koja je u svojini carstva, videti, A. Trisciuoglio, *Bona fides e locazioni pubbliche nelle Opiniones di Ulpiano, in: Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea, Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, vol. IV, Milano, 2003, str. 313 – 330.

⁵⁸ Kao na primer, namerno potapanje starog broda sa bezvrednim teretom, uz tvrdnju da je brod stradao u brodolomu.

ostaju dužnici fiska. S duge strane cesija činjena radi izigravanja fiskalnih interesa carstva je suprotna opštem interesu (*utilitas publica*) i prema tome je i zabranjena. Moramo takođe konstatovati da imajući u vidu da je u postklasičnom periodu celokupno stanovništvo imperije bilo permanentni dužnik fiska, u ovom periodu (iz kojeg potiče sporna Gracijanova konstitucija) *cessio bonorum (rei)* ne može više da se shvati kao pogodnost data dužniku. Justinijan potrebu građana da pribegnu cesiji dobara smatra žalosnom «*ad miserabilis cessionis bonorum homines veniant*».⁵⁹

Stav careva o plaćanju dugova, a pre svaga fiskalnih bio je jasan: dugovi se moraju isplatiti u celini. Da li će dati dužnicima oprost zaostalih dugova zbog nemogućnosti isplate usled nastupele okolnosti više sile, nije zavisilo od toga da li dužnik može da dokaže da su nastupile okolnosti više sile. O tome su mogli da odlučuju samo carevi. Imajući u vidu teške uslove života u carstvu u periodu opšte dekadencije, ratova, nemira i nemaštine, carevi su u opravdanim slučajevima putem posebno izdatih zakona opraštali zaostale poreske dugove. Na primer, zakonom iz 418. godine za Kampaniju porez je bio smanjen na jednu devetinu uz obrazloženje: «da je njena teritorija ranije bila opterećena većim porezom, a kasnije je bila opustošena upadom neprijatelja».⁶⁰

Prema tome, otpust zaostalih poreskih dugova (*beneficium competentiae*) u postklasičnom dojustinijanskom periodu nije usledio ako bi poreski obveznik dokazao da je pretrpeo gubitak dobara usled više sile, nego samo onda ako su o tome carevi odlučili posebnim zakonom.

4. ZAKLJUČAK

U ovom članku žeeli smo da ukažemo na razloge uvođenja *cessio bonorum*, na njegovu funkciju i na osnovna pravila regulisanja, kao i na promene koje je ovaj institut pretrpeo u toku rimske istorije. Posebno skrećemo pažnju čitalaca na pravilo rimskog prava, da je poveriocima bilo zabranjeno da stiču svojinu na cediranim dužnikovim dobrima.

Naplata potraživanja poverilaca se odvijala u dva stepena. U prvom stepenu dužnik bi preneo celokupnu svoju imovinu na svoje poverioce radi naplate barem dela njihovih potraživanja putem javne prodaje njegove imo-

⁵⁹ C. J. 7, 71, 8.

⁶⁰ C. Th. 11, 28, 12 (418): “quam et vetustatis gravior onerat adscriptio et post hostium vastavit incursio, per aequatis territoriiis nonam partem tantummodo praeteriti assis publicarum toleret functionum.”

vine (*venditio bonorum*) po pravilima redovnog stečajnog postupka, pri čemu se primenjivala i pravila o izigravanju interesa poverilaca (*fraus creditorum*). U drugom stepenu postupka naplate potraživanja, dužniku je data mogućnost da zaostali dug isplati u meri u kojoj to može da čini bez ugrožavanja egzistencije svoje porodice (*beneficium competentiae*).

Sa posebnom pažnjom smo razmatrali pitanje uslova potrebnih po rimskom pravu za odobrenje *cessio bonorum*: postojanje minimuma dobara i opravdanih razloga dužnika da pribegne ovom načinu izvršenja.

Suprotno još uvek preovlađujućem mišljenju, da među opravdane razloge odobrenja *cessio bonorum* spada i činjenica da je dužnik postao insolventan bez svoje krivice (usled okolnosti više sile), smatramo, da izvori rimskog prava (Senekin fragment, *De Beneficiis* 7, 16 i Gracijanova konstitucija, C. Th. 4, 20, 1 iz 379. god. n. e.) to ne potvrđuju.

Na osnovu analize Gracijanove konstitucije (koja zabranjuje cesiju dobara koja bi dovela do nemogućnosti isplate fiskalnog duga u celini) u okolnostima postklasičnog društva, možemo zaključiti, da neskrvljena propast dužnikove imovine nije bio uslov započinjavanja postupka *cessio bonorum*, već je bio uslov da dužnik zadrži dobra neophodna za izdržavanje svoje porodice (*beneficium competentiae*) u drugom stepenu naplate potraživanja.

Imajući u vidu, međutim, da su u postklasičnom periodu, svi podanići rimske imperije bili dužnici carske blagajne u pogledu plaćanja poreza, kao i to da su okolnosti više sile mogle biti lažne ili simulovane, o otpustu zaostalih fiskalnih dugova (*indulgentiae reliquorum* u funkciji *beneficium competentiae*) mogli su da odlučuju samo carevi.

Ako interesi carstva (*utilitas publica*) nisu bili ugroženi cesijom dobara, tada je od volje poverilaca zavisilo da li će prihvati ovaj način naplate potraživanja i omogućiti dužniku *beneficium competentiae*.

Imajući u vidu da je *cessio bonorum* kao način naplate potraživanja poverilaca ponovo prisutan u savremenom pravu u vidu takozvanog ličnog bankrota, a njegovo uvođenje se planira i u Srbiji⁶¹, smatramo da u ovom radu razmatrana pitanja mogu da budu korisna i pri regulisanju i primeni instituta ličnog bankrota savremenog prava.

⁶¹ Portal nedelja, 30. avgust .2009. I Srbi će uskoro moći da objavljuju lični bankrot <http://petarj.blogspot.com/2009/08/i-srbi-ce-uskoro-moci-da-objavljuju.html>; O pravilima ovog instituta u pravu Švajcarske, videti, S. Segua, nav. delo, str. 67 – 201; : O ličnom bankrotu sa aspekta zaštite potrošača, videti i: : A. Fejš, Potrošač u uslovima društveno-ekonomske krize, problem prezaduženosti korisnika kredita sa posebnim osvrtom na prevenciju prezaduženosti, u «Pojedinac, porodica i preduzeće u uslovima društveno-ekonomske krize: stanje i mogućnost prevazilaženja», Zbornik radova, Fakultet za pravne i poslovne studije, Novi Sad, 2009, str. 219-238.

*Magdalna Sič, Ph.D., Associate Professor
Novi Sad School of Law*

Cessio bonorum of Roman Law **– contribution to the contemporary's institution of personal bankruptcy –**

Abstract

Th. Mommsen: „*Lex Iulia de bonis cedendis*“ created the rights of a debtor upon which all our modern bankruptcy regulations are based”. (*Hist. Rome.* /2/ 5, 401)

Cessio bonorum, as a kind of debt reimbursement of the insolvent debtor's creditors by a voluntary transfer of property together with *bene-
ficium competentiae*, is one of the mysterious institutions of Roman law.

In this paper the author shows onto the reasons for *cessio bonorum*, on its function, regulation and on the changes which this institution underwent during the Roman history. The author particularly emphasizes, the Roman law rule according to which it was prohibited for the creditors to acquire ownership on the debtors transferred goods (by *cessio bonorum*.) The reimbursement of debtors was done by public sale of the debtor's property (*venditio bonorum*) in a regular bankruptcy procedure and including the rules on *fraus creditorum*.

The paper gives special attention to the existence of minimum goods and justified reasons of the debtor as necessary preconditions for the approval of *cessio bonorum*. Despite the prevailing opinion that among justified reasons for *cessio bonorum* lies also the fact that the debtor became insolvent without his fault (i.e. that his property perished by an occasion of *vis maior*), according to the author, is not confirmed by the sources (Seneca, *De Beneficiis* 7, 16 and C. Th. 4, 20, 1 from 379 A.D.).

Analyzing the text of the constitution of Gratianus (C. Th. 4, 20, 1 about the prohibition of *cessio bonorum*, which would ultimately make the reimbursement of fiscal debts impossible in their entirety) in the circumstances of the postclassical society, the author arrives to the conclu-

sion that the debtor's innocence for his insolvency was not a condition for the approval of *cessio bonorum*, but was a condition for keeping the necessary goods for supporting the family (*beneficium competentiae*) in the second instance of a debt settlement.

However, having in mind that in the postclassical period, in terms of tax payment, the entire population of the Roman Empire was permanently a debtor of the imperial treasury, and that the circumstances of *vis maior* could have been false or simulated, the decision about the remission of fiscal debts (*indulgentiae reliquorum* in function of *beneficium competentiae*) was solely in the hands of the emperors. If the interests of the Empire (*utilitas publica*) were not imperiled by *cession bonorum*, than it depended only on the will of creditor whether he would accept this way of debt settlement, giving thereby a possibility of *beneficium competentiae* to the debtor.

Taking into consideration that some kind of *cessio bonorum* as a way of debt settlement is again present in contemporary legislations as the so called personal bankruptcy, and its introduction is planning also in Serbia, according to the author, the questions discussed in this paper could be useful regarding the regulation and application of contemporary personal bankruptcy as well.

Key words: *cessio bonorum*, *cessio rei*, personal bankruptcy, debt settlement, *beneficium competentiae*

*Dr Marija Salma, vanredni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

ZABRANA ZLOUPOTREBE PROCESNIH OVLAŠĆENJA*

Sažetak: U ovom radu se obrađuje najpre materijalnopravni, a zatim i procesnopravni aspekt zabrane izigravanja prava. Izigravanje prava se shvata kao indirektna protivpravnost, odnosno ponašanje koje je protivno smislu pravne norme. Izigrati se mogu samo imperativni propisi, ali se izigravanjem smatraju i ponašanja koja su suprotna zakonom zaštićenim interesima druge strane u materijalno pravnom odnosno, procesno pravnom odnosu. Iako nema jedinstvenu opštu sankciju, pošto se primenjuju sankcije zaobiđenog pravnog propisa, ona je koristan institut jer doprinosi ostvarivanju zakonitosti, kao i savesnom vršenju procesnih ovlašćenja.

Ključne reči: Zloupotreba procesnih ovlašćenja, zaobilaženje prava, pravne posledice zaobilaženja u parničnom postupku

1. UOPŠTE O ZLOUPOTREBI PRAVA

Vršenje prava mora da bude saglasno doslovnom tekstu zakonske norme kao i smislu (cilju) kome služi pravna norma. Najčešće se zloupotreba prava shvata kao indirektna protivpravnost, budući da je radnja izigravanja kojom se ostvaruje zloupotreba prava saglasna doslovnom tekstu norme, a protivna je cilju kome je ona ustanovljena.

Postoje različite pravne sintagme koje su u principu sinonimi, koji ma se izigravanje označava: 1. Zaobilaženje prava (Umgehung des Geset-

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

zes). Izraz zaobilaznog ponašanja je porekлом из немачки literature, а користи се и у домаћој literaturi.¹ Smisao te sintagme upućуje na то да странка radnjom заобilaženja želi да izbegne primenu за њу nepovoljne pravne norme. Npr. u ugovoru simuluje nižu cenu, nego što je stvarna ugovarena cena, или simuluje poklon umesto stvarne disimulovane kupoprodaje, sve у намери да izbegne veći porez. Naravno, simulacija ili fingiranje ugovora² nije jedini oblik izigravanja. 2. Fraudolozno ponašanje, postupanje je drugi oblik. Potonje ima dve varijante: a) Izigravanje zakona (*agere in fraudem legis*), b) izigravanje zakonom заштиćenih interesa stranke (*agere in fraudem partis*). Podela je izvršena обзиром на subjektivni elemenat izigravanja, намери за izigravanjem. Prva pod varijanta подразумева да је ова намера противна смислу неке imperativne zakonske norme, а друга upućуje на то да је та намера противна privatnim interesima druge strane у правном односу.

У теорији је prisutno shvatanje да је израз izigravanje i zloupotreba prava sa različitim pravnim značenjem.

Postoji *objektivno* i *subjektivno* shvatanje zloupotrebe prava већ у зависности од тога да ли је потребан subjektivni elemenat. По objektivnom shvatanju dovoljna је по себи radnja izigravanja, а по subjektivnoj doktrini uz objektivan elemenat, потребна је намера izigravanja.

O elementima izigravanja. 1. Izigravati se могу само *imperativne* pravne norme, а не и dispozitivne, будући да потонje norme dopuštaju и drugaчије ponašanje. Тада, другачије ponašanje, ne povlačи правну posledicu izigravanja. Norma koja se izgrava, може бити било која норма, норма civilnog (privatnog) prava или норма javnog prava. 2. Drugi element је *radnja izigravanja*. Нју чини било које људско ponašanje које је objektivno protivno smislu неке imperativne norme. Radnje izigravanja су vrlo različite. Што god је rigorozniji pravni poredak тим су чешћа izigravanja. 3. Treći elemenat је subjektivni i састоји се у *nameri izigravanja*, како је већ gore iznetо.³

Sankcije izigravanja су nesamostalне, vrlo različite, пошто се primeњују one pravne posledice које су inkorporisane u izigranoj normi. Npr. kod simulacije poklona i disimulacije kupoprodaje, u hipotezi да је poreski zakon blaži за dobročine poslove, kada se откриje disimulacija, primeњиće се poreska stopa за kupoprodaju а не за poklon.

¹ V. Prof. dr Jožef Salma, *Simulovani ugovori*, Institut za uporedno pravo-Savremena administracija, Beograd, 1988.

² V. čl. 66 Zakona o obligacionim odnosima.

³ V. bliže o elementima izigravanja, Prof. dr Jožef Salma, *Obligaciono pravo*, 7. reprint izdanje, Izdavački centar Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2007. g., str. 163-165.

Postoje shvatanja koja *negiraju karakter samostalnog instituta izigravanja*, budući da nema samostalnu sankciju. Ima i autora koji negiraju i dispoziciju, tj. načelo zabrane izigravanja, tvrdeći da je to zabrana zabrane, tj. dozvola. Naime u svakoj zabrani postoji i doslovna zabrana i zabrana ponašanja protivno cilju pravne norme, te ne treba još jedna zabrana kojom se zasebno zabranjuje ponašanje protivno cilju, smislu norme jer to formalno logički dovodi do suprotnog efekta nego što je smisao instituta. (Takvo stanovište zastupa švajcarski autor Maday Denis). Otuda veći broj klasičnih građanskih zakonika (Code civil, BGB, ABGB) ne sadrže posebnu zabranu izigravanja u svojim osnovnim načelima. Istina, ovi zakonici traže *savesno ponašanje* (načelo savesnosti i poštovanja – Treu und Glauben). Imperativ savesnosti prožima ceo poredak civilnog prava i materijalnog i procesnog. Izigravanje nije ništa drugo do kontrarijum u odnosu na to očekivanje, predstavlja *oblik nesavesnosti*.

2. O ZABRANI ZLOUPOTREBE POCESNIH OVLAŠĆENJA U PARNIČNOM POSTUPKU

Ono što vredi u materijalnom pravu, mutandis, važi i za građansko procesno pravo. ZPP sadrži načelo zabrane zloupotrebe procesnih ovlašćenja.⁴ To znači da se stranke, ostvarujući svoja procesna ovlašćenja, preduzimajući parnične radnje, moraju tim ovlašćenjima služiti tako, da ona budu u skladu sa zakonom predviđenom svrhom tih ovlašćenja. Tim radnjama stranka ne sme da vreda imperativne propise, javni poredak i pravila morala. Ne sme da odugovlači parnicu (npr. irelevantnim dokaznim predlozima), ne sme da vreda procesnim propisima predviđena prava druge strane. Parница je po svojoj svrsi postupak razrešenja nastalog spora i služi utvrđivanju istine. Iako parnicom vlada princip slobodne dispozicije stranaka, procesne radnje treba da su preduzete savesno. Pošto je zabrana izigravanja procesnih ovlašćenja po sebi imperativan propis, sud bi pravne posledice zloupotrebe procesnih ovlašćenja mogao izreći ne samo na inicijativu stranke, već i po službenoj dužnosti. Opšta posledica, ako zakon što drugo ne propiše, jeste ništavost fraudolozno preduzete procesne radnje.

Stranke su dužne da savesno koriste svoja procesna ovlašćenja. Zadatak je suda pak, da *onemogući svaku zloupotrebu* prava koja strankama pripadaju u postupku. Suzbijanje zloupotrebe sud postiže putem *radnji upra-*

⁴ V. čl. 9 ZPP-a.

vrijanja postupkom. Tako npr., *odlaganje rasprave* sud dozvoljava samo ako postoji *opravdani razlozi*. O opravdanosti razloga sud vodi računa i kad odlučuje o *povraćaju u pređašnje stanje*.⁵ Povraćaj se dozvoljava ako propuštanje ima za posledicu prekluziju, ako je razlog za propuštanje opravdan i ako je zahtev za povraćaj stavljen u roku. Skraćeni su rokovi za povraćaj u pređašnje stanje. Subjektivni rok iznosi osam dana a objektivni šezdeset dana. Sud će odbaciti kao neuredan predlog za vraćanje u pređašnje stanje ako stranka uz predlog ne podnese dokaz koji bi sud trebalo da izvede. O predlogu se po pravilu odlučuje bez rasprave. Zabrani zloupotrebe procesnih ovlašćenja služe i pravila o ograničenju iznošenja novih činjenica u žalbi. Naime, iznošenje novih činjenica prvi put u žalbi je moguće samo izuzetno, odnosno ako stranka dokaže da ih ranije iz objektivnih razloga nije mogla izneti (pravilo o *benefitium novorum-u*)⁶ Da bi sprečio zloupotrebu procesnih ovlašćenja zakonodavac je predviđao da je *svrsis-hodna delegacija*⁷ nadležnosti nedopuštena ako stranka ponovo podnese istovetan predlog za promenu mesne nadležnosti. Da bi se sprečile zloupotrebe zakonodavac je predviđao *posledice izostanka stranke* kako sa pripremnog ročišta.⁸ Tako, i sa ročišta za glavnu raspravu.⁹ Ako na pripremno ročište ne dode tužilac, a uredno je pozvan, smatraće se da je tužba povućena, osim ako tuženi ne zahteva da se ročište održi. Ako sa glavne rasprave izostane jedna od stranaka, sud raspravlja sa prisutnom strankom. Ako izostanu obe stranke, smatraće se da je tužilac povukao tužbu. Sprečavanju zloupotrebe procesnih ovlašćenja doprinose i odredbe koje se odnose na postavljanje zahteva za *isključenje* i *izuzeće* sudske. Naime, do zloupotrebe može dovesti ne samo radnja stranke već i radnja odn. (subjektivno ili pristrasno) ponašanje suda. Stranka je dužna da podnese zahtev za isključenje ili izuzeće čim sazna za razloge a najdocnije do dovršenja raspravljanja pred prvostepenim sudom, a ako nije bilo raspravljanja, do donošenja odluke. Stranka može da traži isključenje ili izuzeće samo sudske koji postupa u određenom predmetu. Ona mora obrazložiti svoj zahtev i navesti okolnosti na kojim zasniva zahtev. Zahtev za isključenje ili izuzeće se može u toku postupka postaviti samo jedanput. Odredbe o isključenju ili izuzeću se shodno primenjuju i na predsednika suda, sudsiju porotnika i zapisničara.¹¹

⁵ V. čl. 111 ZPP-a.

⁶ V. čl. 359 ZPP-a.

⁷ V. čl. 62 ZPP-a.

⁸ V. Čl. 289 ZPP-a.

⁹ V. čl. 296 st. 2. ZPP-a.

¹⁰ V. čl. 68 i 69 ZPP-a.

¹¹ V. čl. 72 ZPP-a.

3. O SANKCIJAMA POVREDE ZABRANE ZLOUPOTREBE PROCESIH OVLAŠĆENJA (U DOMAĆEM I UPOREDNOM PRAVU)

Posledice su vrlo *različite* i zavise od toga na koji način je izvršena zloupotreba.

Kada se radi o zloupotrebi procesnih ovlašćenja od strane stranke, najvažnija sankcija je da sud *neće uvažiti procesne radnje* stranke, i to ako sud nade da su te radnje u suprotnosti sa *prinudnim propisima, javnim poretkom i pravilima morala*.¹²

Sankcija za zloupotrebu procesnih ovlašćenja može biti i *odbacivanje zahteva*, kao nedozvoljenog, npr. zbog *nedostatka pravnog interesa* za žalbu (npr. stranke koja je u celosti uspela u sporu).

Teže oblike zloupotrebe procesnih ovlašćenja sud sankcionije izričanjem *novčane kazne*. Sud može novčano kazniti fizičko lice kaznom u iznosu do 30.000 dinara, a pravno do 100.000 dinara. Kaznu može izreći stranki, umešaču, zakonskom zastupniku, punomoćniku ili veštaku. Rešenje o izrečenoj novčanoj kazni se sprovodi po službenoj dužnosti, po pravilima izvršnog postupka.¹³

Pored novčane kazne sud može da izrekne i osudu na *plaćanje parničnih troškova* koji su izazvani radnjom preduzetom zloupotrebotom procesnih ovlašćenja, *nezavisno od ishoda parnice*.¹⁴

Stranka koja je zbog zloupotrebe procesnih ovlašćenja pretrpela štetu, može postaviti суду zahtev za naknadu tako nastale štete. Sud će povodom postavljenog zahteva, iz razloga celishodnosti, o tom zahtevu odvojeno raspravljati. Tekuća parnica nije jedino mesto za postavljanje zahteva za naknadu štete izazvane zloupotrebotom procesnih ovlašćenja. Svoj zahtev stranka može da postavi i u novoj parnici.¹⁵

U *sudskoj praksi* su poznate razne vrste zloupotrebe procesnih ovlašćenja i to povodom priznanja tužbenog zahteva, nedostatka pravnog interesa za žalbu kod stranke koja je u celosti uspela u sporu ili se ne dozvoljava revizija stranki koja je uspela u sporu.

(1) Tako je u sporu povodom priznanja zahteva VS BIH (1988. g.)¹⁶ odlučio da prvostepeni sud u ponovljenom postupku mora da utvrdi da li se tuženi *priznajući tužbeni zahtev* i u delu o zateznim kamatama ponašao *protivno principima morala* u nameri da tužiocu onemogući da preinači

¹² V. čl. 3 st. 3 ZPP-a.

¹³ V. čl. 181 ZPP-a.

¹⁴ V. čl. 151 ZPP-a.

¹⁵ V. čl. 182 ZPP-a.

¹⁶ V. VS BIH Pž 376/88 od 17. februara 1989. godine.

tužbeni zahtev u delu o tim kamata saglasno pozitivnim propisima i tako zloupotrebio procesna ovlašćenja.(Tužilac ne bi mogao u posebnoj parnici zahtevati razliku zateznih kamata preko dosuđene stope.) Ako bi utvrdio da je izjava o priznanju tužbenog zahteva u delu o zateznim kamata, ovakvog karaktera, prvostepeni sud je ovlašćen u smislu čl. 3. st. 3. ZPP-a, da u ovom delu ne uvaži raspolaganje tuženog, te da nastavi postupak po preinačenoj tužbi i doneše meritornu odluku.

Očigledno je da je izjava o priznanju tuženog u pravcu prihvatanja preterane zatezne kamate, data, znajući da sud ne može uvažiti priznanje koje je u suprotnosti sa imperativnim propisima, da bi sprečila tužioca da preinači tužbeni zahtev i da dobije kamatu koja je u skladu sa tada važećim propisima.

(2) Prema rešenju Višeg privrednog suda u Beogradu iz 1993. godine¹⁷ tužilac koji je u *potpunosti uspeo u sporu* u žalbi je, pobijajući odluku u celini, tužbu preinačio (!?) tako što je zateznu kamatu na određeni novčani iznos zahtevalo od 3. jula 1992. g. iako je do zaključenja glavne rasprave kamatu na ovaj iznos tražio od 20. avgusta 1993. g. Kako je u pobijenoj presudi u celosti usvojen tužbeni zahtev, a tužba se može preinaciti samo do zaključenja glavne rasprave, dakle, ne i u žalbi, to i *tužiocu manjka pravni interes za podnošenje žalbe*, pa je Viši privredni sud žalbu kao nedozvoljenu *odbacio*.

(3) Presudom Vrhovnog suda Srbije iz 1992. godine¹⁸ je odbačena *revizija* stranke kao nedozvoljena zbog nedostatka pravnog interesa, pošto je podneta od strane stranke koja je uspela u sporu.

U domaćem i u *uporednom pravu* kao oblici zloupotrebe procesnih ovlašćenja pominju se radnje koje (1) *neosnovano odugovlače spor*. Takav je slučaj npr., ako je stranka pozvana da da neku izjavu a tu izjavu da sa prevelikim zakašnjnjem, ili ako se izjava ne da ni po pozivu za davanje izjave. Nadalje, takve su radnje koje drugoj strani nameću (2) *nepotrebne troškove*, kao i radnje koje dovode do (3) *štete* drugoj strani. Tu spadaju i (4) *procesne laži*. (a) *Aktivna procesna laž* postoji ako u pogledu predmeta spora stranka daje takvu činjeničnu tvrdnju, za koju se kasnije utvrdi da je bila netačna. Aktivna je i ona parnična laž koja se sastoji u tome da je stranka negirala postojanje neke činjenice vezane za spor, za koju se kasnije utvrdi da je istinita, tj. da postoji. (b) *Pasivna je procesna laž* po sredi, kada je stranka prečutala činjenicu za koju je znala ili bila dužna da zna.¹⁹

¹⁷ V. Viši privredni sud u Beogradu, Reš. Pž. 5608/93 od 30. decembra 1993. godine.

¹⁸ V. Vrhovni sud Srbije Rev. 4969/92 od 28. januara 1993. godine.

¹⁹ V. npr., Cserba Lajos, Gyekiczy Tamás, Kormos Erzsébet, Nagy Adrienn, nagy Andrea, Wopera Zsuzsa, Polgári perjog, Általános rész, (Gradansko procesno pravo, Opštii deo) Complex Wolters Kluwer csoport, Budapest, 2008., str. 111.

Inače, na sličan način kao u srpskom pravu, u *mađarskom pravu* Zakon o parničnom postupku predviđa obavezu stranaka da spor vode u skladu sa načelom savesnosti, tj. da svoja procesna ovlašćenja koriste sa glasnu svrsi i da izadu u susret svojim procesnim obavezama.²⁰ Prema pravilima ZPP Mađarske, radi obezbeđenja savesnog vođenja spora, sud je obavezan da *preventuje*, spreći svaku radnju, postupak strane koji je u suprotnosti sa zahtevima savesnog vršenja prava, ali ako je fraudolozna radnja *ostvarena*, sud je dužan da je sankcioniše. Najpre, sud je dužan da *upozori* stranke na vršenje prava saglasno načelu savesnog vođenja spora, kao i na pravne posledice nesavesnog parničenja.²¹ Upozorenje suda može biti neformalno, usmeno, ali se ono mora formulisati i u vidu procesnog rešenja, ako je sud odredio novčanu kaznu za fraudoloznu radnju, ili ako je obavezao stranku na naknadu prouzrokovanih suvišnih procesnih troškova.²² Novčanoj kazni nema mesta, ako sud prethodno nije upozorio stranku na pravne posledice propusta stranke.²³ Osnovna sankcija za fraudolozno vođenje spora u mađarskom parničnom postupku je novčana kazna, čiji najviši iznos može biti 500.000 forinti (oko 1700 EUR-a).²⁴ Izricanje novčane kazne za fraudolozno vođenje spora zavisi od slobodne sudijske procene, sud će po okolnostima odlučiti da li će izreći novčanu kaznu stranci, ili neće, odnosno ako se odluči za takvu sankciju po slobodnoj oceni će odrediti iznos procesne novčane kazne. Ako je novčanu kaznu za fraudolozno ponašanje stranke sud odredio putem rešenja, protiv tog rešenja stranka može izjaviti žalbu višestepenom суду.²⁵

U novijoj *austrijskoj*²⁶ i *nemačkoj* literaturi²⁷ govori se o obavezi savesnog ponašanja stranaka u sporu odnosno o pravu stranaka na fer, pravično i korektno sudenje (*Gebot des fairen Verfahrens*, fair postupak). Osim toga, po austrijskom pravu²⁸ stranke mogu da zatraže od

²⁰ V. st. (1) patagrafa 8 Zakona o parničnom postupku Mađarske.

²¹ V. st. (2) paragrafa Zakona o parničnom postupku Mađarske.

²² V. Gáspárdy László, Alapvető elvek (Osnovna procesna načela), in: Polgári eljárásjog – Kommentár a gyakorlat száméra, HVG Orac Kiadó, Budapest, 1994 A/1, str. 23.

²³ V. Paragraf 5 Zakona o parničnom postupku Mađarske, kao i odluku Vrhovnog suda Mađarske, BH (Bírósági Határozatok, Budapest), 1992., 468.

²⁴ V. paragraf 120. ZPP Mađarske.

²⁵ V. st. (3) paragrafa 233 ZPP Mađarske.

²⁶ V.,Dr.Walter Rechberger, Dr. Daphne-Ariane Simotta, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, Wien, Manz Verlag, 2003, str. 174.

²⁷ V.Thomas - Putzo, ZPO - Zivilprozessordnung, Kommentar, 27. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2005, str. 5. tač. 27.

²⁸ Po Zakonu o organizaciji sudova Austrije, par. 91, Gerichtsorganisationsgesetz RGBI 1896/217.Upor. Dr.Walter Rechberger, Dr. Daphne-Ariane Simotta, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, Wien, Manz Verlag, 2003, str. 181. tač.288.

suda da neku radnju sud preduzme u određenom roku koji stranka predloži, u slučaju propuštanja nižestepenog suda, da se obrati višestepenom sudu. U nemačkom pravu, fer suđenje se vezuje između ostalog za propust stranke da preduzme neku parničnu radnju. To po sebi ne znači, da će se otežati njen procesni položaj.²⁹ Stranke su dužne da preduzimaju razumne parnične radnje, obzirom na ukupno trajanje parnice.³⁰ Prema važećem Zakonu o parničnom postupku Nemačke, ako su ispunjeni uslovi za donošenje presude zbog *izostanka* (koje više nema u našem pravu, osim u postupcima povodom sporova male vrednosti), *propuštanja* (što je zadržano u našem pravu), ili *priznanja*, presuda se donosi u skraćenoj formi, u tom smislu da ona ne mora da sadrži ni navođenje činjeničnog stanja, niti obrazloženje.³¹ I važeći austrijski Zakon o parničnom postupku je zadržao presudu zbog izostanka, presudu zbog propuštanja i presudu na osnovu priznanja. Ako je tužilac propustio da podnese dokaze koji potkrepljuju zahtev tužbe, na predlog tuženog sud može doneti presudu zbog propuštanja kojim će odbiti zahtev tužioca.³² Po istom pravu, ako tuženi na usmenoj raspravi prizna tužbeni zahtev, na predlog tužioca sud donosi presudu na osnovu priznanja shodno sadržaju priznanja.³³ Ako izostane blagovremeni odgovor tuženog na tužbu, na predlog tužioca, sud donosi presudu zbog propuštanja. Sud će tada sve činjenične navode tužioca vezane za predmet spora uzeti kao istinite, osim ako su u protivrečju sa podnetim dokazima, te će po tom osnovu tužbeni zahtev usvojiti.³⁴ Zapravo, presuda zbog propuštanja je u oba prava shvaćena kao posledica neaktivnosti, neažurnosti, nesavesnosti, neispunjavanja procesnih obaveza tužene strane. Polazi se od pretpostavke da ako tuženi ne ospori tužbeni zahtev, onda se on slaže sa petitom zahteva koji je postavio tužilac.

²⁹ V. Thomas- Putzo, ZPO - Zivilprozessordnung, Kommentar, 27. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2005, str. 5. tač. 27.

³⁰ Bundessozialgericht (Savezni Socijalni sud), Neue Juristische Wochenschrift, 96,167.

³¹ V. Paragraf 313 b Zivilprozessordnung-a SR Nemačke, in: Thomas- Putzo, ZPO- Zivilprozessordnung, Kommentar, 27. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2005, str. 498.

³² V. Par. 394 st. 1. Zakona o parničnom postupku Austrije - Zivilprozessordnung (ZPO Ö), in: Codex des österreichischen Rechts, Zivilgerichtliches Verfahren, 23. Auflage, Lexis Nexis ARD Orac, Wien, 2006, str.129.

³³ V. par. 395 Zakona o parničnom postupku Austrije, (ZPO Ö), in: Codex des österreichischen Rechts, Zivilgerichtliches Verfahren, 23. Auflage, Lexis Nexis ARD Orac, Wien, 2006, str.130.

³⁴ V. st. (1) paragrafa 396 Zakona o parničnom postupku Austrije (ZPO Ö), in: Codex des österreichischen Rechts, Zivilgerichtliches Verfahren, 23. Auflage, Lexis Nexis ARD Orac, Wien, 2006, str. 130.

4. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Teorijska analiza, kao i analiza domaćeg i uporednog prava pokazuje, da se kao u materijalnom pravu, i u procesnom pravu zloupotreba prava (odn. zloupotreba procesnih ovlašćenja) pojavljuje u vrlo raznovrsnim formama. Kreće se od procesnih radnji stranaka koje imaju za cilj nera-zumno odugovlačenja spora, preko prouzrokovanja enormnih procesnih troškova, povrede imperativnih pravnih normi i raspolaganja protivno javnom poretku i moralu, do nanošenja štete drugoj strani, sve do pasivnog držanja tužnog u sporu. Razumljivo je da su u zavisnosti od vrste ne-savesnosti i sankcije različite, počev od ništavosti parnične radnje i uspo-stave ranijeg stanja u sporu, kao da radnje nije bilo. Zatim, sankcija se može sastojati u tome da će sud obavezati fraudoloznu stranku da snosi nepotrebne parnične troškove nezavisno od ishoda spora. Sud takođe, može da donese odluku o izricanju procesne kazne. Ako je fraudolozna radnja prouzrokovala štetu drugoj parničnoj strani, na poseban zahtev oštećenog, u istoj ili u zasebnoj parnici sud može da obaveže fraudolo-znog parničara da drugoj savesnoj strani naknadi nastalu štetu. Ako je tu-žena strana pasivna, npr. ne odgovori u roku na tužbu, u analiziranim pravnim porecima, sud će doneti presudu zbog propuštanja, saglasno predlogu tuženog, osim ako predlog nije suprotan podnetim dokazima. Ako je po sredi presuda na osnovu priznanja, sud će doneti presudu sagla-sno zahtevu tužbe, odnosno sadržaju priznanja, osim ako se to protivi pri-nudnim propisima i granicama dozvoljenog raspolaganja (javni poredak i moral).Takođe sud može odbaciti pravni lek stranke koja je dobila spor, zbog nedostatka procesne pretpostavke o pravnom interesu.

Stranke su dužne da se svojim procesnim ovlašćenjima služe sagla-sno njihovom cilju, svrsi zbog kojih su ta ovlašćenja ustanovljena.

Sud je dužan da preventuje procesne radnje koje su fraudolozne, tj. da stranke blagovremeno upozori na to da se radi o nesavesnom postupa-nju, a ako je došlo do realizacije radnje, da izrekne zakonom propisane sankcije. U slučaju da je sam sud preduzeo nesavesne radnje, ili ako je zbog subjektivnosti nepodoban da spor reši na nepristrasan način, u naj-većem broju prava, stranke imaju pravo da traže izuzeće ili isključenje suda, preko višestepenog suda.

*Marija Salma, Ph.D., Associate Professor
Novi Sad School of Law*

Prohibition Of Abuse Of Procedural Powers

Abstract

The theoretical analysis as well as the analysis of the national and comparative laws demonstrates that, like in the substantive law, the abuse of powers in the procedural law (i.e. abuse of procedural powers) appears in various forms. It ranges from the procedural acts of the parties intended to unreasonably delay some dispute, through causing of the enormous procedural costs and expenses, violations of mandatory legal provisions and disposals contrary to the public order and moral, up to the inflicting of damage to another party and to the passive behaviour of the respondent in the dispute. It is understandable that the sanctions are different depending on the type of the *mala fide* attitude, starting from the nullity of a procedural act and the restoration of the previous situation in the dispute, as if the act had not existed at all. Then, the sanction may involve that the court will impose an obligation on the fraudulent party to bear unnecessary procedural costs and expenses notwithstanding the outcome of the dispute. The court can also make a decision to pronounce a procedural sanction. If a fraudulent act caused some damage to another litigation party, upon special request of the injured party, the court can impose an obligation on the fraudulent party to compensate the ensuing damage to the other *bona fide* party in the same or another special litigation. If the respondent party is passive, e.g. fails to respond timely to the statement of claim, in the analysed legal orders, the court will render a default judgment, in accordance with the respondent's motion, except if such motion is contrary to the adduced evidence. If the matter concerns a confession-based judgment, the court will render a judgment in accordance with the statement of claims, i.e. the content of such confession, save if it shall be contrary to the mandatory rules and limits of permitted disposals (public order and moral). Also, the court can set aside a remedy lodged by the party who has won the dispute due to the lack of the procedural assumption of the legal interest.

The parties have an obligation to use their procedural powers in accordance with their aim and the purpose because of which such powers have been established.

The court shall have an obligation to prevent the procedural powers which are fraudulent, i.e. to timely warn the parties that the issue is about the *mala fide* behaviour, and if the act has already occurred, to pronounce the sanctions envisaged by law. In the case that the court itself has taken *mala fide* steps, or if it is not appropriate to resolve the dispute in the impartial manner due to its subjective approach, in the major part of legal systems, the parties are entitled to claim an exemption or an exclusion of the court via a higher ranking court.

Key words: abuse of procedural powers, abuse of rights, legal consequences of abusing procedural powers in litigation

*Dr Senad Jašarević, vanredni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

ZAŠTITA LIČNIH PODATAKA ZAPOSLENIH U SRPSKOM I EVROPSKOM PRAVU¹

Sažetak: U radu se govori o zaštiti ličnih podataka uopšte i u vezi sa radnim odnosima u regulativi Saveta Evrope, Evropske unije i Srbije. Učestalost razmene informacija o ličnosti u modernoj ekonomiji vodi mnogobrojnim povredama koje predstavljaju narušavanje privatnosti zaposlenih. Zato se mora uspostaviti odgovarajući balans između interesa društva, poslodavca i pojedinca kada se radi o pravu na informisanje o ličnosti. U Zakonu o radu Srbije od 2005. utvrđuje se da zaposleni ima pravo uvida u dokumente koji sadrže lične podatke kod poslodavca i pravo da zahteva brisanje i ispravljanje podataka koji nisu od neposrednog značaja za poslove koje obavlja. Prošle godine donet je prvi srpski Zakon o zaštiti podataka o ličnosti koji pruža zaštitu u ovoj oblasti u skladu sa evropskim standardima, ali praksa na tom planu znatno zaostaje.

Ključne reči: podaci o ličnosti, pravo na privatnost, dostojanstvo na radu.

1) Uvod

Moderno društvo i ekonomija nameću potrebu česte upotrebe razmene i informacija o ličnosti u svim oblastima života, pa i domenu radnog odnosa. Učestalost razmene informacija o ličnosti prate i mnogobrojne povrede, zbog čega se u poslednjih dvadesetak godina intenzivno razvija regulativa o zaštiti ličnih podataka u svetu. Takva legislativa obuhvata i polje radnih odnosa,

¹ Ovaj tekst rezultat je rada na projektu Pravnog fakulteta u Novom Sadu "Harmonizacija prava Republike Srbije i prava Evropske unije", u okviru individualne teme: „Harmonizacija radnog i socijalnog prava Republike Srbije i prava Evropske unije“

gde su česte zloupotreba ličnih podataka. Povrede najčešće vrše poslodavci, javne vlasti, mediji, ali i drugi zaposleni. Zloupotrebe mogu biti najrazličitije, budući da su informacije o pojedincima veoma heterogene. Najviše se zlonamerno koriste podaci o zdravstvenom stanju, seksualnom opredeljenju, privatnom ponašanju, kažnjavanju, stavovima i opredeljenjima zaposlenih. Cilj zloupotrebe može da bude pritisak na zaposlenog, diskreditovanje, navođenje na „dobrovoljni otkaz“, mobing, suzbijanje štrajka, a ponekad dolazi do štetnih posledica i bez zle namere.²

Zloupotrebom informacija o zaposlenom narušava se njegova privatnost, odnosno dostojanstvo.³ Dostojanstvo na radu podrazumeva korektno i u granicama neophodnog, raspolažanje ličnim podacima o licima koja rade.⁴ Pri tome se mora uspostaviti odgovarajući balans između interesa društva i pojedinca kada se radi o pravu na informisanje, odnosno treba pomiriti pravo na slobodu informisanja sa ostalim fundamentalnim ljudskim pravima.⁵ Naime, upravo u ovoj oblasti mogući i «sukob ljudskih prava», kada prenaglašavanje jednog prava dovodi do ugrožavanja drugog. Takav je slučaj sa pravom na informisanje i pravom na privatnost, koja su međusobno korelativna. Zloupotrebe prava na informisanje mogu da dovedu do narušavanja privatnosti pojedinca i njegove porodice, usled neodgovarajućeg ili nesavesnog saopštavanja ličnih informacija.

2) Evropska regulativa o zaštiti ličnih podataka (SE, EU)

Savet Evrope i Evropska unija prednjačili su u svetu, kao i u mnogim drugim oblastima, u razvoju pravne zaštite ličnih podataka. U skladu sa tim opredeljenjem zemlje članice ovih integracija donele su

² O povredama u vezi sa ličnim podacima u domenu radnih odnosa u svetu i Evropskoj uniji videti više: *Tehnički vodič za zaštitu podataka*, Zastupnik za zaštitu informacija, UK (Internet: http://www.ico.gov.uk/upload/documents/library/data_protection/_detailed_specialist_guides/personal_data_flowchart_v1_with_preface001.pdf/), str. 6, 8, 9, 14, 16; D. Senčur Peček, *Zaštita ličnosti radnika, privatnosti i dostojanstva u radnom zakonodavstvu Republike Slovenije*, Radno i socijalno pravo, Beograd, 2009, br. 1, str. 99; B. Lubarda, *Evropsko radno pravo*, Podgorica, 2004, str. 269; E. Korpčić-Horvat.

³ Prema definiciji Saveta Evrope od 1970. godine (Rezolucija br. 428), pravo na privatnost je pravo živeti sopstveni život sa što manje uticaja spolja, a obuhvata ceo niz oblasti privatnosti. Videti više i u: E. Korpčić-Horvat, D. Senčur Peček, op. cit, str. 95.

⁴ Uporediti: B. Lubarda, op. cit, str. 268. i E. Szyszczak, *EC Labour Law*, Longman, 2000, str. 141.

⁵ O neophodnosti uspostavljanja ovakve ravnoteže videti više brošuri: *Human Rights, Freedom of Information and Data Protection, 2008*, str. 1, dostupno na adresi: <http://www.civilservant.org.uk/c23.pdf/> i tač. 37. preamble Direktive EU o zaštiti ličnih - podataka o kojoj ćemo detaljnije kasnije govoriti.

poslednjih godina niz propisa i pratećih dokumenata o zaštiti ličnih podataka (Austrija, Nemačka, Bugarska, Kipar, Grčka, Italija, Velika Britanija, Francuska, Finska, Španija, Švedska, Švajcarska i još mnoge druge zemlje).⁶ Ustanovljene su i specijalizovane službe za zaštitu podataka.⁷

Kao organizacija uspostavljena radi unapređivanja ljudskih prava, Savet Evrope je bio prvo telo koje se ozbiljnije pozabavilo problematikom zaštite ličnih podataka. Još 1981. godine Savet donosi *Konvenciju o zaštiti lica u odnosu na automatsku zaštitu ličnih podataka*, koja će kasnije poslužiti Evropskoj uniji kao uzor za donošenje slične legislative. Pored toga, Savet je doneo: *Konvenciju o informacijama i pravnoj saradnji u vezi sa „Službama društvenog informisanja“*, 2001. godine, Rezoluciju (73) 22 o zaštiti privatnosti pojedinaca u vezi sa elektronskim bankama podataka u privatnom sektoru - od 1973; Rezoluciju (74) 29 o zaštiti privatnosti pojedinaca u vezi sa elektronskim bankama podataka u javnom sektoru - 1974; Preporuku (81)1 o pristupu informacijama koje vode javne vlasti - 1981, Preporuku (85) 20 o zaštiti ličnih podataka u svrhu direktnog marketinga - 1985; Preporuku (86) 1 o zaštiti ličnih podataka koji se koriste u svrhe socijalne sigurnosti (1986); Preporuku (91) 10 o komunikaciji sa trećim stranama o ličnim podacima koje vode javne službe - 1991; ; Preporuku (97) 18 o zaštiti ličnih podataka prikupljenih i procesiranih u statističke svrhe - 1997; Preporuku (2002)2 o pristupu službenim dokumentima 2002. Formiran je i *Komitet eksperata za zaštitu podataka*. Takođe, Evropski sud za ljudska prava u Strazburu doneo je nekoliko značajnih odluka u vezi sa tumačenjem ove problematike.⁸

⁶ Na Internetu se mogu naći mnogi nacionalni zakoni, npr. Zakon o zaštiti ličnih podataka Velike Britanije iz 1998. godine (http://www.opsi.gov.uk/Acts/Acts1998/_ukpga_19980029_en_1), Zakon o zaštiti podataka Latve iz 2000 (<http://www.dvi.gov.lv/eng/legislation/pdp/>); zakoni o zaštiti podataka o ličnosti Estonije iz 2003 (<http://www.legaltext.ee/text/en/X70030.htm>) i Litvanije iz iste godine (<http://www.dvi.gov.lv/eng/legislation/pdp/>), Holandije iz 1999 (http://www.dutchdpa.nl/downloads_wetten/wbp.pdf); Poljske iz 1997. godine sa izmenama (http://www.giodo.gov.pl/data/filemanager_en/61.doc), Bosne i Hercegovine iz 2001 (Sl. glasnik BiH, br. 32/2001, Zakon je takođe dostupan na Internetu); Bugarske iz 2002 (http://www.giodo.gov.pl/data/filemanager_en/61.doc); Slovenije iz 2004 (<http://www.ip-rs.si/index.php?id=339>); Švedske iz 1998 (<http://www.dataprotection.eu/pmwiki/pmwiki.php?n>Main.SE>).

⁷ O službama koje se u pojedinim evropskim zemljama bave zaštitom ličnih podataka, kao i u još nekim regionalnim organizacijama (OEBS) videti više na Internet adresi: http://www.dataguidance.com/features.asp?id=dgeu_sourc

⁸ Radi se o osam odluka, koje su, zajedno sa gore navedenim dokumentima dostupne na Internet adresi: <http://www.legislationonline.org/?jid=60&less=false&tid=219>

Pravo na zaštitu ličnih podataka izvodi se inače iz *Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda*, iz 1950. godine (koju smo ratifikovali nakon stupanja u SE, 2003. godine).⁹ Prema čl. 8. te konvencije, „*Pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života*“ podrazumeva sledeće: „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 ekonomiske dobrobiti zemlje, radi sprečavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, ili radi zaštite prava i sloboda drugih.“

Naša zemlja ratifikovala je 1992. godine *Konvenciju o zaštiti lica u odnosu na automatsku zaštitu ličnih podataka*, zajedno sa kasnijim amandmanima.¹⁰ Cilj Konvencije je (prema čl. 1), da se na teritoriji svake strane ugovornice garantuje svakom fizičkom licu, bez obzira na njegovu nacionalnu pripadnost ili na mesto stanovanja, poštovanje prava na privatnost kada je reč o automatskoj obradi ličnih podataka. Konvencija se odnosi na sve vidove upotrebe ličnih podataka, pa i u vezi sa radnim odnosima.

U pravu EU zaštita ličnih podataka je izuzetno aktuelna u poslednje vreme. Po ugledu na dokumente SE, godine 1995. donosi se *Direktiva br. 95/46/ o zaštiti lica u pogledu korišćenja njihovih ličnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka*.¹¹ Pošto je bilo nedoumica u pogledu pojedinih pojmoveva u Direktivi, kao što su npr. značenje informacija, oblasti i subjekti na koje se zaštita proteže, sačinjeno je *Tumačenje o konceptu ličnih podataka* od 2007. godine - br. 01248 (dalje: Tumačenje).¹² Pored toga uvojene su i: *Direktiva o korišćenju ličnih podataka i zaštiti privatnosti u sektoru elektronskih komunikacija* (br. 2002/58/ES),¹³ *Standardne ugovorne klazuzle za transfer ličnih podataka u treće zemlje* (br.

⁹ Ratifikacija je objavljena u Sl. listu SCG, br. 6/2003.

¹⁰ Konvencija je objavljena u: Sl. listu SRJ – Međunarodni ugovori, br. 1/1992, Sl. - listu SCG – Međunarodni ugovori, br. 11/2005. i Sl. glasniku RS – Međunarodni ugovori, br. 98/2008.

¹¹ Obj. u: Official Journal (dalje: OJ) L 281, 23/11/1995, izmene u dok. 32003/R-1882, od 20. 11. 2003.

¹² Slične dokumente, uz zakone, donele su još neke zemlje (npr. Velika Britanija, Nemačka). Tumačenje dostupno na: http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_en.pdf; za Britaniju pomenuti Tehnički vodič za zaštitu podataka, a za Nemačku: - *Izveštaj Ad-hok grupe za zaštitu podataka o zaposlenima – 2007*, Nemačka ([http://info.ethicspoint.com/files/PDF/whitepapers/German_Rule_\(English\).pdf](http://info.ethicspoint.com/files/PDF/whitepapers/German_Rule_(English).pdf)).

¹³ OJ L 201, 31. 7. 2002.

2004/915/ ES),¹⁴ *Pravilo o zaštiti pojedinaca u pogledu korišćenja ličnih podataka od strane komunitarnih institucija i tela i o slobodnom protoku takvih podataka* (br. 45/2001/ ES).¹⁵

Da bi se obezbedilo efikasno sprovođenje komunitarne regulative, osnovana je *Evropska komisija za zaštitu podataka (EDPS)*, kao nezavisno telo sa zadatkom da vrši nadzor nad obradom ličnih podataka u EU, da organizuje savetovanje o politikama i zakonodavstvu koje utiču na privatnost, saradnju sa sličnim telima.¹⁶ Sudsku zaštitu u ovoj oblasti vrši *Evropski sud pravde* u Luksemburgu, koji je svojim tumačenjima dao značajan doprinos unapredjenju zaštite ličnih podataka u Uniji.¹⁷

Nekoliko uvodnih reči o pomenutoj Direktivi iz 1995, kao bazičnom dokumentu koji ćemo kasnije analizirati. Motiv donošenja Direktive, prema njenoj preambuli, je zaštita ljudskih prava i prava na privatnost od zloupotreba prava na informacije. Istaknuto je da bi sistemi pružanja podataka prvenstveno trebalo da služe građanima (tačka. 2. Preambule). Direktiva inače vuče korene iz nemačkih propisa s kraja pedesetih godina prošlog veka, koji su bili doneti kao reakcija na zloupotrebe iz perioda vladavine nacista.¹⁸

Direktiva pruža zaštitu svim ljudskim bićima, ne samo državljanima članica EU. Zaštita se proteže i na umrla lica, nerođenu decu, a donekle i na pravna lica - preko direktora i drugih odgovornih lica kompanija.¹⁹ Štiti i zaposlene, budući da je Komisija EZ došla do zaključka da je ova vrsta intervencije neophodna u oblasti radnog prava, odnosno da se poslodavci i treća lica moraju kontrolisati kada se radi o upotrebi ličnih podataka u svrhu radnog odnosa.²⁰

¹⁴ OJ L 385, 29.12.2004, Direktiva iz 2001. obj. u: OJ L 181, 04.07.2001.

¹⁵ Official Journal L8, 12.01.2001.

¹⁶ O radu Komisije videti više na Internet adresi: [www.edps.europa.eu], a na našem jeziku: http://www.eeg.org.yu/institucije_eu_srp_detail.php?id=17&id_m=3&id_s=1&id_j=1

¹⁷ Videti više u: J. Klosek, *Evropski sud ustanovio šire tumačenje prava o zaštiti privatnosti podataka*, Internet: <http://library.findlaw.com/2004/Mar/19/133351.html> (2008).

¹⁸ Iz: *Human Rights, Freedom of Information and Data Protection*, 2008, <http://www.civilservant.org.uk/c23.pdf> str. 4. Inače, kada se govori o Nemačkoj, u Politici je 5. 7. 2009. objavljen tekst (Lični podaci neće biti samo „lični“, autor: S. Filipović), kako je nakon niza zloupotreba i u ovoj zemlji odlučeno da se donese novi zakon o zaštiti ličnih podataka, jer stari datira iz 1978. godine, kada nije bilo modernih vidova povezivanja, interneta i mobilnih telefona. Povod je bio kada je bivši radnik jednog pozivnog centra 2008. godine prosledio kompakt disk sa više hiljada imena, adresa i bankovnih računa i time izazvao skandal.

¹⁹ O ovome videti više na str. 22. i 23. pomenutog Tumačenja.

²⁰ Videti više: E. Szyszczak, op. cit, str. 142 (prema dokumentu: Komunikacija Komisije o socijalnim i radnim tržišnim dimenzijama informacionog društva, COM (97), 390 final).

3) Zaštiti ličnih podataka u Srbiji

U Srbiji je zaštita ličnih podataka prilično nerazvijena, mada propisi o tome postoje već desetak godina.

Novi *Ustav Srbije* u delu o ljudskim pravima, čl. 42, predviđa pravo – „*Zaštita podataka o ličnosti*“, koje glasi: „(1) Zajemčena je zaštita podataka o ličnosti. (2) Prikupljanje, držanje, obrada i korišćenje podataka o ličnosti ureduju se zakonom. (3) Zabranjena je i kažnjiva upotreba podataka o ličnosti izvan svrhe za koju su prikupljeni, u skladu sa zakonom, osim za potrebe vođenja krivičnog postupka ili zaštite bezbednosti Republike Srbije, na način predviđen zakonom. (4) Svako ima pravo da bude obavešten o prikupljenim podacima o svojoj ličnosti, u skladu sa zakonom, i pravo na sudsku zaštitu zbog njihove zloupotrebe.“²¹ Od ovog, kao i od drugih ljudskih i manjinskih prava, prema čl. 202. Ustava, može se odstupiti jedino u vanrednom stanju i to samo u obimu u kojem je to neophodno. Mere odstupanja ne smeju da dovedu do neposnovanog razlikovanja (diskriminacije) na osnovu rase, pola, jezika, veroispovesti, nacionalne pripadnosti ili društvenog porekla.

Zakon o radu od 2005.,²² uveo je u naše radno zakonodavstvo institut – „*Zaštita ličnih podataka*“. Čl. 83. Zakona utvrđuje se da zaposleni ima pravo uvida u dokumente koji sadrže lične podatke koji se čuvaju kod poslodavca i pravo da zahteva brisanje podataka koji nisu od neposrednog značaja za poslove koje obavlja, kao i ispravljanje netačnih podataka. Lični podaci koji se odnose na zaposlenog ne mogu da budu dostupni trećem licu, osim u slučajevima i pod uslovima utvrđenim zakonom ili ako je to potrebno radi dokazivanja prava i obaveza iz radnog odnosa ili u vezi sa radom. Podatke može da prikuplja, obrađuje, koristi i dostavlja trećim licima isključivo zaposleni ovlašćen za to od strane direktora.

Zaštitu u ovom pogledu *Zakon o radu* pruža i prilikom zasnivanja radnog odnosa. Prema čl. 26. Zakona (st. 2), poslodavac ne može od kandidata da zahteva podatke o porodičnom, odnosno bračnom statusu i planiranju porodice, odnosno dostavljanje isprava i drugih dokaza koji nisu od neposrednog značaja za obavljanje poslova za koje zasniva radni odnos. Takođe, poslodavac ne može da uslovjava zasnivanje radnog odnosa testom trudnoće, osim ako se radi o poslovima kod kojih postoji znatan rizik za zdravlje žene i deteta utvrđen od strane nadležnog zdravstvenog organa (st. 3. istog člana).

²¹ Sl. glasnik RS, br. 98/2006.

²² Sl. glasnik RS, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009.

Zakon o radu nije u slučaju zloupotrebe informacija, u skladu sa čl. 26. i 83. predvideo prekršajnu sankciju za protivpravno ponašanje prema zaposlenom, što ukazuje da zaštita podataka ipak ima “drugorazredan tretman” u odnosu na ostala prava zaposlenih, odnosno da je više deklarativnog karaktera.

Zaštita je ipak moguća, u parnici za naknadu štete ako je iznošenjem nastala šteta, kao i prema krivičnom pravu. *Krivični zakonik RS*, iz 2005. godine u čl. 146. predviđa krivično delo - “*Neovlašćeno prikupljanje ličnih podataka*”: “(1) Ko podatke o ličnosti koji se prikupljaju, obrađuju i koriste na osnovu zakona neovlašćeno pribavi, saopšti drugom ili upotrebi u svrhu za koju nisu namenjeni, kazniće se novčanom kaznom ili zatvorom do jedne godine. (2) Kaznom iz stava 1. ovog člana kazniće se i ko protivno zakonu prikuplja podatke o ličnosti građana ili tako prikupljene podatke koristi. (3) Ako delo iz stava 1. ovog člana učini službeno lice u vršenju službe, kazniće se zatvorom do tri godine.”²³ Takođe, članom 102 (podnaslov: Sadržaj i davanje podataka iz kaznene evidencije), predviđa se u st. 3: «Podaci iz kaznene evidencije mogu se, na obrazložen zahtev, dati i državnom organu, preduzeću, drugoj organizaciji ili preduzetniku, ako još traju pravne posledice osude ili mere bezbednosti i ako za to postoji opravdani interes zasnovan na zakonu.“ Izmenama zakona od ove godine (čl. 24) zabranjeno je davanje podataka obrisanoj osudi.

Prošle godine donet je i prvi srpski *Zakon o zaštiti podataka o ličnosti*.²⁴ Njime je stavljen van snage raniji savezni Zakon o zaštiti podataka o ličnosti, iz 1998. godine, koji nije bio zaživeo u praksi.²⁵ Uz Zakon su doneti Pravilnik o načinu prethodne provere radnji obrade podataka o ličnosti i Pravilnik o obrascu legitimacije ovlašćenog lica za vršenje nadzora po Zakonu o zaštiti podataka o ličnosti.²⁶ Celinu sa ovim propisima čini i *Zakon o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja*, 2004. godine,²⁷ na osnovu kojeg se imenuje (prema čl. 30) *Poverenik za informacije od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti*, čiji je zadatak da vrši nadzor i zaštitu u ovoj oblasti.²⁸ Poverenik vodi *Centralni registar zbirki podataka*.

²³ Sl. glasnik RS, br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009.

²⁴ Sl. glasnik RS, br. 97/2008.

²⁵ Savezni Zakon se u velikoj meri bazirao na ranije izloženoj Konvenciji SE. Objavljen je u Službenom listu SRJ, br. 24/1998, 26/1998.

²⁶ Oba pravilnika objavljena su u Sl. Glasniku RS, br. 35/2009.

²⁷ Sl. glasnik RS, br. 120/2004, 54/2007.

²⁸ Donošenjem novog Zakona ovo lice je promenilo naziv, ali ostaje na funkciji. Videti: Odluka o izboru Poverenika za informacije od javnog značaja, Sl. gl. RS, br. 61/2-007. i čl. 59. Zakona o zaštiti podataka o ličnosti.

Za zaštitu ličnih podataka svih lica, pa i zaposlenih, može da bude značajan i *Zakon o javnom informisanju Srbije*, od 2003. godine,²⁹ kojim se u čl. 43. zabranjuje objavljivanje informacija iz privatnog života, ličnih pisanih zapisa (pismo, dnevnik, zabeleška, digitalni zapis i slično), zapisa lika (fotografski, crtani, filmski, video, digitalni i slično) i zapisa glasa (magnetofonski, gramofonski, digitalni i slično), bez pristanka lica čijeg se privatnog života informacija tiče, odnosno lica čije reči, lik odnosno glas sadrži, ako se pri objavljivanju može zaključiti koje je to lice.³⁰ Pomenute informacije i zapisi ne mogu se objaviti ni bez pristanka onoga kome su namenjeni, odnosno onoga na koga se odnose, ako bi objavljinjem bilo povređeno pravo na privatnost ili koje drugo pravo tog lica. Pristanak dat za jedno objavljinje, za određeni način objavljinja, odnosno za objavljinje u određenom cilju, ne smatra se pristankom za ponovljeno objavljinje, za objavljinje na drugi način ili za objavljinje za druge ciljeve.

U slučaju povrede prava na zaštitu informacija iz ličnog života i ličnih informacija prema Zakonu o javnom informisanju, lice može tužbom protiv odgovornog urednika javnog glasila zahtevati: 1) propuštanje objavljinja informacije; 2) predaju zapisa, uklanjanje ili uništenje objavljenog zapisa; 3) naknadu materijalne i nematerijalne štete; 4) objavljinje presude (čl. 46). Takođe, može tražiti i deo dobiti ostvarene objavljinjem. Ako šteta nastane objavljinjem neistinite ili nepotpune informacije od strane državnog organa, Zakon o javnom informisanju predviđa objektivnu odgovornost države, bez obzira na krivicu, (čl. 84). Postupak je u ovim slučajevima hitan.

4) Zakon Srbije i evropski standardi

Uz pomenute odredbe Zakona o radu o zaštiti ličnih podataka, koje su relativno uopštene, za zaštitu informacija o zaposlenima ključan je *Zakon o zaštiti podataka o ličnosti*. Analiziraćemo njegove najvažnije odredbe u svetlu pomenutih evropskih standarda, u onoj meri u kojoj se njihova sadržina podudara.

Prema čl. 1. Zakona, njime se uređuju uslovi za prikupljanje i obradu podataka o ličnosti, prava lica i zaštita prava lica čiji se podaci prikupljaju i obrađuju, ograničenja zaštite podataka o ličnosti, postupak pred nadležnim organom za zaštitu podataka o ličnosti, obezbeđenje podataka,

²⁹ Sl. glasnik RS", br. 43/2003, 61/2005, 71/2009.

³⁰ Za umrlo lice pristanak mogu dati i srodnici (čl. 44). U određenim situacijama saglasnost nije potrebna (čl. 45).

evidencija, iznošenje podataka iz Republike Srbije i nadzor nad izvršavanjem zakona.

Kao u pomenutoj Direktivi EU o zaštiti lica u pogledu korišćenja njihovih ličnih podataka i o slobodnom kretanju takvih podataka (dalje: Direktiva), zaštita se ne odnosi samo na državljanje Srbije, već na sva lica. Prema čl. 1. st. 2: „Zaštita podataka o ličnosti obezbeđuje se svakom fizičkom licu, bez obzira na državljanstvo i prebivalište, rasu, godine života, pol, jezik, veroispovest, političko i drugo uverenje, nacionalnu pripadnost, socijalno poreklo i status, imovinsko stanje, rođenje, obrazovanje, društveni položaj ili druga lična svojstva“.

Podatkom o ličnosti smatra se, prema čl. 3. Zakona, svaka informacija koja se odnosi na fizičko lice, bez obzira na oblik u kome je izražena i na nosač informacije (papir, traka, film, elektronski medij i sl.), po čijem nalogu, u čije ime, odnosno za čiji račun je informacija pohranjena, datum nastanka informacije, mesto pohranjivanja informacije, način saznavanja informacije (neposredno, putem slušanja, gledanja i sl., odnosno posredno, putem uvida u dokument u kojem je informacija sadržana i sl.), ili bez obzira na drugo svojstvo informacije. *Fizičko lice* se u istom članu određuje kao čovek na koga se odnosi podatak, čiji je identitet određen ili odredit na osnovu ličnog imena, jedinstvenog matičnog broja građana, adresnog koda ili drugog obeležja njegovog fizičkog, psihološkog, duhovnog, ekonomskog, kulturnog ili društvenog identiteta.

U Konvenciji o zaštiti lica u odnosu na automatsku obradu podataka Saveta Evrope (dalje: Konvencija), *lični podaci* su jednostavnije definisani nego u našem Zakonu: predstavljaju svaku informaciju u vezi sa identifikovanim fizičkim licem ili licem koje se može identifikovati (čl. 2). Kasnije je ovo značenje prošireno, tako da prema čl. 1. al. b) Amandmana uz Konvenciju, od 1999. godine, zaštita može da obuhvata (ako se država članica o tome izjasni) i podatke koji se odnose na grupe lica, udruženja, fondacije, kompanije, korporacije i druga pravna lica koja se direktno ili indirektno sastoje od pojedinaca bez obzira da li ista imaju pravni subjektivitet. Naš zakonodavac nije uključio i ovaj aspekt zaštite ličnih podataka, te je personalna obuhvatljivost našeg Zakona uža je od one u Konvenciji.

Prema čl. 2. Direktive, „*lični podaci*“ su bilo koja informacija vezana za određeno ili (direktno ili posredno) određivo fizičko lice, koja se odnosi na njen fizički, fiziološki, mentalni, ekonomski, kulturni ili socijalni identitet. Prema Tumačenju EU radi se o „*objektivnim*“ informacijama (npr. biometrijski podaci) i podacima „*subjektivne*“ prirode (npr. o odnosu sa članovima porodice, stavovima). Po pravilu to su tzv. osetljive in-

formacije, ali ne moraju to biti. Potrebno je da u datim okolnostima saopštavanje takvih informacija može ugroziti privatni život i poziciju pojedinca (kao primer navode se profesionalne navike i praksa).³¹ Podaci se moraju odnositi na tačno određenu osobu ili se ta osoba može lako utvrditi kombinacijom podataka (primer su fragmentarne informacije u štampi, korišćenje lažnih pseudonima).³²

Obrada podataka prema Zakonu (isto čl. 3) je svaka radnja preduzeta u vezi sa podacima kao što su: prikupljanje, beleženje, prepisivanje, umnožavanje, kopiranje, prenošenje, pretraživanje, razvrstavanje, pohranjivanje, razdvajanje, ukrštanje, objedinjavanje, upodobljavanje, menjanje, obezbeđivanje, korišćenje, stavljanje na uvid, otkrivanje, objavljivanje, širenje, snimanje, organizovanje, čuvanje, prilagođavanje, otkrivanje putem prenosa ili na drugi način činjenje dostupnim, prikrivanje, izmeštanje i na drugi način činjenje nedostupnim, kao i sprovodenje drugih radnji u vezi sa navedenim podacima, bez obzira da li se vrši automatski, poluautomatski ili na drugi način. *Zbirka podataka* je skup podataka koji se automatizovano ili neautomatizovano vode i dostupni su po ličnom, predmetnom ili drugom osnovu, nezavisno od načina na koji su pohranjeni i mesta gde se čuvaju (isto čl. 3. Zakona). Prema čl. 4. Zakona, njegove odredbe primenjuju se na svaku automatizovanu obradu, kao i na obradu sadržanu u zbirci podatka koja se ne vodi automatizovano.

U Konvenciji se utvrđuje (čl. 3), da strane ugovornice preuzimaju obavezu da primenjuju Konvenciju na zbirke i automatske obrade ličnih podataka u javnom i privatom sektoru. Amandanima (čl. 1 – c) na Konvenciju, zaštita je proširena i na datoteke sa ličnim podacima koji nisu automatski obrađeni.

Direktiva na sličan način određuje „obradu podataka“ kao naš Zakon i očigledno je u tome, kao i mnogim drugim detaljima o kojima ćemo govoriti, poslužila kao inspiracija našem zakonodavcu. Prema čl. 2. obrada podataka podrazumeva bilo koju operaciju ili grupu operacija u vezi sa ličnim podacima, koja se čini automatskim ili drugim putem, kao što je prikupljanje, snimanje, organizovanje, skladištenje, prilagođavanje ili menjanje, obnova, konsultovanje, upotreba, saopštavanje prenosom, ras-

³¹ Evropski sud pravde doneo je nekoliko presuda o ovoj problematici: *Judgement of the European Court of Human Rights in the case Amann v Switzerland* of 16.2.2000; *the Niemietz v. Germany judgment of 16 December 1992, Series A no. 251-B*, pp. 33-34, § 29, and the *Halford judgment cited above*, pp. 1015-16, § 42; *zdrženi postupci - Cases C-465/00, C-138/01 and C-139/01* - od 23. 5. 2003. Videti na: <http://curia.europa.eu/en>; i u Tumačenju, str. 7.

³² Videti više na strani 4, 6. i 13. Tumačenja.

turanje ili na drugi način činjenje dostupnim, dovođenje u vezu ili kombinovanje, blokiranje, brisanje ili uništavanje podataka. Direktiva se primarno odnosi na zaštitu u slučaju prenosa ličnih podataka automatskim putem, ali i na druge načine vođenja evidencija i baza podataka (čl. 3), odnosno saopštavanja podataka. Tako npr. u pomenutom Tumačenju o konceptu ličnih podataka navodi se da se javno saopštavanje podataka može učiniti i putem grafita.³³

Zakon se *ne primenjuje* na obradu: 1) podataka koji su dostupni svakome i objavljeni u javnim glasilima i publikacijama ili pristupačni u arhivama, muzejima i drugim sličnim organizacijama; 2) podataka koji se obrađuju za porodične i druge lične potrebe i nisu dostupni trećim licima; 3) podataka koji se o članovima političkih stranaka, udruženja, sindikata, kao i drugih oblika udruživanja obrađuju od strane tih organizacija, pod uslovom da član da pismenu izjavu da određene odredbe ovog zakona ne važe za obradu podataka o njemu za određeno vreme, ali ne duže od vremena trajanja njegovog članstva; 4) podataka koje je lice, sposobno da se samo stara o svojim interesima, objavilo o sebi, osim ako u tom slučaju očigledno pretežu suprotni interesi lica.

Podaci prikupljeni i obrađivani u druge svrhe mogu da se obrađuju isključivo u istorijske, statističke ili naučnoistraživačke svrhe pod uslovom da ne služe donošenju odluka ili preduzimanju mera prema određenom licu, uz obezbeđivanje odgovarajućih mera zaštite (čl. 6. Zakona). Ovaj član Zakona oslanja se na čl. 6. Direktive, al. b), kao i čl. 9. st. 3. Konvencije, koji dozvoljava ograničenja u vezi sa ostvarivanjem prava naznačenih u Konvenciji za automatizovane zbirke sa ličnim podacima koje se koriste u statistici ili u naučnoistraživačkom radu, kad rizik od povredivanja privatnosti zainteresovanog lica očigledno ne postoji.

Poseban tretman u Zakonu imaju „*naročito osetljivi podaci*“, u koje spadaju: podaci koji se odnose na nacionalnu pripadnost, rasu, pol, jezik, veroispovest, pripadnost političkoj stranci, *sindikalno članstvo, zdravstveno stanje* (što se odnosi i na radnu sposobnost), primanje socijalne pomoći, žrtvu nasilja, osudu za krivično delo i seksualni život. Oni se mogu obrađivati na osnovu slobodno datog pristanka lica, osim kada zakonom nije dozvoljena obrada ni uz pristanak. Izuzetno, podaci koji se odnose na pripadnost političkoj stranci, zdravstveno stanje i primanje socijalne pomoći, mogu se obrađivati bez pristanka lica, samo ako je to zakonom propisano.

Prema Konvenciji (čl. 6), lični podaci u vezi sa rasnim poreklom, političkim opredeljenjem, verskim ubedjenjem ili nekom drugom vrstom

³³ Videti više na str. 17. Tumačenja EU.

ubeđenja, kao i lični podaci u vezi sa zdravstvenim stanjem ili seksualnim životom mogu se automatski obrađivati samo u slučaju da domaće zakonodavstvo za to predviđa odgovarajuće garancije. Isti je slučaj i sa ličnim podacima iz kaznene evidencije.

Sličnu odredbu ima i Direktiva (čl. 8). Ne smeju se bez izričite zglasnosti lica odavati informacije koji se odnose na rasno ili etničko poreklo, političko mišljenje, religijska ili filozofska verovanja, *sindikalnu pripadnost, o zdravstvenom stanju* i seksualnom životu. Među izuzecima od ovog pravila su davanje podataka uz izričitu saglasnost subjekta, prikupljanje informacija koje su neophodne radi ispunjavanja *obaveza u oblasti radnog prava*, upotreba u svrhu javnog interesa ili legitimnih aktivnosti fondacija, udruženja ili drugih neprofitnih organizacija – sa političkim, filozofskim, religijskim, *sindikalnim ciljevima* (st. 2, sl. a, b, d. čl. 8).

Članom 8. Zakona, utvrđuje se da obrada podataka nije dozvoljena ako: 1) fizičko lice nije dalo pristanak za obradu, odnosno ako se obrada vrši bez zakonskog ovlašćenja; 2) se vrši u svrhu različitu od one za koju je određena, bez obzira da li se vrši na osnovu pristanka lica ili zakonskog ovlašćenja za obradu bez pristanka; 3) svrha obrade nije jasno određena, ako je izmenjena, nedozvoljena ili već ostvarena; 4) je lice na koje se podaci odnose određeno ili određivo i nakon što se ostvari svrha obrade; 5) je način obrade nedozvoljen; 6) je podatak koji se obrađuje nepotreban ili nepodesan za ostvarenje svrhe obrade; 7) su broj ili vrsta podataka koji se obraduju nesrazmerni svrsi obrade; 8) je podatak neistinit i nepotpun, odnosno kada nije zasnovan na verodostojnom izvoru ili je zastareo.

U Konvenciji se nešto slično reguliše u čl. 5. koji ima naslov „Kvalitet podataka“. Očekuje se da se lični podaci: (a) lojalno i zakonito dobijaju i obrađuju; (b) unose za tačno utvrđene i legitimne svrhe i ne koriste nemenski; (c) da su adekvatni, relevantni i odgovarajućeg obima u odnosu na svrhu za koju su i uneti; (d) brižljivo su složeni i, kada je potrebno, blagovremeni; (d) pohranjeni su u obliku koji omogućuje identifikaciju zainteresovanih lica u periodu koji ne premašuje onaj neophodan period za svrhe za koje su i pohranjeni.

Prema pomenutoj Direktivi EU (čl. 6), od država se očekuje da obezbede: da se podaci koriste korektno i zakonito; da se prikupljaju u posebne, tačno određene i legalne svrhe i da se ne prenose dalje suprotno tim ciljevima; da informacije budu adekvatne, relevantne i umerene (ne detaljnije nego što je to potrebno); da podaci budu precizni i aktuelni; da se informacije čuvaju samo onoliko koliko je neophodno.

Naš Zakon predviđa i da se podaci prikupljaju po pravili uz *pristanak lica* na koje se odnosi, a bez pristanka je to moguće: 1) da bi se ostvarili ili zaštitili životno važni interesi lica ili drugog lica, a posebno život, zdravlje i fizički integritet; 2) u svrhu izvršenja obaveza određenih zakonom, aktom donetim u skladu sa zakonom ili ugovorom zaključenim između lica i rukovaoca, kao i radi pripreme zaključenja ugovora; 3) u drugim slučajevima određenim ovim zakonom ili drugim propisom donetim u skladu sa ovim zakonom, radi ostvarenja pretežnog opravdanog interesa lica, rukovaoca ili korisnika (čl. 12).

Prikupljanje podataka vrši se od lica na koje se odnosi ili organa uprave koji su zakonom ovlašćeni na njihovo prikupljanje. Podaci se mogu prikupljati i od drugog lica, ako: 1) je to predviđeno ugovorom zaključenim sa licem na koje se podaci odnose; 2) je to propisano zakonom ili drugim propisom donetim u skladu sa zakonom; 3) je to neophodno s obzirom na prirodu posla; 4) prikupljanje podataka od samog lica na koje se odnose zahteva prekomerni utrošak vremena i sredstava; 5) se prikupljaju podaci radi ostvarenja ili zaštite životno važnih interesa lica na koje se odnose, posebno života, zdravlja i fizičkog integriteta (čl. 14. Zakona).

Pristanak za obradu naročito osetljivih podataka daje se u pismenom obliku (čl. 16. i 17. Zakona). Organ vlasti može da obrađuje podatke *bez pristanka lica*, ako je obrada neophodna radi obavljanja poslova iz svoje nadležnosti određenih zakonom ili drugim propisom u cilju ostvarivanja interesa nacionalne ili javne bezbednosti, odbrane zemlje, sprečavanja, otkrivanja, istrage i gonjenja za krivična dela, ekonomskih, odnosno finansijskih interesa države, zaštite zdravlja i morala, zaštite prava i sloboda i drugog javnog interesa, a u drugim slučajevima na osnovu pismenog pristanka lica (čl. 13).

Prema Direktivi (čl. 7), kriterijumi da bi se prenos podataka *smatrao legitimnim* su: (a) da je subjekt nedvosmisleno dao svoju saglasnost, (b) da je saopštavanje neophodno da bi se izvršile ugovorne obaveze ili zasnovao ugovorni odnos (npr. ugovor o radu), (c) upotreba je neophodna radi ispunjavanja zakonskih obaveza subjekta koji kontroliše informacije, (d) upotreba je nužna radi zaštite vitalnih interesa subjekta podataka, (e) da je upotreba podataka neophodna radi izvršenja zadatka od javnog interesa ili vršenje službenih ovlašćenja, (f) upotreba podataka je potrebna u svrhu zakonitih interesa subjekta koji vodi informacije ili trećih strana.

U Konvenciji, odstupanje od pravila o saglasnosti lica, odnosno drugih pravila o prenosu i saopštavanju podataka moguće je samo kada je takvo odstupanje, predviđeno zakonom odnosne strane ugovornice, pred-

stavlja neophodnu meru u demokratskom društvu: (a) za zaštitu bezbednosti jedne države, za javnu bezbednost, za monetarne interese države ili za suzbijanje krivičnih dela; (b) za zaštitu subjekta podataka i prava i sloboda drugih. Slično je i u Direktivi (čl. 3, st. 2), ona se ne primenjuje na obradu ličnih podataka u vezi sa javnom sigurnošću, odbranom, državnom sigurnošću (uključujući i ekonomsko blagostanje), kao i kada su u pitanju aktivnosti u oblasti krivičnog prava.

Zanimljiv je član 9. Zakona koji ima naslov: «Odluka pomoću automatizovane obrade», u kojem se predviđa da odluka koja proizvodi pravne posledice za lice ili pogoršava njegov položaj, ne može biti isključivo zasnovana na podacima koji se obraduju automatizovano i koji služe oceni nekog njegovog svojstva (*radne sposobnosti*, pouzdanosti, kreditne sposobnosti i sl.). Radi se takođe o rešenju preuzetom iz Direktive (čl. 15), gde se čak pominju i identični primeri (uključujući i «ponašanje», koje Zakon ne navodi).

Sem toga Zakon predviđa da je rukovalac zbirke pre prikupljanja podataka dužan da upozna lice sa svojim identitetom, svrhom prikupljanja, načinom korišćenja podataka, pravima u slučaju nedozvoljene obrade itd (čl. 15). Tu su i druga prava lica: pravo na obaveštenje o obradi (čl. 19), pravo na uvid (čl. 20), pravo na kopiju (čl. 21), pravo na ispravku, dopunu, ažuriranje, brisanje podataka, prekid i privremenu obustavu obrade (čl. 22).

Zahtev za obaveštenje uvid i kopiju podnosi se rukovaocu. Rukovalac je dužan da obaveštenje o podnetom zahtevu izda bez odlaganja, a najkasnije u roku od 15 dana od dana podnošenja, i to po pravilu u pismenom obliku. Nakon toga, u roku od 30 dana rukovalac je dužan da podnosiocu omogući uvid ili preda kopiju. Podatak se podnosiocu mora učiniti dostupnim u razumljivom obliku i ne može se usloviti plaćanjem naknade (čl. 27). Ako ne odgovori na zahtev u navedenim rokovima ili odbije zahtev (rešenjem), podnositelj može izjaviti žalbu Povereniku (čl. 25). Poverenik donosi odluku o žalbi u roku od 30 dana (čl. 39), a ako lice nije zadovoljno odlukom, može pokrenuti upravni spor pred sudom (čl. 43).

Direktivom su takođe posebno uređena *prava subjekta informacija* (čl. 12). On ima pravo da bez prepreka i u razumnim intervalima, bez nepotrebnih odlaganja, sazna: da li su i koje informacije o njemu saopštavane drugim licima, da zahteva ispravku, brisanje ili zaustavljanje upotrebe podataka (posebno ako se to čini na nepotpun i netačan način), da dobije podatke kome su informacije saopštavane. Izuzeci su dozvoljeni radi zaštite interesa subjekta informacije i prava i sloboda drugih građana (čl. 13). Subjekt informacije mora da ima *pravo na odgovarajuće pravno*

sredstvo, odnosno žalbu (čl. 14), kao i na *direktnu sudsку zaštitu* – bez uslovljavanja drugim prethodnim postupkom (čl. 22), *naknadu štete* (čl. 23).

Konvencijom se zahteva (čl. 8), da svako lice bude u mogućnosti: (a) da bude obavešteno o postojanju automatizovane zbirke sa ličnim podacima, njenoj osnovnoj svrsi, kao i o identitetu i stalnoj adresi ili pak adresi sedišta firme u kojoj je zaposlen rukovalac zbirke; (b) da dobija u razumnim intervalima i bez preteranih rokova ili troškova potvrdu o postojanju ili ne, u automatizovanoj zbirci ličnih podataka koji se na njega odnose, kao i da mu se ti podaci dostave u razumljivom obliku; (c) da se, prema potrebi, izbori za ispravku tih podataka ili za njihovo brisanje kad su obradeni protivno odredbama domaćeg zakonodavstva u skladu sa Konvencijom; (d) da može podneti žalbu u slučaju da nije dobio odgovor na zahtev da mu se potvrdi ili, po potrebi, dostavi, ispravi ili izbriše neki podatak. Radi zaštite bezbednosti podataka, Konvencijom se nalaže da se preduzimaju se odgovarajuće bezbednosne mere za zaštitu ličnih podataka pohranjenih u automatizovanim zbirkama od slučajnog ili neodobrenog uništenja ili od slučajnog gubitka, kao i od neodobrenog korišćenja, unošenja izmena ili difuzije (čl. 7).

Da bi se u praksi olakšala zaštita ličnih podataka, članom 28. Direktive predviđa se obaveza država članica da uspostave jednu ili više *javnih institucija koje bi nadzirale* na njihovoj teritoriji primenu direktive (čl. 28). Ova tela bi trebalo da imaju istražna ovlašćenja, pristup informacija, mogućnost efikasnog intervenisanja (pravo objavljivanja mišljenja, naredivanje zaustavljanja davanja, brisanja ili uništavanja podataka), kao i pravo da učestvuju u sudskoj proceduri.

Analogno ovome, našim Zakonom se predviđa Poverenik za informacije od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti. U Zakonu se detaljno uređuju i prava i obaveze Poverenika (na pristup i uvid u zbirke podataka i dokumentaciju, obaveza čuvanja tajne i dr.). Kao što smo rekli, Poverenik odlučuje o žalbi u vezi sa ostvarivanjem prava na obaveštenje, uvid ili kopiju ličnog podatka. Poverenik takođe preko svojih ovlašćenih lica vrši nadzor nad sprovođenjem i izvršavanjem Zakona (čl. 54-56). On uspostavlja i vodi Centralni registar zbirki podataka, koji sadrži registar zbirki podataka i kataloga zbirki podataka (čl. 52).

Zakonom je posebno uredena oblast obrade podataka za *delatnost javnih glasila* (čl. 29-31), pošto se radi o delikatnoj oblasti u kojoj često dolazi do povrede podataka o ličnosti. U suštini za obradu od strane novinara i drugih medijskih poslenika važe osnovna pravila iz Zakona. Uz izvesne izuzetke utvrđene članom 31. Zakona (zaštita izvora informacije,

ako bi se time bitno omelo obaveštavanje javnosti o informacijama od javnog značaja), lice čije je pravo ili interes povređeno objavljinjem podatka u javnom glasilu i publikaciji može od urednika i izdavača da traži obaveštenje o podacima koji se o njemu obrađuju, uvid u podatke i kopiju. Prema čl. 9. Direktive, prenos ličnih podataka u žurnalističke sruhe ili za svrhu umetničkog ili literarnog izražavanja može da bude ograničen ili podložan izuzecima samo ako je to neophodno da bi se pomirilo pravo na privatnost sa slobodom izražavanja.

Zakonom se takođe reguliše *iznošenje podataka* iz Republike Srbije. To je moguće samo u zemљu potpisnicu Konvencije SE ili druge zemlje u kojima je obezbeđen stepen zaštite podataka u skladu sa konvencijom (čl. 53). Inače, ovo pitanje se već nametalo u praksi prilikom stranih ulaganja, kada su potencijalni kupci zahtevali transfer u inostranstvo određenih podataka zaposlenih od poslodavca. Ove odredbe Zakona su inspirisane delom 4. Direktive (Transfer ličnih podataka u treće zemlje), gde se kaže da je taj transfer dozvoljen samo ako treća zemlja garantuje odgovarajući nivo zaštite ličnih podataka.

Prema čl. 10. Konvencije svaka strana ugovornica preuzima obavezu da ustanovi odgovarajuće sankcije i pravna sredstva protiv kršenja odredaba iz internog prava kojima se primenjuju osnovna načela zaštite podataka. I u Direktivi se predviđa sankcionisanje subjekta koji je povredio pravila o zaštiti ličnih podataka (čl. 24). Shodno ovome, za povrede Zakona o zaštiti podataka o ličnosti predviđene su novčane kazne od 50.000 do 1.000.000 dinara kojima će se za prekršaj sankcionisati rukovalac, obrađivač ili korisnik sa svojstvom pravnog lica. Takođe, utvrđene su i nešto niže kazne za preduzetnika i fizičko lice odnosno odgovorno lice u pravnom licu, državnom organu, organu teritorijalne autonomije i jedinice lokalne samouprave (čl. 58).

Kao što se iz izloženog vidi, naše zakonodavstvo prihvatiло je rešenja iz pravnih standarda SE i EU u oblasti zaštite podataka o ličnosti. Međutim, praksa prilično zaostaje za zakonodavnim rešenjima. Građani uglavnom nisu upoznati sa time da njihovi podaci ne mogu da se objavljuju bez njihove saglasnosti, a mnogi državni organi nisu svesni da lične podatke ne mogu uvek objavljivati bez ispunjenja određenih uslova. Kao aktuelni primeri takvih povreda navode se da je Agencija za privatizaciju objavila više desetina hiljada matičnih brojeva građana, da banke zloupotrebljavaju podatke klijenata ili kako je medicinska dokumentacija u domovima zdravlja svima dostupna.³⁴ Lični podaci se dosta zloupotre-

³⁴ Poverenik za informacije od javnog značaja izjavio je u maju ove godine da Srbija u oblasti podataka o ličnosti ozbiljno zaostaje za evropskim standardima. Videti više u

bljavaju i u oblasti radnih odnosa. Poslednjih godina registrovan je niz zloupotreba podataka o ličnosti u vezi sa zapošljavanjem, u cilju lakšeg otpuštanja ili navođenja na „dobrovoljni“ otkaz,³⁵ radi zlostavljanja na radu (mobinga), u cilju ometanja sindikalnih i štrajkačkih aktivnosti, u vidu nekorektnog nadmetanja prilikom privatizacije preduzeća, u političke sruhe (obračunavanje sa neistomišljenicima). Nije retkost da se obelodanjuju polutačni ili izmišljeni, pa čak i tačni - ali štetni, podaci o zdravstvenim i porodičnim okolnostima zaposlenih,³⁶ (neistinitim) privatnim aferama, dugovanjima, aktivnostima članova porodice, krivičnim delima i postupcima, o osuđivanosti, političkom delovanju i stavovima.

5) Zaključak

Naše pravo je poslednjih godina u velikoj meri uskladeno sa najvažnijim evropskim standardima koji se odnose na zaštitu podataka o ličnosti. Međutim, kao i u mnogim drugim oblastima, praksa zaostaje za zakonodavnim rešenjima. Kod građana, poslodavaca, državnih organa i institucija još uvek nedostaje svest o potrebi poštovanja privatnosti drugih, tako što se neće javno iznositi ili na drugi način zloupotrebjavati osetljivi lični podaci. Zbog toga bi trebalo intenzivno raditi na popularizaciji zakonskih rešenja o zaštiti podataka o ličnosti, a sa druge strane u praksi odlučno sankcionisati povrede.

tekstu radja Slobodna Evropa, od 5. 10. 2009, sa regionalne konferencije „Zaštita podataka o ličnosti“, održane u Beogradu: Srbija - Zaštita ličnih podataka na niskom nivou, www.slobodna-evropa.org/content/licni-podaci-zastita/1735095.html/ i u tekstu u vestima B-92, Zaštita ličnih podataka, od 20. Maja 2009, http://www.b92.net/info/vesti/index.php?yyyy=2009&mm=05&dd=20&nav_id=361534.

³⁵ Navodi se primer kako je Gradsko saobraćajno preduzeće Beograd isplatilo je po pravosnažnim presudama naknade nematerijalne štete pojedinim radnicima koji su otpušteni iz neopravdanih razloga davne 1997. godine. Jedan od razloga zbog kojih je presuđeno u korist radnika je i činjenica da su fotografije radnika neovlašćeno uzimane iz kadrovskih dosjeva, umnožavane i deljene sa ciljem da se spreči ulaz otpuštenih radnika u krug preduzeća. Videti na Internetu: http://www.advokatsavic.com/index.php?option=com_content&view=article&id=55:zatita-linih-podataka-zaposlenih&catid=34:pravni-saveti&Itemid=55

³⁶ U vezi sa potencijalnom zloupotrebotom zdravstvenih podataka videti tekst: *Medicina rada u zaštiti zdravlja zaposlenih*, dnevni list „Politika – online“, 21. 2. 2008, Internet: http://www.politika.co.yu/rubrike/Posao/Medicina-rada-u-zashtiti-zdravlja-zaposlenih_sr.html/

*Senad Jašaravić, Ph.D., Associate Professor
Novi Sad School of Law*

Protection of personal data of employees in the Serbian and European legislation

Abstract

The article is giving short presentation of the Serbian and european (CE, EU) legal standards on the protection of individuals with regard to the processing of personal data. The objective of this legislative is encouraging free movement of personal data. But in the same tame, data-processing systems must respect fundamental human right to privacy. If the processing of data is to be fair, the data subject must be in a position to learn of the existence of a processing operation and, where data are collected from him, must be given accurate and full information. Any person must be able to exercise the right of access to data relating to him which are being processed, in order to verify in particular the accuracy of the data and the lawfulness of the processing. State must provide that the supervisory authority check such processing. If the controller fails to respect the rights of data subjects, national legislation must provide for a judicial remedy.

Serbian legislation has been harmonized to the large extent with the most important European standards related to the protection of personal data. However, as in many other areas, application of new practices legs behind the new legislation.

Key words: personal data;right to privacy;dignity of employees.

*Dr Snežana Brkić, vanredni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

KRIVIČNOPROCESNA REFORMA U SRBIJI 2009. GODINE I USTANOVA ZAŠTITE SVEDOKA¹

Sažetak: *U radu se analiziraju odredbe o zaštiti svedoka u Zakoniku o krivičnom postupku Srbije nakon njegovih izmena i dopuna iz 2009. godine. Pri tome se povlače paralele sa odredbama o zaštiti svedoka u ZKP iz 2006. godine, koje su se primenjivale do 11.09.2009. godine. Autor uočava čitav niz poboljšanja važećeg zakonskog teksta u ovoj oblasti u odnosu na raniju regulativu. S druge strane, autor se kritički osvrće na nova rešenja i ukazuje na one odredbe koje bi trebalo korigovati iz kriminalnopolitičkih, procesnopravnih ili normativnotehničkih razloga.*

Ključne reči: *svedok, zaštita svedoka, krivični postupak, zakonik o krivičnom postupku*

Donošenjem Zakona o potvrđivanju Konvencije UN protiv transnacionalnog organizovanog kriminala i dopunskih protokola,² naša zemlja je prihvatile i obavezu preuzimanja odgovarajućih mera, u okviru svojih mogućnosti, radi pružanja delotvorne zaštite od moguće odmazde ili zastrašivanja svedoka u krivičnom postupku ili njemu bliskih lica. U čl. 24. Konvencije pominju se dve grupe takvih mera: a) utvrđivanje procedure za fizičku zaštitu takvih lica, kao što je njihovo preseljenje i dozvola da informacije o njihovom identitetu i mestu gde se trenutno nalaze ne budu otkrivene ili da otkrivanje takvih informacija bude ograničeno; b) donošenje pravila o dokaznom postupku koja dozvoljavaju da svedočenje bude

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

² Sl. list SRJ – Međunarodni ugovori 6/01.

dato korišćenjem komunikacione tehnologije kao što su video linkovi i druga adekvatna sredstva.

U skladu sa preuzetim obavezama, u našoj zemlji se u poslednjih pet godina intenzivno radilo na regulisanju materije zaštite svedoka. Inicijalni korak u tom smislu predstavlja Zakonik o krivičnom postupku iz 2001. godine,³ kojim je samo nagovušena mogućnost posebne zaštite svedoka od zastrašivanja, koja uopšte nije bila razrađena. Zakonom o programu zaštite učešnika u krivičnom postupku⁴ pokriven je samo prvi oblik zaštite svedoka, poznatiji kao programska ili fizičko-tehnička zaštita svedoka. Tzv. procesna zaštita svedoka je i dalje ostala neregulisana. Neophodne intervencije u tom smislu mogle su se preduzeti posebnim zakonom⁵ ili samim Zakonikom o krivičnom postupku, pri čemu je ovo poslednje rešenje logički ispravnije i svršishodnije. Treba težiti da se sve odredbe procesnog karaktera nađu u jednom aktu, naročito ako on, s obzirom na svoj naziv, pretenduje na sveobuhvatnost. Osim toga, treba imati u vidu da koncentracija procesnih odredaba u jednom aktu značajno olakšava posao suda. U skladu sa tim stanovištem, Komisija za reformu pravosuđa Vlade Republike Srbije je 2004. godine imenovala radnu grupu za izradu Nacrt-a Zakona o izmenama i dopunama Zakonika o krivičnom postupku, čiji je zadat�k bio da razradi procesne odredbe o zaštiti svedoka. Radna grupa je predala Ministarstvu pravde dve radne verzije Nacrt-a zakona,⁶ koje, međutim, nikada nisu bile stavljene na dnevni red Vlade radi utvrđivanja predloga zakona. To se može objasniti iznenadnom promenom concepcije Vlade u pogledu načina regulisanja materije krivičnog postupka: umesto do tada planiranih parcijalnih izmena i dopuna ZKP, pristupilo se pripremanju potpuno novog ZKP.

Novi ZKP, koji je usvojen maja 2006. godine,⁷ prvi put je obuhvatno regulisao procesnu zaštitu svedoka. Iako je početak primene tog zakonika u nekoliko navrata odlagan, odredbe o procesnoj zaštiti svedoka su se primenjivale odmah po njegovom stupanju na snagu. Kako je sADBINA tog ZKP svo vreme bila neizvesna, u Ministarstvu pravde se tokom 2008. go-

³ Sl. gl. SRJ 70/01.

⁴ Sl. gl. RS 85/05.

⁵ Takav je npr. slučaj u Bosni i Hercegovini.

