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

ZBORNIK RADOVA
COLLECTED PAPERS

XLIII 3 (2009)

NOVI SAD, 2009.

ZRPFNS, Godina XLIII Novi Sad, br. 3 (2009)

UDK 3

PRAVNI FAKULTET U NOVOM SADU

Dosadašnji glavni urednici:

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

Za izdavača

Prof. dr Ranko Keča
dekan Pravnog fakulteta u Novom Sadu

Upravnik Centra za izdavačku delatnost

Prof. dr Ljubomir Stajić

Glavni i odgovorni urednik

Doc. dr Dragiša Drakić

Članovi Uredništva:

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

Menadžer časopisa

Stefan Samardžić

Sekretarijat Uredništva

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

Recenzenti u brojevima 1, 2 i 3/2009:

prof. dr Marijana Pajvančić • prof. dr Đorđe Popov • prof. dr Stevan Šogorov • prof. dr Srđan Šarkić • prof. dr Jožef Salma • prof. dr Rodoljub Etinski • prof. dr Zoran Arsić • prof. dr Olga Cvejić Jančić • prof. dr Dragan Milkov • prof. dr Predrag Jovanović • prof. dr Dušanka Đurđev • prof. dr Milo Bošković • prof. dr Ranko Keča • prof. dr Miloš Marjanović • prof. dr Gordana Kovaček-Stanić • prof. dr Maja Stanivuković • prof. dr Dušan Nikolić • prof. dr Bernadet Bordaš • prof. dr Ištvan Feješ • prof. dr Marija Salma • prof. dr Magdolna Sič • prof. dr Radenka Cvetić • prof. dr Drago Divljak • prof. dr Senad Jašarević • prof. dr Snežana Brkić • prof. dr Sanja Đajić • doc. dr Tatjana Lukić • doc. dr Dragiša Drakić • doc. dr Branislav Ristivojević • doc. dr Nataša Deretić •doc. dr Slobodan Orlović

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

Kompjuterska obrada teksta

Goran Hajzler

Štampa:
„KriMel“ Budisava
Tiraž: 300 primeraka

SADRŽAJ

Dr Jožef Salma, redovni profesor
Odgovornost za štete od dejstva stvari 7

Dr Rodoljub Etinski, redovni profesor
Izjednačavanje međunarodne zaštite ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava sa međunarodnom zaštitom političkih i građanskih prava 33

Dr Predrag Jovanović, redovni profesor
Pitanje viška zaposlenih u međunarodnom i našem pravu 47

Dr Milo Bošković, redovni profesor
Kriminogeni značaj seksualnih devijacija 57

Dr Bernadet Bordaš, redovni profesor
Harmonizacija normi o razvodu braka sa stranim elementom u Srbiji sa pravilima o sukobu zakona i sukobu nadležnosti u EU 75

Dr Marija Salma, redovni profesor
Pobijanje pravnih radnji stečajnog dužnika 99

Dr Magdolna Sič, vanredni profesor
Fides i javni (fiskalni) dug 119

Dr Drago Divljak, vanredni profesor
O pravnom regulisanju novih trgovinskih ugovora 139

Dr Senad Jašarević, vanredni profesor
Socijalna sigurnost i socijalna država 151

Dr Snežana Brkić, vanredni profesor
Marginalije uz član 236. Zakonika o krivičnom postupku Srbije 167

Dr Zoran Lončar, docent
Pledoaje za novi Zakon o opštem upravnom postupku 181

Dr Tatjana Lukić, docent
Pranje novca i finansiranje terorizma (na nivou Evropske unije) 195

Dr Dragiša Drakić, docent
Krivično delo zagađenja životne sredine 219

Dr Slobodan Orlović, docent
Priroda i pripadnost poslaničkog mandata u ustavnom sistemu Srbije 231

Dr Bojan Pajtić, docent
Bračni ugovori u srpskom i evropskom pravu 257

Dr Gordana Drakić, asistent
O stavu Radikalne stranke u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca prema agrarnoj reformi 283

Mr Maša Kulauzov, asistent
Još nekoliko napomena o radu Svetonikoljskog odbora 299

Mr Samir Aličić, asistent
Problem konkurencije tužbi u slučaju nanošenja štete usled pada tereta u klasičnom Rimskom pravu 313

Mr Milena Pavlović, asistent
Specifične karakteristike učinilaca i žrtava zločina mržnje 325

Mr Boško Tripković, asistent
Nastanak odgovornosti šefa države u Nemačkoj i Austriji: opoziv i sudski impičment u perspektivi polupredsedničkog sistema 347

Mr Emir Ćorović, asistent
Mere bezbednosti obaveznog lečenja narkomana i obaveznog lečenja alkoholičara u sudskoj praksi 375

ODELJAK ZA INOSTRANE AUTORE

Dr Tekla Pap, docent
Timesharing ugovor u Mađarskoj – Uporednopravna analiza 393

ODELJAK ZA STUDENTE

Mr Atila Dudaš, asistent
Pregled relevantne literature o osnovu (cilju) ugovorne obaveze u evropsko-kontinentalnom (*causa*) i anglosaksonskom pravu (*consideration*) 411

TABLE OF CONTENTS

József Szalma, Ph.D., Full Professor
Liability for Harmful Effects of Things 7

Rodoljub Etinski, Ph.D., Full Professor
Equalization of International Protection of Economic, Social and Cultural Rights with International Protection of Civil and Political Rights 33

Predrag Jovanović, Ph.D., Full Professor
The Issue of Redundancy in International and our Law 47

Milo Bošković, Ph.D., Full Professor
Criminogenic Significance of Sexual Deviations 57

Bernadet Bordaš, Ph.D., Full Professor
Harmonization of Serbian Private International Law in Divorce Matters with the Rules of Conflict of Laws and of Jurisdiction in the EU 75

Marija Salma, Ph.D., Full Professor
Avoidance of Preferences in Bankruptcy 99

Magdolna Sič, Ph.D., Associate Professor
Fides and Public (Fiscal) Debt 119

Drago Divljak, Ph.D., Associate Professor
On Legal Regulation of New Trade Contracts 139

Senad Jašarević, Ph.D., Associate Professor
Social Security and Social State 151

Snežana Brkić, Ph.D., Associate Professor
Marginal Notes to the Article 236 of the Code of Criminal Procedure of Serbia 167

Zoran Lončar, Ph.D., Assistant Professor
An Appeal for a New Law on General Administrative Procedure 181

Tatjana Lukić, Ph.D., Assistant Professor
Money Laundering and Financing Terrorism (at EU level) 195

Dragiša Drakić, Ph.D., Assistant Professor
Criminal Offence of Environmental Pollution 219

Slobodan Orlović, Ph.D., Assistant Professor
Nature and Belonging of the Deputy Mandate in the Constitutional System of Serbia 231

Bojan Pajtić, Ph.D., Assistant Professor
Nuptial (Marital) Agreement in Serbian and European Law 257

Gordana Drakić, Ph.D., Assistant
On the Position of the Radical Party of the Kingdom of Serbs, Croats And Slovenes on the Agrarian Reform 283

Maša Kulauzov, LL.M., Assistant
A Few More Remarks on *St. Nicholas' Committee* 299

Samir Aličić, LL.M., Assistant
Some Cases of Damage Resulting from Cargo Fall in Roman Law 313

Milena Pavlović, LL.M., Assistant
Specific Characteristics of Perpetrators and Victims of Hate Crimes 325

Boško Tripković, LL.M., Assistant
The Emergence of Head of Sstate's Accountability in Germany and Austria: Recall and Judicial Impeachment in Semi-Presidential System Perspective 347

Emir Ćorović, LL.M., Assistant
Security Measures of Compulsory Drug Addiction Treatment and Compulsory Alcohol Addiction Treatment in Judicial Practice 375

SECTION FOR FOREIGN AUTHORS

Tekla Papp, Ph.D., Assistant Professor
Timesharing Contract in Hungary – a Comparative Survey 393

SECTION FOR STUDENTS

Attila Dudás, LL.M., Assistant
A Survey of the Relevant Literature on the Purpose of Obligations Arising from a Contract in Civil (*causa*) and Common Law (*consideration*) 411

Originalni naučni rad 347.516/.518

Dr Jožef Salma, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

ODGOVORNOST ZA ŠTETE OD DEJSTVA STVARI*
– deliktna i kvazideliktna odgovornost –

Sažetak: *U radu je učinjen pokušaj razgraničenja delikta od kvazidelikta, kao i kvazidelikta od više sile (vis maior) i od slučaja (casus). Cilj rada je da se utvrdi kada postoji građanskopravna odgovornost za dejstvo stvari, a kada ne. Kod pukog dejstva (opasnih) stvari, bez ljudskog upliva odn. mogućnosti sprečavanja (viša sila), nema građanskopravne odgovornosti. Za razliku od toga, kod štetnog dejstva (opasnih) stvari koje su u zakonom propisanim slučajevima pod dužnim ljudskim nadzorom, dolazi do građanskopravne odgovornosti imaoca stvari, ako je preventivni nadzor propušten.*

Ključne reči: *delikt, kvazidelikt, viša sila, odgovornost za štete od životinja i drugih stvari pod dužnim ljudskim nadzorom*

I
UVODNE NAPOMENE: RAZGRANIČENJE DELIKTA OD KVAZIDELIKTA

Delikt je u najširem smislu protivpravna radnja nekog lica koja je dovela do štete, tj. povrede psihičkog ili fizičkog integriteta ličnosti, odn. tuđe imovine. Delikt u građanskom pravu, odnosno građanskopravni delikt je propisan *opštom inkriminacijom* (svako je dužan da se uzdrži od ponašanja

* Članak je nastao kao rezultat rada na naučno-istraživačkom projektu Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu „*Harmonizacija prava Republike Srbije i prava Evropske Unije – teorijskopravni, sociološkopravni, istorijskopravni, pozitivnopravni i ekonomski aspekti*“.

kojim bi drugome prouzrokovao štetu). Za razliku od toga u savremenom pravu *krivični delikt* je propisan metodom *pojedinačne inkriminacije*, zbog primene načela nullum crimen sine crimine et sine lege (niko ne može biti kažnjen za delo koje prethodno nije zabranjeno zakonom).

Tradicionalna građanskopravna literatura, počev od rimskog prava, pa do danas, jasno razgraničava pojam delikta (delictum) i kvazidelikta (quasi delictum). Osnovna linija razgraničenja je u tome što je delikt protivpravno *ljudsko* ponašanje kojim se drugom licu prouzrokuje šteta (povredom tuđe imovine ili ličnosti). Za razliku od toga, kvazidelikt je *dejstvo stvari*, koje je dovelo do štete kao što je dejstvo životinje ili drugih stvari pod *dužnim ljudskim nadzorom*. *U oba slučaja postoji građanskopravna deliktna odgovornost.* Razlika je u određivanju *odgovornog lica*. Dok je kod delikta odgovorno ono *lice koje je delikt prouzrokovalo*, odnosno lice čija radnja ili propuštanje je dovelo do štete, kod kvazidelikta je odgovoran onaj subjekat *koji je propustio dužan nadzor* na stvari čijim dejstvom, ali usled propusta dužnog ljudskog nadzora, je došlo do prouzrokovanja štete.

Potrebno je izvršiti jasno razgraničenje između kvazidelikta (quasi delictum) i više sile (vis maior), kao i slučaja (casus). Razlog potrebe za razgraničenjem je u tome što delikt i kvazidelikt povlače građanskopravnu odgovornost, a viša sila i slučaj (pod određenim uslovima) principijelno isključuju (bilo čiju) odgovornost. Istina, savremeno evropsko pravo (na primer, nemačko i austrijsko) po posebnim propisima, propisima o atomskim štetama, predviđaju tzv. apsolutnu odgovornost. Po tim posebnim propisima, naime, imalac atomskog postrojenja odgovora za štetu u vidu prouzrokovanja smrti i oštećenja zdravlja čak i onda ako je do štete došlo atomskom havarijom usled dejstva više sile.

Razgraničenje više sile od slučaja u konačnom rezultatu pokazuje da je viša sila u principu apsolutni razlog isključenja odgovornosti, dok je slučaj samo relativan. Naime, po tradicionalnoj (objektivnoj) definiciji više sile ona je „buduća, spoljna, neizvesna, nepredvidljiva i neotklonjiva okolnost.“ Slučaj je buduća spoljna i neizvesna okolnost kao i viša sila. Međutim, kod slučaja postoji posebnost u pogledu predvidljivosti, a na osnovu toga i relativne otklonjivosti. Iako je i kod slučaja u principu neizvesno da li će do događaja doći, pa samim tim i do štete, postoji mogućnost otklanjanja štete, uz preduzimanje dužnih mera prevencije. (Tako npr. pucanje automobilskih pneumatika se može sprečiti blagovremenom zamenom). Otuda, kod slučaja preduzimanjem predviđenih obaveza radi sprečavanja materijalne i nematerijalne štete, šteta je otklonjiva.

Kvazidelikt je veoma sličan slučaju, po tome što je neizvestan, ali otklonjiv preduzimanjem dužnih mera za to zakonom obaveznih subjeka-

ta. (Na primer, postavljanje zaštitne ograde od strane preduzeća za održavanje puteva na mestima gde divljač po inerciji redovno prelazi autoput). Razlika je u odgovornosti. Slučaj je principijelan razlog isključenja odgovornosti, a kvazidelikt ne isključuje odgovornost subjekta koji je propustio da vrši zakonom propisani preventivan nadzor nad stvari ili da preduzme preventivnu meru.

II
ODNOS VIŠE SILE I SLUČAJA

Razgraničenje više sile i slučaja je pravno značajno zbog toga što je elemenat (ne)predvidljivosti, kao sastavni deo definicije oba pojma u faktičkom smislu reči, doživeo evoluciju. Zahvaljujući dostignućima tehnologije i tehničkih nauka, ono što je „juče“ bilo nepredvidljivo, „danas“ to više nije. Samim tim, i otklonjivost postaje relativni pojam. Ono što je nekada bilo neotklonjivo, postaje otklonjivo, kako sa strane nauke, tako i sa stanovišta dužnog opšteg saznanja, dakle saznanja građanina. Ako se granice predvidljivosti ili dužnog predviđanja sužavaju, to se i pojam i faktičke granice više sile, sve više pomeraju ka slučaju. Ono što je nekada bila viša sila, danas je samo slučaj, tj. pravna figura (institut) koja u potpunosti ne isključuje odgovornost, a sutra će biti casus, slučaj, obeležen dejstvom stvari, pod dužnim ljudskim nadzorom, za šta postoji deliktna odgovornost. Višu silu uglavnom karakterišu prirodni događaji (udar groma, poplava, vremenske neprilike itd) koji su, po pravilu, izvan ljudske kontrole. Slučaj karakteriše prirodni događaj koji se ne može egzaktno predvideti, ali se dužnom pažnjom može sprečiti.

III
RAZGRANIČENJE KVAZIDELIKTA OD SLUČAJA

Polazeći od klasične doktrine, slučaj u načelu isključuje deliktnu odgovornost. Za razliku od toga, dejstvo stvari (kvazidelikt) ne isključuje odgovornost, pošto za izvesne stvari postoji zakonom propisana ljudska dužnost sprečavanja nastupanja štete. I kod slučaja i kod kvazidelikta šteta nastupa dejstvom stvari, ali kod slučaja nema izvesnosti o nastupanju, a kod kvazidelikta propuštanje dužnih ljudskih radnji izvesno dovodi do štete.

Slučaj je pre svega spoljni prirodni događaj, a kvazidelikt je rezultat dejstva stvari koje su proizvedene ljudskom delatnošću ili koje su pod mogućom ljudskom kontrolom.

I kod slučaja, tzv. casus minor-a, se sa polja ekskulpacionih razloga može preći u objektivnu odgovornost[1], i tada može nastati odgovornost, kao i kod kvazidelikta.

IV
RAZGRANIČENJE KVAZIDELIKTA OD ODGOVORNOSTI ZA RADNJE DRUGOG

Kod odgovornosti za radnje drugog ne odgovara onaj koji je svojom radnjom ili propuštanjem prouzrokovao štetu već neko drugi koji se nalazi sa štetnikom u nekoj zakonom predviđenoj pravnoj vezi, koja nalaže za drugog preventivne obaveze. Tako, na primer, u slučaju *odgovornosti roditelja ili staratelja* za štetne radnje malodobne dece ili (punoletnih) lica pod starateljstvom, postoji pravna veza roditeljstva ili starateljstva koja podrazumeva dužnost vaspitanja odn. sprečavanja ponašanja ili situacija koje dovode do štete. *Odgovornost preduzeća za štete koje prouzrokuje njegov radnik ili organ preduzeća* trećem licu za vreme rada je zasnovana na radnopravnom odnosu. Takođe, postoji *odgovornost države za štete koju građaninu prouzrokuje državni organ* (pravosudni organ ili organ uprave) protivzakonitim radom. Najzad, odgovornost za radnje drugog postoji i kod *ugovornog prenosa odgovornosti* za štete, koji može biti po zakonu obavezan (kao što je to slučaj sa obaveznim osiguranjem od odgovornosti za štete nanete u saobraćaju), a nekada fakultativan, prepušten slobodnoj ugovornoj autonomiji (kao što je to slučaj kod dobrovoljnog osiguranja).

Kod kvazidelikta sličnost sa odgovornošću za radnje drugog možemo zapaziti u *postojanju prethodne pravne veze,* pravnu dužnost nadzora ili prevencije od štete, koja prethodi deliktnopravnom odnosu. Naime, i kod kvazidelikta, kao i kod odgovornosti za radnje drugog, postoji zakonom predviđena dužnost sprečavanja štete. Razlika je u tome, što je ta dužnost kod odgovornosti za radnje drugog propisana za ljudske radnje, a kod kvazidelikta za dejstvo stvari.

V
EVOLUCIJA DOKTRINE I UPOREDNOG ZAKONODAVSTVA O KVAZIDELIKTU

Rimsko pravo, odakle potiče doktrina o deliktu i kvazideliktu, jasno razlikuje ta dva pojma, jer je po njemu delikt protivpravna ljudska

[1] Upor., *Földi* András, A másért való felelősség a római jogban, Rejtjel Kiadó, Budapest, 2004, str. 92.

radnja, za čije štetne posledice odgovara onaj koji je tu radnju preduzeo, a kvazidelikt je nešto što je na njega nalik, ali je bitna razlika u tome, što je šteta nastupila ne direktnom ljudskom radnjom ili propuštanjem (kada je inače trebalo postupiti), već dejstvom stvari (u principijelnom ljudskom nadzoru), npr. dejstvom domaćih i ili divljih životinja. Rimsko pravo tu uključuje i štete od rušenja građevina.

U nerazvijenom periodu rimskog prava, u vremenu važenja *Zakona XII tablica* (V vek pre naše ere), delikti su propisivani *kazuistički* i uglavnom su se sveli na ljudske radnje usmerene na uništenje ili oštećenje tuđe stvari (pri čemu su i robovi kvalifikovani kao stvari), ili oduzimanje nečijeg života. Zakon XII tablica ne poznaje naknadu štete (u današnjem poimanju) već *novčanu kaznu*, u visini koja je unapred određena, nezavisno od stvarne vrednosti nastale štete i koja je pogađala štetnika, često i kao duplum ili triplum.[2] Npr. ako je ko drugome polomio kost morao je da plati oštećenom 150 asa, a za manje povrede 25 asa. Kod težih telesnih povreda kod kojih je došlo do trajne osakaćenosti uda Zakon XII tablica, je predvideo *telesnu odmazdu* iste vrste (talion), osim ako su se stranke sporazumele o isplati novčane kazne. (Sporno je, da li je Zakon XII tablica zasnovao odgovornost na principu krivice, ili nezavisno od nje, na principu objektivne odgovornosti.)[3] U kasnijoj fazi razvoja traži se za *iniuria,*[4] *protivpravnost* - da je do štete došlo takvom protivpravnom radnjom koja je bila *umišljajna*, namerna, tj. da je radnja preduzeta svesno, sa namerom oštećenja.

Ekspanzijom Rima dolazi do povećanja teritorije i stanovništva, koji su se našli u interakciji u vidu trgovine, saobraćaja, pri čemu su i štete

---

[2] V. Npr. o tome: *Molnár* Imre, A Római magánjog, József Attila Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar, Szeged, 1993. O penalnom pristupu zakona XII tablica, o triplum-u v. /Gaius, Concepti et oblati (furti) poena ex lege XII tabulorum tripli est, 3. 191/ na str. 14., a o duplum-u, /Plin. N. h. 18.3.12/ na str. 17.

[3] Po *Mommsen*-u (Römisches Strafrecht, Leipzig, 1899, str. 837) Zakon XII tablica je pod pojmom protivpravnosti (iniuria) podrazumevao povredu tela bez da je razlikovao namerno ili nehatno prouzrokovanje. Po *Marton* Géza, Un essai de reconstruction du développement probable du Systeme classique roman de responsabilité civil, RIDA 3, Paris, 1949, str. 178; ibid, Felelősség a custodiáért, Magyar Jogi Szemle Könyvtára, Budapest, 1924, str. 17. Po Rudolfu *Ihering*-u (Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, Leipzig, 1897, str. 11), Zakon XII tablica stoji na tlu pojma formalne krivice tj. na krivici zasnovanoj na objektivnom stanju okolnosti bez uzimanja u obzir krivicu učinioca, ne vodeći računa o njegovom ličnom odnosu prema šteti. Ovako je u krivicu inkorporisan i slučaj.

[4] Rimsko pravo je razlikovalo *verbalnu* i *realnu* injuriju. Prva je kada se neko izrugljivao pesmama, a druga kada je npr. neko telesno povređen. Povodom injurije je nastao actio iniuriarum, actio iniuriam aestimatum, kao penalni zahtev, kao i vindictam spiram tj. zahtev za davanje satisfakcije lica čija je ličnost povređena. V. npr., *Benedek* Ferenc, Római magánjog, Dologi és kötelmi jog, 2. kiadás, Pécs, 1995, str. 210-211.

(delikti) bile učestalije. U tim okolnostima novinu donosi *lex Aquilia* (Akvilijanski zakon) 286. godine pre naše ere.[5] Naspram kazuističkog Zakona XII tablica Akvilijanski zakon sadrži relativno *uopšteniji* pristup pojmu delikta, pre svega kod oštećenja stvari. Onaj koji je lišio života tuđeg roba ili četvoronožnu životinju, morao je platiti kaznu gospodaru u iznosu koji je odgovarao najvišoj ceni tih „stvari" u prethodnoj godini. Time se rimsko pravo približilo pojmu *naknade štete*, restituciji, jer je „kazna" zavisila od stvarne vrednosti uništene ili oštećene stvari. Ostali vidovi oštećenja tuđih stvari se uopštavaju u trojnoj formuli: izazivanje *požara*, *lomljenje* i *razbijanje* (urere, frangere, rumpere). Pod injurijom, pod *deliktom* se od tada podrazumeva neposredno nasilno razbijanje ili oštećenje tuđih stvari. Radnja prouzrokovanja štete morala je biti protivpravna, tj. da nije preduzeta u *nuždi* ili *dozvoljenoj samopomoći*. Dok je u ranijoj fazi bio potreban umišljaj, sada se, od akvilijanskog perioda zadovoljava sa nehatom (culpa), odnosno, kod velikih rizika za oštećenje tuđih stvari odgovornost štetnika je uspostavljena i nezavisno od krivice. Takođe se došlo i do toga da se deliktna radnja mogla ostvariti aktivnim i pasivnim ponašanjem, tj *činjenjem*, neposrednim uticajem na stvar, i *nečinjenjem,* tj. propuštanjem. Naime, u razvijenoj fazi rimskog odštetnog prava do odgovornosti štetnika je dolazilo i u slučaju da je štetnik propustio dužne mere za sprečavanje štete. Npr. delikvent je tuđi život oduzeo ne sopstvenim rukama, već izazivanjem psa. Takođe, rimsko pravo je poznavalo odgovornost za štetu onoga koji doduše nije sam i neposredno uništio brod putem izazivanja požara, već time što je presekao brodsko uže, usled čega je brod zbog nevremena stradao.[6] U literaturi o kvazideliktima rimskog prava se pominju: 1) Kvazi-deliktna odgovornost *vlasnika stana* za *izbacivanje* ili *pada materijala iz zgrade*, na teret vlasnika stana odn. zgrade. 2) Odgovornost vlasnika zgrade *za pad istaknute stvari* (npr. firme) na javnim delovima zgrade.[7] 3. Odgovornost *brodara i ugostitelja* za *stvari putnika ili gostiju* kada ih brodar (nauta) ili ugostitelj (stabularis) nije preuzeo na čuvanje, ali je došlo do njihovog nestanka, usled krađe, uništenja ili oštećenja, ukoliko su učinioci putnici ili gosti. 4.

---

[5] V. npr. *Lübtow*, Untersuchungen zur Lex Aquilia de damno iniuria dato, Berlin, 1971, str. 84. B. *Winiger*, La responabilité aquilienne romaine, Damnum Iniuria datum, Basel, 1997. P. *Ziliotto*, L'imputazione del danno Aquiliano, Tra iniuria e damnum corpore datum, Padova, 2000. Filippo *Ranieri* Europäisches Obligationenrecht, 2. erweiterte Auflage, Springer Wien New York, Wien, 2003, str. 540.

[6] Upor.: *Kötz-Wagner*, Deliktsrecht, 10 neubearbeitete Auflage, Luchterhand, Wolters Kluwer, München, 2006, str. 7-8, tač. 15.

[7] F. *Serrao*, Responsibilità per fatto altrui in diritto Romano, BIDR 66, 1964, in: ibid, Zbornik radova - Impressa e responsibilita a Roma nell'età commerciale, Pisa, 1989, str. 19.

Odgovornost *sudije* koji je povredio svoje obaveze. On je odgovoran za štetu stranci, ako je *povredio procesna pravila* te je time načinio štetu. Oštećeni je mogao da pokrene parnicu radi naknade štete protiv takvog sudije.[8] Istina, sa današnjeg gledišta, ovo se ne bi moglo uključiti u red kvazidelikta, jer se ne radi a dejstvu stvari, već o nezakonitoj ljudskoj (procesnoj) radnji. (Uzgred, i u današnjem evropskom pravu postoji profesionalna odgovornost za štete zbog nezakonitog suđenja, zbog zloupotrebe administrativne diskrecije, odnosno, profesionalna odgovornost advokata za štete usled propusta u zastupanju). To su neki od slučajeva koji su u rimskom pravu tretirani kao kvazidelikti, pošto kod njih po pravilu šteta nije prouzrokovana direktno ljudskom radnjom, već dejstvom stvari, ali povodom kojih je propušten dužan nadzor.

Rimskopravni pojam kvazidelikta je inkorporisan, u osavremenjenom vidu, u sve **moderne kodekse građanskog prava XIX veka**. Tako, u odredbe francuskog Code Civil-a (Cc, 1804), austrijskog Opšteg Građanskog zakonika (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für das Kaiserthum Österreich, 1811), nemačkog Građanskog zakonika (Bürgerliches Gesetzbuch, 1896/1900) i švajcarskog Zakonika o obligacijama od 1911. godine. Ovim zakonicima, kao i posebnim zakonima deriviranih iz njih (Sondergesetzgebung), je zajedničko da pod kvazideliktom podrazumevaju štete nastale usled *dejstva stvari* (štete od divljih ili domaćih životinja, štete od rušenja zgrada i dr.) *bez direktnog upliva ljudske radnje*.

Modernizovani rimskopravni koncept odgovornosti za kvazidelikt je najpre i čini se, najkonsekventnije prihvaćen u francuskom Code civil-u.

Naime, prema odredbama ***francuskog*** Code civil-a[9] postoji odgovornost ne samo u slučaju da je šteta prouzrokovana pukim dejstvom stvari, već i onda kada je šteta prouzrokovana delovanjem lica koja nisu odgovorna, koja tereti onoga koji je taj nadzor dužan da sprovodi.[10] Ovom odredbom francuski zakonodavac je izjednačio ili upodobio odgovornost za *dejstvo stvari i odgovornost za radnje drugog* (posebno roditelja ili staratelja za deliktne radnje maloletnih lica). Francuska sudska

---

[8] V. *Földi* András és *Hamza* Gábor (*Brósz* Róbert és *Pólay* Elemér tankönyvének alapulvételével), A római jog története és institúciói, Nemzeti Tankönyvkiadó, Budapest, 1996, str. 568-569.

[9] V. čl. 1384 Code civil-a, npr. in: Code civil, 102-e édition, Dalloz, Paris, 2003, str. 1199.

[10] V. *Durry*, Mélangés Terré, Responsabilité du fait des choses, Dalloz /PUFF/Juris-Classeur, 1999, p. 707. *Mistretta*, Responsabilité civil sportive, JCP – Jurist-classeur périodique (Semaine juridique), 1998. I. 116. *Rolland,* Responsabilité du fait d'autrui: garde ou surveillance? Petites affiches 19, sept. 2000.

praksa smatra da navedena odredba ne razlikuje (štetno delovanje) *pokretnih* i *nepokretnih stvari*, te se odgovornost može ustanoviti i na teret vlasnika pokretnih i nepokretnih stvari.[11] Sudska praksa je odgovornost ustanovljavala i u slučaju delovanja *sportskih rekvizita* kod alpinista[12], kao i kod (lopte) tenisa i base ball-a.[13] Uslov je odgovornosti onoga koji je dužan da vrši nadzor nad stvari jeste da je stvar pod mogućom ljudskom kontrolom.[14]

Komentarišući odredbe francuskog Code civil-a o deliktu i kvazideliktu, poznati francuski autori prve polovine XX veka, Kolen (*A. Colin*) i Kapitan (*H. Capitant*)[15] ističu da deliktna odgovornost nastupa kada jedno lice svojom radnjom (ili dejstvom stvari za koju je odgovoran, tj. koja je pod njegovom kontrolom, predstavlja njegovo sredstvo) prouzrokuje drugom licu štetu. Na primer, ako je automobil prouzrokovao štetu u saobraćaju u načelu za štetu odgovara vlasnik vozila koji je njime upravljao. Autori pokušavaju da načine razliku između delikta i kvazidelikta. Napominju da se ovi izrazi koriste kao naslovi u Code civil-u (CH 2 lit IV, livre III), ali i u normativnim delovima članova Zakonika (čl. 1340 i 1370 Code civil-a, Cc). Međutim, sa žaljenjem konstatuju da nema nijednog mesta u kodeksu gde bi se pored ovih upotrebljenih termina našla i njihova definicija. To znači da su redaktori Code civil-a definiciju prepustili pravnoj nauci. Prema njihovom mišljenju u vreme kodifikacije *Code civil*-a definiciju ovih pojmova je dobro formulisao Potije (*Pothier,* Obligations, No 116). Deliktom nazivamo, kaže Potije, onu namernu radnju lica koja drugome prouzrokuje štetu. Kvazidelikt je takođe radnja nekog lica koja je nenamerno prouzrokovala štetu drugom za koju se odgovornost ipak može nekom pripisati. Kolen i Kapitan, komentarišući ovu definiciju, ističu da je razlika između delikta i kvazidelikta puka psihološka. Za delikt se zahteva da je on rezultat nečijeg umišljaja, tj. namere za oštećenjem (*animus nocendi*). Za razliku od toga, kod kvazidelikta (*quasi ex delicto*) ta intencija je odsutna, tu se radi o nepažnji (negligentia), a ne o in-

---

[11] V. Req. 6. mars 1928, DP 1928, 1. 28, Note *Josserand*. U pogledu primene čl. 1384 na pokretne stvari, v. Civ. 2-e, 12. mai 1966, 700 Note Ayard, 4. mars 1976, D. 1977, 95, 15. nov. 1984 Gaz. Pal. 1985, I. 295 Note Chabas i dr.

[12] Aix-Provence, 8. mai 1981, JCP 1982, II. 19819, note *Sarraz –Bournet*.

[13] Ustanovljena je odgovornost roditelja za štetno dejstvo lopte tenisa koja je upućena od dece-igrača: Civ.2-e, 28. mars 2002: D. 2002.

[14] Civ. 1-re 23. févr. 1977: Gaz. Pal. 1978. 1, 90, note *Plackel*; 18 juin 1997: Bull. Civ. II, no 197, D. 1998.

[15] Ambrois *Colin*, Henri *Capitant*, Cours elementaire de Droit civil Francaiç, Tome dèuxieme, quatrème Edition, Librairie Dalloz, Paris, 1924, str. 360-361.

tencionalnoj krivici.[16] Može se zapaziti da ovi autori razliku između delikta i kvazideliktna *ne vide u dejstvu stvari*, već se u oba slučaja radi o ljudskoj radnji, s tim da delikt prati *umišljaj*, a kvazidelikt *nepažnja*, nehat.

U drugoj polovini XX veka braća Mazo (*Henri, Leon* i *Jean Mazeaud*) u svom sistematskom delu o građanskom pravu[17] ukazuju na novije aspekte odgovornosti za dejstva stvari. Konstatuju da je ova odgovornost pretežno posmatrana kao *deliktna* odgovornost, ali ukazuju i na to da odgovornost za štetna dejstva stvari može biti i *ugovorna*. Među dejstva stvari spada i odgovornost povodom štete od *pada vazduhoplova*, šteta od električnih, gasnih, telefonskih i drugih podzemnih i nadzemnih *dalekovodova*, povrede na *radu* (povodom kojih je odgovornost regulisana partikularnim zakonima iz oblasti radnog prava). I u francuskom pravu u domen odgovornosti za dejstva stvari spada i šteta od *rušenja zgrada*, koja tereti imaoca zgrade.[18] Odgovornost za štetu nastalu usled pada letelica i dalekovoda je objektivna.[19] U slučaju nedostatka posebnih pravila, braća Mazo se zalažu za shodnu primenu pravila o deliktnoj odgovornosti i za kontraktualnu odgovornost za dejstva stvari.[20]

Jedan od najznačajnijih autora francuskog deliktnog prava sredine XX veka, René *Savatier*, u svojoj knjizi o građanskopravnoj odgovornosti, odgovornost za dejstva stvari[21] razgraničava po tome, da li su stvari dovele do štete pod (1) *direktnim ljudskim uticajem* (kao što je to slučaj kod motornih vozila) ili su po sredi stvari koje su (2) *bez neposrednog ljudskog uticaja* dovele do štete, doduše stvari koje mogu biti pod ljudskom kontrolom. (3) U treću kategoriju dejstva stvari spadaju stvari *izvan moguće ljudske kontrole*, upliva. U prvom slučaju se radi o *subjektivnoj* odgovornosti, pošto se ljudski uticaj meri krivicom štetnika, u drugom slučaju se radi po pravilu o *objektivnoj* odgovornosti onoga koji je trebalo da otkloni opasnost od štetnog dejstva stvari, a u trećem slučaju zapravo i *nema odgovornosti*, pošto je po sredi dejstvo više sile. Autor ukazuje da

---

[16] Ambrois *Colin*, Henri *Capitant*, Cours elementaire de Droit civil Francaiç, Tome dèuxieme, quatrème Edition, Librairie Dalloz, Paris, 1924, str. 361.

[17] V. Henri, Lèon, Jean *Mazeaud*, Leçons de droit civil, Tome deuxième , Obligations, Theorié generale, édition Montchrestien, 2e édition, Paris, 1962, str. 506.

[18] V. *Mazeaud*, op.cit. str. 511-514, t. 550-553.

[19] V. *Mazeaud*, op.cit. str. 514-516, t. 556-557.

[20] V. *Mazeaud*, op.cit. str. 517, t. 558.

[21] Upor. René *Savatier,* Traité de la responsabilité civile en droit Français civil, administrativ, professionell, procedural (Préface de georges Ripert), Tome premier : Le sources de la responsabilité civil, Libraire générale de droit et de jurisprudence, R. Pichon et R. Durand-Auzias, Paris, 1951, str. 425.

čl. 1382 Cc-a govori o šteti koja je prouzrokovana pukim delovanjem stvari, a nasuprot tome stoji čl. 1384 koji reguliše i odgovornost za štetu koja je prouzrokovana ljudskom radnjom.[22]

U ***austrijskom*** pravu, odnosno literaturi kao slučajevi odgovornosti za štetna dejstva stvari, kao posebni slučajevi građanskopravne odgovornosti, pominju se odgovornost za prostorije, građevinske objekte, puteve i životinje.[23] Posebnost rešenja austrijskog Opšteg građanskog zakonika je u tome što pored štete od *rušenja cele ili dela zgrade*[24] predviđa i odgovornost za štetu nastalu *padom* neke opasno izložene ili zakačene stvari sa zgrade ili *izbacivanjem* stvari iz stana, kada za štetu odgovara imalac stana.[25] Odgovornost *imaoca* stana je nezavisna od krivice i ona ga pogađa ako je opasnost od nastupanja štete mogao sprečiti i ako oštećeni ne može sa lakoćom da utvrdi identiteta štetnika.[26] Pod imaocem stana, u smislu paragrafa 1318 smatra se ono lice koje prostorijama u stanu faktički raspolaže i ne ispituje se priroda pravnog osnova njegove državine. Pod *stanom* u najširem smislu se podrazumevaju i ostale prostorije, na primer, prostorije za skladištenje, poslovne prostorije, garaže itd. Ovo pravilo se ne odnosi na prostorije koje su svima pristupačne, te se na njima ne može zasnovati isključivi posed, kao što su pasaži, svima pristupačna stepeništa i dr. Izložene stvari ne moraju da se nalaze u samoj prostoriji. Stoga odgovornost može da nastupi i za štetu nastalu usled dejstva suncobrana ili korpe za cveće izloženih van prostorija. Pod pojmom *izba-*

---

[22] René *Savatier,* Traité de la responsabilité civile en droit Français civil, administrativ, professionell, procedural (Préface de Georges *Ripert*), Tome premier : Le sources de la responsabilité civil, Libraire générale de droit et de jurisprudence, R. Pichon et R. Durand-Auzias, Paris, 1951, str. 425. tač. 329; str. 421-525. Kao pojedine slučajeve, autor navodi odgovornost za štete od životinja (čl. 1383 Cc-a), str. 511, tač. 405; i od građevina, o odgovornosti za štete od dejstva vazduhoplova i dalekovoda (zasnovano na posebnim zakonskim propisima) , str. 533 i dr.

[23] V. Rudolf *Welser*, Grundriss der bürgerlichen Rechts, Band II, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht, auf Gundlage der von Helmut *Koziol* und Rudolf *Welser* gemeinsam herausgegebenen 1.-10. Auflage, bearbeitet von Rudolf Welser, 13. neubearbeitete Auflage, Nachdruck, Mansche Verlags-und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2007, str. 365-370. V. i paragrafe 1318-1321 austrijskog Opšteg građanskog zakonika u: Codex des österreichischen Rechts, Herausgeber Werner *Dorald*, Bürgerliches Recht, 2009/10, 37. Auflage, Stand 1.10.2009. str. 136-137.

[24] Paragraf 1319 austrijskog Opšteg građanskog zakonika.

[25] Paragraf 1318 austrijskog Opšteg građanskog zakonika.

[26] V. *Welser*, op. cit., str. 366. V. i OGH (Oberstes Gerichtshoff Österreichs = Vrhovni sud Austrije), SC (Entscheindungen des österreichischen Obersten Gerichtshoffes in Zivilsachen = Zbirka odluka Vrhovnog suda Austrije i građanskopravnim stvarima) 51/116, OGH in: Juristiche Blätter 1989, 40.

civanja iz zgrade ili pada neke stvari sa zgrade ne podrazumeva se nužno ljudsko ponašanje.[27] Paragraf 1318 u sudskoj praksi se duže vreme tumači na način da se pod njega podvodi i slučaj *izbacivanja tečnosti* iz stana, pre svega vode. U ovom slučaju imalac stana odgovara nezavisno od svoje krivice, čak i onda ako je došlo do prekipljavanja, pretapanja vode u kadi, kao i kada je usled defekta zidova voda prodrla u susedni stan.[28]

Odgovornost za građevine austrijski Opšti građanski zakonik reguliše i u paragrafu 1319. Naime, ukoliko je usled *rušenja celine ili dela zgrade* ili građevinskog objekta došlo do prouzrokovanja štete, imalac zgrade je obavezan da štetu nadoknadi, ako je šteta nastala usled *manjkavosti u izgradnji* objekta i ako nije mogao dokazati da je učinio sve radi otklanjanja opasnosti primenom načela dužne *pažnje*. U ovom paragrafu se ustanovljava odgovornost imaoca objekta za štete koje nastaju rušenjem zgrade.[29] Pojam građevine se shvata veoma široko i pod njom se podrazumeva rezultat svake građevinske izgradnje.[30]

Izmene Zakonika u paragrafu 1319a predviđaju odgovornost *održavaoca puteva*. Održavalac puteva odgovara korisnicima za štetu, ako je zbog lošeg stanja puteva došlo do štete, ako se šteta može pripisati nameri ili gruboj nepažnji održavaoca ili njegovih zaposlenih.[31]

Postoje posebna pravila o odgovornosti i u partikularnim zakonima o odgovornosti za opasne stvari, pre svega *železničkih* ili *drumskih saobraćajnih sredstava*, propisanih Zakonom o građanskopravnoj odgovornosti u železničkom i drumskom saobraćaju iz 2002. godine. Osnov odgovornosti prema ovom zakonu je opasnost od nastanka štete (prema tome, u pitanju je objektivna odgovornost), a povod je saobraćajni *udes* izazvan stavljanjem u *pogon* ovih saobraćajnih sredstava. Odgovorno lice je privredno društvo koje stavlja u pogon saobraćajna sredstva, odnosno kod drumskog prevoza, imalac prevoznih sredstava.[32] Ovde spadaju i slučajevi odgovornosti predviđeni drugim partikularnim zakonima, kao što su Zakon o *vazdušnom* saobraćaju[33], Zakon o odgovornosti za *atomske štete*[34], Zakon o *gasnoj* privre-

---

[27] V. *Welser*, op. cit., str. 366.

[28] V. OGH in: Zeitschrift für Verkehrsrecht 1997/147, Juristiche Blätter 2002, str. 463, *Welser*, op. cit. str. 366.

[29] V. OGH in: Zeitschrift für Verkehrsrecht 1997/124; OGH in: Zeitschrift für Verkehrsrecht 1997/147.

[30] V. *Welser*, op. cit., str. 367.

[31] V. *Welser*, op. cit., str. 367-368.

[32] V. *Welser*, op. cit., str. 370-375.

[33] Bundesgesetzblatt 1957/253 I 2006/88

[34] Atomhaftungsgesetz, Bundesgesetzblatt 1998/170.

di, Zakon o *mineralnim sirovinama*,[35] Zakon o *genetskim tehnologijama,*[36] itd. Zajednička je osobina ovih zakona da predviđaju objektivnu odgovornost lica koje stavlja u pogon ova sredstva i obuhvataju uglavnom štete vezane za *smrt, telesno oštećenje* i *oštećenje zdravlja*. Na ove slučajeve se, u nedostatku posebnih pravila, analogno primenjuju *opšta pravila* obligacionog prava o odgovornosti za opasne stvari i opasna postrojenja.[37] Tu spadaju, svakako, i posebna zakonska pravila o *odgovornosti proizvođača* za štetna dejstva proizvoda sa nedostatkom.[38] Najzad, u domen odgovornosti za štetna dejstva stvari spada i odgovornost *držaoca životinja* koja je uređena *kodeksnim pravilom*, tj. paragrafom 1320 Opšteg Austrijskog građanskog zakonika. On predviđa da ako je nekoga povredila životinja za to je odgovorno lice koje je gaji ili koje je dužno čuvati. Lice koje drži životinju je odgovorno ako nije uspelo da dokaže da je pri čuvanju životinje pokazao potrebnu pažnju. Odgovorno lice je držalac životinje, tj. lice koje je obavezno na brigu i nadzor nad životinjom. To ne mora nužno da bude vlasnik životinje. Odgovornost imaoca životinje se isključuje ako uspešno dokaže da je prilikom čuvanja postupao sa dužnom pažnjom, pri čemu teret dokazivanja snosi tuženi imalac životinje.[39]

Još je krajem XVIII veka u svom komentaru ***bavarskog*** *građanskog zakonika, Freiherr*, deleći obligacije naveo da posle obligacije ex contractu (ugovorne obaveze) slede obligacije ex delicto (deliktne obligacije) pod kojima se podrazumevaju činjenice (factum) koje su protivne slobodnom razumu, zakonu i volji (oštećenog). Delikti (delicta) se dele na stvarne, prave (vera) ili neprave (quasi), javne ili privatne, sekularne ili verske, vojne i dr. Oni su pravi (delikti) ili nepravi (tj. kvazidelikti) po tome, da li se zasnivaju na namernoj (dolus) ili nehatnoj (culpa) krivici.[40]

Principijelne odredbe o odgovornosti za štetna dejstva stvari u ***nemačkom*** pravu nalaze se u paragrafima 833 (odgovornost držaoca za štetu od životinja), 834 (odgovornost čuvaoca životinje), 836 (od-

---

[35] Bundesgesetzblatt 1999/38.

[36] Gentechnickgesetz, Bundesgesetzblatt 1994/510.

[37] V. *Welser*, op. cit., str. 366-367.

[38] V. na primer, *Welser-Rabl*, Produkthaftungsgesetz Kommentar, Wien, 2004.

[39] V. *Welser*, op. cit., str. 370.

[40] Wigulaus Xaver Aloys *Freiherr* von *Kreittmayr*, in: Conpendium Codicis Bavarici (Reprint der Ausgabe von 1868), München 1990, cap XV, par. 1. Navedeno prema: Filippo *Ranieri* Europäisches Obligationenrecht, 2. erweiterte Auflage, Springer Wien New York, Wien, 2003, str. 541.

govornost za rušenje građevine), 837 (odgovornost imaoca zgrade) i 838 (odgovornost održavaoca zgrade) Nemačkog građanskog zakonika (BGB). U paragrafu 833 Zakonik propisuje da ako je *životinja*, prouzrokovala *telesnu povredu*, *smrt* ili oštetila neku *stvar*, onaj koji drži životinju je obavezan da oštećenom nadoknadi nastalu štetu. Obaveza naknade štete ne nastupa ako je šteta nastala od strane domaće životinje koja stoji u službi zaštite profesionalne delatnosti držaoca životinje, i ako je držalac posvetio dužni nadzor u saglasnosti sa pažnjom koja se zahteva u prometu ili ako bi do štete došlo i uz takvu pažnju. Paragraf 834, propisujući odgovornost *čuvara životinje*, određuje da onaj ko drži ili je preuzeo životinju radi nadzora je odgovoran za štetu koju je životinja prouzrokovala trećem licu, na način koji je propisan u paragrafu 833. Neće doći do odgovornosti, ako je prilikom obavljanja nadzora držalac životinje primenio pažnju koja se u prometu zahteva ili ako bi šteta nastala i pored takve pažnje. Paragraf 836 propisuje odgovornost za *rušenje zgrade*: (1) u slučaju rušenja neke zgrade ili druge građevine povezane sa zemljištem, ili kod rušenja dela zgrade ili druge građevine, ako bude povređen ili usmrćen čovek, odnosno povređeno telo ili zdravlje čoveka, ili je došlo do oštećenja neke stvari, imalac građevinskog zemljišta je obavezan, ukoliko je rušenje celine ili dela zgrade posledica *nedostataka u izgradnji* ili propustima u održavanju zgrade da oštećenom nadoknadi nastalu štetu. Odgovornost neće nastupiti ako je imalac u cilju otklanja opasnosti pokazao *pažnju* koja se u prometu zahteva. (2) *Raniji imalac građevinskog zemljišta* će odgovarati za štetu, ako je rušenje cele ili dela zgrade nastupilo unutar jedne godine nakon prestanka njegove državine, osim ako je za vreme trajanja njegove državine pokazao pažnju koja se u prometu zahteva ili ako je docniji imalac propustio dužnu pažnju da otkloni opasnost. (3) Pod *imaocem* u smislu ovih odredbi se podrazumeva svojinski držalac. U paragrafu 837 se predviđa *odgovornost imaoca zgrade*. Ako neko lice ima pravo na vršenje određenog prava na zgradi ili drugom objektu izgrađenom *na tuđem građevinskom zemljištu*, ono će *stupiti na mesto imaoca nepokretnosti*, odnosno građevinskog zemljišta, prema pravilima o odgovornosti iz paragrafa 836. Paragraf 838 predviđa odgovornost lica koja su zadužena za *održavanje* zgrada. Ko preuzme obavezu od imaoca da održava zgradu ili neki drugi objekat povezan sa građevinskim zemljištem, odgovoran je za štetu nastalu rušenjem cele ili dela zgrade, pod istim uslovima kao imalac.[41]

[41] V. na primer, Zivilrecht, Wirtschaftsrecht, Nomos Verlagsgesellscahft, 10. Auflage, Baden-Baden, 2001, str. 145-146.

Na osnovu ovoga možemo zaključiti da se odredbe nemačkog *Građanskog zakonika* o odgovornosti za dejstva stvari odnose na sledeće slučajeve: 1. Odgovornost za lične imovinske i neimovinske štete prouzrokovane od *životinja.* Tada odgovara imalac životinja, uprkos tome što držanje životinja nije zabranjeno, ali je odgovornost opravdana zbog toga što je držanje životinja u principu opasno.[42] 2. Odgovornost za štete od *rušenja građevina*. Osim slučajeva utvrđenih u zakoniku, nemačka literatura, na osnovu pravila *posebnog zakonodavstva* navodi i sledeće slučajeve odgovornosti za štete od dejstva stvari, regulisanih partikularnim zakonodavstvom. 3. Odgovornost zasnovana zakonima o *železničkom i drumskom saobraćaju* (počev od Reichhaftpflichtgesetz, od. 7. 6. 1871) za štete nastale u *javnom saobraćaju*, zbog uticaja motornih vozila u pokretu, za smrt i telesno oštećenje putnika. Obaveza naknade štete izostaje u slučaju više sile ili sopstvene krivice oštećenog. Odgovara preduzimač pogona, po principu objektivne odgovornosti.[43] 4. *Energetska odgovornost* – tj. odgovornost prenosioca električne energije[44] i imalaca atomskih postrojenja za proizvodnju električne energije za štete od atomskog zračenja povodom prouzrokovanja smrti ili oštećenja zdravlja. Odgovara imalac atomskog postrojenja ili prenosilac električne energije ili gasa za štete nastale usled smrti ili oštećenja zdravlja. Ekskulpacije (oslobođenja od odgovornosti) nema čak ni u slučaju više sile.[45] 5. Odgovornost za *štetno dejstvo voda i za uvođenje opasnih štetnih materijala u vode.*[46] U prvom slučaju odgovara imalac javnih voda i vodotoka, a u drugom uvodilac opasnih i štetnih materijala u vodu. Odgovornost je objektivna.[47] 6. Odgovornost za *štete od proizvoda*.[48] Odgovara *proizvođač, bez obzira na kri-*

---

[42] V. Wolfgang *Fikentscher*, Schuldrecht, sechste Auflage, Walter de Gruyter Berlin-New York, 1976, str. 682.

[43] V. *Fikentscher*, op. cit., str. 683.

[44] RGBl. (Reichsgesetzblatt) 1. 489, BGBl (Bundesgesetzblatt) I 814.

[45] V. *Fikentscher*, op. cit., str. 683. BGHZ 7 388.

[46] Zakon o vodama SR Nemačke, BGBl I 1110.

[47] V. V. *Fikentscher*, op. cit., str. 683.

[48] V. npr., *Bard,* Produkthaftung nach dem EG-Recht, 1989. *Honsel*, Produkthaftungsgesetz und allgemeine Deliktshaftung, Juristische Schulung, 1995, S. 211. *Lorenz*, Europäische Rechtsangleichung auf dem Gebiet der Produzentenhaftung, Zeitschrift für die gesammte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, 151, 1. *Taschner-Frietsch*, Produkthaftungsgesetz und EG-Produkthaftungsrichtlinie, 2. Auflage, 1990. *Jauernig, Schlechtriem, Stürner, Teichmann, Vollkommer,* BGB – Bürgerliches Gesetzbuch, 8. Auflage, Verlag C.H. Beck München, 1997, str. 897. Prema važećoj odredbi par. 823 BGB-a, ko namerno i nehatno protivpravno povredi život, telo, zdravlje, slobodu, imovinu ili neko posebno slično pravo, obavezan je da drugom nadoknadi iz toga nastalu štetu. Iz toga proističe i deliktna odgovornost proizvođača za stvari sa nedostatkom koji navedene vrednosti povređuje. V., *Prütting-Wegen-Weinreich*, BGB Kommentar, 2. Auflage, Luchterhand, 2007, str. 1575 i dr.

vicu zbog *nedostataka proizvoda* koji je oštetilo telo, zdravlje ili prouzrokovalo smrt.[49]

Dok su u nemačkom pravu kvazidelikti uređeni i u građanskom zakoniku i partikularnim zakonima, ***švajcarski Zakonik o obligacijama*** ovo pitanje, bar u klasičnom domenu odgovornosti za štete od dejstva stvari, kao i francuski *Code civil*, nije prepustio posebnom zakonodavstvu, već ga je sam regulisao. Zakonik obuhvata dva klasična slučaja odgovornosti za dejstva stvari, odgovornost za štete od dejstva životinja i odgovornost za štete od građevina. Prema čl. 56 Švajcarskog zakonika o obligacijama predviđa se *odgovornost držaoca životinja* za štetu tako da za štetu koju prouzrokuje životinja odgovara lice koje je drži (tj. imalac), ako ne dokaže da je životinju nadziralo sa svom pažnjom koju su okolnosti nalagale ili da bi šteta nastupila i pored njegove pažnje (stav 1). On zadržava pravo na naknadu onoga što je dao, ako je životinju nadražilo bilo neko treće lice, bilo životinja koja pripada nekom drugom licu (stav 2). Ranija redakcija ovog člana je sadržala i treći stav prema kojem kantonalni propisi regulišu odgovornost za štetu koju prouzrokuje divljač. Međutim, treći stav je ukinut članom 27 Zakona od 20. juna 1986. godine (RS 922.O).[50] U čl. 57. Zakonik predviđa pravo zadržavanja životinja. Naime, držalac zemljišta ima pravo da uhvati tuđe životinje koje prouzrokuju štetu na njegovom zemljištu i da ih zadrži kao zalogu za naknadu koja mu se duguje; on ima pravo i da ih ubije ako je to opravdano s obzirom na okolnosti.[51]

Komentarišući čl. 56 st. 1 poznati švajcarski autor Bruno fon Biren (*Bruno von Büren*)[52] ističe da Zakonik govori o držaocu (*Tierhalter*) životinje i na taj način kratkim izrazom označava odgovorno lice. (Napominjemo da u nemačkom jeziku „Halter“ ne znači držaoca u smislu srp-

---

[49] Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte, vom 15. Dezember 1989, izmene od 19. 4. 2006 (BGBl I S. 866, BGBl I S 2198). V. npr in: Bürgerliches Gesetzbuch, 63. Auflage, Beck Texte im dtv, München, 2006, str. 581-584.

[50] V. *Code des obligations*, Payot, Cancelerie federale, 2001, str. 14.

[51] V. *Švajcarski zakonik o obligacijama* od 30. marta 1911. godine sa izmenama i dopunama izvršenim do 1. januara 1976. godine, sa predgovorom prof. dr Mihaila *Konstantinovića*, Institut za uporedno pravo, Savremena administracija, Beograd, 1976, str. 24. Nemački tekst: *Obligationenrecht* vom 30. März 1911, Stand am 1. Januar 1984., herausgegeben von der Bundeskanzlei, 1984, str. 13-14. Francuski tekst: *Code des obligations*, Payot, Cancelerie federale, 2001, str. 14-15. Napominjemo da je od vremena donošenja, do danas, Zakonik je pretrpeo brojne izmene, a naročito u 1949, 1958, 1962, 1976,1982,1983,1984,1986, 1988, 1990, 1991, 1992, 1993, 1994, 1995, 1996, 1999, 2000, 2001 i 2002. godini, među kojima se nalaze i izmene odredaba o odgovornosti za štetu od dejstva stvari.

[52] V. Sweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Schulthess co, AG, Zürich, 1964, str. 249.

skog jezika, već označava ono lice koje se brine o životinji, koje je hrani.) Biren ukazuje da je izraz „*Halter*“ upotrebljen u zakonu u dva značenja, u smislu držaoca, vlasnika, kao i u značenju lica koje „vlada“ životinjom. Po pravilu, vlasnik je taj koji treba da vlada, ovladava životinjom, ali to nije uvek slučaj. Svojstvo držaoca može imati i zakupac, ostavoprimac ili prevozilac koji transportuje životinju.[53] I Biren i Oftinger navode, da ako se radi o više držalaca, onda oni odgovaraju solidarno pri čemu švajcarska vrhovna sudska praksa nalazi da naslednička zajednica za štetu prouzrokovanu dejstvom životinja odgovara solidarno.[54] Razlog odgovornosti ovih lica Biren nalazi u tome da ona raspolažu sredstvima za ovladavanjem životinjom, te snose odgovornost za štetu prouzrokovanu dejstvom životinja. Zakupac i prevozilac treba da znaju za svojstva životinja, te su dužni da o tome steknu potrebne informacije, savet i uputu. U slučaju promene držaoca treba proceniti ko dokle ima mogućnost uticaja na životinju, te da se odgovornost jasno razgraniči između ustupioca i prijemnika.[55] Razmatrajući obim odgovornosti, Biren ističe da se obaveza naknade štete po čl. 56 odnosi na sve životinje koje su efektivno držane. Predmetni obim odgovornosti proističe iz fakta držanja, a ne iz vrste životinja. Tu dolaze u obzir tradicionalno domaće životinje. Tu spadaju i pčele, i životinje koje slobodno žive u prirodi, koje ako su pod ljudskim nadzorom mogu povući ljudsku odgovornost. Ne smatra se „držanim“ životinjama divljač. U pogledu odgovornosti za njih postoje posebna pravila (Napomena: po ukinutom st. 3 ovo pitanje je trebalo da se uredi kantonalnim propisima). Govoreći o ostvarenju odgovornosti, odnosno mogućnosti isticanja prigovora, Biren nastavlja da držalac (imalac) odgovara za štetu prouzrokovanu dejstvom životinje. Pri tome je dovoljna neposredna uzročnost. Držalac psa odgovara ako životinja ujede prolaznika. Odgovornost postoji i onda ako pas nije fizički povredio prolaznika, već i onda kada se on od životinje uplašio, usled čega je došlo do telesnog oštećenja (to je indirektno prouzrokovanje štete dejstvom životinja).[56] Razlog odgovornosti držaoca životinje je u tome da se obezbedi zaštita od specifičnog reagovanja životinja. Nema odgovornosti kada je šteta, doduše, prouzrokovana od strane životi-

[53] Tako i Karl *Oftinger*, Schweizerisches Haftpflichtrecht, II/1, Polygrafische Verlag AG, Zürich, 1960, str. 197-208. Oftinger je dao jednu interesantnu opštu definiciju odgovornih lica, prema kojoj su držaoci lica oni subjekti koja su fizička lica i koja su u situaciji da maksimalnom pažnjom ovladaju životinjom. Op. cit., str. 197.

[54] V. Büren, op.cit., str. 249, Schweizerische Juristenzeitung, 33, s. 131.

[55] V. Büren, op.cit., str. 250.

[56] V. tako i Oftinger, II/1 str. 211. beleška 150.

nje, ali šteta ne proističe iz prirode tipičnog reagovanja životinje, već pre iz takvih činjeničnih okolnosti kod kojih dejstvo životinje čini samo pasivni deo uzročnog lanca.[57] Nadalje, imaoca ne oslobađa odgovornosti njegovo uobičajeno ponašanje, odnosno briga o životinji (budući da su nekada reagovanja životinja atipična).[58] Držalac životinje se oslobađa odgovornosti ako je radi negovanja i staranja nad životinjama zadužio pomoćno osoblje (na primer, čobanina, prevoznika i dr.). On, doduše, zadržava svojstvo držaoca, gajioca - pomoćno osoblje nema samostalnost preko njegovih uputstava, odnosno volje. Oštećeni se i dalje nalazi u odštetnom odnosu sa držaocem, imaocem, ali se on može osloboditi obaveze ako dokaže da je pomoćno osoblje učinilo sve što je potrebno za sprečavanje nastupanja štete prema merilima iz čl. 56. st. 1. Otklanjanje odgovornosti držaoca ili imaoca se može zasnovati i na prigovoru da šteta nije nastupila usled dejstva životinje, već je ona nastala usled nekog drugog razloga i da nema uzročne veze između dejstva životinje i štete.[59] Odgovornost držaoca životinje je kauzalna, ali u ublaženoj formi, te omogućava oslobađanje od odgovornosti, ako je imalac učinio sve da spreči štetu. Prilikom procene njegove odgovornosti sud treba da vodi računa o predvidljivosti i mogućnosti procene ponašanja životinje.[60]

Slično stanovište zastupa i Teo Gul (*Theo Guhl*).[61] Po njegovom mišljenju, odgovornost držaoca životinje je uređena na istim osnovama kao i odgovornost za zastupanje, tj. važe pravila o objektivnoj odgovornosti (Kausalhaftung) sa teretom dokazivanja tuženog u pogledu razloga oslobođenja od odgovornosti[62]. Kao i Biren, Gul i njegovi saradnici navode da se čl. 56. odnosi na sve vrste životinja koje mogu biti predmet staranja, a pre svega domaće životinje, a zatim i pčele, kao i zatvorene divlje životinje. Naprotiv, prema stanovištu sudske prakse, postoje životinje, kao što su miševi, i pacovi, na primer, koje se u smislu čl. 56 ne mogu držati. I po Gulu, za životinju je odgovoran njen držalac. Držalac je svako fizičko ili pravno lice koje je činjenično nosilac ovlašćenja raspolaganja i koje je

---

[57] V. Büren, op.cit., str. 250.

[58] V. Schweizerische Juristenzeitung, 53, s. 124, No. 66.

[59] V. Büren, op.cit. str. 251-252.

[60] V. Schweizerische Juristenzeitung, 53, s. 124, No. 66. V. i Oftinger, II/1 str. 125.

[61] V. Theo *Guhl*, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, berabeitet von Alfred Koller, Anton K. Schnyder, Jean Nicolas Druey, Schulthess, Zürich, 2000, str. 205-206.

[62] V. čl. 56 Švajcarskog ZO. BGE, 67, II, 26. /BGE=Bundesgerichtsentscheid, Amtliche Sammlung, der Entscheidungen des schweizerischen Budensgerichts (Lausanne) - Odluka Vrhovnog suda Švajcarske/.

obavezno na zahtevanu pažnju radi sprečavanja prouzrokovanja štete. Dolazi u obzir i držalac životinje u opštem interesu.[63]

Čl. 58 i 59 Zakonika uređuju odgovornost za štetu od *građevina*. Naime, po članu 58: (1) Sopstvenik zgrade ili svakog drugog postrojenja odgovara za štetu koja nastaje usled mana u konstrukciji ili zbog slabog održavanja. (2) On ima pravo da traži naknadu od lica koja su mu za to odgovorna. U čl. 59 Zakonika predviđaju se obavezne *mere obezbeđenja*: (1) lice kome preti šteta od tuđe građevine ili postrojenja ima pravo da zahteva od njihovog vlasnika da preduzme potrebne mere za otklanjanje opasnosti. (2) Ovim se ne dira u policijske propise koji se odnose na zaštitu lica i imovine. Komentarišući odredbe švajcarskog Zakonika o obligacijama propisanih povodom odgovornosti za štete od građevina, Gul utvrđuje da odgovornost za dejstvo izgrađenih objekata spada u red slučajeva kauzalne (objektivne) odgovornosti. Ta odgovornost stoji u vezi sa propisima stvarnog prava o odgovornosti sopstvenika za slučaj prekoračenja ovlašćenja u vršenju prava svojine,[64] posebno u susedsko-pravnim odnosima. Obe odgovornosti mogu biti međusobno konkurentne kada prekoračenja svojinskog prava (imisije) proističu iz nedostataka građevine ili objekta.[65] Prema stanovištu Gula i sudske prakse koju on navodi i javni građevinski objekti (na primer, ulice[66] i telefonski vodovi[67]), potpadaju pod privatnopravna pravila o odgovornosti za štete od građevina. Strožija odgovornost predviđena u čl. 58 Zakonika tereti vlasnika zgrade ili druge građevine. Pod pojmom zgrade se podrazumeva „trajna ili prolazna stabilna veza između zemljišta i građevine“.[68] Pod građevinom se smatra svako delo koje je rezultat ljudske delatnosti, ali se takvima ne smatraju zemljište, blokovi od kamena. Vode se ne smatraju građevinom, ali to one postaju obradom, preradom, odnosno modifikacijom. Smatraju se građevinama ulice i trgovi[69], ali ne i neizgrađena pešačka staza[70], prolazi[71], vodovi[72], groblja[73], korita potoka[74], bazeni za plivanje[75], delovi

[63] BGE 115 II 245.
[64] ZBG (Schweizerisches Zivilgesetzbuch), čl. 679.
[65] V. Guhl, op. cit., str. 207. t. 23, BGE 91 II 475, 111 II 436.
[66] BGE 108 II 185.
[67] BGE 112 II 230.
[68] BGE 106 II 2003, E. 2.
[69] BGE 102 II 343.
[70] BGE 91 II 283.
[71] BGE 103 II 240.
[72] V. Schweizerische Juristenzeitung, 1976, s. 360.
[73] BGE 91 II 484.

zgrade, kao što je kupatilo, patos, lift ili osvetljenje stepeništa.[76] Da bi došlo do odgovornosti imaoca objekta mora da je sam objekat, odnosno građevina bila uzrok štete. Mora da postoji neki telesni uticaj na objekat, u smislu da ima neki nedostatak i da je do štete došlo usled tog nedostatka. Neophodno je postojanje uzročne veze između nepravilne izgradnje objekta ili njegovog nepravilnog održavanja i štete. Teret dokazivanja nedostatka objekta ili nepravilnog održavanja snosi oštećeni koji traži naknadu štete.[77]

Novija švajcarska monografska literatura (npr. Heinrich *Honsell)* je takođe posvećena kako pravilima klasičnih instituta odgovornosti za dejstva stvari, tako pravilima modernih kvazidelikata.[78]

VI
ODGOVORNOST ZA ŠTETE OD DEJSTVA STVARI U PRAVU SRBIJE

Srpski građanski zakonik iz 1844. godine reguliše kvazideliktnu odgovornost, odnosno odgovornost za štete nastale usled dejstva stvari u paragrafima 813-817. Zakonik u ovom domenu samo delimično prati svoj uzor, pravila austrijskog Opšteg imovinskog zakonika i predviđa odgovornost za štete nastale padom ili bacanjem materijala iz zgrada i dejstvom životinja.

U paragrafu 813 SGZ predviđa da ko iz kuće, prozora, s tavana, ili inače nesmotreno baci ili izlije nešto, odgovaraće za štetu koju bi drugom s tim prouzrokovao. Ako se ne zna ko je štetnik, onda odgovara vlasnik kuće ili zakupac („Gospodar kuće ili kvartijar“).

---

[74] BGE 122 III 229.

[75] BGE 55 II 196.

[76] BGE 81 II 450, 88 II 417, 91 II 201, Guhl, op. cit. str. 207, t. 26.

[77] BGE 108 II 186, Guhl, op. cit. str. 207, t. 27.

[78] V. Heinrich *Honsell*, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 3. Auflage, Schulthess, Zürich, 2000. Među klasičnim pravilima o kvazideliktnoj odgovornosti autor naročitu pažnju posvećuje pravilima Zakonika o obligacijama o odgovornosti držaoca životinja (str. 144-146) i pravilima o odgovornosti vlasnika građevina (str.147-152). Od „modernih“ oblika građanskopravne odgovornosti autor razmatra odgovornost za štete nanete u saobraćaju motornih vozila zasnovanih na uzročnosti (Gefärdungshaftung) (str. 157-169); odgovornost proizvođača za štetu nastalu od proizvoda (Produkthaftung) (str. 166-183); odgovornost za štetu nastalu u lovu (Jagd) (str. 197); za štetu u železničkom saobraćaju (str. 186), za štetu nastalu usled dejstva električnih postrojenja (str. 187); od pada letelica (str. 187); odgovornost za štetu od dejstva atomskih postrojenja (str. 189-191); odgovornost za ekološke štete (str. 191-195) i odgovornost za štetu nastalu usled proizvodnje, deponovanja ili upotrebe otpadnog materijala (str. 196-197).

Paragraf 814 propisuje pravo svakog građanina da se obrati policijskim organima sa zahtevom da otklone opasnost od šteta od stvari koje su nameštene ili obešene na neku zgradu, te mogu lako pasti i time prouzrokovati štetu drugome. („Mogu lakše pasti ili drukčije koga osakatiti ili oštetiti"). Policija je obavezna da ovakve situacije izvidi i da otkloni postojanje opasnosti od štete. Ovo pravilo je preventivne prirode i ne sadrži odštetnopravni aspekt, kao što je to u ovom slučaju predviđeno u austrijskom Opštem građanskom zakoniku.

U paragrafu 815 Zakonika reguliše se odgovornost za štete od životinja u smislu telesne povrede fizičkog lica ili imovine. Odgovorno je lice koje je životinju nateralo, nadražilo ili prenebregao obavezu sprečavanja štete.

Paragraf 816, na dalje, propisuje da onaj koji je našao životinju u nekom štetnom dejstvu, može je „silom odbiti, ili isterati ili uhvatiti ili sagnati".

Paragraf 817 predviđa da životinja uhvaćena u šteti ostaje u zalozi za naknadu, „za koju je dužan onaj, čija je životinja, za osam dana učiniti." „Ako se ne poravnaju, dužni su stvar sudu javiti. Oštećeni nije dužan životinju iz zaloge izdati, dok mu se ili naknada ne učini, ili sigurnost dovoljna ne postavi." Sprski građanski zakonik je, prema tome, ustanovio pravo retencije na životinji dok imalac životinje ne nadoknadi štetu ili položi obezbeđenje.[79]

Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima profesora Mihaila Konstantinovića,[80] uglavnom na način kako je ovo pitanje uređeno u Švajcarskom zakoniku o obligacijama, u članovima od 141-145, u poglavlju o odgovornosti za opasne stvari predviđa dve vrste klasične odgovornosti za štetu od dejstva stvari: odgovornost za štetu od životinja[81] i odgovornost za štetu od građevina.[82]

U pogledu modernih oblika odgovornosti za štetu od dejstva stvari, profesor Konstantinović je predvideo *odgovornost proizvođača stvari sa nedostatkom*.[83] U tom pogledu Skica sadrži pravilo da „ko stavi u promet neku stvar koju je proizveo, a koja zbog nekog nedostatka, za koji on nije znao, predstavlja opasnost štete za lica ili stvari, odgovara za štetu koja bi

---

[79] V. Građanski zakonik Kraljevine Srbije, Zbirka zakona, Beograd, Izdavačka knjižarnica Gece Kona, 1927, str. 303.

[80] V. Mihailo *Konstantinović*, Obligacije i ugovori, Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima (u daljem tekstu: Skica), Beograd, 1969, str. 53.

[81] V. čl. 142-144 Skice.

[82] V. čl. 145 st. 1-4 Skice.

[83] V. čl. 141. Skice.

nastala usled nedostatka.“ Ova odredba Skice je u celini preneta u Zakon o odbligacionim odnosima (st. 1. čl. 179), s tim da je dopunjena još jednim stavom (st. 2. čl. 179), prema kojem „proizvođač odgovara i za opasna svojstva stvari ako nije preduzeo sve što je potrebno da štetu, koju je mogao predvideti, spreči putem upozorenja, bezbedne ambalaže ili drugom odgovarajućom merom.“

U pogledu odgovornosti za štetu od dejstva *životinja*, profesor Konstantinović je predvideo (1) da za štetu odgovara imalac životinje bilo da je životinja kod njega, bilo da je zalutala ili pobegla. Takođe, (2) imalac odgovara za štetu koju je uznemirena životinja prouzrokovala licu koje je dragovoljno pokušalo da je uhvati ili zadrži.

U odredbama u kojima se reguliše odgovornost kada je životinja *predata drugome*, Skica predviđa da „za štetu koju prouzrokuju životinje poverene na čuvanje ili staranje licima i ustanovama koje se bave primanjem životinje na čuvanje i staranje, kao što su veterinari, potkivači, krčmari, bolnice za životinje, odgovaraju ta lica i ustanove onako kako bi odgovarao imalac.“ Zatim je profesor Konstantinović u Skici predvideo da imalac koji je predao životinju drugome da se njome služi, ili na čuvanje ili staranje, dužan je skrenuti mu pažnju na mane životinje, ako ih ima, inače će odgovarati za štetu.

Profesor Konstantinović je predvideo i *založno pravo* u korist oštećenika na životinji koja je uhvaćena u šteti. Naime, držalac zemljišta ima pravo da uhvati tuđu životinju koja na njegovom zemljištu čini štetu i da je zadrži kao zalogu za naplatu naknade. On je dužan da bez odlaganja obavesti o šteti i zadržavanju imaoca životinje, a ako ne zna koje imalac onda skupštinu opštine.

U odredbama o odgovornosti za štetu od *građevina* Skica profesora Konstantinovića predviđa da (1)„imalac zgrade i svake druge građevine odgovoran je za štetu koju ona prouzrokuje svojim rušenjem ili padom nekog njenog dela, ili na koji drugi način. Nadalje, (2) on se oslobađa odgovornosti ako dokaže da se šteta dogodila usled više sile ili krivicom oštećenika. (3) Imalac ima pravo da traži naknadu od lica koja su kriva što se šteta dogodila. (4) Ove odredbe važe i za svojinskog držaoca.“

Zakon o obligacionim odnosima Republike Srbije ne reguliše odgovornost za štete od dejstva stvari. Svojevremeno je 1987. godine, po zaduženju tadašnjeg parlamenta, komisija na čelu sa profesorom Slobodanom Perovićem, sastavljena od profesora sa pravnih fakulteta u Srbiji i sudija Vrhovnog suda, uradila predlog Nacrta Zakona o obligacionim odnosima Republike Srbije, koji je obuhvatio onu materiju obligacionih odnosa, koja u to vreme nije bila uređena tadašnjim saveznim Zakonom o obligacionim odnosima, između ostalog, i materiju šteta od građevina,

kao i materiju šteta od životinja, uglavnom zasnovanu na odredbama Skice profesora Konstantinovića.

Izmene Zakona o obligacionim odnosima iz 1993. godine nisu uvele nedostajuće odredbe kojima bi se uredili odnosi povodom odgovornosti za štetu od dejstva stvari. Budući, da se već nekoliko godina, po zaduženju Narodne skupštine Republike Srbije, na čelu sa profesorom Perovićem radi na rekodifikaciji građanskog prava, uključiv i obligaciono pravo, može se očekivati da će se odredbe Zakona o obligacionim odnosima upotpuniti pravilima o odgovornosti za štetna dejstva stvari.

Što se tiče partikularnog zakonodavstva Republike Srbije, ova materija je delom uređena pre svega u ***Zakonu o lovstvu***[84], u pogledu odgovornosti za štetu od *divljači*. U sedmom poglavlju ovog zakona nalaze se odredbe o *sprečavanju šteta i o naknadi štete.* U čl. 53 Zakona o lovstvu je propisano da su *korisnici lovišta, odnosno vlasnici i korisnici zemljišta, voda i šuma*, na kojima se lovišta nalaze i površine van lovišta, na kojima se divljač nalazi dužni da preduzimaju *mere za sprečavanje šteta* koju divljač može da pričini imovini i ljudima. Prema čl. 54 istog Zakona, štetu koju pričini *lovostajem zaštićena divljač* nadoknađuje *korisnik lovišta*, pod uslovom da je oštećeni preduzeo propisane mere za sprečavanje štete od divljači. Nadalje, Zakon propisuje da štetu koju pričini divljač za koju je propisana *trajna zabrana lova* nadoknađuje *Republika*, pod uslovom da je oštećeni preduzeo propisane mere za sprečavanje šteta od divljači. Vlasnik ili korisnik zemljišta, voda i šume kome je pričinjena šteta od divljači dužan je da za naknadu štete korisniku lovišta, odnosno Ministarstvu podnese *odštetni zahtev* u roku od tri dana od saznanja za štetu, a najkasnije u roku od mesec dana od nastanka štete. Zakon propisuje da korisnik lovišta i vlasnik, odnosno korisnik zemljišta, voda i šuma, na kojima je lovište ustanovljeno, štetu utvrđuju *sporazumno*. U čl. 55 Zakona predviđeno je da za štetu pričinjenu vlasnicima, odnosno korisnicima zemljišta, voda i šuma, *prilikom lova lovaca* i njihovih pomagača odgovoran je *korisnik lovišta*. I najzad, po članu 56, građanin i pravno lice koje *lovi divljač suprotno Zakonu* ili na drugi način uništi divljač, uništava lovne i lovnotehničke objekte, oznake granica, ili na drugi način pričini štetu dužan je da *štetu naknadi korisniku lovišta*.

U praksi primene Zakona o lovstvu, sudovi zauzimaju stav da na osnovu čl. 53. st. 1 i čl. 54 postoji *podeljena odgovornost korisnika lovišta i vlasnika voćnog zasada* u neposrednoj blizini lovišta za naknadu štete

[84] V. Zakon o lovstvu, Službeni glasnik RS, br. 39/93, 44/93 – ispravka, 60/93-ispravka, 67/93 i 101/2005 – drugi zakon.

pričinjene od strane *lovostajem zaštićene divljači*, ukoliko mere vlasnika voćnog zasada za sprečavanje štete nisu bile dovoljne da spreče štetu.[85] U primeni istog člana (čl. 54. st. 1) sud utvrđuje solidarnu odgovornost oba lovišta, kada se one graniče sa parcelama tužioca, a za štetu od divljih svinja koji stalno žive u lovištima kojima gazduju tuženi. Prema činjeničnom stanju opisanom u obrazloženju presude, radilo se o štetnom dejstvu lovostajem zaštićene divljači. Iako za štetu pričinjenu od lovostajem zaštićene divljači u principu odgovara organizacija koja gazduje lovištem u kome je šteta pričinjena, u ovom slučaju je ustanovljena solidarna odgovornost više lovišta, pošto u konkretnom slučaju nije moglo da se utvrdi iz kog lovišta je divljač izašla, u kom broju i kada je šteta učinjena, a radilo se o lovištima koja se međusobno graniče i o tome da na oba terena stalno žive divlje svinje.[86]

VII
UMESTO ZAKLJUČKA

S obzirom na sadašnje stanje zakonodavstva, kodeksa i partikularnog, možemo konstatovati da u Republici Srbiji postoji pravna praznina u pogledu klasičnih (uobičajenih) pravila (u uporednom građanskom zakonodavstvu) o odgovornosti za štetna dejstva stvari, imajući u vidu da osim materije odgovornosti za štetu od divljih životinja, odgovornosti proizvođača za stvari sa nedostatkom,[87] ostali slučajevi kvazidelikata nisu uređeni. Doduše, sudska praksa Vrhovnog suda Republike Srbije je ovu praksu popunjavala pozivom na čl. 4. Zakona o nevažnosti propisa, pravilima Srpskog, odnosno Austrijskog građanskog zakonika.

Na osnovu prikaza i analize uporednog zakonodavstva, zaključujemo da osim klasičnih pravila (šteta od dejstva građevina i životinja), postoje brojna moderna pravila vezana za štete od dejstva stvari, kao što su štete od saobraćajnih sredstava, atomske štete (štete od jonizirajućih zračenja), štete od dalekovoda (električne energije, gasa itd.), štete od raznih imisija kao što su uvođenje opasnih i štetnih materija u vodotoke u vodu, odnosno u zemljište, i dr.

Štetne imisije su uređene čl. 5 Zakona o svojinskim odnosima (u pogledu tzv. susedskih imisija), odn. čl. 156 Zakona o obligacionim odnosi-

[85] V. Presudu Okružnog suda u Valjevu, Gž. 750 od 25.10.2007. g.

[86] V. Presudu Okružnog suda u Kraljevu, Gž.1049/2005 od 3. 8. 2005. godine.

[87] V. Zakon o odgovornosti proizvođača stvari sa nedostatkom, Službeni glasnik Republike Srbije, br. 101/2005.

ma za imisije sa faktičkim dejstvom preko susedskih nepokretnosti. Materija ispuštanja štetnih imisija u vodotoke i poljoprivredno zemljište je delimično uređena Zakon o vodama i Zakonom o poljoprivrednom zemljištu, kako u preventivnom smislu, npr., preko odredaba o katastru zagađivača i o vodoprivrednoj dozvoli, tako i u domenu odštetno pravne odgovornosti, kada je imisiona opasnost realizovana, u vidu nastale štete. Nedostaju potrebne zakonske odredbe koje bi sadržale intencionalna pravila EU kojima bi se regulisala prethodna ekološka analiza pri davanju dozvole za novog potencijalnog imitenta.

Ako se sagledaju uporedna i domaća pravila o odgovornosti za štetu od dejstava stvari, zajedničko im je što se novi oblici odgovornosti za štete od dejstva stvari, sa određenom rezervom, mogu kvalifikovati kao slučajevi objektivne odgovornosti imalaca ovih stvari ili postrojenja za štete nanete trećim licima. No ima i izuzetaka, kada se odgovara po osnovu krivice, tj. pravila o subjektivnoj odgovornosti, kao što je to slučaj kod odgovornosti za štete nastale u saobraćaju motornih vozila u pokretu. Takođe, od opštih pravila o objektivnoj odgovornosti, gde je kao i kod subjektivne odgovornosti dejstvo više sile razlog za isključenje odgovornosti, izuzetak čini tzv. apsolutna odgovornost, tj. kod koje nema oslobođenja od odgovornosti ni u slučaju ako je šteta nastala usled dejstva više sile. Ta vrsta odgovornosti je zastupljena u uporednom zakonodavstvu o odgovornosti za atomske štete. Pravilo je da se za štetu od dejstva stvari odgovara po (specijalnim) pravilima deliktne odgovornosti, ali se u uporedno pravnoj literaturi ne isključuje primena pravila o ugovornoj odgovornosti.

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

Liability for Harmful Effects of Things

– liability for tort and quasi-delict –

Abstract

In this paper, an attempt is made to differentiate between tort (delict) and quasi-delict, as well as between tort, on one hand, and force majeure (*vis maior*) and case (*casus*), on the other.

The purpose of the paper is to determine when there is a civil-law liability for harmful effects of objects and when there is not. In the case of an effect of (dangerous) objects without human interference, i.e. a possibility of prevention (force majeure), there is no civil-law liability. However, if there is a harmful effect of (dangerous) objects being in legally prescribed cases under a due human supervision, there is a civil-law liability of the object owner provided there is no preventive supervision.

Key words: tort, quasi-delict, force majeure, liability for damage caused by animals and other things under due human supervision.

Originalni naučni rad 342.7:341

Dr Rodoljub Etinski, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

IZJEDNAČAVANJE MEĐUNARODNE ZAŠTITE EKONOMSKIH, SOCIJALNIH I KULTURNIH PRAVA SA MEĐUNARODNOM ZAŠTITOM POLITIČKIH I GRAĐANSKIH PRAVA

***Sažetak*:** Generalna skupština UN je rezolucijom A/RES/63/117 od 10. decembra 2008. godine usvojila Opcioni protokol uz Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima iz 1966. godine, kojim se otvara mogućnost da se pojedinci obrate Komitetu za ekonomska, socijalna i kulturna prava individualnim predstavkama kada smatraju da im je država prekršila ova prava. Ovim će se, kada Protokol stupi na snagu, učiniti veliki korak u pravcu izjednačavanja međunarodnopravne zaštita ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava sa međunarodnopravnom zaštitom političkih i građanskih prava, na univerzalnom nivou.

Članom 6 Lisabonskog ugovora, koji je potpisan 13. decembra 2007. godine i koji je stupio na snagu 1. decembra 2009. godine, države članice Evropske unije daju Povelji Evropske unije o osnovnim slobodama, status konstitutivnog akta, dakle akta najviše pravne snage u pravu Evropske unije. Do tada Povelja ima karakter političkog akta od najveće važnosti ali bez pravne obaveznosti. Glava 4 Povelje, pod naslovom „Solidarnost“ kao i druga glava pod naslovom „Slobode“ uključuju ekonomska, socijalna i kulturna prava. Ovim se izjednačuje, dakle, zaštita političkih i građanskih prava sa zaštitom ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava u Evropskoj uniji.

Reč je o velikim i značajnim promenama. Prevazilazi se hladnoratovska podela građanskih i političkih prava, sa jedne strane, kojima se obezbeđuje relativno efikasna međunarodna zaštita i ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava, sa druge strane, koja su bila bez takve zaštite.

***Ključne reči*:** ekonomska, socijalna i kulturna prava, međunarodna zaštita

Definisanje ljudskih prava u kontekstu promena

Ljudska prava definišemo kao pravnu artikulaciju spremnosti društvene zajednice da zadovolji ili da stvori uslove za zadovoljavanje potreba, htenja, aspiracija svih pojedinaca pod jurisdikcijom te zajednice.[1] Pravna artikulacija se vrši definisanjem prava koja pripadaju pojedincima te odgovarajućih obaveze na strani države i obezbeđivanjem pravnih mehanizama za ostvarivanje tih prava.

Između dva svetska rata i, naročito, posle Drugog svetskog rata spremnost nacionalne zajednice da zadovolji individualne potrebe i htenja, kao i pravno izražavanje te spremnosti, prestaje da bude unutrašnja stvar države i postaje predmet angažovanja međunarodne zajednice. Međunarodna zajednica se angažuje u pravcu izgradnje minimalnih međunarodni standarda spremnosti države da zadovolji individualne potrebe i želje kao i u izgradnji međunarodnih mehanizama nadzora nad nacionalnom implementacijom i poštovanjem ovih minimalnih standarda.

Trinaesti deo Versajskog mirovnog ugovora iz 1919. godine je posvećen osnivanju Međunarodne organizacije rada. Razlog osivanja Organizacije je bilo uverenja da se univerzalni mir može ustanoviti jedino ako se zasniva na socijalnoj pravdi. Ovo uverenje je ostalo neizmenjeno do danas. Savet bezbednosti je 1992. godine konstatovao da „nevojni izvori nestabilnosti u ekonomskim, socijalnim, humanitarnim i ekološkim poljima su postali pretnje miru i bezbednosti.“[2]

U preambuli Trinaestog dela Versajskog ugovora je još rečeno da propust bilo koje nacije da usvoji humane uslove rada jeste prepreka na putu drugim nacijama da poboljšaju ove uslove u svojim zemljama. Zašto bi propust jedne nacije da to učini bio prepreka drugim nacijama da to učine? Odgovor se krije u činjenici postojanja svetskog tržišta. Socijalna zaštita uzrokuje trošak koji opterećuje cenu robe. Ukoliko jedna država ne obezbeđuje socijalnu zaštitu, kako to čine druge države, robe proizvedene u prvoj će biti jevtinije na svetskom tržištu od roba proizvedenih u

---

[1] Ovaj rad je pripremljen u okviru rada na projektu „Harmonizacija prava Republike Srbije i prava Evropske Unije – teorijskopravni, sociološkopravni, istorijskopravni, pozitivnopravni i ekonomski aspekti.“

[2] Statement by the President of the Security Council on behalf of the members of the Council, 31 Jan. **1992,** UN Doc. S/23500 (1992), at 3. Navedeno prema N.M. Blokker and R. A. Wessel, Updating International Organizations, International Organizations Law Review, 2005, 2, s. 2

drugim državama. To nije prihvatljivo sa stanovišta interesa nacionalnih ekonomija.

Pokušaju da se internacionalizuju građanska i politička prava u vreme Društva naroda nisu uspeli. To će biti učinjeno Poveljom Ujedinjenih nacija. Jedan od cilja osnivanja Organizacije ujedinjenih nacija, izložen u preambuli Povelje UN, jeste ponovna potvrda vere u osnovna ljudska prava, u dostojanstvo i vrednost ljudske ličnosti, u jednaka prava muškaraca i žena.... Jedan od ciljeva Organizacije, proklamovanom Poveljom UN, jeste postizanje međunarodne saradnje u unapređivanju i ohrabrivanju poštovanja ljudskih prava i osnovnih sloboda za sve bez razlike u pogledu rase, pola, jezika ili religije. Član 28 Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima, koju je usvojila Generalna skupština UN 1948. godine, postavlja jedan od ideala novog međunarodnog poretka: „svako je ovlašćen na socijalni i međunarodni poredak u kome sva ljudska prava mogu da budu potpuno ostvarena za sve, bez diskriminacije.“ [3] Ljudska prava postaju, dakle, stvar međunarodnog poretka koji treba da bude takav da omogući svima bez razlike jednako uživanje svih ljudskih prava.

Dalji razvoj je tekao na univerzalnom, globalnom planu i na regionalnim nivoima. Uspostavljeni su minimalni međunarodni standardi ljudskih prava, dakle neki minilni standardi spremnosti država ugovornica da udovolje individualnim potrebama i očekovanjima, minimalni međunarodni standardi pravne artikulacije ove spremnosti kao i izvestan međunarodni nadzor nad nacionalnim poštovanjem ovih standarda.

Razlike u pogledu zaštite dve generacije ljudskih prava

U vreme blokovske podele i globalnog ideološkog sukoba, pitanje odnosa dve generacije ljudskih prava, dakle ekonomskih, socijalnih i kulturnih, sa jedne strane, i građanskih i političkih, sa druge strane, je bilo politizovano i pristupalo mu se sa ekstremnih pozicija. Prema jednom ekstremnom gledištu ekonomska i socijalna praava su superiorna u vrednosnom smislu u odnosu na građanska i politička prava. Saglasno ovom gledištu, onima koji umiru od gladi ili koji su nepismeni sloboda govora ne znači mnogo. Pravo učešća u izborima ne znači ništa beskućnicima jer ovi nemaju adresu i ne mogu da budu upisani u biračke spiskove.

Suprotno ekstremno stanovište smatra da ekonomska i socijalna prava i ne čine uopšte neka stvarna prava. Ako bi se ona tretirala kao prava,

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

to bi značilo ugrožavanje slobodnog tržišta zbog opsežne intervencije države u privredu. Ona bi potkopala uživanje individualnih sloboda i degradirala građanska i politička prava.[4] Ljudskim pravima odgovaraju obaveze države. Svaka država može da izvrši svoje obaveze u pogledu građanskih i političkih prava. Zato, građanska i politička prava jesu stvarna prava. Međutim, da li svaka država može da obezbedi pojedincima pod njenom jurisdikcijom pravo na rad ili pravo na obrazovanje ili pravo na socijalnu zaštitu? Ako država ne može da ispuni svoje obaveze u tom pravcu, onda ta prava i nisu zaista prava.[5] Pored toga, definisanje socijalnih i ekonomskih prava je nedovoljno precizno te ona ne mogu da budu osnov za konkretan i precizan pravni zahtev.[6]

Saglasno ovoj drugoj poziciji, smatralo se da ekonomska i socijalna prava nisu pogodna za sudsku zaštitu. Ova pozicija nije određena samo ideološkim stavom već i nekada preovlađujućom koncepcijom ljudskih prava, čija suština je bila zaštita individualne slobode, odnosno zabrana da država dira u individualnu slobodu pojedinca. Prema toj koncepcije obaveze država u pogledu poštovanja ljudskih prava su određivane kao „negativne" obaveze, obaveze uzdržavanja od državnog intervenisanja u oblast ličnih sloboda. Tokom vremena ova koncepcija je značajno evoluirala u pravcu definisaanja „pozitivnih" obaveza države u cilju zaštite individualnih sloboda i prava. Evropski sud za ljudska prava tumači propise o pravima i slobodama, zaštićene Evropskom konvencijom, ne samo u pravcu obaveze države da sama ne povređuje ova prava i slobode već u pravcu obaveze da obezbedi uslove u kojima se zaštićena prava i slobode mogu neometano uživati.[7] Uzmimo, na primer, pravo na život, zaštićeno članom 2 Evropske konvencije: „Pravo na život svake osobe zaštićeno je zakonom. Niko ne može biti namerno lišen života..." Evropski sud za ljudska prava je derivirao iz ovog propisa obavezu države da preduzme sve mere kako bi spasla život pojedinca kome preti neposredna konkretna opasnost, odnosno da uspostavi zakonodavni i administrativni okvir kojim se obezbeđuje efektivno suprostavljanje svakoj pretnji protiv prava na život.[8] Pitanje je, dakle, da li pravo

---

[4] International Human Rights in Context, 3rd ed. by H.J. Steiner, Ph. Alston, R. Goodman, Oxford, 2008, str. 263

[5] R. Higgins, Problems and Process, International Law and How We Use It, Oxford, 2003, str. 99

[6] Ibid. str. 100

[7] Vidi A.R. Mowbray, The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights, Oxford, 2004

[8] *Osman v. the United Kingdom*, (App. No. no. 23452/94), Judgment of 28 October 1998, para 115, Öneryildiz v. Turkey, (App. no. 48939/99) , Judgment of 30 November 2004, para 89

na rad, na primer, implicira obavezu države da uspostavi zakonodavni i administrativni okvir kojim obezbeđuje efektivno uživanje ovog prava i da li bi izvršavanje ove obaveze spadalo pod sudsku kontrolu?

Na globalnom nivou je počeo proces novog, drugačijeg tretmana dve generacije ljudskih prava. Svetska konferencija o ljudskim pravima, održana u Beču 1993. godine, ističe da su sva prava univerzalna, nedeljiva i međuzavisna te da sva treba da budu tretirana jednako.[9] Komitet za ekonomska, socijalna i kulturna prava, osnovan Međunarodnim paktom kojim se štite ova prava, da bi kontrolisao implementaciju ovih prava u nacionalne pravne sisteme i poštovanje ovih prava od strane nacionalnih vlasti, razvio je koncepciju da ova prava impliciraju pozitivnu obavezu država ugovornica da učine sve kako bi obezbedile uživanje tih prava. Tako, pošto je razmotrio inicijalni izveštaj, koji je podnela Državna zajednica Srbija i Crna Gora na osnovu članova 16. i 17. Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, Komitet je svojim sugestijama i preporukama zatražio od Državne zajednice da obezbedi sudsku zaštitu ovih prava.[10] Ovaj proces izjednačavanja dve generacije ljudskih prava u pogledu njihove zaštite, odnosno obezbeđivanja sudske zaštite i ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima teče i na evropskom, regionalnom nivou. Već je rečeno da Povelja Evropske unije o osnovnim pravima obuhvata ekonomska, socijalna i kulturna prava, naročito u Četvrtom naslovu ali i u drugim naslovima te da Povlja postaje pravni akt najviše snage posle stupanja Lisabonskog ugovora na snagu, što znači da dobija sudsku zaštitu Suda Evropske unije. Sud Evropskih zajednica je, inače, već pružao izvesnu sudsku zaštitu nekim ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima.

---

[9] Svetska konferencija o ljudskim pravima, održana u Beču 1993. godine, u tački 5 Bečke deklaracije i programa akcije izražava ovaj stav: „*All human rights are universal, indivisible and interdependent and interrelated. The international community must treat human rights globally in a fair and equal manner, on the same footing, and with the same emphasis. While the significance of national and regional particularities and various historical, cultural and religious backgrounds must be borne in mind, it is the duty of States, regardless of their political, economic and cultural systems, to promote and protect all human rights and fundamental freedoms*."

[10] U paragrafu 38 sugestija i preporuka stoji: „*The Committee urges the State party to ensure that the provisions of the Covenant are given effect by its domestic courts and that legal and judicial training takes full account of the justiciable elements of all Covenant rights, as defined in the Committee's general comments, and promotes the use of the Covenant as a domestic source of law*".Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Consideration of Reports Submitted by State Parties under Articles 16 and 17 of the Covenant, Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Serbia and Montenegro, E/C.12/1/Add.108, 23 June 2005, http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/ 898586b1dc7b4043c1256a450044f331/ f02b19bdd9760fdac12570050047b157/$FILE/G0542562.pdf. Sajt posećen 2. februara 2009. godine.

Proces izjednačavanja dve generacije ljudskih prava u pogledu sudske zaštite, koji je počeo na globalnom i regionalnom nivou nije opšte prihvaćen. Protokolom, dodatim Lisabonskom ugovoru, Poljska i Ujedinjeno Kraljevstvo su izrazile rezerve prema Četvrtom naslovu Povelje Evropske unije o osnovnim pravima. Članom 1 Protokola je uskraćena nadležnost Suda Evropske unije kao i sudovima Poljske i Ujedinjenog Kraljevstva da kontrolišu da li su zakoni, podzakonski akti, administrativni propisi ili praksa Poljske ili Ujedinjenog Kraljevstva saglasni sa osnovnim pravima, potvrđenim ovim Naslovom. Dodato je, pored toga, da Četvrti naslov neće obezbediti sudsku zaštitu ekonomskih i socijalnih prava izvan one koja je već obezbeđena pravom Poljske i Ujedinjenog Kraljevstva.

Zanimljivo je da je Venecijanska komisija ostala pri starom shvatanju o nepogodnosti ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava za sudsku zaštitu. Venecijanska komisija u svom Mišljenju iz 2007. godine o novom Ustavu Srbije iz 2006. godine nalazi da je sadržaj ljudskih prava, koja su izložena u Drugom delu Ustava, saglasna sa evropskim standardima i u nekim aspektima ide čak izvan njih. Šta više, Venecijanska komisija primećuje da su „klasična“ prava praćena serijom osnovnih prava iz tzv. druge i treće generacije ljudskih prava, rangiranih od zdravstvene zaštite, socijalne zaštite, penzijskog osiguranja, prava na obrazovanje do prava na zdravu životnu sredinu kao i zaštitu potrošača. Ona primećuje, dalje, da Ustav čini implementacija ovih prava zavisnom od finansijskih sredstava koja odredi zakonodavstvo i da će poštovanje ovih prava biti podvrgnuto sudskoj kontroli. Venecijanska komisija, zatim, kaže: „*Ima malo iskustava u tom pogledu na evropskom nivou. Venecijanska komisija je u drugim prilikama izrazila zabrinutost da bi pozitivna socijalna i ekonomska prava mogla stvoriti nerealna očekivanja i zalagala se da se ona draftiraju kao aspiracije a ne kao prava koja bi mogla direktno da se implementiraju kroz sudske odluke.*“[11] Njihova direktna implementacija preko sudova

[11] Venecijanska komisija je našla: „*Part II fully covers all areas of 'classical' human rights. Their content is in line with European standards and goes in some respect even - beyond that. These classical rights are followed by a series of fundamental rights of the so-called second and third generation ranging from health care, social protection, social security, pension insurance, right to education to the right to healthy environment as well as protection of consumers (Articles 68 to 71, 74, 90). Their implementation will be dependent upon resources being provided by the legislature and will be subject to review by the courts. There is little experience in this respect at European level. The Venice Commission has on other occasions expressed the concern that positive social and economic rights might create unrealistic expectations and advocated drafting them as aspirations rather than rights that can be directly implemented through court decisions. To include such rights as fundamental rights in the Constitutions risks involving the courts in the evaluation of scarce resources and in infecting the whole section on fundamental rights with the character of a list of aspir-*

bi, po mišljenju Venecijanske komisije, donela rizik da se sudovi uključe u proces podele oskudnih resursa i imala bi za posledicu da drugim osnovnim pravima oduzme karakter prava koja se mogu prinudno izvršiti te da ih derogira na nivo aspiracija.[12] Razlozi Venecijanske komisije nisu ubedljivi. Ekonomska, socijalna i kulturna politika je u rukama vlade. Međutim, pitanje je da li vlada treba da ima potpunu slobodu u vođenju ovih politika te da uspeh vlade u vođenju ovih politika ocenjuju birači svake četvrte godine na izborima ili treba uspostaviti granice u vođenju ovih politika u obliku ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava i omogućiti sudovima da kontrolišu da li vlada, vodeći ove politike, poštuje ta prava. U Evropskoj uniji je preovlađujuće ovo drugo mišljenje, dakle da su ljudska prava limiti vođenja bilo koje politike i da su sudovi pozvani da ocenjuju da li se bilo koja politika vodi saglasno ljudskim pravima. Nejasan je, takođe, razlog prema kome da bi sudska zaštita ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava mogla da oduzme karakter prava onim pravima koja se mogu prinudno izvršiti te da ih derogira na nivo aspiracija. Kako bi to bilo moguće?

Opcioni protokol uz Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima

Delujući na preporuku Trećeg komiteta za socijalna, humanitarna i kulturna pitanja, Generalna skupština UN je jednoglasno usvojila Opcioni protokol uz Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pitanjima rezolucijom A/RES/63/117 od 10. decembra 2008. godine, koji je otvoren za potpisivanje 24. septembra 2009. godine. [13] Činjenica da je Protokol usvojen jednoglasno ima veliki značaj. Stupiće na snagu po proteku tri meseca od deponovanja desetog instrumenta o ratifikaciji. Protokolom je ustanovljena nadležnost Komiteta za ekonomska, socijalna i kulturna pitanja, koji ima sedište u Ženevi, za tri vrste postupaka: individualne pretstavke, državne predstavke i istragu. Njime se uređuju i druga pitanja, kao što su pružanje zaštite podnosiocu predstavke ili obezbeđivanje međunarodne pomoći i saradnje.

---

ations rather than enforceable rights. At the least these socio-economic rights should be qualified as 'subject to available resources'." European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Opinion on the Constitution of Serbia, adopted by the - Commission at its 70th plenary session, Venice, 18-18 March 2007, para 23.

[12] Ibid.

[13] Trideset država je potpisalo Protokol do 24. novembra 2009. godine. http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3-a&chapter=4&lang=en. Sajt posećen 24. novembra 2009. godine.

Preambula Protokola upućuje na relevantne odredbe iz Povelje UN i Univerzalne dekleracije o ljudskim pravima. Generalna skupština UN ponovo potvrđuje preambulom ovog Protokola stav o univerzalnosti, nedeljivosti, međuzavisnosti i povezanosti svih ljudskih prava i osnovnih sloboda. Ona podseća da se svaka država ugovornica obavezala da preduzme korake, pojedinačno ili putem međunarodne pomoći i saradnje, u cilju postepenog postizanja punog ostvarivanja prava priznatih Paktom svim odgovarajućim sredstvima, uključujući posebno usvajanje zakonodavnih mera.

Prvih devet članova je posvećeno postupku za individualne predstavke. Pojedinci ili grupe pojedinaca, koji tvrde da su žrtve kršenja bilo kog od ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava, utvrđenih Paktom, i koji su pod jurisdikcijom države ugovornice Protokola, stiču, na osnovu člana 2. Protokola pravo da podnesu predstavke (eng. „communications“) Komitetu za ekonomska, socijalna i kulturna prava. Predstavka može da se podnese i u ime pojedinaca ili grupa uz njihovu saglasnost, izuzev ako podnosilac može da opravda podnošenje predstavke bez saglasnosti onih u čije ime se ona podnosi.

Uslovi dopuštenosti su utvrđeni članom 3. Protokola. Potrebno je da se iskoriste svi raspoloživi domaći pravni lekovi, izuzev kada odlučivanje po pravnim lekovima nerazumno dugo traje. Rok za podnošenje predstavke je jedna godina po iskorišćenosti domaćih pravnih lekova, izuzev ako podnosilac predstavke pokaže da nije bilo moguće da podnese predstavku u tom roku. Nadležnost Komiteta *rationae temporis* je ograničena na činjenice koje su se dogodile posle stupanja Protokola na snagu za državu ugovornicu, ali obuhvata i činjenice nastale pre stupanja Protokola na snagu ako ove postoje i posle njegovog stupanja na snagu. Primenjeju se pravilo *ne bis in idem*. Ako je stvar već razmotrena od strane Komiteta ili je razmotrena u drugom međunarodnom istražnom postupku ili postupku rešavanja sporova, Komitet je neće razmatrati. Nadležnost Komiteta *rationae materiae* je ograničena na propise Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima. Komitet neće razmatrati predstavku koja je nespojiva sa propisima ovog Međunarodnog pakta. Komitet neće razmtarati predstavku koja je očigledno neosnovana, nije dovoljno ozbiljna (eng. „not sufficiently substantiated“) ili je potkrepljena jedino medijskim izveštajima. Konačno, Komitet neće razmatrati predstavku koja je anonimna, koja nije u propisanom obliku ili kojom se zloupotrebljava pravo na predstavku. Članom 4. Protokola, Komitet je ovlašćen da odbije da razmatra predstavku ako ona ne ukazuje da je autor pretrpeo jasnu nepovoljnost (eng.disadvantage), izuzev ako Komitet smatra da je predstavkom pokrenuto ozbiljno pitanje od opšteg značaja.

Član 5. Protokola je posvećen privremenim merama zaštite. U bilo kom momentu po prijemu predstvake a pre no što odluči o osnovanosti predstavke, Komitet može da prosledi zahtev za privremenim merama zaštite državi ugovornici na hitno razmatranje radi preduzimanja privremenih mera kako bi se izbegle nenadoknadive štete za podnosioca predstavke. Prosleđivanje ovog zahteva ne prejudicira odluku Komitetu u pogledu dopuštenosti i osnovanosti predstavke.

Sledeća četiri člana Protokola su posvećena postupku u vezi individualne predstavke. Komitet prosleđuje, saglasno članu 6. Protokola, predstavku državi ugovornici protiv koje je podneta, izuzev ako sam Komitet ne nađe da je predstavka nedopuštena. Država ugovornica dostavlja objašnjenja u vezi predmeta predstavke kao i obaveštenja o pravnom leku, koji država obezbeđuje, ako takav postoji. Do donošenja svoje odluke o osnovanosti predstavke, dobre usluge Komiteta su na usluzi stranama u sporu radi postizanja prijateljskog rešenja koje bi bilo u skladu sa Paktom. Postizanjem sporazuma o prijateljskom rešenju okončava se postupak pred Komitetom. Saglasno članu 8. Protokola, Komitet razmatra predstavke u svetlu dokumentacije kojom raspolaže. Ova dokumentacija uključuje ne samo dokumente koje su dostavile strane u sporu već, takođe, i dokumentaciju koja je pripremljena u telima Ujedinjenih nacija, specijalizovanih agencija, fondova, programa i mehanizama, drugih međunarodnih organizacija, uključujući regionalne mehanizme zaštite ljudskih prava. Komitet razmatra razumnost mera koje primenjuje vlada radi ostvarivanja obaveza utvrđenih u Drugom delu Pakta. Pri tome, Komitet, vodi računa o tome da država ugovornica može da koristi različite politike radi obezbeđivanja prava definisanih Paktom. Prva obaveza iz Drugog dela Pakta je obaveza države ugovornice da preduzme korake, individualno ili putem međunarodne pomoći i saradnje, naročito ekonomske i tehničke, do maksimuma raspoloživih sredstava, u cilju progresivnog postizanja potpunog ostvarivanja prava priznatih Paktom svim odgovarajućim sredstvima, uključujući posebno usvajanje legislativnih mera. Procedura postupanja po predstavci ima karakter poverljivosti. Pošto razmotri predstavku na opisan način, saglasno članu 9. Protokola, Komitet dostavlja svoje mišljenje (eng. views) o predstavci, zajedno sa eventualnim preporukama stranama u sporu. Država ugovornica je dužna da pažljivo razmotri mišljenje, zajedno sa preporukama, ako su one date, i da u roku od šest meseci prosledi pisani odgovor Komitetu, uključujući informaciju o bilo kojoj akciji koju je ugovornica preduzela u svetlu mišljenja i preporuka. Komitet može da traži druge informacije o merama ugovornice koja ova preduzima u odgovoru na mišljenje i preporuke kao i da ugovornica do-

stavi takve informacije u sledećim izveštajima koje podnosi periodično na osnovu članova 16. i 17. Pakta.

Protokolom je uspostavljena nadležnost za individualne predstavke kao obavezna nadležnost za sve države ugovornice Protokola. Nadležnosti u pogledu državnih predstavki ili u pogledu istraga su određene kao fakultativne nadležnosti, dakle država ugovornica Protokola prihvata ove nadležnosti posebnim izjavama. Član 10. Protokola uređuje postupak u vezi državnih predstavki. Saglasno ovom članu svaka država ugovornica Protokola može u bilo koje vreme da izjavi da priznaje nadležnost Komiteta da razmatra državne predstavke upućene protiv nje a koje podnosi država ugovornica koja je, takođe, prihvatila takvu nadležnost Komiteta. Komitet je nadležan da razmatra državnu predstavku jedino, dakle, ako su obe države ugovornice Protokola, ona koja podnosi predstavku i ona protiv koje se podnosi, prihvatile nadležnost Komiteta za individualne predstavke. Ako, dakle. neka od država ugovornica Protokola, koja je prihvatila ovu nadležnost, smatra da neka druga ugovornica Protokola, koja je prihvatila istu nadležnost, krši svoje obaveze na osnovu Pakta, ona može da joj se obrati tim povodom i može, takođe, da obavesti o tome Komitet. Prozvanoj ugovornici je ostavljen rok od tri meseca da odgovori na navode u pogledu kršenja obaveza ustanovljenih Paktom. Ako se u roku od šest meseci ne reši stvar između ove dve ugovornice, svaka od njih može da uputi predstavku Komitetu i drugoj strani ugovornici. Uslov dopuštenosti državne predstavke je, takođe, da su prethodno iskorišćeni svi domaći pravni lekovi, izuzev ako se nerazumno odugovlači rešavanje po njima. Pošto nađe da je predstavka dopuštena, Komitet stavlja na rapolaganje stranama u sporu svoje dobre usluge radi postizanja prijateljskog rešenja. Na sastanku bez prisustva javnosti Komitet razmatra spornu stvar, pribavivši pre toga potrebne informacije od država u sporu. Predstavnici strana u sporu mogu da prisustvuje sastanku Komiteta u vezi razmatranja sporne stvari te da usmeno ili u pisanom obliku iznesu svoje argumente. Postupak se završava izveštajem Komiteta. Ukoliko su strane u sporu postigle prijateljsko rešenje, kratak opis činjenica i to rešenje će biti sadržano u izveštaju Komiteta. Ako to nije bio slučaj, u izveštaju Komitet iznosi relevantne činjenice u vezi sporne stvari. Pisani podnesci strana i zapisnici usmenih izlaganja se pridodaju izveštaju. Komitet može, takođe, da dostavi samo državama u sporu mišljenje o spornom predmetu.