⁶ Predsednica te radne grupe, dr Snežana Brkić, predstavila je rezultate njenog rada na redovnom godišnjem savetovanju Udruženja za krivično pravo i kriminologiju Srbije i Crne Gore (Zlatibor, 2004). Predložena rešenja nisu izazvala nikakve kritike. Ta rešenja i najvažnije dileme radne grupe izloženi su u radu S. Brkić: „Zaštita svedoka u zakonodavstvu Srbije i perspektive razvoja“, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu 1/2005.

⁷ Sl. gl. RS 46/06.

dine radilo na usklađivanju ZKP iz 2001. godine sa novim Ustavom Srbije. Pripremljene izmene i dopune obuhvatale su i odredbe o zaštiti svedoka, ali one nikada nisu stavljene na dnevni red Narodne skupštine. Tokom 2009. godine, treća radna grupa se ponovo bavila izmenama i dopunama ZKP iz 2001. godine, koje su usvojene 03.09.2009. godine.⁸ Njihovim stupanjem na snagu, ZKP iz 2006. godine je prestao da važi, a time i njegove odredbe o procesnoj zaštiti svedoka. Tom prilikom u tekst ZKP iz 2001. godine inkorporisane su nove odredbe o zaštiti svedoka u krivičnom postupku. U ovom radu kritički ćemo se osvrnuti na te odredbe, uporediti ih sa odredbama ZKP iz 2006. godine i ukazati na sve ono što bi po našem mišljenju valjalo korigovati iz kriminalnopolitičkih, procesnopravnih ili normativnotehničkih razloga.

1. Sistematizacija zakonskih odredaba o zaštiti svedoka

Zaštita svedoka u krivičnom postupku regulisana je tako što su u ZKP posle čl. 109. dodati novi čl. 109a do 109d. S obzirom na značaj i kompleksnost procesne zaštite svedoka, ta bi ustanova zasluživala posebno mesto u zakonskoj sistematici. Nju bi trebalo zadržati u okviru glave VII rubrum 4. Saslušanje svedoka, nakon člana 108, ali umesto prostog linearног nizanja tih odredaba, mogao bi se obezbediti poseban podnaslov. Kako nomotehnički razlozi iziskuju izdvajanje najmanje dve klasifikacione jedinice u okviru istog naslova, ova problematika bi se mogla podeliti na dve celine i dva podnaslova. a) zaštita svedoka od zastrašivanja i b) zaštita posebno osetljivih svedoka, za čije uvođenje se zalažemo.

Iako je ZKP iz 2006. godine regulisao obe vrste zaštite svedoka, njegove odredbe nisu bile adekvatno sistematizovane. One su bile razdvojene: posebno osetljivi svedoci su bili regulisani u čl. 110. ZKP, posle opštih pravila o načinu saslušanja svedoka, dok je zaštita svedoka od zastrašivanja bila uređena u čl. 116 – 122. ZKP. Iako se ne može poreći da se kod posebno osetljivih svedoka radi o posebnom načinu saslušanja, tačno je i to da to predstavlja vid njihove zaštite. Kako je ovo poslednje cilj, a ovo prvo samo sredstvo za njegovo postizanje, čini nam se da je principijeljnije povoditi se za ciljem i izložiti tu problematiku odmah iza zaštite svedoka od zastrašivanja.

Treći vid zaštite svedoka je zaštita dece i maloletnika, koji predstavljaju zasebnu vrstu posebno osetljivih svedoka. U toj oblasti sada imamo dve različitih odredaba smeštenih u dva različita akta.

⁸ Sl. gl. RS 72/09.

Tako Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica (ZOM)⁹ reguliše isključivo oštećena maloletna lica određenim vrstama krivičnih dela, dok se ZKP bavi svim maloletnim svedocima. Među tim odredbama nema kolizije, jer svaka ima svoj domen primene, ali ima neprincipijelnosti i otežane manipulacije zakonima od strane sudija. S tim u vezi postavljaju se dva pitanja: a) da li je opravdano praviti takvu razliku između maloletnih svedoka koji jesu i koji nisu oštećeni krivičnim delom?; b) ako su potrebne razlike u stepenu njihove zaštite, da li ih treba ustanovljavati različitim zakonskim aktima?

Svakako da su oštećena lica dodatno traumatizovana, ali i sama činjenica maloletstva podrazumeva posebno osetljivo psihičko stanje koje krivična procedura ne bi trebala da ugrožava. Iz principijelnih razloga, ZOM kao akt koji pretenduje da objedini svekolike odredbe o maloletnicima, trebao bi da reguliše i položaj maloletnih svedoka koji nisu oštećeni krivičnim delom. Zbog toga bi bilo celishodno preneti u ZOM sve odredbe ZKP o maloletnim svedocima i dodati im neke nove. Neke oblike zaštite, sada rezervisane samo za maloletna oštećena lica, trebalo bi proširiti na sve maloletne svedoke.¹⁰

Najzad, treba imati u vidu da je sa uvođenjem opštih odredaba o zaštiti svedoka, prestala potreba za postojanjem odredbe čl. 15m Zakona o organizaciji i nadležnosti državnih organa u suzbijanju organizovanog kriminala, korupcije i drugih posebno teških krivičnih dela,¹¹ kao i odredbe čl. 15 Zakona o organizaciji i nadležnosti državnih organa u postupku za ratne zločine.¹² Zbog toga je trebalo odrediti da ti članovi prestaju da važe.

2. Mere posebne zaštite

Našem zakonodavcu bi se mogla prigovoriti izvesna terminološka neuјednačenost. Dok se u čl. 109. st. 3. ZKP govori o **posebnim merama zaštite** svedoka, u novouvedenim članovima koristi se izraz **mere posebne zaštite svedoka**. U tom pogledu postoji i razlika u odnosu na ZKP iz 2006. godine, koji je koristio termin posebne mere zaštite. U daljem tekstu prokomentarisaćemo neke od tih mera.

⁹ Sl. gl. RS 85/05.

¹⁰ Vid. predloge S. Brkić: „Zaštita svedoka u krivičnom postupku“, Novi Sad, 2005, str. 242.

¹¹ Sl. gl. RS 42/02, 27/03, 39/03, 67/03, 29/04, 58/04, 45/05, 61/05, 72/09.

¹² Sl. gl. RS 67/03, 135/04, 61/05, 101/07.

2.1. Nepostojanje mera zaštite posebno osetljivih svedoka

Prilikom poslednje procesne reforme regulisana je isključivo zaštita svedoka od zastrašivanja. Ona je rezultat sazrevanja svesti o potrebi efikasnijeg suzbijanja savremenih oblika kriminaliteta. Međutim, izostala je zaštita posebno osetljivih svedoka. Radi se o jednoj novoj kategoriji, koja se sve više probija u nacionalnim zakonodavstvima u skladu sa odgovarajućim evropskim preporukama.¹³ Posebna pravila o saslušanju takvih lica motivisana su, pre svega, potrebom njihove dodatne zaštite takvih lica u cilju sprečavanja sekundarne viktimizacije. S druge strane, treba imati u vidu da će i kvalitet svedočkog iskaza takvih lica verovatno biti smanjen, pa su posebne odredbe o njihovom saslušanju potrebne i zbog podizanja tog kvaliteta, u cilju dobijanja spontanog, potpunog, koherentnog i tačnog iskaza. Ovako sagledani ciljevi specifične regulative posebno osetljivih svedoka govore o opravdanosti ove ustanove. Zbog toga se propuštanje zakonodavca (slučajno ili namerno) da reguliše ovo pitanje ne može smatrati dobrim rešenjem.¹⁴ Kategorija posebno osetljivih svedoka je kratko vreme postojala u našem krivičnoprocesnom zakonodavstvu. Ona je bila predviđena članom 110. ZKP iz 2006. godine, koji se primenjivao odmah po stupanju na snagu tog Zakonika. Smatramo da je tu regulativu jednostavno trebalo preuzeti. Njoj bi smo dodali samo još jednu odredbu, po kojoj bi posebno osetljiv svedok koji je žrtva seksualnog nasilja imao pravo da postupak vodi sudija istog pola, ako to omogućava kadrovski sastav suda. Takođe, trebalo je zadržati i odredbu čl. 107. ZKP iz 2006. godine o pitanjima koja se ne smeju postavljati oštećenom ili svedoku.

Mere fizičkog obezbeđenja svedoka

Prilikom poslednjih izmena ZKP nije dirano u postojeći čl. 109. ZKP. Tako se u zakonskom tekstu zadržala odredba po kojoj predsednik suda ili javni tužilac, na predlog istražnog sudskega istraga ili predsednika veća, može zahtevati da organi unutrašnjih poslova preduzmu posebne mere zaštite svedoka i oštećenog. Ta je odredba u vreme donošenja ZKP iz 2001. godine imala smisla, jer je po prvi put u opštem postupku otvarala mogućnost policijske zaštite svedoka. Njena nerazrađenost (npr. u pogledu procedure, vrste i trajanja mera zaštite, organa njihovog izricanja i sprovođenja, itd) nije bila posledica neznanja ili kratko-

¹³ Recommendation No. R (97) 13 concerning intimidation of witnesses and the rights of the defence.

¹⁴ Za uvođenje posebno osetljivih svedoka pledirala je S. Brkić, Zaštita svedoka u krivičnom postupku, Novi Sad, 2005, str. 237.

vidosti zakonodavca, već principijelnog stava da ta pitanja nisu procesnopravnog karaktera i da treba da budu predmet regulisanja nekog drugog zakona, a ne ZKP. Tu smo regulativu dobili Zakonom o programu zaštite učesnika u krivičnom postupku (ZPZ).¹⁵ Ali, sve do njegovog stupanja na snagu, rudimentarna odredba čl. 109. st. 3. ZKP je imala dalekosežan značaj jer je pružala pravno pokriće za preduzimanje *ad hoc* mera zaštite u praksi.

Odredba čl. 109. st. 3. ZKP sada samo unosi konfuziju. Ako se ona odnosi na policijsku zaštitu uređenu ZPZ-om, u suprotnosti je sa njegovom odredbom čl. 25, koja već uređuje krug subjekata koji mogu inicirati postupak pružanja te zaštite, među kojima se ne pominje i predsednik suda. Ako se ne misli na zaštitu regulisanu ZPZ-om, onda je otvoreno pitanje koje su to druge policijske mere i da li je postavljeni zahtev obavezujući za organ unutrašnjih poslova. U tom slučaju, ova odredba i dalje pati od sindroma nerazrađenosti.

Zadržavanje odredbe čl. 109. st. 3. ZKP u uslovima uvođenja nove odredbe čl. 109a st. 2. ZKP unosi dodatnu konfuziju. Prema čl. 109a st. 2. ZKP, mere posebne zaštite svedoka obuhvataju ispitivanje svedoka pod uslovima i na način koji obezbeđuju da se ne otkrije njegova istovetnost i mere fizičkog obezbeđenja svedoka u toku postupka. Svakako da ova odredba pruža viši stepen zaštite svedoka u odnosu na odredbu čl. 117. st. 1. ZKP iz 2006. godine, koja nije predviđala mere fizičkog obezbeđenja svedoka. Međutim, odredba čl. 109a st. 2. ZKP postaje nejasna kada se dovede u vezu sa ostalim odredbama o zaštiti svedoka. S jedne strane, status zaštićenog svedoka se stiče rešenjem o određivanju mera posebne zaštite, a one obuhvataju i mere fizičkog obezbeđenja svedoka. Zakonom je uređena procedura donošenja tog rešenja, koja je jedinstvena bez obzira na vrstu zaštitnih mera. Sastavni deo te procedure su i pravila o iniciranju rešenja, kao i o funkcionalnoj nadležnosti suda za njegovo donošenje. To rešenje donosi istražni sudija odnosno veće (pretresno veće odnosno veće iz čl. 24. st. 6. ZKP) po službenoj dužnosti ili na zahtev stranaka ili samog svedoka. S druge strane, iz čl. 109v st. 3. ZKP proizilazi da se rešenjem o merama posebne zaštite svedoka sud uopšte ne izjavljava o merama fizičkog obezbeđenja svedoka, zbog čega se može postaviti pitanje ko, kojim aktom i po kojoj proceduri odlučuje o primeni mera fizičkog obezbeđenja svedoka u toku postupka. Sa treće strane, još uvek imamo odredbu čl. 109. st. 3. ZKP, koja pominje sasvim drugi krug subjekata u vezi sa policijskom zaštitom.

¹⁵ Sl. gl. RS 85/05.

Nama se čini da bi najbolje bilo kada se o merama fizičkog obezbeđenja svedoka ne bi odlučivalo u jednom tako formalizovanom postupku i na način predviđen u čl. 109b ZKP. Prvo, potreba za fizičkim obezbeđenjem svedoka u toku postupka može nastati nezavisno od potrebe skrivanja njegove istovetnosti. Drugo, mere fizičkog obezbeđenja svedoka uopšte ne narušavaju postojeću konцепцију krivičnog postupka, ne dovode u pitanje važeća procesna načela, niti odbrambena prava okrivljenog. Zbog toga o njima treba da odlučuje predsednik suda na predlog javnog tužioča, istražnog sudije, predsednika veća ili samog svedoka. Utoliko bi trebalo izmeniti sadašnji čl. 109. st. 3. ZKP, a mere fizičkog obezbeđenja svedoka brisati iz čl. 109a st. 2. ZKP. Drugo moguće rešenje bi bilo brisanje čl. 109. st. 3. ZKP i dopuna odredbe čl. 80. Zakona o uređenju suda-va,¹⁶ čime bi se pravo rukovodioca pravosudnog organa da od ministarstva unutrašnjih poslova traži pružanje posebne zaštite sudijama i javnim tužiocima, proširilo i na svedoke.

Mere skrivanja istovetnosti svedoka

Prema čl. 109a st. 2. ZKP, mere posebne zaštite svedoka obuhvataju, pre svega, ispitivanje¹⁷ svedoka pod uslovima i na način koji obezbeđuju da se ne otkrije njegova istovetnost. U vezi sa merama skrivanja istovetnosti svedoka daćemo nekoliko napomena:

Mere zaštite i način ispitivanja svedoka

Određivanje posebnog načina ispitivanja svedoka zaista jeste dominantan način obezbedivanja njegove procesne zaštite, ali se ona ne iscrpljuje samo u tome. To se najbolje vidi iz čl. 109v st. 3. ZKP, po kome rešenje o merama posebne zaštite sadrži i naredbu za brisanje iz spisa imena i drugih podataka pomoću kojih se može utvrditi istovetnost svedoka i mere koje je potrebno preduzeti da bi se sprečilo otkrivanje istovetnosti, prebivališta i mesta boravka svedoka ili njemu bliskih lica. Navedene mere se ne bi mogle podvesti pod (na)čin ispitivanja svedoka.

2.3.2. Termin istovetnost ili identitet

Statusom zaštićenog svedoka treba obezbediti da se ne otkrije njegova istovetnost. Ovim je napuštena terminologija ZKP iz 2006. godine, ko-

¹⁶ Sl. gl. RS 116/08.

¹⁷ Uskladjujući se sa odgovarajućim ustavnim odredbama, zakonodavac je napustio termin „saslušanje“ svedoka i umesto njega vratio se na termin „ispitivanje“ svedoka, koji se u našim procesnim zakonima koristio do ZKP iz 2001. godine.

ji je u ovom kontekstu upotrebljavao izraz „identitet“.¹⁸ Prelazak na novi termin se može pozdraviti. Reč identitet potiče od novolatinske reči *identitas*, što znači istovetnost.¹⁹ Dakle, identitet i istovetnost su sinonimi odnosno pojmovi sa istim sadržajem i opsegom. Reči istovetnost ipak treba dati prednost i to iz dva razloga: a) radi ujednačavanja sa već postojećom terminologijom u ZKP, u kojoj je reč istovetnost već ukorenjena, kako za označavanje predmeta,²⁰ tako i za označavanje lica;²¹ b) zato što je korišćenje stranih reči u zakonskoj terminologiji opravdano samo u nedostatku odgovarajuće domaće reči, a mi je imamo. S druge strane, ostaje nejasno zašto je naš zakonodavac zadržao termin identitet u nekim drugim odredbama,²² odnosno zašto ga je prilikom ove iste reforme uveo u nekim novim odredbama.²³

2.3.3. Šta se podrazumeva pod istovetnošću svedoka

Dalje, zakonodavac je u toj uvodnoj odredbi ostao nedorečen, jer je ostavio mesta dilemi šta se ima smatrati pod istovetnošću svedoka i od koga nju treba kriti. Prema formalnologičkom principu identiteta ili istovetnosti, svaki pojam je identičan samom sebi odnosno jeste ono što jeste i simbolički se izražava kao A = A. Po najčešćoj definiciji, istovetnost je kvalitativno obeležje jedne stvari, tj. jedinstvo onih bitnih osobina po kojima je neka stvar ono što jeste, a ne nešto drugo. Utvrđivanje istovetnosti nekog lica ili predmeta podrazumeva podvođenje dve stvari pod isti pojam. Sa stanovišta zaštite svedoka treba istaći dve komponente istovetnosti: lične podatke i lik i glas svedoka. Teško da bi se moglo unapred reći

¹⁸ Takav termin se mogao kritikovati ne samo zbog preuzimanja jedne strane reči, već i zbog nedoslednog korišćenja terminologije. Dok se u vezi sa zaštićenim svedokom upotrebljavao izraz identitet, u drugim zakonskim odredbama koristio se izraz istovetnost (čl. 82. st. 6; 206. st. 4; 255. st. 2 i 5; 517. st. 1. tačka 6; 518. st. 3. tačke 1 i 3; 519. st. 4; 520. st. 1; 530. st. 2 i 544. st. 1. ZKP). Izraz identitet figurirao je i u radnim verzijama izmena i dopuna ZKP iz 2004. godine. Upotrebu tog izraza kritikovala je S. Brkić i predlagala njegovu zamenu rečju istovetnost (S. Brkić: „Poseban način saslušanja svedoka u krivičnom postupku radi sprečavanja njegovog zastrašivanja“ u: Novo krivično zakonodavstvo Srbije, Kopaonik, 2005, str. 150). Istu grešku je napravio i hrvatski Zakon o kaznenom postupku iz 2008. godine, koji istovremeno koristi i izraz identitet i izraz istovjetnost.

¹⁹ Vid. M. Vujaklija, Leksikon stranih reči i izrza, Beograd, 1980, str. 320.

²⁰ Vid. čl. 82 st. 6; 175 st. 4 i 225 st. 2 ZKP.

²¹ Vid. čl.. 142 st. 1 tačka 1; 142 st. 2; 231 st. 2; 316 st. 3; 317 st. 1; 436 st. 1 tačka 1; 567 st. 1 ZKP.

²² Čl. 124 st. 2; 228 st. 1 i 231 st. 2 ZKP.

²³ Čl. 504z st. 1 i 3; 504j st. 2; 504l st. 7; 504m st. 8; 504n st. 3; 504 nj st. 1 ZKP.

šta sve spada u lične podatke.²⁴ Svakako da je osnovni lični podatak za utvrđivanje istovetnosti lično ime, ali se istovetnost ličnosti ne iscrpljuje u njemu. U teoriji se pominje sedam oblika znanja istovetnosti: lično ime; lokacija; pseudonim koji se može povezati sa ličnim imenom i/ili lokacijom; pseudonim koji se ne može povezati sa drugim oblicima znanja istovetnosti; znanje očinstva; socijalna kategorizacija i simboli (ne)kvalifikovanosti.²⁵ Neka zakonodavstva eksplicitno određuju da identifikacija ličnosti označava svaku pojedinost koja je odvojeno ili zajedno u stanju da individualizuje neko lice, tako da se razlikuje od drugih lica.²⁶

2.3.4. Od koga se skriva istovetnost svedoka

Prikrivanje istovetnosti svedoka od opšte javnosti ima smisla ako ugrožavanje lične sigurnosti svedoka dolazi odatle. Treba, međutim, imati u vidu da svedoku najčešće najveća opasnost preti od samog okrivljenog i njegove uže okoline. Zbog toga je umereno razmotriti mogućnost prikrivanja istovetnosti svedoka i od samog okrivljenog i njegovog branioca. Iz čl. 109a st. 2 ZKP se ne vidi odmah da li su mere prikrivanja istovetnosti usmerene prema opštoj javnosti (publici i medijima), ili i prema odbrani. O tome tek posredno zaključujemo iz daljih odredaba. Tako, prema čl. 109g st. 2. ZKP, svedok se pre početka ispitivanja obaveštava da se njegova istovetnost neće nikome otkriti osim sudijama koje odlučuju u predmetu, a mesec dana pre početka glavnog pretresa strankama i braniocu. Dakle, u novoj regulativi zaštite svedoka u krivičnom postupku, jednako kao i u regulativi ZKP iz 2006. godine, nema tzv. anonimnog svedočenja. Anonimni svedoci su oni čiji identitet osta-

²⁴ Prema čl. 3. Zakona o zaštiti podataka o ličnosti (Sl. gl. RS 97/2008), podatak o ličnosti je svaka informacija koja se odnosi na fizičko lice, bez obzira na oblik u kome je izražena i na nosač informacije, po čijem nalogu, u čije ime odnosno za čiji račun je informacija pohranjena, datum nastanka informacije, mesto pohranjivanja informacije, način saznavanja informacije ili bez obzira na druga svojstva informacije. Prema istom zakonu, fizičko lice je čovek na koga se odnosi podatak, čiji je identitet određen ili odredit na osnovu ličnog imena, jedinstvenog matičnog broja građana, adresnog koda ili drugih obeležja njegovog fizičkog, psihološkog, duhovnog, ekonomskog, kulturnog ili društvenog identiteta.

²⁵ G. Marx, *What's in a name? Some reflections on the Sociology of Anonymity* (1999) 15:2 *The Information Society* 99, naved. prema P. Carmichael Keen, *Anonymity and the Supreme Court's Model of Expression: How Should Anonymity be Analysed Under Section 2(b) of the Charter?*, http://cjlt.dal.ca/vol_2_no3/index.html, dostupno 17.-04.2005.

²⁶ Tako čl. 2. Act no. 93/99 governing the enforcement of measures on the protection of witnesses in criminal proceedings (Portugalija).

je potpuno nepoznat okrivljenom.²⁷ Potpuna i trajna anonimnost svedoka prema okrivljenom kosila bi se sa okrivljenikovim pravom na odbrunu, pa bi bila dopustiva samo u izuzetnim slučajevima i pod veoma restriktivnim uslovima.²⁸ Naš zakonodavac se te mogućnosti odrekao i zaštitu svedoka zasnovao pre svega, na neotkrivanju njihove istovetnosti opštoj javnosti. Prikrivanje istovetnosti svedoka od okrivljenog i njegovog branioca je postavljeno samo kao mera privremenog karaktera. U tom pogledu, mogu se uočiti izvesne razlike u važećem ZKP i u ZKP iz 2006. godine. Prema važećem ZKP, strankama i braniocu se istovetnost zaštićenog svedoka privremeno prikriva automatski, po samom zakonu. Prema čl. 119 st. 5. ZKP iz 2006. godine, to je bila privremena mera koja se naređivala samo izuzetno u naročito opravdanim slučajevima, ako organ koji vodi postupak oceni da su ozbiljno ugroženi život, zdravlje ili sloboda svedoka, a da je svedok uverljiv. Prema važećem Zakoniku, istovetnost svedoka se mora otkriti strankama i braniocu mesec dana pre početka glavnog pretresa. Prema ZKP iz 2006. godine, okrivljenom i braniocu su se mogli uskratiti svi ili neki podaci o identitetu zaštićenog svedoka najkasnije do zakazivanja glavnog pretresa. Dakle, stav ranijeg zakonodavstva po ovom pitanju je bio nešto restriktivniji. Nova regulativa, međutim, nije nespojiva sa međunarodnim pravnim standardima. Izuzetan karakter ove privremene mere postuliran u ZKP iz 2006. godine, zapravo predstavlja obavezujući standard u slučajevima potpune i trajne anonimnosti svedoka.²⁹ Nacionalna zakonodavstva ne moraju svoje privremene mere vezivati za tako stroge uslove. Preporuka R (97) 13 predviđa otkrivanje istovetnosti svedoka u što je moguće kasnije fazi postupka i/ili otkrivanje samo izabralih detalja, ne vezujući to za dodatne uslove. S druge strane, novo rešenje više štiti interes stranaka jer unekoliko pomera vremensku granicu obaveznog otkrivanja istovetnosti svedoka strankama i braniocu, čime se stvaraju realnije osnove za efikasno pripremanje odbrane na glavnom pretresu.

Treba pomenuti da i prema važećem i prema ranijem zakoniku istovetnost svedoka mora biti poznata sudu. Bez toga, sudija bi teško mogao odgovorno da izvrši svoju obavezu ocene verodostojnosti svedočkog iskaza.

²⁷ Takvu definiciju anonimnosti daje i Recommendation No. R (97) 13 concerning intimidation of witnesses and the rights of the defence.

²⁸ Više o tome, S. Brkić: „Zaštita svedoka u krivičnom postupku“, Novi Sad, 2005, str. 68.

²⁹ Recommendation No. R (97) 13 concerning intimidation of witnesses and the rights of the defence.

2.3.5. Nemogućnost zasnivanja presude samo na izjavi zaštićenog svedoka

Kao što je to već rečeno, zaštićeni svedok u našem pravu ne svedoči anonimno, već se njegova istovetnost trajno prikriva od opšte javnosti a samo privremeno od stranaka i branioca. Ova ustanova ne dovodi u pitanje odbrambena prava okriviljenog u onoj fazi postupka u kojoj se meritorno sudi. Zbog toga je bilo nepotrebno uvoditi odredbu čl. 109d ZKP, po kojoj se presuda ne može zasnivati samo na izjavi zaštićenog svedoka. Time se nepotrebno ograničava mogućnost suda da utvrdi relevantno činjenično stanje. Ukipanje tog ograničenja ne bi bilo nespojivo sa međunarodnim standardima. Oni predviđaju nemogućnost zasnivanja osude jedino na dokazu anonimnog svedoka.³⁰

Zaštita prikrivenog islednika kao svedoka

Prikriveni islednik predstavlja posebnu kategoriju zaštićenog svedoka, koja je kod nas prvi put uvedena prilikom novelacije ZKP u decembru 2002. godine. Tada je bilo predviđeno da se prikriveni islednik saslušava kao svedok u krivičnom postupku i to tako da se ne otkrije njegov identitet. Istovremeno je bilo propisano da podaci o identitetu prikrivenog islednika predstavljaju službenu tajnu (čl. 504nj st. 4 ZKP). Iako u Zakoniku nije bilo eksplicitno rečeno od koga se skriva identitet prikrivenog islednika, smatralo se da smo time dobili potpuno anonimnog svedoka.³¹

ZKP iz 2006. godine je u osnovi preuzeo tu regulativu. Iz njegove formulacije je proizilazilo da je saslušanje prikrivenog islednika u svojstvu svedoka samo mogućnost a ne nešto što se redovno dešava po automatizmu (čl. 153. st. 5 ZKP). Međutim, redakcija tog člana je unela novu konfuziju. Ostala je stara rečenica da će se saslušanje prikrivenog islednika obaviti tako da se ne otkrije njegov identitet, ne kazujući kome. Međutim, dodata je nova rečenica koja upućuje na shodnu primenu drugih pravila o saslušanju zaštićenog svedoka (čl. 117 do 121 ZKP). Pošto ta pravila nisu poznavala ustanovu anonimnog svedočenja, mogao je uslediti zaključak da ni prikriveni islednik ne može anonimno svedočiti.³² Među-

³⁰ Tako tačka 13. Recommendation No. R (97) 13 concerning intimidation of witnesses and the rights of the defence.

³¹ Tako S. Brkić: „Zaštita svedoka u krivičnom postupku“, Novi Sad, 2005, str. 175; N. Peković: „Zaštićeni svedok i svedok saradnik“ u: D. Radovanović: Teški oblici kriminala, Beograd, 2004, str. 204.

³² Međutim, neki autori u ovome nisu videli nikakav problem i prikrivene islednike su podvodili pod anonimne svedoke (M. Škulić: „Komentar Zakonika o krivičnom postupku“, Beograd, 2007, str. 514).

tim, takav odnos prema njemu mogao je da ugrozi ne samo njegov život i slobodu, već i njegov potencijalni rad u budućnosti. Sa druge strane, ako prikriveni islednik nije anonimni svedok, onda izgleda čudna i nepotrebna odredba čl. 153. st. 6 ZKP, po kojoj se sudska odluka ne može zasnovati samo na iskazu prikrivenog islednika saslušanog kao svedoka. Najzad, u tom Zakoniku je bila još jedna protivrečnost: identitet prikrivenog islednika kao svedoka se po samom zakoniku ne otkriva, a istovremeno se shodno primenjuju i pravila iz čl. 118. ZKP, koja govore o podnošenju zahteva i donošenju rešenja o određivanju statusa zaštićenog svedoka! Ako je zakonodavac želeo potpunu anonimnost prikrivenog islednika kao svedoka, trebao je biti eksplicitniji, a ako to nije želeo, nije ni bilo potrebne da se ta pitanja regulišu na navedeni način u čl. 153. st. 5. ZKP. Stvar se mogla jednostavno rešiti njegovim pominjanjem u čl. 122. Zakonodavac je time još jednom pokazao kako nekritičko preuzimanje postojećih odredaba u novoj konstelaciji može biti pogrešno. Ne treba zaboraviti da 2002. godine, kada je prvi put uneta odredba o statusu prikrivenog islednika kao svedoka u čl. 504nj ZKP, u ZKP nije bilo nikakvih opštih odredaba o procesnoj zaštiti svedoka.

Najnovijim izmenama i dopunama ZKP iz 2009. godine dobili smo nove i jasne odredbe o prikrivenom isledniku. Sada je još više naglašeno da je njegovo ispitivanje u krivičnom postupku u svojstvu svedoka samo izuzetna mogućnost. Iz zakonskog teksta nedvosmisleno proizilazi da su čitav njegov rad, kao i kasnije eventualno svedočenje anonimni. Tako, prema čl. 504m st. 4. ZKP, prikrivenog islednika pod pseudonimom ili šifrom određuje ministar nadležan za unutrašnje poslove, direktor Bezbednosno-informativne agencije ili Vojno-bezbednosne agencije ili lice koje oni ovlaste. Radi zaštite identiteta prikrivenog islednika, nadležni organi mogu izmeniti podatke u bazama podataka, kao i izdati lične isprave sa izmenjenim podacima. Ti podaci predstavljaju službenu tajnu. Prema čl. 504nj st. 1. ZKP, prikriveni islednik se izuzetno može ispitati kao svedok, i to pod šifrom ili pseudonimom. Ispitivanje će se obaviti tako da se strankama ne otkrije identitet prikrivenog islednika. Istovetnost prikrivenog islednika neposredno pre njegovog ispitivanja sud će utvrditi na osnovu izjave njegovog neposrednog starešine. Podaci o identitetu prikrivenog islednika koji se ispituje kao svedok predstavljaju službenu tajnu. Ispitivanje prikrivenog islednika će se obaviti shodnom primenom pravila o ispitivanju zaštićenih svedoka. Prikriveni islednik se poziva preko neposrednog starešine. Sudska odluka se ne može zasnivati samo na iskazu prikrivenog islednika.

Iz prikazanih zakonskih odredaba proizilazi da se prikrivenom isledniku u svakom slučaju garantuje anonimnost, koja osim toga, nije ničim

uslovljena. To nije u skladu sa Preporukom R (97) 13, koja insistira na restriktivnom karakteru anonimnosti i obezbeđenju prava okrivljenog. Prema pomenutoj Preporuci potpuna anonimnost je moguća samo kao izuzetna mera koja može uslediti nakon verifikacione procedure radi postizanja pravednog balansa između potreba krivičnog postupka i prava na odbranu. Putem te procedure, odbrani treba dati priliku da preispita navodnu potrebu za anonimnošću svedoka, njegov kredibilitet i izvor njegovog saznanja. Osim toga, anonimnost je restriktivno postavljena jer može biti odobrena samo ako sud nakon saslušanja stranaka nađe: a) da su život ili sloboda datog lica ozbiljno ugroženi, ili u slučaju prikrivenog islednika, da je ozbiljno ugrožen njegov potencijalni rad u budućnosti, b) da je dokaz verovatno značajan i da to lice ima kredibilitet. Anonimne svedočstve toleriše i praksa Evropskog suda, s tim što insistira na obezbeđenju alternativnih metoda ispitivanja svedoka umesto unakrsnog ispitivanja.³³ Zbog svega navedenog, svedočenje prikrivenih islednika kao svedoka u našem pravu nije potpuno legitimno. Odredbe o njemu trebalo bi uskladiti sa zahtevima Preporuke R (97) 13. Najzad, ostaje nejasno zašto zakonodavac u odredbama o prikrivenom isledniku nije zamenio termin identitet izrazom istovetnost.

3. Krug krivičnih dela kod kojih je moguća zaštita svedoka

Nesporno je da zaštitu od zastrašivanja moramo obezrediti svedocima za krivična dela utvrđena u skladu sa Konvencijom UN protiv transnacionalnog organizovanog kriminala: učešće u grupama za organizovani kriminal, pranje novca, korupciju, ometanje pravde, trgovinu ljudima, krijumčarenje migranata i druga teška krivična dela, pod uslovom da imaju transnacionalni i organizovani karakter. To bi bio obavezni minimum.

Naravno da nema nikakvih smetnji da se ta zaštita proširi i na druga krivična dela. Štaviše, ako pođemo od teze da svaki svedok može biti izložen ozbiljnoj pretnji a da su život, telo, zdravlje, sloboda ili imovina pojedinka jednako vredni bez obzira na vrstu krivičnog dela, nećemo biti daleko od zaključka da treba otvoriti mogućnost procesne zaštite svedoka za sva krivična dela. Takav primer već pružaju i druga zakonodavstva (npr. crnogorsko i hrvatsko). To je izvodljivo, za razliku od programske zaštite, koja je i iz finansijskih razloga uže postavljena. U prilog neograničavanja procesne zaštite svedoka na određeni krug krivičnih dela govore i principijelni razlozi. Članom 2 i 5 Evrop-

³³ Slučaj Kostovski protiv Holandije i Dorson protiv Holandije.

ske konvencije svakom je zagarantovano pravo na život, slobodu i sigurnost. Prema čl. 14 te Konvencije, obezbeđuje se uživanje sloboda i prava predviđenih u Konvenciji bez diskriminacije po bilo kom osnovu, kao što su pol, rasa, boja kože, jezik, veroispovest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno poreklo, veza s nekom nacionalnom manjinom, imovno stanje, rođenje ili drugi status. Izbegavanje pružanja zaštite svedocima moglo bi se tumačiti i kao akt diskriminacije prema njima. Nije moralno da zakonodavac nekome nameće obavezu odazivanja sudskom pozivu i istinitog svedočenja pod pretnjom disciplinske i krivične sankcije, a da zauzvrat ne preduzme mere zaštite svakog svedoka koji bi svedočenjem bio izložen ozbiljnoj opasnosti. Čini nam se da se ne bi trebali plašiti kontraproduktivnosti ovako širokih odredaba, i da bi u uslovima strogih proceduralnih zahteva, trebali imati više poverenja u pravosuđe. Po našem mišljenju, ograničavanje zaštite svedoka na određeni krug težih krivičnih dela bi imalo smisla samo u slučaju anonymnih svedoka.

Prema radnim verzijama nacrtta Zakona o izmenama i dopunama ZKP iz 2004. godine, mere procesne zaštite svedoka su bile ograničene na postupak za krivična dela za koja je propisana kazna zatvora od četiri godine ili teža kazna. Krug krivičnih dela je bilo jedno od najspornijih pitanja kojima se ta radna grupa više puta vraćala. Moglo bi se reći da je u borbi između dva ekstremna shvatanja pobedila navedena srednja varijanta.³⁴ Ova granica se u ZKP iz 2006. godine još više podigla, na krivična dela za koja je propisana kazna zatvora od deset godina ili teža kazna. Doduše, izuzetno su se mogla javiti i krivična dela sa propisanom kaznom zatvora od četiri godine ili težom kaznom, ako su osobite okolnosti ukazivale da za svedoka ili njemu bliska lica može nastupiti neka od navedenih opasnosti, a zaštita svedoka na drugi način nije moguća ili je znatno otežana (čl. 117. st. 1 i 2 ZKP). U svetu naših razmišljanja o neograničavanju procesne zaštite svedoka s obzirom na težinu ili vrstu krivičnih dela, ovo rešenje je bilo još neprihvatljivije. Što se tiče postavljenog izuzetka, on je relativisan tako sročenim uslovima koji bi trebali da budu prisutni u svakom slučaju odlučivanja o procesnoj zaštiti svedoka.

Najnovijim izmenama i dopunama ZKP iz 2009. godine ovo pitanje je regulisano na zadovoljavajući način. Nije postavljena nikakva donja granica u pogledu težine krivičnih dela kod kojih bi se mogao dobiti status zaštićenog svedoka. Samo je ukazano na naročit značaj određene vrste

³⁴ Videti S. Brkić: „Zaštita svedoka u zakonodavstvu Srbije i perspektive razvoja“, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu 1/2005.

krivičnih dela pri obezbeđivanju procesne zaštite svedoka, a to su dela organizovanog kriminala, korupcije i druga izuzetno teška krivična dela (čl. 109a st. 1 ZKP).

4. Krug lica na koja se primenjuju odredbe o zaštićenom svedoku

Prema odredbi čl. 122 ZKP iz 2006. godine, odredbe o zaštićenom svedoku shodno se primenjuju i na osumnjičenog, okrivljenog i oštećenog koji je istovremeno i svedok u krivičnom postupku. U važećem ZKP takva odredba je izostala. Naime, potreba za zaštitom osumnjičenog lica će biti retka, s obzirom na diskreciju koju omogućava pretkrivični postupak. Protezanje zaštite na okrivljena lica može izazvati neke praktične probleme. U uporednom pravu je uobičajeno da se procesna zaštita svedoka širi i na oštećena lica. Na prvi pogled čini se da je to nepotrebno, s obzirom da je teško zamisliti slučaj u kome oštećeni neće istovremeno biti saslušan i u svojstvu svedoka, makar i na daleke okolnosti koje su pretvodile izvršenju krivičnog dela, ali se to barem teorijski može desiti. Osim toga, zbog teškog zdravstvenog stanja u kome se oštećeni može nalaziti nakon izvršenog krivičnog dela, njegovo saslušanje do daljnog može biti onemogućeno. U tom slučaju, možda se može nametnuti potreba za nekom merom koja nema veze sa tehnikom njegovog saslušanja, npr. isključenje javnosti sa glavnog pretresa ili naredba za brisanje iz spisa podataka o istovetnosti oštećenog. Zahtev ZKP iz 2006. godine da oštećeni ima istovremeno i status svedoka, gubi iz vida ovakve situacije i istovremeno čini suvišnom samu odredbu, jer bi to ionako sledilo.

5. Postupak donošenja rešenja o merama posebne zaštite

5.1. Nepostojanje obaveze obaveštavanja o pravu na zaštitu svedoka

Iz subjektivnog prava svedoka na zaštitu proizilazilo bi i ovlašćenje svedoka da bude obavešten o mogućnostima zaštite. Međutim, zakoni retko proklamuju to ovlašćenje.³⁵ Sistem zaštite svedoka biće delotvorniji ako potencijalni svedok zna pravne mogućnosti svoje zaštite. Mechanizmi za zaštitu ljudskih prava nisu delotvorni ako građani nisu obavešteni ni o njihovom postojanju, ni o njihovom značenju. Ovo je naročito važno u onim zemljama u kojima sam svedok može zahtevati zaštitu. Postavlja se pitanje, ko, kada i na koji način treba da obaveštava svedoka. Svakako da

³⁵ Izuzetak je Bil o pravima za žrtve i svedoke države Utah, koji to izričito prokla muje (Bill of rights, www.publish.state.ut.us, dostupno 13.05.2005).

to treba učiniti što ranije, jer samo blagovremena zaštita svedoka može ostvariti svoj cilj. Najbolje bi bilo kada bi potencijalni svedoci i pre formalno započetog krivičnog postupka bili upoznati sa ovim svojim pravom. U nekim zemljama to se postiže time što se u policijskim stanicama na vidnom mestu ističe obaveštenje o zakonskim odredbama o zaštiti svedoka. U skladu sa politikom ohrabrvanja na prijavljivanje krivičnih dela i svedočenje, u zakoniku bi trebalo predvideti dužnost organa unutrašnjih poslova i javnog tužioca da građane prilikom prikupljanja obaveštenja obaveste o pravu na posebnu zaštitu. Nezavisno od ovog obaveštavanja u pretkrivičnom postupku, i organi krivičnog postupka bi bili dužni da o merama zaštite pouče potencijalnog svedoka i stranke, pošto one imaju pravo predlaganja dokaza. Naši propisi koji regulišu krivični i pretkrivični postupak nigde ne pominju obavezu obaveštavanja o pravu na zaštitu svedoka.

5.2. Inicijativa za donošenje rešenja o određivanju mera zaštite

Rešenje o merama posebne zaštite svedoka prema čl. 109b st. 1. važećeg Zakonika, sud može doneti po službenoj dužnosti ili na zahtev stranaka ili samog svedoka. Iako će se po prirodi stvari zaštićeni svedok najčešće javljati na strani optužbe, nije isključeno da se u toj ulozi javi i svedok odbrane. Zbog toga je dobro što iniciranje ovih mera nije ograničeno samo na javnog tužioca, kao što je to slučaj u nekim pravima. Pošto od titulara subjektivnog prava zavisi da li će se ono vršiti ili ne, pravo svedoka na zaštitu trebalo bi da uključi i njegovo ovlašćenje da zahteva zaštitu,³⁶ kao i da je se odrekne. U tom smislu, rešenje ZKP iz 2006. godine je bilo logičnije: zaštita se uspostavlja na zahtev svedoka ili uz njegov usaglasnost po službenoj dužnosti ili na zahtev stranke (čl. 118 st 1) Iako nisu nepoznata i takva subjektivna prava čije vršenje za njihovog nosioca predstavlja ujedno pravnu obavezu, to nije slučaj sa pravom na zaštitu svedoka. Uslovljavanje zaštite saglasnošću samog svedoka u slučajevima kada je on ne traži, potrebno je, jer bi on, barem teorijski, mogao imati razloga da se protivi zaštiti. To sledi iz principa da ustanova predviđena u nečiju korist ne bi trebala da se pretvorи u njegovu štetu. Pa ipak, retka su zakonodavstva koja to izričito predviđaju.³⁷

³⁶ To je predviđeno u čl. 226a ZKP Holandije, čl. 240a st. 2 ZKP Slovenije; čl. 122 st. 1 ZKP Crne Gore; čl. 97a st 1 ZKP Bugarske, itd.

³⁷ Vid. npr. čl. 97a st. 1 ZKP Bugarske.

5.3. Uskraćivanje ličnih podataka i iskaza svedoka kao pretpostavka postavljanja zahteva za zaštitu

Efikasno vršenje prava na zaštitu svedoka podrazumevalo bi i ovlašćenje svedoka da nekažnjeni uskrati davanje ličnih podataka, iskaza u celini ili odgovora na pojedina pitanja do donošenja odluke suda o zahtevu za zaštitu. To bi bila neka vrsta dopuštene samopomoći u krivičnom procesnom pravu. ZKP iz 2006. godine nije predviđao takvo pravo svedoka. Ni postojeća ustanova oslobođenja od dužnosti odgovaranja na pojedina pitanja nije omogućavala podvodenje pod nju takvih slučajeva. Naime, svedok se po tom osnovu mogao oslobođiti odgovora na pojedina pitanja samo ako bi sebe ili bliska lica izložio teškoj sramoti, znatnoj materijalnoj šteti ili krivičnom gonjenju. Zapravo, po tom osnovu se mogao zaštititi samo onaj svedok kome se pretilo uništenjem ili oštećenjem imovine većeg obima, dok je ostala nepokrivena većina slučajeva ugrožavanja njegove lične sigurnosti pretnjama da će napasti na njegov život, zdravlje, telo, slobodu, itd.

Pa ipak, pomenuto ovlašćenje proklamuje samo mali broj zakonodavstava.³⁸ Možda se prilikom nepredviđanja ovog ovlašćenja svedoka nacionalna zakonodavstva rukovode činjenicom da zaštitu svedoka treba obezbediti i pre nego što svedok pristupi sudu i bude pozvan da daje iskaz. Međutim, mislimo da treba biti fleksibilan i uvažiti mogućnost da tek u toku saslušanja postane jasno da svedok raspolaže ključnim saznanjima i s obzirom na njih pokaže znake ugroženosti.

Važeći ZKP ovo pitanje rešava tako što uvodi još jedan, prečutni mehanizam iniciranja postupka za zaštitu svedoka. Naime, Zakonik polazi od pretpostavke da je svedok koji je uskratio podatke o sebi ili sam iskaz, pozivom na ozbiljnu i stvarnu opasnost, podneo zahtev za pružanje zaštite. Ako oceni da je opasnost osnovana, istražni sudija ga nakon toga poziva da u roku od tri dana podnese obrazloženi pismani zahtev sa svim podacima koji su inače za takve zahteve predviđeni. U slučaju propuštanja tog roka ili očigledno neosnovanog uskraćivanja podataka, pravo na uskraćivanje iskaza se gubi i sud može pribeci izricanju predviđenih kazni zbog neosnovanog uskraćivanja svedočkog iskaza.

5.4. Forma zahteva za određivanje mera zaštite

U odnosu na postavljeni zahtev neophodan je izvestan formalizam, da bi se суду dali elementi potrebni za odlučivanje, kao i da bi se očuvala

³⁸ Tako npr. čl. 294. st. 1.ZKP Hrvatske; čl.120. st. 1. ZKP Crne Gore; čl. 81. ZKP kantona Frajburg.

diskrecija. U tom smislu, sadržina zahteva je slično određena u važećem Zakoniku (čl. 109b), kao i u ZKP iz 2006. godine (čl. 118 st. 2). Prema važećem ZKP, zahtev mora biti pismen. ZKP iz 2006. godine je u tom pogledu bio malo fleksibilniji s obzirom da je dopuštao izuzetnu mogućnost usmenog podnošenja zahteva od početka glavnog pretresa, o čemu se sačinjavao poseban zapisnik i nakon čega se isključivala javnost sa glavnog pretresa. Isključenje takve mogućnosti u važećem ZKP je verovatno rezultat prirodnog očekivanja da se zaštita svedoka veže za ranije faze postupka i da svedok koji se već pojавio na glavnom pretresu teško može uspešno zaštiti svoj identitet.

Takođe je propisano da se zahtev podnosi u zapečaćenom omotu sa naznakom „zaštita svedoka – službena tajna“. Svakako da je takav način predaje zahteva dobar, jer sprečava slučajno otkrivanje istovetnosti svedoka u periodu dok mu se ne pruži zaštita. Međutim, pravnotehnički način na koji je ovo rešenje uobličeno, nije imun od prigovora. Iz zakonske formulacije proizilazi da svedok i stranke određuju šta je službena tajna. Zbog toga bi bilo bolje kada bi se taj izraz zamenio oznakom „strogoo poverljivo“. To bi bilo usklađenje sa Sudskim poslovnikom, koji u čl. 250. predviđa poverljiv ili strogoo poverljiv upisnik u koji se zavode poverljive i strogoo poverljive stvari sudske uprave i pismena koja su primljena od pošiljaoca označena kao „Pov“ ili „Str. Pov“.³⁹

5.5. Funkcionalna nadležnost suda

Važeći ZKP sadrži čitav niz poboljšanja u postupku određivanja zaštite, jer daje odgovor na neka pitanja koja su u ZKP iz 2006. godine bila otvorena. Tako je npr. precizirano kome se zahtev predaje: istražnom sudiji u toku istrage, a nakon stupanja optužnice na pravnu snagu, predsedniku veća. Zatim, ispravljen je propust ZKP iz 2006. godine da odredi funkcionalnu nadležnost suda za donošenje rešenja o određivanju zaštite. Ta nadležnost je sada određena i to na način koji obezbeđuje najveću moguću efikasnost: u toku istrage rešenje donosi istražni sudija, a nakon stupanja optužnice na pravnu snagu, pretresno veće odnosno veće iz čl. 24. st. 6 ZKP, zavisno od toga da li je pretresno veće u zasedanju ili ne. Na ovom mestu ipak moramo ukazati na jednu nelogičnost: pošto istražni sudija donosi ovo rešenje u toku istrage, a odgovarajuće veće nakon stupanja optužnice na pravnu snagu, to znači da je zakonodavac propustio da odredi ko donosi ovo rešenje u fazi stavljanja pod optužbu, koja traje od podizanja optužbe do njenog stupanja na pravnu

³⁹ Sl. gl. RS 65/03, 115/05, 4/06, 50/06.

snagu. Ovaj problem bi se mogao rešiti jednom malom ispravkom zakonskog teksta, tako što bi se u vezi sa istražnim sudijom brisale reči „u toku istrage.“ Time bi se funkcionalna nadležnost istražnog sudije protezala i posle završetka istrage, sve do stupanja na snagu optužnice.⁴⁰ Drugi modus bi bilo razgraničenje nadležnosti između istražnog sudije i odgovarajućeg veća koje bi se vezivalo za momenat podizanja optužnice, a ne njenog stupanja na snagu.

Važećim ZKP je predviđena još jedna novina u odnosu na ZKP iz 2006. godine. Ona se ogleda u preuzimanju poznatog istražnog modela o razrešavanju sukoba mišljenja između istražnog sudije i javnog tužioca. Naime, ako se istražni sudija ne saglasi sa zahtevom za određivanje zaštite, zatražiće da o njemu odluči veće iz čl. 24. st. 6 ZKP, koje je dužno da doneše odluku u roku od tri dana od prijema spisa (čl. 109v). Mislimo da je prenošenje ovakvog modela odlučivanja u oblast zaštite svedoka nepotrebno. Primena tog modela usporava rad suda i odražava nepoverenje u ličnost istražnog sudije, koje se u današnjim uslovima više ne bi trebalo gajiti.

Novo uređenje zaštite svedoka u krivičnom postupku više ne predviđa prethodno održavanje posebnog ročišta na kome bi prisustvovali svedok i stranke (čl. 118 st. 3 ZKP iz 2006. godine).⁴¹ Mislimo da je takvu mogućnost trebalo zadržati, radi omogućavanja суду да doneše pravilniju odluku. Naravno da bi pri tome trebalo isključiti zajedničko prisustvo svedoka i one stranke kojoj se istovetnost svedoka privremeno ne obelodanjuje.

5.6. Pravo na žalbu

Čl. 13. Evropske konvencije proklamuje pravo na delotvoran pravni lek pred nacionalnim vlastima svakome kome su povređena prava i slobode predviđeni u Konvenciji, bez obzira jesu li povredu izvršila lica koja su postupala u službenom svojstvu. ZKP iz 2006. godine se uopšte ne izjašnjava o žalbi u vezi sa zaštitom svedoka, ali u čl. 119. st. 6. pominje mogućnost osporavanja opravdanosti mera zaštite od strane okrivljenog i njegovog branioca, ne kazujući na koji način.

Važeći ZKP predviđa mogućnost izjavljivanja žalbe od strane stranke i svedoka protiv rešenja o merama posebne zaštite svedoka. O žalbi u istrazi odlučuje veće iz čl. 24. st. 6., a nakon stupanja optužnice na pravnu snagu drugostepeni sud. Veće je dužno da doneše odluku o žalbi u ro-

⁴⁰ Takvo rešenje je predlagala S. Brkić: „Zaštita svedoka u krivičnom postupku“, Novi Sad, 2005, str. 235.

⁴¹ Mogućnost ali ne i obavezu održavanja tkvog ročišta za javnog tužioca i svedoka predviđa čl. 122 st. 2 crnogorskog ZKP.

ku od tri dana, a drugostepeni sud u roku od osam dana od prijema spisa. I na ovom mestu zakonodavcu se potkrala greška: ostalo je neizvesno ko odlučuje o žalbi u fazi stavljanja pod optužbu. Problem se može rešiti na sličan način kao kod funkcionalne nadležnosti suda za odlučivanje o mera-ma zaštite. Rukovodeći se funkcionalnom nadležnošću suda za određivanje mera zaštite svedoka i opštim pravilima o žalbi na rešenje, sledilo bi da je moguće izjaviti žalbu protiv svakog rešenja koje po ovom pitanju donese istražni sudija ili pretresno veće, u skladu sa čl. 398 st. 1. ZKP. Dalje, sledilo bi da prava na žalbu nema u slučaju primene čl. 109v st. 2 ZKP, kada se povodom nesaglasnosti istražnog sudije sa zahtevom za zaštitu, traži odluka veća iz čl. 24 st. 6 ZKP, pošto protiv rešenja veća done-tog u toku istrage nije dozvoljena žalba, osim ako je izričito drugačije od-ređeno (čl. 398 st. 2 ZKP). Međutim, iz odredbi čl. 109v st. 3 i 4 ZKP proizilazi da je predviđena mogućnost žalbe samo na pozitivno, a ne i na negativno rešenje o zahtevu za pružanje zaštite, i to samo ono koje je do-neo istražni sudija i pretresno veće. Takvo rešenje nije dobro ni sa stanovišta stranke koja predlaže saslušanje zaštićenog svedoka, ni sa stanovišta samog ugroženog svedoka.⁴²

6. Uticaj zastrašivanja svedoka na ocenu dokaza

U skladu sa Preporukom R (97) 13, trebalo bi izričito predvideti da će kod ocene nesaglasnih iskaza istog svedoka, sud ceniti i uticaj zastraši-vanja na promenu njegovog iskaza. Sud to i sada može da čini primenom principa slobodnog sudijskog uverenja prilikom ocene dokaza, a ova-kvom formulacijom bi se to posebno istaklo i sud u takvom postupanju ohrabrio.

7. Zaključak

Najnovija regulativa procesne zaštite svedoka u srpskom pravu po-kazuje niz poboljšanja u odnosu na dosadašnja rešenja u ZKP iz 2006. godine, koja su se primenjivala do 11.09.2009. godine. U tom pogledu mogu se pohvaliti naporii našeg zakonodavca da ispravi neke ranije propuste i nejasnoće. S druge strane, i dalje postoji jedan broj zakonskih od-redaba koje bi trebalo preispitati i korigovati. Tako bi npr. trebalo: bolje rešiti sistematizaciju zakonskih odredaba o zaštiti svedoka; uvesti katego-riju posebno osetljivih svedoka; precizirati vrstu i postupak određivanja

⁴² S. Brkić se zalaže za mogućnost izjavljivanja žalbe kako protiv rešenja kojim se određuju mere zaštite, tako i protiv rešenja kojim se odbija zahtev za određivanje mera zaštite (S. Brkić: «Zaštita svedoka u krivičnom postupku», Novi Sad, 2005, str. 235).

mera fizičkog obezbeđenja svedoka; dosledno koristiti termin „istovetnost“; precizirati šta obuhvata istovetnost i od koga se ona prikriva; brisati odredbu o nemogućnosti zasnivanja presude samo na izjavi zaštićenog svedoka, osim u slučaju prikrivenog islednika; uskladiti odredbe o prikrivenom isledniku sa Preporukom o zastrašivanju i pravima odbrane R (97) 13 u pogledu anonimnih svedoka; odredbe o zaštićenom svedoku shodno primenjivati i na oštećenog; propisati obavezu obaveštavanja o pravu na zaštitu svedoka u pretkrivičnom i krivičnom postupku; pružanje zaštite usloviti saglasnošću svedoka; korigovati neke formalnosti u vezi sa zahtevom za pružanje zaštite; precizirati funkcionalnu nadležnost suda u fazi stavljanja pod optužbu; predvideti održavanje posebnog ročišta pre donošenja rešenja; ukinuti odlučivanje veća iz čl. 24 st. 6 ZKP u slučaju nesaglasnosti istražnog sudije sa zahtevom; ustanoviti pravo na žalbu svedoka i stranaka i u slučaju negativne odluke o zahtevu; izričito propisati obavezu suda da prilikom ocene verodostojnosti iskaza ceni i uticaj eventualnog zastrašivanja svedoka na promenu njegovog iskaza.

*Snežana Brkić, Ph.D, Associate Professor
Novi Sad School of Law*

Reform of criminal procedure in Serbia from 2009. and witness protection

Abstract

The article is dedicated to the new provisions about witness protection in Code of Criminal Procedure in Serbia, which went into effect 2009. The author draws a parallel between new and previous provisions about witness protection in Code of Criminal Procedure from 2006. Generally, there are some better solutions in current regulations. On the other hand, the article presents critical comments of new provisions. Therefore, the author suggests the improvement of legal text.

Key words: witness, witness protection, criminal procedure, code of criminal procedure

*Dr Zoran Lončar, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

NASTANAK I RAZVOJ IDEJE O REGIONALIZACIJI SRBIJE

Sažetak: Ideja o regionalizacije Srbije nastala je kod nas početkom devedesetih godina prošlog veka i bila je prisutna u javnosti u mnogo većoj meri nego što je to bio slučaj u ostalim državama prvenstveno zbog relativno čestih promena državno-pravnih sistema kroz koje smo prolazili proteklih godina. Prilikom usvajanja Ustava regionalizacija međutim nije prihvaćena kao način teritorijalne organizacije vlasti. Posle donošenja Ustava o regionalizaciji se ponovo počelo govoriti prvenstveno usled potrebe obezbeđenja uravnoteženog regionalnog razvoja.

Ključne reči: regionalizacija, ustav, teritorijalna organizacija vlasti, ravnomerni ekonomski razvoj.

Uvodne napomene

Regionalna država predstavlja oblik složene države koji se teorijski posmatrano nalazi između unitarne države, kakava je Srbija danas i federalno uređenje države, kakva je nekada bila Jugoslavija. Danas u svetu postoje samo Italija i Španija kao primeri takvog tipa organizacije države. Od pojma regionalne države treba razlikovati pojам regionalizacije, kao jednog od mogućih oblika decentralizacije vlasti. Suština regionalizacije je da se kroz proces prenošenja nadležnosti sa centralnog (državnog) nivoa na niži regionalni nivo (regionalnu samoupravu) omogući brži i ravnomerniji razvoja svih delova teritorije jedne države. Proces regionalizacije neke države ne mora istovremeno da znači i obrazovanje regionalne države, odnosno stvaranje složene strukture države koja u tom slučaju ne

bi bila jedinstvena, već sastavljena od delova (autonomnih regija, pokrajinu) koje bi imali značajnu političko-teritorijalnu autonomiju i koje bi mogli da učestvuju čak i u vršenju same centralne (državne) vlasti, kroz dводomi parlament, izvršnu vlast i sl.

U Srbiji je pitanje njene regionalizacije više ili manje aktuelna tema već poslednjih petnaest godina. Međutim, i pored ne malog interesovanja za regionalizaciju kao jedanog od mogućih oblika teritorijalne organizacije vlasti, kod nas danas još uvek postoji putpuno oprečni stavovi u pogledu ovog pitanja. Prema regionalizaciji se kod nas obično odnosi ili sa velikim nepoverenjem i otporom, ili pak, sa prevelikim i nerealnim očekivanjima, koja onda sama po sebi u velikoj meri i kompromituju čitavu ideju.¹ Tako se naprimjer regionalizacija od strane centralne državne vlasti dosta često doživljava kao atak na državni suverenitet, a od strane predstavnika lokalne vlasti kao njihovo potencijalni konkurent. Isto tako, u nacionalno mešovitim sredinama od procesa regionalizacije države se очekuje da pripadnicima nacionalnih manjina obezbedi neki vid manjinske teritorijalne autonomije, dok pripadnici nacionalne većine regionalizaciju doživljavaju kao potencijalnu opasnost za razbijanje njihove većinske dominacije.² Ako se pri svemu tome još doda i velika uzdržanost koja u pogledu regionalizacije sopstvene teritorije pokazuje i veliki broj država u Evropi koje su neuporedivo više od Srbije odmakle u procesu integracija, sve to govori da je regionalizacija danas svakako jedno od najvažnijih pitanja sa kojima se suočava naša država.³

Primetno je da je dinamika interesovanja za regionalizaciju kod nas do sada bila uslovljena političkim promenama. Sa približavanjem i uda-

¹ Tako neki autori regionalizam vide kao “način zatvaranja, provincijalizam, žabljii pogled i perspektivu, idejno opravdanje tradicionalizma i konzervativizma (...) kojim se razbijaju suverene nacionalne države ili svode na protektorate velikih sila (...) i sredstvo globalizacije koje treba da obezbedi vladavinu svetskog kapitala”. M. Popović, “Region, regionalna država i regionalizam”, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 1-3, 2002, str. 66 i 68.

² Značajni razlozi “za” i “protiv” regionalizacije koji su vredni stručne pažnje kod nas se mogu pronaći u studiji M. Jovičića, *Regionalna država*, str. 143-150; kao i D. Milkova, “O regionalizaciji Srbije”, referat na naučnom skupu “Ustavne promene” održanom na Pravnom fakultetu u Beogradu, 21 i 22. aprila 2003. godine.

³ Kao veoma ilustrativan primer o svojevrsnoj uzdržanosti koju prema procesu regionalizacije sopstvene teritorije iskazuju evropske države, govori podatak da je Kongres lokalnih i regionalnih organa vlasti Saveta Evrope još 1997. godine utvrdio Predlog Evropske povelje o regionalnoj samoupravi koji ni do danas nije stupio na snagu, jer još nije ispunjen uslov da je potpisalo najmanje pet država, od ukupno 45 država koliko trenutno postoji u punopravnom članstvu.

Ijavanjem od ustavnih promena istovremeno se i interesovanje stručne javnosti za pitanje regionalizacije Srbije povećavalo ili smanjivalo. No, bez obzira na relativno značajno prisustvo ove teme u našoj stručnoj javnosti, prilikom izrade Ustava regionalizacija Srbije nije bila značajnija tema. Umesto regionalnog uređenja kao oblika teritorijalne organizacije vlasti, u Ustavu smo dobili samo ravnomerni regionalni razvoj kao novu ustavnu bavezu države. Međutim, pošto u protekle tri godine od donošenja Ustava uprkos preciznim rokovima koji su bili utvrđeni Ustavnim Zakonom za sprovodenje Ustava, nije između ostalih zaživeo ni ravnomerni regionalni razvoj, ponovo su počele da se javljaju određene ideje o neophodnosti regionalizacije Srbije. Zbog toga nam je želja da u narednim redovima kroz prikaz nastanka i razvoja ideje o regionalizaciji kod nas damo doprinos novoj raspravi o neophodnosti regionalizacije Srbije.

Nastanak ideje o regionalizaciji

Regionalizacija Srbije kao jedno od mogućih rešenja za pitanje njene teritorijalne organizacije vlasti, prisutna je kod nas još od polovine devedestih godina prošlog veka. Začetnikom ove ideje kod nas se sa punim pravom može smatrati pokojni akademik Miodrag Jovičić. Među njegovim brojnim radovima o pitanju regionalizacije,⁴ centralno mesto svakako pripada monografiji "Regionalna država" iz 1996. godine.⁵ Na osnovu te studije ovaj autor je prvi kod nas uspeo da na jedan celovit način zaokruži koncept ustavnog preuređenja Srbije kao regionalne države i to u vidu trinaest regiona.⁶ Osnovna zamisao pokojnog Miodraga Jovičića nije bila da ponudi koncept regionalizacije isključivo Srbije, već da kroz regionalizaciju čitave tadašnje Jugoslavije, pa u okviru nje i Srbije, da pokuša da pronađe mnogo bolji oblik ustavnog uređenja zajedničke države sa Crnom Gorom nego što je to bila u to vreme dvočla-

⁴ Videti: "Pledoaje za regionalnu državu", Književne novine, 1. oktobar 1992, str. 849; "Pet regiona umesto dve autonomne pokrajine", Književne novine, 15. jun 1993. godine, str. 866; "Tri teorijska modela teritorijalne organizacije vlasti", Anal Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 1-2, 1993, str. 127-135; "Reformisati postojeću federaciju (SR Jugoslaviju) ili srpsko-crnogorsku zajednicu postaviti na nove državnopravne temelje", Arhiv za pravne i društvene nauke, br. 4, 1993, str. 561-588; "Problemi teritorijalne organizacije postojeće jugoslovenske federacije", Arhiv za pravne i društvene nauke, br. 2, 1994, str. 271-282; "Kosovo i metohija danas i sutra", Pravda, 13. jul 1994. godine.

⁵ M. Jovičić, *Regionalna država*, ustavnopravna studija, Izdavačka zajednica „Vajat“, Beograd, 1996.

⁶ videti: M. Jovičić, *Nacrt Ustava regionalne države ujedinjenih srpskih zemalja*, organizacija vlasti, Izdavačka zajednica „Vajat“, Beograd, 1996.

na federacija zasnovana na Ustavu SRJ od 1992. godine. Taj je rad međutim bio pionirskog karaktera i kasnije je podstakao mnoge druge autore da rešenje za pitanje teritorijalne organizacije vlasti u Srbiji traže upravo u njenom regionalizovanju.

Popularizaciji ideje o regionalizaciji Srbije među našim savremenim autorima, pored studije Miodraga Jovičića, svako je pogodovala i zvanična politike Evropske Unije i Saveta Evrope o potrebi regionalizacije evropskih država. Ne samo da su Evropska Unija i Savet Evrope svoju unutrašnju organizaciju u određenoj meri prilagadila vođenju tajke politike,⁷ već su i kroz niz veoma važnih dokumenata koji su donošeni tokom druge polovine devedesetih godina dali snažan podsticaj procesu regionalizacije u Evropi. Među njima najveći značaj danas imaju „Deklaracija o regionalizmu u Evropi“ koju je usvojila Skupština evropskih regiona 04. decembra 1996. godine i „Predlog Evropske povelje o regionalnoj samoupravi“ koji je usvojio Kongres lokalnih i regionalnih organa vlasti Saveta Evrope 1997. godine. Međutim, sve do kraja 2000. godine popularizacijom ideje o regionalizaciji Srbije kod nas se bavio samo nevladin sektor.

Razvoj ideje o regionalizaciji

Razvoju ideje o regionalizaciji Srbije snažno su doprinele izborne promene 2.000 godine. Nakon političkih promena koje su nastale posle predsedničkih i parlamentarnih izbora koji su održani te godine, o pitanju regionalizacije Srbije se počelo govoriti i od strane predstavnika zvaničnih državnih organa. Time je regionalizacija kod nas postala i deo političkog života. U tom periodu primetno je da bez obzira na to što su različiti predstavnici državne vlasti uvek upotrebljavali isti termin „regionalizacija“, veoma često su pod njom podrazumevali potpuno različite pojmove i to od obične teritorijalne autonomije u unitarno uređenoj državi, preko regionalno uređene države, pa sve do federalizacije države. U pogledu razvoja ideje o regionalizaciji od tada se bitno razlikuju dva perioda, pre i posle donošenja Ustava od 2006. godine.

⁷ U okviru Evropske Unije obrazovan je *Komitet regiona*, kao konsultativno telo Saveta ministara i Komisije Evropske Unije, koga čine predstavnici lokalnih i regionalnih tela država članica Evropske Unije i u čijoj su nadležnosti pitanja u oblasti regionalne politike, socijalne politike, zdravstvene politike i kulture. Takođe, u okviru Saveta Evrope kao stalno telo postoji *Kongres evropskih lokalnih i regionalnih organa vlasti* u čijem sastavu se nalazi i posebno *Veće regiona*, koga čine predstavnici regionalnih organa vlasti država članica Saveta Evrope.

Razvoj ideje o regionalizaciji Srbije pre donošenja Ustava

Sa aktuelizovanjem pitanja regionalizacije u političkoj javnosti dolazi i do značajnog interesovanja stručne javnosti za pitanje regionalizacije Srbije. U tom periodu javnosti je predstavljeno nekoliko, stručne pažnje vrednih teorijskih projekata novog Ustava Srbije. Među njima su vredni pomena svakako: „*Ustavna rešenja za Ustav Srbije i Jugoslavije*“ koji je izradio Beogradski centar za ljudska prava 2001 godine, zatim „*Ustav Kraljevine Srbije*“ koji je izradio profesor Pavle Nikolić 2001. godine, „*Ustav Srbije*“ koji je izradio Forum juris iz Novog Sada 2002. godine, kao i „*Regionalizacija Srbije*“ koji je izradio Centar za liberalno-demokratske studije 2003. godine.⁸ Interesantno je, da su svi teorijski koncepti ustavnog preuređenja Srbije sadržani u ovim studijama, u pogledu teritorijalne organizacije vlasti zasnovani isključivo na principu regionalizacije. Nažalost, rasprave koje su bile održane povodom prezentacije tih projekata, uglavnom su bile održavane u gotovo poluzavorenem krugu stručnih i političkih istomišljenika. Kao posledicu takve činjenice imali smo situaciju da su u predvečerje ustavnih promena postojali i u stručnoj i u političkoj javnosti potpuno oprečni stavovi, ne samo o načinu, već uopšte i o potrebu regionalizacije Srbije. Takva situacija se neminovno morala odraziti i na rad same Ustavne komisije.

Na osnovu Zakona o načinu i postupku promene Ustava koji je donet 2003. godine,⁹ Narodna skupština je 23. aprila te godina formirala Ustavnu komisiju.¹⁰ Međutim, za punih pet meseci rada na pripremi Nacrta Ustava niti ta Komisija, a ni u okviru nje posebno obrazovana Potkomisija za teritorijalnu organizaciju vlasti, nije uspela da usaglasi koncept teritorijalne organizacije vlasti. Političke, a na njime zasnovane i stručne rasprave u Ustavnoj komisiji i Potkomisiji su vođene u okviru dva, u osnovni potpuno protivrečna ustavna koncepta teritorijalne organizacije vlasti u Srbiji, teritorijalne autonomije u okviru unitarne države i potpune federalizacije države. Između njih, postojalo je nekoliko teorijski posmatrano veoma ne iznijansiranih zalaganja za regionalizacijom države, koji su se u većoj ili manjoj meri približavali jednom od dva osnovna koncep-

⁸ „*Ustavna rešenja za Ustav Srbije i Jugoslavije*“, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2001; P. Nikolić, „*Ustav Kraljevine Srbije*“, Beograd, 2001; „*Ustav Srbije*“, Forum juris, Novi Sad, 2002; „*Regionalizacija Srbije*“, Centar za liberalno-demokratske studije, Beograd, 2003.

⁹ Zakon o načinu i postupku promene Ustava Republike Srbije, „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 39/2003.

¹⁰ Odluka o izboru članova Ustavne komisije, „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 44/2003.

ta. Usled raspuštanja Narodne skupštine i raspisivanja parlamentarnih izbora oktobra 2003. godine, a odmah zatim i odluke Ustavnog suda o neučestvnosti Zakona o načinu i postupku promene Ustava, celokupan rad te Ustavne komisije je ostao bez ikakvog pravnog značaja.

Umesto Ustavne komisije, Narodnoj skupštini je 24. jula 2003. godine podnet Predlog ustava od strane 50 narodnih poslanika iz poslaničkih grupa Demokratske stranke Srbije i Nove Srbije. U ovom Predlogu ustava je u pogledu teritorijalne organizacije vlasti bilo predviđeno da Srbija ostane jedinstvena (unitarna) država, ali da se zbog potrebe ravnomerinjenog i bržeg ekonomskog razvoja uvede regionalna samouprava u vidu šest simetrično uređenih regiona. U samom tekstu ovog Predloga su bile određene samo moguće nadležnosti budućih regiona i njihova sedišta, dok je sva ostala pitanja trebalo urediti kasnije zakonom koji bi bio donet po istom postupku kao i Ustav. Bez obzira na to što se o tekstu ovog Predloga Ustava nikada nije formalno raspravljalo zbog raspuštanja Narodne skupštine i raspisivanja parlamentarnih izbora, njegov značaj se ogleda u tome što on predstavlja jedini do sada akt koji se našao u zvaničnoj proceduri i koji je bio zasnovan na konceptu regionalizacije Srbije. Sa Nacrtima Ustava koji je usvojila Vlada Republike Srbije 2. juna 2004. godine i Predsednik Republike 14. januara 2005. godine, a koji su kasnije Ustavnoj komisiji poslužili kao osnova za utvrđivanje Predloga Ustava iz 2006. godine, to nije bio slučaj. Oba ova teksta Nacrta Ustava su u pogledu teritorijalne organizacije vlasti predviđale Srbiju kao unitarnu državu sa dve autonomne pokrajine sa statusom samo autonomne teritorijalne zajednice.

Razvoj ideje o regionalizaciji Srbije nakon donošenja Ustava

Kada su Ustavnoj komisiji Narodne skupštine dostavljeni Nacrti Ustava koji su usvojeni od strane Vlade i predsednika Republike koji su bili takođe nosioci prava ustavne inicijative, bilo je odmah jasno da buduće ustavne odredbe o teritorijalnoj organizaciji vlasti neće moći da budu zasnovane na regionalnom principu. U Ustavu Republike Srbije od 8. novembra 2006. godine Srbija je u pogledu teritorijalne organizacije vlasti određena kao unitarna država sa dve autonomne pokrajine koje imaju status autonomnih teritorijalnih zajednica.¹¹ Bez obzira na to što Ustav izričito određuje da u Srbiji postoje samo dve autonomne pokrajine koje čine Kosovo i Metohija i Vojvodina, on

¹¹ „Autonomne pokrajine su autonomne teritorijalne zajednice osnovane Ustavom, u kojima građani ostvaruju pravo na pokrajinsku autonomiju“. Ustav Republike Srbije, član 182, stav 1.

ipak nije u potpunosti zatvorio vrati za osnivanje i drugih autonomnih pokrajina. Nove autonomne pokrajine bi takođe mogle da imaju isti status autonomnih teritorijalnih zajednica kao i Kosovo i Metohija i Vojvodina i da kao takve predstavljaju osnov za neku buduću regionalizaciju Srbije. Naime, na osnovu Ustava se mogu osnivati nove autonomne pokrajine, a već osnovane ukidati ili spajati. Međutim, to se može činiti isključivo samo po postupku predviđenom za promenu Ustava. Predlog za utvrđivanje novih autonomnih pokrajina bi u tom slučaju morali da utvrde građani na referendumu.¹²

Umesto procesa regionalizacije kome su na ovaj način samo otškri-nuta vrata, Ustavom je radi prevazilaženja problema neravnomernog ekonomskog razvoja koji evidentno danas postoji i u Srbiji, predviđena oba-vezra države da vodi računa o ravnomernom i održivom regionalnom raz-voju.¹³ Nakon više od tri godine od donošenja Ustava međutim, osnovne novine u pogledu decentralizacije vlasti i ravnomernog ekonomskog raz-voja nažalost još uvek nisu zaživele, uprkos isteku svih ustavnih rokova za to. Tako, danas građani koji žive u Vojvodini još uvek nemaju priliku da u potpunosti ostvare svoje pravo na pokrajinsku autonomiju garan-tovano članom 12 Ustava. Bez obzira na to što je Narodna skupština posle punih jedanaest meseci zakašnjenja konačno uspela da usvoji Zakon o utvrđivanju nadležnosti AP Vojvodine i time stvorila pravne prepostavke da bude usvojen novi Statut AP Vojvodine, zbog još uvek neregulisanih pitanja pokrajinske imovine i načina finansiranja koji su kao ustavne ka-tegorije ostavljeni da budu regulisani kasnije posebnim zakonima, osnov-ne ustavne novine u pogledu ekonomske autonomije Autonomne pokraji-ne Vojvodine još uvek nisu uspostavljene.

Istovremeno, svim opštinama i gradovima je zbog ne donošenja Zakona o javnoj svojini uskraćeno pravo na lokalnu imovinu garantovo-no članom 190. Ustava, a ne donošenjem finansijskih zakona uskraćeni su im i sopstveni izvori prihoda garantovani članom 188. Ustava. Pored toga, drastičnim smanjivanjem transfernih sredstava iz Republičkog bu-džeta koja su namenjena finansiranju poverenih poslova, koja su u većini lokalnih samouprava ove godine prepovoljeni uprkos izričitim od-redbama Zakona o finansiranju lokalnih samouprava, danas je više od 40 uglavnom manjih opština dovedeno do granice potpune nemogućno-sti funkcionisanja. Isto tako, planirano nametanje obaveze smanjenja broja zaposlenih u lokalnim samoupravama bez prethodno pažljivo ura-

¹² Ustav Republike Srbije, član 182, stav 3.

¹³ „Republika Srbija stara se o ravnomernom i održivom regionalnom razvoju, u skladu sa zakonom“. Ustav Republike Srbije, član 94.

đene funkcionalne analize i to za ukupno 5.500 službenika do kraja decembra 2009. godine, kako je predviđeno Predlogom zakona o određivanju maksimalnog broja zaposlenih u lokalnoj administraciji koji se trenutno nalazi u skupštinskoj raspravi, predstavlja dodatno značajno smanjivanje ukupnih kapacitata lokalnih samouprava, a samim tim i njihovih razvojnih mogućnosti. Zbog toga čitav ekonomski razvoj opština i gradova u Srbiji još uvek u potpunosti zavisi isključivo od centralne (republičke) vlasti.

Uprkos novom Ustavu koji predviđa obavezu države da se stara o ravnomernom regionalnom razvoju, u poslednje tri godine regionalne razlike su nastavile da se produbljuju, tako da danas Srbija spada u red država sa najvećim regionalnim razlikama.¹⁴ Zvanični statistički podaci u pogledu broja zaposlenih, kao i neki od osnovnih ekonomskih pokazatelja, poput ostvarenog izvoza i uvoza kao parametara spoljnotrgovinske razmene, to više nego slikovato pokazuju.¹⁵ Očigledno da samo osnivanje ministarstva koje je formalno zaduženo za regionalni razvoj i nedavno usvojeni Zakon o regionalnom razvoju,¹⁶ nisu dovoljna sredstva u borbi za uravnoteženi ekonomski razvoj Srbije. Zakon o regionalnom razvoju više predstavlja plod nastojanja da se ispuni jedna od obaveza koje Srbija ima u procesu evropskih integracija kako bi se formalno storila mogućnost za pristup fondovima Evropske Unije u slučaju dobijanja statusa kandidata za prijem u članstvo EU, nego što predstavlja ispunjenje ustavne obaveze države da se sistemskim merama obezbedi njen ravnometri i održivi regionalni razvoj.¹⁷ Štaviše, zbog poštovanja ustavne obaveze Re-

¹⁴ Razlike između najrazvijenijeg i najnerazvijenijeg upravnog okruga kreću se i do sedam puta, a razlike između najrazvijenijih i najnerazvijenijih opština čak i do petnaest puta.

¹⁵ Tako naprimjer prema Godišnjem izveštaju Zavoda za statistiku, samo u dva upravna okruga i to Beogradskom i Južnobačkom u kome se nalazi Grad Novi Sad, zaposleno je ukupno 833.000 stanovnika što predstavlja 41,6% ukupnog zaposlenih u Srbiji. Od ukupno 6,4 milijarde dolara izvoza koliko je ostvareno u 2007. godine, izvoz iz Beograda i Vojvodine je iznosio 3,5 milijardi dolara što predstavlja 68% ukupno ostvarenog izvoza u Srbiji, dok je od ukupno 13,5 milijardi dolara koliko je iznosio uvoz čitave Srbije, Beograd i Vojvodina su od toga ostvarili ukupno 10,2 milijarde dolara ili čak 77% ukupnog uvoza.

¹⁶ „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 51/2009.

¹⁷ Zakonom o regionalnom razvoju je predviđeno da se stvore samo statistički regioni i to dva nivoa, veći NUTS 2 i manji NUTS 3, koji treba da posluže kao osnova za izradu dokumenata neophodnih za realizaciju projekata koje bi trebalo da se finansiraju iz strukturnih fondova EU. Takve statističke regije ne samo da poznaju sve države članice EU, veći i neke druge države poput danas Norveške, Švajcarske, Turske, Hrvatske i Makedonije.

publike na izdvajanje dodatnih najmanje 7% sredstava za Vojvodinu kaja je najrazvijeniji deo Srbije koja se redovno poštuje u poslednje tri godine, stvara se još veća ekonomski nejednakost, a sa njom sasvim prirodno i veći stepen nezadovoljstva kod većina građana Srbije koji žive van Vojvodine.

Stoga ni ne čude pojedine nove najave o neophodnosti regionalizacije Srbije. Tako je nedavno čak i sa najvišeg državnog nivoa izneta, pravno posmatrano potpuno zbumujuća ideja o potrebi regionalizacije Srbije, za koju je rečeno samo da će zahtevati promenu Ustava i da će za osnovu imati Prostorni plan Republike. Naime, svaka promena teritorijalne organizacije vlasti koja bi zahtevala izmenu Ustava podrazumevala bi pretvaranje Srbije iz jedinstvene i nedeljive (unitarne) države u složenu državu, sastavljenu od delova (autonomnih regija, pokrajina). S druge strane, svaka izmena teritorijalne organizacije vlasti koja bi za osnovu imala prostorni plan Republike, po prirodi stvari ne zahteva nikakvu promenu postojećeg Ustava.

Iznošenje takvih ideja čak i sa najvišeg državnog nivoa bez obzira na njihovu krajnju neodređenost i maglovitost, možda izgleda potpuno prihvatljivo za većinu građana, pogotovo onih koji žive van Beograda i Vojvodine. Međutim, zagovaranje nekih novih rešenja za regionalni razvoj Srbije koja bi zavisila od ni malo lake promene Ustava, a da pri tom već postoje brojne ustavne mogućnosti za obezbeđenje uravnoteženog ekonomskog razvoja koje se uprkos isteku svih ustavnih rokova još uvek ne koriste, sasvim opravdanim čini i postavljanje pitanja - postoji li kod nas uopšte stvarna politička volja za decentralizaciju i regionalizaciju Srbije.

Zaključne napomene

Ideja o regionalizaciji Srbije kao jedan od mogućih oblika njene teritorijalne organizacije vlasti nastala je kod nas početkom devedesetih godina prošlog veka i bila je prisutna u javnosti u mnogo većoj meri nego što je to bio slučaj u ostalim državama, prvenstveno iz razloga relativno čestih promena državno-pravnih sistema kroz koje je prolazila Srbija proteklih godina. Sa približavanjem i udaljavanjem od promena državnih oblika u kojima smo živeli bivala je aktualizovana i ideja o regionalizaciji Srbije. Svakako da je značajan uticaj na razvoj ideja o regionalizaciji i kod nas imala zvanična politika o potrebi regionalizacije evropskih država koju zastupa EU u čije članstvo Srbija teži da uđe i Savet Evrope čiji je punopravni član Srbija postala od 2003. godine. Prilikom donošenja

Ustava od 2006. godine regionalizacija međutim nije prihvaćena kao princip za teritorijalnu organizaciju vlasti. Posle usvajanja Ustava o regionalizaciji se danas ponovo počelo govoriti, pre svega zbog potrebe obezbeđenja uravnoteženog ekonomskog razvoja.

Nesporno je da je Srbiji danas preko potrebna veoma aktivna politika ravnomernog regionalnog razvoja. Međutim, pre bilo kakvog traganja za nekim novim rešenjima u pogledu eventualne regionalizacije Srbije smatramo da je neophodno iskoristiti najpre sve mogućnosti za obezbeđenje uravnoteženog ekonomskog razvoja koje postojeći ustavno-pravni sistem već predviđa ili bar omogućava. Pre svih smatramo da je neophodno hitno donošenje Zakona o javnoj svojini i seta finansijskih propisa kojima bi se svim opštinama i gradovima, kao i AP Vojvodini, omogućilo ostvarivanje ustavom zagarantovanog prava na sopstvenu imovinu i izvorene prihode. Time bi oni bili u prilici da sami finansiraju poslove iz sopstvene nadležnosti i samim tim da preuzmu punu odgovornost za sopstveni ekonomski razvoj. Usled ustavne obaveze obezbeđenja uravnoteženog ekonomskog razvoja, pored rešenja sadržanih u Zakonu o regionalnom razvoju čiji su prvi vidljivi efekti mogući tek za nekoliko godina, smatramo da postoji puno osnova za osnivanje posebnog državnog fonda za ublažavanje posleledica neravnomernog regionalnog razvoja. Za to vreme neophodno bi bilo preduzeti i niz sistemskih mera u oblasti poreske politike, politike zapošljavanja, investicionih olakšica i drugih mera koje bi bile prilagođene ustavnoj obavezi ravnomernog regionalnog razvoja države. Takođe, u cilju sistemskog pristupa problemu neujednačenog ekonomskog razvoja države, neophodno bi bilo usaglasiti u tom pogledu potpuno neusaglašene od strane Vlade Republike Srbije usvojene strategije o razvoju privrede, poljoprivrede, turizma, obrazovanja, zdravstva i drugih oblasti bitnih za razvoj države. Sa jačanjem procesa decentralizacije vlasti putem razvoja lokalnih samouprava, a posebno malih i nerazvijenih opština, veoma brzo bi bili vidljivi i efekti ublažavanja neujednačenog ekonomskog razvoja čitave države. Sa daljim razvojem i jačanjem centralnih državnih institucija, takva decentralizacija vlasti ne bi predstavljala nikakvu potencijalnu opasnost za državu, već naprotiv pravi put za njenu sveopštu demokratizaciju i ubrzani razvoj.

U pogledu ideje o regionalizaciji Srbije smatramo da ona predstavlja najbolji i najbrži način njenog razvoja. Međutim, ne bilo kakva regionalizacija, a pogotovo ne po svaku cenu i na brzinu sprovedena. Samo jedna racionalna i uravnotežena regionalizacija koja bi u potpunosti uvažavala sve specifičnosti i potrebe Srbije da postane, ne samo moderno uredena, već pre svega efikasno organizovana i na razvijenim demokratskim institucijama zasnovana država, mogla bi da donese vidan boljšitak svima.

Zbog toga smatramo da se sa pitanjem regionalizacije Srbije mora postupati veoma obazrivo. Pre iznošenja u javnost bilo kakve inicijative o regionalizaciji morali bi prethodno da budu precizno određeni ciljevi koji se žele i mogu njome postići. Tek bi se u tom slučaju moglo na osnovu ozbiljne i argumentovane naučne i stručne rasprave koja svih prethodnih godina od strane države ipak nije bila organizovana, pristupiti njenoj realizaciji. Smatramo da bi regionalizaciju trebalo ostvarivati prvenstveno putem svih postojećih sredstava predviđenih Ustavom, a onda i drugim aktima koji će se u narednim godinama u primeni Ustava morati donositi.

Pri regionalizaciji Srbije smatramo da bi trebli da budu uvaženi ne samo politički, već pre svega ekonomski, ali i istorijski, demografski, privredni, saobraćajni i drugi činioci. Međutim, smatramo da bi prvenstveno funkcionalnost moralu da bude osnovni kriterijum o kome bi trebalo voditi računa pri izboru modela koji bi u najvećoj mogućoj meri mogao da doprinese ubrzanim uravnoteženju ekonomskog razvoja čitave države.

Prilikom osmišljavanja čitavog koncepta regionalizacije moralu bi smo biti svesni, što do sada kod nas nije bio tako čest slučaj, da ne možemo računati unapred na neki univerzalni evropski model regionalizacije koji bi nam poslužio kao uzor, pošto on ne postoji.¹⁸ Iskustva drugih država koje u okviru sopstvenog pravnog sistema poznavaju različite oblike regionalizacije, mogli bi nam poslužiti samo kao dragocen izvor saznanja o dobrim i lošim stranama regionalizacije i ništa više od toga. Svako doslovno preuzimanje nekog tuđeg modela bilo bi veštačko i kao takvo bi moglo da bude štetno za Srbiju. Isto tako i odredbe brojnih evropskih dokumenata o regionalizaciji mogu da nam posluže samo kao uputstvo za iznalaženje najboljih rešenja za nas, s obzirom na njihovu veoma široko postavljene okvire i raznovrsnost instrumenata koji se za regionalizaciju predviđaju.

¹⁸ O modelima regionalizacije u Evropi videti: N. Skenderović-Ćuk, „*Eropske koncepte regionalizma – pregled i analiza*”, u knjizi „Ustavno-pravni okvir decentralizacije Srbije i autonomije Vojvodine”, Centar za regionalizam, Novi Sad, 2001, str. 163-184; D. Lopandić, *Regionalne inicijative u jugoistočnoj Evropi*, Institut za međunarodnu privredu i politiku, Beograd, 2001.

*Zoran Lončar, Ph.D., Assistant Professor
Novi Sad School of Law*

Creation and development of the idea od regionalization of Serbia

Abstract

The idea of regionalization of Serbia emerged at the beginning of the nineties and has been present in the professional public until today. The main reason for this are very frequent changes in the constitutional legal system through which Serbia passed during the past years. In adopting the Constitution, regionalization, nevertheless, wasn't accepted as a way of territorial organization of government. Today, about the regionalization in Serbia it is generally spoken only as possible alternative for balanced economic development of Serbia, which is predicted by the Constitution as one of the most important obligation of the state, and that due to not making a series of legal regulations, unfortunately, has not yet begun to be realized. Therefore, before any searching for some new solutions regarding the possible regionalization of Serbia, it is considered that it is necessary first of all take advantage of possibilities provided by the existing constitutional and legal system. In that sense are suggested a series of measures to be taken for the purpose of general decentralization of government in Serbia, such as legal solution for the question of revenues of Autonomous Province and units of local government, return of property to the Autonomous Province and local governments, tax, investment and other relief as part of state policy of encouraging the development of small and underdeveloped municipalities etc. All the proposed measures as the end result should have accelerated economic development throughout the state and reduce the inconsistency in regional development that exists today in Serbia.

Key words: regionalization, the Constitution, the territorial organization of power, smooth economic development

*Dr Branislav Ristivojević, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

UPOTREBA METODA TUMAČENJA U KRIVIČNOM PRAVU¹

Sazetak: Cilj rada je da preispita postojeće kanone tumačenja kako bi proverio da li postoje posebna pravila ove faze primene krivičnog prava. Budući da je tumačenje prava isključivo domen pravne nauke u tom cilju je autor preispitao postojeću literaturu posvećenu ovoj problematici.

U prvom delu rada autor je dao opšte značenje tumačenja.

U drugom delu rada autor se osvrnuo na opšta pitanja tumačenja prava kao što su potreba za tumačenjem pravnih normi, postupak i pravila kojima tumačenje podleže kao i granice do kojih se u ovom postupku može kretati. Autor je ovde ukazao i na načelne razlike u tumačenju bilo koje pravne norme i one koja pripada krivičnom pravu.

U trećem delu rada autor predstavlja podele tumačenja po vrstama i izdvaja najznačajniju podelu tumačenja, a to je podela na tumačenje po metodama odnosno sredstvima. U ovom delu rada autor se posebno zadržava na ciljnem tumačenju kao ključnom metodu tumačenja obzirom na činjenicu da ovaj metod daje konačan odgovor na pitanje o pravom smislu pravne norme. Tom prilikom autor preispituje postojeće naučne stavke po pitanju tumačenja krivičnopravne norme. S jedne strane saglašava se sa stavom da ne postoje posebna upotreba metoda ili sredstava tumačenja u polju krivičnog prava, ali istovremeno dovodi u pitanje većinski stav u nauci o značenju pojedinih načela krivičnog prava kao mera la prilikom vršenja ciljnog tumačenja.

Ključne reči: tumačenje, metode tumačenja, krivično pravo, norma, pravna norma, funkcije krivičnog prava, načela krivičnog prava, načelo zakonitosti, načelo o osnovu i granicama krivičnopravne prinude.

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

UVOD

*Sa pravljjenjem zakona biva
pokatkad kao sa pravljjenjem dugova,
jedna zakrpljena rupa otvara dve nove.²*

Pravo se stvara radi ispunjenja određenog cilja, a to je uređenje odnosa u društvu. Radi ispunjenja ovog cilja ono mora da bude delotvorno, odnosno da se ostvari. Njegovim ostvarenjem odnosi u društvu postaju pravni odnosi. Pravni odnosi su očitovanje ostvarenja prava u društvu.

Pravna norma, sama za sebe, je apstraktno zamišljen obrazac ponašanja koji tvorac norme želi da sproveđe u društvu. Da bi se njen cilj ispunio odnosno da bi se ona ostvarila, pravna norma mora da se primeni. Da bi mogla da se primeni ona mora poveže sa stvarnošću, sa životom. Ovo povezivanje pravne norme sa stvarnošću vrši svaki subjekt prava kada tumači normu. Tek nakon tumačenja moguće je da dođe do primene norme na slučaj iz stvarnosti. Tumačenje je, dakle, uslov za primenu prava. Tek tada se može reći da je došlo do ostvarivanja prava, odnosno da je ono delotvorno.³

Bez pravilno saznate norme nema ni njene primene. Subjekt na kojeg se odnosi norma ne može da uskladi svoje ponašanje sa njom ako je ne poznaje, ili još gore, ako je ne poznaje pravilno. Tada će subjekt prekršiti normu, iako ima želju da svoje ponašanje uskladi sa zahtevom koji ona postavlja.⁴

Za krivično pravo tumačenje pravne norme ima još jedan dodatni značaj, šta više ključni značaj. Samo slobodan čovek može da bude kriv. Ovo stoga što samo čovek koji ima slobodu jeste sposoban može da obavi izbor između poštovanja krivičnopravne norme i njenog kršenja. Kako će obaviti ovaj izbor ako pogrešno shvata normu ili je uopšte na shvata? Norma koja je shvaćena na pogrešan način ima takvo dejstvo na mogućeg subjekta krivičnog prava da ga čini neslobodnim i time potpuno ili delimično nesposobnim za krivicu.

Određene razlike u tumačenju krivičnog prava i tumačenju prava uopšte svakako postoje. Osnovno pitanje kojim će se baviti ovaj rad jeste kakve su te razlike? Da li postoji posebna celina pravila tumačenja svojstvena samo krivičnom pravu? Da li postoje posebne metode odnosno

² Hans Fridrich Reichel, *Gesetz und Richterspruch*, Zurich, 1915, navedeno prema: Dragoljub Arandelović, *Ehrenzweig-ova gledišta o tumačenju i popunjavanju zakona*, Branič, Beograd, 1935, Br. 1, str 7.

³ Oleg Mandić, *Sistem i interpretacija prava*, Narodne novine, Zagreb, str. 127-128.

⁴ Radomir Lukić, *Tumačenje prava*, Savremena administracija, Beograd, 1961, str. 18-19.

sredstva kojima se tumači krivično pravo ili ne? Ako su metode tumačeњa iste da li se primenjuju na različiti način ili pod različitim uslovima? Da li su razlike u tumačenju, za koje smo na samom početku zaključili da ih ima, takve da se tumačenje krivičnog prava označi kao posebna vrsta tumačenja prava uopšte ili ne?

Da bi se odgovorilo na postavljena pitanja rad će pružiti pregled opštih kanona tumačenja u toku kojeg će se ukazati na razlike u primeni pojedinih pravila tumačea, a naročito na razlike u upotrebi metoda tumačenja, u oblasti krivičnog prava. Na kraju rada će se izvesti zaključak.