Prihvatanjem nadležnosti Komiteta u pogledu istraga, država ugovornica Protokola se obavezala članom 11 Protokola da sarađuje u istraživanju informacija u vezi teškog ili sistematskog kršenja bilo kog eko-

nomskog, socijalnog i kulturnog prava garantovanog Paktom. Dakle, ako Komitet primi pouzdanu informaciju o teškom ili sistematskom kršenju nekog od ovih prava, Komitet će pozvati državu ugovornicu Protokola na koju se informacija odnosi da sarađuje u istraživanju informacije i da dostavi svoj odgovor na takvu informaciju. Polazeći od odgovora države kao i drugih pouzdanih informacija, Komitet može da odredi jednog ili više članova da sprovedu istraživanje i da hitno izveste Komitet. Istraživanje može da uključi posetu teritorije države ako se država složi. Istraživanje će imati karakter poverljivosti i saradnja države će biti tražena u svim fazama postupka. Pošto ispita nalaze ovog istraživanja, Komitet će da prosledi dotičnoj državi ove nalaze zajedno sa komentarima i preporukama. Pošto primi ove nalaze, komentare i preporuke, dotična država će dostaviti Komitetu svoje viđenje stvari u roku od šest meseci. Pošto završi ovu proceduru i posle konsultacija sa dotičnom državom Komitet može da odluči da uključi sažetak rezultata istraživanja u svoj godušnji izveštaj. Saglasno članu 12 Komitet može, takođe, da pozove dotičnu državu da po isteku pomenutog roka od šest meseci izvesti o merama preduzetim u vezi rezultata istraživanja kao i da uključi u svoj periodičan izveštaj informacije o merama preduzetim u vezi rezultata istraživanja.

Ovim Opcionim protokolom su predviđeni međunarodni mehanizmi za kontrolu univerzalnih ljudskih prava, dakle mehanizmi koji postoje u pogledu kontrole političkih i građanskih prava, zabrane rasne diskriminacije ili zabrane mučenja, nečovečnog ili ponižavajućeg postupanja i kažnjavanja.

Međunarodna saradnja i pomoć

Sva ljudska prava uključuju neke međunarodne aspekte. Poštovanje svih ljudskih prava je uslov stabilnosti i prosperiteta svake zajednice, ona doprinose, takođe, očuvanju i unapređenju međunarodne stabilnosti i univerzalnog mira. Međutim, svaka generacija ljudskih prava uključuje i neke specifične međunarodne dimenzije. Na početku ovog teksta je ukazano na jedan međunarodni aspekt ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava. Sa obzirom da ova prava povlače izvestan nacionalni trošak koji utiče na konkurentnost roba na svetskom tržištu, nužno je da države čije robe se takmiče na svetskom tržištu usvoje minimalne standarde u pogledu ovih prava. To je bio jedan od razloga osnivanja Međunarodne organizacije rada. Postoji, međutim, druga strana povezanosti ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava sa međunarodnim odnosima. Kapacitet države da zadovolji ekonomska, socijalna i kulturna prava za-

visi u izvesnoj meri od pozicije države u međunarodnoj podeli rada, od pozicije države na svetskom tržištu, dakle od njene ekonomske uspešnosti, koja je određena, u izvesnoj meri, međunarodnim činiocima. U tom smislu države ugovornice Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima su obavezane članom 2 da preduzmu mere, pojedinačno i putem međunarodne pomoći i saradnje, naročito ekonomske i tehničke, da maksimalizuju svoje raspoložive resurse, radi progresivnog postizanja punog ostvarivanja ovih prava. Slična odredba je uneta u preambulu Protokola koji ovde razmatramo. Sasvim je jasna ideja da su međunarodna ekonomska i tehnička pomoć i saradnja važan način maksimilizacije sposobnosti države da odgovori svojim obavezama u pogledu ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava. Ova ideja korespondira sa jednim od posleratnih ideala međunarodne zajednice: izgradnjom međunarodnog poretka koji će omogućiti ostvarivanje svih ljudskih prava. „*Svako je ovlašćen na socijalni i međunarodni poredak u kome sva ljudska prava mogu da budu potpuno ostvarena za sve, bez diskriminacije*." [14] Ovakva odredba je uneta prvo u čl. 28 Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima, koju je usvojila Generalna skupština UN 1948. godine i koja čini kamen temeljac univerzalnih ljudskih prava.

Uprkos ovom idealu, ljudska prava su dugo posle Drugog svetskog rata na globalnom planu bila više predmet ideološkog sukobljavanja nego stvar o kojoj je međunarodna zajednica istinski brinula. Procesi tržišne i finansijske globalizacije i liberalizacije su se negativno odrazili na poštovanje ljudskih prava u nekim zemljama. U Rezoluciji o globalizaciji i njenom uticaju na puno uživanje svih ljudskih prava (A/RES/63/176), koju je usvojila Generalna skupština Ujedinjenih nacija na 70. plenarnom zasedanju, 18. decembra 2008. godine, konstatovano je da činjenica nejednake podele koristi i troškova globalizacije među zemljama pogađa uživanje ljudskih prava naročito u zemljama u razvoju. Učešće manje razvijenih država u programima međunarodnih finansijskih institucija uticalo je da ove države manje poštuju široki spektar različitih ljudskih prava.[15]

Opcioni protokol, koji je predmet ovog teksta, otvara mogućnost da zaštita ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava u državama članicama Pakta zaista postane predmet plodotvorne međunarodne saradnje. Sagla-

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

[15] M.R. Abouharb, D.L. Cingranelli, IMF programs and human rights, 1981–2003, Review of International Organizations (2009) 4, 48

sno članu 14 Protokola, Komitet je ovlašćen da dostavi, ako se sa tim slaže dotična država ugovornica, specijalizovanim agencijama Ujedinjenih nacija, fondovima i programima svoja mišljenja ili preporuke u vezi razmatranih individualnih predstavki i istraživanja koja ukazuju na potrebu za tehničkim savetima i pomoći. On će dostaviti i odgovarajuće stavove i sugestije dotične države. U tom kontekstu Komitet će dostaviti ovim međunarodnim telima bilo koju stvar koja im može pomoći da odluče o međunarodnim merama koje bi pomogle državama ugovornicama da napreduju u stvaranju uslova za ostvarivanje ovih prava. Stavom 3 istog člana je predviđeno da će Generalna skupština UN osnovati fond u cilju obezbeđivanja ekspertske i tehničke pomoći državama ugovornicama u izgradnji nacionalnih kapaciteta u oblasti ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava.

Član 14 Protokola otvara vrata za izgradnju odgovarajućeg međunarodnog reagovanja na činjenicu da, u svetlu rastuće međuzavisnosti, globalizacije i liberalizacije tržišta, vlada nije isključivo odgovorna za stanje ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava u državi te da deo odgovornosti leži na međunarodnoj zajednici. Ovim članom se stvara mogućnost da se uzme mnogo više u razmatranje stanje ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava u pojedinim zemljama, kada se u specijalizovanim agencijama UN, u Svetskoj trgovinskoj organizaciji ili u međunarodnim fondovima i programima odličuje o međunarodnoj finansijskoj, trgovinskoj ili kulturnoj saradnji. Ovim Protokolom čini se značajan korak u pravcu izgradnje međunarodnog poretka koji će obezbediti svima jednako i puno uživanje svih ljudskih prava.

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

Equalization of International Protection of Economic, Social and Cultural Rights with International Protection of Civil and Political Rights

Abstract

Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, adopted by the General Assembly's resolution A/RES/63/117, on 10 December 2008, which is open for signature since 24 September 2009, equalizes international mechanisms for protection of economic, social and cultural rights with international mechanisms for protection of civil and political rights. It means that the Protocol establishes competences of the Committee on the Economic, Social and Cultural Rights to consider individual communications, state communications and to pursue enquire.

Equally important is that the Protocol opens the door for searching adequate international response to the fact that, in the world of globalization of markets and finance, governments are not exclusive responsible for the state of economic, social and cultural rights in their countries. A part of responsibility is on the international community. The Protocol is the important step towards building the international order which will provide full enjoyment of all human rights to all individuals elsewhere, without discrimination.

Key words: economic, social, and cultural rights; international law protection

Originalni naučni rad 331.526(4:497.11)

Dr Predrag Jovanović, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

PITANJE VIŠKA ZAPOSLENIH U MEĐUNARODNOM I NAŠEM PRAVU

Sažetak: *Pitanje viška zaposlenih je danas naročito aktuelno, s obzirom na procese svojinskih i statusnih promena poslodavaca, tranzicije, otežanih finansijskih uslova poslovanja itd. U radu se izdvajaju najvažniji međunarodni, evropski i domaći pravni okviri tretiranja pitanja viška zaposlenih. U tom kontekstu, zaključak je da je naše pravo u zadovoljavajućoj meri harmonizovano sa odgovarajućim standardima međunarodnog i evropskog prava. Ali, u praksi kao i u daljoj pravnoj dogradnji ovog pitanja, sugestija je da se pored uvažavanja zahteva o intersnoj ravnoteži poslodavaca i zaposlenih, sa istom pažnjom vodi računa i o principu socijalne pravde (problem brze socijalne polarizacije), jer teret aktuelnih tranzicionih promena mora biti ravnomerno raspoređen.*

Ključne reči: *Višak zaposlenih, organizacija rada, promene u radu, program promena, program viška zaposlenih, mere u vezi viškova, međunarodno pravo, evropsko pravo, domaće pravo*

I UVOD

Produktivnost u procesu rada zavisi od tehničko-tehnoloških, organizacionih i ljudskih potencijala. Ovi potencijali stoje u komplementarnom odnosu i sadejstvu. Treba dodati i činjenicu da je produktivnost rada i umnožavanje kapitala vrlo jak lični interes poslodavca i njegov osnovni motiv zasnivanja radnih odnosa sa zaposlenima. Prema tome, onog trenutka kada izostane očekivana produktivnost, poslodavac ima legitimno pravo da menja odnos i kombinaciju navedenih faktora proizvodnje. U

tom smislu i viškovi zaposlenih su prirodna posledica organizacije rada i kombinacije faktora proizvodnje, saglasno tržišnim principima rada i poslovanja, kako bi se izbegla, u krajnjoj liniji, insolventnost poslodavca, ili kako bi se povećala njegova konkurentska sposobnost. U vezi sa ovim, poslodavac može da pribegne čak i kolektivnom otpuštanju zaposlenih. Međutim, to ne znači da viškovi zaposlenih ostaju bez ikakvih prava i socijalne zaštite.

Istorijski posmatrano, tehničko-tehnološki elementi u radu su oduvek imali prednost u oblikovanju i organizaciji rada nad ljudskim potencijalom (random snagom). Radna snaga je bila, a to je i danas, jeftiniji i prilagodljiviji elemenat proizvodnog procesa od tehničko-tehnoloških i ekonomskih elemenata. Zato se i dešava da se oblikovanje i organizacija rada prvenstveno vezuju za ekonomske i tehničko-tehnološke elemente (interesi kapitala), a manje za poziciju radne snage (zaposlenih). Logična posledica ovakvog pristupa jeste višak zaposlenih. Onog trenutka kada izostane uspeh sa odgovarajućom organizacijom, tehnologijom i mehanizacijom, tada se ona u pravilu napušta, ali se napuštaju i zaposleni koji su za nju vezani. Međutim, treba imati u vidu da organizacione i tehničko-tehnološke promene u procesu rada ne utiču samo na pojavu viškova zaposlenih, već i na stvaranje slobodnog prostora za radon angažovanje ljudi sa odgovarajućim stručnim i radnim sposobnostima. Time se u prvi plan nameće pitanje organizacije rada.

Često od samog modela oblikovanja i organizacije rada i njene upodobljenosti tehničko-tehnološkom, ekonomskom i ljudskom supstratu procesa rada zavisi odgovor na pitanje da li u preduzeću postoji višak zaposlenih ili ne. Moguć je, zapravo, višak radne snage ne zbog potreba procesa rada, već zbog neadekvatne organizacije rada. Prema tome, ekonomski, tehničko-tehnološki i ljudski potencijali rada su komplementarni elementi ostvarivanja ciljeva preduzeća. Kao što je naznačeno napred, tek ukoliko u međusobnoj prilagodljivosti i sadejstvu, pri ostvarivanju ciljeva preduzeća, navedeni elementi rezultiraju viškom radne snage, onda i sam višak radne snage ima svog smisla.

II PRAVNI OKVIRI REGULISANJA VIŠKOVA ZAPOSLENIH

1. Međunarodno i evropsko pravo

Pitanje viškova zaposlenih i njihov radnopravni položaj regulisan je, u duhu ideje socijalne pravde, ***u međunarodnom i regionalnom*** radnom pravu.

Srbiju obavezuje Konvencija ***MOR-a*** br.158 o prestanku radnog odnosa na inicijativu poslodavca iz 1982. godine.[1] Prema ovoj Konvenciji, opravdanim osnovom za prestanak radnog odnosa smatraju se i razlozi koji su vezani za operativne potrebe i radne zahteve procesa rada kod poslodavca. Prema čl. 13. Konvencije, poslodavac koji namerava da pribegne kolektivnom otpuštanju zaposlenih, dužan je da blagovremeno pruži odgovarajuće informacije radničkim predstavnicima i da ih konsultuje u vezi sa tim. Informisanje i konsultovanje predstavnika zaposlenih tiče se:

(a) razloga za iskazivanje viškova zaposlenih;

(b) broja i kategorija zaposlenih kojima će prestati radni odnos;

(c) roka u kome će doći do kolektivnog otpuštanja;

(d) mera koje treba preduzeti da bi se sprečio ili umanjio višak zaposlenih, odnosno da bi se ublažile posledice kolektivnog otpuštanja.

Srbija je ugradila navedena i druga pravila iz pomenute Konvencije u svoje unutrašnje pravo, što će se videti iz izlaganja koja slede.

U evropskom komunitarnom pravu nekoliko dokumenata tangira pitanje viškova zaposlenih i kolektivnog otpuštanja. Iako ovi dokumenti ne obavezuju Srbiju, o njima se mora voditi računa u procesu harmonizacije prava Srbije i prava EU.

Najpre, u Povelji Zajednice o osnovnim socijalnim pravima zaposlenih, usvojenoj u Strazburu decembra 1989. godine (tačka 7.), sadržan je princip o poboljšanju položaja zaposlenih u postupku kolektivnog otpuštanja. Takođe, Povelja o osnovnim pravima EU iz 2000. godine (Povelja iz Nice, čl.30.) govori o zaštiti zaposlenih od neopravdanog otkaza, saglasno komunitarnom pravu. Ovim dokumentima se socijalno-ekonomska prava zaposlenih, te i prava u vezi kolektivnih otpuštanja, dižu na «viši nivo» i izjednačavaju sa klasičnim građanskim i političkim pravima.[2]

Nekoliko direktiva komunitarnog prava direktno tangira pitanje kolektivnog otpuštanja. Prva direktiva koja je donesena u vezi sa ovim pitanjem jeste Direktiva br.75/129, od 17. 2. 1975,[3] koja je usmerena u prav-

---

[1] „Službeni list SFRJ“, br.4/1984.

[2] Povelja iz Strazbura i Povelja iz Nice konačno su obezbedile pravni okvir za jedinstveno tretiranje socijalno-ekonomskih prava i građanskih i političkih prava, (Tamara K. Hervey and Jeff Kenner, ed. Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights-A Legal Perspective, Oxford-Portland Oregon, 2003, str. VII.). Drugim rečima, ovi dokumenti simboliziraju pobedu u borbi za izjednačavanje socijalno-ekonomskih prava sa «klasičnim» ljudskim pravima, sa «prvom generacijom» ljudskih prava – građanskim i političkim, na čemu se temelji i Ustav EU, (Steve Peers and Angela Ward, The European Union Charter of Fundamental Rights, Oxford and Portland Oregon, 2004, str.213.).

[3] Official Journal, 1975 L 48/29

cu realizacije Socijalnog akcionog programa za period 1974. – 1976. U primeni ove Direktive stečena su odgovarajuća iskustva, koja su kasnije ugrađena u Direktivu br.92/56, od 24. 06. 1992,[4] sa namerom da se ublaže posledice sve jačih procesa internacionalizacije privrednih društava.[5] Obaveze predviđene Direktivom 92/56 vezane su za «zavisno društvo» ukoliko se dogodi da odluke o reorganizaciji i kolektivnom otpuštanju donose poslodavci iz različitih zemalja, koje ne moraju uvek biti članice EU, a kako bi se izbegao problem eksteritorijalnosti.[6] Naime, poslodavac uvek ima obavezu da konsultuje predstavnike zaposlenih u vezi kolektivnih otpuštanja, nazavisno od toga da li je odluku o otpuštanju doneo on sam ili je odluku donelo društvo koje njega kontroliše («vladajuće društvo», «društvo majka»). Šta više, Direktiva 92/56 ne samo što predviđa obavezu informisanja i konusltovanja predstavnika zaposlenih u vezi kolektivnog otpuštanja, već se poslodavac i predstavnici zaposlenih usmeravaju ka pregovaranju i zauzimanju zajedničkih stavova u vezi sa tim.[7] Osnovna obaveza poslodavca jeste u tome da dostavi predstavnicima zaposlenih, pismenim putem, sledeće:

1) razloge za kolektivno otpuštanje;

2) broj i klasifikacija zaposlenih koji će biti otpušteni (po stručnoj spremi, starosti, polu);

3) način selekcije zaposlenih koji će biti otpušteni;

4) način otpuštanja i vreme kada će otpuštanje biti izvršeno;

5) način izračunavanja novčanih naknada koje će biti isplaćene onima koji su otpušteni. U vezi sa ovim pitanjima poslodavac mora da pokaže ozbiljnu nameru da sa predstavnicima zaposlenih zauzme zajedničke stavove, iako ti stavovi ne moraju biti zauzeti.

Konačni pravni okvir za harmonizaciju nacionalnih zakonodavstava u vezi kolektivnih otpuštanja daje Direktiva br. 98/59, od 26.06.1998. godine,[8] čijim donošenjem prethodne dve direktive gube na značaju. Ova Direktiva daje elemente na osnovu kojih se može utvrditi šta se smatra kolektivnim otpuštanjem. Dato je više alternativnih elemenata, ali važno je primetiti da svi ti elementi podrazumevaju dve činjenice:

---

[4] Official Journal, 1992 L 245/3

[5] James Hanlon, European Community Law, „Sweet & Maxwell“, London, 2003, str.288

[6] Roger Blanpain, Labour Law and Industrial relations of theEuropean Community, Kliwer Law International, The Hague, 1991, str. 150. i dalje.

[7] Richard W. Painter, Ann M. Holmes, Stephen D. Midgal, Cases and Materials on Employment Law, Blackstone Press Limited, Great Britain, 1996, str.525.

[8] Official Journal, 1998, L 225/16.

(a) procenat ili broj zaposlenih koji se otpuštaju; i

(b) razlozi otpuštanja ne tiču se zaposlenih, tj. njihovih radnih sposobnosti ili njihovog ponašanja.

Srbija je u najvećoj meri prilagodila svoje zakonodavstvo standardima sadržanim u navedenim direktivama EU.

2. Domaće pravo

2.1. Program i mere rešavanja viška zaposlenih

Shodno Zakonu o radu Srbije ("Sl.gl.RS", br.24/2005; 61/05; 54/09, čl.153.), ako usled potreba procesa rada koje mogu biti vezane za tehnološke, ekonomske ili organizacione promene, dođe do prestanka potrebe za radom zaposlenih, tada su *neki* poslodavci dužni da sačine ***program*** rešavanja viškova zaposlenih koji će biti iskazani povodom tih promena. Međutim, ovi poslodavci, iako to nije izričito predviđeno zakonom, *treba* da sačine i ***program ili elaborat promena*** usled kojih dolazi do prestanka potrebe za radom zaposlenih, kako bi se mogla uočiti uzročno-posledična veza između tih promena i viškova zaposlenih.

U smislu Zakona o radu (čl.153.), kao višak zaposlenih mogu se pojaviti samo zaposleni na ***neodređeno vreme.***

Obavezu donošenja programa rešavanja viškova zaposlenih imaju ***dve grupe*** poslodavaca.

U prvu grupu spadaju oni poslodavci kod kojih će *u periodu od 30 dana* doći do prestanka potrebe za radom određenog broja zaposlenih koji su u radnom odnosu na *neodređeno vreme*, i to:

1) ako dođe do prestanaka potrebe za radom 10 zaposlenih kod poslodavca koji ima u radnom odnosu 20, a manje od 100 zaposlenih na neodređeno vreme;

2) ako dođe do prestanka potrebe za radom 10% zaposlenih kod poslodavca koji ima u radnom odnosu najmanje 100, a najviše 300 zaposlenih na neodređeno vreme;

3) ako prestane potreba za radom 30 zaposlenih kod poslodavca koji ima u radnom odnosu preko 300 zaposlenih na neodređeno vreme.

U drugu grupu spadaju poslodavci koji utvrde (usled gore navedenih promena i potreba procesa rada):

1) da će doći do prestanka potrebe za radom najmanje 20 zaposlenih; a

2) *u okviru perioda od 90 dana*, bez obzira na ukupan broj zaposlenih.

Poslodavci koji su u obavezi da donesu program rešavanja viškova zaposlenih, dužni su takođe da, pre donošenja programa, u saradnji sa reprezentativnim sindikatom, obrazovanim kod njih, i republičkom organi-

zacijom nadležnom za zapošljavanje[9], preduzmu odgovarajuće mere za novo zapošljavanje viškova zaposlenih.

Program rešavanja viškova zaposlenih, kod poslodavca, donosi upravni odbor, a ukoliko ovaj organ nije obrazovan program donosi direktor. Kod poslodavaca koji posluju kao preduzetnici (bez svojstva pravnog lica), program donosi sam poslodavac – preduzetnik kao fizičko lice[10].

U svakom slučaju, program za rešavanje viška zaposlenih treba naročito da sadrži:

1) razloge prestanka potrebe za radom zaposlenih;

2) ukupan broj zaposlenih kod poslodavca (misli se na zaposlene na neodređeno vreme);

3) broj, kvalifikacionu strukturu, godine starosti i staž osiguranja zaposlenih koji su višak i poslove koje obavljaju;

4) dopuštene kriterijume za utvrđivanje viška zaposlenih (dopušteni kriterijumi - uspešnost u radu, imovno stanje, dužina rada kod poslodavca itd, nedopušteni kriterijumi – odsustvovanje sa rada zbog privremene sprečenosti za rad, trudnoća, porodiljsko odsustvo, nega deteta i posebna nega deteta);[11]

5) mere za zapošljavanje (premeštaj na druge poslove, rad kod drugog poslodavca, prekvalifikacija ili dokvalifikacija, rad najmanje sa polovinom punog radnog vremena i druge mere)[12];

6) sredstva za rešavanje socijalno-ekonomskog položaja viška zaposlenih (sredstva obezbeđuju iz budžeta nadležni organi Republike, teritorijalne autonomije i samouprave, Nacionalna služba za zapošljavanje i sam poslodavac);

7) rok u kome će biti otkazan ugovor o radu.

U postupku donošenja programa rešavanja viškova zaposlenih, predlog tog programa poslodavac je dužan da dostavi reprezentativnom sindika-

---

[9] Republička organizacija nadležna za zapošljavanje je Nacionalna služba za zapošljavanje tj. nadležna filijala ove Službe prema sedištu poslodavca.

[10] U vezi sa programima za rešavanje viškova zaposlenih treba imati u vidu, pored Zakona o radu, još i sledeće dokumente: Opšti kolektivni ugovor, „Sl.gl.RS“ br. 50/08; 104/08; 8/09; Odluku o utvrđivanju programa za rešavanje viška zaposlenih u procesu racionalizacije, restruktuiranja i pripreme za privatizaciju, „Skl.gl.RS“, br.64/05; 89/06;85/08; Program za rešavanje viška zaposlenih u procesu racionalizacije, restruktuiranja i pripreme za privatizaciju, „Sl.g.RS“, 64/05; 89/06; i Uputstvo o bližim kriterijumima za pripremu programa za rešavanje viška zaposlenih, „Sl.gl.RS“, br.89/05.

[11] Preciznije o kriterijumima za utvrđivanje viška zaposlenih i o redosledu njihovog primenjivanja, govori se u Opštem kolektivnom ugovoru (čl.39. – 41.).

[12] Ukoliko zaposleni odbije neku od ponuđenih mera za zapošljavanje, poslodavac mu može dati otkaz ugovora o radu.

tu, obrazovanom kod tog poslodavca, kao i nadležnoj filijali Nacionalne službe za zapošljavanje. Rok za dostavljanje predloga programa je najkasnije osam dana od dana njegovog utvrđivanja. Svrha dostavljanja predloga programa jeste u pribavljanju mišljenja, predloga i sugestija od strane navedenog sindikata i službe za zapošljavanje. Služba za zapošljavanje i sindikat su dužni da u roku od 15 dana od dana dostavljanja predloga programa dostave svoje mišljenje, predloge i sugestije, a služba je u posebnoj obavezi da dostavi i predlog mera u cilju da se spreči ili na najmanju moguću meru smanji broj otkaza ugovora o radu, odnosno obezbedi prekvalifikacija, dokvalifikacija, samozapošljavanje i druge mere za novo zapošljavanje viška zaposlenih. Navedene mere su inače deo aktivnosti kojima se bavi Nacionalna služba za zapošljavanje, odnosno njene filijale.

Poslodavac je dužan da dostavljena mišljenja, sugestije i predloge razmotri i uzme u obzir, te da sindikat i službu za zapošljavanje obavesti o svom stavu u roku od osam dana od dana prijema datih mišljenja i predloga.

Višak zaposlenih i prestanak radnog odnosa

Ukoliko poslodavac, i pored svih preduzetih mera, ipak se odluči za krajnju meru u rešavanju viška zaposlenih – davanje otkaza ugovora o radu (u smislu čl.179. stav 1. tačka 9. Zakona o radu), tada je davanje takvog otkaza uslovljeno isplatom odgovarajuće otpremnine. Naime, poslodavaca je dužan da pre davanja otkaza ugovora o radu zaposlenom, za čijim radom je prestala potreba, isplati otpremninu u visini utvrđenoj opštim aktom (kolektivnim ugovorom ili pravilnikom o radu kod poslodavca), odnosno ugovorom o radu. U svakom slučaju, ova otpremnina ne može biti niža od iznosa predviđenog zakonom. Zakon o radu predviđa dve vrste minimalnih otpremnina:

(a) otpremninu za prvih 10 godina provedenih u radnom odnosu; i

(b) otpremninu za period posle 10 godina provedenih u radnom odnosu. Za prvih 10 godina otpremnina se određuje na osnovu zbira trećine zarade za svaku navršenu godinu rada u radnom odnosu. Za period posle 10 godina, minimalna otpremnina se utvrđuje na osnovu zbira četvrtine zarade zaposlenog za svaku navršenu godinu rada u radnom odnosu.

Kao zarada od koje se polazi pri utvrđivanju visine minimalne otpremnine uzima se prosečna mesečna (bruto) zarada zaposlenog isplaćena za poslednja tri meseca koja prethode mesecu u kojem se isplaćuje otpremnina.

U slučaju prestanka radnog odnosa zaposlenog za čijim je radom prestala potreba, to lice može da ostvari određena prava po osnovu osiguranja za slučaj nezaposlenosti. Reč je o pravima za vreme nezaposlenosti, i to:

a) na novčanu naknadu;
b) na penzijsko i invalidsko osiguranje; i
v) na zdravstvenu zaštitu.

Ova prava se ostvaruju prema Zakonu o zapošljavanju i osiguranju za slučaj nezaposlenosti („Sl.gl.RS“, br.36/09.).

*
* *

Pre nego što otkaže ugovor o radu, poslodavac je dužan da izvrši sve gore navedene obaveze predviđene zakonom u vezi sa utvrđivanjem viška zaposlenih, kao i da isplati odgovarajuću otpremninu pre uručivanja otkaza. Izvršenjem ovih obaveza, poslodavac ***potvrđuje opravdanost*** razloga za davanje otkaza.

Sem rečenog, ***opravdanost razloga*** za davanje otkaza treba da potvrde i sledeća pravila kojih se poslodavac mora pridržavati:

a) ne može na istim poslovima da zaposli drugo lice u roku od šest meseci od dana prestanka radnog odnosa zaposlenog za čijim je radom prestala potreba; i

b) ako pre isteka pomenutog roka ponovo nastane potreba za obavljanjem istih poslova, prednost za zaključivanje ugovora o radu ima zaposleni kome je prestao radni odnos.

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

The Issue of Redundancy in International and our Law

Abstract

The issue of redundancy is an especially current issue today, regarding the processes of proprietary and status changes of the employer, transition, difficult financial conditions of operating etc. This paper singles out the most important international, European and domestic legal frameworks of treating the redundancy issues. To that effect, the conclusion is that our law is satisfactorily harmonised with particular standards of international and domestic law. However, in practice, as well as in further legal upgrading of this issue, it is suggested that one should be attentive in treat the principle of social justice (the issue of fast social polarisation) in addition to accepting the demand on interest balance of the employer and employees. The burden of current transitional changes must be equally placed.

Key words: redundancy, labour organisation, labour changes, changes program, redundancy program, measures regarding redundancy, international law, European law, domestic law

Originalni naučni rad 343.541

Dr Milo Bošković, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

KRIMINOGENI ZNAČAJ SEKSUALNIH DEVIJACIJA

***Rezime**: Granica prihvatljivog ili dopuštenosti u seksualnim odnosima prema kriterijumima: prikladno, prirodno, normalno, uobičajeno i pravno dozvoljivo je dosta neodređena. U savremenim društvima izraženija je sloboda u ličnom ponašanju, što ima za posledicu da se tolerantnije gleda i na neke oblike seksualnosti koje su tradicionalno smatrane perverznim i kažnjivim. Takvi odnosi se tretiraju kao stvar lične slobodne seksualne orijentacije. Međutim, nezavisno od toga, postoji niz oblika zadovoljavanja seksualne požude koji se smatraju abnormalnostima na osnovu tradicionalnih shvatanja i običaja moralnosti sredine, samim tim i univerzalnog pravnog shvatanja, te potrebama izučavanja njihove etiološke osnove i adekvatne društvene, pre svega krivičnopravne, reakcije. Sadržajem teksta obuhvaćena su najbitnija pitanja i oblici seksualnih devijacija koji imaju ili mogu imati inkriminatorna obeležja.*

***Ključne reči:** seksualna devijacija, seksualne perverzije, seksualne inverzije, krivično delo.*

1. Pojam i vrste seksualnih devijacija

Da bi danas s dovoljno sigurnosti mogli govoriti o seksualnim devijacijama, nužno je pozabaviti se veoma složenim pitanjima, šta su to prikladni, prirodni, moralno dopustivi, običajno dozvoljivi i pravno nesporni vidovi polnih odnosa i seksualnog zadovoljavanja čoveka. Problem definisanja je tim aktuelniji, jer je granica između prihvatljivog i neprihvatljivog dopuštenosti ili nedopuštenosti, u seksualnim odnosima vrlo tanka, i teško odrediva.

Seksualni odnosi su, u osnovi, određeni civilizacijom, kulturom, tradicijom i običajima datog društva. Podstaknut činjenicom da je u njima teško ustanoviti univerzalni model prirodnog, švajcarski psihijatar Blojler misli da u seksualnom životu čoveka nije moguće, ni na jedan način, odrediti granicu normalnog.

Čini se da su, u ovom smislu, istorijski i tradicijom moguće odredivi abnormalni jedino odnosi zasnovani na prisili, prinudi i uceni partnera, te na zloupotrebi porodičnog ili društvenog statusa, dok je izvan tog mnoštvo drugih oblika seksualnog zadovoljavanja, u razmerama bilo kojih od pomenutih kriterijuma (prikladno, prirodno, normalno, uobičajeno i pravno dozvoljivo) krajnje upitno. Međutim, za nauku to ne sme biti problem u traganju za odgovorom. Naprotiv, što je pitanje kompleksniji problem već to je za ozbiljnu nauku dovoljan izazov.

U moralnoj i tradicionalno-religijskoj svesti je društveno devijantnim, opasan, destruktivan, dugo vremena, smatran svaki seksualni akt, pa i heteroseksualni, izuzev onih koji se svode na bračne odnose i reproduktivnu funkciju stvaranja potomstva.. Prema antičkim stoicima, seksualna strast izopačuje čovekov razum. Ovakva shvatanja zadržali su rani hrišćanski mislioci, dok su srednjovekovni teolozi proširili ta mišljenja klasifikujući seksualne odnose na prirodne i neprirodne.[1]

Najtežim se, svakako, smatra pitanje pravne, a posebno krivično pravne regulacije, odnosno inkriminacija pojedinih vidova seksualnog zadovoljavanja. Pravno normiranje, je, uglavnom, svedeno na porodično-pravne i krivičnopravne odredbe, kojima se, razumljivo, bez obzira što su odraz moralnih načela društva, ne mogu u potpunosti regulisati seksualni odnosi u društvu u svim njihovim aspektima.

Kako bi određeno seksualno ponašanje mogli označiti devijantnim, moramo ga posmatrati sa stanovišta, istorijskih, socioloških i kulturoloških uslova u kojima je istaknuta tradicija takvog ponašanja izvedena iz određenih moralnih i etičkih opredeljenja i usvojenih međunarodnih konvencija iz ove oblasti.

Kao što je rečeno pravna regulacija nalazi osnova u drugim društvenim pravilima, ali ona nisu u celini dovoljan osnov za označavanje nekog odnosa čoveka u seksualnom zadovoljavanju i devijantnim. U ovom smislu, većina takvih oblika direktno ne podležu inkriminacijma, ali u većini slučajeva su posredno delinkventno posledične prirode.

---

[1] Po shvatanjima iz ovih vremena bračno stanje i motiv trudnoće sačinjavaju jedinu moralnu osnovu seksualnih odnosa. Bludničenje, silovanje, incest i preljuba smatrani su prirodnim gresima nezakonitog prepuštanja seksualnom zadovoljstvu, dok masturbacija, oralni i analni seks, po njima, predstavljaju mnogo ozbiljnija kršenja prirodnog poretka.

Krivična dela u ovoj oblasti (sex laws) u svetu najrasprostranjenija su u oblastima koje se odnose na sadistički motivisane delikte, incest, opscenost, ilegalnu seksualnu prodaju, pedofiliju i homoseksualnost. Upravo, homoseksualnost, i njena dekriminacija u kaznenom, odnosno legalizacija u porodičnom pravu, navodi na pitanje, veoma aktuelno u savremenom svetu o „pravu na ravnopravnost seksualnih manjina". Pojam „seksualna manjina" doveden je u vezu sa zabranom svih oblika diskriminacija. S obzirom na ustavnu odredbu i krivično pravnu normu u kojima se diskriminacija odnosi na nacionalnost, rasu, veroispovest, političko ili drugo ubeđenje, etničku pripadnost, pol, jezik, obrazovanje ili društveni položaj, bez sumnje da homoseksualci, a ni ostale kategorije manjinske seksualne orijentacije njima nisu obuhvaćeni.

Imajući to u vidu, seksualne manjine, ili osobe devijantne seksualne orijentacije, u pravnom smislu osnovnih ustavnih odredbi niti su diskriminisane ni favorizovane u svojim pravima, kao pripadnici posebnih društvenih grupa. Drugo je pitanje kada je reč o pojedinačnom seksualnom ponašanju čije su posledične indikacije delinkventne prirode.

Vremenom su tradicionalna shvatanja o seksualno prirodnim, normalnim, moralno dozvoljivim odnosima, značajno redukovana, mnoge ranije predrasude, tabui i norme relativizovani su, pa se normalnim i prirodnim smatra i svaki heteroseksualni vanbračni odnos. Pomerena je granica normalnosti u odnosu na ranija shvatanja, polovi su izjednačeni u društvenom statusu, mnoge religijske norme i zabrane potisnute su iz života. Naglašena je sloboda u ličnom ponašanju, što ima za posledicu da se drugačije gleda i na neke oblike seksualnosti koje su tradicionalno smatrane perverznim. U mnogim sredinama se i na homoseksualnost gleda tolerantnije. Takvi odnosi se tretiraju više kao stvar lične slobodne seksualne orijentacije nego kao ozbiljan društveni problem.

Međutim, nezavisno od toga, u običajima raznih sredina, pa samim tim i u literaturi, postoji niz oblika zadovoljavanja seksualne požude koji se smatraju abnormalnostima odnosno u stručnom smislu parafilijama. Njihova prihvatljivost i stigmatizacija diktirana je onim što čine religiozna učenja, psihijatrijska nauka i popularna kultura, na nivou univerzalnog, nacionalnog, pa čak i lokalnog tipa.

Pod uobičajenim pojmom seksualnih devijacija smatraju se odnosi i ponašanja pojedinaca i grupa gde se izbegava heteroseksualnost, kao prirodni odnos muškarca i žene u zadovoljenju unutrašnjih emotivnih i bioloških potreba i funkcije produženja vrste. U najtipičnije oblike seksualnih devijacija spadaju oblici polnog opštenja koji su plod prisile muškarca ili podavanja žene bez ljubavi, pa makar oni bili izvedeni i na najprirodniji način

Pod seksualnim nastranostima – parafilijama, kao oblicima seksualnih devijacija, podrazumevaju se abnormalne seksualne sklonosti, odnosno ispoljavanje težnje i zadovoljavanje polnog nagona na neprirodan i, za određenu kulturu i sredinu, moralno neprihvatljiv način, u slučajevima kada je, neki od oblika nastranosti jedini, odnosno isključivi, način seksulanog zadovoljenja.

Postoje veoma raznovrsni i brojni pristupi u kategorizaciji seksualnih nastranosti, ali se one pretežno svode na seksualne inverzije i seksualne perverzije. Seksualne inverzije čine sklonosti i pojave gde je seksualni nagon neprirodno usmeren na subjekat, kao što su: homoseksualizam, pedofilija, narcizam, gerontofilija, zoofilija i nekrofilija. Seksualne perverzije karakterišu neprirodnost uslova pod kojima ličnost doživljava seksualna uzbuđenja, kao što su: mazohizam, sadizam, transvestizam, egzibicionizam, fetišizam, voajerstvo. Najteži oblici seksualnih nastranosti javljaju se u nekim kombinacijama seksualnih inverzija i seksualnih perverzija.

2. Uzroci seksualnih devijacija

U literaturi su prisutni različiti pristupi objašnjenju uzroka pojave. Erotska raznovrsnost se tumači posebnim teorijskim pristupima. Teorija „ispiranja mozga“ objašnjava da u „perverzne“ seksualne aktivnosti ljudi stupaju jer su bili prinuđeni ili podstaknuti na tako nešto; konstrukcionistička teorija to objašnjava razlikom između konvencionalnih i devijantnih ponašanja; psihološki pristupi da je to posledica loših iskustava iz detinjstva, neadekvatna socijalizacija ili rani problemi s identitetom.

Neka shvatanja polaze od toga da je reč o patološkom poremećaju polnih nagona, druga da se radi o rasnim predrasudama i predispozicijama, treća da su uzroci u seksualnoj agresivnosti, sve do mišljenja da je pojava izraz socijalno etiološke prirode, a nikako bolesti ili poremećaja ličnosti. Izvesno, razlike u opisu kriminogenih uticaja kod seksualne delinkvencije potiču i otuda što se pod ovim pojmom podrazumevaju različite vrste delikata, ali se najveći broj istraživanja svodi na delikte silovanja i incesta, a manje na druge oblike koji se obuhvataju pojmom devijacija. Zbog raznovrsnosti motiva zadovoljavanja seksualnih nagona, u vidu inverzija i perverzija su najznačajnije, ali one svakako nisu univerzalni model tumačenja celine pojave. Sve to doprinosi da su faktori uzročnosti u ovoj oblasti ljudskog ponašanja neistraženi i stavovi veoma nepouzdani. Sa sigurnošću, oni se ne mogu pripisati samo jednom faktoru. Odbačene su biološke teorije o hormonalnoj neravnoteži, ali se i s

dosta nepouzdanosti smatraju univerzalno psihogenim. Nije sporno da značajno potiču i otuda, ali je pretenziozno pridavati im opšteuzročno značenje .

Psihološki pristupi su jedan od pravaca objašnjenja. Psihoanalitičari daju primat uzročnosti u ranom psihoseksualnom razvoju. Fiksacija na taj period, prema njima, ima za posledicu seksualno aberantno ponašanje. Osim toga, oni smatraju da seksualno nasilje kod pojedinih osoba može biti uzrokovano nepravilnim porodičnim vaspitanjem u detinjstvu (isuviše autoritativan otac i preterano zaštitnički odnos majke). U tom slučaju kod takve osobe se javlja otpor i mržnja prema osobama suprotnog pola, kao izražena težnja za posedovanjem i dominacijom u seksualnom odnosu.

Bihejvioristi uzroke vide, između ostalog, u enormnoj izloženosti muške populacije erotističnom nasilju, dostupnosti pornografskih sadržaja u štampi, medijima i internetu koji podstiču fantazije i predispozicije psihopatskih ličnosti za ponašanje u realnom životu.

Neki psiholozi, kao B. Reis smatraju da pojava ima kompenzatorni ili simptomatski karakter. Klinička ispitivanja, i pored nekih pokušaja, nisu dokazala neposrednu vezu između psihopatoloških poremećaja teže prirode i seksualno devijantnog ponašanja. Većina osuđenih delinkvenata nisu osobe s psihotičkim dijagnozama ili mentalne retardiranosti. Ipak, pretežno ih karakterišu određene negativne crte karaktera, ili neki od oblika poremećaja ličnosti (psihopatije posebno).

Da je seksualna delinkvencija uslovljena više patologijom u okviru bioloških i psiholoških poremećaja ličnosti govore i podaci o nekim socijalnim obeležjima delinkvenata. Naime, iz statističkih podataka bivših jugoslovenskih republika vidljivo je da je samo 5% manje oženjenih nego neoženjenih izvršilaca, kao i da najveći broj muškaraca koji čine ovu vrstu delikata imaju između trideset i četrdeset godina života. To što, s godinama života, bitno opada i seksualna delinkvencija može se tumačiti istovremenim dejstvom i bioloških faktora (opadanja nagonskih potencijala) i socijalnim činiocima (shvatanja moralnih i pravnih posledica akta).

Opšti socijalni faktori uslovljenosti i uzročnosti seksualne delinkvencije prevashodno postoje u tipu kulture i svesti društva o prihvatljivosti te vrste delikata. Ona se neposredno ogleda u efektima prevencionog značaja oblika društvene reakcije, koja je prvenstveno odraz običajnog, tj. sredine prevedena u kaznenu normu i njenu sankciju. Kaznena politika jedne države vezana je time značajno za određen tip kulture. Tamo gde je ona izrazito patrijarhalna i obeležava dominaciju muškaraca duboko je ukorenjeno shvatanje žene kao „legalnog" subjekta zloupotrebe. Na drugoj strani, u kulturama gde su odnosi ravnopravnosti među po-

lovima sa socijalnog i pravnog odnosa neupitni, pitanja prisilnosti ma koje vrste u seksualnim odnosima su izuzetno osetljiva i spadaju u korpus zaštite ljudskih prava i sloboda uopšte.

Situacioni faktori se ne mogu smatrati uzrocima, ali su nesumnjivo određeni uslovi pogodnosti za seksualne devijacije. To mogu biti činioci odnosa zavisnosti ili inferiornosti između izvršioca i žrtve (fizički, porodični, službeni); ograničene mogućnosti prirodnih uslova (zatvorene sredine – vojska, domovi, religijski objekti); kretanje i život u socijalno izopačenoj sredini (model socijalnog učenja).

Neki od socijalnih faktora, kao alkoholizam, deluju kao stimulativni činilac podsticaja seksualno devijantnih sklonosti, ali ne kao uzrok, čak ni kao uslov, već kao okolnost koja ličnost dovodi u subjektivno stanje spremnosti, nešto što olakšava delikt, jer stanje pijanstva pomaže u prevazilaženju inhibicija kod onih koji su već predisponirani za seksualni akt devijantnog tipa.

Posebnim faktorima mogu se odrediti neki činioci porodično patološkog tipa. U stvari za ovu pojavu se vezuju uzroci i u poremećajima porodičnih odnosa, gde se javljaju brojni primeri socijalnih devijacija, od kojih neki direktno utiču na pojave seksualnih devijacija. To se, posebno, odnosi na slučajeve nepravilnog razvoja dece sa primerima neadekvatnih vaspitnih uticaja, sticanja moralnih i estetskih načela, te formiranja psihopatskih ličnosti.

3. Seksualne inverzije

3.1. Homoseksualizam

U širem smislu homoseksualizmom se smatra seksualna orijentacija u relativno trajnom emocionalnom, duhovnom i seksualnom privlačnošću individua istog pola. Poznata je i pod nazivima pederizam/pederastija, uranizam, treći pol. Ženski homoseksualizam se još naziva lezbijska ljubav, sapfizam, tribadija. Termin „homoseksualnost“ nastaje 1869, a u standardni engleski jezik 1897 godine kada je objavljena knjiga Havelocka Ellisa - Seksualna inverzija *(*Sexual Inversion*)*.

Smatra se da čovek u svom biološkom nasleđu nosi, pored heteroseksualne, i dispozicije, tj. sklonosti homoseksualne prirode. Koje će se više razviti, zavisi od ličnosti, socijalne sredine gde odrasta i živi i psihostrukture. Kod većine heteroseksualnost postaje trajna orijentacija, ali se kod pojedinaca se taj interes razvija za oba pola, skoro ravnomerno, što se definiše pojmom biseksualnosti.

Homoseksualizam je pojava vekovima izložena preziru, a homoseksualci brutalnom fizičkom tretmanu i progonima, da bi u poslednje

vreme tolerantniji društveni odnos i dekriminacija uzele maha u skoro svim društvima. Naime, veoma dugo, sve do sredine prošlog veka, smatralo se da su kompetetne discipline za proučavanje ove pojave medicina, psihijatrija i psihologija. Predmet proučavanja homoseksualnosti tretiran je kao medicinski patološko ili, u najblažim oblicima, socijalnopsihološki abnormalno.

Istorijat kažnjivosti homoseksualnosti u Evropi vezan je za prvi građanski engleski zakon usvojen 1533. godine, za vreme vladavine kralja Henrija VIII; koji je kažnjavao mušku homoseksualnost. Pre donošenja ovog zakona, crkveni sudovi su osuđivali muškarce homoseksualce na smrt. Dolaskom Meri I Tjudor na vlast, 1533., zakon je povučen, ali ga je kraljica Elizabeta I vratila 1563., kada je postao osnova za celo englesko govorno područje. Poslednje pogubljenje na osnovu ovog zakona izvršeno je 1836., a zakon je konačno promenjen 1861. Homoseksualnost je dekriminalizovana u Engleskoj 1967 godine.

Pre devetnaestog veka, u Americi je homoseksualnost spadala u oblast grešnih činova kojima podležu „slabe“ osobe. Koncept žene ili muškarca koji su homoseksualci nije praktično ni postojao. Otuda su osobe „uhvaćene“ u homoseksualnom činu u to vreme kažnjavane kao „pali“ muškarci i žene, i smatrani grešnicima i zločincima. Homoseksualni činovi su izvan zakona u Americi još od kolonijalnih vremena, podlegali su zakonskim kaznama tokom cele američke istorije. Zakone koji zabranjuju homoseksualne aktivnosti uveli su u Ameriku Evropljani. Prvi izveštaji o pogubljenjima osoba koje su se upuštale u homoseksualnu aktivnost sačuvani su u kolonijalnoj Americi već od 1646. godine.

Srbijanski zakonodavac je mušku seksualnost dekriminisao u julu 1994 godine ukidanjem člana 110. st. 3 Krivičnog zakona, odnosno odredbe o protiprirodnom bludu koja je glasila „Za protivprirodni blud između osoba muškog pola počinilac će se kazniti zatvorom do jedne godine“.

Sa sociološkim proučavanjima, naročito novijeg vremena, homoseksualnost je delom iskoračila iz patološkog modela istraživanja, i sve se više tretira u korpusu nijansi raznih kulturnih varijacija seksualnosti. Izvesna afirmacija i uticaj gej-pokreta i interesa politike uticali su da to pitanje bude pomereno na teren pravne prirode, odnosno u oblast ljudskih i građanskih prava seksualnih manjina, ali se devijantnost pojave u stručnoj i naučnoj literaturi i dalje tretira u fokusu odstupanja od vladajućeg obrasca društvene regulacije seksualnosti.

To što se o homoseksualnosti različito sudi (od psihopatološkog do normalnog) posledica je normativnog poretka društva u oblasti seksualnih odnosa, koji ima mnogo širi značaj od samog polnog akta. Reč je o va-

žnim aspektima temeljnih osnova demografske politike društva, statusa porodice, reprodukcije, odnosa među polovima, definisanja roda i institucionalizacije bračnih i porodičnih odnosa. Otuda formalna i neformalna reakcija na homoseksualnost u jednom društvu proizlazi iz same prirode društva u kojem nastaje, odnosno zavisi od statusa i čvrstine normi kojim su prirodno i kulturno prihvaćeni i uređeni odnosi u sferi seksualnosti. Za poimanje homoseksualizma u našem društvu i njegovu prirodu, van sumnje, mora se imati i stav javnog mnenja.[2]

3.2. Pedofilija i gerontofilija

Pedofilija je inverzivni oblik seksualne nastranosti, sklonost odraslih prema deci istog ili suprotnog pola. Bečki psihijatar Richard von Krafft-Ebing je opisao pedofiliju prvi put 1896 u knjizi „Psychopatia Sexualis“. Sličan oblik patološke seksualne sklonosti prema maloletnicima, naziva se efebofilija.

Pretežno se ispoljava u seksualnoj igri s ženskom ili muškom decom, ili jednima i drugima, zavisno od tipa pedofila. Obično su te igre vezane za kontakte s genitalijama, gledanju gole ženske dece ili slika istih, a u grubljem vidu za pojavu dipolizma – seksualnog zadovoljavanja batinanjem dece ili klasičnog silovanja.

U savremenim uslovima pedofilija je postala pojava organizovane prostitucije i kriminala. Ova pojava ima šire razmere, pa je u mnogim zapadanim zemljama krivično sankcionisana i za delikte učinjene van zemlje. Inkriminacija je uslovljena činjenicom da su mnoga od dece zloupotrebljavana u organizovanoj prostituciji HIV-pozitivna. Po nekim statistikama pedofili počine blizu 30% svih oblika seksualnih delikata. Posebno su zapažani po zloupotrebi internet-tehnologije i komunikacije. Pre interneta pedofili su koristili poštansku prepisku i razmenu i ilegalnom distribucijom rasturali pedofilske fotografije i porno-filmove. Preko interneta se međusobno povezuju, podstiču i razmenjuju „materijal”. Neke procene govore o tome da ima više od milion sajtove, koji propagiraju seksualno zlostavljanje dece ili zagovaraju seks s decom.

---

[2] O tome, svakako, dovoljno sudi zajednički zaključak istraživanja Gej strejt alijanse (GSA) i Centra za slobodne izbore i demokratiju (CESID) da 70 odsto ispitanika veruje da je homoseksualnost bolest, a da državne i nadležne institucije nisu spremne da govore na temu homoseksualnosti i zaštite prava ljudi homoseksualnih sklonosti. Istraživanje pokazuje da je homoseksualnost kao pojava jedino prihvatljiva ako ostaje u domenu privatnog, a da je svako javno istupanje homoseksualnih osoba za građane Srbije neprihvatljivo. Jedino socijalno prihvatljivo je da su homoseksualci naši sugrađani i sunarodnici, a bilo koji oblik intenzivnije socijalne interakcije je mnogo manje prihvatljiv.

Psihološka istraživanja i objašnjenja uzroka ove pojave veoma su različita. Jedni ih nalaze u strogostima u razvojnim fazama detinjstva. Zbog toga su osobe sklone ovim oblicima anomalija oštećene ličnosti, pune emocionalnih konflikta, koje ne mogu da uspostave normalnu vezu s istodobnim osobama. Prema drugim shvatanjima pedofili su psihoseksualno nezrele ličnosti (muškarci), s dugogodišnjim iskustvom seksualno neuspelih odnosa sa ženama. Takve osobe imaju izraženo osećanje inferiornosti i prikrivenu agresivnu crtu karaktera.

Dugo vremena se za ovu pojavu smatralo da nije u većoj meri problem, jer su osobe sklone toj vrsti nastranosti pretežno senilne i impotentne, s izraženim dispozicijama na infantilnoj i seksualno neurotičnoj osnovi. Istraživanja, međutim, ukazuju da stereotip shvatanja o pedofiliji kao pretežnoj nastranosti starijih osoba nema valjanu osnovu, već da su uzroci u emocionalnim problemima mlađih ljudi ili organskim smetnjama sklerotične i senilne prirode kod starijih osoba, kao i u pojavama kompleksa manje vrednosti i jake zavisnosti.[3] U pedofilnoj orijentaciji neka istraživanja, na osnovu Frojdovih postavki, utvrdila su da je najveći broj (skoro polovina) pedofila među onima koji su imali češće kontakte s decom, da četvrtinu čine mentalno defektne osobe, i oko 10% onih koji to čine u alkoholisanom stanju, dok su ostali – seksualno neizdiferencirani. Smatra se, takođe da su pedofili često i impotentne osobe, s lošim heteroseksualnim iskustvima u ranoj fazi razvoja. Jedna trećina je na granici normalne inteligencije, a dve trećine imaju nizak obrazovni i kulturni nivo. Za polovinu se smatra da imaju i homoseksualne sklonosti, a neki i zoofiliji.

U homoseksualnoj pedofiliji žrtve su obično deca između 12 i 15, a kod heteroseksualnih oblika između 6 i 11 godina starosti. U 52% slučajeva devojčice žrtva su u nekom obliku srodstva s delinkventom, dok je taj procenat dečaka zastupljen u 20% slučajeva.

Pojava čini univerzalni problem i inkriminisana s težim krivičnim sankcija, ali i sa neujednačenom kaznenom politikom, od najtežih krivičnih sankcija do nedozvoljive društvene tolerancije praćene blagim ili neodgovarajućim kaznama, ili one uopšte izostaju. Takođe, sve sudske i policijske statistike ukazuju na visok procenat ovakvih pojava, i pred toga, što u većini država postoje zakonski propisi dugih zatvorskih kazni, obavezne psihoterapije, registracija i hemijske kastracije seksualnih delinkvenata.

[3] Pedofili su, naime, osobe koje karakteriše psihička neuravnoteženost i u 90% slučajeva osobe mlađe od 35 godina. Žene pedofili su, najčešće, srednjih godina.

Upravo iz tih razloga, a i zbog enornmnog širenja pojave čiji se akteri organizuju s namerom da se upražnjavanje seksa s decom legalizuje, i traže podršku javnosti za takve ideje, u mnogim evropskim zemljama u predlozima su ili su doneti novi zakoni za suzbijanje seksualnog zlostavljanja dece i maloletnih lica. U takve mere, na primerima Norveške i Danske, pored kazni zatvora i obaveznog psihijatrijskog lečenja propisuju se i druge, kao da se imena i adrese pedofila objavljuju javno, da se kod počinioca ugrade mikročipovi za praćenje pedofila do najdrastičnijih - da se svako osuđen zbog ovog krivičnog dela podvrgne hemijskoj kastraciji.[4]

Pojava suprotna od pedofilije, seksualna orijentacija usmerena prema starijim osobama, naziva se gerontofilija. Manifestuje se kao homoseksualni i heteroseksualni fenomen.[5] Iako retka pojava, vrlo često je vezana i s nasiljem, odnosno deliktima silovanja. Izuzev kod mentalno retardiranih osoba i lica u alkoholisanom stanju, devijacija je skoro neobjašnjiva s aspekta psihološke i psihopatološke strane, u smislu moguće identifikacije posebne strukture devijantne ličnosti.

3.3. Ostali oblici seksualnih inverzija

Od ostalih oblika seksualnih inverzija poznatije su pojave nekrofilije i zoofilije.

Nekrofilija se javlja kao oblik erotskog u egzibicionom, sadističkom ili seksualnom zadovoljavanju s ljudskim lešinama, uživanje u posmatranju tela mrtvih, ili seksualnih odnosa s njima. Smatra se za najteži mogući patološki poremećaj nagona i pripisuje isključivo sklonošću muškarca. U blažim vidovima (češćim nego sadistički) ispoljava se u melanholičnom odnosu na posmrtne dekore, potrebom bliskosti (intimnosti) s ljudima bednog položaja, bolesnicima, ranjenicima, samrtnicima, održavanja odnosa s osobom dok je u nesvesti ili dok spava i sličnim stanjima. Ovaj oblik nastranosti poznat je kod slabo-

---

[4] Tako je Tomas Ridi, u avgustu 2003. u SAD osuđen na 1.335 godina zatvora. Posle ekspresnog tronedeljnog suđenja, na 150 godina zatvora osuđen je pedofil Din Artur Švarcmiler(63), kod koga su nađeni "dosijei" 36.000 crnpurastih dečaka, a za desetak godina, koliko je on bio aktivni pedofil organizovao 100 sastanka sa mališanima koje je brutalno seksualno zlostavljao.

U julu 2005. u Francuskoj je završeno najveće pedofilsko suđenje u njihovoj sudskoj praksi, a 62 osobe optužene su za učestvovanje u lancu pedofilije, pred sudom u Angerpod optužbom da su od 1999. do 2002. godine silovali 45-oro dece od šest meseci do 15 godina starosti. pojedini učesnici kažnjeni su zatvorskim kaznama do 30 godina.

[5] Ovde treba imati u vidu da brakovi, ili trajnije veze, između starijih i mlađih osoba nemaju elemente nastranosti, već samo oni slučajevi gde je seksualna požuda moguća isključivo u relacijama odnosa partnera bitno različite životne dobi.

umnih i duševno bolesnih osoba. Nekrofiliju neki teoretičari smatraju samo jednu od varijanti fetišizma.

Zoofilijom (zoorastija) se pojmovno određuje patološki fenomen polnog opštenja sa životinjama. Pojava je poznata još u antičkom svetu, gde su žene seksualno opštile s jarcima, ili u starom Rimu, gde su se prema mitskom predanju, podavale zmijama. U Rimu su, čak, postojale i posebne javne kuće, gde su muškarcima za polno opštenje bile dostupne koze, keruše, guske i druge životinje. Obično je zoofilija socijalno uslovljena i karakteristična za seksualnu orijentaciju pastira u planinama, kod slaboumnih osoba i psihopatskih ličnosti.[6]

4. Seksualne perverzije

4.1. Sadizam i mazohizam

Sadizam i mazohizam ili algolagnija, ispoljavaju se u seksualnom uzbuđenju i zadovoljavanju nanošenjem ili trpljenjem bola ili nekog oblika ponižavanja od strane partnera. Sadisti i mazohisti su osobe suprotnih psihokarakternih osobina. Dok je kod mazohista prisutna pojava nesigurnosti i depresivnosti, sadisti ispoljavaju agresivnost, što je najčešći slučaj kod pojava silovanja. U ređim slučajevima se ove dve pojave uočavaju kod iste osobe, što se manifestuje u naizmeničnim ulogama gospodara i sluge, dželata i žrtve, nadređenosti i podređenosti, s naglašenim varijantama povremene dominacije jedne ili druge komponente.

Sadizam je perverzivni oblik seksualne nastranosti, zadovoljavanje polnih nagona nanošenjem fizičkog ili psihičkog bola partneru. Uzroci ove pojave, prema Frojdu, leže u parcijalizaciji polnog nagona, a po Hornajevoj, u primarno karakternoj perverznosti, na šta utiču i socijalni činioci, do porodično naslednih faktora, na koje upućuje L. Zondi ili modernijih pristupa u teorijama frustracija i teorija neprilagođenosti. Sadisti su, po pravilu, osobe grube, impulsivne, razdražljive i, uopšte, emocionalno labilne naravi, koje s partnerom postupaju veoma okrutno.

Pojava je karakteristična kako za muški tako i za ženski pol, i može biti dvojaka: niskog i visokog intenziteta. U prvom slučaju manifestuje se kao odnos verbalne superiornosti, ponižavanja i nanošenja psihičke boli partneru (agonofilija), a u drugom slučaju – u vidu zadovoljavanja putem davljenja, fizičkog povređivanja i ubistava (homocidofilija). U oba sluča-

[6] Bolesna zavisnost upuštanja u seksualne odnose sa životinjama poznata je i u nekim posebnim oblicima: seksualno uzbuđenje zmijama (ofidiofilija) , sa psima (kanofilija), zbog dodira perja (pteronofilija).

ja seksualno se zadovoljenje može ispoljavati na dva načina dodirom ili bez fizičkog kontakta s partnerom. U retkim slučajevima ova pojava može da se odražava i u tzv. antropofagiji, gde osoba doživljava zadovoljstvo samo u izopačenim manifestacijama otkidanja i gutanja mesa partnera, ili takozvanoj strangulaciji, gde se seksualno uzbuđenje doživljava na znake užasa kod partnera (pomodrele usne, bledo lice, izbuljene oči i slično), kao i u nekim drugim specifičnim oblicima zadovoljstva uživanje u nesrećama, nezgodama (distihifilija), u vezivanju partnera (bondage), u davanju batina po stražnjici, uživanje u suzama partnera (lakrifilija) strast za škakljanjem (akarofilija), seksualno zadovoljstvo u uriniranju na partneru (urolagnija).

Mazohizam ili odinofilija se ispoljava u dva moguća oblika: podavanju drugom u zlostavljanju i ponižavanju ili samozadovoljavanjem u podnošenju bola. Pojava je poznata i pod nazivom flagelantizam, a njena suština je u seksualnom uzbuđivanju osobe na način kada dopušta da je drugi tuku ili se sama, najčešće, šiba i bičuje.[7]

Mazohisti su, po pravilu, neurotične osobe i po prirodi pasivni, nesigurni i nerealni. Skloni su popuštanju pred svakim vidom ponižavanja partnera, imaju izraženo osećanje krivice i tendiraju samokažnjavanju.

Mazohizam se u nekim pristupima (psihoanaliza) smatra oblikom sadizma, pri čemu osoba kroz trpljenje potiskuje svoje sadističke motivacije. Zato se često koristi pojam sadomazohizam, tretirajući ovaj oblik devijacije jednom te istom pojavom.

4.2. Egzibicionizam

Egzibicionizam, kao nastranost, ispoljava se, skoro isključivo, kod muškaraca u zadovoljavanju pokazivanjem polnih organa ženama, bez namere telesnog dodira.

Kod žena se te pojave javljaju ređe i, uglavnom, u alkoholisanom stanju. Neke vrste egzibicionizma nemaju nastrani karakter. U pitanju su normalni oblici u intimnim heteroseksualnim odnosima – tzv. simbolički egzibicionizam – kao i kod profesionalnog odnosa – erotsko-komercijal-

[7] Manifestuje se u raznim vidovima: mazohizam kod žena (maklenomanija), uzbuđenje u dobijanju batina (mastigofilija), zadovoljavanje opsesivnim maštanjem o tome da bolesniku nedostaje jedna noga (amenotemnofilija), uzbuđenje da bude ubijen, po mogućnosti za vreme polnog čina (autoasasinotofilija), požuda za gušenjem, osoba se uzbuđuje davljenjem sebe (asfiksiofilija), uzbuđenje zbog ponižavanja (astenolagnija), uživanje u povraćanju (emetofilija), polno zadovoljenje u klistiranju (klistrofilija), u vezivanju (vincilagnija), u ljubomori (zelofilija), nesposobnost da se doživi seksualni užitak ako partner ili partnerka ne govori o nekom svom seksualnom činu (naratofilija).

nog karaktera, koji često prelazi u pornografiju. Egzibicionisti su pretežno bezopasni, jer im je dovoljan samo čin vizuelnog utiska, ali ponekada mogu da se služe i pretnjama ili zlostavljanjem drugoga. Neki, pak, slučajevi i oblici opsesivnog erotskog ponašanja mogu imati i potpuni sadistički efekt. U tom slučaju egzibicionisti se ponašaju veoma agresivno. Smatra se da se procenat ovakvih tipova kreće oko 12% slučajeva. Drugi slučaj je znatno češći. Reč je o osobama, koje ređe napadaju druge, nesigurnim u sebe, a pojava se kvalifikuje više povredom javnog morala nego delinkvencijom. Ovde je reč o nastranost cilja, i to ne u vidu ponašanja ozbiljnog ugrožavanja drugoga. Uzrok je često neki od poremećaja ličnosti. Egzibicionisti su najčešće neuravnotežene osobe, afektivno labilne s poremećenim nagonima, kao posledicom psihoseksualne nezrelosti i infantilnosti.

Neki autori smatraju da je kod egzibicionizma prisutna i doza sadizma, tj. uživanja u izazivanju straha kod žena. Naime, misli se da muškarci egzibicionisti pokazuju genitalije ženama za koje osnovano pretpostavljaju da će kod njih taj čin izazvati šok. U suprotnom, u slučajevima kad žena na takve akte ne reaguje, egzibicionisti nisu u stanju da doživljavaju seksualno uzbuđenje.

Osim ovih, postoje i neki drugi oblici egzibicionizma: pedofilski, sklonost prikazivanja nagosti pred decom; senilni, alkoholičarski i patološki; i impulsivni (osobe koje žive u strahu i oslobađaju se straha putem egzibicije).

4.3. Fetišizam

Fetišizam se definiše kao pojava doživljavanja seksualnih uzbuđenja i zadovoljavanja posebnim odnosom prema psihičkim ili fizičkim svojstvima, ili u kontaktu sa stvarima, osoba suprotnog pola. Kod pojave fetišizma seksualni objekt je zamenjen nekim drugim „koji je u vezi s njim, ali je pri tom sasvim nepodesan da služi normalnom seksualnom cilju“ (Frojd). Takav objekt je asocijativni model, koji služi kao simbolična zamena normalnom seksualnom subjektu. Svojstven je i normalnim oblicima ljubavi, kao što su, na primer, slučajevi: kod muškaraca odnos prema očima, nogama i dojkama žene, odnosno kod žena prema inteligenciji, stasu, fizičkim sposobnostima i sličnim svojstvima muškaraca. Međutim, pojava prelazi u patološki tip ponašanja kada fetiš postane potpuna zamena, seksualni objekt sâm po sebi. Svi fetiši pretpostavljaju aktivno učešće mašte, pri čemu subjekt doživljava potpuno seksualno zadovoljenje, a ne samo uzbuđenje.

Postoje mnogobrojni oblici fetišima, od kojih su najvećim brojem slučajeva bezazleni. Tako muški fetišisti, obično, radi doživljavanja uzbu-

đenja skupljaju delove donjeg veša, čarape, cipele. Ali postoje i veoma nakazni, kriminalni, pa čak i morbidni slučajevi. Tu spadaju primeri uzbuđenja vezanih za maštu silovanja; puštanje insekata po genitalijama; uzbuđivanje osobe od pomisli da će biti živa sahranjena i slične nastranosti i izopačenosti.[8]

Međutim, neki oblici fetišizma imaju kriminalno ili drugo negativno dejstvo i posledice, kao što su pojave: akrotomofilija – seksualno uzbuđivanje scenom amputiranja delova noge ili ruke; asfiksofilija – uzbuđivanje prinudnim prekidom disanja; autasasinofilija – uzbuđivanje izlaganjem sopstvenog života rizicima situacija opasnim po život; erotofonofilija – uzbuđivanje mišlju i delom pokušaja ubistva drugoga.

Fetišisti su skloni alkoholizmu i retko heteroseksualnosti. Postoje dva tipa fetišizma – perverzni, bojažljivi; i tip cinika, sklonog da seče delove tela (kose). Psihoanalitičari ovu pojavu objašnjavaju rodoskrvnim libidom prema majci; drugi – uslovnim refleksom na neka, iskustvena, u podsvesti urezana sećanja doživljaja iz detinjstva. Obrnuta, ali takođe patološka pojava jeste antifetišizam, slučaj kada osoba oseća odvratnost prema nekim svojstvima ili delovima tela partnera.

---

[8] Fetišizam je često vezan za predmete ili stvari: strast i sekusalna požuda prema iglama i drugim šiljatim predmetima (aikmofilija), nagon prema drveću (dendrofilija), ljubav prema kipovima (pigmalionizam), gledanjem prljavštine, blata i prašine, seksualne privlačnosti lutkama ili statuama.

Najčešće je usmeren prema delovima tela partnera: uzbuđuju se u dodiru s velikim grudima ili u stiskanju dojki (mazofilija), maljavim delovima tela, kosi, mirisu; lizanje očnih jabučica partnera, fetiš ženskih genitalija (Yonizam), strast za obrijanim genitalijama (akomoklitika), lizanje anusa (analinktus), strast nad partnerovim nosem (nazofilija), nogama (krurofilija), stražnjicama (pigofilija), kosom (trihopatofilija), u grickanju ženskog uha (ginotikolobomasofilija), opsesija za partnerom kome nedostaje noga (akromatofilija),. Jedna od fetišističkih anomalija je i koprofilija, zadovoljavanje u kontaktu ili osećaju mirisa izmeta osobe suprotnog pola.

Nekada je bolesna strast usmerena na seksaulno zadovoljstvo s posebnim osobama: s obrezanima (akukulofalija), s devicama (partenofilija), prostitutkama (pornolagnija), sa nečijom sestrom (sorofilija), medicinskim sestrama (trepterofilija), sklonost prema poočimu (vitrikofilija), partnerima druge vere, nacije ili rase (alotriorastija), ili kepeca, dece, niskim, malim partnerima (nanofilija), uzbuđivanje gledanjem gojaznih ljudi (anastemafilija), sa ružnim partnerima (tetratofilija), prljavim osobama (mizofilija).

U nekim slučajevima fetišizam se ogleda u posebnom ambijentu seksualnog zadovoljavanja: uživanje u seksu povezanih očiju, (amaurofilija), trljanjem o telo nepoznatih osoba, (aroteurizam), u parkiranom autu (amomaksija), prilikom održavanja javnih govora (laliofilija), uživanje u glasnim zvucima (ligirofilija) uz prisustvo plamena (pirolagnija), u šamponiranju kose (tripsolagnija), zbog telesnih mirisa (bromidrofilija).

4.4. Transvestizam i voajerstvo

Transvestizmom se označavaju oblici seksualnog zadovoljavanja oblačenjem odeće ili nošenjem stvari osoba suprotnog pola. Ličnosti sklone ovakvim ponašanjima nemaju drugih devijantnih osobina, čak se smatraju i biseksualcima i nežnim osobama. Slična pojava naziva se transeksualizam. Transeksualizam potiče od emocionalnog stanja nezadovoljstva svojim prirodnim polom i rodom. Obuhvata značenje za opis osoba koje imaju hormonalne promene. Pojava je karakterističnija za mušku nego što je za žensku populaciju. To je nešto drugačiji fenomen od transvestite koji se drugačije oblači ali zadržava rodni identitet, dok transeksualac želi da ga promeni hirurškim putem.

Voajerizam je pojava slična egzibicionizmu, a sastoji se u zadovoljavanju gledanjem nage osobe suprotnog pola ili, u patološkoj varijanti, posmatranjem polnog čina između drugih osoba (alopelija), polno zadovoljstvo pri slušanju drugog para pri koitusu (ekuterstvo), uživanje u gledanju partnera kako vodi ljubav s drugim (miksoskopija), zanimanje za opscene slike (grafolagnija), sposobnost da se doživi seksualno uzbuđenje samo ako se aktivno sudeluje u polnom odnosu u kojem sudeluju tri osobe (troilizam) ili samo ako gleda pornografske slike. (piktofilija).

5. Delinkventna obeležja seksualnih devijacija

Seksualne devijacije, pogotovu pojedini njihovi oblici, ne samo što podležu neformalnoj društvenoj reakciji, već imaju inkriminatorna obeležja, pretežno prekršaja, ali u nekim slučajevima i krivičnog dela. Reč je o pojavama kojima se bitno povređuju norme javnog reda u društvenom smislu i morala u oblasti seksualnih odnosa. Seksualni odnosi nisu samo odnosi zadovoljavanja fizioloških potreba čoveka, u pitanju su i društveni odnosi, tj. odnosi o kojima sud ima društvo na osnovu tradicionalnih shvatanja i običaja moralnosti sredine.

Teži oblici seksualnih devijacija inkriminisani su tek s pojavom imperija, kada su razmere dostigle vrhunac razvrata. Tako su još u rimskom pravu, pored silovanja, pravnim normama podvrgnute pojave bluda. Mallues malleficarum iz 1848. godine inkriminiše „požudu, pohotu, te razbludnost u žena". Nemački Constitutio criminalis Carolina iz 1523. godine, pored silovanja, kao seksualne delikte označava odnose među muškarcima, između žena, nekrofiliju, sodomiju, ali i seksualne odnose izvan braka.

Ova krivična dela su u savremenom zakonodavstvu različito sistematizovana u pojedinim krivičnim zakonicima, pod nazivom krivična dela protiv morala; krivična dela protiv slobode i ljudskog dostojanstva:

protiv polnih sloboda; seksualna krivična dela; protiv seksualnog samopredelenja: protiv javnog morala i pravila pristojnosti; zločini protiv seksualne slobode; dela povrede stida i seksualne časti.

U našem krivičnom zakonodavstvu inkriminisano je više oblika seksualne delinkvencije. pretežno kao grupa krivičnih dela protiv polne slobode. Pre svega to su krivična dela: silovanje, obljuba nad nemoćnim licem, obljuba nad detetom, obljuba zloupotrebom službenog položaja, rodoskrvnjenje, nedozvoljene polne radnje, podvođenje i omogućavanje vršenja polnog odnosa, posredovanje u vršenju prostitucije, prikazivanje pornografskog materijala i iskorišćavanje dece za pornografiju.

Sa stanovišta postojećih krivičnopravnih odredbi, a u vezi seksualnih devijacija, poseban problem ima krivično delo nedozvoljene polne radnje i pitanje homoseksualizma.

U određenom smislu, nedozvoljene polne radnje kod seksualnih devijacija imaju značaj norme kojima su obuhvaćene mnogobrojne radnje, koje napred navedena dela ne sankcionišu. S toga su one više opisnog (primernog) oblika, nego što su konkretno odredive. Kako se u literaturi navodi, ovo krivično delo zakonodavac stavlja u akcesorni odnos sa napred navedenim krivičnim delima namerno, jer je za njegovo izvršenje bitno ponašanje učinioca (žrtve su različite po uzrastu i polu) i uslovljeno potrebom fizičkog kontakta izvršioca i žrtve. Motiv učinioca je zadovoljenje u uslovima kršenja postojećih normi seksualnog morala, s tim što je za ostvarenje bića ovog krivičnog dela potrebno da se ostvare neka od zakonskih obeležja navedenih krivičnih dela uz koje je ovo krivično delo vezano.

Drugo, ne manje po značaju, ali daleko aktuelnije po interesu je pitanje inkriminisanja homoseksualizma. Još 1974. godine na Međunarodnom kongresu za krivično pravo u Hagu doneta je rezolucija kojom homoseksualno ponašanje, između odraslih uz obostrani pristanak ne bi trebalo regulisati krivičnim pravom, osim u slučajevima ako je ono: uz upotrebljeno nasilje, iskorišćenost maloletnika od strane odrasle osobe, zloupotreba položaja, gde se homoseksualna ili devijantna aktivnost vrši otvoreno prouzrokujući uznemirenje javnosti i gde homoseksualno ili devijantno ponašanje uključuje prostituciju ili komercijalizaciju.

Milo Bošković, Ph.D., Full Professor
Novi Sad School of Law

Criminogenic Significance of Sexual Deviations

Abstract

The limit of the acceptable or of the admissibility in sexual relations according to the criteria: appropriate, natural, normal, customary and legal admissible is quite indefinite. In modern societies, the freedom in personal behavior higher, which results in more tolerant opinion on some forms of sexuality that are traditionally regarded as perverse and punishable. Such relations are treated as a matter of free personal sexual orientation. However, regardless of that, there is still a huge number of forms of satisfying sexual desire that are considered abnormalities based on traditional ideas of morality and customs environment, and therefore universal legal understanding and study of the needs of their etiological basis and adequate social, primarily criminal, reaction. The content of the article includes the most important questions and forms of sexual deviations that have or may have criminal characteristics.

Keywords: sexual deviation, sexual perversion, sexual inversion, criminal offence

Originalni naučni rad 347.627.2:341.9(497.11)

Dr Bernadet Bordaš, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

HARMONIZACIJA NORMI O RAZVODU BRAKA SA STRANIM ELEMENTOM U SRBIJI SA PRAVILIMA O SUKOBU ZAKONA I SUKOBU NADLEŽNOSTI U EU

***Sažetak*:** *Posle nešto više od četvrt veka otkako je Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja usvojen i stupio na snagu, u proleće 2009. godine započeo je rad na pripremi novog zakona o međunarodnom privatnom pravu. Kao jedno od važnih prethodnih pitanja pojavljuje se i ono koje se odnosi na poželjnu ili potrebnu harmonizaciju sa evropeizovanim međunarodnim privatnim pravom, koje je realnost već više od deseta godina, i čiji razvoj putem usvajanja sekundarnih izvora prava ne gubi ni dalje na dinamici. Posle usvajanja uredbi o nadležnosti i o priznanju i izvršenju presuda u građanskim i trgovinskim stvarima, kao i u bračnim stvarima i stvarima roditeljske odgovornosti (uredbe Brisel I i Brisel II bis) usvojene su i uredbe o određivanju merodavnog prava za vanugovorne i ugovorne obaveze (uredbe Rim II i Rim I). U domenu porodičnopravnih odnosa aktivnost na usklađivanju pravila o sukobu zakona ima za rezultat uredbu koja se odnosi na merodavno pravo za obaveze izdržavanja i predlog uredbe koji obuhvata i pitanje merodavnog prava za razvod braka. Ovi akti sadrže rešenja koja bi se, prilikom izrade novog zakona o međunarodnom privatnom pravu u Srbiji, mogla uzeti u obzir, jer su u njihovom formulisanju učestvovali, praktično, predstavnici većine evropskih zemalja, koje kao države članice Evropske unije kreiraju, prema dosadašnjoj praksi, uniformna pravila o sukobu zakona (i o sukobu nadležnosti) evropeizovanog međunarodnog privatnog prava.*

Ovaj rad će se baviti analizom predloga pravila o sukobu zakona i o međunarodnoj nadležnosti za razvod braka koji je izrađen u EU, sa aspe-

kta njihove prihvatljivosti i inspiracije za odgovarajuće norme budućeg zakona o međunarodnom privatnom pravu Srbije.

Ključne reči: *razvod braka sa stranim elementom, redovno boravište kao tačka vezivanja, izbor merodavnog prava za razvod, predlog uredbe o razvodu EU, novo međunarodno privatno pravo Srbije*

1. Uvod

Posle nešto više od četvrt veka otkako je Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja usvojen i stupio na snagu,[1] u proleće 2009. godine započeo je rad na pripremi novog zakona o međunarodnom privatnom pravu. Kao jedno od važnih prethodnih pitanja pojavljuje se i ono koje se odnosi na poželjnu ili potrebnu harmonizaciju sa evropeizovanim međunarodnim privatnim pravom[2] koje je realnost već više od deset godina, i čiji razvoj putem usvajanja sekundarnih izvora prava otada ne gubi na dinamici.[3]

Član 65 Amsterdamskog ugovora o osnivanju EZ, odnosno Lisabonskog ugovora o funkcionisanju Evropske unije daje pravni osnov za usvajanje mera koje imaju za cilj postizanje kompatibilnosti pravila država

---

[1] Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja usvojen je 1982. godine, a stupio je na snagu 1. januara 1983. godine, Sl. list SFRJ, br. 43/1982, 72/1982; Sl. list SRJ, br. 46/96, Sl. glasnik RS, br. 46/2006.

[2] Stupanje na snagu Lisabonskog ugovora o Evropskoj uniji i Ugovora o funkcionisanju Evropske unije koje će uslediti u veoma bliskoj budućnosti nameće izmenu do sada korišćenih termina: pošto Evropska zajednica ustupa mesto Evropskoj uniji, a Ugovor o osnivanju Evropske zajednice postaje Ugovor o funkcionisanju Evropske unije, i izvedeni termini poput komunitarnog prava, komunitarizovanog međunarodnog privatnog prava – bez obzira na to da li su ili koliko su oni bili srećno izabrani i korišćeni u srpskom jeziku – gube značenje. U ovom radu ćemo umesto komunitarnog prava koristiti izraz pravo EU, a umesto komunitarizovanog međunarodnog privatnog prava – evropeizovano međunarodno privatno pravo, ili, pak, međunarodno privatno pravo EU.

[3] Vidi dokument o tekovinama prava EZ u oblasti pravosudne saradnje u građanskim stvarima sa stanjem u oktobru 2008. godine „ Acqius of the European Union, Title IV of the TEC, Part II of the TEC, Title VI of the TEU, JAI-ACQUIS“; internet adresa: http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/intro/docs/jha_acquis_1008_en.pdf. Vidi, takođe, The Hague Programme: strengthening freedom, security and justice in the European Union, OJ C 198, 2005, str. 1 i OJ C 139, 2006, str. 1; Communication from the Commission to the Council and the European Parliament – Report on Implementation of the Hague Programme for 2007, Brussels, 2.7.2008, COM(2008) 373 final, http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/ LexUriServ.do?uri=COM:2008:0373:FIN:EN:PDF i budući Stokholmski program – Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – An Area of Freedom, security and justice, Brussels, 10.6.2009, COM(2009) 262 final, http://eur-lex.europa.eu/ LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0262:FIN:EN:PDF

članica o sukobu zakona i sukobu nadležnosti. Uz sve specifičnosti koje su pratile usvajanje mera u oblasti pravosudne saradnje u građanskim stvarima koje imaju prekogranične posledice u skladu sa odredbama o proceduri predviđenoj u članu 67, i uz poštovanje protokola o položaju Ujedinjenog Kraljevstva i Irske i protokola o položaju Danske shodno članu 69 Ugovora o osnivanju Evropske zajednice, regulisana je međunarodna nadležnost sudova država članica, priznanje i izvršenje odluka u građanskim i trgovinskim stvarima, određivanje merodavnog prava za vanugovorne i ugovorne obaveze.[4]

U oblasti porodičnopravnih odnosa navedene tri ključne problematike su takođe uključene u zakonodavnu aktivnost organa EZ, odnosno EU, ali zbog posebne prirode tih odnosa i razlika u stavovima država članica, usvajanje mera – sekundarnih izvora prava EU – odvija se sporije i uz traženje načina usaglašavanja stavova država članica i usvajanja akata koji se razlikuju od propisane procedure, a ipak u okvirima i u skladu sa odredbama Ugovora o EZ.[5] Prvi akt koji je usvojen bila je Uredba br. 1347/2000 o nadležnosti i o priznanju i izvršenju odluka u bračnim stvarima i stvarima roditeljske odgovornosti za zajedničku decu oba roditelja (poznata kao Uredba Brisel II),[6] koja je relativno brzo zamenjena Uredbom br. 2201/2003 o nadležnosti i o priznanju i izvršenju odluka u bračnim stvarima i stvarima roditeljske odgovornosti (poznata kao Uredba Brisel II bis, ovako i u daljem tekstu).[7] Sledeći korak je bio izrada predlo-

[4] Vidi Uredbu Saveta (EZ) br 44/2001 o nadležnosti i o priznanju i izvršenju presuda u građanskim i trgovinskim stvarima (Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters) OJ L 12, 16.01.2001; Uredbu (EZ) Evropskog parlamenta i Saveta br. 864/2007 o merodavnom pravu za vanugovorne obaveze (Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law - applicable to non-contractual obligations), OJ L 199, 31.07.2007; Uredbu (EZ) br. 593/2008 Evropskog parlamenta i Saveta o merodavnom pravu za ugovorne obaveze Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations), OJ L 177, 4.07.2008.

[5] O specifičnostima harmonizacije u oblasti porodičnopravnih odnosa, vidi kod B. Bordaš, Specifičnosti harmonizacije u oblasti međunarodnog porodičnog prava u EZ, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, XLII, 1-2/2008.,str. 433.

[6] Uredba Saveta (EZ) br. 1347/2000 o nadležnosti i o priznanju i izvršenju presuda u bračnim stvarima i stvarima roditeljske odgovornosti za zajedničku decu oba roditelja, (Council regulation (EC) No 1347/200 of 19 May 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and in matters of parental responsibility for children of both spouses), OJ L 160, 30.06.2000.

[7] Uredba Saveta (EZ) br. 2201/2003 o nadležnosti i o priznanju i izvršenju presuda u bračnim stvarima i stvarima roditeljske odgovornosti, kojom se ukida Uredba (EZ) br. 1347/2-000 (Council regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and

ga o određivanju merodavnog prava za razvod braka[8] koji je trebalo da bude usvojen u formi izmena i dopuna Uredbe Brisel II bis. Zvaničan predlog je pripremljen 2006. godine,[9] on, međutim, nije usvojen zbog nemogućnosti da se postigne neophodna jednoglasnost država članica.[10] Ovu činjenicu je konstatovao Savet EU 2008. godine,[11] uz naglašavanje da velika većina država članica podržava ciljeve predloga i da će se zbog toga ispitati mogućnosti i posledice uspostavljanja pojačane saradnje između država članica,[12] kroz koju formu bi se usvojio sveobuhvatni pravni okvir koji bi dao bračnim partnerima određen stepen autonomije volje u izboru nadležnog suda i merodavnog prava u slučaju razvoda braka.[13] Devet država je izrazilo spremnost da zatraži od Komisije podnošenje predloga za pojačanu saradnju u okviru koje bi se usvojio odgovarajući instrument.[14] [15] Aktivnosti koje se odnose na Predlog Uredbe Saveta o izmenama i dopunama Uredbe (EZ) br. 2201/2003 koje se tiču nadležnosti i uvođenja novih pravila o merodavnom pravu u bračnim stvarima mogu da se prate na internet strani Saveta.[16] Komisija se od 2008. godine nije izjašnjavala o ovoj mogućnosti.[17]

---

the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000), OJ L 338, 23.12.2003.

[8] Vidi studiju „Practical Problems Resulting from the Non-Harmonization of Choice of Law Rules in Divorce Matters, JAI/A3/2001/04, Final report, The Hague, 2002 i Green Paper on applicable law and jurisdiction in divorce matters {SEC(2005) 331} /COM/2005?0082 final/.

[9] Vidi Predlog Uredbe Saveta o izmenama i dopunama Uredbe (EZ) br. 2201/2003 koje se tiču nadležnosti i uvođenja novih pravila o merodavnom pravu u bračnim stvarima (Proposal for a Council Regulation amending Regulation (EC) No 2201/2003 as regards jurisdiction and introducing rules concerning applicable law in matrimonial matters) - (COM/2006/399 final); vidi, takođe, dokument Saveta 5274/07 od 12. januara 2007. godine, koji sadrži modifikacije navedenog predloga.

[10] Malta je protiv predloga zbog toga što njeno supstancijalno pravo ne poznaje sudski razavod braka, a Švedska zbog toga što želi da sačuva liberalne uslove za razvod braka koji su propisani u njenom supstancijalnom pravu. Ujedinjeno Kraljevstvo i Irska s druge strane ne žele da odstupe od primene lex fori u postupcima pred domaćim sudovima.

[11] Vidi internet adresu: http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/jha/101000.pdf .

[12] Vidi internet adresu: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/jha/102007.pdf .

[13] Vidi belešku br. 9.

[14] To su Austrija, Francuska, Grčka, Mađarska, Italija, Luksemburg, Rumunija, Slovenija i Španija, vidi internet adresu: http://euobserver.com/9/26546 .

[15] O proceduri pojačane saradnje, vidi internet adresu: http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/nice_treaty/nice_treaty_cooperations_en.htm

[16] Vidi na adresi: http://register.consilium.europa.eu/servlet/driver?page=Result&lang=EN&ssf=DATE_DOCUMENT+DESC&fc=REGAISEN&srm=2

Za sada jedini rezultat u domenu usklađivanja pravila o sukobu zakona za porodičnopravne odnose u EU je Uredba Saveta (EZ) br. 4/2009 od 18. decembra 2008. godine o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju i izvršenju odluka i o saradnji u stvarima u vezi sa obavezama izdržavanja (u daljem tekstu: Uredba 4/2009 o obavezama izdržavanja).[18] Odredbe ove Uredbe o merodavnom pravu za obaveze izdržavanja, međutim, nisu rezultat jedino rada zakonodavnih organa EU, već će se preuzeti iz Haškog protokola o merodavnom pravu za obaveze izdržavanja, koji je usvojen od strane Haške konferencije za međunarodno privatno pravo kao posebna konvencija, uz Hašku konvenciju o međunarodnom ostvarivanju zahteva za izdržavanje dece i drugih oblika porodičnog izdržavanja iz 2007. godine.[19] Razlog tome jeste, s jedne strane, neslaganje država članica EU o odredbama o merodavnom pravu Uredbe 4/2009, a s druge strane su se i u radu Haške konferencije ispoljile takve razlike između država učesnica u pogledu odredbi o merodavnom pravu, da je procenjeno da bi uključivanje u tekst konvencije tih odredbi odvratilo neke države od njenog potpisivanja. Te dve okolnosti su dovele do toga da Uredba 4/2009 u članu 15 propisuje da će merodavno pravo u odnosima između država članica EZ biti određeno u skladu sa Haškim protokolom o merodavnom pravu iz 2007. godine sa dejstvom između država članica koje taj protokol prihvate kao obavezujući.

Ako je politički cilj Srbije punopravno članstvo u Evropskoj uniji, ono će imati za posledicu važnost evropeizovanog međunarodnog privatnog prava umesto nacionalnog, domaćeg. Ovaj cilj, međutim, ne bi trebalo da izazove dilemu da li je potreban novi zakon o međunarodnom privatnom pravu ili ne, tim pre što se ni same države članice EU ne uzdržavaju od novog regulisanja odnosa sa elementom inostranosti,[20] već traži

---

5&md=400&typ=Simple&cmsid=638&ff_TITRE=Rome+III&ff_FT_TEXT=&ff_SOUS_COTE_MATIERE=&dd_DATE_REUNION= i posebno dokument na adresi: http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/08/st11/st11984.en08.pdf.

[17] Vidi dokument na adresi: http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/08/st11/st11984-co01.en08.pdf

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

[19] Vidi na internet adresi: http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=131 .

[20] Belgija je usvojila zakon o međunarodnom privatnom pravu 2004. godine, Estonija 2002. godine – samo dve godine pre nego što je postala član EU, Bugarska 2005. godine. U Nemačkoj je 2007. godine izrađen predlog za regulisanje međunarodnog kompanijskog prava na evropskom i nacionalnom nivou (Sonnenberger, H.J., Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts,

sagledavanje toga, da li, i u kojoj meri već manje-više usklađena, evropeizovana pravila mogu da služe kao model prilikom razmatranja novih rešenja za pojedina pitanja. Ovaj rad će biti posvećen analizi predloga normi o međunarodnoj nadležnosti i o određivanju merodavnog prava za razvod braka koji je izrađen u EU, i jednom od mogućih predloga normi o međunarodnoj nadležnosti i o određivanju merodavnog prava za razvod braka budućeg zakona o međunarodnom privatnom pravu Srbije u svetlu napora za usklađivanje tih normi u Evropskoj uniji.

2. Unapređenje kompatibilnosti pravila o merodavnom pravu za razvod braka u EU

Predlog Uredbe Saveta o izmenama i dopunama Uredbe (EZ) br. 2201/2003 koje se tiču nadležnosti i uvođenja novih pravila o merodavnom pravu u bračnim stvarima iz 2006. godine (u daljem tekstu: Predlog Uredbe o razvodu iz 2006.)[21] navodi kao ciljeve usklađivanja kolizionih normi za razvod braka (i za zakonsku separaciju u državama članicama u kojima postoji ova ustanova) u EU stvaranje jasnog i sveobuhvatnog pravnog okvira za bračne stvari, putem kojeg bi se obezbedila pravna sigurnost, predvidljivost, fleksibilnost i pristup sudovima za građane, budući da različita pravila supstancijalnog i kolizionog prava u državama članicama izazivaju teškoće u bračnim stvarima sa stranim elementom.[22]

Harmonizacija kolizionih normi omogućila bi predvidljivost prava koje bi bilo merodavno za razvod braka, bez obzira na to u kojoj bi se državi članici pokrenuo postupak, pošto bi međunarodno nadležni sudovi u svakoj državi članici određivali merodavno pravo po istim, uniformnim kolizionim normama. Predloženo primarno koliziono rešenje je ograničena autonomija volje supružnika, odnosno izbor merodavnog prava, ali samo između prava onih država sa kojima postoji tesna povezanost. U odsustvu izbora, merodavno pravo se određuje po tačkama vezivanja koje bi trebalo da omoguće primenu prava one države sa kojom je brak u tesnoj

---

Tübingen, 2207), u Holandiji je pred parlamentom predlog zakona o međunarodnom privatnom pravu (vidi internet adresu: Tweede Kamer, 2009-2010, 32137, http://conflictoflaws.net/2009/netherlands-proposal-on-private-international-law-book-10/

[21] Vidi belešku br. 8.

[22] Vidi Commission staff working document – Annex to the proposal for a Council Regulation amending Regulation (EC) No 2201/2003 as regards jurisdiction and introducing rules concerning applicable law in matrimonial matters – Impact assessmnet {COM(2006) 399 final} {SEC(2006) 950}, internet adresa:

http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SEC:2006:0949:FIN:EN:HTML

vezi. Ovakva mogućnost nesumnjivo ima prednosti nad rešenjima nacionalnih prava država članica, koja većinom favorizuju primenu prava zajedničkog državljanstva ili prava mesta suda. Evropeizovane kolizione norme za razvod braka bi otklonile i situaciju koja se naziva „trkom do suda" („rush to court") u kojoj svaka strana u sporu nastoji da podnese tužbu (pre druge strane) sudu one države članice u kojoj će se po nacionalnim kolizionim normama odrediti kao merodavno ono pravo koje toj strani ide više u prilog.

Fleksibilnost evropeizovanog pravnog okvira se po Predlogu Uredbe o razvodu iz 2006. godine postiže tako što se supružnicima omogućuje da biraju ne samo merodavno pravo, već i sud koji će biti nadležan za razvod njihovog braka.[23] Uz odredbe o opštoj međunarodnoj nadležnosti sudova država članica u bračnim stvarima po Uredbi 2201/2003 (u daljem tekstu: Uredba Brisel II bis)[24] Predlog Uredbe o razvodu iz 2006. godine dodaje novi član 3a kojim se uvodi mogućnost da supružnici zaključenjem pisanog sporazuma[25] izaberu sud države članice koji će biti međunarodno nadležan za razvod (odnosno zakonsku separaciju) njihovog braka, s tim da supružnici moraju da imaju sa tom državom članicom bitnu, suštinsku vezu. Takvu vezu predstavljaju: (a) činjenice na kojima se zasniva opšta međunarodna nadležnost iz člana 3 (redovno boravište oba supružnika, redovno boravište tuženog, redovno boravište tužioca, zajedničko državljanstvo supružnika)[26], ili (b) poslednje zajedničko redovno boravište supružnika koje je u dotičnoj državi članici trajalo najmanje tri godi-

[23] U Predlogu se naglašava da mogućnost izbora suda ide u prilog obezbeđivanju pristupa sudovima za supružnike koji imaju različito državljanstvo, i onih koji žive u trećoj zemlji, a ne u nekoj od država članica.

[24] Odredbe o opštoj međunarodnoj nadležnosti sudova država članica u bračnim stvarima po Uredbi Brisel II bis zasnovane su na dva kriterijuma: teritorijalnom i personalnom. Teritorijalni kriterijum je redovno boravište, i to: (1) zajedničko redovno boravište supružnika, ili poslednje redovno boravište oba supružnika, od kojih jedan još uvek ima redovno boraviše u dotičnoj državi članici, ili u slučaju zajedničkog zahteva redovno boravište bilo kog supružnika; (2) redovno boravište tuženog; (3) redovno boravište tužioca koje je u dotičnoj državi članici imao najmanje godinu dana neposredno pre podnošenja zahteva, ili redovno boravište tužioca koje je u dotičnoj državi članici imao najmanje šest meseci neposredno pre podnošenja zahteva, a tužilac ima i državljanstvo (u slučaju Ujedinjenog Kraljevstva i Irske prebivalište) dotične države članice. Personalni kriterijum je zajedničko državljanstvo (u slučaju Ujedinjenog Kra-ljevstva i Irske prebivalište) supružnika (član 3).

[25] Predlog stava 2 člana 3a glasi: „Sporazum o nadležnosti mora da bude u pisanoj formi i mora da bude potpisan od strane oba supružnika, najkasnije u vreme pokretanja postupka pred sudom."

[26] Vidi belešku br. 19.

ne, ili (v) državljanstvo jednog od supružnika dotične države članice (odnosno prebivalište u Ujedinjenom Kraljevstvu ili Irskoj). Pravila o sporazumnoj nadležnosti sudova država članica primenjuju se bez obzira na to da li supružnici žive u nekoj od država članica ili u trećoj zemlji.[27]

Kako je navedeno, evropeizovano međunarodno privatno pravo je, po Predlogu Uredbe o razvodu iz 2006. godine, trebalo da uvede mogućnost izbora merodavnog prava za razvod braka (i za zakonsku separaciju). Izbor bi se vršio u formi pisanog sporazuma, potpisanog od strane oba supružnika, i to najkasnije u vreme pokretanja postupka.[28] Supružnici bi mogli da biraju jedno od sledećih prava:[29] (a) pravo države poslednjeg zajedničkog redovnog boravišta supružnika, pod uslovom da jedan od njih u vreme pokretanja postupka i dalje ima redovno boravište u toj državi;[30] (b) pravo države čije državljanstvo ima jedan od supružnika;[31] (v) pravo države u kojoj su supružnici imali redovno boravište u trajanju od najmanje pet godina; (g) pravo *države članice* čijem sudu je podnesen zahtev.

Ukoliko supružnici ne bi izabrali merodavno pravo, odredili bi sudovi država članica po supsidijerno postavljenim tačkama vezivanja: (a) zajedničko redovno boravište supružnika, a ukoliko ga nemaju (b) poslednje zajedničko redovno boravište pod uslovom da ga jedan od njih i dalje ima u toj državi, a ukoliko ove činjenice ne postoje (v) zajedničko državljanstvo supružnika,[32] i na kraju, ukoliko ga nemaju (g) mesto suda kojem je zahtev podnesen.[33]

---

[27] Vidi Predlog Uredbe o razvodu iz 2006. godine, COM (2006) 399 final, str. 4; prema predloženoj izmeni člana 7 Uredbe Brisel II bis o rezidualnoj nadležnosti u slučajevima u kojima nijedan od supružnika ne bi imao redovno boravište na teritoriji neke države članice a koji nemaju ni zajedničko državljanstvo neke države članice, međunarodno nadležan bi bio sud one države članice u kojoj su supružnici imali prethodno zajedničko boraviše najmanje tri godine, ili sud one države članice čije državljanstvo ima jedan od supružnika.

[28] Član 20a stav 2: „Sporazum o izboru merodavnog prava mora da bude izražen u pisanoj formi, potpisan od strane oba supružnika najkasnije u vreme pokretanja postupka."

[29] Član 20 a Predloga Uredbe o razvodu iz 2006. godine.

[30] Poslednje zajedničko redovno boravište supružnika, koje je za jednog od njih redovno boravište i u vreme pokretanja postupka je činjenica koja je takođe osnov opšte međunarodne nadležnosti suda *država članica* (član 3 Uredbe Brisel II bis), i po kojoj mogu da izaberu nadležan sud neke od država članica (član 3a stav 1 tačka a Predloga Uredbe o razvodu iz 2006. godine).

[31] Ista činjenica je predložena i za osnov izbora međunarodno nadležnog suda neke od država članica (član 3a stav 1 tačka c Predloga Uredbe o razvodu iz 2006. godine).

[32] U slučaju Ujedinjenog Kraljevstva i Irske tačka vezivanja je zajedničko prebivalište.

[33] Član 20 b.

Odredbe o međunarodnoj nadležnosti i o merodavnom pravu u Predlogu Uredbe o razvodu iz 2006. godine nisu međusobno usklađene, u tom smislu da bi se koristile iste, paralelne tačke vezivanja i za određivanje međunarodne nadležnosti i za određivanje merodavnog prava,[34] što bi moglo da dovede do situacije da se primenjuje pravo suda, jer je to najlakše za sud i načelno dovodi do kvalitetnijih odluka nego kada bi sudovi trebalo da primenjuju strano pravo.[35] Ipak, u nekim slučajevima se može postići taj rezultat, dok bi u drugim situacijama – naročito izborom suda i merodavnog prava – bilo omogućeno da se kombinacijom raznih činjenica supružnicima olakša razvod, što odgovara fleksibilnosti kao jednom od ciljeva evropeizacije ovog pitanja. Tako, na primer, ukoliko se supružnici ne bi sporazumeli o nadležnom sudu, niti o merodavnom pravu, sud države članice u mestu redovnog boravišta supružnika bi primenio kao merodavno pravo njihovog zajedničkog redovnog boravišta po predloženom članu 20b tačka (a)[36], što je ujedno i pravo mesta suda, i nijedno drugo pravo ne bi moglo da bude merodavno, jer su tačke vezivanja postavljene supsidijerno, te čak i da supružnici imaju zajedničko državljanstvo, a postupa sud po njihovom zajedničkom redovnom boravištu, primena prava zajedničkog državljanstva bi bila isključena.[37] S druge strane, da se supružnici koriste autonomijom volje za određivanje merodavnog prava, sud nadležan po njihovom zajedničkom redovnom boravištu bi mogao da primeni pravo koje bi, po oceni supružnika, bilo povoljnije za uslove razvoda njihovog braka, kao što je pravo državljanstva jednog od njih, ili države u kojoj su supružnici imali zajedničko redovno boraviše najmanje pet godina (u toku trajanja braka).[38]

Prorogacija nadležnosti i sporazum o izboru merodavnog prava za razvod braka sa elementom inostranosti – koji pretpostavljaju izvesnu saradnju supružnika koji nameravaju da se razvedu da bi ti sporazumi mogli da budu zaključeni – mogli bi, načelno, da priušte brže razvode, jer posto-

---

[34] Vidi Rezoluciju Saveznog saveta Nemačke o Predlogu za izmenu i dopunu Uredbe 2201/2003, br. 531/06, 3.11. 06: http://www.bundesrat.de/cln_051/SharedDocs/Drucksachen/2006/0501-600/531-06_28B_29,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/531-06(B).pdf

[35] Vidi kod Fiorini, A., Rome III – Choice of Law in Divorce: is the Europeanization of Family Law Going Too Far?, International Journa of Law, Policy and the Family, godište 22, 2008, str. 178.

[36] Vidi slično i za član 3 stav 1 tačka (a) alineja 2 Uredbe 2201/2003 i član 20 b tačka (b) Predloga Uredbe o razvodi iz 2006. godine.

[37] Vidi član 3 stav 1 tačka (a) Uredbe 2201/2003 i član 20b tačka (c) Predloga Uredbe o razvodu iz 2006. godine.

[38] Vidi član 20 a tačke (b) i (c) Uredbe 2201/2003 i član 20b tačka (c) Predloga Uredbe o razvodu iz 2006. godine.

ji mogućnost da se supružnici obrate sudu države članice čije državljanstvo jedan od njih ima i da biraju kao merodavno bilo pravo državljanstva drugog supružnika, bilo pravo mesta suda koje je ujedno i pravo državljanstva drugog (član 3 a stav 1 tačka (c) Predloga Uredbe o razvodu iz 2006). Ta bi mogućnost odgovarala švedskom državljaninu u braku sa inostranim državljaninom, i to bez obzira na to da li je drugi supružnik državljanin druge države članice ili države koja nije članica EU. Ukoliko bi se tužilac (podnosilac zahteva za razvod braka) obratio sudu države članice čiji je državljanin na osnovu činjenice da on tamo ima redovno boravište najmanje šest meseci neposredno pre podnošenja zahteva (član 3 stav 1 tačka (a) alineja 6 Uredbe Brisel II bis), ovaj kratak boravak bi mogao da podstakne forum shopping, ali je korišćenje te mogućnosti u praksi otežano činjenicom da ona ne stoji na raspolaganju svim licima, već samo onima koji su državljani dotične države članice. Nadležni sud države članice bi po evropeizovanim kolizionim normama utvrdio merodavno pravo, koje bi primenom Kegelove lestvice, moglo da bude pravo države suda (član 20 b tačka (d) Predloga Uredbe o razvodu iz 2006. godine), pošto supružnici ne bi imali zajedničko redovno boravište sledstveno činjenici da tuženi ima najmanje šest meseci boravište u državi svog državljanstva. Primena prava države zajedničkog državljanstva takođe nije verovatna, jer da su ga imali, bio bi nadležan sud te države članice (član 3 stav 1 tačka (b) Uredbe Brisel II bis), dok primena prava države poslednjeg zajedničkog državljanstva ne bi bila isključena ukoliko bi drugi supružnik zadržao redovno boravište u toj državi.[39] Ako, međutim, ni opisani činjenice ne bi postojale, merodavno bi bilo pravo države članice pred čijim sudom je postupak pokrenut i čiji je državljanin tužilac.

Imajući u vidu činjenice koje su predložene kao tačke vezivanja kolizionih normi za razvod braka EU, važno je istaći da je reč o dvostranim kolizionim normama, koje imaju „univerzalnu primenu“, kako je to navedeno u objašnjenju uz Predlog Uredbe o razvodu iz 2006. godine.[40] Takva primena znači da sudovi država članica, čija je međunarodna nadležnost određena u skladu sa pravom EU, primenjuju evropeizovane kolizione norme čak i tada kada bi one dovele do merodavnosti prava neke treće zemlje, a ne države članice.[41]

---

[39] Ovo rešenje postavlja pitanje određivanja merodavnog vremena u kojem drugi supružnik mora da ima redovno boravište u državi poslednjeg zajedničkog redovnog boravišta: da li u vreme pokretanja postupka, u vreme određivanja merodavnog supstancijalnog prava ili u vreme donošenja odluke o razvodu, o čemu predlog ne govori.

[40] Vidi Predlog Uredbe o razvodu iz 2006. godine, COM (2006) 399 final, str. 10.

[41] Ovaj stav proizlazi iz člana 20c Predloga Uredbe o razvodu iz 2006. godine koji se odnosi na primenu stranog prava: „Ako je merodavno pravo druge države članice, sud

3. Norme za razvod braka sa stranim elementom u Srbiji

3.1. Norme o međunarodnoj nadležnosti i o merodavnom pravu za razvod braka po ZRSZ i njihovo sadejstvo

Norme ZRSZ o međunarodnoj nadležnosti u bračnim sporovima[42] i o određivanju merodavnog prava[43] formulisane su tako, da u prvom redu omoguće razvod po pravu Srbije domaćim državljanima, a takođe i da olakšaju razvod primenom prava Srbije kao merodavnog. Međunarodna nadležnost je određena po teritorijalnom i personalnom kriterijumu, a merodavno pravo se utvrđuje prema državljanstvu supružnika, u skladu sa opredeljenjem zakonodavca da statusne i porodične odnose podvrgne pravu države čije državljanstvo fizička lica imaju. U nastavku izlaganja sledi prikaz i kombinacija analize odredaba o međunarodnoj nadležnosti i o merodavnom pravu za razvod braka, da bi se pokazale situacije u kojima domaći sudovi potencijalno mogu da primenjuju strano pravo, i iz toga zaključilo o pravcima eventualnih izmena, u prvom redu kolizionih normi za razvod braka.

Teritorijalna veza sa Srbijom u formi prebivališta bitna je za međunarodnu nadležnost domaćeg pravosuđa u prvom redu za supružnike koji su strani državljani:

(a) Supružnik koji ima strano državljanstvo može da bude tužen pred sudovima u Srbiji, ukoliko je njegovo prebivalište u Srbiji, bez obzira na to da li je drugi supružnik srpski ili strani državljanin, jer je opšta međunarodna nadležnost po ZRSZ određena prema prebivalištu tuženog (član 46 stav 1 ZRSZ). Merodavno pravo na osnovu člana 35

---

može da se koristi Mrežom Evropske pravosudne mreže da bi pribavio obaveštenje o sadržaju tog prava.“ Univerzalna primena kolizionih normi o razvodu proizlazi i iz odredbi člana 20 a: jedino je u odredbi stava 1 tačka (d) izričito navedeno da supružnici mogu da izaberu kao merodavno pravo *države članice* pred čijim sudom je podnesen zahtev, dok se u ostalim tačkama govori samo o državama (zajedničkog redovnog boravišta ili državljanstva).

[42] Vidi član 46 stav 1, član 61, član 62 i član 63 ZRSZ.

[43] Član 35 ZRSZ:

„Za razvod braka merodavno je pravo države čiji su državljani oba bračna druga u vreme podnošenja tužbe.

Ako su bračni drugovi državljani različitih država u vreme podnošenja tužbe, za - razvod braka merodavna su kumulativno prava obe države čiji su oni državljani.

Ako se brak ne bi mogao razvesti po pravo određenom u stavu 2. ovog člana, za razvod braka merodavo je pravo SRJ, ako je jedan od bračnih drugova imao u vreme podnošenja tužbe prebivalište u SRJ.

Ako je jedan od brčnih drugova državljanin SRJ koji nema prebivalište u SRJ, a brak se ne bi mogao razvesti po pravu određenom u stavu 2 ovog člana, za razvod braka - merodavno je pravo SRJ.“

ZRSZ bi moglo da bude: (i) pravo one *strane* države čije državljanstvo bi imali i tuženi inostrani državljanin sa prebivalištem u Srbiji i njegov supružnik (pravo države zajedničkog državljanstva supružnika shodno članu 35 stav 1 ZRSZ); (ii) pravo državljanstva tuženog supružnika u kumulaciji sa pravom državljanstva drugog supružnika, dakle domaći sud bi morao da primeni ili prava dveju *stranih* država, ili pravo *strane* države u kumulaciji sa pravom Srbije, ukoliko bi drugi supružnik bio domaći državljanin, koji ne bi imao prebivalište u Srbiji (član 35 stav 2); (iii) pravo *Srbije* na osnovu stava 3 člana 35, ako bi to bio brak stranih državljana različitih inostranih državljanstava, a kumulativna primena stranih prava bi onemogućila razvod njihovog braka pred sudom u Srbiji; (iv) pravo *Srbije* shodno članu 35 stav 4 ako bi strani državljanin sa prebivalištem u Srbiji bio u braku sa domaćim državljaninom koji nema prebivalište u Srbiji.

(b) Poslednje (zajedničko)[44] prebivalište supružnika u Srbiji, uz uslov da tužilac u vreme podnošenja tužbe i dalje ima prebivalište ili boravište u Srbiji su kumulativne činjenice koje određuju međunarodnu nadležnost pravosuđa Srbije bilo da su oboje supružnika strani državljani, bilo da je jedan supružnik domaći državljanin (u ulozi tuženog) koji u vreme podnošenja tužbe nema prebivalište u Srbiji, ali ga ima supružnik koji je stranac (član 61 stav 1 tačka 3 ZRSZ).[45] Merodavno pravo bi bilo ili pravo zajedničkog *inostranog* državljanstva supružnika, ili kumulativna primena prava dve države (strane ili strane i Srbije) čiji bi državljani bili supružnici, ili u slučaju da kumulacija merodavnih prava spreči razvod – pravo Srbije, tj. važi mutatis mutandis ono što je rečeno pod (a).

(v) Poslednje zajedničko prebivalište supružnika, koji su oboje strani državljani, takođe je činjenica koja može da omogući međunarodnu nadležnost pravosuđa u Srbiji, ali samo uz ispunjenje još dva uslova, i to: ako tuženi pristane na nadležnost srpskog pravosuđa i ako propisi države

[44] Vidi o objašnjenju upotrebe izraza „poslednje prebivalište“ umesto „poslednje zajedničko prebivalište“ u formulaciji člana 61 stav 1 tačka 3, kod: Dika, M., Knežević, G., Stojanović, S., Komentar Zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu, Beograd, 1991, str. 213.

[45] Ako bi dvoje supružnika – stranaca imali poslednje zajedničko prebivalište u Srbiji, ali u vreme podnošenja tužbe bi još samo tužilac – stranac imao prebivalište u Srbiji bio bi ispunjen uslov iz člana 61 stav 1 tačka 3 za postojanje međunarodne nadležnosti pravosuđa Srbije; ako bi u braku između domaćeg državljanina i stranca u vreme podnošenja tužbe prebivalište u Srbiji imao samo stranac, a domaći državljanin ne, pravosuđe Srbije bi bilo međunarodno nadležno; a ukoliko bi domaći državljanin bio taj koji bi u vreme podnošenja tužbe još imao prebivalište u Srbiji, on bi mogao da tuži kod domaćeg pravosuđa po odredbi člana 61 stav 1 tačka 2, a ne po odredbi tačke 3.

ili država čije državljanstvo imaju dopuštaju tu nadležnost (član 62 ZRSZ). Merodavno pravo bi na osnovu kolizione norme za razvod braka ZRSZ bilo *strano* pravo države zajedničkog državljanstva ili kumulacija prava državljanstva jednog i drugog supružnika.

Personalni kriterijum za određivanje međunarodne nadležnosti pravosuđa Srbije u bračnim sporovima je *srpsko državljanstvo*. Ono se koristi ili samostalno, ili u kumulaciji sa prebivalištem u Srbiji:

(a) Ako su oba supružnika državljani Srbije domaće pravosuđe će biti međunarodno nadležno, čak i ako nijedan od njih nema prebivalište u Srbiji (član 61 stav 1 tačka 1). U ovom slučaju je pred domaćim sudom merodavno pravo Srbije, čak i po odredbi člana 35 stav 1.

(b) Ako je tužilac državljanin Srbije sa prebivalištem u Srbiji, on će moći da vodi postupak za razvod svog braka sa licem stranog državljanstva u Srbiji, bez obzira na druge činjenice koje bi ih vezivale za teritoriju Srbije, kao što bi bile, na pr. zajedničko prebivalište ili poslednje zajedničko prebivalište u Srbiji (član 61 stav 1 tačka 2). Merodavno pravo će se odrediti po članu 35 stav 2, a ukoliko brak ne bi mogao da se razvede po merodavnim pravima, *domaće* pravo će odrediti uslove za razvod takvog braka sa elementom inostranosti shodno stavu 3 istog člana.

(v) Ako je tuženi državljanin Srbije sa prebivalištem u Srbiji, pravosuđe Srbije zadržava za sebe u bračnim sporovima isključivu međunarodnu nadležnost (član 61 stav 2). Merodavno pravo, međutim, nije pravo Srbije, ali bi moglo da bude po osnovu člana 35 stav 3.

(g) Srpsko državljanstvo tužioca osigurava međunarodnu nadležnost domaćeg pravosuđa i tada, kada ne bi postojale činjenice po kojima bi se ona po odredbama članova 46 stav 1, 61 i 62 mogla zasnovati, a pravo države čiji bi sud bio nadležan ne bi predviđao ustanovu razvoda braka (član 63 ZRSZ). Ovaj osnov međunarodne nadležnosti izričito favorizuje razvod braka domaćeg državljanina i omogućuje da se bez primene stava 2 primeni odredba stava 4 člana 35, tj. *srpsko* pravo, jer nemogućnost razvoda pred inostranim sudom čini uslov međunarodne nadležnosti domaćeg pravosuđa.

Kako se iz prethodnog može zaključiti, teoretski najspornija odredba kolizione norme za razvod braka ZRSZ – stav 2 člana 35 – u kombinaciji sa odredbama o međunarodnoj nadležnosti srpskog pravosuđa u praksi bi mogla da dovede do stvarne nemogućnosti da inostrani državljani razvedu svoj brak u Srbiji, samo ako u vreme podnošenja tužbe nijedan od njih ne bi imao prebivalište u Srbiji.[46] To je slučaj iz člana 62 ZRSZ, tj. ako su supružnici, koji su državljani različitih stranih država, imali poslednje za-

[46] Ako bi tužilac u vreme podnošenja tužbe imao prebivalište u Srbiji, međunarodna nadležnost bi se zasnovala na članu 61 stav 1 tačka 3.

jedničko prebivalište u Srbiji, a tuženi pristane da sudi sud Srbije i prava njihovih državljanstava dopuštaju tu nadležnost. Tada bi kumulacija prava državljanstva svakog od njih mogla da osujeti razvod braka u datom trenutku. Kumulacija dva merodavna prava za razvod braka sa elementom inostranosti nije uobičajeno rešenje u uporednom pravu, naročito zbog toga što bi ona morala da bude obična, (a ne distributivna) koja – kao i svaka kumulacija – otežava ispunjenje propisanih uslova.[47] Ostala rešenja, odnosno tačke vezivanja člana 35 ne odstupaju od onih koji se smatraju uobičajenim i primenljivim u uporednim pravima. Ovo se naročito odnosi na državljanstvo kao tačku vezivanja, ali i na razne kombinacije sa drugim činjenicama koje služe kao tačke vezivanja i koje se koriste kao supsidijerne bilo da olakšaju razvod, bilo kao brana izigravanju zakona ili zaštiti domaćeg javnog poretka.[48]

3.2. Kolizione norme za razvod braka u Srbiji de lege ferenda

Kako se iz gornjeg izlaganja vidi, državljanstvo kao tačka vezivanja ima veliki značaj za razvod braka sa elementom inostranosti u međunarodnom privatnom pravu Srbije. Prebivalište se u praksi više javlja kao pomoćna tačka vezivanja, bez obzira na to što je ono činjenica po kojoj se određuje opšta međunarodna nadležnost. Zakon o kretanju i boravku stranaca, koji je važio sve do nedavno, sadržavao je restriktivne uslove za nastanjivanje stranaca i sticanje prebivlišta u Srbiji, što znači da strani državljani nisu često bili tuženi pred domaćim sudovima po odredbi člana 46 stav 1 ZRSZ.[49] Zakon o strancima iz 2008. godine,[50] čije su odredbe o ulasku, privremenom i stalnom boravku stranaca u Srbiji harmonizovane sa propisima EU koji važe za državljane trećih zemalja, odnosno sa propisima država članica EU,[51] stvorio je pravni okvir za boravak stranaca na

[47] Vidi kod Dika, M., Knežević, G., Stojanović, S., Komentar Zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu, Beograd, 1991, str.123; Bordaš, B., Porodičnopravni odnosi u međunarodnom privatnom pravu, Novi Sad, 2000, str. 106; Kolizione norme za brak i porodicu: da li je vreme za izmene?, Zbornik radova „Dvadeset godina Zakona o međunarodnom privatnom pravu“, Niš, 2004. str. 171.

[48] Vidi kod Bordaš, B., Porodičnopravni odnosi u međunarodnom privatnom pravu, Novi Sad, 2000, str. 79.

[49] Zakon o kretanju i boravku stranaca („Službeni list SFRJ“, br. 56/80, 53/85, 30/89, 26/90, i 53/91, „Službeni list SRJ“, br. 24/94, 28/96 i 68/02, „Službeni list SCG“, br. 12/05 i „Službeni glasnik RS“, br. 101/05 i 109/07).

[50] Sl. Glasnik RS, br. 97/2008., član 92., stupio na snagu 4.11.2008. godine, počeo - je da se primenjuje 1. aprila 2009. godine.

[51] Vidi Bordaš, B., Regulisanje boravka stranaca u Republici Srbiji: na putu ka harmonizaciji sa pravom Evropske zajednice, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, XLII, 3/2008., str. 119.

teritoriji Srbije iz razloga zapošljavanja, privređivanja, školovanja, spajanja porodice i sl., što su sve činjenice, povodom kojih se može, načelno posmatrano, povećati broj odnosa sa elementom inostranosti. U ovom kontekstu se može razmotriti pitanje prihvatljivosti redovnog boravišta kao tačke vezivanja za razvod braka u novom međunarodnom privatnom pravu Srbije. U zakonodavnoj aktivnosti EU u oblasti međunarodnog privatnog prava ova činjenica se koristi kao tačka vezivanja kako za određivanje međunarodne nadležnosti sudova država članica, tako i za određivanje merodavog supstancijalnog prava,[52] ali ona se koristi i u međunarodnim konvencijama i u nacionalnim propisima o međunarodnom privatnom pravu.[53]

---

[52] Uredba (EZ) br. 864/2007 Evropskog parlamenta i Saveta od 11. jula 2007. godine o merodavnom pravu za vanugovorne obaveze (Rim II), OJ L 199, 31.07.2007., Uredba (E-Z) br. 593/2008 Evropskog parlamenta i Saveta od 17. juna 2008. godine o merodavnom pravu za ugovorne obaveze (Rim I), OJ L 177, 4.07.2008., Uredba Saveta (EZ) br. 4/2009 - od 18. decembra 2008. godine o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju i izvršenju odluka i o saradnji u stvarima kojese tiču obaveze izdržavanja, OJ L 7, 10.01.2009., odnosno Protokol o merodavnom pravu za obaveze izdržavanja od 23. novembra 2007. godine, www.hcch.net, koriste kao tačku vezivanja redovno boravište za određivanje merodavnog supstancijalnog prava.

[53] U konvencijama koje su rezultat rada Haške konferencije za međunarodno privatno pravo redovno boraviše se koristi kao tačka vezivanja već više od pedeset godina, vidi internet adresu: http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.listing. Švajcarski Zakon o - međunarodnom privatnom pravu iz 1987. godine prebivalište fizičkog lica određuje kao mesto u kome lice boravi sa namerom da se tamo nastani, a redovno boravište lice ima „u državi u kojoj živi određen vremenski period, čak i kada je u početku taj period ograničen“ (član 20); Zakon o međunarodnom privatnom pravu Belgije iz 2004. godine (Loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé, Moniteur Belge 27. 7. 2004, ed 1, 5-7344-57374) koristi prebivalište i redovno boravište alternativno, a prebivalište fizičkih lica određuje kao mesto gde ima glavno mesto stanovanja prema registru stanovništva, registru stranaca ili „registru na čekanju“ (član 4 stav 1 tačka 1), a redovno boravište kao mesto u kojem je fizičko lice uspostavilo svoje glavno mesto stanovanja, čak i ako nije upisano u registar i nezavisno od dozvole boravka ili nastanjenja, s tim da se u cilju određivanja mesta - redovnog boravišta uzimaju u obzir okolnosti lične ili profesionalne prirode koje pokazuju - trajnu povezanost sa takvim mestom ili koje ukazuju na volju da se takva povezanost stvori (član 4 stav 2 tačka 1); bugarski Zakon o međunarodnom privatnom pravu iz 2005. godine (Službeni list br. 42, 17. maj 2005) takođe koristi redovno boravište kao činjenicu za zasnivanje međunarodne nadležnosti domaćeg parvosuđa, a u statusnim i porodičnim odnosima kao tačku vezivanja kolizionih normi za određivanje merodavnog prava, posebno u situacijama u kojima priroda odnosa zahteva činjenicu koja je zajednička za subjekte odnosa, a isti nisu državljani iste države. Migracija stanovništva, sloboda kretanja i nastanjivanja lica, rast broja bipa-trida navedeni su kao faktori koji govore u prilog korišćenja redovnog boravišta kao tačke vezivanja u komentaru Zakona o međunarodnom privatnom pravu Bugarske, vidi: Zidarova, J., Stančeva-Minčeva, V., Gesetzbuch über das Internationale Privatrecht der Republik Bulgarien, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, godište 71, 2007, 398.

Po rečima jednog mnogo navođenog autora, E.M. Klajva (Clive), redovno boravište je jednostavan koncept pri čijoj primeni pažnja treba da se usmeri na uobičajeno značenje dve reči kojima se izražava i na činjenice u konkretnom slučaju, a da bi u interesu jednoobraznosti između država „trebalo očuvati jednostavnost koncepta, bez dopunjavanja sa nametnutim pravnim uslovima.“[54] Redovno boravište je mesto stanovanja, bivanja pojedinca u određenom mestu ili državi koje je on izabrao svojom voljom i iz određenih razloga kao deo svog svakodnevnog života u određenom vremenskom periodu, bez obzira na trajanje.[55] Redovnim boravištem se smatra i mesto u kome je neko lice prisutno u određenom periodu, koje ne bi trebalo da bude određivano po pravilima koja se odnose na zakoniti boravak ili prebivalište, već koje bi se utvrđivalo u svakom pojedinačom slučaju prema činjenicama i okolnostima slučaja.[56] Čak i ako se ne smatra čisto činjeničnim konceptom, ne dovodi se u sumnju da se u činjeničnom smislu može lakše utvrditi od prebivališta, pošto označava prisustvo nekog lica u određenom mestu neko duže vreme, a da se ne prida odlučujuća uloga nameri.[57] Izbegava se definisanje u međunarodnim konvencijama koje ga koriste da bi se sprečila nefleksibilnost, krutost formule koja se pokazala u slučaju prebivališta,[58] već se ustanovljenje prepušta praksi. Sud EZ je u predmetu Svodling,[59]povodom Uredbe Saveta br.1408/71 o primeni šema socijalnog osiguranja na zaposlene radnike,[60] u kojoj se koristi pojam redovnog boravišta izrekao da se Uredba odnosi na lica koja redovno borave u određenoj državi članici i gde im je uobičajeni centar interesa. „U tom kontekstu, mora da se vodi računa naročito o porodičnoj

[54] Clive, E.M., The Concept of Habitual Residence, The Juridical Review, 1997, Part 3, str. 137, vidi internet adresu: http://www.hiltonhouse.com/articles/Concept_H_R.txt.

[55] Vidi kod: Stone, P., The Concept of Habitual Residence in Private International Law, Anglo-American Law Review, godište 29, 2000, str. 342.

[56] Vidi kod Zohar, G., Habitual Residence: An Alternative to the Common Law Concept of Domicile? Avaiable at http://ssrn.com/abstract=1352964 .

[57] Vidi Preliminary Draft convention on jurisdiction and foreign judgments in civil and commercial matters, Report by Peter Nygh and Fausto Pocar, Preliminary Document No 11 of August 2000, internet adresa: http://www.hcch.net/upload/wop/jdgmpd11.pdf.

[58] Vidi kod Rogerson, P., Habitual Residence: The New Domicile?, The International and Comparative Law Quarterly, godište 49, 2000, str. 86.

[59] Vidi predmet C-90/97, Robin Swaddling v. Adjudication Officer, presuda, 25. februar 1999.

[60] Vidi Council regulation (EEC) No 1408/71 of 14 June 1971 on the application of social security schemes to employed persons, to self-employed persons and to members of their families moving within the Community, as amended and updated by Council regulation (EEC) No 2001/83 of 2 June 1983, OJ L 230, 1983, p. 6, as amended by Council Regulation (EEC) No 1247/92 of 30 April 1992, OJ L 136, 1992, p. 1.

situaciji zaposlenog lica; o razlozima koji su ga naveli da se preseli; o dužini i postojanosti njegovog boravka; o činjenici (tamo gde je to slučaj) stabilnog zaposlenja; i o njegovoj nameri koja proističe iz svih okolnosti slučaja."[61] Da bi se moglo utvrditi da li neko lice ima redovno boravište u nekom mestu, odnosno u nekoj državi, trebalo bi ustanoviti postojanje odgovarajuće teritorijalne veze i odgovarajućeg vremenskog trajanja, što bi u svakom pojedinačnom slučaju trebalo utvrđivati prema konkretnim okolnostima.

Prilikom izrade Briselske konvencije o nadležnosti i o priznanju i izvršenju presuda u bračnim stvarima na osnovu člana K.3 Ugovora o Evropskoj uniji,[62] koja je služila kao osnov izradi Uredbe 1347/2000 o nadležnosti i o priznanju i izvršenju presuda u bračnim stvarima i stvarima roditeljske odgovornosti za zajedničku decu oba supružnika,[63] prvi put je usvojeno je redovno boravište kao činjenica za zasnivanje međunarodne nadležnosti pravosuđa država članica konvencije umesto prebivališta, u kontekstu izvora međunarodnog privatnog prava EZ u nastajanju. Ono je okarakterisano kao činjenica koja ispunjava zahtev objektivnosti, istaknuto je da je ono u interesu strana i da obezbeđuje fleksibilnost pravila u uslovima mobilnosti pojedinaca, a da ne žrtvuje pravnu sigurnost.[64] Navedene karakteristike redovnog boravišta nisu specifične samo u kontekstu prava EU, već su prihvatljive za bilo koju državu, ako je pravno-politički opravdano da se u normama međunarodnog privatnog prava za određivanje međunarodne nadležnosti i merodavnog supstancijalnog prava usvoji kao izraz načela proksimiteta umesto državljanstva ili prebivališta kao primarnih tačaka vezivanja.

Redovno boravište kao tačka vezivanja za razvod braka u Srbiji. – Pošto redovno boravište po mestu stanovanja, profesionalne ili druge aktivnosti, porodičnom životu, i uopšteno govoreći po svakodnevnim životnim aktivnostima vezuje pojedinca za teritoriju neke države, bez obzira na njegovo državljanstvo, ono je veza koja izražava centar njegovog života i na taj način je podobno da se na osnovu njega odredi kako međunarodna nadležnost pravosuđa, tako i merodavno pravo. U Srbiji, koja pretenduje na punopravno članstvo u EU, nema (pravnih) prepreka da ono

[61] Vidi predmet C-90/97, Robin Swaddling v. Adjudication Officer, presuda, 25. februar 1999., paragraf 29.

[62] Vidi Convention on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters, OJ C 221, 1998.

[63] OJ L 160, 2000.

[64] Vidi Explanatory Report on the Convention, drawn up on the basis of Article K.3 of the Treaty on European Union, on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters, OJ C 221, 1998.

kao tačka vezivanja zameni državljanstvo, odnosno prebivalište u pravnim odnosima sa elementom inostranosti, pa tako i u slučaju razvoda braka. Imajući u vidu da važeći zakon u ličnim i porodičnim odnosima primenjuje načelo državljanstva, koje se primenjuje i u brojnim drugim državama koje neguju tradiciju evropsko-kontinentalnog sistema prava, zajedničko državljanstvo bi moglo i dalje da bude činjenica na osnovu koje bi se omogućio postupak za razvod braka državljana Srbije pred domaćim sudom, bez obzira na njihovo redovno boravište i uz primenu srpskog prava kao merodavnog na osnovu iste činjenice.

Međunarodna nadležnost. – U skladu sa rečenim, jedna od mogućih normi za razvod braka sa elementom inostranosti novog zakona o međunarodnom privatnom pravu Srbije bi bila sledeća: (a) Sudovi u Srbiji su nadležni za razvod braka sa stranim elementom: (1) ako supružnici u vreme podnošenja zahteva za razvod braka imaju zajedničko redovno boravište u Srbiji – ovaj osnov nadležnosti bi odgovarao supružnicima koji imaju zajedničko strano državljanstvo, ili različito strano državljanstvo, ili ako bi jedan imao strano državljanstvo, a drugi domaće; (2) ako tuženi u vreme podnošenja zahteva za razvod braka ima redovno boravište u Srbiji – ako supružnici nisu imali zajedničko redovno boravište u Srbiji, ili ga u vreme podnošenja tužbe više nemaju, bez obzira na to čiji su državljani, sud u Srbiji bi bio nadležan po redovnom boravištu tuženog (što bi moglo da se shvati kao pandan opšte međunarodne nadležnosti po prebivalištu tuženog);[65] (3) ako su supružnici imali poslednje zajedničko redovno boravište u Srbiji, a jedan od njih u vreme podnošenja zahteva za razvod braka i dalje ima redovno boravište u Srbiji – u slučaju mešovitih brakova dvoje stranih državljana ili stranca i domaćeg državljanina, koji su za vreme trajanja braka u bilo koje vreme imali zajedničko redovno boravište u Srbiji, a posle toga ga više nigde nisu uspostavili – tužilac (domaći ili strani državljanin) koji živi u Srbiji će moći da tuži pred sudom u Srbiji, bez obzira na to gde tuženi živi u vreme podnošenja zahteva; (4) ako bilo koji od supružnika ima redovno boravište u Srbiji u vreme podnošenja zahteva za razvod braka, u slučaju da supružnici podnose predlog za sporazumni razvod braka; (5) ako su oba supružnika državljani Srbije u vreme podnošenja zahteva za razvod braka – jedini osnov koji obezbeđuje nadležnost domaćeg pravosuđa na osnovu isključivo lične povezanosti sa Srbijom, bez obzira na to gde supružnici žive i da li imaju zajedničko redovno boravište.

[65] Ova odredba bi se mogla izostaviti, u zavisnosti od formulacije norme o opštoj međunarodnoj nadležnosti.

Ovakva odredba bi bila kompatibilna sa odredbom člana 3 Uredbe 2201/2003 koja važi u državama članicama EU (osim u Danskoj), a ne identična sa njom, što i nije cilj po svaku cenu, čak ni u samoj EU.[66] Predložene tačke vezivanja za međunarodnu nadležnost srpskog pravosuđa uvažavaju teritorijalnu i/ili personalnu vezu sa Srbijom u vreme podnošenja zahteva, tj. aktuelnu tesnu vezu, koja je, međutim, različitog intenziteta. Zajedničko srpsko državljanstvo je ustupak tradiciji i vrednovanje jedne pravne veze, koja ne mora ujedno da bude i najjača faktička veza, već izražava shvatanje da je domaće pravosuđe, odnosno pravo, za domaće državljane teoretski najpovoljnije.

Merodavno pravo. – Nije sporno da bi se za razvod braka sa stranim elementom merodavno pravo moralo odrediti na osnovu jedne, i to u prvom redu zajedničke činjenice za oba supružnika, vodeći pri tom računa i o tome da je koliziona norma izraz najbliže veze sa određenom državom. Takođe bi trebalo imati na umu usklađenost osnova za međunarodnu nadležnost i činjenica na osnovu kojih će se odrediti merodavno pravo. Načelo favor divortii u korist primene domaćeg prava je u uporednom pravu postalo legitimno i ono je i dalje opravdano ako se imaju u vidu supstancijalne odredbe srpskog prava o razvodu braka.[67] I najzad, pitanje ograničene autonomije volje supružnika bi, takođe, moglo da se razmotri radi favorizacije razvoda.

Pošto se u predloženoj normi o međunarodnoj nadležnosti pravosuđa Srbije prednost daje činjenici redovnog boravišta, ono bi svakako moralo doći do izražaja i kod određivanja merodavnog prava, ako bi ono bilo zajedničko. Ista tačka vezivanja bi odgovarala i situaciji u kojoj su supružnici imali poslednje zajedničko redovno boravište u Srbiji ukoliko bi jedan od njih i dalje živeo u Srbiji. Ova bi rešenja praktično i ujedno značila i primenu prava Srbije i uvažavanje načela favor divortii. Sledeća zajednička tačka vezivanja koja bi se primenjivala ako supružnici ne bi imali zajedničko redovno boravište u vreme podnošenja zahteva bi mogla da bude zajedničko državljanstvo. Ako je zajedničko srpsko državljanstvo

[66] Budući da se u Ugovoru o osnivanju EZ, kao i u Ugovoru o funkcionisanju EU govori o kompatibilnosti pravila o sukobu zakona i sukobu jurisdikcija u literaturi se naglašava da propisi koje donose zakonodavni organi EU ne moraju nužno da budu oni putem kojih se uvode uniformna pravila u državama članicama, već se kompatibilnost može postići i drugim merama, vidi kod: Beaumont, P., International Family Law in Europe – the Maintenance Project, the Hague Conference and the EC: A Triumph of Reverse Subsidiarity, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, godište 73, 2009, str. 512.

[67] Vidi članove 40-41, član 210, 219, itd. Porodičnog zakona, Službeni glasnik RS, br. 18/2005.

supružnika, bez obzira na njihovo redovno boravište, poseban osnov međunarodne nadležnosti, on ima smisla samo ako se ti domaći državljani mogu razvesti po domaćem pravu, što znači da tačke vezivanja u kolizionoj normi za razvod braka ne bi mogle da budu podredno postavljene, inače bi se na razvod domaćih državljana pred domaćim sudom primenjivalo pravo Srbije samo u slučaju da u inostranstvu nemaju zajedničko redovno boravište. Najzad, ostale bi situacije u kojima supružnici ne bi imali ni zajedničko redovno boravište, ni zajedničko državljanstvo. Predlog Uredbe o merodavnom pravu za razvod iz 2006. godine za takve slučajeve propisuje merodavnost prava mesta suda.[68]

Na osnovu rečenog, jedan od predloga kolizione norme prava Srbije za razvod braka mogao bi da bude formulisan na sledeći način: S*tav 1*: Za razvod braka merodavno je: (1) pravo zajedničkog državljanstva supružnika u vreme podnošenja zahteva; (2) pravo države u kojoj supružnici imaju zajedničko redovno boravište u vreme podnošenja zahteva, ili pravo države u kojoj su supružnici imali poslednje zajedničko redovno boravište, ukoliko jedan od njih još uvek ima redovno boravište u toj državi u vreme podnošenja zahteva; (3) ako nijedna od navedenih činjenica ne postoji merodavno je pravo mesta suda. *Stav 2*: Ako se brak ne bi mogao razvesti primenom prava iz tačke (1) i (2) merodavno je pravo Srbije ako je u vreme podnošenja zahteva jedan od supružnika imao srpsko državljanstvo ili redovno boravište u Srbiji. *Alternativa za stav 2:* Supružnici u svakom slučaju mogu da izaberu merodavno pravo za razvod braka, i to osim prava navedenih u stavu 1 ovog člana i pravo državljanstva jednog od njih u vreme podnošenja zahteva. Sporazum o izboru merodavnog prava mora da bude sačinjen u pisanoj formi i overen od strane nadležnih organa, najkasnije u vreme podnošenja zahteva za razvod braka. *Novi stav 3*: Ako se brak ne bi mogao razvesti primenom prava iz tačke (1) i (2) merodavno je pravo Srbije ako je u vreme podnošenja zahteva jedan od supružnika imao srpsko državljanstvo ili redovno boravište u Srbiji.

Predlog da se supružnicima da pravo da se koriste autonomijom volje i izaberu merodavno pravo za razvod braka pred međunarodno nadležnim pravosuđem u Srbiji nije nikakva revolucionarna novina, jer i zakoni nekih drugih država priznaju mogućnost izbora merodavnog supstancijalnog prava u granicama koje, načelno, uvažavaju interese onih država sa kojima su supružnici povezani po osnovu državljanstva, prebivališta, redovnog boravišta.[69]

---

[68] Ovo je rešenje i najnovijih zakona o međunarodnom privatnom pravu, tj. bugarskog (član 82) i belgijskog (član 55).

[69] Vidi član 17 i 14 Zakona o reformi međunarodnog privatnog prava Nemačke iz 1986. godine, član 55 Zakona o međunarodnom privatnom pravu Belgije iz 2004. godine;

Formulacija koja je predložena u pojedinim slučajevima u kojima bi postojala međunarodna nadležnost suda u Srbiji bi omogućila da se izabere pravo koje u konkretnom slučaju ne bi bilo određeno kao merodavno (na pr. pravo zajedničkog redovnog boravišta umesto prava zajedničkog državljanstva, ili pravo suda umesto prava zajedničkog državljanstva) uz dodavanje mogućnosti da se izabere i pravo državljanstva jednog od supružnika.

4. Zaključak

Od stupanja na snagu Amsterdamskog ugovora o osnivanju EZ 1999. godine EU je postala važan stvaralac prava u oblasti međunarodnog privatnog prava. U okviru njene pravno stvaralačke aktivnosti na obezbeđivanju kompatibilnosti pravila o sukobu zakona koja se primenjuju u državama članicama 2006. godine je usvojen Predloga Uredbe o razvodu braka. Iako je većina država članica podržala predlog, nije se mogla postići neophodna jednoglasnost za njegovo usvajanje zbog protivljenja nekoliko država koje nisu spremne da prihvate mogućnost primene stranog prava na razvode brakova sa stranim elementom pred domaćim pravosuđem. Predlog, međutim, predstavlja važan dokument, jer rešenja koja sadrži odslikavaju pravac u razvoju pravila o razvodu brakova sa stranim elementom na evropskom kontinentu.

Iz ugla harmonizacije prava Srbije sa pravom EU Predlog Uredbe o razvodu braka iz 2006. godine zaslužuje pažnju u prvom redu zbog korišćenja redovnog boravišta kao primarne tačke vezivanja i za određivanje međunarodne nadležnosti sudova i za određivanje merodavnog prava. Predlog Uredbe takođe uvodi i ograničenu autonomiju volje supružnika, koji mogu sporazumno da odrede i sud neke od država članica, i merodavno supstancijalno pravo za razvod svog braka.

Rešenja ZRSZ Srbije, koji je usvojen 1982. godine, zasnovana su na državljanstvu kao primarnoj tački vezivanja, s tim da se prebivalište koristi kao činjenica za određivanje opšte međunarodne nadležnosti domaćeg pravosuđa i kao pomoćna činjenica za posebnu međunarodnu nadležnost. Novi Zakon o strancima iz 2008. godine, harmonizovan sa odgovarajućim pravnim izvorima EU, reguliše uslove kretanja i boravka stranaca u

---

predviđa ga Predlog Uredbe EU o razvodu braka iz 2006. godine; vidi argumente za i protiv autonomije volje u materiji razvoda u dokumentu GEDIP (Groupe européen de droit international privé – Evropske grupe za međunarodno privatno pravo), Treizième réunion, Vienne, 19-21 septembre 2003, koji uključuje i predlog norme za određivanje merodavnog prava za razvod braka i koji propisuje mogućnost izbora supstancijalnog prava za razvod braka sa stranim elementom, internet adresa: www.gedip-egpil.eu/reunionstravails/gedip-reunions-13t.html.

Srbiji, koji mogu da budu pravni okvir za korišćenje koncepta redovnog boravišta u međunarodnom privatnom pravu. Prednost tog koncepta je u tome da vernije odražava stvarno stanje, i na taj način izražava svakodobnu tesnu povezanost pojedinaca sa državom čiji bi sudovi bili nadležni ili čije bi pravo bilo merodavno za neki odnos sa stranim elementom.

U tom sklopu, redovno boravište, odnosno zajedničko redovno boravište kao tačka vezivanja u međunarodnom privatnom pravu razvoda braka može da ima svoje mesto u rešenjima za novi zakon o međunarodnom privatnom pravu Srbije. Štaviše, i ograničena sloboda supružnika da biraju merodavno pravo za razvod braka bi bila prihvatljiva, jer doprinosi pravnoj sigurnosti, a tesna veza supružnika sa izabranim pravom – što se obezbeđuje i odgovarajućim normama o međunarodnoj nadležnosti – sprečava da se onemogući neophodni nadzor države u statusnim stvarima.

Harmonizacija međunarodnog privatnog prava Srbije sa pravom EU u ovom trenutku nije pravna obaveza. Ovo naročito važi za materiju merodavnog prava za razvod braka, jer je ona i u samoj EU u fazi usaglašavanja zbog neslaganja manjeg broja država članica. Rešenja Predloga Uredbe o razvodu iz 2006. godine mogu, međutim, služiti kao osnov za razmišljanje i razmatranja prilikom osavremenjivanja međunaronog privatnog prava u Srbiji.

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

Harmonization of Serbian Private International Law in Divorce Matters with the Rules of Conflict of Laws and of Jurisdiction in the EU

Abstract

After a few years over a quarter century since the Act on Private International Law of Serbia has been enacted, the drawing up of a new act has been initiated in spring 2009. One of the important preliminary questions in this process is the following: is it desirable or necessary to harmonize the future Serbian Act with the Europeanized Private International Law, which has been a reality since more than ten years, and which has been showing a dynamic development ever since. Regulations on jurisdiction, recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, and also in matrimonial and matters of parental responsibility (Brussels I and II bis) have been adopted, which have been followed with the enactment of regulations on applicable law in non-contractual and contractual obligations (Rome I and II). There is also legislative activity in the field of family relations, and so far the regulation which covers applicable law in matters relating to maintenance obligations and a proposal of regulation on applicable law in divorce have been drawn up. All these sources of law or proposals have adopted rules, which could be taken into account when future new Serbian Act on Private International Law would be discussed, because those are results of a thorough process of consultations and deliberations of the majority of European countries. Those countries, as Member States of the EU, create – as it stands now – uniform rules of conflict of laws and of jurisdiction of a Europeanized Private International Law, and set, at least, trends of development of this field of law.

The present paper offers an analysis of the Proposal for a Council Regulation amending Regulation (EC) No 2201/2003 as regards jurisdiction and introducing rules concerning applicable law in matrimonial matters from the viewpoint of its acceptability and as an inspiration in the course of drawing up the corresponding rules of a future Act on Private International Law in Serbia.

Key words: divorce with foreign element; habitual residence as connecting factor in private international law; the choice of law for divorce; proposal of the EU regulation on divorce; new Serbian private international law

Originalni naučni rad 347.736:347.91

Dr Marija Salma, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

POBIJANJE PRAVNIH RADNJI STEČAJNOG DUŽNIKA*

Sažetak: *Autor je u ovom radu izvršio analizu pozitivnopravnih i uporednopravnih rešenja povodom mogućnosti pobijanja dužnikovih pravnih radnji preduzetih pre otvaranja stečajnog postupka, ili neposredno posle toga, u cilju svesnog izbegavanja ili onemogućavanja naplate potraživanja stečajnih poverilaca. Cilj ovog klasičnog instituta stečajnog procesnog prava je da se zaštite interesi poverilaca, tako što materijalni i procesni zakoni dopuštaju stečajnim upravnicima kao i stečajnim poveriocima da se mešaju u dužnikove materijalnopravne i procesne radnje, radi njihovog pobijanja. U slučaju propuštanja radnji dužnika potrebnih za očuvanje ili povećanje stečajne mase, tj. radi omogućavanja naplate potraživanja stečajnih poverilaca, zakoni omogućavaju, da umesto stečajnog dužnika sami stečajni poverioci preduzmu potrebne procesnopravne ili materijalnopravne radnje.*

Ključne reči: *pobijanje pravnih radnji, uobičajeno namirenje, neuobičajeno namirenje, neposredno oštećenje stečajnih poverilaca, namerno oštećenje poverilaca*

Načini pobijanja pravnih radnji dužnika

Pravne radnje dužnika mogu se pobijati kako u stečajnom postupku, tako i van njega. U uporednom pravu postoje specijalni zakoni kojima se reguliše pravo napadanja dužnikovih pravnih radnji izvan stečajnog po-

* Članak je nastao kao rezultat rada na naučno-istraživačkom projektu Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu "Harmonizacija prava Republike Srbije i prava Evropske Unije – teorijskopravni, sociološkopravni, istorijskopravni, pozitivnopravni i ekonomski aspekti".

stupka. Takva je situacija, na primer, u Nemačkoj gde je ova materija regulisana Zakonom o pobijanju pravnih radnji dužnika izvan postupka insolvencije.[1] U našem pravu, vanstečajno pobijanje je regulisano Zakonom o obligacionim odnosima.[2] No, bez obzira da li se pravila o pobijanju dužnikovih pravnih radnji nalaze u specijalnim zakonima ili je ova materija regulisana građanskim kodeksom, zajedničko im je da pravne radnje dužnika van stečaja pobijaju poverioci, jedan ili više, s obzirom na njihov individualni interes, a pobijanje dužnikovih radnji od otvaranja stečaja po pravilu vrši stečajni upravnik u korist svih poverilaca.

Svrha pobijanja u oba slučaja je stvaranje što povoljnijih uslova za podmirenje potraživanja poverilaca.

Zakon o insolvenciji Nemačke[3] omogućava i pobijanja radnji prethodno preduzetih od strane poverilaca, na osnovu Zakona o pobijanju, za koje je upravnik insolventnog postupka procenio da idu na štetu ostalih poverilaca koji nisu pre postupka insolvencije preduzeli radnje pobijanja. Pre otvaranja postupka insolvencije ne moraju svi poverioci pokrenuti postupak radi pobijanja dužnikovih pravnih radnji kojima se poverioci stavljaju u neravnopravan položaj, već to mogu da učine samo neki od poverilaca. Budući da postupak deluje samo prema njima, insolventni (stečajni) upravnik može da pobija radnje stečajnog dužnika u interesu ostalih poverilaca. Time se izjednačava položaj poverilaca u pogledu pobijanja pravnih radnji dužnika. To se postiže time da upravnik zastupa interese svih poverilaca, a ne samo onih koji su pokrenuli parnicu pre stečajnog postupka.

Osim toga, pravila Zakona o insolvenciji izjednačavaju propuštanje sa pravnom radnjom. Tako npr. ako je pre pokretanja stečajnog postupka trebalo da stečajni dužnik pokrene parnicu radi naplate potraživanja, a on to nije učinio, tada će stečajni upravnik preduzeti tu radnju.

Principijelno gledano, Zakon o postupku insolvencije, ovlašćuje stečajnog upravnika, kao zastupnika interesa svih poverilaca u pogledu očuvanja stečajne mase, da od momenta otvaranja insolvencije/stečaja preduzme sve potrebne pravne radnje a posebno radnje usmerene na pobijanje dužnikovih radnji koje su preduzete posle otvaranja postupka insolvencije u nameri da se izigraju poverioci u ostvarivanju svojih potraživanja.

---

[1] V. Gesetz uber die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners ausserhalb des Insolvezverfahrens (Anfechtugsgesetz-AnfG) vom 5. October 1994 (BGBI. I S. 2911), (BGBI. III 311-14-2). Zivilrecht, Wirtschaftsrecht, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2001.

[2] V. čl. 280- 285. Zakona o obligacionim odnosima, Službeni list SFRJ, br. 29/78, 39/85,45/89, 57/89 i Službeni list SRJ, br. 31/93.

[3] V. Zakona o insolvenciji Nemačke (Insolvenzordnung-InsO), od 5. oktobra 1994. godine (BGBI. I S. 2866.), kao i od 13.aprila 2007. godine (BGBI. I S. 509).

Zakon o pobijanju ovlašćuje poverioca da napadne dužnikove pravne radnje pre otvaranja postupka insolvencije. Te postupke mogu da pokrenu svi ili samo neki poverioci. Nakon otvaranja postupka insolvencije ranije započeti postupci poverilaca radi pobijanja dužnikovih pravnih radnji se prekidaju.

Stečajni-insolventni upravnik na osnovu ovlašćenja predviđenih Zakonom o insolvenciji može da preuzme postupak pokrenut od strane nekih poverilaca, a može to i da odbije. Isti zakon omogućava da se ti postupci nastave inicijativom poverilaca, ako stečajni upravnik odbije da nastavi postupak.

Pobijanje pravnih radnji stečajnog dužnika

Pobijanjem pravnih radnji stečajnog dužnika se otklanjaju štetna dejstva radnji koje je preduzeo ili je propustio da preduzme stečajni dužnik, a koja je dovela poverioce u neravnopravni položaj ili je preduzeta na štetu svih poverilaca.

Pobijene pravne radnje se proglašavaju bez pravnog dejstva u odnosu na sve stečajne poverioce. U stečajnu masu se vraća sve ono što je iz nje nezakonito izašlo.

Pobijanje je upereno protiv lica koje je na osnovu pravne radnje stečajnog dužnika steklo materijalnu korist, kao i protiv univerzalnih pravnih sledbenika.

Ako postupak pobijanja pravne radnje stečajnog dužnika pokreću stečajni poverioci pobijanje je upereno i protiv stečajnog dužnika.

Cilj pobijanja pravnih radnji u stečajnom postupku je sprečavanje smanjenja aktive ili povećanja pasive imovine.

Predmet pobijanja

Predmet pobijanja su pravni poslovi i druge pravne radnje zaključene **pre** pokretanja stečajnog postupka, kojima se narušava *ravnomerno namirenje* stečajnih poverioca ili se *oštećuju* poverioci, kao i druge pravne radnje kojima se pojedini poverioci stavljaju *u pogodniji* položaj (pogodovanje poverilaca).[4]

Predmet pobijanja može biti i *propuštanje* zaključenja pravnog posla odnosno propuštanje preduzimanja radnje u pogledu pobijanja. Ova propuštanja se izjednačavaju sa pravnim poslom odnosno pravnom radnjom.[5]

---

[4] V. čl. 98. st. 1. Zakona o stečajnom postupku Republike Srbije, Službeni glasnik RS, br.84/2004 i 85/2005.

[5] V. čl. 98. st. 2. Zakona o stečajnom postupku RS, kao i čl. 58. Zakona o izmenama i dopunama stečajnog zakona Republike Hrvatske, Narodne novine RH, br.82/06.

Pobijati se mogu i pravni poslovi i pravne radnje za koje postoji *izvršna isprava* ili koje su preduzete u postupku prinudnog izvršenja. Ako zahtev za pobijanje bude usvojen, prestaje dejstvo izvršne isprave prema poveriocima stečajnog dužnika.[6]

Navedeni uslovi pobijanja spadaju u *opšte* pretpostavke. Bez obzira na vrstu pobojnih radnji, sud bi bio dužan da najpre ispita da li su ispunjene opšte pretpostavke, pa tek nakon toga bi se trebalo upustiti u proveru postojanja posebnih pretpostavki.

Sud mora učiniti *nespornim okolnost da je pokrenut stečajni postupak*, da je radnja preduzeta pre otvaranja istog, da se pravnim poslom narušava ravnomernost u namirenju poverilaca ili se pak pogoduje nekim poveriocima, da između pravne radnje i stečaja postoji uzročna veza.

U načelu, pobijati se može svaka *radnja* koja dovodi do promene u imovini dužnika a pri tome nanosi štetu poveriocima, i to kako radnja *činjenja,* tako i *propuštanja*.

Posebne pretpostavke se vezuju za postojanje *namere oštećenja*. Ona je prisutna kod neposrednog oštećenja poverioca, kod namernog oštećenja, kod uobičajenog namirenja.

Raspolaganja, u smislu pravnih radnji ili pravnih poslova, koja se mogu pobijati bi predstavljao svaki neposredan ili posredan način prenosa imovine, prodaja, zamena, poklon, isplata, otuđenje, konstituisanje založnog ili drugih prava.[7]

Pobijanje se može vršiti *od dana otvaranja stečajnog postupka do dana održavanja ročišta za glavnu deobu stečajne mase.*[8]

Navedena zakonska rešenja jasno određuju šta se podrazumeva pod pravnom radnjom koja može biti predmet pobijanja u stečaju. U procesnoj *teoriji* je međutim, bila *sporna podela pravnih radnji*. Bez namere da se upuštamo u dublje rasprave o pojmu i podeli pravnih radnji, navešćemo da su se teorijske rasprave o podeli pravnih radnji kretale od stanovišta da se pobojnim pravnim radnjama mogu smatrati samo ugovori, do stanovišta da tu spadaju i kvazi ugovori, jednostrane izjave volje, faktičke radnje-propuštanja, uništenje stvari, simulovani poslovi, kao i protivpravne radnje.

Pojam pravne radnje podobne za pobijanje bi obuhvatao svaki postupak dužnika usled koga se njegova *imovina smanjuje* ili usled koje du-

---

[6] V. čl. 98. st. 3. Zakona o stečajnom postupku RS.

[7] V. čl. 60. st. 1. Zakona o insolventnosti privrednih društava, Službeni list Republike Crne Gore, br. 06/02.

[8] V. čl. 98. st. 4. Zakona o stečajnom postupku RS.

žnik dolazi u *teži procesnopravni položaj*, tako da se time izgledi njihovih poverilaca na namirenje pogoršavaju.[9]

Pravne radnje podobne za pobijanje su ne samo *materijalnopravne radnje,* već i *procesnopravne* koje proizvode materijalnopravni efekat. Na primer, odricanje od tužbenog zahteva, propuštanje rokova za ulaganje pravnih lekova, kao i bilo koja druga procesna radnja kojom se nanosi šteta imovini dužnika. Efekti preduzete radnje se uvek moraju ticati imovine stečjnog dužnika u smislu njenog smanjenja ili pak sprečavanja da se imovina uveća.

Da bi propuštanje preduzimanja radnje bilo izjednačeno sa pravnim poslom, odnosno pravnom radnjom ono mora dovesti do gubitka u imovini dužnika. Takođe, dužnik treba da bude svestan i voljan da njegovo nečinjenje proizvodi štetna dejstva.

Pobijanje pravnih poslova i pravnih radnji za koje postoji *izvršna isprava* ili koje su *preduzete u postupku prinudnog izvršenja* je predviđeno u gotovo svim zakonodavstvima. Pošlo se od stava da se ne sme dozvoliti strankama da sakriju svoju lošu nameru vezanu za umanjenje imovine dužnika izvršnom ispravom. Na primer, povodom kondemnatornog tužbenog zahteva kojom tužilac traži od suda da obaveže tuženog na isplatu određene sume novca tuženi bi mogao svojom jednostranom radnjom, izjavom o priznanju tužbenog zahteva da potvrdi da je tužiočev zahtev zasnovan na zakonu. Sud bi mogao rešiti predmet spora donošenjem presude na osnovu priznanja. Sud je ovlašćen pri donošenju ove presude da ispita da li je izvršena dispozicija u skladu sa prinudnim propisima, javnim poretkom i pravilima morala. Ako se radi o zahtevima kojim stranke mogu slobodno raspolagati, sud ne može uvek ući u namere tuženog zbog čega se on opredelio na ovakvo raspolaganje predmetom spora. Ako tuženi u paricionom roku ne postupi po dispozitivu presude, poverilac bi mogao da zatraži prinudno izvršenje. Sudska odluka kojom je naloženo ispunjenje potraživanja je izvršna kada je postala pravnosnažna i kada je protekao rok za dobrovoljno ispunjenje.[10]

Predmet pobijanja u stečajnom postupku bi mogle biti i *pravne radnje preduzete u izvršnom postupku.* Ovu zakonsku formulaciju treba shvatiti tako da bi se moglo pobijati već sprovedeno izvršenje kada je izvršni poverilac već namiren. Dakle, pobijala bi se izvršena naplata. U našem Zakonu o stečajnom postupku nije predviđeno vreme u okviru

[9] V. Tomica Delibašić, Pobijanje pravnih radnji stečajnog dužnika, Beograd, 1999, str. 187.

[10] V. čl. 32. Zakona o izvršnom postupku Republike Srbije, Službeni glasnik RS, br. 125/2004, od 22. novembra 2004. godine.

koga bi se mogle pobijati pravne radnje preduzete u izvršnom postupku. Isto važi i za *izvršne isprave*. Koliko „stare“ mogu biti izvršne isprave čije se dejstvo može pobijati u stečajnom postupku? Pošto u zakonu nije određen opšti rok za pokretanje sudskog postupka za poništavanje i povraćaj prenosa, mogli bi se primenjivati rokovi koji važe za neki od zakonom predviđenih načina pobijanja. Na primer, rokovi predviđeni za uobičajeno ili neoubičajeno namirenje, rokovi kojima se neposredno ili namerno oštećuje poverilac. Naravno, tužilac bi trebalo da izvrši kvalifikaciju oštećenja.

Pobijanje radnji tzv. uobičajenog (kongruentnog) namirenja

O uobičajenom namirenju je reč kada se jednom poveriocu pruža obezbeđenje ili daje namirenje na način i u vreme koji su u skladu sa sadržinom njegovog prava. Zakon predviđa dva objektivna i jedan subjektivni uslov za pobijanje. *Objektivni* uslovi su sledeći: 1. Pravni posao ili druga pravna radnja treba da bude preduzeta u poslednja tri meseca **pre** podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka, 2. Stečajni dužnik mora biti nesposoban za plaćanje u vreme preduzimanja radnji za namirenje, i najzad, 3. *subjektivni* uslov je da je poverilac znao ili je morao znati da je njegov dužnik nesposoban za plaćanje.[11]

Navedeni uslovi su *kumulativno* postavljeni u našem zakonu. Postoje zakonska rešenja prema kojima se mogu pobijati pravne radnje ako se ispuni ma i jedan od zakonom predviđenih uslova. Ako je u vreme radnje stečajni dužnik bio platežno nesposoban ili ako je poverilac u to vreme znao za platežnu nesposobnost ili to iz grube nepažnje nije znao.[12]

Pravni posao ili druga pravna radnja uobičajenog namirenja mogu se pobijati i kada su preduzeti **posle** podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka, ako je 1. poverilac znao ili je morao znati da je stečajni dužnik nesposoban za plaćanje, ili 2. ako je znao da je stavljen predlog za pokretanje stečajnog postupka.[13] Može se primetiti da su kod uobičajenog namirenja koje se pobija posle podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka uslovi alternativno postavljeni.

Subjektivni uslov koji se odnosi na dokazivanje nesavesnosti poverioca je zakonom predviđen. U skladu sa njim, smatraće se da je poverilac znao ili je morao znati za nesposobnost plaćanja stečajnog dužnika ili da

[11] V. čl. 99. st. 1. Zakona o stečajnom postupku RS.

[12] V, čl. 81. st. 1. t. 1. Zakona o stečajnom postupku Federacije BiH, Službene novine FBiH br. 29/03, 32/04 i 42/06, kao i čl. 81. st. 1. t. 1. Zakona o stečajnom postupku Republike Srpske, br. 67/02, 77/02 i 68/07.

[13] V. čl. 99. st. 2. Zakona o stečajnom postupku RS.

je pokrenut stečajni postupak, ukoliko se utvrdi da je znao za okolnosti iz kojih se na nesumnjiv način može zaključiti da postoji nesposobnost plaćanja, odnosno da je stavljen predlog za pokretanje stečajnog postupka.[14] U sudskoj praksi se navodi kao primer nesavesnosti tuženog koji je po prirodi stvari bio upoznat sa lošom poslovnom situacijom i njegovom insolventnošću ovde tužioca, stečajnog dužnika, na osnovu činjenice da je predmetni ugovor zaključen i prenos sredstava izvršen istog dana. Da je tuženi isplatu izvršio neposredno na ruke osnivaču, ovde tužiocu. Prema iskazu svedoka osnivača ortaka tužioca, koji tuženi nije osporio, proizilazi da su u sklapanju ugovora ovde tužioca i tuženog kao kupca posredovali upravo poverilac ovde tužioca kojima je bilo u interesu da se izvrši predmetna prodaja. Takođe, prema iskazu drugog osnivača tužioca, čiji iskaz tuženi nije osporio, tuženi je bio prisutan kada su sredstva koja je isplatio odmah prosleđena trećim licima radi namirenja duga.[15]

O prezumpciji subjektivnih elemenata na strani protivnika pobijanja da su znali ili morali znati za nepovoljno finansijsko stanje stečajnog dužnika je reč i u slučaju kada potraživanje nije bilo dospelo a naplata je izvršena na neuobičajeni način, van radnog vremena tužioca, u prostorijama tužioca gde se nalazio njegov trezor.[16]

Sagledavanje subjektivnog odnosa lica koje je bilo u ugovornom odnosu sa stečajnim dužnikom povodom pravne radnje koja je predmet pobijanja je ni malo lak zadatak suda. On treba da utvrdi da je pravni posao zaključen sa stečajnim dužnikom isključivo u nameri izbegavanja posledice namirenja svog potraživanja u stečajnom postupku. Primer iz sudske prakse pokazuje da se mora sagledati celokupna činjenična situacija. Naime, tužilac-protivtuženi i pored svojih saznanja za blokadu računa tuženog-protivtužioca nije očekivao pokretanje stečajnog postupka protiv tuženog, jer je tuženi radio do otvaranja stečaja, a tužilac - protivtuženi mu je do zadnjeg momenta isporučivao sirovine za odvijanje proizvodnje. Takođe, među strankama nije sporno da je i u ranijim slučajevima tuženi - protivtužilac svoje dobavljače izmirivao kontra isporukama svojih gotovih proizvoda i to kako tužioca - protivtuženog tako i ostale poslovne partnere. Činjenica da se roba koju je tužilac - protivtuženi kupio od tuženog - protivtužioca zatekla u skladištu gotovih proizvoda tuženog - protivtužioca pokazuje da tužilac nije znao za moguć-

[14] V. čl. 99. st. 3. Zakona o stečajnom postupku RS.

[15] U tom smislu Prsuda Višeg trgovinskog suda, PŽ. 8990/2007 od 26. februara 2008. godine -Sudska praksa trgovinskih sudova-Bilten br. 1/2008.

[16] U tom smislu presuda Vrhovnog suda Srbije, Prev. 668/98 od 30. decembra 1998. godine –Sudska praksa privrednih sudova-Bilten br. 1/1999, str. 67.

nost pokretanja stečajnog postupka protiv istog. Sve ovo ukazuje da je za pobijanje pravnih poslova preduzetih pre podnošenja predloga kod uobičajenog namirenja neophodno da se na strani poverioca stečajnog dužnika utvrdi postojanje subjektivnog odnosa poverioca prema preduzetoj radnji.[17]

Prema jednom rešenju iz uporednog prava za osobu koja je sa dužnikom bila bliska u vreme preduzimanje radnje pretpostavlja se da je znala za nesposobnost za plaćanje ili za predlog za otvaranje stečajnog postupka.[18]

Bliske osobe dužnika kao fizičke osobe i dužnika pravog lica se našim zakonom ne određuju. U uporednom pravu zakonom se precizira koje se osobe smatraju bliskim osobama dužnika.[19] Tako se povezanim licima stečajnog dužnika pojedinca smatra bračni drug stečajnog dužnika čak i ako je brak sklopljen nakon pravne radnje ili ako je prestao u poslednjoj godini pre preduzimanja radnje. U povezana lica se ubrajaju i srodnici stečajnog dužnika ili bračnog druga kao i lica koja žive u domaćinstvu sa stečajnim dužnikom ili su u poslednjoj godini koja je prethodila radnji živeli u domaćinstvu sa stečajnim dužnikom. Kada je reč o povezanim licima stečajnog dužnika ili pravnog lica zakonodavci ih vezuju za članstvo u upravnim i nadzornim telima kao i ličnu odgovornost članova stečajnog dužnika, kao i lica koja u kapitalu stečajnog dužnika učestvuju sa više od 10%. Lica ili društvo koje zbog svoje radno-ugovorne veze sa stečajnim dužnikom imaju priliku da budu upoznati sa privrednim položajem dužnika, lice koje je u ličnoj vezi sa ranije navedenim članovima obavezno na čuvanje tajne o poslovima stečajnog dužnika, kao i treća lica koja su u poziciji da na stečajnog dužnika vrše uticaj koji se izjednačava sa uticajem člana društva sa većinskim udelom ili organa za zastupanje.[20]

U slučaju kada bi poverilac bio jedini član društva stečajnog dužnika (na primer, osnivač) njegovo znanje za insolventnost dužnika bi se prezumiralo.

---

[17] U tom smislu Presuda Višeg trgovinskog suda, Pž. 935/2007 od 7. maja 2008. godine - Sudska praksa trgovinskih sudova- Bilten br. 4/2008.

[18] V. čl. 128. st. 4. Stečajnog zakona Republike Hrvatske, Narodne novine RH, br. 44/1996, 29/99, 129/00, 123/03 i 82/06.

[19] V. čl. 136. Stečajnog zakona RH kao i čl. 60. st. 2. Zakona o insolventnosti privrednih društava RCG, čl. 87. Zakona o stečajnom postupku Federacije BiH, kao i čl. 87. Zakona o stečajnom postupku Republike Srpske.

[20] V. čl. 87. Zakona o stečajnom postupku Federacije BiH, kao i čl. 87. Zakona o stečajnom postupku Republike Srpske.

Pobijanje radnji tzv. neuobičajenog(inkongruentnog) namirenja

Neuobičajeno namirenje postoji kada se preduzme pravni posao ili pravna radnja kojom se jednom poveriocu *pruža obezbeđenje ili daje namirenje koje on uopšte nije imao pravo da traži,* ili je imao pravo da traži, ali ne na način i u vreme kada je preduzeto. Za ovakvo pobijanje je u našem pravu, pored opštih pretpostavki, predviđen samo *jedan objektivni uslov*, da je pravna radnja preduzeta u poslednjih šest meseci **pre** podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka.[21]

Iako se u analiziranim rešenjima iz uporednog prava pobijanje neuobičajenog namirenja uglavnom vezuje za radnje preduzete pre podnošenja predloga za otvaranje stečaja, dozvoljava se pobijanje pravne radnje i **nakon** podnošenja predloga. Da bi se radnja mogla pobijati pre ili nakon podnošenja predloga mora biti preduzeta u poslednjem mesecu pre ili nakon podnošenja predloga. Za pravnu radnju koja je preduzeta u toku trećeg ili drugog meseca pre podnošenja predloga za otvaranje stečajnog postupka traži se kao uslov da je stečajni dužnik u vreme pravne radnje bio *platežno nesposoban*.[22]

U uporednom pravu se i za pobijanje inkongruentnog namirenja traži da je poverilac *znao* da se radnjom dužnika oštećuju poverioci. Taj uslov je ispunjen ako je poverilac znao za okolnosti na temelju kojih se nužno moralo zaključiti da se njome poverioci oštećuju. Za osobe koje su bile bliske sa poveriocem u vreme preduzimanja radnje se pretpostavlja da su znale za oštećenje poverioca.[23]

Pobijanje pravnih radnji koje neposredno oštećuju poverioca

Pravni posao stečajnog dužnika kojim se poverioci neposredno oštećuju mogu se pobijati ako je:

1. a) preduzet u poslednja tri meseca pre pokretanja stečajnog postupka, b) ako je u vreme zaključenja posla stečajni dužnik bio nesposoban za plaćanje i v) ako je saugovarač stečajnog dužnika znao za njegovu nesposobnost paćanja;

2. Ako je pravni posao zaključen posle stavljanja predloga za pokretanje stečajnog postupka može biti pobijen a) ako je saugovarač stečajnog dužnika znao ili je morao znati da je stečajni dužnik nesposoban za plaćanje ili b) da je stavljen predlog za pokretanje stečajnog postupka.[24]

---

[21] V. čl. 100. Zakona o stečajnom postupku RS.

[22] V. čl. 81. st. 2. t. 1. Zakona o stečajnom postupku Federacije BiH, kao i čl. 81. st. 2. t. 1. Zakona o stečajnom postupku Republike Srpske.

[23] V. čl. 129. st. 2. Stečajnog zakona RH.

[24] V. čl. 101. st. 1. t. 2. Zakona o stečajnom postupku Republike Srpske.

Predmet pobijanja može biti i svaka ona radnja ili propuštanje stečajnog dužnika kojom on gubi neko svoje pravo ili zbog koje on to pravo više ne može ostvariti.[25]

O postojanju subjektivnih uslova zakonodavac ne govori, ali bi se na odgovarajući način trebalo primeniti pravila o tim uslovima koja važe za kongruentno namirenje.[26]

Postavlja se pitanje ko snosi *teret dokazivanja* povodom pravnih radnji kojim se poverilac neposredno oštećuje? Teret dokazivanja bi pao na tužioca – stečajnog poverioca. Tužilac bi trebalo da dokaže da su poverioci pravnim poslom *direktno* oštećeni, da je stečajni *dužnik bio insolventan*, kao i da je o insolventnosti *znala druga ugovorna strana.*

Sa pravnim poslom kojim se poverilac neposredno oštećuje izjednačena je pravna radnja dužnika kojom dužnik gubi neko od svojih prava ili zbog kojih pravo više ne može ostvariti ili radnja na osnovu koje se protiv dužnika može održati na snazi ili ostvariti neki imovinskopravni zahtev.[27]

Pobijanje pravnih poslova kojima se namerno oštećuje poverilac

Pravni posao odnosno pravna radnja koju je stečajni dužnik preduzeo sa namerom da ošteti jednog ili više poverilaca može se pobijati: 1. Ako su preduzeti u poslednjih pet godina pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka ili za vreme trajanja stečajnog postupka i 2. Ako je saugovarač stečajnog dužnika znao za nameru stečajnog dužnika.

Znanje namere se pretpostavlja ako je saugovarač stečajnog dužnika znao da stečajnom dužniku preti nesposobnost plaćanja i da se radnjom oštećuju poverioci.[28]

U uporednom zakonodavstvu je predviđeno da se mogu napadati radnje koje je dužnik preduzeo u poslednjih deset godina pre podnošenja predloga za njihovo pobijanje, uz ispunjenje uslova koji se odnosi na postojanje namere.[29]

Ako je dužnik za svoju činidbu primio protivčinidbu jednake vrednosti koja je direktno ušla u njegovu imovinu, pravna radnja povodom koje je činidba izvršena se može pobijati samo uz uslove predviđene za namerno oštećenje poverilaca.

---

[25] V. čl. 101. st. 1. t. 3. Zakona o stečajnom postupku RS.

[26] U tom smislu čl. 130. st. 3. Stečajnog zakona RH.

[27] V. čl. 130. st. 2. Stečajnog zakona RH.

[28] V. čl. 102. Zakona o stečajnom postupku RS.

[29] V. par. 133. st. 1. nemačkog Zakona o insolvenciji.

Ugovor uz naknadu, ako je sklopljen između dužnika i njemu bliske osobe, se može pobijati ako je poverilac njime direktno oštećen, ako je sklopljen ranije od dve godine pre podnošenja predloga za otvaranje stečajnog postupka, ili ako druga strana dokaže da joj u vreme sklapanja ugovora nije bila poznata namera dužnika da ošteti poverioca.[30]

Moguće je napadati i besteretan ugovor koji je dužnik zaključio sa bliskim licem, kojim se stečajni poverilac neposredno stavlja u nepovoljan položaj.[31] Međutim, napadanje je isključeno ako je ovakav ugovor zaključen ranije od dve godine pre podnošenja predloga za otvaranje postupka insolvencije, ili ako drugoj strani nije bila poznata loša namera dužnika za stavljanje.[32]

Pobijanje poslova i radnji bez naknade ili uz neznatnu naknadu

Pravni posao i pravna radnja stečajnog dužnika preduzeta *bez naknade* ili uz neznatnu naknadu mogu se pobijati ako su zaključeni odnosno preduzeti u poslednje *dve godine pre* podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka.[33] U mnogim zakonodavstvima je predviđen duži rok.[34]

Postoje rešenja u uporednom zakonodavstvu koja predviđaju da se ne može pobijati uobičajeni, prigodni dar neznatne vrednosti.[35]

Naš Zakon o stečajnom postupku ne sadrži odredbe koje bi se odnosile na pobijanje pravnih radnji kojim se za tražbinu člana društva za vraćanje zajma kojom se nadomeštava kapital ili za neku njemu odgovarajuću tražbinu daje osiguranje ili se pak jemči namirenje.[36]

Zajam kojim se nadomeštava kapital postoji onda ako neki član društva u određenom vremenu kada je nastupila kriza društva, društvu odobrilo zajam, u kome bi ponašanje članova društva kao dobrih privrednika nalagalo unošenje vlastitog kapitala, a ne odobravanje zajma. Analizirani uporedni zakoni predviđaju da se mogu pobijati pravne radnje preduzete u poslednjih pet godina pre podnošenja predloga za otvaranje stečajnog postupka ili nakon toga radi vraćanja zajma kojim se nadomeštava kapital za koju je dato osiguranje.

---

[30] V. čl. 131. st. 2. Stečajnog zakona RH.

[31] V. par. 133. st. 2. t. 1. nemačkog Zakona o insolvenciji.

[32] V. par. 133. st. 2. t. 2. nemačkog Zakona o insolvenciji.

[33] V. čl. 103. Zakona o stečajnom postupku RS.

[34] V čl. 82. st. 1. Zakona o stečajnom postupku Federacije BiH, kao i čl. 82. st. 1. Zakona o stečajnom postupku Republike Srpske.

[35] V. čl. 132. st. 2. Stečajnog zakona RH.

[36] V. čl. 133. Stečajnog zakona RH, čl. 84. Zakona o stečajnom postupku Federacije BiH, kao i čl. 84. Zakona o stečajnom postupku Republike Srpske.

Zakoni predviđaju mogućnost pobijanja pravnih radnji kojom je tajnom članu društva ulog u potpunosti ili delimično vraćen ili kojom mu je njegov udeo u nastalom gubitku u potpunosti ili delimično oprošten.[37]

Pravni poslovi koji se ne mogu pobijati

Ne mogu se pobijati pravni poslovi zaključeni odnosno pravne radnje preduzete radi:

1. Izvršenja odobrenog plana reorganizacije stečajnog dužnika preduzeta posle pokretanja stečajnog postupka;
2. Nastavljanja poslova preduzetih posle pokretanja stečajnog postupka;
3. Isplate po menicama ili čekovima ako je druga strana morala primiti isplatu da ne bi izgubila pravo na regres protiv ostalih meničnih odnosno čekovnih obveznika.[38]

U slučaju kongruentnog namirenja od primaoca namirenja se ne može tražiti vraćanje onoga što mu je dužnik isplatio po menici ako bi, prema meničnom pravu, primalac menice u slučaju odbijanja prijema plaćanja izgubio menični zahtev prema drugim meničnim obveznicima. Isplaćeni menični iznos mora podmiriti poslednji regresni obveznik, a ako je on menicu prodao za račun treće lice, onda to lice, pod uslovom da su poslednji regresni obveznik ili treće lice u vreme kada su menicu prodali znali za dužnikovu nesposobnost za plaćanje ili za predlog za otvaranje stečajnog postupka.[39]

Rokovi za pobijanje pravnih radnji

Zakonski rokovi za pobijanje pravnih radnji i pravnih poslova stečajnog dužnika se računaju unazad i to od dana u mesecu koji po broju odgovara danu podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka. Ako u poslednjem mesecu ne postoji dan sa tim brojem, rok se računa od poslednjeg dana tog meseca.[40] U našem pravu se primenjuje ovakav način računanja rokova, jer zakonodavac nije odredio opšti rok za podnošenje tužbe.

Ne računaju se rokovi unazad u svim zakonodavstvima. Naprotiv, rokovi predviđeni zakonom za sve oblike namirenja se računaju od početka dana u mesecu koji po broju odgovara danu kada je predlog za otvaranje stečajnog

[37] V čl. 134. Sečajnog zakona RH.

[38] V. čl. 104. Zakona o stečajnom postupku RS.

[39] V. čl. 135. Stečajnog zakona RH.

[40] V. čl. 105. st. 1. Zakona o stečajnom postupku RS.

postupka zaprimljen u sudu.[41] Ovakav način računanja roka se primenjuje u zakonodavstvima koja određuju opšti rok za podnošenje tužbe.

U uporednom zakonodavstvu se, po pravilu, predviđa rok od dve godine od otvaranja stečajnog postupka[42] ili rok od godinu dana.[43] U pitanju su prekluzivni rokovi, te bi tužbu podnesenu po isteku roka sud morao odbaciti.

Ako je podneto više predloga za otvaranje postupka merodavan je prvi dopušteni i obrazloženi predlog, čak i ako je postupak otvoren povodom nekog kasnijeg predloga.[44] Tako, u slučaju da ranije podnet predlog za otvaranje stečajnog postupka bude povučen, on bi ostao merodavan za izračunavanje rokova za pobijanje pravnih radnji, ako bi povučeni predlog bio osnovan u vreme njegovog podnošenja sudu i ako bi u vremenu između njegovog povlačenja i podnošenja novog predloga za otvaranje stečaja, stečajni dužnik i dalje bio insolventan.

Pravnosnažno odbijen predlog za pobijanje pravne radnje će se uzeti u obzir samo onda ako je do njegovog odbijanja došlo zbog nedostatka stečajne mase.[45]

Vreme preduzimanja pobojne pravne radnje

Smatra se da je pravni posao zaključen onda *kada su ispunjeni uslovi za njegovu punovažnost*. Ako je za punovažnost nekog pravnog posla potreban *upis* u zemljišnu knjigu ili u registar brodova, vazduhoplova ili patenata, odnosno u drugu javnu knjigu ili registar, smatra se da je pravni posao zaključen onda kada je overena izjava volje za upis i kada je zahtev za upis podnet nadležnom sudu.[46] Dakle, trenutkom podnošenja zahteva za upis u zemljišne knjige, nastaju pravna dejstva preduzete radnje. Ovo je bitno za izračunavanje rokova kod pobojnih pravnih radnji. Na primer, ako stranka overi izjavu volje pre otvaranja stečaja ali se zahtev za upis u javnu knjigu ne stavi do otvaranja stečaja, kod pobojnih radnji koje se moraju preduzeti pre otvaranja stečaja smatralo bi se kao da pravni posao nije ni zaključen, a stranka ne bi mogla nakon otvaranja stečaja da traži upis u zemljišne ili druge javne knjige.

---

[41] V. čl. 137. Stečajnog zakona RH, tako i par. 139. nemačkog Zakona o insolvenciji.

[42] V. čl.141. Zakona o stečaju RH, čl. 85. st. 3. Zakona o stečajnom postupku Federacije BiH, kao i čl. 87. Zakona Republike Srpske.

[43] V. čl. 60. st. 4. Zakona o insolventnosti privrednih društava RCG.

[44] V. čl. 137. Stečajnog zakona RH, kao i par. 139. st. 2. t. 1. nemačkog Zakona o insolvenciji.

[45] V. par. 139. st. 2. t. 2. nemačkog Zakona o insolvenciji.

[46] V. čl. 105. st. 2. Zakona o stečajnom postupku RS.

Ako predlog za upis sadrži predbeležbu za obezbeđenje nekog zahteva, pre pravne promene, važe napred izneta pravila, s tim da ovaj predlog za upis stupa na mesto predloga za upis pravne promene.[47]

Ako je pravna radnja preduzeta pod *uslovom* ili *rokom*, merodavno je *vreme njenog preduzimanja*, a *ne vreme nastupanja uslova* ili isteka roka.[48]

Radnje pobijanja

Pravni posao ili pravna radnja stečajnog dužnika se pobija *tužbom*.[49] Pravni posao ili pravna radnja mogu se pobijati i podnošenjem *protivtužbe* ili *prigovora* u parnici. Tada se ne primenjuje pravilo predviđeno opštim uslovima da se pobijanje može vršiti od dana otvaranja stečajnog postupka do dana održavanja ročišta za glavnu deobu stečajne mase.

Tužbeni zahtev

Cilj koji se želi ostvariti podnošenjem tužbenog zahteva zavisi od toga ko se pojavljuje kao tužilac. Ako bi se mogao postaviti neki cilj kao opšti, onda bi u skladu sa opštim uslovima za pobijanje radnje, cilj bio sprečavanje prelaska imovinske vrednosti na treća lica ili, ako je prelazak već ostvaren, tužbeni zahtev bi mogao biti usmeren na povraćaj u stečajnu masu imovinske vrednosti koja je prešla na treće lice. Neki od tužbenih zahteva bi mogli biti usmereni na: a) Osudu poverioca na ispunjenje činidbe na povraćaj dugovanog. b) Ako je poverilac nešto stekao pobijenom radnjom, može se postaviti deklaratorni zahtev kojim bi se tražilo od suda da utvrdi da je radnja bez dejstva prema stečajnoj masi, kao i da se naloži tuženom da vrati stvar ili isplati protivvrednost iste. v) Ako bi poverilac pobijenom radnjom mogao tek da traži ispunjenje neke činidbe od dužnika, zahtevom bi mogao da traži da se utvrdi da je njegova pravna radnja bez dejstva prema stečajnoj masi. g) Ako tužilac pobija pravnu radnju raspolaganja nekretninom na osnovu koje je upisano teret u javnim knjigama, tužbenim zahtevom bi se moglo tražiti od suda da naloži poveriocu da izda ispravu podobnu za brisanje tog prava i time uspostavi stanje koje je postojalo pre preduzimanja radnje, tj. da se izvrši brisanje nevoljno izvršene uknjižbe.

Pobijanje isticanjem prigovora u parnici je najčešće u slučaju kada ju je pokrenuo protivnik pobijanja radi ostvarivanja zahteva koji proizila-

[47] V. par. 140. st. 2. t. 2. nemačkog Zakona o insolvenciji.

[48] V. čl. 138. st. 4. Stečajnog zakona RH, čl. 80. st. 2. Zakona o stečajnom postupku Republike Srske, Službeni glasnik Republike Srpske, br. 67/02, 77/02 i 68/07.

[49] V. čl. 106. st. 1. Zakona o stečajnom postupku RS.

zi iz pobojne pravne radnje, najčešće, prilikom utvrđivanja potraživanja poverioca jer obaveza iz pobojne radnje još nije ispunjena. Stečajni upravnik može staviti prigovor da poverilac nema pravo na odvojeno namirenje. U teoriji je prihvaćen stav da se pobojna pravna radnja prigovorom može pobijati samo onda kada je pravnom radnjom zasnovana obligaciona obaveza koja još nije ispunjena, kada još ništa nije otuđeno iz imovine dužnika, kada se stvar nalazi u stečajnoj masi. Tek kada se zatraži njena prodaja ističe se prigovor.[50]

Zastarelost zahteva za pobijanje

Zastarelost prava na napadanje pravne radnje se procenjuje prema opštim pravilima o zastarelosti potraživanja. Čak i ako je zahtev za pobijanje zastareo, stečajni upravnik bi mogao odbiti ispunjenje prestacije koja se zasniva na napadnutoj radnji.[51]

Nemački Zakon o insolvenciji rokove shvata u materijalnopravnom smislu, te se protekom roka gubi pravo na ispunjenje obaveze. Zakonom o pobijanju, rokovima se pridaje procesni karakter. U slučaju kada bi poverilac pobijenom pravnom radnjom tražio ispunjenje neke činidbe od dužnika, stečajni upravnik bi mogao da odbije ispunjenje duga ako bi zahtev za pobijanje zastareo.

Procesna legitimacija

Aktivno procesno legitimisani su poverilac i stečajni upravnik u ime i za račun stečajnog dužnika. Ovlašćenje stečajnih poverilaca da pokrenu parnicu je u nekim zakonodavstvima uslovljeno. Naime, stečajni poverilac može da pokrene postupak radi pobijanja radnji samo ako stečajni upravnik na poziv poverioca ne pokrene parnicu u roku od trideset dana od dana prijema poziva od poverioca.[52] Stečajni upravnik može podneti tužbu za pobijanje pravnih radnji samo na osnovu odobrenja stečajnog suda.[53] Sudski postupak mogu pokrenuti stečajni upravnik, dužnik, odbor poverilaca ili, ukoliko odbor poverilaca nije obrazovan, svaki poverilac.[54]

Navedeni zakoni predviđaju veoma široku lepezu aktivno procesno legitimisanih lica.

---

[50] U tom smislu v. Tomica Delibašić, op. cit., str. 234.

[51] V. par. 146. nemačkog Zakona o insolvenciji.

[52] V. čl. 85. st. 2. Zakona o stečajnom postupku Federacije BiH, kao i čl. 85. Zakona Republike Srpske.

[53] V. čl. 141. st. 4. Stečajnog zakona RH.

[54] V. čl. 60. st. 4. Zakona o insolventnosti privrednih društava RCG.

Ovlašćenje **stečajnog dužnika** da pokrene parnicu (prihvaćenim u nekim zakonima uporednog prava) radi pobijanja sopstvenih pravnih radnji se u najmanju ruku čini nelogičnim. Nelogično je da onom koji je oštetio poverioce treba priznati pravo da vodi parnicu da bi te iste poverioce zaštitio. Budući da se bankrotstvo sprovodi nad stečajnim dužnikom koji je nesposoban za plaćanje, on otvaranjem glavnog stečajnog postupka gubi pravo upravljanja i raspolaganja imovinom. Stečajni dužnik postaje potpuno poslovno nesposoban, što dalje dovodi do gubitka procesne sposobnosti. Njega zastupa stečajni upravnik.

Određujući delokrug poslova **stečajnog upravnika**, zakonodavac mu je postavio kao osnovnu obavezu da preduzme sve neophodne mere radi zaštite imovine stečajnog dužnika. Jedna od mera koja bi mogla da doprinese ostvarivanju tog zadatka je i zastupanje stečajnog dužnika u pokretanju i vođenju upravnih i drugih sporova.[55]

Stečajni upravnik je i pomoćni organ stečajnog suda koji u skladu sa zakonom preduzima radnje koje bi trebalo da doprinesu da se namire poverioci stečajnog dužnika.

Kada u parnici podnosi tužbu radi pobijanja pravnih radnji stečajnog dužnika on se pojavljuje kao zakonski zastupnik dužnika. On u ime i za račun stranke- stečajnog dužnika preduzima procesne radnje. Zbog nedostatka poslovne sposobnosti zakonskog zastupnika ne postavlja sama stranka.

Pravne radnje preduzete pre otvaranja postupka insovencije, kojim se štite stečajni poverioci, može napadati upravnik insolventnog postupka.[56]

Stečajni poverilac je lice koje na dan pokretanja stečajnog postupka ima neobezbeđeno potraživanje prema stečajnom dužniku.[57] On stiče svojstvo stranke u stečajnom postupku od dana kada je prijava njegovog potraživanja primljena u stečajnom sudu. Samim tim on je i aktivno legitimisana stranka u postupku radi pobijanja pravnih radnji stečajnog dužnika.

Kada je reč o **izlučnim poveriocima** kao subjektima stečajnog postupka oni imaju ovlašćenje na *izdvajanje iz stečajne* mase stvari *koja nije svojina stečajnog dužnika*, već pripada izlučnom poveriocu, a kod dužnika se našla po osnovu posluge, zakupa ili sl. Izlučni poverilac može da postane stečajni poverilac samo ako stečajni dužnik u toku stečajnog postupka neovlašćeno otuđi stvar koja pripada izlučnom poveriocu. Tek ako izlučni poverilac postavi u toku stečajnog postupka zahtev za isplatom tržišne vrednosti otuđene stvari on stiče položaj stečajnog poverioca

[55] V. čl. 17. Zakona o stečajnom postupku RS.

[56] V. par. 129. nemačkog Zakona o insolvenciji.

[57] V. čl. 35. Zakona o stečajnom postupku RS.

Razlučni poverioci su poverioci stečajnog dužnika koji imaju pravo odvojenog- *privilegovanog namirenja iz određene stvari* koja se nalazi u stečajnoj masi, a na kojoj je u njegovu korist ustanovljeno neko razlučno pravo, na primer, pravo namirenja ili *založno pravo*. Ako visina potraživanja razlučnog poverioca bude veća od iznosa dobijenog unovčenjem stvari, za višak potraživanja razlučni poverilac može da se u stečajnom postupku pojavi kao stečajni poverilac.

Aktivna procesna legitimacija *stečajnog upravnika* i stečajnog poverilaca da u ime i za račun stečajnog dužnika pokrenu postupak u zakonima koji regulišu ovu materiju je nesporna. Razmimoilaženja u shvatanjima su se više odnosila na priznavanje aktivne legitimacije dužniku, kao i na ograničavanje prava izlučnim i razlučnim poveriocima na pobijanje pravnih radnji stečajnog dužnika. U teoriji se to obrazlagalo time da je svrha stečajnog postupka da se u stečajnu masu vrate sve koristi stečene pobojnom pravnom radnjom radi zajedničkog namirenja svih poverilaca a ne radi individualne zaštite koja se vezuje za izlučnog i razlučnog poverioca.[58] Nesporno je da izlučni i razlučni poverioci mogu da traže izdvajanje iz stečajne mase onoga što pripada njima, ali se našlo u imovini dužnika.

Pasivno procesno legitimisani su *lica sa kojima je stečajni dužnik sklopio pravni posao*, odnosno prema kome je pravna radnja preduzeta (*protivnik pobijanja*). Kada tužbu podnosi stečajni poverilac kao tuženi se pojavljuju kako lice sa kojim je dužnik sklopio pravni posao, tako i stečajni dužnik kao obični suparničari.

Tužba se može podneti i protiv *naslednika* ili drugog univerzalnog pravnog sledbenika protivnika pobijanja.

Tužba se može podneti i protiv *ostalih* pravnih sledbenika protivnika pobijanja ako je pravni sledbenik znao za činjenice koje predstavljaju razlog za pobijanje pravnih poslova ili radnji njegovog prethodnika.

Tužba se podnosi protiv ostalih pravnih sledbenika protivnika pobijanja ako je ono što je stečeno pravnim poslom ili pravnom radnjom koji se pobija pravnom sledbeniku ustupljeno bez naknade ili uz neznatnu naknadu.[59]

Dejstva pobijanja

Ako *zahtev za pobijanje* pravnog posla ili druge pravne radnje bude pravnosnažno *usvojen*, pobijeni *pravni posao odnosno pravna radnja nemaju dejstvo prema stečajnoj masi*, a protivnik pobijanja je dužan da u

[58] U tom smislu v. Tomica Delibašić, op. cit., str. 161.

[59] V. čl. 107. Zakona o stečajnom postupku RS i par. 145. nemačkog Zakona o insolvenciji.

stečajnu masu *vrati* svu imovinsku korist stečenu na osnovu pobijenog posla ili druge radnje. Čak i primalac usluge bez naknade ili uz neznatnu naknadu bi uvek morao vratiti ono što je primio ako je znao ili je morao znati da se takvom uslugom oštećuje poverilac.[60]

Ako se traži poništaj ugovora u postupku pobijanja pravnih radnji stečajnog dužnika, sud nije ovlašćen da poništava ugovor u celini sa dejstvom prema trećim licima, već utvrđuje da je ugovor bez pravne važnosti samo prema stečajnoj masi.[61]

U nedostatku drugog osnova, shodno se primenjuju pravila o pravnim posledicama sticanja bez osnova.[62]

Protivnik pobijanja, pošto vrati imovinsku korist stečenu na osnovu pobijenog posla ima pravo da ostvaruje potraživanje kao stečajni poverilac.[63]

Odakle bi se mogla isplatiti protivusluga? - Ako je protivusluga prisutna u stečajnoj masi ona se može iz nje izdvojiti. Isto bi se moglo učiniti ako je masa obogaćena za vrednost te usluge.[64]

Pravnosnažna presuda donesena u parnici za pobijanje pravnih radnji deluje prema stečajnom dužniku, odnosno stečajnoj masi, te svim stečajnim poveriocima.[65]

Stečajni poverilac koji je uspešno pobio pravnu radnju kojom su oštećeni stečajni poverioci u slučaju kada je nedostatnost stečajne mase utvrđena već tokom prethodnog postupka, usled čega je prethodni postupak otvoren i odmah zaključen, ima iz onog što se mora vratiti u stečajnu masu, pravo prvenstvenog namirenja za troškove koji su bili potrebni za navedenu parnicu. Stečajni poverilac čiji je tužbeni zahtev za pobijanjem prihvaćen, predožiće stečajnom sudiji nastavak stečajnog postupka radi naknadne deobe.[66]

Sud može povodom postavljenog zahteva za poništaj određenih raspolaganja doneti odluku kojom preinačava raspolaganje ako je to moguće. Može i naložiti da prvobitni sticalac, korisnik raspolaganja ili naknad-

---

[60] V. čl. 85. st. 6. Zakona o stečajnom postupku Federacije BiH i Zakona o stečajnom postupku Republike Srpske.

[61] U tom smislu Presuda Vrhovnog suda Srbije, Prev. 440/96 od 30. 10 1996. God. –Sudska praksa privrednih sudova- Bilten br. 2/1997, str. 83.

[62] V. par. 143. st. 2. t. 1. nemačkog Zakona o insolvenciji.

[63] V. čl. 108. st. 2. Zakona o stečajnom postupku RS.

[64] V. čl. 86. st. 2. Zakona o stečajnom postupku BiH i Zakona o stečajnom postupku Republike Srpske.

[65] V. čl. 61. st. 3. t. 7. Zakona o izmenama i dopunama stečajnog zakona RH.

[66] V. čl. 61. st..3. t. 8. Zakona o izmenama i dopunama stečajnog zakona RH.

ni sticalac vrati predmetni novčani iznos ili prenesenu imovinu. U slučaju kada je imovina znatno oštećena ili kada se ne može vratiti prvobitnom sticaocu, korisniku raspolaganja ili naknadnom sticaocu, sud može naložiti da se uplati u stečajnu masu novčani iznos jednak vrednosti prenesene imovine, uvećan za iznos naknade štete koji je potreban da se dužnik vrati u stanje u kome je bio pre raspolaganja.[67]

[67] V. čl. 60. st. 6. Zakona o insolventnosti privrednih društava RCG.

Marija Salma, Ph.D., Full Professor
Novi Sad School of Law

Avoidance of Preferences in Bankruptcy

Abstract

In this paper, the author analyses different solutions in positive and comparative law relating to avoiding of bankruptcy debtor's preferences taken prior to commencement of bankruptcy proceedings, or immediately upon that, aimed at purposeful prevention of collection of claims by creditors. The aim of this classical institute of bankruptcy law is to protect interests of creditors by allowing the bankruptcy trustee and creditors to avoid debtor's preferences, transfers that prefer one or more creditors over others. If the debtor fails to take actions necessary to preserve or increase the bankruptcy estate, i.e. in order to enable collection of creditors' claims, laws provide for bankruptcy creditors themselves taking necessary procedural-law or substantive-law measures instead of the bankruptcy debtor.

Key words: avoiding preferential transfers in bankruptcy, regular preferences, irregular preferences, direct harm to bankruptcy creditors, willful harm to creditors

Originalni naučni rad 336.22(37)

Dr Magdolna Sič, vanredni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

FIDES I JAVNI (FISKALNI) DUG[1]

Sažetak: *Ispunjenje obaveze prema rimskoj zajednici bilo je diktirano fidesom, poštenjem zasnovanom na religijskom shvatanju zajedničkom svim narodima, da preuzeta obaveza mora biti ispunjena. Od najstarijih vremena bilo je postavljeno i pravilo da prava i obaveze rimskog građanina zavise od njegovog imovinskog cenza. Ovo pravilo je preneto kasnije i u provincije, sa zahtevom da peregrin pretendent za gradsku upravu treba da ima građevinu u gradu čijeg veća želi da bude član, kao i jemce da će ispuniti svoje javne obaveze prema imperiji.*

Provincijsko stanovništvo opterećeno porezom u toku republike i principata imalo je obavezu prijave imovine i lica radi oporezivanja pod zakletvom. Kao osiguranje za naplatu javnog duga celokupna imovina poreskog obveznika bila je opterećena zalogom sa prvenstvom prava naplate u korist rimske blagajne.

Ova praksa u poznom carstvu, posle dodele rimskog građanstva celokupnom stanovništvu imperije (212. god.) i uvođenja jedinstvenog oporezivanja stanovništva, proširena je na celu teritoriju carstva. Usled nastupele ekonomske krizne, ratova i pustošenja varvarskih naroda, počev od III veka nove ere, međutim, sve češće su se javili zahtevi građana za izuzećem od javnih obaveza.

Imajući u vidu, da su ovi zahtevi bili često neosnovani pa i silom izdejstvovani, carevi su davanje beneficije otpusta poreskih dugova regulisali posebnim zakonima. Boreći se protiv neopravdanih privilegija veleposednika (potentiores), korupcije i raznih drugih načina izigravanja fiskalnih interesa carstva, carevi su nastojali na tome, da u opravdanim

[1] Rad je objavljen u okviru projekta „PRAVO SRBIJE U EVROPSKOJ PERSPEKTIVI“ koji finansira Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije.

slučajevima ugroženom provincijskom stanovništvu oproste zaostale poreske dugove. Pri tome, polazili su od starog pravila da teret javnih obaveza zavisi od imovnog stanja građanina, uz obrazloženje: „U meri u kojoj je neko na višem položaju ili je bogatiji, treba da vodi računa još više o javnim potrebama, jer mu je poznato da briga o tome ubuduće biti u suštini njemu od koristi" (Nov. Val. 10, 3).

Ključne reči: *fides, aequitas, utilitas publica, javni (fiskalni) dug, porezi, otpust zaostalih poreskih dugova, rimsko pravo*

FIDES (BONA), AEQUITAS, UTILITAS PUBLICA

Fides u značenju poštenja, vernosti, poverenja, vere, Rimljani su smatrali svojom prastarom vrlinom zasnovanom na običajima starih (*mos maiorum). Fides* je istovremeno i religijski[2] i moralni ali i pravni princip (*fides maiorum*[3]). Ovaj princip je određivao kako javno- tako i privatno pravne odnose Rimljana, bilo da se radilo o unutrašnjim, bilo o međunarodnim odnosima[4].

Smatra se, da su ovaj princip Rimljani isprva primenjivali u oblasti javnog prava. Rimski građanin je svoju obavezu koju je preuzeo prema svojoj zajednici morao ispuniti u skladu sa *fides*, kao častan građanin[5]. Cenili su *virtus* (izvrsnost, hrabrost, postojanost) i *frugalitas* (čestitost, urednost, štedljivost). Ako bi neko izigrao, povredio interese zajednice bio bi pozvan na odgovornost i trpeo bi ozbiljne posledice[6]. Rimljanin

---

[2] P. De Francisci, Storia del diritto romano, I, Roma, 1929, str. 278.

[3] M. Voight, Das Ius naturale, aequum et bonum und ius gentium der Römer, III, Leipzig, 1856 – 1871, str. 229.

[4] S. Tafaro, Brevi riflessioni su buona fede e contratti, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 3/2006, str. 74 – 75. M. Talamanca, La bona fides nei giuristi romani "Leerformeln" e valori dell'ordinamento, u: 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. 41 i dalje: «...rapporti ispirati alla fides esistevano da sempre sia nell'ambito internazionale (basti pensare alla deditio in fidem) che in quello interno."

[5] Poznato je, da su najstariji privatno pravni poslovi bili strogo vezani za spoljašnju formu. To ipak ne znači da iza svečanih formi starog rimskog civilnog prava nije stajala rimska fides u vidu sponsio, kao religijsko moralna osnova ispunjenja buduće obaveze. F. Pastori (La genesi della stipulatio e la menzione della bona fides nella Lex de Gallia Cisalpina con riferimento all'actio ex stipulatu, Studi Betti, vol. III, Milano, 1962, str str. 567 i dalje) smatra, da je zaštita sponzije ius civilea bila zasnovana na rimskom ius sacrum.

[6] J. Zlinszky, Ius publicum, Budapest, 1998, str. 149 – 159. Na to nam ukazuje slučaj Postumiusa iz vremena Drugog punskog rata (Livius, 25,3,10 – 15).

kao član svoje zajednice je od najstarijih vremena imao javne obaveze: da se odazove regrutaciji, pozivu na skupštinu, da časno obavlja javnu funkciju na koju je izabran, da podnosi javne terete, da bude sudija, svedok. Građanin koji ne bi udovoljio svojim obavezama mogao bi biti isključen iz zajednice, ili bi trpeo moralnu ili pravnu osudu. Ono što je bilo pravo rimskog građanina istovremeno je bila i njegova obaveza. Njegovo ponašanje: časnost, ozbiljnost, moralnost, i ispunjenje obaveza prema zajednici – uopšteno rečeno – da li poštuje moral i običaje svojih predaka tzv. *mos maiorum* – u javnoj sferi kontrolisao je cenzor[7]. Kažnjavanje prestupnika bi se procenjivalo od slučaja do slučaja, van okvira građanskog postupka, a osuda je po pravilu imala političko obeležje. Imajući u vidu napred rečeno, u javno pravnoj sferi tzv. *fides publica,* po našem mišljenju, postavila je zahtev ne samo za obavezom „da se ispuni ono što je rečeno, obećano" pred božanstvima i narodom[8], nego se odnosila na obavezu svakog građanina kao pojedinca da ispuni svoju obavezu koju bi mu rimska zajednica *(civitas)* saglasnošću svih građana odredila.

Fides je bila staro merilo ponašanja i u odnosima sa strancima. Stranac dolaskom u Rim stavio bi se u svojstvu klijenta pod zaštitu patrona pripadnika rimskom gensu (rodu)[9] računajući na njegov *fides: in fide esse, in fidem se dedere, in fidem accipere*[10]. Patron koji bi izigrao interese svog klijenta bio bi kažnjen sa kaznom *sacer esto* (neka bude proklet), što je za njega značilo osudu na smrt[11]. Vremenom su se i narodi predavali Rimu na poverenje – *fides* (tzv. *deditio in fidem)*[12]. Osnovni princip regulisanja odnosa Rimljana sa stranim narodima, kako u ratu, tako i u miru bio je *fides*, a pravila ponašanja su bila određena od strane svešteničke

[7] J. Zlinszky, nav. delo, str. 58 – 59. Primer debelog ekvestra čiji je konj bio pothranjen (A. Gellius, 4, 20, 11).

[8] L. Kofanov, Il carattere religioso-giuridico della fides Romana nei secoli V – III A. C.: sull'interpretazione di Polibio 6, 56, 6 – 15, u: Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea, Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, vol. II, Milano, 2003, str. 335. n. 11; Videti takođe, A, Földi, A jóhiszeműség és tisztesség elve, Intézménytörténeti vázlat a római jogtól napjainkig, Budapest, 2001, str. 9.; M. J. Schermaier, Bona Fides in Roman Contract Law, u: R. Zimmermann – S. Whittaker, Good Faith in European Contract Law, Cambridge, 2000, str. 78 – 81.

[9] Dionysius, Rimske starine, 2, 1o; Zakon XII tablica: VIII, 21.

[10] Lex rep. X, 33; Dion., 2, 10, 3.

[11] Zakon XII tablica: VIII, 21:"Patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto." (neka bude proklet patron koji izigra svog klijenta).

[12] Liv. XXXI, 54, 7 "dedidisse prius in fidem quam in potestatem populi Romani"; Val. Max.VI, 5, 1 "Faliscos non potestati, sed fidei se Romanorum commisisse."

kolegije fecijala *(ius fetiale)*. Prema Katalanu *ius fetiale* je bilo ne samo rimsko, već istovremeno i nadnacionalno pravo, prvenstveno imajući u vidu regulisanje odnosa za vreme rata[13]. *Ius fetiale* se jednako primenjivalo kako na narode kojima je postojao međunarodni ugovor, tako i na narode sa kojima takav ugovor nije zaključen. Katalano ukazuje na to, da se istorijski posmatrano poreklo samih fecijala ne vezuje isključivo za Rim, niti za Latine i prema tome, *ius fetiale,* u suštini je: zajedničko etrursko-italsko kulturno nasleđe[14]. Prema Katalanu, zakletva korišćena pri zaključenju sporazuma jednako je vezivala i obavezivala različite narode. Ona je korišćena kako na Istoku, tako i u Grčkoj kao i kod Rimljana, stim što bi se svaki narod zakleo sopstvenim božanstvima[15]. To je bilo moguće imajući u vidu, da je rimski pravno-religijski sistem bio zasnovan na verovanju u Jupitera i baš je zbog toga bio virtuelno univerzalan. Ova virtuelna univerzalnost verovanja u Jupitera bila je osnova koja je postojala nezavisno kako od posebne saglasnosti tako i od zajedničke etničke pripadnosti naroda i realizovana je u javnoj sferi odnosa sa kraljevima, narodima ili pojedinim strancima. Ovaj sistem se može definisati kao nadnacionalan i takve je širine da se mogao prilagoditi različitim narodima, a vođen je politikom koja je imala za cilj univerzalno društvo[16].

Dok je prema Katalanu *ius fetiale* bilo nadnacionalni pravno religijski sistem pre svega u pogledu ratnog prava, prema Pastoriju u oblasti privatno pravnih odnosa na religijskim shvatanjima zasnovana *fides* je bila ona osnova koja je vezivala i obavezivala različite narode.

Prema Pastoriju: "...*fides* predstavlja onu vezu među ljudima blisku religiji, koja je podobna da vezuje subjekte različitih religijskih verovanja"[17]. Da je *fides* zasnovan na religijskom shvatanju Rimljana, to odavno nije sporno u romanistici, novija je konstatacija Pastorija da je *fides* takva religijska veza među ljudima koja ne zahteva pripadnost istoj religiji već može da vezuje i obavezuje i različite narode, da nosi u sebi međunarodni element i samim tim može da bude osnov obavljanja pravnih poslova i sa peregrinima.

---

[13] P. Catalano, Diritto e persone, I, Torino, 199o, str. 23 – 29.

[14] .P. Catalano, nav. delo, I, str, 22 – 23. Videti Liv. 1, 24,4; CIL X, 797; Liv. 1, 32,5; takođe, Dumezil, "Remarques sur le ius fetiale", u: des etudes latines, 34 (1956) str. 101 i dalje.

[15] Čak ni to nije bilo neophodno da se svaki narod zaklinje svom božanstvu, jer ima primera i za to, da se zakletva od strane germanskog princa polaže Jupiteru. O tome, P. Catalano, nav. delo, I, str. 44 – 49.

[16] P. Catalano, nav. delo, I, str. 5o.

[17] F. Pastori, nav. delo, str. 582; takođe, P. Frezza, Fides bona, u: Studi sulla buona fede, Pub. fac.giur. Università di Pisa, 53, 1975, str. 1;

Mada je termin "*fides"* u toku rimske istorije korišćen u različitom smislu, a primena ovog principa je bila veoma široka, *fides* je uvek imala i prosto, svakodnevno značenje. U tom smislu označavala je ponašanje časnog i korektnog čoveka – vernost (poštenost) i poverenje. U tom jednostavnom značenju ovaj princip se može smatrati univerzalnim. Prema tome, s jedne strane nadnacionalna pravila fecijalnog prava, a s druge urođeno ljudsko verovanje u *fides* bili su oni osnovi koji će biti temelj Rima pri prerastanju u imperiju.

Iz javno pravne sfere u vreme širenja rimske vlasti na različite narode u toku pretklasičnog perioda, zbog potrebe regulisanja sporova nastalih iz trgovačkih odnosa sa pripadnicima tih naroda (peregrinima), *fides* prelazi i u privatno pravnu sferu i postaje osnovni princip *ius gentium*a. Prema Horvatu bilo je prirodno shvatanje svih naroda da se obećanja i ugovori moraju poštovati i ispuniti[18], a prema Gaju (*Inst.* 1, 1): «... ono što je ustanovljeno među svim ljudima kao saglasno prirodi i razumu, te se u svih naroda jednako poštuje, zove se pravo naroda *(ius gentium)*.» *Ius gentium* veoma rano prihvata *fides* kao osnovni princip obligacija[19].

U toku pretklasičnog perioda princip *fides*a, dotad sakriven iza strogih formi pravnih poslova, počinje da se uvažava neposredno i u privatno pravnim odnosima. Na taj način *fides,* koja je zasnovana na religijskim shvatanjima naroda*,* postepeno prerasta u *bona fides* u smislu pravnog standarda savesnog i poštenog ponašanja u poslovnim odnosima. O savesnom ili nesavesnom ponašanju stranaka u pravnom poslu koji bi doveo do spora sudija je vodila računa na osnovu klauzule pretorove formule *bonae fidei* poslova: «*quidquid dare facere oportet ex fide bona*» (/osudi tuženog/ na sve ono što treba da da ili učini na osnovu savesnosti i poštenja)*,,* ili pak na osnovu prigovora stranaka u poslovima *stricti iuris.*

U oblasti privatnog prava, klasični pravnici su polazeći od principa *bona fides* i procenjujući savesno ili nesavesno postupanje stranaka u konkretnim slučajevima, formulisali unutrašnje elemente privatno pravnih poslova[20]. Javo pravna oblast i ponašanje stranaka u javno pravnoj

---

[18] M. Horvat, Bona fides u razvoju rimskog obveznog prava, Zagreb, 1939, str. 53.

[19] Pastori smatra (F. Pastori, nav. delo, str. 582 i dalje), a to se može smatrati i opšte prihvaćenim mišljenjem, da je koncepciji i razradi principa bona fides u jurisprudenciji prethodila je jedna mnogo više empirijska koncepcija ius gentiuma, a to je najverovatnije bio koncept fidesa u smislu poverenja. O tome svedoče, na primer, pasusi komentara edikta «de rebus creditis».

[20] Detaljnije, M. Sič, Uloga principa bona fides u regulisanju kupoprodaje u antičkom Rimu, Posebna sveska Zbornika radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu /Rekonstrukcija pravnog sistema.../ priredio M. Popović, Novi Sad, 1998, str. 79 – 91.

sferi ostalo je van njihovog neposrednog domašaja. Ipak, i bez obzira što klasični pravnici u oblasti javnog prava nisu imali kreativnu slobodu, njihova pravila razrađena polazeći od principa *bona fides* u privatno pravnim odnosima, jednako su primenjivana i pri regulisanju obaveza građana prema carskoj blagajni – fisku[21].

Pored principa *fides/bona fides* koji je određivao ponašanje čoveka u međuljudskim odnosima i prema svojoj zajednici i *aequitas*a u smislu pravičnosti pri primeni prava, treći princip koji je usmeravao stvaranje pravnih pravila bio je *utilitas publica* (opšta korist, opšti interes, opšta dobrobit).

Princip opšte (javne) korisnosti bio je prisutan od davnina u Rimu, mada još dugo vremena neće biti i izričito formulisan kao opšti zahtev pravnog regulisanja. Korisnost za celu zajednicu bila je ideja vodilja još od vremena nastanka običaja starih (*mos maiorum).* Ovaj princip, međutim, dolazi do posebnog izražaja za vreme ozbiljnih kriza u rimskom društvu. Tako, pod uticajem Aristotela i Demostena[22] svest o podeli prava na javno i privatno prodire u shvatanje Rimljana preko Cicerona za vreme krize republike u prvom veku stare ere[23]. Ciceron pod uticajem Penaitiosa ukazuje i na *utilitas*[24] u smislu *"salus communis"* (opšte dobrobiti)[25]. Ne bi trebalo da nas čudi da se filozofsko pitanje opšte dobrobiti javlja u vreme diktatura i građanskih ratova krajem perioda republike[26]. U klasičnom periodu Ulpijan deli pravo na javno i privatno polazeći baš od opšteg ili pojedinačnog interesa *utilitas publica – utilitas privata)*[27]. Prema Polaiju,

---

[21] Videti o tome, A. Trisciuoglio, Bona fides e locazioni pubbliche nelle Opiniones di Ulpiano, u: 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; takođe, Lex Municipii Tarentini: Col. I, 1.

[22] M. Lauria, Ius, Visioni romane e moderne, III. izd. Napoli, 1967, str. 66 i dalje.

[23] Cicero: "non publicum ius, non privatum et civile cognoverat" (Brut. 214) i "Scriptorum autem privatum aliud (ius) est, publicum aliud: publicum lex, senatus consultum, foedus: privatum tabulae, pactum conventum, stipulatio" (Orat. Part. 130). Detaljnije: E. Pólay, A római jogászok gondolkodásmódja, Kazuisztika és absztrakció, Budapest, 1988, str. 141 – 143.

[24] Cic. De leg. 1, 42: "utilitate omnia metienda sunt".

[25] E. Pólay, nav. delo, (A római jogászok gondolkodásmódja), str. 189; A. Steinwenter, Utilitas publica-utilitas singulorum, Feschft. Koschaker I, Weimar, 1939, str. 89.

[26] Videti, E. Pólay, A személyiség polgári jogi védelmének történetéhez, Iniuria – tényállások a római jogban, Szeged, 1983, str. 12. (u prevodu na engleski jezik: Iniuria Types in Roman Law, Budapest, 1986).

[27] D. 1, 1, 1, 2: »Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem. Sunt enim quaedam publica utilia, quaedam privatim.«

međutim, ova Ulpijanova podela je bila više teoretska, nego što bi mogla imati praktičnu primenu, imajući u vidu da Papinijan u to vreme ispravno konstatuje (Pap. D. 2, 14, 38), da se javno pravo ne može menjati privatnim sporazumima (*"ius publicum privatorum pactis mutari non potest"*. Polazeći od ove Papinijanove konstatacije, Polai smatra da *ius publicum* već u poznom klasičnom periodu počinje da zadire i u regulisanje privatno pravnih odnosa[28]. U postklasičnom periodu krize opšti interes, a prvenstveno interes, da se zaustavi propadanje carstva, stavlja se iznad pojedinačnog[29]. U konstitucijama postklasičnog perioda carevi se veoma često pozivaju na opšti interes, opštu dobrobit, itd. Na primer, prema Dioklecijanu (C. J. 12, 62, 3): *«Utilitas publica praeferenda est privatorum contractibus»* (opšti interes se postavlja iznad privatnih ugovora). Kasnije Teodosije (Nov. Th. 5, 3. pr) takođe određuje: *«In omnibus quidem rebus publicam convenit utilitatem privatis commodis anteponere.»* (u svim stvarima opšti interes treba staviti iznad privarne koristi), ili u Nov. Th. 18 izjavljuje: «Naša su nastojanja, pri čemu nas vodi dobrobit sveta...» *(Occupationibus etenim nostris, quibus pro mundi commoditatibus occupamur)*.

U postklasičnom periodu imperator je postao apsolutni vladar i jedini ne samo stvaralac nego i tumač prava – «*solus conditor et interpres iuris»*. Imperator je, posmatrajući međuljudske odnose od gore sa aspekta delioca pravde, u skladu sa *utilitas publica* određivao šta je pravedno i nepravedno, pravično ili nepravično, kako u oblasti javnog tako i privatnog prava. Počev od Konstantina Velikog zakonima *(leges)* regulisana su javno pravna pitanja i carsko zakonodavstvo je ozbiljno zadiralo i u privatno pravne odnose regulišući ih sa javno pravnog aspekta u vidu različitih zabrana[30]. Na ovaj način sa horizontalnog načina razmatranja konkretnog slučaja uz uvažavanje svake okolnosti slučaja (*bona fides)*, prešlo se na vertikalnu ocenu ponašanja pojedinca ili pripadnika određenoj zajednici sa aspekta *utilitas publica*. Na ovu promenu ukazuju i sledeći tekstovi:

---

[28] Pólay, nav. delo (A római jogászok gondolkodásmódja), str. 190 i dalje.

[29] Prema Stanojeviću (O. Stanojević, Karakter države pozne rimske imperije, Anali, Beograd, 4/1961, str. 671 – 678), zakonske mere uvedene u opštem interesu, zapravo su služile interesima visokih činovnika koji bi padom carstva izgubili svoj položaj i bogatstvo.

[30] B. Paradisi, Storia del diritto Italiano, Le fonti dal basso impero all' epoca Longobarda, vol. I, III izd. 1977, str. 35, takođe konstatuje: »L' attivitá legislatrice degli imperatori si sviluppo largamente nel campo del diritto publico oltre she quello del diritto privato. La tendenza alla legge astratta e generale corrispondeva del resto ad una ispirazione per cosi dire, pubblicistica anche nelle materie che erano state precedentemente regolate dalla giurisprudenza con ben diverso intento.«

Gaius, Inst. 4, 47: «...Quod A. Agerius apud N. Negidium mensam argenteam deposuit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato, nisi restituat. Si non paret, absolvito....» (Pošto je A. Agerije N. Negidiju srebrni sto, o kojem je spor, dao u ostavu, na sve što na osnovu *bona fides* povodom toga N. Negidije treba da da ili učini A. Ageriju, neka sudija N. Negidija osudi, ukoliko stvar ne bi vratio, ako se ne utvrdi, neka ga oslobodi…).

Iust. Inst. 4, 6, 30: « In bonae fidei autem iuducis libera potestas permitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restituti debeat...» (U sporovima *bonae fidei,* međutim, sudiji je dopušteno da ima slobodu ovlašćenja da proceni na osnovu dobrog i pravičnog *(ex bono et aequo),* koliko treba tužiocu vratiti…)

Dok je po klasičnom pravu sudiji data potpuna sloboda da sporove rešava polazeći od principa *bona fides* uvažavanjem svih okolnosti slučaja, da bi odluka bila u celini dobra i pravična, po tekstu iz Justinijanovog vremena sudijino ovlašćenje se svodi samo na određivanje visine nadoknade (*quantum).* U klasičnom periodu, ako norma koju bi trebalo primeniti na konkretan slučaj ne bi dovela do pravičnog rešenja, upitani učeni pravnici su imali pravo da tumačenjem prilagode i prema tome i menjaju pravnu normu u skladu sa pravilom: *„Jus est ars boni et aequi."* U postklasičnom periodu u takvom slučaju trebalo je upitati cara koji je jedini imao ovlašćenje da nadzire primenu prava i polazeći od interesa carstva, eventualno da odluči o usklađivanju pravne norme sa pravičnošću[31].

Na osnovu izvora možemo takođe konstatovati, da dok konstitucije iz Dioklecijanovog vremena još koriste izraze *bona fides,* počev od Konstantinovog vremena *bona fides*[32] je zamenjen i apsorbovan u terminu pravičnost *(aeqitas),* u smislu pravičnosti koju u konkretnim slučajevima primene prava određuje sam car. Međutim, istovremeno, u postklasične

[31] C. J. 1, 14, 1: «Inter aequitatem iusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere.»(Samo mi treba i možemo da vodimo računa o tumačenju čija potreba bi se postavila između pravičnosti i prava.) Prema Polaiju (A római jogászok gondolkodásmódja, Budapest, 1988, str. 187.) do suprotstavljanja pravičnosti pravu dolazi tek u postklasičnom periodu pod helenističkim uticajem (nomos /ius/ – epieikeia /aequitas/). Takođe, F. Schulz, Geschichte der römischen Rechtswissenschaft, Weimar, 1961, str. 374. Prema Pringsheimu (Ius aequum und ius strictum, Ges. Abh. I, str. 131.), ova suprotnost je postojala i ranije.

[32] U Teodosijevom kodeksu izraz "bona fides" našli smo samo u dve konstitucije. Imajući u vidu Justinijanov tzv. klasicizam ovaj izraz će biti ponovo prisutan u njegovoj kodifikaciji: od ukupno 212 mesta, u Justinijanovim Institucijama spominje se 7 puta, u Kodeksu 31 put, a ostali tekstovi se nalaze u fragmentima klasičnih pravnika unetim u Digesta.

izvore ponovo se vraća izraz *fides* (bez dodatka *bona*) u različitom značenju: kao *fides catolica* – u religijskom smislu, ili *fides testium vel instrumentorum* misleći na verodostojnost svedoka i isprava, *fides publica* imajući u vidu javnu veru ili overu. U suštini u svim ovim oblicima *fides* se ponovo javlja u smislu zahteva za poštenim ponašanjem građana.

JAVNI DUG *(DEBITUM PUBLICUM)*

Među Rimljanima bilo je od davnina ukorenjeno shvatanje da porezi i ispunjenje ostalih imovinskih obaveza omogućuje funkcionisanje javne vlasti i da su građanska prava istovremeno i građanske dužnosti[33]. Prava i obaveze građana bila su određena njihovim imovnim stanjem (imovinskim cenzom). S druge strane, obaveza plaćanje poreza od strane stanovnika provincija u pretklasičnom periodu, prema Zlinskom, može da se objasni razlogom da im je i dalje ostavljena zemlja (nije oduzeta u celini), kao i sa zaštitom koju im je Rim obezbeđivao[34].