1. Opšte značenje tumačenja

Tumačenje je delatnost kojom se utvrđuje značenje (smisao) neke pojave koja se koristi kao sredstvo da bi se saopštio rečeni smisao. Sredstvo koje se koristi da bi se saopštio smisao jeste znak. Znak se može predstaviti u različitim pojavnim oblicima. On može biti neka radnja, stvar, postupak i tome slično.⁵ ⁶

Iz ovako shvaćenog pojma tumačenja proizilazi da mora postojati najmanje dva subjekta u postupku tumačenja. Prvi koja odašilje znak i time pokušava da saopšti neki sadržaj svoje psihe, i drugi koja opaža znak i pokušava da mu prida određeno značenje (smisao) tumačenjem.⁷

Pri svemu ovome treba razlikovati obično posmatranje znakova i poimanje njihove materije od tumačenja znakova i utvrđivanja njihovog smisla. U prvom slučaju onaj ko odašilje znak ne pridaje mu nikakvo značenje, pa samim tim ni onaj ko opaža znak nema mogućnosti da ga rastumači. Između njihovih psiha nema dodira. U drugom slučaju prva strana želi da saopšti neko stanje svog duha, a druga strana pokušava da ga utvrdi i shvati. Njihove svesti jesu u dodiru.⁸

Kako dolazi do toga da jedan naizgled jednostavan postupak kao što je odašiljanje znakova i njihovo poimanje može da bude problem? Otuda što je izraz jedno, a smisao drugo.⁹

⁵ Radomir Lukić, *Tumačenje prava*, Savremena administracija, Beograd, 1961, str. 5.

⁶ Tumačenje je moguće odrediti i na drugi način: „Najkraće rečeno, tumačenje je intelektualna delatnost kojom se određuju značenja kulturnih pojava na način da se ove stavljaju u odnos sa njihovim društvenim i individualnim kontekstima-s važećim društvenim kodovima, a objektima na koja se referiraju i sa situacijama subjekata koji su za te pojave vezani.“ Nikola Visković, *Tumačenje u pravu*, Pravni život, Beograd, 1988, br. 7-8, str. 999.

⁷ Radomir Lukić, *Tumačenje prava*, Savremena administracija, Beograd, 1961, str. 5.

⁸ Radomir Lukić, *Tumačenje prava*, Savremena administracija, Beograd, 1961, str. 6.

⁹ Đorđe Tasić, *Značaj jezika pri tumačenju*, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd, mart 1938, Br. 3, str. 273.

Opšti imovinski zakonik iz 1888. godine u članu 994. postavio je kao pravilo: „Što svak jednako razumije, tome tumača ne treba“.¹⁰ Očito da problemi nastaju kada se znakovi ne razumeju na jednak način. Prvi uzrok nerazumevanja je jezik. Sigurno najvažniji sistem znakova koji ljudsko društvo danas koristi jeste jezik.¹¹ On se beleži putem zapisivanja znakova pismenima. Svako ko koristi makar i jedan jezik zna koliko on može da bude nesavršen, nedorečen ili neizgrađen. Prirodno je da korišćenje jednog tako nesavršenog sredstva za saopštavanje znakova i njihovo razumevanje mora da ostavi traga na utvrđivanju smisla koji se putem znakovi pridaje sadržaju neke psihe. Drugi uzrok nerazumevanja je poznavanje jezika. Vrlo lako je moguće da, kako subjekat odašiljanja znakova tako i subjekt koji ih tumači, jezik ne poznaju dovoljno dobro.¹² Treći uzrok nerazumevanja je značajniji od prva dva. Često će se desiti da odašiljalac znakova nije potpuno siguran koje značenje želi da prida znacima odnosno da ne zna šta hoće.¹³

Postoje još neki problemi u tumačenju koji su posebni za tumačenje pravnih normi na koje će se ukazati posebno.

Stoga jasno utvrđivanje pravila tumačenja znakova nedvosmisleno ima svoju svrhu i opravdanje. Najbolje bi bilo kada bi se smisao koji odašiljalac znakova pridaje znacima, značenje koji znaci imaju u jeziku koji je upotrebljen kao sredstvo i značenje koje je primalac tumačenja utvrdio u potpunosti poklapaju. To je i cilj saobraćaja između više psiha odnosno svesti.¹⁴ Usled prethodno pomenutih nedostataka jezika i njegovog poznavanja kod subjekata greške su moguće i česte. Tumač tada pribegava drugim sredstvima za utvrđivanje smisla znakova koja su po prirodi stvari još manje savršena nego jezik, jer da su savršenija onda ne bi bio korišćen jezik za saopštavanje znakova već ta druga sredstva.¹⁵

Prema tome cilj tumača je da putem znakova utvrdi sadržaj svesti odašiljaoca znakova. Pri tome on mora proći, uglasnom, istim putem kojim je prošao odašiljalac znakova, samo u obrnutom pravcu.¹⁶

¹⁰ Valtazar Bogišić, *Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru*, član 994, Beograd-Podgorica, 1998, str. 275.

¹¹ Zoran Žižić, *Tumačenje ugovora*, Pravni život, 1988, Br. 10-12, str. 1793.

¹² Radomir Lukić, *Tumačenje prava*, Savremena administracija, Beograd, 1961, str. 7.

¹³ „Pravni propisi mogu prilikom primene pokazivati i razne nedostatke, kao što to često biva. Tako, na primer, može biti dvojbeno da li neki propis ima onu pravnu snagu, što je na prvi pogled pokazuje. Isto tako dogada se da je neki propis i nejasan odnosno da ima previše općenit ili dvosmislen sadržaj...“: Mihajlo Vuković, *Interpretacija pravnih propisa*, Školska knjiga, Zagreb, str. 7.

¹⁴ Radomir Lukić, *Tumačenje prava*, Savremena administracija, Beograd, 1961, str. 8.

¹⁵ Radomir Lukić, *Tumačenje prava*, Savremena administracija, Beograd, 1961, str. 9.

¹⁶ Nikola Visković, *Tumačenje u pravu*, Pravni život, Beograd, 1988, br. 7-8, str. 1005.

2. Opšta pitanja tumačenja pravne norme

Pre nego što se pređe na pojedine metode tumačenja pravnih normi treba dati osnovno određenje pojma tumačenja pravnih normi i ukazati na opšta pitanja koja su od značaja za radnju tumačenja pravnih normi uopšte. Ovde bi trebalo ukazati i na određena odstupanja od opštih postavki tumačenja pravnih normi u slučaju kada tumačena norma pripada krivičnom pravu.

2.1. Tumačenje pravnih normi: određenje

Društvena organizacija pretpostavlja pravo koje uređuje odnose među ljudima. Sa porastom broja društvenih međuodnosa, do kojih neminovno dolazi sa ubrzanim razvojem društva na svim poljima života raste i širi se domaćaj prava. Teoretski, sa širenjem domaćaja prava sve više bi trebala da se smanji potreba i značaj tumačenja, jer je sve više ljudskih ponašanja uređeno pravom.¹⁷ Pravo savremenog doba je, u najvećoj meri pisano pravo, a takvo pravo ima manju potrebu za tumačenjem nego običajno, nepisano pravo, kakvo je preovladivalo nekada.¹⁸ Međutim, ova pojava je izazvala sasvim suprotno dejstvo od očekivanog. Ma koliko pravo bilo dobro, kao i svaka ljudska tvorevina ono je nesavršeno i teško je povezati ga u jednu neprotivrečnu celinu:¹⁹

„Nemoguće je doneti izvestan skup zakona, koji bi obuhvatao sve moguće slučajeve i koji bi pri tome bio dostupan i najobičnijem građaninu.“²⁰

Što više društvenih odnosa pravna norma mora da obuhvati to je ona uopštenija. Što je norma uopštenija to se teže u njoj prepoznaje konkretni slučaj.²¹ Težnja za povećanjem gipkosti prava je uslovila povećanje broja

¹⁷ Božidar Marković, *Problem i osnova interpretacije prava*, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd, septembar 1931, Br. 3, str. 198-199.

¹⁸ U pravnoj nauci poslednjih nekoliko decenija posvećena je velika pažnja pitanju tumačenja prava upravo zahvaljujući činjenici koji su teoretičari ponovo „otkrili“, a to je činjenica da je pravo danas uglavnom pisano: Natalie Stoljar, *Interpretation, Indeterminacy and Authority: Some Recent Controversies in Philosophy of Law*, The Journal of Political Philosophy, Vol. 11, No. 4, 2003, p. 470.

¹⁹ Živan Spasojević, *Analogija i tumačenje: Prilog proučavanju metoda u privatnom pravu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 1996, str. 15; Đorđe Tasić, *Uvod u pravne nauke: Enciklopedija prava*, NIU Službeni list SRJ, Beograd, 1995, str. 345.

²⁰ Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, t. I, p. 470-471, navedeno prema: Živan Spasojević, *Analogija i tumačenje: Prilog proučavanju metoda u privatnom pravu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 1996, str. 15.

²¹ Mihajlo Vuković, *Interpretacija pravnih propisa*, Školska knjiga, Zagreb, str. 99.

pravnih normi.²² Otuda i potreba za tumačenjem pravnih normi.²³ Tumačenje prave norme je jedna vrsta široke pojave tumačenja uopšte. To znači da se ono može opisati kao utvrđivanje tačnog odnosno pravog smisla tj. značenja pravne norme.²⁴ Pri ovome treba biti svestan da pravna nauka nije dala konačan odgovor na pitanje šta znači „pravi“ smisao norme i da o tome postoji nekoliko različitih shvatanja.²⁵ U našoj nauci stavovi su neujednačeni, ali se može reći da postoji preovladavajuće shvatanje koje će se slediti u ovom radu.²⁶

²² Božidar Marković, *Problem i osnova interpretacije prava*, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd, septembar 1931, Br. 3, str. 199.

²³ Prema Viskoviću tumačenje je najsloženiji duhovni proces u pravu; Nikola Visković, *Tumačenje u pravu*, Pravni život, Beograd, 1988, br. 7-8, str. 999.

²⁴ Radomir Lukić, *Tumačenje prava*, Savremena administracija, Beograd, 1961, str. 11; „Ono što jedan zakon čini zakonom, po našem mišljenju, to je smisao.“: Đorđe Tasić, *O prirodi interpretativnih zakona*, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd, 1920, Br. 5, str. 363.

²⁵ Najstarije shvatanje pod pravim smislim norme podrazumeva onaj smisao koji je normi pridao njen tvorac. Pored ovakvog gledišta o interpretaciji, koje nauka naziva subjektivnim, postoje i ona koja zanemaruju volju zakonodavca i koja se nazivaju objektivnim. Kod ovih shvatanja o tumačenju tumač treba da tumači normu na način da ustanovi koji je interes zaštićen normom i koji je cilj tvorac norme želeo da postigne. Postoje i prelazna shvatanja koja čine neku sredinu između jednog i drugog. U nauci su nastala i krajnje isključiva shvatanja tumačenja u okrilju tzv. Škole slobodnog prava (Freirechtsschule) koja u pravnoj teoriji nastaje sa pojmom monopolskog kapitalizma. Ona smatra da sudija treba da tumači zakon bez obzira na to što je zakonodavac htio kada je donosio zakon, već prema onome što bi zakonodavac normirao da je okolnosti konkretnog slučaja imao pred sobom, navedeno prema: Dragan Babić, *Pravo i moral*, Centar za Idejno-teorijski rad MOK SKH Osijek, Osijek, 1987. str. 127; Detaljno o teoretskim shvatanjima o tumačenju kod: Mihajlo Vuković, *Interpretacija pravnih propisa*, Školska knjiga, Zagreb, str. 34-40; Takođe kod: Đorđe Tasić, *Uvod u pravne nauke: Enciklopedija prava*, NIU Službeni list SRJ, Beograd, 1995, str. 349-354.

²⁶ Tasić i Vuković se opredeljuje za objektivno shvatanje tumačenja: „Pri obrađivanju interpretacije treba se uglavnom odlučiti za objektivističko gledište...“: Mihajlo Vuković, *Interpretacija pravnih propisa*, Školska knjiga, Zagreb, str. 34-40; Đorđe Tasić, *Uvod u pravne nauke: Enciklopedija prava*, NIU Službeni list SRJ, Beograd, 1995, str. 351; Visković za subjektivno: „Od svih mogućih značenja pravne norme prednost, kao pravom značenju, treba dati onom značenju koje je normi dao sam tvorac.“: Nikola Visković, *Tumačenje u pravu*, Pravni život, Beograd, 1988, br. 7-8, str. 1011; Lukić (prečutno) i Mandić (izričito) opredeljuju se za srednja shvatanja: „...imeđu subjektivnog i objektivnog tumačenja treba izabrati objektivno kao ono koje pruža pravo značenje norme... ...to ne znači da treba potpuno odbaciti subjektivno tumačenje, naprotiv od njega treba uzeti ono što je dobro, a što ne protivreći objektivnom tumačenju.“: Radomir Lukić, *Tumačenje prava*, Savremena administracija, Beograd, 1961, str. 95-96; „Interpretacija treba da vodi računa isto tako o interesima i ciljevima grupe na vlasti, kao i o načinu kojim ih je zakonodavac formulirao izražavajući svoju volju.“: Oleg Mandić, *Sistem i inter-*

Da li postoji načelna razlika u tumačenja između krivičnopravne i normi ostalih grana prava?

2.2. Načelno o tumačenju krivičnopravne norme

Pravni odnos jeste očitovanje ostvarivanja prava u društvu. U pravilu, slučajevi iz života na koje se pravo primenjuje mogu se podeliti na događaje i ljudske radnje. Ljudske radnje koje izazivaju primenu prava su u pravilu radnje koje su u skladu sa dispozicijom pravnih normi. Međutim, među ljudskim radnjama koje izazivaju postoje i one kojima se dispozicija krši. Tu leži osnovna razlika između krivičnopravne i ostalih pravnih normi. U pitanju je tumačenje norme, kao neophodnog uslova za njenu primenu, kod koje je, uvek, do pravnih posledica došlo, ne poнаšanjem u skladu sa pravom - pravnim aktima, već poнаšanjem protivno pravu - protivpravnim aktima - subjekta prava.²⁷ U drugim granama prava, na primer građanskem, vlada načelo autonomije volje. U građanskoopravni odnos se, u pravilu, stupa autonomijom volje, ali još je važnije, da se on se oblikuje tom autonomijom.²⁸ I u krivičnopravni odnos se stupa autonomijom volje, sloboda je pretpostavka krivice. Međutim, tu je uvek u pitanju autonomija volje koja ide za kršenjem norme, dok je u građanskem pravu, u pravilu, u pitanju autonomija volje koja ide za poštovanjem norme.

Krivično pravo je pravna grana koja, za razliku od svih ostalih, može da dovede u pitanje najvažnije ljudske vrednosti.²⁹ Sledstveno, u pravnoj državi krivično pravo nužno mora da ima zadatak da povuče i obezbedi jasnu granicu između slobode pojedinca i države što je nemoguće

pretacija prava, Narodne novine, Zagreb, str. 140; Ima u nauci i onih koji ne prave razlike između volje zakonodavca i cilja zakona: „Iznaći volju zakonodavca znači iznaći jednu materijalizovanu ideju i njen cilj, znači shvatiti jednu zamisao onako kako je ona ušla u zakon, znači uzvisiti se stepena zakonodavca.“: Atanasije Jakovljević, *Član 36. Zakona o unutrašnjoj upravi*, Policija, Beograd, 1935, Br. 7-8, str. 381; Čini se da je najbolje rešenje za ovu nedoumicu ponudio Arandelović: „...jer namera zakonodavčeva ponajpre propizilazi iz cilja radi kojega je zakon donesen...“: Dragoljub Arandelović, *Ehrenzweig-ova gledišta o tumačenju i popunjavanju zakona*, Branič, Beograd, 1935, Br. 1, str 8; Zanimljivo je stanovište Franka koji smatra da tumačenjem treba iznaći „...volju zakona, a ne način kako je zakon postao tj. volju zakonodavca“: Stanko Franka, *Teorija kaznenog prava*, Školska knjiga, Zagreb, 1955, str. 74.

²⁷ Oleg Mandić, *Sistem i interpretacija prava*, Narodne novine, Zagreb, str. 130.

²⁸ Iz ovog razloga se u stara vremena smatralo da je „omnis definitio in jure civili periculosa est“: Dragoljub Arandelović, *Ehrenzweig-ova gledišta o tumačenju i popunjavanju zakona*, Branič, Beograd, 1935, Br. 1, str 7.

²⁹ Muhajlo Čubinski, *Naučni i praktični komentar Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije*, Izdavačka knjižarnica Gece Kona, Beograd, 1930, str. 26-27.

bez, između ostalog, strožijih pravila tumačenja.³⁰ Svakako da su, pre strožijih pravila tumačenja, neophodna strožija pravila stvaranja krivično-pravnih normi i određivanja njihovog domaćaja, što je uslovilo nastanak načela zakonitosti.³¹ Ostvarivanju navedenog zadatka krivičnog prava zadatka služi, gledano iz ugla istorijskog razvoja, i širenje kruga ponašanja koja su uređena pravilima krivičnog prava, što, barem u teoriji, vodi opadanju potrebe za tumačenjem i njenog značaja.³² Javne grane prava, kao što je krivično pravo, više su veštačke nego privatne i u njima je daleko lakše zastupati tezu o logičnoj potpunosti prava.³³ U njima se disciplina vlasti i ograničenja autonomije volje jače uspostavljaju putem pravnog porekta. Iz ovih razloga sloboda tumačenja je veća u privatnim, a manja u javnim granama prava.³⁴

Da li uopšte, i u kojoj meri, ove odlike pravnih normi različitih granica prava ostavljaju razlike na polju tumačenja kao neophodnom uslovu za primenu istih istražiće se u nastavku rada.

2.3. Potreba tumačenja pravnih normi

Pošto se danas pravne norme beleže i saopštavaju jezikom, to se tumačenje prava u pravilu iscrpljuje u tumačenju jezika kojom je norma saopštена ili zabeležena. Ovom tumačenju pribegava svako ko saznaće pravnu normu odnosno upoznaje sa sa njenim sadržajem, često i da toga nije svestan jer taj postupak nije uvek složen.³⁵ Daleko lakše saznajemo normu koja se odnosi na veličine, objektivne činbine ili na prirodne pojave, a daleko teže normu koja sadrži moralne ili društvene pojmove. Tek kada se pojavi problem u saznavanju smisla pravne norme tumač postaje svestan da obavlja tu posebnu delatnost.³⁶ Stanje u kojem pravne norme

³⁰ Dragoljub Arandelović, *Ehrenzweig-ova gledišta o tumačenju i popunjavanju zakona*, Branič, Beograd, 1935, Br. 1, str 4.

³¹ Stanko Frank, *Teorija kaznenog prava*, Školska knjiga, Zagreb, 1955, str. 74.

³² Božidar Marković, *Problem i osnova interpretacije prava*, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd, septembar 1931, Br. 3, str. 198-199.

³³ Božidar Marković, *Problem i osnova interpretacije prava*, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd, 1931, Br. 3, str. 202.

³⁴ Nikola Visković, *Tumačenje u pravu*, Pravni život, Beograd, 1988, br. 7-8, str. 1009.

³⁵ Opšte stanovište u pravnoj nauci jeste da svaka primena prava zahteva tumačenje: Žaklina Harašić, *Problem razgraničenja „lakih slučajeva“ (easy cases) i „teških slučajeva“ (hard cases)*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, 56 (1), 2006, str. 95; Oleg Mandić, *Sistem i interpretacija prava*, Narodne novine, Zagreb, str. 128.

³⁶ Radomir Lukić, *Tumačenje prava*, Savremena administracija, Beograd, 1961, str. 11-12; U teoriji prava ima i drugačijih mišljenja. Tumačenje je potrebno samo u spornim i

imaju neodređen smisao su neprirodne sa stanovišta jednog uređenog pravnog poretka. U takvom stanju se ispostavlja da, iako sa stanovišta oblika postoji samo jedna pravna norma, sa stanovišta suštine nema jedne pravne norme, već više njih.³⁷

Postoje posebni problemi koji se pojavljuju kod tumačenja pravnih normi i koji postoje dodatno na probleme u tumačenju uopšte koji već jesu opisani. Svi ovi problemi stvaraju potrebu da se pravne norme tumače i da se postave određena pravila u tumačenju. Problemi u tumačenju mogu se podeliti u dve skupine: objektivne i subjektivne. U svakom slučaju, povećanje broja normi koje u primeni zahtevaju tumačenje govore o problemima pravnog poretka koji je u pitanju.³⁸

2.3.1 Objektivni razlozi

Objektivni razlozi koji nameću potrebu tumačenja tiču se same norme i proizilaze iz uopštenosti, stalnosti i životnosti pravnih normi kao i iz nesavršenosti jezika kao sredstva kojim se beleže pravne norme.

Cilj svake opšte pravne norme jeste da važi za što veći broj pojedinačnih slučajeva kako bi se što veći broj društvenih odnosa povezao u celinu. Da bi pravilo moglo da se odnosi na što veći broj slučajeva njegov obuhvat mora biti širok. Što je obuhvat širi to je pravilo uoštene i samim tim neodređenije. Što je sadržaj neodređeniji mogućnost greške u primeni je veća.³⁹ Istovremeno, sloboda koja je data tumaču je veća.⁴⁰

teškim slučajevima, ili kako kaže izreka „interpretatio cessat in claris“: Nikola Visković, **Tumačenje u pravu**, Pravni život, Beograd, 1988, br. 7-8, str. 1001. podnožna napomena 5.

³⁷ „...što je zakon sam po sebi neodređen on se u praksi primenjuje različito. To je već jedna bolesna situacija. U stvari umesto jednog zakona ima više zakona.“: Đorđe Tasić, **O prirodi interpretativnih zakona**, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd, 1920, Br. 5, str. 363-364.

³⁸ „Ignoriranje jednostavnih slučajeva izaziva uzrokuje veliku nesigurnost... ...Ne posredna prikladnost norme da se odluci standardni slučaj nužan je temelj za funkcionisanje svakog pravnog sustava, pa je povećanje broja faktičkih situacija koji uzrokuju sumnju i stoga potrebu za pravnom argumentacijom [tumačenjem] jedan od znakova da je nešto krenulo loše u pravnom području.“: Jerzy Wroblewski, **Meaning and Truth in Judicial Decision**, A-TIETO Oy, Helsinki, 1983, p. 34; navedeno prema: Žaklina Harašić, **Problem razgraničenja „lakih slučajeva“ (easy cases) i „teških slučajeva“ (hard cases)**, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, 56 (1), 2006, str. 115.

³⁹ Mihajlo Vuković, **Interpretacija pravnih propisa**, Školska knjiga, Zagreb, str. 1-2.

⁴⁰ Nikola Visković, **Tumačenje u pravu**, Pravni život, Beograd, 1988, br. 7-8, str. 1013.

Dalje, praznine su neizbežne pri propisivanju zakona, posebno u oblasti velikih kodifikacija koje sadrže beskonačno mnogo rešenja povodom svake misli pisaca zakona koji se na njima nisu mogli dovoljno zadržavati da bi razjasnili sve pojedinosti.⁴¹ U krivičnom pravu pravne praznine su izuzetno retke. Tumač ni u kom slučaju ne sme da krene od prepostavke da su one ostavljenje sa namerom da mu se ostavi prostor za njihovo popunjavanje analogijom. Ako ih i ima u krivičnom zakonu tumač treba da pode od prepostavke da je zakonodavac društveni odnos koji nije udredio prepustio društvenom samoregulisanju.

Pravne norme su stalne u primeni. Ovo stoga da bi se na sve slučajevе primenjivale podjednako. One se ne menjaju tokom vremena kako se menjaju društveni odnosi koje uređuju.⁴² Kako vreme protiče tako one počinju da prvo usporavaju a zatim i da koće društvene odnose koje uređuju. Ljudska moć predviđanja je ograničena.⁴³ Što je usporavanje ili kočenje jače time je jači pritisak da se pravne norme tumačenjem menjaju.⁴⁴ S druge strane:

„Pravo je jedna suštinski živa stvar i... ...sastoji se u borbi radi stalnog prilagodavanja društvenim zahtevima... ...Taj život i borba prepostavlju postojanje oruđa... ...koje se... ...mora nalaziti na dohvatu sudsije, kao i kabinetskog pravnika i koje je isto potrebno za rešavanje praktičnih pitanja i za plodonosno sistematizovanje sudske prakse...“⁴⁵

Neminovnost do kojeg dovodi sučeljavanje stalnosti prava, s jedne strane, i njegove životnosti, s druge strane, jeste stvaranje oruđa za prevazilaženje tog susreta. To oruđe je tumačenje. Nekada je nužno je da se pravna norma tumačenjem dopuni u značenju i da postoji skup pravila kojima je tumačenje podvrgnuto podobnih da se taj cilj ostvari.

Jezik kojim se beleže pravne norme može da bude nesavršen, neizgrađen ili nedorečen što će svakako ostaviti traga u vidu nedovoljno ja-

⁴¹ Živan Spasojević, *Analogija i tumačenje: Prilog proučavanju metoda u privatnom pravu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 1996, str. 15.

⁴² Visković deli neodređenost normi na početne, koje postoje u trenutku kada se stvara norma, i naknadne, koje nastaju zbog promena u „društvenim i individualnim osnovama značenja nakon upućivanja poruke“. Ova prva bi odgovarala neodređenosti norme, a druga njenoj stalnosti: Nikola Visković, *Tumačenje u pravu*, Pravni život, Beograd, 1988, br. 7-8, str. 1004.

⁴³ Đorđe Tasić, *Uvod u pravne nauke: Enciklopedija prava*, NIU Službeni list SRJ, Beograd, 1995, str. 345.

⁴⁴ Mihajlo Vuković, *Interpretacija pravnih propisa*, Školska knjiga, Zagreb, str. 2.

⁴⁵ Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Essai critique, 1899, r. 7, navedeno prema: Živan Spasojević, *Analogija i tumačenje: Prilog proučavanju metoda u privatnom pravu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 1996, str. 16.

snog značenja pravne norme.⁴⁶ Postoji mogućnost da neki pravni sistem ima više službenih jezika pa da se javlja potreba objavljivanja pravne norme na više različitih jezika što dodatno čini ovaj objektivni razlog koji nameće potrebu tumačenja složenijim.

2.3.2 Subjektivni razlozi

Subjektivnim razlozi koji nameću potrebu tumačenja nazivamo one razloge koji su vezani za tumača ili tvorca norme. Oni su različiti i mogu se podeliti prema tome da li namera tumača ili tvorca norme utiče na postojanje te potrebe ili ne.

Tvorac norme, u nekim slučajevima, namerno pridaje svojim porukama nejasna značenja.⁴⁷ S druge strane, on, često, nezavisno od njegove želje u tom pravcu, mora normi da prida nejasno značenje.⁴⁸ Norma je neizbežno nejasna ili neodređena ako njen tvorac želi da je učini opštom, o čemu je već rečeno kod objektivnih razloga koji dovode do potrebe tumačenja.

Nedovoljno i nesavršeno znanje o pravnom pravilu koje tvorac norme želi da postavi ili o društvenom odnosu koji hoće da uredi može da se pojavi kao drugi subjektivni razlog koji stvara potrebu tumačenja.⁴⁹ Take slabosti duha su česte u postupcima ljudske volje.⁵⁰ S tim u vezi postoji mogućnost da tvorac izda protivustavnu ili nezakonitu normu.⁵¹ U tom slučaju se pojavljuje problem kako tumačiti normu u cilju iznalaženja značenja koje je u skladu sa voljom njenog tvorca kada je ta volja, očito, manljiva.

⁴⁶ Đorđe Tasić, *Uvod u pravne nauke: Enciklopedija prava*, NIU Službeni list SRJ, Beograd, 1995, str. 345; Prema Viskoviću nejasan jezički izraz može da bude ili više značenja ili neodređen. Više značenja je kada je određen, ali ima više značenja koja su jasna. Neodređen je kada ima nejasan domaćaj, odnosno kada nije jasno koje sve značenja jezičkog izraza jesu moguća: “: Nikola Visković, *Tumačenje u pravu*, Pravni život, Beograd, 1988, br. 7-8, str. 1002.

⁴⁷ Nikola Visković, *Tumačenje u pravu*, Pravni život, Beograd, 1988, br. 7-8, str. 1002.

⁴⁸ „...poruke [su] redovito značenjski porozne što nije samo ideologijska nesreće, nego i uvjet kreativnosti“: Nenad Miščević, *Kritičke naznake uz Habermasovu teoriju jezika*, Dometi, br. 9, 1975, navedeno prema: Nikola Visković, *Tumačenje u pravu*, Pravni život, Beograd, 1988, br. 7-8, str. 1002-1003.

⁴⁹ „ljudi ne mogu da predvide sve, da tačno i ne znaju uvek šta hoće i pred njih lako mogu da iskrnsu pitanja na koja nisu mislili ili kojih nisu bili svesni.“: Đorđe Tasić, *Značaj jezika pri tumačenju*, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd, mart 1938, Br. 3, str. 278.

⁵⁰ Živan Spasojević, *Analogija i tumačenje: Prilog proučavanju metoda u privatnom pravu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 1996, str. 15.

⁵¹ Nikola Visković, *Tumačenje u pravu*, Pravni život, Beograd, 1988, br. 7-8, str. 1011.

Treći je složenost i razni drugi nedostaci savremenog zakonodavnog postupka koji često imaju za posledicu da se prilikom ozakonjenja odustaje od razjašnjenja izvesnih osetljivih pitanja. Tako, pravna norma koja se na ta pitanja nedovoljno određeno odnosi ne izražava u stvari nikakvu jasno uskladenu volju njenog tvorca.⁵²

Nezavisno od volje subjekata tumačenja i tvorca norme može da se pojavi problem nedovoljnog poznавање jezika kod pomenute dvojice. Takvo stanje može dovesti do različite primene pravnih normi i u krajnjem ishodu do pravne nesigurnosti. Da bi se izbegle razlike u primeni moraju se pravne norme tumačiti na jedinstven način, a to se postiže ustavljavanjem pravila tumačenja.

2.4. Postupak tumačenja pravnih normi

Postupak tumačenja pravnih normi se može podeliti na prethodni postupak i na glavni postupak tumačenja ili postupak tumačenja u užem smislu. Prethodnim postupkom tumačenja, koji se još naziva i „kritika“, utvrđuje se pravi tekst norme (veće je rečeno da je pravo, u savremenom dobu, u najvećoj meri pisano), dok se glavnim postupkom utvrđuje pravo značenje teksta pravne norme.⁵³ U prethodni postupak bi spadalo i utvrđivanje omaške odnosno greške koju nije primetio ni sam tvorac norme i njeno ispravljanje. Ovde treba biti veoma pažljiv jer ukoliko se pogrešno utvrdi da nešto jeste greška tumač na sebe preuzima ulogu tvorca norme što, jasno, ne sme da se desi. Poslednji zadatak u prethodnom postupku tumačenja jeste utvrđivanje pravne snage pravne norme.⁵⁴

U glavnom postupku tumačenja utvrđuje se „pravo“ značenje norme.⁵⁵ Utvrđivanje „pravog“ značenje norme je u suštini utvrđivanje smisla

⁵² Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Essai critique, 1899, r. 262, navedeno prema: Živan Spasojević, *Analogija i tumačenje: Prilog proučavanju metoda u privatnom pravu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 1996, str. 16.

⁵³ Prethodni postupak tumačenja, u kojem se još uvek ne tumači norma, već se samo utvrđuje njen tačan tekst naziva se još i „kritika“ pravnih normi: Mihajlo Vuković, *Interpretacija pravnih propisa*, Školska knjiga, Zagreb, str. 25; Radomir Lukić, *Tumačenje prava*, Savremena administracija, Beograd, 1961, str. 45.

⁵⁴ Radomir Lukić, *Tumačenje prava*, Savremena administracija, Beograd, 1961, str. 44-46.

⁵⁵ Radomir Lukić, *Tumačenje prava*, Savremena administracija, Beograd, 1961, str. 47; Visković kada govori o pravom značenju norme koristi znake navoda. Ovo stoga što „primalac opšte pravne norme, redovito, barem jednim manjim delom, sam konstruira značenje poruke, a ne samo prepoznaće značenja koje poruci daje pošiljalac“: Nikola Visković, *Tumačenje u pravu*, Pravni život, Beograd, 1988, br. 7-8, str. 1007. Ovo stanovište je ispravno.

norme.⁵⁶ Ono se prvo utvrđuje putem zakonika značenja odnosno jezičkog značenja obzirom da su norme u najvećem broju slučajeva pisane. Zatim se prelazi na utvrđivanje pravog značenja sa ciljem da se utvrdi da li se ova dva značenja razilaze ili poklapaju. Ako se poklapaju postupak tumačenja je završen. Ako se razilaze tada se pristupa ispravljanju jezičkog značenja norme pravim značenjem. Ovde postoje dve mogućnosti. Prva je da jezičko značenje jeste jasno, ali se ne poklapa sa pravim značenjem jer postoji omaška. U tom slučaju će se jezičko značenje ispraviti pravim. Druga je mogućnost da ni jezičko značenje nije jasno, u kom slučaju će se ono dodatno razjasniti pomoću pravog značenja.⁵⁷

Kao što se kritika pravne norme, kao postupak koji prethodi tumačenju, jasno razlikuje od njega, tako se i primena normi mora razlikovati od tumačenja, kao postupak koji mu sledi.⁵⁸

Pravna nauka nije stvorila postupak tumačenja krivičnog prava koji se razlikuje od postupka tumačenja drugih grana prava.

2.5. *Pravila tumačenja prava*

Do ishoda tumačenja pravnih normi dolazi se primenom određenih metoda odnosno sredstava tumačenja.⁵⁹ Ove metode stoje izvan granica

⁵⁶ Mihajlo Vuković, *Interpretacija pravnih propisa*, Školska knjiga, Zagreb, str. 18; Oleg Mandić, *Sistem i interpretacija prava*, Narodne novine, Zagreb, str. 153.

⁵⁷ Radomir Lukić, *Tumačenje prava*, Savremena administracija, Beograd, 1961, str. 47.

⁵⁸ „Interpretaciju treba odvojiti od primjene propisa. Primjena se sastoji od operacije deduktivnog zaključivanja s ciljem podvođenja izvjesnog konkretnog činjeničnog stanja pod propis, dok interpretacija ide samo za objašnjenjem propisa, koje prethodi podvođenju.“: Mihajlo Vuković, *Interpretacija pravnih propisa*, Školska knjiga, Zagreb, str. 18; Ima mišljenja prema kojim bi postupak tumačenja morao obuhvatiti kao svoj element i činjenično stanje na koje će se primeniti norma i izbor norme koja uređuje dati slučaj: „Pravni propis se utvrđuje i pronalazi njegov smisao zavisno od činjeničnog stanja u konkretnom slučaju koji treba rešavati.“: Oleg Mandić, *Sistem i interpretacija prava*, Narodne novine, Zagreb, str. 153; „...ako se norma posmatra apstrktno, odvojeno od svoje primene na pojedine konkretnе slučajeve, ona je neodređena, tj. ima više jezički podjednako mogućih značenja... ...ako se u odnosu na pojedine konkretnе slučajeve, onda se utvrđuje da jedno od tih značenja jeste pravo značenje, za jedan, drugo za drugi slučaj. Norma dakle ima različita značenja u različitim slučajevima.“: Radomir Lukić, *Tumačenje prava*, Savremena administracija, Beograd, 1961, str. 58; Prema ovim shvatanjima predmet primene prava „su sve one posledice što ih izaziva povezivanje prava s konkretnim slučajem.“, a primena prava prema obuhvata „sve one objektivne posledice što ih izaziva interpretacija prava kada deluje u društvenom životu.“: Oleg Mandić, *Sistem i interpretacija prava*, Narodne novine, Zagreb, str. 127-128.

⁵⁹ Ima i drugačijih stavova. Prema Viskoviću na značenje norme utiču društveni kodovi (pod ovim on podrazumeva metode tumačenja), priroda objekta tumačenja i situacije

prava drugim rečima nisu izvori prava.⁶⁰ One nisu pravna pravila, ali i da-lje jesu određena *pravila tumačenja*.⁶¹ To znači da ona obavezuju tumača odnosno da ih on ne može upotrebljavati proizvoljno. Ona svoju obave-znost crpe iz činjenice da ona jesu pravila života u društvenoj zajednici.⁶² Njihovo važenje počiva na snazi njihove uverljivosti odnosno opštem društvenom priznanju koje se očituje u saobraćaju među ljudima.⁶³

Sredstva tumačenja (odnosno izvori značenja) su mnogobrojna, a glavna među njima su: jezik, logika, sistem i cilj norme. Tvorac norme, dakle, upotrebljava pravila jezika, pravila logike, pravila morala, običaja politike, privrede koja važe u datom društvu ili pravne norme koje čine pravni sistem (uključujući pravila pravnika jezika) i tako utiču na uobličavanje pravnih poruka i objekata na koje se one odnose. Tumač koristi ista pravila da bi otkrio sva moguća jezička, logička, vrednosna ili pravnička značenja norme.⁶⁴ Često će se i skup radnji na primeni pojedinih od ovih sredstava i sam nazivati tumačenjem pa otuda nazivi: jezičko tumačenje, logičko tumačenje i slično.⁶⁵

Pravna nauka nije stvorila posebna pravila tumačenja krivičnopravne norme koja bi bila odvojena od pravila koja se koriste za tumačenja pravnih normi uopšte. Ista pravila se primenjuju bez razlike da li tumačimo krivične ili građanske zakone.⁶⁶ Suprotni stavovi u nauci su usamlje-

tvorca i tumača norme: Nikola Visković, *Tumačenje u pravu*, Pravni život, Beograd, 1988, br. 7-8, str. 1005.

⁶⁰ Visković ih naziva „izvorima značenja“: Nikola Visković, *Tumačenje u pravu*, Pravni život, Beograd, 1988, br. 7-8, str. 1005. Istina on ih shvata nešto šire od našeg shvatanja metoda ili sredstava tumačenja. Izvori značenja kod Viskovića su: društveni kodovi, priroda objekta i situacije pošiljalaca i primalaca. Društveni kodovi odgovaraju onome što mi nazivamo metodama tumačenja.

⁶¹ Herbert Lionel Adolphus Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961, p. 128, navedeno prema: Žaklina Harašić, *Problem razgraničenja „lakih slučajeva“ (easy cases) i „teških slučajeva“ (hard cases)*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, 56 (1), 2006, str. 88.

⁶² „...svi izvori značenja su u većoj ili manjoj meri pod uticajem prisilnih juridičkih značenja...“: Nikola Visković, *Tumačenje u pravu*, Pravni život, Beograd, 1988, br. 7-8, str. 1005.

⁶³ Mihajlo Vuković, *Interpretacija pravnih propisa*, Školska knjiga, Zagreb, str. 52.

⁶⁴ Nikola Visković, *Tumačenje u pravu*, Pravni život, Beograd, 1988, br. 7-8, str. 1005-1006.

⁶⁵ Radomir Lukić, *Tumačenje prava*, Savremena administracija, Beograd, 1961, str. 48.

⁶⁶ Toma Živanović, *Osnovi Krivičnog prava: Opšti deo*, Knjižar izdavač Geca Kon, Beograd, 1910, str. 124; Muhajlo Čubinski, *Naučni i praktični komentar Krivičnog zakonika Kraljevine Jugoslavije*, Izdavačka knjižarnica Gece Kona, Beograd, 1930, str. 26.

ni.⁶⁷ I u krivičnom pravu treba slediti osnovne postavke tumačenja odnosno kretati se za objektivnim značenjem normi.⁶⁸

2.6. Granice tumačenja pravnih normi

Pošto su opšte pravne norme stalne, kako je već istaknuto, moraju postojati granice do kojih se može kretati tumačenjem.

Pravne norme koje obavezuju sudiju su one koje su date pravom, a u slučaju krivičnog prava one pravne norme koje su date krivičnim zakonom, jer samo zakon može biti izvor krivičnog prava. Kao protivtežu tom obavezivanju one vezuju sudiju bez ograničenja dokle god zakon ne budu zamenjen, pri čemu treba imati u vidu da zakon svoju vrednost zasniva, prema jednim shvatanjima, na volji zakonodavčevoj i da ta volja predstavlja granicu važenja zakona.⁶⁹ Iz ovoga sledi da je sudija u iznalaženju smisla norme tumačenjem neograničen, dok se kreće u okviru volje zakonodavaca.⁷⁰ Prema drugim shvatanjima, koja preovlađuju, ta granica je data mogućim jezičkim značenjima pravne norme.⁷¹ Istina je da su ta značenja data od zakonodavca, ali budući da je nemoguće iznaći njegovu volju, vršeći tumačenje tumač je prinuđen da tvorca zamišlja kao najpravičnijeg, najpoštenijeg i najcelishodnijeg.⁷²

Prva prepostavka koja određuje granice tumačenja, a od koje se mora krenuti u tumačenju svake opšte pravne norme jeste sledeća: tvorac norme ima racionalnu volju. On nema volju da stvori besmislenu normu. Svaka norma ima svoj smisao.⁷³ Druga prepostavka proizilazi iz prethod-

27; Miloš Radovanović, *Krivično pravo SFRJ*, Savremena administracija, Beograd, 1976, str. 119.

⁶⁷ Iako Frank načelno stoji na stanovištu da za „...tumačenje kaznenog prava vrijede posebna pravila...“ on ne uspeva da pronađe više tih posebnih pravila od zabrane upotrebe analogije i običaja kao „vrela kaznenog prava“: Stanko Frank, *Teorija kaznenog prava*, Školska knjiga, Zagreb, 1955, str. 74.

⁶⁸ Đorđe Tasić, *Uvod u pravne nauke: Enciklopedija prava*, NIU Službeni list SRJ, Beograd, 1995, str. 359.

⁶⁹ Živan Spasojević, *Analogija i tumačenje: Prilog proučavanju metoda u privatnom pravu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 1996, str. 22.

⁷⁰ Nikola Visković, *Tumačenje u pravu*, Pravni život, Beograd, 1988, br. 7-8, str. 1011.

⁷¹ Radomir Lukić, *Tumačenje prava*, Savremena administracija, Beograd, 1961, str. 105.

⁷² Đorđe Tasić, *Uvod u pravne nauke: Enciklopedija prava*, NIU Službeni list SRJ, Beograd, 1995, str. 351.

⁷³ Mihajlo Vuković, *Interpretacija pravnih propisa*, Školska knjiga, Zagreb, str. 20-21; „...tumač prepostavlja da je tvorac norme racionalan...“: Radomir Lukić, *Tumačenje prava*, Savremena administracija, Beograd, 1961, str. 68.

ne. Tvorac norme ima volju da normi prida samo jedan smisao, a ne više njih koji su međusobno suprotni. Inače bi prva pretpostavka bila opovrgнута, norma bi bila besmislena. I u slučaju da je moguće iznaći više od jednog smisla norme tumačenjem, koji se međusobno isključuju, samo jedan smisao je pravi smisao.⁷⁴ Treća pretpostavka je da i ako se međusobno isključuje više različitih ishoda tumačenja, više različitih metoda tumačenja se ne isključuju. Ovo stoga što se oni teško mogu naći suprostavljeni jer između njih postoji poredak vrednosti koji proizilazi iz njihovih mogućnosti.⁷⁵ Drugim rečima granice tumačenja su određene i metodama tumačenja.⁷⁶

U krivičnom pravu postoji jedna osobenost u pogledu granica tumačenja. Ako je u drugim granama prava moguće otići i preko granica teksta zakona, u krivičnom pravu pravu je to nemoguće.⁷⁷ Sredstvo za ovo kretanje je analogija, bilo zakonska, bilo pravna. Zahvaljujući postojanju načela zakonitosti upotreba zakonske ili pravne analogije je zabranjena.⁷⁸ Tumačenje koje bi se kretalo izvan granica teksta krivičnopravne norme utvrđene zakonom bilo bi nedopušteno.⁷⁹ U drugim granama prava analogija kao sredstvo tumačenja za popunjavanje pravnih praznina je, čak, poželjno. U krivičnom pravu, zahvaljujući načelu zakonitosti, treba uvek poći od pretpostavke da praznina ni ne posto-

⁷⁴ Mihajlo Vuković, *Interpretacija pravnih propisa*, Školska knjiga, Zagreb, str. 21.

⁷⁵ Visković pravila o odnosu između pojedinih metoda tumačenja naziva sekundarnim pravilima tumačenja, za razliku od samih metoda tumačenja koja naziva primarnim pravilima tumačenja. Koji će od metoda tumačenja imati prednost zavisi od ideologije koju će zastupati tumač: Nikola Visković, *Jezik Prava*, Naprijed, Zagreb, 1989, str 163-164.

⁷⁶ Mihajlo Vuković, *Interpretacija pravnih propisa*, Školska knjiga, Zagreb, str. 21-22.

⁷⁷ Posebno u krivičnom pravu, zakonski tekst predstavlja pravno-državnu garanciju i onaj smisao koji proizilazi iz reči zakonske norme ne može se lako otkloniti i zameniti nekim drugim. Potrebno je što više poštovati tekst zakona, što manje se udaljavati od nje: Franjo Bačić, *Krivično pravo-opći dio*, Informator, Zagreb, 1980, str. 105;

⁷⁸ Nekada se smatralo da ne samo analogija, već ni prošireno tumačenje nije primereno krivičnom pravu: Đorđe Tasić, *O tumačenju krivičnopravnih i finansijskih zakona*, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd, 1935, Br. 1-2, str. 3; Primer za ovu vrstu pristupa predstavlja svojevremeno stvoren načelan stav da se u krivičnom pravu tumačenje po obimu mora ograničiti u kvantitetu na taj način što se uvek treba opределiti za sužavajuće tumačenje. Ovaj stav je danas napusten: Vlado Kambovski, *Kazneno pravo-Opšt del*, 2. Avgust S-Štip, Skopje, 2006, str. 197.

⁷⁹ “Preko granica zakonskog teksta se može preći samo kada je tehnički ili društveni život razvio nove identične ekvivalentne za one iz zakonskih bića.”: Claus Roxin, članak objavljen u: Zeitschrift fur die gesamte Strafrechtswissenschaft, No 2, 1971, p. 378, navedeno prema: Franjo Bačić, *Krivično pravo-opći dio*, Informator, Zagreb, 1980, str. 105.

ji.⁸⁰ Ukoliko nešto nije uređeno krivičnopravnom normom ima se uzeti da je zakonodavac taj odnos prepustio društvenom samoregulisanju.

2.6.1. Tumač kao stvaralač

Pravne norme nemaju, uvek i u svim slučajevima, „pravo“ značenje koja tumač samo treba da otkrije, već se puno značenje normi u takvim slučajevima stvara na osnovu svih izvora značenja (sredstava tumačenja) od strane tumača.⁸¹ Činjenica je da pravni pojmovi jesu neodređeni i relativni. Oni se odnose na gledišta, stavove ili vrednosti različitih ljudi. To znači da nema jedne večite istine o značenju nekog pojma, već više njih u zavisnosti od toga čija merila za značenje su uzeta kao merodavna i u odnosu na koji splet činjenica se primenjena. Da bi se uskladio sa ovim činjenicama tumač mora da postupa celishodno.⁸² Tumači ovo mogu da učine samo tako što će, u krajnjoj liniji, vrednovati suprotstavljenе interese u odnosu koji je normiran.⁸³

Situacije tvorca norme i tumača su uvek stvaralačke u pogledu značenja norme. Tvorac normi uvek daje značenje, dok tumač utiče na spoznaju norme i izbor značenja koje je normi dao tvorac i to, u prvom redu, u srazmeri sa opadanjem prisile koju pravila tumačenja postavljaju pred tumača.⁸⁴ U drugom redu tumač utiče na spoznaju u srazmeri sa neodređenošću pojmove koje norma upotrebljava. Što je neodređenost veća to je delovanje tumača snažnije.⁸⁵

Shvatajući neizbežnost ovog stanja tvorac norme redovno prenose ovlašćenja za određenu slobodu tumačenja putem putem pravnih standara ili diskrecionih ovlašćenja.⁸⁶ Veći deo pravne nauke, danas, prihvata tzv. evolutivno ili objektivno tumačenje:

„priznajući ... primarnu ulogu društvenih i aktualnih situacija primalaca kao izvorište dinamike značenja i restrukturiranje u pravnom portetu kao otvorenom semiotičkom sistemu“⁸⁷

⁸⁰ Stojanović smatra da se zbog načela zakonitosti mora uzeti da krivično pravo nema pravne praznine: Zoran Stojanović, **Krivično pravo-Ošti deo**, Pravna knjiga, Beograd, 2006, §tr. 63.

⁸¹ Nikola Visković, **Tumačenje u pravu**, Pravni život, Beograd, 1988, br. 7-8, str. 1013.

⁸² Đorđe Tasić, **Uvod u pravne nauke: Enciklopedija prava**, NIU Službeni list SRJ, Beograd, 1995, str. 346.

⁸³ Nikola Visković, **Tumačenje u pravu**, Pravni život, Beograd, 1988, br. 7-8, str. 1013.

⁸⁴ Nikola Visković, **Tumačenje u pravu**, Pravni život, Beograd, 1988, br. 7-8, str. 1009.

⁸⁵ Đorđe Tasić, **O tumačenju krivičnopravnih i finansijskih zakona**, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd, 1935, Br. 1-2, str. 4.

⁸⁶ Nikola Visković, **Tumačenje u pravu**, Pravni život, Beograd, 1988, br. 7-8, str. 1009.

⁸⁷ Nikola Visković, **Tumačenje u pravu**, Pravni život, Beograd, 1988, br. 7-8, str. 1004. Ovo shvatatanje zahteva više pažnje koja će mu biti posvećena kasnije u ovom radu.

Pri svemu tome tumač mora voditi računa da ne pređe u stvaranje prava koje je blisko evolutivnom tumačenju. Tumačenje ostaje tumačenje samo dotle dok se zahvaljujući promenama zakonika značenja norme norma može tumačiti na različite načine. Sam tumač ne sme da prida normi novo značenje, već isključivo sme da izabere jedno od novih značenja do kojih je došlo sa promenom zakonika značenja. Na primer, ako dođe do promena u značenju reči u jeziku, a jezik jeste zakonik značenja za jezičko tumačenje, onda tumač može da kao pravo značenje norme uzme ono koje će uzeti u obzir to novo značenje reči, i da spram tog novog značenja rastumači normu.⁸⁸ U svakom slučaju, tumač ne sme otici dalje od jednog od mogućih jezičkih značenja.⁸⁹ Samo tada će tumačenje prava da se zadrži u granicama koje opravdavaju taj naziv.⁹⁰

U svakom slučaju postoje mehanizmi koji stvaralački položaj tumača drže pod nadzorom i čine ga predvidljivim. Ti mehanizmi su niz običajnih ili doktrinarnih pravila o tome koje se metode primenjuju u kojim slučajevima, kojim redosledom i kako se rešava sukob između njih.⁹¹

3. Vrste tumačenja

Tumačenje je moguće podeliti na nekoliko vrsta prema različitim merilima.

Prema subjektu koji tumači normu, tumačenje je moguće podeliti na autoritativno i doktrinarno. Osnovni merilo za podelu obaveznost tumače-

⁸⁸ Radomir Lukić, *Tumačenje prava*, Savremena administracija, Beograd, 1961, str. 102.

⁸⁹ Radomir Lukić, *Tumačenje prava*, Savremena administracija, Beograd, 1961, str. 185.

⁹⁰ Upravo u krivičnom pravu su se svojevremeno javljala kretanja koja su pokušavala da pređu ove granice. Između dva rata su se javili zastupnici tzv. teorije vrednosti koji su stajali na stanovištu da se između normativnih i deskriptivnih elemenata bića dela može napraviti razlika u tumačenju. Normativni, budući da su podložni vrednovanju, treba da budu tumačeni na bazi merila pravnih vrednosti. Starosne granice u krivičnom zakonu, na primer, kao što je granica između punoletstva i maloletstva, ne treba da bude tumačene strogo jezički, već vrednosno. Tako 18 godina imaju sve osobe koje su duševno i telesno nalaze na stepenu zrelosti prosečnog 18-togodišnjaka, a ne one koje su stvarno napunile 18. godina: Toma Živanović, *Da li je preporučljivo da sudija može za jednu radnju koja izričito ne ulazi u zakonsku normu da kazni i da je smatra protivpravnom*, Pravosude, 1938, Br. 3, str. 259-260. Živanović ova shvatanja vidi kao krenje načela zakonitosti.

⁹¹ U Engleskoj postoji zakon koji se zove „Interpretation act“ dok većina evropskih građanskih zakonika i drugih zakona imaju uvodne norme o tumačenju i osnovnim ciljevima zakona: Nikola Visković, *Tumačenje u pravu*, Pravni život, Beograd, 1988, br. 7-8, str. 1012.

nja obzirom na subjekt. Autoritarnim tumačenjem nazivaju se sva tumačenja državnih organa obzirom da imaju određenu pravnu snagu. Doktrinarnim tumačenjem se nazivaju sva tumačenja nedržavnih subjekata pošto ona nemaju pravnu snagu.

Prema tome da je tumač obavezan jezičkim značenjem norme ili ne, tumačenje se može podeliti na vezano i slobodno. Ošti je stav nauke da slobodno tumačenje, po samoj svojoj odredbi nije tumačenje Čim neko tumačenje nije ograničeno samom normom, onda je ono, nesumnjivo, stvaranje prava.

Prema tome da li je za pravo značenje norme bitna volja tvorca norme ili nije, tumačenje se može podeliti na subjektivno i objektivno.

Prema predmetu koji se tumači, tumačenje je moguće podeliti na uže i šire. Pod užim tumačenjem se podrazumeva tumačenje postajeće pravne norme, dok se pod tumačenjem u širem smislu podrazumeva tumačenje pravnih praznina. Pošto u slučaju praznina nema pravne norme koja bi se tumačila, onda se pribegava tumačenju celog pravnog sistema odnosno svih normi.

Prema obimu (sadržaju) mogućih značenja jezički neodređenih normi, tumačenje je moguće podeliti na srednje, suženo i prošireno.

Prema vremenu koje se uzima kao merodavno za utvrđivanje smisla pravne norme tumačenje može se podeliti na statičko i evoluciono.

Prema metodu (sredstvu) moguće ga je podeliti na jezičko, logičko, sistemsko, istorijsko i ciljno.

Ne postoji posebna podela tumačenja na vrste koja bi bila odlika samo krivičnog prava.

3.1. Tumačenje po metodama (sredstvima)

Od svih podela tumačenja verovatno najznačajnija je podela prema sredstvima odnosno metodama tumačenja. Sama radnja tumačenja u najužem smislu te reči se odnosi na primenu ovih sredstava. Otuda se i prima na pojedinog od ovih sredstava i sama naziva tumačenjem, koje se vezuje za to sredstvo. Tako se tumačenje pomoću jezika naziva jezičko tumačenje, pomoću logike logičko tumačenje itd.^{92 93}

⁹² Radomir Lukić, *Tumačenje prava*, Savremena administracija, Beograd, 1961, str. 185; Mihajlo Vuković, *Interpretacija pravnih propisa*, Školska knjiga, Zagreb, str. 48.

⁹³ Radomir Lukić, *Tumačenje prava*, Savremena administracija, Beograd, 1961, str. 52; Vuković tumačenje po metodama naziva još i tumačenje po izvanpravnim pravilima, suprotstavljujući ih tumačenju koje se sprovodi po pravilima koja nameću same pravne norme: Mihajlo Vuković, *Interpretacija pravnih propisa*, Školska knjiga, Zagreb, str. 78.

3.1.1 Jezičko tumačenje

Jezičko tumačenje je prvi zadatak tumača i njime se utvrđuje jezičko značenje pravne norme. Metoda jezičkog tumačenja se služi pravilima kojima je podvrgnut jezik kao sredstvo izražavanja pravnih normi. Ta pravila se nalaze u nauci o jeziku koja se može podeliti na delove spram elemenata jezika koji su predmet njihovog proučavanja. Tako su osnovni elementi jezika reči, izrazi, rečenice i znakovi interpunkcije. Spram toga se i jezičko tumačenje može podeliti na leksičko, gramatičko, sintaktičko i interpunkcijsko tumačenje.⁹⁴

Svakako treba težiti tome da jezik pravne norme bude jasan i određen.⁹⁵ Ipak, jezičko značenje prava je vrlo retko potpuno jasno i određeno.⁹⁶ Glavni problemi u ovoj vrsti tumačenja su nesavršenost samog jezika i upotreba nedovoljno određenih pojmoveva za izražavanje pravnih normi.⁹⁷

Koliko god da je jezik savršeno izrađen i ostaje jedna činjenica da su misli uvek bogatije od jezika.⁹⁸ Značenja koja psiha pridaje svojim mislima uvek su složenija nego mogućnosti jezika da ih izraze.⁹⁹ Reči često nemaju jasno omeđena značenja već se dešava da jedna reč ima više značenja (homonimi).¹⁰⁰ Takođe, moguće je da više reči ima ista značenja (sinonimi).

Neodređeni pojmovi su nužnost pravnog izražavanja. Svaka opšta pravna norma mora da se sastoji iz opštih pojmoveva. Što je norma većeg stepena opštosti, to se moraju upotrebljavati pojmovi većeg stepena opštosti, koji su opet u većem stepenu neodređeni. Drugim rečima, obim

⁹⁴ Radomir Lukić, *Tumačenje prava*, Savremena administracija, Beograd, 1961, str. 66.

⁹⁵ Jeringu se pripisuje misao da zakonodavac treba da je mudar kao filozof, a da govori kao seljak, navedeno prema: Đorđe Tasić, *Značaj jezika pri tumačenju*, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd, mart 1938, Br. 3, str. 278.

⁹⁶ „Gramatičko ili jezikovno tumačenje [je]. Samo za sebe bez vrednosti...“: Dragoljub Arandelović, *Ehrenzweig-ova gledišta o tumačenju i popunjavanju zakona*, Branić, Beograd, 1935, Br. 1, str. 7.

⁹⁷ Radomir Lukić, *Tumačenje prava*, Savremena administracija, Beograd, 1961, str. 56-57. Nedovoljno poznавање pravila jezičkog tumačenja od strane tumača ili tvorca norme svakako stvara probleme u tumačenju, ali je manjeg značaja poredeći ga sa pravnavedenim problemima.

⁹⁸ Broj ideja u ljudskom duhu raste brže nego broj reči da ih opiše. Tako dolazi do upotrebe istih reči u više značenja: Đorđe Tasić, *Značaj jezika pri tumačenju*, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd, mart 1938, Br. 3, str. 277.

⁹⁹ Radomir Lukić, *Tumačenje prava*, Savremena administracija, Beograd, 1961, str. 56.

¹⁰⁰ Reč „operacija“ ima različita značenja u zavisnosti ko ju je upotrebio, hirurg, matematičar, general, bankar ili šumar: Đorđe Tasić, *Značaj jezika pri tumačenju*, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd, mart 1938, Br. 3, str. 276.

značenja pojmove koji su upotrebljeni u pravnoj normi raste sa stepenom opštosti same norme. Obim pojmove koji se koriste je neodređen sve dok se pojma ne dovede u vezu sa konkretnim slučajem koji se tumači. Norma, dakle, ima različito značenje u različitim slučajevima.¹⁰¹ Ova vrsta problema se rešava tumačenjem po obimu.

Jedna posebnost jezičkog tumačenja u polju međunarodog krivičnog prava leži u činjenici da se međunarodni ugovori kao izvori međunarodnog krivičnog prava sastavljaju na više jezika. U slučaju sumnje u jezičko značenje teksta može se izvršiti poređenje jezičkog značenja na više različitih jezika kako bi se došlo do pravog značenja.¹⁰²

3.1.2. Logičko tumačenje

Logičko tumačenje jeste utvrđivanje značenja odnosno smisla pravne norme upotrebom logike odnosno njenih načela.¹⁰³ U prvom redu ono služi za proveru značenja dobijenog jezičkim tumačenjem.¹⁰⁴ Pri tome značenje dobijeno logičkim metodom tumačenja služi za ispravljanje jezičkog značenja.¹⁰⁵ Međutim, moguće ju je upotrebiti i za izvlačenje onog značenja pravne norme koje nije izraženo.¹⁰⁶ Iako je stepen pouzdanosti ove dve vrste logičkog tumačenja je različit, on ne zavisi od vrste, već od načela i pravila logike koja su upotrebljena za tumačenje.¹⁰⁷ Postoje četiri osnovna načela logike koja se koriste u ovoj vrsti tumačenja: načelo istovetnosti, načelo protivrečnosti, načelo isključenja trećeg i načelo dovoljnog razloga.¹⁰⁸ Zaključci

¹⁰¹ Radomir Lukić, *Tumačenje prava*, Savremena administracija, Beograd, 1961, str. 57-58.

¹⁰² Franjo Bačić, *Krivično pravo-opći dio*, Informator, Zagreb, 1980, str. 108.

¹⁰³ Radomir Lukić, *Tumačenje prava*, Savremena administracija, Beograd, 1961, str. 107.

¹⁰⁴ Oleg Mandić, *Sistem i interpretacija prava*, Narodne novine, Zagreb, str. 184; Radomir Lukić, *Tumačenje prava*, Savremena administracija, Beograd, 1961, str. 108; Vuković smatra da su ove dve vrste tumačenja toliko povezane da ih je teško, ali ne i nemoguće, razdvojiti: Mihajlo Vuković, *Interpretacija pravnih propisa*, Školska knjiga, Zagreb, str. 84.

¹⁰⁵ Mihajlo Vuković, *Interpretacija pravnih propisa*, Školska knjiga, Zagreb, str. 85-86.

¹⁰⁶ Radomir Lukić, *Tumačenje prava*, Savremena administracija, Beograd, 1961, str. 107.

¹⁰⁷ Radomir Lukić, *Tumačenje prava*, Savremena administracija, Beograd, 1961, str. 109.

¹⁰⁸ Mandić ih naziva „glavnim zakonima logičkog mišljenja“: Oleg Mandić, *Sistem i interpretacija prava*, Narodne novine, Zagreb, str. 184; Vuković ih naziva „aksiomima“ i navodi Schopenhauera koji ih naziva „metalogičkim istinama“: Mihajlo Vuković, *Interpretacija pravnih propisa*, Školska knjiga, Zagreb, str. 83.

dobijeni njima su potpuno pouzdani tako da se bez izuzetka mogu upotrebiti, bez obzira koja vrsta logičkog tumačenja je u pitanju.¹⁰⁹ S druge strane postoje i određena pravila logike koja nisu toliko pouzdana kao sredstvo tumačenja i mogu se upotrebljavati samo uz veliku meru opreza.¹¹⁰ Ovde bi spadali tzv. pravilo zaključivanja po suprotnosti, pravilo zaključivanja od većeg ka manjem, pravilo zaključivanja od manjeg ka većem itd.¹¹¹

3.1.3. Sistematsko tumačenje

Sistematsko tumačenje je utvrđivanje značenja pravne norme putem njenog odnosa sa drugim normama sistema kojem pripada.¹¹²

Svaki skup raznovrsnih pojedinosti ima potrebu da se uredi kako bi se učinio preglednim i time olakšalo saznavanje skupa. To sređivanja ostvaruje se sistematizovanjem prema jednom merilu kako bi se stvorio sistem. Ako bi se kojim slučajem upotrebilo više od jednog merila, onda sistem ne bi bio jedinstven, pa se ni ne bi mogao nazvati sistemom. Sistem koji je napravljen pravilno, odnosno na osnovu jednog merila, stvara različite odnose (jednakosti, sličnosti, suprotnosti) između pojedinosti koje čine deo sistema. Ti odnosi omogućavaju saznavanje delova sistema, istina, samo do određene mere.¹¹³

Budući da su raznovrsne, pravne norme, takođe, teže da se sistematizuju. Nema krivičnopravnog sistema koji ne teži logičkoj zaokruženosti, neprotivrečnosti i usklađenog delovanja njegovih elemenata.¹¹⁴ Pošto se sistem pravnih normi uređuje, kao i drugi sistemi, jedinstvenim merilom,

¹⁰⁹ Radomir Lukić, *Tumačenje prava*, Savremena administracija, Beograd, 1961, str. 109.

¹¹⁰ Lukić dovodi u pitanje i osporava i samu pripadnost ovih pravila logici: Radomir Lukić, *Tumačenje prava*, Savremena administracija, Beograd, 1961, str. 110-115.

¹¹¹ Za Arandelovića je tumačenje po suprotnosti nelogično, „...najveća smetnja za dalje razumno objašnjavanje prava“ i „bedno“: Dragoljub Arandelović, *Ehrenzweig-ova gledišta o tumačenju i popunjavanju zakona*, Branič, Beograd, 1935, Br. 1, str 7, 12; Vuković za zaključivanje po suprotnosti kaže da je „najopasniji“ vid tumačenja pravnih normi: Mihajlo Vuković, *Interpretacija pravnih propisa*, Školska knjiga, Zagreb, str. 92; Ima i suprotnih stavova u nauci. Tako Kambovski svrstava zaključivanje po suprotnosti u stroga formalno-logička pravila koja mogu da se koriste za bilo koje zaključivanje i čija tačnost može da se dokaže sa „apodiktičnošću formalne logike“: Vlado Kambovski, *Kazneno pravo-Opšt del*, 2. Avgust S-Štip, Skopje, 2006, str. 192-193.

¹¹² Radomir Lukić, *Tumačenje prava*, Savremena administracija, Beograd, 1961, str. 115.

¹¹³ Mihajlo Vuković, *Interpretacija pravnih propisa*, Školska knjiga, Zagreb, str. 119-120.

¹¹⁴ Vlado Kambovski, *Kazneno pravo-Opšt del*, 2. Avgust S-Štip, Skopje, 2006, str. 194.

moguće je pronaći smisaonu povezanost između normi koje čine deo sistema.¹¹⁵ Smisaonim povezivanjem pravne norme međudeluju i time utiču na sopstvena značenja. Istovremeno, tvorac sistema određujući normi mesto u sistemu i tako najneposrednije utiče na njeno značenje.¹¹⁶

Posebnost ovog vida tumačenja u krivičnom pravu leži u činjenici da su krivični zakoni, u pravilu, podeljeni na opšti i posebni deo. Prilikom upotrebe ovog sredstva tumačenja uvek treba imati na umu da odredbe posebnog dela moraju biti u saglasnosti sa odredbama opšteg dela, što proizilazi iz njihovog odnosa.¹¹⁷

Nauka poznaje mišljenja da, uzevši u obzir načelo zakonitosti, jezičko i logičko tumačenje po pravilu dovoljna za tumačenje krivičnopravne norme i da je upotreba ovog sredstva tumačenja izuzetak.¹¹⁸ Ovakvim stanišтima se može uputiti prigovor da je krivično pravo, za razliku od drugih grana prava, naročito građanskog, pravna grana koju države najčešće kodifikuju, bilo sistemskim zakonima, bilo zakonicima. U evropskoj kontinentalnoj pravnoj celini je retkost pronaći državu sa kodifikovanim građanskim pravom, kao što je retkost pronaći državu koja nije kodifikovala krivično pravo. Da bi se mogao upotrebiti sistem kao sredstvo tumačenja on mora da postoji. To naravno ne znači da pravne grane koje nisu kodifikovane uopšte nemaju sistem. Sistematisovanost neke pravne grane se može stepenovati. Sistem može da bude izgrađen u većoj ili manjoj meri. Usled većeg stepena kodifikovanosti, sistem je u polju krivičnog prava izgrađen u većoj meri, pa samim tim pruža veće mogućnosti da se koristi kao sredstvo tumačenja.

3.1.4. Ciljno (teleološko) tumačenje

Pravo ne postoji radi sebe samog, ono je sredstvo za ostvarivanje određenih društvenih ciljeva.¹¹⁹ Ciljno tumačenje je, prema tome, odredi-

¹¹⁵ Mihajlo Vuković, *Interpretacija pravnih propisa*, Školska knjiga, Zagreb, str. 120.

¹¹⁶ Radomir Lukić, *Tumačenje prava*, Savremena administracija, Beograd, 1961, str. 115.

¹¹⁷ Zanimljivo je da Bačić ovo sredstvu tumačenja ne vidi kao samostalno, već kao podvrstu logičkog sredstva: Franjo Bačić, *Krivično pravo-opći dio*, Informator, Zagreb, 1980, str. 108; Isto i Kambovski: Vlado Kambovski, *Kazneno pravo-Opšt del*, 2. Avgust S-Štip, Skopje, 2006, str. 194.

¹¹⁸ Tahović zastupa ovaj stav ali ga ničim ne obrazlaže: Janko Tahović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Savremena administracija, Beograd, 1962, str. 34.

¹¹⁹ Dragoljub Arandelović, *Ehrenzweig-ova gledišta o tumačenju i popunjavanju zakona*, Branić, Beograd, 1935, Br. 1, str. 8.

vanje smisla odnosno značenja pravne norme obzirom na društveni cilj koji ona treba da ostvari.¹²⁰

Ključno pitanje kod ove metode tumačenja je način kako se utvrđuje cilj pravne norme jer se tako utvrđuje njen pravi smisao odnosno pravo značenje.

U nekim slučajevima, obično ozakonjenja neke pravne grane ili većih tzv. sistemskih zakona, sam zakon u uvodu ili prvom članu određuje svoj cilj. Taj cilj može da bude dat na opšti način, ili poseban. U prvom slučaju on prevazilazi značenje samo tog zakona u kojem je dat i važi za deo pravnog poretka ili, u slučaju ozakonjenja neke pravne grane, za celu pravnu granu. U drugom on se odnosi samo na pravnu normu u kojoj je dat ili na akt u kojem se nalazi. Nekad će se desiti da je cilj određen na nezadovoljavajući način u nekoj normi pa će on morati da se ustanovi pomoću veze sa ciljem drugih srodnih normi ili akata.¹²¹

Teža mogućnost je kada norma ili akt ne govore izričito ili implicitno o svom cilju i kada će tumač morati da izvlači zaključak o cilju norme tumačeći sadržaj norme, akta, pravne grane koja je u pitanju ili celokupnog pravnog poretka. Na kraju će tumač morati da se osvrne na celokupno uredenje društva ili organizaciju nekih područja društvenog života da bi došao do zaključka o cilju norme.¹²²

Kada se utvrdi cilj norme tada se prelazi na poređenje ishoda tumačenja ostalim metodama sa ciljem norme. Treba utvrditi koji od ishoda tumačenja, do kojih se došlo ostalim metodama, na najbolji način i u najvećoj meri ostvaruje cilj norme. Ovde se vrši vrednosno ocenjivanje ishoda tumačenja sa društvenog stanovišta.¹²³

U svakom slučaju ovo je najsloženiji zadatak u tumačenju pranih normi i zahteva od tumača veliko sociološko znanje, sposobnost političkog vrednovanja interesa, poznavanje istorije kako bi se ostvarivali samo savremeni, a ne i prevaziđeni društveni interesi. Na kraju potrebno je da tumač ima sposobnost shvatanja celine i razmišljanja u sistemu, povezivanja složenih pravnih i društvenih činilaca u neprotivrečno jedinstvo.¹²⁴

¹²⁰ Mihajlo Vuković, *Interpretacija pravnih propisa*, Školska knjiga, Zagreb, str. 97.

¹²¹ Mihajlo Vuković, *Interpretacija pravnih propisa*, Školska knjiga, Zagreb, str. 107-108.

¹²² Mihajlo Vuković, *Interpretacija pravnih propisa*, Školska knjiga, Zagreb, str. 108-109.

¹²³ Mihajlo Vuković, *Interpretacija pravnih propisa*, Školska knjiga, Zagreb, str. 110.

¹²⁴ Radomir Lukić, *Tumačenje prava*, Savremena administracija, Beograd, 1961, str. 133.

3.1.4.1. Ciljno tumačenje u krivičnom pravu

U upotrebi ovog sredstva odnosno metoda tumačenja normi različitih pravnih grana, po prirodi stvari, mora biti razlika. Različite grane prava imaju različite ciljeve, pa se i različito tumače. Prilikom korišćenja ciljnog metoda tumačenja krivičnopravne norme treba voditi računa da one služe zaštiti određenih vrednosti. Te vrednosti se zovu zaštitnim objektima. Tumač uvek mora da pode od zaštitnog objekta i obima njegove zaštite. Ovo stoga što je prvenstvena svrha krivičnog prava zaštita određenih vrednosti u društvu odnosno ostvarivanje tzv. zaštitne funkcije krivičnog prava. Kada je utvrđen zaštitni objekt utvrđen je smisao-cilj krivičnopravne norme.¹²⁵.

Međutim, ovaj pristup u tumačenju nije dovoljan za tumačenje svih krivičnopravnih normi. Norme opštег dela krivičnog prava, strogo uvezši, nemaju zaštitni objekat i može se reći da služe zaštiti određenih vrednosti na posredan način. Usled toga se za pravilno tumačenje neke norme opštег dela krivičnog prava, a to znači tumačenje u svrhu ostvarivanja zaštitne funkcije krivičnog prava (a to je osnovna funkcija krivičnog prava u celini, bez obzira na pripadnost pojedine krivičnopravne norme opštem ili posebnom delu krivičnog prava) mora potražiti njena naročita svrha u okviru ove opšte svrhe.

Država ne samo da štiti građane krivičnom pravom, već ona mora da ih zaštiti i od krivičnog prava. Upravo tu leži druga svrha krivičnog prava, a to je ostvarivanje tzv. garantivne funkcije krivičnog prava. Svrha krivičnog prava jeste i da zaštiti vrednosti ljudi od samovoljnog, nepredvidljivog kažnjavanja ili kažnjavanja na osnovu neodređenog ili zakona sa povratnim vremenskim delovanjem.¹²⁶

Ove dve najvažnije svrhe krivičnog prava, u skladu sa kojima treba tumačiti krivičnopravne norme imaju i svoje zakonsko određenje.¹²⁷ Zaštitna funkcija ima svoje mesto u odredbi člana 3. KZ-a o osnovu i granicama krivičnopravne prinude i odredbi stava 2. člana 4. KZ-a o opštoj svrsi krivičnih sankcija. Garantivna funkcija ima svoje mesto u zakonu u odredbi člana 1. KZ-a o načelu zakonitosti.

¹²⁵ Bačić smatra da je ovo naročita crta tumačenja u krivičnom pravu: Franjo Bačić, *Krivično pravo-opći dio*, Informator, Zagreb, 1980, str. 106.

¹²⁶ Zoran Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd, 2007, str. 26.

¹²⁷ Dve najvažnije funkcije krivičnog prava svoj izražaj u nauci krivičnog prava dobile su u dvama krivičnopravnim načelima. To su načelo legitimnosti i načelo zakonitosti. Treba naglasiti da je obuhvat načela legitimnosti širi od same zaštitne funkcije krivičnog prava, kao što je obuhvat načela zakonitosti širi od garantivne funkcije krivičnog prava.

Ako se podje od nespornog stava da zaštitna funkcija krivičnog prava jeste njegova prvenstvena funkcija onda bi logika nalagala da prvenstveni značaj u tumačenju krivičnog prava ima ona odredba u kojoj se sadrži ova funkcija, a to je odredba o načelu o osnovu i granicama krivičnopravne prinude. Drugorazredni značaj bi trebalo da ima ona odredba u kojoj se sadrži garantivna funkcija, a to je odredba o načelu zakonitosti. Međutim, većinsko opredeljenje u našoj nauci stoji na upravo suprotnom stavu. Ističe se prvorazredni značaj načela zakonitosti u tumačenju, a značaj načela o osnovu i granicama krivičnopravne prinude se ne pominje¹²⁸ ili je ono stavljen u drugi plan zajedno sa ostalim načelima krivičnog prava.¹²⁹ Posebno su zanimljivi stavovi koji ne prave razliku u značaju koji pojedina načela krivičnog prava imaju za tumačenja krivičnopravnih normi.¹³⁰ Postoji objašnjenje za ovakve stavove.

Jedan od razloga je jednostavnija i prostija upotreba mehanizama načela zakonitosti u poređenju sa upotreбom mehanizama načela o osnovama i granicama krivičnopravne prinude.

Načelo zakonitosti se koristi veoma jednostavno. Ono ne zavisi od procena i vrednovanja već od davanja odgovora na prosta pitanja. Da li je krivičnopravna norma pisana ili nepisana? Da li je krivičnopravna norma ima povratno dejstvo ili nema? Da li je stvorena od strane zakonodavaca ili ju je stvorio tumač popunjavajući prazninu analogijom? Odgovori na ova pitanja su jednostavni: ili da ili ne. Upotreba načela zakonitosti ne zahteva naročito složene misaone mehanizme.

S druge strane upotreba načela o osnovama i granicama krivičnopravne prinude zahteva složene misaone operacije koje uključuju vrednovanja i ocene kod kojih tumač norme procenjuje da li „opšta svrha krivičnih sankcija ne zahteva izricanje krivične sankcije“, ili „uzima u obzir...

¹²⁸ Prema Tahoviću u tumačenju krivičnopravne norme mogu se koristiti „opšta pravila o tumačenju zakona samo ako se ne protive načelu zakonitosti.“: Janko Tahović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Savremena administracija, Beograd, 1962, str. 33; Prema Čejoviću „pri tumačenju krivičnih zakona uvek se mora voditi računa o principu zakonitosti kao jednom od vodećih principa krivičnog prava“: Bora Čejović, *Krivično pravo-Opštdeo*, Jugoslovenski zavod za produktivnost rada, Beograd, 1985, str. 174-175.

¹²⁹ Prema Bačiću „granice svakog tumačenja određuje princip zakonitosti u svojoj integralnosti“ ali se granice tumačenja određuju i putem onih „načela Ustava koja su položena u temelje samog krivičnog prava“ i tu svrstava sva ostala načela krivičnog prava: Franjo Bačić, *Krivično pravo-opći dio*, Informator, Zagreb, 1980, str. 105.

¹³⁰ Kambovski zauzima zanimljiv stava prema kojem tumačenje kaznenopravne odredbe kao sredstva za ostvarivanje cilja ima ogragu koja se sastoji u „osnovnim načelima kaznenog prava i ljudskim pravima i slobodama koje su nužan unutrašnji korektiv ciljom tumačenju“: Vlado Kambovski, *Kazneno pravo-Opšt del*, 2. Avgust S-Štip, Skopje, 2006, str. 192.

...okolnosti koje pokazuju da je postignuta svrha kažnjavanja“. Tumač odmerava kaznu „imajući u vidu svrhu kažnjavanja i uzimajući u obzir sve okolnosti“ ili „ocenjuje da se sa ublaženom kaznom može postići svrha kažjanjavanja“.

Drugi razlog zbog kojeg u našoj nauci preovladava stav koji naglašava značaj načela zakonitosti u tumačenju krivičnopravnih normi, a zanemaruje ili umanjuje značaj drugih načela leži u činjenici da od ostvarivanja zahteva koje načelo zakonitosti postavlja pred tumača zavisi da li će uopšte doći do primene krivičnog prava. Ostvarivanje zahteva koje ostala načela stavljuju pred tumača, u dobrom broju slučajeva (ne uvek!), ostavljaju samo izbor između različitih vrsta sankcija, ali će krivično pravo svakako biti primenjeno.

Možda najvažniji razlog je razlika u pretnji koju neostvarivanje pojedinih funkcija krivičnog prava predstavlja za čoveka kao subjekta prava i sloboda.

Osnovna funkcija krivičnog prava jeste zaštitna funkcija odnosno zaštita određenih vrednosti od povrede ili ugrožavanja, bez obzira od koga dolaze. Te povrede i ugrožavanja, u pravilu, dolaze od drugih ljudi. S druge strane, garantivna funkcija krivičnog prava, predstavlja zaštitu od samog krivičnog prava. Ova funkcija bi trebalo da spreči povredu ili ugrožavanje prava i sloboda ljudi, ne od drugih ljudi, već od državnog mehanizma sile jer jedino on može da (zlo)upotrebljava krivično pravo. Ne treba dokazivati koliko je ova pretnja pravima i slobodama ljudi bila ozbiljnija i teža u vreme kada je stvoreno načelo zakonitosti nego pretnja koju predstavljaju drugi ljudi.

Zaključak je da je za primenu krivičnog prava, s jedne strane, daleko jednostavnije, jasnije dejstvo načela zakonitosti nego dejstvo načela o osnovama i granicama krivičnopravne prinude. S druge strane pretnja koju je predstavljalo neostvarivanje garantivne funkcije krivičnog prava je bila daleko teža po ljude nego pretnja neostvarivanja zaštitne funkcije, pa je normalno da je dugi niz godina u žiži zanimanja pravne nauke bilo ono načelo koje je služilo za ostvarivanje te funkcije-načelo zakonitosti. Prirodna posledica toga je preovlađujući stav u nauci koji ističe značenje načela zakonitosti za tumačenje prava, a propušta da uoči puno značenje načela o osnovama i granicama krivičnopravne prinude.

Da li ovaj stav u potpunosti opravdan?

Čini se da nije. Cilj krivičnog prava je ostvarivanje zaštitne funkcije odnosno zaštita određenih vrednosti od ponašanja koja ih povređuju ili ugrožavaju. Već je naglašeno da norme opštег dela krivičnog prava nemaju svoje zaštitne objekte. One služe ostvarenju zaštitne funkcije krivičnog prava posredno, preko svojih naročitih svrha u okviru ove opštete svrhe.

Nužna odbrana, na primer, ima svoju naročitu svrhu da pruži zaštitu pravu kada se ono nađe u sukobu sa nepravom. Jedan od uslova za njeno postojanje je da je odbrana neophodno potrebna. Zakonodavac ne kaže ništa oko toga koja je odbrana „neophodno potrebna“ već to kao faktičko pitanje prepušta tumaču. Ovo je najsporniji uslov njenog postojanja i izaziva najviše teškoća u primeni. Odgovor na ovo pitanje u suštini određuje granice nužne odbrane. Preovlađujući stav u našoj nauci kaže da je neophodno potrebna ona odbrana kojom se mogao delotvorno odbiti napad uz najmanju povredu napadačevih dobara. Ili obrnuto: potrebno je da se u najvećoj meri štede napadačeva dobra, a da se pri tome na ugrozi delotvornost odbrane. Osnov za ovakvo određivanje pojma „neophodno potrebne“ odbrane ne nalazi se u samom tekstu zakona već proizilazi iz smisla nužne odbrane i njene socio-etičke funkcije.¹³¹ To znači da će tumač odrediti krajnje granice nužne odbrane tumačeći smisao nužne odbrane i njenu socio-etičku funkciju u svakom pojedinom slučaju. Čini nam se da on to tumačenje ne može da obavi a da ne stavi smisao nužne odbrane i njenu socio-etičku je u okruženje opšte svrhe krivičnog prava-zaštite određenih vrednosti. Na kraju krajeva i smisao nužne odbrane je njena funkcija su postavljeni sa osvrtom na osnovnu funkciju krivičnog prava-zaštite funkciju. Nužna odbrana je u službi te funkcije.¹³²

Ono što se često zaboravlja jeste da prilikom tumačenja krivično-pravne norme tumač mora da vodi računa da je veliki broj pojmove u krivičnom pravu, iako su jezički i logički stalni, vrednosno promenljivi. Ti pojmovi su podložni oceni sa stanovišta različitih moralnih, socijalnih, psiholoških ili pravnopolitičkih stavova ili opredeljenja.¹³³ Ova pojava naročito dolazi do izražaja kod sankcionisanja na način koji je delimično opisan. U savremenom krivičnom pravu zakonodavac stavlja sve više tereta, pa sledstveno tome i više odgovornosti, na leđa sudiye putem instituta odmeravanja kazne. Ovaj institut stvara velike mogućnosti sudijama da putem tumačenja određuju smisao pravnih normi.¹³⁴ Veliki broj odredbi KZ-a dozvoljavaju sudijama da odmeravajući kazne ili druge sankcije sami odrede cilj krivičnopravne norme u svakom pojedinom slučaju. U pi-

¹³¹ Zoran Stojanović, *Krivično pravo-Oštī deo*, Pravna knjiga, Beograd, 2006, str. 145.

¹³² Franjo Bačić, *Krivično pravo-opći dio*, Informator, Zagreb, 1980, str. 204.

¹³³ Đorde Tasić, *O tumačenju krivičnopravnih i finansijskih zakona*, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd, 1935, Br. 1-2, str. 4.

¹³⁴ Tasić u originalu koristi izraz „individualizacija“ kazne: Đorde Tasić, *O tumačenju krivičnopravnih i finansijskih zakona*, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd, 1935, Br. 1-2, str. 4.

tanju su odredbe koje daju slobodu sudijama da pri odlučivanju „uzmu u obzir“, „imaju u vidu“ ili „vode računa“ o svrsi kažnjavanja ili svrsi drugih sankcija. Tu bi bile i sve odredbe koje ima daju mogućnost da „ocene“ postizanje svrhe kažnjavanja.

Ovaj zaključak nikako ne znači da su samo pojmovi koji se nalaze u odrebama posvećenim sankcionisanju vrednosno promenljivi. Upravo objašnjen pojam „neophodno potrebne“ odbrane je samo jedan od takvih primera. Osim shvatanja o socio-etičkoj funkciji nužne odbrane nauka je svojevremeno poznavala i shvatanje o individualističkoj funkciji nužne odbrane. Ukoliko se prihvati shvatanje o socio-etičkoj funkciji nužne odbrane onda nije dopušteno tumačenje pojma neophodno potrebne odbrane na taj način da on dozvoljava veliku nesrazmeru između dobara koja su ugrožena napadom i onih koja se povreduju pri odbrani, naročito u slučaju kada se ova dobra ni po značaju ni po vrednosti ne mogu uporediti.¹³⁵ Ukoliko se prihvati shvatanje o individualističkoj funkciji nužne odbrane onda jeste dopušteno ovo tumačenje. Pri svemu ovome nema promene samog pojma „nepohodno potrebne“ odbrane, već, obzirom na činjenicu da je on vrednosno promenljiv, dolazi samo do promene njegovog tumačenja spram drugog vrednosnog stanovišta.

Veliki broj instituta opštег dela krivičnog prava imaju pojmove koji su vrednosno promenljivi na način koji je ovde opisan. Čini se da to govori da je u našoj nauci došlo do neopravdanog zanemarivanja načela o osnovu i granicama krivičnopravne prinude koje predstavlja zakonski izraz osnovne funkcije krivičnog prava, a to je njegova zaštitna funkcija. U daleko većem broju slučajeva tumač će imati praktičnu potrebu da prime ni načelo o osnovu i granicama krivičnopravne prinude nego načelo zakonitosti, a u isto vreme primena pravopomenutog načela, kako smo pokazali na primeru nužne odbrane, pred njega stavlja daleko veće i zahtevnije zadatake i napore. Obaveze koje načelo zakonitosti postavlja pred tumača su relativno jednostavne. Tumač ne sme da primenjuje nepisanu normu i onu sa povratnim dejstvom. Takođe ne sme da se postavi u ulogu zakonodavca i da popunjava praznine analogijom. Ovo su toliko dobro utemeljeni i nesporni zahtevi koje načelo zakonitosti postavlja pred tumača da ih ne treba ni pominjati. Koji još zakonodavac u Evropskoj kontinentalnoj pravnoj celini nema pisano krivično pravo ili stvara norme sa povratnim pravnim dejstvom? Odgovor je jasan-nijedan. Čak i kada bi neko pokušao

¹³⁵ Shvatanje o socio-etičkoj funkciji nužne odbrane ne dozvoljava ni veliku nesrazmeru između dobara koje je moguće količinski uporediti: Nikola Srzentić, Aleksandar Stajić, Ljubiša Lazarević, *Krivično pravo Jugoslavije*, Savremena administracija, Beograd, 1996, str. 183.

to da uradi, primena načela zakonitosti na ovakve slučajeve bi bila jednostavna da jednostavnija teško može da bude. Razlog za ovo je činjenica da je načelo zakonitosti odgovor jednog vremena, druge polovine XVIII veka, i jedne epohe u razvoju ljudske civilizacije kada se krivično pravo zloupotrebljavalo na načine koje načelo zakonitosti sasvim jasno i nesporno zabranjuje i ograničava. Danas se ono toliko dobro utemeljilo i toliko je nesporno kao vrednost da praktična potreba za njegovom primenom u krivičnom postupku jedva da postoji.¹³⁶

„Ne treba, na kraju, zaboraviti da isticanje principa zakonitosti u krivičnom kodeksu ne znači da su već samim tim i stvarno osigurane osobne slobode i prava čovjeka. Povijest nam nudi dosta primjera da je ovo načelo, i kada je bilo istaknuto i u ustavu i u krivičnom zakonu, bilo samo pravni ukras, mrtvo slovo. Tačno je da ima malo nedemokratskih zakona, ali da ima dosta nedemokratske prakse. Stvarni izvori zakonitosti su u čitavom karakteru društvenog i pravnog poretku, u intencijama političkih i državnih organa i njihovim koncepcijama o demokraciji, o mjestu i položaju građana u društvu; značenje tih momenata koji su izvan krivičnog prava, te opšće demokratske klime, za princip zakonitosti toliko je veće što se samo u ograničenoj meri može provesti načelo određenosti zakonskih bića i što se primjena zakona ostvaruje uz široka ovlašćenja suda, što uključuje široke ekstenzivne i teleološke metode tumačenja.“¹³⁷

Ono što danas otvara prave i suštinske mogućnost kao sredstvo za zloupotrebu krivičnog prava jeste njegova vrednosno promenljiva dimenzija koja dolazi do izražaja upravo kada se ono teleološki odnosno ciljno tumači. A to znači kada se tumači u skladu sa njegovom osnovnom funkcijom-zaštitom određenih vrednosti odnosno kada se (zlo)upotrebljava načelo o osnovama i ograničenju krivičnopravne prinude kao zakonski izraz ove funkcije.

Kao zaklučak može se istaći da su mogućnosti koje tumač ima da oblikuje krivičnopravnu prinudu (zlo)upotrebljavajući načelo o osnovama i granicama krivičnopravne prinude danas daleko veće nego kada (zlo)upotrebljava načelo zakonitosti. Stoga se i u nauci krivičnog prava mora pokloniti dužna pažnja ovim promenama u krivičnom pravu, koje se slobodno mogu nazvati istorijskim, na taj način da se istakne značaj načela o osnovama i granicama krivičnopravne prinude kao ključnog i rukovodećeg u tu-

¹³⁶ „Veća opasnost po princip zakonitosti prijeti od nedovoljno preciznih zakonskih opisa nego od analogije, koja se dosta retko primjenjuje.“: Franjo Bačić, *Krivično pravo-opći dio*, Informator, Zagreb, 1980, str. 101.

¹³⁷ Franjo Bačić, *Krivično pravo-opći dio*, Informator, Zagreb, 1980, str. 101-102.

mačenju krivičnopravnih normi. Cilj ove ideje nije da se stvori stanje koje tumaču skreće pažnju na mogućnosti zloupotrebe koje pred njega postavlja ovo načelo, već da se ukazivanjem na posledice njegove neodgovarajuće primene poveća stepen odgovornosti nosilaca tumačenja.

3.2. Međusobni odnos metoda (sredstava) tumačenja

Svi oblici tumačenja o metodi nalaze se u međureagovanju, delujući jedni na druge i oplemenjujući se. Svaki od metoda primjenjen sam za sebe, teško može da da zadovoljavajući ishod u postupku tumačenja, stoga se u pravilu upotrebljavaju zajednički.¹³⁸ Tumač mora da povezuje ishode dobijene pojedinim sredstvima tumačenja u jednu logičnu celinu.¹³⁹ Između ostaloga, ovo je posledica činjenice da metode tumačenja ulaze jedna u drugu odnosno da nisu čvrsto i jasno razgraničenje Ovo otežava pokušaj razgraničenja metoda na podvrste.¹⁴⁰

Pri tome je najvažniji odnos jezičkog sa ostalim sredstvima tumačenja obzirom da je ono glavno sredstvo tumačenja. Ono je glavno u smislu da se od njega se uvek polazi, ono je prvo sredstvo u tumačenju.¹⁴¹ Ostala sredstva služe samo ispravljanju jezičkog značenja kada se ono ne poklapa sa pravim značenjem.¹⁴²

Tu se ne sme zapasti u grešku i pomisliti da ako jezik jeste glavno sredstvo tumačenja, odnosno polazište, da onda ono jeste i prvenstveno sredstvo tumačenja. Polazni položaj za istraživanje tumačenja prava jeste tumačenje teksta uopšte-jezičko tumačenje. Obzirom da je jezičko tumačenje često neodređeno, ničim ograničeno i nema odgovor na pitanje koje

¹³⁸ Oleg Mandić, *Sistem i interpretacija prava*, Narodne novine, Zagreb, str. 210; Nikola Visković, *Jezik Prava*, Naprijed, Zagreb, 1989, str 163.

¹³⁹ Radomir Lukić, *Tumačenje prava*, Savremena administracija, Beograd, 1961, str. 48.

¹⁴⁰ I pored ovog načelnog stava Vuković deli metode tumačenja na: jezičko, logičko i „ostale“ metode gde spada sistemsко, istorijsko i ciljno tumačenje: Mihajlo Vuković, *Interpretacija pravnih propisa*, Školska knjiga, Zagreb, str. 41; Lukić deli metode na jezičku, grupu metoda koje su logičke i gde svrstava logički i sistemski metod i grupu metoda koje su sociološke gde svrstava istorijsko i sistemsko tumačenje: Radomir Lukić, *Tumačenje prava*, Savremena administracija, Beograd, 1961, str. 49; Mandić deli metode na analitičke gde svrstava jezičku i logičku metodu i sintetičke gde svrstava istorisku, sistemsku i ciljnu meodu tumačenja: Oleg Mandić, *Sistem i interpretacija prava*, Narodne novine, Zagreb, str. 178. Svi pisci se slažu da su jezička i logička metoda tumačenja čvrsto povezane.

¹⁴¹ Janko Tahović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Savremena administracija, Beograd, 1962, str. 33.

¹⁴² Radomir Lukić, *Tumačenje prava*, Savremena administracija, Beograd, 1961, str. 49.

od mogućih ishoda tumačenje je ispravno odnosno koje tumačenje je pravo tumačenje, pravna nauka je stvorila pomenuta sredstva kojim se prevazilazi ovaj problem.¹⁴³ Upravo ovo poslednje govori da ta druga sredstva jesu prvenstvena jer će se na kraju postupka tumačenja pravo značenje pravne norme utvrditi ostalim sredstvima, a ne jezikom, iako će jezičko tumačenje dati okvir u kome će se kretati tumač.¹⁴⁴

Mogućnosti za iznalaženje pravog smisla norme su različite u zavisnosti od primjenjene metode. Najmanje su mogućnosti jezičkog tumačenja, logičko tumačenje ima nešto veće mogućnosti, a najdalje se može otici cilnjom metodom tumačenja pravne norme. Već je istaknuto da je svrha pravnih normi ostvarivanje nekog društvenog cilja. To znači da svi metodi tumačenja koji ne uzimaju cilj norme u obzir moraju biti podređeni onom metodu kod kojeg je on ključan.¹⁴⁵ Iz ovog razloga se više različitih ishoda tumačenja do kojih se dolazi upotrebom više različitih metoda tumačenja ne isključuju već ograničavaju. Jezička metoda je ograničena logičkom, a logička je ograničena cilnjom.¹⁴⁶ ¹⁴⁷

¹⁴³ Natalie Stoljar, *Interpretation, Indeterminacy and Authority: Some Recent Controversies in Philosophy of Law*, The Journal of Political Philosophy, Vol. 11, No. 4, 2003, p. 471.

¹⁴⁴ Nauka poznaje i drugačija mišljenja kod kojih se ne pravi ova oštra razlika u postupku tumačenja između jezičkog, kao početnog, i ostalih metoda. Tako Mandić smatra da treba imati na umu činjenicu da se u svakom slučaju radi o „jednom jedinstvenom procesu interpretacije“ u kome se prepliću metode tumačenja upotpunjajući jedna drugu: Oleg Mandić, *Sistem i interpretacija prava*, Narodne novine, Zagreb, str. 154; Vuković piše da mnoge od metoda tumačenja „ulaze jedna u drugu“ pa njihovo potpuno sistemsko razgraničenje nije moguće: Mihajlo Vuković, *Interpretacija pravnih propisa*, Školska knjiga, Zagreb, str. 41.

¹⁴⁵ Mihajlo Vuković, *Interpretacija pravnih propisa*, Školska knjiga, Zagreb, str. 98.

¹⁴⁶ „Cilju shodna metoda je vladajuća...“: Dragoljub Aranđelović, *Ehrenzweig-ova gledišta o tumačenju i popunjavanju zakona*, Branić, Beograd, 1935, Br. 1, str 7; „Ono [ciljno tumačenje] je merodavno u slučaju kolizije rezultata do kojih se dolazi primenom pojedinih metoda tumačenja.“: Zoran Stojanović, *Krivično pravo-Opšti deo*, Pravna knjiga, Beograd, 2006, str. 59; „...osobito pomoću ciljnog tumačenja utvrđuje se pravo značenje norme.“: Radomir Lukić, *Tumačenje prava*, Savremena administracija, Beograd, 1961, str. 49. Visković ima nešto drugačije mišljenje. Prema njemu najvažnije je sistemski metod tumačenja koji on naziva „normativnopravni kod ili sistem opših pravnih normi i pravnih principa“: Nikola Visković, *Tumačenje u pravu*, Pravni život, Beograd, 1988, br. 7-8, str. 1007-1008. Više o ovom metodu tumačenja kod istog pisca na strani 1012.

¹⁴⁷ Visković smatra da će sistemsko tumačenje biti ono koje „...posreduje i hijerarhijski raspoređuje ostale metode tumačenja. Pored toga što se prinudnim obraćanjem tumača općim normama dolazi do vladajućih vrednostim i ciljeva i do definiranih pravničkih termina koji su integrirani u pravnički sistem, sistemskom metodom se još i semantički i logički povezuju pravne odredbe radi sastavljanja potpunih pravnih normi, a pove-

Ipak, ne treba smetnuti s uma da je upravo tu leži najveća mana postupka tumačenja. Već je rečeno da se problemi tumačenja prevazilaze stvaranjem jedinstvenih pravila tumačenja. Na pravom mestu, ta pravila ne moraju uvek imati potpuno ista značenja kod oba subjekta tumačenja. Na drugom mestu, ishodi tumačenja dobijeni različitim pravilima mogu imati nespojiva značenja. I kao najvažnije tumač može, prema svojim interesima ili sposobnostima koristiti neka značenja dobijena pravilima ciljnog tumačenja koja nije koristio tvorac norme:

„Ova treća teškoća javlja se nadasve pri upotrebi vrijednosno-idejnih kodova koji su stjecište suprotstavljenih skupnih interesa i ideologija (kollektivnih vrijednosnih svijesti, religijskih uverenja, političkih programa, ekonomskih doktrina itd.), nose najnejasnija značenja i najmanje su homogenizirani, tj. plularistički su i međusobno konfliktni. Na taj način se enkodiranje i dekodiranje poruke mogu ne podudarati, pa između pošiljaoca i primaoca može doći do neslaganja, ne samo u pogledu „pravog“ ili najadekvatnijeg značenja poruke, nego i u pogledu nizova njenih mogućih značenja. To pak znači da primalac poruke, a i opće pravne norme, redovito, barem jednim manjim delom, sam konstruira značenja poruke - a ne samo „prepoznaje“ značenja koja je poruci dao pošiljalac“¹⁴⁸

Ciljni metod tumačenja, koji bi trebao da bude ključan i odlučujući u slučaju suprotstavljenih ishoda tumačenja dobijenih upotrebom različitih metoda je upravo onaj koji ostavlja slobodan prostor za proizvoljnost i arbitarnost u tumačenju.¹⁴⁹

U polju krivičnog prava funkciju ovih jedinstvenih pravila tumačenja bi trebalo da bude poverena načelima krivičnog prava, ne kao sredstvima tumačenja, nego kao sredstvima za ograničavanje mogućnosti za zloupotrebu koji ciljni metod pruža tumačima. Iz razloga koji su objašnje-

zuju se same pravne norme i pravni principi radi cijelovitog razumijevanja svakog od njih.“: Nikola Visković, *Jezik Prava*, Naprijed, Zagreb, 1989, str 163.

¹⁴⁸ Nikola Visković, *Tumačenje u pravu*, Pravni život, Beograd, 1988, br. 7-8, str. 1007.

¹⁴⁹ Wroblewski smatra da je ovaj metod tumačenja najsloženiji i istovremeno najneprecizniji. Usled toga u svim pravnim celinama postoji stroga socijalna selekcija i nadzor nad moralno-političkom podobnošću nosilaca tumačenja, naročito sudija, čime se postiže homogenizovanje vrednosno-idejnih kodova između tvoraca norme i njenih tumača: Jerzy Wroblewski, *Una base semantica per la teoria dell'interpretazione giuridica*, Diritto e analisi del linguaggio, Milano, 1976. p. 368, navedeno prema: Nikola Visković, *Tumačenje u pravu*, Pravni život, Beograd, 1988, br. 7-8, str. 1007, podnožna napomena 13; Tarello piše da postoji organska homogenost ekonomsko-političke moći i sudstva, Giovanni Tarello, *Diritto, enunciati, usi*, Bologna, 1974, p. 482, navedeno prema: Nikola Visković, *Tumačenje u pravu*, Pravni život, Beograd, 1988, br. 7-8, str. 1007, podnožna napomena 13.

ni prvenstveni položaj među ovim sredstvima treba dati načelu o osnovama i granicama krivičnopravne prinude, a zatim i ostalim načelima.¹⁵⁰

ZAKLJUČAK

Za razliku od anglosaksonske porodice pravnih sistema gde postoje i zakoni koji uređuju pravila tumačenja, u našoj porodici pravnih sistema tumačenje prava je skoro isključivo tema za pravnu nauku.

Istraživanje posvećeno problematici upotrebe metoda tumačenja u krivičnom pravu u našoj nauci obavezno se susreće oskudicom naučnih rada napisanih na ovu temu. Ne postoji sistemsko naučno delo o tumačenju krivičnopravnih normi u poslednjih 8 ili 9 decenija. Šta više, teško će se pronaći bilo kakav naučni rad u vezi sa problematikom tumačenja krivičnog prava. Pisac je nužno upućen na radove sistemske prirode posvećene tumačenju prava iz oblasti teorije države i prava i na odabrana poglavlja u udžbenicima krivičnog prava. Sve ostalo je izuzetno mali broj radova koji dotiču pojedine uske teme u tumačenju krivičnog prava.

Iz ove uske i ograničene literature teško se može izvući preovlađujući naučni stav kada je u pitanju upotreba metoda tumačenja krivičnopravne norme. Većina u nauci se slaže da se ova pravila iscrpljuju, s jedne strane u zabrani upotrebe zakonske ili pravne analogije kao sredstva tumačenja za popunjavanje pravnih praznina, i s druge strane u strožoj upotrebni metoda tumačenja obzirom na granu prava koja je u pitanju. Međutim, zaključci izvedeni iz ovih pravilno utvrđenih činjenica su različiti. Jedan deo nauke se slaže oko stava da postoje posebna pravila koja važe za tumačenje krivičnopravne norme, dok drugi stoje na upravo suprotnom stanovištu. Ono što treba izneti kao nesunjivo većinski stav nauke jeste ključni značaj načela zakonitosti kao poslednje granice u tumačenju krivičnopravne norme, jer iz njega, između ostalog, i proizilazi zabrana upotrebe analogije.

Kada se izvrši analiza svih radova teško će se pronaći neke posebne odlike tumačenja krivičnopravne norme, sa izuzetkom navedenih. Pravna

¹⁵⁰ Prema Kambovskom tumačenje kaznenopravne odredbe kao sredstva za ostvarivanje cilja krivičnog prava ima ogragu koja se sastoji u „osnovnim načelima kaznenog prava i ljudskim pravima i slobodama koje su nužan unutrašnji korektiv ciljnog tumačenju“. Vlado Kambovski, *Kazneno pravo-Opšt del*, 2. Avgust S-Štip, Skopje, 2006, str. 192; Prema Baćiću „granice svakog tumačenja određuje princip zakonitosti u svojoj integralnosti“ ali se granice tumačenja određuju i putem onih „načela Ustava koja su položena u temelje samog krivičnog prava“ i tu svrstava sva ostala načela krivičnog prava: Franjo Baćić, *Krivično pravo-opći dio*, Informator, Zagreb, 1980, str. 105.

nauka nije uspela da ustanovi neku posebnu potrebu za tumačenjem krivičnopravne norme niti poseban postupak u kojem bi ova izvršila. Ona nije stvorila posebna pravila tumačenja krivičnopravne norme koja bi bila odvojena od pravila koja se koriste za tumačenja pravnih normi uopšte. Ne postoji posebna podela tumačenja na vrste koja bi bila odlika samo krivičnog prava. Zaključak je da se treba prikloniti onim stanovištima u nauci koja ne vide neke posebne odlike upotrebe metoda tumačenja krivičnopravne norme koje bi bile svojstvene samo rečenoj pravnoj grani.

Prilikom upotrebe pojedinih metoda tumačenja odnosno sredstava treba voditi računa da se merila koje se koristi kod pojedinih metoda razlikuju u zavisnosti od pravne grane. Ovo naročito dolazi do izražaja kod ciljnog metoda tumačenja obzirom da su ciljevi različitih pravnih grana različiti. Za razliku od pravila ili postupka tumačenja koja nisu deo zakonodavstva u našoj porodici pravnih sistema, ciljevi pojedinih pravnih grana to veoma često jesu. Prvenstveni cilj krivičnog prava je ostvarivanje njegove zaštitne funkcije odnosno zaštita određenih vednosti od ponašanja kojima se ona napadaju ili ugrožavaju. Drugostepeni cilj jeste ostvarivanje njegove garantivne funkcije. Ovi ciljevi imaju svoje zakonske izraze u dvama načelima krivičnog prava: prvi u načelu o osnovama i granicama krivičnopravne prinude, a drugi u načelu zakonitosti. Budući da je ciljni metod tumačenja ishodište za iznalaženje pravog smisla svake pravne norme, pa tako i krivičnopravne, onda bi ono krivičnopravno načelo koje je zakonski izraz prvenstvene funkcije krivičnog prava trebalo da bude ključno za tumačenje krivičnopravne norme, a to je načelo o osnovama i granicama krivičnopravne prinude. Ovaj zaključak rada se neposredno suprotstavlja onom koji smo već označili kao većinski u nauci krivičnog prava.

*Branislav Ristivojević, Ph.D., Assistant Profesor
Novi Sad School of Law*

The use of Interpretation Methods in the Criminal Law

Abstract

The goal of this paper is to review the existing interpretation canons in order to examine whether there are special rules at this phase of the criminal law application. Since the interpretation of the law is exclusively in the domain of the legal science, the author has examined, with that particular goal, the existing literature related to this issue.

In the first part of the paper, the author has explained a general meaning of interpretation.

In the second part of the paper, the author has tackled general issues of the interpretation of the law, such as the need for interpretation of legal norms, procedure and rules that apply to the interpretation, and boundaries which shall be obeyed in this procedure. The author here draws attention to the main differences between interpretation of any legal norm and legal norm pertaining to the criminal law.

In the third part of the paper, the author has presented the classification of the interpretation per type and he has outlined the most significant classification of interpretation, and that is classification of interpretation per methods or means of interpretation. In this part of the paper, the author puts special emphasis on the targeted interpretation as a key method of interpretation due to the fact that this method provides a final answer to the question related to the real meaning of the legal norm. While doing that, the author reviews the existing scientific postulates related to the issue of interpretation of the criminal law norm. On one hand, he agrees with the opinion that there is no special use of the method or means of interpretation in the field of the criminal law, but at the same time he questions the opinion of the majority in the science about the meaning of certain principles of the criminal law as criteria while performing the targeted interpretation.

Key words: interpretation, methods of interpretation, criminal law, norm, legal norm, functions of the criminal law, principles of the criminal law, principle of legality, principle related to the basis and limitations of the criminal compulsion.

*Dr Tatjana Lukić docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

ODUZIMANJE IMOVINE STEČENE KRIVIČNIM DELIMA – ZNAČAJ FINANSIJSKE ISTRAGE

Sažetak: *Oduzimanje imovine stečene krivičnim delom je specifična krivičnopravna mera čiji cilj je da se ni u kom slučaju ne dozvoli da se izvršilac krivičnog dela obogati izvršenjem tog dela. Zbog toga se ova mera izriče po službenoj dužnosti, obavezno, i u korist društvene zajednice. Do donošenja **Zakona o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela** u našem zakonodavstvu oduzimanje imovinske koristi moglo se izvršiti samo u sudskom postupku i samo sudskom odlukom kojom je okrivljeni oglašen krivim za izvršenje krivičnog dela. Prema novom zakonu omogućeno je i oduzimanje ne samo imovinske koristi iz krivičnog dela za koje je određeno lice pravnosnažno osuđeno, već i imovine proistekle iz krivičnog dela što je širi pojam. Da bi se oduzela imovinska korist stečena krivičnim delom prvo joj se mora ući u trag, a to se postiže finansijskom istragom koja ide paralelno sa krivičnom istragom i njen cilj je da otkrije i identifikuje takvu imovinu, što se postiže posebnim metodama i knjigovodstvenim tehnikama kojima je u ovom radu posvećena posebna pažnja.*

Ključne reči: *oduzimanje imovine, kriminalitet, finansijska istraga, pranje novca, metod čiste vrednosti, metod rashoda, knjigovodstvene tehnike*

Uvodna razmatranja

Najznačajniji pomak u strategiji kontrole kriminaliteta poslednjih decenija je ulaženje u trag i oduzimanje (konfiskacija) prihoda stečenih kriminalnim aktivnostima. Ovaj koncept potiče iz priznavanja činjenice

da tradicionalne metode sprovođenja zakona kroz gonjenje, proglašavanje krivim i donošenje presude ne obeshrabruju učinioce onih oblika kriminaliteta koji dovode do ekonomске dobiti, ukoliko tu dobit može da zadrži kriminalac ili njegovi saradnici, uprkos naporima učinjenim u pravosudnom sistemu.

Oduzimanje imovinske koristi¹ je specifična krivičnopravna mera. Ona je specifična jer ne ulazi u sistem krivičnih sankcija, ona je krivičnopravna jer je vezana za izvršenje krivičnog dela i izriče se u krivičnom postupku.² Kriminalnopolitički značaj ove mere je nesumnjiv. Cilj ove mere je da se ni u kom slučaju ne dozvoli da se učinilac krivičnog dela obogati izvršenjem tog dela. Zbog svog cilja, mera se izriče po službenoj dužnosti, obavezno, i u korist društvene zajednice. Ali, oduzimanje imovinske koristi ne ide ispred imovinskopravnog zahteva oštećenog, ako je zahtev postavljen, odnosno ako bude postavljen. Ova mera deluje u pravcu generalne, ali, istovremeno i u pravcu specijalne prevencije. Iako oduzimanje koristi nije krivična sankcija, ovom merom se na specifičan način doprinosi ostvarenju iste svrhe koju imaju i krivične sankcije. Mera oduzimanja imovinske koristi je van sistema krivičnih sankcija, i dok se svaka krivična sankcija i mera bezbednosti izriče samo učiniocu krivičnog dela, oduzimanje imovinske koristi se može primeniti i prema trećim licima na koje je preneta imovinska korist. Prema članu 91. stavu 2. Krivičnog zakonika³ Srbije propisano je da će imovinska korist pribavljenha krivičnim delom biti oduzeta i od lica na koja je preneta bez naknade ili uz naknadu koja očigledno ne odgovara stvarnoj vrednosti.

U imovinsku korist se ubrajaju novac, predmeti od vrednosti i svaka druga imovinska korist koja je pribavljena krivičnim delom, a ako oduzimanje nije moguće, učinilac će se obavezati da plati novčani iznos koji odgovara pribavljenoj imovinskoj koristi. Takva je protivvrednost, ustvari, slobodnom sudskom ocenom utvrđena visina protivpravne imovinske

¹ Mera oduzimanja imovinske koristi kao samostalan institut krivičnog prava prvi put se javlja u Opštem krivičnom zakoniku Norveške od 22. maja 1902. godine. U naše krivično zakonodavstvo mera oduzimanja imovinske koristi, kao samostalan institut krivičnog prava je uvedena 2. jula 1959. godine.

² D.Krapac smatra da oduzimanje imovinske koristi predstavlja jednu od glavnih mera kod krivičnih dela organizovanog kriminala, čime ona gubi svoj primarni cilj uspostavljanja moralnog poretku narušenog izvršenjem krivičnog dela i ponovo, kroz ideju o prevenciji kroz represiju, dobija smisao mere bezbednosti. O ovome više videti: D.Krapac, *Pogled na neke važnije odredbe novoga hrvatskog kaznenog zakonodavstva o organiziranom kriminalitetu i pitanja njihove praktične primjene*, HLJKPP 2/1998, 520.

³ Krivični zakonik RS, Službeni glasnik RS br.85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr. i 72/2009.

koristi, pa se u tom slučaju nikako ne sme dozvoliti da se na ovakav način oduzeta imovinska korist pretvori u imovinsku kaznu.

Imovinsku korist čini prometna vrednost prisvojenog predmeta u vreme prisvajanja, nezavisno od toga kakvu je korist okriviljeni postigao kasnijim disponiranjem prisvojenih predmeta⁴. U slučaju kada se radi o krivičnim delima organizovanog kriminala u imovinsku korist spada i plata (dochodak) koju je okriviljeni primao na osnovu članstva u kriminalnoj organizaciji. Okriviljeni može da uništi ili da pokloni predmet, ali, ako je okriviljeni daljim raspolaganjem stekao korist veću od one koja je postojala u momentu prisvajanja, oduzeće mu se taj iznos. Konvencija o pranju, traženju, zapleni i konfiskaciji prihoda stečenih kriminalom⁵ određuje pojam nezakonitog prihoda kao svaku ekonomsku korist od krivičnih dela koja može da se sastoji od bilo koje imovine, a pod imovinom se podrazumeva imovina bilo kakvog opisa, materijalna ili nematerijalna, pokretna ili nepokretna, kao i pravni dokumenti ili instrumenti kojima se dokazuje vlasništvo ili interes u odnosu na takvu imovinu (član 1.).

Osnov oduzimanja imovinske koristi je svaka sudska odluka kojom je utvrđeno da je izvršeno krivično delo i da oštećenom nije u krivičnom postupku dosuđen imovinskopravni zahtev koji u celini pokriva visinu imovinske koristi. Kada su ova dva uslova ispunjena sud je obavezan da odlukom kojom je utvrdio izvršenje krivičnog dela izrekne i oduzimanje imovinske koristi koja je tim krivičnim delom pribavljenata. Pribavljena imovinska korist mora biti protivpravna, a nije dovoljno da je samo način pribavljanja protivpravan. Oduzimanje imovinske koristi sud može izreći u presudi kojom se okriviljeni oglašava krivim, u rešenju o sudskoj opomeni, u rešenju o primeni neke od vaspitnih mera, a takođe i kada je licu koje je učinilo krivično delo u stanju neuračinljivosti izrečena mera bezbednosti. Postupak za oduzimanje imovinske koristi je propisan u Zakoniku o krivičnom postupku⁶ (član 513.-520.). U opštem krivičnom postupku, imovinska korist se ne može oduzeti privremeno i unapred, već samo kao mera bezbednosti sudsakom presudom na kraju postupka, ali su zato moguće privremene mere obezbeđenja (član 516. ZKP-a).

⁴ T. Vasiljević – M. Grubač, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku – deveto izdanje*, Službeni glasnik, Beograd 2003, 927.

⁵ Zakon o potvrđivanju Konvencije o pranju, traženju, zapleni i konfiskaciji prihoda stečenih kriminalom sačinjena u Strazburu 8.novembra 1990. godine, Službeni list SRJ br. 7 od 3.07.2002.

⁶ Zakonik o krivičnom postupku RS, Službeni list SRJ 70/2001, 68/2002. i Službeni glasnik RS 58/2004, 85/2005, 115/2005, 46/2006, 49/2007, 122/2007, 20/2009 i 72/2009.

Zbog „moćne“ karakteristike organizovanog kriminala da brzo transferuje dobit ostvarenou kriminalnim aktivnostima, postoji stalna opasnost da će učinilac ili organizacija prenosom imovine kasnije onemogućiti oduzimanje nezakonito ostavarene dobiti. Zbog toga je u određenim krivičnopravnim sistemima, u cilju sprečavanja ostvarenja dobiti, moguće i privremeno oduzimanje imovine ili predmeta tokom krivičnog postupka⁷. Iako se cilj mere privremenog oduzimanja imovine u našem zakonodavstvu sastoji u obezbeđenju istoimene mere bezbednosti ako bude izrečena, ona svakako služi i kao mera za sprečavanje daljeg ulaganja ovako ostvarene imovinske koristi u legalne tokove i samim tim onemogućavanja oduzimanja iste tokom krivičnog postupka.

Do donošenja *Zakona o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela*⁸ u našem zakonodavstvu, oduzimanje imovinske koristi moglo se izvršiti samo u sudskom postupku i samo sudskom odlukom kojom je okrivljeni oglašen krivim za izvršenje krivičnog dela. Međutim, novine u primeni ove mere su već nastupile umetanjem sveze „i“ u član 91. stav 2. Krivičnog zakonika koji predviđa da se imovinska korist ima oduzeti pod uslovima predviđenim zakonom i sudskom odlukom kojom je utvrđeno izvršenje krivičnog dela. *Ratio legis* takvog zakonskog rešenja je primena mere oduzimanja imovinske koristi i u slučajevima kada ne bude doneta sudska odluka kojom se učinilac oglašava krivim (npr. umre ili trajno duševno oboli u toku krivičnog postupka), jer i tada neko stiče imovinsku korist učinjenim krivičnim delom.⁹ Problem se u osnovi svodi na to kako predvideti mogućnosti samostalne primene ove mere, pri čemu bi osnov za njenu primenu bila činjenica da je neko stekao imovinsku korist izvršnjem protivpravnog dela u zakonu predviđenog kao krivičnog dela, koje ne mora nužno biti i krivično delo.¹⁰

Prema *Zakonu o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela* omogućeno je i oduzimanje ne samo imovinske koristi iz krivičnog dela za koje je određeno lice pravnosnažno osuđeno, već i imovine proistekle iz krivičnog dela što je širi pojam. Pod imovinom proisteklom iz krivičnog dela smatra se imovina okrivljenog, svedoka saradnika ili ostavioca koja je u očiglednoj nesrazmeri sa njegovim zakonitim prihodima. Oduzimanje imovine se vrši od vlasnika imovine proistekle iz krivičnog dela. Oduzimanje može biti *privremeno* (član 21. – 27.) ili *trajno* (član 28. –

⁷ Mera *privremenog „zamrzavanja“ imovine* učinjoca krivičnog dela je predviđena u Austriji, Nemačkoj i SAD-u.

⁸ Službeni glasnik RS br.97/2008.

⁹ Stojanović Z., Komentar Krivičnog zakonika RS, Beograd 2006., str. 281.

¹⁰ Op.cit., str.281. i 282.

36.). Oduzimanje imovine se može primeniti samo u slučaju krivičnih dela određenih Zakonom o oduzimanju imovine pristekle iz krivičnog dela (član 2.).

Radi ostvarenja navedenog cilja, pravosudnim i policijskim organima su data posebna ovlašćenja i tehnike radi realizacije potrebnih mera. Tako javni tužilac može narediti bankarskoj ili drugoj finansijskoj organizaciji da Jedinici za finansijske istrage dostavi podatke o stanju poslovnih i ličnih računa i sefova vlasnika. Takođe, naredbom javni tužilac može odobriti Jedinici za finansijske istrage da vrši automatsku obradu podataka o stanju poslovnih i ličnih računa i sefova vlasnika (član 20. Zakona o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela).

Naše krivičnoprocesno zakonodavstvo predviđa mogućnost kontrole poslovanja lica za koje postoje osnovi sumnje da je učinilo krivično delo za koje je zakonom propisana kazna zatvora od najmanje četiri godine. Ovu kontrolu može zahtevati javni tužilac od nadležnih državnih organa, bankarskih ili drugih finansijskih organizacija. Ova dokumentacija i podaci mogu da mu posluže kao dokaz o krivičnom delu ili imovini pribavljenoj krivičnim delom (član 234. ZKP-a). Ova naredba predstavlja u suštini osnov za oslobođenje od dužnosti čuvanja poslovne tajne službenih i odgovornih lica u bankarskim, finansijskim i drugim sličnim organizacijama, na čije su čuvanje inače dužni prema propisima o tim organizacijama. Ukoliko se utvrди da navedeni podaci nisu potrebni za vođenje postupka, ili ako javni tužilac izjavi da protiv osumnjičenog neće zahtevati vođenje postupka u roku od šest meseci od dana kada se javni tužilac upoznao sa navedenim podacima primanom mere o kojoj je reč, svi do stavljeni podaci će se uništiti pod nadzorom istražnog sudske, o čemu će istražni sudija sačiniti zapisnik.

Značajan pozitivan pomak ovog zakonskog rešenja, predviđen izmenama i dopunama ZKP-a iz 2009. godine, predstavlja mogućnost privremene obustave određene finansijske transakcije, isplate, odnosno izdavanja sumnjivog novca, vrednsonih papira ili predmeta za koje postoje osnovi sumnje da potiču od krivičnog dela ili dobiti stečene krivičnim delom, ili su namenjeni izvršenju, odnosno prikrivanju krivičnog dela., i sve to na osnovu rešenja istražnog sudske.

Ovakvo rešenje je neophodno dopuniti sa odredbom kojom bi se ova mogućnost kontrole poslovanja dozvolilo i prema drugim licima, a ne samo osumnjičenom, ako postoje osnovi sumnje da se na bankovnim računima nalaze sredstva pribavljena učestvovanjem u krivičnim delima koja su izvršena u okviru grupe ili zločinačke organizacije.

1. Oduzimanje prihoda stečenih krivičnim delom i integrisana finansijska istraga

Finansijske istrage su privredno - kriminalistička ispitivanja, uz uključivanje prethodnih okolnosti i sredine. Ova istraga u osnovi podrazumeva preduzimanje istražnih mera i radnji pronalaženja i identifikovanja nezakonito stečene imovine, sredstava pranja novca, druge imovine prema kojoj treba preduzeti mere osiguranja sa ciljem oduzimanja imovinske koristi stečene krivičnim delom i naplate protivvrednosti. Finansijske istrage su po prirodi stvari dugotrajni postupci i mogu trajati i po nekoliko godina, pa samim tim iziskuju izrazito velike kadrovske i novčane uloge.

Finansijska istraga je deo koji se vodi istovremeno sa krivičnom istragom i cilj joj je da se otkrije prihod stečen krivičnim delom, utvrdi imovina koja se može oduzeti i privremeno osigura (privremeno oduzme) imovina kako bi se omogućilo kasnije konačno oduzimanje. Dok je cilj krivične istrage da otkrije krivično delo i učinioца i da prikupi dokaze za krivični postupak, cilj paralelne finansijske istrage je da oduzme prihod stečen krivičnim delom. Stoga je važno da finansijska istraga počne u ranoj fazi krivične istrage, jer rezultat obe istrage može biti značajan u ostvarivanju oba cilja. Uspešnim otkrivanjem i privremenim oduzimanjem imovine sprečava se njeno prikrivanje i raspolaganje i omogućava efikasno konačno oduzimanje na kraju krivičnog postupka.

Da bi jedna finansijska istraga bila uspešna, ona kao prvo mora biti standardni postupak koji se primenjuje kad se istražuje krivično delo kojim je ostvaren prihod, posebni organi moraju biti specijalizovani za finansijsku istragu i mora postojati tesna saradnja sa istražnim organima u krivičnom postupku. Privremeno oduzimanje imovine kao hitna istražna mera zahteva tesnu i direktnu saradnju policije, tužilaštva i (istražnog) sudske koji izdaje nalog za privremeno oduzimanje. Specijalizacija krivičnih istražitelja i tužilaca neophodna je za finansijsku istragu.

Organizacioni pristupi mogu biti različiti, od osnivanja specijalizovane jedinice za finansijsku istragu u sastavu policije ili tužilaštva, do uspostavljanja mreže specijalizovanih i oposobljenih istražitelja koji sprovode finansijske istrage u okviru svoje nadležnosti. U svakom slučaju, specijalizovana obuka potrebna je i tužiocima i (istražnim) sudijama.

Zakonom o oduzimanju imovine stečene krivičnim delom u Srbiji je prvi put uvedena specijalizovana organizaciona jedinica nadležna za fi-

nansijsku istragu u okviru Ministarstva unutrašnjih poslova (član 6. i 7.), a sam postupak finansijske istrage je regulisan odredbama člana 15. – 20. pomenutog zakona.

Ne ulazeći u analizu pozitivnopravnih rešenja u našem zakonodavstvu, na ovom mestu u radu biće više reči o samoj finansijskoj istrazi uopšte, sa posebnim osvrtom na iskustva zemalja koja se istom bave već više decenija, odnosno njihove dobre prakse.

2. Elementi finansijske istrage

2.a. Otkrivanje krivičnog dela i učinioca - krivična istraga

Prilikom istraživanja krivičnog dela (organizovanog, privrednog ili klasičnog kriminala) i prikupljanja dokaza o elementima krivičnog dela, učiniocu i saučesnicima, neophodno je sprovesti paralelnu finansijsku istragu u slučajevima kada krivično delo ima za posledicu ostvarenu imovinsku korist.

S obzirom da je svrha finansijske istrage omogućavanje oduzimanja prihoda, ista treba da počne dovoljno rano kako bi se sprečilo da učinilac krivičnog dela proda ili drugačije raspolaže imovinom. Pravo vreme bi, dakle, bilo odmsh nakon otkrivanja osumnjičenog ili više njih, a pre sprovođenja mere kojom se učinilac obaveštava da se protiv njega vodi istraga (npr. pretres stana). Finansijskom istragom i analizom transakcija može se proširiti krug osumnjičenih lica, a kod prikupljanja dokaza takođe je potrebno voditi računa o cilju finansijske istrage (npr. prisluškivanje, oduzimanje dokumentacije, itd.).

2.b. Utvrđivanje prihoda stečenog krivičnim delom

Prihod je dokaz da je izvršeno krivično delo. Otkrivanjem prihoda koji je nastao od krivičnog dela (npr. novac kojim je plaćena droga, ukradeno umetničko delo ili korist stečena prevarom) i istragom tog prihoda, mogu se otkriti saučesnici ili čak organizatori krivičnog dela, kao i treća lica od kojih se može oduzeti prihod.

Standardno, prihod koji je stečen određenim krivičnim delom koji je predmet istrage ili za koje je učinilac osuđen predstavlja jedinu imovinu koja se može oduzeti. Veza između konkretnog krivičnog dela i visine (prikrivenog) prihoda je do određene mere oslabljena u slučaju krivičnog dela pranja novca. S druge strane, postoje pravni sistemi u kojima se primenjuje prošireno oduzimanje i prebacivanje tereta dokazivanja porekla imovine. Pored oduzimanja prihoda koji je stečen određenim krivičnim delom, ti sistemi omogućavaju oduzimanje dodatne imovine, za koju se pod određenim uslovima prepostavlja da potiče od krivičnog dela.

Ako učinilac krivičnog dela izvrši prenos prihoda na drugo lice koje je svesno da je to posledica krivičnog dela, to lice može odgovarati kao prikrivalac, i prihod se oduzima. Osim toga, moguće je oduzeti imovinu i od trećih lica koja su stekla imovinsku korist po netržišnoj ceni i trebala su, ili su mogla znati da bi taj predmet mogao biti nezakonitog porekla, kao i od bliskih srodnika učinioca krivičnog dela. Prihod mora biti predmet oduzimanja čak i u slučaju kada je prenet na pravno lice.

Načini **za** utvrđivanje visine i vrste nezakonitog prihoda su različiti. Ponekad je to jasno iz tužbe oštećene strane (npr. krađa, prevara, razbojništvo). U takvim slučajevima procena štete može biti korisna, ali ne mora biti jednaka visini nezakonitog prihoda. Kod organizovanog kriminala, visina i vrsta prihoda utvrđuje se i pomoću tajnih istražnih radnji, prislушкиvanjem, tajnim praćenjem i drugim posebnim merama. Na primer, u prikupljanju dokaza o nezakonitom prometu drogama, utvrđuje se koliko droge je prodato, po kojoj ceni i kome. Na osnovu tih podataka, priprema se procena visine prihoda. U slučaju privrednog kriminala, šteta ili nezakoniti prihod se utvrđuju ispitivanjem poslovne dokumentacije, u saradnji sa poreskim organom.

Prilikom utvrđivanja prihoda, bitni su i podaci o finansijskim transakcijama koje su izvršili osumnjičeni i druga lica. Po pravilu, pristup bankovnim podacima je moguć samo sa sudskim nalogom i za njega moraju postojati određeni standardni dokazi. Analizom uplata i isplata i novčanih naloga utvrđuje se finansijski tok učinioca krivičnog dela i ostalih lica. Prilikom analiziranja finansijskog toka, često je potrebno dobiti podatke iz inostranstva. Kada su za istragu bitni podati o transakcijama na određenom bankovnom računu, nalog za praćenje je značajna mera kojom se takođe omogućava da se odmah spreći da se izvrši nalog za prenos sredstava na drugi račun, posebno u inostranstvu. U takvim slučajevima od posebnog je značaja imati dobru i brzu saradnju sa sudom koji izdaje te naloge i finansijskom institucijom koja ih sprovodi.

Oduzimaju se i direktni i indirektni prihod stečen krivičnim delom (npr. učinilac je prodao ukradenu sliku i za taj novac kupio vrednosne papire čija vrednost na tržištu deonica poraste).

Po pravilu se računa bruto prihod i ne oduzimaju troškovi koje je učinilac imao da učini krivično delo (npr. prepravka vozila za ilegalni prevoz preko državne granice).

Utvrđivanje prihoda od konkretnog krivičnog dela predstavlja značajnu osnovu i za sprovođenje privremenih mera i za sudski nalog za konačno oduzimanje. U pojedinim zakonodavstvima sud odlučuje o visini

oduzetog prihoda, čak i prema vlastitom nahođenju kada se taj iznos ne može precizno utvrditi. Međutim, takva odluka mora biti obrazložena, proporcionalna i zasnovana na nalazima i ocenama finansijske istrage.

Kada se direktni prihod ne može oduzeti (npr. ukradeno vozilo), može se oduzeti (zakonita) imovina čija vrednost odgovara visini tog prihoda. U sistemima zasnovanim na tzv. oduzimanju vrednosti (*value based confiscation*), to nije uvek preduslov. Zamrzavanje (privremeno oduzimanje) uvek je moguće na celokupnoj imovini okrivljenog.

2.v. Utvrđivanje prihoda koji se može oduzeti

Učinioци krivičnog dela obično prikrivaju direktni prihod stečen krivičnim delom, jer on predstavlja dokaz. Osim toga, oni skrivaju i svoju imovinu. Naime, kada se direktni prihod od krivičnog dela ne može oduzeti (pronaći), moguće je oduzimanje (zakonite) imovine koja odgovara vrednosti nezakonitog prihoda. Značajni deo finansijske istrage je, dakle, utvrditi imovinu u vlasništvu učinioca ili lica od kojih se može oduzeti imovina.

2.v.1. Novac

Podaci o gotovini mogu se dobiti informativnim razgovorom ili pretresom stana (tajna mesta, sefovi, ključ sefa u banci, itd.). Da bi se dobili podaci o računu u banci, obično je neophodan sudska naloga. Pristup podacima o tome koje bankovne račune ima osumnjičeni takođe je bitan. Podaci o imaćima bankovnih računa mogu se naći u glavnoj evidenciji centralne banke, u suprotnom je potrebno proveriti podatke sa svim bankama i finansijskim institucijama.¹¹ Podaci se mogu dobiti i iz poreza na prihod ili poreskih prijava, bilansa uspeha, bankovnih kartica ili bankovnih izvoda s računa koji se mogu naći u pretesu stana. Česti nalozi za prenos sredstava sa jednog na drugi račun (u stranoj banci) mogu takođe izazvati sumnju. Prilikom analize bankovnih podataka, potrebno je obratiti pažnju i na različite tehnike pranja novca. Ali, iako je novac vrsta imovine koju je najlakše privremeno osigurati i pohraniti, treba utvrditi i drugu imovinu koju ima osumnjičeni.

¹¹ Uobičajeno je da se učine naporci da se otkriju bankovni računi osumnjičenog tokom istrage. Ukoliko se u tome ne uspe, obaveza dostavljanja informacija o bankarskim računima kriminalca je međunarodni standard (videti čl. 7. i 17. Konvencije iz 2005. i Poglavlja 2.3 i 2.5.1). U nekim državama sudska praksa trenutno ne dopušta takve, cirkularne, zahteve.

2.v.2. Vrednosni papiri

Glavnu evidenciju imalaca vrednosnih papira obično vodi agencija koja se bavi poslovima kliringa i depozita. Uslovi za pristup tim podacima zavise od domaćih propisa. Podaci o vlasništvu nad preduzećima koja nisu nabrojana na berzi, vidljivi su iz registra pravnih lica (u sudu), poreskih prijava ili bilansa uspeha. Vrsta registracije, podaci i evidencije uređeni su propisima o preduzećima i poreskim propisima.

2.v.3. Pokretna imovina

Podaci o vozilima obično su u nadležnosti Ministarstva unutrašnjih poslova. Pažnju treba posvetiti i vozilima koje osumnjičeni koristi iako zvanično nisu njegova imovina. Potrebno je ispitati okolnosti tog korišćenja (lizing, zvanično u vlasništvu prijatelja, partnera itd.). Što se tiče plovila i letelica, obično se vodi centralni registar tih vozila.

Podaci o vlasništvu pokretne imovine veće vrednosti (npr. umetničke slike) mogu se dobiti od osiguravajućih kompanija kod kojih je ta imovina osigurana.

Pored toga, posed i vlasništvo nad pokretnom imovinom mogu se utvrditi u pretresu stana ili kuće.

2.v.4. Nekretnine

Izvor ovih informacija su zemljišne knjige. Ako se zemljišna knjiga ne sastoji od ažurirane centralne kompjuterske baze podataka, pribavljanje podataka može biti teže. Ako zemljišnu knjigu vode lokalni sudovi, podaci se mogu proveriti u njima. Podaci o vlasništvu obično se mogu dobiti i od poreskog organa (porez na promet nekretninama, porez na nekretnine, itd.).

2.v.5. Imovina u inostranstvu

Učinilac krivičnog dela može sakrivati (imati) imovinu i u inostranstvu. Posebno je u istrazi krivičnih dela koja su učinile međunarodne kriminalne grupe potrebno proveriti da li učinioци imaju imovinu u inostranstvu. U tom slučaju vrlo je značajna međunarodna saradnja policije ili tužilaštva. Lice zaduženo za kontakt u policijskom organu druge države može dati informacije o tome koji se podaci o imovini mogu dobiti iz javnih izvora, putem policijske saradnje ili na osnovu zamolnice. Na osnovu takvih informacija pribavljanje podataka može biti znatno lakše i brže.

Među-agencijska mreža *CARIN*, zajedno sa *EUROPOL*-om kao njegovim sekretarijatom, predstavlja primer takve saradnje.

Podaci o ličnom prihodu i imovini mogu se dobiti iz poreske prijave (za fizička lica) ili poreske prijave ili bilansa uspeha (za preduzeća). Iz tog razloga je važno postojanje dobre saradnje sa poreskim organima (kao i dobra zakonska osnova) kako bi se ostvario pristup evidencijama kojima oni raspolažu.

Finansijskom istragom može se otkriti i nesrazmerna između zakonite (prijavljene) imovine osumnjičenog i njegove stvarne imovine. Ovo je značajno u pravnim sistemima u kojima je moguće prošireno oduzimanje i gde učinilac krivičnog dela mora dokazati zakonito poreklo svoje imovine, a u suprotnom mu imovina može biti oduzeta.

Za sprovođenje finansijske istrage potrebno je interdisciplinarodno znanje i znanje iz širokog sprektra pravnih oblasti (građanskog prava, bankarskih i poreskih propisa, oblasti vrednosnih papira, privrednog i trgovinskog prava). Postojeće evidencije i pristup podacima zavise od domaćeg zakonodavstva svake države, a prethodno nabrojani načini utvrđivanja imovine predstavljaju samo primer. Finansijska istraga je lakša i brža ako postoje neophodne evidencije i registri, ako se redovno ažuriraju i ako je moguć brz pristup podacima, što podrazumeva dobru saradnju sa različitim institucijama.

Poznavanje pravila o pristupu podacima i licima zaduženim za kontakt u odgovarajućim institucijama je, stoga, od velikog značaja za finansijske istražitelje.

3. Proces identifikovanja imovine za oduzimanje

Cilj sprovođenja finansijskih istraga je identifikovanje i pronalaženje svih pojavnih oblika imovinske koristi stečene krivičnim delima, ili koja vodi poreklo od imovine stečene vršenjem krivičnih dela. U tom pravcu, finansijske istrage se ne sprovode radi utvrđivanja iznosa materijalne koristi iskazane samo kroz novac, već i kroz druge pojavnne oblike materijalne koristi koja je kao takva stečena krivičnim delom. Prema tome, pojavni oblici materijalne koristi mogu biti:

- Novac, novčani supstituti (gotovi novac, novac na računu, menice, čekovi...);
- Hartije od vrednosti (akcije, obveznice...);
- Dragocenosti (nakit, predmeti umetničke vrednosti...);
- Pravna lica (preduzeća sa svojim kapitalom);
- Pokretna imovina (vozila, plovila, avioni..);
- Nepokretna imovina (sve vrste nekretnina).

Proces identifikovanja pojavnih oblika imovine vrši se kroz dve faze:

A Kroz fazu operativnog rada – U ovoj fazi policija u toku pretkrivičnog postupka vrši identifikaciju imovine stečenih kriminalom, kao i identifikaciju lica imaoca ovih imovinskih oblika. U određenom broju slučajeva, imaoci su ujedno i počinioci krivičnih dela, dok u većem broju slučajeva, imaoci su treća lica (rođaci, prijatelji, poslovni partneri, saizvršioci krivičnih dela, itd). Da bi ova imovina mogla biti predmet oduzimanja, moraju se izvršiti provere i pribaviti dokazi koji će dovesti u direktnu vezu identifikovanu imovinu, i počinioca krivičnog dela iz kojeg je imovina potekla, ili dovesti u vezu treće lice imaoca imovine za koju je utvrđeno da potiče iz kriminala, i lice počinioca krivičnog dela koje mu je tu imovinu prenelo (sa ili bez naknade). U tu svrhu koriste se: *podaci iz policijskih evidencija; podaci iz operativnog rada; podaci iz primena istražnih policijskih mera i radnji; podaci iz primena specijalnih istražnih mera i radnji; podaci dobijeni opretivnim putem od drugih državnih institucija; operativni podaci dobijeni od inostranih policijskih službi.*

B Kroz fazu provera preko drugih institucija – U ovoj fazi policija u saradnji sa tužilaštvom i sudom vrši direktnе provere imovine u registrima imovine nadležnih državnih organa u zemlji i inostranstvu.

4. Faze u sprovođenju finansijskih istraga

Finansijske istrage sprovode se u više faza:

I FAZA – U sklopu kriminalističke istrage, paralelno se sprovode finansijske istrage, a rezultati primenjenih mera i radnji kriminalističke istrage, koriste se radi identifikovanja konkretnе imovinske koristi iz konkretnog krivičnog dela.

II FAZA – U cilju utvrđivanja da li je lice, koje je predmet finansijskih istraga, ujedno i osnivač i/ili odgovorno lice u nekom preduzeću, vrše se provere preko Privrednog suda.

III FAZA – Radi sveobuhvatnog identifikovanja imovine stečene vršenjem krivičnog dela, vrše se dalje provere preko nadležnih državnih organa koji vode evidenciju o vlasništvu nad pojedinim oblicima imovine, i to preko: Uprave za sprečavanje pranja novca; Poreske uprave; Uprave za upravne poslove MUP-a; Uprave carina; sekretarijata.

Bitno je napomenuti da izvršioci krivičnih dela uvek pokušavaju da imovinsku korist stečenu krivičnim delima registruju na treća lica, kako bi izbegli njeno eventualno oduzimanje tokom krivičnog postupka. Iz tog

razloga, u ovoj fazi, vrlo je bitno da policija izvrši provere podataka dobijenih kroz I fazu, a koji mogu upućivati na činjenicu da lica koja su predmet finansijskih istraga, imaju registrovanu imovinu na treća lica. Ostaje da se proveri imovina koju poseduju pravna lica (preduzeća) čiji su vlasnici ili odgovorna lica – lica koja su predmet finansijskih istraga. Ove provere se vrše u sledećoj fazi, na osnovu podataka dobijenih od privrednog suda.

Bitno je napomenuti, da se postupci finansijskih istraga u sve tri navedene faze moraju sprovesti u maksimalnoj konspirativnosti, i po hitnom postupku. Ovo iz razloga da se izbegne mogućnost da lice koje je predmet finansijskih istraga, sazna da je njegova imovina, koja je stečena vršenjem krivičnog dela, identifikovana, kako bi se preduhitrla mogućnost da tu imovinu alocira, ili joj promeni oblik i vlasnika, a sve u cilju izbegavanja njenog oduzimanja. Zato je sa navedenim institucija, a od kojih se dobijaju podaci o imovini, postignut usmeni sporazum da se po zahtevima policije za proveru imovine, postupa hitno i konspirativno. Iz tog razloga, sva službena policijska akta koja se u ovu svrhu prosleđuju, nose oznaku „Strogo poverljivo“, i „Hitno“. U planu je da se ova saradnja između policije i državnih institucija, po pitanju sproveđenja finansijskih istraga, uredi kroz pisane sporazume o saradnji.

IV FAZA – U ovoj fazi vrše se provere imovine koju predmetno preduzeće poseduje. Ove provere vrše se u knjigovodstvu preduzeća. U skopu kontrole knjigovodstva preduzeća, vrši se kontrola bilansa stanja preduzeća, tj. njegove pasive – kapitala, vrednosti i strukture kapitala, kao i datumu i načinu sticanja kapitala. Na ovaj način dolazi se do podataka o vrednosti kapitala, kako je i kada kapital stečen (u cilju provera da li je imovina stečena vršenjem krivičnog dela, uneta u kapital preduzeća). Takođe se vrši provera bilansa uspeha preduzeća, kako bi se utvrdio nivo dobiti iz legalnog poslovanja preduzeća, te način raspodele te dobiti.

Kroz ovu fazu se vrše provere i iznosa ličnih primanja za lica koja su predmet finansijskih istraga. Ovi podaci su bitni u cilju identifikacije svih legalnih prihoda za lica koja su predmet finansijske istrage, i ti podaci se kasnije koriste u fazi analize.

Bitno je napomenuti da se sve prethodno navedene faze sprovode i za tzv. treća lica, ukoliko se tokom kriminalističkih i finansijskih istraga utvrdi da je počinilac krivičnog dela, imovinsku korist (sa ili bez naknade) preneo na ta lica. Tu se uglavnom radi o članovima porodice, bližim rođacima, prijateljima, ili saizvršiocima u krivičnim delima.

V FAZA – Tokom ove faze vrši se analiza svih prikupljenih podataka u prethodnim fazama. Naime, nakon izvršenih provera vezanih za imovinu koju određeno lice posede (kao i nakon identifikacije i provera trećih lica na koja je imovina stečena kriminalnom aktivnošću preneta), vrši se analiza sprovedenih finansijskih istraga.

U okviru te analize vrši se razdavajanje celokupne identifikovane imovine na:

- imovinu legalnog porekla,
- imovinu stečenu vršenjem konkretnog krivičnog dela,
- imovinu sumnjivog (ilegalnog) porekla.

Imovina legalnog porekla je sva ona imovina za koju je u postupku finansijskih istraga utvrđeno da ima legalno poreklo, tj. da se bazira na legalnim tokovima i prihodima.

Imovina stečena vršenjem konkretnog krivičnog dela je sva ona imovina za koju je nedvosmisleno utvrđeno da potiče iz krivičnog dela koje je predmet kriminalističke i finansijske istrage.

Imovina sumnjivog porekla je sva ona imovina za koju u postupku sprovedenih finansijskih istraga nije bilo moguće utvrditi legalno poreklo, tj. koja nije mogla nastati iz legalno prikazanih prihoda.

Shodno navedenoj podeli imovine, vrši se upoređivanje strukture i vrednosti imovine za koju u pretkrivičnom postupku postoji osnovana sumnja da je stečena vršenjem krivičnog dela, sa imovinom utvđenom sprovedenim finansijskim istragama.

Navodimo primer kako se može izvršiti analiza imovine:¹²

VI FAZA – Dostavljanje izveštaja nadležnom tužilaštvu. Nakon sprovedene finansijske istrage, i urađene analize identifikovane imovine, izveštaj se dostavlja nadležnom tužilaštvu, istovremeno sa krivičnom prijavom. Znači, rezultati sprovedenih kriminalističkih i finansijskih istraga se nadležnom tužilaštvu dostavljaju zajedno.

Izveštaj o analizi finansijske istrage može, ali ne mora da sadrži i inicijativu za pokretanje daljih mera kod nadležnog suda, radi donošenja mera obezbeđenja imovine. Bitno je da sadrži detaljnu i preglednu analizu, koja će tužiocu dati jasnu sliku, koja imovina treba da bude predmet privremenog oduzimanja ili konfiskovanja.

VII FAZA – U ovoj fazi nadležni tužilac preuzima izveštaj finansijske istrage, i sprovodi dalje radnje u pogledu podnošenja predloga nadležnom sudu, za privremeno oduzimanje imovine stečene vršenjem krivičnog dela, shodno odredbama Krivičnog zakonika, i Zakonika o krivičnom postupku.

¹² Preuzeto iz: R.Golobinek, *Financial Investigations and Confiscation of Proceeds from Crime*, CARDS Regional programme 2002/03, Strasbourg 2006.

Identifikovana imovina (imovina pronadena tokom finansijskih istraža)		Legalni prihodi i imovina (prihodi i imovina koji su stečeni na zakonit način)		Odstupanja (imovina bez legalnog porekla)
oblik i vrednost imovine	datum sticanja	oblik i iznos prihoda i imovine	datum sticanja	oblik i vrednost imo- vine
Novac na računima, gotov novac, dragocenosti, predmeti od umetničke vrednosti..	Datum kada je imovina stečena	Legalni prihodi (lična primanja, pokloni, nasledstva, dohodak fizičkih lica, dobit od poslovanja preduzeća...), iz kojih navedena imovina potiče	Datum kada su i/ili imovina stečeni	Vrednost, oblik i struktura imovine čiji nastanak nema utemeljenje u identifikovanim legalnim prihodima i imovini
Nepokretna imovina (zemljište, stambeni objekti, poslovni prostori, itd)	Datum kada je imovina stečena	Legalni prihodi (lična primanja, pokloni, nasledstva, dohodak fizičkih lica, dobit od poslovanja preduzeća...), iz kojih navedena imovina potiče	Datum kada su i/ili imovina stečeni	Vrednost, oblik i struktura imovine čiji nastanak nema utemeljenje u identifikovanim legalnim prihodima i imovini
Pokretna imovina (motorna vozila, plovila, avioni...)	Datum kada je imovina stečena	Legalni prihodi (lična primanja, pokloni, nasledstva, dohodak fizičkih lica, dobit od poslovanja preduzeća...), iz kojih navedena imovina potiče	Datum kada su i/ili imovina stečeni	Vrednost, oblik i struktura imovine čiji nastanak nema utemeljenje u identifikovanim legalnim prihodima i imovini
Hartije od vrednosti (akcije preduzeća, obveznice, menice itd.)	Datum kada je imovina stečena	Legalni prihodi (lična primanja, pokloni, nasledstva, dohodak fizičkih lica, dobit od poslovanja preduzeća...), iz kojih navedena imovina potiče	Datum kada su i/ili imovina stečeni	Vrednost, oblik i struktura imovine čiji nastanak nema utemeljenje u identifikovanim legalnim prihodima i imovini
Kapital preduzeća (osnovna i obrtna sredstva preduzeća)	Datum kada je imovina stečena	Legalni prihodi (lična primanja, pokloni, nasledstva, dohodak fizičkih lica, dobit od poslovanja preduzeća...), iz kojih navedena imovina potiče	Datum kada su i/ili imovina stečeni	Vrednost, oblik i struktura imovine čiji nastanak nema utemeljenje u identifikovanim legalnim prihodima i imovini

VIII FAZA – Nakon pozitivne odluke suda po pitanju privremenog oduzimanja imovine, pristupa se njenom oduzimanju. Postupak oduzimanja imovine je različit, zavisno od oblika imovine koja je predmet oduzimanja:

– Gotov novac i druge dragocenosti, pokretna imovina, **fizički** se po nalogu suda oduzimaju od lica počinjoca krivičnih dela, ili od trećih lica kojima je ta imovina preneta ili predata.

– Novac na računu se **blokira** kod poslovne banke kod koje je pronađen, po naredbi suda.

– Nepokretnosti se po naredbi suda takođe **blokiraju**, tako što se kod Uprave za nekretnine stavlja zabrana otuđenja. Takođe se može izvršiti i zabrana raspolaganja imovinom (u tom slučaju se vrši zabrana licima koja koriste predmetnu nekretninu, da borave u njoj, ili da njenim korišćenjem stiču prihode (po osnovu izdavanja, i sl.)).

– Hartije od vrednosti se obezbeđuju tako što se u Centralnoj depozitarnoj agenciji, po naredbi suda, stavlja **zabrana** raspolaganja, otuđenja i prometa tih hartija.

– Kapital pravnog lica (osnovna i obrtna sredstva) se od osnivača, po naredbi suda, **fizički oduzima**.

IXFAZA – Predaja oduzete imovine na čuvanje. Gotovi novac se predaje trezoru Centralne banke. Ostala imovina koja je fizički oduzeta, trebalo bi biti predata instituciji koja se stara o oduzetoj imovini. Ovakvoj instituciji bi bila predata sva oduzeta imovina, kao što je: pokretna imovina (motorna vozila – putnička i teretna, plovila, avioni, predmeti umetničke vrednosti, dragocenosti), deo obrtnih sredstava preduzeća (kao što je proizvodna i trgovačka roba, oprema, i sl.).

5. Metode finansijske istrage

U sprovođenju finansijske istrage koriste se dva metoda i to: metod čiste vrednosti i metod rashoda. Najviše iskustva u primeni ovih metoda su nesumnjivo imale Sjedinjene Američke Države.

5.a. Metod čiste vrednosti

Unutrašnja poreska služba SAD-a je prva počela da koristi **metod čiste vrednosti**. Svaki poreski obveznik je dužan da prijavi sve oporezive prihode. Zbog onih koji su obavezni da plate porez, a ne prijave sav svoj prihod koji može biti oporezovan, unutrašnja poreska služba razvila je metodu čiste vrednosti da bi utvrdila iznos neprijavljenog prihoda koji može biti oporezovan. Ovaj metod se pokazao kao jako dobar u slučajevi-

ma gde platilac poreza zadržava veliku količinu materijalnih sretstava, a nije koristan u slučajevima gde platilac poreza ima malo, ili ništa materijalnih sredstava (imovine) i troši sav svoj prihod na „rasipnički-lagoden“ život. Kada je Kongres prihvatio RICO zakon 1970., proširio je korišćenje metode čiste vrednosti u slučajevima organizovanog kriminala.

Metod čiste vrednosti je korišćen još davne 1931. protiv Kapone Alfonzoa (2 USTC 786) u korist IRS-a (unutrašnje poreske službe). Metod čiste vrednosti nije računovotstveni metod, već je dokazni metod, indirektni ili dokaz na temelju indicija. Unutrašnja poreska služba pokušava da utemelji, utvrdi „početnu čistu vrednost“ koja je definisana kao *aktiva manje pasiva*. Ona tada dokazuje povećanja čiste vrednosti kod platilaca poreza za svaku uspešnu godinu tokom perioda ispitivanja. Neizvodivi lični rashod platioca poreza manje neoporezivi prihod dodati su porastu čiste vrednosti u svakoj godini. Ovo se poredi sa prihodom koji je prijavljen i svaka razlika se smatra neprijavljenim prihodom.

Gore navedena teorija povezana je sa poreskim ciljevima. Primena u RICO i drugim krivičnim (ekonomskim) slučajevima zahteva različiti skup principa i drugačiju prezentaciju. Osnovna teorija u RICO metodi čiste vrednosti slična je poreskoj metodi. Osnovni cilj je različit. U RICO metodi čiste vrednosti, cilj je određivanje iznosa ilegalnog prihoda. Kao poreska metoda čiste vrednosti, RICO metoda čiste vrednosti je definisana kao aktiva manje pasiva. To dokazuje povećanja u čistoj vrednosti za svaku uspešnu godinu (godinu u usponu). Lični rashodi lica dodati su svakom porastu uspešne godine u čistoj vrednosti. Ovo daje konačan prihod. Legalni prihod je odbijen (oduzet) da bi se odredio iznos ilegalnog prihoda.

Prvi slučaj čiste vrednosti bio je Alfonzo Kapone protiv Sjedinjenih Država (2 USTC 786). Pred Vrhovnim sudom Sjedinjenih Država prezentovan je prvi slučaj čiste vrednosti 1943. sa Sjedinjenim Državama protiv Džonsona (43-1 USTC 9470). U slučaju Džonson, Vrhovni sud odobrio je njegovo korišćenje kao moćnog oružja u utvrđivanju prihoda koje je moguće oporezovati iz tajnih, neobjavljenih izvora, kada su svi drugi pokušaji propali. Od tada je metod čiste vrednosti rasprostranjen.

Opasnosti na koje se mora obratiti pažnja da bi se osigurala adekvatna procena činjenica u individualnim slučajevima uključuju:

a. ***Skrivena zaliha gotovine*** - Omiljena odbrana je postojanje solidne količine gotovine na raspolaganju (zaliha gotovine). Odrana se bazira na tome da je gotovina stvorena tokom mnogih godina štednje koja je, iz mnogih razloga, bila skrivana i nije trošena do postupka. Ovo može biti prevaziđeno kada otkrivanje skrivenih ušteđevina otkrije prevaru kod kre-

ditora poreskog obveznika. Takođe, poreski obveznici povremeno otkrivajući izvesne izvore svojih gotovinskih skladišta.

b. **Pretpostavke** - Metoda zahteva pretpostavke među kojima je ravnoteža tj. izjednačenje neobjašnjениh porasta čiste vrednosti sa neprijavljenim prihodima koje je moguće oporezovati. To mogu biti pokloni, nasledja, pozajmice i verovatno račun za novostečeno bogatstvo.

c. **Slaba memorija ili poslovni sud** - Poreski obveznik može biti pošten ili iskren, ali opet, može imati problem ili nemogućnost prikazivanja svoje finansijske istorije. Metod čiste vrednosti može težiti da prebaciti teret odgovornosti oporezivanja sa državnih organa na poreskog obveznika. Poreski obveznik bi tada bio prisiljen da istupi sa dokazima koji bi mogli ići u prilog tužiocu, prikazujući nemarne poslovne metode ili očiglednu neodređenost.

d. **Knjigovrstvo i zapisnici** - Kada Vlada koristi metodu čiste vrednosti, i knjige i zapisnici poreskog platiloca čine se ispravnim na prvi pogled. Izvodjenje namernog (svojevoljnog) poreskog izbegavanja može biti zaključeno, što može biti neopravданo, kada su uslovi koji okružuju deficit jednako dosledni, u skladu sa nevinim greškama kao i sa namernim prekršajima. U drugu ruku, taj isti neuspeh knjiga i zapisa da iznese na viđelo dokazani manjak, deficit, može sadržati promišljeno dokazivanje neispravnosti.

e. Izjave poreskih platilaca. Sudski postupak se, u mnogim slučajevima, oslanja na izjave poreskih platilaca sastavljene da bi dale prihod agentima u smeru njihove istrage. Kada se agenti prihoda suoče sa platiocima poreza, sa očiglednim deficitom (manjom), agent prihoda se može pre zadovoljiti brzom nagodbom nego poštenom potragom za istinom. Tužitelj može tražiti i birati od poreskih platilaca izjave koje se odnose na korisne delove i odbacivati one koje ne brane položaj platiloca poreza. Istraživači ne sme samo priznavati okriviljujuće dokaze, već i dokaze koji oslobođaju od optužbe.

f. Vremenski periodi. Statut definiše prestupe individualnih godina. Dok je Vlada u mogućnosti da dokaže sa razumnom (razložnom) preciznošću (porast) čiste vrednosti tokom perioda od nekoliko godina, često ima problem, tj. velikih teškoća u povezivanju tog prihoda dovoljno sa bilo kojom bitnom godinom tužbe. Ukoliko se porast (povećanje) razumno može dodeliti prikladnoj poreskoj godini, platilac takse može biti osudjen po tačkama optužbe po kojim je nevin.

U krivičnim slučajevima, metoda čiste vrednosti koristi se da prikaže količinu finansijskog dobitka iz neke ilegalne aktivnosti. Metoda čiste vrednosti pruža tužiocima tačna značenja za određivanje ilegal-

nih dobiti i, u isto vreme, identificuje imovinsko stanje i rashode. Da bi tužioci utvrdili dvostruku bruto zaradu, treba prvo utvrditi iznos bruto zarade. Metoda čiste zarade, sa tačke gledišta računovođe, pruža kompletno i brzo viđenje finansijskih afera lica tokom određenog vremenskog perioda.

Metoda čiste vrednosti bi trebalo biti korišćena u poreskim slučajevima kada jedan ili više od sledećih uslova preovladava:

- a) Lice ne vodi knjigovodstvene papire i zapise (izveštaje).
- b) Knjigovodstveni papiri i zapisi lica nisu dostupni.
- c) Knjigovodstveni papiri i zapisi lica nisu adekvatni.
- d) Lice odbija (zadržava) knjigovodstvene papire i zapise.

Čuvanje urednih i preciznih (ispravnih) izveštaja poreskog obveznika ne sprečava korišćenje metode čiste vrednosti. Vlada i dalje može da koristi metodu da bi ili potvrdila ili demantirala deklaracije platioca poreza. Može biti korišćena i za organizovani kriminal i ilegalne aktivnosti ili u slučajevima prevara. Metoda čiste vrednosti može se koristiti kao primarno sredstvo za dokazivanje prihoda koji su oporezivi ili može biti korišćena da potvrди ili proveri ispravnost prijavljenih prihoda koji su oporezivi.

Metoda čiste vrednosti bi trebala biti korišćena u slučajevima organizovanog kriminala kada jedan ili više od sledećih uslova preovladava:

- a) Cilj zahteva veliki iznos osnovnih sredstava.
- b) Lice troši preko svojih finansijskih mogućnosti.
- c) Osumnjičeni je trgovac drogom visokog nivoa gde je većina, ako ne i svi svedoci protiv njega, njegovi distributeri droge.
- d) Ilegalni prihod treba odrediti da bi se odredio iznos konfiskacije.

Kao generalno pravilo za potrebe postupaka za dela organizovanog kriminala metode čiste vrednosti, treba primeniti izvor i korišćenje osnove fonda. Treba koristiti samo iznos troška. Tržišne vrednosti se ne mogu koristiti osim ako su povezane, direktno ili indirektno, sa izvorom i korišćenjem fondova. Ne smeju se koristiti nikakvi lažni iznosi. Lažni iznosi (fantomski iznosi) su definisani kao računski unosi za amortizaciju, otpisnu vrednost i ispražnjene doplate (naknade). Ovi iznosi ne utiču na korišćenje fondova i zbog toga ne mogu biti korišćeni.

Sve gore navedene informacije su neophodne da bi se ustanovila trajnost i pouzdanost izjava platioca poreza. Obično nikakav direktni dokaz o raspoloživoj gotovini nije dostupan, ali izjave date o izvorima, iznosima i korišćenju fondova mogu biti potvrđene ili opovrgnute posrednim dokazima.

Primeri dokaza, koji mogu da poreknu postojanje zalihe gotovine, sadrže:

- a) Pisana ili usmena priznanja poreskih obveznika, data istražnim organima, koja se tiču malih iznosa gotovine na raspolaganju tj. u zalihamu.
- b) Pripremljene finansijske izjave poreskog obveznika koja pokazuju nisku čistu (neto) vrednost i/ili gotovinu na raspolaganju.
- c) Kompromisi isteklih dugova platioca poreza.
- d) Postupak isključenja poreskog obveznika.
- e) Skupljanje akcija protiv poreskog obveznika.
- f) Povraćaj poreza (ili bez povratka), svedoči malo ili nimalo prihoda iz prethodnih godina.
- g) Zapisi o pozajmicama.
- h) Stalno korišćenje izvoda i štednih računa.

Moguće je rekonstruisati gotovinsko raspolaganje platioca poreza iz prethodnih izvoda o zaradi. Ako raspoloživa gotovina za prethodni period može biti razumno utvrđena, prihod zarađen iz tog perioda do početne tačke može biti korišćen za utvrđivanje maksimalne dostupne gotovine na raspolaganju. Problem za gotovinu na raspolaganju ili gotovinsku zalihu je jednak i za metodu čiste vrednosti kod organizovanog kriminala, kao i za poreske ciljeve metode čiste vrednosti. Međutim, za poreske potrebe, agent će pre obaviti informativni razgovor sa poreskim obveznikom, dok za potrebe postupka za dela organizovanog kriminala, istražitelj ili neće hteti da obavi informativni razgovor ili neće biti u mogućnosti to da učini zbog nekih pravnih ili bezbednosnih razloga.

5.b. Metod rashoda

Metoda rashoda je počeo da se primjenjuje ranih 1940-tih godina. Od tada, korišćen je češće od metode čiste vrednosti. Postoje razni razlozi za ovo. Kao prvo, mnogo se lakše koristi. Kao drugo, mnogo se lakše objašnjava poroti na suđenju. Metoda rashoda je nastala tj. potekla od metode čiste vrednosti. Bilo koji računovoda može uzeti proračun čiste vrednosti i transformisati ga u proračun rashoda i obratno.

Može biti korišćena da prikaže da knjige poreskog obveznika ne odražavaju pravi, istiniti prihod, ili da potvrdi specifična prilagođavanja. Poreski organi ponekad koriste metodu rashoda koristeći brojke sa poreskog povraćaja, čak i pre početka svojih istraživanja ili kontakta sa poreskim obveznikom. Poreski agenti nazivaju ovu metodu rashoda „T“ obračun. Metoda „T“ obračuna je ustvari metoda rashoda u kom su izvori prihoda prikazani na levoj strani tabličnog proračuna. Rashodi su prikazani

na desnoj strani istog tabličnog proračuna. Ako je desna strana tablice (tabličnog proračuna), strana rashoda, veća od leve strane, strane prihoda, onda će poreski agent posumnjati da platilac poreza nije prijavio oporeziv prihod.

Metoda rashoda, kao i metoda čiste vrednosti, može biti korišćena u postupcima za dela organizovanog kriminala i dilera droge. Primarno korišćenje protiv organizovanog kriminala i dilera droge služi da prikaže iznos ilegalnih prihoda. Kada je ilegalni prihod određen metodom rashoda, tužilaštvo može da predloži kaznu. Za razliku od metode čiste vrednosti, metoda rashoda ne otkriva vrednosti koje je optuženi kupio. Ona samo otkriva vrednosti stečene u bilo kojoj određenoj godini. To ne znači da optuženi još uvek ima te vrednosti. Metoda rashoda može da otkrije prodaje i raspoređivanje vrednosti, ali samo u godini raspoređivanja tj. dispozicije. Vrednosti mogu biti uništene ili napuštene, a istražitelj to ne mora odmah saznati. Dodatno, vrednosti mogu biti prodate (rasprodate) nakon godina pod istragom i ispitivanjem.

Metoda rashoda bi trebalo biti korišćena u poreskim slučajevima kada preovladava jedan ili više od sledećih uslova:

- a. Poreski obveznik ne vodi knjige i dokumente(zapise).
- b. Knjige i dokumenti poreskog obveznika nisu dostupni.
- c. Knjige i dokumenti poreskog obveznika nisu adekvatni.
- d. Poreski obveznik odbija da da knjige i dokumente na uvid.
- e. Poreski obveznik nema vidnih ili aktiva koje se mogu identifikovati.

Metoda rashoda bi trebalo biti korištena u slučajevima organizovanog kriminala kada preovladava jedan ili više od sledećih uslova:

- a. Čini se da lice ne stiče dobitak (aktivu).
- b. Lice troši izvan svojih mogućnosti (rasipnički način življenja).
- c. Osumnjičeno lice je „velika zverka“ (diler droge) visokog nivoa gde su većina svedoka, ako ne i svi svedoci, osuđeni kriminalci.
- d. Ilegalni prihod bi trebao biti određen da bi se odredila kazna.

6. Knjigovodstvene i obračunske tehnike

Organizovane kriminalne grupe koriste timove advokata i knjigovođa da bi „legalizovali“ svoje ilegalne prihode (takozvano pranje novca). Ovakvo korišćenje profesionalaca zahteva sofisticirane knjigovodstvene tehnike da bi se razotkrile šeme i ušlo u trag prihodima stečenim krivičnim delima. Ovo, ponekad, zahteva puno vremena, finansijskih

sredstava i veliki broj ljudi. Takođe, i sami pojedinci, a ne samo grupe, mogu da razviju visoko sofisticirane šeme prevara.

U radu su iznete metode čiste vrednosti i metode rashoda, ali u vezi svega što se tiče njihove pripreme i prezentacije na sudu. Sudski knjigovoda bi takođe trebao znati kada da ih koristi. Ove metode su veoma moćna oruđa u krivičnim slučajevima i najbolje se mogu primeniti kada je životni stil okrivljenog mnogo „viši“ od uobičajenog ili mogućih izvora prihoda. Ekstreman primer bi bilo lice koje živi u kući vrednoj 100.000 eura i vozi skup automobil, a radi u restoranu brze hrane gde zarađuje minimalnu platu, ili uopšte ne radi. Ove metode su posebno primenljive za lica organizovanog kriminala, švercere droge i druge tv. gangsterske aktivnosti („reketaške“ aktivnosti). U ovim slučajevima, najveći broj svedoka protiv lidera (vodja) su najčešće osuđivani kriminalci. Često je najbolja odbrana napad na kredibilitet ovih svedoka, i dešava se da, odbrana dobije oslobođajuću presudu zbog nedostatka dokaza. Metode rashoda i čiste vrednosti pomažu u dokazivanju, odnosno potvrđivanju svedočenja i izjava svedoka čiji kredibilitet može biti opovrgnut prikazivanjem prihoda koji su platili liderima.

a) Knjigovodstvena tehnika – „ulaženje u trag“

Knjigovodstvena tehnika - „ulaženje u trag“ uključuje tok fondova. Ona prikazuje tok fondova od banke do banke, od entiteta do entiteta, od lica do lica, ili kombinaciju svake. Ova tehnika može biti korišćena u slučajevima vezanim za organizovani kriminal. Njen primarni cilj je da identificuje tj. otkrije ilegalne fondove i uđe im u trag do iznošenja u krivičnom postupku. Ova računovodstvena tehnika je veoma korisna u slučajevima pranja novca, bez obzira na ilegalnu aktivnost.

b) Knjigovodstvena tehnika – „čekovni oglasi - objave“

Čekovni oglas je računovodstvena tehnika koja bi se trebala koristiti kada lice koristi čekovne račune. U sudskom postupku, korišćenje čekovnih oglasa je drugačije nego kod normalne knjigovodstvene prakse. Knjigovođa mora imati sledeće informacije da bi napravio čekovni oglas:

1. **Datum** (Datum čeka mora biti zaveden. Datum kada je ček ispraznio banku nije neophodan. Glavni cilj je da se odredi namera lica, što bi bio datum kada je lice ispisalo ček.);

2. **Primalac vrednosti** (Ime primaoca čeka mora biti prikazano. Ovo identificuje (otkriva) fizičko ili pravno lice koje bi trebalo da primi sredstva.);

3. **Čekovni broj (broj čeka)** (Broj čeka identificuje (otkriva) instrument (dokument) koji plaća primaocu vrednosnog papira. Koristan je i zbog toga što može otkriti određenu izvršenu uplatu. Prikazuje numero-loškim redom izvršene uplate bilo kom fizičkom ili pravnom licu. Služi kao dobro obaveštenje, kratak pregled, za identifikaciju određenih transakcija.);

4. **Iznos** (Ovo prikazuje iznos korišćenih fondova ili datih nekom fizičkom ili pravnom licu. Ovo služi kao dokaz u prikazivanju troška kupovine, bilo aktive, izdatka ili redukcije u pasivi.);

5. **Banka-od (iz)** (Cilj ovoga je da se prikaže sa kog bankovnog računa je načinjen ovaj rashod. Lice bi moglo imati više od jednog bankovnog računa i obično ima. Ovo otkriva koji bankovni račun lice koristi. Ovo bi mogao biti određeni broj bankovnog računa ili kod koji otkriva bankovni račun popisan (uvršten u spisak) bilo gde tj. na nekom drugom mestu);

6. **Banka-za.** (Ovo bi trebalo da prikaže bankovni račun gde je ček deponovan-drugim rečima, krajnji bankovni račun primaoca. Ovo može prikazati određeni broj bankovnog računa ili kod koji otkriva bankovni račun. Ovo polje je uglavnom korišćeno za isplate načinjene za druge bankovne račune ili entitete koji su kontrolisani od strane lica (subjekta.));

7. **Prvo odobrenje** (Prvo lice, fizičko ili pravno, koje odobri ček bi trebalo biti prikazano. Moguće je, a ponekad i uobičajeno, da lice kome je ček namenjen za isplatu nije lice koje prima ček. Ček bi mogao biti namenjen za isplatu Petru Petroviću, ali ček odlazi na račun pod imenom „ABC Korporacija“ sa potpisom Vase Vasića. Takođe, ček bi mogao biti unovčen od strane nekog ko nije Petar Petrović. Zbog toga lice koje odobrava ček može biti veoma važno.);

8. **Drugo odobrenje** (Primalac ili prvo lice koje prima ček može ga dati drugom licu koje će odobriti ček. Pažnja bi trebala biti usmerena na drugo odobrenje. Ovo bi mogao biti povratni udarac ili diverzija fondova. Konačni primalac fondova bi trebao biti u potpunosti identifikovan što se tiče bilo kakvih odnosa sa kompanijom ili licem koja obezbeđuje fondove.);

9. **Obračun** (Svrha ove oblasti je da grupiše slične transakcije. Može biti korišćen da grupiše transakcije za određene tipove rashoda ili da grupiše za određenu svrhu tj. cilj. Obračun podrazumeva nameru, cilj. Za prezentaciju na sudu, sudske (pravnički) obračun može koristiti „nameru, cilj“ kao naslov da bi sudije to mogle razumeti, a naročito sudije porotnici.);

10. **Izveštaj (beleška)** (Ova oblast se koristi da bi prikazala bilo kakve podsetnike ili beleške prikazane na čeku. Takođe može biti korišćen da zabeleži bilo kakvu specifičnost sa čeka, kao što su drugačiji (različiti) iznosi između brojčanog iznosa i pisanog iznosa.);

11. **Prvi potpisnik** (Ova oblast bi trebala da prikaže lice koje je prvi potpisnik čeka. Ovo bi moglo biti važno u konstatovanju (ustanovljivanju) ko ima kontrolu nad bankovnim računom.);

12. **Drući potpisnik** (Ova oblast bi trebala da prikaže drugo lice koje ima zajednički potpisnički autoritet tj. punomoć nad čekovnim računom. Ovo lice ima neki stepen kontrole nad bankovnim računom.).

Ako istražitelj ili analitičar zabeleži ovu informaciju u kompjuter koristeći bazu podataka, tada mogu biti proizvedeni razni ispisi tj. štampani tekstovi. Čekovni oglas može biti sortiran po gore navedenim oblastima. Ovo će prikazati obrasce (modele) aktivnosti. Čekovni oglasi, takođe, mogu pružiti više tragova koji će biti potrebni za dalju istragu. Isto tako, oni pružaju podatke koji će biti korišćeni za tabele (rasporede) čiste vrednosti i rashoda.

v) Knjigovodstvena tehnika – „depozit oglasi“

Ovo je računovodstvena metoda koja bi trebala biti korišćena kada lice koristi čekovne račune. Ovde se radi o prihodima tj. potvrdoma o uplati na čekovni račun. Korišćenje depozit oglasa je drugačije od drugih računovodstvenih praksi. Sudski računovoda bi trebao da ima sledeće informacije u depozit oglasu:

1. **Datum** (Ovde je zabeležen datum depozita. Datum prikazuje vremenski period kada je banka primila fondove.);

2. **Izvor** (Izvor prikazuje od koga su fondovi primljeni. Za gotovinske depozite, izvor neće biti poznat osim ako je lice čuvalo druge beleške da prikaže ko je platio fondove licu.);

3. **Iznos** (Ovo prikazuje iznos fondova primljenih od strane fizičkog ili pravnog lica. Ovaj iznos bi trebao da prikaže samo depozitovani deo ali ne i celokupni.);

4. **Banka** (Ovde je cilj da se prikaže na kom bankovnom računu je načinjen depozit. Lice može imati više od jednog bankovnog računa i obično ima. Ovo otkriva na koji bankovni račun je lice napravilo depozit. Ovo može biti određeni broj bankovnog računa ili kod koji otkriva bankovni račun zaveden na nekom drugom mestu.);

5. **Obračun** (Svrha ove oblasti je da grupiše slične transakcije. Može biti korišćen da grupiše transakcije za određene vrste depozita ili za specifične ciljeve. Obračun znači cilj.);

6. **Preporuka (obaveštenje)** (Ova oblast bi trebala da napravi spisak broja depozitovanih jedinica (delova), obično čekovni broj čeka ili meniku koja je depozitovna.);

7. **Broj jedinica (delova)** (Mnogo puta depoziti sadrže više od jedne depozitovane jedinice (dela). Svaka jedinica (deo) depozita bi trebala biti zabeležena odvojeno. U svrhu povezivanja svih jedinica u depozitu, ova oblast će dati celokupan broj (zbir) jedinica u depozitu. Datum će biti isti za svaku jedinicu u depozitu.);

8. **Izveštaj (beleška)** (Ova oblast bi trebala biti korišćena kao podsetnik. Podsetnik može zabeležiti ono što je naznačeno u depozitovanoj jedinici ili može biti korišćeno da zabeleži neobične stvari o jedinici.).

Ako istražitelj ili analitičar koristi kompjuter, tada mogu nastati razni ispisi (štampani tekstovi). Depozit oglas može biti sortiran po gore navedenim oblastima. Sortiranje (sredivanje) depozitovanih jedinica uz pomoć bilo koje od gore navedenih oblasti će otkriti obrazac (model) i pružiti više tragova koji će trebati da se istraže. Takođe, one pružaju podatke tj. informacije koje će biti korištene u rasporedima (tabelama) čiste vrednosti ili rashoda.

g) Knjigovodstvena tehnika - „oglassi (objave) kreditne kartice“

Oglossi kreditne kartice bi trebali biti korišćeni kada lice često koristi kreditne kartice. U današnje vreme se sve više i češće koriste kreditne kartice. Neki kriminalci koriste kradene kreditne kartice da bi kupovali (kradene) stvari koje se kasnije skladište. Drugi kriminalci koriste kreditne kartice legalno. U oba slučaja, transakcije kreditnih kartica bi trebale biti analizirane tj. istražene. One su takođe bitne zbog toga što prikazuju gde se lice geografski nalazilo. Istražitelj prevare bi trebao da pripremi oglas kreditne kartice koristeći sledeće podatke:

1. **Datum** (Datum bi trebao biti datum transakcije a ne datum kada je transakcija kreditne kartice obrađena.);

2. **Trgovac (prodavac)** (Trgovac (prodavac) je kompanija koja je prodala robu ili pružila uslugu vlasniku kreditne kartice. Trgovac može biti bitan svedok u istrazi, posebno ako je u pitanju velika transakcija.);

3. **Broj kreditne kartice** (Ova oblast bi trebala da prikaže broj računa kreditne kartice ili kod koji će otkriti poseban račun kreditne kartice na odvojenom popisu (listingu).);

4. **Iznos** (Ova oblast prikazuje iznos troškova (izdataka).);

5. **Broj obaveštenja (pregleda)** (Broj obaveštenja bi trebao biti broj izdatog troška. Ovo se nalazi i na obračunu kreditne kartice i na izveštaju o trošku.);

6. **Potpisnik** (Ovo bi trebalo da registruje lice koje je zaista potpisalo izveštaj o trošku. Postoje slučajevi gde se više lica može potpisati na kreditnu karticu. Ponekad nema potpisa, samo izveštaj sa izjavom „u arhivi“. Ovo je česta pojava kod porudžbina mejlom. U krivičnim slučajevima, arhivirani izveštaj bi trebao biti dobijen od trgovca (prodavca) da se potvrdi da je lice potpisalo za kupovinu.);

7. **Obračun** (Svrha tj. cilj ove oblasti je da grupiše slične transakcije. Može biti korišćen da grupiše transakcije po tipu ili svrsi tj. cilju.);

8. **Beleška** (Ova oblast se koristi da bi se zabeležila bilo kakva neobična karakteristika transakcija.).

Pristup kompjuteru može biti veoma koristan i od pomoći. Podaci kreditnih kartica mogu biti sortirani po gore navedenim oblastima. Ovo će prikazati obrasce (modele) u transakcijama i može pružiti tragove koji se mogu pratiti. Transakcije kreditnih kartica su korisne u prikazivanju mesta boravka subjekta (lica) tokom vremenskog perioda ako često koristi kreditnu karticu. Podaci sa transakcija kreditnih kartica se mogu koristiti u rasporedima (tabelama) čiste vrednosti i rashoda.

Analiza (ispitivanje) bruto profita

Računovodstvena tehnika koja je korisna u slučajevima pranja novca ili prevara je analiza bruto profita. Lice će dobiti legalan posao. Normalno, ovaj posao će biti onaj koji donosi novac. Kod prevara lice će odvajati novac iz posla. Fondovi neće stići do poslovnog bankovnog računa, nego će biti preusmereni za ličnu upotrebu. U operaciji pranja novca, ilegalni fondovi će biti dodati zakonitim fondovima i provučeni poslovnim bankovnim računom. Iznos fondova koji su, ili skinuti ili dodati, može biti ustanovljen pronalaženjem vrednosti (cene) kupljene robe i normalnim prodajnim cenama ili bruto profita. Sledeći koraci bi trebali biti korišćeni da bi se odredio iznos fondova koji su, ili oduzeti ili oprani kroz biznis tj. posao:

1. normalni bruto profiti ili prodajne cene bi trebale biti odredjene. Ako postoji više nego jedan proizvod sa drugačijim (različitim) bruto profitom, tada bi morao biti određen bruto profit svakog proizvoda;

2. sledeći korak je da se odredi iznos kupljene robe za svaki period pod istragom, a proizvodni asortiman (program) bi trebao biti odvojen tj. podeljen prema različitim (cenama) iznosima bruto profita;

3. iznos bruto profita za svaki proizvod je povezan sa troškovima proizvoda, a ovo će dati bruto prihod (dubitak) koji bi trebao biti proizveden (stvoren) od prodaje proizvoda;

4. jednom kada su bruto prodaje određene za sve proizvode za određeni period, tada je izvršeno porenenje sa depozitovanim fondovima na poslovnim bankovnim računima i ako su prodajni iznosi veći od bankovnih depozita, tada razlika ukazuje na iznos fondova skinutih tj. oduzetih od posla, a ukoliko su prodajni iznosi manji od bankovnih depozita, tada bi ovo ukazivalo na iznos fondova opranih kroz posao.

Knjigovodstvena tehnika bankovnog depozita

Još jedna indirektna metoda određivanja prihoda, bilo poreska ili tzv.RICO, naziva se metoda bankovnog depozita. U poreskim slučajevima, ovo se odnosi na metodu bankovnog depozit rashoda koji je prikladniji. Ova tehnika podrazumeva da lice u velikoj meri koristi bankovne račune i veoma korisna za lice koje vodi samo jedan posao, čiji jedini izvor prihoda, čini se, jeste jedan izvor, i čiji je biznis tj. posao gotovinski tip biznisa, gde se prihodi primaju u gotovini tj. kešu.

Pod metodom bankovnog depozita, bruto prihodi su određeni dodavanjem celokupnih bankovnih depozita, poslovnih troškova plaćenih u kešu (gotovini), kapitalnih jedinica kupljenih u kešu, ličnih troškova plaćenih u kešu, i nedepozitovan keš skupljen na bilo kom bankovnom računu. Za poreske ciljeve, ovo je upoređeno sa bruto prihodom prijavljenim na poreskim povraćajima. Za RICO ciljeve, ovo je upoređeno sa poznatim prihodom. Razlika (neslaganje) je iznos neprijavljenih oporezivih prihoda ili ilegalnih prihoda. Kada se koristi ova tehnika, svaka jedinica prihoda i troška mora biti istražena u vezi sa izvorom fondova i njihovom kasnjom upotrebotom.

Dijagrami tokova (odvijanja procesa)

Postoje mnoge vrste dijagrama tokova koje istražitelj prevara može koristiti. U mnogim slučajevima, istražitelj prevaru može verovatno koristiti razne vrste dijagrama toka u istom slučaju. Dijagrami toka najčešće korišteni od strane istražitelja prevaru su: 1. *organizacioni*; 2. *hronološki*; 3. *matrica* ili 4. *operativni*.

Knjigovodstvena tehnika – „komisiona (procentualna tehnika“

Procentualna metoda računanja prihoda se koristi prvenstveno u slučajevima sportskog profesionalnog klađenja. Njen krajnji cilj je da odredi

prihod (bruto primanja) stečen ilegalno. Obično je nazivaju tzv. „*vig*“ *tehnikom* (vigorish).

Zaključna razmatranja

Osnovni i jedini cilj sprovođenja finansijskih istraga je utvrđivanje vrednosti i strukture imovinske koristi stečene vršenjem krivičnih dela, kako bi ista, za vreme trajanja pretkrivičnog i krivičnog postupka bila privremeno oduzeta, a nakon eventualne osuđujuće presude, i trajno zaplenjena. Na taj način se obesmišljava buduća kriminalna aktivnost počinioča krivičnih dela, u smislu sticanja imovinske koristi.

Drugi, i ne manje bitan cilj finansijskih istraga je da, ukoliko se kroz pretkrivični postupak ne dokaže krivično delo iz kojeg je proistekla imovinska korist, da se na osnovu sprovedenih finansijskih istraga, imovina koja nema poreklo, shodno Zakonu o PDV-u, oporezuje kao neprijavljeni prihod na dohodak fizičkih lica, ili kao neprijavljena dobit iz poslovanja pravnih lica, čime se opet ostvaruje korist za državu i njen budžet. Znači, svrha i korist od sprovođenja finansijskih istraga je više nego očigledna, i kao takva nezaobilazna u policijskom i tužilačkom poslu.

Integrисана finansijska istraživačka strategija usredsređene na prihod stečen krivičnim delom.

Kriminalna policija i tužilaštvo igraju ključnu ulogu u sprovođenju finansijske istrage u praksi. Identifikacija i ulaženje u trag prihodu stečenom krivičnim delom i osiguravanje imovine za konačno oduzimanje predstavlja zahtevan zadatak koji treba ostvarivati istovremeno sa istragom krivičnog dela kojim je pribavljena imovinska korist. Za to je potrebna intenzivna saradnja specijalizovanih policijskih snaga (i drugih agencija/službi za sprovođenje zakona) i tužioca, što se trenutno ne dešava uvek.

Nema drugog načina da se stekne neophodno iskustvo nego **vođenjem finansijskih istraga**. Prvi pokušaj pokazaće da ima mnogo problema, nedostataka i otvorenih pitanja, ali će razvoj prakse i stručnog znanja dovesti do jedne nove faze.

Računovođa bi trebao da koristi što je više moguće ovih računovodsvenih tehnika, bilo da su one korišćene na sudu ili nisu. Čekovni i depozit oglasi su osnovna oruđa bilo kog sudskog računovođe ili istražitelja prevare. Oni su početna tačka istraživanja i kamen temeljac za dostizanje konačnog tj. krajnjeg pregleda (suštine). Oglas kreditne kartice je još jedan kamen temeljac u tim slučajevima gde lice koristi kreditne kartice. Ove računovodsvene tehnike takođe pružaju tj. obezbedjuju tragove do drugih finansijskih informacija i uspostavljaju veze sa drugim ljudima i

entitetima. Konekcije tj. veze lica su ključ (rešenje) za bilo koji slučaj prevare. One su osnov za indirektne metode, metode rashoda i čiste vrednosti.

Računovođa ima razna oruđa koja se mogu koristiti, u zavisnosti od okolnosti svakog slučaja. Neka oruđa možda neće biti potrebna. Ako subjekat nema bankovne račune, tada čekovni i depozit oglasi neće biti neophodni. Ukratko, možemo da rezimiramo da su najvažnija „oruđa“ knjigovođe sledeća:

1. Raspored praćenja;
2. Čekovni oglas;
3. Depozit oglas;
4. Oglas kreditne kartice;
5. Analiza bruto profita;
6. Lista svedoka;
7. Metoda bankovnog depozita;
8. Telefonske mreže;
9. Organizacioni plan (šema);
10. Operativni dijagram toka;
11. Komisiona/procentualna metoda (korišćenje samo za kladioničare).

REZIME

Najznačajniji pomak u strategiji kontrole kriminaliteta poslednjih decenija je ulazeњe u trag i oduzimanje (konfiskacija) prihoda stečenih kriminalnim aktivnostima. Oduzimanje imovine stečene krivičnim delom je specifična krivičnopravna mera čiji cilj je da se ni u kom slučaju ne dozvoli da se izvršilac krivičnog dela obogati izvršenjem tog dela. Zbog toga se ova mera izriče po službenoj dužnosti, obavezno, i u korist društvene zajednice. U opštem krivičnom postupku, imovinska korist se ne može oduzeti privremenog i unapred, već samo kao mera bezbednosti sudskom presudom na kraju postupka. Mera privremenog oduzimanja predmeta ili imovinske koristi za krivična dela organizovanog kriminala, predstavlja privremenu mjeru u krivičnom postupku, jer se ista određuje, odnosno može da se odredi u svim fazama krivičnog postupka, tj. pre donošenja prвostepene presude. Cilj privremenog oduzimanja imovinske koristi se sastoji u obezbeđenju istoimene mere bezbednosti ako bude izrečena.

Do donošenja **Zakona o oduzimanju imovine proistekle iz krivičnog dela** u našem zakonodavstvu, oduzimanje imovinske koristi moglo se izvršiti samo u sudskom postupku i samo sudskom odlukom kojom je

okriviljeni oglašen krivim za izvršenje krivičnog dela. Međutim, prema novom zakonu omogućeno je i oduzimanje ne samo imovinske koristi iz krivičnog dela za koje je određeno lice pravnosnažno osuđeno, već i imovine proistekle iz prvobitne koristi ostvarene krivičnim delom, što je širi pojam.

Da bi se oduzela imovinska korist stečena krivičnim delom prvo joj se mora ući u trag, a to se postiže finansijskom istragom koja ide paralelno sa krivičnom istragom i njen cilj je da otkrije i identifikuje takvu imovinu. To se postiže posebnim metodama i knjigovodstvenim tehnikama kojima je u ovom radu posvećena posebna pažnja. Autor je posebnu pažnju posvetio metodama čiste vrednosti i metodi rashoda u čijoj primeni najviše iskustva imaju Sjedinjene Američke Države.

*Tatjana Lukić, Assistant professor
Novi Sad School of Law*

Confiscation of Proceeds from Crime

Abstract

The most important step forward in combating crime in the last few decades is Confiscation of Proceeds from Crime. This is very specific criminal measure which aim is to not let criminals to retain benefits from criminal activity. That is why this measure is imposed ex officio by authorities in favor in social community. The proceeds of crime can not be confiscated in advance or temporarily in regular criminal procedure, but only at the end of criminal procedure based on condemnatory verdict. In the criminal procedure regarding organized crime, confiscation of proceeds from crime can be imposed temporarily and in advance, in each phase of procedure even before first degree verdict. The main purpose of this measure is to secure the object of confiscation from free disposition of third parties until the first degree verdict.

The new Code of confiscation of proceeds from crime in Serbian legislation enable the possibility to confiscate not only the origin proceeds from convicted criminal act, but also the proceeds from benefits from origin proceeds.

In order to confiscate the proceeds from crime, financial investigation must be realised. The aim of financial investigation is to discover and identify the proceeds from crime by special methods and accounting techniques. In this article the author deals with Net Worth method and Expenditure method in which the USA has the most field work experience.

*Dr Nataša Deretić, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

KRATAK OSVRT NA REŠAVANJE DEMOGRAFSKIH PROBLEMA U RIMSKOJ DRŽAVI

Sažetak: Pitanje nedovoljnog broja rođene dece za svaki narod je jedno od fundamentalnih pitanja, ako ne najznačajnije pitanje. Demografski problem poznaju i antička prava i savremena pozitivna prava. Čovečanstvo oduvek traži odgovor na problem nedovoljnog rađanja dece jer ono vodi smanjenju stanovništva i prekomernom starenju stanovništva. Rađanje dece kao pozitivna prirodna komponenta svakog društva, povlači za sobom i pitanje opstanka braka i porodice, a time i čitavog društva.

Za Rimljane, rađanje dece nije bilo, kao danas teška odluka, koja se izbegava iz mnogobrojnih razloga: zbog odsustva želje da se s nekim zajednički živi, zbog materijalnih nevolja i nekih drugih „savremenih“ razloga (nezaposlenosti, stambenog problema i dr.). Rimljani su, kao praktičan narod, tokom svog hiljadugodišnjeg postojanja vodili računa o prirodnom priraštaju. U rimskom društvu, dugo vremena nije bilo dopušteno nikome da se odrekne iskonske obaveze da se oženi i ima decu. Na to se gledalo kao na nedostatak patriotizma, bezbožnost čak i na neku vrstu „zločinačkog“ egoizma. U rađanju dece i njihovom podizanju Rimljani su videli temelj materijalne i moralne trajnosti države. U svakom detetu, video se budući korisni član ne samo uske porodične grupe nego i šire, čitave zajednice. Tom cilju je sve podređeno jer je bilo u skladu sa „virtus“, onim samopregorom na koji se gledalo kao na najbitniji osnov rimskog morala u stvaranju rimske imperije. I dok su u prvim danima stupanja Rimljana na istorijsku pozornicu, odnosi u porodici privatna stvar svake porodice ponaosob, vremenom, država počinje da se meša u porodične odnose pojedinaca. Iako bi to, sa današnjeg poimanja stvari bilo klasično zadiranje u „subjektivna prava pojedinaca“, država se nije na to

*obazirala, već je propisivala pravila ponašanja u vezi sa zaključenjem braka i rađanjem dece u tim legitimno zaključenim brakovima. Tako, iz izvora znamo za „porez na neženje“, kao i za praksu da su cenzori dugo zahtevali od građana koji su se prijavljivali za popis, „zakletvu“, da će se oženiti, s namerom da u tom braku imaju decu.¹ Pri tome se insistira na rađanju što većeg broja dece – u kojima se vide ne samo budući ratnici već i da bi se većom populacijom uticalo na produktivnost rada u uslovi ma sve razvijenije robne proizvodnje i razmene. Takvo ponašanje je omogućilo Rimljanim da od malog broja na početku - negujući brak i rađajući decu, brojčano nadmaše sve tadašnje narode.² Rimljani su znali i za jedno posebno pravao - *ius liberorum* („pravo preko dece) koje je omogućavalo licima koja imaju decu (rođenu ili usvojenu) da po tom osnovu ostvare neko pravo tj. neku privilegiju.*

Ključne reči: rađanje dece kao lančani proces; moralni preporod društva, odluka o rađanju potomstva, sudbina rođene dece, pravo preko dece (*ius liberorum*), svest o roditeljstvu.