Prve evidencije imovine nalazimo već sredinom V veka s. e. Imajući u vidu da je ustav Servija Tulija bio zasnovan na imovinskom cenzu, već je tada postala obaveza kvirita da prijave svoju imovinu. Prema Liviju (1, 42, 5), Servije Tulije je: *„Censum – instituit, - classes centuriasque et – ordinem ex censu descripsit."* (Odredio je cenz, razrede i centurije – propisao je redosled po cenzu); a prema Dioniziju (4, 15): *„incensis poenam constituit, bonis privari et virgis caesos venum dari"* (onog koji nije izvršio prijavu, kaznio je oduzimanjem imovine i prodajom neudatih kćeri)[35]. Iz kasnijih izvora saznajemo takođe, da je svaki stanovnik imperije bio obavezan da pod zakletvom prijavi članove svoje porodice kao i svoju imovinu[36].

Radi jače centralizacije i lakše finansijske administracije carstva, već je Oktavijan Avgust naredio katastarski premer celokupne teritorije

---

[33] Cic. Pro Manilio, 7.

[34] J. Zlinszky, nav. delo, str. 128.

[35] O evidenciji imovine svedoče : Liv. IV, 8;22; Var. de Re Rustica III, 2, 4

[36] Dionysius, IV,15; Ove prijave su bile zapisane na posebne table (tabulae publicae), čiji je jedan primerak bio deponovan u rimskoj blagajni (aerarium). Livius, XXIX, 37, videti detaljnije u: F. De Martino, Storia della costituzione Romana, tom IV/2, str. 824. Iz fragmenta Digesta preuzetog iz Ulpijanove knjige »de censibus« (D. 50, 15, 4 – 8) saznajemo da su stanovnici provincija bili obavezni da prijave u registre cenza (forma censualis) sve što su posedovali da bi se to procenilo po vrednosti: zemlju (mesto gde se nalazi, ko su dva najbliža suseda, kulturu koja se uzgaja na njoj, kao i veličinu itd.), robove (po narodnoj pripadnosti, starosti, službi i veštini), zatim jezera, solane, kao i kolone.

imperije i nastojao je i na formiranju jedinstvenih registara cenza[37]. Smatrajući da treba odustati od daljih ratova i da imperiju treba sačuvati u postojećim granicama, najverovatnije je bio svestan budućih finansijskih problema. Naime, Italija je bila oslobođena plaćanja osnovnog zemljišnog poreza *(tributum ex censu)* još od vremena izvojevanja pobede nad Makedonijom, 167. godine s. e.[38], a širenjem rimskog građanstva i dodelom *ius Italicum*a[39], neki od naroda su bili oslobođeni plaćanja tributa i u provincijama. Postoje indicije za to, da su Cezar i Avgust nameravali ukinuti privilegiju *ius Italicum*a, ali su od toga odustali zbog opasnosti od pobuna[40]. Mada katastarski premer celokupne teritorije imperije smatra završenim za vreme Trajana[41], a Karakalinim ediktom iz 212. godine nove ere celokupno stanovništvo je dobilo rimsko građanstvo i time postalo podanik carstva, jedinstveni zemljišni porez *(capitatio – iugatio)* biće uveden tek za vreme Dioklecijana.

Evidencija o stanovništvu, kao i o njihovoj imovini bila je osnova za određivanje visine poreza, kako glavarine tako i zemljišnog poreza *(tributa soli et capitis)*, kao i ostalih nameta. Dok se pri poreskoj prijavi i dalje računalo na *fides* obveznika, naravno pod pretnjom strogih kazni[42], pri naplati poreza kao i ispunjenja preuzetih obaveza prema fisku koristili su i posebna sredstva obezbeđenja. Prema Freci, već počev od Avgustovih vremena carska blagajna *(fiscus)* radi obezbeđenja naplate poreza imala je jedan vid zaloge *("vice pignoris")* nad imovinom obveznika[43]. O takvom

---

[37] P. Vilems, Rimsko javno pravo, Beograd, 1898, str. 509 i n. 1; St. Luc. Evang. II, 1; Cassiod. Var. III, 52; Isid. Orig. V, 36.

[38] P. Vilems, nav. delo, str.. 116; Cic. De off. II, 22 §. 76; Plin. XXXIII, 3 §. 56.

[39] P. Vilems, nav. delo, str.. 538, n. 2. Ius Italicum prvi put spominje Plinije (Plin. I-II, 3; 25, 21; 139). O teritorijama čije stanovništvo je uživalo ovu privilegiju videti: D. 50, 15, 1, 6 – 8.

[40] J. Elmore, The Professiones of the Heraclean Tablet, Lex Iulia Municipalis, The Journal of Roman Studies ,1915, str. 125-137.

[41] F. De Martino, Storia della costituzione Romana, tom IV/2, str. 824.

[42] Symm. Epist., X, 67: C. Th. 6, 4, 27. P. Vilems, nav. delo, str. 645.

[43] P. Frezza, Le garanzie delle obbligazioni, Parte terza, Pisa, 1958, str. 170 – 172; D. 49, 14, 28. Neka vrsta tereta u korist rimske blagajne radi naplate poreza poznata je i iz perioda republike pod nazivom subsignatio praediorum. O tome u: O. Sacchi, Regime della terra e imposizione fondiaria nell'età dei Gracchi. Testo e commento storico della legge agraria del 111 a.C. Napoli, Jovene Editore, 2006; kao i Rodrigo Ghisleni Fontana, A hipoteca romana, http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9376; O jemcu čija je imovina bila terećena hipotekom kao garancijom da će zakupac poreza (za kojeg jemči) izvršiti svoju obavezu prema rimskoj blagajni, videti, dokument iz 200. god. s. e. sačuvan na egipatskom papirusu: Pap. Flind. Petr. II. 46. – Mitteis – Wilcken I. 110; takođe, Gy. Moravcsik, A papiruszok világából, Parthenon, 1942, str.. 30 – 33.

vidu zaloge svedoče izvori sa početka III veka nove ere iz vremena vladavine dinastije Severa. Dve konstitucije je izdao baš car Karakala, neposredno posle dodele građanstva stanovništvu carstva. Prema C. J. 8, 14 (15), 1 iz 213. god.: *"Universa bona eorum qui censentur vice pignorum tributes obligate sunt,"* (Sveukupna dobra onih koji podležu cenzu opterećena su radi (naplate) tributa kao zaloga). Prema sledećoj konstituciji iz 214. godine C. J. 8, 14 (15): *"Certum est eius qui cum fisco contrahit bona veluti pignoris titulo obligari, /quamvis specialiter id non exprimitur/* (Jasno je da oni koji zaključuju ugovore sa fiskom opterećuju svoja dobra po osnovi zaloge /mada se to posebno ne zahteva/). Ova konstitucija ukazuje na uhodanu dugotrajnu praksu, pre svega u provincijama, da pri preuzimanju bilo kakve obaveze prema carstvu, bilo je obavezno dati jemce i opteretiti dobra zalogom u korist rimske blagajne kao garanciju ispunjenja obaveze i nadoknade eventualne štete[44].

Ova praksa je u tolikoj meri oživela, da se vremenom teret zaloge podrazumevao i bez posebnog ugovaranja[45]. Smatramo da je konstituciji, deo: „mada se to /da se zaloga ugovori/ posebno ne zahteva" dodat baš iz ovog razloga. Prema *Fragmentum de iure fisci ko*ji potiče od anonimnog autora iz II ili III veka nov*e ere (*Fol. I, 5): *"Bona eorum qui cum fisco contrahunt le*ge *uacuaria uelut pig*n*oris iure fisco obli*gan*tur, non solum ea qu*ae *habent, sed et ea, quae postea habituri sunt."* (Dobra onih koji zaključuju ugovor sa fiskom, u nedostatku (posebne odredbe) zakona opterećena su kao po pravu zaloge u korist fiska, ne samo ona (dobra) koja postoje, nego i ona koja će kasnije biti pribavljena). Najzad Hermogenijan konstatuje D. 49, 14, 46 par. 3: *"Fiscus /semper/ habet ius pignoris."* (Fisk /uvek/ ima pravo zaloge).

Na osnovu ovih tekstova može da se izvuče zaključak, da je carska blagajna u pogledu svojih potraživanja prema građanima vremenom imala

---

[44] T. Vécsey, A római jog külső története és institutiói, Budapest, Franklin – Társulat, 1893. str. 332 (praedes, praedium praediorumque obligatio); Lex Malacitana c. 63. 64 u, Bruns. Fontes iuris Romani antiqui, str. 136 – 148.

[45] Detaljnije o tome, J. Dubouloz Le patrimoine foncier dans l'Occident romain: une garantie pour la gestion des charges publiques (iie-ive siècle) u Histoire & Sociétés Rurales 2003/1 Volume 19. U toku postklasičnog perioda krize i propadanja u zapadnom delu imperije celokupna imovina gradskih službenika služila je kao garancija za ispunjenje njihove obaveze prema carstvu, kao i za prosledovanje razrezanog iznosa poreza za njihovu teritoriju carskoj blagajni. Iz tog razloga, a i zbog toga da ne bi pobegli iz kurije i napustili svoju službu, prodaja bilo čega iz imovine gradskih službenika bila je posebno kontrolisana. Ovaj problem je regulisan putem više konstitucija. Na primer, prema Nov. Val. 32, 1, 6 iz 451. god. bilo je određeno, da ako bi gradski službenik (curial) hteo da proda zemlju, ugovor bi trebalo biti zaključen u pisanoj formi i potvrđen od strane članova gradskog veća (curia).

opštu hipoteku (prećutno zaključenu - *tacite contrahitur)* na njihovoj celokupnoj postojećoj i budućoj imovini sa prvenstvom prava naplate[46].

Jedinstvenim oporezivanjem građana, što se smatra da se dogodilo tek od ustanovljavanja jedinstvenog zemljišnog poreza za vreme Dioklecijana, u provincijama dotad već dobro uhodana praksa, proširena je na celu teritoriju carstva[47].

Na osnovu prava zaloge fiska na imovini podanika, sakupljači poreza su bili ovlašćeni da oduzmu deo ili celu imovinu obveznika koji je zakasnio sa isplatom poreza[48]. U pogledu realizacije naplate poreza i ispunjenja drugih javnih obaveza, međutim, poseban problem poznog carstva bila je korupcija[49], kao i zahtevi za izuzećem od snošenja raznih tereta. Ovi zahtevi su postali sve učestaliji za vreme velike ekonomske krize III veka. Građani bi se obraćali caru i zahtevali od njega da im izda resksiprt o privilegiji izuzeća. Stav careva bio je, međutim, jasan: javni dugovi moraju da se plate bez privilegija. Tako već Konstantin Veliki upućuje konstituciju celom narodu u smislu (CTh. 1, 2, 2 iz 315. god.): „Reskripti koji su protivni /javnom/ pravu ne važe, na bilo koji način da su izdejstvovani“ *(Contra ius rescripta non valeant, quocumque modo fuerint impetrata)*. Nekoliko godina kasnije jasnije formuliše da se radi o reskriptima kojima su izmoljene privilegije, propisujući njihovu ništavost: C. Th. 12, 1, 17 (329)[50] « Ne važe reskripti s kojima bi neko bio oslobođen građanskih obaveza» *(Vacuatis rescribtis, per qua munerum civilium nonnullis est vacatio praestita...)*. Konstitucije i kasnije zabranjuju primenu reskripata o izmoljenim ili čak i iznuđenim privilegijama izuzeća od plaćanja poreza i ispunjenja ostalih javnih obaveza[51], a to upravo ukazuje na stalnu prisutnost ovog problema[52].

---

[46] Videti, Frezza, nav. delo, str. 176 – 178.

[47] Najverovatnije da je bilo pokušaja za uvođenje jedinstvenog oporezivanja stanovništva i pre Dioklecijana, kao i da je u pogledu određenih javnih tereta i određenih teritorija imperije bilo i uspeha u tome i pre Dioklecijanove reforme.

[48] C. Th. 11, 7, 7 iz 353 (346?) god. n. e.

[49] Pitanje korupcije zbog širine problematike razmotrićemo drugom prilikom.

[50] Ova konstitucija je preuzeta u C. J. 10, 32, 19.

[51] Na primer: C. Th. 1, 2, 8 (382); C. Th. 1, 2, 9 (385); C. Th. 12, 1, 17; 156; 172; a C. Th. 12, 1, 167 zabranjuje kurijalima čak i to da traže od cara privilegiju oslobođenja od obaveza u kuriji. Detaljnije: M. Sič, Lex generalis i lex specialis, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 1-3/1991, str. 128 – 139

[52] O tome nam svedoče konstitucije: C. Th. 7, 13, 12 – 15; Symm. Epist. 6, 62. Na takve privilegije reaguje Valentinijan u svojim novelama: Nov. Val. 4. «In damnum publicum ellicitum non valere rescriptum nec specialia beneficia generalibus praeferenda»; Nov. Val. 10. «Neque domum divinam neque ecclesiam aut aliquam personam a quolibet

U nemogućnosti izdejstvovanja privilegija, dužnici carstva (a to su - bili svi podanici u poznom carstvu) pribegavali bi raznim načinima izigravanja interesa svog najvažnijeg poverioca – fiska. Jedan od tih načina bila je cesija dobara (imovine) obveznika na veleposednike *(potentiores),* ili na carske službenike zadužene za sakupljanje poreza. Ove cesije često su bile i iznuđene od strane veleposednika ili činovnika iskorišćavanjem teške ekonomske situacije obveznika (cedenta)[53].

Konstitucija C. Th. 4, 20, 1 (379) zabranjuje dužnicima fiska da cediraju svoja dobra radi izbegavanja isplate fiskalnog duga[54]. Ovoj konstituciji dodat je deo teksta koji ukazuje na to, da oslobađanje od isplate barem dela fiskalnog duga može da usledi samo: „ako bi (dužnik) 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“: *(nisi forte propriorum dilapidationem bonorum aut latrociniis abrogatam aut fortasse naufragiis incendioque conflatam vel quolibet maior inpetus infortunio atque dispendio docuerit adflictam).*

---

munera publico excusandam.» Čak i sam Justinijan govori o crvenilu (erubescimus) zbog svoje nemoći u borbi protiv zahteva potentiores (Nov. 17, 13; 30, 5, 1).

[53] O teškom položaju mase stanovništva svedoči Salvijan. Prema Salv. De Gubernatione Dei, V, 6): Šta je drugo stvorilo bagaude nego naša nepravednost i nepoštenje upravljača njihovi lopovluci i pljačke.» U Zapadnom delu carstva su mnogi dočekivali varvare kao oslobodioce. Detaljnije o tome, J. De Goff, Srednjevjekovna civilizacija Zapadne Evrope, Beograd, 1974, str. 39.

[54] C. Th. 4, 20, 1 (379): «Ne quis omnino vel fisci debitor vel alienae rei in auro atque argento diversisque mobilibus retentator ac debitor bonorum faciens cessionem liberum a repetitione plenissima nomen effugiat, sed ad redhibitionem debitae quantitatis congrua atque dignissima supliciorum acerbitate cogatur: nisi forte propriorum 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 (carske blagajne), ili o licu koje zadržava tuđe stvari u zlatu, srebru ili u različitim pokretnim stvarima, ili o dužniku, 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 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 credat a debito excusandum, quod dicat, de rebus suis se facere cessionem, sed poenis 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.)

Nekoliko godina kasnije isti carevi uputili su prokonzulu Palestine konstituciju o istoj zabrani, ali ova konstitucija nije više sadržala deo koji bi omogućio dužniku da se oslobodi isplate fiskalnog duga, dokazujući da je njegova imovina stradala 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 iudiciarius postulat, urgeantur.“* Dat. VIII kal. sept. Constantinopoli Arcadio a. I et Bautone conss. (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 određuje, svakako primorani na isplatu (duga blagajni).

Najverovatnije da prva tzv. Gracijanova konstitucija ukazuje još na staru praksu, da su se građani u nemogućnosti plaćanja javnog duga obraćali carevima sa svojim molbama za beneficije, koje bi im u vidu otpusta dela duga bile date ako bi dokazali da je njihova imovina propala usled neke okolnosti više sile. Vremenom, međutim, imajući u vidu pustošenja varvara na rimskoj teritoriji (Goti su prešli na teritoriju carstva za vreme cara Valensa u drugoj polovini IV veka[55]) i učestalosti molbi, kao i mogućnosti lažnog predstavljanja nepogoda, carevi su odlučili, da će ove beneficije dati na osnovu saznanja o teškoćama građana sami po sopstvenoj inicijativi i to ne pojedincima nego celom stanovništvu ugrožene teritorije. O tome svedoči mnoštvo carskih konstitucija o oprostu zaostalih poreskih dugova.

OTPUST ZAOSTALIH PORESKIH DUGOVA

Imajući u vidu siromaštvo građana i interes carstva da ih sačuva od propasti, da se ne bi dali u odmetnike, ili da ne bi postali koloni veleposednika (koji su u zapadnom delu imperije težili osamostaljivanju od centralne vlasti), carevi su pripadnicima određenih gradova i provincija, zbog opravdanih razloga, davali putem svojih konstitucija poreske olakšice ili oprost zaostalih poreskih dugova, pri čemu su izričito navodili razloge beneficije u svakom konkretnom slučaju.

Uopšteno posmatrano osnovni razlozi poreskih olakšica bile su varvarske invazije i pustošenja varvara. Međutim, dok su počev od V veka,

[55] O tome, Amm. Marc. XXXI, 4, 5 – 6.

usled upućivanja varvarskih naroda ka Zapadu, u zapadnom delu imperije poreske olakšice vođene humanizmom zbog krize i varvarskih pustošenja, na ekonomski jačem i od varvarskih invazija zaštićenijem Istoku, poreski tereti su zavisili, pre svega, od finansijskih potreba carstva[56].

Tako, imajući u vidu teritoriju Zapadnog rimskog carstva, Konstancije konstitucijom (C. Th. 4, 13, 5 iz 358. god.) upućenom vikaru Afrike oprašta četvrtinu poreza stanovnicima provincije i gradova Afrike da bi od oproštenog iznosa popravili gradske zidove i zgrade.

Sa obrazloženjem da se na teritoriji Italije i na Siciliji «sačuvaju patrimonijalna zemljišta i ona data u emfitevzu od propasti» *(patrimonialium et emfiteuticorum fundorum vires servandas esse)* prema C. Th. 11, 16, 9 iz 359. godine, ova zemljišta su bila izuzeta od plaćanja vanrednih tereta.

Za Kampaniju je 395. god (C.Th. 11, 28, 2) određeno smanjenje poreza zbog napuštenosti poseda[57]. Na osnovu izveštaja nadzornika i zapisa starih dokumenata saznalo se, da je u Kampaniji 528. 042 jugera napušteno i nenaseljeno.

Konstitucijom (C. Th. 11. 28, 5) iz 410. godine upućenoj «Dostojanstvenicima i zemljoposednicima Afrike» *(Honoratis et possessoribus per Africam)* carevi Honorije i Teodosije opraštaju zaostale dugove zemljoposednika Afrike. Četiri godine kasnije zaostali poreski dugovi će biti oprošteni i kapetanima brodova Afrike (C. Th. 11, 28, 8).

S obzirom na to, da je vizigotska invazija imala kobne posledice za Italsku privredu, sa C. Th. 11, 28, 7 iz 413. godine opraštaju se četiri petine svih poreza u periodu koji odgovara vremenu od septembra 411 do avgusta 416 godine za oblasti Kampanije, Toskanije, Picene, Samnija, Apulije, Kalabrije, Brutija i Lukanije. Ove mere izgleda da ni kasnije nisu bile dovoljne za rasterećenje Italske privrede, jer neke oblasti ni kasnije nisu mogle platiti redovne poreze. Stoga je iznos prethodno plaćenog poreza za Kampaniju smanjen čak na deveti deo (C. Th. 11, 28, 12.) s obrazloženjem da je ovu oblast «i raniji porez više teretio, a posle je pustošila i in-

[56] O tome detaljnije, M. Sič, Zakonske mere za obezbeđivanje naplate poreza u kriznim vremenima poznog carstva, Pravni život, tematski broj: «Moć i nemoć prava» Beograd, 10/1998, tom. II, str. 725 – 741.

[57] U pogledu napuštenih poseda odluke careva nisu bile usaglašene (C. Th. 11, 1, 10), ali je vremenom zauzet stav, da se porezima za napuštena zemljišta ne sme teretiti stanovništvo date poreske jedinice. Konstitucija (C. Th. 11, 1, 31) iz 412 god. pozivajući se na činjenicu: «da su zemljoposednici Afrike bili prisiljeni da plate poreze za napuštena zemljišta» (Possessor Africanus pro destitutis possessionibus cogitur tributa dependere), određuje, da nijedan posednik ne može biti terećen tuđim poreskim dugovima. Ova odredba, bez uvodnog dela u kojem se ukazuje na slučaj Afrike, preuzeta je i u Justinijanov Kodeks (C. J. 11, 59, 12).

vazija neprijatelja» *(quam et vetustatis gravior onerat adscriptio et post hostium vastavit incursio).*

U opravdanim slučajevima pozivajući se na čovečnost *(humanitas)* carevi su davali takve ili slične olakšice i kasnije[58].

U pogledu Istočnog rimskog carstva, iz konstitucije C Th. 11, 28, 9 iz 414. godine saznajemo, da su na Istoku zaostali porezi bili oprošteni stanovništvu svih provincija sa svih opštih poreskih računa za period od 367/368 (vreme vladavine cara Valensa) do 407/408 godine. Ovo je u suštini period kada su Goti pljačkali i pustošili istočne teritorije krenuvši prema Konstantinopolju, jer im nije data zemlja gde bi se nastaniti. Kasnije su bili upućeni ka Zapadu gde će se i nastaniti (Ostrogoti u Italiji, a Vizigoti u Galiji i Španiji). Iz iste konstitucije saznajemo i to da su u periodu od 408 do 414. godine poreski tereti stanovništva Istoka bili određeni prema potrebama carstva.

Na Istoku je data mogućnost stanovništvu da poreze plaća prema svojim mogućnostima. Tako, na primer, Teodosije u konstituciji C. Th. 11, 1, 33 (= C. J. 10, 16, 12. iz 424 ili 423. god.) izdatoj Izidoru, prefektu pretorija Ilirika, određuje da stanovnici Ilirika treba da plate iznos koji su obećali da mogu da plate, tj. polovinu od ranije razrezanog. Razlog dozvole sopstvene procene obveznika bio je, da su državni službenici koji su procenjivali poresku obavezu zemljoposednika, zbog korupcije ulivali strah u stanovništvo. Iz istog razloga Ahivi, pošto su se žalili (bunili se) da ne mogu da plate više od 1/3 poreza, trebalo da plate samo toliko.

Poreske olakšice na Istoku, kako to saznajemo iz Teodosijeve novele iz 444. godine (Nov. Th. 26, 1) i dalje su bile upravljene finansijskim potrebama istočnog dela imperije. Naime, iz ove novele saznajemo, da su neka zemljišta bila oslobođena poreza, ali im je usled finansijskih teškoća carstva porez ponovo nametnut, da bi ovom konstitucijom ovi posedi ponovo bili oslobođeni plaćanja zaostalih poreza. Kao razlog oslobađanja navodi se da je prethodno prikupljena suma zadovoljila potrebe.

Prisk u svom prilogu pisanom povodom mira sklopljenog sa Hunima 448. godine, ukazuje na to da je car da bi mogao da sakupi novac koji su Huni tražili (da bi odustali od napada na Konstantinopolj), nametnuo vanredni porez svim podanicima, bez obzira na to da li su po nekom osnovu bili oslobođeni poreza. Ovim porezom su bili prvenstveno pogođeni bogati koji su morali preko noći napustiti svoj lagodan i rasipnički život[59].

---

[58] Nov Val. 1. 1 iz 438. god.; 1, 2 iz 440. god.; 1, 3 iz 450. god. i Nov. Mai. 2 iz 458. god.

[59] Prema, Paulys Realencyclopadie der classischen altertumswissenschaft, XIII, München, 1973, str. 1021.

Carevi su nastojali da pravedno rasporede javne terete i da stanovništvo koje je usled objektivnih okolnosti nije bilo u mogućnosti da udovolji svojim obavezama oslobode isplate zaostalih javnih dugova. Međutim, u tom nastojanju carsko zakonodavstvo se s jedne strane susrelo sa problemom iznuđenih privilegija oslobađanja od javnih tereta (dugova), a sa druge strane sa raznim načinima izigravanja fiskalnih interesa: korupcijom, pretvaranjem fiskalnog duga u privatni, a na Zapadu i sprečavanjem sakupljača poreza da sakupi poreze sa teritorije veleposeda primenom sile (često i vojne).

Nastojanje careva da problem javnih tereta reše polazeći od principa pravičnosti, lepo ilustruje Novela Teodosija II i Valentinijana III upućena Maksimu prefektu pretorija 441. godine.

Nov. Val. 10, 1: *«Cum publice privatimque in omnibus rebus ac negotiis iustitiam conservari oportet tum paecipue in his tenenda est, quae vectigalium nervos sustinent, quoniam adtenuatis devotorum viribus utili aequitate succurrunt. Quod plurimi respuunt, qui vera ac solida utilitas continetur melius plane ad singulos perveniens, cum profecerit universis, maxime exigente hac tributorum necessitate, sine quibus nihil in pace aut bello curari potest. Neque ultra valebit perpetuitas eorum manere paucis atque defessis inposita sarcina, quam potior detrectat, locupletior recusat et validiore reiciente solus agnoscit infirmior."* (Nastojeći na neophodnosti sačuvanja pravde u svim javnim i privatnim stvarima i poslovima, posebno treba voditi računa o onome, što ostvaruje strogost naplate vektigala (poreza), jer strogost pridržavanja ovim pravilima pravično odmerava obaveze siromašnih lojalnih podanika. Ono što su mnogi odbili, vodeći računa pre o svojim pojedinačnim interesima nego o onome što bi trebalo svima da bude u interesu, što znači o istinitoj ili pravoj koristi *(utilitas)*, što se postiže putem ispunjenja svoje obaveze tributa, bez čega ni u miru ni u ratu se ništa ne može stvoriti (obavljati javni poslovi). Niti može da se održi finansijska stabilnost, ako malo njih, a pre svega iznemogli podnose onaj teret, što jači negiraju, bogatiji odbijaju i s obzirom na to da jači obijaju samo slabiji preuzimaju na sebe[60]).

Istovremeno ova novela ukazuje i na to, da ako je neko časniji u rangu ili bogatiji, mora još više da nastoji na tome da ispuni svoje javne obaveza, jer treba da bude svestan toga, da to prvenstveno njemu koristi.

[60] Zbog privilegija došlo je do prevaljivanja poreskog tereta na druge podanike– Nov. Val. 4, 1 (440): Usu rerum frequenter agnovimus specialibus beneficiis generalem devotionem gravari recidente in reliquos tributorum sarcina, quae singulis quibusque subducitur...(S obzirom na iskustvo u ovim stvarima često saznajemo, da posebne povlastice opštu obavezu kojom su pojedinačno terećeni, otežavaju, prevaljujući teret tributa na ostale...)

3. *in fine: «In qua parte quo quisque honoratior aut opulentior est, eo alacriorem publicis necessitatibus animum debet, quarum sibi procurationem magis intellegit profuturam...»* (U meri u kojoj je neko na višem položaju ili je bogatiji, treba da vodi računa još više o javnim potrebama, jer mu je poznato da briga o tome ubuduće biti u suštini njemu od koristi...).

ZAKLJUČAK

Ispunjenje obaveze prema rimskoj zajednici bilo je diktirano *fides*om, poštenjem zasnovanom na religijskom shvatanju zajedničkom svim narodima, da preuzeta obaveza mora biti ispunjena. Običajna pravila Rimljana *(mos maiorum)* zasnovana na rimskom religijskom shvatanju o *fides*u postavila su pravilo da prava i obaveze rimskog građanina zavise od njegovog imovinskog cenza. Ovo pravilo je preneto kasnije i u provincije, sa zahtevom, da peregrin pretendent za gradsku upravu treba da ima građevinu u gradu u čijem veću želi da bude član, kao i da treba da obezbedi jemce, da će ispuniti svoje javne obaveze prema imperiji.

Provincijsko stanovništvo opterećeno porezom u toku republike i principata imalo je obavezu prijave imovine i lica pod zakletvom, radi oporezivanja. Kao osiguranje za naplatu javnog duga celokupna imovina poreskog obveznika bila je opterećena zalogom, sa prvenstvom prava naplate u korist rimske blagajne. Ova praksa u poznom carstvu, posle dodele rimskog građanstva celokupnom stanovništvu imperije (212. god.) i uvođenja jedinstvenog oporezivanja stanovništva, proširena je na celu teritoriju carstva.

Usled nastupele ekonomske krizne, ratova i pustošenja varvarskih naroda, međutim, počev od III veka nove ere, sve češće su se javili zahtevi građana za izuzećem od javnih obaveza. Imajući u vidu da su ovi zahtevi bili često neosnovani pa i silom izdejstvovani, carevi su davanje beneficije otpusta poreskih dugova regulisali posebnim zakonima. Boreći se protiv neopravdanih privilegija veleposednika *(potentiores)*, korupcije i raznih drugih načina izigravanja interesa carstva, carevi su istovremeno nastojali na tome, da u opravdanim slučajevima ugroženom provincijskom stanovništvu oproste zaostale poreske dugove. Pri tome polazili su od starog pravila, da teret javnih obaveza zavisi od imovnog stanja građanina, jer će imućan građanin starajući se o dobrobiti cele svoje zajednice ostvariti i sopstvene interese (Nov. Val. 10, 3. in fine): *«In qua parte quo quisque honoratior aut opulentior est, eo alacriorem publicis necessitatibus animum debet, quarum sibi procurationem magis intellegit profuturam...»* (U meri u kojoj je neko na višem položaju ili je bogatiji, treba da vodi računa još više o javnim potrebama, jer mu je poznato da briga o tome ubuduće biti u suštini njemu od koristi…).

Magdolna Sič, Ph.D., Associate Professor
Novi Sad School of Law

Fides and Public (Fiscal) Debt

Abstract

The public obligations of the population towards the Roman community were dictated by *fides*, by honesty based on religious belief common to all nations, that the obligations must be fulfilled. From the ancient times there was also a rule that the public rights and duties of a Roman citizen are dependant on his economic power. This rule was later introduced in provinces, along with a demand that the *peregrin* who intended to be a member of the city council must have a building in the city and he needed also the persons who would guarantee for the fulfillment of his obligations towards the Empire.

The *peregrins* already heavily burdened by taxation during the period of the Republic and Principate, were obliged to confess under the oath the property and the members of their families. As a guarantee for the payment of public debts the whole present and future property of the tax-payer was charged by pledge, with the priority right in favour of the Roman treasury. In the Late Roman Empire, after when the Roman citizenship was given to the whole population of the Empire (212 AD) and after the introduction of uniform taxation, this practice was applied to its entire territory. From the beginning of the 3rd century because of economic crises, wars, and devastations of barbarian nations, however, the demands of the citizens for exemptions of public charges became a frequent problem.

Having in mind that these demands were often unfounded, sometimes even extorted, the emperors have regulated the benefice of remission of fiscal debts by particular laws. Fighting against unjust claims for privileges of landowners (*potentiores*), corruption and various other frauds concerning fiscal interests of the Empire, on the other hand, the emperors gave remission of delinquent taxes to the population, if the reason for it they find justified. Their decisions relied on the ancient rule, that the public charges depend on the economic power of the citizen, with the argumentation: `In whatever degree any person is of more honored rank or richer, so much the more does he owe a more eager spirit toward his compulsory public services whose performance he knows will be the more profitable to him.` (Nov. Val. 10, 3)

Key words: *fides, aequitas, utilitas publica, public (fiscal) debt, taxes, remission of delinquent taxes, Roman law*

Originalni naučni rad 347.74:339

Dr Drago Divljak, vanredni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

O PRAVNOM REGULISANJU NOVIH TRGOVINSKIH UGOVORA[1]

Sažetak: *S razvojem privrednog prometa se razvijaju novi tipovi ugovora autonomnog privrednog prava. Njihova sve učestalija primena i stalni rast ekonomskog značaja problem njihove pravne regulacije čini vrlo aktuelnim.*

Problem pravne regilacije novih ugovora nacionalnim pravnim sisitemima se u stvari svodi na problem pristupu tzv. neimenovanim ugovorima. U međunarodnom trgovačkom pravu se potreba unfikacija ovih ugovora opravdava željom da se oni učine dostupnijim , otklone prepreke i pravne smetnje u njihovoj ekspanziji i funkcionisanju, uz istovremeno održavanje pravedne ravnoteže interesa između strana u ovakvim transakcijama. Rezultati nisu posebno značajani ,jer su samo neki ugovori postali predmet unifikacijskih akata,a ni oni takvi nisu podjednako prihvaćeni u nacionalnim pravila.

Ključne reči: *novi ugovori, autonacionalna pravna regulativa, naše pravo,pravo EU, međunarodno poslovanje, unifikacija, međunarodne konvencije*

U modernom privrednom poslovanju, poslovna ekspanzija i širenje na tržištu se sve više suočava sa konstantno izraženim problemom hiperprodukcije i velikom konkurencijom. Takva situacija nameće svakom proizvođaču ili davaocu usluga, da brižljivo istraži sve mogućnosti i po-

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

slovne metode za osvajanje novih tržišta, odnosno proširenje svoje prisutnosti na njima i tako donekle reši problem obezbeđenja tražnje u uslovima uvećane ponude. U tom cilju, u novije vreme, privrednici autonomno, stvaraju u poslovnoj praksi dotad nepoznate ugovorne modele . To ne znači potpuno potiskivanje tzv. tradicionalnih poslovnih metoda i ugovora, već njihova afirmacija u novom obliku.

Njihova sve učestalija primena i stalni rast ekonomskog značaja problem njihove pravne regulacije čini vrlo aktuelnim Predmet rada koji sledi je upravo posvećen tom pitanju, kako i njegovom izražavanju i rešavanju, u nacionalnim pravnim sistemima,tako i na međunarodnom nivou. U tom okviru, nezaobilazna je i analiza našeg pravo i prava EU.

1. Opšti karakter novih ugovora

Novi trgovinski ugovori su složena pravna pojava, koja u sebi sadrži veliki broj raznovrsnih ugovora, čiji se broj stalno uvećava, i međusobno dosta različitih, posebno u oblasti pravne sadržine, ekonomske funkcije i značaja.

Paleta takvih ugovora je vrlo široka ali se u praksi najčešće javljaju ugovori o faktoringu, franšizingu, distribuciji, lizingu, know-how, joint-venture i sl. Ipak oni imaju zajedničke karakteristike, koje mogu opravdati njihovo zajedničko metodološko tretiranje, a one se prvenestveno ogledaju u vremenu i mestu i načinu njihovog nastanka, ali i njihovoj prirodi. Prvo, oni nastaju kao rezultat potreba privredne prakse, po pravilu autonomnim regulusanjem od strane privrednika, i to po pravilu u SAD, što njihovi nazivi dobro ilustruju.[2] Na ovaj način kreirani, za njih je karakteristična i stalna dinamizacija i nadgradnja njihovog pravnog oblikovanja, kojom se izlazi u susret potrebama poslovanja,

Ipak, osnovni zajednički nazivnik iz kog proističe njihovo grupisanje u grupu novih ugovora je vreme njihove pravne i ekonomske afiramcije. To je po pravilu, druga polovina XIX veka, što je i osnov da se ovi ugovori ponekad označavaju kao moderni ugovori trgovinskog prava.[3] Osim ove kalendarske odrednice, za njih je značajna i sličnost u pogledu pravne prirode. Naime, za ove ugovore je karakteristično da su po svojoj pravnoj sadržini,prevashodno složeni, mešoviti ugovori (mixtu yuris).

S druge strane, oni su difuzni i vrlo raznovrsni u pogledu sadržine. Ipak, i u toj oblasti moguće izvršiti odgvarajuće grupisanje. Razmatrajući

[2] Ova prvobitna terminolgija naziva ugovora nastala je u SAD ,a bez prevoda se koristi u velikom broju zemalja, pa i kod nas.

[3] Grilc, P., Moderni tipi pogodbi,Ljubljanja, 1995.

njihov predmet može se videti da se jedan deo njih koristi za realizaciju dotad nepoznatih modela plasmana robe, ali i novih oblika finsiranja. S druge strane, deo njih nastaje kao formalni okvir u kome se ostvaruje komercijalizacija faktora trgovine koji su ranije bili nepozanti kao što su kapital ili različite vrste znanja. Isto tako oni mogu biti izraz posebnih oblika specijalizacije i koopereacije ili viših oblika privredne saradnje.

Usklađenost sa potrebama prakse ,omogućila je brzu ekspanziju ovih novih poslovnihmodela i pravnik oblika ugovora. Iako svoje poreklo vuku iz anglosaksonske, tačnije američke privredne prakse i prava, oni su postali predmet relativno brze inkorporacije u druge razvijene ekonomske i pravne sisteme, posebno u Evropi.[4] Bitan instrument u tom procesu je bila rastuća industrijska integracija po osnovu otvaranja podružnica američkih kompanija, koji su i na ovim prostorima nastavile primenjivati nove ugovorne modele.[5] Od toga nisu bile imune ni zemlje sa trazicionom privredom, kao što ja naša, gde su neki ugovori doživeli značaju potvrdu u praki,kao što je pre svega slučaj sa lizingom,[6] ali se sve veći značaj dobijaju i drugi ugovori.[7]

Danas su novi ugovorni modeli nezabilazni elemenat pravne i poslovne prakse u razvijenim tržišnim privredama. Njihov ekonomski značaj je vrlo izražen, što posebno važi za pojedine ugovore, kao što je franšizing.[8] I finansijski lizing je postao široko prihvaćen i često primenjivan posao, pri-

---

[4] Obim prometa faktoring posla je 2005. godini iznosio više od 1000 milijardi evra. Od toga je u Evropi ostvareno najviše i to 715,5 milijardi evra. Najveći promet faktoringa u Evropi je postignut u Velikoj Britaniji 237,2 milijardi evra, Italiji 111,2 milijardi evra i Francuskoj 89 milijardi evra.

[5] Zuddas, G, Il Contrato di fakcoring, Napoli,1983, str. 32, prema: Jerman. B., Pogodba o factoringu, Podjetje in delo, 3-4/XXIX, str. 507.

[6] Nakon usvajanja zakona o finansijskom lizingu vidljivo je da se lizing kod nas razvija izuzetno brzo, čak brže nego u drugim susednim državama. U 2003. godini je postojalo svega 7 lizing društava, da bi se danas njihov broj povećao na preko 20. U godini donošenja zakona, ukupna vrednost lizing ugvora je premašivala 40 mil. eura. Početkom 2004. godine ona je povećanja na oko 100,a da bi na kraju godine iznosila oko 300 mil.eura.

[7] Faktoring je počeo da se primenjuje u Srbiji odskora. Danas, faktoringom u Srbiji se bavi nekoliko banaka, agencija i desetak faktoring preduzeća. Međutim, ukupan promet u faktoringu u 2007. godini je dostigao svega 200 000 000 evra što je oko 10 % procenjenog tržišta.

[8] Franšizing je imao i još uvek ima ogroman uticaj na ekonomiju SAD-a. Prema studiji iz 2005. godine koju je pripremio Price Waterhouse Coopers (jedna od najvećih američkih savetodavnih kompanija), tokom 2004. godine, više od 900.000 franšiznih subjakta proizveloje preko 880 biliona dolara direktne ekonomske proizvodnje ili 4.4% celokupne privrede privatnog sektora SAD. O značaju ovog ugovora u ekonomiji SAD i : Folsom,R.Gordon, M.W., Spanogle,J., Međunarodni trgovčki poslovi, Novi Sad, 1997.str. 152-153.

lagođen potrebama savremenog poslovnog prometa. Imajući u vidu sve pogodnosti finansijskog lizinga, razumljivo je što je ovaj instrument fnansiranja poslovanja u svetu veoma razvijen.[9] Iako je on namenjen, prvenstveno, malim i srednjim preduzećima, za koja je karakterističan manjak sopstvenog kapitala i otežan pristup kreditima, lizing je danas prisutan i u oblastima kao što su avionski saobraćaj (lizing putničkih aviona) ili petrohemijska industrija (lizing naftnih izvora).

2. Regulisanje u nacionalnim pravima

Problem pravne regulacije novih trgovačkih ugovora u nacionalnim pravnim sistemima se u velikoj stvari svodi na problem pristupa tzv. neimenovanim ugovorima. U komparativnom pravu u obligacionim zakonicima je uobičajeno da se jedan deo zakona posveti regulisanju pojedinih ugovora koji na taj način postaju imenovani ugovori. Naime, zakonodavac regiliše samo one pravne odnose koji su tipični i poznati do donošenja zakona. S obzirom na vreme nastanka evropskih građanskih i trgovačkih kodifikacija u Evropi, ovi ugvori koji su predmet našeg rada, prirodno su ostali izvan sfere njihovog regulisanja. To je značilo da su pravno sistemski dobili tretman neimenovanih ugovora. Logično, takav pristup je prisutan i u našem Zakonu o obligacionim odnosima.

Postavlja se pitanje da li je ovakav pristup održiv u okolnostima stalnog uvećanja njihovog broja, ali i pravnog i ekonomskog značaja uopšte. Iz tog razloga se ovaj problem sve više potencira posebno stoga što se smatra da je karakteristika imenovanih ugovora, osim njihove tipičnosti, učestalost javljanja u pravnom prometu.[10] Međutim, i kad se ispune navedeni uslovi to ne mora dovesti do njihovog automatskog regulisanja. U tom pogledu procenu zahteva pravnog prometa samostalno vrši sam zakonodavac. Na taj način se može doći do različitih rešenja u uporednom pravu u opsegu kategorije imenovanih ugovora. [11]

---

[9] U mnogim zemljama, putem lizinga se realizuje više od četvrtine svih nabavki osnovnih sredstava, a samo u zemljama u razvoju godišnje se na ovaj način finansira nabavka nove opreme i vozila u vrednosti od preko 40 milijardi dolara. Prema podacima iz Sjedinjenih Američkih Država, gde je lizing i nastao pedesetih godina prošlog veka, oko 80% svih kompanija koristi upravo lizing kao jedan od glavnih izvora prilikom nabavke nove tehnologije.. Procenjuje se da je oko 16% ukupne nabavke opreme u SAD finansirano putem lizinga . O ekonomskom značaju lizinga; International Financial Leasing, Commonwealth Law Bulletinn, 1987., str. 269.

[10] Perović, S., Stručno mišljenje o nacrtu zakona o obligacionim odnosima Federacije BiH/Republike Srpske - knj. I, Opšti deo, sa stanjem 28. januara 2003. Beograd, 15. februar 2003, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, vol. 51, br. 1-2, 2003 str. 20.

[11] Uporedi . Perović,S., op.cit,str, 23-36.

S obzirom na osnovni princip obligacionog prava o autonomiji volje ugovornih strana, da mogu zaključivati i ugovore koji ne spadaju u posebno regulisane, ukoliko oni nisu suprotni imperativnim propisima ili javnom poretku, to implicira da se težište ovog pitanja sa praktične ravni prebacuje na formu pravne sistmetike i zakonodavne politike. To opet na znači da ne postoji praktična prednost zakonskog regulisanja ovih ugovora, posebno, u segmentu zaštite javnih interesa. U tom pogledu nesporno je da zakonsko regulisanje pruža pogodnost ugovornim stranama, jer su onda one oslobođene obaveze, da osim o bitnim elementima, ugovorno regulišu i sva druga pitanja, jer se umesto toga mogu koristiti dispozitivnim zakonskim odredbama.[12]

U takvim okvirima, problem regulisanja novih trgovinskih ugovora obligacionim, odnosno građanskim kodifikcijama može biti iznova aktuelizovan kod svake njihove reforme. Zakonodavci imaju dilemu kako pristupiti ovakvim ugovorima,tj, da li i kojoj meri je i njih potrebo regulisati u ovim kodeksima. On je posebno složen i specifičan i on nadrasta problem regulisanja neimenovanih ugvora bilo kojim zakonom, jer treba da se uspostavi odnos jedne kodifikacije prema njima s obzirom da se radi o ugovorima koji su još u procesima sadržajnije standardizacije. S druge strane njihova sve učestalija primena i rast ekonomskog značaja govore u prilog zakonskog obuhvata. S obizirom na prirodu kodifikacija uopšte, logično je da su retka prava , komparativno posmatrano, koja ovom problemu ne prilaze restriktivno.

Na isti način postupaju i zakonodavci zemalja u okruženju, koji uglavnom još nisu spremni na taj iskorak. Ipak,neki novije kodifikacije selektivno regulišu i neke tipove ovih ugovora. Pre svega se radi o ugovoru o lizingu i franšizingu. Iako je u hrvatskoj teoriji bilo zagovornika takvog pristupa Zakonom o obveznim odnosima nije regulisan ugovor o lizingu. Preovladalo je stanovište da za njegovo uređenje još nisu sazreli uslovi i da bi čvrsto uređenje toga ugovora više štetilo nego koristilo, a da bi posebnim zakonom trebalo regulisati javnopravnu sferu ovog i dugih sličnih ugovora,što je koncept koji je sve češći u uporednom pravu.

Nasuprot ovakvog pristupa u uporednom pravu i dilemama pojedinih eksperata, u kodifkacijskom projektu prava BiH je zasad preovladao sasvim drugi koncept, i to koncept liberalnijeg pristupa regulisanja modernih tipova ugovora u Zakonu o obligacionim odnosima. On se zasniva na stavu da nepostojanje podrednih zakonskih propisa kojima bi se uredila prava i obaveze stranaka iz relativno novijih, ali prilično učestalih go-

[12] O važnosti ove podele: Perović,S., op. cit. str. 21.

vora u praksi stvara prilične poteškoće, te je to učinjeno navedenim zakonom. Iz toga razloga su u ovom kodifikacijskom projektu našli svoje mesto i ugovor o lizingu i ugovor o franšizingu.

Ovakav pristup zakonodavaca u pogledu regulisanja novih ugovora u obligacionim kodifikacijama ne znači da se u potpunosti zatvaraju sva vrata njihovoj pravnoj regulaciji. U tom pogledu uvek postoji mogućnost da se oni regulišu specijalnim zakonima. Iako takav metod regulisanja nema posebnih sistemskih ograničenja kao kod kodifikacija, nacionalni zakonodavci po pravilu vrlo oprezno prilaze celovitoj regulaciji novih ugovora. Činjenica da se radi ugovorima koji su još u procesu sadržajnije standardizacije najviše je doprinela takvom postupanju. U nedostatku zakona, ovi ugovori svoju pravnu osnovu dobijaju u opštim uslovima poslovanja, kao i opštim pravilima ugovornog prava.

I kada je pravna regulacija u nacionalnom pravu prisutna, ona se opravdava potrebom obezbeđenja izraženijih javnih interesa, kao što je slučaj sa ugovorom o lizingu. Uporedno-pravno posmatrano, nije previše rasprostranjena praksa da se zakonom reguliše posao lizinga, što važi i za finansijski lizing. Moderna lizing praksa raspolaže s jednoobraznim formularima ugovora koji se unapred objavljuju u obliku opštih uslova poslovanja, i koji se koristi kao najznačajniji izvor prava u ovoj oblasti. Međutim,pristup zemalja u tranziciji je drugačiji, jer je pravno regulisanje ove materije kod ovih zemalja sve intenzivnije. Pri tome se iskazuju dva koncepta. Jedan deo zemalja se opredeljuje da zakonskim putem reguliše samo finansijski lizing, dok su druge usmerene ka regulisanju lizinga uopšte.[13] U pravu Rusije oba koncepta su se smenjivala u zakonodavnoj praksi.[14]

I naš zakonodavac, rukovođen bitnim praktičnim razlozima, nije mogao izbeći da za predmet svoje regulacije postavi navedeni ugovor. Osnovni razlog za ovakvo postupanje ogleda se u potrebi unapređenja poslova finansijskog lizinga u našoj zemlji i njegovog regulisanja pravilima kojim će se istovremeno odgovoriti zahtevima pravne sigurnosti, ali i potrebama savremenog poslovnog prometa. Adekvatnost pravnog regulisanja ovog ugovora u ovom pogledu, nije lako postići, jer on pretpostavlja i optimalnu zaštitu svih involviranih interesa u ovom poslu i uspostavljanje poželjnog balansa između njih.

Ugovor u finansijskom lizingu je nova kategorija i našeg pozitivnog ugovornog prava. Naše pravo spada u prvu kategotriju zemalja, po napred

[13] U ovu grupa spadaju bugarsko i makedonsko pravo.

[14] Zakon o lizingu iz 1998, godine je izmenama i dopunama iz 2002. godine preimenovan u Zakon o finansijskom lizingu.

iznetoj klasifikaciji. Formalizovanje ovog koncepta je ostvareno u maju 2003. godine donošenjem Zakona o finansijskom lizingu, koji je izmenjen u julu 2005. godine. Donošenjem ovog zakona ova oblast je prvi put, u kompletnijoj formi,pravno obuhvaćena, jer je lizing, doduše fragmentarno i oskudno regulisan i ranijiim propisima o spoljnotrgovinskom poslovanju. Ovakva koncepcija našeg zakonodavca, prema kojoj se putem specijalnog zakona uređuje samo jedan oblik lizinga, podrazumeva da za druge oblike lizinga i dalje važe pravila našeg obligacionog prava, zavisno od prirode konkretnog ugovora.[15] Njime se u prvi plan stavlja investiciona komponenta finasijskog lizinga, odnosno polazi se od toga da je odnosna regulativa u stvari pre svega sastavni deo investiciong zakonodavstva, tj. zakonodavstva koji uređuje pitanja vezana za ulaganja i finasiranje privrede, a posebno stranih ulaganja. Ovim zakonom uređuju se posao finansijskog lizinga, ugovor o finansijskom lizingu, prava i obaveze subjekata u poslu finansijskog lizinga i registar finansijskog lizinga.[16] Sama sadržina zakona ukazuje na ambiciju zakonodavstva da oblast njegove primene bude što šira, obuhvatajući ne samo statusna pitanja vezana za finansijski lizing, kao što je to praksa regulative jednog dela regulative razvijenim evropskim zemljama.[17]

Kao i u drugim zemljama, ekonomske potrebe su nalagale da ova vrsta lizinga postane predmet zakonskog regulisanja i u našem pravu. One se u suštini svode na ekonomske prednosti koje ovaj posao podrazumeva za subjekte koji u njemu učestvuju,ali za i za samu državu, jer se finansijski lizing javlja kao novi instrument podsticaja privrednim aktivnostima i razvoju privrede uopšte. U prvom planu je najčešće njegova funkcija finansiranje investicija, i to prvenstveno u osnovna sredstva, u nabavci opreme ili čitavih postrojenja. Stoga pravna regulacija ima za clj da omogući i podstakne novi oblik dolaženja do navedne opreme, i to prvenstveno malim i srednjim preduzećima, za koja je karakterističan manjak sopstvenog kapitala i otežan pristup kreditima.Tekst Zakona usklađen je sa savremenim kretanjima u pravnoj teoriji i praksi razvijenih zemalja i međunarodnim pravilima iz ove oblasti,[18] ali ima nedostatka koje zaslužuju pažnju.[19]

---

[15] U obizir pre svega dolaze odredbe o zakupu, prodaji sa obročnim otplatama cene i sl..

[16] Član 1. Zakona o finansijskom lizingu iz 2003. godine.

[17] Ovakva praksa je registrovana u pravu Francuske ,Belgije i Portugalija.

[18] Konvencijom UNIDROIT o međunarodnom finansijskom lizingu,

[19] O konceptu našeg prava:Divljak, D., Ugovor o finansijskom lizingu distribucija rizika i pravna zaštita interesa, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu,, Novi Sad, vol. 41, br. 1-2/2007, str. 199-215.

Stvaranje povoljne pravne klime za nove trgovinske ugovore ne podrazumeva samo donošenje posebnih zakona, već je potrebno stvoriti i sekundarno zakonodavstvo iz te oblasti kojim bi se stvorili uslovi za njihovu primenu u praksi. To je učinjeno u materiji ugovora u faktoringu, gde je zakonska regulativa za ovu vrstu poslova znatno unapređena. Raniji restriktivni devizni režim koji je onemogućavao ili blaže rečeno otežavao posao faktoringa, novim Zakonom o deviznom poslovanju iz 2006. godine, kao i pratećim uredbama[20] je zamenjen i time je stvoren stumulativni pravni okvir i za ovu vrstu poslova.

Navedeni javni interesi vezani za obezbeđenje lojalne kokurencije su diktirali i da se jedan deo ovih ugovora podvrgne parcijalnom pravnom regulisanju,ali samo u toj funkciji. To je posebno karakteristično za pravo EU.[21] U skoro svim zemaljama članicama,[22] ovi ugovori nisu predmet značajnije regulacije posebnih zakona već se kao izvori njegovog pravnog uređenja koriste sudska praksa, opšta pravila ugovornog prava i pravila o ugovorima koji uređuju izvršavanje kontinuiranih ugovornih obaveza, kao što je prvenstveno ugovor o trgovinskom zastupanju ili ugovor o prodaji. Međutim, zakonsko regulisanje je pre svega sporadično, i to prvenstveno sa aspekta prava konkurencije. Naime, s rastom ekonomskih efekata i širom primenom nekih ugovora kao što su ugovor o franšizingu ili distribuciji, sve vidljivije su se ispoljavale i njigove negativne strane kao što su ograničavanje konkurencijue, povređivanje interesa krajnjih potrošača, mogućnost stvaranja kartela, podela tržišta i sl. Sve je to zahtevalo adekvatnu rekaciju u vidu pravnih pravila. U EU je to započeto 1988.godina kada je Komisija Unije1988. usvojila pravila o franšizingu a koja se odnose na zabranu narušavanja slobodne konkurencije i razbijanje monopola. U istoj funkciji su brojna pravila vezana za ugovor o distribuciji.[23]

---

[20] To su : Uredba o bližim uslovima i načinu naplate, odnosno plaćanja i drugom nerezidentu po tekućem ili kapitalnom poslu i Uredba o bližim uslovima i načinu prenosa potraživanja i dugovanja nastalim po spoljnotrgovinskim poslovima rezidenata.

[21] U Pravu SAD je došlo do parcijalnog pravnog regulisanja ugovora o distribuciji u oblasti prometa motornih goriva,a sa ciljem zaštite malih dilera od moćnih nafnih korporacija. To su: Automobile Dealers Daz in Court Act iz 1956 godine i Petroleum Marketing Practices Act.

[22] Tako je ugovor o distribuciji, od svih zemalja članica EU, regulisan jedino u Belgiji , zakonom iz 1961.godine.

[23] Uredba EEC 1983/83, Uredba 1984/83, , Uredba 1745/95, Uredba 1400/2002, , Uredba 2790/99, Uredba 1/2003.

3. Pravno regulisanje na međunarodnom nivou

Problem pravne regulacije novih ugovora na međunarodnom planu je drugačije prirode u odnosu na isti problem na nacionalnom nivou. Međutim, ona mogu biti u korelativnom odnosu tako da međunarodna unifikacija ovih ugovora može biti dobra osnova, ali i podstrek za njihovo nacionalno regulisanje.

Pravno regulisanje ovih ugvora na međunarodnom nivou je izvršena sporadično i dokumentima različite usmerenosti i obaveznosti. U oblasti franšizinga to je učinjeno Vodičem UNIDROIT za franšizing iz 1998. godine, a posle višegodišnjeg rada.[24] Unifikacija u formi vodiča kao najneobaveznijijeg i nalabavijeg vida unifikacije iskazuje nemogućnost postizanja saglasnasnosti zemalja višeg stepena obaveznosti. Vodič je saglasno svojoj prirodi umeren da pomogne stranama u pregovorima u zaključivanju međunarodnog franšizing ugovora i izboru najboljih rešenja,[25] Iako skromnih ambicija i dosega, on je ipak, u odnosu na pređašnje stanje, očigledan napredak.

Za razliku od franšizinga , jedan deo novih ugvora je bio predmet unifikacijskih napora međunarodnih organiazcija, pre svega UNIDROIT-a, usmerenih na donošenje odgovarajućih konvencija. U međunarodnom trgovačkom pravu se potreba unfikacija ovih ugovora putem konvencija opravdava željom da se oni učine dostupnijim, otklone prepreke i pravne smetnje u njihovoj ekspanziji i funkcionisanju, uz istovremeno održavanje pravedne ravnoteže interesa između strana u ovakvim transakcijama.[26] U tom cilju su 1988.godine donete dve konvencije i to: Konvencija (UNIDROIT) o međunarodnom finansijskom lizingu i Konvencija (UNIDROIT) o međunarodnom faktoringu. Iako je prelazak na regulisanje konvencijom ove materije kvalitativni iskorak u odnosu na vodič, krajnji rezultati nisu posebno značajni, s obzirom na fragmentarni pristup regulisanju i različit stepen prihvaćenosti u nacionalnim pravima.

Potreba za donošenjem konvencije iz oblasti lizinga je višestruka.[27] Postojao, je raznovrstan i nedefinisan pravni okvir koji je zahtevao stan-

---

[24] Šire : Spasić, I.,Unifikacija materije franšizing sporazuma realizovana u okviru projekta UNIDROIT, Pravni život, vol. 49, br. 11/2000, str. 339-352.

[25] ***Vilus***, J., ***Carić***, **S..**, ***Šogorov***, S**..**, ***Đurđev***,D, ***Divljak*** ,D., Međunarodno privredno pravo, 2008. Novi Sad, str. 306.

[26] Takvi polazni ciljevi i principi su decidno izraženi u preambuli Konvencije (UNIDROIT) o međunarodnom finansijskom lizingu iz 1988 .godine.

[27] Međunarodni institut za unifikaciju privatnog prava (UNIDROIT) u Rimu je rad na izradi pravila o lizingu započeo 1978. godine,

dardizaciju procedure i ujednačenje međunarodne prakse u ovoj oblasti. Isto tako, u poslovnoj praksi je uočen problem nedovoljne zaštite nekih učesnika u poslu lizinga, i to pre svega, korisnika lizinga, koji je morao naći svoje pravno rešenje. Izrada jednoobraznih pravila o međunarodnom finansijskom lizingu, kao najprisutnijem obliku lizinga u međunarodnoj praksi, realizovana je donošenjem navedene konvencije u Otavi.[28] Cilj je bio da se olakšaju lizing transakcije u međunarodnim razmerama, ali i da Konvencija posluži kao osnova za donošenje zakona o finansijskom lizingu u pojedinim zemljama.

Konvencijom se uspostavljaju opšti pravni okviri za međunarodni finansijski lizing,[29] i to njegove građanske i privredni aspekte.[30] Konvencijom su date karakteristike međunarodne operacije finansijskog lizinga[31] i regulisana druga značajna pitanja vezana za ovaj oblik finansiranja, prevashodno prava i dužnosti sugvornih strana.[32] Iako je imala formalnu nameru da obezbedi podjednaku pravnu zaštitu svim učensicima u poslu lizinga, do toga nije došlo, jer je i ona na određeni način, favorizovala interese davaoca lizinga.[33]

---

[28] Konvencija ima 25 članova koji su podeljeni u sledeća poglavlja: polje primene i opšte odredbe (čl. 16); prava i obaveze stranaka (čl.7–14) i završen odredbe (čl. 15–25).

[29] Više o konvenciji : Cuming, R.,Legal Regulation of International Finacial Leasing –The 1988 Otawa Conevention, str, 45-46, Arizona Journal of International and Comparative Law, 1989-1990, vol. 7, str,.45-46.

[30] Prilikom rada na konvenciji se postavilo pitanje da li konvencija treba da obuhvati i operativni i finansijski lizing ili samo finansijski, obzirom na razlilit značaj u međunarodnom poslovanju. Na kraju je preovladao stav da finansijski lizing bude predmet regulisanja smatrajući da je to u interesu međunarodnog kretanja kapitala i finansiranja lizing opreme i drugih dobara i od naročitog značaja za zemlje u razvoju. Isto tako je preovladao stav da se Konvencija ne bi trebalo da se odnosi na lizing nepokretnosti, kao ni na lizing vazduhoplova i brodova.

[31] Pod njim se podrzumevaju transakcije kod kojih jedna strana (davalac lizinga) na osnovu specifikacije druge strane (korisnika lizinga) zaključuju ugovor (ugovor o isporuci) sa trećom stranom (isporučiocem) na osnovu koga nabavlja opremu pod uslovima koje je odobrio korisnik i zaključuje ugovor sa korisnikom prenoseći na njega pravo da koristi ovu opremu u zamenu za plaćanje naknade (Čl. 1 Konvencije) .

[32] One su sadržane u drugoj glavi Konvencije To su: mera zaštite davaoca lizinga protiv poverilaca korisnika lizinga (pre svega za slučaj stečaja korisnika), odgovornost davaoca lizinga za opremu i to prema korisniku lizinga (odgovornost za pravne mane) kao i prema trećim licima; pitanje obaveze isporučioca i prava korisnika za slučaj da oprema nije isporučena ili da nije saobrazna ugovoru i konačno, pitanje prava davaoca lizinga u slučaju neizvršenja obaveze od strane korisnika lizinga.

[33] Davalac lizinga, prema Konvenciji, za slučaj neizvršenja obaveza od strane korisnika ima pravo na naknadu stvarne štete i izmakle dobiti, dok korisnik lizinga u slučaju da davalac ne izvrši svoju obavezu ima pravo samo na obustavljanje plaćanja dok se ne izvrši adekvatna isporuka ili u slučaju raskida pravo na povraćaj isplaćenih iznosa. Kon-

Nedostatak nacionalnih zakonskih pravila u oblasti faktoringa je ublažen kreiranjem odgovarajuće Konvencije o međunarodnom faktoringu koju je 1988. doneo UNIDROIT. Da bi se konvencija primenila potrebno je da komitent i dužnik imaju sedišta u različitim državama ali i da faktor, komitent i dužnik imaju sedište u državama koje su potpisale Konvenciju.[34]

Prema ovoj Konvenciji da bi postojao ugovor o faktoringu potrebno je da su ispunjeni određeni uslovi, prvo: mora da postoji klauzula o ustupanju potraživanja koje proističe iz komercijalnog ugovora o kupoprodaji robe ili usluga.[35] Predmet faktoringa ni u kom slučaju ne može biti kupoprodajni ugovor u kome je jedna ili obe strane, fizičko lice. Drugo: mora da postoji odredba kojom se predviđa obaveštenje dužniku o ustupljenom potraživanju. Treće: „faktor" mora da pruži najmanje dve od sledećih usluga: 1. Finansiranje kroz avansna plaćanja 2. Zaštita od rizika neplaćanja 3. Naplata potraživanja. 4. Evidencija i upravljanje potraživanjima.

Zaključak

Problem pravnog regulisanja novih trgovinskih ugovora je složen i specifičan. S jedne strane radi se o ugovorima koji su još u procesima sadržajnije standardizacije, S druge strane njihova sve učestalija primena i rast ekonomskog značaja govore u prilog zakonskog obuhvata. S obizrom na ovakvu vrstu dilema, logično je da su retka prava , komaprativno posmatrano, koja ovom problemu ne prilaze restriktivno. Kada je pravna regulacija u nacionalnom pravu prisutna, opravdava se potrebom obezbeđenja izraženijih javnih interesa, kao što je slučaj sa ugovorom o lizinigu. Takav koncept je demonstriran i našem pravu.

Ni na međunrodnom planu nisu postignuti bolji rezultati u vezi regulusanja ovih ugvora, jer su samo neki ugovori postali predmet unifikacijskih akata u formi konvencija ,a ni oni takvi nisu podjednako prihvaćeni u nacionalnim pravima.

---

vencija pritom ne pominje prav okorisnika na naknadu štete koju je ovaj pretrpeo zato što mu opremanije izvršena na vreme ili na način predviđen ugovorom.

[34] Čl. čl. 2. Konvencije o međunarodnom faktoringu iz 1988. godine.

[35] Konvencija se primenjuje kada se radi o ustupanju potraživanja kupoprodajne cene iz ugovora o prodaji, pri čemu je pojam prodaje proširen i odnosi se na prodaju stvari ali i uslugampri čemu ona ne može biti izvršena za ličnu upotrebu.

Drago Divljak, Ph.D., Associate Professor
Novi Sad School of Law

On Legal Regulation of New Trade Contracts

Abstract

New types of contracts of autonomous commercial law develop along with the development of commercial operations. All the more frequent use of those new types of contracts and constant growth of economic significance make the issue of their legal regulation even more current.

The issue of legal regulation of new contracts within national legal systems is actually brought down to the issue of approach to the so-called no-named contracts. Having in mind that it is the issue of contacts that are still in the pro-cess of more contentual standardisation, national legislators, by the rule, approach the comprehensive regulation of new contract with high caution. When it is present, it is justified with the need to provide more emphasised public interests, as it is the case with the contract on leasing. Such a concept is present in our law as well. The same public interests linked with provision of loyal competition have dictated a part of those contracts to become the subject of partial legal regulation, however, in that function alone. It is particularly typical for the EU law.

The need for unification of such contracts is justified in international commercial/business law with the wish to make them more accessible, to eliminate obstacles and legal limitations in their expansion and functioning, with the simultaneous maintaining of equitable balance of interests between the parties in such transactions. The results are of no particular significance because only some of the contracts have become the subject of unification of documents and they have not been accepted equally in national laws either.

Key words: new contracts, auto-national legislation, our law, EU law, international business operations, unification, international conventions

Originalni naučni rad 364:342.2

Dr Senad Jašarević, vanredni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

SOCIJALNA SIGURNOST I SOCIJALNA DRŽAVA

Sažetak: *U radu se govori o socijalnoj sigurnosti i socijalnoj državi. Socijalna sigurnost predstavlja kovanicu nastalu spajanjem dva termina - ekonomska sigurnost i socijalno osiguranje. Njen cilj je da dopuni klasičnu pravnu sigurnost i obezbedi čovekovu dostojanstvenu egzistenciju, odnosno zaštitu od svih socijalnih rizika koje nose život i rad. Socijalna država je novi tip države koja je produkt industrijskog društva, kojim je pravna država prilagodila svoje funkcije novim okolnostima. To je država ograničena pravom, koja poseduje određene kvalitete, pre svega da je pravedna i stanovništvu obezbeđuje zadovoljavajući nivo egzistencije i dostojanstva.*

Ključne reči: *socijalna sigurnost, socijalna pravda, pravna država, dostojanstvo, socijalna država,*

1. POJAM SOCIJALNE SIGURNOSTI

Jedno od najvećih opterećenja koje prati život svakog pojedinca je „neizvesnost budućnosti"- briga hoćemo li sebi i svojoj porodici uvek moći da obezbedimo zadovoljavajuće uslove za život. Na ideji da se olakša to egzistencijalno breme izgrađena je koncepcija socijalne sigurnosti.

Socijalna sigurnost (Social Security, la Sécurité sociale, Sicurezza sociale, Seguridad social, Sociale Sicherheit) je centralni pojam u socijalnom pravu. Termin «socijalna sigurnost» potiče od engleskog izraza *«social security»*, a kao sinonimi se u našem jeziku javljaju i *«socijalno obezbeđenje»* ili *«socijalna bezbednost»*.

Socijalna sigurnost predstavlja *kovanicu* nastalu spajanjem dva termina - *ekonomska sigurnost* (economic security) i *socijalno osiguranje* (social insurance).[1] Prvi put je ovaj pojam upotrebio Simon Bolivar (Simon Bolivar) u govoru održanom 1819. godine, u kojem se socijalna sigurnost navodi kao jedan od elemenata savršenog sistema vladanja. Bolivar je u jednom govoru u Agnosturi, u Venecueli, 1819. godine rekao da je najsavršeniji sistem vladanja koji je u stanju da ostvari dobrobit u najvećem stupnju, koji ostvaruje najveću moguću socijalnu sigurnost i u najvećoj meri političku stabilnost.[2] U današnjem značenju ovaj termin prvi put javlja 1933. u SAD, u Zakonu o socijalnoj sigurnosti (Social Security Act),[3] a zatim u Novom Zelandu – 1939. godine.[4]

Godine 1940. u Limi je osnovan *Međunarodni komitet za unapređenje socijalne sigurnosti*. Socijalna sigurnost pominje se i u Atlanskoj povelji (1941), zatim u izveštaju Lorda Beveridža britanskom parlamentu o unapređenju sistema socijalnog osiguranja iz 1942. godine.[5] Beveridž se smatra utemeljivačem današnje koncepcije socijalne sigurnosti.

Nešto kasnije, 1947. godine Međunarodna asocijacija udruženja za međusobno pomaganje i fondova za zdravstveno osiguranje prerašće u *Međunarodno udruženje za socijalnu sigurnost.* Ovaj termin ući će i u Opštu deklaraciju o pravima čoveka (1948), Konvenciju MOR o minimalnim normama socijalne sigurnosti (1952), čime će se ustaliti i u upotrebi.

Nastanak sistema socijalne sigurnosti slikovito je opisan u jednoj studiji MOR: „Komad po komad, kao lik u igri – slagalici koji se čeka da se pojavi, sklapani su zasebni programi socijalne sigurnosti, sve dok, industrijalizovanim zemljama, uspostavljeno pokriće nije postalo praktično sveobuhvatno, kako u odnosu na grupe stanovništva, tako i u odnosu na različite eventualnosti koje ugrožavaju nadnice i dohodak, pa otuda kvali-

---

[1] Videti u: *ISSA's 75 years: Highlihts,* ISSA focus, International Social Security Association, No. 4/2002, str. 6, Internet: http://www.issa.int/, str. 3.

[2] Videti više: B. Šunderić, *Socijalno pravo,* Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2009, str. 83. i B, Šunderić, *Pravo Međunarodne organizacije rada,* Beograd, 2001, str. 535 (prema N. Tintić, Koncepcija i ostvarivanje socijalne sigurnosti, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, 1978).

[3] U kojem je liberalni koncept države zamenjen konceptom države blagostanja.

[4] Uvodi se sistem socijalne sigurnosti prema kojem društvo osigurava svakom članu životni minimum kada se nađe u stanju siromaštva, a ima nedovoljnu zaradu. Videti više: B. Šunderić, *Socijalno pravo,* op. cit, str. 83.

[5] Taj izveštaj će poslužiti za donošenje Preporuke o materijalnoj sigurnosti i - medicinskoj brizi koje će biti usvojene na istorijskoj Konferenciji MOR održanoj u Filadelfiji 1944.

tet i standard života radnih ljudi. A novi termin „socijalna sigurnost“ pronađen je da opiše novo stanje stvari“.[6]

Prema shvatanjima škole prirodnog prava, ljudi su državu stvorili upravo da bi obezbedili svoju sigurnost.[7] Kada je ta sigurnost usmerena na materijalnu i socijalnu egzistenciju, tada se ona naziva socijalna sigurnost. I u samoj teoriji države i prava navodi se da pravna sigurnost ima za cilj “neutralizaciju neizvesnosti”, tj. da realizuje “ideal predvidljivosti uslova društvene egzistencije”.[8]

Ova vrsta sigurnosti podrazumeva obezbeđenje svakom pojedincu *„socijalnog minimuma“* - egzistencijalnog minimuma. Socijalni minimum vezuje se kako za biološke potrebe čoveka (potreba opstanka - ishrana, sklonište, odevanje), tako i za druge potrebe povezane sa egzistencijom u društvu *(tzv. osnovne potrebe)*.[9]

Socijalna sigurnost podrazumeva u praksi dvostruko usmerene mere: 1) *ka obezbeđenju minimalnog nivoa egzistencije i zdravlja* i 2) *održavanju odgovarajućeg nivoa primanja (standarda)*.[10] Shodno tome, postoji podela sistema socijalne sigurnosti na: 1) sisteme *bazične socijalne sigurnosti* i 2) *sisteme socijalne sigurnosti za slučaj nepredviđenih okolnosti*. Prvi pružaju stanovništvu socijalnu sigurnost za slučaj „uobičajenih“ socijalnih rizika, a drugi obezbeđuju zaštitu ako nastupe nepredviđene okolnosti.

Definicija socijalne sigurnosti retko se sreće u međunarodnim dokumentima. U njima se uglavnom govori o poljima delovanja odnosno rizicima koje pokriva „sistem socijalne sigurnosti“.

Sistem socijalne sigurnosti, onako kako je zamišljen od njegovog idejnog tvorca Lorda Beveridža,[11] a kasnije razrađen u međunarodnim

---

[6] Iz: *Introduction to Social Security,* International Labour Office, Geneva 1984, str. 2, prezeto kao citat iz rada D. Popovića, videti u: A. Petrović, *Sistemi osiguranja za slučaj nezaposlenosti,* Radno i socijalno pravo Udruženje za radno pravo i socijalno osiguranje Srbije, Beograd, 1997, br. 1-3, str. 108.

[7] O potrebi za socijalnom sigurnošću videti više: B. Šunderić: *Socijalno pravo,* op. cit, str. 35.

[8] Prvi citat je iz: E. Pusić, *Društvene regulacije,* Zagreb, 1989, str. 206 (preuzeto i prilagođeno našem jeziku iz: G. Vukadinović i R. Stepanov, *Pravna misao XX veka,* Petrovaradin, 2000, str. 392). Drugi citat – iz N. Visković, *Teorija države i prava,* Zagreb, - 2001, str. 134.

[9] O socijalnom minimumu videti više: B. Šunderić: *Socijalno pravo,* op. cit, str. 37.

[10] Prema Moru. V. Moore i drugi, The Concept of Social Security, u: *Social Security Law (General Principles),* Butterworths, England - USA, 1999, str. 13.

[11] O Beveridžovim idejama videti više u: B. Šunderić, *Pravo Međunarodne organizacije rada,* op. cit, str. 537.

standardima, trebalo bi da čoveka štiti od *svih socijalnih rizika i slučajeva, povoljnih i nepovoljnih,* kao što su: *bolest, materinstvo i roditeljstvo, invaliditet, starosti i iznemoglost, povrede na radu i profesionalne bolesti, nesposobnost za rad, gubitak hranitelja porodice, smrt, nezaposlenost, zasnivanje porodice.*[12]

Međunarodno udruženje za socijalnu sigurnost definiše „sistem socijalne sigurnosti" kao: *skup svih mera koje treba da u određenim slučajevima (bolest, nesreća na poslu, starost, smrt, rođenje deteta i nezaposlenost) uspostave poremećenu ravnotežu*. U tom smislu Sinfild (Sinfield) vidi socijalnu sigurnost kao „zaštitu od gubitka sredstava", a Bergman (Berghman) kao „kompletnu zaštitu čoveka od šteta koje može da pretrpi".[13] Driz i Sen (Dreze, Sen) očekuju delovanje sistema socijalne sigurnosti u dva pravca: 1) zaštita, 2) unapređenje života pojedinca.[14]

Šta je socijalna sigurnost? Prema jednom od novijih dokumenata *MOR* socijalna sigurnost je: *«Zaštita koju društvo pruža pojedincima i domaćinstvima tako što im obezbeđuje pristup zdravstvenoj zaštiti i garancijama materijalne sigurnosti, posebno u slučajevima starosti, nezaposlenosti, bolesti, invalidnosti, povrede na radu, materinstva ili gubitka hranitelja porodice».*[15]

Lion Kan (A. Lyon Caen), jedan od najvećih teoretičara iz ove oblasti, objašnjava socijalnu sigurnost kao: *«delatnost koja teži da građanima osigura uslove života za slučaj određenih rizika, čije nastupanje povlači smanjenje ili gubitak profesionalne sposobnosti, snižava životni standard ili nameće nove obaveze ili terete».*[16]

---

[12] Oblasti delovanja sistema socijalne sigurnosti prva je sistematizovala MOR u Konvenciji br. 102. Videti i čl. 2. Evropske konvencija o socijalnoj sigurnosti SE, iz 1972.

[13] Videti više u: D. Pieters, *Social Security: An Introduction to the Basic Principles,* Kluwer Law International, The Netherlands, 2006, str. 2.

[14] Iz: J. Dreze, A. Sen, *Hunger and Public Action,* Oxford, Oxford University Press, 1989, prema: Kannan, K. P, *Social Security in a Globalizing World,* International Social Security Rewiew, International Social Security Association, No. 2-3, Vol. 60, 2007, str. 20.

[15] Definicija iz 2003. godine, objavljena u tekstu: *Universal Challenge: Social Security for the World, World of Work,* International Labour Office (International Labour Organisation - ILO), 2003, december, No. 49, str. 13.

[16] Kanovoj definiciji slično je i određenje socijalne sigurnosti iz Enciklopedije Britanika, gde se navodi da u međunarodnoj upotrebi termin socijalna sigurnost podrazumeva „sve kolektivne mere ustanovljene zakonodavstvom u nameri da se održe prihodi pojedinca ili porodice ili da im se obezbedi dohodak ako su neki ili svi izvori njihovih prihoda narušeni ili su prestali da postoje, odnosno ako su zapali u situaciju u kojoj im nametnuti izuzetno veliki troškovi." Jednom od uspelijih smatra se i defi-nicija sadržana u Južno-Afričkoj „Beloj knjizi za socijalnu dobrobit", iz 1997. godine. Prema -

Jednu od najuspelijih definicija dao je Šefer: *«socijalna sigurnost stvara osećaj čovjeka da može biti siguran u svoju ekonomsku, socijalnu i društveno-ekonomsku poziciju, siguran ne samo za sebe, nego i za svoju porodicu, pri čemu će taj osjećaj sigurnosti izražavati i u uvjerenju da postoji mehanizam koji osigurava pojedincu i porodici da ne pogoršva postignuti ekonomski i socijalni status, ili pak u uverenju da se putem odgovarajućih promjena taj status može sigurno i poboljšati.* Socijalna sigurnost znači, u stvari, da čovek, odnosno porodica, ne mora strahovati od toga što nosi budućnost, da je u mogućnosti i poziciji da *utiče na budućnost...».*[17]

U navedenoj Šeferovoj definiciji naglašen je koren ideje socijalne sigurnosti. On leži u ljudskoj *potrebi za sigurnošću,* što je opet povezano sa potrebom opstanka. Ta potreba nije samo biološka, nego je i socijalna - uslovljena je odnosima sa drugima i zadovoljava se u ljudskoj zajednici.

2. USLOVI ZA SOCIJALNU SIGURNOST

Socijalna sigurnost je multidisciplinarna kategorija. Uslovljena je ne samo pravnim, već i ekonomskim, političkim, socijalnim i nekim drugim činiocima (kultura, tradicija, mentalitet).

Uslovi za socijalnu sigurnost mogu se podeliti na: *prirodne i društvene,* kao i na *makro i mikro uslove.*

U *prirodne uslove* za socijalnu sigurnost spadaju prirodno bogatstvo, geopolitički položaj zemlje, klima itd. *Društveni* uslovi socijalne sigurnosti su višestruki: materijalni (ekonomski), pravni, kulturni, istorij-

---

tom dokumentu socijalna sigurnost obuhvata: „Politike koje osiguravaju da ljudi imaju - adekvatnu ekonomsku i socijalnu zaštitu usled nezaposlenosti, bolesti, materinstva, podizanja dece, udovištva, invalidnosti i starosti, uz pomoć šema obezbeđenja zasnovanih na doprinosima ili bez njih, kojima im se obezbeđuju njihove osnovne potrebe.“ Kanova definicija navedena po: *«Manuel de Droit du Travail et la Securité Sociale»*, Paris, 1953, str. 605, takođe preuzeto iz V. Jelčić, *Socijalno pravo u SFRJ, Knjiga 1. Socijalno osiguranje,* Informator, Zagreb, 1988, str. 9. Južno-Afričku i još neke od novijih defi-nicija socijalne sigurnosti (Atkinsonovu, Morovu, Pitersovu, Libenbergovu, MOR, Bejkerovu, Holchauzenovu, Larokovu i definicije domaćih autora kao npr. Baltića, Tintića, Milisavljevića Lakićevića i dr) videti u: V. Moore i drugi, op. cit, str. 7-13; N. Harris i - drugi, The Welfare State, Social Security and Social Citizenship Rights, u: N. Harris i drugi, *Social Security Law in Context,* Oxford university press, 2000, str. 14; B. Šunderić, *Socijalno pravo,* op. cit, str. 86, 92.

[17] Iz: *Socijalni razvoj u samoupravnom društvu,* Institut za političke studije, Beograd, 1971, str. 39, preuzeto iz: V. Jelčić, op. cit, str. 8. a prilagođeno Srpskom jeziku od strane autora.

ski, socijalni. Samo prožimanjem svih ovih uslova može se ostvariti socijalna sigurnost.[18]

Opšte okvire za socijalnu sigurnost čine određeni preduslovi u društvu, kao što su razvijena ekonomija, demokratski i stabilan pravni poredak – *tzv. makro uslovi*. Pored toga, na sigurnost svakog pojedinca i njegove porodice imaju bitan uticaj i tzv. *mikro* činioci. To su konkretni uslovi u svakoj društvenoj grupi i najužoj sredini u kojoj ljudi žive i rade. Tako npr. bitnu ulogu za socijalnu sigurnost zaposlenih i njihovih porodica imaju okolnosti u preduzeću - stabilnost radnih mesta, nivo i urednost isplate zarada, bezbednost na radu, radno vreme i drugi uslovi rada. Izuzetno važna je i *porodica* - broj članova i potpunost porodice, ekonomsko stanje, stabilnost, kvalitet odnosa. Destabilizacijom porodice narušava se socijalna sigurnost svih njenih članova.

Među *društvenim uslovima* za socijalnu sigurnost najznačajniji su *ekonomski i pravni uslovi.*

Ekonomske uslove čine: razvijena *ekonomska osnova i infrastruktura* (društveno bogatstvo), odgovarajući *ekonomski sistem i uspešna ekonomska aktivnost.* To su preduslovi sticanja nacionalnog dohotka i zaposlenosti, čime se obezbeđuje materijalna baza za finansiranje socijalne sigurnosti. Obuhvatan sistem socijalne sigurnosti će bez odgovarajuće ekonomske podrške ostati samo prazan okvir, kao što je to bilo u bivšim socijalističkim zemljama, kada su njihove ekonomije zapale u krizu.

Kada se govori o uticaju ekonomije na socijalnu sigurnost, treba pomenuti da stručnjaci sve češće ističu da ekonomski razvoj nema smisla sam za sebe. Zbog pogubnih posledica ekonomskih promena na socijalnu sigurnost dovodi se u pitanje model društva koji počiva isključivo na ekonomskom razvoju.[19] Opravdano se ističe da se ekonomski razvoj mora staviti u funkciju dostojanstva i socijalne sigurnosti čoveka, a ne obrnuto.

---

[18] Prema *Konvenciji MOR br. 117. o osnovnim ciljevima i standardima socijalne politike* iz 1962. godine (al. 7 preambule), da bi se vodila uspešna socijalna politika (koja je usmerena na socijalnu sigurnost) treba preduzeti sve odgovarajuće međunarodne, regionalne i nacionalne mere da bi se unapredile sledeće oblasti: javno zdravlje, stanovanje, ishrana, obrazovanje, dobrobit dece, status žena, uslovi rada, zarade i ostala primanja, zaštita radnika migranata, socijalna sigurnost, standardi javnih službi i opšta produktivnost. Konvencija nije ratifikovana kod nas.

[19] Videti više: E. Reynard, *Social Security for All: Global Trends and Challenges,* Comparative Labor Law & Policy Journal, University of Illinois College of Law, USA, Vol. 27, no 2, 2006, str. 34. i A. Supiot, *he Outlines of a Framework Agreement on the Extension of Social Protection,* Comparative Labor Law & Policy Journal (*Social Protection and Decent Work: New Prospects for International Labour Standards)*, University of Illinois College of Law, USA, 2006, Vol. 27, No 2, str. 34. i 278.

Pravnike primarno zanimaju *pravni uslovi* za socijalnu sigurnost. U tom kontekstu se socijalna sigurnost povezuje sa: *socijalnom državom, pravnom sigurnošću i socijalnom pravdom.*

Kao prvo, za obezbeđenje socijalne sigurnosti potrebno je obezbediti odgovarajući *pravni poredak* i *demokratski politički sistem.* Takav sistem bi trebalo da ima obeležja *pravne države,* odnosno da omogućava *„vladavinu prava“.*[20] Pošto se početkom 20. veka ispostavilo da samo pravne i političke garancije nisu dovoljne da bi se obezbedila dostojanstvena egzistencija, zaključeno je da se jedino povezivanjem socijalnih i pravnih momenata može obezbediti blagostanje i pun osećaj sigurnosti građana. Tako nastaje koncept socijalne države

Socijalne sigurnosti ne može biti ni bez *socijalne pravde*. Pravda, čiji je segment i socijalna pravda, je zajedno sa pravnom sigurnošću i svrsishodnošću ugrađena u temelje prava.[21] Ukoliko se u društvu neosnovano i nepravedno favorizuju određeni slojevi, nejednako tretiraju pojedina lica i grupe u pogledu mogućnosti školovanja, zapošljavanja ili sticanja prihoda, ako se nejednako vrednuju rezultati rada, poslovi obavljaju u nezdravim i teškim uslovima, a zaposleni su isključeni iz donošenja važnih odluka vezanih za njihovu egzistenciju, teško se može govoriti o socijalnoj sigurnosti za sve.

Ostali društveni uslovi za socijalnu sigurnost su: *obrazovanje, vaspitanje, kultura, razvijenost nauke, odnos prema radu*.

Obrazovanje, vaspitanje i kultura spadaju u najvažnije činioce napretka, mira, sigurnosti i tolerancije u društvu. U obrazovno i kulturno nerazvijenim zajednicama znatno je zastupljeniji diskriminatorski tretman pojedinaca i društvenih grupa, nehumano i nepravedno postupanje prema radnicima i potčinjenima, a zdravstvena kultura, sanitarni i drugi uslovi života i rada su na niskom nivou. To sve rezultira socijalnom nesigurnošću.

Razvijenost nauke utiče pozitivno na rast produktivnosti i proizvodnje, povećanje životnog standarda, proizvodnju hrane, uspešnost u prevenciji i lečenju bolesti, čime se direktno pospešuje socijalna sigurnost.

---

[20] Osnovne pravne pretpostavke *pravne države* su: garantovanje ljudskih prava i sloboda, podela vlasti, zakonito postupanje organa državne uprave, nezavisnost suda, pravna sigurnost, poštovanje civilizacijskih dostignuća, principa i standarda modernog prava, određivanje minimuma neophodnih dobara za egzistenciju, odgovornost, demokratija, kontrola vlasti. Videti više: M. Popović, *Pravna i totalitarna država,* Novi Sad, 1998, str. 133.

[21] G. Radbruh, *Filozofija prava,* Beograd, 1980, str. 94. i 288.

Odnos prema radu, mentalitet i tradicija su važni podsticaji socijalne sigurnosti. To pokazuju primeri zemalja koje su i pored velikih razaranja i kriza (npr. Nemačka, Japan), zahvaljujući pozitivnom odnosu prema radu uspele da se brzo vrate u red najrazvijenijih zemalja (tzv. kult rada). Isto tako, solidaristički mentalitet i miroljubivost, koji tradicionalno krase skandinavske zemlje, jedan su od najvažnijih činilaca njihove dugoročne društvene stabilnosti i prosperiteta.

3. SOCIJALNA DRŽAVA

Nakon što je uspostavljen prvi sistem obaveznog socijalnog osiguranja u Nemačkoj, postepeno u svetu počinje da zaživljava ideja da država ne može da bude samo pravna i politička, već i socijalna ustanova.[22] Promene u strukturi industrijskog društva krajem 19. i početkom prošlog veka nametnule su takve socijalne probleme koji se nisu mogli razrešiti u okvirima klasične pravne države ili vladavine prava (u anglosaksonskom sistemu). Zato je koncept građanske pravne države morao da bude funkcionalno dopunjen. Država, kao društvena struktura i oblik trajne interakcije među ljudima, proširuje svoju funkciju uvođenjem mnogobrojnih organizacionih i institucionalnih inovacija kojima se uz njene tradicionalne nadležnosti akcenat delovanja postepeno usmerava i na socijalnu sferu društva.[23] Nastaje novi tip države koja je vremenom dobila atribut «socijalna», a naziva se i država blagostanja (welfare state - na anglosaksonskom području), odnosno socijalnopravna država ili samo - socijalna država (od nemačkog – Sozialstaat),[24] état sociale (francuski), stato sociale (italijanski), estado social de derecho (španski), država blaginje (slovenački).

Ovakav ishod u pogledu razvoja države bio je prirodan i neminovan. Ljudska egzistencija podrazumeva zadovoljavanje potreba, a one su, izu-

---

[22] O tome videti više: LJ. Tadić, *Socijalna ili socijalno-pravna država,* preuzeto iz: Gordana Vukadinović, *Izbor tekstova iz teorije prava,* Priština, 1996, str. 200; kao i LJ. Tadić, *Filozofija prava,* Beograd, 1996, strana. 240; R. Marković, *Ustavno pravo i političke institucije,* Beograd, 1995, str. 579.

[23] O tome kako se odigravao ovaj proces videti: E. Pusić, *Uvjeti institucionalne stabilizacije socijalne države,* Revija za socijalnu politiku, Pravni fakultet – Studijski centar socijalnog rada i dr, Zagreb, 1996, br. 3-4, str. 199.

[24] Ovaj izraz nastao je u Nemačkoj pedesetih godina 19. veka. Iz: *Koreni, determinante i etape razvoja socijalne države,* 2007, dostupno na Internetu: www.pravo.hr/_.../KORIJENI_DETERMINANTE__I__ETAPE_RAZVOJA__SOCIJALNE__DRZAVE.ppt

zev bioloških, socijalno konstruisane i uslovljene, kao i načini njihovog zadovoljavanja, te je logično da država kao regulator društvenog života ima i značajne socijalne komponente.[25] Socijalna država nastaje kao oblik prilagođavanja države njenoj novoj ulozi u industrijskom i urbanom društvu, za razliku od agrarnog koje mu je prethodilo. Njome se daje novi legitimitet državnoj vlasti, koji nije mogla da obezbedi tradicionalno koncipirana vladavina prava i pravna država jer su one za nove društvene uslove bile ograničavajuće.[26]

Suštinu ovog novog tipa države Tadić opisuje na sledeći način: "Socijalno-pravna država je, u stvari, reformisana pravna država koja posreduje između polova bede i bogatstva u nastojanju da pojam pravne sigurnosti dopuni pojmom socijalne sigurnosti".[27] Prema Šućuru socijalna država je država koja preuzima odgovornost za osnovnu materijalnu dobrobit i sigurnost svojih građana, pošto se ispostavilo da se briga o tome ne može prepustiti samo privatnim korporacijama ili lokalnim zajednicama.[28] Dvadeseti vek je suštinski izmenio prirodu obaveze između pojedinca i kolektiviteta kojima on pripada, odnosno "nametnuo je obavezu vladi da interveniše onda kada privatne institucije društva ne funkcionišu na odgovarajući način".[29]

Koncept socijalne države nije lako zaživeo, zato što iziskuje velike troškove i trud. Paralelno sa idejom socijalne države stalno je figurirala ideja liberalne države - bazirana na konceptu neuplitanja u ekonomski i socijalni život, koja je u poslednje vreme ponovo aktuelizovana.

Od prvih koraka u Nemačkoj, koncept socijalne države se postepeno širio i stalno unapređivao, najpre u razvijenim evropskim zemljama. Početkom 20. veka u mnogim zemljama uvodi se socijalno osiguranje, propisuju se mere zaštite zaposlenih, organizuju se javne zdravstvene službe, uspostavlja se osiguranje u slučaju nezaposlenosti, predviđaju se vidovi socijalne pomoći za siromašne, uvodi se obavezno i besplatno osnovno obrazovanje itd. Čak i u SAD, inače tipičnom predstavniku liberalne kon-

---

[25] O tome videti više: N. Perišić, *Socijalna država – evolucija,* Sociologija, 2008, Beograd, br. 2, st. 208.

[26] O ovome videti više: V. Miličić, *Socijalna država, država blagostanja,* Revija za socijalnu politiku, Zagreb, 1996, br. 3-4, str. 261; E. Pusić, op. cit, str. 205.

[27] Preuzeto iz: LJ. Tadić, *Filozofija prava,* op. cit, str. 220.

[28] Definiciju države blagostanja smo preuzeli iz: Z. Šućur, *Englesko-hrvatski pojmovnik socijalne politike,* Revija za socijalnu politiku, Zagreb, 1999, br. 9, a u stvari ta definicija preuzeta je većim delom iz pomenutog teksta E. Pusića, str. 204. O pojmu i ciljevima države blagostanja videti više: N. Harris, *The Welfare State, Social Security and Social Citizenship Rights,* iz: N. Harris i drugi, opl. cit, str. 2.

[29] Citat prema Gilbert i Terrel, 2002, preuzeto iz N. Perišić, op. cit, str. 208.

cepcije države, tridesetih godina prošlog veka usled velike ekonomske krize počinje da se vodi politika državnog intervencionizma – New Deal. Država organizuje velike javne radove i na taj način smanjuje ogromnu nezaposlenost i povećava kupovnu moć stanovništva, legalizuju se sindikati, uvode se kolektivni ugovori, zabranjuje se rad dece, ograničava se dužina radnog dana i radne nedelje, propisuje se minimalna zarada, uvodi se socijalno osiguranje u slučaju starosti i nezaposlenosti i delimična zdravstvena zaštita.

Argumentaciju o potrebi da se promeni pristup države u odnosu na ulogu „noćnog čuvara" iz perioda liberalizma, razvio je najuspelije Lord Beveridž. On je u pomenutom Izveštaju Parlamentu iz 1942. godine ponudio celovit koncept rešavanja socijalnih problema ugrožene populacije, čiji su osnovni principi: obuhvat sveukupnog stanovništva socijalnim obezbeđenjem, zaštita sveukupnog stanovništva od svih socijalnih rizika, adekvatan nivo socijalnih naknada i ostvarivanje socijalnih prava po osnovu građanstva.[30]

Nakon II svetskog rata koncept socijalne države definitivno zaživljava u svetu, pa ovaj termin ulazi i u ustave nekih zemalja.[31] Socijalna država - država koja ne brine samo o građanskim i političkim slobodama, već i o kvalitetu života stanovništva, u većoj ili manjoj meri prožima sve tržišne ekonomije. Čak i u zemljama koje su zadržale ideologiju liberalnog kapitalizma uvedeni su mnogobrojni mehanizmi socijalne države. U tim zemljama u stvari figurira koncept države blagostanja, koja predstavlja blažu varijantu socijalne države u pogledu intervencije u socijalnoj oblasti. Ta se država, prema Ravniću, zasniva na zasluženoj pravdi, za razliku od socijalne države – koja teži socijalnoj pravdi, dok i jedna i druga teže da obezbede bar minimalnu egzistenciju građana i unaprede socijalno blagostanje svih.[32] U poslednje vreme ova dva koncepta države su sve bliža.

U okviru moderne socijalne države izgrađuju se institucije i sistemi koji će obezbediti kvalitetne uslove života, socijalno uključenje i individualno blagostanje. Promoviše se i socijalno pravedniji tip jednakosti – tzv. koncept jednakih šansi, kojim se naročito podstiče borba protiv socijalne izolacije marginalizovanih i osetljivih kategorija. Pri tome treba na-

---

[30] Videti više: N: Perišić, op. cit, str. 214.

[31] Npr. određenje „socijalna" za državu pominje se u Osnovnom zakonu Nemačke iz 1949. godine („Savezna Republika Nemačka je demokratska i socijalna država", čl. 20, st 2; u čl. 28, st. 1. se država naziva i socijalno pravnom državom), Ustavu Slovenije iz 1991. čl. 2 („Slovenija je pravna i socijalna država"), Ustavu Perua iz 1984 (čl. 79), Hrvatske iz 1990 . Prema: A. Ravnić, op. cit, str. 239.

[32] Videti više: A. Ravnić, op. cit, str. 249.

glasiti da to nije država izobilja jer je to danas ekonomski neodrživo, već država koja će izvršiti pravednu preraspodelu dohotka preko raznih kanala, od jedne socijalne grupe prema drugoj, od bogatijih prema siromašnima, zaposlenih prema nezaposlenima, zdravih prema bolesnima itd.[33]

U skladu sa svim navedenim, *socijalno-pravna država* mogla bi se najkraće odrediti kao: *država uokvirena i ograničena pravom, koja poseduje određene kvalitete, pre svega da je pravedna i svom stanovništvu obezbeđuje zadovoljavajući nivo egzistencije i dostojanstva.*[34] Prema Ravniću, to je država u kojoj su uređeni sistemi socijalne sigurnosti i koja kontroliše socijalne procese.[35]

Osnovni postulati socijalne države su: 1) solidarnost, 2) dostojanstvo svih građana, 3) humanizam, 4) socijalna pravda, 5) socijalna i pravna sigurnost.

Postoje razne kategorizacije socijalne države, odnosno države blagostanja. Najzastupljenija je takozvana podela država Goste Esping-Andersen, koja se zasniva na kvalitetu prava i ulozi države u sistemu socijalne sigurnosti.[36] Esping-Andersenova deli zemlje na tri tipa:

1. *liberalni model socijalne države,*
2. *korporativni model,*
3. *socijalno-demokratski model.*[37]

---

[33] Videti više: A. Ravnić, op. cit, str. 240.

[34] Ova definicija predstavlja u stvari dopunjenu definiciju socijalne države koju je dala G. Vukadinović u: *Pravna država,* op. cit, str. 21. i 135.

[35] A. Ravnić, op. cit, str. 239.

[36] Videti: G. Esping-Andersen, *Kakva socijalna država za 21. stoljeće, Konvergencije i divergencije evuropskih država,* tekst se može naći u prevodu V. Puljiza u Reviji za socijalnu politiku koja je u celini besplatno dostupna na Internetu.

[37] U Evropi se npr. pominje se i kategorizacija na Bizmarkov model, Beveridžev, Nordijski i južni model. Inače, posleratni evropski model socijalne države naziva se i „kenzijansko-beveridžov model“ države, a karakterišu ga: 1) snažna privrženost ideji nacionalne i socijalne solidarnosti, 2) konsenzus o državnom intervencionizmu u cilju suzbijanja krize i obezbeđenja socijalne sigurnosti i 3) oslanjanje na punu zaposlenost i model čvrste konjugalne porodice po pravilu sa jednim hraniocem (Puljiz – dole navedeno delo, str. 4). O modelima sistema socijalne sigurnosti, njihovom nastanku i razvoju videti više: P. Townsend, *The Right to Social Security and National Development: Lessons form OECD experience for low-income countries,* International Labour Office, Social Department, ILO, Geneva, 2007; A. Numhauser-Henning, *Occupational Risks: Social Protection and Employers's Liability, Social Change and Legal Developments in Industrial Societies,* General raport for World Congress of Labour and Social Security Law, Paris 2006, str. 20; V. Puljiz, *Hrvatska: od pasivne prema aktivnoj socijalnoj državi,* Revija za socijalnu politiku, Zagreb, 2001, br. 1, str. 4. teksta; V. Puljiz, *Južnoeuropska socijalna država,* Revija za socijalnu politiku, Zagreb, 1996, br. 1, str. 45-49; G. Hegeyesi, *Od socijalne*

Liberalni model zastupljen je uglavnom u anglo-saksonskim zemljama (Velika Britanija, Irska, SAD, Kanada, Australija i Novi Zeland). Karakteriše ga uzdržavanje države od mešanja u socijalnu oblast. Prioritet se daje tržištu kao regulatoru, smatrajući da se mešanjem države sputavaju slobode i inicijativa građana, pa se tako posredno škodi blagostanju. Država daje kompenzacije samo kao „poslednje utočište", pa ovaj sistem garantuje samo osnovni (obično nedovoljan) nivo naknada, koje se ostvaruju uz dosta zahtevne uslove, na bazi stroge prethodne provere dohotka i imovine. Trajanje naknada nije dugo. U ovom sistemu stepen socijalne sigurnosti je relativno nizak, pa se smatra da ovakav vid pomaganja ne podstiče dovoljno smanjivanje socijalnih razlika. Sa druge strane, nizak nivo naknada omogućava relativno male poreske stope, sa čime se dovodi u vezu visok nivo zaposlenosti u tim zemljama.

Korporativni model prihvatile su mahom evropske kontinentalne zemlje (Italija, Francuska, Nemačka, Finska, Švajcarska, Holandija, Austrija, Belgija). Odlikuje ga umereni nivo mešanja države, koja organizuje i kontroliše sisteme socijalne sigurnosti. Zaštita građana zasniva se dva podsistema: socijalnom osiguranju - koje se finansira doprinosima zaposlenih, i socijalnom staranju - koje garantuje pomoć najsiromašnijim slojevima iz opštih državnih sredstava. Beneficije u ovom sistemu su umerene, negde između ostalih modela.

Socijalno-demokratski model vezuje se za skandinavske zemlje. Njegovo osnovno obeležje je velika društvena solidarnost uz aktivnu ulogu države, a efekat je postizanje socijalnog obezbeđenja za skoro sve građane, uz konstantno smanjivanje razlika u prihodima i socijalnom položaju. Ovaj sistem je univerzalistički, pravi se mala razlika između profesionalnih grupa, a prava se prevashodno baziraju na porezima. Primanja su dugotrajna i relativno visoka.

Ostale zemlje nalaze se pretežno negde između prva dva sistema. To važi i za bivše socijalističke zemlje, pa i našu. Zaštita u socijalizmu bazirala se na kontinentalnom sistemu sa širokom skalom prava, koji se danas modifikuje pod uticajem liberalnog modela (smanjenje uloge države i reduciranje prava, uz delimičnu privatizaciju socijalnog osiguranja).

Zbog velike ekonomske krize, socijalna država nalazi se danas u ozbiljnoj krizi. Zahvaljući tome javljaju se mnogi zagovornici sužavanja socijalne intervencije države i napuštanja ideje socijalne države. Ipak, poslednja velika ekonomska kriza u svetu pokazala je da se kvalitetan dru-

---

države do socijalnoga društva: model partnerstva, Revija za socijalnu politiku, Zagreb, 2004, br. 2, str. 141; D. Vuković, *Socijalna sigurnost i socijalna prava,* Beograd, 2005, str. 22-32.

štveni razvoj ne može bazirati samo na podsticanju činilaca ekonomskog razvitka, uz zanemarivanje socijalne komponente jer se time podriva i sama ekonomska osnova i ukupna stabilnost društva. Neophodno je, dakle, ne da se ukine, već da se reformiše socijalna država, tako što će biti sposobna da odgovori novim izazovima. Kao što ističe N. Perišić: „Ponikla iz delatnosti staranja o siromašnima, uz suštinske modifikacije funkcija u kasnijim periodima, savremena socijalna država nalazi se na svojevrsnoj prekretnici, i to nakon suštinskog uticaja koji je imala na preobražaj kapitalizma XX veka.“[38]

Osnovni problemi sa kojima se danas suočava socijalna država su:

1. *nedovoljna razvijenost* socijalnog osiguranja i socijalne zaštite u svim delovima sveta;
2. *pojava novih rizika i zahteva* izazvana promenama u globalnom kontekstu i strukturi društva (tzv. rizično društvo);[39]
3. *neuravnoteženost* (u pogledu obuhvatnosti rizika ili kruga lica);
4. kriza u finansiranju.

Pošto su se državni sistemi socijalne sigurnosti generalno pokazali kao neefikasni, neekonomični i nespremni da se suoče sa navedenim izazovima, jedan od trendova u protekle dve decenije u svetu bila je privatizacija socijalnog osiguranja, odnosno tendencija da se uspostavi mešoviti sistem socijalne sigurnosti. Cilj ovakve politike je da socijalna sigurnost bude delimično državna briga (tako što će se stanovništvu garantovati određeni socijalni minimum), ali i pojedinca, koji bi najviše trebalo da se stara za svoju sigurnost u budućnosti (tzv. individualni menadžment socijalne sigurnosti).[40] Na bazi ove ideje, generalno se povećava efikasnost i

---

[38] Videti više: N. Perišić, op. cit, str. 218.

[39] Pojam «rizično društvo» uveo je devedesetih godina prošlog veka nemački sociolog Urih Bek (Urlich Beck). Među novim rizicima i izazovima koji se nameću pred sistem socijalne sigurnosti pominju se: povećava se uloga neformalne (sive) ekonomije kao i rada u «fleksibilnim formama radnog angažovanja» (odsustvo zaštite na radu, slabije poznavanje procesa rada i zaštitnih mera od strane ove grupe lica), rastu siromaštvo i socijalna izolacija, menjaju se porodični odnosi i odnosi muškarca i žene (zbog čega se destabilizuje porodica), došlo je do propadanja socijalizma, tehnološke promene i pojava novih proizvoda i materijala nameću nove rizike, globalizacija poslovanja drastično menja uslove i okolnosti rada (stres postaje masovna pojava koji izaziva psihičke bolesti), javljaju se zdravstvene katastrofe i pandemije svetskih razmera (HIV, ptičji grip, svinjski grip i sl), dolazi do starenja populacije i opadanja nataliteta. Videti više: A. Numhauser-Henning, op. cit, str. 26, 32; E. Reynards, op. cit, str. 124-125; *World Labour Rapport 2000; Income Security and Social Protection in a Changing World,* International Labour Office, Geneva, 2000.

[40] Mešovito finansiranje, naročito u oblasti penzijskog i invalidskog osiguranja uvedeno je u mnogim zemljama na inicijativu Svetske banke, koja je 1994. godine lansirala svoj program ozdravljenja finansijski posrnulih i neekonomičnih sistema socijalne sigurnosti u

kontrola institucija socijalne sigurnosti i korisnika od strane države, ali u stvari država smanjuje brigu za socijalni položaj stanovništva i ulaganja u socijalnu oblast, prebacujući odgovornost na pojedince. Na konkretnom planu dolazi do smanjenja i sužavanja beneficija, uz pooštravanje uslova za dobijanje prava, a državni sistem socijalne sigurnosti se dopunjava uvođenjem privatnih (tržišnih) elemenata u osiguranje.

Loša strana erozije socijalne države je što se teret obezbeđenja od socijalnih rizika prebacuje na zaposlene i siromašne, sužava se pokrivenost stanovništva socijalnom zaštitom, te se smanjuje socijalna kohezija, povećava siromaštvo, raste socijalna izolacija i uvećavaju manifestacije socijalne patologije (kriminalitet, destabilizacija porodice, alkoholizam, narkomanija, prostitucija i dr).

4. ZAKLJUČAK

Socijalna sigurnost stanovništva predstavlja okosnicu i osnovni smisao funkcionisanja današnje države. Kao što je Papa Ivan XXIII u svojoj socijalnoj enciklici *Mater at Magistra* iz 1961. godine istakao: „...čovek je nužno temelj, uzrok i cilj svih društvenih ustanova“.[41] Nažalost socijalna uloga države se danas često zanemaruje u korist ekonomskog razvoja koji postaje sam sebi cilj. Umesto socijalno odgovorne - socijalne države, teži se da se reafirmiše liberalni koncept države, kao države koja se neće mešati u socijalnu oblast i podržavati ugrožene i ranjive kategorije. Time država gubi svoj legitimitet i svrhu u modernom, urbanom društvu.

Zbog toga se mora ponovo reafirmisati socijalna uloga države. Nedavna iskustva u vezi sa svetskom ekomskom krizom ponovo su pokazala da socijalna ulaganja nisu neproduktivne investicije, već naprotiv, da se ulaganje u socijalu dugoročno isplati jer se tako podstiče i produktivnost, zaposlenost, kreativnost stanovništva, stabilnost porodice, ukupna društvena stabilnost i socijalni mir.

---

svetu, inspirisana reformama započetim u Čileu i kasnije u Argentini. Videti više: E. Reynards, op. cit, str. 126; C. J. Niggle, *The Political Economy of Social Securiy Reform Proposals,* Journal of Economic Issues, 2000, Dec, Vol. 34, Issue 4, str. 790; *Socijalno osiguranje na prelazu u novi milenijum,* Sudska praksa, Beograd, 2001, br. 6, str. 73-79.

[41] Preuzeto i prilagođeno sa Hrvatskog jezika iz: M. Valković, *Solidarnost i pravda kao temelj socijalne države,* Revija za socijalnu politiku, Pravni fakultet – Studijski centar socijalnog rada i dr, Zagreb, 1996, br. 3-4, str. 218.

Senad Jašarević, Ph.D., Associate Professor
Novi Sad School of Law

Social Security and Social State

Abstract

This article elaborates issues of social security and social state. The term Social Security embodies meanings of two terms –Economic Safety and Social Insurance. The aim of Social Security is to increase the level of traditional legal security and to make provisions for human existence in dignity, i.e. to enable protection against all social risks originating from living and working. Social state is a new type of state that stems from the industrial society to which the new state has adjusted its functions. This state is a state defined by the law and characterized by particular qualities refelected in justice and endeavours in enabling a satisfying level of existence and dignity.

Key words: social security; social justice; rule of law; human dignity; social state

Originalni naučni rad 343.133(497.11)

Dr Snežana Brkić, vanredni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

MARGINALIJE UZ ČLAN 236. ZAKONIKA O KRIVIČNOM POSTUPKU SRBIJE[1]

Sažetak: *Predmet ovog rada je ustanova uslovnog odlaganja krivičnog gonjenja, koja je prvi put uvedena u naše pravo članom 236. ZKP iz 2001. godine. Radi se o svojevrsnoj alternativi krivičnom gonjenju i postupku. To je naš model tzv. diverzionog koncepta, kojeg poznaju gotovo sve zemlje u našem okruženju. Ta ustanova je doživela značajne transformacije prilikom procesnih reformi 2004. i 2009. godine. Pri tome se može uočiti napor zakonodavca da proširi mogućnost primene ove ustanove u praksi. U radu se kritički analiziraju opšti i posebni uslovi za njenu primenu. Ukazuje se na potrebu regulisanja nekih nedefinisanih situacija i daju predlozi de lege ferenda. Najzad, ističu se i neki prigovori normativnotehničke prirode i daju predlozi za poboljšanje zakonskog teksta usvajanjem tačnije, bolje i ujednačenije terminologije.*

Ključne reči: *član 236 ZKP, Zakonik o krivičnom postupku, odlaganje krivičnog gonjenja, diverzija, pristanak oštećenog, odobrenje suda, parapenalne mere*

Predmet naše analize je ustanova koja je u naše pravo inaugurisana članom 236. ZKP iz 2001. godine.[2] Radi se, s jedne strane, o ovlašćenju javnog tužioca da odloži krivično gonjenje za relativno lakša krivična dela ako osumnjičeni dobrovoljno prihvati jednu ili više zakonom određenih

---

[1] Rad je nastao u okviru naučnoistraživačkog i razvojnog projekta „Harmonizacija prava Republike Srbije i prava Evropske Unije“ koji finansira Pravni fakultet u Novom Sadu.