%

Rimsko društvo je u svom hiljadugodišnjem postojanju doživelo korenite promene i veoma dinamične preobražaje ne samo u ekonomskoj već i u široj društvenoj strukturi, što je između ostalog, imalo za posledicu i promenjene odnose u porodici i braku. Zahvaljujući sačuvanim izvorima, moguće je pratiti u rimskom društву sudbinu rođene dece, odnosno međusobni odnos roditelja i dece s jedne strane i društva s druge strane, počev od primitivnih normi koje su regulisale ovo pitanje s početka republike, do posebnih zakona i senatskih odluka iz vremena principata i dominata. Porodica je posebno u ekonomskoj sferi doživela znatne promene, a u biološkoj sferi, neznatne: rađanje potomstva je bio i ostao prevashodni cilj svake rimske porodice. Kako se na ovom našem podneblju odavno shvatilo „da je sav naš istorijski život protekao u klasičnoj doktrini Rimskoga prava i da smo što se tiče pravnih ideja, jednakoz živeli pod

¹ Dieter Norr, The irish jurist: „*The matrimonial Legislation of Augustus: an early instance of social engineering*“, Dablin, 1981, str. 350.

² Rim je bio brojčano, prvi pravi velegrad u istoriji i nijedan drugi grad zadugo nije mogao da mu konkuriše (osim Konstantinopla koji je proizvod iste civilizacije). Rim je u vreme posle građanskih ratova (kraj II i početak I veka pre n.e.), u tzv. vreme „rimskog mira“ (*pax romana*) – imao preko milion stanovnika. London će tek 1811 godine imati milion i trista hiljada stanovnika. Navedeno prema: O, Stanojević, *Rimsko pravo*, Beograd, 2000., str. 57.

uticajem i upravo pod gospodovanjem Rimskoga prava³ - nije na odmet još jednom se podsetiti na neka rešenja, koja su Rimljani praktikovali od najranijih dana u vođenju populacione politike. Unapred svesni da ovom radu može biti zamereno da upoređuje nešto što se ne da uporediti, ipak smatramo da se i ovog puta, na ovom problemu treba učiti na prošlosti jer kako neko davno reče: „da nema prošlosti nebi bilo ni budućnosti“.

Imajući u vidu Morganovu konstataciju da su „Rimljani postali predmet istorije na višem stepenu varvarstva i blizu praga civilizacije“⁴ - jasno je da i Rimljani znaju za rod, pleme (*gens*), kao i svi stari narodi na početku svog razvijanja. U takvim primitivnim oblicima življenja „prenaseljenost je nosila pretnju gladi i stvarala je pritisak za emigracijama, a nenaseljenost je iziskivala vojnu slabost i izumiranje čitavih familija i porodičnih grupa“⁵. Kada rodovsko uređenje postaje prevaziđen oblik društvenog života i *gens* počinje da gubi na važnosti, kolektivna svojina ustupa mesto privatnoj svojini nad sredstvima za proizvodnju. Na istorijsku scenu stupa *patrijaha* *halna porodica* kao proizvodna jedinica koja ima svoju imovinu. Imovina je „svetinja koju je trebalo sačuvati i prenositi sa kolena na koleno“. Svest ljudi je još uvek primitivna i bilo je uvreženo pagansko verovanje da je velika nesreća za jednu porodicu ukoliko ne bi obezbedila potomke i izumrla. S toga je „trebalo obezbediti subjekat koji će produžiti ime porodice i sačuvati njenu imovinu“. Pri tome je od najranijih dana u rimskom društvu praktikovano da se nedostatak prirodne regeneracije jedne porodice, kojoj preti izumiranje, nadoknađuje veštačkom regeneracijom - usvojenjem. Koliki je značaj tome pridavan, jasno proizilazi iz prakse da je o tome odlučivala šira društvena zajednica (skupština), a ne sama ugrožena porodica. Šira društvena zajednica je konsultovana po pitanju usvojenja u tom smislu, što je usvojenje dozvoljavano samo onome ko nije imao bračnih potomaka i ko ih s obzorom na godine starosti verovatno nije više mogao ni dobiti.

Ukoliko bi se prihvatile neka skorašnja istraživanjima demografije starog Rima, prihvaćena bi bila i teza da su poslednja dva veka Republike obeležena značajnom stagnacijom cele rimske populacije, uprkos tome što tadašnji rimski popis stanovništva pokazuje očiglednu tendenciju rasta populacije; to će pre biti zbog naturalizacija (prirođenja) i usvojenja koja su samo doprinela porastu nerimskog elementa u okviru rimskog građanstva s obzirom da se zna da je Rim rado primao doseljenike

³ S.Novaković, *Srednjevekovna Srbija i Rimsko pravo*, Arhiv, br.3, 1906, str. 15.

⁴ L. Morgan: *Drevno društvo*, Beograd, 1981., str. 257

⁵ D. Norr, nav. delo, str. 350

iz drugih zajednica i da je bio velikodušan i u davanju građanskih prava (ali bez prava glasa) na celoj teritoriji Italije⁶. Od pokorenih naroda na tlu Italije za uzvrat je uzimao kao danak određeni broj vojnika; kada bi ovi vojnici završili vojnu službu – naseljavali su ih u kolonije, čije je ustrojstvo ostajalo vojničko i zadatku im je bio da garantuju bezbednost na toj teritoriji. Obašnjenje za navedenu stagnaciju u stagnaciji populacije, ta nova istraživanja vide u sledećem: neprekidni ratovi, porast kolonizacije, smanjenje zaključenja brakova (zapaženo čak i među nižim staležima) i poslednji, ali nikako najmanje značajan, koncept tzv. „planiranja porodice“ što je evidentno upotrebotom abortusa, kao i napuštanjem novorođenčadi⁷.

Kada se privatna svojina nad sredstvima za proizvodnju učvrstila, kada je patrijhalna porodica ojačala, a time i vlast šefa porodica poprimila ono tradicionalno obeležje „*ius vitae ac necis*“ („pravo života i smrti“) nad ličnošću članova porodice - jedino je ocu porodice (*pater familias*-u) bilo dopušteno da odluci o sudbini svoje porodice. Odnosi u porodici su van domaćaja javne vlasti i porodični život je bio uslovjen neograničenim pravima šefa porodice. Eventualni problemi su se rešavali u okviru same porodice; rešavali su ih otac porodice, sam ili uz pomoć srodnika pridržavajući se običaja, religije i tada važećeg morala. Vreme u rimskom društvu kada vlast šefa porodice ima klasične odlike *ius vitae ac necis* – prema članovima svoje porodice, najbolje odslikavaju reči Katona Starijeg koji kaže: *Muž je sidija svojoj ženi i njegova vlast nema granica; on može šta hoće: ako je učinila neku pogrešku, on je kažnjava; ako je pila vino, on je osuđuje; ako je učinila preljubu, on je ubija*⁸. Da je muž, odnosno otac, sudija i da njegova vlast nije imala granica, takođe se odnosiло i na decu, kako njegovu, tako i ostalih muških članova koji su ulazili u porodicu *pater familias* - a.

U izvorima se često navode „kraljevski zakoni“ (*leges regiae*) kao važan prava iz prvog perioda razvoja rimske države kada je po legendi vladalo sedam kraljeva. I pored kontraverzi u pogledu vremena nastanka i karakteru „kraljevskih zakona“, oni su nezaobilazan dokaz da je u najstarijem dobu rimskog društva porodični život bio uslovjen neograničenim pravima oca. Tako, Dionisije, iznoseći Romulove zakone kaže: "Romul je ocu predao potpunu vlast nad sinom i to doživotno; bilo mu je dopušteno da sina baci u tamnicu, da ga izbatina, da ga vezanog prinudi na poljo-

⁶ D. Norr, nav. delo, str. 350.

⁷ D. Norr, isto.

⁸ Navedeno prema: M.Mladenović, *Razvod braka*, Beograd, 1964. str. 37.

privredne radove, ili da ga ubije... Takođe je ocu bilo dopušteno da prodaja sina... Šta više, otac je sve do treće prodaje sticao sve ono što bi sin zaradio... posle treće prodaje sin se oslobođa oca".⁹ Pre nego što bi otac izrekao smrtnu kaznu svom detetu morao je da konsultuje bliske rođake (*consilium propinquorum*), iako ga njihovo mišljenje nije obavezivalo. Jedna odredba iz *kraljevskih zakona* koja se takođe, pripisuje Romulu, a tiče se prihvatanja i izlaganja tek rođene dece, govori o tome kako je otac po svom nahođenju odlučivao da li će priznati decu koju mu njegova žena rodi ili će ih izložiti van kuće, prepustajući ih onome ko želi da ih uzme. Pri tome je Romul odredio da je *otac bio dužan prihvativi svu mušku novorođenčad i prvorodenu kćer, izuzev nakazne dece*.¹⁰ Život ženskog deteta, izuzev prvorodenog, potpuno je bio prepušten volji *pater familias-a*. To je dalje značilo da ih je izlažući van kuće osuđivao na smrt ili u najboljem slučaju na ropstvo.¹¹

Kao dokaz da su još stari narodi znali da rađanje dece može značajno da pogorša ekonomski, a time i društveni položaj porodica sa decom - pripisuje se kralju Tul Hostiliju koji je odredio da će se „*onome kome se rode tri sina blizanca iz javnih sredstava izdvajati hranarina sve do punoletstva dece*“.¹² Država je najverovatnije bila više zainteresovana za muško potomstvo gledajući u njima ratnike.

Isključiva i dominantna uloga *pater familias-a* prema svim članovima svoje porodice, pa i deci, u vreme Carstva je najpre ograničena, da bi u četvrtom veku (pod Valentijanom I) ovo ovlašćenje bilo sasvim ukinuto. Jedan vid zaštite čoveka (rimskog gradanina) još dok je u majčinoj utrobi nalazimo u Zakonu 12 tablica koji je propisivao „kaznu za onoga ko sahrani ženu u poodmakloj trudnoći, ako pre toga ne izvadi dete i proveri da li je sposobno za život“¹³ tj. da li diše, plače i da li ima ljudski oblik. Kasnije dokaze da je rimska država ograničila „roditeljsko pravo“ nalazimo u okolnosti da se praktikovalo da ukoliko bi otac zloupotrebio svoje „pravo života i smrti“, mogao je „zaraditi“ cenzorsku belešku (*nota censoria*); cenzor bi u cenzorskom spisku stavljanjem ove note pored

⁹ Dionysius, *Antiquitates Romane II*, 26,27. Deo ovog zakona sadržan je u rekonstrukcijama Zakona XII tablica, IV, 2.

¹⁰ Dionysius, nav. delo, II, 15, 2.

¹¹ P. Grimal, *Rimska civilizacija*, Beograd, 1969., str. 109.

¹² Dionysius, nav. delo, 3. 22, 10: „*Lex lata est ...iubens si cui trigemini nascerentur filii, ei de publico alimenta ad pubertatem usque suppeditari*“; navedeno prema: A. Romic, *Izvori rimskog prava*, Zagreb, 1973., str. 14.

¹³ Navedeno prema: A. Malenica, *Rimsko pravo*, Novi Sad, 2008., str, 189.

konkretnog imena, proglašavao takvog oca „infamnim“, nečasnim, što je imalo ozbiljne posledice.

Pred kraj republike dolazi do slabljenja porodične kohezije, do ublažavanja strogosti morala, bogaćenja pojedinaca preko noći raznim novčanim transakcijama i finansijskim malverzacijama, što dovodi do potpunog sloma porodice. Kada se vlast šefa porodice svela na ravnopravan, tolerantan i iznad svega moralan odnos, zaživelo je jedno specifično pravo - rimskega *ius liberorum* („pravo preko dece“). Upravo tada, kada se dešavaju značajne promene u društvenoj strukturi i kada je sve razvijenija robna proizvodnja i razmena, posebno se insistira na rađanju što većeg broja dece. Taj imperativ Rimljani slede ne samo da bi imali što više ratnika već i da bi većom populacijom uticali na produktivnost rada. U vreme ekonomske krize koja je zahvatila rimsko društvo i zbog velikih gubitaka u ljudstvu koje je ginulo u ratovima koje je vodila rimska država osvajajući svet i postajući velesila – zbog nedovoljnog rađanja dece, država je bila primorana da interveniše na planu zaključenja braka i rađanja legitimnih potomaka.

Da su Rimljani dugo vremena suštinu braka videli u potomstvu proizilazi iz rečenice: "*Uxorem ne liberorum procreandorum habes*" („ženim se da bih imao dece“) – što je bio odgovor rimskog građanina na pitanje cenzora pri zaključenju braka; tek nakon dobijanja potvrđnog odgovora, censor je priznavao brak kao *matrimonium iustum*.¹⁴ Na stranu, što su kaznene mere za one koji se nebi pridržavali obećanog, tj. koji ne bi ispostovali datu zakletvu, bile minimalne, pa se angažovanje cenzora na zaključenju brakova i rađanju dece u njima pokazalo uzaludnim.

Situacija je bila drugačija za vreme vladavine imperatora Avgusta. Njegov pristup reformama u državi i društvu bio je vođen željom za ponovnim uspostavljanjem onih dobrih običaja za koje se verovalo da su postojali u prošlosti. Sam Avgust kaže: „*Sa mojim zakonima, donetim na moju inicijativu, ponovo sam uspostavio mnoge uzorne običaje naših predaka, koji su u naše doba pali i zaborav i uspostavio sam čak i za kasnije godine, uzorne standarde na mnogim poljima*“¹⁵. Avgust je kao mudar vladar dobro znao, da je porodica sa decom stub svakog društva. Sluteći do čega će dovesti rastući nemoral u društvu, odlučio je da preduzme neke mere u cilju učvršćivanja braka i porodice. Težeći da obnovi rimske tradicionalne vrline, odnosno da učvrsti novi poredak, donosi čitav niz zakona kojima propisuje značajne obaveze lične prirode za rimske građa-

¹⁴ Svetonije, *Julije Cezar*, 52.

¹⁵ D. Norr, nav. delo, str. 351.

ne. Iako svojim ličnim primerom nije do kraja ostao dosledan svom zakonodavstvu,¹⁶ smatrao je da treba naći načina, pa ako treba i naterati pojedince, da nešto učine za opštu stvar - za očuvanje i prosperitet rimske države. Posebno je bio ugrožen opstanak najbogatijih Rimljana, slobodno rođenih koji su bili najraskalašniji i koji su, plašeći se za svoje bogatstvo, nerado zaključivali brakove i tako ostajali bez legitimnih naslednika. Kako je iz tih viših slojeva rimskog stanovništva, regrutovan vladajući kadar u magistratima, provincijama itd., pomoću kojeg je imperator Avgust obezbeđivao dominaciju "čistokrvnih" Rimljana nad konglomeratom različitih naroda koji su ušli u sastav Rimskog carstva - upravo toj Avgustovskoj uzdanici pretilo je izumiranje. Avgust je „izdvojivši Rim i Italiju kao centar tadašnjeg sveta,¹⁷ a provincije kao „imanja rimskog naroda“¹⁸ - bio ubedjen da su samo „čistokrvni Rimljani“, dostojni da vladaju Rimom, odnosno da samo oni mogu da budu vladari sveta.

Period neposredno pre i u vreme vladavine imperatora Avgusta (27. 14. god n.e.) u literaturi se uobičajeno opisuje kao period u kome rimska država, od republike postaje najpre „prikrivena, a potom otvorena monarhija“ uz dužu fazu unutrašnjeg mira i prosperiteta nakon dugogodšnjih građanskih ratova. Rimsko stanovništvo je u vreme Avgusta skoro prepolovljeno, ne samo zbog minulog građanskog rata već i zbog svakodnevne

¹⁶ Kako to obično biva u životu, između Avgustovog ličnog života i njegovog zakonodavstva koje se odnosilo na brak i porodicu, postojao je nesklad. Iz dragocenih podataka i ocena o Avgustu koje pružaju: Vergilije (*Georgica*), Horacije (*Odae, Satire, Epistolae*), Apijan (*De bello civile*), Plutarh (*Vitae parallelae*), Svetonije (*De vita cesarum*), Tacit (*Anales*), Beken (*Imperator Avgust*) – proizilazi da je on imao veoma problematičnu porodičnu situaciju. Uzalud je on tvrdio da želi svojim zakonima da “učvrsti porodični moral i da vrati običaje predaka“ on je svojim ličnim primerom radio suprotno. Tri puta je zaključivao brak. Sa prvom ženom Klodijom se razveo. Sa drugom ženom Skribonijom živeo je dok je bila tuđa žena (i time pokazao da preljuba i nije neki zločin, ako je izvrše pripadnici vladajuće klase. Liviju je oteo od muža (Nerona) kao trudnicu pred porođajem... Svetonije opisuje Avgusta kao “hladnog račundžiju kome nije bilo ništa sveto; tako na primer da bi ispitao namere svojih protivnika nije prezao da se upusti u veze sa njihovim ženama...Takvi i slični postupci su bacali senku na *Zakon o preljubi*, čiji je on tvorac. U izvorima skoro da нико не spori njegov uspeh u javnom i političkom životu ali se skoro svi slažu da u privatnom životu nije imao puno sreće; posebno u pogledu potomaka koji bi ga nasledili, sudbina mu nije bila naklonjena. Iz braka sa Skribonijom koji je kratko trajao imao je kćer Juliju, a iz braka sa Livijom imao je sina Druza koji mu umire u 23.-oj godini i više Avgust sa ženom Livijom (s kojom je ostao do kraja života) nije imao dece. Nasleđio ga pastorak Tiberije....

¹⁷ DŽ. Beken: *Imperator Avgust*, prevod: LJ.Popović, Subotica-Beograd, 1969, str. 199

¹⁸ Rostovcev: *The social and economic and economic history of the Roman Empire*, str. 148.

opasnosti po goli život od progona vladara (u vreme proskripcija), usled čega ničiji život nije bio bezbedan, posebno onih najimućnijih (uskog kruga aristokratije o kojima Avgust posebno brine).

Posle užasa građanskih ratova, pripadnici vladajućeg sloja uživaju u miru koji im je Avgust omogućio (mir je trajao skoro 40 godina). Oni su svojim raskalašnim i raspusnim životom uticali i na obične ljudе da menjaju stare običaje življenja. Dolazi do sveukupnog slabljenja stabilnosti porodične zajednice oličene u vlasti šefa porodice. U stroge moralne kodekse patrijarhalne porodice uvlači se sve slobodniji način života. Na to je najviše uticaja imalo ogromno bogastvo koje se gomilalo u rukama pojedinaca i veliki broj robinja. Ništa više nije sveto, ni brak ni porodica. Stari običaji bivaju zamenjeni novim koji počivaju na razvratu, nemoralu i prostituciji.¹⁹ Elementi patrijarhalnog načina života u braku i porodici gube svoje značenje u sveopštem moralnom rasulu; vrednosti su poremećene i ljudi želeći da što više ugrabe od života najmanje razmišljaju o braku koji se u ovom periodu nerado zaključuju jer su ljudi okruženi „jatom kurtizana“ zaboravljali na svoju prirodnu obavezu da zasnuju porodicu i da sa svojim potomstvom doprinesu sveopštem cilju – jakoj i stabilnoj državi. Izbegavani su novi brakovi (jer su isti stvarali obaveze, decu i brige), ali su i oni već zaključeni brakovi nestabilni jer su preljube i razvodi svakodnevna pojava. Slabljenje ugleda braka i porodice imalo je za posledicu smanjenje stanovništva rimske imperije u celini.

Predstavnici državnih organa ne mogavši više da ravnodušno posmatraju opadanje broja stanovnika - drže govor i apeluju na neženje i usedelice da pod hitno zaključuju brakove i rađaju decu. U tim aktivnostima se posebno ističe Cecilije Mecela, cenzor, koji nakon javnih tribina (na kojima prekoreva neženje što se ne žene, mada priznaje da su žene nužno zlo) prelazi na radikalnije mere tako što počinje da izbacuje neženje iz Senata.²⁰

Imperator Avgust, poistovetivši se sa državom, zadire u prava pojedinaca i naređuje im da nešto urade zarad opštih (viših) ciljeva. Donosi poznate „kadukarne zakone“ koje čine: *Lex Iulia de adulteriis*, - Zakon o preljubi, *Lex Iulia maritandis orddinibus* (iz 18. godine pre n.e.) i *Lex Papia Poppaea* iz (9. godine posle n.e.) - Zakon o zaključenju braka i rađanju potomstva. Krajnji cilj ovih „kadukarnih zakona“ je demografski i

¹⁹ M.Mladenović, nav. delo, str. 41.

²⁰ O društvenoj atmosferi koja je pratila donošenje „kadukarnih zakona“ veoma iscrpo govori M.Jovanović u svojoj doktorskoj disertaciji *Avgustovo bračno zakonodavstvo (Kadukarni zakoni)*, Beograd, 1944., str. 41-47.

isti je trebao da se realizuje rađanjem dece u braku sklopljenom na zakonit način. Kao i zakoni o oslobođanju robova i ovi su „zakoni bazi-rani ne samo na demografskim već i na socijalno-političkim ciljevima, jer žele da italsko demografsko jezgro, koje je stvorilo rimske carstvo, održe zdravim i jakim, naročiti gornje slojeve gde se javlja pojava manjeg broja sklopljenih brakova i manjeg broja dece rođene u legitimnim brakovima“.²¹

Kako se donošenjem navedenih zakona prevashodno želelo podizanje ugleda i dostojanstva braka, proglašeno je zaključenje braka za primarnu obavezu svakog Rimljana. Kako je postizanje tog cilja zahtevalo niz normi koje zalaze u brojne domene prava i života, Avgust je s jedne strane, uskom krugu aristokratije propisao niz novih bračnih smetnji koje nisu smeće da postoje pri zaključenju braka,²² a s druge strane, zakonskim putem sankcionisao *celibat* (neženjstvo) i brakove bez dece (*orbi*), koji su sve više postajali masovna pojava. Išlo se dotle da se smatralo da javne poslove ne mogu dostojarstveno obavljati „moralno propala i okaljana lica“, a takva su on lica koja se nisu mogla nazvati nečijim mužem ili ocem.²³ Želeo se moralni preporod društva, ali "rimskoj, moralno propaloj i telesno degradiranoj naciji više nije bilo leka".²⁴

Imperator Avgust, pored navedenih mera, izvlači iz zaborava i jedno specifično pravo - rimske *ius liberorum* - „pravo preko dece“, (koje srećemo još na početku rimske istorije) i nalazi mu mesto u svojim „kadukarnim zakonima“. To pravo je omogućavalo licima koja su imala decu (rođenu ili usvojenu) da po tom osnovu ostvare ili ne ostvare neko pravo. Kadukarni zakoni su predviđali privilegije za udate žene sa određenim brojem dece, a „matorim momcima“ i „usedelicama“ su uskraćivali pravo

²¹ M. Kaser Romisches Privatrecht, Minhen, 1986., str. 262

²² Između ostalog, dugo je bilo zabranjeno članovima senatskog reda da zaključuju brakove sa oslobođenicama (*lex Papia Popea*). Razlog za takvu zabranu treba tražiti u težnji da se sačuva rimsко-latinski elemenat u višim slojevima društva, tj. da građane sačuvava od „priliva tude ropske krvi“. Zabranjen je bio brak između „aktera“ preljube jer se u vreme Avgusta na preljubu gleda kao na javni delikt (zločin) za koji je izricana kazna progonstva. Konstantin je kasnije za taj delikt predviđao smrtnu kaznu, a Justinijan je preljubnicu zatavarao u manastir, odakle bi je muž, ako bi joj oprostio, mogao oslobođiti, ali tek nakon dve godine koje bio ona provela u manastiru. I u vreme Avgusta, a i kasnije, dugo je bio zabranjen brak sa ženama koje vode nečastan život ili se bave nečasnim zanimanjem (prostitutke i glumice, robinje, krčmarice)

²³ G. Geršić, *Sistem rimskoga privatnoga prava*, Beograd, 1882. god., str. 214

²⁴ D. Aranelović, *Rasprave iz privatnog prava – Jedan rimski zakon protiv matorih momaka*, Beograd, 1913., str. 159.

nasleđivanja po testamentu“²⁵ Matorim momcima su smatrani oni muškarci koji ne bi zaključili brak u starosnoj dobi od 25-60 godina, a u sedelicama su smatrane žene koje ne bi zaključile brak od 20-50-te godine života. To se odnosilo i na udovce, udovice i razvedene u tom uzrastu koji su morali da se ponovo udaju i žene. Oni koji su želeli da se razvedu mogli su to da urade tek kada dokažu da će zaključiti novi brak. Od ove obaveze oslobođani su snagom *ius liberorum*-a muškarci koji dobiju najmanje troje bračne dece, kao i žene, koje su najmanje tri puta rađale.²⁶ Iako bi to sa današnjeg poimanja stvari bilo klasično „ograničavanje ličnih sloboda pojedinaca“, prvi put se tada u ljudskoj istoriji, u interesu održavanja društva, zakonskim merama radi na „povećanju nataliteta“. Od tada pa tokom trajanja rimske imperije prisutna je ideja da brak, porodica i deca nisu privatna stvar građana, već političko i socijalno pitanje za koje je prvenstveno zainteresovana država. Romanisti se uglavnom slažu da je „pravo po osnovu dece“ prvi put jasno definisano kroz takozvano "kadukarno zakonodavstvo" imperatora Avgusta, ali da korene ovog prava nalazimo mnogo ranije, još u prvim danim stupanjima Rimljana na istorijsku pozornicu.

U vreme Avgusta i pored okolnosti da su vanbračna deca retko mogla uticati na status roditelja, izuzetno su majci mogla koristiti vanbračna deca, u vezi sa njenim statusom, ukoliko je na primer bilo reči o časnoj libertinki (oslobođenici), koja je bila konkubina patrona; oslobođenik Latin je mogao da stekne rimsko građanstvo, ukoliko bi, uz druge uslove dokazao da se oženio radi dece i dokaže pred patronom ili upravnikom provincije da ima dete od godine dana starosti.²⁷

U rimskom društvu u vreme imperatora Avgusta lica koja uopšte ne bi zaključila brak u navedenom životnom dobu, nazivana su posebnim imenom *persona incapax*. Sustizale su ih sankcije imovinske prirode: lišavana su prava testamentalnog nasleđivanja, odnosno, neoženjeni su potpuno lišavani sposobnosti sticanja po osnovu testamenta.²⁸ Njima su se dešavale paradoksalne stvari jer bi najpre bili imenovani za naslednike, ali ostavštinu nisu mogli steći; ostavljan im je rok od 100 dana da zaključe brak. „Snalažljivi“ su u takvoj situaciji pribegavali zaključenju fiktivnih brakova „ne zbog naslednika već zbog nasledstva“. Pored sankcija imovinske prirode neoženjenje su stizale i sankcije lične prirode. One su

²⁵ O.Stanojević, *Rimsko pravo*, Beograd, 2000., str. 63.

²⁶ M.Kaser, nav. delo str. 262-263.

²⁷ Gaj *Institucije*, I, 29; Ulpijan, *Regule*, 3, 3.

²⁸ Gai, Inst. 2.144; 2.286; Ulpiani Reg. 13; 14, 1; 16,3; 17,1; 22,3.

se sastojale u zabrani učestvovanja u oblasti javnog života; tako na primer lica koja ne bi zaključila brak u navedenom životnom dobu, nisu imala pravo da budu birana na neku od visokih funkcija (konzul, upravnik provincije itd.) i nisu mogla da učestvuju na različitim svetovnim i religijskim svečanostima.²⁹

Bračna deca su donosila Rimljanim mnogobrojne pogodnosti i privilegije. Pravo preko dece (*ius liberorum*) se u rimskoj državi moglo steći ali je moglo biti i dodeljeno zaslужним pojedincima, od strane senata ili imperatora; prvi slučajevi su praktikovani u vreme vladavine Avgusta, a drugi nakon njegove vladavine.

Sticanje i dodela *ius hierorum-a* je predstavljalo izuzetno veliku privilegiju iz razloga što su prava koja su se sticala po osnovu roditeljstva, odnosno po osnovu potomstva, imala odraz na nekoliko oblasti: U oblasti ženskog tutorstva kadukarni zakonini imeratora Avgusta uneli su velike promene. S obzirom da je žena nakon punoletstva i dalje bila pod tutorstvom (*tutela mulierum*), da bi bila oslobođena od tutorstva svog bivšeg patrona ili njegovih sinova – morala je da ima decu.³⁰ Da bi stekla ovu privilegiju slobodno rođena žena (*ingenua*) morala je da rodi troje dece, a oslobođenica - ropkinja (*libertina*) četvoro dece, jer je tako nalagalo *ius liberorum*.³¹

U oblasti *nasleđivanja* - kao nagradu za oženjene ljude i za očeve familija, *Lex Iulia et Papia Poppea* je odredio da sve što je u jednom testamentu zaveštano neoženjenim i neudatim licima – pripada u testamentu spomenutim naslednicima ili legatarima koji imaju decu; a ako takvih nema, onda državi.³² ... Po odredbama navedenih kadukarnih zakona, svaki čovek mora da ima najmanje jedno zakonito dete, neslobodna žena - troje dece, oslobođena robinja – četvoro (*ius quattuor liberorum*). U slučaju neispunjerenja ovih uslova, krivci su lišavani delimično ili potpuno prava testamentalnog raspolažanja i prava da budu naslednici. Ljudi bez dece (*caelibes*) ili žene sa manje od troje odnosno četvoro dece, nisu mogli da raspolažu sa polovinom svoje imovine. Neženje su bile potpuno lišene ovog prava. Bračni parovi bez dece ne mogu činiti međusobna raspolažanja. Obrnuto, oni koji imaju decu mogu prilikom nasleđivanja primiti deo nasleđa onih naslednika bez dece, koji oni ne mogu primiti. To iz razloga što se smatralo da je njihov deo nasleđa „zastareo“ i „otpada“ (*caduca*) na

²⁹ Ulpiani, Reg. 15.

³⁰ Gaj, *Institucije*, I, 145.

³¹ Paul, *Sentencie*, 4,9,1.

³² D. Arandelović, nav. dlo, str. 157.

druge naslednike testamenta ili vlasnike legata (ukoliko imaju najmanje jedno dete). U pogledu međusobnog nasleđivanja supružnika, Ulpijan u Regulama navodi da je jedno zajedničko dete bilo dovoljno supružnicima za sticanje pune *capacitas* u međusobnim odnosima.³³ Supružnici koji nisu imali dece mogli su da naslede samo polovinu nasledja.

U oblasti *obavljanja državnih funkcija – ius liberorum* je bio od značaja jer je omogućavao muškarcima zauzimanje najviših javnih funkcija. Ko će biti konzul ili guverner provincije, nije zavisilo toga ko je stariji ili čuvjeniji po poreklu, već od toga da li spada u kategoriju *patres*; da li je potencijalni pretendent na tu visoku funkciju oženjen sa bračnom decom. Mnogi rimske pisci, među kojima i Svetonije, pružaju dokaze o tome da je Avgust, očeve porodica često hvalio i novčano nagradivao.³⁴ Pri tome su prednost imali oni sa više dece nad kandidatima sa manjim brojem dece; odnosno, prednost je imao onaj sa jednim detetom nad onim ko nema dece.³⁵ Ipak, da se nije uvek zahtevao veći broj dece potvrđuje često citirana Gajeva rečenica „*da nije bez dece (sine liberis) onaj ko jednog sina ili kćer ima*“.³⁶ Rimljani nisu bili naivni kada su u odabiru ko će im voditi zemlju i štititi rimske interese, vodili računa i o navedenom kriterijumu.

Otat sa *ius liberorum* se po Avgustovom porodičnom zakonodavstvu, mogao oslobođiti još nekih javnih obaveza (*excusatio*), uključivši i obavljanje tutorstva. To iz razloga što je biti tutor predstavljalo teret za očeve porodica koji su morali da brinu i o vlastitoj deci. Da bi se neko oslobođio te obaveze morao je imati legitimnu, bračnu decu. Tako je rimski građanin koji je živeo u Rimu, ukoliko je imao troje dece oslobođan od takozvane, *munera publica* (javne dužnosti da bude tutor), a ako je živeo u Italiji ili provinciji - tada se oslobođao navedenih dužnosti ukoliko je imao četvoro dece.³⁷

U rimskoj državi nije samo od roditelja zavisilo da li će steći *ius liberorum*. U nekim (retkim) slučajevima *ius liberorum*, kao skup privilegija stečenih preko rođene dece mogao se steći i *dodeljivanjem* istog od strane najpre senata, a potom i imperatora. Tako je pomenuto pravo mogao imati i neko ko nema dece ili ih nema u dovoljnem broju (troje, od-

³³ Ulpijan, *Regule*, 16, 1a.

³⁴ Svetonije, *O životu careva*, Avgust, 46.

³⁵ Gaj Plinije Mladi: *Pisma*, prevod: A. Vilhaar, 1982., 1982., VII, 16.

³⁶ Gaj, *Digesta*, 59, 16, 148.

³⁷ A.Romac, A.Romac, *Rečnik rimskog prava*, Zagreb, 1975., str. 507.

nosno četvoro).³⁸ Sa praksom dodele *ius liberorum*-a počelo se već u doba Avgusta. Prva osoba kojoj je bilo dodeljeno to pravo pretpostavlja se da je bila upravo Avgustova supruga Livija.³⁹ Senat joj je dodelio pomenuto pravo ne samo zbog toga što su je uvažavali već možda i iz želje da se dodvore Avgstu.

Želja imperatora Avgusta da svojim zakonodavstvom izvrši demografsku reformu rimskog društva kroz poboljšanje porodičnih i bračnih odnosa, nije urodila plodom. Da skoro sve ostane samo na pokušaju, doprinele su mnoge okolnosti. Među njima, veoma bitan razlog bila je Avgustova nedoslednost jer on ličnim primerom nije ostao veran svojim reformatorskim idejama. Sa svojom nesrećnom i nesredenom porodičnom sudbinom zadao je težak udarac svom zakonodavstvu: udavao je svoju jedinu kćerku i unuku po vlastitom planu i ne pitajući ih za mišljenje. One su mu vraćale istom merom: zbog svog raskalašnog života sam Avgust je bio primoran da ih osudi na progonstvo. To što je više bio zauzet javnim poslovima i bio veštiji u kontrolisanju javnog života od privatnog života svoje porodice, vratilo mu se kao bumerang.⁴⁰ Ništa bolje nije prošao i njegov pokušaj da ograniči „priliv tuđe i ropske krvi“ kako bi izvršio duhovni i moralni preobražaj rimskog naroda. Njegovi naslednici na prestolu u toku prvog veka nove ere, predstavljali su ogavni primer neverovatnog poroka i polnih nastranosti, pa se s pravom smatra da je to najmračniji period u razvoju rimskog društva jer je ispunjen surovim obračunim, raznim izopačenostima i monstruoznim ljudima i ženama.⁴¹

³⁸ Dion Cassius, *Hist. Rom.* 55,2,5-6, pruža podatke iz kojih proizilazi da se *ius liberorum* mogao dodeliti muškarcima i ženama, pojedinom licu ili grupi lica, trajno ili privremeno milošću (*in via gratiosa*) senata, odnosno imperatora.

³⁹ Livija je imala dva sina iz prethodnog braka. Sa Avgustom nije imala dece, ako se izuzme njihovo zajedničko dete koje je umrlo prerano. Avgust je imao samo jedno dete – Juliju (iz prethodnog braka sa Skribonijom), koju je udavao tri puta i usvojio je unuke. Tako je uz rođenu kćer imao i dva usvojenika Gaja i Lucija (decu Julije i Agripe). Time je bio ispinjen uslov da ima troje dece, što i nije bilo od velikog značaja s obzirom da je imperator bio iznad zakona. Navedeno prema: Svetonije, *Avgust*, 63.

⁴⁰ DŽ. Beken, nav. delo, str. 85.

⁴¹ Posle Avgusta nastupio je period monstruoznih čudovišta u liku nekih poznatih žena, od kojih su se naročito isticale Mesalina i Julija Agripina. Mesalina je primer najvećeg seksualnog sadiste u istoriji; njena pohota je nosila u sebi rizik smrti i ostalo je zabeleženo da je napuštalа prestо carice da bi posećivala javne kuće. Agripina je živila u incestu sa svojim bratom Kaligulom. Ovo monstruozno ponapanje nije prekidano ni dilaskom na vlast Nerona čiji je porodični život takođe bio natopljen krvlju. Istorija ga pamti po ubistvu majke Agripine Mlade koja je sina dovela na prestо nakon što je otrovala muža Klaudija. On joj je pokazao “zahvalnost” za to tako što joj je osudio na smrt jer se suprostavila njegovom braku sa ljubavnicom Popejom Sabinom. Svoju prvu ženu Oktaviju je prognao

Tiberije (14. - 37. god. n. e.), po tvrđenju Tacita prekida sa Avgustovom praksom pomaganja očeva sa više dece, koji su mu se obraćali za pomoć.⁴² Takođe Tiberije nareduje da se za novac ne sme prodavati ni jedna žena čiji je ded, otac ili suprug bio rimske plemić ili je to trenutno. Među ostalim Avgustovim naslednicicima, kao primer da je imperator dodeljivao *ius liberorum*, u izvorima se navodi Klaudijevo (41.- 54 god. n.e.) nagrađivanje žena koje su gradile brodove; njima je dodeljivano ponenuuto pravo nezavisno od toga da li su udate ili ne.⁴³ Nakon vladavine Klaudija i dolaska Nerona na vlast (54. – 68. god. n.e.) nema pouzdanih podataka o individualnom dodeljivanju *ius liberorum*-a. U "Pismima" (Epistulae) Plinija Mlađeg, nalaze se podaci o dodeli *ius liberorum*-a u doba vladavine Trajana (98 -17. god. n. e.). Privilegiju prava roditelja sa troje dece (koja je bila osnov za dodeljivanje visokih državnih funkcija) car Trajan je dodelio Pliniju Mlađem i Svetoniju Trankvilu; obojica su zauzimala visoke položaje u državi.⁴⁴

U periodu principata majke kojima je bilo priznato *ius lieberorum*, nisu samo oslobođane tutorstva već su sticale i mogućnost da naslede svoju decu. To je omogućila jedna konstitucija iz vremena vladavine Hadrijana (117-138.) - *Senatus Consultum Tartessianum*, koja predstavlja nastavak reformi *ius liberorum*-a. Tom konstitucijom je izmenjeno dotadašnje pravilo (iz Zakona 12 tablica) da je majka mogla naslediti svoju decu samo ako je između njih postojala agnatska veza, tj. ako su bili podređeni jednoj očinskoj vlasti. Ovom konstitucijom, naime, žena koja nije bila *in manu* sticala je civilna naslednopravna ovlašćenja prema svojoj deci, uz pretpostavku da je imala *ius liberorum* tj. ako je slobodna žena bar tri puta rodila; ako njen sin nema kao naslednika ni „svoga“ (*suus*) oca ni brata po ocu; ako pak postoji sestra po ocu, određeno je da obema (tj. majci i sestri) pripadne nasledstvo.⁴⁵ Justinijan je na kraju ukinuo uslov da majka mora da ima *ius liberorum* da bi nasledila svoju decu. Paul u vezi sa ovim

iz Rima pod lažnom optužbom za preljubu, a potom naredio da joj se odrubi glava. Za treću ženu odabrao je čuvenu Statiliju Mesalinu nakon što je naterao njenog muža da izvrši samoubistvo; njegovo paljenje Rima je posebna priča.... – Videti: M.Mladenović, nav. de lo, str. 43.

⁴² Tacit, *Anali*, III, 28.

⁴³ Svetonije, *Klaudije*, 19.

⁴⁴ Plinije Mladi, *Pisma*, 2,13,8.

⁴⁵ M. Kaser, nav. delo, str. 307; Ulpijan, *Epitome*, 26,8. *Intestati filii hereditas ad matrem ex lege duodecim tabularum non pertinet: sed si ius liberorum habeat ingenua trium (...) legitima heres sit ex senatus consulto Tertulliano, si tamen ei filio neque suus heres sit (...) neque pater (...) neque frater consanguineus: quod si soror consanguinea sit, ad utrasque pertinere iubetur hereditas.*

sentatskim mišljenjem kaže da „*ius liberorum* ima majka koja troje dece ima ili ih je imala, kao i ona koja niti ih je imala niti ih ima; ima ih ako su deca živa, nema ih ako ih je izgubila; a nema ih niti ih je imala ona koja je carskom milošću *ius liberorum* stekla.“⁴⁶

Sa Konstantinom otpočinje period učvršćivnja braka i porodice s hodno hrišćanskoj doktrini. Hrišćanstvo iz vremena kada još nije postalo priznata religija, nije priznavalo realistički cilj zaključenja braka, svojstven rimskom i antičkom braku koji insistiraju na rađanju dece u što većem broju. Stara hrišćanska crkva propagira idealističko, a ne realističko gledište o cilju zaključenja braka; brak treba zaključivati radi zajedničkog života i duhovnog jedinstva dvoje ljudi; rađanje dece ne sme biti moranje. Misao o tome da je rađanjs dece nezavisno od čoveka, da predstavlja produženje božje tvorevine i da su deca dar božji - u Bibliji se može sresti na više mesta.⁴⁷

Dolaskom na vlast, prvi hrišćanski car Konstantin generalno ukida sankcije za neoženjene i supružnike bez dece i svim licima priznaje *ius liberorum*, bez obzira na status koji su ta lica zauzimala u društvu i bez obzira na broj dece.⁴⁸ Time, međutim, nije konačno rešeno pitanje *ius liberorum-a*, s obzirom da se u izvorima mogu sresti podaci koji govore o to-

⁴⁶ Paul, *Sentencie*, 4,9,9.

⁴⁷ Onog momenta kada je hrišćanstvo postalo jedina dozvoljena religija u Rimskom carstvu (380. godine), crkva je zaboravila na početni zadatak hrišćanstva - da podigne izopačeni moral i navede ljude da žive u monogamnom braku gde su muž i žena jedno biće i gde se brak zaključuje njihovim pristankom i obostranom ljubavlju. Apostol Pavle u Poslanici Kornićanima, Gl. VII,2. kaže: "Za čoveka je dobro da se ne dotakne žene...brak je nisko stanje; dobro je ženiti se a još bolje ne oženiti se". Novo kanonsko pravo slavi celibat jer počiva na shavatanju daje brak "nužno zlo koje treba tolerisati i po mogućству smanjiti njegovo zaključenje" (A. Božić, *Položaj žene u privatnom pravu*, Beograd, 1939., str. 48). Jedino zbog rađanja dece su dozvoljeni polni odnosi među supružnicima. Kada je 1054. godine izvršena podela na Zapadnu (katoličku) i Istočnu (pravoslavnu) crkvu, uz neke dijametralno suprotne demagoške razlike između ove dve crkve, na videlo su izbile i razlike koje su se ticale rađanja dece. U vezi s tim katolička crkva je zadržala raealistički cilj braka, insistirajući na rađanju što većeg broja dece, dok se pravoslavna crkva priklonila idealističkom cilju braka: brak se zaključuje radi zajedničkog života, radi stremljenja ka savršenstvu i punoći života: shodno tome rađanje dece je dar božji.

⁴⁸ Posebnom konstitucijom iz 320. godine n.e. (C. Th. 8,16,1: *De infirmandis celibatus et orbitatus*) bilo je predviđeno da "oni kojima je po starom pravu, kao neoženjenima, zakon pretio kaznama, da budu slobodni i da tako žive i da se pomognu ubrajanjem u one koji su brak sklopili, te da svi jednako steknu položaj kakav zaslužuju". Ovu konstituciju kojom se formalno oslobođaju sankcija neoženjeni i oni bez dece kasnije preuzima i Justinijan i nalazi joj mesto u Kodeksu (C Th. 8.16.1 - C 8, 57 (58), 1).

me kako su imperatoru i nakon 320. godine upućivane molbe za dodelu *ius liberorum*-a.⁴⁹

Po ugledu na svoje prethodnike i Justinijan u svom bogatom zakonodavnom radu formalno oslobađa sankcija neoženjene i one bez dece. Nakon što je najpre izvršio važne promene u porodičnim odnosima (agnatsko srodstvo je zamenjeno kognatskim) usredsredio se na šefa porodice kome je oduzeo ono čuveno „pravo života i smrti“ prema novorođenčetu; morao je da prihvati svu novorođenu decu u svojoj porodici. Ukinuo je većinu bračnih smetnji; za razliku od Avgusta koji je tolerisao konkubinat (smatrajući ga „nižom vrstom braka“ i tolerisao vanbračnu decu rođenu u tim vezama), Justinijan je pogoršao položaj vanbračnih partnera i vanbračne dece iz tih veza.

%

I danas, svako društvo koje teži da počiva na zdravim osnovama, treba da posvećuje dužnu pažnju rađanju potomstva: dobro se zna da deca su ta koja jednu državu obnavljaju, podmlađuju i održavaju. I ako se zna da je reprodukcija stanovništva od velikog značaja za demografski razvoj jedne zemlje, danas se u Srbiji ne obezbeđuje ni prosta reprodukcija stanovništva. Olako se prelazi preko činjenice da od nivoa i kretanja reprodukcije stanovništva, zavisi u prvom redu veličina i dinamika prirodnog prirašataja i ukupnog porasta stanovništva. Poražavajuća je činjenica da Srbija svake godine ima manje stanovnika za trideset hiljada, jer toliko ljudi umre godišnje. Stopa fertiliteta (broj živo rođene dece) daleko je ispod stope mortaliteta i tu se zadugo neće moći ništa značajno izmeniti s obzirom da problem nedovoljno rođene dece traje suviše dugo, bez da su se preduzimale adekvatne mere od strane države. Plašeći se da se ne zadire u subjektivna prava pojedinaca, kojima je ostavljeno na volju da li će ili neće imati dece, najveći broj naselja je osuđen na biološko izumiranje.

I po pitanju populacione politike i rešavanja demografske krize, treba se ugledati na Rimljane. U današnjoj sveopštoj krizi (političkoj,

⁴⁹ Tako su Arkadije i Honorije 396. godine doneli konstituciju kojom su želeli da olakšaju sticanje pomenutog prava (C.Th. 8,17,1.); Honorije i Teodosije su 410. godine doneli konstituciju *De iure liberorum* kojom su između ostalog i ukinuli *ius liberorum* u formi kao da ga svima dodeljuju (C.Th. 8, 17, 3); I ovu je konstituciju kasnije Justinijan pruzeo (C. 8, 58, (59), 1,2.) U Justinijanovo doba koje je pod uticajem hrišćanstva, ustavne „neženja“ i „lica bez dece“ nemaju nikakvog značaja. Sada se na celibat ne gleda kao na neko ogrešenje o pravne i moralne norme već se ono pod uticajem hrišćanstva favorizuje i ističe se čednost kao jedna od najviših vrlina.

ekonomskoj, moralnoj) ne treba samo roditeljima prepustiti brigu o potomstvu; država treba iz javnih sredstava da izdvaja za tu namenu onako kako su to Rimljani radili. Istrajavanje na idealističkom cilju zaključenja braka, po kome su deca „dar božji“, ne može dovesti do savršenstva i punoće života. Onda kada ne pomognu argumenti treba ići snagom zakona. Zakonskim putem treba ograničiti slobodu izbora pojedinca – zarađ višeg cilja – demografske reforme. Naravno, uloga države je tu nezaobilazna jer ona svojim merama treba da olakša rešavanje demografske krize koja je zahvatila današnje društvo. Pri tome, neodstatak prirodne regeneracije jedne porodice, treba nadomestiti veštačkom regeneracijom - usvojenjem. Pri tome treba olakšati potencijalnim usvojiteljima taj često mukotrpan posao i oslobođiti ih nepotrebne papirologije koja se zahteva u postupku usvojenja.

Uzroci današnjeg problema smanjenja stanovništva (depopulacije) na našim prostorima su mnogobrojni. Da ne posežemo u dugu prošlost postojanja srpskog naroda, pomenućemo da je u XIX veku Srbija imala najvišu stopu sklopljenih brakova u Evropi, gde se rađalo petoro i više dece, da bi doživela da XX vek bude u znaku prepolovljenog broja stanovnika gde se brakovi sve redje zaključuju, a i kada se zaključe u njima jedva da ima jedno ili dvoje dece. Razlog tome su prvenstveno prethodni ratovi koji su prepolovili najreprodukтивniji deo srpske populacije,⁵⁰ za-

⁵⁰ Ratovi (Balkanski 1912 i 1913., Prvi svetski rat od 1914-1918. i Drugi svetski rat koji je otpočeo u Jugoslaviji 1941. i trajao do 1945, i poslednji građanski rat, devedesetih godina XX veka koji je sa istorijske pozornice uklonio nekadašnju Jugoslaviju) su prepolovili srpsko stanovništvo jer su okončani sa ogromnim ljudskim gubicima koji se nikada neće pouzdano znati. Ginuli su i vojnici i civilni; na stranu ranjeni i onesposobljeni za život i deca koja su ostala bez hranitelja. Samo nakon Balkanskih ratova i posle završetka Prvog svetskog koji je bio jedan od najvećih oružanih sukoba u istoriji, Srbija je izgubila 55% muškaraca starosne dobi od 17 do 60 godina života, što je iznosilo čak 26% od ukupnog broja mobilisanih ljudi. Osim vojnika, život je izgubilo oko milion civila, što je bilo više od četvrtine ukupnog broja stanovnika. Pored pobijenih, Srbija je kraj tog Prvog svetskog rata dočekala sa 114.000 vojnih invalida i 500. 000 dece koja su ostala bez hranitelja. Tokom Drugog svetskog rata svet će proći kroz šestogodišnji pakao, najveći u svojoj dotadašnjoj istoriji. Ovaj rat po svojim razmerama i surovosti u istoriji nema sebi premca. U rat je bilo uvučena 61 država, odnosno četiri petine stanovništva zemaljske kugle. Tadašnja Kraljevina Jugoslavija je podelila sudbinu ostalih poraženih zemalja, bila je podeљena na okupacione zone – nemačku i italijansku. Žrtava je bilo mnogo ali njihov broj ni do danas nije pouzdano utvrđen. Obično se navodi da je u Drugom svetskom ratu život izgubilo oko 50 miliona ljudi, od toga 19 miliona vojnika i 31. milion civila. Posle Rusije koja je tada izgubila 26 miliona stanovnika, sa prostora nekadašnje Jugoslavije izginulo je 1,7 miliona ljudi. U poslednjem građanskom ratu koji se vodio na ovim prostorima, bombardovana od Velikih sila i uništena od bratoubilačkog rata, Jugoslavija vojno pobedena i

tim nemaština i sveopšta kriza koja je zahvatila Srbiju. Započeto nisko rađanje u XX veku nastavljeno je u XXI veku; rezultat toga je rađanje ispod nivoa proste reprodukcije gde je svaka naredna generacija malobrojnija od prethodne.

Situacija po ovom pitanju u Republici Srbiji je je već duže vreme alarmantna jer se odlikuje krupnim poremećajima u demografskom razvitku, s obzirom da je rađanje dece daleko ispod potreba prostog obnavljanja stanovništva. Pitanje smanjenja stanovništva i intezivnog starenja stanovništva, preti da ozbiljno ugrozi opšti društveni i ekonomski razvoj sadašnjih i budućih generacija. Po najnovijim istraživanjima danas je Srbija na četvrtom mestu liste najstarijih populacija u svetu, jer preko 15 % stanovnika je starije od 65 godina, a od 161 opštine u 62 je broj umrlih dva puta veći od broja rođenih. Činjenica, da je danas nivo rađanja u Republici Srbiji čak 30 % ispod potreba prostog obnavljanja stanovništva, znači da će sledeća generacija žena biti za gotovo jednu trećinu manja po broju u odnosu na sadašnju. Prema rezultatima popisa iz 2002. godine, više od 900.000 lica u centralnoj Srbiji i oko 300.000 lica u AP Vojvodini, odnosno, šestina stanovništva obe populacije, stara je 65 i više godina, što svrstava Republiku Srbiju među najstarije zemlje na svetu. Ošti cilj održivog demografskog razvoja Republike Srbije je, nažalost, tzv. stacionarno stanovništvo, tj. stanovništvo u kome će sledeće generacije biti iste veličine kao i postojeće. Država, odnosno njeni nadležni organi su konačno shvatili problem koji je već dugo prisutan, pa je 2008 godine donela posebnu *Strategiju podsticanja rađanja* u kojoj su sadržane razne mere koje treba da podstaknu rađanje potomstva: ublažavanjem ekonomске cene podizanja deteta, usklađivanjem rada i roditeljstva, promocijom reproduktivnog zdravlja adolescenata, snižavanje psihološke cene roditeljstva (tj. stvaranje pogodne klime za odluku o rađanju i veći broj dece), borbenom protiv neplodnosti ...⁵¹

Ideju Tula Hostilija s početka rimske istorije, koji je znao da radanje dece itekao može da pogorša ekonomski a time i društveni položaj porodica sa decom – nadživila je vekove. Sličnu odredbu, ali bez polne diferencijacije (troje muške dece), srećemo i danas u pomenutoj *Strategiji* u Republici Srbiji, gde se kao jedan od posebnih ciljeva koji vodi dostizanju opšteg cilja – održivog demografskog razvoja Republike Srbije - navodi „ublažavanje ekonomске cene podizanja deteta“. Za realizaciju tog posebnog cilja angažuje se država koja preuzima na sebe deo troškova ra-

razbijena, nestala sa političke karte Evrope. Žrtava je bilo na sve strane; pouzdano se nezna tačan broj jer se nažalost cifra ubijenih često koristi u političke svrhe.

⁵¹ Videti opširnije: *Strategiju podsticanja rađanja*, „Sl. Glasnik“, br. 13/2008.

đanja dece i njihovog izdržavanja i školovanja (*roditeljski dodatak, naknada zarade za vreme porodiljskog odsustva, odsustva sa rada radi posebne nege deteta.*)

Bilo je pokušaja da se i u Srbiji doneše zakon koji bi bio sličan „kadukarnim zakonima“ imperatora Avgusta i kojim je trebalo naterati mlađe ljude da pre nego dobiju epitet „matori momaka“ i „usedelica“ – zaključe brak i u njima imaju decu – rođenu ili usvojenu. Razvila se silna diskusija i sve se svelo na to da je to „zadiranje u lučna prava pojedinaca“ i da tu država nema šta da traži. Ideja ideja da neoženjeni i neudati plaćaju porez državi kao kaznu što nisu zasnovali porodicu i u njoj imali potomke – nebi ni mogla da se realizuje jer većina tih mlađih ljudi, zbog sveopšte krize, najbolje reproduktivne godine (20 -50) provede tražeći posao kako bi sebi obezbedili najosnovnije uslove za preživljavanje; o rđanju dece ni ne razmišljaju. Poseban problem ove države je što ne čini dovoljno da zaustavi migracije radno sposobnog stanovništva u velike gradove, gde se može lakše obezbediti egzistencija; pri tome ekonomski nerazvijena područja iz kojih odlaze mlađi ljudi, osuđena su na biološko izumiranje.

Po ugledu na rimsku državu, koja je ograničila svojim merama „roditeljsko pravo“ - oca, ukoliko bi zloupotrebio svoje roditeljsko pravo, proglašavajući ga „infamnum“ (nečasnim) - srećemo i danas ali u izmenjenom obliku. I današnja pozitivna zakonodavstva svih zemalja koje pretenduju da budu demokratska, znaju za zakonska rešenja za roditelje koji „prekorače“ svoja ovlašćenja. Pri tome treba podsetiti da i u ovom novom sistemu vrednosti biti roditelj je na ceni ali je suština roditeljstva izmenjena. Danas posebno u glavama mlađih ljudi treba na vreme usaditi svest o roditeljstvu kao odgovornoj i važnoj funkciji i da je u životu svakog pojedica roditeljstvo izrazito odgovoran i složen zadatak. Biti dobar roditelj je zahtev i obaveza koju moraju da podele oba roditelja ravноправno. Kao nikada do sada treba uskladiti rad i roditeljstvo i promeniti ulogu muškarca u porodici. Muškarca treba ravnopravno uključiti u roditeljstvo, a ženi omogućiti da može i da radi i da rađa decu.

Za razliku od rimske civilizacije, danas su neke druge vrednosti na ceni. U osnovi savremenog reproduktivnog ponašanja ljudi su neki drugi bitni faktori: na jednoj strani su emancipacija žene i „individualizam“, nuklearna porodica i izmenjen položaj žene i dece u njoj, insistiranje na kvalitetu sopstvenog života i dr., a na drugoj strani materijalna svest sa potrošačkim mentalitetom i lični život. Roditeljstvo oduvek ima dve medalje: jedna strana te medalje je satisfakcija koju roditeljstvo donosi, a druga strana roditeljstva je cena deteta: s obzirom da deca „koštaju“. Pored novca za podizanje deteta („ekonomска cena roditeljstva“) važna je i

tzv. „psihološka cena deteta“ pod kojom se podrazumeva subjektivni doživljaj koštanja, ulaganja, izgubljeni dobici i nerealizovani planovi zbog obaveza u procesu podizanja deteta. Odluka o rađanju prvog deteta pripada roditeljima, ali kod odluke o drugom ili trećem detetu uloga države je velika; ona svojim merama treba da kreira pogodnu klimu za odluku o rađanju narednog deteta i time snizi tzv. psihološku cenu roditeljstva“. Tako rade ozbiljna društva: one koji žele da rađaju decu treba svim mogućim merama podržati.

Rimsko društvo nije znalo za tzv. „strukturne prepreke“ za rađanje većeg broja dece, kao što su: nezaposlenost, nerešeno stambeno pitanje, probleme čuvanja dece, nezadovoljavajući ekonomski standard i druge faktore nedovoljnog rađanja dece. Kao što je imperator Avgust uradio, možda bi i danas trebalo izvući iz zaborava rimske „ius liberorum“ – „pravo po osnovu dece“ i putem njega omogućiti roditeljima sa decom znatne privilegije i olakšice.

Nataša Deretić, Ph.D., Associate Professor
Novi Sad School of Law

Short view on solving demographic problems in the Roman state

Abstract

The question of insufficient number of the newly born children is for each population the fundamental and the most important question. Mankind has always been searching for the answer of the problem of insufficient number of the newly born children, because it leads to the reduction of the number of population, as well as the getting older of the population. Bearing the children is a positive component of each society and it leads to the question of marriage and family survival, as well as of the whole society.

For the Romans, bearing the children was not a hard decision as it is today, which is avoided because of the many “modern” reasons which were strange to the Romans (unemployment, housing problem, absence of the wish to live with someone, etc.). In the Roman society it was not allowed someone for a long time to deny the duty to get married and to have children (born or adopted). It was explained as the lack of patriotism and godlessness. The Romans saw in descendants the foundation of material and moral lasting of the state. In the period of demographic crisis of the Roman society (because of the constant wars, the rise of colonization, reduction of marriages and other factors), the Roman state didn’t allow individuals to decide by themselves if they were going to have children or not, but by legal forms imposed the obligation of legally contracted marriages and bearing legitimate descendants. The personal rights of the individuals were restricted by the law because of the higher goal – demographic reform. Apart, it wasn’t forgotten one right known as „*iustus liberorum*“ – „the right on the basis of children“ that allowed persons who had children (born or adopted) to get some rights. That right that appeared in the beginning of Roman history was kept by the emperor August and found its place in his well-known “caducarn laws”. Those laws gave some privile-

ges to married women who had children, and to the old bachelors and old maids restricted rights on inheritance according to the will. The emperor August was criticized for his demographic measures because he didn't keep in mind middle class, but only the members of the higher classes. With his measures he wanted to strengthen the aristocracy and the poor citizens couldn't pay the punishment of a million sestercias.

While the Romans insisted on bearing children who would be future warriors and the actors of the greater work productivity, in the modern system of the value the essence of the parents has been changed: a child is born in order to fulfill psychological and emotional needs of the parents that can be realized with one or two children. These facts cause that the level of birth of a child doesn't fulfill needs of a simple regeneration of the population and in that way demographic crisis is actual nowadays, as well.

Key words: birth of children as a chain process, moral renaissance of society, decision on giving birth to ancestry, the destiny of born children, ius liberorum, consciousness of parenthood

*Mr Petar Dundić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

HARMONIZACIJA PRAVILA O ODGOVORNOSTI PROIZVOĐAČA U DRŽAVAMA ČLANICAMA EU I NAJVAŽNIJE ODREDBE DIREKTIVE O ODGOVORNOSTI ZA PROIZVODE SA NEDOSTATKOM (85/385/EEC)

Sažetak: Direktiva o odgovornosti za proizvode sa nedostatkom je usvojena pre gotovo četvrt veka. Međutim, teorijske rasprave i praktični problemi u vezi sa tumačenjem pojedinih odredbi se javljaju i danas nesmanjenim intenzitetom. Cilj tvoraca Direktive bio je da se njome u najvećoj mogućoj meri približe supstancijalna pravila o odgovornosti proizvođača prisutna u nacionalnim zakonodavstvima država članica EU. Primarni cilj ovog rada je da ispita stepen harmonizacije koji je zaista postignut primenom odredaba Direktive u ovim državama. Autor posebno ističe pravila Direktive koja ostavljaju prostor za usvajanje različitih rešenja u nacionalnim pravima, što stvara mogućnost sukoba zakona različite sadržine i čini potrebnim postojanje kolizione norme za odgovornost proizvođača koja će odrediti merodavno nacionalno pravo. U radu su takođe razmotreni najvažniji i najkontroverzniji pojmovi i pravila iz Direktive, kao i pogledi koji su u vezi sa njima prisutni u pravnoj doktrini i sudskoj praksi. Budući da je srpski Zakon o odgovornosti proizvođača stvari sa nedostatkom (2005) zasnovan na pravilima iz Direktive, analiza preduzeta u ovom radu na indirekstan način pokazuje u kojoj meri je srpsko zakonodavstvo u navedenoj materiji harmonizovano sa pravima država članica EU.

Ključne reči: Direktiva, odgovornost proizvođača, nedostatak, harmonizacija, proizvod, šteta.

Pravila o odgovornosti proizvođača uređuju odgovornost ovih subjekata za štetu prouzrokovanoj upotreboom proizvoda koji sadrži nedostatak. Glavni društveni cilj takvih pravila jeste da izvrše distribuciju rizika koji je inherentan masovnoj proizvodnji potrošačke robe. Ona zapravo određuju da li šteta koja je prouzrokovana u konačnom ishodu pada na teret oštećenog, države ili proizvođača.¹

U stvarima sa prekograničnim elementom, kada je proizvod proizveden na teritoriji jedne države, a zbog neadekvatnog kvaliteta ili propuštanja da se potrošači upozore na njegova svojstva, prouzrokuje štetu na teritoriji druge države, neminovno se javlja problem sukoba zakona. Mogućnost da oštećeni na odgovarajući način bude obeštećen za prouzrokovanoj štetu zavisi od toga koja će nacionalna pravila o odgovornosti proizvođača biti primenjena u konkretnom slučaju. Jedan od načina da se sukob zakona i problemi koje on izaziva eliminiše je ujednačavanje supstancijskih pravila na snazi u različitim državama. Kada je materija odgovornosti proizvođača u pitanju, nesporno najuspešniji pokušaj harmonizacije na tlu Evrope je donošenje Direktive o odgovornosti za proizvode sa nedostatkom, 1985. godine (u daljem tekstu: Direktiva).² O značaju ovog akta svedoči i činjenica da je poslužio kao osnova zakonodavnih rešenja u gotovo 40 država, ne samo u državama članicama EU koje on i formalno obavezuje, već i u drugim evropskim državama koje teže integraciji u Evropsku uniju, pa i u Australiji, zemljama Azije i Južne Amerike.³ Tokom 2005. godine, i u Srbiji je donet Zakon o odgovornosti proizvođača stvari sa nedostatkom koji takođe preuzima rešenja iz Direktive (u daljem tekstu: Zakon).⁴

Rad koji sledi ima za cilj da ispita stepen harmonizacije nacionalnih prava država članica EU postignut Direktivom i uticaj te harmonizacije na značaj kolizionog metoda u ovoj materiji. Posredno, on daje odgovor i na pitanje u kojoj meri je danas srpsko zakonodavstvo o odgovornosti proizvođača usklađeno sa nacionalnim pravima država članica EU, a kao posledica donošenja Zakona iz 2005. godine. Odgovori na ova pitanja nu-

¹ Vidi, D. Fairgrieve, L. González Vaqué, uvodni deo u knjizi: D. Fairgrieve (ed.), *Product Liability in Comparative Perspective*, Cambridge, 2005, str. 1.

² Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products, SL L 210, 7.8.1985, str. 29.

³ Vidi, H. C. Taschner, *Product liability: basic problems in a comparative law perspective*, u knjizi: D. Fairgrieve (ed.), *Product Liability in Comparative Perspective*, Cambridge, 2005, str. 155.

⁴ Službeni glasnik RS, br. 101/2005.

žno podrazumevaju potrebu da se objasni značenje osnovnih pojmoveva upotrebljenih u Direktivi i sagleda njihovo tumačenje u sudskoj praksi.⁵

Osnov i svrha donošenja Direktive

Ovlašćenje za donošenje Direktive je pronađeno u nekadašnjem članu 100. (sada 94) Ugovora o osnivanju EZ, koji je predviđao da Savet ima nadležnost da donosi uputstva sa ciljem unifikacije prava država članica, kada se odredbe nacionalnih prava direktno tiču uspostavljanja i funkcionisanja zajedničkog tržišta. U uvodnom delu Direktive se ističe da je njeno donošenje potrebno zbog toga što postojeće razlike u nacionalnim pravima država članica, koje se tiču odgovornosti za proizvode sa nedostatkom, mogu dovesti do poremećaja odnosa konkurenциje i negativno uticati na slobodno kretanje roba na zajedničkom tržištu. Direktiva je neophodna, takođe, da bi se osigurala jednak zaštita potrošača u slučaju štete prouzrokovane njihovom zdravlju ili imovini. Naime, razlike u nacionalnim pravima država članica dovode do toga da proizvođači iz različitih država članica nose različit ekonomski teret poslovanja na zajedničkom tržištu. Dobru ilustraciju navedenog problema nudi nemački autor Tašner (*Taschner*), inače tvorac teksta Direktive. Autor navodi da su, pre nego što je usledila harmonizacija nacionalnih prava, industrije Francuske i Italije bile u bitno različitim pozicijama kada je u pitanju odgovornost za proizvode sa nedostatkom. U Francuskoj je ekonomski gubitak nastao usled štete koju je prouzrokovao proizvod sa nedostatkom snosio, po pravilu, proizvođač. Ovo zbog činjenice da je francuska sudska praksa odavno razvila teoriju o ugovornoj odgovornosti proizvođača, bez obzira na krivicu. Sa druge strane, italijansko pravo je oštećenom omogućavalo da ostvari pravo na naknadu štete samo ako uspe da dokaže postojanje krivice kod tuženog. Ove razlike su uticale i na visinu iznosa koje su proizvođači iz ovih zemalja plaćali, ne samo kao naknadu za štetu prouzrokovanoj drugim licima, već i u pogledu premija osiguranja od odgovornosti. Italijanskoj industriji ovo osiguranje nije ni bilo neophodno. Na opisani način dolazi do poremećaja odnosa konkurenциje.⁶

⁵ O ovoj temi u domaćoj pravnoj literaturi vidi kod: M. Stanivuković, Zaštita potrošača u pravu Evropske unije, u knjizi: Pravo Evropske unije – Zbornik radova (priredivači: Dobrosav M. Mitrović, Obrad Račić), Beograd, 1996, str. 339-352. Takođe, M. Karanikić, Odgovornost za štetu od proizvoda (u pravu Evropske unije i Sjedinjenih Američkih Država), Pravni život, tom II, br. 10/2003, 711-737.

⁶ Vidi, H. C. Taschner, Harmonization of Products Liability Law in the European Community, *Texas International Law Journal*, 34/1999, str. 22.

Najveća promena do koje je dovelo donošenje Direktive jeste **uvodenje odgovornosti proizvođača bez obzira na krivicu**. U vreme donošenja ovog akta, uvođenje pomenutog oblika odgovornosti je predstavljalo temeljnu promenu, budući da odgovornost proizvođača nije mogla biti utvrđena bez postojanja dokaza o njegovoj krivici u više od polovine tadašnjih država članica EU.⁷ U članu 1. Direktive je predviđeno da je proizvođač odgovoran za štetu nastalu od proizvoda sa nedostatkom. Prema tome, od oštećenog se ne zahteva da dokaže da tuženi nije postupao sa dužnom pažnjom ili nije uskladio svoje ponašanje sa nekim propisom koji se tiče procesa proizvodnje. U uvodnom delu Direktive se ističe da je odgovornost proizvođače bez obzira na krivicu jedini način adekvatnog rešavanja problema koji se tiče pravične raspodele rizika, karakterističnog za modernu proizvodnju. Odgovornost proizvođača ipak nije apsolutna. Naime, da bi uspeo da ostvari pravo na naknadu štete, oštećeni mora dokazati postojanje štete, nedostatka i postojanje kauzalne veze između nedostatka kod proizvoda i štete koju je pretrpeo.⁸ Pojmovi kao što su „proizvod”, „proizvođač”, „šteta”, koji su ključni za primenu Direktive, definisani su u drugim članovima.

Najvažniji pojmovi i njihovo tumačenje

Pojam proizvoda je utvrđen vrlo široko. Naime, prema članu 2, proizvodom se smatra svaka pokretna stvar, čak i ako je ugrađena u nepokretnu stvar. Takođe, pod proizvodom se podrazumeva i deo pokretne stvari. Električna energija je izričito uključena u spisak proizvoda na koje se odnosi Direktiva. Iz kruga proizvoda su prvobitno bili isključeni osnovni poljoprivredni proizvodi, kojim se smatraju proizvodi dobijeni iz zemljišta, stočarstva i ribarstva, ali samo pod uslovom da nisu bili podvrgnuti inicijalnoj preradi. Prema tome, odgovornost poljoprivrednog proizvođača koji prodaje zaraženo životinjsko meso nije mogla biti utvrđena na osnovu Direktive, osim ako ono nije prošlo bar početni stepen industrijske prerade. Državama članicama je bila data mogućnost da u svom unutrašnjem zakonodavstvu odstupe od ovog dela člana 2, odnosno da predvide da se pod proizvodima podrazumevaju i osnovni poljoprivredni proizvodi (član 15. stav 1. pod a). Ovu mogućnost su iskoristile, na primer, Grčka, Finska, Luksemburg, Švedska.⁹ Međutim, od 1999. godine

⁷ A. Turner, *The EC Product Liability Directive*, u knjizi: P. Kelly, R. Attree, European Product Liability, London, Dublin, Edinburgh, Munich, 1992, str. 4.

⁸ Član 4. Direktive.

⁹ Vidi, C. von Bar, *The Common European Law of Torts*, Munich, 1998, I tom, str. 406.

kada je izmenjen tekst Direktive pod uticajem straha koji je u Evropi izazvala epidemija bolesti ludih krava,¹⁰ više ne postoji mogućnost da se iz kruga proizvoda isključe poljoprivredni proizvodi. Novi član 2. Direktive jednostavno definiše proizvod kao: „svaku pokretnu stvar, čak i ako je ugrađena u drugu pokretnu ili nepokretnu stvar.“ Interesantno je primetiti da je srpski zakonodavac odlučio da ignoriše navedene promene. Naime, prema stavu 3. člana 3. Zakona, osnovni poljoprivredni proizvodi ne predstavljaju proizvod u smislu Zakona, i to bez obzira da li su prošli određeni stepen obrade. Time je pojam proizvoda u Zakonu značajno sužen u odnosu na član 2. Direktive.¹¹

Pojam proizvođača je određen u članu 3. Direktive. Proizvođač je lice koje proizvodi finalni proizvod, sirovine ili delove finalnog proizvoda. Takođe, položaj proizvođača u smislu člana 3. imaju i ona lica koja se predstavljaju kao proizvođači, putem stavljanja svog imena, zaštitnog znaka ili drugog znaka raspoznavanja na određeni proizvod. Proizvođačem se smatra i lice koje je uvezlo proizvod na teritoriju Zajednice. Da bi postojala odgovornost proizvođača delova proizvoda ili sirovina, sirovine ili delovi moraju po sebi sadržati nedostatak. Ne postoji odgovornost uvoznika, u slučaju uvoza proizvoda iz jedne države ugovornice u drugu.¹² Prema stavu 3. člana 3. prodavci proizvoda odgovaraju samo supsidijarno, u dva slučaja. Ako nije moguće identifikovati proizvođača ili uvoznika proizvoda, oštećeni može podneti tužbu protiv prodavca. Međutim, ovo lice se ipak može oslobođiti odgovornosti ako, u razumnom roku, obavesti oštećenog o identitetu prodavca, uvoznika ili lica od kojeg je pribavilo proizvod. U Direktivi se nigde ne pominje mogućnost podnošenje direktnе tužbe protiv osiguravača štetnika. Po svemu sudeći, o dopuštenosti ovakve tužbe se mora odlučivati na osnovu unutrašnjeg prava države članice koje se primenjuje u konkretnom slučaju.¹³

¹⁰ Directive 1999/34/EC of the European Parliament and of the Council of 10 May 1999 amending Council Directive 85/374/EEC on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products, SL L 141, 4.6.1999, str. 20.

¹¹ Sa druge strane, domaći zakonodavac pokazuje ambiciju da pojam proizvoda nekada tretira i šire nego što je to slučaj sa Direktivom. Direktiva izričito navodi da se proizvodom smatra i električna struja. U stavu 2. člana 3. Zakona se, međutim, navodi: „Proizvodom se smatra i svaka proizvedena ili sakupljena energija za davanje svetlosti, topote ili kretanja.“

¹² H. C. Taschner, Harmonization of Products Liability Law in the European Community, str. 30.

¹³ J. J. Fawcett, Products Liability in Private International Law: A European Perspective, *Recueil des Cours*, vol. 238, 1993/I, str. 33.

Jedna od najvažnijih, ali svakako i najkontroverznijih odredaba Direktive je član 6. koji sadrži **pojam nedostatka**. Prema toj odredbi, proizvod sadrži nedostatak kada ne obezbeđuje sigurnost koja se sa pravom očekuje, uzimajući u obzir sve okolnosti, uključujući tu i reklamiranje proizvoda i svrhu za koju se razumno moglo očekivati da će proizvod biti korišćen i vreme stavljanja proizvoda u promet. U kojim slučajevima proizvod ne obezbeđuje sigurnost koju jedna osoba ima pravo da očekuje? Ovakva definicija nedostatka je često kritikovana zbog svoje neodređenosti,¹⁴ kao i zbog činjenice da zamenjuje nauku procenama koje čine pitanje postojanja odgovornosti zavisnim od emocija i kulture.¹⁵ Očekivanja potrošača u pogledu bezbednosti proizvoda su nužno uslovljena stavovima društvenog okruženja.¹⁶ Značenje pojedinih pojmova koji se koriste u ovom članu nije precizirano. Na primer, član 6. ne navodi u kom trenutku će se smatrati da je proizvod pušten u promet. Ne navodi se da li se misli na prodaju proizvoda od strane proizvođača drugom subjektu u trgovinskom lancu ili na prodaju proizvoda od strane prodavca neposredno oštećenom licu. Francuski zakonodavac je precizirao da je proizvod pušten u promet u trenutku kada ga je proizvođač dobrovoljno pustio iz svoje kontrole.¹⁷ Ovde je u pitanju još jedan od pojmova čije je preciziranje faktički prepusteno nacionalnim zakonodavcima, što može predstavljati rizik posmatrano sa aspekta harmonizacije prava država članica.

Što se tiče načina na koji se procenjuje da li je bezbednost proizvoda u skladu sa očekivanjima, dominira shvatanje prema kojem je **relevantno očekivanje opšte javnosti, a ne oštećenog** ili bilo kog drugog konkretnog potrošača.¹⁸ Pri tome, sudija je taj koji određuje očekivanja javnosti u svakom konkretnom slučaju, tj. istupa kao zastupnik javnosti. Pojam nedostatka se ne odnosi na pitanje da li se proizvod može upotrebljavati u svrhu za koju je namenjen ili ne, već da li je proizvod bezbedan, odnosno da li je rizik koji njegova upotreba nosi sa sobom društveno prihvatljiv.¹⁹

¹⁴ Vidi, J. Stapleton, Bugs in Anglo – American products liability, u knjizi: D. Fairgrieve (ed.), *Product Liability in Comparative Perspective*, Cambridge, 2005, str. 303.

¹⁵ G. Howells, M. Mildred, Is European Products Liability More Protective than the Restatement (Third) of Torts: Products Liability?, *Tennessee Law Review*, 65/1997-1998, str. 995.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Član 1386-5 Gradanskog zakonika. Odredba precizira da proizvod može biti pušten u promet samo jednom.

¹⁸ Vidi, G. Howells, *Product liability – a history of harmonization*, u knjizi: D. Fairgrieve (ed.), *Product Liability in Comparative Perspective*, Cambridge, 2005, str. 214.

¹⁹ H. C. Taschner, *Product liability: basic problems in a comparative law perspective*, str. 159.

Ovakvo shvatanje za logičnu posledicu ima činjenicu da očekivanje javnosti u pogledu bezbednosti proizvoda varira, s obzirom na njegovu vrstu. Na primer, proizvodnja vrata aviona sa nebezbednim sistemom zatvaranja predstavlja društveno neprihvatljiv kvalitet ovog proizvoda, dok alkoholna pića sa visokim procentom alkohola ili duvanski proizvodi imaju štetne karakteristike, ali su ovi rizici društveno prihvatljivi te se proizvodi ne mogu smatrati proizvodima sa nedostatkom.²⁰

Odredba člana 6. je u bliskoj vezi sa pitanjem **tereta dokazivanja**. Naime, član 4. Direktive predviđa da je teret dokazivanja da nedostatak postoji na oštećenom. U literaturi se navode pojedine sudske odluke u kojima se u vezi sa pitanjem pojma nedostatka javilo i pitanje dokazivanja njegovog postojanja. Jedan engleski autor pominje dva slučaja iz francuske sudske prakse, u kojima su sudovi došli do zaključka da je **sama činjenica da je proizvod prouzrokovao štetu** na način koji nije bio očekivan, **dovoljna za zaključak da proizvod sadrži nedostatak**, bez potrebe da se to dokazuje.²¹ Reč je o odlukama koje, prema mišljenju autora, ilustruju da je prihvачeno tumačenje pojma nedostatka koje je dato u poznatoj odluci engleskog suda, u slučaju *A & Others v. National Blood Authority*.²² Ovo tumačenje polazi od toga da proizvod sadrži nedostatak uvek kada nije u skladu sa standardima sigurnosti koje javnost može legitimno očekivati, i pri tome nije neophodno utvrđivati zbog čega proizvod nije ispunio očekivanja u pogledu sigurnosti. Propuštanje da se ispune ova očekivanja nije samo dokaz da proizvod ima nedostatak, već je ovo propuštanje nedostatak po sebi.²³ Ovakvo tumačenje pojma nedostatka proizvoda je vrlo blisko objektivnoj odgovornosti i značilo bi da odgovornost proizvođača uvek postoji kada je nastupila šteta, a sigurnost proizvoda nije bila u skladu sa onim što se objektivno može očekivati od proizvoda te vrste. Međutim, tuženi se u određenim slučajevima može oslobođiti odgovornosti.²⁴

Za odredbu člana 6. Direktive je karakteristično da ne pravi bilo kakvu razliku između tri vrste nedostataka kod proizvoda. Po tome se sistem odgovornosti proizvođača uspostavljen Direktivom razlikuje od onog koji je u SAD promovisan donošenjem Trećeg Ristejtmenta delika-

²⁰ *Ibidem*, str. 160.

²¹ Vidi, G. Howells, Defect in English law – lessons for the harmonization of European product liability, u knjizi: D. Fairgrieve (ed.), *Product Liability in Comparative Perspective*, Cambridge, 2005, str. 148, 149.

²² (2001) 3 All ER 289.

²³ G. Howells, Defect in English law – lessons for the harmonization of European product liability, str. 143.

²⁴ Vidi član 7. i 8. stav (2) Direktive.

ta, koji je Američki pravni institut usvojio 1998. godine, a koji posebno govori o odgovornosti za proizvode sa nedostatkom. Razlika je u tome što Risetjment predviđa odgovornost proizvođača bez obzira na krivicu samo kod nedostataka koji su nastali u procesu proizvodnje, dok se kod nedostataka koji se vezuju za dizajn proizvoda ili nedostatak upozorenja zahteva da je rizik bio predvidiv za proizvođača, te da je mogao biti izbegnut usvajanjem alternativnog dizajna ili pružanjem valjanih instrukcija ili upozorenja, čime se za ove dve vrste nedostataka praktično ponovo uvodi odgovornost zasnovana na krivici.²⁵

Prilikom ocenjivanja da li nedostatak kod proizvoda postoji, sud države članice bi trebalo da uzme u obzir sve okolnosti, ali član 6. posebno navodi one koje se odnose na reklamiranje proizvoda, očekivani način upotrebe i trenutak kada je proizvod stavljen u promet. Svi ovi uslovi mogu delovati u korist tuženog, u konkretnom slučaju. Na primer, ako tuženi uspe da dokaže da je proizvod korišćen na način koji nije očekivan, uspeće da se osloboди odgovornosti.²⁶ Isto tako, stav 2. člana 6. Direktive navodi da se ne može smatrati da jedan proizvod sadrži nedostatak samo zbog toga što je nakon njega bolji proizvod pušten u promet. Ova odredba je u tesnoj vezi sa stavom 1, uprkos donekle nejasnom jeziku koji je upotrebljen. Naime, očekivanja javnosti, personifikovane kroz sud koji postupa, u pogledu sigurnosti jednog proizvoda se cene prema standardima koji su postojali u vreme njegovog stavljanja u promet. Ako prema preovlađujućem shvatanju, u vreme puštanja proizvoda u promet, jedan proizvod nije sadržao nedostatak (ispunjavao je očekivanja u pogledu bezbednosti), neće se smatrati da je nedostatak naknadno nastao zbog toga što su u međuvremenu očekivanja javnosti porasla,²⁷ tj. zbog toga što je u promet pušten bolji proizvod. Ako potrošač koristi proizvod koji je zastareo, to čini na sopstveni rizik.²⁸

Šteta je definisana u članu 9. Direktive. Pod štetom se podrazumeva smrt ili telesna povreda naneta fizičkom licu, kao i svako oštećenje imovine, pod uslovom da nije u pitanju šteta prouzrokovana samom proizvo-

²⁵ Vidi, G. Howells, M. Mildred, *op. cit.*, str. 1022.

²⁶ Vidi, C. von Bar, *op. cit.*, II tom, str. 423. Autor navodi presudu Kasacionog suda Italije, od 29. septembra 1995. godine (10274), kojom je sud utvrdio da ne postoji odgovornost proizvođača ljudske sa koje je dečak pao, povredivši ruku. Sud je utvrdio da proizvod ne sadrži nedostatak (nepostojanje zaštitne ografe), s obzirom da je povređeni prilikom pada stajao, što nije način upotrebe proizvoda koji je bilo moguće predvideti.

²⁷ Vidi, H. C. Taschner, *Product liability: basic problems in a comparative law perspective*, str. 163.

²⁸ *Ibidem*.

du. Odredbe Direktive će se primenjivati samo ako je prouzrokovana šteta u iznosu od najmanje 500 evra, kao i pod uslovom, kada je šteta nastupila na stvari koja čini imovinu oštećenog, da se oštećena stvar obično koristi u privatne svrhe, kao i da ju je oštećeni i koristio u ove svrhe. Prema tome, **šteta prouzrokovana na imovini oštećenog koju ovo lice upotrebljava za obavljanje svoje profesije nije obuhvaćena Direktivom**. Član 9. se odnosi isključivo na materijalnu štetu. Pitanje mogućnosti ostvarivanja naknade nematerijalne štete je ostavljeno nacionalnim pravima država članica. Prema stavu 2. ovog člana, njegova primena ne utiče na primenu nacionalnih odredaba o nematerijalnoj šteti. Ova odredba znači da će, pod uslovom da je tužba u sporu sa inostranim elementom podneta na osnovu sistema uspostavljenog Direktivom, mogućnost da se dosudi naknada nematerijalne štete zavisiti od merodavnog supstancialnog prava, što je još jedan dokaz važnosti koje kolizione norme zadržavaju u sistemu odgovornosti koji je uspostavljen Direktivom.

U slučajevima kada je oštećenom prouzrokovana šteta delovanjem više lica, štetnici odgovaraju solidarno.²⁹ Prema istoj odredbi, jednakako kao i kada je u pitanju nematerijalna šteta, mogućnost podnošenja regresnih tužbi između štetnika zavisi ponovo od toga da li to dopušta unutrašnje pravo države članice. Odgovornost proizvođača se ne može umanjiti na osnovu činjenice da je nastupanju štete, proizvoda sa nedostatkom, doprineo i akt ili propuštanje nekog trećeg lica.³⁰ Ponovo, odgovor na pitanje da li proizvođač može da podnese tužbu protiv ovog trećeg lica, uz zahtev da se utvrди njegov udeo u prouzrokovanoj šteti je u nadležnosti prava države članice koje se primenjuje u konkretnom slučaju.

Osnovi isključenja ili umanjenja odgovornosti proizvođača

Već je rečeno da odgovornost proizvođača koja se uspostavlja Direktivom nije odgovornost koja bi postojala na osnovu same činjenice nastanka štete, budući da je tuženom ostavljena ograničena mogućnost odbrane. Tuženi može izbeći da bude proglašen odgovornim za nastupelu štetu ako uspe da dokaže postojanje neke od okolnosti koje su navedene u članu 7. Naime, proizvođač se može pozivati na to: (a) da nije stavio proizvod u pitanju u promet, (b) da, imajući u vidu sve okolnosti, nedostatak koji je izazvao štetu verovatno nije postojao u vreme kada je stavio proizvod u promet ili je nastao posle toga, (v) da on nije proizveo proizvod namenjen za prodaju ili bilo koji drugi oblik distribucije ili da proizvod nije

²⁹ Član 5. Direktive.

³⁰ Član 8. stav 1. Direktive.

proizveo u okviru svoje redovne delatnosti, (g) da je nedostatak kod proizvoda rezultat poštovanja imperativnih propisa, (d) da stanje naučnog i tehnološkog znanja u vreme kada je proizvod stavljen u promet nije bilo takvo da bi omogućilo da postojanje nedostatka bude otkriveno i (đ) kada je u pitanju proizvođač dela proizvoda, da se nedostatak može pripisati dizajnu proizvoda u koji je deo ugrađen ili uputstvima dobijenim od strane proizvođača finalnog proizvoda. Prema tome, u svim ovim slučajevima teret dokazivanja se nalazi na proizvođaču.

Jedan od osnova umanjenja ili potpunog isključenja odgovornosti proizvođača je sadržan u članu 8. stav 2. Direktive. Naime, do umanjenja ili potpunog oslobođanja tuženog od odgovornosti može doći ako je šteta, uzimajući u obzir sve okolnosti, rezultat zajedničkog delovanja nedostatka koji sadrži proizvod i krivice oštećenog ili lica za koje je oštećeni odgovoran.

Što se tiče osnova za oslobođenje od odgovornosti iz člana 7, najvažniji je onaj koji je ovde naveden pod (d). U pitanju je tzv. odbrana razvojnog rizika (eng. *development risk defence*), tj. odbrana koja se zasniva na tome da je kod proizvoda postojao nedostatak, ali da taj nedostatak nije mogao biti identifikovan u procesu proizvodnje, budući da u to vreme nije postojalo odgovarajuće tehnološko i naučno znanje.³¹ Član 15. stav 1(b) Direktive daje mogućnost državama članicama da predvide u svom zakonodavstvu odstupanje od ove odredbe, odnosno da predvide odgovornost proizvođača i u ovakvim slučajevima. To su, na primer, učinili Luksemburg i Finska³². Srpski Zakon preuzima odbranu razvojnog rizika, odnosno, uvodi je u domaće zakonodavstvo o odgovornosti proizvođača na osnovu člana 8. Time se zapravo ublažava režim odgovornosti proizvođača koji je ustanovljen članom 179. Zakona o obligacionim odnosima. Pomenuta odredba, naime, ne dozvoljava da se proizvođač oslobođi odgovornosti za štetu na osnovu činjenice da nije mogao da uoči nedostatak.³³

Različita tumačenja ovog osnova isključenja odgovornosti su dala povoda brojnim doktrinarnim raspravama, ali i postupku koji je Komisija EZ povela pred Evropskim sudom pravde protiv Velike Britanije, zbog tvrdnje da je ova država prilikom implementacije pomenute odredbe Di-

³¹ Ovakva odredba je uneta i u član 8. stav 1. srpskog Zakona o odgovornosti proizvođača stvari sa nedostatkom.

³² Vidi, C. von Bar, *op. cit.*, I tom, str. 406. Od zemalja van EU navedena je još i Norveška.

³³ Vidi o tome, M. Karanikić, *Odgovornost za razvojne rizike*, *Anal Pravnog fakulteta u Beogradu*, LIII, br. 2/2005, str. 161-195.

rektive u unutrašnje zakonodavstvo povredila svoje obaveze iz Ugovora o osnivanju EZ.³⁴ Sporna je bila odredba Zakona o zaštiti potrošača, od 1987. godine, prema kojoj proizvođač nije odgovoran ako dokaže da stanje naučnog i tehnološkog znanja u relevantnom trenutku nije bilo takvo da bi se od proizvođača proizvoda istog opisa kao što je proizvod u pitanju **moglo očekivati** da otkrije nedostatak.³⁵ Prema shvatanju Komisije, ovakva zakonska odredba bitno proširuje mogućnost da se proizvođač osloboди od odgovornosti, budući da se poziva na saznanje o stanju nauke i tehnologije **koje se može očekivati od savesnog proizvođača**, kada je reč o konkretnoj vrsti proizvoda. Nasuprot tome, podnositelj tužbe je smatrao da je odredba Direktive objektivna, u smislu da se poziva **na stanje znanja koje je postojeće**, a ne na sposobnost određenog lica ili pri-padnika određene grupe lica da stekne naučno ili tehnološko znanje. Drugim rečima, Direktiva zahteva od proizvođača, da bi se oslobođio od odgovornosti, da dokaže da postojanje nedostatka kod proizvoda u vreme njegovog stavljanja u promet nije bilo moguće otkriti, a ne verovatnoću da lice koje se nalazilo u istom ili sličnom položaju kao on ne bi otkrilo ovaj nedostatak. Sa druge strane, prema britanskom Zakonu, postojanje dokaza o tome da je proizvođač preuzeo očekivane ili razumne korake usmerene na otkrivanje nedostatka, značilo bi i oslobođanje od odgovornosti. Na ovaj način bi *de facto* došlo do ponovnog uvođenja odgovornosti proizvođača zasnovanoj na krivici, s tim što bi teret dokazivanja njenog nepostojanja bio na tuženom.³⁶

Evropski sud pravde je u ovom slučaju doneo odluku u korist Velike Britanije, tj. Sud je našao da problematična odredba Zakona o zaštiti potrošača ne predstavlja povredu obaveza iz Direktive i osnivačkog ugovora. Jedan od glavnih argumenata na kojem je odluka zasnovana je to što je Komisija propustila da navede slučajeve iz prakse britanskih sudova koji bi i zaista pokazali da sudovi ove države tumače konkretnu odredbu na način koji bi bio suprotan svrsi Direktive. Međutim, značajno je obrázloženje ove odluke koje, u određenoj meri, pojašjava značenje odredbe Direktive o kojoj je reč. Sud je ukazao na razliku između dva elementa ove odbrane. Prvo, pod **stanjem naučnog i tehnološkog znanja** se ne podrazumeva znanje koje je konkretni proizvođač posedovao ili mogao da poseduje, već **objektivno stanje u nauci i tehnologiji**, uključujući tu i

³⁴ Case C-300/95, Commission of the European Communities v United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, presuda, 29.5.1997..

³⁵ Član 4 stav (1) tačka (e) britanskog Zakona.

³⁶ M. Mildred, The development risk defence, u knjizi: D. Fairgrieve (ed.), Product Liability in Comparative Perspective, Cambridge, 2005, str. 174.

najnapredniji nivo znanja. Prema tome, od proizvođača se očekuje da ustanovi postojanje nedostatka kod proizvoda, koristeći sva objektivno postojeća naučna i tehnološka saznanja. Međutim, drugi element tumačenja ide u korist poboljšanja položaja proizvođača. Sud je došao do zaključka da **postojeće naučno saznanje mora biti dostupno proizvođaču**, u vreme stavljanja proizvoda u promet, pri čemu nije definisano šta se smatra dostupnošću, odnosno kada će se smatrati da su ova saznanja dostupna. U doktrini se javljaju mišljenja da je odluka Suda rezultat pogrešnog shvatanja relevantne odredbe Direktive, odnosno da je smisao odredbe upravo u tome da naučno i tehnološko znanje potrebno za otkrivanje nedostatka nije postojalo u vreme proizvodnje, pa nije moglo ni biti dostupno.³⁷ Svako drugačije tumačenje bi vodilo shvatanju da se odgovornost proizvođača sastoji u propuštanju da se ponaša savesno, što je uvođenje odgovornosti na osnovu krivice.³⁸

Sud je u slučaju *Commission v. UK* propustio da se izjasni o značenju niza pojmova koji su važni za primenu odbrane razvojnog rizika, kao što su pojmovi prihvaćenog stanja naučnog i tehnološkog znanja (da li svaka ideja, bez obzira koliko usamljena i nepotkrepljena dokazima može uspostaviti standard ponašanja?), pojam dostupnosti (da li se svaka naučna hipoteza koja je objavljena smatra dostupnom?), pojam znanja (da li je dovoljno da se naučna ideja javi u vidu hipoteze ili mora biti izneta u obliku nedvosmiselene tvrdnje?) itd.³⁹ Nakon donošenja ove odluke, pred nacionalnim sudsivima država članica su se javila još neka pitanja u vezi sa tumačenjem sporne odredbe. Jedno od tih pitanje je i da li se proizvođač može pozivati na nemogućnost da utvrdi postojanje nedostatka kada se on javlja u samom procesu proizvodnje, kada ne postoji mogućnost pouzdanog ispitivanja proizvoda, ali je i proizvođaču jasno da je prisutan rizik pojave nedostatka. Ovo je naročito važno pitanje za farmaceutske proizvode, kod kojih postoji mogućnost pojave nedostataka koji se ne mogu detektovati. Vodeći po ovom pitanju je engleski slučaj *A & Others v National Blood Authority*,⁴⁰ u kojem su tužbu podnela 122 lica zaražena virusom hepatitisa C, putem transfuzije. Tuženi se pozivao na činjenicu da u relevantno vreme nije postojala mogućnost sprovodenja potpuno pouzdanog testiranja zaražene krvi, ali je, kako tuženom, tako i medicinskim stručnjacima bila poznata generalna mogućnost pojave zaražene krvi. Sud je zaključio da, od trenutka kada proiz-

³⁷ H. C. Taschner, Harmonization of Products Liability Law in the European Community, str. 34.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ M. Mildred, *op. cit.*, 184-189.

⁴⁰ (2001) 3 All ER 289.

vođač postane svestan mogućnosti pojave nedostatka, ne može izbeći odgovornost za štetu bez obzira na to što mu postojeći nivo znanja ne omogućava da precizno identificuje nedostatak. Proizvođač je dužan da se uzdrži od puštanja ovakvih proizvoda u promet. Potrebno je ukazati i na presudu Saveznog suda Nemačke, od 9. maja 1995. godine,⁴¹ prema kojoj odbrana zasnovana na postojećem stepenu razvoja naučnog i tehnološkog znanja može biti efikasna samo u slučajevima kada se nedostatak tiče dizajna proizvoda. Ako je reč o nedostatku koji je nastao u procesu proizvodnje u užem smislu,⁴² proizvođač ne može izbeći odgovornost pozivajući se na stanje naučnog i tehnološkog znanja, budući da je odavno poznato da u procesu proizvodnje nastaju proizvodi sa nedostatkom, bez obzira što nije moguće utvrditi koji su tačno proizvodi koji sadrže nedostatak.⁴³

Rokovi zastarelosti potraživanja su utvrđeni u članu 10. Direktive. Odredba predviđa da se pravo na naknadu štete može ostvariti pokretanjem postupka u roku od tri godine od dana kada je oštećeni saznao ili je razumno trebalo da sazna za štetu, nedostatak kod proizvoda i identitet proizvođača. Što se tiče prekida roka zastarelosti, prema stavu 2, na ovo pitanje se primenjuje nacionalno pravo država članica, što može ugroziti interes harmonizacije prava u okviru EU. Takođe, Direktivom je predviđen i objektivni rok zastarelosti (član 11), koji iznosi deset godina od dana kada je proizvođač stavio u promet proizvod koji sadrži nedostatak. Ovde se još jednom javlja teškoća zbog činjenica da se Direktiva ne izjašnjava u pogledu toga koji se trenutak smatra trenutkom stavljanja proizvoda u promet. Ako bi to bio trenutak kada je proizvođač prodao proizvod trgovcu, rok bi mogao proteći i pre nego što je proizvod došao do oštećenog, odnosno krajnjeg korisnika.⁴⁴

Za pitanje postizanja harmonizacije nacionalnih prava država članica u pogledu odgovornosti za proizvode sa nedostatkom, važno je istaći da postoji još jedna odredba ovog akta koja državama omogućava da je unesu u unutrašnje zakonodavstvo ili da se odluče za njeno izostavljanje. Naime, član 16. stav 1. omogućava državama da predvide novčani limit naknade štete, kada su u pitanju smrt ili telesna povreda. Ograničenje sa

⁴¹ BGH 9. 5. 1995, BGHZ 129, 353.

⁴² U pitanju su proizvodi koji ne odgovaraju ni standardima proizvođača i čija je pojавa neminovna u procesu proizvodnje. U nemačkoj doktrini se za ovu vrstu proizvoda koristi izraz *ausreisser*, što bi se moglo prevesti kao odbegli proizvod.

⁴³ Vidi o ovome – W. van Gerven, The Emergence of a Common European Tort Law: The EU Contribution, One Among Others, u knjizi: *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, 2003, str. 547.

⁴⁴ A. Turner, *op. cit.*, str. 11.

tiče ukupne naknade štete koju može isplatiti jedan proizvođač za štetu prouzrokovanoj postojanjem identičnog nedostatka kod više jedinica proizvoda. Novčana granica ne može biti postavljena ispod 70 miliona evra. Mogućnost propisivanja ograničenja je prvo iskoristio portugalski zakonodavac,⁴⁵ zatim nemački⁴⁶ i španski.⁴⁷ Srpski zakonodavac se nije odlučio da propiše bilo kakvo ograničenje.

Stepen harmonizacije nacionalnih prava postignut primenom Direktive

Posmatrano sa aspekta međunarodnog privatnog prava, nivo harmonizacije uspostavljen Direktivom nije ni blizu takav da bi učinio nevažnim pitanje određivanja merodavnog prava, u sporovima koji sadrže inostrani element. Pre svega, razloge za ovo treba tražiti u tome što sama Direktiva, izričito ili prečutno, izostavlja regulisanje pojedinih pitanja, ostavljajući njihovo rešavanje zakonodavcima država članica. Pitanja kao što su: mogućnost ostvarivanja prava na naknadu nematerijalne štete, dopuštenost podnošenja regresne tužbe između odgovornih lica, dopuštenost podnošenja direktnе tužbe protiv osiguravača, uslovi za prekid roka zastarelosti potraživanja, biće regulisana drugim odredbama merodavnog prava. Naravno, postizanju harmonizacije ne pomaže ni činjenica da Direktiva ostavlja pravo državama članicama da odluče da li će uneti pojedine njegove odredbe u unutrašnje zakonodavstvo. Na položaj stranaka može da značajno utiče i pitanje da li je u konkretnom slučaju merodavno pravo, na primer, Finske, koje predviđa da se proizvođač ne može pozivati na to da mu opšte stanje naučnog znanja nije dopušтало да otkrije nedostatak, ili pravo Engleske, koje dozvoljava ovakvu odbranu, itd.

Odredba koja je najinteresantnija u kontekstu sukoba zakona je odredba člana 13. Direktive. Član 13. predviđa da Direktiva **ne utiče na prava koja oštećenom pripadaju na osnovu pravila o ugovornoj ili vanugovornoj odgovornosti, odnosno na osnovu specijalnog sistema odgovornosti uspostavljenog u pravima država članica**. To znači da sistem odgovornosti proizvođača koji je uspostavljen donošenjem Direktive nema za cilj da zameni postojeće nacionalne norme o odgovornosti za proizvode sa nedostatkom, bilo da se one zasnivaju na ugovornoj ili deliktnoj odgovornosti, već samo da dopuni postojeće sisteme zaštite.⁴⁸ U srpski Zakon ova odredba je preuzeta stavom 2. člana 11.

⁴⁵ Član 9. Dekreta 383/89 (1989).

⁴⁶ Član 10. Zakona o odgovornosti za proizvode sa nedostatkom (1989).

⁴⁷ Član 11. Zakona o odgovornosti za proizvode sa nedostatkom (1994).

⁴⁸ A. Turner, *op. cit.*, str. 4.

Tumačenje člana 13. Direktive je bilo predmet rasprave u dva važna slučaja pred Evropskim sudom pravde, o kojima je potrebno reći nešto više. Prvi od tih slučajeva je slučaj *Commission v. France*,⁴⁹ pokrenut zbog tvrdnje Komisije da je Francuska pogrešno izvršila implementaciju Direktive.⁵⁰ Naime, u odgovarajuće odredbe Građanskog zakonika Francuske su unete odredbe koje predviđaju viši nivo zaštite oštećenog, u odnosu na onaj predviđen Direktivom.⁵¹ Sud se prvo osvrnuo na pitanje da li je cilj Direktive potpuna ili minimalna harmonizacija prava država članica, pri čemu je jasno stavio do znanja da favorizuje prvo gledište. Prema tome, cilj Direktive nije da utvrdi minimalne standarde zaštite lica koja su oštećena upotrebom proizvoda sa nedostatkom koji bi kasnije mogli biti proširivani odlukom nacionalnih zakonodavaca, već je nivo zaštite uspostavljen Direktivom obavezujući za sve države članice. Sud se posebno bavio tumačenjem člana 13., i utvrdio da ova odredba ne znači da članice mogu zadržati **opšti sistem** odgovornosti za proizvode sa nedostatkom koji bi se razlikovao od onog uspostavljenog Direktivom. Prema tumačenju Suda, član 13. znači da ove države mogu nastaviti da primenjuju samo one nacionalne norme koje se tiču ugovorne ili vanugovorne odgovornosti proizvođača, pod uslovom da se one zasnivaju **na nekom drugom osnovu odgovornosti** (na povredi garancije kod ugovora, odnosno na krivici štetnika kod delikata). Isto tako, državama je dozvoljeno da predvide posebne norme o odgovornosti za pojedine, specifične vrste proizvoda.⁵² Idenično tumačenje člana 13. Evropski sud pravde je dao u još jednoj odluci iz 2002. godine. U slučaju *González Sánchez v Medicina Asturiana SA*,⁵³ radilo se o predlogu španskog suda za donošenje odluke o

⁴⁹ Case C-52/00 (2002), Commission of the European Communities v French Republic, presuda, 15. 06. 2002.

⁵⁰ Inače, Francuska je poslednja od tadašnjih 15 država članica izvršila obavezu unošenja odredaba ovog akta u nacionalni pravni sistem. To je učinjeno tek 18. maja 1998. godine, izmenom postojećih i unošenjem novih odredaba u Građanski zakonik. Rok za izvršenje ovo obaveze je istekao čitavih deset godina ranije, 25. jula 1988. godine (član 19. Direktive).

⁵¹ Na primer, član 1386-2 Građanskog zakonika je predviđao da oštećeni može ostvariti pravo na naknadu svake imovinske štete, pa i one koja iznosi manje od 500 evra. Član 9. Direktive, međutim, predviđa da šteta na imovini manja od ovog iznosa nije obuhvaćena Direktivom. Vidi detaljnije – D. Fairgrieve, *L'exception française? The French law of product liability*, u knjizi: D. Fairgrieve (ed.), *Products Liability in Comparative Perspective*, Cambridge, 2005, str. 94-96.

⁵² Na primer, u Nemačkoj je još uvek na snazi Zakon o farmaceutskim proizvodima, od 1976. godine koji predviđa poseban režim odgovornosti proizvođača lekova. Zakon je izmenjen 2002. godine.

⁵³ Case C-183/00, (2002), *Maria Victoria González Sánchez v Medicina Asturiana SA*, presuda, 27. 07. 2002.

prethodnom pitanju. Pitanje je bilo da li tužiteljka može podneti tužbu zasnovanu na španskom zakonu o zaštiti potrošača i korisnika usluga, doneštom 1984. godine, a koji je takođe predviđao odgovornost proizvođača bez obzira na krivicu. Pitanje je postavljeno zbog toga što je 1994. godine u Španiji donet zakon kojim je implementirana Direktiva, a koji je, u konkretnom slučaju, sadržao odredbe manje povoljne za tužiteljku. Sud je odgovorio negativno, koristeći istu argumentaciju kao i u slučaju *Commission v. France*. Iako Srbija nije imala formalnu obavezu da implementira odredbe Direktive u sopstveno zakonodavstvo i iako njeni sudovi nisu vezani odlukama Evropskog suda pravde, praksa Suda može u budućnosti predstavljati značajan putokaz za domaće sudove koji će se neminovno suočiti sa pitanjem konkurenциje u primeni između Zakona o odgovornosti proizvođača stvari sa nedostatkom i člana 179. Zakona o obligacionim odnosima.

Ostavljujući po strani ugovornu odgovornost proizvođača za štetu prouzrokovanoj proizvodom sa nedostatkom, kada je u pitanju deliktna odgovornost ovih subjekata, u EU danas postoje dva opšta sistema odgovornosti. Jedan od ovih sistema je zasnovan na odgovornosti proizvođača bez obzira na krivicu, i u okviru njega je izvršena delimična harmonizacija prava država članica, putem Direktive o kojoj je bilo reči. Drugi sistem je zasnovan na normama o vanugovornoj odgovornosti u pravima država članica, tj. na deliktnoj odgovornosti koja postoji na osnovu krivice proizvođača (štetnika). Imajući u vidu takvo stanje stvari, u sporovima sa inostranim elementom koji se vode pred sudovima država članica, pitanje određivanja merodavnog prava je i dalje ključno za ishod spora. Takvo stanovište je prihvaćeno i od strane tvoraca Uredbe o pravu koje se primenjuje na vanugovornu odgovornost (Rim II),⁵⁴ koja sadrži specijalnu kolizionu normu za odgovornost proizvođača. Ova koliziona norma određuju merodavno pravo i u slučajevima kada je tužbeni zahtev zasnovan na normama o vanugovornoj odgovornosti na osnovu krivice (u pitanju je materija u kojoj tek predstoji posao harmonizacije na evropskom nivou), ali i u slučaju podnošenja tužbe na osnovu odredaba Direktive, kada je merodavno pravo pozvano da reguliše sva pitanja koja su iz nje izostavljena. Pored toga, u slučajevima koji ulaze u polje primene Direktive, ako se u nacionalnim pravima država članica javljaju razlike u pogledu implementacije pojedinih njenih odredaba, koliziona norma će odrediti koji će nacionalni propis biti primjenjen.

⁵⁴ 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 (Rome II), SL L 199/40.

*Petar Đundić, LL.M. Assistant
Novi Sad School of Law*

Harmonization of Rules on Product Liability in EU Member States and the Most Important Provisions of European Product Liability Directive (85/374/EEC)

Abstract

European Product Liability Directive was adopted almost a quarter of a century ago. However, theoretical discussions and practical problems raised by some of its provisions continue to appear with the same intensity to this day. The aim of the Directive's creators was to bring close together, to the highest extent possible, substantial rules on product liability contained in national legislations of EU member states. Primary goal of this article is to determine the real level of harmonization achieved by the implementation of the Directive. The author particularly underlines the rules of the Directive which leave legislators with a certain space to adopt different solutions in national laws, which raises the possibility of conflict between those laws and emphasizes a need for a choice of law rule for product liability. Likewise, the article discusses the most important and the most controversial notions and provisions of the Directive, as well as views of the legal doctrine and the judicial practice with regard to their interpretation. Since Serbian Law on liability of the producer of a defective product (2005) is also based on rules envisaged by the Directive, the analysis conducted indirectly shows the level of harmonization achieved between the domestic legislation on product liability and the legislation in force in EU member states.

Key words: Directive, product liability, defect, harmonization, product, damage.

*Mr Bojan Tubić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

PRAVILO O ISKORIŠĆENOSTI LOKALNIH PRAVNIH LEKOVA U PRAKSI KOMITETA ZA LJUDSKA PRAVA¹

Sažetak: Predmet ovog rada je analiza jednog od uslova dopuštenosti tužbe pojedinaca Komitetu za ljudska prava. Komitet je osnovan kao telo koje se stara o poštovanju Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima i između ostalog ima nadležnost da razmatra pojedinačne predstavke protiv onih država koje su prihvatile Opcioni protokol uz ovaj Pakt. Jedan od uslova da bi se pojedinac mogao obratiti Komitetu jeste da je prethodno iskoristio sva pravna sredstva u državi protiv koje pokreće postupak. Na taj način se državi pruža mogućnost da sama reši spor i da izbegne pojavljivanje pred Komitetom. Pojedinac mora iskoristiti sve pravne lekove – sudske, upravne, redovne i vanredne kako bi zaštitio neko svoje pravo. On mora iskoristiti sva ona sredstva koja mu pružaju realan izgled na uspeh pred domaćim sudovima. U svojoj praksi Komitet je izrazio svoje shvatanje da iskoristavanje lokalnih pravnih lekova može biti traženo samo do mere u kojoj su oni efikasni i dostupni. Ova obaveza ne mora biti ispunjena u slučajevima kada su postupci u državi neopravданo odgovlaženi. Teret dokazivanja je prvo na tužiocu da dokaže da je iskoristio sve pravne lekove u državi protiv koje pokreće postupak, ili da su oni bili nedostupni odnosno da bi bili neefikasni. Tada se teret dokazivanja prebacuje na državu koja mora da dokaže koji bi pravni lekovi bili efikasni za tužioca u konkretnom slučaju. Pravilo o iskorisćenosti lokalnih pravnih lekova nije u praksi Komiteta strogo tumačeno, ali postoje određeni standardi koji se moraju moraju ispuniti kako bi se ovo pravilo ispoštovalo.

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

Ključne reči: Komitet za ljudska prava, lokalni pravni lekovi, teret dokazivanja, dopuštenost tužbe.

Uvod

Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima² i Opcioni protokol³ usvojila je, 16. decembra 1966. godine, Generalna skupština Ujedinjenih nacija Rezolucijom 2200A (XXI) i dana 19. decembra iste godine, u Njujorku, otvorila za potpisivanje i ratifikaciju. U skladu sa članom 49 Pakta i članom 9 Protokola, stupili su na snagu 23. marta 1976. godine. Na osnovu člana 28 Pakta osnovan je glavni međunarodni organ za primenu ovog dokumenta, Komitet za ljudska prava, koji se sastoji od 18 članova, državljana država ugovornica Pakta, koji deluju u privatnom svojstvu. Komitet nije organ Ujedinjenih nacija nego samostalno telo, koje su stvorile strane ugovornice Pakta.⁴

KomitET može da raspravlja međudržavne tužbe,⁵ kao i tužbe pojedincata. Jedna od funkcija Komiteta, na osnovu Protokola jeste ispitivanje dopuštenosti tužbe. U članu 5(2.b) Opcionog protokola navodi se da Komitet neće razmatrati tužbu nekog pojedinca, ukoliko nije potvrđeno da je on iskoristio sve dostupne domaće pravne lekove. U istom članu se navodi da se ovo pravilo neće primenjivati ukoliko se sa korišćenjem pravnih lekova neopravdano odugovlačilo.⁶ Osnovi pod kojima se neka tužba mo-

² Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, 1966. godine, «Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori», br. 7/71

³ Opcioni protokol uz Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, «Službeni list SCG – Međunarodni ugovori», br. 04/01

⁴ Matthew Lippman, Human Rights Revisited: The Protection of Human Rights under the International Covenant on Civil and Political Rights, California Western International Law Journal, vol. 10, 1980, str. 450-513.

⁵ «Svaka država ugovornica ovog Pakta može na osnovu ovog člana, izjaviti u svakoj dobi da priznaje nadležnost Komiteta da prima i razmatra saopštenja u kojima jedna država ugovornica tvrdi da druga država ugovornica ne ispunjava svoje obaveze prema ovom Paktu. Saopštenja podneta na osnovu ovog člana mogu se priznati i razmatrati samo ako ih je podnela država ugovornica koja je dala izjavu o priznanju nadležnosti Komiteta u odnosu na sebe. Komitet neće primiti nikakvo saopštenje ako se ono tiče države ugovornice koja nije dala takvu izjavu. U pogledu saopštenja primljenih shodno ovom članu, primeniće se sledeći postupak: ... c) Komitet može da raspravlja o stvari koja mu je podneta samo pošto se bude uverio da su bili upotrebljeni i iscrpeni svi unutrašnji pravni lekovi u skladu sa opšte priznatim načelima međunarodnog prava. Ovo pravilo se ne primenjuje u slučajevima kada se postupak po pravnim lekovima bezrazložno odugovlači». Član 41(c) Međunarodnog pakta, op.cit.

⁶ «KomitET neće razmatrati nijednu predstavku pojedinaca, ako se nije uverio ... b) da je pojedinac iscrpio sva raspoloživa unutrašnja pravna sredstva. Ovo se pravilo ne pri-

že proglašiti nedopuštenom navedeni su i u članu 90 Pravila postupka Komiteta za ljudska prava. Pravilo 90(f) navodi da pojedinac mora da iskoristi sve dostupne domaće pravne lekove.⁷

Pravilo o iskorištavanju lokalnih pravnih lekova bilo je predmet intenzivne debate tokom sastavljanja i Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima i Opcionog protokola, i to u odnosu i na međudržavne i individualne tužbe. Ova rasprava je nastavljena i u okviru Komiteta za ljudska prava, koji je izjavio da je svrha člana 5, paragrafa 2(b) Opcionog protokola, između ostalog, da uputi potencijalne žrtve kršenja odredaba Pakta da traže, na prvom mestu zadovoljenje od nadležnih organa država ugovornica i, u isto vreme, da omogući državama članicama da ispitaju, na osnovu individualnih žalbi, primenu odredaba Pakta, u okviru njihove teritorije i od strane njihovih organa i, ukoliko je neophodno, ispravi kršenja koja se događaju, pre nego što Komitet raspravi ovo pitanje.⁸

Opcioni protokol ne govori izričito da će se pravilo o lokalnim pravnim lekovima primeniti u skladu sa opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava,⁹ kao što to, na primer, navodi član 35 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.¹⁰ Ipak, Komitet za ljudska prava je izjavio da smatra da ova odredba treba da bude tumačena i primenjena u skladu sa opšteprihvaćenim principima međunarodnog prava u pogledu iskorišćenosti lokalnih pravnih lekova, kao što je primenjeno u oblasti ljudskih prava.¹¹ Povodom ovakvog stava, najrazvijenija jurisprudencija jeste ona pod okriljem Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda. Posebno u ranijoj praksi Komisije pronalažene su vrlo često odrednice prema opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava. Ipak, pošto se praksa Komisije po ovom pitanju razvila brzo, odrednica u članu 35 je postala skoro beskorisna, jer je najznačajniji doprinos međunarodnoj evoluciji doktrine o lokalnim pravnim lekovima dala

menjuje, ako je postupak po žalbi produžen preko razumnog roka». Član 5(2b) Opcionog protokola, op.cit.

⁷ «Kako bi doneo odluku o dopuštenosti tužbe, Komitet, ili radna grupa, formirana na osnovu člana 89, stav1, utvrdiće ... F) da je pojedinac iskoristio sve dostupne domaće pravne lekove". Član 90(f) Pravila postupka Komiteta za ljudska prava, Rules of Procedure of the Human Rights Committee, 24/04/2001. CCPR/C/3/Rev.6, [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.C.3.Rev.6.En?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.C.3.Rev.6.En?OpenDocument)

⁸ T.K v. France, Doc A/ 45/ 40, Apx, pr. 8.3.

⁹ Član 41 (1) Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, 1966

¹⁰ Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, «Službeni list SCG-Međunarodni ugovori», br. 9/2003

¹¹ Committee Report, UN GAOR, 33rd Session, Suppl. 40, UN Doc. A/ 33/ 40, 101

sama Komisija.¹² U jednoj svojoj odluci, u slučaju *X* protiv Kanade, Komitet za ljudska prava se izričito pozvao na «opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava» u vezi sa domaćim pravnim lekovima. On se pozvao na posebne okolnosti koje su, u skladu sa ovim principom osloboidle tužioca od obaveze iskorištavanja domaćih pravnih lekova.¹³

Uslovi za primenu pravila o iskorišćenosti lokalnih pravnih lekova

Opcioni protokol ne sadrži neke vremenske granice u okviru kojih tužba mora biti podneta posle iskorištavanja lokalnih pravnih lekova. Termin «dostupni» u Protokolu može da bude korišćen da ublaži neke stroge efekte striktne primene neiskorišćenosti lokalnih pravnih lekova kao osnova dopuštenosti. O takvoj vremenskoj granici je raspravljano tokom stvaranja nacrta Pakta, ali nije usvojena. Komitet je, takođe, raspravljao da li da uključi vremensko ograničenje u svoja pravila postupka, ali na kraju takvo pravilo nije usvojeno.

Osnova ovog pravila jeste da tužilac mora da koristi sva sudska i upravna sredstva koja mu pružaju realan izgled na uspeh.¹⁴ Sledeći ovu logiku, u slučaju *Collins* protiv Jamajke Komitet je izjavio da «domaći pravni lekovi ne moraju da budu iskorišćeni ukoliko postoje ozbiljni razlozi da se veruje da oni nemaju razuman izgled na uspeh».¹⁵ Takođe, u slučaju *T.K.* protiv Francuske, Komitet je izjavio da se ovo pravilo neće primenjivati kada je podnositelj tužbe uverljivo pokazao da domaći pravni lekovi nisu efikasni, tj. da nemaju izgleda na uspeh.¹⁶ U slučaju *Barzhig* protiv Francuske Komitet je, takođe, stao na stanovište da domaći pravni lekovi ne moraju biti iskorišćeni ukoliko, objektivno, nemaju izgleda na uspeh, na primer u slučaju kada bi na osnovu primenljivih domaćih zakona, zahtev bio sigurno odbačen, ili kada bi ustanovljena jurisprudencija najviših domaćih sudova sprečila pozitivan rezultat.¹⁷ Takođe, kada najviša domaća sudska instanca u jednoj zemlji odluci o nekom konkretnom pitanju i time isključi pravo žalbe nekom drugom domaćem суду, tužilac je udo-

¹² Dominic McGoldrick, *The Human Rights Committee – Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1991, p. 188.

¹³ *X v. Canada*, SD, p. 19.

¹⁴ *Patino v. Panama*, Committee Report, vol. II, UN Doc. A/50/40, CCPR/C/52/D/437/1990.

¹⁵ *Collins v. Jamaica*, Committee Report, vol. II, UN Doc. A/48/40, 85

¹⁶ *T.K. v. France*, UN Doc. A/45/40, 118.

¹⁷ *Barzhig v. France*, Committee Report, UN doc. A/46/40, 262.

voljio obavezi iskoristavanja lokalnih pravnih lekova u smislu Protokola.¹⁸ U slučaju *Faurisson* protiv Francuske, tužilac nije bio u obavezi da se žali na svoju osudu Kasacionom суду, nakon što je njegov saoptuženi bezuspešno iskoristio svoje pravo na žalbu.¹⁹

Sličan princip se primenjuje u slučajevima ustavnih žalbi. U slučaju *Tae Hoon Park* protiv Republike Koreje, Komitet je primetio da je država ugovornica isticala da je pitanje ustavnosti člana 7 Zakona o državnoj bezbednosti i dalje bilo raspravljanu pred Ustavnim sudom. Komitet je, takođe, primetio da je tužilac tvrdio da je tužba Ustavnom суду beskorisna, pošto je taj sud već odlučio, nekoliko godina ranije i nakon toga još nekoliko puta, da je član 7 tog zakona u saglasnosti sa Ustavom Koreje. U skladu sa ovim, Komitet nije smatrao da su tužiocu još uvek dostupni neki efikasni pravni lekovi, u značenju člana 5(2,b) Opcionog protokola.²⁰

U slučaju *Williams* protiv Jamajke, tužena država je tvrdila da je tužba nedopuštena, zbog neiskorišćenosti lokalnih pravnih lekova, jer je tužilac propustio da podnese zahtev Sudskom komitetu Saveta, kako bi dobio posebnu mogućnost da podnese žalbu. Komitet je zaključio da je nesporno da je vodeći savetnik u ovom slučaju savetovao tužioca da podnesak Sudskom komitetu ne bi imao izgleda na uspeh. Komitet je doneo odluku da, u okolnostima datog slučaja, takav zahtev ne predstavlja pravni lek koji je dostupan i efikasan.²¹ U slučaju *Deidrick* protiv Jamajke, tužena država je ponovo prigovorila da je tužba nedopuštena, jer je tužilac propustio da se obrati istom Sudskom savetu. Komitet je istakao da, ukoliko tužilac želi da podnese zahtev tom telu, zahtev mora da bude propraćen izjavom u njegovu korist, kao i potvrdom Saveta da tužilac ima razumne osnove za žalbu. Tužilac se nije obratio Savetu, zbog negativnog mišljenja njegovog pravnog savetnika. U ovim okolnostima, žalba Savetu ne može se smatrati efikasnim pravnim lekom i ne mora biti iskorisćena u smislu člana 5, stav 2 Opcionog protokola.²² U slučaju *Maille* protiv Francuske, Komitet je zaključio da, kao rezultat sudskeh precedenata, koji su obavezujući za Kasacioni sud, žalba tom суду ne bi imala izgleda na uspeh i, s obzirom na to, takav pravni lek ne mora da bude korišćen.²³

¹⁸ Ilmari Lansman et al. v. Finland, CCPR/C/52/D/511/1990

¹⁹ Communication No 550/1993 : Faurisson v. France. 16/12/96. CCPR/C/58/D/550/1993.

²⁰ Tae Hoon Park v. Republic of Korea, UN Doc. A/46/40, 262

²¹ Williams v. Jamaica, UN Doc. A/ 53/ 40, 63

²² Deidrick v. Jamaica, UN Doc. A/ 53/ 40, 87

²³ Maille v. France, UN Doc. A/ 55/ 40, CCPR/ C/ 69/ D/ 689/ 1996

Opcioni protokol se odnosi na iskorišćenost dostupnih pravnih lekova, a ne navodi se posebna odrednica koja bi ukazivala na domaće sudske i upravne pravne lekove. Ovo je trebalo da ukaže da mogu postojati lekovi koji nisu ni sudski ni upravni. Prema članu 2(3) Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, navodi se, pak, da svaka država ugovornica preuzima na sebe da razvije mogućnost za postojanje sudskog pravnog leka. Komitet za ljudska prava je, kroz svoju praksu, razjasnio ovaj zahtev iz Protokola. On je ustanovio da «Pakt obezbeđuje da pravni lek bude odobren kad god postoji kršenje nekog od prava garantovanih njima, pa shodno tome, on, generalno, ne propisuje preventivnu zaštitu, ali zahteva efikasnu zaštitu *ex post facto*».²⁴ Na osnovu činjenica ovog slučaja protiv Kanade, Komitet je izrazio svoje stanovište da «krajnja presuda ipak može predstavljati, u principu, efikasan pravni lek u značenju člana 2, stav 3, Pakta i člana 5, stav 2(b) Opcionog protokola».²⁵ Komitet je rekao, u drugim slučajevima, da pravni lekovi čija dostupnost nije jasno vidljiva ne mogu biti korišćeni protiv tužilaca u postupcima na osnovu Opcionog protokola.

Efikasnost i dostupnost pravnih lekova

Komitet je izrazio svoje shvatanje da iskorištavanje lokalnih pravnih lekova može biti traženo samo do mere u kojoj su oni efikasni i dostupni. Ovo shvatanje efikasnosti, je usvojeno tokom rasprave u okviru Komiteta o pravilu o domaćim pravnim lekovima. U jednom broju postupaka, Urugvaj je obezbedio listu lokalnih pravnih lekova, koji su navodno bili dostupni i tvrdio je da su tužiocи propustili da iskoriste te pravne lekove.²⁶ Komitet je obavestio Urugvaj da tužba neće biti smatrana nedopuštenom što se tiče iskorišćenosti lokalnih pravnih lekova, ukoliko država ugovornica ne pruži detalje o pravnim lekovima za koje je tvrdila da su dostupni tužiocu u okolnostima njegovog slučaja, zajedno sa dokazima da bi bilo razumno očekivati da takve mere budu efikasne.²⁷ U odgovoru na ovo, Urugvaj je podneo opšti opis obezbeđenih pravnih lekova bez navođenja koji su od njih bili dostupni u konkretnim okolnostima. Tužoci u jednom postupku su tvrdili da je lista pravnih lekova samo reprodukcija u svakom pojedinačnom slučaju, bez obzira na potpuno drugačije okolnosti u sv-

²⁴ C.F. et al. v. Canada, doc. A/ 40/ 40 p. 217.

²⁵ ibid.

²⁶ Ramirez v. Uruguay, Doc. A/ 35/40, p. 121, Sequeira v. Uruguay, Doc. A/ 35/40, p. 127

²⁷ Ramirez v. Uruguay, Doc. A/ 35/40, p. 121

kom od njih. Prema njima, u praksi, pravni lekovi ne mogu da funkcionišu zbog restriktivne interpretacije koju dobijaju i oni smatraju da se ta pojava ne može promeniti serijom citata iz pravnih dokumenata.²⁸ Komitet je odbio takve spiskove kao nedovoljne. Zaključio je da «član 5(2,b) Protokola nije sprečio Komitet da razmatra predstavku primljenu po osnovu Opcionog protokola, gde sami navodi pokreću pitanja koja se tiču dostupnosti ili efikasnosti domaćih pravnih lekova, a država ugovornica (iako Komitet od nje izričito traži da to učini) ne obezbedi detalje o dostupnosti ili efikasnosti domaćih pravnih lekova u slučaju koji se razmatra»²⁹

Obaveza iskorištavanja lokalnih pravnih lekova se ne primenjuje u slučajevima kada su postupci u državi neopravданo odugovlačeni. Komitet je smatrao da su takvi pravni lekovi neefikasni, u slučaju nekoliko postupaka pred vojnim tribunalima u Urugvaju.³⁰ Takođe, i u slučaju *Barroso* protiv Paname Komitet je smatrao da odlaganje u trajanju od preko tri ipo godine, između hapšenja i suđenja, potvrđuje zaključak da je korišćenje domaćih pravnih lekova neopravданo produženo, u okviru značenja člana 5, stav 2b Opcionog protokola.³¹ Ovaj princip je od posebne važnosti u slučajevima starateljstva nad decom. U slučaju *Balaguer Santacana* protiv Španije, Komitet je smatrao nerazumnim da se очekuje od tužioca da i dalje čeka konačnu odluku o starateljstvu i da je odlaganje od preko pet godina, u starateljskim postupcima preterano.³² U slučaju *Fei* protiv Kolumbije Komitet je izričito rekao da bi u starateljskim sporovima i sporovima oko prava na viđanje dece, nakon razvoda braka, sudske pravne lekovi trebalo da funkcionišu brzo.³³ Sa druge strane, u slučaju *S.H.B.* protiv Kanade, tužilac, koji se borio za starateljstvo nad svojim sinom, koje mu je bilo uskraćeno posle razvoda, morao je da iskoristi žalbu Vrhovnom суду Kanade, uprkos njegovoj tvrdnji da će do trenutka kada odluka tog suda bude doneta, njegov sin napuniti 14 godina.³⁴ Slično ovome, Komitet je proglašio tužbu protiv Francuske nedopuštenom zbog neiskorišćenosti lokalnih pravnih lekova, iako su postupci pred «Tribunalom visoke instance» trajali više od 6 godina. On je opravdao svoju odlu-

²⁸ UN Doc CCPR/C/FS/R.8/ Add. 5 prs. 3 and 4

²⁹ *Ramirez v. Uruguay*, Doc. A/35/40, p. 121

³⁰ *Violeta Setelich v. Uruguay*, Communication No. 63/1979, U.N. Doc. CCPR/C/OP/1 at 101 (1985), *Ana María Teti Izquierdo v. Uruguay*, Communication No. 73/1980, U.N. Doc. CCPR/C/OP/1 at 132 (1985)

³¹ *Barroso v. Panama*, No. 473/1991

³² *Balaguer Santacana v. Spain*, No. 417/1990

³³ *Fei v. Colombia*, No. 514/1992

³⁴ *S.H.B. v. Canada*, No. 192/1985

ku argumentom da je odlaganje u velikoj meri prouzrokovao sam tužilac.³⁵ Komitet je i u drugim slučajevima naglasio da strah u pogledu dužine trajanja postupaka ne oslobađa tužioca od obaveze da učini barem razuman napor da iskoristi domaće pravne lekove.³⁶

Pristup Komiteta nije da se pravilo o domaćim pravnim lekovima ne primenjuje kao uslov dopuštenosti kada same optužbe pokreću pitanja koja se tiču dostupnosti i efikasnosti tih lekova. Odluka je ograničena na efekte propuštanja države ugovornice da obezbedi detalje u vezi sa dostupnošću i efikasnošću pravnih lekova u konkretnom slučaju. Praksa Komiteta koja je usledila zadržala je ovakav pristup.

Trenutak korišćenja lokalnih pravnih lekova

Ukoliko se neko pitanje aktivno razmatra u okviru domaćeg pravnog sistema, tada pravni lekovi nisu iskorišćeni. Na primer u slučaju *J.S. protiv Kanade*, to lice se uspešno obratilo Vrhovnom суду Ontarija za sudsku reviziju odluke Odbora za pravnu pomoć Ontarija, koji je državni organ za pravnu pomoć u ovoj kanadskoj pokrajini. Vrhovni sud je stavio odluku ovog tela van snage i naredio da se tužba lica *J.S.* ponovo razmotri. Odbor je nagovestio da će se obratiti žalbom Apelacionom суду. Komitet je primetio da je konkretno pitanje još uvek u fazi sudskog ispitivanja i da, zbog toga, domaći pravni lekovi nisu bili iskorišćeni.³⁷ U slučaju *A and S.N. protiv Norveške*, jedna od tužbi koje su proglašene nedopuštenim na osnovu člana 5 (2,b) Opcionog protokola na osnovu činjenice da tužilac nije iskoristio pravo na žalbu Savetu. Shodno ovome, Komitet je proglašio dve tužbe dopuštenim na osnovu toga što žalba tom Savetu nije bila efikasan pravni lek.³⁸ Tužiocu su naveli kršenje članova 18 i 26 Pakta, pri primeni norveškog Zakona o centrima za brigu o deci iz 1975. godine, koji je obezbeđivao da će ti dnevni centri pomoći u odgajanju dece u skladu sa osnovnim hrišćanskim vrednostima. Tužiocu su tvrdili da ne trebaju da iskoriste lokalne pravne lekove, jer su to bili neefikasni pravni lekovi zbog toga što bi njihovo dete napustilo centar do trenutka donošenja domaće odluke i zbog toga što su sumnjali da li će norveški sudovi primeniti Pakt na ovo domaće

³⁵ Communication No. 184/1984 : France. 10/04/86. CCPR/C/27/D/184/1984.

³⁶ Communication No. 224/1987, Norway. 12/07/88. CCPR/C/33/D/224/1987; Communication No. 358/1989, Canada. 28/11/90. CCPR/C/43/D/358/1989.

³⁷ J. S. V. Canada, Doc. A/38/40, p. 243; Similarly F.G.G. v. Netherlands, Doc. A/42/40, p.180.

³⁸ A and S.N. v. Norway, Doc A/43/40, p.246

pitanje. Komitet je prihvatio tvrdnje države ugovornice da bi Pakt bio izvor od značajne važnosti u tumačenju suštine klauzule o hrišćanskim ciljevima i da bi tužioci imali realnu šansu da ispitaju klauzulu i preovlađujući praksu u pogledu pitanja usaglašenosti tih ciljeva sa Paktom, da su pokrenuli postupak pred norveškim sudovima. Komitet je, takođe, primetio da je postojala mogućnost da se slučaj tužilaca brzo reši pred domaćim sudovima. U skladu sa tim, Komitet je izrazio stanovište da pokretanje tužiočevog slučaja pred norveškim sudovima ne može *a priori* biti proglašeno beskorisnim i da sumnje tužilaca u efikasnost domaćih lekova nisu ih oslobođale od obaveze da ih iskoriste i, stoga, zahtevi člana 5(2,b) Opcionog protokola nisu bili ispunjeni.³⁹

Shodno ovome što je izneto, ukoliko domaći pravni lekovi nisu više otvoreni za navodne žrtve, pravilo o domaćim pravnim lekovima će biti zadovoljeno. Slično, ako je navodnoj žrtvi uskraćeno pravo na žalbu, kao u slučaju Z.Z. protiv Kanade. Naime, tužba je proglašena nedopuštenom na osnovu toga da «detaljno ispitivanje dosjeda koje je podneo tužilac, a koje je sproveo Komitet, nije otkrilo ni jednu činjenicu koja bi potkreplila njegove navode i utvrđeno je da je tužba stoga očigledno lišena neke činjenice koja bi tražila dalje razmatranje». Država ugovornica je tvrdila da, dok je doktrina presedana opšte primenljiva, ona može da se isključi ukoliko je prethodna odluka došla *per incuriam*. Komitet je izrazio stanovište da pravilo o lokalnim pravnim lekovima ne zahteva pribegavanje žalbi koja, objektivno gledano, nema izgleda na uspeh. Ovo je dobro ustanovljen princip međunarodnog prava i jurisprudencije Komiteta.⁴⁰

U praksi se pokazalo da je dovoljno da su domaći pravni lekovi iskorišćeni, dok je Komitet razmatrao tužbu.⁴¹

Identičnost zahteva

Posebno pitanje je da li se tužilac u domaćim postupcima mora izričito pozvati na odredbe Pakta, kako bi mogao kasnije da tvrdi da su domaći pravni lekovi iskorišćeni. Ovo je pokrenula tužena država u slučaju *Croes* protiv Holandije, koja je tvrdila da je tužilac propustio da se pozove na samoizvršne odredbe Pakta, pred domaćim sudovima.⁴² Ponovo, u slučaju *B.d.B. et al.* protiv iste države, Holandija je navela da nije jasno da li su tužioci iskoristili sve domaće pravne lekove, pošto se nisu izričito

³⁹ *ibid.*

⁴⁰ *Communication No. 17/1977 : Canada. 18/07/78. CCPR/C/4/D/17/1977.*

⁴¹ *Pietrarobia v. Uruguay*, Doc. A/36/40, p. 153

⁴² *Croes v. The Netherlands*, UN Doc. A/ 44/ 40, 259

pozvali na neku odredbu Pakta, tokom domaćih postupaka. Komitet je odlučio da tužioci moraju da se pozovu na materijalna prava sadržana u Paktu, ali da, prema Opcionom protokolu, nisu obavezni da to urade pozivanjem na posebne članove Pakta.⁴³ U slučaju *Sara et al.* protiv Finske, postavilo se pitanje da li je propust da se postavi zahtev pred domaćim sudovima, zasnovan na članu 27 Pakta, doprinosi propustu da se iskoriste domaći pravni lekovi u značenju člana 5, stav 2 Opcionog protokola, jer se na odredbe Pakta tužilac može pozivati kao na deo unutrašnjeg prava Finske. Komitet je primetio da su neki finski sudovi, posebno Vrhovni upravni sud i sve više Vrhovni sud, prihvatali zahteve zasnovane na članu 27 Pakta i da su sudske vlasti u toj zemlji pokazale svest o važnosti međunarodnih standarda iz oblasti ljudskih prava, uključujući i prava predviđena Paktom. Iz ovog razloga, sumnje tužilaca u spremnost sudova da prihvate zahteve zasnovane na članu 27 Pakta, ne opravdavaju njihov propust da koriste taj domaći pravni lek, za koji je tužena država tvrdila da je dostupan i efikasan. Stoga, upravna tužba, zasnovana na članu 27 ne bi bila *a priori* beskorisna i zahtevi člana 5 stav 2,b Opcionog protokola nisu bili ispunjeni.⁴⁴ U slučaju *Triboulet* protiv Francuske Komitet je ponovo potvrdio da tužbe ne moraju da se pozovu na odredbe Pakta za koje veruju da su bile prekrštene, nego moraju da, pred domaćim sudovima, iznesu suštinu zahteva koji će kasnije biti iznet pred Komitet. Pošto tužilac nije pokrenuo neka od ovih pitanja pred domaćim sudovima, ona su bila proglašena nedopuštenim, na osnovu člana 5, stav 2,b Protokola. Ovde je Komitet još jednom potvrdio svoju ustaljenu praksu da sumnja u efikasnost nekog dostupnog pravnog leka ne oslobada tužioca obaveze da ga iskoristi.⁴⁵

Ukoliko ne postoje efikasni domaći pravni lekovi, naravno da ne postoji više osnov za primenu ovog pravila. U slučaju *Baboeram et al.* protiv Surinama, svi tužioci su tvrdili da nisu iskoristili lokalne pravne lekove, jer je jasno da u političkoj situaciji koja postoji u toj državi, ne postoje efikasni pravni lekovi. Oni su kao potvrdu ovih svojih tvrdnji podneli neke dokaze, uključujući i izveštaj o poseti Međunarodne komisije pravnika Surinamu, koji je potvrdio njihove tvrdnje da efikasni pravni lekovi ne postoje u toj državi. Tužena država nije osporavala ove tvrdnje tužilaca.⁴⁶

⁴³ B.d.B. et al. v. The Netherlands, UN Doc. A/ 44/ 40, 259

⁴⁴ *Sara et al. v. Finland*, UN Doc. A/ 49/ 40, 257

⁴⁵ *Triboulet v. France*, UN Doc. A/ 52/ 40, CCPR/ C/ 60/ D/ 661/ 1995.

⁴⁶ *Baboeram et al. v. Surinam*, UN Doc. A/40/40, 187.

Vrste pravnih lekova

Osnovni principi, vezani za korišćenje lokalnih pravnih lekova navedeni su u slučaju *R.T.* protiv Francuske. Komitet je naveo da tužilac nije koristio domaće pravne lekove, iako je koristio neke postupke upravne prirode. Tužilac je tvrdio da nije želeo da bude uvučen u «beskoristan legislativni i sudske krug», jer bi korišćenje takvih pravnih lekova bilo beskorisno i da je u datim okolnostima slučaja za njega bilo razumnojje da traži vansudsku zaštitu podnošenjem zahteva za reviziju organima uprave. Komitet je zauzeo stav da se član 5, stav 2 Opcionog protokola primenjuje prvenstveno na sudske pravne lekove.⁴⁷ Čak i ako bi se prihvatila tužiočeva tvrdnja da upravni tribunali nisu mogli da naredi obrazovnim vlastima da mu dodele mesto nastavnika bretonskog jezika, ostala je činjenica da je odluka koju je tužilac osporavao mogla biti poništена. Tužilac nije pokazao da nije mogao da koristi sudske pravne lekove za koje je država tvrdila da su mu dostupni, ili da bi njihova upotreba bila *a priori* beskorisna. Komitet je primetio da je tužilac spomenuo da nije izključio mogućnost da podnese slučaj administrativnom tribunalu. On je našao da tužioca, u okolnostima ovog slučaja, njegove sumnje u pogledu efikasnosti domaćih pravnih lekova ne oslobadaju obaveze da ih iskoristi.⁴⁸ Ovaj slučaj ilustruje važnost koju Komitet pridaje primatu korišćenja sudske pravne lekove, u odnosu na vansudska sredstva zaštite, u slučajevima kada su obe vrste pravnih lekova dostupne. Takođe, Komitet je naglasio da teret dokazivanja beskorisnosti korišćenja konkretnog pravnog leka leži na tužiocu.

U slučaju *J.V. Villafañe Chaparro et al.* protiv Kolumbije, koji se ticao tužbe koju je podnelo pet članova jedne domorodačke zajednice u toj državi. Komitet je zaključio da je Kolumbija odgovorna za mučenje i nelegalno zatvaranje dvojice muškaraca i mučenje i ubistvo oca trojice drugih muškaraca. Jedno od pitanja je bilo i da li se disciplinski i administrativni postupci koje je započela država protiv navodnih počinilaca mogu smatrati efikasnim pravnim lekom u smislu člana 5, stav 2 Opcionog protokola. U svojoj odluci o dopuštenosti, Komitet je smatrao da efikasnost pravnog leka zavisi i od prirode navodne povrede. Ukoliko je navodni prekršaj naročito ozbiljan, kao u slučaju kršenja osnovnih ljudskih prava, pravni lekovi koji su čisto administrativni i disciplinski, ne mogu biti smatrani adekvatnim i efikasnim. Ovo se posebno odnosi na situacije koje su slične ovom slučaju, u kojima žrtve ili njihove porodi-

⁴⁷ R.T. v. France, UN Doc. A/44/40, 281

⁴⁸ Ibid.

ce ne mogu da budu stranka, niti mogu da intervenišu u postupcima pred vojnim sudovima, što ih sprečava da dobiju zadovoljenje pred ovim sudovima.⁴⁹

Praksa Komiteta povodom vanrednih pravnih lekova nije dovoljno jasna. Ipak, praksa Komiteta je pokazala da se termin domaći pravni lekovi odnosi i na vanredne pravne lekove i to, na primer: žalbu ustavnom суду, ukoliko je ona efikasna⁵⁰, zahtev za *habeas corpus*, zahtev za restituciju i tužba za utvrđivanje javne odgovornosti i to sve pod uslovom da su oni efikasni u datom slučaju i *de facto* dostupni tužiocu. Tužilac nije obavezan da koristi zahteve za amnestiju ili pomilovanje, parlamentarne peticije, kontrolne tužbe, žalbe ombudsmanu ili odeljenju za ispravke, kao i druge pravne lekove koji su, u okolnostima datog slučaja neefikasni i bez razumnog izgleda na uspeh. U jednom slučaju, Komitet je izjavio da vanredni pravni lek, kao što je zahtev za poništaj odluke Ministarstva pravde, ne čini efikasan pravni lek u okviru značenja člana 5 (2) Opcionog protokola.⁵¹ Ova odluka predstavlja samo jedan stav Komiteta po pitanju iskorištavanja ove vrste pravnih lekova u konkretnim okolnostima jednog slučaja. Može se desiti da se dokaže da postoje vanredni pravni lekovi u drugim pravnim sistemima, u odnosu na koje će Komitet zauzeti stanovište da je njihovo korišćenje potrebno. Komitet je primenio relativno stroge standarde u slučaju tužbe koju su podneli kanadski zatvorenici zbog toga što im je bilo uskraćeno pravo glasa i u slučaju tužbe bivšeg lidera pokreta za nezavisnost u Arubi, protiv Holandije. U slučaju *C.F.* protiv Kanade, Komitet je stavio van snage svoju prvobitnu odluku i proglašio tužbu nedopuštenom, u skladu sa članom 93(4) Pravila postupka, jer je tužilac zaboravio da traži deklaratornu presudu o nezakonitom ponašanju glavnog državnog advokata. Komitet je ignorisao tužiočeve navode da bi takva presuda mogla biti dobijena tek nakon izbornog dana i bilo je sporno da li bi to bilo obavezujuće za državne vlasti koje su dosudile pritvor.⁵² U slučaju *Croes* protiv Holandije, tužilac je pretrpeo kritične rane vatrenim oružjem od strane policajaca, tokom protesta za nezavisnost Arube. Komitet je zanemario svoju odluku o dopuštenosti, u skladu sa članom 93(4) Pravila postupka

⁴⁹ J.V. Villafaña Chaparro et al. v. Colombia, UN Doc. A/ 52/ 40, CCPR/ C/ 60/ D/ 612/ 1995

⁵⁰ Na Jamajci, na primer, nedostupnost pravne pomoći za ustavne podneske, može biti razlog da se žalba ustavnom суду ne smatra dostupnim i efikasnim pravnim lekom, u smislu člana 5(2,b) Opcionog protokola.

⁵¹ Doc. A/39/40, pr. 584

⁵² C.F. v. Canada, No. 113/1981.

i konačno proglašio tužbu nedopuštenom, pošto je tužilac navodno propustio da pokrene građanski postupak za naknadu štete, protiv države.⁵³ Može se reći da je, u oba ova slučaja, zahtev da domaći pravni lekovi budu korišćeni u potpunosti, bio interpretiran previše široko.

Oslobađanje od obaveze iskoristišavanja lokalnih pravnih lekova

Medunarodno običajno pravo pridaje veliki značaj izuzetku od ovog pravila, u odnosu na povređenu stranu koja dokaže beskorisnost iscrpljivanja domaćih pravnih lekova.⁵⁴ Komitet je imao jedan broj slučajeva u kojima je razmatrao da li da primeni ovaj izuzetak. U prvoj objavljenoj odluci Komiteta, o dopuštenosti, tužiocu su tvrdili da u situaciji koja je vladala u Urugvaju nisu postojali domaći pravni lekovi. Komitet je prihvatio da tamo nije bilo efikasnih pravnih lekova i dalje ukazao da će u tužbi koja se odnosi i na situaciju navodnog kršenja prava pojedinaca, samo ovo drugo biti razmatrano.⁵⁵

Ukoliko su navodne povrede ljudskih prava naročito ozbiljne, kao na primer u slučajevima torture, nezakonitih ubistava ili nasilnih nestanaka, čisto administrativni i disciplinski pravni lekovi ne mogu se smatrati adekvatnim i efikasnim.⁵⁶

Komitet je prihvatio da posebni sigurnosni sistemi mogu učiniti lokalni pravni lek neefikasnim. Na primer, u slučaju *Santullo (Valcada)* protiv Urugvaja, ova država je obavestila Komitet da pravni lek *habeas corpus* nije primenljiv u režimu «sigurnosnih mera», koji je do tada bio na snazi.⁵⁷ Slično, Komitet može prihvati da je navedeni pravni lek bio faktički nedostupan u konkretnom slučaju navodne žrtve. Tužilac ne mora da iskoristi pravne lekove koji mogu imati za rezultat njegovu osudu. U slučaju *Phillip* protiv Trinidad i Tobaga, Komitet je prihvatio tužiočev razlog da ga je strah od zatvorskih čuvara sprečio da se žali na nehumane uslove pritvora.⁵⁸

U slučaju *Bleir* protiv Urugvaja, Komitet je prihvatio tvrdnju da su «sve garancije koje bi mogle da budu uključene u krivični postupak bile irrelevantne, jer se on nikada nije pojavio pred bilo kojim sudom, ni-

⁵³ Croes v. The Netherlands, No. 164/1984.

⁵⁴ The Ambatielos Case (Greece v. UK) 12 UNRIAA, p. 83

⁵⁵ R. 1/1 (1976-8), Doc. CCPR/C/FS/R.1/Add. 1

⁵⁶ Arhuaco v. Colombia, No. 612/1995, Rodriguez v. Uruguay, No. 32/1988, Laureano v. Peru, No. 540/1993.

⁵⁷ Santullo (Valcada) v. Uruguay, Doc. A/35/40, p. 107, SD, p. 43

⁵⁸ Phillip v. Trinidad and Tobago, No. 594/1994

ti je ikada bio formalno obavešten o razlozima za njegovo hapšenje.⁵⁹ U još jednom slučaju protiv ove države, *G.Brabato protiv Urugvaja*, ova država je izjavila da to lice nije iskoristilo lokalne pravne lekove koji su mu bili dostupni. Ipak, nisu bili dati nikakvi detalji o pravnim lekovima koji bi mogli biti korišćeni u konkretnim okolnostima slučaja i nije bilo određeno protiv kojeg od kršenja bi se mogao koristiti efikasan pravni lek u okviru ustanovljenog vojnog sudskog procesa. Komitet je stao na stanovište da nije u mogućnosti da zaključi da su postojali lekovi dostupni tom licu, koje je on trebao da koristi.⁶⁰ Iz ovog razloga, tužba je proglašena dopuštenom, nakon čega je država izmenila svoj podnesak i navela sedam pravnih lekova koji su navodno dostupni. Tužilac, je odbacio navode države ugovornice i njegov podnesak se bavio sa svakim od navedenih lekova i pokazala da svaki od njih je ili neprimenljiv ili «u potpunosti teoretski i totalno neefikasan» ili «neodgovarajući».⁶¹ Tužilac se osvrnuo i na argument da pošto se neki od ovih lekova mogu primeniti u kasnijoj fazi, na njih se može gledati kao na pravne lekove koji nisu bili iskorisćeni. On je tvrdio da je neophodno posmatrati ceo postupak i primetio je da je lice bilo zadržano 20 meseci i da bi prošlo mnogo vremena, pre nego što bi bila doneta odluka u prvom stepenu. U skladu sa tim, on je izjavio da «tvrditi da postupci moraju biti završeni da bi se pokrenuli i iskoristili pravni lekovi koji su teoretski mogući, značilo bi odlaganje akcije Komiteta na neprihvatljivo dug vremenski period, posebno pošto je propuštanje da se doneše odluka u razumnom roku jedno od kršenja koja su bila prijavljena i jedan od najočiglednijih razloga onoga što se dogodilo. Drugim rečima, mogućnost pokretanja neprihvatljivo dugih postupaka, što je po sebi kršenje Pakta, navelo bi vladu da pomisli da nije podvrgnuta nadležnosti Komiteta. To bi se teško moglo nazvati namerom Pakta»⁶²

U svojoj odluci, Komitet je izrazio gledište da: «pravni lekovi, koje je navela država da nisu iskorisćeni ne mogu biti smatrani dostupnim navodnoj žrtvi, u okolnostima ovog slučaja. Oni su, ili neprimenljivi *de jure* ili *de facto* i ne predstavljaju efikasan pravni lek, u okviru značenja člana 2(3) Pakta, za pitanja na koja se žali. Stoga, ne postoje osnovi da se promeni zaključak do koga se došlo u odluci Komiteta – da tužba nije nedopuštena prema članu 5(2,b) Opcionog protokola».⁶³ Ova odluka je od po-

⁵⁹ Bleir v. Uruguay, Doc A/34/40, p. 130, SD p. 109

⁶⁰ G. Brabato v. Uruguay, Doc. A/38/40, p. 124.

⁶¹ Ibid.

⁶² ibid.

⁶³ ibid.

sebnog značaja, jer se direktno odnosi na obaveze država ugovornica prema Paktu, da obezbede efikasan pravni lek svakoj osobi koja tvrdi da su joj prava ili slobode propisane paktom bile prekršene.⁶⁴ Stvaraoci Pakta predvideli su pravilo o lokalnim pravnim lekovima kao ono koje je direktno povezano sa dužnošću države da obezbedi efikasne lokalne pravne lekove.

Postoje slučajevi u kojima da bi lekovi bili efikasni, navodnoj žrtvi je potrebna pravna pomoć. Na primer, u slučaju *Lanza and Perdoma* protiv Urugvaja, Komitet je primetio da *habeas corpus* nije primenljiv i da država ugovornica nije pokazala da postoje pravni lekovi dostupni u konkretnim okolnostima ovog slučaja. Komitet je tada stao na stanovište da pojedinci nisu imali efikasan kontakt sa advokatima koji bi ih posavetovali o njihovim pravima ili bi im pomogli u njihovom korišćenju.⁶⁵ Ovo ukazuje da Komitet može, kada propuštanje da se iskoriste dostupni lekovi može biti pripisano propustu države, da dozvoli ili obezbedi, ako je neophodno, pravnu pomoć koja će stvoriti posebnu okolnost koja oslobađa od obaveze iskorištavanja domaćih pravnih lekova. U slučaju *Simones* protiv Urugvaja, koji se tiče propusta zastupnika kojeg je postavio sud da upozna navodnu žrtvu sa navedenim posebnim domaćim pravnim lekovima, Komitet je primetio da su oni bili posebni po svom karakteru i da ih branilac po službenoj dužnosti nije koristio u ime tužioca, iako je prošlo više od jedne godine od kako je Vrhovni vojni sud doneo presudu protiv nje. Oni, zbog toga, ne mogu biti posmatrani kao dostupni u smislu člana 5(2,b) Opcionog protokola.⁶⁶

Komitet je u slučaju *Gilboa* protiv Urugvaja stao na stanovište da zahtev za efikasnošću i dostupnošću domaćih pravnih lekova povlači sa sobom da procesne garancije za poštenim i javnim suđenjem od strane nadležnog, nezavisnog i nepristrasnog suda moraju biti pažljivo posmatrane.⁶⁷ Takođe, izjavio je da ovo ne bi trebalo čitati tako široko, pa pretpostaviti da svi domaći pravni lekovi moraju udovoljiti zahtevima iz člana 14. Ovaj član Pakta garantuje pravo na pravično suđenje i predstavlja materijalni deo Pakta i mora se posmatrati odvojeno od obaveze iskorištavanja pravnih lekova, kao procesnog uslova dopuštenosti tužbe.

U slučaju *C.A. protiv Italije*, ovo lice se opredelilo za poseban upravni postupak, umesto redovnog sudskeg postupka. Ovaj izbor je isključio

⁶⁴ Član 2(3) Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, op. cit.

⁶⁵ *Lanza and Perdoma v. Uruguay*, Doc. A/35/40, p. 111

⁶⁶ *Simones v. Uruguay*, Doc. A/37/40, p.174

⁶⁷ *Gilboa v. Uruguay*, Doc. A/41/40, p. 128, pr. 7.2.

sudski postupak. Navedeno je da se na osnovu ovih činjenica, država ugovornica ne može osloniti na pravilo o domaćim pravnim lekovima. Međutim, samim tim što je tužilac pokrenuo poseban postupak, on se odrekao garancije iz člana 14(1). Iz ovog razloga, tužba je proglašena nedopuštenom.⁶⁸

Komitet je u svojoj dosadašnjoj praksi usvojio pravilo da dostupni pravni lekovi moraju biti pravilno iskorišćeni. Ovo je važno, jer rezultat u takvim slučajevima nema samo suspenzivno dejstvo, već sprečava dopuštenost tužbe. U slučaju *N.S. protiv Kanade*, Komitet je zauzeo stav da sumnje tužioca u efikasnost konkretnog domaćeg pravnog leka nisu nikakva garancija i ne oslobođaju ga obaveze da ih iskoristi prema članu 5(2,b) Opcionog protokola.⁶⁹ Naime, tužba se ticala otpuštanja tužioca sa posla, navodno zbog njegove rase i vere. On je želeo da se žali kanadskom Federalnom apelacionom sudu, na odluku Odbora za odnose sa javnim službenicima. Međutim, vreme za podnošenje žalbe je prošlo, pa se tužilac obratio sudu za produženje roka, ali je taj zahtev bio odbijen. On je tvrdio da je iskoristio sve domaće pravne lekove. Komitet je odbacio ovu njegovu tvrdnju, jer je primetio da je on sam propustio da koristi ovaj pravni lek na vreme. Tužba nije ukazala na postojanje neke posebne okolnosti, koja bi mogla oslobođiti tužioca obaveze korišćenja domaćih pravnih lekova, u skladu sa opšte prihvaćenim pravilima međunarodnog prava. Iz tog razloga, ne može se smatrati da je *N.S.* iskoristio pravne lekove, njemu dostupne prema kanadskom pravu i tužba je proglašena nedopuštenom.⁷⁰

U slučaju *J.R.T. protiv Western Guard Party*, Komitet je zauzeo stav da «u svetu spornih vremenskih granica, navedenih u zakonima u pitanju, razuman napor je, zaista učinjen da bi se iskoristili domaći pravni lekovi po ovom pitanju i stoga Komitet ne smatra da, u vezi sa ovim slučajem, tužbu treba proglašiti nedopuštenom prema članu 5(2,b) Opcionog protokola».⁷¹ Tužba je, inače, proglašena nedopuštenom po drugim osnovama.

Ukoliko Komitet bude pratio ovaj pristup, tužilac mora da obezbedi da je pravilno iskoristio dostupne domaće pravne lekove. Ovo zahteva poštovanje vremenskih granica, odgovarajuće postupke i formalnosti u nacionalnom pravu, koji u potpunosti koriste prednosti dostupnih lekova,

⁶⁸ C.A. v. Italy, Doc. A/38/40, p. 237

⁶⁹ *N.S. v. Canada*, SD, p. 19

⁷⁰ *ibid.*

⁷¹ *J.R.T. v. Western Guard Party*, Doc. A/38/40, p. 231

iznošenjem važnih navoda, pozivanjem neophodnih svedoka i ulaganjem odgovarajućih prigovora. Takođe, Komitet može da promeni odluku o neiskorišćenosti lokalnih pravnih lekova u svetu naknadnih informacija, ako na primer u slučaju *C.F.* i ostali protiv Kanade.⁷²

Izuzeci od pravila iskorišćenosti lokalnih pravnih lekova

Član 5(2,b) Opcionog protokola sadrži jedan izuzetak od pravila o iskorišćenosti lokalnih pravnih lekova i to kada je postupanje po pravnim lekovima odlagano bez opravdanog razloga.⁷³ Komitet se izričito pozvao na ovaj izuzetak u slučaju *Pietroroia* protiv Urugvaja.⁷⁴ Osvrćući se na dva pravna leka posebne prirode, Komitet je primetio da «nije uveren da su primenljivi u konkretnom slučaju i traženje njihovog korišćenja bi neopravdano produžilo korišćenje lokalnih pravnih lekova».⁷⁵ U slučaju *Hammel* protiv Madagaskara, sudska odluka u toj državi je doneta dok je Komitet razmatrao tužbu u meritumu. Komitet je odlučio da, pošto su postupci trajali preko četiri godine, pravni lek je bio neopravdano odlagan, u smislu člana 5(2,b) Opcionog protokola.⁷⁶ U slučaju *H.S.* protiv Francuske, koji se ticao odlaganja u trajanju od 6,5 godina, pri donošenju odluke kojom se tužilac lišava francuskog državljanstva. Komitet je zauzeo stav da su «odlaganja u postupcima u 1984. i 1985. godini izazvana od strane samog tužioca. Iz tog razloga, Komitet ne može da zaključi da su domaći pravni lekovi, koji su, po navodima obe strane, i dalje u toku, bili neopravdano produženi na način koji bi tužioca oslobođio obaveze da ih iskoristi na osnovu člana 5(2,b) Protokola».⁷⁷ U skladu sa ovim, tužilac nije zadovoljio uslov da se iskoriste domaći pravni lekovi, u vreme podnošenja tužbe, a ni kasnije. Iz ovog razloga, tužba je bila proglašena nedopuštenom.

Odricanje od pravila iskorišćenosti lokalnih pravnih lekova

U nekoliko slučajeva, Komitet je razmatrao koji su efekti odricanja tužene države od prava da osporava dopuštenost tužbe. U slučaju *McLeod* protiv Jamajke, Komitet je primetio da je odbacivanjem tužiočevog zahteva za podnošenjem žalbe, koje je učinio Sudski komitet saveta, tu-

⁷² C.F. et al. v. Canada Doc. A/40/40, p. 217

⁷³ Član 5(2,b) Opcionog protokola

⁷⁴ *Pietroroia v. Uruguay*, Doc. A/39/40, p. 153

⁷⁵ *ibid.*

⁷⁶ *Hammel v. Madagascar*, Doc. A/42/40, p. 130

⁷⁷ *H.s. v. France*, Doc. A/41/40, p. 169

žilac iskoristio domaće pravne lekove u smislu Opcionog protokola. Komitet je primetio da se država ugovornica odrekla svog prava da pokrene pitanje dopuštenosti tužbe i upustila se u meritum slučaja. Komitet je ponavljaо zahtev iz člana 4, stav 2 Opcionog protokola da država ugovornica mora podneti svoje mišljenje o meritornim pitanjima iz tužbe, u roku od 6 meseci, ali da ovaj period može biti skraćen u interesu pravde, ukoliko država ugovornica to želi. Komitet je primetio i da se pravni savetnik tužioca složio sa ispitivanjem merituma u ovoj fazi, tako da nisu postojale prepreke dopuštenosti tužbe i odmah se nastavilo sa ispitivanjem merituma.⁷⁸

Sličan proces odlučivanja i rezultat u odnosu na ovo pitanje odričanja tužene države od prava da osporava dopuštenost zahteva, Komitet je učinio u još jednom slučaju protiv Jamajke. On je odbacio različite zahteve na osnovu uslova nedopuštenosti, osim iskorišćenosti lokalnih pravnih lekova, u skladu sa pravilom 87 Pravila postupka Komiteta, prema kojem Komitet mora da odluči da li je tužba dopuštena na osnovu Protokola.⁷⁹ Međutim, u nešto ranijoj odluci od ove prethodne, u slučaju *Perkins* protiv Jamajke, Komitet je primetio da država nije istakla nikakav prigovor nedopuštenosti tužbe. Ipak, bila je dužnost Komiteta da utvrdi da li su svi uslovi dopuštenosti iz Opcionog protokola ispunjeni. Nakon što je odbio nekoliko delova zahteva zbog uslova nedopuštenosti, koji nisu bili iskorističavanje lokalnih pravnih lekova, Komitet je primetio da je tužena država svoje komentare prenela u meritum tužbe, kako bi ubrzala rešavanje ovog slučaja.⁸⁰ U slučaju *Daley* protiv Jamajke, nakon što je naglasio da mora da odluči u skladu sa pravilom 87 Pravila postupka Komiteta, da li je tužba dopuštena, Komitet je primetio da je tužena država odmah prešla na osporavanje merituma slučaja i da nije osporavala dopuštenost tužbe. U skladu sa tim, Komitet je proglašio tužbu dopuštenom i nastavio sa ispitivanjem slučaja u meritumu.⁸¹

Teret dokazivanja

Stavljanje tereta dokazivanja u pogledu iskorišćenosti lokalnih pravnih lekova je pitanje koje je od velike važnosti za efikasnost svih sistema koji predviđaju individualne podneske. On pruža izbor između striktne primene pravila, praćenog teškim teretom dokazivanja na strani

⁷⁸ McLeod v. Jamaica, UN Doc. A/ 53/ 40, 213

⁷⁹ McTaggart v. Jamaica, UN Doc. A/ 53/ 40, 213

⁸⁰ Perkins v. Jamaica, UN Doc. A/ 53/ 40, 213

⁸¹ Daley v. Jamaica, UN Doc. A/ 53/ 40, 213

zainteresovanog pojedinca, ili podeljenog tereta dokazivanja koji uzima u obzir faktičku procesnu nejednakost pojedinca i države. Opšte međunarodno pravo obezbeđuje snažan i dovoljan dokaz u korist deljenja ili distribucije tereta dokazivanja između strana u međudržavnim sporovima. Ovaj pristup bi trebalo primeniti i u odnosu na pojedinačne tužbe, pošto pravilo o lokalnim pravnim lekovima *per se* već favorizuje jaču stranu – suverenu državu.⁸² Ovakvo deljenje tereta dokazivanja bilo je praksa Evropske komisije za ljudska prava, od perioda ranih 1960-ih godina. Relativno mala količina prakse Komiteta ne osvetljava najjasnije ovo pitanje. Komitet je, ipak, preuzeo individualno orijentisani pristup, ili u najmanju ruku, barem ne pristup koji u centar stavlja državu. Izbegnuto je stavljanje teškog tereta dokazivanja na pojedinca, već je teret dokazivanja da su pravni lekovi dostupni i efikasni stavljeni na tuženu državu. Ovakav pristup je u velikoj meri u saglasnosti sa onim koji imaju Evropski sud za ljudska prava, Interamerička komisija i Interamerički sud za ljudska prava. On predstavlja razuman i praktičan pristup koji priznaje faktičku procesnu nejednakost koja će normalno postojati između pojedinca i konkretne države ugovornice Pakta i uzima u obzir komplementarno ponašanje država ugovornica prema članu 2(3) Pakta, da obezbede efikasne pravne lekove.

Teško je utvrditi da li je početni teret dokazivanja na tužiocu da pruži dokaze da je udovoljio pravilu o iskorišćenosti lokalnih pravnih lekova, ili na državi ugovornici da dokaže da su domaći pravni lekovi dostupni i efikasni. Rešeno je da, u principu, početni teret mora da leži na tužiocu. Pravilo 90(1) zahteva od tužioca da dokaže, u svojoj tužbi, da je iskoristio sve domaće pravne lekove. Ukoliko određeni pravni lekovi nisu dostupni, ili su, po njihovom mišljenju neefikasni ili beskorisni, ili bi se sa njima neopravdano odgovlačilo, tada tužilac mora ponuditi dokaze koji potkrepljuju ove tvrdnje. Član 5(2b) je opšte pravilo koje se primenjuje ukoliko pravni lekovi nisu odlagani bez nekog opravdanog razloga, ili ako tužilac nije dovoljno ubedljivo pokazao da domaći pravni lekovi nisu efikasni, odnosno da nemaju bilo kakav izgled na uspeh.⁸³ Kada su ove tvrdnje adekvatno potkrepljene, teret dokazivanja se premešta na tuženu državu, koja mora da dokaže da postoje drugi efikasni pravni lekovi koje tužiocu nisu koristili. Ako ona tada obezbedi dokaz postojanja dostupnih i efikasnih pravnih lekova, teret dokazivanja

⁸² Dominic McGoldrick, *The Human Rights Committee – Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1991, p. 196.

⁸³ T.K. v. France, UN Doc. A/45/40, Apx., pr. 8.2.

se tada može ponovo vratiti na tužioca da dokaže nedostupnost, neefikasnost ili neke posebne okolnosti. Komitet je stajao na stanovištu, naročito u slučajevima protiv Urugvaja i Jamajke, da vlada tužene države mora detaljno da opiše koji su to pravni lekovi bili dostupni u datom slučaju. Opšti opis prava i dostupnih pravnih lekova Komitet je smatrao nedovoljnim.⁸⁴ Ukoliko vlada propusti da podnese dokaze o pravnim lekovima koji nisu korišćeni, tužba neće biti proglašena nedopuštenom, na osnovu člana 5(2,b) Opcionog protokola.

U nizu slučajeva, Urugvaj je tvrdio da su podnosioci zahteva propustili da iskoriste domaće pravne lekove i da je teret dokazivanja u pogledu iskorišćenosti pravnih lekova u potpunosti na podnosiocima zahteva.⁸⁵ Ovaj argument je bio zasnovan na prepostavci da, u skladu sa krivičnim pravom, koje datira još od doba rimskog prava, teret dokazivanja u svim slučajevima stoji na tužiocima, jer bi za stranu protiv koje se podiže optužnica, promena tereta dokazivanja značilo da je to nemoguće da se uradi (*probatio diabolica*). Komitet za ljudska prava je doneo odluku da ne prihvata prigovor Urugvaja na dopuštenost zahteva, «u odsustvu posebnih informacija o lokalnim pravnim lekovima, koje su dostupne tužiocima u posebnim okolnostima njihovog slučaja».⁸⁶ Opšti pristup Komiteta je bio da tužba neće biti smatrana dopuštenom zbog propusta da se iskoriste lokalni pravni lekovi, ukoliko država ugovornica nije dala detalje o posebnim lekovima dostupnim u konkretnom slučaju, zajedno sa razumnim predviđanjem da bi takve mere bile efikasne.⁸⁷ Na državi ugovornici je da dokaže efikasnost pravnog leka za koji tvrdi da nije iskorišćen i dostupnost navedenog pravnog leka mora biti očigledna.⁸⁸ Na one pravne lekove koji ne ispunjavaju ove uslove, ne može se pozivati država ugovornica na štetu tužioca.

Na osnovu do sada iznetog, može se reći da je teret dokazivanja na državi ugovornici da dokaže da su lokalni pravni lekovi dostupni i efikasni. Ipak, postoji i teret na strani tužioca da dokaže da je iskoristio svaki navodno dostupan pravni lek, da konkretni pravni lek nije efikasan ili da su postojale posebne okolnosti koje su ga osloboidle od obaveze iskorištavanja lokalnih pravnih lekova.

⁸⁴ Jorge Landinelli Silva et al. v. Uruguay, Communication No. 4/1977 (8 April 1981), U.N. Doc. CCPR/C/OP/1 at 49(1984).

⁸⁵ Lanza and Perdoma v. Uruguay, Doc. A/ 35/ 40, p. 111

⁸⁶ Ramirez v. Uruguay, Doc. A/ 35/ 40, p. 121

⁸⁷ *ibid.*

⁸⁸ C. F. Et al. v. Canada, Doc. A/ 44/ 40, p. 259.

Mogućnost revizije odluke o dopuštenosti

Komitet je izjavio da njegova odluka o dopuštenosti može biti revidirana u svetu nekih novih činjenica koje tužena država može naknadno podneti, dajući detalje o nekom domaćem pravnom leku za koji tvrdi da je bio dostupan tužiocu u okolnostima datog slučaja, zajedno sa dokazom da bi postojao razuman izgled da bi takav pravni lek bio efikasan.⁸⁹ Ovo pravilo odražava potrebu Komiteta da izgleda kao da deluje nepristrasno i da pruža tuženoj državi svaku mogućnost da podnese dokaze o primeni domaćih pravnih lekova, čak i u kasnijoj fazi postupka. Takođe, pravilo 93, stav 4 Pravila postupka Komiteta za ljudska prava izričito kaže da «u toku razmatranja slučaja u meritumu Komitet može da revidira odluku da je tužba dopuštena, u svetu nekog objašnjenja ili izjave koju je podnela država ugovornica, u skladu sa ovim pravilom».⁹⁰ U slučaju *C.F. et al.* protiv Kanade on je promenio svoju prethodnu odluku zbog novih dokaza i doneo odluku o nedopuštenosti, jer su na osnovu nove informacije koju je obezbedila tužena država, tužiocu mogli da dobiju zadovoljenje za kršeње na koje su se žalili, traženjem deklaratorne presude. Komitet je izjavio da vlada ne može da se pozove na pravne lekove čija dostupnost nije očigledna. Međutim, na osnovu detaljnog objašnjenja u podnesku države, situacija je dovoljno jasna u smislu da je poseban pravni lek za dobijanje deklaratorne presude bio dostupan i da je bio zatražen bio bi efikasan pravni lek protiv odgovarajućeg državnog organa. Pri donošenju ove odluke, Komitet je uzeo u obzir i činjenicu da je tužioce zastupao pravni zastupnik.⁹¹

Zaključak

Praksa Komiteta za ljudska prava u pogledu iskorišćenosti lokalnih pravnih lekova je, može se reći, ujednačena i jednoobrazna. On se u svom radu ugledao pre svega na evropski sistem zaštite ljudskih prava, ali u svojim odlukama ne citira odluke Evropskog suda za ljudska prava. Nаравно, Komitet uvek mora da koncepte koje preuzima razradi u okviru potpuno drugog sistema ljudskih prava, koji ima međunarodni, a ne regionalni karakter Uslov da se iskoriste svi lokalni pravni lekovi ne mora biti ispunjen u slučajevima kada su oni neopravdano odlagani. Pre nego što se obrati Komitetu, pojedinac mora da iskoristi sve lokalne pravne lekove, sudske i upravne, redovne i vanredne, koji mogu da dovedu do zaštite

⁸⁹ Grille Motta v. Uruguay, UN Doc. A/35/40, 132, 134

⁹⁰ Pravilo 93(4), Rules of Procedure of the Human Rights Committee, op. cit

⁹¹ C.F. et al. v. Canada, UN Doc. A/40/40, 217.

nekog njegovog prava ili ostvarenja nekog interesa. Teret dokazivanja je prvo na tužiocu da dokaže da je iskoristio sve pravne lekove u državi protiv koje pokreće postupak, ili da su oni bili nedostupni odnosno da bi bili neefikasni. Tada se teret dokazivanja prebacuje na državu koja mora da dokaže koji bi pravni lekovi bili efikasni za tužioca u konkretnom slučaju. Može se reći da je Komitet u svojoj dosadašnjoj praksi bio naklonjen tome da se tužiocu pruži svaka mogućnost da njegova tužba bude razmatrana u meritumu.

*Bojan Tubić, LL.M., Assistant
Novi Sad School of Law*

The Exhaustion of Local Remedies Rule in the Jurisprudence of the Human Rights Committee

Abstract

This paper analyses one of the admissibility conditions of the individuals' complaints to the Human Rights Committee. The Committee was created as a body which supervises the implementation of the International covenant on civil and political rights and has the jurisdiction to resolve disputes brought before it by individual applications, against states which accepted the Optional protocol of the Covenant. One of the conditions for addressing the Committee is that the individual plaintiff has exhausted all legal remedies in the State against which he initiates the proceeding. That gives to the state the opportunity to resolve the dispute itself and avoid procedure before the Committee. The plaintiff must exhaust all legal remedies – judicial, administrative, ordinary and extraordinary legal remedies, in order to protect his rights. He must use all the remedies that give him the reasonable prospect of success before domestic courts. In its practice, the Committee expressed its view that exhaustion of local remedies can be demanded only if they are available and effective. It is not required to fulfill this obligation in cases when the domestic procedures are unduly prolonged. The burden of proof is first on the plaintiff, to prove that he has exhausted all legal remedies in a state against which he is initiating the procedure, or that the remedies were unavailable or ineffective. Then the burden of proof is shifted to the state which must prove what legal remedies would be efficient for the plaintiff in a concrete case. The exhaustion of local remedies rule has not been interpreted strictly in the Committee's jurisprudence, but there are certain standards which must be fulfilled in order to satisfy this rule.

Key words: Human Rights Committee, local legal remedies, burden of proof, admissibility of application

*Mr Marko Knežević, asistent
Pravnog Fakulteta u Novom Sadu*

UGOVOR O ČINJENIČNOM STANJU ZAKLJUČEN U POSTUPKU POSREDOVANJA*

Sažetak: U Zakonu o posredovanju-medijaciji od 2005. godine predviđeno je da stranke mogu okončati postupak posredovanja i zaključivanjem ugovora o činjeničnom stanju koji će im služiti u docnjem meritornom rešavanju njihovog spora. Spram svojih osnovnih obeležja, ovaj institut se istražuje u kontekstu parničnog postupka. Nakon pojmovnog određenja i obrađivanja pravne prirode, istražuje se u kojoj meri je ugovor o činjeničnom stanju usklađen sa domaćim procesnim sistemom. Nadalje utvrđuju se granice dejstva ugovora, pri čemu se sa posebnom pažnjom obrađuju pitanja koja u svom ishodištu tangiraju prirodu parničnog postupka. Na kraju ispituje se da li postoje argumenti koji opravdavaju uvođenje ugovornog, vanprocesnog determinisanja činjeničnog stanja u ovom konkretnom slučaju, te se ukazuje i na moguće negativne praktične reperkusije u funkcionisanju ovog instituta.

Ključne reči: ugovaranje činjeničnog stanja, postupak posredovanja, procesni ugovor, raspravno načelo, nedopuštene dispozicije.

I Uvod

1. Poslednjih godina kod nas, u skladu sa kretanjima na globalnom planu, sve više se afirmiše mirno rešavanje građanskopravnih sporova. Jedan od modaliteta jeste i posredovanje, metod koji je i među ostalima dao najviše rezultata. Zahtev za afirmacijom ovog metoda zasnovan na njegovim pozitivnim efektima, koji se nažalost često neobazrivo prenaglašavaju

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

relativizujući time ceo sistem zaštite građanskih subjektivnih prava, doveo je do potrebe da se on zakonski uredi. Sledеći takav kurs, 2005. godine je i domaći zakonodavac „ozakonio“ ovu materiju Zakonom o posredovanju-medijaciji.¹ U odredbama ZP, između ostalih, našla se i ona koja predviđa da stranke mogu, ako se ne saglase o pravnim pitanjima, da se saglase o činjeničnim pitanjima njihovog spora, te da će ih takva saglasnost uz ispunjenost odgovarajuće forme i odricanje od tajnosti podataka obavezivati u daljem meritornom rešavanju spora (član 16. stav 7. ZP).

2. Institut koji je određen citiranom odredbom, a koji mi nazivamo ugovorom o činjeničnom stanju, može se principijelno posmatrati iz dva ugla: iz ugla postupka posredovanja, i iz ugla parničnog postupka. U kontekstu prvog, radi se o „saglasnosti“ stranaka kojom se okončava postupak posredovanja. Sva ostala obeležja tiču se drugog ugla gledanja, i samo su u vezi njega aktuelna.² U skladu sa tim ćemo se i fokusirati na parnični pogled na institut, koji je, smatramo i to ćemo pokušati i da kroz go-toovo sve delove rada pokažemo, preovlađujući i primarni.

II Pojam i osnovna obeležja

1. Zakonska formulacija ovog instituta opravdava njegovo terminološko određenje kao ugovora. Naime, stranke se saglašavaju o nečemu (ovde činjeničnim pitanjima) što ima određeno pravno dejstvo (ovde procesno dejstvo).³ U tom smislu možemo reći da se ovde radi o strogo formalnom ugovoru koji stranke zaključuju u postupku posredovanja, a kojim one za potrebe meritornog rešavanja svog spora određuju činjenično stanje, ili samo njegov deo.

2. Stranke mogu zaključiti ugovor o činjeničnom stanju samo tokom postupka posredovanja. Takvo određenje zahteva pojašnjenje u pogledu tri aspekta. Prvo, ono podrazumeva da će ugovor biti punovažan samo ako je uopšte posredovanje dozvoljeno; drugim rečima potrebno je da u konkretnom slučaju postoji tzv. koncilijskost.⁴ Stranke mogu da za-

¹ Službeni glasnik RS, br. 18/2005; u daljem tekstu ZP.

² Kažemo iz ugla parničnog postupka iz dva razloga: prvo, zato što je parnični postupak metod rešavanja sporova, za razliku od vanparničnog i izvršnog postupka, i drugo, zato što je parnični postupak primarni metod rešavanja sporova, u relaciji sa arbitražnim postupkom.

³ Iako je upotreba termina ugovor, saglasnost ili sporazum stvar konvencije, čini se da je konkretno ugovor najprihvatljivije rešenje, jer se njime više nego kod drugih termina apostrofira pravno dejstvo.

⁴ Po ugledu na arbitražni postupak i arbitralnost, i ovde je moguće konstrusati takav pojam koji će označavati skup opštih ograničenja kojima se određuje dozvoljenost po-

ključe ovaj ugovor stoga samo ako se radi o sporu o pravima kojima one mogu da slobodno raspolažu, a za čije autoritativno rešavanje nije predviđena isključiva nadležnost suda ili drugog organa (arg. član 1. stav 1. ZP).⁵ Dalje, stranke mogu se saglase o činjeničnim pitanjima samo onog spora u vezi kojeg su i vodile posredovanje. Na kraju, stranke mogu zaključiti navedeni ugovor ne samo u postupku posredovanja koji se vodi posle pokretanja parničnog postupka, već i u onom koji prethodi parničnom postupku. Iako metod regulisanja ovog instituta u ZP stvara pometnju po tom pitanju, jer ga reguliše u delu koji nosi naziv „Posredovanje posle pokretanja parničnog postupka“ i koji se mahom odnosi upravo na tu situaciju, opšta odredba ZP iz člana 1. stav 2. govori izričito o polju primene celokupnog zakona.

3. Određenje da stranke ugovorom određuju činjenično stanje u sebi sadrži dva elementa pojma – predmet i dejstvo ugovora.

Predmet ugovora po slovu zakona su činjenična pitanja spora, ne i pravna (član 16. stav 7. ZP). Ova izričita zakonska distinkcija kada se doveđe u vezu sa ambijentom u kojem ugovor treba da proizvede dejstvo, kao i sa samim dejstvom, ukazuje na opravdanost određivanja predmeta ugovora kao činjeničnog stanja. Naime, činjenična pitanja u parnici su ona koja se odnose na faktičke odnose, tj. ona koja se odnose na prošle i sadašnje spoljašnje događaje ili unutrašnja stanja; sva ostala su pravna. Samo su izjave stranaka o činjeničnim pitanjima podobne da budu predmet dokazivanja, ili da budu priznate; pravna pravila i njihovo tumačenje ne mogu biti predmet niti dokazivanja niti priznanja. Onda kada su utvrđena činjenična pitanja (dokazivanjem ili na drugi način) ona tvore činjenično stanje, donju premisu sudskog silogizma na koju sud radi odgovora na pitanje osnovanosti tužbenog zahteva primenjuje pravnu normu kao gornju premisu. Prema tome, određenje da je predmet ugovora činjenično stanje podrazumeva da se stranke saglašavaju o svim ili nekim pitanjima koja se tiču faktičkih odnosa vezanih za njihov spor; za praksu važnije, negativno određeno, stranke se ne mogu saglasiti o pravnim pitanjima: o pravnoj normi (materijalnopravnoj ili procesnopravnoj) koju treba sud da primeni, eventualnim običajnopravnim pravilima kao ni i o tumačenju

stupka posredovanja – koncilijskost. Termin conciliabilnost potiče od S. Triva, M. Dika, *Gradansko parnično procesno pravo*, 7. izdanje, Zagreb, 2004, str. 925.

⁵ Treba napomenuti da u pogledu drugog uslova conciliabilnosti – odsustva isključive nadležnosti suda ili drugog organa – baš kao i u pogledu identično postavljenog uslova kod arbitralnosti, nema jasnog odgovora. Radi se o veoma kompleksnom pitanju, jer je isključiva nadležnost suda ili drugog organa formulacija koja je u velikoj meri neodređena i indukuje brojna pitanja.

pravnih normi, gde spada i ocena u konkretnom slučaju tzv. neodređenih pojmova, pravnih standarda koji su deo materijalnopravne norme (npr. pažnja dobrog domaćina, teže ogrešenje o zakonsku obavezu izdržavanja, i sl; zapravo, tu se radi o pravilima iskustva koji su deo pravne norme).⁶ Ipak, izuzetak u pogledu saglasnosti o pravnim pitanjima bi izuzetno mogao postojati; u nauci se ističe, što svakodnevna praksa potvrđuje, da predmet priznanja u parnici mogu biti i tzv. pravno odevene činjenicame (nem. *juristische verkleidete Tatsachen*), činjenični sklopovi koji grade određen pravni pojam (npr. prodaja, svojina, zajam i sl.); uslov da bi takvo priznanje imalo dejstva jeste da se radi o jednostavnim i poznatim, svakodnevnim pojmovima, odnosno da je stranka svesna njihovog značenja.⁷ Na osnovu toga bi i predmet saglasnosti stranaka mogli biti takvi pravni pojmovi.⁸

4. Kao što je rečeno, označenje predmeta ugovora kao činjeničnog stanja znači i određivanje njegovog dejstva. Uzimajući u obzir čisto procesno značenje pojma činjenično stanje, dejstvo ugovora se ogleda u tome da ga stranke same determinišu; sadržaj ugovora predstavlja deo, ili možda čak i celu donju premisu sudskog silogizma. Drugim rečima parnični sud bez potrebe dokazivanja uzima u obzir usaglašeno stanje stvari u ugovoru, koje tako postaje činjenično stanje, jer ga sud koristi kao činjenični osnov svoj odluke, i to ravnopravno sa činjenicama koje je utvrdio putem dokazivanja (naravno u hipotezi da stranke nisu u potpunosti determinisale činjenično stanje).⁹

⁶ Dakle, ako postoji spor o pravu na naknadu nematerijalne štete usled saobraćajne nezgode, može se postići saglasnost o tome da je jedna stranka pretrpela strah (činjenično pitanje), ali ne i o tome da je ona pretrpela opravdan strah u smislu člana 200. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima (pravno pitanje).

⁷ V. G. Najman, *Komentar Građanskog parničnog postupka, Druga knjiga*, Beograd, 1935, str. 897; O. Jauernig, *Zivilprocessrecht*, 29. Auflage, München, § 45 I; L. Rosenberg, K. H. Schwab, P. Gottwald, *Zivilprocessrecht*, 14. Auflage, München, 2004, § 111 Rn. 4; W. Grunsky, *Zivilprocessrecht*, 13. Auflage, München, Köln , 2008, Rn. 140.

⁸ Međutim, u tom slučaju je teško utvrditi da li je stranka svesna značenja konkretnog pravnog pojma; suprotno, u parnici to odlučuje sud, i to, kako se sugeriše u teoriji, veoma oprezno. U tom smislu, čim sud ima osnova da prepostavi da može postojati nejasnoća (npr. stranka možda prizna da je vlasnik neke stvari njen protivnik, ali moguće da je pomešalo svojinu sa državinom) bez daljnog nije vezan takvim priznanjem, već treba da koristi svoja ovlašćenja u pogledu razjašnjavanja stanja stvari te da stimuliše detaljno činjenično izjašnjenje stranke. V. W. Grunsky, *op. cit.*, loc. cit.

⁹ Treba naglasiti da se obaveznost se odnosi ne samo na stranke, kako bi dikcija ZP upućivala, već i na sud; radi se o sporazumu kojim treba da se proizvede procesno dejstvo (obavezuje stranke u „daljem postupku“), pa otuda bi bilo absurdno njegovo postojanje ukoliko ne bi imao obaveznost u odnosu na sud.

5. Odredba ZP u pogledu forme upućuje na zaključak da se radi o strogo formalnom ugovoru; on će važiti ukoliko je zaključen u pisanoj formi, uz alternativno postavljeni uslov da je «saglasnost overio posrednik ili drugi ovlašćeni organ». Pri ovakvoj zakonskoj formulaciji nejasna je koncepcijска opredeljenost zakonodavca u pogledu svrhe i uopšte vrste overe, jer je priroda subjekata koji trebaju da „overe saglasnost“ različita, a odatle i svrha i vrsta same overe.¹⁰ Iako strogo gledano ne spada u zah-tev forme, uslov punovažnosti ugovora je i odricanje stranaka od tajnosti podataka.

III Pravna priroda

1. Iako pitanje pravne prirode ovog instituta nije nigde do sada pokrenuto, može se reći da je u teoriji sporno. Ugovorni nastanak van parni-ce i procesno dejstvo čine ovaj institut delom šireg problema u procesnoj nauci koji u svom krajnjem rezultatu svodi na pitanje samog pojma parnične radnje stranaka. Imajući to u vidu, određivanje pravne prirode u ovom konkretnom slučaju bilo bi nesrazmerno u kontekstu teme istraživa-nja; nesrazmerno, jer su obe koncepcije pojma parnične radnje koje po-stoje u praktičnim rezultatima jednake. Čini se da je u tom smislu bolje samo izložiti gledišta dve teorije o parničnim radnjama koje postoje, odnosno rezultate koji se dobijaju njihovom upotreboru u ovom konkretnom slučaju.

2. Prema prvoj koncepciji parnične radnje su samo one radnje stranaka koje su regulisane procesnim pravom i koje proizvode svoje dejstvo neposredno u parnici.¹¹ Bitno obeležje parničnih radnji u ovom kontekstu,

¹⁰ Naime overa ovlašćenog organa podrazumeva overu autentičnosti potpisa strana-ka; njen cilj – postizanje većeg stepena pouzdanja u autentičnost potpisa – ostvaruje se ti-me što je vrši organ javne vlasti (sud ili organ lokalne samouprave). Takva svrha se ne može ostvariti onda kada saglasnost overava posrednik, jer je on fizičko lice bez ikakvih javnih ovlašćenja. Zato i posrednik ne overava potpise stranaka, već overava samu sagla-snost; funkcija overe posrednika bi se mogla naći u postizanju većeg stepena pouzdanja da se uopšte vodio postupak posredovanja, što svakako nadležni organ overe potpisa ne može ispuniti. Prema tome, nameće se zaključak da su obe hipoteze krnje, jer se u svakom slučaju ne ostvaruje svrha one druge. Radi se ipak o komplementarnim metodama, pa je bilo mnogo korisnije da su one kumulativno postavljene.

¹¹ U srpskoj i bišoj jugoslovenskoj teoriji većina autora zastupa ovu koncepciju. V. S. Culja, *Parnični postupak FNRJ*, Zagreb, 1957, str. 249; M. Marković, *Gradiško procesno pravo, knjiga prva, sveska II*, Priština, 1966, br. 332; S. Triva, M. Dika, *op. cit.*, str. 343. i sled.; G. Stanković, *Gradiško procesno pravo, Sveska prva, Gradiško parnično procesno pravo*, 7. izdanie, Niš, 2007. str. 254; B. Starović, R. Keča, *Gradiško procesno pravo*, 3. izdanie, Novi Sad, 2004, str. 168; R. Keča, *Gradiško procesno pravo*, Beo-grad, 2009, str. 141.

što proizilazi i iz same definicije, jeste da su uvek adresirane na sud, nikada na protivnu stranku. Sve ostale radnje koje se preduzimaju van parničce, i koje ne ispunjavaju navedene kvalitete nisu parnične radnje. Tako, sporazum o nadležnosti (mesnoj ili međunarodnoj), arbitražni sporazum, izdavanje punomoćja nisu parnične radnje, jer se preduzimaju van postupka i njihov adresat nije sud, te stoga i nemaju direktno procesno dejstvo; one proizvode procesno dejstvo tek posredstvom neke druge parnične radnje, koja je, već po definiciji, adresirana na sud (npr. putem podnaska uz koji se prilaže prorogacioni sporazum).¹² Na osnovu toga, sporazum o nadležnosti i arbitražni sporazum su materijalopravni ugovori sa procesnim dejstvom.