[2] Sl. list SRJ 70/2001.

mera, a sa druge strane, o njegovoj obavezi da odbaci krivičnu prijavu ako osumnjičeni izvrši preuzete obaveze u roku ne dužem od šest meseci. Ova ustanova je doživela izvesne transformacije prilikom zakonskih novela 2004. godine: prvo, odlaganje krivičnog gonjenja je uslovljeno saglasnošću suda i drugo, proširen je krug mera odnosno obaveza koje osumnjičeni može prihvatiti.[3] Tendencija širenja ove ustanove naročito je došla do izražaja prilikom poslednjih izmena i dopuna ZKP iz septembra 2009. godine.[4] Tom prilikom je brisana odredba o davanju saglasnosti suda za najlakša krivična dela; dalje je proširen krug mera koje može preuzeti osumnjičeni; omogućena je primena ove ustanove i na krivična dela sa propisanom kaznom zatvora preko tri do pet godina; pod istim uslovima omogućen je odustanak javnog tužioca od gonjenja i u toku krivičnog postupka do završetka glavnog pretresa; nađen je mehanizam koji javnom tužiocu omogućava odlaganje gonjenja i u slučaju neopravdanog uskraćivanja saglasnosti oštećenog lica; dat je poseban podsticaj javnom tužiocu da primenjuje ovu ustanovu.

Primena ove ustanove je vezana za određene uslove, koje bismo mogli podeliti na opšte i posebne. Opšti uslovi moraju uvek biti ispunjeni, dok se posebni uslovi traže samo u određenim slučajevima.

1. Opšti uslovi

Dva su opšta uslova, od kojih je jedan objektivne a drugi subjektivne prirode. Objektivni opšti uslov tiče se jednog objektivnog ograničenja – težine krivičnog dela. Treba da se radi o krivičnom delu za koje je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine, a izuzetno i preko tri do pet godina (u ovom slučaju, po odobrenju veća iz čl. 24. st. 6. ZKP). Iz ovoga proizilazi da je ova ustanova namenjena grupi najlakših i relativno lakih krivičnih dela. *Argumentum a contrario* sledi da su isključena srednje teška i najteža krivična dela.

Drugi uslov tiče se ponašanja samog osumnjičenog: on treba dobrovoljno da prihvati jednu ili više zakonom predviđenih obaveza, a potom i da ih izvrši u roku ne dužem od šest meseci. Obaveze koje može preuzeti osumnjičeni su:

1) otklanjanje štetne posledice nastale izvršenjem krivičnog dela ili naknada pričinjene štete;

2) uplata određenog novčanog iznosa u korist humanitarne organizacije, fonda ili javne ustanove;

---

[3] Sl. gl. RS 58/2004.

[4] Sl. gl. RS 72/2009.

3) obavljanje određenog društvenokorisnog ili humanitarnog rada;
4) ispunjenje dospele obaveze izdržavanja;
5) podvrgavanje odvikavanju od alkohola ili opojnih droga;
6) podvrgavanje psihosocijalnoj terapiji;
7) izvršenje obaveze ustanovljene pravnosnažnom odlukom suda, odnosno poštovanje ograničenja utvrđenog pravnosnažnom sudskom odlukom;
8) polaganje vozačkog ispita, obavljanje dodatne vozačke obuke ili završetak drugog odgovarajućeg kursa.[5]

Postojeći zakonski tekst bi se u vezi sa nekim od navedenih mera mogao poboljšati. Tako na primer, nije opravdano da novčani iznos koji osumnjičeni po nalogu javnog tužioca uplaćuje u korist humanitarne organizacije, kao jedna nepenalna mera nije zakonom maksimiran, dok je Krivičnim zakonikom utvrđena donja i gornja granica novčane kazne kao krivične sankcije koju izriče sud.[6] Zakonodavac takođe nije našao za shodno da odredi najduže trajanje mere društvenokorisnog ili humanitarnog rada koju određuje javni tužilac, za razliku od slične kazne „rada u javnom interesu“, koju izriče sud (čl. 52. KZ). Bila bi korisna i odredba po kojoj bi se javni tužilac prilikom određivanja ove mere rukovodio i obrazovanjem i zanimanjem osumnjičenog. Osim toga, trebalo bi ovlastiti Republičkog javnog tužioca da sačini i, po potrebi, dopunjava listu ustanova pogodnih za sprovođenje ove mere. U tu listu bi svako trebao da ima pravo uvida.

Može se postaviti pitanje da li sam osumnjičeni može inicirati primenu čl. 236. ZKP, izjavljujući da je spreman da preuzme neku od zakonom predviđenih mera. O tome se naš Zakonik ne izjašnjava. Mišljenja smo da bi osumnjičeni to mogao da uradi i u nedostatku eksplicitne zakonske odredbe, s tim što njegova inicijativa ne bi obavezivala javnog tužioca. Svakako da bi bilo korisno i podsticajno za širu primenu ove ustanove ako bi se inicijativa osumnjičenog izričito predvidela, kao i mogućnost pritužbe osumnjičenog višem javnom tužiocu, u slučaju negativne odluke.

2. Posebni uslovi

Posebni uslovi su pristanak oštećenog i odobrenje suda, koji se traže samo u određenim slučajevima.

---

[5] Obaveze navedene pod rednim brojem 5) i 6) dodate su prilikom izmena i dopuna ZKP 2004. godine, a obaveze pod rednim brojem 7) i 8) dodate su prilikom poslednje revizije ZKP 2009. godine.

[6] Čl. 49. i 50. KZ (Sl. gl. Rs 85/2005,88/2005, 107/2005, 72/2009).

2.1. Pristanak oštećenog

Pre svega, nejasno je zašto se pristanak oštećenog traži samo za dve mere, a ne i za preostalih šest. Njegov pristanak se traži samo kod uplate određenog novčanog iznosa u korist humanitarne organizacije, fonda ili javne ustanove, kao i obaveze obavljanja određenog društvenokorisnog ili humanitarnog rada. Po nekima, logičnije bi bilo tražiti pristanak oštećenog upravo kod onih obaveza koje se oštećenog prevashodno tiču, kao što su naknada štete i isplata dospele obaveze izdržavanja.[7] Nama se čini da se zakonodavac rukovodio time da oštećeni prema kome je osumnjičeni preuzeo neku obavezu po pravilu nema razloga da se protivi negonjenju, a da tog razloga možda može imati onaj oštećeni u čiju korist ne ide preuzeta obaveza od strane osumnjičenog. Po nama, nijedno od ta dva rešenja nema logike. Sam krivični postupak se ne vodi u cilju naknade štete oštećenom, niti u cilju njegove lične satisfakcije, mada se oba mogu postići, iako nisu osnovni predmet postupka. S druge strane, krivični postupak može biti vođen na način kojim oštećeni neće uvek biti zadovoljan. Zadovoljenje oštećenog i krivični postupak sami po sebi ne idu uvek zajedno. Zato nam izgleda neopravdano praviti bilo kakvu „diskriminaciju“ između oštećenika koji imaju i onih koji nemaju „pravo glasa“ prilikom tužiočevog odlučivanja o (ne)primeni ove ustanove. Pristanak treba tražiti od svih oštećenih ili ni od jednog od njih. Tražiti pristanak od svih nije celishodno, jer bi neopravdanim protivljenjem oštećenog mogla biti blokirana odluka javnog tužioca. Ta odluka, kao što ćemo to kasnije pokazati, donosi se u javnom interesu. S druge strane, odricanjem od pristanka oštećenog, izgubio bi se samo jedan eventualni korektiv pravilnog i zakonitog rada javnog tužioca, korektiv koji se u našoj dosadašnjoj praksi pokazao kao izuzetno nedelotvoran.[8] Tome u prilog govore i ona krivična dela kod kojih se ne može identifikovati oštećeni u smislu čl. 221. tač. 6. ZKP. Mislimo da ne bi bilo ispravno zauzeti stav da kod tih dela odlaganje gonjenja uopšte nije moguće zbog neispunjenja posebnog uslova u pogledu pristanka oštećenog, kojeg nema. Logičniji je rezon da je i tu odlaganje progona moguće i bez traženja pristanka oštećenog, jer on ne postoji.[9] Zakonodavac je propustio da reguliše još jednu obavezu javnog tužioca – da pouči oštećenog da davanjem pristanka na odlaganje gonjenja gubi mo-

[7] Tako T. Vasiljević, M. Grubač, Komentar Zakonika o krivičnom postupku, Beograd, 2003, str. 452.

[8] Podaci do kojih se došlo u jednom ranijem istraživanju verno odražavaju i sadašnje stanje (vid. D. Krapac, D. Lončarević, Oštećenik kao tužitelj u krivičnom postupku, Zagreb, 1985, str. 74).

[9] Tako i Đ. Lazin, op. cit., str. 307.

gućnost da nastupi kao supsidijarni tužilac, ali ne i mogućnost da svoj imovinskopravni zahtev ostvari u parnici.[10]

Da rezimiramo:

- zakonodavac je potpuno proizvoljno i nelogično razlučio slučajeve iz čl. 236. ZKP u kojima se traži pristanak oštećenog i slučajeve u kojima se ne traži taj poseban uslov;
- do odlaganja gonjenja u slučajevima iz čl. 236. st. 1. tač. 2) i 3) ZKP može doći samo uz pristanak oštećenog, ali i bez njega ako oštećeni ne postoji;
- do odlaganja gonjenja bez pristanka oštećenog može doći kod nalaganja preostalih šest mera;
- u svim slučajevima negonjenja po čl. 236. ZKP izostaje i mogućnost supsidijarne tužbe;
- supsidijarna tužba i tamo gde je dozvoljena predstavlja neizvestan, nesiguran i redak oblik kontrole rada javnog tužioca;
- oštećeni može sasvim bezrazložno i neopravdano uskratiti svoj pristanak, što je naš zakonodavac shvatio tek posle osam godina;
- protivteža neopravdanom uskraćivanju pristanka oštećenog je jedan komplikovani mehanizam sudske kontrole;
- odustajanje od pokretanja krivičnog postupka u slučajevima iz čl. 236. ZKP vrši se u javnom interesu;
- volja oštećenog ne treba da stoji na putu ostvarenja nekog javnog interesa;
- nedostatak kontrole od strane oštećenog (koji je često nezainteresovan ili obesan) i od strane suda (koji je preopterećen predmetima) mogao bi se nadomestiti internom kontrolom u okviru javnotužilačke organizacije. Ovaj mehanizam ima utoliko više izgleda na uspeh, ako imamo u vidu da novi propisi predviđaju strog sistem kontrole u vršenju hijerarhijskih ovlašćenja. Ovde pre svega mislimo na mogućnost da se nezakonita i neosnovana obavezna uputstva povodom prigovora stave van snage ili dođu do konačne odluke Republičkog javnog tužioca.[11]

Iz svega navedenog, zaključujemo da bi primena člana 236. ZKP bila efikasnija a jednako legitimna i ako bi se zakonodavac kod svih mera

---

[10] Po nekima, javni tužilac je dužan da oštećenog na to upozori bez obzira na nepostojanje eksplicitne zakonske odredbe u tom smislu (J. Kiurski, Načelo oportunitetea (opravdanost i svrha) u: «Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i krivično zakonodavstvo Srbije i Crne Gore», XLI redovno godišnje savetovanje Udruženja za krivično pravo i kriminologiju Srbije i Crne Gore, Zlatibor, 2004, str. 584.)

[11] Vid. čl. 18. Zakona o javnom tužilaštvu (Sl. gl. RS 116/2008).

odrekao posebnog uslova vezanog za pristanak oštećenog. Javni tužilac bi trebao biti dužan samo da ga sasluša pre nego što odluči da osumnjičenom ponudi ispunjenje neke obaveze u zamenu za krivično gonjenje.

2.2. Odobrenje suda

2.2.1. Evolucija našeg zakonodavstva po pitanju odobrenja suda

Može se primetiti da je u pogledu traženja saglasnosti suda naše pravo evoluiralo. Kada je 2001. godine prvi put uvedena ova ustanova, odlučivanje o nepokretanju krivičnog postupka bilo je u isključivoj vlasti javnog tužioca. Najveći prigovor koji je upućivan toj ustanovi je da javni tužilac time suštinski uzurpira deo sudske funkcije i zapravo vrši kvazisudska ovlašćenja.[12] U cilju otklanjanja tog prigovora, prilikom procesne reforme 2004. godine, primena ove ustanove je bila vezana i za saglasnost suda. Taj dodatni uslov izazvao je negodovanje na strani javnotužilačkih organa, koji i bez toga nisu bili naročito spremni na primenu čl. 236. ZKP.[13] Ovim uslovom je njegova primena još više dovedena u pitanje. Od tog uslova kao opšteg je naš zakonodavac odustao prilikom poslednjih izmena i dopuna ZKP iz 2009. godine. Međutim, saglasnost suda uvedena je kao poseban uslov koji se traži u tri slučaja.

Prvi slučaj su krivična dela za koja je propisana kazna zatvora preko tri do pet godina, kada je potrebno odobrenje veća iz čl. 24. st. 6. ZKP. Odričući se saglasnosti suda kao opšteg uslova, zakonodavac je ovde našao za shodno da insistira na odobrenju suda bar kod nešto težih krivičnih dela.

Drugi slučaj u kome se zahteva odobrenje suda vezuje se za potrebu da se u javnom interesu iznađe odgovarajući mehanizam koji će predstavljati protivtežu neopravdanom uskraćivanju saglasnosti oštećenog. Prema novom st. 5. čl. 236. ZKP, kada javni tužilac oceni da oštećeni kome je u potpunosti naknađena pričinjena šteta, iz očigledno neopravdanog razloga ne pristaje da osumnjičeni izvrši obaveze iz st. 1. tač. 2) i 3) tog člana, a javni tužilac nađe da je izvršenje takvih obaveza celishodno, zatražiće da veće iz čl. 24. st. 6. svojim rešenjem odobri izvršenje tih obaveza. Ako pomenuto veće odobri izvršenje tih obaveza, a osumnjičeni ih u potpunosti izvrši, odredbe čl. 61. ZKP neće se primenjivati.

Treći slučaj u kome je saglasnost suda poseban uslov za primenu ove ustanove odnosi se na novootvorenu mogućnost tužiočevog odustanka od

---

[12] Tako npr. Đ. Lazin, Odlaganje krivičnog gonjenja, u: «Krivično zakonodavstvo Državne zajednice Srbije i Crne Gore», Srpsko udruženje za krivično pravo, Beograd, 2003, str. 305.

[13] Tako npr. J. Kiurski, op. cit., str. 582.

krivičnog gonjenja i u toku postupka, sve do završetka glavnog pretresa, uz isti uslov u pogledu ispunjenja određenih obaveza od strane „osumnjičenog“ (čl. 236. st. 6. ZKP). Ova nova odredba je u skladu sa sličnim rešenjima koja odavno postoje u uporednom pravu. Takva mogućnost postoji kako kod krivičnih dela sa propisanom novčanom kaznom ili kaznom zatvora do tri godine, tako i kod dela sa propisanom kaznom zatvora preko tri do pet godina. Razlika je jedino u tome ko daje saglasnost: u prvom slučaju sud pred kojim se vodi glavni pretres, a u drugom slučaju veće iz čl. 24. st. 6. ZKP. Pošto se sva ova dela sude u skraćenom postupku (izmenjeni čl. 433. ZKP), sudi ih sudija pojedinac (čl. 24. st. 1. ZKP). Dakle, intencija zakonodavca je bila da odobrenje kod najlakših krivičnih dela daje taj sudija pojedinac, a kod nešto težih krivičnih dela, to mora biti tročlano veće.

2.2.2. Da li javni tužilac stvarno vrši sudsku funkciju

Istina, neke od mera predviđenih u čl. 236. ZKP zaista su srodne nekim krivičnim sankcijama. Tako je npr. uplata određenog novčanog iznosa u korist humanitarne organizacije, fonda ili javne ustanove slična novčanoj kazni iz čl. 48 -50. KZ. Obavljanje društvenokorisnog ili humanitarnog rada je slično kazni rada u javnom interesu iz čl. 52. KZ. Podvrgavanje odvikavanju od alkohola ili opojnih droga može biti slično merama bezbednosti obaveznog lečenja alkoholičara iz čl. 84. KZ i obaveznog lečenja narkomana iz čl. 83. KZ. Podvrgavanje psihosocijalnoj terapiji može biti slično merama bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja na slobodi iz čl. 82. KZ. Ostale mere ne liče na krivične sankcije, već pre svega na građanskopravne sankcije (npr. naknada štete, isplata dospele obaveze izdržavanja, izvršenje pravnosnažne sudske odluke...). U takvim uslovima zaista bi se moglo postaviti pitanje da li javni tužilac u navedenim slučajevima zapravo sudi i da li je time povređen princip podele vlasti. Pri tome se moramo osvrnuti na učenje krivičnog materijalnog prava o krivičnim sankcijama. Prema nespornom opštem materijalno-formalnom pojmu krivičnih sankcija, krivične sankcije su zakonom predviđene represivne mere koje se s ciljem suzbijanja kriminaliteta primenjuju prema učiniocu protivpravnog dela koje je u zakonu predviđeno kao krivično delo na osnovu odluke suda donete nakon sprovedenog krivičnog postupka.[14] Mere naložene od strane javnog tužioca se od krivičnih sankcija razlikuju po nekoliko kriterijuma:

[14] Z. Stojanović, Krivično pravo opšti deo, Beograd, 2006, str. 255; upor. N. Mrvić-Petrović, Krivično pravo, Beograd, 2007, str. 129; Z. Kandić-Popović, Krivično pravo opšti deo, Beograd, 2007, str. 157.

- bitan preduslov njihovog izricanja je dobrovoljno prihvatanje od strane osumnjičenog;
- njihov prevashodni cilj nije represija već preventivno delovanje na osumnjičenog;
- ne izriče ih sud;
- ne izriču se u krivičnom postupku;
- njima se nastoje poboljšati odnosi učinilac – oštećeni – društvena sredina;
- ne uvode se u kaznenu evidenciju
- ne povlače pravne posledice osude

Iz svega navedenog proizilazi da se mere koje preuzima osumnjičeni suštinski razlikuju od krivičnih sankcija. Zbog toga nije neophodna kontrolna funkcija suda ni u slučaju dela sa propisanom kaznom zatvora preko tri do pet godina. O tome svedoče i neki veoma sveži primeri iz uporednog prava.[15] Napred je već objašnjeno da se može odustati od odobrenja suda i u slučaju neopravdanog uskraćivanja pristanka oštećenog, ukoliko se taj pristanak uopšte ne traži. Dakle, sledi zaključak da je odobrenje suda neophodno samo u trećem pomenutom slučaju, kada do odustanka gonjenja od strane javnog tužioca dolazi na samom glavnom pretresu. Međutim, čak i tu bi se možda mogla osporavati opravdanost kontrole suda. Naime, u našem pravu važi načelo mutabiliteta krivičnog gonjenja, koje ovlašćuje javnog tužioca da u svako doba odustane od krivičnog gonjenja, čemu se ne mogu protiviti ni okrivljeni, ni sud. To ima za posledicu donošenje jedne formalne sudske odluke: rešenja o obustavi postupka (pre glavnog pretresa) odnosno presude kojom se optužba odbija (na glavnom pretresu). Pošto u slučaju iz čl. 236 st. 6. ZKP ipak ne dolazi do proste odbijajuće presude, već i do nalaganja određenih parapenalnih mera okrivljenom u toku krivičnog postupka, mislimo da je odobrenje suda ipak potrebno. Pri tome ne bismo pravili razliku u pogledu težine krivičnog dela, već bi smo u svakom slučaju to odobrenje tražili od sudećeg suda.

3. Neki prigovori pravnotehničke prirode

Nizom novina u čl. 236. ZKP, naš zakonodavac je pokazao da je ovoj ustanovi poklonio dužnu pažnju i uložio poseban napor u cilju njenog boljeg funkcionisanja. Međutim, ne možemo se oteti utisku da je sve to urađeno pomalo na brzinu, o čemu svedoči veoma rđav zakonski tekst u pravnotehničkom smislu. Tome u prilog govori neujednačena i loša, ponegde čak i pogrešna terminologija. Navešćemo nekoliko primera:

[15] Tako npr. u čl. 272. novog ZKP Crne Gore, moguće je odlaganje krivičnog gonjenja od strane državnog tužioca za dela sa propisanom novčanom kaznom ili kaznom zatvora do pet godina, bez saglasnosti suda (Sl. list CG 43/2009).

3.1. Izraz „osumnjičeni" na glavnom pretresu

U čl. 236. st. 6. ZKP, potpuno neopravdano se upotrebljava izraz „osumnjičeni", u slučaju kad javni tužilac odustaje od gonjenja u već pokrenutom postupku do završetka glavnog pretresa. Taj izraz nije u skladu sa odredbom čl. 221. tač. 1. ZKP, po kojoj je osumnjičeni „lice prema kome je pre pokretanja krivičnog postupka nadležni državni organ preduzeo neku radnju zbog postojanja osnova sumnje da je izvršilo krivično delo." Kako se u stavu 6. radi o već pokrenutom krivičnom postupku, to lice je izgubilo status osumnjičenog i postalo je okrivljeni. To nedvosmisleno potvrđuje i odredba čl. 221. st. 2. ZKP, po kojoj je okrivljeni „lice protiv koga je doneto rešenje o sprovođenju istrage ili protiv koga je podneta optužnica, **optužni predlog** ili privatna tužba."

3.2. Pristanak oštećenog na izvršenje obaveze

Iz formulacije odredbe čl. 236. st. 3. ZKP proizilazi da se pristanak oštećenog traži za izvršenje već preuzete obaveze uplate određenog novčanog iznosa u korist humanitarne organizacije, fonda ili javne ustanove, kao i obaveze obavljanja određenog društvenokorisnog ili humanitarnog rada. Ovde se verovatno radi o pogrešnom izražavanju zakonodavca, jer tražiti pristanak oštećenog ima smisla samo pri određivanju neke obaveze, a ne i prilikom njenog izvršenja. Međutim, ne samo da prilikom najnovijih izmena i dopuna ZKP iz 2009. godine ta greška nije ispravljena, već je takav način razmišljanja još više podržan, što se vidi iz formulacije novog stava 5. tog člana. Doslovnom primenom ove odredbe moglo bi doći do neželjenih posledica u praksi ako osumnjičeni prihvati neku obavezu a zbog protivljenja oštećenog ne može da je izvrši, u kom slučaju se protiv njega ipak mora povesti krivični postupak. Dok se ova zakonska formulacija ne ispravi, njeni negativni efekti mogli bi se izbeći ako javni tužilac zatraži saglasnost oštećenog već u momentu određivanja obaveze, a ne tek u momentu njenog izvršenja. Takva praksa, u skladu sa principom ko može više, može i manje, ne bi se kosila sa zakonom.

3.3. Upotreba izraza „predviđena" umesto „propisana" kazna

Stručniji je izraz „propisana" a ne „predviđena" kazna, koji se pominje u čl. 236. st. 1, 2, 7 i 9. ZKP. U opštem delu krivičnog prava pravi se razlika između propisane, utvrđene, odmerene i izrečene kazne. Prelazak na predloženi izraz bi, osim toga, doprineo i ujednačavanju već postojeće zakonske terminologije, u kojoj dominira izraz „propisana" kazna.[16]

[16] Izraz «predviđena» kazna koristi se samo u čl. 236 i 244. st. 6. ZKP, dok se u svim ostalim slučajevima upotrebljava izraz «propisana» kazna (čl. 22, čl. 24. st. 1, čl. 72.

3.4. Izrazi „pristanak“, „saglasnost“ i „odobrenje“

Ni u samom čl. 236, zakonodavac ne koristi ujednačenu terminologiju. Saglašavanje oštećenog se izražava rečju „pristanak“, dok se saglašavanje suda u većini slučajeva formuliše kao „odobrenje“ (stavovi 2, 5. i 7), a u jednom slučaju kao „saglasnost“ (stav 6). Nama se čini da izraz pristanak nije uvek adekvatan za oštećenog, jer se u tom svojstvu može naći ne samo fizičko nego i pravno lice (čl. 221. tač. 6. ZKP). Osim toga, izraz pristanak pre upućuje na saglašavanje sa nečim što se tiče statusa samog lica koje daje pristanak, dok je izraz saglasnost opštiji i može se odnositi na bilo kakvo odlučivanje o bilo kojim subjektima. Dakle, zakonodavcu bi bilo najjednostavnije da je u svim slučajevima upotrebio izraz „saglasnost“, a ako je, pak, hteo da pripiše poseban značaj sudu kao državnom organu, mogao je za njega zadržati izraz „odobrenje“, ali ga pri tome dosledno koristiti.

3.5. Mere ili obaveze

Sve mere (ili obaveze) iz čl. 236. st. 1. ZKP trebalo bi preformulisati iz glagolskog u imenički oblik. Tako npr. mera iz tač. 1. treba da glasi: „otklanjanje štetne posledice nastale izvršenjem krivičnog dela ili naknada pričinjene štete“ a ne: „da otkloni štetnu posledicu nastalu izvršenjem krivičnog dela ili da naknadi pričinjenu štetu“.

Osim toga, trebalo bi dosledno koristiti izabrani termin. Zakonodavac na više mesta poseže za različitim terminima da bi izrazio istu misao. Tako, npr. u stavovima 1. i 6. on koristi termin „mera“ a u stavovima 3, 4. i 5. termin „obaveza“.

3.6. Nedoumice u vezi sa čl. 236. st. 6. i 7. ZKP

Prilično je nespretna i pomalo zbunjujuća formulacija st. 7. u vezi sa st. 6. Zakonika. Prema st. 6. javni tužilac može odustati od gonjenja do završetka glavnog pretresa uz saglasnost suda pred kojim se vodi glavni pretres za krivična dela sa predviđenom novčanom kaznom ili kaznom zatvora do tri godine, ako „osumnjičeni“ ispuni jednu ili više mera. U st. 7 se kaže da javni tužilac može postupiti u skladu sa st. 6 i kada se postupak vodi za delo za koje je predviđena kazna zatvora preko tri do pet godina, ako to svojim rešenjem odobri veće iz čl. 24. st. 6. Pošto je u skladu sa st. 6. i davanje saglasnosti suda pred kojim se vodi glavni pretres, gramatičko tumačenje ovih odredbi upućivalo bi da se za ta teža dela traži

st. 1, čl. 142. st. 1. tač. 5, čl. 234. st. 1, čl. 238. st. 3, čl. 268. st. 2, čl. 282a. st. 1, čl. 361. st. 8, čl. 433. st. 1, čl. 455. st. 2, čl. 504a. st. 4 i čl. 504t. st. 1. ZKP).

dvostruka saglasnost suda: najpre saglasnost suda pred kojim se vodi glavni pretres, a potom i odobrenje veća iz čl. 24. st. 6. Mislimo da u intenciji zakonodavca nije bilo zahtevanje dvostruke saglasnosti suda, već zahtevanje saglasnosti kolegijalnog a ne inokosnog organa za krivična dela sa propisanom kaznom zatvora preko tri do pet godina. Ta misao se mogla malo spretnije izraziti na sledeći način: „(6) Javni tužilac može, uz saglasnost suda, odustati od krivičnog gonjenja i u već pokrenutom krivičnom postupku, do završetka glavnog pretresa, ako okrivljeni ispuni jednu ili više mera iz st. 1. ovog člana. Kada se postupak vodi za krivična dela sa propisanom novčanom kaznom ili kaznom zatvora do tri godine, saglasnost daje sud pred kojim se vodi glavni pretres.[17] Ako se radi o krivičnim delima za koja je propisana kazna zatvora preko tri do pet godina, saglasnost daje vanpretresno veće."

3.7. Veće iz čl. 24. st. 6. ZKP

Dobro je što je zakonodavac ovom prilikom ispravio raniji propust u pogledu neodređivanja funkcionalne nadležnosti suda čija se saglasnost tražila. Sada je jasno da se u posebnim slučajevima u kojima je potrebno odobrenje suda radi o nadležnosti veća iz čl. 24. st. 6. ZKP (osim u slučaju iz čl. 236. st. 6). Naša primedba u vezi sa ovim je takođe terminološke prirode. Mislimo da su sazreli uslovi da se ova opisna formulacija koja je prisutna na mnogim mestima u zakonu zameni jednim jednostavnijim terminom čije će značenje biti teorijski prihvatljivo i zakonski nedvosmisleno utvrđeno. Predlažemo da to bude termin „vanpretresno veće", i to iz više razloga. U teoriji krivičnog procesnog prava već je odomaćena upotreba termina „vanraspravno veće".[18] On je neadekvatan, jer je očigledno preuzet iz teorije građanskog procesnog prava. Naime, u parničnom postupku je u upotrebi termin „rasprava" a u krivičnom postupku termin „pretres". Čudno je da naš zakonodavac prilikom poslednjih izmena i dopuna ZKP iz 2009. godine, nije usvojio termin „vanpretresno veće", kada je već našao za shodno da uvede termin „pretresno veće" (čl. 109v. st. 1). Kao jedan od argumenata može poslužiti i jedan drugi zakon, koji je takođe usvojio termin „vanpretresno veće": Zakon o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima (npr. u čl. 27. i čl. 52).[19]

---

[17] Ovde smo zadržali postojeću formulaciju «sud pred kojim se vodi glavni pretres», jer mislimo da je ona dobra. Umesto toga, mogao se upotrebiti izraz «sudija pojedinac pred kojim se vodi glavni pretres», ali bi tu mogao nastati problem u slučaju kasnijih (malo verovatnih) izmena zakonskih odredaba o brojnom sastavu suda, koje bi iziskivale i promenu ove odredbe.

[18] Vid. npr. kod M. Grubača, Krivično procesno pravo, Beograd, 2006, str. 91.

[19] Sl. gl. RS 20/2009.

3.8. Krivično delo ili protivpravno delo predviđeno kao krivično

Terminologija čl. 20. ZKP, koji govori o načelu legaliteta krivičnog gonjenja, jednako kao i terminologija čl. 236. ZKP, koji govori o jednom odstupanju od tog načela trebala je biti usklađena sa novim objektivno-subjektivnim pojmom krivičnog dela (čl. 14. KZ). Dakle, tu se nije moglo govoriti o krivičnom delu, već o protivpravnom delu koje je zakonom predviđeno kao krivično delo. Prema sadašnjoj formulaciji čl. 20. ZKP, javni tužilac ne bi bio dužan i ne bi smeo da goni učinioca koji je delo učinio u stanju neuračinljivosti. To bi se, međutim, kosilo sa saznanjem da se pretpostavka uračunljivosti može obarati jedino veštačenjem u krivičnom postupku. Isto tako, za primenu čl. 236. ZKP bila bi dovoljna osnovana sumnja da je učinjeno protivpravno delo koje je zakonom predviđeno kao krivično delo.

4. Zaključak

Ustanova iz čl. 236. ZKP predstavlja jednu alternativu krivičnom gonjenju i postupku, uz oslonac na ustanove neformalne socijalne kontrole. Takva alternativa je u teoriji poznata kao diverzioni model ili koncept. Do tog modela se došlo u potrazi za manje prinudnim sredstvima suzbijanja kriminaliteta, koja su usmerena pre svega na ublažavanje tenzija koje proizilaze iz konflikta učinioca i sredine, koja nude bolji odgovor na očekivanja žrtve krivičnog dela, ne proizvode stigmatizujuće efekte, bolje odgovaraju zahtevima resocijalizacije, minimalizuju ulogu krivičnog pravosuđa a time doprinose i njegovoj racionalizaciji. Iza sadržajne raznovrsnosti tog alternativnog pokreta stoji jedinstvo njegovih ciljeva: supstituisanje krivičnog sudskog postupka i krivičnih sankcija efikasnijim i/ili humanijim merama prema učiniocima, i smanjenje hronične preopterećnosti sistema krivičnog pravosuđa. Osim svrhe, tim merama je zajednička i nespojivost sa prinudnim nametanjem i izvršenjem, pa je osnovni preduslov za njihovu primenu dobrovoljno prihvatanje od strane osumnjičenog/okrivljenog i njegovo aktivno delovanje, za razliku od pretežno pasivnog trpljenja kod kazne.

Diverzioni pokret karakteriše kako anglosaksonske, tako i kontinentalne pravne sisteme. On je prisutan u gotovo svim zemljama koje se nalaze u našem okruženju. Pri tome se radi o oblasti koja je predmet veoma dinamične zakonodavne regulative, koja na svojevrstan način svedoči da su nacionalna zakonodavstva u tom pogledu još uvek u fazi eksperimentisanja.

Ustanova uslovnog odlaganja krivičnog gonjenja iz čl. 236. ZKP prvi put je uvedena u naše pravo 2001. godine. Ona je doživela značajnu

transformaciju prilikom procesnih reformi 2004. i 2009. godine. Pri tome se može uočiti težnja zakonodavca da proširi mogućnost njene primene. I pored izvesnih poboljšanja zakonskog teksta, ovoj ustanovi se i dalje mogu uputiti izvesni prigovori. Mnogi od njih su normativnotehničke prirode i odnose se na potrebu osmišljavanja tačnije, bolje i ujednačene terminologije. U radu se ukazuje i na mogućnosti daljeg unapređivanja ove ustanove kroz normiranje određenih situacija, koje su ostale neregulisane, npr. maksimiranje novčanog iznosa iz čl. 236. st. 1. tač. 2. ZKP i određivanje trajanja društvenokorisnog ili humanitarnog rada. Posebno se ukazuje na neopravdanost i neprincipijelnost „diskriminacije“ oštećenog, čija se saglasnost traži samo kod dve mere, a ne i kod preostalih šest. U radu se posebno obrazlaže mogućnost odricanja od saglasnosti oštećenog.

Snežana Brkić, Ph.D., Associate Professor
Novi Sad School of Law

Marginal Notes to the Article 236 of the Code of Criminal Procedure of Serbia

Abstract

This paper is dedicated to the conditional delay of criminal prosecution in article 236 of the Serbian Code of Criminal Procedure. This is so-called diversion concept. This institution has changed in procedural reforms in 2004. and 2009. Generally, there are some better solutions in current regulations. Evidently, the legislator attempted to wide this institution in practice. On the other hand, the paper presents critical comments of some provisions. Therefore, the author suggest the improvement of legal text.

Key words: article 236, Code of Criminal Procedure, conditional delay of prosecution, diversion, victim's agreement, court's permission, quasipenal measures

Originalni naučni rad 35.077.3(497.11)(094.5)

Dr Zoran Lončar, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

PLEDOAJE ZA NOVI ZAKON O OPŠTEM UPRAVNOM POSTUPKU

Sažetak: *Osim potrebe uspostavljanja novog pravnog poretka nastale usled promene državno-pravnog sistema donošenjem novog Ustava Republike Srbije, razlog za donošenje potpuno novog Zakona o opštem upravnom postupku trebalo je da bude i potreba za pravnim regulisanjem procesa rada organa državne uprave (ministarstava, uprava, inspektorata) i posebnih organizacija (zavoda, direkcija, agencija) na savremenijim osnovama primenom mnogih novih instituta poznatih u uporednoj praksi razvijenih država. Umesto samo terminoloških promena koje se predlažu u Zakonu o izmenama Zakona o opštem upravnom postupku, neophodno je što pre izraditi potpuno novi Zakon o opštem upravnom postupku koji bi omogućio pre svega savremenije poslovanje organa državne uprave i time njihov ekonomičniji i efikasniji rad.*

Ključne reči: *upravni postupak, zakon o opštem upravnom postupku, ustav, osavremenjavanje upravnog postupka.*

Uvodne napomene

Svrha postojanja Zakona o opštem upravnom postupku je da se na jednom mestu, odnosno u jednom pravnom propisu (kodeksu) predvide procesna pravila koja će važiti za postupanje svih organa državne uprave, kao i nedržavnih subjekata kada u vršenju javnih ovlašćenja rešavaju o pojedinačnim pravima i obavezama fizičkih ili pravnih lica u upravnim stvarima. U pogledu procesnih pravila prema kojima postupaju organi državne uprave u svetu se danas mogu razlikovati tri grupe država: 1) države koje imaju u potpunosti kodifikovan upravni postupak; 2) države koje

imaju procesna pravila za rad organa državne uprave, ali koja nisu u potpunosti kodifikovana u jednom propisu; i 3) relativno mali broj država koje uopšte nemaju pravna pravila po kojima postupaju organi državne uprave. U pogledu kodifikacije procesnih pravila za rad organa državne uprave Srbiji pripada istaknuto mesto. Naime, naša država spada u red država koje su među prvima izvršile kodifikaciju svog upravnog postupka. Nakon Austrije koja je 1925. godine donela formalno prvi u svetu Zakon o upravnim postupku, a zatim Češke i Poljske koje su svoje upravne postupke kodifikovali 1928. godine, Srbija (Kraljevina Jugoslavija) je formalno bila četvrta država u svetu koja je svoj prvi Zakon o opštem upravnom postupku donela 1930. godine.[1] Time je kod nas učinjen značaj iskorak ka ostvarivanju potpune zakonitosti rada državne uprave i što je posebno važno - podizanju nivoa pravne sigurnosti građana. Za potpunu pravnu sigurnost građana niji dovoljno samo da njihova prava i obaveze budu unapred propisana zakonima, već i da način njihovog ostvarivanja bude precizno pravno regulisan, kako državna uprava svojim slobodnim postupanjem (od slučaja do slučaja) ne bi mogla izigravati prava građana koja su im nekim zakonima prethodno već garantovana.

Od tada Zakon o opštem upravnom postupku je svega nekoliko puta menjan. Zakon Kraljevine Jugoslavije iz 1930. godine se na osnovu Zakona o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. godine i za vreme neprijateljske okupacije,[2] formalno primenjivao sve do 1956. godine kada je donet naš drugi po redu Zakon o opštem upravnom postupku.[3] Tokom pune četiri decenije primene ovaj Zakon je menjan svega pet puta i to 1965. godine,[4] 1976. godine,[5] 1978. godine,[6] 1986. godine[7] i 1994. godine.[8] Poslednji put Zakon o opštem upravnom postupku je donet 1996.

---

[1] U pitanju je Zakon o opštem upravnom postupku Kraljevine Jugoslavije koji je donet 9. novembra 1930. godine, a koji je stupio na snagu 26. februara 1931. godine.

[2] „Službeni list Federativne Narodne Republike Jugoslavije“, broj 86/1946.

[3] „Službeni list Federativne Narodne Republike Jugoslavije“, broj 52/1956 od 19. decembra 1956. godine.

[4] Zakon o izmenama i dopunama Zakona o opštem upravnom postupku, „Službeni list SFRJ,“ broj 10/1965 od 10. marta 1965. godine.

[5] Zakon o izmenama i dopunama Zakona o opštem upravnom postupku, „Službeni list SFRJ“, broj 4/1977.

[6] Zakon o izmenama i dopunama Zakona o opštem upravnom postupku, „Službeni list SFRJ“, broj 11/1978 od 3. marta 1978. godine.

[7] Zakon o izmenama i dopunama Zakona o opštem upravnom postupku, „Službeni list SFRJ“, broj 9/1986 od 28. februara 1986. godine.

[8] Zakon o izmenama Zakona o opštem upravnom postupku, „Službeni list SRJ“, broj 24/1994 od 18. marta 1994. godine.

godine u vreme postojanja Savezne Republike Jugoslavije.[9] Nakon toga promenjena su čak dva državno-pravna oblika u kojima je Srbija bila najpre federalna jedinica (Savezna Republika Jugoslavija), a zatim država članica (Državna zajednica Srbija i Crna Gora), da bi od 2006. godine postala samostalna država. Međutim, Zakon o opštem upravnom postupku do sada uopšte nije menjan. U trogodišnjem periodu postojanja Državne zajednice Srbija i Crna Gora u Republici Srbiji se Zakon o opštem upravnom postupku primenjivao kao propis države članice.[10] Republika Crna Gora je za to vreme iskoristila mogućnost datu Ustavnom poveljom i usvojila svoj nov Zakon o opštem upravnom postupku.[11] Nakon prestanka postojanja Državne zajednice Srbija i Crna Gora u Srbiji se Zakon o opštem upravnom postupku primenjuje kao republički propis na osnovu Odluke Narodne skupštine Republike Srbije od 5. juna 2006. godine.[12] Ustavom Republike Srbije od 8. novembra 2006. godine je uređivanje pitanja postupka pred državnim organima predviđeno kao isključiva republička nadležnost.[13] Na osnovu Ustavnog zakona za sprovođenje Ustava trebalo je između ostalih regulisati i pitanje postupka pred organima državne uprave najkasnije do 31. decembra 2008. godine.[14] U tom smislu, januara 2009. godine od strane Vlade Republike Srbije je utvrđen Predlog zakona o izmenama Zakona o opštem upravnom postupku koji se danas još uvek nalazi se u skupštinskoj proceduri.[15] S obzirom na to da zbog širine svoje primene, pravne sigurnosti koju treba da pruži građanima, efikasnosti i

---

[9] Važeći Zakon o opštem upravnom postupku je najpre 1996. godine usvojen u različitim tekstovima u tada dvodomoj Saveznoj skupštini, pa se shodno odredbi člana 92. stav 1. i 2. Ustava SRJ privremeno primenjivao tekst usvojen u Veću građana koji je objavljen u „Službenom listu SRJ“, broj 55/1996 od 19. novembra 1996. godine. Usaglašavanje između Veća građana i Veća republika u pogledu teksta Zakona o opštem upravnom postupku je usledilo tek 26. juna 1997. godine, pa je konačna verzija ovog Zakona objavljena u „Službenom listu SRJ“, broj 33/1977 od 11. jula 1997. godine.

[10] Članom 64. stav 2. Ustavne povelje je bilo propisano da će se zakoni Savezne Republike Jugoslavije izvan poslova Državne zajednce Srbija i Crna Gora primenjivati kao zakoni država članica, do donošenja novih propisa od strane država članica, osim zakona za koje je skupština države članice bude odlučila da se ne primenjuju.

[11] „Službeni list Republike Crne Gore“, broj 69/2003.

[12] Odluka o obavezama državnih organa Republike Srbije u ostvarivanju nadležnosti Republike Srbije kao sledbenika Državne zajednice Srbija i Crna Gora, „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 48/2006 od 5. juna 2006. godine.

[13] Član 97. tačka 2. Ustava Republika Srbije.

[14] Član 15. Ustavnog zakona sa sprovođenja Ustava Republike Srbije, „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 98/2006. od 10. novembra 2006. godine.

[15] Predlog zakona o izmenama Zakona o opštem upravnom postupku je utvrđen na 53. sednici Vlade Republike Srbije održanoj 15. januara 2009. godine.

ekonomičnosti rada organa državne uprave koje bi trebalo da omogući, spada u jedan od svakako najvažnijih pravnih propisa u našem pravnom sistemu, predmet naše analize u narednim redovima će biti upravo odredbe predloženog teksta Zakona o opštem upravnom postupku.

Predlog Zakona o izmenama Zakona o opštem upravnom postupku

Bez obzira na to što je od donošenja Zakona o opštem upravnom postupku proteklo više od 13 godina i što je u pitanju propis Savezne Republike Jugoslavije, države koja je prestala da postoji još pre više od 6 godina, Predlog zakona o izmenama Zakona o opštem upravnom postupku predstavlja samo jezičko usaglašavanje ovog propisa sa novim Ustavom Republike Srbije. Predlog ovog Zakona ne sadrži ni jedno novo rešenje kojim bi se postupak rada ministarstava, drugih organa državne uprave, kao i svih ostalih vršioca upravne delatnosti osavremenio i učinio efikasnijim i ekonomičnijim.

Od ukupno 31 odredbe ovog Zakona kojima su unose određene izmene u postojeći Zakon o opštem upravnom postupku, u čak 30 odredbi se radi o običnim jezičkim izmenama. Tako se umesto termina „*jugoslovenski državljanin*“ uvodi termin „*državljanin Srbije*“ (član 1), umesto termina „*Savezna Republika Jugoslavija*“ uvodi se termin „*Republika Srbija*“ (član 2, 3, 12 i 13), umesto termina „*Vojska Jugoslavije*“ uvodi se termin „*Vojska Srbije*“ (član 4, 11, 13 i 14), umesto termina „*Savezna Vlada*“ uvodi se termin „*Vlada*“ (član 20 i 23), termin „*savezni organ nadležan za inostrane poslove*“ zamenjuje se terminom „*ministarstvo nadležno za spoljne poslove*“ (član 4, 5, 13, 15 i 16), termin „*državni, odnosno javni tužilac*“ zamenjuje se terminom samo „*javni tužilac*“ (član 8, 9, 10, 19, 21, 24, 25 i 26), termin „*srodnik po krvi*“ zamenjuje se terminom „*krvni srodnik*“ (član 6 i 17), termin „*srodnik po tazbini*“ zamenjuje se terminom „*tazbinski srodnik*“ (član 6 i 17), termin „*hranioc*“ zamenjuje se terminom „*hranitelj*“ (član 6) itd. Samo jedna odredba Zakona (član 22) se ne odnosi samo na terminološku promenu, već je posledica potrebe suštinskog usaglašavanja sa Ustavom (član 36. stav 2 i 198. stav 2) koji je predvideo da se građanima mora radi pravne sigurnosti uvek omogućiti pravo na žalbu ili drugo pravno sredstvo protiv odluke kojom se odlučuje o njegovom pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu,[16] odnosno sudska kontrola zakonitosti konačnih

[16] „Svako ima pravo na žalbu ili drugo pravno sredstvo protiv odluke kojom se odlučuje o njegovom pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu“. Ustav Republike Srbije, član 36. stav 2.

upravnih akata.[17] Iz tog razloga je u Zakonu precizirana nadležnost za rešavanje po zahtevu za zaštitu zakonitosti u upravnom postupku. Da predlagač Zakona nije kojim slučajem propustio da izvrši ustavnu obavezu u pogledu usaglašavanja svih ostalih propisa sa novim Ustavom i da je zbog toga zajedno sa ovim Zakonom predložen i Zakon o upravnim sporovima, i ova jedina novina koja ima značaj suštinske promene u postojećem tekstu Zakona o opštem upravnom postupku bi po prirodi stvari izostala. Pitanje obavezne sudske zaštite u slučaju konačnih upravnih akata koju nalaže novi Ustav bilo bi rešeno Zakonom o upravnim sporovima. Međutim, s obzirom na to da je punih 11 meseci nakon što je utvrđen Predlog zakona o izmenama Zakona o opštem upravnom postupku utvrđen i Predlog zakona o upravnim sporovima koji je Narodna skupština i usvojila 29. decembra 2009. godine,[18] ovakva izmena u Zakonu o opštem upravnom postupku je postala time bez ikakvog suštinskog značaja.

Na osnovu Strategije reforme državne uprave Republike Srbije i Akcionog plana za njeno sprovođenje usvojenih još 2004. godine odavno je trebalo da budu doneti ne samo novi Zakon o opštem upravnom postupku, već i Zakon o upravnim sporovima, kao dva osnovna procesna propisa od kojih zavisi efikasan rad državne uprave i sudske kontrola nad njenim radom kao osnove za ostvarivanje pravne sigurnosti građana.[19] Ministarstvo za državnu upravu i lokalnu samoupravu kao organ državne uprave koji je nadležan za čitav sistem državne uprave je najpre u svom Programu rada za 2008. godinu bilo predvidelo da će do juna te godine biti donet Zakon o opštem upravnom postupku i Zakon o upravnim sporovima. Time je blagovremeno trebalo da bude ispoštovana i ustavna obaveza na usaglašavanje svih zakona sa Ustavom najkasnije do 31. decembra 2008. godine. Pošto se to ipak nije dogodilo, Programom rada Ministarstva za državnu upravu i lokalnu samoupravu za 2009. godinu ponovo je predviđeno da će ovi zakoni biti usvojeni do septembra 2009. godine.[20]

---

[17] „Zakonitost konačnih pojedinačnih akata kojima se odlučuje o pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu podleže preispitivanju pred sudom u upravnom sporu, ako u određenom slučaju zakonom nije predviđena drugačija sudska zaštita“. Ustav Republike Srbije, član 198. stav 2.

[18] Zakon o upravnim sporovima, „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 111/2009. od 30. decembra 2009. godine.

[19] Strategija reforme državne uprave u Republici Srbiji i Akcioni plan za njeno sprovođenje su usvojeni od strane Vlade Republike Srbije oktobra 2004. godine i predstavljaju osnovne programske i planske dokumente za reformu celokupne državne uprave za period do 2010. godine.

[20] Videti internet sajt Ministarstva za državnu upravu i lokalnu samoupravu na adresi www.drzavnauprava.gov.rs

Međutim, 15. januara 2009. godine Vlada Republike Srbije je utvrdila i uputila Narodnoj skupštini Predlog, ne novog Zakon o opštem upravnom postupku kao što je planirano u godišnjem Programu rada Ministarstva, već samo izmena postojećeg Zakona. Time ne samo da je propušteno da se usklađivanje Zakona o opštem upravnom postupku sa novim Ustavom izvrši u roku predviđenim Ustavnim zakonom za sprovođenje Ustava koji je istekao 31. decembra 2008. godine, već što je u ovom slučaju svakako mnogo važnije, propuštena je i prilika da se upravni postupak bitno osavremeni unošenjem mnogih novih instituta koje uporedna praksa odavno poznaje. Time se postupak rada organa državne uprave u Srbiji mogao učiniti znatno ekonomičnijim i efikasnijim.

Svakako da u Zakonu o izmenama i dopunama Zakona o opštem upravnom postupku pravi kuriozitet predstavlja njegovo predlaganje Narodnoj skupštini za donošenje po *hitnom postupku,* a posebno obrazloženje za to koje je tim povodom dato. Obrazlažući potrebu hitnosti postupka usvajanja ovog zakona u obrazloženju Predloga zakona (str. 6) je navedeno da „imajući u vidu postojeću neusaglašenost Zakona o opštem upravnom postupku sa Ustavom Republike Srbije, potrebno je predloženi zakon doneti po hitnom postupku, jer bi u suprotnom mogle nastupiti štetne posledice po rad organa i organizacija“. Naime, sasvim je jasno da ne može biti nikakvih velikih štetnih posledica zbog toga što se u Zakonu o opštem upravnom postupku, narimer „Vojska Srbije“ naziva „Vojskom Jugoslavije“ ili što se „javni tužilac naziva „državnim, odnosno javnim tužiocem“, „krvni srodnik“ što se naziva „srodnikom po krvi“, „hranitelj“ „hraniocem“ itd. Međutim, u tom slučaju ostaje ne jasno zašto predlagač ako je već smatrao da zbog jezičkih neusaglašenosti sa novim Ustavom mogu da nastupe štetne posledice po rad organa državne uprave nije ovaj Predlog izmene Zakona utvrdio i uputio ranije Narodnoj skupšitni, a posebno imajući u vidu ustavnu obavezu na usaglašavanjem svih zakona sa novim Ustavom najkasnije do 31. decembra 2008. godine. Isto tako, ostaje nejasno zašto onda bar Narodna skupština takav Predlog zakona koji joj je upuđen na usvajanje po hitnom postupku nije našla za potrebno da razmatra već punih godinu dana! U svetlu ove činjenice je posebno interesantno primetiti da je Vlada Republike Srbije Predlog zakona o upravnim sporovima utvrdila punih jedanaest meseci kasnije, odnosno 3. decembra 2009. godine i uputila na usvajanje Narodnoj skupštini takođe po hitnom postupku, kao i da je Narodna skupština ovaj Zakon usvojila 29. decembra 2009. godine. Isto tako u Narodnoj skupštini su „preko reda“ tokom 2009. godine usvojeni iz oblasti državne uprave i Zakon o izmenama i dopunama zakona o dr-

žavnim službenicima,[21] Zakon o utvrđivanju maksimalnog broja zaposlenih u republičkoj administraciji [22] i Zakon o privremenom smanjivanju plata, zarada, neto naknada i drugih primanja u državnoj administraciji i javnom sektoru.[23]

Neophodnost novog Zakona o opštem upravnom postupku

Umesto da je predložen nov Zakon, predlaganjem samo izmena i dopuna postojećeg Zakona o opštem upravnom postupku, svesno ili ne nastavlja se pravni kontinuitet sa propisom koji je donela Savezna Republike Jugoslavija kao država koja odavno više ne postoji. U svetlu te činjenice interesantno je primetiti da je nakon usvajanja Ustavne povelje i stvaranja Državne zajednice Srbija i Crna Gora Republika Crna Gora odmah iskoristila mogućnost koju joj je kao državi članici pružao Zakon za sprovođenje Ustavne povelje i da je još 2003. godine donela svoj potpuno novi i osavremenjen Zakon o opštem upravnom postupku. Republika Crna Gora je time u pogledu ovog propisa raskinula pravni kontinitet sa Saveznom Republikom Jugoslavijom. U Republici Crnoj Gori isto je učinjeno i sa upravnom sporom pošto je tada donet i nov Zakon o upravnim sprovima.[24] Pored činjenice da je Republika Srbija postala samostalna država još juna 2006. godine, formalno pravni razlog za donošenje novog Zakona o opštem upravnom postupku a ne samo za izmenu postojećeg Zakona, nalaže takođe i novi Ustav Republike Srbije. Prema Ustavu Republike Srbije kao nova nadležnost Republike je propisano između ostalih i „uređivanje postupka pred sudovima i *drugim državnim organima*“.[25]

Osim potrebe uspostavljanja novog pravnog poretka u Republici Srbiji nastale usled promene državno-pravnog sistema, razlog za donošenje potpuno novog Zakona o opštem upravnom postupku trebalo je da bude i potreba za pravnim regulisanjem procesa rada organa državne uprave

---

[21] Zakon o izmenama i dopunama zakona o državnim službenicima je usvojen 11. decembra 2009. godine i objavljen je u „Službenom glasniku Republike Srbije“, broj 104/2009 od 12. decembra 2009. godine.

[22] Zakon o utvrđivanju maksimalnog broja zaposlenih u republičkoj administraciji je usvojen 11. decembra 2009. godine i objavljen je u „Službenom glasniku Republike Srbije“, broj 104/2009 od 12. decembra 2009. godine.

[23] Zakon o privremenom smanjivanju plata, zarada, neto naknada i drugih primanja u državnoj administraciji i javnom sektoru je usvojen 29. aprila 2009. godine i objavljen je u „Službenom glasniku Republike Srbije“, broj 31/2009 od 29. aprila 2009. godine.

[24] Zakon o upravnim sporovima, „Službeni list Republike Crne Gore“, broj 60/2003.

[25] „Republika Srbija uređuje i obezbeđuje (...) postupak pred sudovima i drugim državnim organima“. Ustav Republike Srbije, član 97. stav 2.

(ministarstava, uprava, inspektorata) i posebnih organizacija (zavoda, direkcija, agencija) na savremenijim osnovama primenom mnogih novih instituta iz pozitivne uporedne prakse razvijenih država. Osavremenjavanje upravnog postupka kroz novi Zakon o opštem upravnom postupku je trebalo dodatno da doprinese efikasnijem i ekonomičnijem delovanju državne uprave u Republici Srbiji. Iz tog razloga, umesto samo terminoloških promena koje se predlažu u Zakonu o izmenama Zakona o opštem upravnom postupku, smatramo da je neophodno što pre izraditi potpuno novi Zakon o opštem upravnom postupku. U njega bi trebalo da budu unete mnoge novine koje su zasnovane na pozitivnom uporednom iskustvu razvijenih država, a koje bi omogućile pre svega savremeno poslovanje organa državne uprave i njen ekonomičniji i efikasniji rad.

Kada su u pitanju te novine u našem upravnom postupku one i nisu toliko revolucionarne i nepoznate, koliko su neophodne. U Zakonu o opštem upravnom postupku bi prema našem mišljenju što pre trebalo da nađu mesto pre svega mnoge odredbe o savremenim načinima opštenja (uspostavljanja kontakta) organa koji vodi upravni postupak sa strankama, kao što su putem elektornskih računara, telefaksa i korišćenjem drugih elektronskih uređaja. Prema važećem Zakonu podnesci stranaka se po pravilu još uvek predaju neposredno organu ili se šalju poštom, dok se samo izuzetno podnesci mogu izjaviti i telegrafski, dok se samo kratka i hitna saopštenja mogu davati i telefonom, ako je to po prirodi stvari uopšte moguće.[26] Takođe, kada je u pitanju obavezno lično dostavljanje pismena u upravnom postupku smatramo da bi se moralo što pre predvideti mogućnost dostavljanja svih pismena i u elektronskom obliku koje bi moglo da zameni zastarelo obavezno pribijanje pismenog obaveštenja o dostavljanju na vrata stana ili poslovne prostorije.[27] Isto tako, mogućnost korišćenja elektronske forme bi trebalo predvideti i kada je u pitanju podnošenje svih vrsta podnesaka u upravnom postupku. Uporedo sa omogućavanjem efikasnijeg postupka podnošenja i dostavljanja pismena morale bi se sprečiti i eventualne zloupotrebe od strane stranke, kao što bi bilo naprimer izbegavanjem da prime pismena koja su joj upućena u elektronskoj formi. Pri sačinjavanju zapisnika koji se vodi o toku upravnog postupka smatramo da bi moralo što pre da se dozvoli korišćenje odgovarajućih tehničkih uređaja za snimanje toka postupka, kao i sastavljanje kasnije zapisnika u elektronskoj formi. U pogledu obavezne forme upravnih akata trebalo bi omogućiti pored papirne forme i mehanografske izrade

[26] Član 54. stav 2. Zakona o opštem upravnom postupku. O načinu opštenja organa i stranaka videti Zakon o opštem upravnom postupku, članovi 54-70.

[27] Član 76. stav 1. i član 77. stav 2. Zakona o opštem upravnom postupku.

rešenja, elektronsku formu i umesto do sada obaveznog potpisa i pečata dozvoliti i faksimil ili kvalifikovan elektronski potpis. Istovremeno sa osavremenjavanjem upravnog postupka i omogućavanjem elektronskog postupanja organa državne uprave moralo bi se voditi računa o potrebi zaštite podataka o ličnosti koji bi u tom slučaju posebno mogli biti dovedeni u pitanje. U tom smislu smatramo da bi trebalo uneti u Zakon o opštem upravnom postupku odredbu da se podaci o ličnosti mogu pribaviti samo ako je to dozvoljeno zakonom ili ako se o tome saglasi stranka, odnosno lice na koje se ti podaci odnose.

Pored promena koje zahteva osavremenjavanje procesa rada državne uprave, smatramo da u Zakonu o opštem upravnom postupku treba radi ostvarivanje veće pravne sigurnosti građana izvršiti i pobošljanje njihovog položaja kao stranaka u upravnom postupku. U tom smislu smatramo da bi pre svih trebalo izmeniti odredbu koja stranci u upravnom postupku omogućava pravo na naknadu troškova za pravno zastupanje samo izuzetno, i to u slučajevima kada je ono bilo nužno i opravdano, što se u praksi pokazalo kako veoma retka situacija.[28]

Radi usaglašavanja Zakona o opštem upravnom postupku sa novim Ustavom Republike Srbije pored predloženih izmena koje su samo terminološke prirode, u Zakonu o opštem upravnom postupku promenu bi obavezno morala da pretrpi i odredba osnovnih načela upravnog postupka koja govori o upotrebi jezika i pisma.[29] Naime, Zakon o opštem upravnom postupku pruža mogućnost organu državne uprave da vodi upravni postupak na srpskom jeziku ekavskog i jekavskog izgovora i uz upotrebu ćiriličkog ili latiničkog pisma, što je danas u suprotnosti sa odredbom člana 12. stav 1. Ustava koja propisuje da se kada je u pitanju službenu upotreba srpskog jezika može koristiti samo ćiriličko pismo.

Pored svih terminoloških izmena koje su predložene u Zakonu o izmenama Zakona o opštem upravnom postupka, kao i onih za koje smo predlog izele u ovom radu, smatramo da je neophodno izvršiti i usaglašavanje Zakona o opštem upravnom postupku sa svim promenama u pravnom sistemu koje su kod nas nastale od 1996. godine kada je donet Zakon o opštem upravnom postupku. Svakako da su u pitanju brojne promene pravnih propisa, a samo delimična analiza odredbi predloženih za izmenu u budućem tekstu Zakona o opštem upravnom postupku koja je izvršena u ovom radu pokazuje da one nisu dovoljno pažljivo i detaljno analizirane.

Sa koliko pažnje se pristupilo poslu pripreme izmena Zakona o opštem upravnom postupku, pa makar i samo jezičkih promena, vidi se i po

[28] Član 104. stav 3. Zakona o opšem upravnom postupku.

[29] Član 16. stav 1. Zakona o opštem upravnom postupku.

tome što je propušteno da se ispravi greška koja je učinjena u važećem tekstu Zakona u pogledu načina određivanja zakonskog roka za donošenje drugostepenog rešenja u upravnom postupku. Naime, izmena Zakona je bila prilika da se rok za donošenje drugostepenog rešenja u Zakonu o opštem upravnom postupku uskladi sa rokom iz Zakona o upravnim sporovima tako da iznosi 60 dana umesto dva meseca koliko je sada predviđeno.[30] Očigledno da u nadležnom Ministarstvu, ali nažalost ni u Republičkom sekretarijatu za zakonodavstvo u čijoj nadležnosti je da vodi računa o usaglašenosti svih pravnih propisa koji se donose od strane Vlade Republike Srbije, nisu ni primetili ovaj propust različitog načina određivanja rokova za istu procesnu radnju. Usled identičnog načina računanja rokova koji se primenjuje i u upravnom postupku kao i upravnom sporu (civilna komplutacija) nije sve jedno da li je neki rok određen da dane ili mesece. Učinjeni propust je tim pre veći što je Ministarstvo za državnu upravu i lokalnu samoupravu bilo i organ državne uprave koji je takođe bio nadležan za pripremu i Zakona o upravnim sporovima koji je usvojen decembra 2009. godine, pa ni prilikom njegove izrade nije ispravljen ovaj propust, već je kao rok donošenje drugostepenog rešenja opet propisano 60 dana, nasuprot roka za istu procesnu radnju iz Zakona o opštem upravnom postupku koji iznosi dva meseca.

Zaključne napomene

Pored uspostavljanja pravnog kontinuiteta u oblasti državne uprave sa novim pravnim poretkom koji je u Republici Srbiji utvrđen Ustavom iz 2006. godine, neophodnost potpuno novog Zakona o opštem upravnom postupku bez obzira na to što se u slučaju postojećeg Zakona radi svakako o jednom od najsolidnijih pravnih propisa u našem pravnom sistemu, nalaže pre svega potreba osavremenjavanja upravnog postupka. Samo terminološke promene koje su predložene u Zakonu o izmenama Zakona o opštem upravnom postupku nisu dovoljne. Predlaganjem isključivo jezičkih izmena u Zakonu o opštem upravnom postupku radi njegovog usaglašavanja sa novim Ustavom Republike Srbije, propuštena je prilika da se u naš upravni postupak unesu mnoge novine koje bi trebale da kroz osavremenjavanje rada organa državne uprave učine celokupni upravni postupak ne samo ekonomičnijim i efikasnijim, već i da ga učine mnogo dostupnijim potrebama i mogućnostima građana.

Ne unošenjem u budući tekst Zakona o opštem upravnom postupku odredbi koje omogućavaju elektronsko poslovanje organa državne uprave

[30] Član 237. stav 1. Zakona o opštem upravnom postupku.

propušta se istovremeno i prilika da se brojni elektronski računari koji danas postoje u državnoj upravi Republike Srbije stave i u funkciju pomoći građanima u upravnom postupku. Stoga sa puno osnova možemo danas da se zapitamo šta nam vrede računari koji postoje u našoj državnoj upravi kada ne možemo da ih stavimo u funkciju bržeg i ekonomičnijig rada državne uprave usled nedostatka procesnih pravila za to? Isto tako čini se opravdanim postavljanje pitanja zašto građani svoje izvode iz matičnih knjiga ili drugih javnih evidencija ne bi mogli da dobijaju na kućnu adresu elektronskom poštom i da oni imaju karakter javne isprave u smislu Zakona o opštem upravnom postupku, kada već novi Zakon o matičnim knjigama omogućava potpuno elektronsko poslovanje matičarske službe?[31] Takođe, zašto razne prijave imovine, poreza ili carina za koje je država posebno zainteresovana da budu što uredniji i blagovremenije podneti, građani ne bi mogli da podnose u i elektronskoj formi? Zašto građani u Srbiji mogu da elektronski posluju kupujući robu preko interneta kao i u svim drugim državama širom sveta i da radi toga elektronski posluju sa svojim poslovnim bankama što im je sve omogućeno nedavno donetim Zakonom o elektronskoj trgovini,[32] ali ne mogu elektronsku komunikaciju da ostvaruju i sa svojom državnom upravom?

Usled nedostatka novih odgovarajućih odredbi u Zakonu o opštem upravnom postupku sa puno osnova se može postaviti i pitanje šta nam vredi što smo još 2005. godine doneli Zakon o elektronskom potpisu,[33] a nedavno i Zakon o elektronskom dokumentu,[34] kada Zakon o opštem upravnom postupku propisujući obavezne elemente upravnog akta, zahteva da svako rešenje koje donosi organ državne uprave mora da ima isključivo pisani potpis i pečat. Sa puno prava se isto tako može postaviti i pitanje šta vredi građanima Srbije što je Vlada Republike Srbije od juna ove godine uvela elektronske sednice, kada oni svoju neophodnu komunikaciju sa svim ministarstvima i drugim organima državne uprave moraju još uvek da ostvaruju isključivo u pisanoj (papirnoj) formi, preko šaltera i veoma često uz višečasovno čekanje u redovima.

Predlaganje novog i savremenijeg Zakona o opštem upravnom postupku bila je jedna od dobrih prilika za početak stvaranja uslova da Srbi-

---

[31] Zakon o matičnim knjigama, „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 20/2009 od 19. marta 2009. godine.

[32] Zakon o elektronskoj trgovini je donet 29. maja 2009. godine, „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 41/2009 od 30. maja 2009. godine.

[33] Zakon o elektronskom potpisu je donet 21. decembra 2004. godine i objavljen je u „Službenom glasniku Republike Srbije“, broj 135/2004 od 21. decembra 2004. godine.

[34] Zakon o elektronskom dokumentu je donet 8. jula 2009. godine i objavljen je u „Službenom glasniku Republike Srbije“, broj 51/2009 od 9. jula 2009. godine.

ja počne da funkcionište u oblasti državne uprave kao efikasnija i ekonomičnija država. Očigledno je da je sa ovakvim tekstom predloženih izmena Zakona ova prilika propuštena. Međutim, činjenica da Predlog zakona o izmenama Zakona o opštem upravnom postupku već punih godinu dana stoji u skupštinskoj proceduri, ipak pruža nadu da bi njegovim eventualnim povlačenjem i pažljivom doradom ukazani nedostaci mogli da budu otklonjeni. U suprotnom, moraćemo da čekamo još koju godinu dok nam u procesu evropskih integracija ne bude ukazano i na ovakve nedostatake u našem upravnom postupku.

Zoran Lončar, Ph.D., Assistant Professor
Novi Sad School of Law

An Appeal for a New Law on General Administrative Procedure

Abstract

In addition to establishing the legal continuity in the field of public administration with a new legal order which is determined by the Constitution of the Republic of Serbia from 2006, the necessity of completely new Law on General Administrative Procedure, regardless of the existing law really being one of the best legal regulations in our legal system, is caused primarily by the need for modernization of administrative procedures.

Only the terminology changes that were proposed in the Law amending the Law on General Administrative Procedure are not sufficient.

Suggesting only linguistic changes in the law on general administrative procedure for its harmonization with the new Constitution, the opportunity was lost to implement into administrative proceedings in the Republic of Serbia many new solutions that should modernize the work of public administration bodies and to make the entire administrative procedure more economical and efficient, while more accessible to citizens' needs as well.

For the creation of the state administration in Serbia that will be able to provide high quality services to citizens and be the successful bearer of the reform of the entire social and economic development, it is necessary that the future Law on General Administrative Procedure contains many new institutes that are known in comparative practice of developed countries, which relate primarily to facilitating electronic operation of public administration and raising the level of legal security for citizens.

Keywords: administrative procedure, Law on General Administrative procedure, Constitution, modernization of administrative procedures

Originalni naučni rad 343.359+323.28(4)

Dr Tatjana Lukić, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

PRANJE NOVCA I FINANSIRANJE TERORIZMA[1] (NA NIVOU EVROPSKE UNIJE)

Sažetak: *Pranje novca i finansiranje terorizma sve više postaju predmet interesovanja svetske zajednice, jer su države uvidele da je otklanjanje uzroka najefikasniji vid borbe protiv ovog vida kriminaliteta. Zbog brojnih sličnosti, dovode se nužno u vezu i predstavljaju predmet jedinstvenog regulisanja u brojnim konvencijama i direktivama na nivou Evropske Unije i na svetskom nivou. U ovom radu pažnja je posvećena sličnostima ali i razlikama između pranja novca i finansiranja terorizma, definicijama i obrazloženjima, metodama i tipologijama pranja novca i finansiranja terorizma. Posebno je obrađeno pitanje međunarodne saradnje u okviru EU, kao i saradnje EU sa SAD-om u preventivnoj i represivnoj borbi protiv ovog vida kriminaliteta.*

Ključne reči: *pranje novca, finansiranje terorizma, Evropska Unija, Varšavksa konvencija, FATF*

1. Uvodna razmatranja

Ogromne svote novca koje proističu iz organizovne kriminalne delatnosti su za same kriminalce nedovoljno korisne jer se radi o tzv. *prljavom novcu* čije korišćenje može imati za posledicu samorazotkrivanje izvršilaca tzv. predikatnih krivičnih dela, i zbog toga, takav novac je neophodno konvertovati u legalan, postupkom opšte poznatim kao pranje nov-

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

ca. S obzirom da se pranje novca često izjednačava sa pojmom finansiranja terorizma, u smislu da se pranje novca i finansiranje terorizma smatraju istim aktivnostima, borba protiv istih je od presudnog značaja.

Pranje novca obuhvata čitav niz različitih mera i aktivnosti koje imaju za cilj da nezakonito stečene prihode, sa naizgled legitimnim ili zakonitim poreklom pretvore u legitimna sredstva. Ono bi se najopštije moglo definisati kao postupak prikrivanja postojanja, ilegalnosti izvora i upotrebe prihoda koji su rezultat kriminalne delatnosti, i njihove legalizacije. U središtu postupka pranja novca je obmana, odnosno prikazivanje nadležnim organima načina sticanja imovine, kao zakonito, i njeno korišćenje kao zakonito stečenih prihoda. Pranje novca je tip poslovne transakcije, nelegalnog finansijskog instrumenta i veoma sofisticiranog finansijskog mehanizma koji po formi, strukturi i kompleksnosti nije unificiran, već izuzetno fleksibilan, inovativan i adaptilan.[2]

Pranje novca i finansiranje terorizma - globalni su problemi koji prevazilaze državne granice. Oni koji podržavaju terorističke organizacije vrše i tako zvano pranje novca, odnosno „zametanje“ traga njegovom izvoru. Oni zatim taj novac preusmeravaju u pravcu terorističkih organizacija, koristeći kao masku različite firme, uključujući i dobrotvorne organizacije. Oni stalno menjaju i usavršavaju tehnike prevare, a organi gonjenja nastoje da održe korak s njima ili, čak, korak ispred njih. Prekidanje finansijske podrške teroristima ključni je cilj organa gonjenja. Rasturajući i onemogućavajući finansijske mreže, državni organi umanjuju sposobnost terorističkih organizacija da uopšte dostignu stepen gde im treba još samo „nešto malo dolara“ da bi potpuno isfinansirali jednu terorističku akciju.

Treba biti svestan činjenice da je nemoguće tačno ukazati na tačku gde je prekinut dotok novca i time sprečen neki teroristički napad. Prekid finansiranja terorista je samo jedan od aspekata široko shvaćene borbe protiv terorizma, ali isto tako izuzetno značajan. Jednostavno, veličina i kompleksnost globalnog finansijskog sistema, samo ono što se dešava u jednom danu, u 24 sata, i pretraživanje nečeg što se dešava u Aziji, Evropi, Latino Americi, Sjedinjenim Državama - jednostavno je nemoguće. Tako veliki problemi stvaraju i velike izazove da se problem razreši. Osim toga, terorističke grupe, kao što je Al - Quaida, stalno traže nove načine za prikupljanje novca i za prikrivanje tragova tog novca.

Važno je da se i na delatnost teroriste gleda kao na dobro organizovani kriminal. Teroristi ne bi bili ništa da nisu prilagodljivi i u sistemu. Al

[2] B.Ljutić, Suprotstavljanje pranju novca u Evropskoj Uniji, Pravni informator br.5/2003, 34.

- Quaida, na primer, koristi dijamante kao način plaćanja - radi lakšeg premeštanja svojih fondova sa jednog mesta na drugo. Njihovi kuriri tako krijumčare novac preko međunarodnih granica.

Postojeći zakoni, nažalost, ne „pokrivaju" sve moguće načine na koji teroristi dobijaju ili kanališu svoj novac. Međutim, nije stvar u tome da postoji zakon koji može da eliminiše sve to, nego je u tome da se bude dovoljno fleksibilan da se novi zakoni uvode prema potrebama na osnovu iskustava stručnjaka koji se bave borbom protiv terorizma. Eksperti inače kažu da će uspeh u borbi protiv terorizma uveliko zavisiti od toga koliko se brzo vlasti mogu adaptirati na nove terorističke izazove.

Terorizam je jedan od najznačajnijih i istovremeno najopasnijih ugrožavajućih fenomena našeg doba. Već površni uvid u konkretne podatke to nesporno dokazuje. Podaci nam pokazuju da danas u svetu deluje preko 600 različitih terorističkih organizacija (25% njih ima preko hiljadu članova, a neke od njih i desetine hiljada članova) od čega ih je prema shvatanjima i standardima američke administracije 29 posebno značajno budući da imaju obeležja međunarodnih[3] terorističkih organizacija.[4]

Delovanje terorističkih organizacija je samo jedna od dimenzija savremenog terorizma. Istorijski posmatrano, državni terorizam podrazumeva sistematsku upotrebu nasilja od strane države prema vlastitom stanovništvu, upotrebu nasilja vladajućih nad podređenima, prvenstveno sa ciljem očuvanja vlasti. Od vremena Francuske revolucije i uspostavljanja „vladavine terora" 1793-1794. (*Regime de la Terreor*), razdoblja kada je reč teror prvi put utisnuta u politički rečnik, česti su primeri sistematske upotrebe nasilja prema vlastitom stanovništvu. Dovoljno je prisetiti se totalitarnih režima poput nacizma, fašizma i staljinizma ili, pak, niza diktatorskih režima u Latino Americi. Imajući

[3] Pojam međunarodni terorizam u savremenim uslovima uključuje različita određenja. Ponekad je reč o državno sponzorisanom terorizmu usmerenom protiv druge države, ponekad o saradnji između različitih terorističkih organizacija, a ponekad o terorističkim napadima na strane državljane u matičnoj državi ili u inostranstvu. Videti: LAQUEUR, W. The Age of Terrorism, Boston 1987., str. 266. U osnovi, međunarodni terorizam podrazumeva terorizam koji uključuje državljane i teritorije (kao planere, izvršioce, žrtve ili ciljeve) više od jedne države. Pojam međunarodni terorizam je u upotrebi od početka 1980-ih. Godine 1981. tadašnji američki državni sekretar *Alexander Haig* optuživao je SSSR da pomaže međunarodne teroriste. Godinu dana kasnije u knjizi „Terror Network" *Claire Sterling*, međunarodni terorizam je dobio i teorijsko obrazloženje. Uz pojam međunarodni terorizam u upotrebi je i pojam transnacionalni terorizam, kao i globalni terorizam.

[4] Videti: Patterns of Global Terrorism 2000, United States Department of State, April 2001.

u vidu dugotrajnost tih režima interesantno je upitati se: kakav je kvantitativni odnos državnog terorizma i terorizma koji sprovode terorističke organizacije. Mada egzaktna emipirijska istraživanja nisu raspoloživa, čini se da su u pravu oni autori koji tvrde da su od vremena nastanka terorizama do danas države najveći korisnici terorističkog nasilja.[5] Kada se državni terorizam posmatra u savremenim uslovima nije reč samo o državama koje su suočene sa terorizmom pa u borbi protiv njega (kao posledice) provode jedini efikasan instrument „*terorisanje terorizma*". Državni terorizam takođe podrazumeva da se niz terorističkih akcija događa pod sponzorstvom i uz svestranu pomoć pojedinih država. Međunarodna zajednica, predvođena Sjedinjenim Američkim Državama, označava Iran, Irak, Siriju, Libiju, Severnu Koreju, Kubu i Sudan kao države koje sponzorišu međunarodni terorizam, zbog čega se nalaze u svojevrsnoj međunarodnoj izolaciji.

Kao ugrožavajući fenomen terorizam postaje sve opasniji jer su mu mogućnosti, dometi u učinci sve veći. On je u savremenim uslovima u stanju da u svetskim razmerama nanese mnogostruko veće štete, izazove veće žrtve, teškoće i nevolje od onih koje je ranije nanosio. To je razlog zašto on prerasta u globalni problem. Međutim, iako je terorizam globalni problem ne znači da sve države sveta zaista i jesu suočene sa problemom terorizma. Terorizam je globalni problem u smislu da se sve države mogu suočiti sa njim.

2. Osnovi protivterorističkog delovanja – borba protiv finansiranja terorizma

Kada se razmatra pitanje protivterorističkog delovanja savremene demokratske države uočava se nekoliko dilema. Kao prvo, postavlja se pitanje obima i intenziteta državne protiv-akcije na terorizam. Primereno bi bilo da države preduzimaju akcije koje su proporcionalne opasnosti koja se želi sprečiti. Međutim, savremena praksa je sasvim drugačija. Reakcije država često su nasilnije ili pak, u blažem slučaju, identične akcijama terorista čime se neminovno dalje samo generiše spirala nasilja.

Ukoliko se u kontekstu protivterorističkih strategija terorizam shvati u potpunosti tj. sa svim elementima njegove strukture, sasvim je jasno da je najefikasnije sredstvo za elimisanje terorizma otklanjanje njegovih uzroka. Ukoliko to nije slučaj, a najčešće nije, teorijski posmatrano, problematici političkog nasilja koje eskalira ka terorizmu,

[5] Townshend C., *Terorizam*, Sarajevo 2003, str. 24.

kao njegovom najradikalnijem obliku, država se suprotstavlja na više načina. Sa jedne strane, moguća je primena niza aktivnosti u okviru tzv. kriminalizacije. To podrazumeva primenu pravnih mehanizama kroz institucije pravnog poretka odnosno primenu izvornih ili modifikovanih pravno ustanovljenih krivičnih postupaka. S druge strane, tzv. militarizacija[6] uključuje upotrebu vojnih snaga i uspostavljanje znatno represivnijeg zakonodavstva prilagođenog vojnom delovanju (vojno zakonodavstvo). Time se vojnim snagama omogućuje upotreba niza instituta koje, u pogledu „zakonitosti" primene pravosudne i političke institucije ne mogu u potpunosti i efikasno kontrolisati. Istovremeno, budući da su političko nasilje i terorizam iznad svega eminentno pitanje, a time i međunarodne bezbednosti, za sprečavanje izvođenja terorističkih akata (ali ne i suzbijanje terorizma u njegovom totalitetu), kako pokazuje savremena praksa, koristi se i nacionalni obaveštajni sistem sa svim svojim komponentama: obaveštajne službe, protivobaveštajne službe i službe bezbednosti. Njihovo delovanje ima dve dimenzije. Sa jedne strane, one pružaju podršku policijskim i pravosudnim, odnosno vojnim snagama, dok, s druge strane, izvodeći tzv. tajne operacije (*covert actions*)[7] kojima se na tajni način želi uticati na procese i događaje na nekom području, neposredno, samostalno ostvaruje zacrtane ciljeve. Primena pravnih mehanizama, odnosno krivičnih postupaka primerenija je demokratskoj državi. Međutim, mehanizmi „*kriminalizacije*" najčešće su neefikasni u borbi protiv političkog nasilja i terorizma. Mehanizmi iz sklopa „militarizacije" i posebno tzv. tajne operacije znatno su efikasniji, ali istovremeno i ugrožavaju demokratski kredibilitet vlade koja ih primenjuje budući da se vlade, posebno u primeni tzv. tajnih operacija, ustvari, koriste istim metodama kao i teroristi.

---

[6] Ovaj model je u pojednim fazama u pokušaju rešavanja sukoba u Severnoj Irskoj koristila Vlada Ujedinjenog Kraljevstva. Više videti: Bilandžić M. *Severna Irska između rata i mira*, Zagreb 2005.

[7] Pod tajnim akcijama (*Covert Action*) podrazumevaju se pokušaji određene države da utiče na događaje u drugim državama ili na drugim teritorijama bez otkrivanja svoje umešanosti. Za ovaj tip aktivnosti u zapadnoj terminologiji, pored pojma „tajne akcije", koriste se i pojmovi „tajne operacije", „akcije tihe opcije", „akcije treće opcije", „prikrivena delovanja", dok ruska terminologija poznaje pojam „aktivne mere" (*Active Measures*). Unutar britanskih obaveštajnih i bezbednosnih službi ovaj tip aktivnosti naziva se „akcijama poremaćaja"/"akcijama koje izazivaju dezorganizaciju" (*disruptive action)*. Više videti: Godson R., *Intelligence Requirements for the 1980`s: Covert Action*, Washington 1981., str. 1. i Urban M., *UK Eyes Alpha: The Inside Story of British Intelligence*, London 1996., str.35.

Navedeno ukazuje na složenost borbe protiv terorizma. Koncept liberalne demokratije kao najsavršeniji oblik življenja savremenog čoveka suočen je sa nizom izazova i dilema kada je u pitanju pritiv-terorističko delovanje. Terorizam i teror nedržavnih entiteta bitno ugrožavaju bezbednost demokratskih država. Međutim, isto tako njihove osnovne vrednosti, pre svega koncept liberalizma, ugrožavaju i mere koje države primenjuju (ograničenja prava i sloboda pojedinaca) u borbi protiv terorizma. Savremene demokratije još uvek jednostavno nisu našle primerene odgovore za delovanje u *sivoj zoni* između politike i rata u kojoj se nalazi i u kojoj deluje terorizam.

Odlučnost međunarodne zajednice da se suprotstavi terorizmu pre 11. septembra 2001. godine nije dala posebne rezultate zbog jednog jednostavnog razloga: dok se jedni bore protiv terorizma drugi ga podržavaju, stvaraju preduslove za njegovu primenu protiv drugih ili ga, čak sponzorišu dok služi njihovim ciljevima. Uz uvažavanje većeg stepena saglasnosti u pogledu, bar deklarativnog, osuđivanja terorizma od strane većine država u svetu kao i potpisivanja niza međunarodnih konvencija i sporazuma o borbi protiv terorizma, [8] ipak se nameće zaključak da se takvo stanje nije značajnije promenilo do današnjih dana.

Savet bezbednosti UN je 29. septembra 2001. prihvatio Opštu rezoluciju protiv terorizma (Rezolucija 1368). Pri donošenju Rezuolucije Savet bezbednosti se pozvao na poglavlje sedam Povelje UN-a koje podrazumeva delovanje svetske organizacije i svih njenih članica u vezi sa akcijama koje se odnose na pretnje miru, kršenje mira i akte agresije. Pozi-

[8] Na svetskom nivou jedinstveni dokument koji bi zabranjivao terorizam nije postojao sve do današnjih dana. Tri dosadašnje rezolucije Opšte skupštine Ujedinjenih nacija (3034/XXVII od 18. decembra 1972., 31/102 od 15. decembra 1976. i 32/147 od 16. decembra 1977.) u kojima se „ ... izražava zabrniutost zbog sve učestalijih akata međunarodnog terorizma...“ te „..osuđuje vršenje terorističkih akata od strane kolonijalnih, rasističkih i tuđinskih režima...“ zbog činjenice da ih nisu podržale najmoćnije svetske sile (primer protiv rezolucije iz 1977. glasali su: Australija, Belgija, Kanada, Izrael, Japan, Luksemburg, Holandija, Ujedinjeno Kraljevstvo i Sjedinjene Američke Države) imaju ograničenu pravnu snagu i time nisu dovoljne za efikasnu borbu protiv terorizma na nivou svetske zajednice. Međunarodna zajednica borbu protiv terorizma nastoji sprovesti kroz niz multilateralnih konvencija koje se bave pitanjima krivičnog sankcionisanja pojedinih aktivnosti povezanih sa terorizmom ili terorizmom u celini na regionalnom nivou. Tako na primer Haška konvencija (Hague Convention) iz 1970. pokriva područje otmice aviona; Montrealska konvencija (Montreal Sonvention) iz 1971. se bavi pitanjem sabotaža u avionskom saobraćaju; dok Evropska konvencija o sprečavanju terorizma (European Convention on Suppression Terrorism – ECST) iz 1977. pokriva terorizam, gotovo, u celosti, ali samo na području Evrope itd. Pored ovog, svaka od država u okviru svog nacionalnog zakonodavstva ima odredbe koje sankcionišu terorizam.

vanje rezolucije 1368 na poglavlje sedam Povelje ujedno znači i trenutnu obavezu u njenoj primeni od strane država članica svetske organizacije. Državama članicama UN-a rezolucijom je naložena međusobna saradnja putem sporazuma o suzbijanju i sprečavanju terorizma i sankcionisanju izvršilaca terorističkih akata; sprečavanje i suzbijanje priprema i finansiranja terorističkih operacija; uskraćivanje utočišta licima koje planiraju, finansiraju i izvršavaju terorističke akte i njihovo sankcionisanje i međusobna razmena informacija radi sprečavanja terorističkih operacija. Nesporno je da je jednoglasno usvojenom rezolucijom 138 Saveta bezbednosti pokazao odlučnost u borbi protiv terorizma i na to obavezao sve članice svetske organizacije. Rezolucijom 1373 ta je odlučnost dodatno osnažena i dobila je i svoju organizacijsko-institucionalnu formu. Naime, Rezolucijom 1373 stvoren je *Protivteroristički odbor* (*Counterterrorism Committee*) koga čini svih 15 članica Saveta bezbednosti i na čijem čelu se nalazi savetnik glavnog sekretara UN-a, kome sve države članice podnose periodične izveštaje o preduzetim aktivnostima iz okvira protivterorističke politike svetske zajednice.

Pažljivija analiza sadržaja Rezolucije 1368 i kasnijih akcija koalicije stvorene na njenim osnovama upućuje na zaključak da je njen cilj onemogućavanje izvođenja budućih terorističkih akata. U tom pogledu svet je pokazao značajan stepen jedinstvenosti. Ipak, sprečavanje izvođenja konkretnih akata samo je jedan od elemenata terorizma kao fenomena u njegovoj ukupnosti. Terorizam je spoj politike i nasinja. Zbog toga je za njegovo iskorenjivanje neophodno eliminisati i ***uzroke*** koji dovode do terorizma. Rešavanje tog problema za međunarodnu zajednicu biće mnogo teže i mukotrpnije nego stvaranje koalcija za borbu protiv konkretnih terorističkih akata. U tom pogledu mnogo će teže biti postići jedinstvenost i saglasnost, a pitanje je i da li su neke državae u svetu koje se suočavaju sa terorizmom uopšte i spremne na preispitivanje vlastitih politika i uzroka koji u svetu uopšte, i u konkretnim državama, dovode do terorizma.

3. Pranje novca i finansiranje terorizma - definicije i objašnjenja

Za većinu država pranje novca i finansiranje terorizma postaje pitanje od narastućeg značaja, a u vezi sa sprečavanjem, otkrivanjem i procesuiranjem. Sofisticirane tehnike koje se koriste za pranje novca i finansiranje terorizma samo još ova pitanja čine kompleksnijim. Tako sofisticirane tehnike mogu da uključe različite vrste finansisjskih institucija, multiplicirane finansijske transakcije, korišćenje posrednika, kao što su finansijski savetnici, računovođe i dr; transfer u/kroz različite zemlje, kao i ko-

rišćenje različitih finansijskih instrumenata. Pranje novca je ipak u osnovi sasvim jednostavan metod. To je proces u kome se nezakonito stečeni prihodi pretvaraju u zakonito stečena sredstva i prikriva se njihovo izvorno poreklo. Isto tako i finansiranje terorizma ima sasvim jednostavan koncept, to je finansijska podrška, u bilo kojoj formi, terorista ili onih koji podstiču, planiraju ili imaju učešće u terorističkim aktima. Manje jednostavan koncept je ipak, definisanje samog terorizma zato što isti može imati značajne političke, religijske i nacionalne implikacije koje se razlikuju od jedne do druge države. Pranje novca i finansiranje terorizma često pokazuju sličnu prirodu koja većinom ima veze sa prikrivanjem i pretvaranjem.

Perači novca šalju nezakonito stečena sredstva kroz legalne kanale radi prikrivanja njihovog kriminalnog porekla, dok oni koji finansiraju terorizam vrše penos sredstava, koja mogu imati legalno ili ilegalno poreklo, na način na koji prikrivaju svoj izvor ili konačnu namenu, a to je podrška terorizmu.

Kada je novac opran, kriminalci profitiraju iz svojih aktivnosti, ali bivaju kažnjeni za prikrivanje kriminalnih radnji kojima dolaze do nezakonitih sredstava i pretvaranje nezakonito stečenih srdstava u zakonita. Slično, oni koji finansiraju terorizam bivaju kažnjeni zbog prikrivanja porekla ovih sredstava i pretvaranja u logističku podršku terorističkim napadima.

Pranje novca se može definisati na najrazličitije načine. Većina zemalja je prihvatila definiciju iz Konvencije UN protiv nezakonite trgovine narkoticima i psihotropnim supstancama iz 1988. godine (Bečka konvencija)[9] i Konvencije UN protiv transnacionalnog organizovanog kriminala iz 2000. godine (Palermo konvencija)[10]:

- konverzija i transfer imovine koja potiče iz bilo koje nezakonite aktivnosti, a radi prikrivanja nezakonitog porekla;
- prikrivanje prave prirode, izvora, lokacije, prenosa prava sa poštovanjem prava na privatnost;
- sticanje, posedovanje i raspolaganje imovinom, znajući da u vreme prihodovanja ista potiče od krivičnih dela.[11]

Financial Action Task Force – FATF koji predstavlja međunarodnog tzv. *standard setera (standard setter)* u borbi protiv pranja novca[12]

[9] http://www.incb.org/e/conv/1988/

[10] http://www.undcp./org/adhoc/palermo/convmain.html

[11] Videti: Vienna Convention, articles 3(b) and (c)(i); Palermo Convention, article 6(i).

definiše pranje novca, ukratko kao proces kojim se prikriva nezakonito poreklo imovine, a radi „legitimizacije-ozakonjenja“ sredstava stečenih krivičnim delom.[13]

S obirom da je pranje novca uslovljeno predikatnim krivičnim delom, treba napomenuti da je Bečka konvencija prihvat ilasamo krivična dela u vezi sa ilegalnom prodajim narkotika kao predikatno krivično delo pranju novca. Međutim, samo nakon dve godine međunarodna zajednica je uvidela da predikatno krivično delo može biti i svako drugo krivično delo. Međutim, FATF je ipak definiciju Bečke konvencije proširio samo na teška krivična dela. Palermska konvencija zahteva od svih država koje su je ratifikovale da u svoja zakonodavstva uvedu najšire mogućnosti za predikatna krivična dela pranja novca.[14]

U svojih 40 preporuka za borbu protiv pranja novca, FATF je posebno mesto dao tehnikama i zakonskim definicijama pranja novca iz Bečke i Palermo konvencije i propisao 20 obaveznih krivičnih dela kao predikatnih.[15]

4. Finansiranje terorizma

Ujedinjene nacije su izvršile brojne napore, većinom u formi međunarodnih ugovora da bi se izborile sa terorizmom i mehanizmima koji se koriste za njegovo finansiranje. Još 1999. godine doneta je Međunarodna konvencija o sprečavanju finansiranja terorizma koja predviđa sledeće:

1. Svako ko izvrši krivično delo u smislu ove konvencije, ukoliko lice bilo kojim sredstvom, direktno ili indirektno, nezakonito i dobrovoljno, obezbeđuje ili sakuplja sredstva sa namerom da se ona mogu koristiti ili znajući da će ona biti korišćena, u potpunosti ili delimično, da se izvede:

- delo predviđeno kao krivično i propisano u listi aneksa ovog ugovora;
- bilo koje drugo delo sa namerom da prouzrokuje smrt ili nanese teške telesne povrede civilima ili bilo kojoj drugoj osobi koja nema nikakvo aktivno učešće u neprijateljstvu prilikom ratnih sukoba, kada je svrha takve radnje, po svojoj prirodi ili kontekstu takva, da zastrašuje stanovni-

---

[12] Videti: Chapter III, B., FATF.

[13] FATF, What is money laundering?, Basic Facts About Money Laundering, http://www.fatf-gafi.org/MLaundering_en.htm.

[14] The Palermo Convention, Article 2 (2), http://www.undcp.org/adhoc/palermo/ convmain.html .

[15] The Forty Recommendations, Rec. 1; http://www.fatf-gafi.org/pdf/40Recs-2003_en.pdf

ništvo ili da prisiljava vladu ili međunarodnu organizaciju da nešto učini ili da se suzdrži od nekog činjenja.

2. Da bi se navedeno delo smatralo izvršenim, nije neophodno da su namenska sredstva iskorišćena. [16]

FATF koji je poznat po svojim naporima u borbi protiv finansiranja terorizma (CFT)[17] ne daje preciznu definiciju finansiranja terorizma u svojih 8 Posebnih preporuka za finansiranje terorizma. (***Special Recommendations***) donetih nakon 11. septembra 2001. godine. Međutim, FATF je zahtevao od svih država članica da ratifikuju i primene u svojim nacionalnim zakonodavstvima Konvenciju UN o sprečavanju finansiranja terorizma, i to je razlog zbog čega je pomenutu definiciju finansiranja terorizma iz ove konvencije preuzelo najviše zemalja u svoja nacionalna zakonodavstva.

Nakon što su Ujedinjene nacije 1999. godine donele Međunarodnu konvenciju o sprečavanju finansiranja terorizma[18], a posebno nakon donošenja okvirne odluke o borbi protiv terorizma Evropske Unije[19] većina evropskih država je u svojim zakonodavstvima inkriminisala finansiranje terorizma i terorističkih operacija. Ono u čemu se države razlikuju jeste način na koji je to inkriminisanje izvršeno. U većini država je propisano posebno krivično delo finansiranja terorizma, dok su npr. u Hrvatskoj sadržaji koji se odnose na finansiranje terorizma ugrađeni u odredbe o pripremanju krivičnih dela sa elementima terorizma. Prema albanskom KZ finansiranje terorizma označeno je kao jedan od oblika njegovog podržavanja. Posebno krivično delo je prikrivanje fondova ili sredstava kojima se finansira terorizam. Kvalifikovani oblik toga dela je njegovo izvršenje od strane službenog lica, odnosno ako je delo izvršeno više puta. Takođe je zabranjeno finansirati ili na drugi način materijalno podržavati lica prema kojima su primenjene mere protiv finansiranja terorizma.[20] U skladu sa članom 278d austrijskog KZ finansiranje terorizma sastoji se u obezbeđenju ili prikupljanju sredstava ili imovine sa namerom da oni budu isko-

---

[16] International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism (1999), Article 2, http://www.un.org/law/cod/finterr.htm

[17] Videti: Chapter III, B., FATF.

[18] Zakon o potvrđivanju Međunarodne konvencije o sprečavanju finansiranja terorizma, Narodne novine, Međunarodni ugovori br. 16/2003.

[19] Okvirna odluka Saveta EU o borbi protiv terorizma, Council Framework Decision on Combating Terrorism, 2002/475/JNA, Official Journal of the European Communities, 22.06.2002.

[20] CODEXTER, Profiles on Counter-Terrorist Capacity, Albania, izv. http://www.coe.int

rišćeni za izvršenje određenog terorističkog krivičnog dela. Za to je propisana kazna zatvora od šest meseci do pet godina.[21] Belgijski zakon u članu 140. propisuje kažnjivost obezbeđenja informacija ili materijalnih sredstava za terorističku grupu, kao i svako finansiranje njene aktivnosti ako izvršilac zna da takvo pomaganje doprinosi izvršenju krivičnog dela od strane grupe.[22] Prema odredbi bugarskog KZ za finansiranje terorizma odgovorno je svako lice koje na bilo koji način, direktno ili indirektno, pripuplja ili obezbeđuje sredstva za izvršenje terorističkog krivičnog dela i svesno je, ili pretpostavlja, da će ta sredstva biti iskorišćena u te svrhe.[23] Posebno krivično delo finansiranja terorističkih aktivnosti predviđeno je i u slovenačkom KZ. U skladu sa članom 388a kažnjava se svao ko obezbeđuje ili prikuplja novac ili imovinu sa namerom da bude delom ili u potpunosti upotrebljena za izvršenje krivičnih dela otmice, otmice aviona ili broda, napada na bezbednost vazdušnog saboraćaja, ubistva najviših državnih funkcionera, nasilja prema najvišim državnim funkcionerima, oružane pobune, terorizma, pozivanja na nasilu promenu ustavnog poretka, međunarodnog terorizma, ugrožavanja lica pod međunarodnom zaštitom, uzimanja talaca, ili drugog nasilnog postupanja kojem je cilj rušenje ustavnog poretka Republike Slovenije, prouzrokovanje težih smetnji u javnom životu ili ekonomiji, prouzokovanje smrti ili teške telesne povrede lica koje aktivno ne sudeluju u oružavnom sukobu ili čiji je cilj zastrašivanje ljudi ili prisiljavanje države ili međunarodne organizacije da nešto učini ili ne učini, a za to je propisana kazna zatvora od jedne do deset godina. Istom se kaznom kažnjava izvršilac toga dela i ako prikupljena ili osigurana sredstva nisu bila upotrebljena za izvršenje navedenih krivičnih dela. Ako je delo izvršeno u sastavu zločinačke organizacije kažnjava se kaznom zatvora od najmanje tri godine.[24] U krivičnom zakonu Bosne i Hercegovine članom 202. propisano je krivično delo finansiranja terorističkih aktivnosti. Za to delo odgovara svako ko na bilo koji način, neposredno ili posredno, daje ili prikuplja sredstva s ciljem da se ona upotrebe ili znajući da će se upotrebiti, u celini ili delimično, za izvršenje sledećih krivičnih dela: uzimanje talaca, ugrožavanje lica pod međunarodnopravnom zaštitom, neovlašćeno pribavljanje i raspolaganje nuklearnim materijalom, piratsvo, otmica aviona ili broda, ugrožavanje bezbednosti vazdušne ili pomorske plovidbe, uništenje i

[21] CODEXTER, Profiles on Counter-Terrorist Capacity, Austria, izv. http://www.coe.int
[22] CODEXTER, Profiles on Counter-Terrorist Capacity, Belgium, izv. http://www.coe.int
[23] CODEXTER, Profiles on Counter-Terrorist Capacity, Bulgaria, izv. http://www.coe.int
[24] Kazenski zakonik, Uradni list Republike Slovenije 95/2004, čl. 388a

uklanjanje znakova službe bezbednosti vazdušnog saobraćaja, zloupotreba telekomunikacijskih znakova, terorizma, kao i za svako drugo krivično delo koje može prouzorkovati smrt ili težu telesnu povredu civilnog lica ili lica koja aktivno ne učestvuje u neprijateljstvima u oružavnom sukobu, kada je svrha takvo delo, po njegovoj prirodi ili kontekstu, zastrašivanje građanstva ili prisiljavanje organa vlasti Bosne i Hercegovine, drugih vlasti ili međunarodne organizacije da nešto učine ili ne učine. Za to je propisana kazna zatvora od jedne do deset godina.[25] Kao što je već navedeno, hrvatski KZ nema posebno krivično delo finansiranja terorizma. Međutim, novi KZ R. Hrvatske iz 2004. godine ugrađen novi član 187. stav 2. kojim se obezbeđuje kažnjavanje svakoga ko nabavlja ili prikuplja finansijska sredstva svestan da će se ona u potpunosti ili delimično korisiti za izvršenje određenih krivičnih dela protiv vrednosti zaštićenih međunarodnim pravom, među koja spadaju i krivična dela sa elementima terorizma.[26]

U našem krivičnom zakonodavstvu je krivično dela ***finansiranje terorizma*** prvi put uvedeno u KZ iz 2005. godine[27] (čl.393) i po sistematizaciji je smešteno u istu grupu krivičnih dela kao i međunarodni terorizam. Prema našem KZ-u ovo krivično delo može da izvrši svako ko obezbeđuje ili prikuplja sredstva namenjena za finansiranje krivičnih dela terorizma, međunarodnog terorizma i uzimanja talaca (čl.392 KZ). Počinilac će se kazniti zatvorom od jedne do deset godina, a sredstva će biti oduzeta. Novim Zakonom o sprečavanju pranja novca i finansiranja terorizma[28] (član 2. stav 2) pod finansiranjem terorizma smatra se obezbeđivanje ili prikupljanje imovine ili pokušaj njenog obezbeđivanja ili prikupljanja, u nameri da se koristi ili sa znanjem da može biti korišćena, u celosti ili delimično:

1) za izvršenje terorističkog akta;
2) od strane terorista;
3) od strane terorističkih organizacija.

Pod finansiranjem terorizma smatra se i podstrekavanje i pomaganje u obezbeđivanju i prikupljanju imovine, bez obzira da li je teroristički akt izvršen i da li je imovina korišćena za izvršenje terorističkog akta.

---

[25] Krivični zakon Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik Bosne i Hercegovine 3/03, 32/03, 37/03, 54/04,61/04, 30/05, 53/06, 55/06, čl. 202.

[26] Kazneni zakon RH, Narodne novine 110/97., 27/98., 50/00., 129/00., 51/01., 111/03., 190/03., 105/04., 84/05. i 71/06. čl. 187a st. 2.

[27] Krivični zakonik RS, Službeni glasnik RS br. 85/2005.

[28] Zakon o sprečavanju pranja novca i finansiranja terorizma, Službeno glasnik RS br. 20/2009.

5. Veza između pranja novca i finansiranja terorizma

Tehnike koje se koriste za pranje novca su suštinski iste kao one koje se koriste za prikrivanje izvora i namene kod finansiranja terorizma. Sredstva koja se koriste za podržavanje terorizma mogu da potiču iz zakonitih izvora, kriminalnih aktivnosti, ili iz oba izvora. Ipak, prikrivanje izvora finansiranja terorizma, nezavisno da li je on zakonit ili nije, je veoma važno. Ukoliko izvor može da se prikrije, on ostaje dostupan i upotrebljiv za sve buduće terorističke aktivnosti. Slično kao i kod pranja novca, licima koji finansiraju terorizam je veoma važno da prikriju izvor i na taj način ostanu neotkriveni.

Iz ovih razloga, FATF je doneo preporuke za države da propišu u svojim krivičnim zakonodavstvima krivično delo finansiranje terorizma, terorističke akte i terorističke organizacije, i da označe takva krivična dela kao predikatna dela pranju novca.

Prema stanovištu FATF-a specijalne preporuke u kombinaciji sa 40 preporuka o pranju novca predstavljaju osnovni okvir za prevenciju, otkrivanje i sprečavanje pranja novca i finansiranja terorizma.

Napori u borbi protiv finansiranja terorizma takođe zahtevaju od država da uzmu u obzir narastajući domašaj ovih preporuka i da uključe neprofitne organizacije, naročito dobrotvorne organizacije, da se uvere da se takve organizacije ne koriste, direktno ili indirektno za finansiranje ili podršku terorizmu. Takođe se preporučuje državama da pokušaju da iznađu alternativne načine prenosa novčanih pošiljki, kao što je *hawalas* sistem. Ovi napori se odnose i na iznalaženje mera koje treba preduzeti da bi se sprečilo korišćenje navedenih organizacija za pranje novca i finansiranje terorizma.

Značajna razlika između pranja novca i finansiranja terorizma je ta da sredstva koja se koriste za finansiranje terorizma mogu da potiču i iz legalnih izvora, za razliku od pranja novca gde izvor mora biti kriminalan uvek. Legalni izvori mogu biti donacije, poklone u gotovom novcu ili imovini organizacijama,na pomoć kao što su fondacije ili humanitarni fondovi koji su uslovljeni pružanjem podrške teroristističkim aktivnostima ili terorističkim organizacijama. Ove razlike uslovljavaju donošenje posebnih propisa za suzbijanje finansiranja terorizma.

Po svojoj prirodi i pranje novca i finansiranje terorizma spadaju u tamnu brojku kriminaliteta i zbog toga nema nikakvih egzaktnih statističkih podataka. Perači novca ne dokumentuju širinu svojih operacija niti su dostupni iznosi profita, kao ni oni koji finansiraju terorizam. Ovo

je još više otežano činjenicom da se ove aktivnosti po pravilu realizuju prekogranično. Jedino MMF raspolaže najpribližnijim podacima o iznosu novca koji se „pere“ i on se na svetskom nivou kreće u rasponu od 2-5% svetskog dohotka. Koristeći 1996 statističkih podataka ovi procenti bi odprilike iznosili između 590 biliona američkih $ i 1.5 triliona američkih $.[29]

6. Pranje novca

Osnovni problem za kriminalna lica i organizacije jeste pretvaranje velikih svota gotovog novca koji potiče od kriminalne delatnosti u prihode sa legitimnim poreklom.

Budući da su često u pitanju milionske svote u konvertibilnim valutama, njihovo polaganje na bankarske račune privlači pažnju, a samim tim i sumnju u poreklo novca.

Zbog toga se, nezakonito stečene svote novca nastoje prikriti nizom finansijskih transakcija i tehnika

U pranju novca postoje tri značajne faze :

1. ***plasiranje (integracija)*** u finansijske institucije, menjačnice, kockarnice, prodavnice i sl. (krijumčarenje novca; promena valute; konverzija gotovine u vrednosne papire; posredničke kuće- brokerske kuće koje se bave prodajom deonica i hartijama od vrednosti; gotovinske kupovine)

2. ***uslojavanje*** – je faza smišljena sa ciljem da oteža organima za sprovođenje zakona utvrđivanje traga i praćenja aktivnosti pranja novca. Poznate metode su:

Konvertovanje gotovine u monetarne instrumente (korišćenje menica vučenih na banku i naloga za transfer novca.); *Materijalna sredstva kupljena za keš i potom prodata*

3. ***integracij*** predstavlja pokretanje prethodno opranog novca uglavnom kroz bankarski sistem i zbog toga novčana sredstva izgledaju kao normalni prihodi biznisa. Ugovori o prometu imovine; kompanije, kamuflažne firme i lažni zajmovi; Falsifikovani ili "naduvani" računi (podfakturisanje i nadfakturisanje) - perač novca osniva poslovnu delatnost u zemlji u kojoj se nezakoniti prihod stvara, ali i u zemlju u koju novac unosi i stavlja u promet. Naručuje robu i usluge vlastite kompanije u inostranstvu kojoj plaća naduvanim ili lažnim računima, i na taj način iznosi novac iz zemlje i legalizuje ga.

[29] Vito Tanzi, “Money Laundering and the International Finance System,” IMF Working Paper No. 55/96 str.3.

Sve faze koje se pojavljuju kod pranja novca se pojavljju i kod finansiranja terorizma. Međutim, u ovom procesu postoje i izvesne razlike koje se najbolje mogu videti u poslednjoj fazi – fazi integracije koja kod pranja novca podrazumeva kupovinu luksuzne robe i ulaganje u legalne poslove, a kod finansiranja terorizma ulaganje u fondove kojma se finansiraju terorističke aktivnosti.

Pranje novca i finansiranje terorizma se pojavljuju u svim državama sveta, a naročito u onim sa složenim finansijskim sistemima. Države sa pravnim nedostacina, neefikasnim sistemima i visokim stepenom korupcije su najčešće mete ovih aktivnosti i ni jedna država nije izuzetak.

Sprečavanje pranja novca je u Srbiji prvi put regulisano zakonom SRJ iz 2002. godine. Ovaj zakon je na veoma uopšten način u 32 člana regulisao predmetnu materiju, u kome je bilo propisano devet privrednih prestupa, devet prekršaja i krivično delo pranja novca. Uopšteno definisani pojmovi i nedovoljno jasno definisane obaveze banaka, PTT preduzeća, državnih organa, osiguravajućih društava i drugih institucija da predu-

zimaju radnje i mere na otkrivanju i sprečavanju pranja novca su razlog siromašne sudske prakse u ovoj oblasti.

Počev od 10. decembra 2005. godine do 27. marta 2009. godine u primeni je bio Zakon o sprečavanju pranja novca Republike Srbije koji je u 41 članu šire i jasnije definisao pojam pranja novca, proširio krug pravnih lica obaveznih da učestvuju u otkrivanju i sprečavanju pranja novca, uključujući i advokatsku delatnost, osnovao Upravu za sprečavanje pranja novca, kao organa u sastavu Ministarstva finansija i sankcionisao sa 16 provrednih prestupa i 16 prekršaja kršenje ovog Zakona.

Srbija se uključila u globalnu borbu za sprečavanje pranja novca i finansiranja terorizma donošenjem novog istoimenog zakona koji je u primeni od 27. marta 2009. godine. Novi Zakon o sprečavanju pranja novca i finansiranju terorizma u skladu sa evropskim standardima u ovoj oblasti i međunarodnim konvencijama u 98 članova veoma precizno reguliše ovu materiju koja ne poznaje državne granice. To je razlog zašto zakon posebno insistira na međunarodnoj pomoći nadležnih organa u borbi protiv navedenih pojava.

Navedeni Zakon predviđa 52 privredna prestupa i isto toliko prekršaja za nepoštovanje svojih odredaba od strane svih onih koji su obavezni na njegovu primenu, a kao posebna vrsta prekršaja (njih ukupno 11) odnose se na kršenje odredaba ovog zakona od strane advokata.

Pranjem novca u smislu ovog novog zakona smatraju se sledeće aktivnosti: konverzija ili prenos imovine stečene izvršenjem krivičnog dela, prikrivanje ili netačno prikazivanje prave prirode, porekla, mesta nalaženja, kretanja, raspolaganja, vlasništva ili prava u vezi sa imovinom koja je stečena izvršenjem krivičnog dela.

Obveznici primene radnji i mera na sprečavanju pranja novca i finansiranja terorizma su banke, menjačnice, osiguravajuća društva, PTT preduzeća, brokersko-dilerska društva, revizori, poreski savetnici, posrednici u prometu nekretnina, preduzetnici, advokati i advokatska ortačka društva i drugi. Oni su obavezni da počev od 27. marta 2010. godine primenjuju mere kao što su poznavanje i praćenje poslova svojih klijenata, dostavljaju zakonom propisane informacije Upravi za sprečavanje pranja novca, da odrede iz reda zaposlenih ovlašćena lica za sprovođenje konkretnih obaveza iz ovog zakona, da vode i čuvaju niz zakonom precizno utvrđenih evidencija koje predstavljaju službenu tajnu i druge obaveze.