3. Druga koncepcija podrazumeva šire sagledavanje problema. Ona kao kriterijum pripadnosti parničnim radnjama koristi funkcionalni momenat, pa se i određivanje pojma parničnih radnji u ovom smislu naziva funkcionalnim; parnične radnje su ne samo one koje su u potpunosti regulisane procesnim pravom i koje neposredno proizvode procesno dejstvo, već i sve one radnje koje svoje glavno, primarno dejstvo proizvode u postupku.¹³ Konsekventno tome parnične radnje se mogu preduzimati i van parnice kada po prirodi stvari nisu adresirane na sud.¹⁴ Na tim premisama je izgrađena kategorija procesnih ugovora, sporazuma koji predstavljaju parnične radnje stranaka, gde spadaju sudske poravnajne, ali i prorogacioni sporazumi i arbitražni sporazum.

4. Suštinske karakteristike saglasnosti stranaka o činjeničnim pitanjima – ugovorni nastanak van parnice i procesno dejstvo – dozvoljavaju da se napravi paralela između nje i istih postojećih instituta, prorogacionih sporazuma i arbitražnog sporazuma. Prema tome, prema prvoj, užoj koncepciji pojma parnične radnje, ugovor o činjeničnom stanju jeste materijalopravni ugovor sa procesnim dejstvom. Suprotno, u smislu druge, funkcionalne koncepције, radi se o procesnom ugovoru, dakle o parničnoj radnji. Međutim, u

¹² S. Culja, *op. cit.*, str. 249; M. Marković, *op. cit.*, br. 344.; S. Triva, M. Dika, *op. cit.*, str. 344.

¹³ U domaćoj nauci ovu koncepciju zastupaju B. Poznić, V. Rakić–Vodinelić, *Gradsko procesno pravo*, izdanje, Beograd, 1999, br. 271 i sled.; u austrijskoj i nemačkoj procesnoj nauci je ovo učenje vladajuće. V. W. Rechberger, A. Simotta, *Grundriss des österreichischen Zivilprocessrechts, Erkenntnisversfahren*, 7. Auflage, Wien, 2009, Rz. 600 ff; L. Rosenberg, K. H. Schwab, P. Gottwald, *op. cit.*, § 63 Rn. 1; O. Jauernig, *op. cit.*, § 30 IV ff; H. Thomas, H. Putzo, *Zivilprocessordnung*, 29. Auflage, München, 2008, Einl. III Rn. 6.

¹⁴ U tom smislu: W. Rechberger, A. Simotta, *op. cit.*, Rz. 600; Takođe, izričito definišući stranaku parničnu radnju kao radnju koja deluje na tekući ili budući parnični postupak, to potvrđuju i L. Rosenberg, K. H. Schwab, P. Gottwald, *op. cit.*, § 63 Rn. 1.

praktičnim rezultatima obe teorije nema gotovo nikakve razlike; samo su način kojim dolaze do njih, argumentacija i obrazloženje različiti. Tako, da bi jedan takav sporazum imo procesno dejstvo potrebno je da stranke imaju stranačku i parničnu sposobnost; to je očigledno za funkcionalnu koncepciju parnične radnje, dok tzv. čista procesna koncepcija zahteva takav uslov zbog činjenice da se njime želi proizvesti procesno dejstvo.¹⁵ Takođe, potrebno je da budu ispunjene pretpostavke koje postavlja građansko pravo u pogledu načina zaključivanja takvog ugovora; sada je to očigledno za čisto procesnu koncepciju, dok funkcionalna to obrazlaže time što se tu radi o shodnoj primeni takvim pravila, jer jednostavno procesno pravo nema svojih pravila u pogledu ugovora.¹⁶ Na kraju, ugovor se koristi u parničnom postupku putem druge parnične radnje (tužbe, prigovora ili sl.)¹⁷, što znači da je potrebena volja stranke za njegovim dejstvom, ali i to da je to jedini način da se proizvede procesno dejstvo jer je posebna tužba radi njegovog ispunjenja nedozvoljena zbog nedostatka pravnog interesa.

IV Određivanje činjeničnog stanja putem ugovora: usklađenost sa dosadašnjim procesnim sistemom

1. Usklađenost novog instituta sa postojećim procesnim sistemom podrazumeva prvenstveno njegov odnos prema načelima parničnog postupka kao stubovima nosiocima samog sistema. Ugovor o činjeničnom stanju sklopljen u postupku posredovanja treba u tom smislu staviti u odnos sa pojedinim načelima parničnog postupka, da bi se na taj način mogla dobiti ukupna slika o njegovoj usklađenosti sa celokupnim sistemom.

2. Ako se ugovor o činjeničnom stanju posmatra samo iz perspektive osnovnog dejstva, može se reći da se on uklapa u osnovne konture parničnog postupka. U tom kontekstu stranačka determinacija činjeničnog stanja nije strana parničnom postupku; naprotiv, ona je njegovo obeležje izraženo kroz važeću koncepciju raspravnog načela, po kojoj su stranke ovlašćene ne samo da odlučuju o tome koje će se činjenice smeti uzeti u obzir (*a contrario* član 7. stav 3. Zakona o parničnom postupku¹⁸) već i o tome koje će činjenice u okviru takvih sud utvrđivati izvođenjem dоказa.¹⁹ Tako, sud je vezan nespornim stanjem stvari – priznanje činjenične

¹⁵ V. S. Triva, M. Dika, *op. cit.*, str. 345.

¹⁶ B. Poznić, V. Rakić–Vodinelić, *op. cit.*, br. 274; V. L. Rosenberg, K. H. Schwab, P. Gottwald, *op. cit.*, § 66 Rn. 10 ff.

¹⁷ Za čistu procesnu koncepciju v. f. 11; za funkcionalnu koncepciju v. B. Poznić, V. Rakić–Vodinelić, *op. cit.*, br. 274;

¹⁸ Službeni glasnik RS, br. 125/2004; u daljem tekstu ZPP.

¹⁹ Tako i L. Rosenberg, K. H. Schwab, P. Gottwald, *op. cit.*, § 77 Rn. 8 ff.

tvrdnje dovodi do nepotrebnosti dokazivanja i sud je unosi direktno u činjenično stanje (arg. član 222. stav 1. ZPP). Stranke u parničnom postupku, prema tome, u krajnjoj liniji mogu da određuju činjenično stanje;²⁰ njima se to dozvoljava, jer prema standardnom učenju ovaj aspekt raspravnog načela je pravnopolitički opravdan, u prvom redu zbog prirode samih subjektivnih prava radi čije zaštite i postoji parnični postupak.²¹ Sloboda raspolaganja u materijalnopravnom odnosu tako se reflektuje na još jedan način u parničnom postupku.²²

3. Stranačka determinacija činjeničnog stanja čini se da u sebi podrazumeva i hipotezu da stranke u ugovoru mogu da neistinito prikažu činjenično stanje. Kao potvrda toga, a samim tim i odgovor na pitanje usklađenosti sa parničnim sistemom, jeste mehanizam priznanja činjenica kao koordiniranog instituta unutar parnice. Naime, načelno se dozvoljava da stranka protivno svom boljem znanju (dakle svesno) prizna za nju nepovoljne neistinite tvrdnje protivnika, i to pored izričite dužnosti stranaka i njihovih zastupnika da govore istinu iz člana 9. stav 2. ZPP.²³ U vezi sa tim, pojedini autori smatraju da je dužnost govorenja istine ustanovljena zato da se ne povredi protivnik, a kako se kod priznanja činjenica to ne može nikad desiti (jer se priznati mogu samo činjenice koje su za stranku koja to čini nepovoljne), svesno priznanje ne-

²⁰ Iako je priznanje činjenica jednostrana parnična radnja, ona u svojoj ukupnosti predstavlja saglasnost obe stranke. Prema tome i samo priznanje činjenica, tj. njegovo dejstvo, predstavlja određivanje činjeničnog stanja od strane obe stranke. Slično S. Culja, S. Triva, *Komentar Zakona o parničnom postupku, I. svezak*, Zagreb, 1957, str. 520.

²¹ Up. M. Marković, *Teorija građanskog parničnog postupka, Sveska prva*, Beograd, 1948, str. 71. i sled.; L. Rosenberg, K. H. Schwab, P. Gottwald, *op. cit.*, § 77 Rn. 3.

²² V. iscrpno o nužnoj harmoniji ideja, načela parničnog postupka, u ovom konkretnom slučaju ideje slobode raspolaganja materijalnopravnim ovlašćenjem s jedne i slobodne ocene dokaza i načela materijalne istine s druge strane: B. Blagojević, *Načela privatnoga procesnoga prava*, Beograd, 1936, str. 333. i sled. i 376. i sled.

²³ Suprotno kod nas A. Markičević, *Poštenje i savesnost u građanskoj parnici*, Novi Sad, 1972, str. 138 i sled.; Za nemačko pravo v. H. Thomas, H. Putzo, *op. cit.*, § 138 Rn. 7; takođe, u sistemu nemačkog parničnog postupka se i na normativnom planu kroz uslove za opoziv priznanja iskazuje stav o dopuštenosti svesnog priznanja neistinitog (v. § 290 dZPO). Dosta zanimljiva situacija u pogledu ovog pitanja je u Austriji, gde sudska praksa priznaje mogućnost neistinitog priznanja, smatrajući da se priznanjem činjenica stvara zabranjena dokazna tema (*Beweisthemenverbot*), dok s druge strane vladajuće stanovište teorije sasvim relativizuje takav stav, smatrajući da je neistinito priznanje u suprotnosti sa obavezom suda da utvrdi istinito i pravilno stanje stvari (dakle ne dužnosti stranaka da govore istinu), te stoga sud može i da ga ne prihvati (svakako ako rezultati celokupne rasprave govore u prilog neistinitosti). V. W. Rechberger, A. Simotta, *op. cit.*, Rz. 775. Kod nas concepciju austrijske nauke zastupa M. Marković, *op. cit.*, str. 72.

istinitog nije zabranjeno²⁴, dok drugi smatraju da za kršenje dužnosti kazivanje istine nije predviđena nikakva sankcija, pa shodno članu 222. stav 1. ZPP proizilazi da je sud načelno vezan svakim priznanjem.²⁵ S druge strane, na mogućnost svesnog priznavanje neistinitih tvrdnji protivnika ističe se da načelno treba da se gleda kao na specifičnu vrstu disponiranja, u skladu sa prirodom spornih prava.²⁶

4. Način na koji se ovim institutom dolazi do procesnog rezultata, međutim, u velikoj meri je stran sistemu našeg parničnog postupka. Temelj njegovog dejstva jeste saglasna volja stranaka, dakle ugovor, zaključen van parnice; procesno dejstvo principijelno ne nastaje zato što stranka tokom parničnog postupka jednostranom parničnom radnjom izjavlja da su tačni navodi protivnika (kao kod priznanja činjenica), već zato što su one tako ugovorile van postupka, u postupku posredovanja. Činjenica da nastupaju iste posledice kao i kod sudskog priznanja činjenica, pa i da potone u svojoj ukupnosti predstavlja saglasnost stranaka, ne treba da dezavuiše suštinske razlike. Priznanje činjenica je izraz slobodne volje stranke u parnici, dok je ugovor izraz vanprocesne saglasnosti volja stranaka. Izražen stav o usaglašenosti ugovora sa raspravnim načelom tiče se samo krajnjeg dejstva, nikako i mehanizma nastajanja.

U našem procesnom sistemu, za procesne ugovore, odnosno ugovore sa procesnim dejstvom (zavisno koja koncepcija se prihvati u pogledu pravne prirode) važi princip *numerus clausus*.²⁷ Osnovni argument u prilog tome jeste priroda parničnog postupka i njegovih normi, odnosno zabrana konvencionalnog postupka.²⁸ Nadalje se ističe u nauci, i to ne samo kao argument u prilog principu *numerus clausus* već bi se moglo reći i kao rukovodno načelo prilikom budućeg zakonoskog regulisanja, da je

²⁴ Tako za našu teoriju Juhart, a za nemačku Lent, Nikiš i Rozenberg (v. kod A. Markićević, *op. cit.*, str. 136-137).

²⁵ A. Jakšić, *Građansko procesno pravo*, 2. izdanje, Beograd, 2008, br. 1827.

²⁶ S. Triva, M. Dika, *op. cit.*, str. 203, kod priznanja; v. i S. Triva, *Marginalije uz tzv. presudu zbog izostanka*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 3-4/1960, str. 288-289. Tako u osnovi i H. Thomas, H. Putzo, *op. cit.*, § 288 Rn. 7.

²⁷ Suprotno A. Jakšić, *op. cit.*, br. 877 i sled., koji prihvata nemački koncept po kojem su dopušteni neimenovani procesni ugovori, koji proizilaze iz načela savesnosti i poštenja (tj. iz principa *venire contra propriam*) odnosno koji su u granici dispozicije stranaka, kojima se stranke obavezuju da preduzmu ili propuste odredenu parničnu radnju (npr. sporazum o povlačenju tužbe, sporazum o povlačenju pravnog leka, sporazum o neizjavljivanju prigovora prebijanja i sl.). Up. W. Grunsky, *op. cit.*, Rn. 96; L. Rosenberg, K. H. Schwab, P. Gottwald, *op. cit.*, § 66 Rn. 5 ff; Saenger (Hrsg), *Zivilprocessordnung, Handkommentar*, 2. Auflage, Baden-Baden, 2007, Einl. Rn. 129 ff.

²⁸ B. Poznić, V. Rakić-Vodinelić, *op. cit.*, br. 274; R. Keča, *op. cit.*, str. 118.

„za dobro funkcionisanje pravosuđa celishodno da stranka sačuva slobodu svog procesnog ponašanja sve do trenutka u kome ona, prema razvoju postupka, treba da se opredeli za stav koji će preuzeti“.²⁹

Izričitim sankcionisanjem ovog ugovora, navedenoj kategoriji se dodaje još jedan dozvoljeni ugovor, što je samo po sebi značajno notifikovati. Međutim, značajnije je ukazati da se, van onog koji se zaključuje u postupku posredovanja, ugovor o činjeničnom stanju smatra izričito nedopuštenim, upravo s obzirom na ograničavanje slobode delovanja stranke u kasnijoj parnici.³⁰ Takođe, i po mišljenju autora koji za naše pravo dopušta postojanje neimenovanih procesnih ugovora, ugovor o činjeničnom stanju je nedozvoljen jer se njime narušava princip jednakosti stranaka u postupku.³¹ Prema tome i takav ugovor koji se zaključi u postupku posredovanja, i koji je neopoziv³², ne znači ništa manje ograničavanje slobode delovanja stranke, te se u tom smislu može zaključiti da njegova concepcija i nije u skladu sa domaćim parničnim sistemom.

Na kraju, treba napomenuti da ugovaranje procesnog dejstva van parnice je suprotno načelu neposrednosti shvaćenom u širem kontekstu. Naime, iako se ono prvenstveno u teoriji i praksi vezuje za odnos suda prema izvođenju dokaza, u jednom širem značenju se ono odnosi na celokupan postupak, tj. na sve radnje stranaka u parnici, u tom smislu da dejstvo imaju samo radnje koje se preduzimaju u konkretnoj parnici.³³ U skladu sa tim ni priznanje činjenica van parnice, tzv. vansudsko priznanje nema dejstvo kao sudsko, jer nije nesposredno učinjeno pred parničnim sudom (*a contrario* član 222. stav 1. ZPP).³⁴

V Granice dejstva

1. Procesno dejstvo ugovora o činjeničnom stanju nije apsolutno. Iako o tome nema govora u matičnoj odredbi ZP, ograničenja proizilaze

²⁹ B. Poznić, V. Rakić–Vodinelić, *op. cit.*, loc. cit.

³⁰ Ibidem; U nemačkom pravu se, u skladu sa konцепцијом o procesnim ugovorima (v. f. 19.), ugovor o činjeničnom stanju, tj. ugovor o priznanju činjenica (*Geständnisvertrag*) naprotiv smatra dozvoljenim. V. L. Rosenberg, K. H. Schwab, P. Gottwald, *op. cit.*, § 112 Rn. 9.

³¹ V. A. Jakšić, *op. cit.*, br. 879.

³² Tako za hrvatsko pravo gde postoji identična institucija u pogledu neopozivosti S. Triva, M. Dika, *op. cit.*, str. 942. i A. Uzelac, *Zakon o mirenju – komentarske bilješke*, u: A. Uzelac, V. Gotovac et al., *Mirenje u građanskim, trčovačkim i radnim sporovima*, Zagreb, 2004, br. 126.

³³ Dakle, u ovom širem kontekstu nije od značaja pitanje načina preduzimanja radnji (usmenim ili pisanim pitem).

³⁴ Tako i izričito u austrijskom pravu (§ 266 stav 3 öZPO), te u skladu sa tim i u našem predratnom (§ 362. stav 3. GPP).

iz konstrukcije parničnog postupka, odnosno njegove prirode i svrhe. Drugim rečima, ograničenja su nužna posledica ambijenta u kojem deluje ovaj institut. U tom smislu njegovo dejstvo se u potpunosti upodobljava sistemu načela parničnog postupka. Poreklo saglasnosti i okruženje u kojem se ona postiže smatramo da nisu dovoljno jaki argumenti da nadvladaju već uspostavljen procesni sistem.

2. Prethodno rečeno u pogledu usklađenosti koncepcije raspravnog načela i sporazuma o činjeničnim pitanjima govori *a contrario* o prvoj granici njegovog dejstva. Važenje čistog istražnog načela onemogućava determinaciju činjeničnog stanja nezavisno od suda, što u prvom redu podrazumeva da sud nije vezan nespornim stanjem. U tom smislu ni sporazum o činjeničnim pitanjima neće imati dejstvo u parničnom postupku u kojem važi čista istražna maksima; svakako da saglasna volja stranaka van parnice nije jača od javnih interesa koje izražava istražno načelo, pa makar takva saglasnost poticala iz postupka posredovanja. Doduše, hipotetički mali broj sporazuma ne bi imao dejstvo iz ovog razloga, jer u najvećem broju slučajeva postoji korelativnost istražne maksime i nemogućnosti slobodnog raspolaganja pravom, te tada nije ni ispunjen uslov conciliabilnosti.³⁵

3. Druga granica ograničenja dejstva proizilazi iz šireg konteksta raspravnog načela. Stranke su načelno slobodne da odrede činjenično stanje, što podrazumeva da one mogu da prikažu stanje stvari koje ne postoji – kolokvijalno, neistinito stanje stvari (v. *supra ad IV. 3.*). Međutim, sud neće uvek biti vezan netačnim prikazivanjem stvarnosti. U tom smislu ugovor o činjeničnom stanju neće imati dejstvo ako se njime želi raspolažati suprotno članu 3. stav 3. ZPP, i to u užem i u širem smislu.

4. Raspolaganje suprotno članu 3. stav 3. ZPP *stricto sensu* podrazumeva u ovom kontekstu neistinito prikazivanje stanja stvari sa ciljem da se formira donja premla sudskega silogizma koja će primenom materijalnopravne norme dovesti do nedopuštenog supstanicijalnog rezultata. Stranke da bi ishodovale takav rezultat netačno prikazuju stanje stvari, jer kada bi ga tačno prikazale, sud bi, naravno, odbio da pruži traženu pravnu zaštitu. Raspravno načelo se ne može zloupotrebljavati da bi se postigli ciljevi koji su suprotni javnim interesima, što ZPP izričito i potvrđuje (arg. član 7. stav 3. i član 222. stav 1. ZPP). Imajući to u vidu, ne može se strankama dozvoliti da instrumentom van parnice postignu rezultat koji ne mogu postići tokom parnice. To znači da ukoliko sud posumnja da

³⁵ Čista istražna maksima važi u svim parničnim postupcima u vezi porodničnih odnosa (v. član 205. Porodičnog zakona), u kojima, po pravilu, nema slobode raspolaganjem pravom.

stranke upotreboom ugovora o činjeničnom stanju žele da izvrše takve nedopuštene dispozicije on neće biti vezan njime; za činjenične tvrdnje stranaka biće potrebno dokazivanje (*per analogiam* član 222. stav 1. ZPP). Štaviše, sud će tada verovatno morati da iskoristi svoja istražna ovlašćenja i da po službenoj dužnosti izvede dokaze (član 7. stav 3. ZPP).

5. Prikazivanje netačnog stanja stvari može predstavljati nedopušteno raspolaganje i kada ono nije preduzeto sa ciljem postizanja nedozvoljenog meritornog rezultata. Ono može samo za sebe da predstavlja nedopuštenu dispoziciju, koja je svojom sadržinom proitvna članu 3. stav 3. ZPP. U tu kategoriju spadaju ugovori čija je sadržina suprotna opštepoznatim činjenicama i opštepoznatim pravilima iskustva, odnosno oni za čiju netačnost se sud već uverio.

Opštepozнате činjenice su takve činjenice koje su poznate širem krugu ljudi ili su svačijem saznanju dostupne; zato se i nazivaju notorne, očigledne činjenice. Da bi imale procesno dejstvo, a to je nepotrebnost dokazivanja, potrebno je da one budu neizostavno notorne kod suda (konkretnog sudije ili članova veća). Nadalje, sa takvim činjenicama su izjednačene i tzv. sudske notorne činjenice, činjenice koje sud u toku vršenja svoje sudske funkcije saznao.³⁶ Dejstvo notornih činjenica inspirisano je u prvom redu razlozima ekonomičnosti, ali i ugleda suda; u tom smislu se ima u vidu situacija kada jedna stranka u svojoj tvrdnji navodi i notornu činjenicu – tada je neekonomično da se dokazuje nešto što je očigledno ali bi bilo i «groteskno»³⁷ da se izvodi dokaz radi potvrde nečega što je očigledno. Međutim, pravila o notornim činjenicama su inspirisana i javnopravnim karakterom samog postupka. Sud po službenoj dužnosti uzima u obzir notorne činjenice, pa nije potrebno da se bilo koja stranka na njih pozove.³⁸ Konsekventno tome, ni priznanje činjenica čija je suprotnost notorna nema dejstvo. Dakle, vidi se da zakon izražava ideju o parničnom postupku kao javnopravnoj instituciji, koja nije u svemu vezana dispozicijama stranaka, jer ugled pravosuđa ne bi trpeo da se ovde uspostavi suprotno; stranke ne smeju da disponiraju činjeničnim stanjem tako da ono bude groteskno, absurdno, što bi upravo bilo ako bi stranke mogle da stvaraju činjenično stanje koje je očigledno, notorno netačno. U tom smislu

³⁶ To je za vreme važenja pređasnijih zakona bio stav pojedinih domaćih autora; od 2004. godine je i i ozakonjen. V. član 222. stav 4. ZPP.

³⁷ O. Jauernig, *op. cit.*, § 39 IV 2.

³⁸ To je vladajuće učenje u nauci; s druge strane, i na normativnom planu u našem procesnom sistemu postoji kazuistička potvrda: sud neće doneti presudu zbog propuštanja ako su činjenice navedene u tužbi u suprotnosti sa opštepoznatim činjenicama (član 338. stav 1. tačka 2. ZPP).

slu se i zaključuje u teoriji da bi takvo priznanje činjenica bilo protivno članu 3. stav 3. ZPP jer je u prvom redu suprotno savesnosti i moralu.³⁹ ⁴⁰ Isti razlozi u potpunosti govore i u prilog stavu da ugovor o činjeničnom stanju zaključen u postupku posredovanja ne može biti u suprotnosti sa notornim činjenicama.

Pravila o opštepoznatim stavovima iskustva izgrađena su na istim premisama kao i ona o notornim činjenicama. Opštepoznačena pravila iskustva su sudovi o značenju i posledicama određenih činjenica u stvarnosti koji su produkt opšteživotnog iskustva;⁴¹ ona su u tom smislu poznata svakom prosečnom čoveku (otuda su i opštepoznačena, notorna), pa onda kada njihovom primenom treba da se utvrdi donja premlisa sudske silogizma ona nisu predmet dokazivanja, već ih sam sud primenjuje. Na osnovu toga, ni stranačka dispozicija ne utiče na njihovu primenu; priznanje činjenica koje je se protivi svakom životnom iskustvu nema dejstvo, jer bi ono, baš kao i u odgovarajućoj situaciji u pogledu notornih činjenica, bilo nemoralno, nesavesno. Ne može se dopustiti da sud uzme za postojeće nešto što je očigledno nemoguće, baš kao što se ne može dopustiti da sud uzme za istinito nešto što je očigledno netačno.⁴² U skladu sa tim, ni ugovor o činjeničnom stanju ne može proizvesti dejstvo ukoliko je njezina sadržina očigledno nemoguća, tj. protivna opštepoznatim pravilima iskustva.

Na posletku, pod nedozvoljeno raspolažanje u širem smislu spada i određivanje činjeničnog stanja za koje se sud uverio tokom postupka da je netačno. To će biti slučaj kada se postupak posredovanja sprovodi u toku parničnog postupka; ukoliko je zaključenju ugovora prethodilo dokazivanje koje je uspelo, dakle ono koje je stvorilo kod suda dovoljno ubedjenje o istinitosti dokazne teme, sadržina ugovora ne može biti u suprotnosti sa takvim ubedjenjem suda. Drugim rečima, sud tada neće biti vezan ugovorom u tom delu, već će formirati činjenično

³⁹ S. Triva, M. Dika, *op. cit.*, str. 203.

⁴⁰ Reprezentativan je u tom smislu stav srpskog procesualiste s kraja XIX veka, koji polazi od toga da sud nije vezan priznanjem činjenica ako sud ima izvesnosti da su činjenične tvrdnje neistinite ili nemoguće, jer ugled suda ne trpi da se u tom slučaju sudija načini «mahinom» i da se primora da priznato smatra za istinito. V. A. Đorđević, *Teorija građanskog sudskeg postupka, II knjiga, priredio D. Aranđelović*, Beograd, 1924, str. 38.

⁴¹ Za pojam pravila iskustva v. R. Keča, *op. cit.*, str. 201-202.

⁴² Na ovoj relaciji se i iskazuje razlika između (notornih) činjenica i (notornih) pravila iskustva: činjenice postoje ili nepostoje, dok su stavovi iskustva apstraktna pravila zasnovana na dugostrajnom iskustvu; otuda priznanje činjenice koja je suprotna notornoj činjenici je očigledno neistinito, dok je ono koje je protivno opštepoznatom pravilu iskustva očigledno nemoguće.

stanje u skladu sa svojim već stečenim uverenjem. I ovde se radi o tome da bi takav ugovor bio nemoralan i nesavestan. Međutim, on nije takav zato što je netačnost očigledna, kao kod onog koji je u suprotnosti sa notornim činjenicama, već je takav zato što zahteva da sud utvrdi nešto protivno diktatu svoje savesti, nešto što je slobodnom ocenom dokaza, dakle pravilima logike i mišljenja, onako kako uvek radi, već prethodno utvrdio da nije tačno. Na osnovu toga u domaćoj teoriji prevlađuje stav da ni priznanje činjenica u identičnoj situaciji nema dejstvo.⁴³ Tome u prilog treba navesti i pravila parničnog postupka o dokazivanju uopšte: stranke ne samo da ne mogu da se odreknu već nastupelog dokaznog rezultata, već ne mogu ni od trenutka kada sud doneće dokazno rešenje da povuku dokazni predlog. Na kraju, ni argument da se radi o ugovoru, dakle da su se strane dogovorile o činjeničnom stanju i to u postupku posredovanja ovde nema nikakve važnosti; naprotiv, stranke nisu rešile svoj spor mirnim putem, pa onda ni nema dovoljno jakog razloga odreći se dosadašnjeg rezultata postupka. Stranke nisu postigle nikakav rezultat kojim bi se opravdalo u određenom smislu anuliranje dela postupka, odnosno kojim bi se opravdalo uzaludno trošenje u prvom redu sudskega vremena i truda.

Sva tri primera ugovora o činjeničnom stanju koji predstavlja nedopušteno raspolaganje u širem smislu, s obzirom na njihovu evidentnu zajedničku crtu, a to je netačnost sadržaja ugovora, ne treba posmatrati kao izraz težnje da se u postupku utvrdi tzv. materijalna istina. U tom smislu, opravdanje ograničavanja dejstva ovog ugovora u pomenutim situacijama nije vulgarizovano načelo materijalne istine koje do sadašnjeg ZPP vladalo u domaćoj sudskej praksi, a manje i u teoriji.⁴⁴ Naprotiv, u sva tri slučaja se respektuje sloboda raspolaganja u materijalopravnom odnosu kao i okviri koje spram toga i postavlja procesni sistem u pogledu potrebe utvrđivanja istine u postupku. Razlozi koji izražavaju javni interes ovde pretežu nad slobodom disponiranja stra-

⁴³ V. S. Triva, M. Dika, *op. cit.*, str. 493; B. Starović, R. Keča, *op. cit.*, str. 286.; U svom rezultatu ovo stanovište se poklapa sa opštim učenjem o priznanju činjenica u austrijskoj nauci (v. f. 23). Suprotno B. Poznić, *Povodom odredaba Zakona o parničnom postupku o priznanju činjenica*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 3-4/1960, str. 274.

⁴⁴ Vulgarizovano načelo materijalne istine podrazumeva supremaciju jednog aspekta kvaliteta pravne zaštite koja se pruža u parničnom postupku u odnosu na druge. Krajnja konsekvenca takvog učenja bila je inauguracija istine kao primarnog zadatka postupka, što se reflektовало u sudskej praksi na višekratno ukidanje prвostepenih presuda zbog pogrešno utvrđenog činjeničnog stanja. Koristimo pridev „vulgarizovano“ jer je navedeno načelo ono u svom značenju drugačije od, može se reći, izvornog načela materijalne istine koji se tiče metoda, načina ocenjivanja dokaza.

naka, s tim da javni interes nije da se utvrdi istina kao takva, već da se u tim konkretnim slučajevima kroz istinu sačuva dignitet pravosuđa i sudija. Time se, kako je već naglašeno, izražava javnopravni karakter parničnog postupka. Zato se i u svetu sada naglašenijeg raspravnog načela kao i izostajanja formalnog izraza načela istine u ZPP, ne sme otići u drugu krajnost, a to je negiranje parničnog postupka kao javnopravne institucije; to svakako da ne stoji i ne odgovara stvarnosti našeg pravnog sistema. Jednostavno i slikovito rečeno, a veoma aplikativno u kontekstu konkretnog problema,

okolnost što se naše društvo po drugi put u svojoj istoriji našlo u fazi prvobitne akumulacije kapitala i izgradnje kapitalističkih odnosa nikako ne znači da treba da se vratimo na rešenja koja se tiču uloge suda iz doba liberalnog kapitalizma.⁴⁵

Ni sada, kao što se nije smatralo i pre više od sto godina za naš procesni sistem, sudija nije «mahina» koju treba opskrbiti materijalom kako bi ona dala rezultat, već je sud aktivan subjekat parničnog postupka koji u njemu i kroz njega mora sačuvati ugled i autoritet pravosuđa.

6. Trebalo bi na kraju uzeti da ugovor o činjeničnom stanju neće imati dejstvo u situaciji kada se on odnosi na takva pitanja koja su već sađana u pravnosnažnoj presudi krivičnog suda kojom se optuženi koji je stranka u postupku posredovanja oglašava krivim, a koja se odnose na postojanje krivičnog dela i krivične odgovornosti. Naime, navedena činjenična pitanja su u našem procesnom sistemu jedina prava zabranjena dokazna tema, jer je sud vezan za navedena utvrđenja krivičnog suda (arg. član 13. ZPP). Razlozi koji govore u prilog statusa takvih činjenica uopšte, svakako da ne mogu biti ugroženi argumentom da je drugačije stanje stvari usaglašeno u postupku posredovanja.

VI Pitanje opravdanja instituta

1. U dosadašnjoj literaturi se u pogledu opravdanja ovog instituta ističe se jedino praktična strana, u tom smislu da se kasniji parnični postupak olakšava, rastereće i ubrzava.⁴⁶ Međutim, kada se celina datog problema sagleda u svetu parničnog postupka, vidi se da navedeni argument i nema realno opravdanje. Stranke, u parnici isti rezultat koji bi značio olakšanje i ubrzanje postupka mogu postići već postojećim parničnim in-

⁴⁵ G. Stanković, *Pripremanje promena Zakona o parničnom postupku*, Analji Pravnog fakulteta u Beogradu, 1-2/2004, str. 209.

⁴⁶ Up. A. Uzelaz, *op. cit.*, br. 126; LJ. Milutinović, *Zakon o medijaciji – posredovanju sa komentarom*, Beograd, 2005, str. 54; G. Mihailović, *Komentar Zakona o posredovanju - medijaciji*, Beograd, 2007, str. 43.

strumentom – priznanjem činjenica. Čak i najekstremnija varijanta ugovora o činjeničnom stanju u ovom kontekstu, gde bi se on zaključio pre parničnog postupka i kojim bi se odredilo celokupno činjenično stanje, ne znači da bi sud odmah nakon tužbe doneo presudu, i time ubrzao postupak; on bi morao da tužbu dostavi tuženom na odgovor u skladu sa načelom obostranog saslušanja stranaka, osnovnim načelom parničnog postupka koje se u krajnjoj liniji u apsolutnom smislu ne može nikada prenebreći (arg. član 5. ZPP). Tek nakon datog odgovora na tužbu, tj. bolje rečeno proteka roka za davanje odgovora na tužbu, sud bi bio u mogućnosti da doneše presudu. Međutim, sud je i inače, dakle bez obzira na ugovor o činjeničnom stanju, u mogućnosti da u tom stadijumu doneše presudu; ukoliko nakon odgovora na tužbu sud utvrdi da nema spornih činjenica, što znači da tuženi u odgovoru na tužbu priznaje činjenične navode iz tužbe, moći će da doneše presudu bez glavne rasprave (član 276. stav 2. ZPP). Prema tome, nikakvo ubrzanje postupka se ne postiže, tj. ne omogućava se ništa novo, pa time u smislu opravdanja instituta ne stoji takav argument.

2. U smislu prethodnog stava, čini se da opravdanje ovog ugovora treba stražiti samo u kontekstu posredovanja kao fenomena. Ugovorno određivanje činjeničnog stanja dozvoljeno je samo u postupku posredovanja, ne i u drugim situacijama, pa se i postavlja pitanje postoji li u datom ambijentu i realno opravdanje ovog instituta.

Mirno rešavanje sporova veoma je poželjan metod eliminisanja patoloških stanja koje sporovi predstavljaju. Primarno i najvažnije, ono je poželjno upravo zbog svog distinkтивnog obeležja u odnosu na druge metode rešavanja sporova: stranke same rešavaju svoj spor, na bazi dogovora, tj. saglasnosti volja. Psihološki efekat koji nosi mirno rešavanje spora, a to je osećanje da nema pobednika i poraženog, najvredniji je rezultat posredovanja. Na toj bazi se ostvaruju i drugi pozitivni efekti: omogućava se (lakše) nastavljanje trajnijih pravnih odnosa, preveniraju se budući sporovi, omogućava se normalno funkcionisanje društvenih tokova naročito tamo gde se oni *volens nolens* moraju odvijati.⁴⁷ U tom kontekstu, čini se da ugovor o činjeničnom stanju samo zato što je zaključen u postupku posredovanja nije vredan sankcionisanja; stranke zaključujući ga priznaju da ne mogu da spor reše mirnim putem (*expressis verbis* član 16. stav 7. ZP), tako da se

⁴⁷ Tako se navodi primer tzv. totalnih institucija gde bi naročito posredovanje dalo rezultata u tom smislu. Radi se o takvim okruženjima, kao što su npr. škole, bolnice, stambene zgrade i sela, gde su ljudi primorani da žive u dnevnom kontaktu sa svojim kolegama, komšijama i sl. V. M. Cappelletti, *Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement*, The Modern Law Review Vol. 56 (1993), p. 290.

ostavlja prostor u parničnom postupku da se, neretko obe stranke, osećaju gubitnicima. Dakle, sud u ovom slučaju rešava spor autoritativno (kao što to uvek i radi) i izostaje rezultat koji bi trebao da se predstavlja «izlečenje odnosa». S druge strane, činjenica da je posredovanje uspeh sam po sebi, jer predstavlja izlečenje odnosa stranaka u smislu da se oživljava njihova komunikacija⁴⁸, ne treba uzeti kao opravdanje ugovora o činjeničnom stanju, tako da on predstavlja svojevrsnu nagradu za uopšte sproveđenje postupka posredovanja (ne sme se izgubiti iz vida da je ostao suštinski neuспešan). Da je tako, ne postoje nikakvi razlozi da se ne nagrade i druge stranke koje su same, bez posrednika, uspele da ožive međusobnu komunikaciju (npr. putem direktnih pregovora). Konsekventno tome, *argumentum a maiori ad minus* trebalo bi nagraditi i stranke koje nisu uopšte gubile međusobnu komunikaciju, što bi vodilo ka opštoj dozvoljenosti ugovora o činjeničnom stanju. Naprotiv, stranke ne mogu, van postupka posredovanja voljom odredaba ZP, da zaključuju takve ugovore; tome se protivi naš sistem parničnog postupka, u prvom redu njegov temelj izražen u zabrani konvencionalnog postupka ali i rukovodna ideja o potrebi očuvanja slobode delovanja stranaka u parnici (v. *supra ad IV. 4.*).

3. Nasuprot nepostojanju realnog pokrića niti u praktičnom aspektu, niti u okviru posredovanja kao fenomena, ugovorno određivanje činjeničnog stanja nosi sa sobom veliki rizik od zloupotreba. Nedopuštene dispozicije u užem smislu se najbolje sprovode kroz lažno prikazivanje činjeničnog stanja. Svakako, to je moguće i u parnici kroz priznanje činjenica; to je i razlog zašto neki autori, između ostalog, odriču mogućnost bilo kakvog neistinotog priznanja činjenica, polazeći od toga da treba prepostaviti da je laž sredstvo zloupotrebe i da se ne može zagledati kakve sve posledice može proizvesti ukoliko se dozvoli.⁴⁹ Ipak, stranke kroz vanprocesno utvrđivanje činjeničnog stanja mogu lakše sprovesti svoj dolozni plan nego kroz priznanje činjenica, jer neposrednost koja karakteriše priznanje činjenica (v. *supra ad IV. 4.*) ostavlja kakvu-takvu mogućnost суду da uoči nameru stranaka. Dalja negativna strana odsustva navedene neposrednosti tiče se nemogućnosti da sud odmah, *ex offo* spreči dejstvo ugovora ukoliko postoji nejasnoća kod jedne od stranaka u pogledu „pravno odevenih činjenica“; ta hipoteza je sasvim moguća, s obzirom da u postupku posredovanja nepostoji nikakav mehanizam da se stranka pravno pouči, pa da time bude i načisto sa predmetom ugovora.⁵⁰ Na kraju, mo-

⁴⁸ Tako A. Uzelac, *op. cit.*, br. 125.

⁴⁹ V. A. Markićević, *op. cit.*, str. 141.

⁵⁰ Naime iako bi analognim tumačenjem odredbe člana 16. stav 2. ZP došli do odgovarajućeg mehanizma za zaštitu stranaka u ovom kontekstu (dužnost posrednika da

guće je da se postupak posredovanja javi kao forma zaključenja pojedinih ugovora, samo zbog već tada određivanja činjeničnog stanja za slučaj eventualnog spora; ugovorna strana koja je ekonomski nadmoćnija može usloviti zaključenje nekog materijalnopravnog ugovora vođenjem fiktivnog postupka posredovanja i u njemu zaključenog ugovora o činjeničnom stanju, lišavajući time ekonomski slabijeg ugovornika slobode delovanja u docnjoj eventualnoj parnici.

VII Zaključak

Stranačko determinisanje činjeničnog stanja kroz ugovor koji one zaključuju u postupku posredovanja odudara od koncepcije domaćeg parničnog postupka. Iako u svom cilju upodobljeno važećoj koncepciji raspravnog načela, u svojoj ukupnosti ono protivreći sistemu parničnog postupka, zasnovanom na ideji očuvanja slobode delovanja stranaka u parnici, i kroz to na ideji nesporednosti shvaćenoj u širem smislu. Na navedenim idejama još uvek počiva opšta zabrana ugovora o činjeničnom stanju, dakle u svim situacijama van ovog zakonom konsakriranog slučaja. S druge strane sankcija vanprocesne volje stranaka u pogledu činjeničnog stanja ne znači jačanje dispozitivnih ovlašćenja stranaka tako da bi se time ugrozilo svojstvo parničnog postupka kao javnopravne institucije. Naprotiv, dejstvo ugovora se u potpunosti upodobljava postojećem sistemu parničnog postupka, tj. koordiniranom institutu parničnog prava, priznanju činjenica. Samo na toj prenisi se može očuvati postojeće stanje parničnog postupka, stanje koje izražava nužni obim zaštite javnih interesa. Na kraju, argumenti koji bi eventualno bili u stanju da opravdaju pretprocesno i vanprocesno determinisanje činjeničnog stanja nisu dovoljno snažni da prevladaju na onima koji govore protiv. Dok se isti efekat u pogledu rasterećivanja i ubrzanja parnice može postići već postojećim parničnim instrumentima, na teoretskom planu ne postoje principijelni razlozi koji bi opravdali institut okolnošću da se ugovor zaključuje u postupku posredovanja. Uz to, prisutne opasnosti od zloupotreba stranačkog determinisanja činjeničnom stanju se u ovom slučaju povećavaju, dok se javljaju dodatni rizici koji se ne javljaju prilikom postizanja istog cilja postojećim parničnim instrumentima.

strankama objasni dejstvo ugovora), opšte odredbe o posrednicima to onemogućavaju; posrednik može biti svako lice, odnosno nije potrebno da posrednik bude pravno obrazovan.

*Marko Knežević, LL.M., Assistant
Novi Sad School of Law*

Agreement on the Facts of the Case Concluded in Mediation

Abstract

Mediation Act adopted in 2005 provides that parties can accomplish mediation proceeding with conclusion of agreement on facts of the case which they will use in later litigation. According to its' basic features, this institute is researched in litigation context. After the determination of the notion and legal nature, it is analyzed to what extent is agreement on facts of the case coordinated with domestic procedural system. Furthermore agreement effect's limits are set, whilst the issues which in their results affect the nature of litigation proceeding are carefully elaborated. At the end, the problem of justification of out of court, contractual determination of facts of the case permission in this concrete situation is questioned, while possible practical negative effects are stressed out.

Key words: contractual determination of facts of the case, mediation proceedings, procedural contract, principle of parties' rule on facts of the case, forbidden dispositions, admission of facts.

*Milana Pisarić, saradnik u nastavi
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

ELEKTRONSKI ZAPISI KAO DOKAZI U KRIVIČNOM POSTUPKU

Sažetak: S dostignućima tehnike i tehnologije razvile su se i nove mogućnosti i metodi zloupotrebe istih, među kojima posebno mesto zauzima kompjuterski kriminalitet. Razvoj informacione tehnologije karakteriše izuzetno velik protok digitalnih podataka u vidu elektronskih (računarskih) zapisa, a koji se nalaze u računaru ili se prenose putem računara, a mogu da budu ključni dokaz u otkrivanju i dokazivanju najraznovrsnijih zloupotreba informacione tehnologije, a pre svega zloupotrebe računara i računarskih mreža (među kojima su i kompjuterska krivična dela). U ovom radu biće reči o elektronskim (kompjuterskim) zapisima u digitalnom obliku (bitovima), načinu rukovanja istim i mogućnosti njihovog korišćenja u otkrivanju i dokazivanju kompjuterskih krivičnih dela.

Ključne reči: podaci kao elektronski zapisi, zloupotreba informacione tehnologije, digitalna forenzika, kompjuterska krivična dela, otkrivanje i dokazivanje kompjuterskih krivičnih dela

1. Uvodna razmatranja

Brzi razvoj računara i računarskih mreža stvorio je i stvara čitav novi svet za nas. Računarske mreže omogućavaju lakši i brži način komuniciranja, brži prenos informacija i obavljanje poslovnih aktivnosti, pri čemu se može uočiti izuzetno velik protok digitalnih podataka u vidu elektronskih (računarskih) zapisa. Ovi podaci mogu se pojaviti u obliku teksta, slike i glasa, i mogu se prikazati na ekranu računara ili biti odštampani, i kao takvi nositi značajnu saznajnu vrednost.

Podaci kao elektronski zapisi, u vidu datoteka i direktorijuma, koji se nalaze u računaru ili se prenose putem računara - mogu da budu ključ-

ni dokaz u otkrivanju i dokazivanju najraznovrsnijih zloupotreba informacione tehnologije, a pre svega zloupotrebe računara i računarskih mreža, među kojima su i kompjuterska krivična dela.

2. Otkrivanje i dokazivanje kompjuterskih krivičnih dela

Kompjuterski kriminalitet (kriminalitet vezan za kompjutere) mogao bi se odrediti kao vršenje određenih krivičnih dela zloupotrebom kompjutera/ računara, odnosno kompjuterskih sistema.¹ Kompjuterski kriminalitet predstavlja oblik kriminalnog ponašanja kod koga se korišćenje kompjuterske tehnologije i informatičkih sistema ispoljava kao način izvršenja krivičnog dela, ili se kompjuter upotrebljava kao sredstvo ili cilj izvršenja, čime se ostvaruje neka u krivičnopravnom smislu relevantna posledica.² Da bi se stalo na put i ušlo u trag ovakvim zlopotrebama, vremenom su se razvijale nove procedure u prikupljanju dоказа za dela kompjuterskog kriminala,³ a u teoriji se govori o „istrazi u virtuelnom okruženju“.⁴ Uobičajeni alati koji se koriste u otkrivanju i dokazivanju zloupotreba računarske tehnike i tehnologije su softverski, često isti oni programi koje upotrebljavaju i izvršioc kompjuterskih krivičnih dela, mada se u novije vreme sve više koriste posebni, za te namene konstruisani softveri.⁵

U okviru kriminalističke policije formiraju se posebne organizacione jednice koje se bave otkrivanjem i dokazivanjem kompjuterskih krivičnih dela. U slučaju nepostojanja istih,⁶ angažuju se eksperti informaci-

¹ Z. Stojanović, O. Perić, Krivično pravo, posebni deo, Beograd 2007. god, str. 248.

² Ž. Aleksić, M. Škulić, Kriminalistika, Beograd, 2002. god, str. 396.

³ Primera radi, Međunarodna organizacija za kompjuterske dokaze, IOCE, (International Organization on Computer Evidence), Nacionalni institut za standardizaciju i tehnologiju NIST (National Institute for Standardization and Technologies) i američko Ministarstvo pravde USDJ (US Department of Justice) marta 1996. godine propisali su opšte principe i procedure, koji se odnose na digitalne dokaze, metode za usaglašavanje praktičnih rešenja među nacijama, koje garantuju međunarodnu razmenu, ili tzv. transnacionalni mendžament, digitalnih dokaza, odnosno prihvatljivost digitalnih dokaza u jednoj zemlji iako su isti prikupljeni u nekoj drugoj zemlji

⁴ M. Goodman , The emerging consensus on criminal conduct in cyberspace, International journal of law and information technology, 2002, vol. 10, No 2, str. 139- 232; D. Wall, Catching Cybercriminals: Policing the Internet, International review of law computers& technology, 1998, vol. 12, No 2 str. 201–218

⁵ M. Goodman , The emerging consensus on criminal conduct in cyberspace, International journal of law and information technology, 2002, vol. 10, No 2, p. 177

⁶ Ako se kriminalni akt ne otkrije već u toku izvršenja ili neposredno nakon toga, verovatno će do trenutka otkrivanja nestati mnogi tragovi i dokazi, pa krivac, iako je opravданo sumnjiv, neće moći biti uspešno krivično gonjen.

one tehnologije, a iz razloga što je otkrivanje i dokazivanje kompjuterskih krivičnih dela najčešće izuzetno težak zadatak. S obzirom na specifičnosti računarskog sistema, sasvim je moguće da svaki pojedinačni slučaj zahteva angažovanje stručnjaka sa posebnim informatičkim znanjima. Za uspešno otkrivanje i razjašnjenje kompjuterskih zloupotreba neophodan je timski rad operativnih i kompjuterskih stručnjaka, kao i multidisciplinarni pristup, koji podrazumeva upotrebu klasičnih kriminalističkih metoda i tehnika vezanih za rad i funkcionisanje računara i računarskih sistema.⁷

Postoji niz poteškoća čije postojanje maksimalno otežava otkrivanje i dokazivanje ovog oblika kriminaliteta. Pored osetljive prirode elektronskih zapisa koji mogu poslužiti kao dokaz, postavlja se i pitanje pristupa istima i pitanje njihovog adekvatnog čuvanja. Osim toga, poteškoću predstavlja i činjenica da je pristup informacijama moguć u okviru jednog računarskog sistema i sa vrlo udaljenih terminala, a da se na isti način može vršiti i manipulisanje podacima, zatim mogućnost da se preko globalnih računarskih mreža, upotrebom personalnih računara, prodre u niz faktički potpuno međusobno odvojenih računarskih mreža.⁸ Stoga je otežana identifikacija osumnjičenih koji se koriste najnovijim dostignućima savremene tehnologije i uvek idu korak unapred u odnosu na organe otkrivanja i gonjenja.

Razjašnjenje svakog, pa i kompjuterskog kriminala podrazumeva otkrivanje kompjuterskog krivičnog dela i učinioца i razjašњavanje i dokazivanje krivičnog dela. Zato, bez obzira na pomenute prepreke, osnovni zadatak stručnog tima jeste utvrđivanje činjeničnog stanja, odnosno prikupljanje i obezbeđenje dokaza potrebnih za preduzimanje odgovarajućih mera protiv izvršilaca.

3. Pojam elektronskog dokaza

Osnovni cilj preduzimanja operativnih radnji je da se pronađu dokazi koji će potkrepliti ili otkloniti sumnju da je izvršena zloupotreba u elektronskom sistemu u kom je primenjena informaciona tehnologija. Postavlja se pitanje, kakvi su to dokazi, za koje se u literaturi koriste različiti termini, a najčešće se nazivaju digitalni i elektronski dokazi.

Kao digitalni dokaz može poslužiti bilo koja informacija koja je generisana, obradivana, uskladištena ili prenesena u digitalnom obliku, od-

⁷ D. Berm, Computer forensic analysis in a virtual environment, International journal of digital evidence, fall 2002, vol. 6 , issue 2, preuzeto sa internet stranice - www.ijde.org

⁸ S. Petrović , Komputerski kriminal, Beograd, 2001. god, str. 278.

nosno svaka binarna informacija, sastavljena od digitalnih 1 i 0, uskladištena ili prenesena u digitalnoj formi⁹. Ove informacije se u računaru/računarskom sistemu najčešće nalaze u vidu elektronskih zapisa u datotekama (file) ili direktorijumima (folder).

Elektronski dokazi su informacije i podaci koji imaju dokaznu vrednost i „mogu se koristiti u krivičnom postupku, a koji su uskladišteni ili se prenose putem elektronskih uređaja“.¹⁰

Pojam elektronskog dokaza obuhvata: kompjuterski uskladištene i kompjuterski generisane dokaze; digitalne audio i video signale, podatke sa mobilnog telefona, podatke sa digitalnih faks mašina i podatke sa drugih digitalnih uređaja.¹¹

Kao dokaz u postupku može se upotrebiti štampani tekst koji je generisao sam računar ili samo arhivirao (tzv. rukopis osobe u elektronskoj formi), obrađen tekst procesorima za elektronsku poštu, zapisi iz aktivnosti diskusnih grupa (foruma i blogova) i virtuelnih soba za razgovor (chat-rooms), zapisi provajdera koji se tiču identifikacije korisnika (Internet protokol), telefonski zapisi, zapisi fovernih automata i sl.¹² U tu svrhu mogu da posluže: tekuće i neko prethodno stanje podataka i programa, sistemska statistika i evidencije, konzolni izveštaji, ručne evidencije, štampani izveštaji, radni nalozi, izjave pojedinih radnika i sl.¹³

Može se uočiti da zapravo postoje dve kategorije elektronskih zapisu: one koje je računar generisao i one koji su u računaru samo arhivirani. U prvoj kategoriji elektronskih zapisu su oni zapisi koje je sam računar stvorio nezavisno od korisnika (npr. zapisi provajdera internet usluga koji se tiču identifikacije korisnika prilikom uključivanja na mrežu). Drugu kategoriju čine zapisi koje je kreirao korisnik a koji se u računaru samo čuvaju (npr. e-mail poruke).¹⁴

Treba dakle, imati u vidu da dokaz o kom govorimo nije, uslovno govoreći, materijalni dokaz, jer je neopipljiv i nevidljiv. Elektronski do-

⁹ R. Morris, Evidence, International review of law computers& technology, 1998, Vol 12, No 2, p. 281

¹⁰ B. Banović, Komjuterski kriminalitet i zaštita ličnosti, Bezbednost, 2003. god, 1/03, str. 36.

¹¹ O. Kerr, Digital evidence and new criminal procedure, Colubmia law review, 2005, Vol.105, No.1 , p. 283

¹² V. Nikolić, Otkrivanje i praćenje kompjuterskog kriminala, Bezbednost, 2004. god, 2/04, str. 273.

¹³ B. Banović, op. cit.

¹⁴ B. Banović, Elektronski dokazi, Revija za kriminologiju i krivično pravo, 2006. god, 3/06, str.226

kaz je zapravo informacija/ podatak u vidu elektronskog zapisa (odnosno u digitalnom obliku). Kao takav, ne postoji u fizičkom svetu. Nosič elektronskog dokaza - medijum je određeni fizički predmet,¹⁵ ali isti ne dokazuje ništa - informacija, podatak koja je zabeležena u tom medijumu je dokaz. Međutim, podatku u elektronskom obliku ne sme se osporiti valjanost samo zato što je u elektronskom obliku, već se moraju naći načini da se isti iskoristi (s obzirom na vrednost koju može imati kao dokaz).

Karakteristike elektronskih zapisa su:

a) *Neraskidiva povezanost sa visokom informacionom tehnologijom*, a prikupljanje i analiza istih zahteva primenu najsavremenijih naučnih tehnologija;

b) *Fleksibilnost* – podaci se mogu pojaviti u više oblika, kao: tekst, slika, crtež, animacija, audio i video zapis, u različitim ekstenzijama datoteka, i sl;

v) *Latentnost elektronskih zapisa* koja onemogućuje neposrednu identifikaciju sadržaja fizičkog objekta koji čuva dokaze;

g) *Izuzetna osetljivost* - lako se mogu oštetiti, odnosno izmeniti, falsifikovati, sakriti, uništiti ili na drugi način učiniti neupotrebljivim. Stoga je neophodna je brzina reagovanja organa gonjenja,¹⁶ ali i oprez i posebne mere predstrožnosti neophodni prilikom rukovanja istima.

Polazeći od osetljivosti, mogu se razlikovati tri kategorije elektronskih zapisa, odnosno podataka koji mogu predstavljati elektronske dokaze u kompjuterskoj ekscesnoj situaciji:¹⁷

a) *Prelazni podaci* – to su informacije koje se mogu izgubiti svaki put nakon što se isključi računar.¹⁸ Iz razloga što postoji mogućnost da se ovakvi podaci bespovratno izgube pošto računar bude isključen, prikupljanju istih neophodno je postupiti na oprezan način, što bi podrazumevalo da pre isključivanja računara treba odmah ispitati, locirati i obezbediti osetljive i šifrovane podatke;¹⁹

¹⁵ Medijumi bi bili ili računar ili spoljni nocioci memorije: disketa, disk, magnetna traka i sl. spoljni nosioci memorije

¹⁶ U skladu sa kriminalističkim načelom brzine i operativnosti neophodno je odmah po saznanju da je izvršeno krivično delo, sprovesti određene operativno-taktičke radnje.

¹⁷ Preuzeto iz Izveštaja Interpol-a o digitalnim dokazima (Report on Digital Evidence) sa internet stranice <http://www.interpol.int/public/Forensic/IFSS/meeting13/Reviews/Digital.pdf>

¹⁸ Kao što su veze sa otvorenom radnom memorijom, memorijski rezidentni programi, itd.

¹⁹ Takvo isključivanje računara je posebno osetljiva operacija, i zavisno od operativnog sistema, postoje dve mogućnosti: da se računar isključi na klasičan način bez

b) *Posebno osetljivi podaci* - podaci koji su uskladišteni na hard disku koji se lako mogu izmeniti;²⁰

v) *Privremeno pristupačni podaci* - podaci koji su uskladišteni na hard disku kojima se može pristupiti samo u određeno vreme.²¹

Zbog prirode elektronskih zapisa i svih navedenih karakteristika, njima se mora rukovati sa oprezom, uz primenu najsavremenijih saznanja i metoda informacione tehnologije. Rukovanje elektronskim zapisima podrazumeva sakupljanje, obezbeđenje, dokumentovanje i tumačenje, a ovaj proces naziva se kompjuterska forenzika ili digitalna forenzika (forensic computing).²²

Da bi elektronski zapisi uopšte postali vidljivi i mogli biti upotrebljeni u krivičnom postupku kao elektronski dokaz, neophodno je da se izvrši specifični uviđaj od strane stručnjaka upotrebom posebnih tehnika, opreme i softvera.

4. Specifičnosti uviđaja

Ukoliko se pojave osnovi sumnje da je izvršeno krivično delo za koje se goni po službenoj dužnosti, organi unutrašnjih poslova preduzeće potrebne mere da se pronađe učinilac krivičnog dela, da se učinilac ili saučesnik ne sakrije ili ne pobegne, da se otkriju i obezbede tragovi krivičnog dela i predmeti koji mogu poslužiti kao dokaz, kao i da prikupe sva obaveštenja koja bi mogla biti od koristi za uspešno vođenje krivičnog postupka. Po saznanju za izvršeno kompjutersko krivično delo, uviđajna ekipa izlazi na lice mesta,²³ da bi se proverili navodi u krivičnoj prijavi koja je najčešći izvor saznanja, te da bi se razjasnio slučaj i prikupili dokazi. Kada se izade na lice mesta, neophodno je isto na adekvatan način obezbediti²⁴ da bi se mogao izvršiti uviđaj.

Uviđajna ekipa treba da bude sastavljena od službenih lica koja poseduju osnovna informatička znanja, kao i kompjuterskih stručnjaka, posebno

straha da će se izbrisati dokazi o upadu, ili se računar uopšte ne sme isključivati, jer bi se isključivanjem uništili dokazi o upadu, s obzirom da mogu biti ugrađene i zamke za uništavanje datoteka sa dokazima, ako se računar isključuje po propisu.

²⁰ Takav bi podatak bio npr. poslednje vreme pristupa loginu datoteke

²¹ Takvi bi podaci bili npr. šifrovani podaci.

²² B. Banović, Elektronski dokazi, Revija za kriminologiju i krivično pravo, 2006. god, 3/ 06, str. 224.

²³ U slučaju kompjuterskih krivičnih dela, lice mesta je određeni centar za elektronsku obradu podataka

²⁴ Da bi se obezbedilo lica mesta, neophodno je najpre preuzeti kontrolu nad računaram i računarskim sistemom, a može se desiti da je neophodna i zabrana pristupa računarskoj prostoriji i samim računarima svim licima koja su radila na računaru

onih koji dobro poznaju računarske sisteme koje je potrebno ispitati.²⁵ Da bi kriminalistička obrada započela i da bi se odvijala kako treba, pre nego što se pristupi uviđaju nad računarima, potrebno je prikupiti što više podataka o vrsti računarskog sistema, o računarskoj opremi (hardveru), o kompjuterskim programima (softverima i operativnim sistemima) koji su korišćeni, o osiguranju podataka (konfiguraciji računara uopšte), a sve sa ciljem da bi se utvrdilo gde su tražene informacije pohranjene i na koji način su obezbeđene.²⁶ Na osnovu ovih informacija, potrebno je odrediti i pozvati adekvatne kompjuterske stručnjake.

Prilikom uviđaja treba u svakom konkretnom slučaju ispitati hardverske komponente, pretražiti kompjuterske datoteke i direktorijume, izraditi kopije podataka, te zaštititi elektronske zapise koji mogu poslužiti kao dokaz.

Pretraživanje računarskog sistema i pronalaženje relevantnih podataka, nije nimalo jednostavan niti brz postupak, te iz tih razloga često neće biti realizovan na licu mesta i u kratkom vremenskom periodu, već će biti neophodno da se kompjuterska oprema prenese u kompjutersku forenzičku laboratoriju.²⁷ Međutim, već prilikom prvog pregleda računara stručnjak može da identificuje skrivena, nelocirana i izbrisana mesta koja treba gledati, znake koje treba tražiti i dodatne izvore informacija za relevantne dokaze.²⁸

U toku vršenja uviđaja potrebno je prikupiti sve potrebne informacije o funkciji i organizaciji kompjuterskog centra, konfiguraciji, o tome koji su podaci sadržani na kojim nosiocima informacija, nadležnostima i zadacima osumljičenog, proizvođaču i tipu elektronskog računarskog uređaja, pogonskom sastavu i perifernim jedinicima, obrascima doku-

²⁵ Zakon o krivičnom postupku u st.1 čl. 112 propisuje da organ koji obavlja uviđaj ili rekonstrukciju može zatražiti pomoć stručnog lica kriminalističko-tehničke, saobraćajne ili druge struke, koje će, po potrebi, preuzeti i pronalaženje, obezbeđivanje ili opisivanje tragova, izvršiti potrebna merenja i snimanja, sačiniti skice ili prikupiti druge podatke

²⁶ B. Banović, Kompjuterski kriminalitet i zaštita ličnosti, Bezbednost, 2003. god, 1/03, str. 31.

²⁷ Veoma je važno, pri tom, privremeno oduzeti računar sa pratećom opremom uskladištitи na bezbedno mesto, zaštićeno od uticaja okoline, posebno elektromagnetskih polja i obezbediti ga od neovlašćenog pristupa, kako bi se sačuvao, pre svega, integritet - elektronskih dokaza.

²⁸ Dodatni izvori informacija mogu biti ranije forme datoteka podataka (npr. Memos, Spreadsheets, ..) koje postoje na hard disku, ili u bekap mediju, ili različito formatirane verzije podataka (npr. .templets, .doc, .pdf i sl), bilo da su tako namerno formirane ili treterane drugim aplikativnim programima (npr. Word processing, spreadsheet, e-mail, timeline, scheduling, graphic).

mentacije programa, papirima za tabeliranje, etiketama, magnetnim trakama i priručniku organizacije,²⁹ kao i ostalim nosiocima informacija (medijumima).

Informacije se prikupljaju tako što se vrše pretrage u samom računaru - odnosno u datotekama (files) i direktorijumima (folders) u računaru. Međutim, prikupljanje relevantnih podataka nije nimalo lak zadatak, prvenstveno zbog ogromnog broja istih u samom kompjuteru. Kompjuterske datoteke i podaci mogu biti vidljivi, ali isto tako mogu biti sakriveni u direktorijumu, ili čak pothranjeni na udaljenom serveru. Datoteka može biti zaštićena šifrom, lažno naslovljena, sačuvana u neuobičajenom formatu, pomešana sa velikim brojem irelevantnih datoteka.

Kompjuterska datoteka se može nalaziti kako u računaru tako i na spoljnem nociocu memorije (medijumu) – trake, kartice, diskete, diskovi, pa je potrebno pretražiti računarske prostorije, uključujući i prostoriju za skladištenje memorijskih medijuma, te oduzeti i pretražiti pronađene nosioce podataka.³⁰ Takođe, kompjuterska datoteka često može egzistirati u različitim formama ranijih verzija, koje su još dostupne na hard disku, ali se poznavanjem lokacija njihovog postojanja i korišćenjem adekvatnih alata za digitalnu forenziku, čak i izmenjeni formati istih podataka mogu lako otkriti.

Otkrivanjem, analizom i rekonstrukcijom dokaza dobijenih iz kompjuterskih mreža, sistema, medija, perifernih uređaja, korišćenjem multidisciplinarnih znanja, kojima se omogućava rešavanje krivičnih slučajeva bavi se digitalna forenzika.

5. Digitalna forenzika

Suština i svrha digitalne forenzičke je prikupljanje i analiza digitalnih dokaza, odnosno informacija iz elektronskih zapisa koji se najčešće, kao što smo videli, naleze u obliku datoteka (file).

Prikupljanje elektronskih/ digitalnih dokaza razlikuje se od tradicionalnih kriminalističih tehnika. Tradicionalne tehnike su neadekvatne zbog sledećih problema: Problema vezanih za nalaženje pristupa računarskim sistemima, nejasna priroda podataka, činjenica da podaci mogu biti sačuvani u povezanim sistemima, koji se ne nalaze u pretresanim prostorijama

²⁹ B. Banović, Kompjuterski kriminalitet i zaštita ličnosti, Bezbednost, 2003. god, 1/03, str. 33.

³⁰ Priručnik Nacionalnog Instituta pravde SAD: Forenčizki pregled digitalnih dokaza: vodič za organe gonjenja (Forensic Examination of Digital Evidence: A Guide for Law Enforcement), preuzeto sa internet stranice: <http://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/199408.pdf>

itd.³¹ Naime, za prikupljanje elektronskih/ digitalnih dokaza, neophodno je korišćenje validnih i relevantnih metoda koje su tehnološki osavremenjene, uz primenu specifičnih informatičkih znanja. Digitalna forenzika koristi naučno izvedene i dokazane metode za identifikaciju, sakupljanje, vrednovanje, analizu, interpretaciju, dokumentovanje, veštačenje, čuvanje, rukovanje digitalnim podacima.³²

Kada se govori o tehnologiji koju digitalna forenzika koristi, pre svega se misli na standardizovane hardver i softver alate za otkrivanje, identifikaciju, validaciju, izvlačenje, oporavak i analizu digitalnih podataka.³³ Prilikom korišćenja pomenutih alata i tehnika, od forenzičara se zah-teva da koristi forenzički sterilne medijume, da vodi računa o tome da se sačuva integritet orginalnih podataka, da označi rezultate uviđaja i analize, kopije elektronskih zapisa, štampane materijale, te da kontroliše, dokumentuje i čuva elektronske zapise kao dokaze za krivični postupak.

Nije svaka datoteka dokaz. Neophodno je od identifikovanih datoteka prepoznati relevantne, te ih izdvojiti i analizirati, što, međutim, često neće biti lak zadatak. Izvršilac krivičnog dela najčešće pokušava da nakon dela uništi sve dokaze koji bi govorili o njegovoj aktivnosti, pa tako neki podaci predstavljaju objekt brisanja. Takođe, u računaru je moguće datoteke sakriti, obrisati, kompresovati, ili sačuvati u delu hard diska koji obično nije vidljiv u operativnom sistemu.³⁴

Pre nego što se pristupi prikupljanju elektronskih dokaza neophodno je najpre zaštитiti računar i napraviti radnu i referentnu sliku- kopiju celog hard diska, bit po bit u .dd³⁵ ekstenziji primenom alata kao što su Nelson, Phillips, Enfinger& Steuart i sl.³⁶ Ta slika je identična kopija originalu hard diska i na njoj će se vršiti sve ostale radnje prikupljanja i analize elektronskih zapisa, podataka i sadržaja. Takođe, forenzičar oporavlja (recover) sve, ili što je moguće više izbrisanih datoteka, otkriva skrivene sa-

³¹ Z. Đokić i dr, Problemi pribavljanja, obezbeđivanja i korišćenja dokaza u elektronskoj formi, od značaja za krivični postupak, Teški oblici kriminala, Beograd 2004.god, str.143.

³² D. Berm, Computer forensic analysis in a virtual environment, International journal of - digital evidence, fall 2002, vol. 6, issue 2, preuzeto sa internet stranice www.ijde.org

³³ Npr. Microsoft Virtual PC 2007, VMWare softvare tools range 2007, QEMU

³⁴ R. Morris, Evidence, International review of law computers& technology, 1998, Vol. 12, No. 2, stp. 283.

³⁵ . dd ekstenzija (skraćenica od "dataset definition") predstavlja ekstenziju u Uniks programu, čija je osnovna svrha kopiranje i čuvanje neobrađenih podataka.

³⁶ D. Berm, Computer forensic analysis in a virtual environment, International journal of digital evidence, fall 2002, vol. 6, issue 2, preuzeto sa internet stranice - www.ijde.org

držaje (npr. u linuks operativnom sistemu to su swap i slack), pristupa sadržaju zaštićenih i šifrovanih datoteka³⁷.

Digitalni forenzičar će prilikom prikupljanja i analize prikupljenih i izdvojenih datoteka i podataka iskorisiti sve ove mogućnosti, i pokušaće da povrati takve podatke i da njihovom analizom ustanovi da li predstavljaju dovoljno dobar dokaz za upotrebu u krivičnom postupku. Postoje dva koraka u povraćaju podataka: hardverski i softverski.³⁸ Hardverski aspekt nije obavezan i sprovodi se samo u slučaju oštećenja medijuma na kome se nalaze podaci. Svaka od operacija zamene defektnog hardvera mora se izvršiti u potpuno sterilnom okruženju, te i najmanja kontaminacija može imati za rezultat trajni gubitak podataka. Softverski deo je dosta laksi jer softver nakon pokretanja traži podatke i u zavisnosti od njihovog stanja na medijumu uspeva da ih rekonstruiše i povrati.

Dakle, cilj postupanja forenzičara je naime da sakupi sve relevantne elektronske dokaze i analizira ih. Nakon toga, štampa relevantne dokaze ako nisu obimni, sastavlja izveštaj o rezultatima analize, rekonstruiše događaj/ napad i obezbeđuje ekspertsko mišljenje/ veštačenje.³⁹ Neophodno je da pomenute tehnike i alate kompjuterske forenzike primenjuje stručnjak iz te oblasti kako ne bi došlo do oštećenja dokaza i smanjenja njihove upotrebljivosti na sudu, s obzirom da pronalaženje skrivenih i obrisanih podataka ili snimanje stanja memorije neće mnogo značiti ukoliko ne postoji sposobnost stručnjaka koji sprovodi te tehnike da na pravilan način interpretira rezultate do kojih je došao.

6. Rukovanje elektronskim zapisima

Kao što smo utvrdili, da bi se uopšte došlo do elektronskih zapisa koji bi se mogli koristiti u krivičnom postupku, sprovodi se « kompjuterski uviđaj » koji obuhvata postupak dolaženja do podataka i utvrđivanja vremena kada su bili uneti, modifikovani, distribuirani, korišćeni, usklađeni, sklonjeni, kao i utvrđivanje vremena kada su datoteke bile kreirane, postavljene, popunjavane sadržajem, modifikovane ili kada im se pristupilo.⁴⁰

³⁷ M. Mayers, Computer forensics: the need for standardization and certification, - International journal of digital evidence, fall 2004, vol. 3, issue 2, preuzeto sa internet stranice www.ijde.org

³⁸ Priročnik Nacionalnog Instituta pravde SAD: Forenzički pregled digitalnih dokaza: vodič za organe gonjenja (Forensic Examination of Digital Evidence: A Guide for Law Enforcement), preuzeto sa internet stranice:<http://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/199408.pdf>

³⁹ Op.cit.

⁴⁰ Problem nastaje kada su u pitanju računari koji su umreženi i kada postoji veći broj lica koji mogu biti potencijalni počinioци krivičnih dela. Pri utvrđivanju ovih vrem-

Kada govorimo o rukovanju elektronskim zapisima, treba napomenuti da se podaci u elektronским zapisima u vidu datoteka i direktorijuma najpre prikupljaju, nakon čega se pristupa ispitivanju istih.

Prilikom rukovanja elektronskim zapisima ni u kom slučaju ne sme se ništa menjati u računarima sa kojih se u procesu prikupljanja elektronskih zapisu sakupljaju digitalni podaci, a naročito treba voditi računa o sledećem:⁴¹

- pre, u toku i posle uzimanja digitalnih zapisu ni jedna preduzeta akcija ne sme da dovede do izmene digitalnog zapisu;⁴²
- radnje preduzete da bi se obezbedili i prikupili digitalni zapisi ne bi trebalo da utiču na integritet zapisu kao dokaza;⁴³
- radnje preduzete da bi se obezbedili i prikupili digitalni zapisi, kao i samo ispitivanje zapisu treba da obavljaju lica obučena za tu svrhu, koja su pri tom odgovorna za sve aktivnosti u odnosu na digitalne podatke;
- aktivnosti koje se odnose na prikupljanje, ispitivanje, pohranjivanje, prenos elektronskih zapisu treba da su dokumentovane i sačuvane, da ih je moguće kontrolisati i da budu raspoložive za stavljanje na uvid, bilo kojoj zainteresovanoj strani u postupku;
- originalni zapis treba biti sačuvan u originalnom ili što približnijem stanju kao u momentu pronalaženja. Ako je uopšte moguće, potrebno je napraviti preciznu kopiju (sliku) originala, da bi se na kopiji vršilo ispitivanje i na taj način sačuvao i zaštitio integritet originala;
- kopije podataka napravljenih u svrhu ispitivanja trebaju biti kreirane na forenzički sterilnom medijumu;⁴⁴
- svi zapisi moraju biti propisno označeni i dokumentovani.⁴⁵

enskih serija i ograničenja razvijeni su posebni alati čije korišćenje je od izuzetne važnosti za obezbeđivanje relevantnih podataka.

⁴¹ D. Pettinari, Handling Digital Evidence from Seizure to Court Presentation, IO-CE conference 2000, preuzeto sa internet stranice <http://www.ioce.org>

⁴² Očuvanje integriteta podrazumeva da se prilikom sveukupnog rukovanja sa zapisima (a naročito prilikom u toku procesa prikupljanja i analize) mora voditi računa da ni jedan mogući zapis ne bude oštećen, uništen ili kompromitovan na neki način, da se ni jedan mogući kompjuterski virus ne sme ubaciti u ispitivani računar, da se sa izuzetim i potencijalno relevantnim zapisima propisno manipuliše i da se isti štite od eventualnih oštećenja.

⁴³ Prikupljeni elektronski zapisi moraju se čuvati od štetnih uticaja koji mogu dovesti do oštećenja: topote, hladnoće, vode, dejstva magneta, itd. Takođe, svaku datoteku trebalo bi „bekapovati“ i uskladištiti sa digitalnim potpisom.

⁴⁴ Sterilan je onaj medijum ili disk na kome prethodno nije bilo podataka; trebalo bi da bude potpuno čist, bez virusa i oštećenja.

6.1. Prikupljanje elektronskih zapisa

Prikupljanje elektronskih dokaza podrazumeva traženje, prepoznavanje i dokumentovanje elektronskih zapisa.⁴⁶ Elektronski zapisi su, po prirodi, krhki i mogu se veoma lako izmneniti, oštetiti ili uništiti ako se njima napažljivo/ nepropisno rukuje. Iz tih razloga se preduzimaju posebne mere predostrožnosti da bi se elektronski zapisi sačuvali, jer bi ih propusti u toku prikupljanja mogli učiniti neupotrebljivim, a propusti u toku analize prikupljenih zapisa bi mogli navesti na pogrešan zaključak.

U fazi prikupljanja dokaza preduzimaju se sledeći koraci: isključuje se računar; stvara se fizička slika (kopija) hard diska i svih drugih medijuma,⁴⁷ ili se privremeno oduzima računarski sistem; označavaju se i pakuju sve komponente računarskog sistema; računarski sistem se prenosi u forenzičku laboratoriju za analizu.⁴⁸ U svakom slučaju pristupa se pretraživanju računara/ računarskog sistema na licu mesta, ali je nekada neophodno oduzimanje i odnošenje računara i prateće opreme.⁴⁹ Pronađene spoljne nosioce podataka treba koristiti tako što se originali oduzimaju kao dokazni materijal, a prave se kopije istih.⁵⁰

Sa kompjuterskom opremom može se postupati na više načina: pretražiti računar i izraditi fizičku kopiju pojedinačnih datoteka; pretražiti računar i izraditi elektronsku kopiju pojedinačnih datoteka; formirati “mirror-image”⁵¹ elektronske kopije celog uređaja na licu mesta, da bi se isti

⁴⁵ Nabrojani su principi Međunarodne organizacije za kompjuterske dokaze, preuzeti sa internet stranice : <http://www.ioce.org>

⁴⁶ B. Banović, Kompjuterski kriminalitet i zaštita ličnosti, Bezbednost, 2003. god, 1/ 03, str. 37.

⁴⁷ Stvara se elektronska kopija, tzv. «Fizička ili mirror kopija niza bitova» primenom odgovarajućih forenzičkih softverskih alata - hard disk se „, klonira“

⁴⁸ Priručnik Nacionalnog Instituta pravde SAD: Forenzički pregled digitalnih dokaza: vodič za organe gonjenja (Forensic Examination of Digital Evidence: A Guide for Law Enforcement), preuzeto sa internet stranice:<http://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/199408.pdf>

⁴⁹ Sakupiće se i analiziraće se svi flopi diskovi otkriveni na lokaciji osumnjičenog računara. Isto tako, sakupiće se svi štampani materijali, rukopisi, zabeleške, trake, CD ROM - ovi ili drugi materijali, koji mogu ukazati na rasvetljavanju spornog dogadaja.

⁵⁰ Najčešće se prave dve kopije: jedna koja bi služila kao rezervni dokaz, dok bi se druga koristila za neophodne analize.

⁵¹ Formira se elektronska kopija, klon, celog elektronskog uređaja, da bi se isti pregledao van lica mesta.

pregledao van lica mesta; oduzeti celokupnu opremu, odneti iz prostorije i pregledati sadržaj računara i opreme van lica mesta.⁵²

Razlog zbog kog se pristupa kopiranju, tj. kloniranju datoteka ili celog računarskog sistema jeste priroda datoteka, tj. elektronskih zapisu – njihova latentnost i osetljivost. Podaci mogu se veoma lako izmeniti, uništiti ili na drugi način učiniti neupotrebljivim, pa je nužno načiniti kopiju da bi se izbeglo postupanje na originalu. Kada je reč o elektronskim zapisima, tehnologija je omogućila kreiranje kopija koje su u svakom smislu verne originalu. U ovom slučaju prezentovanje kopije je u principu prihvatljivo uprkos postojanju i dostupnosti originala. U praksi bi se čak možda i preferiralo prezentovanje kopija zbog otklanjanja svake sumnje u mogućnost izmene originala, a s tim u vezi bi i štampani oblik digitalnog dokumenta mogao smatrati validnim, osim u slučaju u kome on ne može prikazati sve informacije neophodne za postupak.

Dakle, da bi se elektronski zapisi – datoteke i direktorijumi - uopšte mogli smatrati dokazom, najpre iste treba prikupiti, pa potom ispitivati. Kad god je moguće, ispitivanje ne bi trebalo da se sprovodi na originalnoj datoteci. Najbolje je ispitivanje sprovoditi na kopiji originalne datoteke, a original bi trebalo da bude stečen na način koji štiti i čuva integritet elektronskog zapisa. Ukoliko, forenzičar ne poseduje kopiju datoteke, tj. elektronskog zapisa, onda on ne može izdvojiti podatak iz datoteke niti izvesti potrebne zaključke, jer bi se u slučaju da se analizi i tumačenju zapisa pristupi na originalu datoteke, moglo posumnjati u njihov integritet.⁵³

Dakle, kada se informacije u vidu elektronskih zapisu prikupe ili pohrane, pristupa se ispitivanju istih.

6.2. Ispitivanje elektronskih zapisu

Cilj ove faze rukovanja sa izdvojenim elektronskim zapisima jeste da se isti izdvoje i analiziraju, te da se identifikuju digitalni dokazi i rekonstruiše događaj. Zapravo, ispitivanje se svodi na analizu izdvojenih elektronskih zapisu, pri čemu se izdvajanje odnosi na oporavak (recovering) datoteka i podataka iz medijuma, a analiza na iznalaženje mogućeg značaja i značenja tih datoteka i podataka, te njihovo dovođenje u logičnu i korisnu vezu.

⁵² Ukoliko je hardver sam po sebi dokaz da je izvršeno krivično delo, isti se oduzima i pregledao van lica mesta. Ukoliko je hardver samo nosilac datoteka koje predstavljaju dokaze, pravi se kopija hard diska i analize se vrše na toj kopiji.

⁵³ Digitalni istraživanja uglavnom se oslanjaju na podatke koji se nalaze na hard disku, dok u slučaju istraživanja upada u računar, dodatne izvore informacija predstavljaju podaci koji su prikupljeni iz mrežnog saobraćaja, kao i nestabilne memorije.

Treba još jednom napomenuti da se prilikom ispitivanja prikupljenih elektronskih zapisa koristi skup forenzičkih tehnika i alata⁵⁴ i primenjuju se stroge naučno izvedene metode, a kao što smo prikazali, primat u procesu rukovanja elektronskim zapisima imaju naučna saznanja i dostignuća kompjuterske/ digitalne forenzike.

Prilikom ispitivanja bi bilo korisno postupati u sledećim koracima:

1. priprema;
2. izdvajanje datoteka i podataka (elektronskih zapisa);
3. analiza izdvojenih datoteka i podataka (elektronskih zapisa);
4. donošenje zaključka.

1. korak - priprema: Pre nego što se pristupi analizi prikupljenih podataka, trebalo bi pripremiti radni direktorijum na medijumu na koji će se izdvajati datoteke i podaci.

2. korak - izdvajanje datoteka i podataka: Postoje dva vida izdvajanja datoteka i podataka: fizičko i logičko izdvajanje (ekstrakcija). Pod fizičkom ekstrakcijom podrazumeva se identifikacija i oporavak svih podataka na hard disku, bez obzira na sistem datoteka, a metodi se mogu odnositi na pretragu ključnih reči, pretragu nekorišćenog prostora na hard disku, i slično.⁵⁵ Logička ekstrakcija podrazumeva identifikaciju i oporavak datoteka i podataka na osnovu instaliranog operativnog sistema, sistema datoteka i / ili programa. Ova faza izdvajanja podataka i datoteka iz hard diska zasnovana je na sistemu datoteka koji je prisutan na disku, a može da obuhvati i aktivne datoteke, ali i izbrisane datoteke, zaštićene datoteke, kao i prostor neraspoređenih datoteka.

Na osnovu ovakvog izdvajanja datoteke mogu se utvrditi sledeći podaci: struktura direktorijuma, atributi datoteke, ime datoteke, datum i vreme kreiranja/ izmena datoteke, veličina datoteke, lokacija datoteke. Takođe, može se postići sledeće: izdvajanje datoteka na osnovu imena i ekstenzije datoteka, zaglavljavanje datoteke, sadržaja datoteke i mesta na hard disku; izdvajanje nedodeljenog prostora; povraćaj obrisanih datoteka; izdvajanje datoteka koje su zaštićene lozinkom, šifrovane ili kompresovane.

3. korak - analiza izdvojenih datoteka i podataka: Analiza podataka je proces tumačenja izdvojenih podataka sa ciljem da se utvrdi njihov značaj za konkretan slučaj. Primera radi, predmet analize mogu biti sledeći podaci: vremenski okvir, sakrivene datoteke, programi i datoteke.⁵⁶

⁵⁴ O. Kerr, Digital evidence and new criminal procedure, Columbia law review, 2005, Vol.105, No.1 , str. 292.

⁵⁵ R. Morris, Evidence, International review of law computers& technology, 1998, Vol. 12, No. 2, str. 281.

⁵⁶ Op.cit, stp. 285.

Analiza vremenskog okvira. Određivanje vremena nekog događaja u računarskom sistemu može biti od koristi za utvrđivanje ko se od korisnika u datom trenutku služio računarom.⁵⁷

Analiza sakrivenih datoteka. Datoteke mogu biti sakrivenе u računarskom sistemu. Analiza sakrivenih datoteka može biti korisna u otkrivanju i «oporavljanju» (recovering) takvih datoteka. Metode koje se mogu koristiti su: povezivanje zaglavljа datoteke sa odgovarajućim ekstenzijama, da bi se identifikovali pogrešni spojevi čije prisustvo može ukazati da je korisnik namerno sakrio podatke; pristup svim datotekama koje su zaštićene lozinkom, šifrovane ili kompresovane, a što može da ukaže na pokušaj da se datoteke prikriju od pristupa neovlašćenog korisnika;⁵⁸ pristup u područje zaštićeno za korisnika-domaćina (host-protected area HPA⁵⁹) - samo postojanje ovakvog prostora koji je korisnik kreirao, kao i prisustvo podataka u istom, može da ukaže na pokušaj da se prikriju određeni podaci; i slično.

Analiza programa i datoteka. Mnogi od identifikovanih programa i datoteka mogu da sadrže informacije relevantne za uviđaj i daju uvid u sposobnost sistema i znanja samog korisnika.⁶⁰ Rezultati ove analize mogu da ukažu na to koje dodatne korake treba preduzeti u daljem postupku izdvajanja i analize podataka⁶¹.

4. korak - donošenje zaključaka: Nakon analize koja podrazumeva utvrđivanje dokazne vrednosti pojedinih elektronskih zapisa za konkretni slučaj,⁶² pristupa se izvođenju zaključaka. Pojedinačni rezultati bilo kog od ovih koraka ne mogu biti dovoljni da bi se izveo tačan zaključak. Tek kada se rezultati pojedinih faza posmatraju kao celina, može se sklopiti

⁵⁷ Dve metode koje se mogu koristiti su: 1) pregled oznake vremena i datuma u sistemu datoteka (ovakvom analizom može se utvrditi npr. trenutak kada je sadržaj datoteka poslednji put izmenjen); 2) pregled prijavljivanja u sistem i aplikaciju (ispitivanje sistema sigurnosti može da ukaže na evidencije kada je i koji korisnik računara koristio kombinaciju korisničko ime/ lozinka da bi se prijavio u sistem).

⁵⁸ Lozinka sama po sebi može biti relevantna kao i sadržaj datoteke.

⁵⁹ Host-protected area predstavlja skriveni zaštićeni prostor, odnosno oblast hard diska koja normalno nije vidljiva u operativnom sistemu

⁶⁰ Morris R., Evidence, International review of law computers& technology, 1998, Vol. 12, No. 2, stp. 293.

⁶¹ Neki od primera analize programa i datoteka su: pregled imena datoteke, ispitivanje sadržaja datoteke, utvrđivanje broja i tipa operativnog sistema; povezivanje datoteke sa instaliranom aplikacijom; ispitivanje veza između datoteka (npr. e-mail datoteke i priloga e-pošte), prepoznavanje nepoznatih tipova datoteka da se utvrdi njihova vrednost za istragu, ispitivanje korisnikovih konfiguracionih podešavanja itd.

⁶² B. Banović, Kompjuterski kriminalitet i zaštita ličnosti, Bezbednost, 2003. god, 1/03, str. 37.

kompletna slika stvari, rekonstruisati događaj i izvesti pravi zaključak. Na taj način elektronski zapisi koji su bili izdvojeni i analizirani, mogu poslužiti kao dokaz i biti kao takvi prezentovani u krivičnom postupku.

7. Zaključna razmatranja

Razvoj informacionih tehnologija, neminovno otvara prostor i skoro neverovatne mogućnosti za zloupotrebe u virtuelnom prostoru. Sve veći broj kriminalaca koristi računare i računarske mreže, te ukoliko organi otkrivanja i gonjenja ne budu u dogledno vreme stručno osposobljeni u vezi sa tehničkim i pravnim pitanjima oko elektronskih zapisa kao svojevrsnih digitalnih dokaza, rezultat bi mogao biti da se isti previde, te da se prikupе na neispravan ili analiziraju na neodgovarajući način, čime bi se one-mogućilo njihovo korišćenje u krivičnom postupku.

Da bi se u takvom virtuelnom okruženju otkrilo, razjasnilo i dokazalo određeno krivično delo, neophodno je poznavanje najnovijih dostignuća informacione tehnologije, jer samo primena istih u krivičnom postupku može organe gonjenja učiniti ravnopravnim sa počiniocima krivičnih dela. Stoga bi prvi korak morao biti razumevanje prirode elektronskih zapisa u računaru i načina na koji se mogu upotrebiti da bi se dokazalo izvršenje krivičnih dela u vezi sa računarima i računarskim sistemima/ mrežama.

*Milana Pisarić, Junior Assistant
Novi Sad School of Law*

Electronic Records As Digital Evidence

Abstract

Fast development of computer and computer networks has created and is creating a whole new world for us. Computer networks enable easier and faster way of communication, faster transfer of information and business activities, accompanied by the enormous flow of digital data in electronic form (computer) records. These data may appear in the form of text, images and voice, and can be displayed on a computer screen or printed. Data as electronic records which are stored in computer in form of files and folders, or transmitted via computer - can be crucial evidence in detecting and proving the various misuses of information technology.

Key words: digital data, data as electronic records, misuses of information technology, digital forensic, computer crime, detecting and proving of computer crimes

*Luka Baturan, saradnik u nastavi
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

NASTANAK I RAZVOJ ZAJEDNIČKE POLITIKE RIBARSTVA EVROPSKE UNIJE DO REFORMI 2002. GODINE

Sažetak: Iako je u trenutku nastanka Evropske Ekonomске Zajednice 1957. godine zajednička politika ribarstva predviđena samo kao deo zajedničke poljoprivredne politike, ona se od uvođenja 1970. godine pa na dalje razvijala samostalno. Zajednička politika ribarstva je u svom razvoju prošla kroz više faza. Prva koja je trajala od trenutka potpisivanja Rimskog ugovora o EEZ 1957. godine do 1970. godine. Nju karakterišu intenzivni pregovori evropskih partnera oko formulisanja osnovnih elemenata zajedničke politike. Od 1971. do 1982. godine zajedničku politiku ribarstva čine zajednička strukturalna politika i zajedničko tržište proizvodima ribarstva. U periodu od 1983. do 1992. godine razvijaju se zajednička kontrolna politika i zajednička politika zaštite ribljeg fonda. Od 1993. do reformi iz 2002. godine pokušava se zaustaviti drastično smanjivanje ribljih resursa u morima kroz unapređenje politike zaštite ribljeg fonda i strukturne politike, a reformiše se i finansiranje zajedničke politike ribarstva.

Ključne reči: zajednička politika ribarstva, Evropska Unija, Evropska Ekonomска Задедница, Rimski ugovor, zajednička poljoprivredna politika, zajednička strukturalna politika, zajednička organizacija tržišta

1. Uvod

Usled borbenih dejstava tokom Drugog svetskog rata značajno je smanjen intenzitet ribarstva u evropskim morima. Nakon rata, otpočinje period intenzivnog ribarenja praćen uvećanjem ribarskih flota evropskih

zemalja. Nekontrolisano ribarstvo imalo je za posledicu da su ulovi ribe do 60-tih godina 20. veka bili toliko veliki da su pretili da ugroze opstanak pojedinih ribljih vrsta. Na primer, sredinom 50-tih godina 20. veka prosečan godišnji ulov haringe u vodama Severnog mora kretao se između 600.000 i 700.000 tona, da bi do sredine 60-tih dostigao cifru od čak oko 1.400.000 tona godišnje. Kao posledica prekomernog i nekontrolisanog lova, fond haringe je toliko smanjen da je početkom 70-tih godina prosečan godišnji ulov spao na svega 500.000 tona, a 1977. godine na kritičnih 150.000 tona.¹

Šest država članica Evropske Ekonomске Zajednice (EEZ) predviđele su vođenje zajedničke politike kad je sektor ribarstva u pitanju. Zajednička politika u oblasti ribarstva bila je zamišljena samo kao deo zajedničke poljoprivredne politike, ali se zbog specifičnosti ribarskih proizvoda u odnosu na ostale poljoprivredne proizvode teško mogla razvijati u zadanim okvirima zbog čega je imala samostalan razvoj te je vremenom, udaljavajući se od svojih korena evoluirala u posebnu politiku Zajednice.

2. Period od 1957. do 1970. godine

Pravni osnov za uvođenje zajedničke politike ribarstva Evropske zajednice predstavlja Ugovor o Evropskoj Ekonomskoj Zajednici potpisani u Rimu 25. marta 1957. godine². Međutim, ovim Ugovorom zajednička politika ribarstva država članica predviđena je samo kao deo zajedničke poljoprivredne politike.

U delu III Ugovora kojim su ustanovljene zajedničke politike EEZ, Poglavlje II, članovi 38-47³ su se odnosili na zajedničku poljoprivrednu politiku i stvaranje zajedničkog tržišta poljoprivrednih proizvoda. Član 38. st. 1 Rimskog ugovora propisuje da su poljoprivreda i trgovina poljoprivrednim proizvodima obuhvaćeni zajedničkim tržištem. U nastavku istog stava navedeno je da se „pod poljoprivrednim proizvodima podrazumevaju proizvodi ratarstva, stočarstva i ribarstva, kao i proizvodi prvog stepena prerade koji su u neposrednoj vezi sa tim proizvodima“. U aneksu II Rimskog ugovora, data je lista svih

¹ Leigh, Michael (1983), European Integration and the Common Fisheries Policy, Breckenham UK, Croom Helm Ltd, str. 10

² U Rimu su tog dana potpisana dva ugovora: Ugovor o EEZ i Ugovor o Evropskoj Zajednici za Atomsku Energiju. U nastavku teksta, termin „Rimski ugovor“ odnosiće se samo na Ugovor o EEZ.

³ Članovi 38- 43. i 46. postaju 1992. godine članovi 33-38. Amsterdamskog ugovora, dok su članovi 44, 45. i 47. Rimskog ugovora brisani jer su označeni kao prevazideni. U ovom radu će biti korišćena prvobitna numeracija iz 1957. godine.

proizvoda na koje se odnose odredbe o zajedničkoj poljoprivrednoj politici, kako je to i predviđeno članom 38 st. 3 Ugovora. Na toj listi, nalaze se pored ostalih ribe, ljudi i mekušci, čime je nesumnjivo predviđen razvoj zajedničke politike ribarstva u okviru zajedničke poljoprivredne politike.

Ciljevi koje treba postići zajedničkom poljoprivrednom politikom propisani su u članu 39:

- a) povećanje produktivnosti u poljoprivredi unapređenjem tehničkog razvoja, racionalizacijom poljoprivredne proizvodnje i optimalnim korišćenjem faktora proizvodnje
- b) obezbeđenje odgovarajućeg životnog standarda poljoprivrednog stanovništva, posebno putem povećanja zarada zaposlenih u poljoprivredi
- c) stabilizacija tržišta
- d) garantovanje snabdevanja
- e) obezbeđivanje snabdevanja potrošača po razumnim cenama

Međutim, s obzirom na mnoge specifičnosti koje proizvodi ribarstva imaju u odnosu na ostale poljoprivredne proizvode, propisane ciljeve je neophodno tumačiti u posebnom kontekstu.

Član 40 Ugovora govori o modelima organizovanja zajedničkog tržišta poljoprivrednih proizvoda. Tako, zajedničku organizaciju je, u zavisnosti od proizvoda na koji se odnosi, moguće postići bilo putem zajedničkih pravila konkurenčije, bilo putem koordinacije nacionalnih tržišta, bilo stvaranjem zajedničke evropske tržišne organizacije. Takođe, navodi se da se za stvaranje zajedničke organizacije poljoprivrednih tržišta mogu koristiti sve neophodne mere, među kojima su pobjojane: regulisanje cene poljoprivrednih proizvoda, pomoći u njihovoј proizvodnji i prometu, skladištenje, kao i zajednički režim uvoza i izvoza.

Zabranjena je svaka diskriminacija proizvođača i potrošača, a da bi se ispunili zacrtani ciljevi, predviđena je mogućnost osnivanja različitih garantnih fondova za pomoći poljoprivredi.⁴

Ugovor je prepustio Savetu i Komisiji da svojim odlukama konkretno urede način funkcionisanja zajedničkog tržišta, samo uopšteno definisući kriterijume kojih se ova tela imaju pridržavati. U članu 43 propisuje se postupak stvaranja zajedničke organizacije tržišta. Neposredno nakon stupanja na snagu Ugovora, Komisija treba da sazove konferenciju država članica na kojoj će se utvrditi postojeće stanje u oblasti poljoprivrede i potrebe država članica u toj oblasti, te formulisati osnovne smernice za stvaranje zajedničke poljoprivredne politike. Nakon što pribavi mišljenje

⁴ Rimski ugovor, čl. 40 st. 3

Ekonomskog i socijalnog komiteta, Komisija će u roku od najviše dve godine od stupanja na snagu Ugovora podneti predlog za izradu i sproveđenje zajedničke poljoprivredne politike. Nakon razmatranja predloga, Savet donosi odluku o sproveđenju zajedničke poljoprivredne politike kvalifikovanom većinom.