Posebnu pažnju Zakon posvećuje obaveznim vidovima i načinu provere identiteta fizičkog i pravnog lica, njihovih zastupnika, prokurista i punomoćnika od strane navedenih obveznika primene ovog Zakona, putem originalnih dokumenata ili overenih fotokopija, uz lično prisustvo

klijenta, uz naročito pojačane mere kod uspostavljanja *Loro-korespondentskog* odnosa sa stranom bankom koja ima sedište u državi koja ne primenjuje međunarodne standarde u ovoj oblasti, zatim u slučaju kada je klijent strani funkcioner itd.

Naročito je bitno istaći da Zakon zabranjuje vođenje anonimnih računa, štednih knjižica na šifru ili donosioca, kao i bilo kakvo vršenje usluga koje prikrivaju identitet klijenta. Zabranjuje se poslovanje sa "kvazi" bankama, kao i prijem gotovog novca za prodaju roba ili vršenje usluga u vrednosti iznad iznosa od 15 000 eura, već samo preko računa.

Novina je i da su obveznici primene ovog Zakona dužni da u roku od tri dana od izvršene transakcije obaveste Upravu za sprečavanje pranja novca o svakoj transakciji u iznosu od 15 000 eura i više sa svim propisanim podacima o klijentima. Ova obaveza postoji i u slučajevima nižih iznosa kada postoje osnovi sumnje da se nekom transakcijom vrše pranje novca ili finansiranje terorizma. Jedini izuzetak za advokate od navedene obaveze, Zakon predviđa u slučaju zastupanja klijenta u sudskom postupku. Novi Zakon takođe precizno utvrđuje tajnost podataka, informacija i dokumenata, način njihovog korišćenja, kao i sadržaj obaveznih evidencija jer bi narušavanje poverljivosti istih moglo dovesti do kršenja Ustavom zagarantovanih sloboda i prava građana.

7. Metode i tipologije pranja novca i finansiranja terorizma

Novac može biti opran na najrazličitije načine, počevši od deponovanja malih svota novca redovne (neupadljive) bankarske račune (za dalji transfer) za kupovinu i preprodaju luksuzne robe kao što su automobili, antikviteti i nakit. Nezakonito stečen prihod takođe može biti prenet kroz čitavu seriju kompleksnih međunarodnih finansijskih transakcija. Perači novca su veoma kreativni, čim jedan metod bude razotkriven, oni odmah pronađu drugi.

Različite tehnike pranja novca ili finansiranja terorizma se generalno mogu shvatiti kao metode i vrste (tipologije). Pojmovi - metode i tipologije, mogu se smatrati sinonimima. U bilo kom trenutku, nemoguće je precizno i tačno opisati različite metode koje se koriste za pranje novca ili finansiranje terorizma. Čak šta više, te metode se razlikuju od jedne do druge države zbog broja karakteristika ili faktora koji su jedinstveni za svaku državu, uključujući ekonomiju, složenost finansijskog tržišta, AML (Anti Money Laundering) režim, napore izvršne vlasti i međunarodnu saradnju. Osim toga, ove metode se stalno menjaju.

Ipak, različite međunarodne organizacije su izradile veoma dobra uputstva koja se odnose na tehnike pranja novca i finansiranja terori-

zma. Tako FATF u svojim izveštajima redovno obrađuje aktuelne metode i vrste pranja novca.[30] Osim toga, brojna regionalna tela FATF-a takođe obezbeđuju relevantne informacije o različitim metodama pranja novca u pojedinim regionima gde se one nalaze.[31] Na kraju treba spomenuti i kompilaciju sto slučajeva koje se odnose na borbu protiv pranja novca i finansiranja terorizma finansijskih jedinica koje je objavila Egmont grupa.[32]

I pored postojanja različitih metoda pranja novca i finansiranja terorizma, sličnosti i razlike između ovih krivičnih dela postoje i najbolje se mogu videti u sledećoj tabeli:

	PRANJE NOVCA	**FINANSIRANJE TERORIZMA**
Priroda novca	Ilegalan	Legalan
Izvori	Nezakonito poreklo (novac potiče od krivičnog dela)	Donacije i popunjavanje postojećih fondova
Transakcije	Brzo prebacivanje novca sa računa na račun, preko granica, kroz regularne finansijske tokove, ulaganjem i podizanjem obrtnog kapitala	Obične transakcije (na nacionalnom i internacionalnom nivou)
Kvantitet novca	Velike svote novca	Male svote novca
Motivacija	Finansijska dobit	Vera u proklamovani terористički cilj
Faza u odnosu na krivično delo	Faza po izvršenom krivičnom delu	Faza koja predhodi izvršenju krivičnog dela
Otkrivanje	Lakše	Veoma teško
Zajednički faktori	Iskorišćavanje finansijskih sistema-narušavanje ekonomije i ugrožavanje društva-globalni problem-inkriminisan	Iskorišćavanje finansijskih sistema-narušavanje ekonomije i ugrožavanje društva-globalni problem-inkriminisan

[30] Vidi: 2003–04 FATF Report on Money Laundering Typologies, http://www.fatf-gafi.org/pdf/TY2004_en.pdf and prior reports, http://www.fatf-gafi.org/FATDocs_en.htm.

[31] See Chapter IV for a discussion of the FATF-style regional bodies.

[32] http://ww.fincen.gov/fiuinaction.pdf. Videti: Chapter III, The Egmont Group.

8. Međunarodna saradnja u borbi protiv pranja novca i finansiranja terorizma

Međunarodna pokretljivost i povezanost pripadnika kriminalnih organizacija raznih zemalja i njihova prekogranična kriminalna aktivnost ukazuje na neophodnost uspostavljanja operativne i efikasne saradnje policije, pravosudnih organa, službi bezbednosti i drugih nadležnih organa raznih zemalja, kao i smanjenje formalnosti na najmanju moguću meru. Nadležni organi za borbu protiv pranja novca i finansiranja terorizma u svakoj državi u cilju optimalnog obavljanja svojih zadataka finansijsko – obaveštajnog rada, moraju sarađivati sa takvim organima iz inostranstva po principu reciprociteta, i to spontano i na zahtev. I razmena podataka sa inostranstvom treba da bude zakonom omogućena. Takođe je neophodno razviti dobru bilateralnu saradnju sa brojnim upravama protiv pranja novca i finansiranja terorizma u drugim zemljama, a takva saradnja treba da rezultira i podnošenjem krivičnih prijava za krivično delo pranja novca ili finansiranja terorizma kako kod nas, tako i u drugim zemljama. U vezi sa međunarodnom saradnjom neophodno je istaći značaj 40 preporuka koje bi zemlje trebalo slediti a koje je donela Grupa finansijske akcije.[33]

Najefikasnije operacionalne mere mogu biti one koje su usvojene i koje dozvoljvaju razmenu informacija i mogućih akcija koje prelaze nacionalne granice, a međunarodni ugovori nude mehanizme za uspešne dogovore na tom polju saradnje.

Eskalacija pranja novca i finansiranja terorizma doveli su do povećanja svesti o mogućim posledicama, odnosno efektima pranja novca. To je takođe dovelo i do donošenja tri Direktive EU o borbi protiv pranja novca. Sve ove direktive su kreirane tako da zaštite finansijski sistem i druge "prijemčive" profesije (kao što je advokatura) da ne budu zloupotrebljene za pranje novca i finansiranje terorizma. Takođe, stvaranje jednog jedinstvenog tržišta je unapredilo legitimne poslove, ali je i dovelo do toga da se povećaju mogućnosti za pranje novca i obezbeđivanje sredstava za druga krivična dela.

Prva Direktiva o prevenciji i korišćenju finansijskih sistema u svrhe pranja novca doneta je 10. juna 1991. godine (91/308/EEC). Kao što se iz naziva same Direktive može videti, prvobitna zabrinutost

[33] Najsnažnije industrijske zemlje su se dogovorile da treba preduzeti drastične mere radi sprečavanja pranja novca stečenog kriminalnim radnjama i to ne samo na nacionalnom, nego i na međunarodnom nivou. U tom cilju Grupa sedmorice je formirala - Grupu finansiske akcije sa predstavnicima zemalja članica koja ima zadatak da prati, proučava i donosi peporuke kako se boriti protiv pranja novca.

je bila ta da će kreditne i finansijske institucije biti korišćene za pranje novca stečenog kriminalnim aktivnostima, ugrožavajući na taj način celokupan finansijski sistem. Ova Direktiva je postavila okvir za drugu i treću direktivu. Ona je ustanovila ključne preventivne mere kao što su identifikacija klijenata/kupaca, čuvanje podataka i osnovni metod izveštavanja o sumnjivim transakcijama. Na ovaj način su države članice usvojile jedinstve pristup u borbi protiv pranja novca štiteći na taj način jedinstveno tržište EU. Saradnja se na nivou EU u vreme važenja i primene ove direktive bazirala na saradnji FATF-a sa drugim međunarodnim telima.

Druga Direktiva (2001/97/EC) je doneta 4. decembra 2001. godine. Cilj druge direktive je bio da usavrši postojeće odredbe koje preuzela iz Prve direktive i da popuni pravne praznine rukovodivši se sa 40 preporuka koje je usvojio Financial Action Task Force - FATF. Ove odredbe su dosledno usvojene. Savet Evrope je ovo smatrao kao neophodnim korakom da bi države članice mogle dobiti sve detaljne informacije o sumnjivim finansijskim transakcijama u najrazličitijim državama. Druga Direktiva je usvojila širu definiciju pranja novca, proširujući krug predikatnih krivičnih dela i na korupciju. Predikatna krivična dela kao što je prodaja narkotika, ilegalno krijumčarenje oružja i dr. su kriminalne aktivnosti kojima se dolazi do nezakonitih prihoda. Zbog toga se pranje novca smatra derivativnim - izvedenim krivičnim delom, naime, pranje novca kao krivično delo može biti izvršeno samo ako je izvršeno neko predikatno krivično delo. Druga direktiva takođe je odredila ulogu i obaveze menjačnica, firmi za investiranje i prenos novca u borbi protiv pranja novca. Takođe je drugom direktivom određeno ko je nadležan za identifikaciju, praćenje, zamrzavanje, privremeno oduzimanje i konfiskaciju bilo koje imovine ili novca koji su u vezi sa kriminalnim aktivnostima. Druga direktiva je pokušala da odredi ulogu advokata kada učestvuju u finansijskim ili privrednim transakcijama. Ovo je naišlo na žestoko protivljenje u Evropskom Parlamentu. Smatralo se da bi se time povredila pravila o poverljivosti klijenta i potencijalno mogao narušiti integritet sudskog postupka. Zbog ovog protivljenja, advokati su ostali izuzeti od obaveze obaveštavnja nadležnih organa o podacima koje su dobili zastupajući ili braneći klijenta.

Treća Direktiva (2006/70/EC) je usvojena 26. oktobra 2005. godine, a njena primena je počela 01. avgusta 2006. godine. Ova direktiva je uzela u obzir sve izmenjene standarde FATF-a koji su se odnosili na pranje novca i finansiranje terorizma iz 2003. godine. Direktiva je po prvi put obuhvatila i neprofitne delatnosti i profesije kao što je advokatura. Od

svoje primene, direktiva je pooštrila režim borbe protiv pranja novca i finansiranja terorizma. Ona je naime postala primenljiva na advokate, notare, računovođe, agente, kazino klubove, kao i kompanije koje se bave davanjem kredita u svim slučajevima kada se radi o iznosu koji prelazi 15 000 eura. Za razliku od prve dve direktive, Treća je posebno regulisala pitanje finansiranja terorizma, propisujući posebne mere.

Treća direktiva je bila obavezna za države članice u smislu da im je ostavljen rok do kraja 2007. godine da je implementiraju u svoja nacionalna zakonodavstva. Prema pravu EU svaka država članica je odgovorna za primenu prava EU u okviru svog pravnog sistema. *Evropska Komisija* ima zadatak da obezbedi da sve države članice pravilno primenjuju propise EU i u tom kontekstu ima različita ovlašćenja ukoliko postoji neprihvatanje i neprimena prava EU. Komisija može da preduzme bilo koju akciju koju smatra prikladnom. Postoji prva faza koja prethodi sporu. U ovoj fazi se državi članici daje prilika da dobrovoljno prihvati zahteve postavljene u direktivi pre nego što Komisija pošalje formalno pismo kojim traži od države članice da u određenom roku mora da prihvati direktivu. Druga faza obuhvata davanje mišljenja Komisije zbog čega navodi svoje tvrdnje koje se odnose na to da država članica i dalje ne prihvata i ne primenjuje direktivu. Ukoliko i ova faza bude neuspešna, Komisija se obraća Evropskom sudu pravde (ECJ) (Article 226 of the EC Treaty). Ovo je predviđeno kao poslednja faza i korisiti se samo kao"poslednje sredstvo" i zavisi isključivo od diskrecione ocene Komisije. Oktobra 2008. godine Komisija je donela odluku da se obrati Evropskom sudu pravde zbog odbijanja Belgije, Irske, Španije i Švedske da primenjuju Treću Direktivu. Zahtev upućen Evropskom sudu pravde sadrži i zahtev za novčanim kažnjavanjem ovih država članica pored osnovne kazne. Decembra iste godine, Komisija se obratila sa istim zahtevom, ali koji se odnosi na Francusku i Poljsku.

Pored tri pomenute direktive, koje nesumnjivo igraju značajnu ulogu u međunarodnoj saradnji u borbi protiv pranja novca i finansiranja terorizma, postoje i druge mere EU kao što je ***Protokol uz Konvenciju o međusobnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima*** od 16. oktobra 2001. godine. Ovim protokolom je uređeno pitanje upućivanja zahteva za informacijama o identitetu vlasnika bankarskih računa, zahteva za detaljnim informacijama u vezi sa ovim računima i bankarskim transakcijama i zahteva za nadzorom nad bankarskim transakcijama. Bankarska tajna nije osnov za odbijanje ovog zahteva, a isto tako nije ni činjenica koja se odnosi na fiskalno krivično delo. Zbog navedenog se ovaj protokol smatra centralnim u EU za borbu protiv pranja novca. U primeni je od 5. oktobra 2005.

godine. Međutim, i posle osam godina od potpisivanja od strane država članica i dalje u pet država nije u primeni[34], pa zbog toga i dalje nema potpune prekogranične saradnje čak ni kada je u pitanju pribavljanje podataka o bankarskim računima.

Na ovom mestu treba spomenuti i ***Konvenciju o pranju, traženju, privremenom oduzimanju i konfiskaciji prihoda stečenih krivičnim delom*** – tzv. Varšavsku konvenciju. To je prvi primenljiv međunarodni ugovor koji se odnosi na prevenciju i kontrolu i pranja novca i finansiranja terorizma. Glavni „moto“ ove konvencije je da je ključna stvar za postizanje uspeha u borbi protiv pranja novca i finansiranja terorizma brz pristup finansijskim informacijama ili informacijama o imovini koju poseduju kriminalne organizacije, uključujući tu i terorističke grupe. Konvencija sadrži osnovne principe saradnje oko podataka na bankarskim računima i pristupa bazama bankarskih podataka.

Evropska Unija je 25. juna 2003. godine[35] zaključila sporazum sa SAD-om o međusobnoj pravnoj pomoći. Ovaj sporazum sadrži veoma značajne odredbe o pristupu podacima na bankarskim računima i bankarskim bazama podataka. Zahteva SAD-a je bio taj da sa svim državama članicama EU razmeni „pisane instrumente“ sa ciljem da bi saznali na koji način odredbe ovog sporazuma mogu da se primene na bilateralnoj osnovi. Ovo je bio izuzetno vremenski dug proces, a Grčka je poslednja država koja je sklopila bilateralni sporazum sa SAD-om 24. juna 2009. godine.

---

[34] Estonia, Greece, Italy, Ireland and Luxembourg. For further details on ratifications and entry into force see

Supplementary memorandum (6) by the Home Office, p 191 .

[35] OJ L181 of 19 July 2003, p 34. Sub-Committee E (Law and Institutions) of this Committee conducted a full inquiry into this agreement at the time of its negotiation and conclusion: *EU/US Agreements on Extradition and Mutual Legal Assistance,* 38th Report, Session 2002–03, HL Paper 153,

http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200203/ldselect/ldeucom/153/153.pdf

Tatjana Lukić, Ph.D., Assistant Professor
Novi Sad School of Law

Money Laundering and Financing Terrorism (at EU level)

Abstract

For most countries, money laundering and terrorist financing raise significant issues with regard to prevention, detection and prosecution. Sophisticated techniques used to launder money and finance terrorism add to the complexity of these issues. Such sophisticated techniques may involve different types of financial institutions; multiple financial transactions; the use of intermediaries, such as financial advisers, accountants, shell corporations and other service providers; transfers to, through, and from different countries; and the use of different financial instruments and other kinds of value-storing assets.

In this article the author deals with money laundering and financing terrorism at EU level and Republic of Serbia. The techniques used to launder money are essentially the same as those used to conceal the sources of, and uses for, terrorist financing. Funds used to support terrorism may originate from legitimate sources, criminal activities, or both. Nonetheless, disguising the source of terrorist financing, regardless of whether the source is of legitimate or illicit origin, is important. If the source can be concealed, it remains available for future terrorist financing activities. Similarly, it is important for terrorists to conceal the use of the funds so that the financing activity goes undetected.

By their very nature, money laundering and terrorist financing are geared towards secrecy and do not lend themselves to statistical analysis. Launderers do not document the extent of their operations or publicize the amount of their profits, nor do those who finance terrorism. Moreover, because these activities take place on a global basis, estimates are even more difficult to produce.

In this article the author deals with definitions and explanations regarding money laundering and terrorist financing, the link between the

two, the processes (placements, layering, integration), methods and typologies. The stages of terrorism financing are also the same as money laundering but there are also some differences which the author of this article stress.

The author also deals with the instruments for cooperation in combat against money laundering and financing terrorism at EU level and in the relation between EU and USA. Money laundering and the financing of terrorism more often than not take place in an international context. Measures adopted solely at national or even Community level, without taking account of international coordination and cooperation, would have very limited effects. Cooperation at EU level has been based on cooperation with the FATF and other international bodies. There are also other relevant EU measures - the Protocol to the Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters and the Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism—the Warsaw Convention. It is the first comprehensive international treaty covering both the prevention and control of money laundering and the financing of terrorism.

Key words: money laundering, financing terrorism, European Union, Warsaw Convention, FATF

Originalni naučni rad 343.23:502/504

Dr Dragiša Drakić, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

KRIVIČNO DELO ZAGAĐENJA ŽIVOTNE SREDINE[1]

***Sažetak**: U radu se analizira krivično delo zagađenja životne sredine, kao najznačajnije delo iz grupe krivičnih dela protiv životne sredine našeg Krivičnog zakonika.*

U uvodnim napomenama autor ukazuje na neophodnost obimne krivičnopravne zaštite životne sredine i navodi argumente kojima se to potvrđuje.

U drugom delu rada analizira se grupa krivična dela protiv životne sredine, kao i zaštitni objekt odnosne grupe krivičnih dela.

U trećem, centralnom delu svog naučnog rada, autor razmatra bitne elemente zakonskog opisa osnovnog, kao i težeg, oblika krivičnog dela zagađenja životne sredine. Istovremeno ukazuje na nepreciznost zakonskog definisanja ovog krivičnog dela i na probleme koji se, s tim u vezi, javljaju u teoriji krivičnog prava i sudskoj praksi, iznoseći svoje predloge u cilju njihovog prevazilaženja.

***Ključne reči**: krivično delo zagađenja životne sredine, krivičnopravna zaštita, Krivični zakonik, krivična dela protiv životne sredine.*

1. Opšte napomene

Savremena civilizacija zasniva se na primeni mnogobrojnih tehničkih dostignuća čije je funkcionisanje spojeno sa opasnošću od nastupanja raznovrsnih štetnih posledica. Te štetne posledice veoma često pogađaju i

[1] Ovaj naučni rad nastao je kao rezultat rada na projektu „Pravo Srbije u evropskoj perspektivi“ Ministarstva nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije u 2009. godini, br.149042.

čovekovu životnu sredinu. Ipak, ne mogu se zbog toga sve ove delatnosti zabraniti. Društvo mora tolerisati određene rizike, one koji su mu nužni, bez kojih se ne može zamisliti normalno odvijanje životnih tokova i civilizacijski napredak. Stoga je kod takvih opasnih delatnosti potrebno ustanoviti određena pravila ponašanja aktera događaja, da bi se napred navedene štetne posledice svele na najmanju moguću meru. To se čini odgovarajućim socijalnim pravilima, tehničkim normama, državnim propisima. Ukoliko se oni poštuju, nastupela šteta je onda društveno dopušteni rizik, nešto što se može i mora podnositi da bi se obezbedio društveni napredak. Tek ako se ove sigurnosne mere ne poštuju, te nastupi šteta koja nije smela nastupiti ili ona nastupi u većoj meri nego što je to bilo nužno, ili se zbog toga neopravdano uveća opasnost neke delatnosti, tada se takvo ponašanje mora sankcionisati.

Dakle, „dopušteno" zagađenje životne sredine je nužna posledica savremenog načina življenja. Ako bi se zabranile sve delatnosti kojima se zagađuje životna sredina, to bi bio život u stagnaciji, a dugoročno svakako i nesigurnosti. Zato se neke od ovih delatnosti moraju tolerisati, kao račun koji svi plaćamo napretku.[2] Ako su poštovane sve napred navedene mere zaštite, eventualno nastupela šteta nije pravno relevantna. Ukoliko su prekršene odnosne mere kod ovakvih delatnosti, kao i onih čiji socijalni značaj nije veliki te se eventualno nastupela šteta koja ih prati ne može kao dopuštena uključiti u pravni poredak, povreda nekog dobra, uključujući i životnu sredinu, mora se socijalno-etički negativno vrednovati. Taj socijalno-etički prekor ne može se uputiti odredbama krivičnog prava, ukoliko se u takvim situacijama može reagovati odredbama nekih drugih grana prava (pre svega upravnog, građanskog, prekršajnog ili prava o prevrednim prestupima[3]) i ako se mogu primeniti druge nekrivične mere zaštite. Na to nas upućuje supsidijerni karakter krivičnog prava. No, ako odredbe drugih grana prava nisu dovoljne, krivičnopravna reakcija pokazuje se kao neophodno potrebna. Krivično pravo je poslednje sredstvo zaštite životne sredine, ali i sredstvo bez kojeg se ova zaštita ne bi mogla u potpunosti ostvariti. Krivična dela kojima se povređuje ili ugrožava životna sredina, kao najteži kazneni delikti koji u sebi sadrže najveći stepen društvene opasnosti i koji u najvećoj meri oštećuju ili narušavaju životnu sredinu, posebno teško padaju čovečanstvu, jer dovode u pitanje njegov op-

[2] S tim u vezi, štetne posledice do kojih dolazi usled magnetnih polja ili „elektrosmoga" nije nešto čime bi se trebalo baviti krivično pravo.

[3] Naročito je karakteristična akcernost krivičnopravne zaštite životne sredine u odnosu na njenu upravnopravnu zaštitu. Vid. o tome, K.Lackner, K.Kühl, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, München, 2001, s.1207-1208.

stanak. Stoga je ono odlučno u borbi protiv ovih društveno štetnih pojava koje polako, a naročito u zemljama u tranziciji, poprimaju epidemijske razmere. U prilog tome navodimo činjenicu da je u poslednjih tridesetak godina na sceni povećanje broja krivičnih dela kojima se ugrožava ili povređuje životna sredina u gotovo svim krivičnim zakonodavstvima. Osnovni razlozi proširivanja „nadležnosti" krivičnog prava u oblasti zaštite životne sredine su, pored umnožavanja delatnosti kojima se zagađuje životna sredina, još i neefikasnost nepenalnih mera zaštite, nekontrolisana trka za profitom po bilo koju cenu, stvaranje novih izvora opasnosti zbog širenja i komplikovanja postojećih i stvaranja novih tehnoloških procesa, kao i jačanje „ekološke svesti" čovečanstva. To sve govori u prilog neophodnosti krivičnopravne zaštite životne sredine.

2. Krivična dela protiv životne sredine

Dok se u većini drugih oblasti krivičnopravne zaštite u poslednje vreme teži dekriminalizaciji određenih ponašanja, ili sužavanju kriminalne zone propisivanjem dodatnih uslova pod kojima neko može biti kažnjen, u oblasti krivičnopravne zaštite životne sredine situacija je drugačija. Sve intenzivnije i bezobzirnije uništavanje životne sredine prinudili su čovečanstvo da primeni radikalniji pristup u njenoj zaštiti, te da u većoj meri nego ranije angažuje najrepresivniju granu prava – krivično pravo. Vreme će pokazati da li će pojačana krivičnopravna zaštita životne sredine ispuniti svoj cilj.

S tim u vezi, pre pedesetak godina gotovo da i nisu postojala krivična dela u krivičnim zakonodavstvima koja su primarno štitila životnu sredinu. Do otprilike sredine dvadesetog veka ona se štitila tek uz neki drugi, primarni objekt zaštite. Tek kasnije nastaju krivična dela koja, pre svega i u prvom redu, imaju za cilj da zaštite životnu sredinu. U našem krivičnom pravu takva krivična dela počinju da se javljaju tek 1977. godine.

Mogu se zapaziti dva pristupa u inkriminisanju pojedinih ponašanja „ekološkog kriminaliteta" kao krivičnih dela. Na jednoj strani nalaze se krivična dela koja za svoju posledicu imaju apstraktnu opasnost po životnu sredinu. Kod takvih dela ne čeka se da nastupi konkretna opasnost ili povreda životne sredine, pa da se tek onda reaguje, već se inkriminiše ponašanje koje redovno, po pravilu, dovodi do ovakvih posledica, ne čekajući da do njih i dođe u konkretnom slučaju. Na drugoj strani nalaze se krivična dela koja za svoju posledicu imaju povredu ili konkretno ugrožavanje nekog „ekološkog dobra". Dok se ove posledice moraju i dokazati u krivičnom postupku, apstraktna opasnost se ne dokazuje, ona se neobo-

rivo pretpostavlja, samim tim što je preduzeta radnja kao tipični nosilac opasnosti po životnu sredinu. Naše krivično pravo poznaje obe vrste ovih krivičnih dela.

U novom Krivičnom zakoniku Srbije postoji osamnaest krivičnih dela protiv životne sredine, koja se nalaze u glavi dvadeset četvrtoj Zakonika.[4] Tu spadaju: *Zagađenje životne sredine* (čl.260), *nepreduzimanje mera zaštite životne sredine* (čl.261), *protivpravna izgradnja i stavljanje u pogon objekata i postrojenja koja zagađuju životnu sredinu* (čl.262), *oštećenje objekata i uređaja za zaštitu životne sredine* (čl.263), *oštećenje životne sredine* (čl.264), *uništenje, oštećenje i iznošenje u inostranstvo zaštićenog prirodnog dobra* (čl.265), *unošenje opasnih materija u Srbiju i nedozvoćeno prerađivanje, odlaganje i skladištenje opasnih materija* (čl.266), *nedozvoljena izgradnja nuklearnih postrojenja* (čl.267), *povreda prava na informisanje o stanju životne sredine* (čl.268), *ubijanje i mučenje životinja* (čl.269), *prenošenje zaraznih bolesti kod životinja i biljaka* (čl.270), *nesavesno pružanje veterinarske pomoći* (čl.271), *proizvodnja štetnih sredstava za lečenje životinja* (čl.272), *zagađivanje hrane i vode za ishranu, odnosno napajanje životinja* (čl.273), *pustošenje šuma* (čl.274), *šumska krađa* (čl.275), *nezakonit lov* (čl.276) i *nezakonit ribolov* (čl.277). Pored toga, neka krivična dela kojima se ugrožava ili povređuje životna sredina nalaze se i u sporednom krivičnom zakonodavstvu. Tako, u Zakonu o proizvodnji i prometu otrovnih materija nalazi se jedno[5], u Zakonu o vodama - tri[6], a u Zakonu o rudarstvu - takođe tri takva krivična dela[7].

Pre nego što pređemo na razmatranje pojedinih inkriminacija treba reći, da se objekt zaštite ove grupe krivičnih dela ne sme shvatiti u širem, nesupstancijalnom smislu, već u smislu različitih eko-medijuma (voda, vazduh, zemljište) i njihovih posebnih pojavnih formi (biljni i životinjski svet). Ovde je takođe potrebno naglasiti da se životna sredina ne štiti odredbama krivičnog prava sebe radi, već da bi se ljudima

---

[4] Bez obzira na brojnost inkriminacija kojima se primarno štiti životna sredina u našem novom Krivičnom zakoniku, krivičnopravna zaštita odnosnog pravnog dobra još nije sveobuhvatna. Tako, njome se ne obuhvata zaštita od buke. Ovaj oblik ugrožavanja životne sredine nije inkriminisan ni u sporednom krivičnom zakonodavstvu, tako da je ostao na nivou prekršajne zaštite.

[5] Videti čl.59 Zakona o proizvodnji i prometu otrovnih materija, „Službeni list SRJ“ br. 15/95; 28/96; 37/2002 i „Službeni glasnik RS“ br. 101/2005.

[6] Videti čl.114-116 Zakona o vodama, „Službeni glasnik RS“ br.46/91; 59/93; 67/93; 48/94; 54/96 i 101/2005.

[7] Videti čl.89-91 Zakona o rudarstvu, „Službeni glasnik RS“ br.44/95; 101/2005; 85/2005 i 34/2006.

današnjice očuvali i osigurali humani uslovi života u najširem značenju, kao i da bi se oni preneli na buduće generacije.[8] Ona je dakle samostalno pravno dobro samo kada se posmatra u relaciji prema sadašnjim i budućim interesima ljudi. Životna sredina je pravno dobro zajednice.[9] Ipak, ono je specifično u tom smislu da egzistencija individualnih dobara (život, zdravlje, sloboda i dr.) i njihov kvalitet zavise od ovog kolektivnog dobra. Stoga se životna sredina ne može strogo, faktički, od ovih drugih dobara odvojiti, otcepiti, a da to ne bude veštački i samo deklarativno. Oni su međusobno povezani i uslovljeni u većoj meri nego što je to slučaj sa odnosom drugih dobara pojedinaca i dobara zajednice.

U daljem tekstu razmotrićemo krivično delo zagađenja životne sredine, što predstavlja glavni predmet našeg naučnog rada.

3. Zagađenje životne sredine

Ovo je fundamentalno krivično delo protiv životne sredine.[10] Njime se štiti pravo čoveka na zdravu i očuvanu prirodnu sredinu, što je podignuto i na rang ustavnog prava[11], a u cilju obezbeđenja humanih uslova života za sadašnje i buduće generacije.

a) Osnovni oblik ovog dela čini onaj „*ko kršeći propise o zaštiti, očuvanju i unapređenju životne sredine zagadi vazduh, vodu ili zemljište u većoj meri ili na širem prostoru*“.[12]

Da bi postojalo ovo delo moraju dakle biti ispunjena tri uslova. Prvi uslov je da je došlo do zagađenja vazduha, vode ili zemljišta. Drugi – da je do toga došlo kršenjem propisa o zaštiti, očuvanju i unapređenju životne sredine. I treći – da je do zagađenja vazduha, vode ili zemljišta došlo u većoj meri ili na širem prostoru.

1. Radnja izvršenja ovog dela sastoji se u preduzimanju neke delatnosti koja ima za posledicu zagađenje vazduha, vode ili zemljišta. Dakle, Zakonik ne opisuje radnje koje mogu dovesti do navedenih po-

---

[8] Tako, K.Lackner, K.Kühl, ibid, s.1211. Videti o tome detaljnije, Z.Stojanović, Kaznenopravna zaštita životne sredine u Jugoslaviji - Pravna zaštita životne sredine, Beograd, 1991, str.35-36.

[9] U teoriji krivičnog prava sva dobra koja se štite odredbama krivičnog prava dele se na dobra pojedinca i dobra zajednice.

[10] Uprkos tome, ova inkriminacija se od njenog uvođenja u naše krivično zakonodavstvo 1977. godine pa do danas retko primenjivala. Tako, Z.Stojanović, Komentar Krivičnog zakonika, Beograd, 2006, str.603.

[11] Videti čl.19 Ustava Srbije.

[12] Videti čl.260 st.1 KZ.

sledica. Stoga se kao radnja izvršenja odnosnog dela može javiti svaka delatnost čoveka koja je podobna da zagadi vazduh, vodu ili zemljište. To može na primer biti ispuštanje štetnih otpadnih voda, sagorevanje opasnih materija kojima se zagađuje vazduh, sipanje u vodu, vodotok ili jezero[13], odnosno na zemlju[14], otrovnih hemikalija ili drugih supstanci koje ih na taj način čine opasnim za život ili zdravlje ljudi, odnosno za životinje ili biljke, zatim propuštanjem da se preduzmu neophodne zaštitne mere od zagađivanja ili da se ugrade odgovarajući uređaji za prečišćavanje.[15] To može biti i svaka druga delatnost. Nemoguće je da se unapred odredi katalog mogućih radnji izvršenja ovog krivičnog dela. Međutim, ukoliko je nekom od navedenih ili drugih radnji prouzrokovano zagađenje vode za piće, neće postojati ovo, već krivično delo „Zagađivanje vode za piće i životnih namirnica" koje spada u grupu krivičnih dela protiv zdravlja ljudi.[16]

Pod zagađivanjem vode, vazduha ili zemljišta, u smislu posledice predmetnog krivičnog dela, podrazumeva se svaka veštačka promena prirodnih karakteristika navedenih eko-medijuma koja može ugroziti psiho-fizički integritet čoveka ili prourokovati štetu za biljni ili životinjski svet.

Ovde smo namerno upotrebili izraz „psiho-fizički integritet čoveka", a ne „zdravlje", da ne bi došli u situaciju da se uvek kada se radi o ovom krivičnom delu naređuje medicinsko veštačenje. S tim u vezi, za procenu da li je nastupila posledica nije relevantan medicinski pojam bolesti odnosno zdravlja. Tako, radnja izvršenja je i svaka ona delatnost koja ima za posledicu glavobolju, kašalj, muku, povraćanje, ali ne i ona koja ima za posledicu obično uznemirenje građana,[17] jer ista po pravilu nije podobna da ugrozi psiho-fizički integritet čoveka.

Što se tiče štete za biljni ili životinjski svet u smislu predmetne inkriminacije, ova posledica ne bi se mogla prouzrokovati i npr. preteranom eksploatacijom zemlje ili njenim „zaparloženjem", jer se ovom

---

[13] Nije nužno da se vodene površine zagade neposredno. Radnja izvršenja ovog dela može se sastojati i u na primer ispuštanju otrovnih hemikalija u kanalizaciju, ili u ispuštanju velike količine benzina u zemlju koji dospe do vodenog toka.

[14] Na zemlju se takođe može delovati direktno, kao npr. odlaganje štetnog otpada, preterano korišćenje sredstava za zaštitu biljaka, ili indirektno, kao npr. imisije industrijskih postrojenja.

[15] Tako, LJ.Lazarević, Komentar Krivičnog zakonika Republike Srbije, Beograd, 2006, str.682.

[16] Videti čl.258 Krivičnog zakonika.

[17] Tako i H.Tröndle, T.Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 50. Auflage, München, 2001, s.1917.

inkriminacijom navedeni eko-medijumi štite kvalitativno, a ne „kvantitativno".

Potrebno je naglasiti da radnja izvršenja ne mora biti preduzeta jednokratno. Pod radnjom izvršenja odnosnog dela podrazumeva se i jedna kontinuirana delatnost, koja se sastoji od više pojedinačnih radnji koje, svaka za sebe, nisu podobne da prouzrokuju posledicu dela, pod uslovom da su u svom kumulativnom dejstvu imale za posledicu zagađenje vazduha, vode ili zemljišta u napred navedenom smislu.

2. Neophodno je da je do zagađenja vazduha, vode ili zemljišta nekom radnjom čoveka došlo kršenjem propisa o zaštiti, očuvanju i unapređenju životne sredine.

Postoji u našem pravu veliki broj propisa koji imaju za cilj da osiguraju zaštitu životnoj sredini, odnosno, da je očuvaju i unaprede. Da bi se ti ciljevi ostvarili, odnosni propisi, između ostalog, nalažu pojedinim licima da se ponašaju na određeni način u konkretnim situacijama, ili zabranjuju svim ili samo nekim osobama da preduzimaju pojedine delatnosti koje se protive interesima zaštite, očuvanja i unapređenja životne sredine. S tim u vezi, kršenje propisa, u smislu ovog uslova, može se izvršiti, kako preduzimanjem zabranjene delatnosti, tako i nepreduzimanjem delatnosti koja se morala preduzeti.

Da bi znali da li postoji ovo krivično delo moraju se dakle konsultovati odgovarajući nekrivični, upravnopravni, propisi. Ipak, neki autori ističu da zavisnost postojanja odnosnog dela od odgovarajućih nekrivičnih propisa i nije toliko velika koliko to na prvi pogled izgleda, jer kada su ostvareni ostali elementi bića krivičnog dela (zagađivanje vazduha, vode ili zemljišta u većem obimu ili na širem prostoru) ostvaren je po pravilu i uslov u pogledu kršenja propisa o zaštiti, čuvanju i unapređenju životne sredine.[18]

Smatramo da se stvari moraju posmatrati iz drugog ugla. Naime, iako je s jedne strane tačna konstatacija da iz ispunjenosti ostalih elemenata bića krivičnog dela po pravilu sledi ispunjenost uslova u pogledu kršenja odgovarajućih upravnopravnih propisa, ne može se s druge strane reći da zbog toga zavisnost odnosnog dela od ovih nekrivičnih propisa i nije toliko velika. Tako, kršenje propisa o zaštiti, čuvanju i unapređenju životne sredine nije element bića krivičnog dela zagađenja životne sredine, već je element njegove protivpravnosti.[19] Da bi znali da li je

[18] Tako, Z.Stojanović, Komentar Krivičnog zakonika, ibid, str.602.

[19] Tako i G.Arzt, U.Weber u kontekstu odgovarajućeg krivičnog dela kojim se zagađuje životna sredina nemačkog Krivičnog zakonika. Videti, Strafrecht – Besonderer Teil, Bielefeld, 2000, s.898.

određeno ponašanje kojim se zagađuje životna sredina krivično - protivpravno, moramo konsultovati odnosne upravnopravne propise. Stoga je kršenje ovih upravnopravnih propisa ovde podignuto na rang zabranjenog ponašanja u krivičnom pravu, uz ispunjenost još nekih dodatnih uslova iz odnosne inkriminacije. Iz ovog ugla posmatrano, zavisnost postojanja ovog krivičnog dela od odgovarajućih upravnopravnih propisa je potpuna.

3. Konačno, za postojanje krivičnog dela neophodno je da je do zagađivanja vazduha, vode ili zemljišta došlo u većoj meri ili na širem prostoru.

Smisao ovog uslova je da se predmetno krivično delo razgraniči od odgovarajućih prekršaja ili privrednih prestupa koji takođe imaju za posledicu zagađivanje vazduha, vode ili zemljišta. Tako, ukoliko nije došlo do zagađenja navedenih eko-medijuma u većoj meri ili na širem području postoji prekršaj ili privredni prestup – i obrnuto.

Zakonska formulacija ovog obeležja je neprecizna. Iz nje se ne može zaključiti kada je ovaj uslov ispunjen. Stoga je prepušteno sudskoj praksi da odredi kriterijume pomoću kojih će se doći do odgovarajućeg zaključka. Ipak, generalno se može reći da je u pitanju takvo zagađenje koje „u većoj meri prelazi okvire tolerantne koncentracije ili koje, mada u granicama dozvoljenosti, zahvata velike površine“.[20] Najvažniji orjentacioni kriterijum za određivanje ovih nepreciznih pojmova su svakako granične vrednosti maksimalno dozvoljenog zagađenja pojedinih eko-medijuma, koje su predviđene upravnopravnim propisima. U svakom slučaju, ovde se moraju primeniti ekološki, a ne ekonomski kriterijumi i merila.

Krivično delo je dakle izvršeno kada je činjenjem ili propuštanjem došlo do zagađenja vazduha, vode ili zemljišta u većoj meri ili na širem prostoru, kršenjem propisa o zaštiti, očuvanju i unapređenju životne sredine.

Učinilac ovog dela može biti, kako službeno, tako i svako drugo lice. Delo se može izvršiti sa umišljajem ili iz nehata.[21] Za umišljajno izvršenje dela učiniocu se može izreći do tri godine zatvora, a za nehatno – novčana kazna ili zatvor do jedne godine.

b) Ovo delo ima i svoj teži oblik. On se od osnovnog oblika razlikuje samo po tome što je za njegovo postojanje neophodno nastupanje teže posledice koja se ogleda u tome, da je „*došlo do uništenja ili oštećenja biljnog ili životinjskog sveta velikih razmera ili do zagađenja životne sre-*

[20] LJ.Lazarević, ibid.

[21] Nehatni oblik ovog dela propisan je u čl.260 st.2 KZ.

dine u toj meri da su za njegovo otklanjanje potrebni duže vreme ili veliki troškovi".[22]

I kod ovog oblika dela Zakonik neodređenim i nepreciznim izražavanjem dovodi u pitanje dosledno sprovođenje načela zakonitosti.[23]

Stoga je i ovde, kao i kod osnovnog oblika, prepušteno sudskoj praksi da ustanovi odgovarajuće kriterijume i da pomoću njih dođe do odgovora na pitanje šta se podrazumeva pod zakonskim izrazom „velike razmere", odnosno, izrazima „duže vreme" i „veliki troškovi".

Posebno je problematična interpretacija prve kvalifikatorne okolnosti. Naime, odgovor na pitanje, da li je došlo do uništenja ili oštećenja biljnog ili životinjskog sveta velikih razmera, naša sudska praksa vezuje za određeni novčani iznos. Tako, ako nastupela šteta, kada se ista izrazi u novcu, prelazi određenu visinu novčanog iznosa izraženog u dinarima, ispunjen je ovaj uslov - i obrnuto.[24]

Ovakvoj interpretaciji može se uputiti ozbiljan prigovor. Naime, ekološko dobro nije nešto što se može izražavati u novcu, pa se ni šteta koju je ono pretrpilo ne može na taj način adekvatno iskazati. S tim u vezi, postoje ugrožene biljne i životinjske vrste čije bi i najmanje oštećenje ili uništenje predstavljalo nenadoknadiv gubitak za čovečanstvo, koji se gubitak samim tim ne može novčano iskazati. Dalje, postoje neke biljne ili životinjske vrste koje uopšte nemaju tržišnu vrednost (npr. mahovina) ili je ta vrednost tako niska da bi bilo neophodno da dođe gotovo do istrebljenja određenih životinjskih ili biljnih vrsta u određenom eko-medijumu pa da se primeni odnosna zakonska odredba, što je praktično nemoguće. Sve ovo govori u prilog tome da se dosadašnja praksa vezivanja odnosne kvalifikatorne okolnosti za novčani iznos mora napustiti. Visina štete iskazane u novcu, kada i ako je moguće izvršiti ovakvo transferisanje u pojedinačnom slučaju, svakako jeste važan parametar prilikom procene da li je ispunjen ovaj uslov, ali ne i jedini indikator od kojeg zavisi konačan sud o tome.

Kada su u pitanju druge dve kvalifikatorne okolnosti, to jest, da je za saniranje zagađenja potrebno duže vreme, ili da su za to potrebni veliki

---

[22] Videti čl.260 st.3 KZ.

[23] Na taj način se krši jedan segment načela zakonitosti koji se izražava formulom *nullum crimen, nulla poena sine lege certa,* tj. zahtev da krivičnopravne norme moraju biti u što većoj meri određene i precizne. O načelu zakonitosti i njegova četiri segmenta videti detaljnije u npr. U. Ebert, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Heidelberg, 2001, s.6-7. Drugim rečima, prilikom propisivanja pojedinih inkriminacija zakonodavac treba da izbegava korišćenje neodređenih normi, koje međutim egzistiraju i u osnovnom i u težem obliku krivičnog dela zagađivanja životne sredine.

[24] Videti o tome detaljnije, Z.Stojanović, ibid, str.602-603.

troškovi, situacija je manje delikatna. Naime, „duže vreme“ i „veliki troškovi“ su termini koji se mogu pojmovno definisati i smisleno odrediti u kontekstu ove inkriminacije, tako da je ovde moguće da sudska praksa zauzme načelan stav o određenim kvantifikacionim vrednostima koje, ako se pređu, ukazuju na posebnu društvenu opasnost zagađivanja životne sredine. Ipak, i ovde se treba čuvati „šablonizma“ u rešavanju pojedinačnih slučajeva, jer svaki događaj je „priča za sebe“, te se i prilikom ove procene moraju uzeti u obzir sve okolnosti konkretnog slučaja.

Potrebno je istaći da je za pravilno ispitivanje postojanja svih napred pomenutih kvalifikatornih okolnosti neophodno odrediti odgovarajuće veštačenje, pri čemu je dužnost veštaka da sudu pruži korisne podatke iz njegove struke koji će mu pomoći da donese konačan zaključak o tome da li je u pitanju teži oblik predmetnog krivičnog dela ili to nije slučaj. Dakle, zadatak veštaka je da sudu prezentuje činjenice iz oblasti za koju je jedino on stručan, a pravnu ocenu tako podnetog činjeničnog materijala vrši sudija, koji je s tim u vezi jedini ovlašćen da se izjašnjava o tome, da li je došlo do uništenja ili oštećenja biljnog ili životinjskog sveta „velikih razmera“, ili je životna sredina toliko zagađena da je za otklanjanje zagađenja potrebno „duže vreme“ ili „veliki troškovi“.[25]

Ukoliko je neka od ovih kvalifikatornih okolnosti proistekla iz umišljajnog osnovnog dela, učiniocu takvog težeg oblika krivičnog dela zagađenja životne sredine može se izreći kazna zatvora od jedne do osam godina, a ako je kvalifikatorna okolnost proistekla iz osnovnog oblika krivičnog dela počinjenog iz nehata, učiniocu se može izreći zatvor od šest meseci do pet godina.[26]

[25] Isto važi i za kvalifikativ „u većoj meri ili na širem prostoru“ osnovnog oblika krivičnog dela. To je takođe pravno pitanje o kojem se mora izjasniti sudija, a ne veštak.

[26] Ovaj teži oblik nehatnog krivičnog dela propisan je u čl.260 st.4 KZ.

Dragiša Drakić, Ph.D., Assistant Professor
Novi Sad School of Law

Criminal Offence of Environmental Pollution

Abstract

In this paper the criminal offence of environmental pollution is being analyzed as the most significant offence from the group of criminal offences against the environment in our Criminal Code.

In introductory remarks, the author points to the necessity of comprehensive criminal law protection of the environment, and lists arguments to support this claim.

The second part of the paper provides an analysis of the group of criminal offences against the environment, as well as the object protected by this group of criminal offences.

In the third, central part of this scholarly paper, the author examines the crucial elements of the legal concept of the principal, as well as, the grave form of the criminal offence of environmental pollution. At the same time, the author points to the imprecise legal definition of this criminal offence and to the problems that, as a result, occur in the criminal law theory and judicial practice, while offering his suggestions for solving these problems.

Key words: Criminal Offence of Environmental Pollution, criminal law protection, Criminal Code, criminal offences against the environment.

Originalni naučni rad 342.531.2(497.11)

Dr Slobodan Orlović, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

PRIRODA I PRIPADNOST POSLANIČKOG MANDATA U USTAVNOM SISTEMU SRBIJE

Sažetak: *Ustav Republike Srbije članom 102 nastoji da reši u višestranačkoj Srbiji sporno pitanje: kome pripada poslanički mandat kada narodni poslanik napusti političku stranku na čiji predlog je izabran za tu funkciju? Ustav je nesvakidašnjim rešenjem, kojim daje poslaniku slobodu da se odrekne mandata u korist političke stranke, stvorio tlo za dalje polemike o prirodi i pripadnosti poslaničkog mandata u našem sistemu.*

Stavljanje mandata na raspolaganje političkoj stranci je neka vrsta pravnog posla koji može biti politički motivisan (iznuđen). U vezi sa ovim pitanjem sučeljava se pravna i politička argumentacija, tumačeći ovu ustavnu normu, a i ceo ustavni sistem, tako da štiti narodnog poslanika ili, pak, političku stranku. Pitanja u vezi sa narodnom suverenošću, položajem i ulogom parlamenta i političkih stranaka, izbornim sistemom, daju širi kontekst analizi prirode i pripadnosti poslaničkog mandata.

Ključne reči*: Ustav, poslanički mandat, narodni poslanik, politička stranka, priroda i pripadnost mandata.*

Uvod

U drugom stavu člana 102 Ustava Republike Srbije (u daljem tekstu: član 102 Ustava) daje se narodnom poslaniku sloboda da „pod uslovima određenim zakonom, neopozivo stavi svoj mandat na raspolaganje političkoj stranci[1] na čiji predlog je izabran za narodnog poslanika“. Ovaj

[1] U radu se kao sinonimi koriste termini „politička stranka“ i „politička partija“.

član Ustava uređuje i početak, trajanje i prestanak mandata narodnog poslanika, kao i nespojivost poslaničkog mandata sa drugim funkcijama, poslovima i dužnostima za koje je zakonom utvrđeno da predstavljaju sukob interesa, ali ćemo u ovom radu obratiti pažnju, u prvom redu, na napred pomenutu „slobodu".

Pretpostavljamo da je ustavotvorac imao nameru da se se ovom odredbom do tada kod nas sporno pitanje: „čiji je mandat – poslanički ili stranački?", reši. I to u samom Ustavu. Ipak, član 102 Ustava na to pitanje nije dao konačan odgovor, već je izazvao nove kritike kako političkih subjekata tako i naučne i stručne javnosti. U Republici Srbiji je ovo pitanje stalno aktuelno jer su polemike oko toga kome zapravo pripada mandat kada dođe do političkog sukoba narodnog poslanika i političke stranke (koalicije) na čijoj listi je taj poslanik izabran, nalazile izvorište i u praksi. Narodni poslanici su menjali političke stranke napuštajući jednu i prilazeći drugoj, ali to nije automatski značilo i gubitak poslaničkog mandata.

Pitanju „čiji je mandat" prethodi pitanje „kakav je mandat", odnosno kakva je njegova priroda, da li je slobodan ili vezan (imperativan)? Od početaka višestanačke Narodne skupštine (1990) naovamo, vladajuće političke stranke, a bilo je primera i u opoziciji, nastoje da prirodu poslaničkog mandata tumače shodno svom interesu. U teoriji i praksi danas široko prihvaćen slobodan poslanički mandat[2] shvatan je po potrebama aktuelne (dnevne) politike, pa je on tako jedanput mogao da pripadne poslaniku, a drugi put političkoj stranci. Stavovi političkih stranaka pa i dela stručne javnosti građeni su na pragmatizmu, retko doktrinarno: ako je u pitanju narodni poslanik koji je napustio „naše" stranačke redove, „mi" smo stava da se mandat mora vratiti jer on pripada političkoj stranci sa čije liste je poslanik izabran, u suprotnom, kada poslanik napusti članstvo ili poslanički klub druge političke stranke, „naš" stav će opredeliti činjenica da li se radi o stranci koja je „naš" politički saveznik ili, pak, oponent. Iako ovakva rezonovanja prati određena pravna argumentacija, ona nije presudna već sledi, obrazlaže pa čak i zamagljuje stav o pripadnosti poslaničkog mandata, koji je motivisan pretežno izvanpravnim elementima.

---

[2] U ustavima Nemačke (član 38), Italije (član 67), Španije (član 67), Francuske (član 23)... Neka vrsta imperativnog mandata sa mogućnošću opoziva postoji u Evropi još u nekim Švajcarskim kantonima (Bern, Šafhauzen, Tičino...), opoziv predstavnika (eng. *recall*) moguć je u nekim državama SAD, kanadskoj Britanskoj Kolumbiji, Venecueli... *Report on the imperative mandate and similar practices*, European commission for democracy trough law (Venice commission), Study No. 488/2008, http://www.venice.coe.int/docs/2009/CDL-AD(2009)027-e.asp [23. novembar 2009].

Sadašnji Ustav ne sadrži eksplicitnu normu o slobodnom poslaničkom mandatu[3] (izričitu odredbu nije imao ni Ustav Republike Srbije od 1990), ali nastoji da razreši dileme oko pitanja čiji je poslanički mandat. Međutim, dešavanja u sadašnjem sazivu Narodne skupštine kazuju nam da Ustav nije uspeo da „uvede red" po ovom pravnom i političkom pitanju. Tako su priroda i pripadnost poslaničkog mandata, „vlasništvo" nad njim, u Srbiji i dalje predmet rasprava i sporenja - od domena koji se tiče suštine celog političkog sistema (npr. jemstvo i priznanje uloge političkih stranaka), sve do tehničkih detalja skupštinske procedure (npr. ovlašćenje za podnošenje blanko ostavke).

Pitanja u vezi sa narodnom suverenošću i ulogom parlamenta u današnjim državama, sistemima raspodele poslaničkih mandata, odnosom birač - stranka - poslanik i organizacijom političkih stranaka, slobodnim i vezanim mandatom, parlamentarnom procedurom, daju širi kontekst temi ovog rada i pomažu tumačenju člana 102 Ustava, pa će i o njima biti reči.

Narodna suverenost i parlament

Ustavno načelo podele vlasti nam kazuje da je parlament nosilac zakonodavne vlasti. „Narodna skupština je najviše predstavničko telo i nosilac ustavotvorne i zakonodavne vlasti u Republici Srbiji". „Narodnu skupštinu čini 250 narodnih poslanika koji se biraju na neposrednim izborima..."[4] Iz ovih odredbi Ustava proizlazi da su narodni poslanici predstavnici onih koji ih biraju - građana (predstavničko telo), da je telo koje čine poslanici najviše predstavničko telo (postoje i druga, niža predstavnička tela) i da je veza koja se ostvaruje na izborima između građana i poslanika neposredna (neposredni izbori). Preovlađujući stav u ustavnopravnoj teoriji je da su građani, tj. narod nosioci suverenosti,[5] iz čega dalje proizlazi da su poslanici zapravo predstavnici narodne suverenosti. Poslanici su mandat da predstavljaju narod tj. narodnu suverenost, dobili direktno od građana, bez posrednika (neposredni izbori) pa je i logično da telo koje čine predstavnici narodne suverenosti bude najviše i da nosi najvišu vlast – ustavotvornu i zakonodavnu.

---

[3] U Ustavu Francuske, na primer, postoji odredba da je „Svaki imperativni mandat (je) ništav" (član 23), u Ustavu Italije piše da „Članovi parlamenta predstavljaju naciju; - oni su slobodni od imperativnog mandata" (član 67).

[4] Članovi 98 i 100 Ustava.

[5] Suverenost (suverena vlast) je najviša vlast u državi. Pored teorije o narodnoj suverenosti postoje i teokratske teorije (nosilac suverenosti je Bog), legitimističke teorije (nosilac suverenosti je dinastija), teorije o nacionalnoj suverenosti (nosilac suverenosti je nacija), marskističke teorije (nosilac suverenosti je vladajuća klasa). Vidi: Ratko Marković, *Ustavno pravo i političke institucije*, Beograd, 2008, str. 152-158.

Ove odredbe ukazuju na značaj poslaničke funkcije u našem ustavnom sistemu kojoj se daje rang najviše vlasti. Međutim, u savremenim državama pa tako i u Srbiji, konkretna, opipljiva vlast parlamenta hronično opada[6] a time i poslanička funkcija gubi politički kapacitet. Stvarna vlast se nalazi u izvršnoj vlasti pa su „neposredno izabrani predstavnici narodne suverenosti koji čine najviše predstavničko telo“ zapravo zavisni narodni poslanici od izvršne vlasti (pozicija) i od svojih političkih stranaka (opozicija). Položaj parlamenta je takav da pre sluša nego li kontroliše vladu, što nam kazuje da su poslanici, iako izabrani neposredno od građana, većinom u ulozi nekoga ko provodi, a ne kreira i rukovodi. Samo manjina narodnih poslanika, opozicija, nastoji da stvarno kontroliše vladu s namerom da je učini politički odgovornom i pobedi na sledećim izborima (kontrola vlasti radi vlasti).

Činjenica da parlament već dugo nije centar političkog odlučivanja (da li je ikada i bio?), već je pod preovlađujućim uticajem izvršne vlasti, utiče na pravni status poslanika i prirodu njihovog mandata. Vrh izvršne vlasti i vođstvo političkih stranaka hijerarhijski stoji nad poslanikom, odlučujući o njegovom statusu – da li će biti poslanik i do kada, i o njegovom radu - kako će glasati. Narodna skupština kao institucija nema ni volju ni pravne istrumente da efikasno podrži narodnog poslanika u njegovom sukobu sa političkom strankom koja sudeluje u izvršnoj vlasti.

Ustavne odredbe da građani „...preko svojih slobodno izabranih predstavnika“ vrše suverenost koju „nijedan državni organ, politička organizacija, grupa ili pojedinac ne može prisvojiti“[7] šalju drugačiju poruku u odnosu na odredbe člana 102 Ustava o slobodi poslanika da stavi mandat na raspolaganje političkoj stranci. Prve odredbe nam kazuju da niko, pa ni političke stranke nisu iznad narodne suverenosti, a iz potonjih saznajemo da su „slobodno izabrani predstavnici“ u stvari potčinjeni ne volji naroda već volji političkih stranaka koje odlučuju o poslaničkom mandatu.

Sistemi raspodele mandata za predstavničko telo

Na prirodu poslaničkog mandata deluje i sistem raspodele mandata nakon izbora ali, stiče se utisak, drugačije nego načelo narodne suverenosti. U većinskom izbornom sistemu kandidovanje je pojedinačno i bira se, uglavnom, jedan poslanik u maloj izbornoj jednici. Tako se uspostavlja

[6] Vidi: Džejms Brajs (Bryce), *Savremene demokratije*, III, Beograd, 1933, str 3-40.

[7] Član 2 Ustava. Slično kao u Ustavu Francuske, član 3.

čvršća veza između birača i kandidata odnosno poslanika (kandidat je uglavnom poznat u izbornoj jedinici). U proporcionalnom izbornom sistemu kandidati su na stranačkim ili koalicionim izbornim listama,[8] izborne jedinice su veće i veza između birača i kandidata je slabija (u velikim izbornim jedinicama građani većinom ne poznaju kandidate).

Kako sistem raspodele mandata utiče na prirodu poslaničkog mandata?[9] Većinski izborni sistem je ranije, upravo zbog te vidljive veze između birača i poslanika, za posledicu imao vezani (imperativni) poslanički mandat. Ovakav mandat je podrazumevao da poslanik sluša instrukcije birača svoje izborne jedinice i da može biti opozvan.[10] Država je vremenom prerasla partikularizam i iz feudalizma nasleđenu rascepkanost pa poslanik nije više zastupao interese samo građana svoje izborne jedinice već svih. Imperativni mandat je zamenjen slobodnim mandatom, ali je tu namesto proklamovane slobode zapravo samo promenjen nalogodavac – sada je to politička stranka.

U većinskom izbornom sistemu politički sukob između političke stranke i poslanika nije u interesu ni jedne ni druge strane. Politička stranka će izgubiti jedno mesto u parlamentu ili će ukoliko poseduje blanko ostavku poslanika morati da ide na nove izbore u toj izbornoj jedinici. Novi izbori su nužni zbog toga što ne postoji lista sa koje bi se drugi kandidat mogao izabrati za poslanika. S druge strane, ako politička stranka nema blanko ostavku, što je pravilo, poslanik zadržava mandat do narednih izbora, ali postajući stranački disident smanjuje svoje šanse da na narednim izborima bude ponovo izabran.[11]

---

[8] Pozitivno pravo u Srbiji poznaje izborne liste političkih partija, stranačkih koalicija, drugih političkih organizacija i liste koje predlože grupe građana (član 4. Zakona o izboru narodnih poslanika, „Službeni glasnik RS“, broj 35/2000 i 18/2004).

[9] Iz komplesne prirode izbornog sistema koju determiniše više faktora (izborno pravo, izborne jedinice, korektivni faktori izbornog sistema i dr, vidi: Marijana Paj-vančić, *Izborno pravo*, Novi Sad, 2008, str. 231-266) ovde smo izdvojili samo sistem raspodele mandata.

[10] Hans Kelzen (Kelsen) je pisao u prilog imperativnog mandata: „Ako je demokratski da zakonodavstvo vrši narod i ako je iz tehničkih razloga nemoguće da se uspostavi neposredna demokratija, te je potrebno da se zakonodavna funkcija poveri parlamentu izabranom od naroda, onda je demokratski obezbediti što je moguće više da delatnost svakog člana parlamenta odražava volju njegovih birača. Takozvani imperativni mandat i opoziv izabranih službenika su demokratske ustanove, pod uslovom da je biračko telo demokratski organizovano“. *Opšta teorija prava i države*, Beograd, 1951, str. 279.

[11] U većinskom izbornom sistemu Velike Britanije nezavisni kandidati za poslanike (to mogu biti i stranački disidenti, prim. S.O.) su gotovo iščezli sa političke scene što je dokaz o moći političkih partija u procesu političke regrutacije i u izborima uopšte. Philip Norton, Arthur Aughey, *Conservatives and Conservatism*, London, 1981, p. 173. Vidi:

U proporcionalnom izbornom sistemu pitanje zavisnosti poslanika od birača se i ne postavlja jer se glasa za listu,[12] tj. za političku stranku ili koaliciju. Poslanički mandat je tako slobodan u odnosu na birače jer je veza između birača i poslanika slabija od one u većinskom sistemu, uslovno rečeno posredna je. Ovaj izborni sistem naglašava slobodu poslaničkog mandata u odnosu na birače, ali je veza između političke stranke i poslanika čvršća od takve veze u većinskom izbornom sistemu.

U Republici Srbiji postoji jedna izborna jedinica u kojoj se bira svih 250 narodnih poslanika.[13] Otuda je za definisanje prirode poslaničkog mandata važna, s jedne strane, tek primetna veza između birača i kandidata sa izborne liste, a sa druge strane, pravo političke stranke da stavi ili ne stavi kandidata na listu i da ga potom, srazmerno broju dobijenih glasova, predloži za narodnog poslanika. Građani su glasali za izbornu listu, za stranku, za političkog lidera kao nosioca liste, što za posledicu ima mali legitimitet narodnih poslanika. Sloboda narodnog poslanika da unapred da blanko ostavku (član 102 Ustava) ne odudara od ovakvog sistema srazmernog predstavništva sa jednom izbornom jedinicom.

Odnos birač - politička stranka - poslanik

Poslanici u predstavničkom telu (donjem domu ako je parlament dvodoman) se biraju neposredno. Neposrednost izbora znači da građani biraju poslanike direktno, a ne tako što će izabrati posrednike, npr. delegate ili elektore, koji bi potom birali poslanike.

Neposrednosti biračkog prava građana koje postoji u većinskom izbornom sistemu nema se šta prigovoriti. Birači glasaju i za samu partiju i za kandidata kao pojedinca, koji može ali i ne mora biti član političke partije, i ne postoji dilema kome je otišao njihov glas.[14] Između birača i kandidata nema posrednika – kandidat koji dobije najviše glasova u prvom ili drugom izbornom krugu (relativna ili apsolutna većina) biće poslanik.

Vučina Vasović, *Savremeni demokratije*, I, Beograd, 2008, str. 377. U Velikoj Britaniji je nada da bi neko mogao biti izabran za poslanika izvan liste koju određuje partijsko - rukovodstvo ravna nuli. Pavle Jovanović, *Savremeni politički sistem*, II, Novi Sad, 1991, - str. 40.

[12] Postoje različiti tipovi izbornih (kandidatskih) lista: zatvorene, nevezane, fleksibilne, slobodne. Vidi: M. Pajvančić, *ibidem*, str. 94-96.

[13] Član 100 Ustava, članovi 3 i 4 Zakona o izboru narodnih poslanika.

[14] U Velikoj Britaniji se dobrim delom unapred zna za koga će birači glasati. Tako su pre pedeset godina Konzervativci imali 85% sigurnih izbornih jedinica, a Laburisti 64% u kojima se tradicionalno bira kandidat jedne od ove dve stranke. V. Vasović, *ibidem*, str. 376.

U proporcionalnom izbornom sistemu stvari stoje nešto drugačije. I u ovom sistemu proklamuje se neposrednost izbora, ali je ona znatno manjeg intenziteta nego u većinskom sistemu. Stanovište da birač glasa za izbornu listu kao celinu, za stranku, za političkog lidera a ne neposredno za kandidata, ublažava se i modifikuje različitim tipovima izbornih lista. Bez obzira na tip izborne liste lako je uočiti da kao prepreka neposrednom odnosu birača i kandidata stoji politička stranka. Ako se vratimo na narodnu suverenost, proizlazi da građani prenose svoju suverenost (deo) na političku stranku koja time dobija pravo da je dalje rasporedi kandidatima sa svoje liste. Taj prenos narodne suverenosti na pojedinca važi ceo poslanički mandat, a može i kraće o čemu opet odlučuje politička stranka (ako poseduje blanko ostavku poslanika).

Od početka izbornog postupka politička stranka „raspolaže" kandidatom: odlučuje o tome ko će se naći na izbornoj listi, na kojem rednom broju, ko će biti izabran za poslanika na osnovu predloga podnosioca liste i na kraju ko će biti zamenjen drugim poslanikom. Uloga birača je samo da daju glas izbornoj listi a ostalo će da reši politička stranka ili koalicija, već prema mogućnostima koje im daje izborno zakonodavstvo.

U Republici Srbiji političke stranke stoje na putu neposrednom odnosu birača i poslanika. Političke stranke (i koalicije) i pre i posle glasanja birača na parlamentarnim izborima, provode neku vrstu predizbora i postizbora. Unutarstranački izbor pre glasanja birača bio bi odabir stranačkih (i u malom broju vanstranačkih) ličnosti za izbornu listu, po postupku i kriterijumima koji utvrđuju same stranke. Posle glasanja birača, unutar stranke ili koalicije odlučuje se o tome ko će od kandidata sa izborne liste biti poslanik u okviru broja mandata koje je osvojila lista. Ovi unutarstranački izbori su zapravo odluke vođstva političke stranke o tome ko će se uopšte naći na listi i ko će od kandidata sa liste biti predložen i dobiti mandat narodnog poslanika, dok zakon uređuje neka okvirna pitanja.[15]

Političke stranke nemaju monopol na pasivno biračko pravo jer Zakon o izboru narodnih poslanika (u daljem tekstu: Zakon) ostavlja mogućnost da i sami birači kao grupa građana predlože izbornu listu. Ali je takva izborna lista u Srbiji, koja je jedna izborna jedinica, inferiorna u odnosu na izborne liste političkih stranaka, iz objektivnih razloga nepostojanja: brojnijeg članstva, razvijene strukture i organizacije, kontinuiranog delovanja, prepoznatljivih političkih ciljeva, medijske prisutnosti...

[15] Vidi: članove 40-41, 84 Zakona o izboru narodnih poslanika

Proporcionalni sistem raspodele mandata, jedna izborna jedinica, nevezana izborna lista, ističu značaj političkih stranaka u odnosu na pojedinca - kandidata za poslanika a potom i narodnog poslanika. Dajući narodnom poslaniku slobodu da „neopozivo stavi svoj mandat na raspolaganje političkoj stranci", Ustav ga zapravo potpuno vezuje za stranku. Pored toga Ustav posebno ističe položaj političkih stranaka time što se „jemči (se) i priznaje uloga političkih stranaka u demokratskom oblikovanju političke volje građana".

Kao i drugde, političke stranke su u Srbiji hijerarhijski organizovane. Iako se većina političkih stranaka naziva demokratskim, ovo je pre spoljno obeležje jer je vlast donošenja stranačkih odluka koncentrisana među nekoliko čelnika i, na kraju, kod lidera. Partijsko članstvo ne donosi konačnu odluku, tek inicira, predlaže, kritikuje... Ovo važi i za narodne poslanike ukoliko nisu i najviši stranački rukovodioci. Subordinacija, autoritarnost i tek malo unutrašnje demokratije u političkim strankama ostaju njihova obeležja i kada jedan broj članova stranke postanu narodni poslanici.[16] U tom smislu, narodni poslanik kao stranački član nema veliku mogućnost izbora: mora da se pridržava stranačkih instrukcija za vreme poslaničkog mandata ili ako se više ne slaže sa stranačkom politikom može da istupi iz stranke, pre nego što bude isključen. Svedena na ove dve (tri) opcije, sloboda poslaničkog mandata je zapravo nesloboda narodnog poslanika u odnosu na političku stranku.

Sve ovo ukazuje da je odnos narodnog poslanika i političke stranke trajan i bitan, a da je odnos birača i narodnog poslanika samo trenutan, čak posredan (preko stranačke oligarhije), započet i završen činom glasanja.[17] Kroz prizmu spektra prava koja politička stranka ima prema narodnom poslaniku, i ranije prema kandidatu za poslanika, ni ne nazire se prostor slobodnog delovanja narodnog poslanika. Taj prostor slobode nije postojao ni ranije jer je „poslanik u toku političkog razvitka poslednjih sto godina u svome učestvovanju u izgradnji političke volje u parlamentu mešanjem partija bio ograničavan ako ne čak i vezivan".[18]

---

[16] U Britanskom Domu komuna vlada odnosno vladajuća političke stranka obezbeđuje kontrolu nad parlamentarnom (svojom) većinom i pomoću bičeva (whips), posebnih stranačkih funkcionera u parlamentu. Vidi: Herbert Morison, *Government and Parliament, a survey from the inside*, London, 1965, p. 108.

[17] Od birača oni (poslanici, prim. S.O.) dobijaju samo svoje postavljenje, a ne i svoju vlast. Ovu posledlju dobijaju iz Ustava". LJubomir Radovanović, *Odnos birača i poslanika*, Beograd, 1938, str. 27.

[18] Hubert Roos, *Das imperative Mandat*, Dissertation, Frankfurt am Main, 1953, p. 2. Vidi: Dimitrije Prodanović, „Nastanak i razvitak shvatanja o prirodi mandata članova predstavničkog tela", *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 2-3/1973, Beograd, str. 330.

Parlamentarna procedura

Parlament je kolektivno telo i da bi uopšte bio u mogućnosti da donosi odluke mora imati određena pravila postupka o donošenju tih akata. Jasnoća, preciznost, usklađenost, rečju pravni kvalitet normi koje uređuju rad parlamenta mora biti takav da stvara uslove za efikasan rad. Parlament na osnovu ustava i zakona donosi pravni akt o svom radu, poslovnik o radu, kojim se uređuju prava i obaveze poslanika, poslaničkih grupa (frakcija), način rada na sednicama, u odborima, u komisijama, rukovođenje parlamentom...

Po definiciji, slobodnog poslaničkog mandata ne može biti ako poslanik nema (dovoljno) mogućnosti da iznese svoj stav o nekom predmetu odlučivanja u parlamentu, ako ne dobije vreme za diskusiju tokom koje bi pokušao da ubedi druge poslanike, predlagača akta, svoje birače, sve do javnog mnjenja, u ispravnost svog stava. Ako takve mogućnosti nema, poslanički mandat ne bi bio zastupanje, predstavljanje birača, već samo rezultat izbornog procesa u kojem nije bilo ikakvog prenosa narodne suverenosti.

Pravila parlamentarne procedure treba da budu takva da pomire dve naizgled suprotnosti - pravo poslanika da iznese svoje mišljenje o svim pitanjima o kojima parlament odlučuje, sa zahtevom za efikasnošću rada ovog brojnog i politički nehomogenog tela. Ukoliko je poslaničko pravo na diskusiju negraničeno ili vremenski (pre)dugačko, ugrožena je efikasnost parlamenta jer bi se u parlamentu moglo raspravljati unedogled. Poslovnik o radu parlamenta treba da ispuni, što je više moguće, oba ova zahteva: da se poslaniku da mogućnost da u optimalnom vremenu iznese svoje mišljenje, ali da to ne bude na uštrb efikasnog rada parlamenta. U tom smislu, vremenski se ograničava pravo na diskusiju, predstavnik poslaničke grupe iznosi stav više poslanika, raspoloživo vreme za raspravu se deli srazmerno brojnosti poslaničke grupe ili broju poslanika koji bi da učestvuju u raspravi... Zadatak poslovnika je da nađe kompromis i sačuva pravo svakom poslaniku da diskutuje i da parlament učini sposobnim da potrebnom brzinom donese odluku.

Slobodan poslanički mandat podrazumeva i da poslanik svojom voljom slobodno može da se odrekne mandata kada to želi.[19] Pravila postupka u vezi sa ostavkom treba da budu takva da se volja poslanika jednostavno i bez odlaganja provede. Kome se podnosi ostavka, gde se predaje, u kojoj formi, ko je razmatra, ko donosi odluku u vezi sa ostavkom, pitanja su koja moraju biti u skladu sa slobodnim poslaničkim mandatom, tj. takva da omoguće poslaniku da podnese ostavku.

[19] Poslanik britanskog Doma komuna formalno ne može da podnese ostavku.

Ako je poslanik dao blanko ostavku, unapred, kako je u našem pravnom sistemu, u postupku sudeluje i treće lice – ono kome je mandat vraćen („stavljen na raspolaganje") i ko je ovlašćen da podnese ostavku u ime poslanika. To je politička stranka kao punomoćnik poslanika u postupku podnošenja ostavke, tj. lice koje u ime stranke predaje ostavku. Postojanje punomoćnika koji u ime i za račun poslanika podnosi ostavku je jedina razlika u proceduri u odnosu na to kada poslanik lično podnese ostavku, a krajnji ishod je isti – prestanak poslaničkog mandata. Ipak, od donošenja Ustava postupak podnošenja ostavke na funkciju narodnog poslanika već je nekoliko puta izazvao polemike i političke sukobe jer su se izmešali pravo i neki drugi interesi, smetajući jasnom tumačenju Ustava, Zakona i Poslovnika Narodne skupštine Republike Srbije (u daljem tekstu: Poslovnik).[20]

[20] Sloboda neopozivog stavljanja poslaničkog mandata na raspolaganje političkoj stranci (član 102 Ustava) je ustvari unapred data blanko ostavka na poslaničku funkciju. Podnošenjem ostavke (i blanko ostavke, prim. S.O.) poslaniku prestaje mandat pre isteka vremena na koje je izabran (član 88 stav 1 tač. 2 Zakona). Narodni poslanik podnosi ostavku u pisanom obliku i predaje je predsedniku Narodne skupštine. Predsednik Narodne skupštine odmah ostavku dostavlja narodnim poslanicima (član 239 Poslovnika Narodne skupštine Republike Srbije, „Službeni glasnik RS", br. 56/2005, 81/2006, 13/2009). Pre nego što Narodna skupština konstatuje prestanak mandata poslaniku (član 88 stav 3 Zakona), Administrativni odbor razmatra razloge prestanka mandata pojedinih narodnih poslanika i o tome - podnosi Narodnoj skupštini izveštaj sa predlogom za dodelu mandata novom narodnom poslaniku, na način propisan zakonom (član 73 stav 2 Poslovnika). „Na način propisan zakonom" znači da „...mandat pripada političkoj stranci sa čije je izborne liste bio izabran - poslanik kome je prestao mandat i taj mandat se dodeljuje kandidatu na izbornoj listi za koga stranka nije dobila mandat" (član 92 stav 2 Zakona).

Primer kada su poslanici „neopozivo stavili mandat na raspolaganje političkoj stranci" a do prestanka mandata nije došlo iako nije bilo političkog sukoba između poslanika i stranke.

Administrativni odbor Narodne skupštine je na četrdeset osmoj sednici održanoj 6. oktobra 2009. godine, razmotrio razloge za prestanak mandata narodnim poslanicima Lidiji Dimitrijević i Eleni Božić-Talijan i nije prihvatio predlog da postoje uslovi za prestanak mandata ovih narodnih poslanika, http://www.parlament.rs/ content/cir/aktivnosti/skupstinske_detalji.asp?Id=2045&t=A [29. novembar 2009]. Obrazlažući ovu odluku predsednik Administrativnog odbora rekao je da Poslovnik o radu parlamenta (Po-slovnik Narodne skupštine Republike Srbije, prim. S.O.) predviđa da poslanici ostavku, u pisanom obliku, mogu podneti lično predsedniku Skupštine, ili preko treće osobe koja za to ima specijalno ovlašćenje (?!, prim. S.O.). Kako je u ovom slučaju ostavke predao šef poslanika SRS (šef poslaničke grupe Srpske radikalne stranke, prim. S.O.), koji za to nije imao ovlašćenje Božić-Talijan i Dimitrijevićeve, odbor je zaključio da nisu ispunjeni uslovi za njihovo prihvatanje, http://www.rts.rs/page/stories/sr/ story/9/Srbija/209251/Zavr%C5%A1ena+na%C4%8Delna+rasprava+o+%22vojnim%22+ zakonima.html [29. novembar 2009]. Ovo pitanje nije ni došlo pred Narodnu skupštinu (v-idi:

Priroda i pripadnost poslaničkog mandata po Ustavu Republike Srbije od 1990.

Da je u Srbiji po Ustavu od 1990. postojao slobodan poslanički mandat može se zaključiti i iz odredbe da „Narodni poslanik predstavlja građane izborne jedinice u kojoj je izabran".[21] Doduše, narodni poslanici predstavljali su sve građane tek od 2000, kada je Srbija postala jedna izborna jednica.[22] Na pitanje da li poslanički mandat pripada narodnom poslaniku ili političkoj stranci tražen je odgovor za vreme Ustava od 1990, s obzirom da u pozitivnom pravu nije postojala izričita norma o tom pitanju. Povodom ovog pitanja argumentaciju su sučeljavale političke stranke, pravna nauka, javno mnjenje, pozivajući se na domaću i stranu teoriju i praksu. Ustavni sud Republike Srbije je 2003. godine dve odredbe Zakona o izboru narodnih poslanika koje se tiču odnosa narodni poslanik – politička stranka, a time i prirode poslaničkog mandata, proglasio neustavnim. Ipak, dilema čiji je poslanički mandat je i dalje stajala.

član 88 stav 3 Zakona). Nejasno je kakvo se specijalno ovlašćenje zahteva u ovom slučaju gde je poslanik svoj mandat stavio na raspolaganje političkoj stranci, tj. unapred podneo ostavku, pa ovlašćeni funkcioner te iste političke stranke tu ostavku aktivira (podnese).

Primer kada su poslanici „neopozivo stavili mandat na raspolaganje političkoj stranci" a mandat im nije prestao iako je došlo do političkog sukoba između poslanika i - stranke (poslanici napustili stranku na čijoj izbornoj listi su izabrani za poslanike).

U nastavku trideset četvrte sednice Administrativnog odbora, 13. februara 2009. godine, posle višečasovne rasprave članovi Odbora nisu prihvatili predlog da Odbor podnese izveštaj Narodnoj skupštini kojim utvrđuje postojanje razloga za prestanak man-data narodnim poslanicima Igoru Bečiću, Veroljubu Arsiću i Jeleni Budimirović (napustili SRS, koja je potom aktivirala njihove blanko ostavke, prim. S.O.). Adminstrativni odbor je konstatovao da se nisu stekli uslovi za prestanak mandata narodnim poslanicima iz člana 88 stav 1 tač 2 Zakona o izboru narodnih poslanika, niti za podnošenje izveštaja Narodnoj skupštini, http://www.parlament.rs/content/cir/ aktivnosti/skupstinske_detalji.asp?Id=1759&t=A [29. novembar 2009]. Obrazlažući ovu odluku predsednik Administrativnog odbora rekao je da je tačno da se odbor bavi političkim ali i pravnim pitanjima, a da u konkretnom slučaju ne - vidi da je troje poslanika ovlastilo nekoga drugog da umesto njih podnese ostavke koje se, kako je naveo, podnose lično. Pred-sednik Odbora je naveo da Administrativni odbor ne može da utvrdi da li su podneti dokumenti (blanko ostavke, prim. S.O.) falsifikovani ili ne, i da je to stvar suda, http://www.b92.net/info/vesti/index.php?yyyy=2009&mm =02&dd=13&nav_category=11&nav_id=344815 [29. novembar 2009]. Ni ovo pitanje nije - bilo pred Narodnom skupštinom.

[21] Član 76 Ustava od 1990.

[22] Na prvim parlamentarnim izborima održanim po većinskom sistemu 1990. bilo 250 izbornih jedinica, potom je uveden proprcionalni sistem i devet izbornih jedinica 1992, 29 izbornih jedinica bilo je od 1996, a od 2000. do danas postoji samo jedna izborna jedinica za izbore za Narodnu skupštinu.

Ovaj pravno nedovoljno čist prostor korišćen je u političke svrhe jer su poslanici prelazili iz jedne političke stranke u drugu ili bi formirali novu političku organizaciju. Te promene „stranačkog odela“ od strane poslanika uvek imaju politički cilj: potrebno je oslabiti opoziciju ili steći stabilniju vladinu većinu u parlamentu ili postati parlamentarna stranka pre izbora...[23] Motivi poslanika koji napuštaju stranku na čijoj su listi izabrani mogu biti heterogeni, vidljivi i prekriveni, pravno opravdani ili neprihvatljivi, ideološki, moralni ili materijalni... A motiv koji vodi političku stranku da zameni poslanika je, pre svega, politička monolitnost.

Tadašnjim pozitivnim pravom Republike Srbije (i Savezne Republike Jugoslavije), sve do odluke Ustavnog suda iz 2003. godine, bilo je propisano da poslaniku prestaje mandat, između ostalog, „ako mu prestane članstvo u političkoj stranci ili koaliciji na čijoj je listi izabran“ i „brisanjem iz registra kod nadležnog organa političke stranke ili druge političke organizacije na čijoj je listi izabran“.[24] Ove norme su proizvele pitanja: da li one štite slobodan poslanički mandat; da li su u skladu sa Ustavom imajući u vidu sistem raspodele mandata i prirodu našeg ustavnog sistema; da li mandat pripada pojedincu ili političkoj stranci?

U prilog političkoj stranci ide sistem srazmerne (proporcionalne) raspodele mandata. Posledica primene sistema srazmernog predstavništva je prestanak mandata narodnom predstavniku „ako prestane veza između predstavnika i političke stranke posredstvom čije izborne liste je predstavnik dobio predstavnički mandat na parlamentarnim izborima, kao i ukoliko za vreme trajanja tog mandata politička stranka prestane da postoji“.[25] „Kod sistema srazmernog predstavništva, na liniji birač-poslanik preovlađuju primese posrednosti, pošto birač, pri opredeljivanju daje svoj glas jednoj predloženoj izbornoj listi, a ne konkretnom čoveku, potencijalnom poslaniku kojeg u stvari malo (ili nimalo) poznaje... Proizlazi da

---

[23] Bivši poslanik SRS-a, Živadin Lekić, prelaskom u stranku Bogoljuba Karića (Pokret snaga Srbije, do tada, 2005. godine, vanparlamentarna stranka, prim. S.O.) izazvao je veliku paniku među poslanicima srpskog parlamenta zbog opasnosti da bi njegovim putem mogli da krenu i još neki poslanici drugih stranaka, http://arhiva.glasjavnosti.rs/arhiva/2005/05/20/srpski/P05051904.shtml [29. novembar 2009]. Grupa narodnih poslanika iz izborne koalicije Srpski pokret obnove – Nova Srbija (SPO – NS) 2004. godine je formirala novu stranku, Srpski demokratski pokret obnove (SDPO)...

[24] Odredbe člana 88 stav 1 tač. 1 i 9 Zakona o izboru narodnih poslanika. Prema ranijem saveznom zakonu prestaje mandat, između ostalog, ako „poslanik istupi iz političke stranke na čijoj je izbornoj listi izabran u Veće građana“ i „ako se zabrani delovanje političke stranke (...) ili ako ta stranka (...) bude izbrisana iz registra političkih organizacija“. Član 94 stav 1 tač. 9 i stav 3 Zakona o izboru saveznih poslanika u Veće građana Savezne skupštine („Službeni list SR Jugoslavije“, broj 40/1992).

[25] Ratko Marković, *Ustavno pravo i političke institucije*, Beograd, 1996, str. 301.

od ustavnog načela da se narodni poslanici...biraju na neposrednim izborima...u zbilji ne ostaje mnogo.“[26]

U proporcionalnom sistemu biračko telo se na izborima opredeljuje za političku stranku i njen program, a ne za kandidate kao pojedince, pa ako prestane veza između poslanika i političke stranke na čijoj je izbornoj listi bio kandidovan, treba da prestane i mandat tome poslaniku. Građani glasaju za program koji stranka nudi na izborima i ako poslanik napusti program stranke posledica je ne samo isključenje iz stranke, već i pravo stranke na oduzimanje mandata.[27]

Problem napuštanja stranke od strane poslanika je posebno naglašen ako je vladina većina tesna i promena političkog tabora može bitno da izmeni tok političkog procesa odlučivanja, npr. vlada više nema većinu u parlamentu za donošenje neke važne odluke.[28] Glasanje po listama u sistemu srazmernog predstavništva utiče na stvaranje jačih veza između poslanika i političke stranke, ali je ta zavisnost poslanika samo politička a ne pravna.[29] Prema tome, poslanik će slušajući svoj moral odlučiti da li će zadržati mandat, ponuditi (vratiti) ga političkoj stranci ili pristupiti drugoj stranci ili poslaničkoj grupi. Politički i moralno posmatrano, ispravno bi bilo da poslanik svoj mandat vrati političkoj stranci na čijoj je listi izabran, jer građani na izborima glasaju za stranačku ili koalicionu listu, a ne za pojedinog kandidata sa liste. Poslanik nema samo moralnu obavezu lojalnosti prema prema svojoj stranci jer istupanje, isključenje ili promena stranke ima značajan praktični aspekt pa se s pravom može postaviti pitanje gubitka mandata.[30]

Tvrdnje da poslanički mandat pripada poslaniku a ne političkoj stranci i da je to izraz slobodnog poslaničkog mandata, ne polaze od sistema raspodele mandata, većinskog ili proporcionalnog, već se zasnivaju na neposrednosti izbora i položaju poslanika koji predstavlja sve birače a ne samo one koji su ga birali (njegova izborna jedinica). Slobodan pojedinac u slobodnom društvu ima i slobodan mandat - birači na neposrednim izborima jednom dat mandat poslaniku ne mogu

---

[26] Zoran Tomić, „Ustav ipak nije pogažen!“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, 3/2003, Novi Sad, str. 108.

[27] Vidi: Bosa Nenadić, Milan Vlatković, „Prestanak mandata narodnog poslanika zbog prestanka članstva u političkoj stranci ili koaliciji na čijoj je izbornoj listi izabran“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, 3/2003, Novi Sad, str. 84-85.

[28] Vidi: D. Prodanović, *ibidem*, str. 330.

[29] Irena Pejić, „Ustavni princip slobodnog poslaničkog mandata“, *Arhiv za pravne i društvene nauke*, 4/2000, Beograd, str. 497.

[30] D. Prodanović, *ibidem*, str. 336.

opozvati, već mogu na sledećim izborima glasati za drugog kandidata ili listu. Tim pre politička stranka ne može uzeti mandat poslaniku jer ga ona ne bira.

„Kao što ne postoji pravna, nego samo politička veza između poslanika i birača, tako i ne postoji nikakava vezanost poslanika za partiju koja ga je prezentovala ili za poslaničku grupu kojoj pripada u parlamentu“.[31] Otuda mere stranačke prinude, faktičkog pritiska imaju interni, nepravni karakter i ne bi smele da ugroze ustavnopravni položaj poslanika i njegov slobodan mandat. Ali i ove mere deluju na ponašanje poslanika – pretnja ili nagoveštaj da poslanik možda neće na sledećim izborima biti kandidovan, utiču na „poslušnost“ poslanika. Ako bi, pak, stranke bile slobodne u izboru i opozivu poslanika, tako što ih svojom voljom imenuju i smenjuju, postavilo bi se pitanje o potrebi izbora.[32]

Kod izbora po proporcionalnom sistemu zavisnost poslanika od političke stranke očiglednija, ali ona nije pravna već je ipak samo politička zavisnost, izgrađena na uticaju političkih stranaka čiji su poslanici članovi.[33] U proporcionalnim sistemima je, više nego u većinskim, evidentan presudni uticaj političkih stranaka na proces kandidovanja, dok u postupku glasanja i distribucije mandata prednost dobija volja birača.[34] Ni jedna ni druga volja ne mogu da ugrožavaju slobodan mandat – birači ne mogu da opozovu poslanika i vrate mandat ako on izneveri njihova očekivanja, niti, pak, stranka dobija nazad mandat ako poslanik prestane da bude njen član.

Slobodan mandat je uslov demokratskog pravnog poretka i podrazumeva da narodni predstavnici imaju punu slobodu akcije do isteka njihovog parlamentarnog mandata i ponovnog neposrednog susreta sa biračima. Poslanici su i narodni predstavnici i stranački političari koji zastupaju određeni stranački koncept. Prihvatanjem principa slobodnog mandata poslanicima se garantuje nezavisna pozicija u odnosu na stranku koja je time uskraćena za pravne sankcije prema njima.[35]

„Čuvar i tumač“ ustava, Ustavni sud je odlukom iz 2003. godine posredno odgovorio na pitanje čiji je poslanički mandat u Srbiji.[36] Ustavni

---

[31] Dragan M. Stojanović, „O ustavnosti odredaba člana 88. stav 1. tač. 1. i 9. Zakona o izboru narodnih poslanika“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, 3/2003, Novi Sad, str. 93.

[32] D. M. Stojanović, *ibidem*.

[33] B. Nenadić, M. Vlatković, *ibidem*, str. 82.

[34] Marijana Pajvančić, „Ustav je pogažen!“, *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*, 3/2003, Novi Sad, str. 104-105.

[35] I. Pejić, *ibidem*, str. 490-492.

[36] Odluka broj IU 197/02, objavljena u „Službenom glasniku RS“, broj 57/2003.

sud je „utvrdio“ da odredbe Zakona o izboru narodnih poslanika koje glase: „Poslaniku prestaje mandat pre isteka vremena na koje je izabran: 1) ako mu prestane članstvo u političkoj stranci ili koaliciji na čijoj izbornoj listi je izabran za poslanika“ (član 88 stav 1 tač. 1)...“ i “9) brisanjem iz registra kod nadležnog organa političke stranke, odnosno druge političke organizacije na čijoj izbornoj listi je izabran“ (član 88 stav 1 tač. 9) nisu u saglasnosti s Ustavom od 1990.

U obrazloženju svoje odluke Ustavni sud ne pominje sisteme srazmernog predstavništva i većine, koji daju ton prirodi poslaničkog mandata, već se poziva na odredbe Ustava od 1990. o pasivnom biračkom pravu (član 42), jednakosti građana (član 13), predstavljanju birača (član 76).

Političke stranke imaju odlučujuću ulogu tokom faze kandidovanja u izbornom postupku, ali članstvo u političkoj stranci ili koaliciji nije propisano kao uslov za kandidovanje. Tako ni prestanak članstva u političkoj stranci ne može biti uslov za gubitak poslaničkog mandata.

Ustav propisuje da su svi građani jednaki u pravima i dužnostima bez obzira, između ostalog, na svoje političko uverenje. Otuda je ustavnopravno neutemeljeno razlikovanje položaja narodnih poslanika (koji su prvo građani, a potom poslanici, prim. S.O.) kada je u pitanju prestanak mandata u zavisnosti od jedne političke činjenice – članstva u stranci. Ustavno je neutemeljeno da poslanicima – stranačkim ličnostima politička stranka može oduzeti mandat, a da poslanicima – nestranačkim ličnostima, mandat celu periodu ostaje.

Narodne poslanike građani biraju neposredno i oni predstavljaju sve građane. U tom predstavljanju poslanik je slobodan, što znači da nije vezan nalozima birača niti ga oni mogu opozvati. Ustav, dakle, poznaje slobodan madat koji ne poznaje pravnu odgovornost prema biračima. Taj slobodan mandat ne može biti i nije zavisan ni od volje političke stranke jer poslanik kome je prestalo članstvo u stranci nema ustavnu obavezu da vrati mandat.

Poslanički mandat po sadašnjem Ustavu

U Republici Srbiji „Uređenje vlasti počiva na podeli vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudsku“. Narodna skupština je „nosilac ustavotvorne i zakonodavne vlasti“. Narodni poslanici čine ovo „najviše predstavničko telo ... u Republici Srbiji“. Svih 250 narodnih poslanika biraju građani na neposrednim izborima. Narodni poslanici su „slobodno izabrani predstavnici“ preko kojih građani vrše suverenost. A suverenost je monopol vlasti, najjača sila u jednoj državi, koja po Ustavu „potiče od građana“.[37]

[37] Članovi: 2, 4, 98 i 100 Ustava.

Kada pročitamo ove odredbe Ustava stvaramo sliku poretka u kome su suvereni građani na vrhu a odmah do njih prestavničko telo, tj. narodni poslanici koji čine Narodnu skupštinu. Izgleda kao da mesta za bilo koga trećeg, između građana i poslanika, nema. Ali Ustav nam nekim drugim odredbama ne daje za pravo.

Već u početnim odredbama Ustava „jemči se i priznaje uloga političkih stranaka u demokratskom oblikovanju političke volje građana". Političke stranke „ne mogu neposredno vršiti vlast, niti je potčiniti sebi", ali bez izuzetka „oblikuju" političke stavove građana. Da biste bili u prilici da kao politička stranka demokratski „oblikujete" političku volju građana, ne treba vam nečije odobrenje već samo „upis u registar koji vodi državni organ".[38]

Ustav je priremio teren strankama da politički i demokratski „oblikuju" građane, ali kako prenebregnuti činjenicu da ovi nosioci najviše vlasti i suverenosti glasaju za narodne poslanike, „slobodno izabrane predstavnike", a ne za političke stranke? Kako sad na lestvici vlasti između nosilaca suverenosti – građana i „vršilaca" suverenosti – narodnih poslanika, umetnuti trećeg, političke stranke? Član 102 Ustava je poslužio kao rešenje tako što je dao „slobodu" narodnom poslaniku da, neopozivo stavljajući „svoj mandat na raspolaganje političkoj stranci na čiji je predlog izabran za narodnog poslanika", između sebe i građana postavi političku stranku i pomeri se za stepenik niže. Ovom slobodom narodni poslanik se zapravo odriče slobodnog delovanja u odnosu na političku stranku.

Kakva je priroda poslaničkog mandata u Republici Srbiji i u vezi s tim kome će pripasti mandat u političkom sukobu narodnog poslanika i političke stranke?

Kako je napred rečeno, Ustav nema eksplicitnu odredbu o prirodi poslaničkog mandata. Narodni poslanici su slobodno i neposredno izabrani predstavnici građana. Predstavljanje građana isključuje mogućnost obavljanja drugih funkcija, poslova i dužnosti koje po zakonu prave sukob interesa. Narodni poslanik uživa imunitet - „...ne može biti pozvan na krivičnu ili drugu odgovornost za izraženo mišljenje ili glasanje u vršenju svoje poslaničke funkcije" (materijalni imunitet), i „ne može biti pritvoren, niti se protiv njega može voditi krivični ili drugi postupak u kome se može izreći kazna zatvora..." (procesni imunuitet), uz Ustavom propisan izuzetak. Imunitet štiti ličnu slobodu i slobodu ispoljavanja mišljenja narodnih poslanika, i zajedno sa njihovom neopozivošću od strane birača (u slučaju neostvarenja zahteva, očekivanja, obećanja) navodi nas da zaključimo da je mandat u Sr-

[38] Članovi: 5 i 55 Ustava.

biji slobodan. Međutim, ako sud ne može da ugrozi ličnu slobodu narodnog poslanika (osim u Ustavom predviđenim slučajevima) i ako građani ne mogu da opozovu poslanika zbog neoispunjenja njihovih zahteva, političke stranke bi mogle pozvati poslanika na „...drugu odgovornost za izraženo mišljenje ili glasanje u vršenju svoje poslaničke funkcije" i tako negirati materijalni imunitet poslanika. Ustavom predviđena sloboda neopozivog stavljanja mandata na raspolaganje političkoj stranci učinila je narodnog poslanika pravno i politički odgovornim prema stranci, za izraženo mišljenje i glasanje.

Mandat je slobodan u odnosu na građane jer oni ne mogu pravno da sankcionišu narodnog poslanika, tj. da ga opozovu, već mogu tek na sledećim izborima da ne glasaju za njega, odnosno za izbornu listu na kojoj je (ako bude) kandidovan. Poslanik je siguran da pre sledećih izbora neće vratiti mandat građanima koji su eventualno nezadovoljni njegovim radom, a sankcija njihovog nezadovoljstva bi mogla biti daleka i samo politička – uskraćivanje glasa na sledećim izborima. Dejstvo te sankcije građana prema poslaniku u našem sistemu srazmernog predstavništa je slabo, čak posredno, jer se birači na izborima opredeljuju za izbornu listu i nosioca liste, a ne za pojedinog kadidata. Otuda je neglasanje za narodnog poslanika, sada opet kandidata na izbornoj listi, zapravo političko sankcionisanje političke stranke ili koalicije koja je podnosilac liste. Proizlazi da građani prema narodnom poslaniku ne mogu posegnuti ni za pravnom ni za političkom sankcijom jer je politička stranka ta koja pravno sankcioniše poslanika – na osnovu odredbe Ustava uzima mu mandat, a ona snosi i političku odgovornost prema građanima za rad poslanika jer birači na izborima glasaju za stranačku izbornu listu.

Da li je mandat slobodan u odnosu na političku stranku? I pravno i filozofski posmatrano, slobodan madat može da postoji ili da ne postoji, on ne može biti delimičan (šta bi to bila delimična sloboda?!), pa da u odnosu na nekoga postoji, a da u odnosu na drugog postoji manje ili da ne postoji uopšte. Slobodan mandat znači da poslanik u vršenju svoje poslaničke funkcije sluša svoj moral, savest, znanje, mišljenje i sam donosi odluku šta i kako radi. To mu sleduje kao vršiocu narodne suverenosti. Međutim, ovakav idealan poslanik slobodnog mandata ne postoji ni u Srbiji niti u nekom drugom ustavnom sistemu danas. Uzrok tome nisu birači, već političke stranke.

U srpskom sistemu srazmernog predstavništva sa jednom izbornom jedinicom, uticaj političkih stranaka na poslanike, odnosno kandidate za poslanike, je veliki. Tokom izbora još u fazi kandidovanja i formiranja izbornih lista političke stranke u odnosu na kandidate stvaraju autoritet ne-

koga ko je odlučio da se baš oni nađu na listi. Taj stvarno i pravno inferioran položaj kandidata za poslanika u odnosu na političku stranku, stvoren u početnoj fazi izbora, još više je istaknut posle glasanja kada stranke, shodno broju osvojenih glasova, odlučuju koji će kandidati sa liste biti narodni poslanici. S obzirom da u Srbiji postoji sistem nevezane liste[39], političke stranke po Zakonu nemaju obavezu da se prilikom raspodele mandata pridržavaju redosleda kandidata na listi ili nekih drugih kriterijuma.[40] I kada je politička stranka ostvarila dobar izborni rezultat, kandidat u vrhu izborne liste ne zna da li će on ili neko sa kraja liste biti predložen za narodnog poslanika.

Ne postoje ikakva zakonska ograničenja koja bi zaštitila birače u pogledu stranačke diskrecije, na primer, da je stranka dužna da mandate dodeli po redosledu kandidata na izbornoj listi ili da određen procenat mandata dodeli po redosledu (u ranijem zakonodavstvu Srbije jedna trećina dobijenih mandata dodeljivala se prema redosledu kandidata na listi). Ovo ograničenje za političku stranku značilo bi veću slobodu izbora za građane, jer postoji veći stepen izvesnosti koji će kandidati postati narodni poslanici. Izostanak zakonskih ograničenja produbljuje posredništvo između građana i poslanika, a u korist političkih stranaka.[41] Ovako, potpuna vlast političke stranke nad kandidatom za listu i kandidatom za parlament je očevidna, a slobodan mandat se ni ne nazire.

Konstituisanjem Narodne skupštine kandidat sa izborne liste postaje narodni poslanik.[42] Ovo je momenat kada politička stranka može da izgu-

---

[39] Redosled kandidata na listi nije merodavan za dodeljivanje mandata. R. Marković, *ibidem*, str. 238.

[40] Član 84 stav 1 Zakona o izboru narodnih poslanika glasi: „Podnosilac izborne liste (politička stranka, stranačka koalicija, druga politička organizacija i grupa građana, član 4 Zakona, prim. S.O.) će, najkasnije u roku od deset dana od dana objavlji-vanja ukupnih rezultata izbora, dostaviti Republičkoj izbornoj komisiji podatke o tome kojim - kandidatima sa izborne liste se dodeljuju dobijeni poslanički mandati, u skladu sa odredbama ovog zakona“. Nejasno je da li podnosilac izborne liste prilikom dodele man-data mora da se pridržava kriterijuma rodne ravnopravnosti (svaki četvrti kandidat mora biti pripadnik manje zastupljenog pola na listi, najmanje 30%, član 40a Zakona) koji je bio uslov potvrđivanja izborne liste? Izričite zakonske odredbe u prilog rodne ravno-pravnosti - kod dodele mandata nema, već u ovom članu postoji samo odredba podložna tumačenju: „u skladu sa odredbama ovog zakona“.

[41] Irena Pejić, „Koncept narodnog predstavništva i kontraverze o parlamentarnom mandatu u srpskom Ustavu“, *Nova srpska politička misao*, str. 4, http://starisajt.nspm.rs/debate_2007/2007_pejic1.htm [27. novembar 2009].

[42] „Narodna skupština na prvoj sednici potvrđuje poslaničke mandate. Narodna skupština konstituisana je potvrđivanjem mandata dve trećine narodnih poslanika“. Član 101 stav 3 i stav 4 Ustava.

bi kontrolu nad licem o čijoj je političkoj sudbini do tada odlučivala. Kandidat sa liste postavši narodni poslanik preobratio se od stranačkog kadra u državnog funkcionera, nosioca zakonodavne vlasti, člana najvišeg prestavničkog tela, slobodno izabranog prestavnika građana, vršioca narodne suverenosti, uživaoca slobodnog mandata. Kandidat je postao politički subjekat.

Ovo ide u prilog pretpostavci da politička stranka više nema moć „političkog života i smrti" nad licem koje je ona, posredstvom glasova građana, „proizvela" u narodnog poslanika. Strah od budućeg nekandidovanja na budućoj stranačkoj izbornoj listi, na budućim izborima nije ni blizak ni realan narodnom poslaniku, makar ga ti izbori koštali njegove političke karijere, i ne može ga ubediti na bezuslovnu lojalnost političkoj stranci. To bi bilo i u suprotnosti sa slobodnim mandatom i sadržinom koja podrazumeva slobodno mišljenje i glasanje.

Idealno bi bilo da poslanik shvati prirodu slobodnog mandata tako da dela što je moguće više nezavisno, kako u odnosu na birače tako i u odnosu na političku stranku. Sigurno da u svom radu poslanik treba da ima u vidu stavove, želje i raspoloženje građana, neizostavno i političke stranke čiji je član, ali konačna odluka „podignuti ruku ili ne" treba samo da je njegova. Ali, Ustav je političku i pravnu zavisnost poslaničkih kandidata u odnosu na onog ko ih je kandidovao, produžio i nakon konstituisanja Narodne skupštnine. Ustavotvorac je poslaničkom slobodom stavljanja na raspolaganje mandata stranci, čini se imao nameru da poslanika veže za stranku po svim pitanjima i uvek. Po Mišljenju Venecijanske komisije, ovo je ozbiljno kršenje slobode poslanika na izražavanje svojih pogleda o valjanosti nekog predloga ili radnje, jer se koncentriše preterana vlast u rukama stranačkog vođstva.[43]

Sada su, ne poslanički kandidati već narodni poslanici u zavisnom položaju u odnosu na političku stranku, „mandat narodnih poslanika zavisi od volje i hira političkih stranaka".[44] Paradoksalno, ali Ustav je narodnom poslaniku ograničio slobodan mandat dajući mu još „slobode" – slobodu da svoj mandat da političkoj stranci. Pravno tumačenje ove slobode ima teorijski značaj u „redovnim prilikama", kada nema sukoba između

[43] *Mišljenje o Ustavu Srbije* Evropske komisije za demokratiju putem prava (Venecijanska komisija), br. 405/2006, str. 11, http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD (2007)004-srb.pdf [26. novembar 2009]. Ovo je još više zabrinjavajuće usled preterane uloge Narodne skupštine u imenovanjima na funkcije u pravosuđu uopšte, a posebno u postupku reizbora svih sudija predviđenog Ustavnim zakonom za sprovođenje Ustava (aktuelno u vreme pisanja ovog rada, prim. S.O.). Time se pojačava rizik stvaranja pravosudnog sistema u kome su sve funkcije podeljene između političkih stranaka". *Ibidem*.

[44] Evropska komisija za demokratiju putem prava, *ibidem*.

stranke i poslanika, a dobija i praktičnu važnost kada se taj sukob desi jer se mora odgovoriti na pitanje kome pripada mandat.

Drugi stav 102-og člana Ustava glasi: „Narodni poslanik je slobodan da, pod uslovima određenim zakonom, neopozivo stavi svoj mandat na raspolaganje političkoj stranci na čiji je predlog izabran za narodnog poslanika."

Subjekat ove slobode je *narodni poslanik*. Ovo znači da je samo narodni poslanik - lice kome je na konstitutivnoj sednici Narodne skupštine potvrđen mandat,[45] slobodan da stavi svoj mandat na raspolaganje političkoj stranci. Kandidat za izbornu listu (pre potvrđivanja liste) i kandidat za poslanika na izbornoj listi (nakon potvrđivanja liste) nisu narodni poslanici i dok to ne postanu ne bi mogli koristiti ovu slobodu.

Narodni poslanik je *slobodan* da koristi ovu ustavnu mogućnost, da stavi svoj mandat na raspolaganje stranci. Pojam slobode podrazumeva slobodu izbora, sposobnost poslanika da svojom voljom odluči da li će iskoristiti ovu ustavnu mogućnost ili neće. Ipak, svrha člana 102 Ustava nije davanje slobode narodnom poslaniku da svojevoljno odluči već, kako nam praksa potvrđuje, da se političke stranke osiguraju od gubitka mandata. „Tom, pomalo licemernom odredbom (jer uključuje slobodu za odricanje od prava), promenjen je karakter mandata narodnog poslanika. Umesto da predstavlja birače (narod), iz ovakve odredbe proizlazi da narodni poslanik predstavlja stranku na čijoj je listi (predlog) izabran za poslanika". [46]

Narodni poslanik je slobodan da *stavi* mandat *na raspolaganje* političkoj stranci. Narodni poslanik po Zakonu može da podnese ostavku, što je u skladu sa principom dobrovoljnog vršenja funkcije.[47] Ostavku kao „lični čin" i akt slobodne volje treba razlikovati od unapred date, blanko

---

[45] U postupku do konačnog potrđivanja mandata narodnog poslanika učestvuju: registrovane političke stranke (odnosno stranačka koalicija, druga politička organizacija ili grupa građana) koje predlaže kandidate, Republička izborna komisija (RIK) koja proglašava listu, pravi izveštaj o sprovedenim izborima i izdaje uverenje o izboru za narodnog poslanika, komisija od tri člana - po jedan sa tri izborne liste koje su dobile najveći broj poslaničkih mandata, koja utvrđuje da li su podaci o uverenju o izboru narodnog poslanika istovetni sa izveštajem RIK-a, i konačno, najstariji poslanik kao predsedavajući konstitutivne sednice Narodne skupštine koji konstatuje istovetnost podataka u uverenju o izboru narodnog poslanika i izveštaja, čime je potvrđen mandat narodnom poslaniku.

[46] Ratko Marković, *Ustav Republike Srbije, Predgovor: Ustav Republike Srbije od 2006 – kritički pogled*, Beograd, 2006, str. 30-31.

[47] Podnošenjem ostavke poslaniku prestaje mandat (član 88 stav 2 Zakona o izboru narodnih poslanika) Po Ustavu: „Zabranjen je prinudni rad" (član 26), a takav rad bi bilo i nedobrovoljno vršenje javne funkcije.

(bez datuma) ostavke, što stavljanje mandata na raspolaganje političkoj stranci jeste. Ostavka je slobodna i svojevoljna izjava poslanika, a blanko ostavku poslanik daje po zahtevu političke stranke pa je pitanje da li je i koliko ona slobodno i voljno data. Posmatrajući vreme nastupanja posledice, blanko ostavka i nije ostavka, ne prestaje mandat u momentu njenog izjavljivanja, već poslanik i dalje voljno vrši funkciju sve dok neko treći, politička stranka, ne odluči da tu ranije datu izjavu upotrebi. Podnošenjem ostavke narodni poslanik nas obaveštava da ne želi više da vrši funkciju i prekida javnopravni odnos sa državom, a podnošenjem blanko ostavke politička stranka nas obaveštava da ne želi da poslanik dalje vrši funkciju i ona prekida javnopravni odnos poslanika i države.

Stavljanjem mandata na raspolaganje političkoj stranci poslanik ostvaruje pravni promet samog mandata, u Ustavom propisanom pravcu, između sebe i političke stranke. Da li se može raspolagati javnom funkcijom uopše, a posebno onom koja je dobijena na neposrednim izborima? Odgovor je negativan jer „priroda narodnog predstavništva i princip slobodnog mandata (...) ne dopuštaju da vršenje javne službe bude predmet pravnog posla“.[48]

Sloboda narodnog poslanika sastoji se od raspolaganja *mandatom.* Mandat koji poslanik dobije na izborima od građana je zapravo ovlašćenje (punomoć) da ih predstavlja u zakonodavnom telu između dva termina izbora. To je mandat za vršenje građanske (narodne) suverenosti. Ustav dalje kaže da je poslanik slobodan da *svoj* mandat da političkoj stranci. Ovom prisvojnom zamenicom Ustav posredno odgovara na pitanje kome u srpskom ustavnom sistemu pripada mandat. Narodni poslanik raspolaže svojim mandatom. Bez obzira na Ustavom zajemčenu i priznatu ulogu političkih stranaka i proporcionalni sistem raspodele mandata u kome se glasa za izbornu listu a ne za pojedinog kandidata, poslanik je od strane Ustava prepoznat kao vlasnik mandata. On kao vlasnik ima pravo (slobodu) da predmetom vlasništva (mandatom) raspolaže.

Narodni poslanik je slobodan da stavi svoj mandat na raspolaganje *političkoj stranci na čiji je predlog izabran* za narodnog poslanika. U slobodi raspolaganja mandatom poslanik ipak nema sva ovlašćenja vlasnika stvari, tj. nosioca prava. Poslanik može raspolagati svojim mandatom samo u korist političke stranke na čiji je predlog postao član Narodne skupštine. Iz člana 102 Ustava proizlazi da poslanik svojim mandatom može ali ne mora raspolagati, a kada to čini onda se njegova sloboda svodi sa-

[48] I. Pejić, *ibidem,* str. 3.

mo na jednu opciju: mandat daje, „stavlja na raspolaganje“, stranci na čiji je predlog izabran za narodnog poslanika.