Predviđeno je da će zajednička poljoprivredna politika biti uvedena u etapama, a najkasnije do kraja prelaznog perioda, što će reći do 31. decembra 1969. godine.⁵

2.1. Pregovori o uvođenju zajedničke politike ribarstva

Iako je za skoro sve poljoprivredne proizvode zajednička politika uvedena i pre propisanog roka, to se nije desilo za proizvode ribarstva. Razlog za odugovlačenje kad je u pitanju uvođenje zajedničke politike u ovoj oblasti jesu pre svega različita shvatanja država članica u pogledu načina vođenja politike ribarstva.

U trenutku potpisivanja Rimskog ugovora, države Šestorice su vodile različite politike ribarstva. SR Nemačka i Holandija su se strogo držale neintervencionističke politike kada je u pitanju ribarstvo. One su imale dobro razvijene i konkurentne ribarske industrije, koje su dobro funkcionišale bez obzira što je trgovina svežom ribom u tim zemljama bila potpuno nezaštićena carinama. Te države su smatrale da će dalja liberalizacija na nivou zajednice pogodovati njihovim ribarskim industrijama koje su bile konkurentne u odnosu na one u Francuskoj i Italiji.

Sa druge strane, Francuska i Italija vodile su protekcionističke politike u oblasti ribarstva⁶. One su nastojale da teret modernizacije i prestrukturiranja svojih ribarskih industrija prebace na budžet Zajednice. Zbog toga su se Francuska i Italija zalagale za vođenje intervencionističke politike Zajednice u oblasti ribarstva (po uzoru na zajedničku poljoprivrednu politiku), koja bi omogućila da se finansijskom podrškom i garantovanjem visokih cena ribarskih proizvoda, kao i kontrolom uvoza tih proizvoda iz trećih zemalja, ubrza razvoj njihovih ribarskih industrijai.

Popuštajući francuskom i italijanskom uticaju, Komisija 1966. godine podnosi izveštaj o situaciji u sektoru ribarstva država članica EEZ i osnovne principe zajedničke politike. Osnovna ideja koju je Komisija

⁵ Ibid. Art. 40 (1)

⁶ Francuska je svoje proizvođače sveže ribe štitila od spoljne konkurenčije carinama čija je stopa 1966. godine iznosila 15%. Leigh 1983, str. 23

promovisala u izveštaju bila je zajedničko upravljanje čitavim sektorom ribarstva, kao i uvođenje principa jednakog tretmana ribarskih brodova država članica EEZ na svim morima na kojima se prostire suverenitet tih država.

Izveštaj Komisije iz 1966. godine predstavlja je osnuvu za dalje rasprave na nivou Šestorice kada je sektor ribarstva u pitanju. Međutim, različit stepen uređenosti i konkurentnosti ribarskih industrija država članica, kao i strateška razmimoilaženja po pitanju potrebe i stepena državne intervencije, onemogućavali su postizanje bilo kakvog dogovora o zajedničkoj politici u sektoru ribarstva.

Ipak, u trenutku kada je izgledalo da su pregovori zapali u čorso-kak, desio se preokret koji je ubrzao pregovore te učinio izvesnim postizanje sporazuma. Naime, u to vreme su trebali da otpočnu pregovori o pristupanju Velike Britanije, Danske, Irske i Norveške Zajednicama. U pitanju su pomorske države bogate ribljim fondom, koje su u to vreme imale velike i razvijene ribarske industrije. Postizanje sporazuma pre pristupanja ovih kandidata Zajednicama, stavio bi novoprimaljene članice pred svršen čin, te bi one, primorane na prihvatanje celokupnog *acquis communautaire*, morale prihvatići i odredbe o zajedničkoj politici ribarstva. Ukoliko se dogovor ne postigne u tom roku, bilo je za očekivati da će se i ove zemlje aktivno uključiti u kreiranje zajedničke politike u ovom sektoru, što bi moglo značiti usvajanje rešenja koja bi bila dosta nepovoljnija po stare članice.

Shvatajući da bi mogli imati velikih problema ukoliko blagovremeno ne postignu kompromis, države Šestorice popuštaju u svojim stavovima. Konačan dogovor postignut je 30. juna 1970. godine, a na osnovu njega, 20. oktobra 1970. godine Savet donesi dve uredbe koje se odnose na zajedniku strukturu politiku u sektoru ribarstva i na osnivanje zajedničkog tržišta.

3. Period od 1971. do 1982. godine

3.1. Zajednička struktorna politika

Uredba br. 2141/70⁷ od 20. oktobra 1970. godine odnosi se na uvođenje zajedničke strukturne politike, kojom se kordiniraju strukturne politika država članica u sektoru ribarstva, a što je bio preduslov za uvođenje zajedničkog tržišta ribarskih proizvoda. Njen cilj, istaknut u članu 1 jeste postizanje harmonizacije i izbalansiranog razvoja ribarskih industrija uz

⁷ Council Regulation 2141/70 of the Council of 20 October 1970 laying down a Common Structural Policy for the Fishing Industry OJ L236, 27.10.1970, p. 1-4

racionalno korišćenja bioloških resursa mora i unutrašnjih voda država članica EEZ, prilikom čega bi trebalo voditi računa i o interesima stanovništva koje direktno zavisi od ribarstva, a kojem se mora obezbediti odgovarajući životni standard.

Uredbom je utvrđeno pravilo jednakog tretmana ribarskih plovila svih država članica na morima na kojima se prostire suverenitet tih država.⁸ Države članice su dužne da osiguraju jednake uslove za pristup i korišćenje ribljeg fonda svim ribarskim plovilima koja viju zastavu neke od država članica EEZ i koja su registrovana na teritoriji Zajednice. One su dužne da obaveste ostale članice i Komisiju o postojećem zakonodavstvu koje se odnosi na ribarstvo u morima,⁹ kao i o svim namerama promene postojećih rešenja.¹⁰

Od pravila jednakog tretmana dozvoljeno je jedno odstupanje. U pogasu širine najviše 3 nautičke milje od osnovne linije država članica može ograničiti određenu vrstu ribolova ukoliko stanovništvo naseljeno u konkretnom priobalnom regionu direktno zavisi od ribolova, ali najviše u periodu od pet godina od stupanja na snagu ove Uredbe. Prostor u kome se na ovaj način ograničava ribolov određuje Savet kvalifikovanom većinom na predlog Komisije.¹¹

U slučaju prekomernog izlova ribe koji preti da ugrozi riblji fond u određenom području, Savet ima ovlašćenje da preduzme mere kojim se ograničava lov određene vrste ribe, u određenom prostoru, u određenom periodu godine i određenim metodima i sredstvima.¹²

Uredba 2141/70 dala je pečat daljem razvoju zajedničke politike ribarstva. Uvođenjem principa jednakog tretmana ribarskih plovila, riblji fond država članica praktično postaje „zajednička svojina“ Zajednice. Ovaj princip dobio je na značaju 1972. godine kada Zajednici pristupaju Velika Britanija, Danska i Irska. Njegovo usvajanje izazvalo je negodovanje kod kandidata za prijem. Razloga za nezadovoljstvo itekako je bilo, s obzirom da su novoprimaljene članice bile priobalne zemlje veoma bogate ribljim fondom.

Po podacima FAO¹³, 1971. godine danska ribarska industrija imala je ulov od oko 1.426.000 tona ribe a britanska 1.094.000 tona, dok su iste godi-

⁸ Ibid. Art. 2 (1)

⁹ Ibid. Art. 2 (2)

¹⁰ Ibid. Art. 3

¹¹ Ibid. Art. 4

¹² Ibid. Art. 5

¹³ FAO Yearbook of Fisheries, Catches and Landings, Vol.50 kod Leigh, Michael (1983), str. 13

ne Francuska i SR Nemačka imale tek 747.000 tona, odnosno 493.000 tona ribe. Podaci iz 1973. godine govore da su te godine britanski ribolovci ostvarili oko 64% godišnjeg ulova u svojim vodama, dok su u vodama ostalih država članica ulovili tek manje od pola procenta. Za razliku od njih, iste godine Francuzi su u svojim vodama imali oko 27% ulova, dok su čak 45% ulova imali u vodama ostalih država članica. (videti Tabelu br. 1)

Tabela br. 1: Godišnji ulov ribe, 1973. godina

Država	Uku-pan ulov	Ulov u „svojim“ vodama		Ulov u vodama ostalih članica		Ulov u vodama trećih država	
	1.000 t	1.000 t	%	1.000 t	%	1.000 t	%
Belgija	49.1	25.9	52.7	15.4	31.4	7.8	15.9
Danska	1453.4	990.9	68.2	263.2	18.6	199.3	13.7
SR Nemačka	418.2	21.2	5.1	113.3	27.1	283.7	67.8
Francuska	593.9	159.3	26.8	274.7	46.3	159.9	26.9
Irska	80.1	72	89.9	8.1	10.1	-	-
Holandija	220.4	78.6	35.7	134.8	61.2	7	3.1
V. Britanija	1042.7	667	63.6	3.4	0.3	378.3	36.1
Italija	289.9	191.1	65.9	-	-	98.8	34.1
Ukupno	4153.7	2206	53.1	812.9	19.6	1134.8	27.3

Izvor: Driscoll and McKellar (1979), kod Jensen, Carsten Lynge (1999): A Critical Review of the Common Fisheries Policy, Esbjerg Denmark, University of Southern Denmark, Department of Environmental and Business Economics, str. 21

Pored nezadovoljstva zbog primene principa jednakog tretmana, države kandidati za prijem u EEZ su smatrali da bi se riblji fond mogao bolje sačuvati gazdovanjem na nacionalnom nivou, nego što bi to bilo u slučaju da se staranje o ribljoj populaciji prebaci na nivo zajednice.

U toku pregovora o pristupanju, Velika Britanija i Irska su ipak uspele da se izbore za određene pogodnosti kada je ribarstvo u pitanju. Naime, Aktom o pristupanju predviđeno je da do 1982. godine ove zemlje u zoni od 6 nautičkih milja od osnovne linije neće primenjivati princip jednakog tretmana, dok će se u određenim oblastima ta zona prostirati i do 12 nautičkih milja od osnovne linije. Nezadovoljni ponuđenim uslovima priključenja, pre svega kada je u pitanju ribarstvo, građani Norveške na referendumu odbijaju da podrže ulazak njihove zemlje u članstvo EEZ.

3.2. Zajednička organizacija tržišta

Uredbom Saveta br. 2142/70¹⁴, donesenom isti dan kad i Uredba o zajedničkoj strukturnoj politici, prošireno je zajedničko tržište poljoprivrednih proizvoda i na proizvode ribarske industrije. Zajedničko tržište proizvoda ribarstva funkcionalo je na istim načelima na kojima i tržište ostalih poljoprivrednih proizvoda. Naime, Evropska Komisija je odredila garantovane cene najvažnijih ribljih vrsta. Ukoliko bi tržišna cena te riblje vrste pala ispod nivoa koji je garantovan, intervenisala je Zajednica preko Evropskog poljoprivrednog garantnog i rukovodećeg fonda¹⁵, kao i preko asocijacija proizvodača.

Ipak, tvrd stav SR Nemačke i Holandije u toku pregovora o politici ribarstva rezultirao je specifičnošću kad su u pitalju ribarski proizvodi u odnosu na ostale poljoprivredne proizvode obuhvaćene zajedničkim tržištem. Naime, kad su ostali poljoprivredni proizvodi u pitanju, garantovane cene koje je propisivala Komisija bile su često inad nivoa tržišnih cena. To je rezultiralo hiperprodukcijom, usled koje nastaju ogromni viškovni otkupljenih poljoprivrednih proizvoda u skladištima (tzv. „planine putera i jezera mleka“).

Pošto su se SR Nemačka i Holandija oštro suprotstavljale izdvajaju velikih sredstava kada je zajednička politika ribarstva u pitanju, rešenja zajedničkog tržišta za ribarske proizvode nešto su drukčija nego za ostale proizvode poljoprivrede. Zbog toga je nivo garantovanih cena za riblje proizvode bio je znatno bliži tržišnim cenama tih proizvoda, nego što je to slučaj za ostale proizvode pod režimom zajedničke poljoprivredne politike.

Takođe, postoje specifičnosti kad je u pitanju finansiranje otkupa tržišnih viškova. Kada bi cena ribljih proizvoda pala ispod propisanog minimuma, intervenisalo se otkupom viškova ribljih proizvoda kako bi se cena vratila na propisani nivo. Za razliku od ostalih poljoprivrednih proizvoda, gde su troškovi otkupa padali na teret sredstava iz budžetskih fondova, u otkupu ribljih proizvoda u velikoj meri su učestvovale ribarske organizacije, dok je EAGGF participirala u otkupu sa oko 60% troškova¹⁶.

¹⁴ Council Regulation (EEC) No 2142/70 of 27 October 1970 on the common organisation of the market in fishery products OJ L 236, 27.10.1970, p. 5-20

¹⁵ European Fund for Orientation and Agriculture Guarantee (EAGGF), poznat još i po svojoj francuskoj skraćenici FEOGA (Fonds Européen d'Orientation et de Garantie Agricole), osnovan uredbom Saveta br. 25/62 preko koga se odvijalo finansiranje zajedničke poljoprivredne politike.

¹⁶ Leigh 1983, str. 32

Ovako koncipirana zajednička politika ribarstva predstavlja kompromis između zahteva francuskih i italijanskih ribara, koji su zahtevali strogu protekcionističku politiku sa visokim nivoom garantovanih cena za svoje proizvode, i težnji SR Nemačke i Holandije da se izbore za jedan liberalniji koncept tržišta ribarskim proizvodima, u svetlu predstojećeg proširenja EEZ koje je usledilo 1972. godine.

3.3. Haški kompromis

Promene koje su se desile 1976. godine dale su još veći značaj principu jedinstvenog pristupa. Te godine sve obalske države severoistočnog Atlantika proširuju svoj morski pojas sa 12 na 200 nautičkih milja od osnovne linije. Za očekivati je bilo da njihov primer slede i države članice EEZ. S obzirom na drastično promenjene okolnosti koje su se pojavile, bilo je neophodno preispitati dotadašnja rešenja zajedničke politike ribarstva i usaglasiti delovanje država članica u svetu novih okolnosti.

Takođe, Velika Britanija i Irska su se i dalje žestoko protivile principu jedinstvenog pristupa, koji se u njihovim vodama trebao primenjivati pod posebnim režimom samo do 31. decembra 1982. godine, kako je bilo predviđeno Aktom o pristupanju. One su zahtevale proširenje morskog pojasa u kojima bi njihovi nacionalni brodovi imali ekskluzivno pravo ribolova. Irci su tražili da širina te zone bude 50 nautičkih milja, dok su Britanci predlagali da ta zona bude promenljive širine od minimum 12, pa do 50 nautičkih milja. Sa druge strane, Francuska i Holandija su istrajavale u tvrdom stavu da nakon isteka prelaznog perioda mora otpočeti neograničena primena principa jedinstvenog pristupa na svim morima država članica.

Ministri spoljnih poslova država članica 30. oktobra 1976. godine na sastanku u Hagu postižu dogovor (Haški kompromis) o nekim daljim koracima kada je ribarstvo u pitanju, a na osnovu koga je Savet 3. novembra 1976. godine doneo Rezoluciju¹⁷ kojom se nalaže državama članicama da od 1. januara 1977. godine prošire svoje ribarske zone na 200 nautičkih milja od osnovne linije. Ova odluka odnosi se na vode Atlantika i Severnog mora, ne i na Sredozemno more.

Međutim, što se tiče britanskih i irskih zahteva za ograničenjem primene principa jedinstvenog pristupa i nakon 31. decembra 1982. godine, ministri nisu uspeli da postignu kompromis, pre svega zbog protivljenja

¹⁷ Council Resolutin on Certain External Aspects of the Creation of a 200-Mile Fishing Zone in the Community with effect from 1.1.1977 OJ C105, 3.5.1981. p. 1

Francuske i Holandije, što je u tom trenutku značilo da će nakon isteka prelaznog perioda početi njegova potpuna i neograničena primena.

Rezolucijom je takođe regulisano da brodovi trećih država mogu ribariti u vodama država članica samo na osnovu međunarodnih ugovora. U tom cilju je dato ovlašćenje Evropskoj Komisiji da u ime zemalja članica EEZ pristupi pregovaranju i sklapanju ugovora o uslovima ribarenja sa trećim državama.

U narednom periodu, Evropska komisija je sklopila veći broj sporazuma o ribarstvu sa trećim državama. Razlikuju se tri tipa ovih sporazuma. Prvi, po kojima EEZ i vlasnici ribarskih brodova plaćaju trećim državama pravo ribolova u njihovim vodama. Takvi sporazumi EEZ je sklapala sa Afričkim i Karipskim državama, kao i sa Grenlandom. Drugi tip sporazuma su oni kojima se dozvoljava ribarenje brodovima trećih država u vodama EEZ, kao i ribarenje brodovima EEZ u vodama tih država. Ovakvi ugovori sklapani su sa Norveškom, baltičkim državama, Farskim ostrvima i Islandom. Sporazum kojim se podstiču zajednička ulaganja u ribarstvo predstavlja treću vrstu, a potpisana je sa Argentinom.¹⁸

4. Period od 1983. do 1992. godine

I nakon što je postignut Haški kompromis, nastavljeni su pregovori sa ciljem da se reši problem primene principa jedinstvenog pristupa nakon okončanja prelaznog perioda. Evropska Komisija nudi predlog da se uvedu „planovi ribarenja“. Tim planovima, odredile bi se zone uz obalu pojedinih država u kojima bi njihovi manji ribarski brodovi imali pravo ribolova. Pristup većim ribarskim brodovima drugih država članica bio bi dozvoljen samo pod određenim uslovima, koji bi bili propisani planom. Januara 1978. godine Irska prihvata ponudeni predlog Komisije, ostavljajući time Veliku Britaniju usamljenu u nastojanjima da za svoje brodove obezbedi ekskluzivno pravo ribarenja u svojim vodama u pojasu od 50 nautičkih milja od osnovne linije.¹⁹

Pored problema u vezi sa zahtevima Irske i Velike Britanije za širokom ekskluzivnom zonom za njihove brodove, pojavio se i problem oko raspodele nacionalnih kvota za ulov pojedinih ribljih vrsta za 1982. godinu. Pored Velike Britanije, veliki protivnik predlogu Evropske Komisije bila je Danska.

Konačno, u direktnim pregovorima između francuske i britanske vlade tokom 1982. godine postignut je kompromis, po kome je Komisija

¹⁸ Prema de Conceição-Heldt, Eugénia (2004): *The Common Fisheries Policy in the European Union, A Study in Integrative and Distributive Bargaining*, New York, Routledge, str. 19

¹⁹ Leigh 1983, str. 21

1. septembra 1982. godine sačinila formalni predlog²⁰ Savetu. Takođe, i Danska je popustila pod pritiskom ostalih država članica, prihvatajući predložene kvote. Na osnovu toga, Savet je 25. januara 1983. godine doneo tri uredbe kojima je konačno zaokružena zajednička politika ribarstva, a koje se odnose na uspostavljanje sistema za očuvanje i upravljanje ribljim fondom, na tehničke mere zaštite ribljih vrsta i na maksimalni dozvoljeni ulov pojedinih ribljih vrsta i nacionalne kvote za 1982. godinu.

4.1. Zajednička politika zaštite ribljeg fonda

Uredbom br. 170/83²¹ se uspostavlja sistem za očuvanje i upravljanje ribljim resursima na nivou Zajednice. Cilj Uredbe je bio osiguranje zaštite ribljih staništa i bioloških resursa mora, ograničenjem eksploracije kojom će se sačuvati riblji fond. Uspostavljeni sistem predviđao je postojanje mera očuvanja ribljih vrsta, pravila korišćenja i raspodele ribljih resursa, specijalnih propisa o ribolovu u blizini obale i mera kontrole.²²

Mere očuvanja ribljih vrsta sastojale su se u uspostavljanju zona u kojima je ribolov zabranjen ili ograničen (ograničenja su se odnosila na određeni period, vrstu ribarskih brodova, ribarski alat i pribor ili kranju upotrebu). Zatim, postavljeni su odgovarajući standardi za ribarski alat i pribor, određene minimalne veličine riblje jedinke koja može biti predmet lova, a ograničena je i ukupna ribarska aktivnost limitiranjem veličine ukupnog ulova.²³

Uredba u članu 3 predviđa uspostavljanje sistema maksimalnih dozvoljenih ulova (*total allowable catches*, skr. *TAC*). Ovaj mehanizam zaštite preuzet je iz Konvencije Ujedinjenih Nacija o pravu mora iz 1982. godine kao jedan od načina kojim države Ugovornice u svojim ekonomskim zonama mogu štititi riblji fond od preterane eksploracije.

Na osnovu postojećih evidencija i podataka o količini određenih ribljih vrsta u morima, svake godine se određuju *TAS*. Najvažnije je da se prilikom njihovog određivanja vodi računa da u moru ostane dovoljan broj ribe konkretnе vrste, koji će garantovati njenu dalju reprodukciju i očuvanje vrste, kao i stabilnost čitavog eko-sistema. Ukoliko to nije slučaj, tj. ukoliko se *TAS* postavi preko granica biološke održivosti, rezultat će biti prekomerni ulov koji će voditi smanjenju i uništenju ribljeg fonda.

²⁰ Proposal Commision OJ No C 228/82, 1.9.1982, p. 1.

²¹ Council Regulation (EEC) No 170/83 of 25 January 1983 establishing a Community system for the conservation and management of fishery resources *OJ L 24, 27.1.1983, p. 1–13*

²² Ibid. Art. 1

²³ Ibid. Art. 2

Za slučaj kad je zbog ugroženosti određene riblje vrste neophodno limitirati njen ulov, propisano je²⁴ da će kvote za ulov biti podeljene izmenju država članica tako da ne bude narušena stabilnost njihovih ribarskih industrija. Nakon što se odredi *TAS* za određenu godinu, određuju se kvote kojim se *TAS* deli između država članica. Svaka država dobija svoju nacionalnu kvotu, koja predstavlja procenat od *TAS* za pojedine riblje vrste.

Član 4 stav 2 propisuje nadležnost Saveta za donošenje *TAS*, pozivajući se na član 43 Rimskog ugovora, koji kaže da Savet na predlog Komisije donosi svoje odluke kvalifikovanom većinom, pošto pribavi mišljenje Evropskog parlamenta.²⁵ Odredbom da će se o *TAS* u buduće odlučivati kvalifikovanom većinom, isključena je mogućnost da zbog protivljenja pojedinih zemalja bude blokirano njegovo donošenje, kako je to bio slučaj prethodnih godina.

Moguće je da se dogodi da neka od država ne ispuni dobijenu kvotu, odnosno njena ribarska industrija ne ulovi maksimalnu dozvoljenu količinu određene riblje vrste. U tom slučaju, ta država može preostali deo svoje kvote menjati sa nekom drugom državom članicom za deo kvote koji je toj drugoj državi ostao neispunjeno (državama je čak dozvoljeno da međusobno trampe i čitave kvote). Jedini uslov za razmenu, propisan u članu 5 stav 1 Uredbe jeste da države prethodno o svojim namerama obaveste Komisiju.

Članom 6 regulisano je pitanje ekskluzivnih zona koje je pored raspodele nacionalnih kvota, do tad uzrokovalo najviše sukoba i problema i koje je predstavljalo kamen spoticanja zbog koga nije bilo moguće ranije postići kompromis. Naime, određena je ekskluzivna zona za Irsku i Veliku Britaniju koja je predstavljala pojas u širini od 12 nautičkih milja od osnovne linije, sa periodom važenja do 31. decembra 1992. godine.

Uredbom 170/83 se propisuju neki osnovni mehanizmi zaštite koji su konkretnizovani kroz dve sledeće uredbe, koje sve tri zajedno konačno zaokružuju sistem zajedničke politike ribarstva EEZ.

Tehnička rešenja, koja se pre svega odnose na regulisanje ribolova u konkretnim zonama, na sredstva koja se koriste u ribolovu, veličine jedinke koja može biti predmet lova, zabranama lova određenih ribljih vrsta, lovostaju za određene vrste i dr, sadržana su u Uredbi br. 171/83²⁶.

²⁴ Ibid. Art 4 (1)

²⁵ Rimski ugovor, čl. 43 st. 2

²⁶ Council Regulation (EEC) No 171/83 laying down certain technical measures for the conservation of fishery resources OJ L 24, 27.1.1983, p. 14–29

Ova tehnička rešenja imaju za cilj da koliko-toliko smanje prekomerni ribolov. Manji primerci pojedinih riba se teško prodaju na tržištu, pa se često dešavalо da se bacaju. Zbog toga je određena minimalna veličina ribe koja se može loviti. Takve ribe se vraćaju u more. U tu svrhu propisan je i karakteristike mreža kojima se love pojedine riblje vrste. U takvим mrežama se zadržavaju samo veći primerci, dok manji prolaze kroz mrežu i ostaju u moru.

Uredba br. 172/83²⁷ konačno utvrđuje maksimalne dozvoljene ulove za konkretnе riblje vrste koje žive u morima država EEZ za 1982. godinu. Dogovor o raspodeli kvota nije bilo moguće ostvariti usled oštrog protivljenja Velike Britanije i Danske, zbog čega je proteklo mnogo vremena dok zahtevi svih strana nisu konačno usaglašeni.

Komisija je bila na stanovištu da kvote treba da odslikavaju odnose kada su u pitanju količine ulovljene ribe od strane ribarskih industrija zemalja članica u prethodnom periodu, a kao reper je uzeta 1976. godina. Takođe, prilikom raspodele kvota, moralo se voditi računa o zavisnosti stanovništva pojedinih regija od ribarstva, kao i o činjenici da će pojedine ribarske industrije zbog novonastalih okolnosti izgubiti mogućnost da love u vodama trećih država.

Kako je uvođenje *TAS* i raspodela nacionalnih kvota postala nužnost i izvesnost, sve države su se grčevito borile da dobiju što je moguće veće kvote za svoje ribarske industrije. Uzrok je pre svega ležao u činjenici da je riblji fond bio ograničen, te da će u narednom periodu biti neophodno rapidno smanjivati količinu ulovljene ribe da bi se izbeglo uništenje ribljeg fonda. Ipak, strane su konačno uspele da postignu dogovor, te je uredbama od 25. januara 1983. godine konačno zaokružena zajednička politika ribarstva.

4.2. Proširenje EEZ – Grčka, Portugal, Španija

Pristup Grčke Evropskoj Ekonomskoj Zajednici 1981. godine, bar što se tiče zajedničke politike ribarstva, nije bio od većeg značaja, pa nije uzrokovao veće probleme u prilagođavanju, pre svega zbog činjenice da se sistem *TAS* nije odnosio na vode Mediterana, već samo na Atlantski okean i Severno more. Činjenica je da su do pristupa Grčke, samo dve članice (Italija i Francuska) izlazile na Sredozemno more, tako da nisu

²⁷ Council Regulation (EEC) No 172/83 fixing for certain fish stocks and groups of fish stocks occurring in the Community's fishing zone, total allowable catches for 1982, the share of these catches available to the Community, the allocation of that share between the Member States and the conditions under which the total allowable catches may be fished OJ L 24, 27.1.1983, p. 30–67

postojali veći sukobi interesa oko ribarenja u tim vodama. Takođe, u Sredozemnom moru nije bilo velikih ribarskih kompanija, već se ribarenje svodilo na male brodove koji operišu u blizini obale, tako da riblji fond nije bio sa te strane ugrožen, zbog čega nije ni bilo potrebe za nekim posebnim regulisanjem njegove eksplotacije.

Grčka nije tražila kvotu za ribarenje u vodama Atlantika i Severnog mora. Sa druge strane, imala je koristi od ugovora koje je EEZ sklapala sa mediteranskim državama, s obzirom da je o trošku zajednice dobila pristup ribljem fondu u njihovim morima. Takođe, otvorila se mogućnost modernizacije njene ribarske industrije kroz fondove EEZ.

Ni pristup Portugala Zajednici 1. januara 1986. nije mnogo remetio dotadašnje odnose među starim članicama. Portugal je u svojim vodama raspolagao bogatim ribljim fondom. Po podacima FAO²⁸, 1980. godine njeni ribarski industrijalni resursi su bili godišnji ulov od oko 265.000 tona ribe. Od država Desetorice, iza nje su bile Belgija (oko 46.000 tona), Grčka (oko 96.000 tona) i Irska (oko 149.000 tona), dok je SR Nemačka bila malo ispred, sa 282.000 tona ulovljene ribe. Sa druge strane, portugalska ribarska industrija je bila zastarela, loše opremljena i u vreme otpočinjanja pregovora o pristupanju bila je u silaznoj putanji, sa padom godišnjeg ulova od oko 60% u odnosu na 1971. godinu. Zbog toga je Portugal očekivao modernizaciju svoje ribarske industrije na teret zajedničkih sredstava.

Međutim, ulazak Španije u Zajednicu 1. januara 1986. godine je izazvao je brojne probleme s obzirom da je u pitanju zemalja koja je raspolagala sa izuzetno velikom ribarskom flotom, veličine oko 2/3 flote svih zemalja EEZ zajedno, dok je sa druge strane bila siromašna ribljim fondom zbog čega je bila upućena na resurse drugih zemalja, te bi njen bezuslovni prijem u Zajednicu stvorio ogromne probleme ostalim članicama. Prvo, preko principa jednakog tretmana velikoj španskoj floti bi bila omogućena eksplotacija ribljih bogatstava starih članica, što one nisu htele olako dopustiti. Sa druge strane, bile su potrebne godine da bi se države članice konačno usaglasile oko raspodele nacionalnih kvota. Pristupom Španije Zajednici, TAS ne bi bio značajnije uvećan, dok bi odnos nacionalnih kvota morao biti drastično narušen na štetu starih članica.

Zbog toga je Španija isključena iz punopravne participacije u zajedničkoj politici ribarstva EEZ. Brodovi registrovani u Španiji mogli su ribariti u morima samo na osnovu dobijene licence, i to samo pod određenim uslovima. Zbog toga mnogi vlasnici španskih brodova otvaraju ispostave svojih kompanija u drugim državama članicama (najčešće u Irskoj i

²⁸ FAO Yearbook of Fisheries, Catches and Landings, Vol.50 kod Leigh, Michael (1983), str. 13

Velikoj Britaniji) gde registruju i svoje brodove, te pod zastavama tih zemalja nastavljuju svoje dosadašnje ribolovne aktivnosti. Da bi stala na put toj praksi, Velika Britanija 1988. godine donosi tzv. *Merchant Shipping Act*, kojim se praktično onemogućava registrovanje stranih brodova u Velikoj Britaniji, ali je on nakon nekoliko intervencija Evropskog suda pravde ukinut. Britanske procene²⁹ govore da je krajem 90-tih godina 20. veka oko 25% njihovih kvota u stranim rukama. Španija dobija ravnopravan tretman u zajedničkoj politici ribarstva tek nakon što je zapretila da će blokirati pristup Austrije, Finske i Švedske Evropskoj Uniji 1995. godine.

Grenland je kao deo Kraljevine Danske ušao u EEZ 1973. godine. Međutim, nakon uspostavljanja samostalne vlasti, građani su se na referendumu održanom 1982. godine izjasnili protiv daljeg članstva u Zajednici. Grenland je formalno istupio iz članstva 1. januara 1985. godine, s tim što je zadržao status *OST*³⁰. Njihovi dalji odnosi regulisani su međunarodnim ugovorom po kom brodovi EEZ imaju pravo ribarenja u vodama Grenlanda uz određenu naknadu, uz pravo Grenlanda da svoje ribarske proizvode plasira na tržište Zajednice.³¹

Krajem 80-tih i početkom 90-tih godina 20. veka postalo je jasno da je ribarska flota Dvanaestorice preglomazna, te da je riblji fond u njihovim morima ozbiljno ugrožen visoko postavljenim *TAS*, zbog čega je bilo neophodno nešto preduzeti. Savet u periodu od 1992. do 1994. godine donosi nekoliko važnih Uredbi kojima se pokušava srediti stanje u oblasti ribarstva, pre svega u oblasti zaštite ribljeg fonda i načina finansiranja zajedničke politike ribarstva. Takođe, donesena je i prva Uredba³² kojom Unija propisuje mere zaštite ribljih resursa u Sredozemnom moru.

4.3. Kontrola sprovodenja mera zaštite ribljeg fonda

Kontrola sprovodenja mera zaštite ribljeg fonda na nivou Zajednice uspostavljena je Uredbom Saveta br. 2057/82³³ od 29. juna 1982. godine. Za vršenje inspekcijskog nadzora i kontrolu sprovodenja pravila zajednič-

²⁹ Lea, Ruth (2002): The Common fisheries Policy and the Wreckage of an Industry, London, Institute of Directors

³⁰ Overseas Countries and Territories

³¹ Lise Lick and Jørgen Taagholt (1987): Greenland – Its Economy and Resources, y Artic, vol. 40, No.1, str. 50-59, Calgary – Alberta Canada, Artic Institute of North America

³² Council Regulation (EC) No 1626/94 laying down certain technical measures for the conservation of fishery resources in the Mediterranean OJ L 171, 6.7.1994. p. 1-6

³³ Council Regulation (EEC) No 2057/82 of 29 June 1982 establishing certain control measures for fishing activities by vessels of the Member States OJ L 220 29.07.1982 p. 1-5

ke politike ribarstva, kao i za kažnjavanje prekršilaca ovlašćene su države članice. Kontrola ribolova se vrši kako na kopnu (u lukama), tako i na moru.

Države su dužne da podnose Komisiji redovne izveštaje o kontroli poštovanja zajedničkih propisa, koja može nadzirati da li države članice ispunjavaju svoje obaveze, ali nema ovlašćenje da postupa protiv pojedinaca.

5. Period od 1993. do 2002. godine

5.1. Zajednička politika zaštite ribljeg fonda

Uredbom br. 3760/92³⁴ od 20. decembra 1992. godine ukida se i zamenjuje Ureba Saveta br. 170/83, te se uspostavlja okvir novog sistema ribarstva, koji je trebao obezbediti racionalniju i odgovorniju eksploataciju ribljih resursa i svih plodova mora i koji će, uvažavajući interes ribarske industrije i potrošača, više voditi računa o poštovanju bioloških standarda u cilju očuvanja eko-sistema mora nego što je to do tada bio slučaj.

Posebno se uređuju uslovi za pristup i korišćenje ribljih resursa, te se predviđa postojanje sledećih mera zaštite ribljeg fonda³⁵: (a) uspostavljanje zona u kojima je ribolov ograničen ili potpuno zabranjen; (b) ograničenje stope eksploatacije ribljeg fonda; (c) kvantitativno ograničenje ulova; (d) vremensko ograničenje ribolova; (e) utvrđivanje broja i vrste ribarskih brodova kojima je dozvoljen ribolov; (f) propisivanje ribarskog alata i pribora i načina njihovog korišćenja; (g) propisivanje minimalne veličine jedinke koja može biti predmet lova; (h) uspostavljanje podsticaja, uključujući i ekonomski, koji će za cilj imati promovisanje selektivnijeg ribarenja.

U cilju ograničenja prekomernog ribolova, predviđeno je i uvodenje sistema licenci za ribarske brodove koji bi države članice trebalo da uspostave do 1. januara 1995. godine, nakon što Savet propiše minimalne podatke koje će licence morati da sadrže.³⁶

Da bi se stalo na put prekomernom ribarenju, pored postojanja godišnjih *TAS*, Uredba predviđa i mogućnost određivanja višegodišnjih limita ulova (*Multi annual TAC*, skr. *MATAC*) kao i *TAS* za više vrsta (*Multi*

³⁴ Council Regulation (EC) No 3760 of 20 December 1992 establishing a community system for fisheries and aquaculture OJ L 389, 31.12.1992. p. 1-14

³⁵ Ibid. Art. 4 (2)

³⁶ Ibid. Art. 5 (1)

species TAC, skr. *MSTAC*),³⁷ što bi moglo biti od velikog značaja za privredni i socijalni razvoj regiona u kojima je ribarstvo važna privredna grana, jer bi sistem MATAC i MSTAC omogućio dugoročnije planiranje aktivnosti i poslovne politike. Predviđeno je da *MATAS* i *MSTAC* propisuje Savet na predlog Komisije, ali ova mogućnost nije često korišćena.

Uredba daje mogućnost da i države članice propisu pojedine mere koje se odnose na zaštitu i gazdovanje ribljim fondom u njihovim vodama, ali samo za slučaj da je to u interesu lokalne ribolovne zajednice, ili da se te mere odnose samo na obaveze njenih ribara, s tim što država o tim merama mora prethodno obavestiti Komisiju.³⁸

5.2. Finansiranje Zajedničke politike ribarstva

Uredbama br. 2080³⁹, 2081⁴⁰ i 2082⁴¹ od 20. jula 1993. godine uređuje se finansiranje zajedničke politike ribarstva. Umesto da se kako je do tada bio slučaj finansiranje vrši preko više budžetskih fondova (uključujući *EAGGF*), sada će ono biti objedinjeno kroz Finansijski instrument za upravljanje ribolovom (*Financial Instrument for Fisheries Guidance*, skr. *FIFG*). Uredba 2080/93 kao ciljeve *FIFG* navodi doprinos uspostavljanju održive ravnoteže resursa i njihove eksploracije, učvršćivanju konkurentnosti i ekonomske održivosti sektora ribarstva, unapređenju snabdevanja tržišta i povećanju vrednosti ribarskih proizvoda.⁴²

Radi ispunjenja propisanih ciljeva, *FIFG* će pružati podršku ribarskim industrijama za restrukturiranje, obnavljanje i modernizaciju ribarske flote, unapređenje uslova za plasman ribarskih proizvoda, izgradnju infrastrukture u ribarskim lukama, istraživanje novih tržišta i dr.⁴³

³⁷ Ibid. Art. 8

³⁸ Ibid. Art. 10

³⁹ Council Regulation (EC) No 2080 of 20 July 1993 laying down provisions for implementing Regulation (EEC) 2059/88 as regards the financial instrument of fisheries guidance OJ L 193, 31.7.1993, p. 1–4

⁴⁰ Council Regulation (EC) No 2081 of 20 July 1993 amending Regulation (EEC) 2052/88 on the task of the Structural Funds and their effectiveness and on coordination of their activities between themselves and with the operations of the European Investment Bank and the other existing financial instruments OJ L 193, 31.7.1993, p. 5–19

⁴¹ Council Regulation (EC) No 2082 of 20 July 1993 amending Regulation (EEC) No 4253/88 laying down provisions for implementing Regulation 2052/88 as regards coordination of the activities of the different Structural Funds between themselves and with the operations of the European Investment Bank and the other existing financial instruments OJ L 193, 31.7.1993, p. 20–33

⁴² Council Regulation No 2080/93, Art. 1 (2)

⁴³ Ibid. Art. 3 (1)

Savet je dobio zadatak da najkasnije do 31. decembra 1993. godine, na predlog Komisije doneše detaljna pravila i uslove po kojima će FIFG vršiti finansiranje predviđenih mera i programa.⁴⁴

5.3. Zajednička struktturna politika

Pošto je propisano da se zajednička struktturna politika Evropske Unije finansira preko *FIFG*, Komisija je pristupila izradi posebnih kriterijuma po kojima će se deliti raspoloživa sredstva. Dana 21. decembra 1993. godine Savet donosi Uredbu br. 3699/93⁴⁵ kojom se uređuju kriterijumi po kojima će Zajednica pružati pomoći ribarstvu, kao i preradi i prometu ribarskih proizvoda.

Predviđeno je da države članice dostave Komisiji planove po kojima bi se davala pomoć ribarskom sektoru.⁴⁶ Nakon što razmotri sve zahteve država članica, Komisija će doneti jedinstvenu odluku o pomoći ribarstvu svih država članica.⁴⁷

Da bi se omogućila lakša koordinacija različitih ciljeva, efikasnije sprovođenje zajedničke strukturne politike i dugoročnije planiranje svih subjekata koji imaju veze sa ribarstvom, Komisija je ovlašćena da doneše Višegodišnje programe upravljanja (*Multi Annual Guidance Programmes*, skr. *MAGP*) za pojedine države članice.⁴⁸

Cinjenica je da su različiti interesi, pre svega onih delova staničnštva koji žive od ribarstva, uzrokovali brojne nesuglasice među partnerima u Uniji. Smanjenje ribljeg fonda usled preterane eksplotacije još je dodatno zakomplikovao ionako zategnute odnose kada je ribarstvo u pitanju. Zbog toga je jedan od ciljeva koji se želeo postići zajedničkom struktturnom politikom smanjenje ribarskih flota država članica. Zato se preko zajedničke strukturne politike i *FIFG* pristupilo finansiranju redukcije ribarskih flota, kako bi se sa jedne strane omekšao sukob država članica oko raspodele ribljih resursa, a bila bi smanjena i preterana eksplotacija preostalog ribljeg fonda.

U delu II Uredbe⁴⁹ određene su mere koje sprovodi *FIFG* u cilju smanjenja ribarskih flota država članica. Te se mere pre svega odnose na

⁴⁴ Ibid. Art. 6

⁴⁵ Council Regulation (EC) No 3699/93 of 21 December 1993 laying down the criteria and arrangements regarding Community structural assistance in the fisheries and aquaculture sector and the processing and marketing of its products, OJ L 346, 31.12.1993. p. 1-13

⁴⁶ Ibid. Art. 3

⁴⁷ Ibid. Art. 4

⁴⁸ Ibid. Art. 5

⁴⁹ Ibid. Art. 7-9

finansijsku pomoć za povlačenje ribarskih brodova iz službe, i to trajnim uništavanjem (rezanjem), trajnim premeštanjem u treće zemlje ili trajnom promenom namene brodova, za šta se vlasnicima tih brodova iz sredstava FIFG isplaćuje određena naknada. Sredstva dobijena u tu namenu ne mogu se koristiti za nabavku novih brodova.

Takođe, sredstva mogu biti upotrebljena za modernizaciju i zanavljanje ribarske flote,⁵⁰ kao i za zaštitu ribljih resursa, izgradnju infrastrukture u ribarskim lukama i dr.⁵¹

5.4. Kontrola sprovođenja mera zaštite ribljeg fonda

Temeljni akt kojim je propisana kontrola sprovođenja mera zaštite ribljeg fonda na nivou Zajednice jeste Uredba br. 2057/82. Uredba 2847/93⁵² od 12. oktobra 1993. godine predstavlja nadgradnju kontrolne politike, kojom su ustanovljene mere kontrole nad celokupnom zajedničkom politikom ribarstva, što uključuje ne samo oblast zaštite ribljeg fonda što je do tada bio slučaj, već podjednako i strukturnu politiku i zajedničko tržište.

6. Zaključak

Zajednička politika ribarstva predviđena je Rimskim ugovorom o EEZ kao deo zajedničke poljoprivredne politike. Međutim, jedinstveno regulisanje ribarstva i poljoprivrede ubrzo se pokazalo nemogućim kako usled različite prirode ove dve oblasti i specifičnosti ribarskih proizvoda u odnosu na ostale poljoprivredne proizvode, tako i zbog različitih pogleda država članica u odnosu na budući razvoj ribarstva. Neke članice, Francuska i Italija pre svega su se zalagale za intervencionističku politiku u oblasti ribarstva po ugledu na zajedničku poljoprivrednu politiku, dok su se SR Nemačka i Holandija držale liberalnog koncepta. Dogovor je postignut u predvečerje otpočinjanja pregovora o proširenju EEZ sa Velikom Britanijom, Danskom, Irskom i Norveškom 1970. godine. Tada su udareni temelji zajedničkoj strukturnoj politici i stvoreno zajedničko tržište ribljih proizvoda.

Zajednička strukturna politika imala je za cilj postizanje harmonizacije i izbalansiranog razvoja ribarskih industrija uz racionalno korišćenje ribljih resursa i poštovanje interesa stanovništva koje direktno zavisi od

⁵⁰ Ibid. Art. 10

⁵¹ Ibid. Art. 11

⁵² Council Regulation (EEC) No 2847/93 of 12 October 1993 establishing a control system applicable to the common fisheries policy, OJ L 261, 20.10.1993, p. 1-16

ribarstva, a kojem se mora obezbititi odgovarajući životni standard. Uvedeno je pravilo jednakog tretmana ribarskih plovila svih država članica na njihovim morima, što je bio uzrok nezadovoljstva pojedinih država i tokom narednih decenija. Reformama iz 1993. godine predviđeno je uspostavljanje *MAGP* u cilju ostvarivanja efikasnijeg sprovođenja zajedničke strukturne politike, a propisane su i mere kojima je cilj smanjenje i modernizacija ribarskih flota država članica.

Iako je zajedničko tržište za proizvode ribarstva samo deo zajedničkog tržišta poljoprivrednih proizvoda, postoje neke specifičnosti, pre svega kada su u pitanju garantovane cene finansiranje otkupa tržišnih viškova. Garantovane cene ribljih proizvoda mnogo su bliže tržišnim cenama nego što je slučaj sa ostalim poljoprivrednim proizvodima. Kada je u pitanju finansiranje otkupa tržišnih viškova, u ovom slučaju je od početka mnogo veći deo koji pada na teret organizacija proizvođača nego što je slučaj kod otkupa drugih poljoprivrednih proizvoda.

Pošto je usled prekomerne eksploracije postojala opasnost od potpunog uništenja ribljeg fonda i morskog eko-sistema u celini, 1983. godine je uspostavljena zajednička politika zaštite ribljih resursa. Uvedene su mere kojima je trebalo postići očuvanje ugroženih ribljih vrsta, uspostavljena su pravila raspodele ribljih resursa i doneti specijalni propisi o ribolovu u blizini morske obale. Najvažniji mehanizam zaštite svakako je sistem *TAS* i nacionalnih kvota. Njime se na nivou zajednice propisuju maksimalne količine ribe koje mogu biti ulovljene (*TAS*), a koje se dalje „razbijaju“ na nacionalne kvote, odnosno delove *TAS* koji pripadaju svakoj državi članici pojedinačno.

Na nivou Zajednice propisane su mere na osnovu kojih se kontroliše sprovođenje zajedničke poljoprivredne politike. Kontrolu sprovođenja mera zaštite ribljeg fonda vrše države članice, koje su dužne da Komisiji podnose redovne izveštaje o svojim aktivnostima.

Budžetsko finansiranje zajedničke politike ribarstva koje se do 1993. godine vršilo kroz više fondova, pretežno kroz *EAGGF*, objedinjeno je stvaranjem *FIFG*, Finansijskog instrumenta za upravljanje ribolovom. Jedan deo finansiranja pada na teret organizacija proizvođača.

*Luka Baturan, Junior Assistant
Novi Sad School of Law*

The birth and development of the common fisheries policy Until reforms 2002

Abstract

Although the Common Fisheries Policy was anticipated only as a part of the Common Agricultural Policy in the time of creation of the European Economic Community, it had progressed by itself since the moment it was instituted in 1970. The Common Fisheries Policy had passed through many phases in its development. The first one elapsed from the moment of the signing Treaty of Rome in 1957, to 1970. It is characterized by intensive negotiations between the European Partners on formulating the basic elements of the Common Fisheries Policy. From 1971 to 1982, the Common Fisheries Policy is made of the Common Structural Policy and the Common Market Organisation for fishing products. From 1983 to 1992, the Control Policy and the Conservation Policy were developing. From 1993 until the reforms in 2002, there were many attempts to stop the dramatic fall of fishing resources in the seas through the improvement of the Conservation Policy and the Structural Policy and to reform it in by financing the Common Fisheries Policy.

Key words: common fisheries policy; European Union; European Economic Community; Treaty of Rome; common agricultural policy; common structural policy; common market organisation

ODELJAK ZA INOSTRANE AUTORE

*Dr Čaba Fenjveši, docent
Pravnog fakulteta u Pečuju*

SUOČENJE U SVETLU MEĐUNARODNIH DOKUMENATA I U ODLUKAMA EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Sažetak: *U toku mojih istraživanja poslednjih godina izučavao sam suočenje kao dokazno sredstvo krivičnog procesnog prava, u međunarodnim dokumentima o ljudskim pravima odnosno u praksi kao i pojedinačnim odlukama, tumačenjima i uputstvima Evropskog suda za ljudska prava (European Court of Human Rights, ECHR). Ovaj naučni rad prikazuje suočenje u svetlu najnovijih rezultata i zaključaka međunarodnih istraživanja.*

Ključne reči: *Suočenje, ljudska prava, međunarodni dokumenti, Evropski sud za ljudska prava*

1. Osnovne odluke odnosno evropske konvencije i povelje

Hronološka lista dokumenata, koja su važna (posredno ili neposredno vezana) za ovu temu nakon ratifikacije u Mađarskoj:

- Međunarodna konvencija o građanskim i političkim pravima , koja je u Mađarskoj ratifikovana uredbom sa zakonskom snagom broj 8/1976;
- „Kodeks ponašanja“ službenika državne bezbednosti usvojen od strane Generalne skupštine UN 17. dec. 1979. god. (Međunarodni kodeks policijske etike);
- Međunarodna konvencija protiv mučenja i drugih okrutnih, nečovečnih ili ponižavajućih postupaka ili kazni, usvojena uredbom sa zakonskom snagom br. 3/1988;
- Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, usvojen uredbom sa zakonskom snagom br. 24/1988;

- Konvencija o pravima deteta New York, od 20. novembra 1989. godine, usvojena zakonom LXIV/1991;
- Konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (Evropska konvencija o ljudskim pravima) doneta u Rimu 4. novembra 1950. godine.

Ova konvencija i osam protokola u Mađarskoj su ratifikovani zakonom br.XXXI/ 1993. godine. Na njih se nadovezuje Deveti protokol koji je objavljen u zakonu br. LXXXVI/1994. god. odnosno Evropska konvencija o pravima učesnika u postupku pred Evropskim sudom za ljudska prava, doneta u Strazburu 5. marta 1996. godine koja je objavljena u zakonu br. II /1999. godine. Poseban značaj ima Protokol 11, koji je 1998. godine u evropsku pravnu praksu uveo stalnu pravosudnu instituciju-Evropski sud za ljudska prava i mogućnost učešća pojedinaca u međunarodnom sudskom postupku.U Madarskoj je usvojen zakonom br. XLII/1998. godine;

- Evropska konvencija o ekstradiciji, usvojena zakonom br.XVI-II/1994. godine;
- Evropska konvencija protiv mučenja i drugih okrutnih, nečovečnih ili ponižavajućih postupaka ili kazni, kojom je osnovan Evropski nadzorni odbor, doneta 26. novembra 1987. godine u Strazburu, usvojena zakonom br. III/1995. godine;
- Zakon br. XXXVIII/1996. o Međunarodnoj pravnoj pomoći;
- Konvencija UN protiv transnacionalnog organizovanog kriminala, usvojena 2000 godine;
- Konvencija o uzajamnoj krivičnopravnoj pomoći između država članica Evropske Unije (1. jul 2000.) u skladu sa članom 34. ugovora o Evropskoj Uniji;
- Konvencija Saveta Evrope 2000/383/IB (29. maj 2000.) kojom se krivičnopravno štiti „euro“ od falsifikovanja;
- Konvencija Saveta Evrope 2001/220/IB (15. mart 2001.) o pravnom položaju oštećenog u krivičnom postupku;
- Konvencija Saveta Evrope 2001/500/IB (26. jun 2001.) o pranju, traganju, zapleni i konfiskaciji novca stecenog kriminalom;
- Konvencija Saveta Evrope 2002/187/IB (28. februar 2002.) o borbi protiv teškog kriminala, sa ciljem osnivanja EUROJUST-a;
- Konvencija Saveta Evrope od 13. juna 2002. o Evropskom nalogu za hapšenje i o postupcima izručenja između država članica;
- Konvencija Saveta Evrope 2002/475/IB (13. jun 2002.) o borbi protiv terorizma;
- Konvencija Saveta Evrope 2002/629/IB (19. jul 2002.) o borbi protiv trgovine ljudima;

- Konvencija Saveta Evrope 2003/80/IB (27. januar 2003.) o krivično-pravnoj zaštiti životne sredine;
- Konvencija Saveta Evrope 2008/80/IB (22. jul 2003.) o izvršenju odluka na teritoriji Evropske Unije vezanih za obezbeđenje dokaza;
- Konvencija Saveta Evrope (22. jul 2003.) o borbi protiv korupcije u privatnom sektoru;
- Konvencija Saveta Evrope 2004/68/IB (22. decembar 2003.) o zaštiti dece protiv seksualnog iskorišćavanja i seksualnog zlostavljanja;
- Povelja Saveta Evrope 2004/80/EK (29. april 2004.) o ublažavanju štete žrtvama krivičnih dela;
- Odluka Saveta Evrope 2004/757/IB (25. oktobar 2004.) o minimalnim uslovima kažnjavanja za protivzakonitu trgovinu opojnim drogama;
- Konvencija Saveta Evrope 205/222/IB (24. februar 2005.) o suzbijanju napada na informatičke sisteme.

2. Preporuke Evropske Unije

- P(80) broj 11, Preporuka Komiteta Ministara Saveta Evrope o istražnom zatvoru;
- R(81) broj 7, Preporuka Saveta Evrope o sredstvima za olakšavanje rada u pravosudu;
- R(82) broj 17, Preporuka Komiteta Ministara Saveta Evrope o izvršenju kazne zatvora opasnih osuđenika;
- R(83)broj 2 , Preporuka Saveta Evrope o pravnoj zaštiti neuračunljivih lica;
- R(86) broj 12, Preporuka Saveta Evrope o preduzimanju mera radi rasterećenja sudova;
- R(87) broj 18, Preporuka Komiteta Ministara o pojednostavljenju krivičnih postupaka;
- R(95) broj 12, Preporuka Saveta Evrope o usmeravanju krivičnog pravosuđa;
- R(95/C) broj 327/04, Preporuka Saveta Evropske Unije od 23.nov.1995. o zaštiti svedoka u okviru borbe protiv međunarodnog kriminala;
- R(96) broj 8, Preporuka Komiteta Ministara Saveta Evrope o politici krivičnog prava u preobraženoj Evropi;
- R(97) broj 13, Preporuka Komiteta Ministara Saveta Evrope o pretnjama i zaštiti svedoka;
- R(97/C) broj 10/01, Preporuka Saveta Evropske unije od 20. dec. 1996. o saradnji pravosudnih organa na planu borbe protiv organizovanog kriminala;

- R(97/C) broj 251/01, Preporuka Saveta Evropske unije od 28. apr. 1997. o akcionom planu borbe protiv organizovanog kriminala;
- Br.1245/1994. Preporuka generalne Skupštine Saveta Evrope o pritvoru pre donošenja presude;
- Br. 690 Odluka Generalne Skupštine Saveta Evrope o „Izjavi o policiji“;
- Evropski sporazum uz sporazum o uzajamnoj krivičnopravnoj pomoći (Strazbur 2. apr. 1959.);
- Protokol o uzajamnoj krivičnopravnoj pomoći (Strazbur, 17. mart 1978.);
- Evropski Sporazum o međunarodnom važenju krivičnih presuda (Hag, 28.maj1970.);
- Evropski Sporazum o ustupanju krivičnih postupaka (Strazbur, 15.maj1972.);
- Evropski Sporazum o suzbijanju terorizma (Strazbur, 27.jan.1977.);
- Haški Program o obezbeđenju sloboda, sigurnosti i pravnog prosperiteta u Evropskoj Uniji (Zaključci Predsedništva, Brisel, 4–5. nov. 2004.).

3. Međunarodni dokumenti vezani za suočenje

Nijedan dokumenat ne sadrži konkretnu definiciju suočenja, jedino posredno možemo izvući neke zaključke .

Pre svega, istakao bih, Evropsku konvenciju o ljudskim pravima (u daljem tekstu EKLJP).Po tome, ko smatra da su mu od strane države (pa i Mađarske), povređena Konvencijom i Sporazumom zagarantovana prava, u roku od šest meseci, nakon iskorišćenja pravnih mogućnosti zaštite prava u domaćoj državi, ima pravo obraćanja Evropskom судu za ljudska prava (u daljem tekstu ESLJP) u Strazburu, na svom maternjem jeziku, bez plaćanja taksi, bez angažovanja advokata, u lično ime.

Konvencija, između ostalog, štiti relevantna prava vezana za suočenje,tako npr.:

- pravo na pravično suđenje, u parničnom i u krivičnom postupku (član 6);
- pravo na delotvorni pravni lek (član 13).

Isto tako, između ostalog, zabranjuje u pogledu suočenja relevantno i eventualno moguće:

- mučenje, nečovečno, ponižavajuće postupanje ili kažnjavanje- u skladu sa drugim međunarodnim sporazumima.

U okviru prava na pravično suđenje po članu 6 EKLJP ističe se pravo na pravično postupanje:

1. Svako, tokom odlučivanja o njegovim građanskim pravima i obavezama ili o krivičnoj optužbi protiv njega, ima pravo na pravičnu i javnu

raspravu u razumnom roku pred nezavisnim i nepristrasnim sudom, obrazovanim na osnovu zakona. Presuda se mora izreći javno, ali se štampa i javnost mogu isključiti sa celog ili sa dela suđenja u interesu morala, javnog reda ili nacionalne bezbednosti u demokratskom društvu, kada to zahtevaju interesi maloletnika ili zaštita privatnog života stranaka, ili u meri koja je, po oceni suda, neophodno potrebna u posebnim okolnostima, kada bi javnost mogla da naškodi interesima pravde;

2. Svako ko je optužen za krivično delo mora se smatrati nevinim sve dok se ne dokaže njegova krivica na osnovu zakona;

3. Svako ko je optužen za krivično delo ima sledeća minimalna prava:

a) da bez odlaganja, podrobno i na jeziku koji razume, bude obavešten o prirodi i razlozima optužbe protiv njega;

b) da ima dovoljno vremena i mogućnosti za pripremanje odbrane;

c) da se brani lično ili putem branjoca koga sam izabere ili ako ne-ma dovoljno sredstava da plati za pravnu pomoć, besplatno dobije branjoca po službenoj dužnosti kada interesi pravde to zahtevaju;

d) da ispituje svedoke protiv sebe ili da postigne da se oni ispitaju i da se obezbedi prisustvo i saslušanje svedoka u njegovu korist pod istim uslovima koji važe za one koji svedoče protiv njega.

e) da dobije besplatnu pomoć prevodioca ako ne razume ili ne govori jezik koji se upotrebljava na sudu.

Za optuženog u pogledu suočenje poseban značaj ima tačka 3 d), s obzirom da se mogu javiti protivrečnosti između iskaza svedoka, iskaza oštećenog i iskaza okrivljenog. Konvencijom nije data definicija suočenja kao dokaznog sredstva. Konvencija u načelu navodi da optuženi ima pravo da ispituje svedoke ali nije propisane forma, vreme i način ispitivanja.

Forma suočenja nije propisana, a to ne bi ni bilo sretno rešenje, s obzirom da među evropskim zemaljama – kao što će prikazati u odeljku 3.1.ovog rada – ima i takvih koje ne poznaju suočenje kao dokazno sredstvo. S druge strane, države članice, imajući u vidu sopstvene osobenosti, same odlučuju o dokaznim sredstvima i njihovoј formi koje primenjuju u istraživanju istine, te preporučiti neku formu nije dobro rešenje. Po mojoj oceni, to neće biti poželjno ni u budućnosti.

U pogledu suočenja iz člana 6. Konvencije proističu sledeći zahtevi:

- ne sme doći do neosnovanog odugovlačenja postupka;
- organ postupka treba da sproveđe suočenje nepristrasno,
- pretpostavka nevinosti optuženog mora se poštovati i kod suočenja;
- pošto optuženi ima pravo na pravično suđenje, a suočenje je jedan od specijalnih oblika saslušanja, iz ovog proizilazi da optuženi ima pravo da prisustvuje ili učestvuje u suočenju ili da samo sluša i aktivno ne učestvuje u suočenju;

- optuženi ne može biti prisiljen nikakvim sporazumom, ili domaćim zakonom na priznanje aktivnim učešćem u suočenju;
- na osnovu prava na pravično suđenje i na suočenje važi načelo zabrane obavezivanja optuženog na samooptuživanje;
 - i u slučaju suočenja moraju se odbaciti protivzakoniti dokazi;
 - i optuženi može predložiti suočenje ali organi postupka nisu u obavezi da takav predlog i usvoje. Pravo optuženog na postavljanje pitanja može da se realizuje i na drugi način (npr. postavljanjem unakrsnih pitanja u postupku, postavljanjem pismenih pitanja);
 - u toku sudskega postupka i u pogledu suočenja ima se primeniti načelo „jednakosti oružja“ (ali samo u fazi sudskega postupka);
 - suočenje je isto deo javnog sudskega pretresa izuzev ako je opravданo ograničenje iz razloga sadržanih u Konvenciji);
 - prilikom suočenja primenjuje se načelo prava na upotrebu svog maternjeg jezika kao i pravo na besplatnog tumača;
 - pravo na delotvornu odbranu i branioca optuženi ima i prilikom primene suočenja;
 - aktuelno je pravo optuženog i prilikom primene suočenja da ima dovoljno vremena i mogućnosti za pripremanje odbrane, obezbeđenje dokaza.

Iz člana 13. Evropske Konvencije o ljudskim pravima proizilazi da optuženi ima pravo na delotvorni pravni lek i u okviru suočenja, ukoliko smatra da su mu prilikom suočenja povređena njegova prava iz Konvencije kao npr. pravo na život, pravo na pravično suđenje, ako je mučen, ako je sa njim nečovečno ili ponižavajuće postupano ili nisu prema njemu primenjena prava iz Konvencije. (Ovo pravo proizilazi iz već napred citirane Evropske Konvencije protiv mučenja i drugih okrutnih, nečovečnih i ponižavajućih postupaka ili kazni).

Pored Evropske Konvencije o ljudskim pravima, u pogledu suočenja, zaslužuje pažnju i Preporuka Komiteta Ministara Saveta Evrope R(97) br. 13, o zastrašivanju i zaštiti svedoka.

Može da se desi, kako je Imre Kertes (Kertész) primetio, da je prima facie tj., na prvi pogled jasno, da je svedoku potrebna zaštita prilikom suočenja. Ovo su uočili i na evropskom nivou pa je stoga je doneta i ova Preporuka. U njoj su definisane krivično-procesne mere kojima se uspešno mogu suzbijati zastrašivanje, uz istovremeno obezbeđenje ravnoteže između javnog reda i prava optuženog na pravičnu odbranu.

Preporuka je imala u vidu odredbe Evropske Konvencije o ljudskim pravima odnosno pravnu praksu Evropskog suda za ljudska prava. Ovaj favorizuje kontradiktorni postupak, gde sud u toku javne rasprave, u prisustvu optuženog izvodi i ceni dokaze. Ali to ne znači da je svedok uvek dužan iskaz dati u sudnici jer prilikom suočenja sa optuženim može doći

do psihološkog pritiska i zastrašivanja. U cilju zaštite svedoka preporučuje se upotreba video uređaja ili drugog tehničkog sredstava pomoću kojih se mogu pratiti događaji od strane organa postupka, optuženog i njegovog branioca.

Nadalje Preporuka ističe, da iskazi svedoka dati u toku takozvanog prethodnog ili policijskog postupka budu priznati kao dokazi od strane sudećeg suda ukoliko svedok u međuvremenu umre, nestane, ili je usled vanrednih okolnosti onemogućeno njegovo ponovno saslušanje, odnosno suočenje u toku sudskog postupka. Mogućnost suočenja je potpuno isključeno u slučaju „anonymnog“ svedoka u toku postupka. Anonymnost znači da osnovni podaci o identitetu svedoka ostaju nepoznati optuženom i njegovoj odbrani. Sud ovaj vid svedočenja određuje najčešće zbog zastrašivanja svedoka.

Anonimni svedok je rizični svedok, jer odbrana nema mogućnosti kontrole tačnosti i istinitosti takvog svedočenja. To mogu biti sledeći rizici:

- anonimni svedok može biti nepouzdan iz subjektivnih razloga npr. neuračunljivosti (umobilnosti), što odbrana ne može istaći ukoliko je ličnost svedoka nepoznata,
- postoji mogućnost da je svedok pristrasan na štetu optuženog, zbog nekog odnosa iz prošlosti
- anonimni svedok može da bude zloupotrebljen protiv optuženog.

U cilju razrešenja ovih nedoumica neophodno je postojanje nezavisnog nadzornog mehanizma u ruci pravosuđa koji će obezbediti postizanje interesa optuženih. Ti mehanizmi treba obezbede :

- stalno vođenje računa o ravnoteži između prava odbrane na prikupljanje informacija i prava svedoka da ostane anoniman,
- da sud garantuje pravo svedoka na anonymnost na predlog tužioca,
- da istraživanje razloga i osnova za poverljivost svedoka vrši tužilac ili nezavisni sudija,
- da odbrana barem u pismenoj formi bude u mogućnosti da postavi pitanja koja se odnose na prošlost, pristrasnost svedoka i na predmet svedočenja.

Iz Preporuke se vidi da ne predviđa obavezu suočenja odnosno ne predviđa pravo optuženog (odbrane) na neposredno postavljanje pitanja, baš iz razloga zaštite značajnih svedoka.

U slučaju kada nije dozvoljena anonymnost svedoka, ali je neophodna njegova zaštita, ne preporučuje se susret svedoka sa optuženim. Umesto anonymnosti upotrebljavaju se razna sredstva koja otežavaju identifikaciju svedoka od strane odbrane, izmenom glasa, lika svedoka ili upotrebom audiovizualnog snimka. (slične mogućnosti se predlažu i u Preporuci Save-

ta Evropske Unije br. 95/c 327/04 koja ističe da u okviru borbe protiv organizovanog kriminala, zbog mogućih ozbiljnih pretnji svedoku, postoji mogućnost promene ličnih podataka i svedoka i njihove porodice.).

Više članova Konvencije o pravima dece, koji je donet u Nju Jorku 20. novembra 1989. godine (u Mađarskoj ratifikovan zakonom br. LXIV /1991.), reguliše krivični postupak protiv dece (maloletnika). Člananovima 37–40. zabranjuje se mučenje, okrutno, nečovečno, ponižavajuće postupanje i kažnjavanje. Na ovom mestu ukazao bih na član 40. koji propisuje:

1. Države članice priznaju pravo svakog deteta za koje se tvrdi ili koje je optuženo ili za koje je priznato da je prekršilo krivični zakon da se s njim postupa na način kojim se podstiče njegovo osećanje dostojanstva i vrednosti, što jača njegovo poštovanje prava čoveka i osnovne slobode drugih i pri čemu se uzimaju u obzir uzrast deteta i želja da se poboljša njegova reintegracija i da ono ima konstruktivnu ulogu u društvu.

2. U tom cilju i imajući u vidu odgovarajuće odredbe međunarodnih instrumenata, države članice posebno obezbeđuju da se:

(a) ni za jedno dete neosnovano ne tvrdi, da ne bude optuženo ili da ne prizna da je prekršilo krivični zakon zbog dela ili propusta koji nisu zabranjeni nacionalnim ili međunarodnim zakonima u vreme kada su učinjeni;

(b) svakom detetu za koje se tvrdi ili koji je optuženo za kršenje krivičnog zakona daju bar sledeće garancije:

– da se smatra nevinim dok se krivica ne dokaže po zakonu;

– da bude odmah i direktno obavešteno o optužbama protiv njega i ukoliko je potrebno njegovih roditelja ili zakonskih staratelja i da ima pravnu ili drugu odgovarajuću pomoć u pripremi i prezentiranju svoje odbrane;

– da se postupak vodi bez odugovlačenja od strane nadležnog nezavisnog i nepristrasnog organa ili sudskog tela, sa pravičnim saslušanjem u skladu sa zakonom, u prisustvu pravne ili druge odgovarajuće pomoći, i osim ukoliko se ne smatra da to nije u interesu deteta, posebno uzimajući u obzir njegove godine, ili položaj njegovih roditelja ili zakonskih staratelja;

– da ne bude prisiljeno da svedoči ili da prizna krivicu; da se ispituju ili da budu ispitani svedoci druge strane i da se obezbedi učešće i ispitivanje njegovih svedoka pod jednakim uslovima;

– da ukoliko se smatra da je prekršilo krivični zakon, ovu odluku i svaku dosuđenu meru koja iz toga proizilazi, ponovo razmatra viši, nadležni, nezavisni i nepristrasni organ ili sudsko telo u skladu sa zakonom;

– da ima besplatnu pomoć prevodioca ukoliko dete ne može da razume ili ne govori jezik koji se koristi;

– da se poštuju njegova privatnost na svim nivoima postupka.

3. Države potpisnice će nastojati da podstiču donošenje zakona, postupaka, uspostavljanje organa i ustanova primenljivih na decu za koju se tvrdi, koja su optužena i za koju se smatra da su prekršili krivični zakon, a posebno:

(a) utvrđivanje najniže starosti ispod koje deca ne mogu biti smatrana sposobnim za kršenje krivičnog zakona;

(b) kad god je moguće i poželjno, mere za postupanje sa takvom decom, bez pribegavanja sudske postupku, s tim da ljudska prava i zakonska zaštita budu u potpunosti poštovana.

4. Raznolikost raspoloživih mogućnosti kao što su briga, savetovanje, nadzor, pravno zastupanje, uslovno kažnjavanje, prihvatanje i programi stručnog usmeravanja i druge mogućnosti institucionalne brige biće na raspolaganju da bi se obezbedilo da se sa decom postupa na način koji je za njihovo dobro i koji je proporcionalno i okolnostima i učinjenom delu.

U tač. 2/b/iv ,već poznat zahtev iz opšteg(za punoletna lica) postupka: pravo da se ispitanici svedoci ali ovo ne obuhvata neophodnost, obveznost suočenja. (u Konvenciji i ne postoji termin suočenje). U ovakovom specijalnom postupku ispitanje se ima vršiti putem branjocu ili putem zakonskog zastupnika.

Od međunarodnih dokumenata izučavao sam procesna i dokazna pravila međunarodnih krivičnih sudova(stalnih i ad hoc sudova) to su: Haški starni Međunarodni krivični sud (International Criminal Court – ICC) ad hoc ICTY (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia- Međunarodni sud za kažnjavanje dela izvršenih na teritoriji nekadašnje Jugoslavije a koja dela teško krše međunarodno humanitarno pravo,) odnosno ICTR (International Criminal Tribunal for the Rwanda – međunarodni sud osnovan za kažnjavanje učinioca teških krivičnih dela protiv međunarodnog humanitarnog prava zbog genocida nad stanovništvom Ruande i zbog genocida nad narodima susednih država. Ovi sudovi prvenstveno funkcionišu na osnovu pravila osnivačkih akata, statuta a posred ovi, postupak pred ovim sudovima regulisan je i kodeksom, Rules of Procedure and Evidence (RPE).

Sudski postupci koje primenjuju navedeni međunarodni sudovi *ne poznavaju* institut suočenja ni pravo na suočenje. Optuženi i u ovim postupcima imaju pravo na klasično pravo iz Evropske konvencije o ljudskim pravima – pravo na pravično suđenje. Ovde spadaju pravo na postavljanje pitanja, pravo na predlaganje, pravo da se ispita verodostojnost i istinitost

iskaza svedoka. Istovremeno je propisano da se prilikom ovih postupaka mora imati u vidu zaštita svedoka i oštećenih.

Ovde bi primetio da ni Nirnberški sud, osnovan nakon Drugog svetskog rata, nije poznavao suočenje kao institut. Ispitivanje svedoka i optuženih vršeno je pod snažnim uticajem anglosaksonskog prava, postavljanjem unakrsnih pitanja u toku postupka, što je predstavljalo ozbiljnu teškoću nemačkim braniocima.

Sumirajući, mogu konstatovati, da su svi dokumenti iz oblasti krično-pravne saradnje na međunarodnom nivou direktno ili indirektno na stanovištu da se suočenje ne koristi za konfrontacije svedoka, oštećenog i optuženog.

Iz gore izloženog, može se zaključiti: bez obzira što suočenje kao dokazno sredstvo u iznalaženju istine poznaje najveći broj zemalja Evropskog kontinenta, u međunarodnim dokumentima, evropskim sporazumima, konvencijama i preporukama ipak se ne reguliše. U prvom redu zbog uticaja anglosaksonskog prava, prava u kojem ne postoji suočenje kao dokazno sredstvo. Tamo se umesto suočenja koristi unakrsno ispitivanje, zakletva itd., te se u potpunosti isključuje suočenje kao dokazno sredstvo. Pored navedenog uticaja anglosaksonskog prava na isključenje suočenja kao dokaznog sredstva utiče i potreba zaštite svedoka, oštećenih i saokrivljenih. Smatram da na ovo možemo računati u budućnosti.

4. Suočenje u svetu odluka Evropskog suda za ljudska prava

U praksi Evropskog suda za ljudska prava suočenje postoji i pored toga što Evropska konvencija za ljudska prava ne reguliše ovaj institut. Javlja se i u pravnoj praksi brojnih evropskih zemalja.

Za suočenje se uglavnom vezuju zahtevi prava na pravično sudjenje i na ovom polju se javljaju najčešće povrede prava. U okviru ovog mogu se istaći pravila saslušanja svedoka. Evropska konvencija za ljudska prava iako ne definiše suočenje propisuje načelo "jednakosti oružja" (EQUAL OF ARMS) i prilikom saslušanja svedoka i prilikom saslušanja veštaka. Pravilnim tumačenjem člana 6. stava 3/d, sleduje da se optuženom mora obezbediti mogućnost :

- da ispituje svedoke protiv sebe ili da se oni ispitaju,
- da postigne da se oni pozovu,
- da se obezbedi prisustvo i saslušanje svedoka u njegovu korist, pod istim uslovima koje važe za svedoke protiv njega.

Prava optuženog u vezi saslušanja svedoka nisu apsolutna prava i pod određenim uslovima ovo pravo se može ograničiti. Npr. život i bezbednost svedoka i oštećenih u smislu člana 2. i 8. Evropske konvencije za

ljudska prava su zaštićeni odnosno u smislu prava na pravično suđenje ova prava treba da su u ravnoteži.

Prema pravnoj praksi Evropskog suda za ljudska prava u slučaju kontradiktornog postupka dokazi se prikupljaju i izvode u prisustvu optuženog. Ovo ne znači da je svedok uvek dužan da svedoči u sudnici, jer prisustvo optuženog može vršiti psihički pritisak na njega. Učesnici postupka mogu pratiti iskaz svedoka i putem video snimaka ili primenom drugih tehničkih sredstava. Zahteva se da optuženi u određenoj fazi postupka ima mogućnost osporavanja iskaza svedoka i na taj način je obezbedena ravnoteža između prava na odbranu odnosno prava svedoka.

Prema tumačenju Evropskog suda za ljudska prava prihvatljivo je da krivični sud ne sasluša svakog svedoka ili veštaka koga predloži odbrana ali radi utvrđivanja istine obavezno se saslušavaju svedoci koji imaju relevantne podatke, saznanja o slučaju (o ovome vidi npr.: Odluku u predmetu Gergelj protiv Mađarske od 15. maja 1996.). Smatra se prihvatljivim da se iskazi dati u toku istrage mogu koristiti u fazi sudskog postupka ako je odbrana u ranijoj fazi postupka imala mogućnost ispitivanja svedoka – ili u toku suočenja – provere nepristrasnosti poverljivosti svedoka (o ovome vidi presude u predmetima: P.S. protiv Nemačke ,od 20. decembra 2001.; Destrehem protiv Francuske, od 18. maja 2004.; Tancos protiv Mađarske od 26. aprila 2005.).

U predmetu P.S. protiv Nemačke, Evropski sud je utvrdio da su Nemački vlasti povredile član 6. stav 3/d Konvencije a u vezi člana 6. stava 1. Konvencije (pravo na pravično suđenje) kada su podnosioca predstavke osudili zbog krivičnog dela silovanja, pretežno na osnovu iskaza majke oštećene i iskaza policajca koji je saslušao oštećenu a da nisu na pretres pozvali oštećenu devojčicu, pozivajući se na njena psihofizička svojstva, i tako optuženi nije imao mogućnosti neposrednog postavljanja pitanja u cilju svoje odbrane. (Prema tome, nije izvršeno suočenje optuženog i oštećene).

Anonimni svedoci prema Evropskom суду за ljudska prava predstavljaju specijalan slučaj.I u ovim predmetima se mora obezbititi odbrani da u nekoj formi ispita svedoke i tako proveri verodostojnost iskaza. Pravilo je da se samo na osnovu iskaza anonimnih svedoka ne može doneti osuđujuća presuda. (Vidi o ovome npr. presudu od. u predmetu Kostovski protiv Holandije od 20. novembra 1989.; presudu u predmetu Vindiš protiv Austrije, od 27. septembra 1990.; presudu od u predmetu Delta protiv Francuske,od 19. decembra 1990., pesudu. u predmetu Vanmešelen protiv Holandije, od 23. aprila 1997;presudu u predmetu Lidi protiv Švajcarske od 15. juna 1992.;presudu. u predmetu Saidi protiv Francuske, od 20.

septembra 1993.; presudu u predmetu do Dorson protiv Holandije, od 26. marta 1996.).

U predmetu Lidi protiv Švajcarske – optuženi kojem se sudilo zbog trgovine opojnim drogama, na pretresu nije dobio mogućnost da ospori pismeni iskaz prikrivenog agenta. Sud nije pozvao svedoka na pretres i odbrani čak ni ime svedoka nije bilo poznato, te nije ni pokušala razjasniti protivrečnosti između optužbe i odbrane. Podnositelj predstavke je tvrdio da su mu uskratili pravo na pravično suđenje jer mu je uskraćeno suočenje sa inspektorom u svojstvu svedoka koga je inače poznavao s obzirom da se sreo sa njim barem u pet navrata. U ovakvim slučajevima interes je policije da zaštititi identitet inspektora, njegovu anonimnost u interesu njegove zaštite i da ga mogu angažovati i u budućim slučajevima.

Ovakvo je bilo obrazloženje i u slučaju predmeta Saidi protiv Francuske, naime okrivljeni je osuđen za krivično delo u vezi opojnih droga, bez da mu je omogućeno da postavlja pitanja svedocima na osnovu čijih iskaza je doneta osuđujuća presuda.

Isto je obrazloženje i u slučaju Delta protiv Francuske. Okrivljeni je osuđen isključivo na osnovu iskaza oštećene i njene drugarice saslušanih u toku istrage. U ovom slučaju sud je pozvao svedoke na pretres, međutim njihovo neodazivanje nije sankcionisalo, prema njima nije upotrebljeno prinudu već je doneo presudu u njihovom odsustvu. Ni u žalbenom postupku svedoci nisu saslušani.

Međutim nije povređeno pravo na pravično suđenje ako je manje važan svedok saslušan u toku istrage a kao dokazno sredstvo se koristi zapisnik o njegovom saslušanju ako ni odbrana nije zahtevala pozivanje svedoka (vidi presudu u predmetu Brandšteter protiv Austrije od 28. avgusta 1991.).

Ni u predmetu Dorson, sud nije utvrdio povredu člana 6. stava 3/d – s obzirom da prema obrazloženju – poteškoće optuženog su kompenzovane na odgovarajući način. U predmetu prvostepeni sud je usvojio iskaz dva anonimna svedoka saslušanih pred istražnim sudijom u prisustvu branionca i iskaz svedoka dat u toku policijskog postupka. Ovaj iskaz je osporavan u toku glavnog javnog pretresa kao i iskaz jednog svedoka koji je dat u toku prethodnog postupka a da odbrana nije mogla postaviti pitanja svedoku. Podnositelj predstavke je osporio prvostepenu presudu. U toku žalbenog postupka odbrana je dobila mogućnost postavljanja pitanja svedocima ali do suočenja nije došlo jer su svedoci tražili tajnost identiteta a i istražni sudija je ovaj zahtev smatrao opravdanim.

Drugostepeni sud je optuženog oglasio krivim. Nakon ovog odbijen je zahtev podnosioca predstavke radi utvrđenja ništavosti a Evropski sud za ljudska prava nije utvrdio povredu Konvencije.

Sud je svoju presudu obrazložio time da je odbrana imala mogućnost postavljanja pitanja svedocima. Pored ovoga svedoci su identifikovali optuženog sa fotografije na kojem je i optuženi prepoznao sebe, nadalje svedoci su optuženog identifikovali i po očeći. Sud je istakao da drugostepeni sud prilikom utvrđivanja odgovornosti optuženog svoju odluku nije zasnovao presudno na iskazima anonimnih svedoka.

Prema stavu Evropskog suda za ljudska prava, pravo na pravično sudjenje sadrži i mogućnost branioca i optuženog da fizički prate tok postupka (kao i sud i porota, da postavljaju pitanja i da odgovaraju na postavljena pitanja i podnose predloge. U konkretnom predmetu naime postoji povreda prava – s obzirom da je pretres sa porotom trajao dva dana. Okončan je u četiri sata u zoru. Sud je odbio zahteve branioca za odlaganje pretresa. (Vidi presudu u predmetu Makfi protiv Francuske od 19. oktobra 2004. godine). Država je obavezna da obezbedi odbranu optuženog po službenoj dužnosti kada optuženi nema dovoljno sredstava. Nije dovoljno da se samo postavi branilac po službenoj dužnosti već je neophodno da se postavi takav branilac koji je zaista i sposoban da učestvuje u toku celog postupka. (Vidi presudu u predmetu Artiko protiv Italije, od 13. maja 1980. godine; presudu u predmetu Pakeli protiv Nemačke od 25. aprila 1983.; presudu u predmetu Godi protiv Italije od 9. aprila 1984. godine; presudu u predmetu Daud protiv Portugalije od 21. aprila 1998. godine, presuda u predmetu T. odnosno V. protiv Ujedinjenog kraljevstva od 16. decembra 1999, presudu u predmetu R.D. protiv Poljske od 18. decembra 2001. godine).

Sud je u predmetu Daud posebno istakao da pravo na delovornu odbranu, koje pravo sadrži prisutnost, upoznavanja predmeta, poznavanje prava na prigovor itd., treba da je obezbedeno u toku celog postupka, ne samo pred sudskim većem, već i u toku prethodnog postupka.

Za pojam suočenja se vezuje i član 13. Evropske Konvencije za ljudska prava koja reguliše pravo na delovorni pravni lek. Za ovo se vezuje jedan mađarski slučaj, presuda u predmetu Balog protiv Mađarske od 20. jula 2004. godine, u kome je konstatovano da ne postoji povreda člana 13.

Podnositelj predstavke je između ostalog tvrdio da je protiv njega vođen pristrasan, nepošten postupak i nije imao pravo na delovorni pravni lek. Sud je ispitao kako je sprovedena istraga (prema članu 13. optuženi ima pravo učestvovati u istražnom postupku). Sud je utvrdio da je sud bio spremjan na razmatranje predloga podnosioca predstavke, predlozi nisu odmah odbijeni. Tužilaštva na tri nivoa su vodila istragu na predlog kancelarije Obudsmama za nacionalne i etničke manjine. U toku istrage podnosioca predstavke su ispitali na okolnosti šta se desilo u toku postupka pred orga-

nima policije. Ispitali su i osumnjičene policajce u prisustvu podnosioca predstavke. Nadalje, saslušani su i drugi učesnici i dežurni policajac. U toku postupka određeno je i veštačenje na okolnosti uzroka povreda podnosioca zahteva. Krivični postupak je okončan na kraju iz razloga jer nije bilo dovoljno dokaza da su policajci prouzrokovali povredu uha podnosioca zahteva. Pravo na delotvorni pravni lek u smislu člana 13. Konvencije ne obezbeđuje stranci i za njega povoljno rešenje predmeta. Prema oceni suda istraga je savesno sprovedena, bila je podobna da dovede do optuženja i osude odgovornih lica. Prema tome, po mišljenju suda, podnosiocu predstavke bilo je obezbeđeno pravo na delotvorni pravni lek.

Ovde bih istakao da se po mišljenju Evropskog suda pravičnost postupanja ima primeniti u svim stepenima suđenja. Greške prvostepenog postupka mogu se sanirati, u drugostepenom postupku. Zato poštovanje ovog načela se ispituje u odnosu na celokupan postupak. Ocena dokaza je u isključivoj nadležnosti nacionalnih sudova ali Evropski sud za ljudska prava u izrazito ekstremnom slučaju može da ceni dokaze imajući u vidu pravo na pravično suđenje.

Proučavajući predmete Evropskog suda za ljudska prava u vezi suočenja poslednjih deset godina možemo zaključiti, da sud postupa na način opisan u ovom radu. Što se tiče konkretnih predmeta našao sam 27 predmeta u kojima se javlja izraz „confrontatio“ a od ovih predmeta odbrao sam pet jer smatram da su relevantni odnosno da zasluzuju posebnu pažnju i analizu.

Evropski sud je u predmetu Hulki Grunes protiv Turske (presuda od 19. septembra 2003.) utvrdio povredu prava na pravično suđenje, jer okriveni koji je osuđen za krivično delo protiv države ni u jednoj fazi postupka nije sreo tri svedoka koji su ga prepoznali sa fotografije. Isključili su postupak prepoznavanja, optuženom nije omogućeno postavljanje pitanja svedocima, nije suočen sa njima jer domaći sud zbog nesigurnosti doputovanja („road-safety grounds“) nije pozvao svedoke – policajce, i pored insistiranja od strane odbrane u više navrata. Optuženi ni putem svog branjoca nije imao mogućnosti postavljanja pitanja, nije mogao podvrći kontroli ličnost svedoka, verodostojnost iskaza svedoka, nije mogao posmatrati njihovo ponašanje ni u jednoj fazi postupka. Nadalje, činu prepoznavanja sa fotografije nije prisustvovao ni njegov branilac, te na zapisniku o prepoznavanju se ne nalazi potpis ni branjoca ni optuženog.

Evropski sud u predmetu Belevickij protiv Italije (od 1. marta 2007.) nije utvrdio povredu prava u delu presude koji je osporen od strane podnosioca predstavke iz razloga nepravičnog postupanja prilikom saslušanja svedoka. Sud u obrazloženju navodi da je podnositelj predstavke, koji je osumnjičen a kasnije i optužen za zloupotrebu opoj-

nih droga, suočen sa svedocima koji ga terete za izvršenje dela još u toku istrage, a i u toku prvostepenog postupka kada je imao mogućnosti postavljanja pitanja kao i njegov branilac te je mogao da ispita verodostojnost njihovih iskaza (ovde se Sud poziva na sličnu odluku kao u predmetu Isgro protiv Italije od 19.02.1991. godine). U ponovljenom postupku navedeni svedok više nije bio prisutan ali je sudeći sud upoznao stranke sa sadržinom istražnog zapisnika i zapisnika sa prvostepenog pretresa i upotrebio ga kao dokaz a ovaj je bio u saglasnosti sa iskazima drugih svedoka i sa drugim dokazima prema kojima je optuženi izvršio navedeno krivično delo.

Evropski sud je u predmetu Bak protiv Poljske u presudi od 16. januara 2007. godine utvrdio povredu prava zbog neopravdano dugo vođenog postupka (ne i prethodnog). Podnositelj predstavke je optužen za dva krivična dela oružanog razbojništva. Prema tvrdnji policijskih vlasti radilo se o organizovanom kriminalu te da je bilo neophodno svestrano ispitati slučaj. Prikupili su 300 dokaza, saslušali su 130 svedoka i više puta su optuženog suočili. Međutim, sve ovo ne opravdava dužinu trajanja postupka od sedam godina. (Podnosioca predstavke su uhapsili 28. septembra 1999. a postupak je bio još u toku 28. marta 2006. godine).

U predmetu Elci i drugi protiv Turske (od 24.03.2004. godine), Evropski sud je u presudi od 130 strana utvrdio tešku povredu prava iz člana 3., 5. i 8. i dosudio značajni iznos naknade štete oštećenima. Podnosioci predstavke su bili turski advokati koji su uhapšeni decembra 1993. godine jer su se prema mišljenju vlasti bavili radnjama koji su u krivičnom zakonu inkriminisani kao krivično delo. U stvari, uhapšeni su, jer su zastupali stranke pred Sudom državne bezbednosti i učestvovali su u postupcima u vezi ljudskih prava. Podnosioce predstavke su izneli da su za vreme lišenja slobode mučeni i postupano je nečovečno sa njima. Prema tvrdnji većine advokata suočili su ih sa jednim lažnim svedokom koji ih je optužio. Prema tvrdnji ovog lažnog svedoka oni su bili povezani sa terorističkom organizacijom Radnička partija Kurda. Neke i nisu suočili sa navedenim svedokom a i pored toga, sve njih su optužili na osnovu iskaza ovog lažnog svedoka.

Osumnjičene i suočene su prinudili na potpisivanje zapisnika koji su bili sačinjeni od strane vlasti. Sadržina ovih zapisnika je bila nepoznata podnosiocima predstavke jer su im oči sve vreme bili vezane.

Strazburški Sud je u presudi Ifran Bilgin protiv Turske od 17. oktobra 2001. godine utvrdio da je žalosno da nacionalne vlasti u tom komplikovanom i protivrečnom slučaju nisu sproveli ozbiljnu istragu, i nisu poštivali ni svoje obaveze. Ovakvim postupkom povredili su član 2. Kon-

vencije (pravo na život) član 5. (pravo na slobodu) član 13. (pravo na delotvorni pravni lek).

Brata podnosioca predstavke su uhapsili organi bezbednosti Ankare (Ankara Security Directorate). Podnositac predstavke se kasnije interesovao gde mu je brat ali nije dobijao verodostojne informacije. Rečeno mu je da mu se brat ne nalazi na spisku uhapšenih. Posle toga, angažovao je advokata koji je stupio u kontakt sa odborom nacionalne skupštine za zaštitu ljudskih prava. Podnositac predstavke se i lično interesovao kod tužioca Ankare. Posle je pribavio pismene iskaze 10 ranije osuđenih lica, koji su tvrdili da je i njegov brat bio među zatvorenicima. Iskazi ovih svedoka su bili suprotni iskazima policajaca i stražara zatvora koji su poricali da je brat podnosioca predstavke Kenan Bilgin bio među zatvorenicima.

Selahatin Kemaloglu u to vreme bio je tužilac u Ankari ali u predmetu Kenan Bilgin nije on započeo istragu nego Ozden Tonuk. Kada je dobio predmet od Službe bezbednosti Ankare tražio je da se ispita slučaj hapšenja Kenan Bilgina. Dobio je od njih odgovor da imenovanog nikad nisu uhapsili. Nakon toga saslušao je svedoke podnosioca predstavke i stekao je ubedjenje da nešto nije u redu, te kao tužilac smatrao je da mora ispitati ne samo slučaj Kenan Bilgin već i druge slične slučajeve. Tužilac je zatražio od glavnog tužioca spajanje ovih predmeta međutim njegov zahtev je odbijen. Predložio je postupak protiv načelnika Službe bezbednosti s obzirom da je odbio saradnju sa organima vlasti ali bez rezultata. Bezbroj puta je prelagao da se policajci suoče sa svedocima, ali bezuspešno, jer нико nije odgovarao na njegove zahteve.

U ovom slučaju svakako neophodno je bilo saslušanje ili suočenje policajaca, ali pored nastojanja tužioca, organi vlasti nikad nisu dostavili tužiocu listu sa imenima policajaca.

Na kraju moram istaći da je bilo više predmeta zbog neopravdano dugotrajnog postupka tokom pritvora, u kojima – izuzev predmeta Sulaoja – bilo je suočenja, ali ni u jednom predmetu nije utvrđeno da bi došlo do odgovlačenja postupka zbog suočenja. (vidi o ovome presudu Kontrada protiv Italije od 24. avgusta 1998., presudu Dikme protiv Turške od 11. jula 2000., presudu Ceski protiv Češke od 4. oktobra 2000. presudu GK protiv Poljske od 20. januara 2004. godine, presudu Belčev protiv Bugarske od 8. jula 2004. godine, presudu Vačev protiv Bugarske od 8. oktobra 2004., presudu Sulaoja protiv Estonije, presuda Mitev protiv Bugarske od 22. marta 2005., presudu Jovečev protiv Bugarske od 2. maja 2006., presudu Celejevski protiv Poljske od 4. maja 2006. godine.)

5. Dalji zaključci u vezi suočenja u svetlu odluka Evropskog suda za ljudska prava

Kako sam u prethodnom izlaganju naveo, u Konvenciji suočenje kao dokazno sredstvu nije definisano ali i pored toga ono se javlja u praksi Evropskog suda za ljudska prava i zaslužuje pažnju s obzirom da postoji u pravnim sistemima većina kontinentalnih zemalja.

Možemo primetiti da se prema tumačenju Strazburškog suda suočenje vezuje uz saslušanje s obzirom da se radi o specijalnom vidu saslušanja, kako kod saslušanja svedoka tako i prilikom saslušanja optuženih. Evropski sud je mišljenja da je suočenje forma saslušanja, dokazno sredstvo u toku postupka koje doprinosi poštovanju prava propisanih Evropskom konvencijom. Suočenje je pravo optuženog kojim može kontrolisati verodostojnost iskaza saslušanih svedoka koji ga terete, neposredno putem postavljanja pitanja i primedbama, ili prostim posmatranjem njihovog ponašanja.

Po stavu Evropskog suda, suočenje je takvo dokazno sredstvo, koje omogućava optuženom, u bilo kojoj fazi postupka da kontroliše dokaze iznete protiv njega.

Ako je optuženom data mogućnost ispitivanja svedoka koji se izjavljaju na njegovu štetu, nesprovođenje suočenja ne znači i povredu prava optuženog na pravično suđenje u smislu Konvencije.

Možemo zaključiti, da nedostatak suočenja, samo po sebi ne znači povredu prava, jer se može desiti, da iz zakonskih razloga npr. zbog potrebe zaštite svedoka (npr. u slučaju anonimnosti svedoka) ne može ni doći do suočenja.

Veliki broj suočenja u nekom predmetu ne opravdava dugo vođenje postupka od strane domaćih sudova.

Pojedini slučajevi ukazuju na to da se i u slučaju primene suočenja može povrediti pravo optuženog na pravično suđenje, pravo na delotvorni pravni lek, pravo na odbranu, nečovečnim ponižavajućim postupanjem od strane domaćih organa vlasti, te Evropski sud, osuđuje ovakva ponašanja i svojim odlukama ukazuje na obavezu država da spreče povrede prava.

*Csaba Fenyvesi, Ph.D., Assistant Professor
Law Faculty Pécs*

The confrontation in the mirror of international documents and the European Court of Human Rights

Abstract

In the past few years the author surveyed under his research the confrontation (confrontatio), as a criminal procedural legal institution of justice in aspects of the international and human rights documents (treaties, framework decisions, European Union recommendations) that concern in any forms, and the connected court practice of the European Court of Human Rights special decisions, interpretations, guidances. This study tries to present the confrontation's newest international research results as a proofing (criminal procedural) action.

Key words: confrontation, human rights, international documents, European Court of Human Rights.