Imajući u vidu da kandidate mogu predlagati i „stranačke koalicije, druge političke organizacije, posebno ili zajedno, kao i grupe građana“[49], i na njihov predlog jedno lice može biti izabrano za narodnog poslanika. Ali, Ustav poslaničku slobodu stavljanja mandata na raspolaganje vezuje samo za političku stranku, bez obzira što su i stranačke koalicije, druge političke organizacije i grupe građana zakonski i stvarni posnosioci izborne liste. Ovom ustavnom odredbom je ne samo smanjena sloboda raspolaganja poslaniku na jednu mogućnost, već je politička stranka, kao podnosilac izborne liste i predlagač lica za narodnog poslanika, u odnosu na druge podnosioce izbornih lista u nejednakom, povlašćenom položaju.

U Ustavu nema odredbi o izbornom sistemu, osim da se ta materija uređuje zakonom, pa je i član 102 Ustava u vezi sa tim pitanjem neutralan. Norme o raspolaganju mandatom primenjive su i u većinskom i u srazmernom sistemu jer je upotrebljena formulacija „u korist političke stranke *na čiji je predlog izabran* za poslanika“, a ne npr. u korist stranke na čijoj je izbornoj listi izabran za poslanika. Ipak, sloboda raspolaganja mandatom u korist političke stranke odgovara pre srazmernom sistemu u kome se takmiče izborne liste i gde se glasa za stranke, nego većinskom sistemu u kome se za mandat takmiče pojedinci, a birači se opredeljuju imajući u vidu i ličnost stranačku pripadnost kandidata.

Narodni poslanik *neopozivo* svoj mandat stavlja političkoj stranci na raspolaganje. Ni Ustav ni niži pravni akti, Zakon i Poslovnik, nemaju odredbe u vezi sa formom u kojoj se poslanik odriče mandata. Zakon o lokalnim izborima govori o ugovoru o međusobnim pravima i obavezama koji zaključuju „podnosilac izborne liste i kandidat za odbornika, odnosno odbornik“ [50], dok je ovde pre reč o jednostranoj izjavi volje koja, da bi bila pravno validna, mora biti svojeručno potpisana i overena u sudu.

Dodatni pravni „kvalitet“ ovoj slobodi poslanika koja se ispoljava u formi jednostrane izjave volje je njena neopozivost. Sloboda poslanika je, dakle, potrošena jednim korišćenjem i naknadna promena volje ne može pravno ukinuti ranije datu jednostranu izjavu. Može se postaviti pitanje pravne validnosti „neopozive“ jednostrane izjave volje koja je istom takvom, ali kasnije datom izjavom volje promenjena (povučena).[51] U prilog

[49] Član 40 stav 1 Zakona o izboru narodnih poslanika.

[50] Član 47 Zakona o lokalnim izborima („Službeni glasnik RS“, br. 129/2007).

[51] U privatnopravnim odnosima, data volja se može menjati ili pobijati kasnije izjavljenom voljom, npr. testamet je jednostrana, lična izjave volje kojom se raspolaže sopstve-

opozivosti prvobitne izjave volje ide činjenica da ta volja nije ni proizvela pravno dejstvo jer nema posledice (prestanak mandata). I pored blanko ostavke javnopravni odnos između pojedinca i države traje pa tako ni opoziv te ostavke ne utiče na postojeći javnopravni odnos. Shvatamo da se ustavotvorac ponašao oportuno dajući volji kojom se mandat unapred daje stranci svojstvo neopozivosti. Nastojao je da izbegne sporenja oko pitanja kome pripada mandat i da predupredi već viđenu kolebljivost poslanika da li da pređu u drugi politički tabor. Time Ustav čuva izbornu volju građana, koji su glasali za političku stranku, a na račun, kasnije eventualno izmenjene, volje narodnih predstavnika.

Poslanička sloboda neopozivog stavljanja svog mandata na raspolaganje političkoj stranci će biti detaljnije uređena *pod uslovima određenim zakonom.* Time će, pretpostavljamo, i prostor za različito tumačenje odredbi člana 102 Ustava biti sužen. Do tada, ove ustavne odredbe biće predmet pozitivnih i negativnih kritika, kako iz ugla ustavnopravne nauke, tako i iz ugla političkih stranaka i drugih subjekata političkog života.

Zaključak

Da bi poslanici mogli da odgovore funkciji narodnih predstavnika, članova tela koje ima ustavotvornu i zakonodavnu vlast, njihov mandat treba da bude slobodan. Ako imaju uslove da slobodno, svojom voljom odlučuju o onome za šta su nadležni, biće u prilici da opravdaju mandat dobijen neposredno od naroda.

Iako u Ustavu nema izričite odredbe da je mandat slobodan, odnosno da nije imperativan, nema ni odredbi kojima bi birači mogli da utiču na narodnog poslanika, da ga instruišu, kontrolišu i pravno, oduzimanjem mandata, sankcionišu. S toga se može reći da je poslanički mandat u odnosu na birače slobodan. Ako se nije izjasnio po pitanju prirode mandata, Ustav sadrži odredbu kojom nastoji da reši pitanje pripadnosti mandata za slučaj da dođe do prestanka saradnje (članstva) između nosioca mandata – narodnog poslanika i onoga koji ga je za tu funkciju predložio – političke stranke.

Članom 102 Ustava poslanik je dobio slobodu da stavi mandat na raspolaganje političkoj stranci, a zapravo je ta njegova sloboda ograničena, čak nepostojeća, jer je „stavljanje mandata na raspolaganje“ stranački uslov da bi ste bili poslanik. Mandat se od slobodnog – u odnosu na birače, pretvara u neslobodni – u odnosu na političku stranku.

---

nom imovinom za slučaj smrti i kada ima više takvih izjava važi ona koja je data poslednja, ako ispunjava zakonom predviđene uslove; ugovor je saglasnost volja ugovornih strana koji se, pod određenim uslovima, može raskinuti kasnijom jednostranom izjavom volje.

Ustav je ovim članom pokazao da mandat stvarno pripada političkoj stranci. Ustav kaže da poslanik „svoj“ mandat stavlja na raspolaganje, što nas pogrešno navodi na stav da je mandat poslanikov – mandat nije poslanikov jer on taj pravni posao (stavljanje na raspolaganje) čini po želji i u korist političke stranke. Tako slobodni narodni predstavnik postaje vezani stranački sledbenik. Ako to ne želi da bude neće ni postati narodni poslanik, a ako to ne želi u jednom momentu nakon što dobije mandat, neće više biti narodni poslanik.

Ipak, ova „sloboda“ odricanja od mandata nije neprirodan sled našeg izbornog prava, već upravo obratno. Građani glasaju za izbornu listu političke stranke pa iako su narodni poslanici, kako kaže Ustav, njihovi neposredno i „slobodno izabrani predstavnici“, stvarnog direktnog odnosa između građana i poslanika nema. Tog odnosa nema ni za vreme trajanja mandata jer je mandat slobodan, ali ni u izbornom postupku. Građani daju glas političkoj stranci i u skladu sa tim je pravo stranke, kao nekog ko je politički izbor građana, da raspolaže poslaničkim mandatom. Nevezana izborna lista i jedna izborna jedinica još više udaljuju kandidate za poslanike i poslanike od birača, približavajući im utoliko političke stranke.

Sama formulacija člana 102 Ustava podleže kritici. Pogrešno je upotrebljen izraz sloboda – „narodni poslanik je slobodan da...“ da mandat političkoj stranci, a zapravo je na tu radnju prinuđen. Ne vidimo od čega se sastoji ova sloboda kada poslanik praktično nema mogućnost izbora. Poslanik mora mandat da stavi na raspolaganje političkoj stranci na čijoj je listi izabran i nema mogućnost izbora ni u pogledu toga da li to hoće ili ne, niti može da bira kome daje mandat – uvek ga stavlja na raspolaganje stranci.

Kada poslanik ovu jednokratnu slobodu iskoristi ona ima odložno dejstvo, poput blanko ostavke. Ova sloboda podrazumeva raspolaganje javnopravnom funkcijom, a jednom izjavljena volja ne može da se menja. Da li će sve ovo imati pravne posledice i da li će doći do prestanka mandata poslaniku, odlučuje politička stranka. Da je umesto formulacije narodni poslanik „slobodan je da...“, upotrebljen izraz „ima pravo da...“, još bi jasnije bilo da se radi o raspolaganju javnopravnom funkcijom dobijenom na neposrednim izborima, što smatramo pravno nedopušteim.

Da li je namera ustavotvorca da poslanički mandat ostane političkim strankama mogla biti i drugačije formulisana?

Ustavotvorac je nastojao da između odredbe o slobodno izabranim predstavnicima koji vrše narodnu suverenost (član 2 Ustava) i namere da političke stranke zaštiti od gubitka mandata a time zaštiti i izbornu volju građana, nađe pravno prihvatljivo rešenje. Ovakvog modela zaštite poli-

tičkih stranaka nema u evropskoj ustavnopravnoj praksi. Tek još jedna evropska zemlja štiti političke stranke od gubitka mandata na način što poslaniku može prestati mandat usled nepostojanja veze sa strankom koja ga je nominovala.[52]

Smatramo da je formulacija člana 102 Ustava neprimerena i netačna. Polazeći od legitimne namere ustavotvorca da političku stranku, koja i jeste politički izbor građana, osigura od gubitka mandata, dolazi se do poslaničke inferiornosti prema stranci, jer poslanik ne uživa slobodu izbora. Poslanik, suprotno članu 102 Ustava, nije slobodan da svoj mandat stavi na raspolaganje političkoj stranci, već to mora da učini.

Jasna formulacija, na primer, da mandat pripada političkoj stranci, ne bi bila saglasna sa ustavnom odredbom da slobodno izabrani predstavnici vrše narodnu suverenost, jer bi punomoćnici naroda onda bile političke stranke. Ali bi i takva odredba bila primerenija od sadašnje samim tim što je tačna – u našem proporcionalnom sistemu sa jednom izbornom jedinicom, građani daju svoj glas političkim strankama.

[52] U Ukrajini, gde je u periodu od 1998-2006 oko 60% poslanika bar jednom promenilo partijsku pripadnost, *Report on the imperative mandate and similar practices*, European commission for democracy trough law (Venice commission), Study No. 488/2008, http://www.venice.coe.int/docs/2009/CDL-AD(2009)027-e.asp [30. novembar 2009]. I ovo ustavno rešenje je kritikovano. *Ibidem*.

Slobodan Orlović, Ph.D., Assistant Professor
Novi Sad School of Law

Nature and Belonging of the Deputy Mandate in the Constitutional System of Serbia

Abstract

The Constitution of the Republic of Serbia, with its article 102, seeks to solve a controversial question in the multiparty Serbia, to whom belongs a deputy mandate once a deputy (MP) leaves the political party on whose proposal the deputy was elected for that function. The Constitution has, with an uncommon solution where the deputy is given the freedom to renounce to the mandate in favor of the political party, created a ground for the further polemics about the nature and belonging of the deputy mandate in our system.

The disposal of the mandate to the political party is some kind of legal affair which is politically motivated (extortionate). Thus, the clash between legal and political argumentation persists, and while interpreting this constitutional norm, even the whole constitutional system, in such manner to protect the deputy or, perhaps, the political party. Questions regarding the national sovereignty, position and the role of the parliament and political parties, with the election system, provide a broader context to the analysis of the nature and belonging of the deputy mandate.

Key words: Constitution, deputy mandate, deputy (MP), political party, nature and belonging of the mandate.

Originalni naučni rad 347.626.2

Dr Bojan Pajtić, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

BRAČNI UGOVORI U SRPSKOM I EVROPSKOM PRAVU

Sažetak: *Srbija je (među poslednjima u Evropi) uvela institut bračnog ugovora u pozitivno zakonodavstvo. Porodični zakon Srbije iz 2005. godine, izbrisao je razliku između pozitivnog prava Republike Srbije i praktično svih evropskih uporednih zakonodavstava u pogledu postojanja mogućnosti izmene zakonskog bračno-imovinskog režima. Navedena institucija, nije međutim, po prvi put prisutna u srpskom pravu. Njeno postojanje i primena u Srbiji devetnaestog i dvadesetog veka imaju relativno dugu istoriju. Period nakon drugog svetskog rata doneo je zabranu izmene zakonskog režima zajedničke imovine supružnika. Porodičnim zakonom se, po prvi put posle više od šest decenija, ustanovljava pravo supružnika i budućih bračnih drugova da izmene zakonski režim zajedničke imovine, i sklope pravne poslove kojima će i pro futuro urediti svoje imovinske odnose kako na postojećoj, tako i na budućoj imovini. Institucija bračnog ugovora omogućava budućim i aktuelnim bračnim drugovima da ugovore režim odvojenosti imovine, i da urede svoje odnose u skladu sa načelom slobode ugovaranja, bez do tada postojećih formalnih ograničenja.*

Teoretičari su prepoznali više sistema imovinskih odnosa između supružnika u evropskom pravu. Najčešće se njihova razmatranja svode na tri, odnosno četiri osnovna pristupa. „Prvi sistem je sistem spajanja imovine, drugi je sistem odvojene imovine i treći je sistem zajedničke imovine ili zajedničke tekovine.“ Pojedini teoretičari pominju i četvrti sistem - „režim odložene zajedničke imovine (odnosno režim zajednice prinosa ili imovinske zajednice).“

Ovaj rad naznačio je da bračni ugovori nemaju istu funkciju u reformskim zemljama, kao u ostalim državama našeg kontinenta. U društvi-

ma u tranziciji porodična zakonodavstva su najčešće zadržala režim zajedničke imovine. Samim tim, u ovim pravnim sistemima bračni ugovori usmereni su ka realizaciji težnje supružnika da u njihovim imovinskim odnosima bude uspostavljen režim odvojene imovine. U većini ekonomski izrazito razvijenih zemalja, imovinski odnosi bračnih drugova temelje se na sistemu odvojene imovine (kao zakonskom imovinskom režimu), a supružnici se mogu sporazumeti o ugovaranju zajednice sticanja.

Ključne reči: *Bračni ugovor, bračni drugovi, Porodični zakon, zakonski imovinski režim*

Devetnaesti vek bio je vek u kome je doneta većina velikih građanskih kodifikacija kontinentalnog prava. Najveći broj zakonskih bračno - imovinskih režima u tom periodu, (primera radi, režim uspostavljen Francuskim Građanskim zakonikom iz 1804. godine), kreirani su, pre svega, prema potrebama imućnijih slojeva građana. I institut bračnog ugovora, koga građanski zakonici uvode, u tom periodu je uglavnom imao znatno drugačiju svrhu nego danas. Do kraja devetnaestog veka, funkcija ovih pravnih poslova sastojala se dominantno u realizaciji koncepta po kome su roditelji budućih supružnika pre sklapanja braka trebali da postignu sporazum o budućim imovinskopravnim dejstvima bračne zajednice. Bračni drugovi ovakav kontrakt nisu mogli menjati (navedimo samo da je u pomenutom Francuskom građanskom zakoniku mogućnost sporazumnog ukidanja ili izmene predbračnog ugovora ustanovljena tek izmenama ovog propisa iz 1965.)

Današnji zakonski bračnoimovinski režimi konstituišu se dominantno prema većini, dakle prema ljudima koji ne spadaju u finansijsku elitu i žive od sopstvene zarade, a ne prema manjini koja egzistira na osnovu nasleđenog porodičnog bogatstva, kao pre stotinu i više godina. Dakle, ovi pozitivnopravni propisi iz oblasti Porodičnog prava prilagođavaju se, pre svega, onim ljudima koji ne poseduju ništa, ili gotovo ništa kada zaključuju prvi brak, i koji imovinu stiču tokom bračne zajednice. Samim tim, i bračni ugovor više ne predstavlja instrument zamrzavanja (u trenutku sklapanja braka) zatečenih imovinskih stanja supružnika, već ovaj pravni posao predstavlja instituciju kojom bračni drugovi svoj brak štite, a imovinskopravne odnose u njemu regulišu sporazumno, slobodno menjajući njegov sadržaj u toku trajanja bračne zajednice.

Jugoslovensko zakonodavstvo, do poslednje decenije prošlog veka, insistiralo je na principu zabrane izmene režima zajedničke imovine bračnih drugova. Zakon o braku i porodičnim odnosima Republike Srbije, kao

i porodični zakoni drugih republika članica federacije, kogentnim odredbama su isključili mogućnost izmene navedenog režima. Osnovni zakon o braku[1] u članu 12. predviđao je pravo supružnika da među sobom sklapaju ugovore koji nisu protivni zakonu. Odredbe koje su propisivale bračni imovinski režim bile su kogentnog karaktera, i jasno su zabranjivale zaključenje ugovora o imovinskom režimu između supružnika. Zakon o braku i porodičnim odnosima Srbije[2] držao se istog principa. U članu 326. ovaj zakon ističe da: „Bračni drugovi mogu međusobno sklapati sve ugovore i njima zasnivati prava i obaveze. Oni ne mogu međusobno sklapati samo one ugovore kojima se menja imovinski režim utvrđen ovim zakonom, kao i ugovore kojima se unapred odriču prava koja im po ovom zakonu pripadaju (na primer na zakonsko izdržavanje, na udeo u zajedničkoj imovini i drugo).“ Iz ovoga se jasno može zaključiti da je Zakon o braku dozvoljavao zaključivanje imovinskih ugovora između bračnih drugova, kao što su: zakup, prodaja, poklon i slično. Pored ovoga, izričito je dopušteno i sklapanje sporazuma koji se odnose na upravljanje i raspolaganje zajedničkom imovinom. Supružnicima je ostavljena i mogućnost postizanja sporazuma i o deobi zajedničke imovine, pri čemu jedan od načina deobe mogao biti i „određivanje udela u zajedničkoj imovini, tako da bračni drugovi postanu suvlasnici na određenim delovima.“[3] Uprkos ovako, za date istorijske okolnosti – relativno širokom ugovornom kapacitetu bračnih drugova, nijedan od navedenih ugovora, nije omogućavao izmenu zakonskog imovinskog režima. Sporazum o deobi, koju su supružnici mogli ugovoriti i sprovesti neograničen broj puta u toku trajanja bračne zajednice, imao je dejstvo samo u odnosu na imovinu stečenu pre zaključenja sporazuma o deobi, ne i ubuduće. Sva ona dobra koja su bračni drugovi nakon deobe sticali, takođe su podlegala zakonskom režimu zajedničke imovine.

Države takozvanog „socijalističkog bloka“, u kojima je dominirao sistem planske privrede i dominacije državne svojine, po pravilu su institut bračnog ugovora smatrale ustanovom „buržoaskog prava“, koja narušava koncept ravnopravnosti polova. Zbog toga su bračni ugovori izopšteni iz pozitivnih zakonodavstava ovih zemalja. Pravni propisi koji su tretirali bračne i porodične odnose u ovim sistemima, bavili su se imovinskopranim odnosima bračnih drugova na sličan način kao i tadašnje, jugoslovensko pravo, odnosno pravo republika i pokrajina zajedničke drža-

[1] Osnovni zakon o braku, Službeni list FNRJ 29/1946.

[2] Zakon o braku i porodičnim odnosima Srbije, Službeni glasnik 22/80, 22/93, 35/94 i 29/2001.

[3] Kovaček Stanić, str. 72 i 73.

ve. Krajem osamdesetih i početkom devedesetih godina dvadesetog veka, dolazi do tranzicionih procesa u navedenim društvima i ona, listom, vraćaju mogućnost ugovorne izmene zakonskog režima imovine u svoj pravni poredak. Po pravilu se bračni ugovori zaključuju tako, što zakoni nameću poštovanje precizno definisane norme u kojoj moraju biti sklopljeni. Obaveznom formom postiže se više efekata - obezbeđuje se dokaz o sklopljenom pravnom poslu (njegovom sadržaju i vremenu zaključenja), štiti se pravna sigurnost (supružnika, i trećih lica) i najčešće se predviđa pružanje obaveznog stručnog saveta, što ima naročiti značaj s obzirom na veoma ozbiljne pravne posledice koje ovaj ugovor sa sobom povlači.

Nakon raspada zajedničke države, i bivše jugoslovenske republike slede njihov primer. Tako je Obiteljski zakon Hrvatske iz 1998. godine u članu 253. definisao ovlašćenje supružnika da bračnim ugovorom urede svoje odnose u pogledu bračne „tečevine", drugačije nego što je zakonom definisano. Obiteljski zakon iz 2003. godine preuzima ovakvo određenje.[4] Bračni ugovori u Hrvatskoj sklapaju se u pisanom obliku, a potpisi bračnih drugova obavezno moraju biti overeni. Porodični zakon Federacije Bosne i Hercegovine[5] na sličan način uvodi institut bračnog ugovora u pravni sistem te države. Član 258. govori o tome da se bračnim ugovorom mogu urediti imovinskopravni odnosi bračnih drugova prilikom zaključenja braka, kao i tokom trajanja bračne zajednice. U stavu 2. ovaj zakon ističe da je navedeni posao strogo formalan, jer isprava treba da bude „notarski obrađena". Preciznije, bračni ugovor zaključuje se u prisustvu obe ugovorne strane, uz potvrdu notara. Porodični zakon Republike Srpske[6] u trećem stavu člana 271. ističe da „ženik i nevjesta, odnosno bračni supružnici mogu bračnim ugovorom drugačije urediti svoje odnose u pogledu zajedničke imovine", nego što je određeno odredbama koje se bave zakonskim imovinskim režimom. Ovaj zakon precizira i da se navedenim pravnim poslom mogu urediti imovinskopravni odnosi na postojećoj ili budućoj imovini. Što se tiče forme u kojoj se ovi ugovori zaključuju, i u Porodičnom zakonu Republike Srpske navedeno je da se bračni ugovori zaključuju u pismenoj formi, a potpisi supružnika obavezno se overavaju od strane nadležnog sudije ili notara. Crnogorski Porodični zakon[7], koji je donet u decembru 2006, u članu 301. navodi da „bračni drugovi tokom trajanja braka ili prije sklapanja braka mogu svoje imovinske odnose na postojećoj ili budućoj imovini urediti ugovorom (bračni ugovor)". Bračni

[4] Obiteljski zakon, „Narodne novine RH", br.116/2003 i 136/2004

[5] Porodični zakon FBIH, „Službene novine FBiH", br. 35/05 i 41/05

[6] Porodični zakon, „Službeni glasnik RS", br.54/2002

[7] Porodični zakon, „Službeni list SRCG", br. 56/2003

ugovor zaključuje se u pisanoj formi i mora biti overen od notara, koji je dužan da pre overe bračnim drugovima pročita ugovor i upozori ih da se njime isključuje zakonski režim zajedničke imovine. Bračni ugovor koji se odnosi na nepokretnosti upisuje se u registar nepokretnosti.

Porodični zakona Srbije iz 2005. godine, izbrisao je razliku između pozitivnog prava Republike Srbije i praktično svih evropskih uporednih zakonodavstava u pogledu postojanja mogućnosti izmene zakonskog bračno-imovinskog režima. Ovaj zakon nakon više decenija ponovo uvodi bračni ugovor u naše pozitivno zakonodavstvo. Navedena institucija, nije međutim, po prvi put prisutna u srpskom pravu. Njeno postojanje i primena u Srbiji devetnaestog i dvadesetog veka imaju relativno dugu istoriju.

Ustanovu bračnog ugovora Srpski građanski zakonik preuzeo je iz Austrijskog građanskog zakonika, još 1844. godine. U paragrafu 759. data je definicija bračnog ugovora: „Ugovor, koji bi između muža i žene, ili između ženika i neveste, u odnošaju na brak o imanju zaključen bio, zove se bračni ugovor“.[8] Dakle, već u prvoj polovini devetnaestog veka supružnici su u Srbiji svoje imovinske odnose mogli sporazumno uređivati, jer je to ovlašćenje bilo garantovano odredbama SGZ-a. Ovakvo ovlašćenje bilo je ograničeno opštom odredbom vezanom za sve ugovore, koju nalazimo u paragrafu 13, koja ističe da ugovori ne smeju biti protivni moralu i javnom poretku. Zakonik je naglasio i da se bračnim ugovorom ne mogu izmeniti ili otkloniti prinudni propisi o ličnim odnosima supruga, da se ne može isključiti niti ograničiti muževljeva vlast, ukinuti ženina poslovna nesposobnost, ili ograničiti ili ukinuti muževljevo pravo da zastupa ženu.[9] Građanski zakonik za Kraljevinu Srbiju predvideo je i tipove režima koje su bračni drugovi najčešće i ugovarali: mirazni režim, „smesu“ dobara, odnosno opštu imovinsku zajednicu i odvojenost imovine. Valja napomenuti da je odvojenost imovine predstavljala zakonski imovinski režim u ovom pravnom sistemu. Dakle, u slučaju da supružnici bračnim ugovorom nisu prihvatile mirazni režim, ili režim „smese dobara“, za njih će važiti režim odvojenosti imovine kao zakonski imovinski režim prema SGZ po kome svaki bračni drug koristi, upravlja i raspolaže svojom imovinom. Zakonik je ustanovio zakonsku pretpostavku da je žena ovlastila muža da upravlja i koristi i njenu imovinu. Međutim, ovo pravo žena je u svakom trenutku mogla oduzeti mužu.[10]

---

[8] Građanski zakonik za Kraljevinu Srbiju, Beograd, 1903.

[9] Građanski zakonik za Kraljevinu Srbiju, Beograd, 1903, paragraf 107.

[10] Srpski građanski zakonik, par. 771.

Sve do kraja II svetskog rata u današnjoj Vojvodini se na imovinske odnose bračnih drugova primenjivalo mađarsko pravo, preciznije - Zakonski članak XXXI iz 1894. godine. Ovim pravnim propisom data je dozvola supružnicima da zaključe bračne ugovore, kojima su mogli menjati, ili u potpunosti isključiti zakonski imovinski režim. Takozvani režim zajedničke tečevine bio je zakonski režim. Bračnim ugovorom supružnici su mogli definisati mogućnost da i stvari stečene besteretnim pravnim poslom uđu u zajedničku tečevinu. Ove stvari su, inače, po slovu zakona predstavljale deo posebne imovine bračnih drugova. Pored toga, ovim pravnim poslom neke stvari mogle su biti izuzete iz režima zajedničke tečevine. Bračni ugovor mogao je biti izmenjen u svakom trenutku.

Srbiji su, po okončanju balkanskih ratova, bile prisajedinjene i oblasti u kojima je živeo veliki broj stanovnika islamske veroispovesti i u kojima su, tradicionalno, bračni odnosi bili regulisani po principima šerijatskog prava. Kraljevina Srbija, donošenjem posebne uredbe 1914. godine omogućava nastavak važenja ovog pravnog sistema na svojim novostečenim teritorijama. Zakonski bračnoimovinski režim odvojenosti imovina, prirodno je proizlazio iz činjenice da je šerijatskim pravom dozvoljena poligamija. Pored toga, i jednostrani otkaz braka od strane muža je dovodio suprugu u nepovoljan položaj, pa je režim odvojenosti imovina njoj pružao izvesnu ekonomsku sigurnost. Više supružnica je mogao imati samo onaj muškarac, koji je mogao odgovoriti obavezi izdržavanja svih svojih supruga i sve svoje dece. Ženi je dato ovlašćenje upravljanja svojom odvojenom imovinom. Šerijatsko pravo poznavalo je i priznavalo zaključivanje bračnih ugovora između supružnika[11].

Naveo sam da je novi Porodični zakon Republike Srbije iz 2005. (Službeni glasnik Republike Srbije broj 18 od 24. februara 2005) vratio institut bračnih ugovora u naše pravo i praksu. Dakle, po prvi put posle više od šest decenija, ustanovljava se pravo supružnika i budućih bračnih drugova da izmene zakonski režim zajedničke imovine, i sklope pravne poslove kojima će i *pro futuro* urediti svoje imovinske odnose kako na postojećoj, tako i na budućoj imovini. Institucija bračnog ugovora omogućava budućim i aktuelnim bračnim drugovima da ugovore režim odvojenosti imovine, i da urede svoje odnose u skladu sa načelom slobode ugovaranja, bez do tada postojećih formalnih ograničenja. Ovaj propis, međutim, zadržava i one odredbe kojima se (u dotada važećem porodičnom zakonodavstvu) predviđalo ovlašćenje bračnih drugova da u okviru zakonskog režima zajedničke imovine - urede svoje imovinske odnose.

[11] Opširnije: Gams, str. 16.

Tako zakonodavac ostaje pri opredeljenju da je potrebno da u pravnom sistemu ostane pravo supružnika da zaključuju sporazume na osnovu kojih će jedan od njih upravljati i raspolagati zajedničkom imovinom ili nekim njenim delovima.[12] Ovim se, praktično, isključuje zakonom definisano, zajedničko i sporazumno raspolaganje imovinom. Pored toga, opšte odredbe zakona definisale su i da supružnici i dalje mogu uzajamno da zaključuju čitav niz pravnih poslova. Sloboda ugovaranja odnosi se i na pravo na deobu zajedničke imovine koje bračni drugovi mogu koristiti kako za vreme trajanja braka, tako i posle njegovog prestanka.[13] Ova podela imovinskopravnih ovlašćenja ima dejstvo isključivo na imovinu stečenu do trenutka zaključivanja sporazuma. Nakon izvršene deobe, zakonski režim zajedničke imovine odnosi se na svu buduću imovinu koju će bračni drugovi steći radom u toku trajanja bračne zajednice. Porodični zakon ustanovljava brojne razlike između dve institucija - bračnog ugovora i deobe zajedničke imovine. Za razliku od sporazuma o deobi, bračni ugovor se može zaključiti i pre zaključenja braka i u toku njegovog trajanja, a sporazum o deobi samo u toku trajanja braka, odnosno povodom njegovog razvoda. Dejstvo bračnog ugovora odnosi se kako na već stečenu, tako i na imovinu koju će bračni drugovi steći nakon zaključenja ovog pravnog posla, dok se deobni sporazum odnosi samo na već stečenu imovinu. Sporazumnom deobom može se regulisati samo sudbina one imovine koja je zajednička (a takav status ima na osnovu zakona), dok bračni ugovor može obuhvatiti mnogo šire imovinskopravne posledice bračne zajednice (može se odnositi isključivo na pravni status posebne imovine bračnih drugova). Nakon izvršene deobe, zakonski imovinski režim nastavlja da teče, dok bračni ugovori najčešće u potpunosti isključuju ovaj režim, i uspostavljaju režim odvojenosti imovina supružnika.

Zabrana sporazumne izmene zakonskog imovinskog režima, nakon uspostavljanja tržišne privrede, više nije odgovarala uslovima funkcionisanja ekonomskog sistema zemalja u tranziciji.[14] Naš Porodični zakon ovu zabranu uklanja, ali prilično šturo reguliše materiju bračnih ugovora. Ovim pravnim propisom, nažalost, nisu definisani mehanizmi zaštite ekonomski slabijeg bračnog druga prilikom sklapanja navedenog kontrakta, odnosno, odredbama zakona nije predviđeno pravo sudije da prilikom zaključenja ugovora ceni njegove odredbe sa stanovišta pravnih posledica

[12] Porodični zakon, član 189.

[13] Ibidem, čl. 178.

[14] Opširnije: Porodični zakon, Predgovor dr Marija Draškić, JP „Sl. glasnik“, 2005, str. 19.

koje proizvodi. Ustanovljena je samo obaveza postupajućeg sudije da upozori stranke da zaključenjem bračnog ugovora među njima prestaje da važi zakonski imovinski režim zajedničke imovine.[15]

U najvećem broju uporednih zakonodavstava, (pored toga što je u nekima od njih zakonom predviđena mogućnost, nekad čak i obaveza, izbora između više ponuđenih imovinskih režima), odredbe pravnih propisa iz oblasti bračno-imovinskih odnosa definišu se kao dispozitivne. To, praktično, znači da se ostavlja mogućnost supružnicima da ugovorom (uz izvesna ograničenja) definišu uzajamna prava i obaveze u ovoj oblasti drugačije, nego što sadržaj tih pravnih poslova reguliše zakon. Porodična zakonodavstva slobodu ugovaranja ograničavaju najčešće u odredbama koje se odnose na odgajanje zajedničke dece, zaštitu slabijeg bračnog druga, njihovo izdržavanje, ili obezbeđenje doprinosa za zajedničko domaćinstvo. U Francuskom pravu, na primer, ugovorne strane su ograničene samim tim što nemaju pravo da isključe «osnovni imovinski režim» (koji se odnosi na pokrivanje troškova domaćinstva, odgajanje zajedničke dece i porodični dom) a obavezni su i da poštuju pravila morala i dobre običaje[16]. I u nemačkom pravu, instrument ostvarivanja slobode ugovaranja je bračni ugovor, međutim, ta je sloboda i u ovom sistemu omeđena obavezom bračnih drugova da srazmerno doprinesu zajedničkom domaćinstvu i čuvanju, vaspitanju i školovanju zajedničke dece. Austrijski građanski zakonik na sličan način dimenzionira kapacitet ovih pravnih poslova, ističući da supružnici odredbe ugovora nužno moraju uskladiti sa pravilima morala i dobrim običajima, vodeći računa o eksplicitnom nalogu zakona da, u skladu sa svojim mogućnostima, učestvuju u troškovima domaćinstva, to jest u izdacima potrebnim za obrazovanje njihove zajedničke dece. Pored toga, bračni drugovi imaju obavezu doprinosa njihovom čuvanju i vaspitanju. Odredbe pozitivnog zakonodavstva, koje ograničavaju supružnike (ili buduće supružnike), i nalažu im da svoje bračne ugovore upodobe sa potrebom da ispune obaveze prema zajedničkom domaćinstvu i zajedničkoj deci, zatičemo i u mađarskom pravu.

---

[15] Opširnije: Cvejić-Jančić Olga, „Reforma porodičnog prava Srbije“, Glasnik Advokatske komore Vojvodine, knjiga 66, Novi Sad, 2006, str. 24. i 25. – „Pitanje je i kako obezbediti zaštitu slabije strane koja bi, radi stupanja u brak pristala, na primer, i na zaključenje ugovora koji je za nju nepovoljan, zatim da li se dozvoljava ugovaranje miraza (zakon kaže da oni mogu da uređuju odnose na sadašnjoj i budućoj imovini) i čitav niz drugih pitanja iskrsava iz ovako šture i nedovoljno razrađene odredbe o bračnom ugovoru. Npr. da li je moguće zaključiti bračni ugovor kojim se isključuje zajednička imovina i ukoliko je samo jedan supružnik zaposlen? Kakav je imovinski položaj drugog supružnika u tom slučaju, jer će on svojim radom u domaćinstvu i staranjem o deci obezbediti određene uslove za uspešnu karijeru drugog supružnika, bez ikakve imovinske sigurnosti u takvom braku.“

[16] Vidi član 1387. Francuskog građanskog zakonika

NEMAČKO PRAVO

Nemački građanski zakonik spada u onu grupu evropskih pravnih propisa, koji nude više modela bračnih imovinskih režima, od kojih bračni drugovi biraju onaj koji im najviše odgovara (od ovakvog principa, primera radi, polazi i švajcarsko pravo). Načelo slobode ugovaranja, naravno, dozvoljava delimično, ili potpuno odstupanje od tih modela. Ostaje, prirodno, već navedeno ograničenje kojim se, pre svega, štite zajednička deca supružnika. Paragrafi 1408-1413. Nemačkog građanskog zakonika regulišu opisanu slobodu izbora jednog od imovinskih režima[17]. Ograničenja koje se odnose na domaćinstvo i decu nisu, međutim, jedina posebna ograničenja slobode ugovaranja bračnih ugovora. Supružnici su limitirani i onim odredbama zakona koje zabranjuju uređivanje imovinskih odnosa upućivanjem na pravila inostranog prava, odnosno na pravila domaćeg prava koja više nisu važeća. Uvodnim zakonom za Građanski zakonik, kao i paragrafom 1409. isključena je, dakle, koliziono-pravna autonomija stranaka. Pored navedenog, sloboda ugovaranja ograničena je u i pogledu onih klauzula, kojima bi bračni drugovi, ili budući supružnici, u bračni kontrakt uneli obaveze trećih lica.[18]

NGZ daje ovlašćenje supružnicima, koje im omogućava da se prilikom sklapanja bračnog ugovora sporazumeju o izboru jednog od dva zakonska oblika bračnog ugovora. Prvi oblik sadrži režim odvojene imovine. Jasno je, dakle, da imovinu bračnog druga čine kako ona dobra koja je posedovao pre zaključenja braka, tako i ona koja su stečena za vreme braka.

Drugi je režim zajedničke imovine. Navedenu imovinu čine najveći deo dobara bračnih drugova koja su uneli u brak i pretežni deo dobara stečenih u braku. Iz zajedničke imovine izuzeta je posebna i zadržana (rezervisana) imovina. Posebnu imovinu predstavljaju predmeti, odnosno prava koja se ne mogu preneti pravnim poslovima, a zadržanu imovinu

---

[17] Prütting, Wegen, Weinreich, BGB-Kommentar, 2. Auflage, Luchterhand Verlag, Wolters Kluwer Deutschland, 2007, str. 2079. U ovom komentaru (na navedenoj stranici) nailazimo na stav da se „bračni ugovori mogu zaključiti povodom planiranog braka (znači pre zaključenja braka) ili povodom već postojećeg, zaključenog braka. Njihov sadržaj se može odnositi na period trajanja braka, ali i za slučaj razvoda braka, što znači ugovor o imovinskim posledicama za slučaj razvoda.“ Inače, Nemački građanski zakonik je pretrpeo značajne izmene početkom 2002. godine (odnosno, stupile su na snagu 22.05.2003.) Zakonik je izmenjen u preko 400 članova. Poslednja izmena ove kodifikacije dogodila se 22.12.2006. godine, a dogodila se radi usklađivanja sa članom 27. Zakona o modernizaciji sudova. Nijedna od pomenutih izmena ili dopuna zakona nije se odnosila na institut bračnog imovinskog ugovora.

[18] Jauernig, Schlechtriem, Sturner, Teichmann, Vollkommer, Bürgerliches Gesetzbuch 8. Auflage, C.H.Beck, München, 1997, str. 1246.

čine ona dobra koja su rezervisana bračnim ugovorom, dobra stečena nasleđem, kao i imovina koju je bračni drug stekao zahvaljujući rezervisanoj imovini. Načelo slobode ugovaranja garantuje supružnicima mogućnost izmene zaključenih bračnih ugovora.[19]

Notarijalna forma je obavezan oblik forme kod zaključenja bračnog ugovora u nemačkom pravu. Preciznije, ovaj pravni posao sklapa se uz prisustvo obe ugovorne strane, i potvrdu notara. Notarijalna forma uvedena je da bi se obezbedio dokaz o zaključenom kontraktu, zaštitila pravna sigurnost – bračnih drugova, ali i trećih savesnih lica, i da bi se garantovalo pravo pravnim laicima na pružanje obaveznog stručnog saveta, s obzirom na ozbiljnost pravnih posledica koje ovaj ugovor sa sobom povlači.[20] Zakon dozvoljava da ugovorne strane, prilikom sklapanja bračnog ugovora budu odsutne, pod uslovom prisustva njihovog punomoćnika, uz poštovanje pravila o formi neophodnoj za davanje punomoći. Nedostatak u formi može da dovede do ništavosti ugovora.

Naglasio sam da i u švajcarskom pravu zakon nudi nekoliko modela imovinskog režima, dajući ovlašćenja bračnim drugovima da izaberu onaj sistem oko koga postignu sporazum. Načelo slobode ugovaranja daje im mogućnost izvesnog odstupanja od odredbama zakona definisanih modela, uz obavezu poštovanja ograničenja koja se odnose na zaštitu zajedničke dece supružnika. Navedeni modeli sadržani su u članu 179. stavu 2. Švajcarskog građanskog zakonika. Bračni drugovi u prilici su da sporazumno prihvate sistem zajedničke ili sistem odvojene imovine. Međutim, ugovorom se ne mogu menjati osnovne karakteristike tri režima, između kojih supružnici mogu da izaberu onaj koji im najviše odgovara.[21]

AUSTRIJSKO PRAVO

Naveo sam u uvodnom delu rada da odredbe Austrijskog građanskog zakonika pružaju mogućnost supružnicima da bračnim ugovorom odstupe od zakonskog režima odvojene imovine i ugovore zajednicu dobara. Valja napomenuti da za režim bračne imovine važi pravilo da je dovoljna i volja jedne strane da bi se dotadašnji režim prekinuo. Režim odvojene imovine bračnih drugova postoji i u britanskom, grčkom i drugim pravima u kojima

[19] Nemački građanski zakonik, par. 1408. st. 1.

[20] Opširnije: Jauernig, Schlechtriem, Sturner, Teichmann, Vollkommer, „Bürgerliches Gesetzbuch“, 8. Auflage, C.H.Beck-München, 1997.

[21] Opširnije: Rheinstein Max, Glendon Mary Ann, „Persons and family“, Chapter 4. J.C.B.Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1980, str. 156.

zaključenje braka, u principu, ne povlači za sobom nikakve imovinske posledice, osim onih koje se odnose na zajedničku decu, odnosno zajedničko domaćinstvo (ovo i ovakvo ograničenje, inače, zatičemo u svim pravnim sistemima kojima se ovaj članak bavi). AGZ definiše da bračni drugovi praktično, bez ograničenja raspolažu svom svojom imovinom i stiču imovinu (zaradu) u toku trajanja braka kao odvojenu, a ne zajedničku. Što se tiče obaveza prema trećim licima, svojom imovinom odgovara isključivo onaj bračni drug koji je tu obavezu ugovorio.

Paragraf 1233. jasno potvrđuje gore navedene teze. Njime se naznačava da „bračna veza sama po sebi još ne zasniva zajednicu dobara između supruga. Za to se traži naročiti ugovor." Odredbe zakona nedvosmisleno ističu da je zakonski imovinski režim - režim odvojene imovine, i „ako supruzi nisu ništa naročito ugovorili o upotrebljavanju svoje imovine, onda svaki suprug zadržava svoje pređašnje pravo svojine, i na ono što jedna strana stekne za vreme braka, ili na ma koji način dobije, nema druga nikakva prava."[22] AGZ definiše izuzetak od ovog pravila, štiteći bračne drugove čiji su supružnici preminuli. Naime, ako zakonski režim nije menjan voljom supružnika, zajednica dobara među njima važi kao pravilo samo za slučaj smrti.[23]

U duhu navedenog, paragraf 1217. zakonika govori o bračnim ugovorima, i izričito navodi da se oni zaključuju najčešće radi ugovaranja miraza[24], uzmirazja, jutarnjeg poklona[25], zajednice dobara, uprave i uživanja sopstvenog imanja, reda nasleđivanja, ili na slučaj smrti određenog doživotnog uživanja imanja i udovičkog izdržavanja. Paragraf 1230. AGZ-a govori o još jednom institutu, odnosno materijalnom davanju koje se definiše bračnim ugovorom. To je takozvana „naknada za vernost", tradicionalna ustanova bračnog prava, koju čine dobra koja daje muž ili treće lice u korist mlade, radi povećanja njenog miraza. Supruga ovu imovinu može uživati jedino nakon smrti svog supružnika. Samo u tom slučaju ova dobra pripadaju njoj.

---

[22] Opšti austrijski građanski zakonik, par. 1237.

[23] Opšti austrijski građanski zakonik, par. 1234.

[24] Schwimann, Praxiskommentar zum ABGB samt Nebengesetzen, drugo izdanje, ORAC, Wien – u tomu 6. čiji su autori Apathy, Binder, Brauneder, Pfeil, Rebhani Resch, na stranici 618. nalazimo da davanje miraza direktno zavisi od toga da li je pre zaključenja braka ugovoreno davanje miraza. Ukoliko takav pravni posao nije zaključen, muž nema pravo naknadno (u toku braka) da ga traži.

[25] U: Schwimann, Praxiskommentar zum ABGB samt Nebengesetzen, drugo izdanje, ORAC, Wien na strani 633. nalazimo da jutarnji poklon daje muž supruzi prvo jutro nakon dana u kome je brak zaključen, pod uslovom da je takvo davanje ugovoreno. U slučaju sumnje, ustanovljena je pretpostavka da je 3 godine nakon sklapanja braka – poklon dat.

AGZ tretira bračne ugovore na isti način kao i sve druge kontrakte, pa se tako na njih odnose i sve opšte odredbe kojima se ugovori regulišu, kao što su pravila o opštoj poslovnoj sposobnosti, manama volje, izmenama ili prestanku ugovora. Bračni ugovori mogu se u toku trajanja braka menjati neograničeni broj puta, s tim što se izmenama ugovora ne smeju povrediti interesi poverilaca.[26]

Austrijski Zakon o notarijatu predvideo je da je za punovažnost bračnih ugovora neophodna overa notara.[27] Ovaj pravni posao se uvodi u trgovački registar, čime se obezbeđuje zaštita savesnih trećih lica. Izmena ili raskid ugovora moraju biti izvršeni u istoj formi, kao i samo sklapanje kontrakta. Načelo publiciteta u ovoj oblasti značajno je, kako zbog jasnog utvrđivanja sadržaja ugovora, tako i zbog preciziranja trenutka zaključenja ovog pravnog posla.[28]

FRANCUSKO PRAVO

Francuski građanski zakonik jasno je istakao da „zaključenje braka ne menja dotadašnji režim imovine (tj. brak nema za posledicu stvaranje zajedničke imovine)“.[29] Dakle, *Code civil* staje na stanovište da brak ne utiče na imovinske odnose supružnika, ali, ovaj propis istovremeno obezbeđuje pravo bračnih drugova da sporazumno izmene zakonski imovinski režim – režim odvojene imovine. Bračnim ugovorom one, primera radi, mogu uspostaviti režim zajedničke imovine.

Mogućnost sklapanja bračnog kontrakta proizlazi iz činjenice da su odredbe Građanskog zakonika koje definišu zakonski imovinski režim - dispozitivnog karaktera. Supružnici, ili budući bračni drugovi mogu ugovorom definisati uzajamne imovinske odnose. Postoje, međutim, i u francuskom pravu ograničenja koja nose epitet takozvanog „osnovnog režima“, odnosno postoje one odredbe zakona kojih se stranke moraju pridržavati, kojima se definiše učešće supružnika u troškovima zajedničkog domaćinstva, izdržavanju zajedničke dece i porodičnom domu. Pored to-

[26] Šire: Klang, Gschnitzer, „Kommentar zum ABGB“, V tom, Staatsdruckerei, Wien, 1954, str. 707.

[27] Vidi: Brauneder, W.: Freiheit des Vertragsinhalts und Typenbindung im Ehegüterrecht, in: Zs. f. Rechtsvergleichung, Wien 1974, str. 436. – „Bračni ugovori se moraju radi punovažnosti zaključiti u vidu notarijalnog akta“.

[28] Opširnije: Schwimann, „Praxiskommentar zum ABGB samt nebengesetzen”, tom VI, ORAC, Wien, 1997. godine, str. 616.

[29] Salma Jožef, „Obligaciono pravo“, Pravni fakultet u Novom Sadu, 2007, str. 18.

ga, bračni drugovi prilikom zaključivanja bračnog ugovora moraju uskladiti njegove klauzule sa pravilima morala i dobrim običajima. Sloboda ugovaranja koju supružnici uživaju, omogućava im da se, prilikom sklapanja ovog pravnog posla mogu opredeliti za neki od tipova ugovornih režima, koje zakon definiše. Oni mogu da se sporazumeju da će u njihovoj bračnoj zajednici vladati sistem potpune odvojenosti imovina, ali, mogu ugovoriti i režim opšte zajednice. Valja napomenuti da opšta zajednica ne sadrži samo ona dobra koja su uneta u brak, već i sva ona dobra koja će nastati u budućnosti. Odredbama bračnog ugovora mogu biti ugovoreni i različito dimenzionirani udeli bračnih drugova u zajedničkoj imovini. Iz priloženog je jasno da Francuski građanski zakonik daje veoma široku slobodu ugovaranja bračnim ugovorima. Ona je, ipak, u pravnotehničkom smislu omeđena, preciznim definicijama čitavog niza standardnih pravnih termina i klauzula, karakterističnih za bračno-imovinske odnose.[30]

Ovako visok nivo slobode saugovarača obezbeđen je tek izmenama Građanskog zakonika iz 1965. Naime, tek je ovim modifikacijama definisana mogućnost sporazumnog ukidanja ili izmene predbračnog ugovora. Do tog momenta je za supružnike koji su ovaj pravni posao zaključili i tako isključili zakonski imovinski režim, ugovoreni režim bio obavezan za imovinske odnose u braku. Korekcije zakona predvidele su da je ukidanje ili izmena predbračnog i, kasnije, bračnog ugovora, moguće tek po isteku dve godine od sklapanja braka, pri čemu to mora biti učinjeno pred beležnikom i odobreno od strane nadležnog suda. Sud *ex officio* vodi računa da se izmena čini „u interesu porodice". Davanje ovlašćenja supružnicima da mogu modifikovati bračne kontrakte, dovelo je do, praktično, udvostručavanja broja zaključenih ugovora, samo dve godine nakon početka stupanja na snagu izmena Francuskog građanskog zakonika.[31]

Francusko pravo sledi primere drugih kontinentalnih zakonodavstava, i predviđa obaveznu notarijalnu formu za bračne ugovore. Sklapanje bračnih kontrakata sa sobom nosi obavezu kako notara, pred kojim se ugovori zaključuju i koji te pravne poslove overava, tako i organa pred kojim se zaključuje brak. Obaveza notara sastoji se u tome da, odmah po zaključenju ugovora mora uručiti ugovornim stranama uverenje koje sadrži njegovo ime i adresu, kao i imena, zanimanje i adresu saugovarača, predmet i datum zaključenja ugovora. Ova potvrda sadrži i obavezu da ugovorne strane ovaj dokument moraju dati na uvid organu pred kojim se

[30] Rheinstein Max, Glendon Mary Ann, „Persons and family", Chapter 4., J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1980. str. 149.

[31] Ibidem. str. 160. i 161.

brak sklapa. Matičar pred kojim se zaključuje brak obavezan je da, prilikom samog čina sklapanja, traži izjašnjenje budućih supružnika o tome da li su kao verenici zaključili bračni ugovor i ukoliko jesu, pred kojim notarom su to učinili. Ako saugovarači odgovore afirmativno, matičar u registar organa nadležnog za zasnivanje bračnog odnosa unosi odgovore bračnih drugova i podatke o uverenju dobijenom od notara. Ukoliko se, pak, izjasne negativno, upisuje se da ne postoji pravni posao kojim se sporazumno menja zakonski imovinski režim. Načelo publiciteta je implementirano u institut bračnog ugovora na taj način, što potvrda o zaključenom braku obavezno sadrži, između ostalog, i naznaku da li su bračni drugovi zaključili ovaj pravni posao, ili to nisu učinili. Ovo načelo štiti savesna treća lica, jer, ako potvrda sadrži tvrdnju da bračni kontrakt nije sklopljen, u odnosima sa njima smatraće se da su imovinski odnosi u braku podvrgnuti zakonskom režimu. Izuzetak od ovog principa postoji ukoliko supružnici, u pravnim poslovima zaključenim sa trećim licima izričito istaknu da su zaključili bračni ugovor i njime isključili zakonski režim imovinskih odnosa, u celini ili delimično. Treće zainteresovano lice, odnosno subjekat sa kojim se posao zaključuje, ima pravo da bude upoznat sa sadržinom bračnog ugovora.

Zakon posebno štiti treća lica, ukoliko jedan od bračnih drugova (koji su zaključili bračni ugovor) ima status trgovca[32]. Načelo publiciteta se u ovim slučajevima primenjuje uz posebne zakonske mere i garancije. Ukoliko je jedan od supružnika bio trgovac u trenutku zaključenja braka, notar pred kojim je bračni ugovor sklopljen ima obavezu da, u roku od dva meseca od dana sklapanja, obavesti organ nadležan za vodjenje trgovačkog, odnosno privrednog registra o postojanju ovog pravnog posla. Obaveštenje mora sadržati i naznaku kakav je imovinski režim ustanovljen između bračnih drugova, kao i da li su ugovorene klauzule koje ograničavaju slobodno raspolaganje supružnika bračnim dobrima. Ukoliko jedan od bračnih drugova stekne status trgovca nakon zaključenja braka, ovaj podatak upisuje se u privredni registar nakon nastupanja te okolnosti. Bračni ugovori ne proizvode dejstvo prema trećim licima, ako zaključeni kontrakt nije pomenut u privrednom registru (a jedan od supružnika je trgovac). Izuzetak čini situacija u kojoj se dokaže da je treće lice imalo saznanja o zaključenom pravnom poslu. Francusko pravo je obezbedilo i mehanizme zaštite trećih lica u slučaju novog bračnog ugovora supružnika. Propisano je niz mera za kojima treća lica mogu posegnuti da bi se zaštitila od štete koja po njih može nastati zaključenjem pravnih poslova koji bi njihove dužnike (jednog ili

[32] Vidi: Morin and Morin, „La réforme des régimes matrimoniaux II“, Ed.I Paris, 1967. godine, str. 391-392

oba bračna druga) mogli učiniti insolventnim. Ustanovljeno je pravo trećih lica da traže od suda da zabrani takva raspolaganja. Potom, supružnici koji imaju nameru da zaključenjem bračnog ugovora promene bračno-imovinski režim, ne mogu to učiniti bez dozvole nadležnog suda. Molba kojom se zahteva izmena i sudska odluka kojom se ona dozvoljava obavezno se objavljuju u časopisima koji se izdaju na teritoriji nadležnog suda. Podaci o sudskoj presudi unose se (od strane nadležnih organa lokalne samouprave u kojoj je brak zaključen) na margine potvrde o sklopljenom braku. Odluka suda obavezno se dostavlja notaru pred kojim je bračni ugovor zaključen. I sam notar ima obavezu da na primerku ugovora, koji se nalazi u njegovom posedu, napomene da je usled odluke nadležnog suda došlo do izmene bračnog imovinskog režima predviđenog prethodnim ugovorom. Ukoliko je jedan od bračnih drugova trgovac, sudska odluka se dostavlja i instituciji nadležnoj za vođenje privrednog registra, koja je dužna da takvu odluku navede u registru. Ukoliko to ne bude učinjeno, odluka neće proizvoditi pravno dejstvo prema trećim, savesnim licima.

Odluka o odobrenju izmene bračnog ugovora stiče pravno dejstvo prema bračnim drugovima u trenutku donošenja, a prema trećim licima, pravno dejstvo nastaje tek tri meseca nakon što je izmena uneta u potvrdu o zaključenom braku, osim ukoliko savesni supružnici u pravnim poslovima koje sklapaju sa trećim licima izričito navedu da postoje izmene imovinskog režima[33], i precizno iznesu u čemu se one sastoje.

U francuskom pravu, dakle, bračni ugovor ima upravo suprotan značaj i ulogu nego u zemljama u tranziciji, u kojima taj pravni posao služi za otklanjanje zakonskog režima zajedničke imovine, i primenjuje se ukoliko ugovorom nije drugačije definisano.[34]

GRČKO PRAVO

Porodično pravo Grčke definisalo je princip po kome sistem odvojene imovine predstavlja zakonski imovinski režim. Bračni drugovi samostalno upravljaju i raspolažu svojom imovinom. Važno je istaći da je 1983. godine prestao da postoji mirazni režim, uz obavezu povraćaja svih do tada datih miraza suprugama, pa je tim aktom omogućeno funkcionisanje režima odvojenosti imovine.

---

[33] Code civil, član 1397, paragraf 6.

[34] Vidi: Code civil, Dalloz, Paris, 2003, red. Alice Tisserand, član 1400, kao i: Salma Jožef, Obligaciono pravo (šesto izdanje), Univerzitet u Novom Sadu, Pravni fakultet, Novi Sad, 2007, str. 18.

Bračni drugovi mogu sporazumno isključiti primenu ovog režima, zaključenjem bračnog ugovora. Ovim pravnim poslom mogu predvideti režim zajedničke imovine kao osnovu njihovih uzajamnih imovinskih odnosa. Ako ne sklope bračni kontrakt, i ne pribegnu izmeni zakonom predviđenog sistema, svaki supružnik ostaje vlasnik svoje imovine, nezavisno od toga da li se radi o imovini stečenoj pre ili za vreme braka. Bračni ugovori obavezno se zaključuju u notarijalnoj formi. Ovi kontrakti ne mogu upućivati na običaje, ni na važeće strano pravo. Instituciju bračnih ugovora u grčkom pravu, izdvojio sam zbog jednog karakterističnog obeležja ovog pravnog posla. Naime, Grčki građanski zakonik dozvoljava samo izmenu već postojećeg ugovora, pri čemu bračni drugovi i prilikom izmene moraju ispoštovati zakonom predviđenu formu, dakle, ugovori se menjaju pred notarom, pri čemu su obavezni da obezbede prethodnu dozvolu nadležnog suda.[35]

MAĐARSKO PRAVO

Zakon o braku iz 1894. godine unosi institut bračnog ugovora u mađarsko pozitivno pravo. Ova ustanova, međutim, pre toga je počela da postoji i da se primenjuje kao tekovina precedentnog prava, preciznije, stavova Vrhovnog suda (takozvane Kurije).[36] Sve do II svetskog rata, bračni ugovori imali su svoje mesto u teoriji i praksi Mađarske. U tom smislu je i predlog MGZ-a iz 1928. sadržavao precizne odrednice o ovoj vrsti pravnog posla. Odredbe zakona predviđale su mogućnost da se zakonski režim odvojene imovine izbegne - ugovaranjem jedinstva imovine. Uobičajena ograničenja koja se ustanovljavaju radi zaštite zajedničke dece i obezbeđenja namirivanja troškova domaćinstva – zatičemo i u ovom pravnom propisu. Posleratni period doneo je Mađarskoj (kao, uostalom i svim drugim zemljama planske privrede) takve zakone, koji su striktno zabranjivali sporazumnu izmenu zakonskog bračnoimovinskog režima, i

[35] Opširnije: Sakoulas, Code civil Hellénique II edition, traduit par Mamopoulos Pierre, Athénes, 1981.

[36] Zakon o braku ukinuo je instituciju takozvanog „Hitber"-a, naknade za vernost, koja je u mađarsko pravo uvedena *Werbecijevom* kodifikacijom „Ratione floridae virginitatis". Naime, zaključenjem braka, na osnovu zakonskih propisa nastajala je imovinskopravna obligacija, koja je podrazumevala potraživanje žene u pravcu isplate novčanog iznosa određenog zakonom, po osnovu toga što za vreme trajanja braka nije prekoračila dužnost vernosti. Ova obligacija nastajala je u trenutku zaključenja braka, a dospevala prestankom braka. Šire o tome vidi kod: Szladits Károly, Grill Károly, Magyar magánjog - Családi jog, Budapest, 1940, str. 283.

uvodili sistem zajedničke imovine bračnih drugova na imperativan, beskompromisan način. Tako je zakon o braku, porodici i starateljstvu iz 1952. godine, uspostavio sistem zajedničke imovine bračnih drugova koji počinje da važi *ex lege*, trenutkom zaključenja braka. Važenje ovog pravnog propisa bilo je retroaktivno, tako da se novouspostavljeni zakonski režim odnosio i na one brakove koji su sklopljeni pre donošenja Zakona o braku, porodici i starateljstvu. Njegovim odredbama zabranjena je i izmena zakonskog režima putem bračnih ugovora.

Kraj osamdesetih i početak devedesetih godina prošlog veka predstavljaju period u kome je velika većina zemalja u tranziciji vratila institut bračnog ugovora u svoje pozitivno porodično zakonodavstvo. Tako i mađarski Zakon o braku iz 1986. godine ponovo uvodi ovaj pravni posao kao formalni osnov za izmenu zakonskog režima zajedničke imovine. Ovaj kontrakt sklapaju kako lica koja imaju nameru da zaključe brak, tako i bračni drugovi. Navedenim zakonom jasno je naznačeno da se zaključenjem braka stvara imovinska zajednica između supružnika, tako da sve što supružnici u toku trajanja bračne zajednice steknu predstavlja nepodeljenu zajedničku imovinu, potpuno nezavisno od toga da li je ona stečena njihovim zajedničkim ili odvojenim doprinosom. Uveden je, za većinu evropskih pravnih sistema – neuobičajen princip, po kome zajedničku imovinu čine i naknade na osnovu autorskih i pronalazačkih prava, kao i plodovi posebne imovine. Sa druge strane, posebnu imovinu čine, kako imovina koja je postojala pre zaključenja braka, tako i dobra stečena nasleđem, predmeti koji služe isključivo za ličnu upotrebu i imovina stečena na osnovu vrednosti posebne imovine. Verenici, odnosno budući supružnici, kao i bračni drugovi, uzajamne imovinsko-pravne odnose za vreme trajanja bračne zajednice mogu urediti sporazumno i na taj način odstupiti od odredaba zakona i saglasiti se koja imovina će biti predmet zajedničke, a koja posebne imovine.[37] U najvećem broju slučajeva, bračni ugovori se zaključuju radi delimičnog razdvajanja imovine, ali moguć je i sporazum o potpuno razdvajanju, kao i potpunom spajanju imovine supružnika za vreme trajanja zajednice života. U takvim slučajevima, i ona dobra koja su imala karakter posebne imovine, postaju zajednička imovina.[38] Kada govorimo o delimičnom razdvajanju imovine, valja napomenuti da je moguće da saugovarači

[37] Vidi: „Családjog“ (Kiegészítve a vonatkozó kollégiumi állásfoglalásokkal és jogegységi határozatokkal), Novissima Kiadó, Budapest, 2001, par. 27., kao i Kőrös András, „Házassági vagyonjogi szerződés“, K.K.Orac, 1997.

[38] Opširnije: Csiky Ottó, Filó Erika, „Magyar család jog“, HVG ORAC, Budapest, 2001. str. 129. i 130., kao i Csiky Ottó, Filó Erika, „Családjog I“, iz 1998. godine i „Családjog II“, iz 1999, János Panonius Tudomány Egyetem AJK, Pécs,

prihode koje ostvare nekom delatnošću - uvrste u režim posebne imovine, a da ostatak prihoda bude definisan kao deo zajedničke imovine, namenjen pokrivanju troškova zajedničkog života.[39] Želim da istaknem da je i u mađarskom zakonodavstvu broj bračnih ugovora koje supružnici mogu zaključiti pre ili u toku braka – neograničen.[40] Neograničene su, naravno, i mogućnosti njihove izmene (izuzimam ograničenja definisana kogentnim odredbama predmetnog zakona). Ukoliko se supružnici opredele za raskid bračnog kontrakta, to praktično znači da će ugovoreni režim biti ukinut sa povratnim dejstvom, od početka. Još preciznije, u ovom slučaju se smatra da ugovor nije ni zaključen. Prekid ugovora sa sobom nosi situaciju u kojoj za budućnost više ne važe odredbe ugovora, nego da se od trenutka prekida ponovo ustanovljava zakonski režim.

Mađarsko pravo je, od samog početka postojanja institucije bračnih ugovora kao imenovanih ugovora definisalo ove pravne poslove kao formalne kontrakte. Paragrafi 21-23. Zakonskog članka br. VII iz 1886. utvrdili su obaveznu notarijalnu formu za ugovore između supružnika: kupovinu, razmenu, doživotno-rentni zajam, zakup nepokretnosti sa trajanjem preko tri godine, priznanje duga, cesiju, prenos prava svojine na nepokretnostima, poklon na nepokretnostima, poklon pokretnih stvari, ako predmet poklona nije predat prilikom sklapanja ugovora, kao i kod ugovaranja opšteg punomoćja za bračnog druga za preuzimanje meničnog duga, otuđenje ili opterećenje nepokretnosti, sticanje nepokretnosti putem teretnog ugovora, kao i za besteretno odricanje od prava. Supružnici su imali pravo sklapanja ovih pravnih poslova, uz obavezu poštovanja notarijalne forme prilikom njihovog zaključivanja. Notarijalna forma je bila neophodna i za one pravne poslove - bračne ugovore[41], koji regulišu imo-

[39] Primera radi, supružnici ili budući surpružnici mogu ugovoriti da plodovi iz posebne imovine, koja je po vrednosti značajna, budu isključivo posebna imovina, ili da predmet bračnog ugovora obuhvati privredne delatnosti za vreme trajanja zajednice života, pojedine predmete imovine, ili naprimer, pravo korišćenja stana. Valja naglasiti da dobit iz poslovanja trgovačkog društva u kome je jedan od bračnih drugova član, kao korist iz posebne imovine, predstavlja po odredbama Zakona o braku i porodici zajedničku imovinu bračnih drugova. Na taj način bračni drug koji nije član društva može postati suvlasnik, srazmerno povećanju vrednosti udela člana. Ovakav princip, naravno, može voditi u sporove sa drugim članovima. Zbog toga se bračnim ugovorom može unapred raščistiti pitanje da li je imovina uložena u društvo zajednička ili posebna, ali i odrediti sudbina dobiti od te imovine.

[40] Vidi: Csiky, Filó, „Magyar család jog“, str. 96.

[41] „Zakon ne ograničava broj imovinskopravnih ugovora. Može se pre braka zaključiti ugovor o jednom predmetu, docnije o drugom. Propisana stroga forma služi da bi se zaštitili i ostali članovi porodice, odnosno da bi se sprečila zloupotreba prema poveriocima. Zato je zakon propisao formu javne isprave, odnosno privatne, ali sa overom pravoza-

vinskopravne odnose između bračnih drugova, odnosno budućih bračnih drugova. Ovaj oblik forme predviđen je radi lakšeg dokazivanja postojanja i sadržine pravnog posla. U sudskoj praksi zaticali smo slučajeve konvalidacije onih ugovora koji nisu sklopljeni u propisanoj formi, ali su ih bračni drugovi duže vreme izvršavali[42]. Ovakvim kontraktima sudovi su priznavali punovažnost, stavljajući princip očuvanja ugovora ispred zakonom definisanog oblika u kome su ih bili obavezni sklapati. I današnji pozitivnopravni propisi uslovljavaju punovažnost bračnih ugovora formom javne isprave pred javnim beležnikom, ili u privatnoj pismenoj ispravi. U stavu 1. paragrafa I Zakona o javnim beležnicima iz 1991. dato je javnopravno ovlašćenje javnim beležnicima (notarima), da, između ostalog, sastave za građane i za pravna lica javne isprave za određene vrste pravnih poslova.[43] Zakon ne sadrži veliki broj odredaba koje se odnose na bračne ugovore, njihov sadržaj i dejstvo. Ovaj pravni propis nije čak ni odredio elemente sadržaja ovog pravnog posla. Odredbe zakona naglašavaju da saugovornici mogu da u ugovoru odstupe od odredaba zakona i da odrede koja će imovina ući u zajedničku, a koja u posebnu imovinu. Primena bračnih kontrakata u praksi dobija sve više na značaju, što je posledica sve bolje informisanosti o smislu ovih pravnih poslova, i njihovim prednostima.

RUSKO PRAVO

U uvodnom izlaganju istakao sam da je velika većina tranzicionih zemalja, sredinom poslednje decenije prošlog veka uvela institut bračnih ugovora u svoje porodično zakonodavstvo. To je učinila i Ruska federacija onim odredbama Građanskog kodeksa, koje regulišu zakonski imovinski režim u braku i pravne poslove koje supružnici uzajamno mogu sklapati. Tako, u članu 256. pomenutog kodeksa zatičemo stanovište da sistem zajedničke imovine predstavlja zakonski bračni imovinski režim, s tim što ovaj pravni propis dozvoljava bračnim drugovima mogućnost da ugovorom uspostave drugačiji režim. Ukoliko, dakle, supružnici ne ugo-

stupnika. Inače su takve stroge forme potrebne i ako su bračni drugovi zaključili između sebe ugovore o kupoprodaji, razmeni, poklonu ili zajmu. Međutim, nema potrebe za ovom formom, ukoliko se radi o pokretnoj stvari, ako je došlo do faktičke predaje stvari." – Csiky O., Filó E., „Családjog", János Panonius Tudomány Egyetem, AJK, Pécs, 1999. godine, str. 96.

[42] Vidi: Szladits K., „Magyar magánjog – Családi jog", Grill Károly, Budapest, 1940. godine, str. 287.

[43] Šire: Kőrös A. „Házassági vagyonjogi szerződés", K.K. Orac 1997. godine, str. 3.

vore neki drugi sistem, imovina koju stiču u toku trajanja bračne zajednice imaće status zajedničke imovine, dok će posebnu imovinu činiti stvari koje su oni uneli u brak, imovina koju su stekli u toku braka besteretnim pravnim poslom (najčešće poklonom i nasleđem) kao i stvari za ličnu upotrebu.

Porodični zakonik šire razrađuje slobodu supružnika da sporazumno promene režim zajedničke imovine.[44] Bračni ugovor, u ruskom pravu zaključuju budući bračni drugovi, ili bračni drugovi. Ovaj pravni posao može biti sklopljen pre, ali i za vreme trajanja braka. Mogu biti zaključeni i menjani u neograničenom broju slučajeva. Njima se, kao što sam već pomenuo, može odrediti neki drugi imovinski bračni režim, a odredbe kontrakta mogu se odnositi na njihovu postojeću, ali i buduću imovinu, celokupnu imovinu ili jedan njen deo, čak i za imovinu samo jednog od supružnika. Ugovor može precizirati dimenzioniranje obaveza u pogledu pokrivanja troškova zajedničkog domaćinstva, ali i regulisati prava i obaveze bračnih drugova vezane za učešće u dohotku drugog supružnika, kao i pravo na obavezu međusobnog izdržavanja. Dakle, bračni drugovi (kao i budući supružnici) imaju pravo da niz imovinskih efekata koji iz braka proizlaze, regulišu u skladu sa načelom slobode ugovaranja. Bračni ugovori u ruskom, kao i u mađarskom pravu, afirmisani su porodičnim zakonodavstvom koje je sledilo uspostavljanje tržišne privrede i demokratskog društva u ovim državama.[45] Ovakvo stanje zatičemo u pravima svih reformskih država Evrope. Navešću primere Češke i Poljske. U oba zakonodavstva, režim zajedničke imovine je zakonski imovinski režim. Zajedničku imovinu čini, slično kao u ruskom pravu - imovina stečena tokom braka, izuzev stvari koje su stečene besteretnim pravnim poslom, odnosno poklonom i nasleđem, kao i stvari namenjenih za ličnu upotrebu. U navedenim zemljama, zakonodavac je definisao široku autonomiju stranaka u pogledu vremena zaključenja bračnog ugovora, i njegovog dejstva na imovinske pravne odnose između supružnika.[46]

Bračni ugovor u ruskom pravu je strogo formalan kontraktu, preciznije, poštovanje notarijalne forme je preduslov njegove punovažnosti.

---

[44] Porodični zakonik Ruske Federacije iz 1995. godine u glavi 8., članovima od 40-44. podrobnije definiše sadržaj, formu i pravno dejstvo bračnih ugovora. – vidi: Antokolskaya, M.V. : „The 1995 Russian Family Code: A New Approach to The Regulation of Family Relations“, Review of Central and East European Law, Volume 22, Number 6, 1996, Martinus Nijhoff Publishers, an imprint of Bril.

[45] Opširnije: Kovaček Stanić Gordana, „Uporedno porodično pravo“, Univerzitet u Novom Sadu, Pravni fakultet, Novi Sad, str. 68. i 69.

[46] Ibidem. str. 70.

To, međutim, nije jedino ograničenje koga se stranke moraju pridržavati prilikom sporazumnog opredeljivanja uzajamnih imovinskih odnosa. Supružnici moraju poštovati i osnovna načela porodičnog zakonodavstva, a ne mogu ni ugovarati klauzule koje jednog od bračnih drugova dovode u krajnje nepovoljan položaj u odnosu na drugog supružnika. Zakon pogotovo štiti pravo na izdržavanje radno nesposobnog bračnog druga, kao i pravo zajedničke dece na izdržavanje. Ove obaveze supružnika ne mogu biti isključene odredbama pravnog posla. Dalje, zabranjeno je i sporazumno ograničavanje pravne ili poslovne sposobnosti bračnih drugova.

I u češkom porodičnom pravu, za zaključenja bračnogu ugovora neophodna je notarijalna forma, a ako se ugovor odnosi i na neke nepokretnosti, mora biti registrovan u odgovarajućem javnom registru.[47] Ovakve odredbe zatičemo i u poljskom zakonodavstvu.

BRITANSKO PRAVO

U zakonodavstu Velike Britanije, zatičemo sistem odvojene imovine bračnih drugova kao zakonski imovinski režim. To, praktično, znači da sklapanje braka, u principu, ne povlači za sobom nikakve imovinske posledice, osim onih koje se odnose na zajedničku decu, odnosno zajedničko domaćinstvo. Bračni drugovi bez ograničenja raspolažu svom svojom imovinom, a zaradu, odnosno – imovinu koju u toku trajanja braka steknu, stiču kao odvojenu. Sledstveno tome, za obaveze prema trećim licima, svojom imovinom odgovara isključivo onaj bračni drug koji je tu obavezu ugovorio.

U anglosaksonskom pravu, dozvoljeno je zaključivanje bračnih ugovora. U drugoj polovini dvadesetog veka uočava se masovniji trend sklapanja ovih pravnih poslova, pri čemu se, praktično, samo jedna vrsta ugovora uobičajila. Radi se o takozvanim „sporazumima o razdvajanju," kojima bračni drugovi jedan drugog oslobađaju obaveze zajednice stanovanja, a kojim se često ugovaraju i druge klauzule, koje se najčešće odnose na obavezu izdržavanja, uzajamnog ili pojedinačnog. Česta je upotreba ovih pravnih poslova zarad zbrinjavanja dece iz prethodnog braka, kao i radi zadovoljavanja želje imućnih građana da eliminišu imovinska prava drugog bračnog druga. Primećen je i trend upotrebe načela slobode ugovaranja u pravcu opredeljivanja onakvih modela imovinskih odnosa između bračnih drugova, koji su po poreskim zakonima podložni manjim poreskim stopama. Često se „bračni ugovori" sklapaju da bi se potencira-

[47] O ovome: Kovaček Stanić, str. 69.

la prava i obaveze supružnika za vreme braka, pre svega u pogledu brige o zajedničkom domaćinstvu i zajedničkoj deci. Ovi pravni poslovi, pre svega, predstavljaju deklarativne akte kojima bračni drugovi potvrđuju jedan drugom zajedničko opredeljenje za bračnu jednakost, a ne sporazume čije bi sprovođenje bilo moguće prinudno izvršiti u sudskom postupku.[48] Porodično pravo Sjedinjenih američkih država sledi principe ustanovljene u britanskom pravnom sistemu.

ZAKLJUČAK

Bračni ugovori nemaju istu funkciju u reformskim zemljama, kao u ostalim državama našeg kontinenta. U društvima u tranziciji porodična zakonodavstva su najčešće zadržala režim zajedničke imovine. Samim tim, u ovim pravnim sistemima bračni ugovori usmereni su ka realizaciji težnje supružnika da u njihovim imovinskim odnosima bude uspostavljen režim odvojene imovine. U većini ekonomski izrazito razvijenih zemalja, imovinski odnosi bračnih drugova temelje se na sistemu odvojene imovine (kao zakonskom imovinskom režimu), a supružnici se mogu sporazumeti o ugovaranju zajednice sticanja. Statistički posmatrano bračni ugovori se češće zaključuju u sistemima u kojima postoji zakonski režim zajedničke imovine. Ova teza se objašnjava „velikim brojem brakova u kojima su i jedan i drugi bračni drug privrednici, pa su privredna društva samostalna i bračni drugovi ne-članovi ne mogu uticati na rad privrednog društva. Ukoliko bračni drug ne-član stiče imovinu u društvu bračnog druga člana (privrednog) društva, rađaju se nepotrebni sporovi sa potraživanjima ne-člana, što utiče na sigurnost poslovanja.“[49] Istovremeno, „u slučaju stečaja društva sa neograničenom odgovornošću (kod koga se odgovara za obaveze i ličnom imovinom, a ne samo imovinom uloženom u društvo), bračni drug ne-član odgovara ne samo svojim udelom u zajedničkoj tekovini, već i svojom posebnom imovinom. Jer, ako stiče zajedničku imovinu, korist, prava, deo dobiti društva, po sili porodičnog zakona, zašto ne bi odgovarao i za obaveze. No, problem je u tome što će tada

[48] Šire: Price, „The Transmission of Wealth at Death in a Community Property Jurisdiction, Washington Law Revue br. 50., Washington D.C., 1975, str. 277-340; King, „Cohabitation Handbook“, Berkeley, Los Angeles, 1975, str. 31-40; Weitzman, „Legal Regulation of Marriage – Tradition and Change“, Californian Law Revue br. 62., 1974, str. 1169-1277; Martin A. Elizabeth, „A Dictionary of Law“, Oxford University Press, Oxford, 2002.

[49] Op. cit. Salma, str. 346.

odgovarati za namirenje poverilaca onaj bračni drug (ne član društva) koji nije mogao doprineti lošem poslovanju. Što je, naravno, nepravično.“[50]

Ukazao sam na različite funkcije bračnih ugovora. Međutim, veliki je broj zajedničkih karakteristika ovih pravnih poslova. Naglašavam da, u modernim pravnim sistemima ne postoji zabrana izmene zakonskog imovinskog režima za vreme braka, odnosno, dozvoljeno je zaključivanje bračnih ugovora. Po pravilu ovi kontrakti imaju formalan karakter, a ugovori koji su zaključeni nakon sklapanja braka imaju isti pravni tretman kao i ugovori o imovinskom režimu zaključeni pre braka. Bračni ugovori mogu se nakon prvog zaključivanja slobodno menjati ili raskidati u, primera radi - Srbiji, Nemačkoj, Austriji, Mađarskoj, Danskoj[51], Finskoj[52], Norveškoj[53], Španiji[54], Švedskoj[55], a u nekim sistemima, za izmenu ili raskid ovakvih ugovora potrebna je dozvola suda ili nekog drugog državnog organa. U ovu grupu spadaju, između ostalih država, i Francuska, Belgija[56], Italija[57], Monako[58], Holandija[59], Švajcarska[60]. U manjem broju sistema nije moguće izmeniti jednom ugovoreni bračni ugovor. Takvu situaciju nalazimo u Portugalu[61].

Teoretičari su prepoznali više sistema imovinskih odnosa između supružnika u evropskom pravu. Najčešće se njihova razmatranja svode na tri, odnosno četiri osnovna pristupa. „Prvi sistem je sistem spajanja imovine, drugi je sistem odvojene imovine i treći je sistem zajedničke imovine ili zajedničke tekovine.“[62] Pojedini teoretičari pominju i četvrti sistem - „režim odložene zajedničke imovine (odnosno režim zajednice prinosa

---

[50] Ibidem.

[51] Danska: Zakon o pravnim posledicama braka, član 28.

[52] Finska: Zakon o braku, paragrafi 41-45.

[53] Norveška: Zakon o svojinskim odnosima između bračnih drugova, paragraf 21.

[54] Španija: Građanski zakonik, paragrafi 1315, 1318, 1321, 1322.

[55] Švedska: Zakon o braku, poglavlje 8. - Swedish legislation, „The Marriage code“, (Äktenskapsbalken) SFS 1987:230, with subsequent amendments up to and including, SFS 2000:173, translation by the Swedish Government

[56] Belgija: Građanski zakonik, novi članovi 1394. i 1395.

[57] Italija: Građanski zakonik, član 517. - The Italian civil code, translated by Mario Beltramo Giovanni E. Longo John Henry Merryman, 1969 Oceana Publications, INC. Dobbs Ferry, N.Y.

[58] Monako: Građanski zakonik, član 1243. stav 1.

[59] Holandija: Novi Građanski zakonik, član 118. i 119.

[60] Švajcarska: Građanski zakonik, član 181. stav 2.

[61] Portugal: Građanski zakonik, paragraf 1714.

[62] Dr Salma Jožef, „O bračno-imovinskom ugovoru“, Glasnik advokatske komore Vojvodine, knjiga 62, Novi Sad, 2002, str. 344.

ili imovinske zajednice).“[63] Ističem da sistem spajanja imovine upućuje na to, da imovina koju supružnici unesu u bračnu zajednicu, trenutkom sklapanja braka postaje zajednička imovina. U porodičnim zakonima prema čijim odredbama brak ne proizvodi imovinske pravne posledice (Francuska, Austrija, Velika Britanija) – zatičemo sistem odvojene imovine, o kome je dovoljno rečeno u dosadašnjem izlaganju. Srpsko pravo, kao i pravo ostalih reformskih zemalja karakteriše sistem zajedničke imovine. Ovu imovinu čini sve što bračni drugovi steknu radom u toku trajanja braka. Režim odložene zajedničke imovine (prisutan u Nemačkoj, Švajcarskoj, Švedskoj), nešto je složeniji. On „ne podrazumeva postojanje zajedničke svojine, supružnici su, svaki pojedinačno, vlasnici stvari, a karakter zajedništva javlja se tek kada se imovina deli. Zajedništvo postoji, takođe, u režimu upravljanja i raspolaganja dobrima posebne namene kao što je zajednički dom.“[64]

[63] Dr Kovaček Stanić Gordana, „Uporedno porodično pravo“, Univerzitet u Novom Sadu, Novi Sad, 2002, str. 43.

[64] Op. cit. Kovaček Stanić, str. 43. i 44.

Bojan Pajtić, Ph.D., Assistant Professor
Novi Sad School of Law

Nuptial (Marital) Agreement in Serbian and European Law

Abstract

Serbia (among the last countries in Europe) has introduced the institution of the nuptial (marital) agreement into the substantive legislation. Family Law of the Republic of Serbia from 2005 eliminated the difference between the substantive law of the Republic of Serbia and practically all European comparative legislatures with regard to the possibility of modification of the statutory marital-property regime. However, the aforementioned institution is not for the first time found in the Serbian law. Its existence and application in Serbia of the nineteenth and twentieth century had relatively long tradition. The period following the Second World War brought about the prohibition of modification in the statutory regime of common property of spouses. Under the Family Law, for the first time after more than six decades, it is established that spouses and future marital partners shall be entitled to change statutory regime of the common spousal property and enter into legal transactions which will pro futuro regulate their property relations both in the matters of the existing as well as the future property. The institution of nuptial (marital) agreement enables the prospective as well as the existing marital partners to arrange for the separate-property regime and to regulate their relations in accordance with the principle of freedom of contract, without any formal restrictions existing until then.

Theoreticians have recognised a number of systems of property relations between spouses in the European law. Principally, their considerations boil down to the three, i.e., the four major approaches. „The first system includes merging of the property, the second one refers to the separate property system and the third one is the joint property system or ownership in common“. Individual theoreticians also refer to the fourth

system – „the deferred community property regime (i.e. the community-of-property regime)

This paper underlines that nuptial (marital) agreements do not have the same function in reform countries as in other countries across our continent. In the societies undergoing transition the family legislation generally maintained the joint property regime. Accordingly, in these legal systems the nuptial (marital) agreements attempt to satisfy the aspirations of spouses to establish the separate property regime within their property relations. In majority of significantly economically developed countries, the property relations between spouses are based on the separate property system (as a statutory property regime), and spouses may agree on the community-of-property by means of contract.

Key words: Nuptial (marital) agreement, spouses, Family Law, statutory property regime

Originalni naučni rad 349.42(497.1)“1919/1929“

Dr Gordana Drakić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

O STAVU RADIKALNE STRANKE U KRALJEVINI SRBA, HRVATA I SLOVENACA PREMA AGRARNOJ REFORMI*

Sažetak: *Sprovođenje agrarne reforme u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca predstavljalo je jedno od najvažnijih pitanja u državi. Agrarna reforma je predstavljala kompleksnu državnu meru koja je imala ekonomski, socijalni i politički aspekt. Sve građanske političke partije su se, iz razloga političke prirode, izjasnile za rešenje agrarnog problema u vidu sprovođenja agrarne reforme. Političke stranke su vodeći računa o brojnosti agrarnih interesenata i činjenici da su seljaci predstavljali većinu biračkog tela formulisale svoje stavove prema agrarnoj reformi. Narodna radikalna stranka je bila jedna od najuticajnijih i po članstvu najbrojnijih u političkom životu zajedničke države Srba, Hrvata i Slovenaca. Izlaganjem konkretnih poteza radikalskih ministara na rešavanju agrarnog problema, u radu je prikazan odnos Radikalne stranke u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca prema agrarnoj reformi.*

Ključne reči: *agrarna reforma, Kraljevina Srba, Hrvata i Slovenaca, Radikalna stranka, Ministarstvo za agrarnu reformu, zakon o uređenju agrarnih odnosa.*

Stvaranjem Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca 1. decembra 1918. godine, nastale su nove istorijske okolnosti u privrednom, socijalnom i političkom razvitku svih jugoslovenskih naroda. Osnovna karakteristika

* Rad je nastao kao rezultat učestvovanja i rada na projektu „Pravo Srbije u evropskoj perspektivi“ br.149042 koji finansira Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije.

političkog života u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca bila je mnogobrojnost političkih stranaka. Mnoštvo političkih partija na političkoj sceni odražavalo je „raznolikost i nerazvijenost socijalne strukture, raznorodnost nacionalnog i verskog sastava, različite stepene ekonomske moći, znatne kulturne razlike, drukčija iskustva u samostalnom državnom životu i političkim borbama u 19. i 20. veku".[1]

Ubrzo nakon formiranja zajedničke države Srba, Hrvata i Slovenaca konstituisan je građanski političko-partijski pluralizam, jer su pored stranaka koje su egzistirale i pre 1918. godine stvorene i nove političke partije. „Na izborima poslanika za Ustavotvornu skupštinu učestvovale su dvadeset tri, na izbore 1923. godine izašle su 33 stranke, a na opštim izborima 1925. godine je učestvovalo čak 45 stranaka".[2] Samo manji broj političkih partija bio je organizovan i delovao na čitavom državnom području. Većina njih imala je regionalni karakter, što je bila još jedna osobenost političkog života u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca.

Postojala su dva osnovna kriterijuma za političku diferencijaciju stranaka u međuratnoj jugoslovenskoj državi i to: s obzirom na socijalno i s obzirom na nacionalno pitanje. Tako su se političke partije, prema prvom kriterijumu, razvrstavale uglavnom na osnovu klasnog interesa svojih pripadnika na socijalističke i buržoaske. Socijalističke stranke težile su smeni kapitalističkog sistema i izgradnji socijalističkog poretka, dok su buržoaske stranke bile jedinstvene u uverenju da treba očuvati postojeći kapitalistički društveno-ekonomski poredak.[3]

Kraljevina Srba, Hrvata i Slovenaca bila je izrazito agrarna zemlja, u kojoj je postojala očigledna nejednakost u stepenu privrednog razvitka pojedinih delova države. Stoga su državne vlasti imale zadatak da preduzmu neophodne mere za brzo usaglašavanje i otklanjanje postojećih razlika, jer su one predstavljale objektivne prepreke njihovom ekonomskom zbližavanju. Uređenje odnosa u oblasti agrara svrstano je u red najvažnijih državnih pitanja koja je trebalo rešiti.

Neposredno nakon stvaranja zajedničke države Srba, Hrvata i Slovenaca, državne vlasti su počele sa pripremama za sprovođenje agrarne reforme, koja je kao kompleksna državna mera trebalo da obezbedi rešenje agrarnog problema. *Manifest Regenta Aleksandra narodu* objavljen 6. januara 1919. godine umnogome je uticao na smirivanje situacije na selu, koju je, prema mišljenju mnogih savremenika, karakterisalo revolucionar-

[1] B. Petranović, *Istorija Jugoslavije 1918-1988 I*, Beograd 1988, 137.

[2] LJ. Krkljuš, *Pravna istorija srpskog naroda*, Novi Sad 2002, 500.

[3] F. Čulinović, *Jugoslavija između dva rata I*, Zagreb 1961, 259.

no raspoloženje.[4] U Manifestu je proglašeno ukidanje feudalnih odnosa i velikih zemljišnih poseda. Proklamovan je princip, po kome zemljište treba da pripada onome ko ga obrađuje. Zemljoposednicima je obećana pravična naknada za zemljište koje će im biti oduzeto u postupku sprovođenja agrarne reforme, a seljaci su pozvani da mirno sačekaju dok im država zakonskim putem ne dodeli zemlju.

Nakon regentovog Manifesta, usledilo je, krajem februara 1919. godine, donošenje *Prethodnih odredaba za pripremu agrarne reforme*.[5] Ovim pravnim propisom, koji je imao izuzetan značaj u procesu sprovođenja agrarne reforme, bili su ukinuti kmetski odnosi u Bosni i Hercegovini i u novim krajevima Srbije i Crne Gore. U skladu s tim, kmetovi i čivčije proglašeni su za slobodne vlasnike zemljišta koja su do tada držali na osnovu kmetskog odnosa, dok je vlasnicima bila obećana odšteta. Ukinuti su, takođe, i kolonatski i kmetstvu slični odnosi u Dalmaciji, Istri i drugim oblastima Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca.

Prethodnim odredbama bila je, dalje, proglašena eksproprijacija svih velikih poseda na teritoriji Kraljevstva Srba, Hrvata i Slovenaca. Iz njihove površine je, u toku sprovođenja agrarne reforme, trebalo dodeliti zemljište onim državljanima koji su se bavili zemljoradnjom, a zemlje nisu imali ili je nisu imali dovoljno. Propisano je da će prvenstvo prilikom raspodele zemljišta imati invalidi, udovice i siročad ratnika, vojnici i dobrovoljci koji su se borili za oslobođenje i ujedinjenje Srba, Hrvata i Slovenaca. Definisan je i pojam velikog poseda, te su kao takvi proglašeni: svi posedi koji su imali površinu između 100 i 500 katastarskih jutara obradivog zemljišta prema posedovnim i ekonomskim prilikama određenog kraja, posedi iste površine koji su izdati u zakup ili koji su delimično, odnosno koji nisu uopšte obrađeni i sva fideikomisna dobra.

Donošenjem *Prethodnih odredaba za pripremu agrarne reforme* otpočeo je dug i komplikovan proces sprovođenja agrarne reforme i uređenja agrarnih odnosa u međuratnoj jugoslovenskoj državi, koji je trajao koliko i ona sama.

Kako je velika većina stanovništva u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca živela od poljoprivrede zasnovane na različitim vlasničkim i proizvodnim odnosima, posebno mesto u ekonomsko-socijalnoj strukturi društva imao je agrarni komleks.

---

[4] F. Šišić, *Dokumenti o postanku Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca 1914.-1919*, Zagreb 1920, 299.

[5] *Prethodne odredbe za pripremu agrarne reforme* u zbirci *Agrarna reforma uredbe, naredbe i raspisi izdanje Ministarstva za agrarnu reformu Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca u Beogradu*, Zagreb 1920, 12-17.

U severnim krajevima države, odnosno na području Slovenije, Hrvatske, Slavonije i Vojvodine, postojali su veliki posedi kapitalističkog tipa. Njihovom podelom u okviru sprovođenja agrarne reforme, trebalo je stvoriti nova seljačka poljoprivredna imanja. U Bosni i Hercegovini, Makedoniji, Kosovu i Metohiji, Crnoj Gori i Dalmaciji glavno pitanje bilo je ukidanje preostalih zastarelih feudalnih odnosa i prenošenje prava svojine na one koji su zemlju obrađivali.[6] Agrarno pitanje predstavljalo je faktički izuzetno značajan društveni i ekonomski problem čije rešavanje je moralo biti sastavni deo i jedan od najvažnijih zadataka državne politike. Političke stranke u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca iznele su, stoga, u svojim programima stavove o agrarnom problemu i načinu njegovog rešavanja.

Sve građanske političke partije su se „iz razloga izrazito političke prirode (odnosno radi pridobijanja seljaštva) izjasnile za rešenje agrarnog problema u vidu sprovođenja agrarne reforme, inaugurisane Prethodnim odredbama, 25. februara 1919. godine. Prema tome, to je bilo opšte izjašnjavanje za preraspodelu zemljišnog fonda u Jugoslaviji u korist bezemljaškog i siromašnog seljaštva“.[7]

Bezemljaši i siromašni seljaci – agrarni interesenti predstavljali su, s obzirom na svoju brojnost, potencijalno veliku političku snagu. To se najbolje moglo videti neposdredno nakon ujedinjenja kada je jedan deo seljaštva počeo samovlasno da zauzima zemljište velikih poseda i kada je situacija na selu u više navrata, od strane državne vlasti, ocenjena kao revolucionarna i preteća za ustrojstvo tek stvorene države.

Koliki značaj je imala agrarna reforma u političkom životu Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca ilustruje i komentar ministra za socijalnu politiku u prvoj vladi zajedničke države koji je u svojoj nadležnosti imao i poslove agrarne reforme: „Nije istina, kao što se obično nastoji prikazati, da je rascep na dve po prilici jednake polovine u Narodnom Predstavništvu prouzročen pitanjem centralističkog ili federalističkog uređenja države. Mi vidimo da zajedno sede federalisti i centralisti npr. u reakcionarnom bloku u tzv. parlamentarnoj zajednici. *Ali ni u jednoj parlamentarnoj grupi ne sede zajedno pristaše i protivnici*

[6] O oblicima zemljišnog vlasništva u toku XIX i u prvoj polovini XX veka, na područjima koja su ušla u sastav međuratne jugoslovenske države videti: M. Mirković, *Ekonomska historija Jugoslavije*, Zagreb 1968, 193-213.

[7] N. Gaćeša, *Agrarni programi građanskih političkih partija u Jugoslaviji između dva svetska rata*, u zbirci radova istog autora *Radovi iz agrarne istorije i demografije*, Novi Sad 1995, 127-128.

agrarne reforme. Baš ona je ono pitanje u kojem se ove dve grupe beziznimno pobijaju".[8]

Prethodno izložena ocena može se uzeti kao tačna za sam početak državnog života Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca. Međutim, od kraja 1920. godine dolazilo je, prilikom formiranja vlada, do raznovrsnih kombinacija i dogovora između istaknutih pristalica agrarne reforme i njenih osvedočenih protivnika. No, to samo potvrđuje značaj agrarnog pitanja u državnom životu koje je često bilo povod, i glavni razlog, za političko pregrupisavanje.

Političke stranke su vodeći računa o brojnosti agrarnih interesenata i činjenici da su seljaci predstavljali većinu biračkog tela formulisale svoje stavove prema agrarnoj reformi. One su praktično bile primorane da zauzmu stav o agrarnom problemu, jer je od toga, između ostalog, zavisio njihov rejting u društvu, uspeh na izborima i konačno učešće u vlasti.

Narodna radikalna stranka bila je, između dvaju svetskih ratova, jedna od najuticajnijih i po članstvu najbrojnijih u političkom životu zajedničke države Srba, Hrvata i Slovenaca. Temelj Radikalne stranke u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca činila je predratna Radikalna stranka koja je delovala u Kraljevini Srbiji. Njoj su se pridružili vojvođanski radikali, potom pretežno srpski političari okupljeni oko lista *Srpska riječ*, kao i pojedinci iz drugih pokrajina. Svaka od navedenih grupa želela je da ostvari, najpre, svoje lokalne interese, a tek onda interese stranke kao celine. Ta karakteristika naročito je dolazila do izražaja kada se radilo o sprovođenju agrarne reforme.[9]

Politička orijentacija Radikalne stranke izmenila se u skladu sa promenom socijalne strukture njenog članstva. Radikalna stranka se transformisala iz progresivne sitnoburžoaske stranke u konzervativnu, a potom i izrazito reakcionarnu stranku. Proces transformacije bio je okončan pre Prvog svetskog rata, tako da je Radikalna stranka u novostvorenu državu ušla kao reakcionarna organizacija gradske i seoske buržoazije.[10]

Brojno članstvo omogućilo je Radikalnoj stranci da postane možda i najuticajnija politička partija, što joj je obezbedilo da vrši presudan uticaj na vođenje celokupne državne politike. S druge strane, masovnost članstva podrazumevala je obavezu da stranka zauzme stav i o najvažnijim socijalnim i ekonomskim problemima u državi. U tom

---

[8] V. Korać, *Borba za agrarnu reformu*, Beograd 1920, 22-23.

[9] T. Milenković, *Stav Radikalne stranke prema agrarnoj reformi (1918-1929. godine)*, Istorija XX veka, Beograd 1970, XI, 15.

[10] Isto, 115.

korpusu agrarni problem je nesumnjivo bio među najvažnijim i najkompleksnijim.

Međutim, u početku Radikalna stranka nije imala gotovo nikakav objavljeni socijalni i ekonomski program. Usmeravanjem pažnje na rešavanje političkih problema, prepuštala je Ministarstvo agrarne reforme Demokratskoj stranci tokom skoro dve godine egzistiranja Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca. Stav Radikalne stranke prema agrarnoj reformi prvi put je javno iznesen na njenoj Zemljskoj konferenciji u septembru 1920. godine.

Tom prilikom Radikalna stranka se izjasnila za: ukidanje feudalnih odnosa, dodeljivanje zemlje siromašnim zemljoradnicima i porodicama poginulih ratnika, zakonsko ograničenje maksimuma zemljišnog poseda. Pored toga, po mišljenju Radikalne stranke, trebalo je, u prvom redu, deliti državnu zemlju, a tek ako je nema dovoljno i zemlju u privatnom vlasništu, ukoliko bi po zakonu potpadala pod udar agrarne reforme. Dalje, zalagala se za obezbeđivanje naknade, koju bi plaćala država, licima kojima se oduzima zemlja u svrhe agrarne reforme, kao i za postavljanje procesa izvođenja agrarne reforme na zakonsku osnovu.[11]

Iz iznetih stavova, koji su bili prilično uopšteno formulisani, može se ipak zaključiti da Radikalna stranka nije, u tom trenutku, zastupala mišljenje da velike posede u privatnom vlasništvu treba bezuslovno likvidirati. Primetno je da su njeni stavovi uobličeni tako da istovremeno budu prihvatljivi i za agrarne interesente i za velike posednike.

Jaša Tomić istaknuti prvak i vođa Radikalne stranke u Vojvodini, isticao je potrebu i hitnost rešavanja agrarnog problema. Zalagao se za to da se zemlja oduzima samo uz pravednu naknadu. Nabrajajući posede koje država treba da otkupi radi dodeljivanja agrarnim interesentima, Jaša Tomić, na prvom mestu, navodi zemljište u državnoj svojini, a potom slede opštinska, crkvena i manastirska imanja, dok privatne posede nije spomenuo.[12]

Slično mišljenje o problemu agrarne reforme imao je i Marko Vilić, istaknuti član Radikalne stranke iz Vojvodine. U svojoj raspravi *O agrarnom pitanju* on ističe da društvena nužda zahteva podelu zemlje. Agrarnoj sirotinji, po njegovom mišljenju, zemljište treba dati u doživotni zakup, a ne u svojinu, jer zemlja ne sme da bude predmet trgovine. Putem agrarne reforme, najpre, treba podeliti velike posede feudalnog karaktera, potom, državne, crkvene, one u svojini političkih opština, a privatni vele-

[11] L. Marković, *Ekonomsko-finansijski program Narodne Radikalne stranke*, Zbornik: Finansijski problemi Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca, Beograd b.g, 7.

[12] J. Tomić, *Kako da delimo zemlju*, Novi Sad b.g, 35.

posedi se nalaze na poslednjem mestu spiska imanja koja, po mišljenju autora, potpadaju pod agrarnu reformu.[13]

Pored navedenih mišljenja koja su se slagala sa načelnim stavovima Radikalne stranke, postojali su u njenim redovima i otvoreni protivnici agrarne reforme koji su svoje uverenje javno iznosili i argumentovali. Svakako najistaknutiji predstavnik ove skupine bio je Joca Lalošević član Radikalne stanke iz Vojvodine. On je još 1919. godine tvrdio da agrarna reforma ne predstavlja najhitniju potrebu nove države, čak ni za same zemljoradnike.[14]

Sledeće, 1920. godine Lalošević je kritikovao način na koji je agrarna reforma sprovođena, nastojeći da dokaže da nije protivnik same državne mere već načina na koji se izvodi. Navodeći karakteristike velikih poseda koje su korisne za državnu privredu i naglašavajući da se agrarna reforma može sprovesti samo putem zakona, a nikako podzakonskih akata, on je zaključio: „Ako je agrarna reforma zbilja državni interes, kao što u istini i jeste, onda je pravo i potrebno da i država prinese kakve žrtve i snosi terete. Ako je ta reforma hitna, i država treba hitno da votira potreban novac;“.[15] Time je aludirao na to da država treba da prihvati obavezu isplaćivanja adekvatne naknade veleposednicima za zemlju koja im se oduzima u postupku sprovođenja agrarne reforme.

Iako je Lalošević svoje stavove publikovao kao pojedinac ne ističući da je član Radikalne stranke, sasvim je izvesno da je određen broj članova, naročito sa područja Vojvodine, delio njegova uverenja.

Kada je, nakon raspisivanja izbora za Ustavotvornu skupštinu, 1. januara 1921. godine formirana koaliciona radikalsko – demokratska vlada sa Nikolom Pašićem na čelu, resor Ministarstva za agrarnu reformu pripao je, prvi put od ujedinjenja, Radikalnoj stranci. Ministar za agrarnu reformu bio je Nikola Uzunović, međutim, nakon zaključenja Ustavotvorne skupštine usledila je promena, te je ministar za agrarnu reformu postao Krsta Miletić.[16]

Početkom oktobra 1921. godine, na sednici Zakonodavnog odbora Narodne skupštine, prilikom pretresanja uredaba o agrarnoj reformi, novi ministar za agrarnu reformu obavestio je članove Odbora da su preduzete mere u cilju prikupljanja podataka za regulisanje agrarnih odnosa, te da

[13] M. Vilić, *O agrarnom pitanju*, Novi Sad 1920, 2-4.

[14] J. Lalošević, *Memorandum o agrarnoj reformi*, Sombor 1920, 15.

[15] J. Lalošević, *Agrarna reforma u Vojvodini*, Sombor 1920, 14.

[16] *Almanah Kraljevine Jugoslavije IV. Jubilarni svezak*, Zagreb 1931, 85.

će se u istom mesecu obrazovati komisija za izradu odgovarajućih zakona kojima bi agrarno pitanje bilo regulisano.[17]

Ministar Miletić podneo je, 18. maja 1922. godine, prvi predlog zakona o eksproprijaciji velikih poseda i kolonizaciji Narodnoj skupštini. Predlog je sadržao 63 člana i na detaljan način je regulisao pitanja eksproprijacije velikih poseda i kolonizacije.[18] Kako se o ovom predlogu zakona nije ništa rešavalo, iako je bio podnesen odgovarajućem skupštinskom odboru, ministar Miletić je, u junu, sledeće godine podneo Narodnoj skupštini drugi zakonski predlog. Predlog iz 1923. godine bio je, u suštini, istovetan sa prethodnim ali, sada, dopunjen sa jednim važnim članom. Novim članom je, naime, bila predviđena mogućnost fakultativnog otkupa zemljišta, odnosno agrarni interesenti su mogli, na osnovu sporazuma, da otkupe od veleposednika zemljište koje im je putem agrarne reforme bilo dodeljeno u privremeni zakup. Da bi eventualna nagodba veleposednika i agrarnog interesenta bila punovažna bilo je, prema predlogu, potrebno odobrenje ministra za agrarnu reformu.

Unošenje ove odredbe u zakonski predlog predstavljalo je „ustupak vojvođanskim radikalima koji nisu bili zadovoljni sa predloženim zakonom o eksproprijaciji velikih poseda i koji su po svaku cenu tražili slobodno pogađanje između velikih posednika i agrarnih interesenata“.[19]

Ni ovaj predlog zakona o eksproprijaciji velikih poseda i kolonizaciji, i pored toga što je bio dopunjen propisivanjem mogućnosti fakultativnog otkupa, nije naišao na podršku, ostavljen je po strani i praktično nije ni bio razmatran.

Naime, nedugo nakon podnošenja drugog predloga zakona Krsta Miletić bio je, krajem jula 1923. godine, smenjen sa položaja ministra za agrarnu reformu i postavljen za ministra poljoprivrede i voda. Novi ministar za agrarnu reformu postao je Milan Simonović, takođe iz Radikalne stranke. Pored toga, Agrarni odbor Narodne skupštine, formiran nakon izbora koji su održani u martu 1923, u kom su većinu imali radikalski poslanici, sastao se samo jednom da bi se konstituisao. Podnesene predloge zakona o agrarnoj reformi nije, dakle, ni razmatrao iako mu je to bio osnovni posao.[20]

---

[17] *Stenografske beleške Zakonodavnog odbora Narodne skupštine Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca*, Zagreb 1922, XIV. sednica od 1. oktobra 1921. godine, 127.

[18] Tekst *Predloga zakona o eksproprijaciji velikih poseda i kolonizaciji* iz 1922. godine, u: S. Šećerov, *Istorija jugoslovenske agrarne reforme i agrarnog zakonodavstva od 1919 do 1934 godine*, Rukopisno odeljenje Matice srpske, M. 14 029, 488-504.

[19] S. Šećerov, nav. delo, 156.

[20] T. Milenković, nav. delo, 74. i 75.

Međutim, postavljanje Milana Simonovića na čelo Ministarstva za agrarnu reformu nije sasvim odgovaralo radikalskim poslanicima sa područja Vojvodine koji su se nadali da će na to mesto doći neko od njih kako bi pravac sprovođenja agrarne reforme, pre svega, na tom području usmerio u skladu sa njihovim shvatanjima i težnjama. Smatrali su da bi za položaj ministra za agrarnu reformu najpogodniji bio Vojvođanin koji dobro poznaje prilike u tom kraju.[21]

Na redovnom zasedanju Narodne skupštine u decembru 1923. godine, bilo je reči o sudbini pomenutog predloga zakona o eksproprijaciji velikih poseda i kolonizaciji. „Za pregled toga zakona izabran je naročiti Agrarni Odbor. Taj odbor ni do današnjeg dana ne radi nikakav posao niti je uzeo u postupak zakon o eksproprijaciji i kolonizaciji. Šta to znači, gospodo? To znači da kod Ministra za Agrarnu Reformu, kod vlade i vladine većine ne postoji volja za rešenje agrarne reforme zato se taj posao i odugovlači".[22] Bile su to reči poslanika Demokratske stranke, čiji predstavnici su u pogledu agrarne reforme, očito, imali drugačije namere od vladajuće Radikalne stranke i očekivali daleko više aktivnosti i napretka na tom planu.

Vojvođanski narodni poslanici Radikalne stranke organizovali su u junu mesecu 1923. godine konferenciju u Beogradu na kojoj je, po svoj prilici, centralna tema bila agrarna reforma i njeno sprovođenje na području Vojvodine. Tom prilikom, istaknuti poslanik Joca Lalošević izneo je svoje stavove o tome kako treba formulisati buduća zakonska rešenja u vezi sa agrarnom reformom. Pored toga, ukazao je na greške i nedoslednosti u dotadašnjem sprovođenju te državne mere.[23]

Na samom kraju 1923. godine, Lalošević je objavio svoj *Nacrt zakona o eksproprijaciji velikih poseda i o novom uređenju agrarnih odnosa*, koji je, prema rečima autora, imao za cilj da u glavnim crtama predstavi sistem i oprobana načela na kojima se jedino uspešno, po njegovom mišljenju, mogao rešiti problem agrarne reforme.[24] To naravno nije bio službeni predlog zakona o likvidaciji agrarne reforme na velikim posedima, ali je izražavao stav konzervativnog krila Radikalne stranke i bio, savim izvesno, inspirisan od veleposednika sa područja Vojvodine. Objavljen je u decembru 1923. godine kada su, kako smo napred naveli, opozicioni poslanici ukazivali na opstrukciju vladajuće većine prema razmatranju

[21] *Zastava* br. 173 od 3. avgusta 1923. godine *Agrar u novim rukama*

[22] *Stenografske belelške Narodne skupštine Kraljevine SHS*, VII redovni sastanak od 5. decembra 1923. godine, Beograd 1923, 94.

[23] *Rasprava dr Joce Laloševića: O Agrarnoj reformi*, Sombor 1923.

[24] A. Hribar, *Agrarna reforma*, Zagreb 1924, 147.

nacrta predloženog od strane ministra za agrarnu reformu, te je Laloševićev nacrt nesumnjivo imao za cilj da utiče na raspoloženje poslanika i da izazove otpor prema zvaničnom predlogu.

Na osnovu rešenja sadržanih u Laloševićevom nacrtu jasno je da bi njihovom primenom najveći deo velikih poseda bio izuzet od eksproprijacije. Nacrt je odražavao negativan stav autora prema agrarnoj reformi, koji je od samog početka bio njen otvoreni protivnik, kao i njegovih partijskih kolega, sa područja Vojvodine, koji su ga, kako je sam istakao, pozvali da sastavi odgovarajući predlog.

Na sednicama Narodne skupštine početkom 1924. godine nastavila se diskusija o agrarnoj reformi, odnosno o sudbini zakonskog predloga o eksproprijaciji velikih poseda. Poslanici opozicije zahtevali su objašnjenje od ministra za agrarnu reformu o tome zašto se agrarni odbor ne sastaje i ne rešava o predlogu zakona koji je podneo bivši ministar. Ministar Simonović, se u svom obraćanju poslanicima, pravdao da je bio zauzet drugim poslovima, te da će u toku tekućeg skupštinskog saziva biti izglasan predlog o eksproprijaciji velikih poseda.

Poslanici opozicije nisu bili zadovoljni odgovorom ministra za agrarnu reformu. Istakli su da se punih šest meseci od njegovog stupanja na dužnost nije pristupilo razmatranju podnetog predloga i izrazili uverenje da, u stvari, ne postoji dobra volja da se taj zakon donese. „Ako, gospodo, ima krivice, za to što gospodin Ministar za Agrarnu Reformu ne sme da izađe pred Agrarni Odbor, onda je krivica do radikalnih poslanika, do radikalne većine, koja je dopustila da se odvojeno od vladinoga projekta pojavljuju neki radikalni poslanici sa nekim novim zakonskim predlogom“.[25]

Možda su upravo insistiranje poslanika opozicije na tome da se što pre donese zakon o uređenju agrarnih odnosa i kritika koju su uputili nadležnom ministru bili podsticaj da se krajem februara 1924. godine u Ministarstvu agrarne reforme održi savetovanje o pripremi definitivnog zakona o eksproprijaciji velikih poseda i kolonizaciji. Pored ministra za agrarnu reformu, na savetovanju su učestvovali podsekretari resornog ministarstva i šefovi agrarnih ureda kao izvršnih organa u postupku sprovođenja agrarne reforme.[26]

Međutim, politički događaji koji su usledili nisu stvorili odgovarajuću klimu za donošenje definitivnog nacrta zakona o eksproprijaciji velikih poseda. Nakon sukoba unutar Demokratske stranke između strogo

[25] *Stenografske beleške Narodne skupštine Kraljevine SHS*, XXX. redovni sastanak od 13. februara 1924. godine, Beograd 1924, 639.

[26] *Zastava* br. 48 od 1. marta 1924. godine.

centralističke i tzv. Sporazumaške grupe, četrnaest poslanika okupljenih oko Svetozara Pribićevića (centralisti) osnovalo je novu Samostalnu demokratsku stranku. Potom je 27. marta 1924. godine formirana nova koaliciona vlada tzv. Pašić-Pribićevićeva, u kojoj je Milan Simonović nastavio da vrši dužnost ministra za agrarnu reformu.[27]

Rasprava o budžetu bila je obeležena oštrim kritikama opozicije na račun politike koju je vodila vlada u različitim oblastima državnog života. Sukobi su kulminirali prilikom pretresa budžeta Ministarstva za agrarnu reformu. Vlada je, nakon usvajanja budžeta bez prisustva opozicionih poslanika, podnela ostavku 12. aprila 1924. godine i tako zaustavila rad Narodne skupštine. Međutim, usled velikog uzbuđenja koje je vladalo u redovima opozicije, 21. maja iste godine formirana je druga Pašić-Pribićevićeva vlada. Predsednik skupštine je, zatim, istog dana objavio zaključenje zasedanja Narodne skupštine, a sledeće redovno zasedanje najavio za 20. oktobar iste godine.[28]

Nakon toga, krajem maja je koaliciona grupa Opozicioni blok, koju su formirale opozicione stranke zastupljene u Skupštini, izdala proglas u kojem su vrlo oštro protestovali protiv postupka vlade tražeći vanredno sazivanje Skupštine. Proglas je naišao na izuzetan odjek u javnosti, a konačan cilj koalicione grupe, zbog kojeg je i oformljena, rušenje radikalske vlade, bio je u tom trenutku sasvim blizu ostvarenja.[29] Vlada je, nakon konsultacija sa kraljem Aleksandrom, podnela ostavku, a mandat za sastav novog kabineta ministara poveren je Ljubi Davidoviću kao predstavniku Opozicionog bloka. Nova vlada formirana je krajem jula 1924. godine i u nju su ušli predstavnici stranaka Opozicionog bloka.[30]

Međutim, vlada je ubrzo dospela u krizu zbog upornih nastojanja centralističkih političara da je uklone sa vlasti. Rezultat njihove akcije bila je ostavka Davidovićeve vlade 15. oktobra, a nova treća po redu Pašić-Pribićevićeva vlada formirana je 6. novembra 1924. godine. S obzirom na odnos snaga u Skupštini ova vlada nije imala podrušku u njoj. Demokratska stranka je odbila formalnu ponudu da učestvuje u vladi smatrajući da je ona neparlamentarna. Stoga je kraljevim ukazom od 10. novembra raspuštena Narodna skupština, a novi izbori su raspisani za 8. februar 1925. godine.[31]

---

[27] *Almanah Kraljevine Jugoslavije IV. jubilarni svezak*, Zagreb 1931, 86.

[28] F. Čulinović, nav. delo, 429.

[29] B. Gligorijević, *Demokratska stranka i politički odnosi u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca*, Beograd 1970, 357.

[30] *Almanah Kraljevine Jugoslavije IV. jubilarni svezak*, Zagreb 1931, 86.

[31] B. Gligorijević, *Parlament i političke stranke u Jugoslaviji (1919-1929)*, Beograd 1979, 178.

Nakon što su održani izbori 1925. godine, formirana je 29. aprila nova vlada pod predsedništvom Nikole Pašića koja je na vlasti ostala do 18. jula iste godine. Na položaj ministra za agrarnu reformu ponovo je došao Milan Simonović.[32]

Dolaskom na čelo Ministarstva za agrarnu reformu, Simonović ponovo čini pokušaje da ozakoni fakultativan otkup agrarnog zemljišta. On je već u junu 1925. godine podneo Skupštini projekat zakona koji se odnosio na fakultativan otkup površina dodeljenih agrarnim interesentima. Ministar Simonović je, obrazlažući podneseni predlog, naglasio da bi to odgovaralo agrarnim interesentima jer bi konačno postali vlasnici zemljišta koje drže u zakupu.[33]

Međutim, Simonovićev predlog nije usvojen u Narodnoj skupštini jer je ubrzo došlo do promene u vladi. Pašić-Pribićevićevu vladu zamenila je nova koalicija koja je rešavanje problema agrarne reforme na velikim posedima odlučno usmerila dalje, ali na daleko reakcionarniji način. Sporazum između najveće političke stranke na vlasti i, do tada, najsnažnije opozicione stranke Hrvatske seljačke stranke imao je dalekosežne političke posledice. U oblasti agrarne reforme politika koalicione vlade donela je značajne promene.

U vladi koju je 18. Jula 1925. godine oformio Nikola Pašić, ministar agrarne reforme postao je Pavle Radić iz Hrvatske seljačke stranke. U Ministarstvu za agrarnu reformu postojala su, pored ministra, i tri podsekretara koji su bili članovi Radikalne stranke.[34] Imenovanjem čak tri podsekretara radikali su želeli da kontrolišu rad ministra Radića i spreče svako eventualno iskorišćavanje osetljivog pitanja agrarne reforme u svrhu političke promocije svojih koalicionih partnera. Ministarstvo za agrarnu reformu bilo je „pod upravom“ Hrvatske seljačke stranke sve do februara 1927. godine.

Umesto zakona o agrarnoj reformi koji je vlada Radikalne i Hrvatske seljačke stranke najavila, Pavle Radić kao ministar ponudio je parcijalno rešenje agrarnog problema – legalizovao je fakultativni otkup agrarnog zemljišta. Naime, posebnim članom *Zakona o budžetskim dvanaestinama* iz jula 1925. godine, ovlašćen je ministar za agrarnu reformu da može odobravati prodaju i zemljišnoknjižni prenos nekretnina koje se nalaze pod udarom agrarne reforme, a prelaze zakonom propisani maksimum. Kao kupci pomenutih površina mogli su se, shodno zakonu, javiti

[32] *Almanah Kraljevine Jugoslavije IV. jubilarni svezak*, Zagreb 1931, 87.

[33] S. Šećerov, nav. delo, 178.

[34] *Almanah Kraljevine Jugoslavije IV. jubilarni svezak*, Zagreb 1931, 87.

agrarni interesenti ali i druga fizička i pravna lica, što je otvorilo mogućnost za različite zloupotrebe.[35]

I pored toga što su se u zajedničkoj vladi dogovarali o vođenju državne politike, pa tako i o potezima u vezi sa agrarnom reformom, ipak su Pavle Radić i Hrvatska seljačka stranka poslužili Radikalnoj stranci kao instrument za sprovođenje nepopularne radikalske agrarne politike. Naime, upravo je Pavle Radić sproveo u delo veliki deo agrarnog programa Radikalne stranke, koji radikali do tada nisu smeli ili nisu hteli da sprovedu strahujući od političkih posledica. Vođstvo Radikalne stranke držalo se po strani te su sva odgovornost i odijum agrarnih interesenata zbog preduzetih poteza pali na ministra Radića i Hrvatsku seljačku stranku. Nakon prestanka radikalsko-radićevske koalicije, u aprilu 1926. godine, radikali su kao jedan od razloga za prekid saradnje navodili i svoje nastojanje da zaštite agrarne interesente od samovoljne agrarne politike Hrvatske seljačke stranke.[36]

Kada je Pavle Radić podneo ostavku u maju 1926. godine, na tom položaju zamenio ga je stranački kolega Stanko Šibenik koji se naročito angažovao oko rešavanja agrarnih odnosa na području Dalmacije. Pokušaj da se za Dalmaciju usvoji radikalnije zakonsko rešenje, kojim bi pridobili agrarne interesente sa tog područja, propao je usled protivljenja Radikalne stranke.[37]

U toku 1927. i 1928. godine ministar za agrarnu reformu, u tzv. prvoj i drugoj vladi Velje Vukićevića, bio je Vladimir Andrić radikalski prvak iz Bosne i Hercegovine.[38] Ministar Andrić bio je zainteresovan da se, pre svega, na tom području zakonski regulišu agrarni odnosi, u čemu je samo delimično uspeo. U Skupštini je, u maju 1928. godine, usvojen zakon kojim je bila utvrđena najmanja površina kmetskog selišta na području Bosne i Hercegovine koja se nije mogla opteretiti ni otuđiti.[39] Međutim, pitanje likvidacije agrarne reforme na beglučkim zemljištima u Bosni i Hercegovini i dalje je, kao i u drugim krajevima države, bilo aktuelno. U toku svog mandata, ministar Andrić koncipirao je i nacrt zakona o eksproprijaciji velikih poseda. U nacrtu je bila predviđena mogućnost da agrarni interesenti otkupe zemljište koje im je dodeljeno od velikog poseda po ceni koja se određivala složenim računskim operacijama. Iako je

---

[35] S. Šećerov, *Pregled agrarnih odnosa u Jugoslaviji*, u zbirci radova istog autora *Iz naše agrarne politike 1919-1929*, Beograd 1930, 81.

[36] Tako: T. Milenković, nav. delo, 91-92. i N. Gaćeša, nav. delo, 141.

[37] S. Šećerov, nav. delo, 195.

[38] *Almanah Kraljevine Jugoslavije IV. jubilarni svezak*, Zagreb 1931, 88.

[39] *Službene Novine Kraljevine SHS* br. 122 od 30. maja 1928. godine.

pomenuti predlog zakona bio upućen različitim organizacijama, radi davanja mišljenja o rešenjima koja je sadržao, o njemu se nije raspravljalo u Skupštini.[40]

Prolećne sednice Narodne skupštine 1928. godine bile su obeležene oštrim sukobima radikalskih i opozicionih poslanika. Od sredine juna, dolazilo je svakodnevno do sve oštrijih sukobljavanja, međusobnih vređanja i optuživanja između radikala i poslanika Seljačko-demokratske koalicije. Napeta atmosfera u Skupštini kulminirala je 20. juna 1928. godine kada je radikalski poslanik Puniša Račić ubio dvojicu poslanika Hrvatske seljačke stranke, a ranio trojicu.

Kralj je, potom, mandat za sastav vlade poverio Antonu Korošecu, koji je 27. jula sastavio vladu od predstavnika Slovenske ljudske stranke, Jugoslovenske muslimanske organizacije, Radikalne i Demokratske stranke. U novoformiranoj vladi ministar za agrarnu reformu postao je radikal Daka Popović. On je krajem novembra podneo Narodnoj skupštini svoj predlog zakona o likvidaciji agrarne reforme na velikim posedima. Predlog je bio razmatran u Agrarnom odboru Skupštine i povoljno je ocenjen. Značajna razlika u odnosu na prethodne predloge zakona, sastojala se u tome što je bila predviđena eksproprijacija svih vrsta zemljišta koja su činila veliki posed, a ne, kao do tada, samo oranica, livada i pašnjaka.[41] Međutim, i ovaj predlog zakona nije doživeo dalju realizaciju, jer Narodna skupština nije stigla da ga usvoji pre zavođenja diktature kralja Aleksandra 6. januara 1929. godine.

*

* *

Agrarnu politiku Narodne radikalne stranke prema agrarnoj reformi od osnivanja Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca do uspostavljanja Šestojanuarske dikatature obeležila su protivrečna politička stremljenja. Ona su bila uslovljena krajnje heterogenom stranačkom socijalnom strukturom, te ne iznenađuje njen, može se reći, dvostruki stav prema agrarnoj reformi. Naime, njen zvaničan stav prema agrarnoj reformi obeležila je, upravo, svojevrsna podvojenost: formalno je bila zagovornik doslednog sprovođenja agrarne reforme, a često suštinski, i u ključnim trenucima, snažno nastojala da se reforma što liberalnije sprovede. Smišljeno elastično formulisana saopštenja trebalo je da budu prihvatljiva i za velike posednike i za agrarne interesente.

---

[40] S. Šećerov, *Istorija jugoslovenske agrarne reforme i agrarnog zakonodavstva od 1919 do 1934 godine*, Rukopisno odeljenje Matice srpske, M.14029, 207-208.

[41] T. Milenković, nav. delo, 96.

Politiku Radikalne stranke prema agrarnoj reformi obeležilo je laviranje između težnji da zaštiti interese veleposednika i nastojanja da se istovremeno deklariše kao pobornik sprovođenja agrarne reforme i dodeljivanja zemlje seljacima, što je za krajnji cilj imalo da joj obezbedi opstanak na vlasti. Činjenici da je agrarna reforma, kao jedan od najznačajnijih ekonomsko-socijalnih procesa u Kraljevini Srba, Hrvata i Slovenaca, ostala u provizornom stanju, dakle bez konačnih rešenja, znatno su doprinela šestorica radikalnih ministara, jer su sa svoje pozicije odlučujuće delovali na dinamiku rešavanja agrarnog problema.

Gordana Drakić, Ph.D., Assistant
Novi Sad School of Law

On the Position of the Radical Party of the Kingdom of Serbs, Croats And Slovenes on the Agrarian Reform

Abstract

The process of the agrarian reform was one of the most important issues in the Kingdom of the Serbs, Croats, and Slovenes. The agrarian reform was a complex state measure with an economic, social and political aspect. All political parties, due to political reasons, spoke in favor of the resolution of the agrarian issue through agrarian reform. Those interested in the agrarian reform, landless and poor farmers, due to their numbers, represented potentially large political force. Political parties kept in mind the large number of those individuals interested in the agrarian reform, as well as the fact that majority of the voters were farmers, when they formulated their position towards the reform.

The National Radical Party was one of the most influential, and according to the number of its followers, the most numerous in the political life of the Kingdom of Serbs, Croats, and Slovenes. At its beginnings, the Radical Party had no published social and economic agenda, since it dealt only with political questions. The position of the Radical Party on the issue of the agrarian reform was first made public in September of 1920. Among its follows, the Radical Party had staunch supporters of the agrarian reform, as well as those that outright opposed it. Due to is heterogenic composition, the party's official position towards the agrarian reform was marked by a division: formally it was in favor of consistent application of the agrarian reform, while often, and in crucial times, strongly attempted to make the reform process as liberal as possible.

Key words: agrarian reform, Kingdom of the Serbs, Croats, and Slovenes, Radical Party, Ministry of agrarian reform, Law on settlement of agrarian relations.

Originalni naučni rad 342.5(497.11)“1869“

Mr Maša Kulauzov, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

JOŠ NEKOLIKO NAPOMENA O RADU SVETONIKOLJSKOG ODBORA[1]

Sažetak: *Autor u tekstu izlaže tok rada Svetonikoljskog odbora sazvanog radi donošenja odluka koje bi poslužile kao osnov za izradu Ustava za Knjažestvo Srbiju usvojenog 1869. godine. Posebna pažnja je posvećena analizi predloga članova Odbora koji se odnose na uređenje gornjeg doma zakonodavnog tela. Razmotrena su mišljenja članova Odbora o sastavu gornjeg doma, njegovoj nadležnosti i odnosu sa Narodnom skupštinom – donjim domom narodnog predstavništva.*

Ključne reči: *Svetonikoljski odbor, dvodomno narodno predstavništvo, knez, Državni savet, Narodna skupština, Ustav za Knjažestvo Srbiju od 1869. godine.*

Dobro je poznato da je Namesništvo[2], pre početka rada na donošenju *Ustava za Knjažestvo Srbiju* koji je bio usvojen 1869. godine, sazvalo u Beogradu jedan odbor od 76 lica, pretežno viših činovnika, intelektualaca i trgovaca. Kako je odbor počeo sa radom 6/18 decembra 1868. godine, na Svetog Nikolu, u narodu je poznat pod nazivom *Svetonikoljski odbor*.

---

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

[2] Nakon što je knez Mihailo Obrenović ubijen u Košutnjaku 29. maja 1868. godine, na presto je doveden jedini muški potomak dinastije Obrenović, četrnaestogodišnji Milan Obrenović, unuk knez Miloševog brata Jevrema. Radi upravljanja državom do kneževog punoletstva obrazovano je tročlano namesništvo u koje su ušli ministar vojni Milivoje Petrović – Blaznavac, vođa liberalne stranke Jovan Ristić i bezuticajni član Državnog saveta Jovan Gavrilović.

Njegov zadatak nije bio da izradi ustavni nacrt već da, kao neko savetodavno telo, odgovori na nekoliko prethodnih pitanja ustavnog karaktera koja mu je Namesništvo postavilo.[3]

Mada je u našoj istorijskopravnoj literaturi dosta pisano o *Svetonikoljskom odboru* i njegovim odlukama,[4] u radu je posebna pažnja posvećena proučavanju predloga članova *Odbora* koji se odnose na uređenje gornjeg doma zakonodavnog tela. Mišljenja smo da su rasprave vođene u *Odboru* o strukturi Državnog saveta kao gornjeg doma, kao i o odnosu Saveta sa Skupštinom izuzetno značajne, ukoliko se ima u vidu da je u *Odboru* prvi put izneta ideja o uvođenju dvodomnog predstavničkog tela u ustavni sistem Srbije. Naime, od tada su rasprave o gornjem domu kao protivteži Narodnoj skupštini vođene ne samo među pravnim teoretičarima nego i u ustavotvornim odborima, sve dok Senat nije bio predviđen u *Ustavu Kraljevine Srbije* od 1901. godine.

Tok rada *Svetonikoljskog odbora*

Svetonikoljski odbor je zasedao od 6. do 19. decembra 1868. godine. Za to vreme održano je devet sednica kojima je predsedavao predsednik vlade i ministar pravde Đorđe Cenić[5], a zamenjivao ga je, u svojstvu potpredsednika *Odbora*, ministar unutrašnjih dela Radivoje Milojković[6]. Se-

---

[3] M. Popović, *Borba za parlamentarni režim u Srbiji*, Beograd 1939, str. 36 – 37; D. Janković, *Rađanje parlamentarne demokratije*, *Političke stranke u Srbiji XIX veka*, Beograd 1997, str. 125 – 126.

[4] V. o tome Ž. Živanović, *Politička istorija Srbije u drugoj polovini devetnaestog veka (1858 – 1878)* knj.1, Beograd 1923, str. 223 – 228; S. Jovanović, *Vlada Milana Obrenovića (1868 – 1878)*, knj. I, Beograd 1926, str. 50 – 54; S. Jovanović, *Dvodomni sistem*, *Političke i pravne rasprave*, knj. II, Beograd 1932, str. 6 – 24; J. Prodanović, *Ustavni razvitak i ustavne borbe u Srbiji*, Beograd 1936, str. 163 – 177; M. Popović, *Borba za parlamentarni režim u Srbiji*, Beograd 1939, str. 37; M. Pavlović, *Preobraženski ustav*, *Prvi srpski ustav*, Kragujevac 1997, str. 381 – 382; D. Janković, *Rađanje parlamentarne demokratije*, *Političke stranke u Srbiji XIX veka*, Beograd 1997, str. 125 – 126.

[5] Đorđe Cenić (1825 – 1903) studirao je pravo u Nemačkoj. Bio je profesor krivičnog prava na Liceju u Beogradu od 1849. godine, a potom i sudija i predsednik prvostepenog suda. Postavljenjem za člana Državnog saveta 1860. godine započeo je uglednu karijeru u državnoj službi u toku koje se u tri navrata nalazio na čelu ministarstva pravde (1860; 1868/69; 1873 – 1874). Kao ministar pravde zaslužan je za ukidanje telesne kazne u Srbiji i za početak izgradnje kazneno – popravnog doma u Požarevcu. Napisao je 1866. godine *Objasnjenje kaznitelnog zakonika* koje je dugi niz godina važilo za najznačajnije delo iz oblasti srpskog kaznenog prava.

[6] Radivoje Milojković (1832 – 1888), nakon završene gimnazije u Beogradu studirao je pravo kao državni stipendista u Hajdelbergu i Parizu. Po povratku u Srbiju stupio je

kretarske dužnosti bile su poverene sekretaru ministarstva unutrašnjih dela Jovanu Avakumoviću[7].

Nakon što su članovi *Odbora* afirmativno odgovorili na prethodno pitanje Namesništva da li treba pristupiti donošenju novog ustava, otvorena je rasprava o nizu konkretnih pitanja ustavnog karaktera. Najviše pažnje je posvećeno uređenju zakonodavnog tela. Tako je na čak osam sednica raspravljano o strukturi narodnog predstavništva, sastavu gornjeg doma, zakonodavnoj vlasti predstavničkog tela i odnosu narodnog predstavništva i vladaoca.[8]

Već je u besedi kojom su otvorene sednice *Svetonikoljskog odbora* Namesništvo ukazalo na potrebu uvođenja dvodomnog narodnog predstavništva. Namesništvo je predložilo da Državni savet vrši funkciju gornjeg doma, ali u nešto izmenjenom sastavu. Naime, za vreme trajanja zasedanja predstavničkog tela broj savetnika bi bio povećan sa 40 – 50 lica koja bi postavljao vladalac: „Po svršetku sednica skupštinskih vraćao bi se umnoženi broj članova savetskih na svoja stalna zanimanja, onako isto, kao što čine poslanici narodni... Skupštini ostalo bi obezbeđeno načelo izbornosti na najširem temelju, a naimenovanjem vladalačkim uvodile bi se u život stihije koje bi zakonodatno telo popunjavale raznolikim silama. Povrh svega, stalni članovi savetski, upoznati budući sa poslovima, koji dolaze pred zakonodatno telo, donosili bi u savetovanja njegova ne mali dobitak specijalnih znanja.“

Nakon što je razmotreno pitanje strukture zakonodavnog tela, u besedi su opširno navedene sve prednosti dvodomnog sistema. Na prvom mestu, Namesništvo je istaklo da se u dvodomnom narodnom predstavništvu donose kvalitetniji zakoni, jer su rezultat sveobuhvatne rasprave vođene u oba doma parlamenta: „Samom skupštinom vrše se poslovi lakše i prostije; no od zakonodavnog tela ne ište se brzo, već se ište zrelo, pa ma i sporije

---

u državnu službu 1859. godine. Vršio je čitav niz važnih državnih funkcija, ali se ipak najduže zadržao na položaju ministra unutrašnjih dela (1868; 1876; 1878; 1880; 1887). Bio je istaknuti član Liberalne stranke, tvorac ustavnog nacrta od 1868. godine i jedan od autora *Ustava za Knjažestvo Srbiju* od 1869. godine.

[7] Jovan Avakumović (1841 – 1928) studirao je pravne i državne nauke u Nemačkoj, Francuskoj i Švajcarskoj. Bio je jedan od najpoznatijih beogradskih advokata i sudija Kasacionog suda od 1881. do 1887. godine. Kao istaknuti član Liberalne stranke izgradio je uglednu političku karijeru u toku koje se nalazio na čelu ministarstva pravde i ministarstva inostranih dela, a u dva navrata vršio je i funkciju predsednika vlade (1892/93; 1903). Bio je šef Liberalne stranke od 1889. do 1892. godine, a 1893. godine je izabran za redovnog člana Srpske kraljevske akademije.

[8] U listu *Jedinstvo* od broja 2 od 8. XII 1868. do broja 15 od 3. I 1869. godine, objavljeni su zapisnici sa sednica *Svetonikoljskog odbora* u redakciji njegovog sekretara Jovana Avakumovića.

rešavanje stvari, jer se ove u toliko uspešnije raspravljaju, u koliko se hladnije i svestranije ispituju. Naročito u nas, naroda južnih, vrele krvi a živa uobraženja, svagda je strepiti od opasnosti, koja dolazi od naglosti; pa je mudro sastarati se za međe, u kojima bi se u trenucima razdraženosti uzdržali.“ U besedi je potom navedeno da u jednodomnoj skupštini vladalac može biti mnogo lakše uvučen u međusobne sukobe političkih stranaka, te tako izgubiti političku neutralnost i zanemariti interese celog naroda čiji je poglavar: „Primećeno je s pravom, da vladalac može lakše da bude uvučen u borbu partija, kad je zakonodavno telo ograničeno na jednog samog činioca, jer između njega i toga tela nema nikakvog umeravajućeg posrednika.“ U prilog dvodomnosti Namesništvo je ukazalo i na veću mogućnost da u dvodomnom narodnom predstavništvu budu zastupljeni svi društveni slojevi: „U nas seosko stanovništvo malo pokazuje naklonosti, da za svoje skupštinske predstavnike bira ljude, koji ne pripadaju njegovom redu, i kako je ova vrsta naroda našeg najmnogobrojnija, tako je ona u skupštini narodnoj pretežuća stihija. Uzme li se u prizrenje da zakonodavno telo ima da obuhvati sav narod, onda ono, pri takvim okolnostima, ne bi bilo najvernije ogledalo svakovrstnih sila narodnih; dokle bi, naprotiv, ustanove, i skupštinska i savetska, obgrlile sve životne sile naroda, te obrazovale pravi oblik njegov.“[9]

Na drugoj i trećoj sednici *Odbora* vođena je rasprava o uređenju zakonodavnog tela. Argumente u prilog dvodomnog sistema izneli su načelnik ministarstva finansija Čedomilj Mijatović[10], *svetoandrejski liberali* [11] - sekretar ministarstva spoljnih poslova Stojan Bošković[12] i na-

[9] *Beseda kojom je namesništvo knjaženskog dostojanstva otvorilo Ustavni odbor*, *Jedinstvo – list za politiku i književnost*, dodatak broju 2 od 8. XII 1868, Beograd 1868.

[10] Čedomilj Mijatović (1842 – 1932) je kao državni stipendista studirao političke i ekonomske nauke u Minhenu, Lajpcigu i Cirihu. Po povratku u Srbiju, od 1866. godine bio je profesor Velike škole u Beogradu, da bi ubrzo napustio profesorsku karijeru i posvetio se aktivnom bavljenju politikom. U toku svoje političke karijere najduže se zadržao na položaju ministra finansija (1873 – 1875; 1881 – 1883; 1886). Kao ministar inostranih dela i političar koji je uživao veliko poverenje kneza Milana Obrenovića, potpisao je Tajnu konvenciju sa Austro – Ugarskom 28. juna 1881. godine, koja predstavlja vrhunac kneževe austrofilske politike. Bio je istaknuti član Napredne stranke i jedan od tvoraca njenog ustavnog nacrta od 1883. godine.

[11] Nazvani su tako jer su se prvi put pojavili na političkoj sceni Srbije na *Svetoandrejskoj skupštini* (30. XI/12. XII 1858 – 31. I/12. II 1859) gde su odigrali značajnu ulogu u zbacivanju s vlasti kneza Aleksandra Karađorđevića i povratku na presto kneza Miloša Obrenovića.

[12] Stojan Bošković (1833 – 1908) nakon završene gimnazije i Liceja u Beogradu, bio je profesor gimnazija u Šapcu, Negotinu i Zaječaru, a od 1872. godine profesor opšte istorije na Velikoj školi u Beogradu. Vršio je i funkcije ministra prosvete i državnog savetnika. Kao ministar prosvete ustanovio je Prosvetni savet i uveo profesorski ispit. Os-

čelnik Krajinskog okruga Ranko Alimpić[13], i urednik lista *Srbija* Ljubomir Kaljević [14].

Čedomilj Mijatović se zalaže za dva doma predstavničkog tela ističući da u dvodomnom narodnom predstavništvu preti manja opasnost od olakih i brzopletih promena zakona koje bi ugrozile pravnu sigurnost u zemlji. On, između ostalog, navodi „da je opasnost demokratske monarhije u tome što većina naroda vlada, i ova se lako daje navesti na zlo pojedinima ljudma, protiv svojih interesa... I sama Severna Amerika ima dva doma, senat i skupštinu, jer u tome nalazi garantiju da se zakoni neće brzo menjati.“[15] Ranko Alimpić smatra da bi se uvođenjem gornjeg doma obezbedio viši nivo stručnosti zakonodavnog tela dodajući „da se narodna volja najbolje ogleda u narodnoj skupštini a moralna snaga u telu sastavljenom od najinteligentnijih i najkarakternijih ljudi koje imenuje vladalac.“[16] Ljubomir Kaljević ističe da samo zakonodavno telo u kojem su zastupljeni ljudi bogati znanjem i iskustvom može biti samostalno i nezavisno u svom radu: „U Narodnoj skupštini do sada nije bilo samostalnosti mišljenja i znanja, njega ima među učenim ljudima, a to su uglavnom činovnici. Ali njih narod mrzi zbog policijskih zloupotreba. Ulazak inteligencije u narodno predstavništvo se može obezbediti samo ustanovom gornjeg doma u koji će se birati ljudi propisanih svojstava koji će doneti u predstavništvo narodno znanje i samo-

---

tvario je i diplomatsku karijeru kao poslanik Srbije u Bukureštu, Atini, Parizu i Briselu. Nameravao je da napiše voluminozno delo iz oblasti opšte istorije, ali je stigao da završi samo prve dve knjige svoje *Istorije sveta za narod i školu* (1866; 1872) u kojima je opisao period do izbijanja krstaških ratova.

[13] Ranko Alimpić (1826 – 1882) studirao je vojne nauke u Berlinu i Potsdamu. Za profesora Artiljerijske škole u Beogradu izabran je 1852. godine. U dva navrata se nalazio na čelu ministarstva građevina, najpre od 1873. do 1874. godine, a potom i od 1878. do 1880. godine. Bio je i istaknuti general srpske vojske. Komandovao je dobrovoljačkim četama formiranim 1875. godine radi pomoći bosansko – hercegovačkim ustanicima. Nalazio se i na čelu Drinske vojske u srpsko – turskim ratovima 1876 – 1878. godine.

[14] Ljubomir Kaljević (1841 – 1907) je nakon završene gimnazije u Beogradu studirao državne nauke u Hajdelbergu i Parizu. Po povratku u zemlju izdavao je list *Srbija* u kome je kritikovao knez Mihailov apsolutistički režim. Ostvario je uglednu karijeru u državnoj službi u toku koje se nalazio na čelu ministarstava finansija, unutrašnjih i inostranih dela. Bio je predsednik vlade (septembar 1875 – april 1876. godine) koja je poznata po donošenju naprednih *Zakona o štampi* i *Zakona o opštinama*. Vršio je i funkcije državnog savetnika i potpredsednika Senata. U toku svoje diplomatske karijere bio je poslanik Srbije u Bukureštu i Atini.

[15] *II sednica Ustavnog odbora od 10. decembra 1868*, *Jedinstvo – list za politiku i književnost*, broj 4 od 11. XII 1868, str. 9.

[16] *II sednica Ustavnog odbora od 10. decembra 1868*, *Jedinstvo – list za politiku i književnost*, broj 6 od 14. XII 1868, Beograd 1868, str. 18.

stalnost."[17] Zagovornik dvodomnosti je i Stojan Bošković koji tvrdi „da treba vlasti podeliti, da ne bude tiranije, a treba ih i ujediniti, da ne bude anarhije, i da bude jedinstva u zakonodavstvu: za to gornji i donji dom."

Predlog o podeli zakonodavnog tela na Državni savet kao gornji dom, i Narodnu skupštinu kao opštepredstavničko telo u *Odboru* je usvojen jednoglasno. Doduše, nekolicina članova *Odbora* je glasala za dvodomno narodno predstavništvo uz rezervu da može svoj glas povući, ukoliko bude usvojena takva organizacija gornjeg doma kojom ti članovi ne bi bili zadovoljni.[18]

Nakon što je usvojen dvodomni sistem, otvorena je rasprava o nizu pitanja vezanih za sastav i uređenje Državnog saveta. U *Odboru* je vođena diskusija o broju savetnika, uslovima koji moraju biti ispunjeni da bi jedno lice bilo postavljeno ili izabrano za savetnika, obimu zakonodavne vlasti Državnog saveta i njegovom odnosu sa Skupštinom i vladaocem. Iako su ova pitanja postavljena već na trećoj, o njima se raspravljalo tek na petoj sednici odbora održanoj 13. decembra 1868.

U pogledu broja savetnika, svi članovi *Odbora* koji su učestvovali u diskusiji bili su saglasni da se broj članova gornjeg doma odredi prema broju narodnih poslanika. Većina učesnika u raspravi je predlagala da broj savetnika iznosi trećinu od ukupnog broja poslanika. Za takvo rešenje zalagali su se, između ostalih, i predsednik suda Rudničkog okruga Milan Piroćanac[19], Ranko Alimpić, sudija Nikola Nedeljković,[20] Stojan Bošković i Čedomilj Mijatović.[21]

---

[17] *III sednica Ustavnog odbora od 11. decembra 1868*, *Jedinstvo – list za politiku i književnost*, broj 7 od 16. XII 1868, Beograd 1868, str. 21.

[18] *III sednica Ustavnog odbora od 11. decembra 1868*, *Jedinstvo – list za politiku i književnost*, broj 8 od 18. XII 1868, Beograd 1868, str. 23.

[19] Milan Piroćanac (1837 – 1897) se nakon završenih studija prava u Parizu vratio u Srbiju. Vršio je funkcije ministra inostranih dela i ministra pravde. Bio je jedan od osnivača Napredne stranke i predsednik prve naprednjačke vlade 1880 – 1883. godine. Njegova vlada bila je poznata po donošenju slobodoumnih *Zakona o štampi* i *Zakona o udruženjima i zborovima*, ali i po zaključenju Tajne konvencije sa Austro – Ugarskom 1881. godine. Kao obrazovan pravnik imao je najvećeg udela u pisanju ustavnog nacrta Napredne stranke od 1883. godine. Piroćanac je bio i šef Napredne stranke od 1881. do 1886. godine, nakon čega se povukao sa vlasti i posvetio advokatskoj karijeri. Zastupao je kraljicu Nataliju u brakorazvodnoj parnici sa kraljem Milanom Obrenovićem.

[20] *V sednica Ustavnog odbora od 13. decembra 1868*, *Jedinstvo – list za politiku i književnost*, broj 10 od 21. XII 1868, Beograd 1868, str. 31 – 32.

[21] *VI sednica Ustavnog odbora od 14. decembra 1868*, *Jedinstvo – list za politiku i književnost*, broj 11 od 24. XII 1868, Beograd 1868, str. 35 – 36.

U vezi pasivnog biračkog prava za Savet, Nikola Nedeljković smatra da savetnici treba da imaju navršenih trideset godina starosti i da poseduju nepokretnosti. Ranko Alimpić, pak, zastupa stanovište da je za izbor na savetničku funkciju potrebno ispuniti daleko strožije uslove. Alimpić, naime, ističe da članovi gornjeg doma moraju biti odani dinastiji, čestiti i ugledni, da moraju biti stariji od trideset pet godina, posedovati više obrazovanje iz neke struke državne uprave i vršiti važnu državnu službu najmanje deset godina.[22] Propisivanjem uslova da za savetnike mogu biti birana samo lica koja se, kao osvedočene pristalice dinastije Obrenović dugi niz godina nalaze na visokim položajima u državnoj službi, bila bi dovedena u pitanje njihova nezavisnost u odnosu na državnu vlast. Da je usvojen sastav Saveta kakav je Alimpić predlagao, ovo telo bi predstavljalo uporište vlasti Namesništva i sredstvo putem kojeg bi Namesništvo sprovodilo svoju volju u zakonodavnom telu.

Svoje mišljenje o savetničkim kvalifikacijama izneli su i Stojan Bošković i Čedomilj Mijatović. Stojan Bošković smatra da za savetnika može biti izabrano svako lice koje poseduje više obrazovanje i ima najmanje trideset pet godina starosti, izuzev mitropolita i episkopa, koji po njegovom mišljenju ne mogu biti birani u gornji dom. Čedomilj Mijatović, naprotiv, misli da ne postoje prepreke da i više sveštenstvo bude zastupljeno u Državnom savetu. On ističe da bi bilo najbolje da se ustavom propiše iz kojih kategorija lica bi mogli biti birani savetnici. U svakom slučaju, po njegovom mišljenju kandidati za savetničku funkciju moraju biti ugledni ljudi sa navršenih trideset godina koji poseduju izvesno imanje.[23]

U *Odboru* su samo uzgred razmotrena pitanja odnosa između Narodne skupštine i Državnog saveta i postupka usvajanja zakonskih predloga u svakom od njih. Kako su se Nikola Nedeljković, profesor Velike škole Jovan Bošković[24] i Milan Piroćanac zalagali za ravnopravnost domova u zakonodavstvu, smatrali su i da svaki od njih treba da ima pravo zakonodav-

---

[22] *V sednica Ustavnog odbora od 13. decembra 1868*, *Jedinstvo – list za politiku i književnost*, broj 10 od 21. XII 1868, Beograd 1868, str. 31 – 32.

[23] *VI sednica Ustavnog odbora od 14. decembra 1868*, *Jedinstvo – list za politiku i književnost*, broj 11 od 24. XII 1868, Beograd 1868, str. 36.

[24] Jovan Bošković (1834 – 1892) studirao je pravo u Beču. Po završetku studija i povratku u zemlju posvetio se profesorskoj karijeri, najpre kao gimnazijski profesor, a od 1865. do 1871. kao profesor Velike škole. Bio je i bibliotekar Narodne biblioteke u Beogradu, sekretar Učenog društva i ministar prosvete. Kao filolog praktičar napisao je niz studija i rasprava o jeziku, a počev od 1892. godine izdavao je *Srpski rječnik* Vuka Stefanovića Karadžića, pri tom ga menjajući i dopunjujući. Štampao je i izvode iz Daničićeve *Male srpske gramatike*.

ne inicijative. Samo je seoski kmet Milija Radovanović iz Selevca smatrao da bi ovim pravom trebalo da raspolaže samo Narodna skupština.[25]

Nikola Nedeljković zastupa stav da je za usvajanje jednog zakonskog predloga neophodno da se sa njim saglase oba doma narodnog predstavništva. Ako, pak, jedan dom izvrši neke izmene u predlogu koji je drugi dom usvojio i njemu poslao, predlog se sa tim izmenama vraća onom domu koji ga je prvi pretresao.[26] Međutim, Nedeljković ne predlaže način na koji bi se rešio sukob Skupštine i Saveta, ako onaj dom koji je prvi raspravljao o zakonskom predlogu ostane pri svom prvobitnom rešenju i ne usvoji predložene izmene. Stojan Bošković smatra da, ukoliko izostane saglasnost domova u pogledu nekog zakonskog predloga, da bi on bio usvojen, neophodno je da bude izglasan većinom glasova članova oba doma na njihovoj zajedničkoj sednici. On predlaže da se ustanovi pravo suspenzivnog veta vladaoca na zakone izglasane u predstavničkom telu. Tako, ukoliko vladalac ne bi bio saglasan sa zakonskim predlogom, mogao bi ga dva puta vraćati narodnom predstavništvu na ponovno razmatranje. Ukoliko bi zakonski predlog ponovo bio usvojen, monarh bi mogao da raspusti skupštinu, pa ako bi i u novoizabranoj skupštini bio usvojen, predlog bi i bez vladarevog potpisa postao zakon. I profesor Velike škole Stojan Novaković[27] je bio sa-

---

[25] *V sednica Ustavnog odbora od 13. decembra 1868*, *Jedinstvo – list za politiku i književnost*, broj 10 od 21. XII 1868, Beograd 1868, str. 31 – 32; *VI sednica Ustavnog odbora od 14. decembra 1868*, *Jedinstvo – list za politiku i književnost*, broj 11 od 24. XII 1868, Beograd 1868, str. 36.

[26] *V sednica Ustavnog odbora od 13. decembra 1868*, *Jedinstvo – list za politiku i književnost*, broj 10 od 21. XII 1868, Beograd 1868, str. 31.

[27] Stojan Novaković (1842 – 1915) je nakon završene gimnazije u Šapcu studirao pravne nauke na Liceju u Beogradu. Predavao je pravo i filozofiju na Velikoj školi, da bi se ubrzo potom posvetio političkoj karijeri. Najduže se zadržao na položaju ministra prosvete. Na čelu tog resora nalazio se i u vreme učešća u izradi ustavnog nacrta Napredne stranke od 1883. godine. Samostalno je izradio ustavni nacrt od 1896. godine koji je poslužio kao osnov za donošenje *Ustava Kraljevine Srbije* od 1901. godine. Bio je istaknuti član Napredne stranke i predsednik naprednjačke vlade od juna 1895. do decembra 1896. godine. Nakon što je vlada u decembru 1896. podnela ostavku, Napredna stranka je raspuštena, a Novaković se posvetio diplomatskoj karijeri kao poslanik Srbije u Carigradu, Parizu i Petrogradu. Kao šef srpske delegacije posle Prvog balkanskog rata zaključio je mir sa Turskom u Londonu 1912. I pored uspešne političke i diplomatske karijere Novaković nikad nije zapostavio naučni rad. Kao učenik Đure Daničića bio je vrstan filolog te je tako napisao niz rasprava i studija o jeziku i gramatiku srpskog jezika 1902. godine. Bavio se književnošću i istorijom, a priredio je i tri izdanja najznačajnijih srpskih srednjovekovnih pravnih izvora: *Zakonik Stefana Dušana, cara srpskog 1349. i 1354* (1898), *Matije Vlastara Sintagmat, azbučni zbornik vizantijskih crkvenih i državnih zakona i pravila, slovenski prevod vremena Dušanova* (1907) i *Zakonske spomenike srpskih država srednjega ve-*

glasan sa Boškovićevim predlogom da monarhu pripadne pravo suspenzivnog veta.[28] Bošković, međutim, ne navodi da li bi za usvajanje zakonskog predloga bilo dovoljno da se za njega izjasni prosta, ili je, pak, bila potrebna kvalifikovana većina poslanika i senatora, kao ni da li bi bilo potrebno da se radi izglasavanja predloga održi zajednička sednica oba doma. On ne predlaže ni rok u kojem bi vladalac bio obavezan da raspiše nove izbore nakon raspuštanja Skupštine, niti u kom roku bi bio dužan da sazove novoizabrano narodno predstavništvo.

U pogledu načina ulaska savetnika u gornji dom, predlozi članova *Odbora* su se međusobno dosta razlikovali. Tako je Nikola Nedeljković predlagao da savetnike postavlja vladalac, dok je Milan Piroćanac smatrao da članove saveta treba da bira narod doživotno kako bi im bila zajemčena puna nezavisnost u radu. Nasuprot Piroćancu, Ranko Alimpić i Jovan Bošković su delili mišljenje da bi nezavisnost savetnika bila obezbeđena njihovim doživotnim postavljenjem od strane vladaoca.[29] Alimpićev i Boškovićev stav ima uporište i u stranoj ustavnoj praksi, budući da je gornji dom sastavljen od doživotno postavljenih članova bio predviđen u ustavnim aktima Francuske i Kraljevine Sardinije (Pijemonta) donetim pre zasedanja *Svetonikoljskog odbora*. Takvo ustavno rešenje propisano je u članu 27 **Ustavne povelje** Francuske od 1814. godine (*Charte constitutionnelle de 1814*)[30], članu 23 **Ustavne povelje** Francuske od 1830. godine (*Charte constitutionnelle de 1830*)[31] i članu 33 **Pijemontskog statuta** od 1848. godine (*Statuto Albertino*)[32].

Stojan Bošković je smatrao da će svi društveni slojevi biti zastupljeni u savetu ukoliko vladalac bude postavljao polovinu, ili najviše dve tre-

---

ka (1912). Kao odličan stilista i savestan sakupljač izvora, napisao je i niz dela velike naučne vrednosti među kojima se, između ostalog, izdvajaju i: *Istorija srpske književnosti* (1871), *Srbi i Turci XIV i XV veka* (1893), *Vaskrs države srpske* (1904) i *Vizantijski činovi i titule u srpskim zemljama VI – XV veka* (1908).

[28] *VI sednica Ustavnog odbora od 14. decembra 1868*, *Jedinstvo – list za politiku i književnost*, broj 11 od 24. XII 1868, Beograd 1868, str. 35 - 36.

[29] *V sednica Ustavnog odbora od 13. decembra 1868*, *Jedinstvo – list za politiku i književnost*, broj 10 od 21. XII 1868, Beograd 1868, str. 31 - 32.

[30] *Ustavna povelja od 4. juna 1814*, s francuskog preveo D. Popović, objavljena kao prilog knjizi D. Popović, *Ogled o odgovornoj vladi na primeru njenog nastanka u Francuskoj*, Beograd 1989, str. 153.

[31] *Ustavna povelja od 6. avgusta 1830*, s francuskog preveo D. Popović, objavljena kao prilog knjizi D. Popović, *Ogled o odgovornoj vladi na primeru njenog nastanka u Francuskoj*, Beograd 1989, str. 163.

[32] *Statuto Albertino*, http://www.quirinale.it/costituzione/Preunitarie-testi.htm, str. 5 – 6, posećeno 1. 10. 2009.

ćine savetnika na šest godina, a narod bude birao polovinu ili najmanje trećinu savetnika iz svakog okruga, na isti mandatni period. Stojan Novaković se zalagao za rešenje po kojem bi trećinu savetnika postavljao vladalac, dok bi dve trećine članova gornjeg doma birao narod. Svake tri godine reizabirala bi se jedna trećina savetnika.[33]

Profesor kaznenog prava na Velikoj školi Aćim Čumić[34] se u potpunosti slaže sa predlogom Milana Piroćanca da savetnike bira narod doživotno. On predlaže da se Savet sastoji od dvadeset do dvadeset pet članova, „da su dobro nagrađeni, da biraju sami sebi predsednika, da bude javnosti u njihovom radu, da im se preporuči da prolaze kroz narod, da su sasvim sigurni i prema vladi i prema narodu. Takvi senatori bi bili kao patrijarsi ili sveci, jer izabrani za celog veka imali bi dovoljno i znanja i nezavisnosti za predstavništvo narodno.“[35] Stojan Bošković i Radivoje Milojković su kritikovali Čumićevo stanovište. Bošković ističe: „To bi značilo dati nekolicini slučajno izabranih ljudi vlast za 20 ili 30 godina, da rešavaju sudbinom zemlje; to bi značilo za toliko godina vezati ruke čak i potomstvu našem koje može imati mnogo drukčije i naprednije misli i težnje. Od takvog večitog saveta ne bi bili sigurni ni narod ni dinastija, o čemu ima dokaza u istoriji našoj.“ Radivoje Milojković govori da mu nije jasno šta bi ti večiti savetnici zapravo bili jer nisu narodni predstavnici, budući da se narodne potrebe vremenom menjaju, a nisu ni činovnici, jer ih ne postavlja vladalac. Kao i Bošković, i Milojković smatra da bi u rukama Saveta bila skoncentrisana isuviše velika vlast jer bi ga činila lica izabrana doživotno, bez obaveze da bilo kome polažu račun o svom radu. On upozorava na mogućnost da se vremenom u takvom oligarhijskom telu sastavljenom od nepokretnih i neodgovornih savetnika pojave i prevratničke namere koje mogu ozbiljno ugroziti stabilnost ustavnog poretka. Po Milojkovićevom mišljenju, mnogo je bolje da savetnike postavlja vladalac iz reda viših činovnika nezavisnih od vlade. Po prestanku zakonodavnih dužnosti oni bi se vra-

---

[33] *VI sednica Ustavnog odbora od 14. decembra 1868*, *Jedinstvo – list za politiku i književnost*, broj 11 od 24. XII 1868, Beograd 1868, str. 35 - 36.

[34] Aćim Čumić (1836 – 1901) studirao je pravo u Hajdelbergu i Parizu. Po povratku u Srbiju bio je najpre profesor gimnazije, a od 1865. profesor kaznenog prava na Velikoj školi. Bavio se i advokaturom, a u toku svoje političke karijere nalazio se na čelu ministarstva unutrašnjih dela. Funkciju predsednika vlade vršio je od 1874. do 1875. godine, da bi potom bio imenovan za sudiju Kasacionog suda. Bio je član Srpskog učenog društva, a 1892. godine postao je počasni član Srpske kraljevske akademije.

[35] *VII sednica Ustavnog odbora od 15. decembra 1868*, *Jedinstvo – list za politiku i književnost*, broj 13 od 30. XII 1868, Beograd 1868, str. 41.

ćali na svoje stare položaje.[36] U ustavnopravnoj teoriji, međutim, preovlađuje mišljenje da mogućnost da činovnici budu birani u predstavničko telo nije u skladu sa načelom podele vlasti. U tom slučaju bi, naime, jedno lice istovremeno učestvovalo u vršenju i zakonodavne i izvršne vlasti.[37] Zato je nespojivost parlamentarne funkcije sa plaćenom državnom službom propisana u članu I odsek 6 stav 2 *Ustava* SAD – a od 1787. godine [38] i članu 36 *Ustava* Belgije od 1831. godine [39].

Čumić je, van svake sumnje, nameravao da putem doživotnog izbora savetnika obezbedi njihovu nezavisnost u odnosu na izvršnu vlast. Međutim, izborno načelo je samo po sebi nespojivo sa nepokretnošću i stalnošću izbornih lica. Zato on svoje stanovište nije mogao ilustrovati nijednim primerom iz ustavne prakse SAD – a ili neke evropske zemlje koja je pre 1868. godine uvela dvodomno narodno predstavništvo u svoj ustavni sistem. Bez obzira na to da li su članovi gornjeg doma dolazili na svoje položaje putem posrednih, ili, pak, neposrednih izbora, uvek su birani na određen mandatni period. Takav način izbora savetnika predviđen je u članu I odsek 3 stav 1 *Ustava* SAD – a od 1787. godine [40] i u članu 53 *Ustava* Belgije od 1831. godine [41].

Zbog velikih razlika u mišljenju članova *Odbora* o uređenju gornjeg doma, o organizaciji Saveta nije se ni glasalo. Na devetoj, i poslednjoj po redu odborskoj sednici jednoglasno je usvojeno da ministri treba da odgovaraju za svoja dela, ali nije rešeno pred kojim telom. Nakon što je odlučeno da narod treba da ima zakon o štampi koji će odgovarati njegovom duhu, predsednik *Odbora* Đorđe Cenić je objavio da je zadatak *Odbora* izvršen, a potom i zaključio njegove sednice.[42]

* *
*

---

[36] *VIII sednica Ustavnog odbora od 16. decembra 1868*, *Jedinstvo – list za politiku i književnost*, broj 14 od 1. I 1869, Beograd 1869, str. 43 - 44.

[37] J. Stefanović, *Ustavno pravo FNRJ i komparativno*, knjiga I, Zagreb 1956, str. 466.

[38] *The United States Constitution*, http://www.house.gov/Constitution/Constitution.html, str. 2, posećeno 1. 10. 2009. U daljem tekstu: *The United States Constitution*.

[39] *Décret contenant la Constitution de la Belgique*, 7 février 1831, Bull. Offic. n. XIV, str. 186. U daljem tekstu: *Décret contenant la Constitution de la Belgique*.

[40] *The United States Constitution*, str. 1.

[41] *Décret contenant la Constitution de la Belgique*, str. 190 – 191.

[42] *IX sednica Ustavnog odbora od 17. decembra 1868*, *Jedinstvo – list za politiku i književnost*, broj 15 od 3. I 1869, Beograd 1869, str. 48.

Iako je *Svetonikoljski odbor* jednoglasno usvojio odluku o uvođenju dvodomnog narodnog predstavništva u ustavni sistem Srbije, gornji dom ipak nije bio predviđen u *Namesničkom ustavu* [43] od 1869. godine. Namesnici su ovakvo ustavno rešenje pravdali otporom poslanika iz reda seoskog stanovništva, koji nisu hteli da dele zakonodavnu vlast sa činovnicima.[44] Zato, prema članu 48 stav 1 *Ustava* od 1869. ni činovnici ni advokati nisu mogli biti birani za poslanike. Da bi inteligencija ipak ušla u Skupštinu, knez je dobio pravo da na svaka tri poslanika postavi jednog iz reda ljudi bogatih znanjem i iskustvom u narodnim poslovima (čl. 45).[45] To su bili tzv. *vladini* ili *kneževi poslanici*, zapravo činovnici i advokati koji nisu mogli biti birani za poslanike.[46] Trebalo je da oni preuzmu funkcije gornjeg doma koji u *Namesničkom ustavu* nije predviđen. Tako su putem ustanove vladinih poslanika ideje *Svetonikoljskog odbora* o dvodomnom predstavničkom telu, doduše u vrlo ograničenom obimu, ipak dobile svoju praktičnu primenu.

[43] Uobičajen naziv za *Ustav za Knjažestvo Srbiju* od 1869. godine jer je donet na inicijativu Namesništva, koje je nakon ubistva kneza Mihaila vršilo kneževsku vlast za vreme maloletstva kneza i kralja Milana Obrenovića.

[44] S. Jovanović, *Vlada Milana Obrenovića (1868 – 1878)*, knj. I, Beograd 1926, str. 62.

[45] *Ustav za Knjažestvo Srbiju* od 1869. godine, štampan u Državnoj štampariji Kraljevine Srbije, Beograd 1900, str. 16.

[46] S. Jovanović, nav. delo, str. 62 – 63.

Maša Kulauzov, LL.M., Assistant
Novi Sad School of Law

A Few More Remarks on *St. Nicholas' Committee*

Abstract

The conclusions of so called *St. Nicholas' Committee* (convened on December 6th, 1868 – on St. Nicholas' Day, with task to prepare the new constitution) concerning bicameral structure of National Assembly were presented in this paper. The conclusions of the *Committee* regarding the structure of National Assembly did not serve as a model for the provisions of the *Constitution of the Principality of Serbia* of 1869 (so called „Regency Constitution"). Although the *Constitution* of 1869 did not introduce Senate, one third of the deputies of Assembly were appointed by *knez*. According to its provisions, those appointed deputies were, in some way, a substitute for the upper house of the legislature, envisaged by members of *St. Nicholas' Committee.*

Key words: *St. Nicholas' Committee*, bicameral National Representative Body, *knez*, State Council, National Assembly, *Constitution of the Principality of Serbia* of 1869.

Originalni naučni rad 347.426(37)

Mr Samir Aličić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

PROBLEM KONKURENCIJE TUŽBI U SLUČAJU NANOŠENJA ŠTETE USLED PADA TERETA U KLASIČNOM RIMSKOM PRAVU[1]

Sažetak: *U ovom radu istražuje se koja se tužba primenjuje u slučaju nastanka štete usled pada tereta u slučajevima u kojima nije moguća primena actio de effusis et deiectis directa. Nakon uvoda u kome su postavljeni ciljevi rada, analizirana su četiri slučaja nanošenja štete usled pada tereta: ispuštanje tereta od strane nosača, pad tereta sa kola, pad tereta sa tovarne životinje i izbacivanje stvari sa broda. U ovim slučajevima analizirani su uslovi za primenu tužbi actio damni iniuriae (directa i in factum), actio de pauperiae i actio de effusis et deiectis utilis causa. Na kraju je dat zaključak u kome su sumirani rezultati istraživanja.*

Ključne reči: *šteta, naknada štete, lex Aquilia, damnum iniuria datum, pad tereta, rimsko pravo.*

Uvod

Iuv. Sat. 3.245-246:
...ferit hic cubito, ferit assere duro
alter, at hic tignum capiti incutit, ille metretam.[2]

---

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

[2] Iuv. Sat. 3.245-246 *jedan me gura laktom, drugi tvrdom letvom; jedan mi udara glavu gredom, drugi mericom.*

Iuv. Sat. 3.251-253:
Corbulo vix ferret tot vasa ingentia, tot res
inpositas capiti, quas recto vertice portat
servulus infelix et cursu ventilat ignem. [3]
Iuv. Sat. 3.254-261:
...longa coruscat
serraco veniente abies, atque altera pinum
plaustra vehunt; nutant alte populoque minantur.
nam si procubuit qui saxa Ligustica portat
axis et eversum fudit super agmina montem,
quid superest de corporibus? quis membra, quis ossa
invenit? obtritum vulgi perit omne cadaver
more animae.[4]

Gore navedeni stihovi iz satira rimskog pesnika Juvenala slikovito svedoče o tome da su nesreće usled pada tereta bile uobičajena stvar u Rimu u imperijalno doba. Naravno, problem štete koja je usled toga nastajala nije mogao izbeći pažnji pravnika.

Ovom prilikom nećemo se baviti situacijom kada neka stvar biva izbačena iz stambene zgrade na javni put ili privatno mesto preko koga se uobičajeno prelazi. Naime, kao što je dobro poznato, u ovom slučaju oštećenom licu pripada tužba zbog nedozvoljenog prosipanja ili izbacivanja stvari (*actio de effusis et deiectis*) protiv lica koje stanuje na mestu odakle je nešto izbačeno.

Međutim, situacija je znatno složenija kada neko biva povređen padom tereta u transportu, npr., padom tereta sa kola, ili sa leđa nosača ili tovarne životinje, ili sa broda. U takvoj situaciji, direktna primena *actio de effusis et deiectis* nije moguća, i samim tim se nameće pitanje, koja tužba stoji na raspolaganju oštećenom licu? Da bi smo to utvrdili, moramo odgovoriti na sledeća pitanja:

-Najpre, treba ispitati da li i pod kojim uslovima postoji mogućnost za primenu akvilijanske tužbe (*actio damni inuriae; actio legis Aquiliae*)?

---

[3] Iuv. Sat. 3.251-253 *Sam Korbulon teško bi nosio sve one velike posude na žaru, sve postavljene na glavi nesrećnog malog roba koji ih nosi uspravljene glave i trčeći raspaljuje vatru.* Korbulon koji se ovde pominje je poznati rimski vojskovođa iz vremena Klaudija i Nerona, poznat po izuzetnoj fizičkoj snazi.

[4] Iuv. Sat. 254-261: *...duga borova klada njiše se sa teretnih kola koja dolaze, i druga kola nose jelova stabla; drmaju se na visini i plaše narod. Jer ako pukne osovina onih (kola) koja nose Ligursko kamenje i prevrnuta planina se istrese na masu, šta će ostati od njihovih tela? Ko će prepoznati udove, ko kosti? Leševi svetine nestaju, poput njihovih duša.*

Zatim, treba utvrditi da li klasični pravnici smatraju da je u slučaju pada tereta šteta naneta telom (*corpore*) onog ko ju je naneo, odnsno, da li je tužba *directa* ili in *factum*?

-Drugo, treba utvrditi da li, i u kojim slučajevima, može da se primeni tužba zbog štete koju nanese životinja (*actio de pauperie*) u slučaju pada tereta sa tovarne životinje?

-Najzad, iako je jasno da direktna tužba zbog izbacivanja i prosipanja stvari (*actio de effusis et deiectis*) ne može da se primenjuje ako predmet nije pao ili izbačen iz stambene zgrade, ostaje otvoreno pitanje da li ova tužba može da se primenjuje *utilis causa*?

U ovom radu analiziraćemo neke slučajeve nanošenja štete usled pada tereta koje navode klasični pravnici, sa ciljem da utvrdimo koje se od navedenih tužbi i pod kojim uslovima mogu koristiti, i protiv kojih lica se podižu.

1. Zbacivanje tereta od strane nosača. D.9.2.7.2 ULPIANUS libro octavo decimo ad edictum *Sed si quis plus iusto oneratus deiecerit onus et servum occiderit, Aquilia locum habet: fuit enim in ipsius arbitrio ita se non onerare. nam et si lapsus aliquis servum alienum onere presserit, Pegasus ait lege Aquilia eum teneri ita demum, si vel plus iusto se oneraverit vel neglegentius per lubricum transierit.*[5]

Na početku ovog teksta, Ulpijan navodi slučaj u kome je pešak ispustio teret koji je nosio. Teret je pao na tuđeg roba, i kao posledica toga rob je poginuo. Nosač je ispustio teret zato što je poneo veću količinu tereta nego što je mogao da drži. Po Ulpijanu, ima mesta tužbi iz Akvilijevog zakona, jer postoji kulpa na strani nosača, budući da je morao da proceni koliki teret može da ponese.

Ulpijan zatim citira Pegaza, koji kaže da će i u slučaju kada je neko ispustio teret na tuđeg roba zato što se okliznuo postojati akvilijanska odgovornost, izjednačavajući tako situaciju kada neko nepažljivo hoda po neravnom terenu sa situacijom kada se pretovari: i u jednom i u drugom slučaju postoji kulpa.

Interpolacionistička kritika je smatrala da je diskusija o kulpi (*fuit enim in ipsius arbitrio ita se non onerare*) u ovom pasusu delo Justini-

[5] D.9.2.7.2 ULPIJAN, iz osamnaeste knjige o ediktu: *Ali ako bi neko ko je pretovaren odbacio teret i ubio roba, ima mesta Akvilijevom zakonu; bila je, naime, stvar njegove sopstvene procene da se ne pretovari na taj način. Jer i ukoliko teret greškom padne na tuđeg roba, Pegaz kaže da podleže Akvilijevom zakonu, ukoliko se pretovario, ili nepažljivo išao po klizavom terenu.*

janovih kompilatora,[6] što bi značilo da se izvorni tekst odnosio samo na problem kazualiteta. Ipak, za ovakvu skepsu nema mesta, budući da je navedena Ulpijanova konstatacija sasvim u skladu sa onim što znamo o akvilijanskoj kulpi uopšte. Naime, po Akvilijevom zakonu odgovara se i za najblaži nehat (*In lege Aquilia et levissima culpa venit.*-D.9.2.44pr). Granice kulpe u akvilijanskoj odgovornosti postavljene su mnogo strožije nego u većini kontrakata. Kulpa znači i nepredviđanje onog što se može predvideti, izostanak posebne marljivosti (*diligentia*), i izjednačava se sa nestručnošću (*imperitia*) stručnog lica (*artifex*-a) u kontraktima.[7]

U ovom slučaju očigledno se radi o nehatnom prouzrokovanju štete.[8] Nema značaja da li je šteta naneta usled nepažnje, neznanja ili čak fizičke slabosti. U svim slučajevima postoji *culpa*, jer nosač nije predvideo ono što se moglo predvideti (*fuit ... in ipsius arbitrio*): da bi nošenjem preteškog tereta ili kretanjem po klizavom terenu mogao da ugrozi druge.[9]

U tekstu D.9.2.7.2 i Ulpijan i Pegaz govore da se u slučaju da teret koji nosač ispusti nanese neku štetu primenjuje tužba iz Akvilijevog zakona. Međutim, moglo bi se postaviti pitanje, da li je tužba u ovom slučaju direktna ili *in factum*, odnosno, da li pravnici u ovom slučaju smatraju da je tužba naneta *corpore*? Činjenica da se govori samo o tužbi iz Akvilijevog zakona (*Aquilia locum habet; lege Aquilia eum teneri*) govori u prilog zaključku da se radi o direktnoj tužbi. Ovakav zaključak je u skladu sa drugim tekstovima Digesta u kojima se govori o šteti nanetoj predmetom koji je neko držao, pa pustio. U svim takvim slučajevima se sma-

---

[6] J. B. Thayer: *Lex Aquilia (Digest IX, 2, Ad Legem Aquiliam-text, translation and commentary)*; Cambridge 1929. str. 60.

[7] M. Talamanca: *Colpa civile (storia)*; Enciclopedia del diritto VII, Milano 1960.,., str. 519-520. O akvilijanskoj kulpi vidi i: S. Schipani: *Responsabilità "ex lege Aquilia" – criteri di imputazione e problema della "culpa"*; Università di Torino, Memorie dell'istituto giuridico, serie II, memoria CXXXI, Torino 1969.; R. Robaye: *Remarques sur le concept de faute dans l'interprètation classique de la lex Aquilia*; RIDA XXXVIII, Bruxelles 1991., str. 333-384.; D. Pugsley: *On the Lex Aquilia and Culpa*; Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/Revue d'histoire de droit/The Legal History Review L/1, Antwerpen 1982., str.1-17. M. Talamanca: *Colpa civile (storia)*; Enciclopedia del diritto VII, Milano 1960., str. 517-533.

[8] Thayer, *ibid.*

[9] K. Visky: *Die Frage der Kasualität aufgrung des D.9.2 (ad legem Aquiliam)*; Revue internationale des droits de l'antiquitè 3/XXVI, Bruxelles 1979., str. 479-480. Nepažljiv izbor mesta za neku radnju je još u republikansko doba bio osnov za kulpu (Visky: *op. cit.,* str 500.). Takođe, analogno slučaju u kome nosač ispusti teret zbog slabosti, i kočijaš koji zbog fizičke slabosti nije mogao da obuzda trzaj mazgi odgovoran je po osnovu kulpe, jer je morao predvideti da bi njegova slabost mogla predstavljati opasnost za druge (D.9.2.8.1). Robaye: *op. cit.*, str. 364-365.

tra da je šteta naneta *corpore*, jer je neko pustio predmet koji je držao, na isti način kao da je, npr., bacio koplje.[10]

Treba primetiti da se u ovom slučaju radi, očigledno, o primeni prvog poglavlja Akvilijevog zakona. Naime, ubistvo roba se jasno označava glagolom *occiderit*, a u prilog tome govori i sadržaj Ulpijanovog paragrafa koji neposredno prethodi citiranom tekstu D.9.2.7.2:

D.9.2.7.1 ULPIANUS libro octavo decimo ad edictum *Occisum autem accipere debemus, sive gladio sive etiam fuste vel alio telo vel manibus (si forte strangulavit eum) vel calce petiit vel capite vel qualiter qualiter.*[11]

Ovaj tekst sadrži tipične načine ubistva uz korišćenje neposredne fizičke sile. Međutim, u slučaju kada rob pogine zato što je nosač ispustio teret na njega, smrt nastupa kao posledica jedne radnje koja nije direktno usmerena da nanese smrt nekom licu: nošenje prevelikog tereta. Zato se može reći da se u ovom slučaju radi o proširenju koncepta *occidere* i na nanošenje smrti nehatom, ali sa druge strane, sužava se polje njegove primene samo na smrt koja je naneta uz postojanje krivice, isključujući tako nanošenje smrti slučajem.[12]

2. Pad tereta sa kola. D.9.2.27.33 ULPIANUS libro octavo decimo ad edictum *Si ex plostro lapis ceciderit et quid ruperit vel fregerit, Aquiliae actione plostrarium teneri placet, si male composuit lapides et ideo lapsi sunt.*[13]

Prema Ulpijanu, ukoliko sa teretnih kola ispadne kamen i načini štetu na način koji predviđa treće poglavlje Akvilijevog zakona, odnosno nešto *uništi ili slomi* (*ruperit vel fregerit*), kočijaš teretnih kola (*plostrarius*)

---

[10] Tako, direktna akvilijanska tužba će postojati ukoliko neko pogodi roba koji prelazi preko poligona za gađanje (D.9.2.9.4), zatim ako igrači svojom krivicom pogode loptom u ruku berberina koji brije roba i usled toga ovome bude presečen grkljan (D.9.2.11pr), ako grupa ljudi baci gredu i smrska tuđeg roba (D.9.2.11.4), itd. Vidi i D. Nörr: *Causa mortis – Auf den Spuren einer Redewendung*, München 1986. str. 142.

[11] D.9.2.7.1 ULPIJAN, iz osamnaeste knjige o ediktu: *Međutim, pod (izrazom) „ubiti" treba da prihvatimo (ono što je učinjeno) bilo mačem, bilo isto tako batinom, ili drugim oružjem, ili rukama (ako ga je jako stegao oko vrata), ili udarcem nogom, ili glavom, ili na bilo koji drugi način.*

[12] P. Ziliotto: *L'imputazione del danno aquiliano – tra iniuria e damnum corpore datum*; Milano 2000., str. 47-54., R. Sotty: *Les actions qualifieès d' "utiles" en droit classique*, LABEO 25/2, Napoli 1979., str. 157., nap. 65.

[13] D.9.2.27.33 ULPIJAN, iz osamnaeste knjige o ediktu: *Ako sa teretnih kola padne kamen i nešto ošteti ili slomi, smatra se da vozač teretnih kola odgovara po Akvilijanskoj tužbi ako je loše složio kamenje i ako je zbog toga skliznulo.*

odgovara po osnovu tužbe iz Akvilijevog zakona ukoliko je do toga došlo zbog toga što je loše složio kamenje.

Sa aspekta kulpe, ovde nema nejasnoća. Vozač teretnih kola odgovara zbog nehata, zato što je nemarno ili nestručno složio kamenje. Ovaj slučaj sa aspekta krivice sličan je prethodnom, u kojem je do nesreće došlo zbog toga što je nosač poneo preveliku količinu tereta.[14] I u jednom i u drugom slučaju postoji krivica zbog nepredviđanja buduće opasnosti.

Međutim, postavlja se pitanje, da li se ovde radi o posrednom ili neposrednom kazualitetu, odnosno, da li je šteta naneta *corpore*? Ako se u situaciji kada neko ispusti predmet koji je držao i može razumeti da je šteta nastala *corpore*, u slučaju pada kamena sa kola to nije slučaj. Šteta nastaje usled toga što je kamenje loše složeno. Ovde ne samo da nedostaje fizički kontakt između delikventa i oštećene stvari, nego nema ni direktne ljudske radnje koja bi neposredno bila uzrok štete. Dok u slučaju nosača imamo zbacivanje tereta, ovde je uzrok - loše slaganje tereta.[15] Ipak, postoji tužba iz Akvilijevog zakona, kao da je neko sam ispustio teret koji je držao.[16]

3. Pad tereta sa tovarne životinje. D.9.1.1.4 ULPIANUS libro octavo decimo ad edictum *Itaque, ut Servius scribit, tunc haec actio locum habet, cum commota feritate nocuit quadrupes, puta si equus calcitrosus calce percusserit, aut bos cornu petere solitus petierit, aut mulae propter nimiam ferociam: quod si propter loci iniquitatem aut propter culpam mulionis, aut si plus iusto onerata quadrupes in aliquem onus everterit, haec actio cessabit damnique iniuriae agetur.*[17]

---

[14] Ziliotto: *op. cit.,* str. 55.

[15] Ziliotto: *op. cit.,* str. 55-56

[16] Po nekim romanistima, elemenat koji povezuje oba slučaja, ispuštanja tereta od strane nosača i pada kamena sa kola, je postojanje kulpe u jednoj radnji koja, iako sama po sebi nije nedozvoljena, može da dovede do štete. Nikakav značaj, međutim, nema činjenica da li je šteta nastala kao direktna posledica ljudske radnje ili ne (*....ciò che conta è la possibilità di ravvisare un elemento di colpa nella condotta di per sè lecita dalla quale sia derivato un danno ad altri. Nessuna importanza ha, invece, il fatto che l'evento lesivo abbia la sua causa diretta in una azione umana. ...l'elemento considerato rilevante è quello della colpevolezza del soggetto agente...* - Ziliotto: *op. cit.,* str. 56.). Drugi, međutim, ovo objašnjavaju posrednim prouzrokovanjem štete, posrednim kazualitetom (*mittelbare Kasualität* - Nörr, op. cit., str. 142-143.)

[17] D.9.1.1.4 ULPIJAN, iz osamnaeste knjige o ediktu: *I zato, kako piše Servije, ovoj tužbi ima mesta onda kada je četvoronožna životinja pričinila štetu zbog probuđene divlje prirode, na primer ako je konj koji se često rita udario nogom, ili je vo, koji često ubada, ubo rogom, ili mazge (pričine štetu) zbog preterane divljine; a ako zbog neravnog terena, ili krivicom mazgara, ili zbog toga što je pretovarena, četvoronožna životinja zbaci teret na nekoga, ova tužba se neće primenjivati i tužiće se zbog protivpravne štete.*

Ulpijan citira pravnika Servija[18] koji kaže da se *actio de pauperie* primenjuje uvek kada životinja pričini štetu usled probuđene divljine (*commota feritate*). On navodi slučajeve kada se konj, koji se inače često rita, ritne nogom i nekog povredi, ili kada vo, koji često napada rogovima, nekog ubode, ili kada mazge pričine štetu usled preterane divljine. Servije[19] nasuprot ovim slučajevima kada životinja učini štetu pod dejstvom nagona navodi primer kada tovarna životinja zbaci teret na nekoga (roba ili slobodnog čoveka) i pričini štetu, zbog teškog terena, ili krivicom goniča, ili zato što je pretovarena. U svim ovim slučajevima šteta nije pričinjena zbog neuobičajenog ponašanja životinje pod dejstvom instinkta, nego zbog krivice goniča. Zato se ne primenjuje *actio de pauperie*, nego *actio damni iniuriae*.[20]

Krivica goniča postoji ne samo ako je mazgar direktno izazvao da životinja zbaci teret nestručno je vodeći (na šta se verovatno misli kada se kaže *propter culpam mulionis*[21]), nego i ako je pretovario i time izazvao da životinja nije mogla da zadrži teret.[22] Nije jasno zbog čega postoji akvilijanska odgovornost ako je do nesreće došlo zbog teških uslova puta (*propter loci iniquitatem*), jer bi na prvi pogled bilo logičnije da se ovo podvede pod slučaj. Izgleda da Servije smatra da u tom slučaju postoji pretpostavljena krivica goniča zato što goni životinju na opasnom mestu, na sličan način kao u slučaju kada se nosač oklizne i ispusti teret zato što je neoprezno išao po teškom terenu (vidi ranije analizirani tekst D.9.2.7.2).

Neobično deluje to što Servije govori o Akvilijanskoj tužbi na takav način kao da je u pitanju direktna tužba (*damnique iniuriae agetur*). Iako su neki romanisti smatrali da se izraz *damnique iniuriae agetur* može shvatiti u širem značenju, tj. da se pod njime podrazumeva i tužba *in factum*.[23], ali je ovo mišljenje podvrgnuto kritici i uglavnom odbačeno.[24]

---

[18] Radi se verovatno o Serviju Sulpiciju Rufu (*Servius Sulpicius Rufus*), pravniku iz prvog veka p. n. e. (M. Polojac: *ACTIO DE PAUPERIE and Liability for Damage Caused by Animals in Roman Law*; Belgrade 2003., str. 37.)

[19] Po nekim romanistima, ovaj drugi deo pasusa potiče od Ulpijana (Ziliotto: *op. cit.,* str. 106., nap. 9.).

[20] Polojac: *op. cit.*, str. 38., Ziliotto: *op. cit.,* str. 104-108.

[21] Ziliotto: *op. cit.,* str. 107.

[22] Treba podsetiti da lice koje je pretovarilo životinju može odgovarati i za povredu koju je usled toga pretrpela sama životinja (D.19.2.30.2; D.9.2.27.23).

[23] S. Schipani: *Responsabilità "ex lege Aquilia" – criteri di imputazione e problema della "culpa"*, Torino 1969., str. 164.

[24] Ziliotto: *op. cit.,* str. 104-114. Vidi i: Nörr: *op. cit.,* str. 142.

Treba primetiti da neki autori spominju situacije u kojima je šteta nastala usled pretovaranja životinje kao specifičnu grupu slučajeva u kojima se za nastalu štetu odgovara po direktnoj tužbi iz akvilijevog zakona, a ne po pretorskoj tužbi *in factum*, uprkos tome što šteta nije naneta *corpore*.[25] Ne ulazeći u razloge koji su do ovoga doveli, moramo konstatovati da i u slučaju kada je sama tovarna životinja povređena usled pretovaranja pravnici daju direktnu akvilijansku tužbu, a ne tužbu *in factum* (D.9.2.27.23; D.19.2.30.2). Činjenica da o ovoj problematici raspravljaju već Servije (D.9.1.1.4), Pegaz (D.9.2.7.2) i Alfen (D.19.2.30.2), pravnici s kraja republikanskog doba, ukazuje da je problem akvilijanske odgovornosti zbog pretovaranja životinje bio elaboriran već u pretklasičnom periodu. Moguće je da su iz nekog razloga oni o ovoj problematici drugačije rezonovali nego pravnici iz poznog klasičnog perioda, te da ove specifičnosti proističu odatle.

Napomenimo i to da pitanje posrednog i neposrednog kazualiteta nema značaja kada životinja zbaci teret pod dejstvom nagona. I ako je šteta naneta posredno, primenjuje se *actio de pauperie*:

D.9.1.1.9 ULPIANUS libro octavo decimo ad edictum *Sive autem corpore suo pauperiem quadrupes dedit, sive per aliam rem, quam tetigit quadrupes, haec actio locum habebit: ut puta si plaustro bos obtrivit aliquem vel alia re deiecta.*[26]

4. Izbacivanje stvari sa broda. D.9.3.6.3 PAULUS libro nono decimo ad edictum *Si de nave deiectum sit, dabitur actio utilis in eum qui navi praepositus sit*.[27]

U ovom tekstu govori se o situaciji kada nešto bude izbačeno sa broda i ošteti tuđu imovinu, verovatno kada brod stoji usidren neposredno uz obalu, ili kada se blisko mimoilazi sa drugim plovilom, ili kada plovi neposredno uz obalu po uskom plovnom putu, npr. reci ili kanalu. U takvom slučaju, daje se tužba iz razloga korisnosti protiv zapovednika broda (*praepositus navi*).

---

[25] Tako, Nörr, *ibid: Eine Fallgruppe, bei der sich anscheinend früh die Subsumtion unter die actio (directa) durchgesetzt hatte, ist diejenige des Überladens von Tieren.*

[26] D.9.1.1.9 ULPIJAN, iz osamnaeste knjige o ediktu: *Međutim, bilo da je četvoronožna životinja pričinila štetu sopstvenim telom, bilo preko neke druge stvari koju je četvoronožna životinja dotakla, ova tužba će biti primenljiva; kao na primer ako je vo nekoga smrvio kolima ili drugom stvari koja je gurnuta nizbrdo.*

[27] D.9.3.6.3 PAUL, iz devetnaeste knjige o ediktu: *Ako je nešto izbačeno sa broda, biće data tužba iz razloga korisnosti protiv onoga koji je bio zapovednik broda.*

Ovaj paragraf potiče iz poglavlja Digesta *O onima, koji nešto prospu ili izbace* (*De his, qui effuderint vel deiecerint*-9.3), i čini deo jednog Paulovog fragmenta (9.3.6) u kome se razmatraju različita pitanja vezana za tužbu zbog nedozvoljenog izbacivanja i prosipanja stvari. U skladu sa time, nema sumnje da se *actio utilis* iz ovog teksta odnosi na tužbu zbog nedozvoljenog prosipanja i izbacivanja stvari, a ne na akvilijansku tužbu. Može se postaviti pitanje, zašto *actio utilis*, a ne jednostavno *actio de effusis et deiectis*? Odgovor leži u činjenici da se tužba zbog prosipanja i izbacivanja stvari po striktnom tumačenju reči pretorovog edikta daje samo protiv lica koje stanuje u zgradi iz koje je nešto izbačeno (*in eum, qui ibi habitaverit*-D.9.3.1pr). Ako stvar nije izbačena iz stambenog, nego poslovnog prostora, npr. iz skladišta ili radnje, daće se tužba *in factum*, odnosno *utilis causa* protiv zakupca tog prostora (D.9.3.3). Po analogiji, direktna tužba ne može biti data ni protiv kapetana broda, jer ni on ne stanuje na brodu, ali se protiv njega daje *actio utilis* zbog nedozvoljenog izbacivanja i prosipanja stvari.

Može se postaviti pitanje, zašto tužba zbog izbacivanja stvari, a ne akvilijanska, kad, kako smo videli, u drugim slučajevima pada stvari prilikom transporta, npr. pada kamena sa kola ili tereta sa tovarne životinje, postoji akvilijanska tužba? Šta više, i u nekim slučajevima namernog izbacivanja stvari na put postoji akvilijanska tužba, npr. ako drvoseča nepažljivo baci granu sa drveta i povredi prolaznika (D.9.2.31).

Rešenje problema leži u činjenici da se akvilijanska tužba podiže uvek kada se može utvrditi čijom krivicom je stvar pala. Kada se radi o padu stvari sa kola, ili tovarne životinje, ili sa glave nosača, nije teško utvrditi ko je kriv, ali u slučaju pada stvari sa broda, situacija je bitno drugačija. U tom slučaju jedino rešenje je da bude tužen kapetan broda, ali to više nije akvilijanska odgovornost, nego odgovornost zbog nedozvoljenog izbacivanja ili prosipanja stvari.

Zaključak

Za štetu nastalu usled pada tereta po pravilu odgovara putem tužbe iz Akvilijevog zakona lice koje snosi krivicu za pad tovara. Krivica postoji ukoliko je do nesreće došlo zato što je nosač, kočijaš ili gonič tovarne životinje poneo ili natovario preveliku količinu tereta, loše složio teret, ili se kretao po neadekvatnom terenu. U svim ovim slučajevima, krivica postoji zbog toga što nije predvideo ono što se realno moglo predvideti: da bi time mogao da izazove opasnost za druge.

Pravnici iz klasičnog i pretklasičnog perioda govore u svim ovim situacijama samo o tužbi iz Akvilijevog zakona. To znači da imaju u vidu

direktnu tužbu, a ne tužbu *in factum*, i da smatraju da je šteta naneta *corpore*. U tom smislu, slučajevi nanošenja štete usled pada tereta predstavljaju izuzetak u odnosu na opšti režim akvilijanske odgovornosti, jer se i u situaciji kada nema direktnog kazualiteta primenjuje direktna tužba *ex lege Aquilia*.

U slučaju kada tovarna životinja zbaci teret bez krivice čoveka pod dejstvom nagona, za štetu koja usled toga nastane odgovara njen vlasnik po osnovu *actio de pauperie*.

Posebnu situaciju predstavlja izbacivanje ili pad stvari sa broda. Pošto u ovom slučaju po pravilu ne može da se utvrdi čijom krivicom je predmet pao, umesto akvilijanske tužbe daje se *actio de effusis et deiectic utilis causa* protiv kapetana broda.

Samir Aličić, LL.M., Assistant
Novi Sad School of Law

Some Cases of Damage Resulting from Cargo Fall in Roman Law

Abstract

This paper studies types of lawsuits applicable to damage resulting from cargo fall in cases when *actio de effusis et deiectis directa* may not be applied. After the introduction, which defines the aims of the study, four circumstances of damage to cargo as a result of fall have been analyzed: fall during handling by the carrier, fall off a vehicle, fall off a load-bearing animal and fall off a ship. The paper examines conditions necessary for lawsuits *actio damni iniuriae* (*directa* and *in factum*), *actio de pauperiae* and *actio de effusis et deiectis utilis causa*, and circumstances which require each of them. At the end the paper presents a conclusion which summarizes the results of the research.

Keywords: damage, compensation of loss, *lex Aquilia*, *damnum iniuria datum*, cargo fall, Roman law.

Originalni naučni rad 343.93

Mr Milena Pavlović, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

SPECIFIČNE KARAKTERISTIKE UČINILACA I ŽRTAVA ZLOČINA MRŽNJE

Sažetak: *Postojanje specifičnosti koje karakterišu zločine mržnje, modernu formu socijalno neprihvatljivog ponašanja koje se preduzima prema pripadnicima određenih društvenih grupa, nužno uzrokuje potrebu da se izvrši analiza svih njihovih konstitutivnih elemenata. Značajna pažnja se, stoga, posvećuje učiniocima i žrtvama zločina mržnje, a poseban akcenat se stavlja na uočavanje onih obeležja koja se u odnosu na učinioce i žrtve drugih zločina javljaju kao posebna i atipična. Pored opisivanja i naglašavanja karakterističnih obeležja učinilaca zločina mržnje u odnosu na vinovnike drugih delikata, u članku se analiziraju i dalje kategorizuju učinioci spram kriterijuma stepena samostalnosti pri izvršenju dela. Pored toga, podvlače se specifična obeležja žrtava ovih akata i razjašnjavanju uzroci njihove naglašene vulnerabilnosti.*

Ključne reči: *zločini mržnje, netolerancija, rasizam*

Uvod

Savremena forma akata netolerancije prema pripadnicima određenih društvenih grupa, poznata pod nazivom zločini mržnje, iskazuje uočljive sprecifičnosti u pogledu pojedinih kriminoloških kategorija. Karakteristična obeležja ovih akata su upravo ono što ih izdvaja iz obilja kriminalnih pojava i čini interesantnim i važnim za proučavanje. Mnoga obeležja devijantnih akata se u slučaju zločina mržnje iskazuju na poseban način, pa se tako, na primer, može uočiti tendencija njiho-

vog adaptiranja različitim istorijskim prilikama, identifikovati njihov koren u prethodnim oblicima netolerantnog ponašanja, posmatrati širenje negativnih posledica na udaljene slojeve društva, pratiti internacionalizacija i povezivanje grupa istomišljenika i uočiti intenzivno korišćenje sredstava masovne komunikacije i interneta za prenošenje netolerantnih ideja.

Samo postojanje ovakvih specifičnosti nužno uzrokuje potrebu da se preispitaju i subjektivne kriminološke kategorije kao neizostavno prisutni elementi svakog zločina mržnje – njihovi učinioci i žrtve. Pri tome, osnovni cilj je da se utvrde karakteristike subjekata i objekata zločina mržnje, kako bi se moglo uvideti jesu li oni slični ili različiti od aktivnih i pasivnih aktera drugih zločina. Pored toga, bitno je razlučiti mogu li se u okviru ove dve kategorije načiniti dalje podkategorije i govore li one nešto o samoj prirodi i karakteristikama zločina mržnje. Smisao ovakve analize je, svakako, da doprinese formulisanju jasnih ideja o značaju zločina mržnje i konkretnim merama koje bi povodom ovih devijantnih pojava trebalo preduzeti na planu kriminalne i socijalne politike.

Specifične karakteristike učinilaca zločina mržnje

Uočavanje osnovnih karakteristika učinilaca pojedinih krivičnih dela, odnosno stvaranje profila koji objedinjava najčešće osobine koje poseduju učinioci tih dela, jedan je od najbitnijih i istovremeno najzahtevnijih zadataka kriminologije. Učinioci različitih vrsta krivičnih dela mogu posedovati određene biopsihičke i socijalne specifičnosti, što omogućava da se za pojedini delikt ili grupu dela konstruiše slika, odnosno profil učinioca. Kriminologija je do sada u velikoj meri uspela da otkrije zajedničke crte učinilaca određenih delikata, te danas postoji jasna predstava o tome kakva je ličnost, na primer, serijskih ubica, terorista ili kompjuterskih delinkvenata.

Izvori saznanja o učiniocima zločina mržnje u savremenoj literaturi uglavnom potiču od malobrojnih i usko ograničenih komparativnih istraživanja. Rezultati istraživanja nisu uspeli da kreiraju potpuno jasan profil lica koje čini ova dela, odnosno da utvrde specifične karakteristike njegove ličnosti. Na putu potpunog razjašnjavanja ovog pitanja stoje mnogobrojne prepreke, a najveća se sastoji u tome što zločini mržnje obuhvataju veći broj međusobno različitih protivpravnih akata, pa se zbog toga i učinioci neminovno razlikuju. Zbog toga ne treba insistirati, a to u krajnjem slučaju nije ni moguće, na kreiranju sasvim „čiste“ slike učinioca. Pojedine karakteristike koje su u istraživanjima jasno utvrđene treba pripisati

profilu, ali druge, koje se ne javljaju u većini slučajeva, ne treba po svaku cenu uključivati u profil. U suprotnom, može se lako upasti u zamku stereotipiziranja učinilaca i time ponoviti ista greška koju prave sami učinioci kada stereotipiziraju svoje žrtve.[1]

U svakom slučaju, u analizi karakteristika učinilaca zločine mržnje, može se krenuti od danas potpuno nespornog stava, po kome postoje bitne razlike između, sa jedne strane, individualnih učinilaca, odnosno onih koji postupaju samostalno i sa druge strane, učinilaca koji delo čine usled uključenosti u, ili veze sa, određenim organizacijama koje inspirišu zločine mržnje.

Individualni zločini mržnje

Prema široko prihvaćenoj tipologiji Levina i Mekdevita, zločini mržnje, koje oni dele na četiri tipa - zločine iz zabave, odbrambene, zločine iz misije i osvetničke, se međusobno razlikuju i u pogledu učinilaca.[2] Do tog zaključka, oni su došli na osnovu rezultata istraživanja sprovedenog u Bostonu (SAD), na osnovu kog su i sačinili pomenutu tipologiju.[3] Nakon što su utvrdili razlike između izvršenih zločina mržnje u Bostonu, oni su pomenutu ideju dalje razradili i detaljno objasnili razlike između samih učinilaca.

Učinioci *zločina iz zabave* su najčešće mlađa lica (tinejdžeri ili mlađi adolescenti), koja prethodno nisu dolazila u ozbiljan sukob sa zakonom i koja delo čine iz dosade, želje za samopotvrđivanjem, ili želje da budu priznati u društvu. Oni delo neretko čine u grupi osoba sličnog uzrasta, što im pruža sigurnost, jer u okviru grupe dolazi do „difuzije odgovornosti".[4] Međutim, njihove predrasude nisu isuviše jake, odnosno predstava o onome što čine nije najjasnija. Žrtve ovih dela su učiniocima do tada najčešće nepoznate, a sredstvo za izvršenje dela su uglavnom fizička sila ili

---

[1] Anderson, James F; Dyson, Laronstine; Brooks, Willie Jr, *Preventing Hate Crime and Profiling Hate Crime Offenders,* The Western Journal of Black Studies, tom 26, broj 3, 2002. godina, strana 143.

[2] Detaljnije o pomenutoj tipologiji, videti: Levin, Jack; McDevitt, Jack, *Hate Crimes Revisited: America's War on those who are Different*, Westview Press, septembar 2002. godine, strane 67-98. Iako je klasifikacija podrobno razrađena u ovoj knjizi, autori su je predstavili još 1993. godine u svom prethodnom delu *Hate Crimes: The Rising Tide of Bigotry and Bloodshed,* New York, Plenum, 1993. godina.

[3] McDevitt, Jack; Levin Jack; Bennett, Susan, *Hate Crime Offenders: an Expanded Typology,* Journal of Social Issues, tom 58, broj 2, 2002. godina, strane 303-317.

[4] Craig, Kellina M, *Examining Hate-Motivated Aggression: A Review of the Social Psychological Literature on Hate Crimes as a Distinct Form of Aggression,* Aggresion and Violent Behavior, broj 7, 2002. godina, strana 88.

kamenice.[5] Ova dela su najčešća, pa samim tim i ova kategorija učinilaca. To potvrđuju podaci iz drugog istraživanja, sprovedenog u Njujorku (SAD), koji pokazuju da je preko 50 posto učinilaca zločina mržnje u vreme izvršenja dela imalo manje od 19 godina, a od toga je čak 20 posto bilo mlađe od 16 godina.[6]

Sličnost između učinilaca zločina mržnje „iz zabave" i učinilaca *odbrambenih zločina mržnje* je uglavnom u godinama i načinu izvršenja dela. Ipak, uzimajući u obzir da se učinioci ovakvih delikata osećaju ugroženo, njihove predrasude su dosta jače nego u prvom slučaju, a sa obzirom na to da delo čine da bi zaštitili sopstvenu teritoriju, prirodno je da svoje žrtve poznaju, makar samo površno. Takođe, ovi učinioci su najčešće prethodno imali kontakata sa policijom, zbog pretnji ili zastrašivanja drugih lica.[7]

Učinioci *zločina mržnje iz „misije"* se od ostalih najviše razlikuju po tome što gotovo nikada ne deluju u okviru grupe, već su uvek usamljeni. Oni izvršenje dela ne smatraju „hobijem" ili razonodom, već svojim poslom, odnosno karijerom.[8] Standardno sredstvo za izvršenje dela mogu biti palice, pa čak i vatreno oružje, a učinioci se po načinu fanatičnog razmišljanja i usredsređenosti na ostvarivanje cilja ne razlikuju puno od terorista.[9]

Naknadno ustanovljenu kategoriju *zločina mržnje iz osvete* karakterišu donekle stariji učinioci, iako se i oni mogu smatrati mladićima. Delo se najčešće vrši u grupi, a sa obzirom na to da su ova dela obično reakcija na neki prethodno izvršen akt, predrasude vinovnika su na najvišem mogućem nivou. Učinioci uglavnom nemaju policijski dosije, iako same zločine najčešće karakteriše visok stepen nasilja.[10]

Levin i Mekdevit nude još jednu korisnu tipologiju koja ukazuje na razlike između više učinilaca jednog akta mržnje. Oni, naime, konstatuju da učinioci zločina mržnje u slučajevima u kojima deluju kao grupa, nemaju jednak stav i odnos prema delu i da bi to trebalo da se odrazi na njihovu krivičnu odgovornost. Oni razlikuju četiri tipa učesnika u aktu: vođu, saputnika, nevoljnog učesnika i heroja. *Vođa* osmišljava i organizuje akcije, on je idejni lider grupe, najčešće je stariji, inteligentniji ili obrazo-

---

[5] McDevitt, Jack; Levin, Jack; Bennett, Susan, op. cit, strana 311.

[6] Jacobs, James B, *Should Hate be a Crime?* The Public Interest, jesen 1993. godine, strana 12.

[7] McDevitt, Jack; Levin, Jack; Bennett, Susan, op. cit, strana 311.

[8] *Ibidem,* strana 309.

[9] *Ibidem,* strana 311.

[10] *Ibidem,* strana 311.

vaniji od ostalih članova. Njegovi motivi često nisu povezani sa predrasudama, on grupu čak može da koristi za ostvarivanje sopstvenih ciljeva, predstavljajući ih kao zajednički interes. *Saputnik* uglavnom potpuno voljno učestvuje u delu, ali nema inicijativu kao vođa. Saputnici su zapravo jezgro grupe, jer bez njih vođa ne bi mogao da ostvari plan. Oni su kao vojska koja radi po komandi. *Nevoljni učesnik* uglavnom ne odobrava delo koje grupa čini, ali nema snage ili načina da se tome suprotstavi. On je svestan nedozvoljenosti akta ili posledica koje on može prouzrokovati, ali iz straha za sopstvenu bezbednost ili reputaciju u grupi, ne čini ništa da bi delo sprečio ili zaustavio. Naposletku, *heroj* aktivno učestvuje u zaustavljanju dela. On se može umešati u pokušaju da spreči dovršenje akta ili obavestiti policiju o događaju. Autori navode da su to lica sa jakom savešću, koja su u velikoj meri neosetljiva na uticaje ostalih članova grupe.[11]

Sa obzirom na to da su istraživanja koja analiziraju karakteristike učinilaca malobrojna, da se uglavnom odnose na jedan tip akata (rasistički ili homofobični napadi) i da uzorak najčešće nije velik, a da je područje na kome je istraživanje sprovedeno veoma usko, nije se došlo do nekih definitivnih zaključaka o karakteristikama učinilaca, koji bi bili takvi da se ne bi mogli dovesti u pitanje. Ipak, interesantno je da se u većini istraživanja javljaju određene konstante: dela se najčešće dešavaju na otvorenom prostoru (javnim mestima), učinioci i žrtve su nepoznati jedni drugima, a pri tom su učinioci najčešće mladi muškarci. U pogledu poslednje činjenice postoji jednoglasnost, naročito jer je poduprta rezultatima istraživanja.[12]

Smatra se da su mladi muškarci česti učinioci zločina mržnje jer se u njihovoj ličnosti sjedinjavaju uslovi za razvoj dve negativne osobine koje igraju ključnu ulogu u izvršenju akta mržnje: visok stepen predrasuda i sklonost ka nasilničkom ponašanju. Preduslovi za razvoj predrasuda su kod mladih vezani ne samo za njihovu dob, te usled toga i nemogućnost da kritički razmišljaju i objektivno procenjuju stvarnost, već i za činjenicu da su u tom periodu izuzetno sugestibilni, te na njihovo ponašanje mogu lako da utiču druga lica, posebno vršnjaci. Ukoliko pored toga postoje i određeni

---

[11] *Ibidem,* strana 314.

[12] Do ovih rezultata se došlo u više istraživanja. Videti na primer: Garofalo, J, *Racially Motivated Crimes in New York City,* u Lynch, MJ; Patterson, EB, (eds), *Race and Criminal Justice,* Harrow and Heston, New York, 1991. godina, strane 161-173 (preuzeto iz Green, Donald P; McFalls, Laurence H; Smith, Jennifer K, *Hate Crime: an Emergent Research Agenda,* Annual Review of Sociology, broj 27, 2001. godina, strana 493). Videti takođe: Messner, Steven F; McHugh, Suzanne; Felson, Richard B, *Distinctive Characteristics of Assaults Motivated by Bias',* Criminology, tom 42, broj 3, 2004. godina, strana 602.

problemi u okviru porodice kao mikro socijalne sredine, mogućnosti da mladi svoj identitet počnu da grade u okviru grupe vršnjaka, sa kojima dele ista mišljenja, želje i stavove, a koji u velikom broju slučajeva odstupaju od društveno prihvatljivih, su izuzetno velike. Pored toga, sklonost ka agresivnom, odnosno nasilničkom ponašanju je veoma vezana za tinejdžerske ili rane adolescentske godine. Potreba za dokazivanjem i sticanjem „statusa" u društvu može dovesti do toga da nasilje postane manir ponašanja i samo sebi svrha.[13] Kada se radi o psihičkim karakteristikama ovih lica, uočava se da oni imaju problema u kontrolisanju sopstvene impulsivnosti, izraženu tendenciju da iz dosade vrše lakša krivična dela, zlostavljaju mlađe od sebe, i da, uopšteno gledano, iskazuju probleme u ponašanju i samokontroli.[14] Ostali potencijalni uzroci ovakvog antisocijalnog delovanja ukazuju na nizak nivo samopoštovanja, postojanje osećaja odbačenosti i nepoverenja prema drugima.

Značajno je pomenuti da ličnosti koje imaju i izražavaju predrasude prema drugima, u sebi objedinjavaju gotovo protivurečna lična obeležja. Psihološka ispitivanja ovakvih lica su pokazala da su ona sa jedne strane veoma moralna, striktna, disciplinovana i dosledna. Od spolja deluju kao osobe sa čvrstim stavovima i jasnim ciljevima. Oni su kategorični, teže „definitivnim" odgovorima, zadržavaju se na proverenim, ustaljenim stvarima. Osobe sa predrasudama su zapravo autoritarne ličnosti, ali, sa druge strane, u sebi nose veliku nesigurnost i strah kako od sebe, tako i od drugih ljudi i socijalne sredine uopšte. Njihov ego je u stvari invalidan i poljuljan. Ovakve osobe su sklone dihotomizaciji – svrstavanju svega što ih okružuje u međusobno dijametralno suprotne kategorije (dobro-loše, crno-belo). Osim toga, oni veruju da nisu krivi ni za jedan problem koji imaju i da su za njihove neprilike odgovorni drugi ljudi.[15]

Još jedna opšteprihvaćena karakteristika učinilaca zločina mržnje je da biraju žrtve koje zapravo ne poznaju ili ih poznaju veoma površno, što inače nije karakteristično za kriminalitet uopšte. Navedeni podatak govori u prilog tvrdnje da su zločini mržnje izuzetno opasni, jer žrtve ne mogu da preduzmu uobičajene mere predostrožnosti kako bi se zaštitile. Tako je, na primer, istraživanje sprovedeno u Njujorku, pokazalo da se žrtva i

---

[13] Steinberg, Annie; Brooks, Jane; Remtulla, Tariq, *Youth Hate Crimes; Identification, Prevention, and Intervention,* The American Journal of Psychiatry, tom 160, broj 5, 2003. godina, strane 983-984.

[14] Beck, AT, *Prisoners of Hate: the Cognitive Basis of Anger, Hostility and Violence,* New York, HarperCollins, 1999. godina, prema Steinberg, Annie; Brooks, Jane; Remtulla, Tariq, op. cit, strana 984.

[15] Allport, Gordon, *The Nature of Prejudice,* Perseus Books, Cambridge, Massachusetts, 1979. godina strane 395-408.

učinilac nisu poznavali u 90% slučajeva izvršenih zločina mržnje, dok je u pogledu ostalih krivičnih dela taj postotak iznosio 65%.[16] Međutim, istraživanje koje je sprovedeno 2001. godine u Velikoj Britaniji, pokušalo je da proveri tačnost ove tvrdnje u slučaju lakših rasističkih i homofobičnih akata mržnje. Istraživanje je, za razliku od dotadašnjih ideja i stavova, jasno ukazalo da je u oko 80% slučajeva žrtva ipak znala učinioca. Međutim, ovi rezultati su dovedeni u pitanje kada je trebalo utvrdili stvaran stepen poznavanja učinilaca i žrtava. Naime, žrtve su u vrlo malom broju slučajeva učinioce lično poznavale i prethodno kontaktirale sa njima, znale ih po imenu ili nekim drugim karakteristikama. U velikoj većini slučajeva, žrtve su učinioce znale toliko površno, da se kontakt svodio na utisak da su ih već negde videle, da im se čini da žive ili rade u istom delu grada, da se voze istom linijom gradskog prevoza ili kupuju u istoj prodavnici. Zapravo, došlo se do zaključka da su žrtve preferirale da učinioce svrstaju u kategoriju poznatih, jer su morale da se opredele za dve potpuno polarizovane kategorije: poznat ili potpuno nepoznat. Drugim rečima, to što je žrtvama učinilac bio *poznat,* nije značilo da ga zaista *poznaju.* U svetlu ovih činjenica, istraživanjem se došlo do zaključka da „u poređenju sa drugim oblicima nasilnih akata izvršenih prema licu, zločini mržnje ukazuju na veći procenat izvršilaca koji su žrtvama stranci“.[17]

Organizovani zločini mržnje

Za razliku od karakteristika individualnih učinilaca zločina mržnje, koje nisu u potpunosti izdiferencirane, profil učinioca zločina mržnje koji je pripadnik organizovane grupe koja inspiriše ili i sama vrši zločine uglavnom je poznat.[18] Teško je reći koliko se ovakvi učinioci razlikuju od individualnih i da li pripadnost grupi zaista utiče na modalitet izvršenja dela, kao što se to smatra, jer podaci o individualnim učiniocima nisu jasni u tolikoj meri da bi se mogli smatrati nedvosmislenima. Ipak, na osnovu onoga što je poznato, mogu se povući određene paralele između ove dve vrste učinilaca.

---

[16] Garofalo, J; Martin S. E, *Bias-Motivated Crimes: their Characteristics and the Law Enforcement Response*, Southern Illinois University, Center for the Study of Crime, Delinquency and Correction, Carbondale, prema Craig, Kellina M, op. cit, strana 98.

[17] Mason, Gail, *Hate Crime and the Image of the Stranger,* British Journal of Criminology, broj 45, 2005. godina, strane 837-859.

[18] Ovo je verovatno posledica činjenice da se individualni zločini mržnje proučavaju relativno kratko, dok se o organizovanim grupama koje propagiraju mržnju raspravlja znatno duže.

Najpre, treba ukazati na jedan, donekle iznenađujući podatak: od ukupnog broja učinilaca akata mržnje, samo je oko 5% njih u vreme izvršenja dela bilo član neke od organizacija koje se, više ili manje otvoreno, bave aktivnostima kojima se manifestuje netolerancija prema određenim društvenim grupama.[19] Ovaj postotak može da čudi samo na prvi pogled, jer temeljnija analiza aktivnosti kojima se bave tzv. „grupe mržnje" pokazuje da njihov primaran cilj nije da vrše akte mržnje, već da *raspiruju* mržnju i na taj način navedu druga lica da deluju na osnovu takvih emocija. Tako organizacija ostaje „čista" i zadržava se na vršenju svoje osnovne misije, koja se sastoji u, kako one to često kažu, „edukaciji neobaveštenih".

Ko su članovi „grupa mržnje" i kakve su njihove karakteristike? Komparativna istraživanja izvršena u SAD i Nemačkoj, dve zemlje u kojima je aktivnost ovakvih organizacija najrasprostranjenija i najbolje organizovana, došla su do veoma sličnih zaključaka. Naime, u većini slučajeva se radi o socijalno izolovanim ljudima koji imaju veoma nizak nivo samopoštovanja, a članstvom u grupi žele da ostvare osećaj pripadnosti.[20] Podaci iz Nemačke pokazuju da je više od dve trećine učinilaca akata mržnje mlađe od 20 godina, dok 30% učinilaca u vreme izvršenja dela ima 16, odnosno 17 godina.[21] Smatra se da su pripadnici ekstremnih desničarskih grupa u Nemačkoj uglavnom mladići starosti od 18 do 30 godina, koji su većinom zaposleni ili studenti. Njihova porodična situacija pokazuje da su živeli u sredini lišenoj roditeljske ljubavi, u autoritarnoj atmosferi, a neretko su bili žrtve ili svedoci porodičnog nasilja.[22]

Istraživanja neonacističkih grupa u SAD potvrđuju ove nalaze. Članovi organizacija su sličnih godina kao u Nemačkoj (od 16 do 30). Radi se o deci iz nepotpunih porodica, u kojima je otac najčešće preminuo ili napustio porodicu. Prisutni su porodični problemi, alkoholizam, nasilje i zlostavljanje, kao i materijalni problemi. Istraživanje je došlo do sličnih rezultata u pogledu razloga zbog kojih su se mladići priključili organizovanim grupama – nedostatak roditeljske ljubavi i pažnje, gubitak rodite-

---

[19] Steinberg, Annie; Brooks, Jane; Remtulla, Tariq, op. cit, strana 982. Slično i Levin, Jack; McDevitt, Jack, *op.cit,* strana 103.

[20] Anderson, James F; Dyson, Laronstine; Brooks, Willie Jr, op. cit, strana 144.

[21] Watts, Meredith W, *Aggressive Youth Cultures and Hate Crime: Skinheads and Xenophobic Youth in Germany,* American Behavioral Scientist, tom 45, broj 4, 2001. godina, strana 602. Autorka napominje da se navedeni podaci, iz 1996. godine, bitno razlikuju od onih koji potiču iz sedamdesetih godina, kada su lica mlađa od 20 godina učestvovala u aktima mržnje sa 40%.

[22] Kelly, Robert J; Maghan, Jess, (eds), *Hate Crime: the Global Politics of Polarization,* Southern Illinois Univesity Press, 1998. godina, strana 42.

lja, teška ekonomska situacija. Ove okolnosti rezultuju osećanjem straha, napuštenosti i izgubljenosti, kao i razvojem nihilističkog pogleda na svet. Grupa je ta koja im pruža zajednički identitet i osećaj pripadnosti.[23] U svakom slučaju, članovi ovih grupa po svojim karakteristikama podsećaju na članove drugih organizovanih devijantnih grupa, a slični su i razlozi zbog kojih pristupaju grupi: povezanost (rođačka, prijateljska) sa licima koja su već članovi organizacije, kao i lični problemi sa kojima se suočavaju – deprivacija, socijalna izolovanost, nemogućnost uspostavljanja kvalitetnih odnosa sa okolinom.[24]

Opisane karakteristike članova „grupa mržnje" se odnose na sledbenike, odnosno „vojnike". Sasvim je drugačiji profil vođe, tj. lidera grupe. Vođa je inteligentan i obrazovan čovek, stariji od ostalih članova grupe. On poseduje svojevrstan šarm i harizmu, koji su mu, uz retoričke sposobnosti, potrebni da bi mogao da vrši uticaj na ostale članove. Smatra se da, za razliku od sledbenika, on ne funkcioniše instinktivno i nagonski, već racionalno i promišljeno. Ovo je neophodno kako bi mogao organizovati aktivnosti grupe – on je pre svega političar, te je za njega moć puno bitnija od ideje. Ciljevi lidera su obično materijalni, ali mogu biti i politički. Vođe su autoritarne ličnosti, manipulatori, koji nemaju poštovanja za druge, osim za one koji su hijerarhijski viši od njih.[25] Oni su u suštini demagozi, koji ljudima govore ono što oni žele da čuju (na primer, da je neko drugi odgovoran za probleme u društvu). Demagogijom koja se svodi na veličanje grupe zapravo povlađuju najnižim ljudskim instinktima – osećanjima nadmoći i superiornosti u odnosu na druge ljude. Može se primetiti da po karakteristikama, vođe organizovanih grupa veoma podsećaju na vođe terorističkih organizacija ili sekti, odnosno kultova.

---

[23] Ezekiel, Raphael S, *An Etnographer Looks at Neo-Nazi and Klan Groups,* American Behavioral Scientist, tom 46, broj 1, 2002. godina, strane 57-59. Ovaj članak preispituje ranije stavove autora koji su nastali kao plod sedmogodišnjeg istraživanja tokom kog je autor provodio vreme sa pripadnicima neonacističkih grupa i ogranaka Ku Kluks Klana, pokušavajući da shvati njihov način razmišljanja i stavove. Sličan podatak iznosi i Blazak, Randy, *White Boys to Terrorist Men: Target Recruitment of Nazi Skinheads,* American Behavioral Scientist, tom 44, broj 6, februar 2001. godine, strane 982-1000, koji je takođe sproveo višegodišnje istraživanje zasnovano na neposrednim kontaktima sa nacističkim skinhedsima.

[24] O razlozima zašto pojedinci postaju članovi kultova, sekti i drugih sličnih organizacija, što se analogno može primeniti i na organizacije koje inspirišu mržnju, videti: Stark, Rodney; Bainbridge Sims, William, *Network of Faith: Interpersonal Bonds and Recruitment to Cults and Sects,* American Journal of Sociology, tom 85, broj 6, 1980. godina, strane 1376-1395.

[25] Ezekiel, Raphael S, op. cit, strane 56-57.

Veliki broj „grupa mržnje“ onemogućava da se detaljno objasne njihove karakteristike, način funkcionisanja i ciljevi. Organizacije su mnogobrojne i raznovrsne, u nekim slučajevima funkcionišu potpuno pod okriljem zakona, negde su tajne jer je njihovo delovanje zabranjeno,[26] a u nekim slučajevima se iza organizacija koje su formalno osnovane radi dozvoljenih ciljeva krije nedozvoljena, nelegalna delatnost. Ipak, ono što je zajedničko za sve organizacije i što omogućava da se one svrstaju u istu kategoriju je proklamovanje više vrednosti ili većeg istorijskog ili društvenog značaja jedne društvene grupe. Te organizacije, koje svoje delovanje zasnivaju na ideološkim stavovima, negiraju osnovne tekovine civilizovanog sveta koje se pogotovo ogledaju u načelima ravnopravnosti i jednakosti svih ljudi, bez obzira na njihove individualne ili grupne razlike. One se zapravo vraćaju na neke, najčešće biološki zasnovane, teze o supremaciji jedne rase ili naroda nad drugim. Bez obzira na to da li su osnove njihovog učenja stavovi Adolfa Hitlera o višim i nižim rasama, ili verovanje o različitom poreklu ljudi i tome sledstvenim razlikama među njima, sve ove organizacije kao osnovni cilj imaju negiranje vrednosti onih koji se od njih razlikuju.

Danas se najrasprostranjenijim i najuticajnijim organizovanim grupama koje promovišu rasnu nejednakost smatraju različiti ogranci neonacista, koji deluju širom sveta, kao i Ku Kluks Klan (KKK) čije je delovanje uglavnom ograničeno na teritoriju SAD.[27] Zajednička karakteristika pomenutih grupa je da proklamuju superiornost bele rase nad ostalim rasama. Ipak, iako su brojniji, bilo bi pogrešno smatrati da drugih rasista osim „belih“ nema. Na primer, u SAD postoje organizacije koje se smatraju „crnim rasistima“, kao što su „Nacija islama“ (*Nation of Islam*) i „Nova partija crnog pantera“ (*New Black Panther Party*). Kao i „beli“ rasisti, ove organizacije zastupaju potpuno iste stavove rasne segregacije i proklamuju ideju da su upravo oni „izabrani narod“, a ne Jevreji ili belci.[28] Interesantno je da se organizacije koje propovedaju nad-

[26] Takav je slučaj sa organizacijama u SAD. Naime, u skladu sa I amandmanom na Ustav SAD, garantovana je sloboda govora i zbog toga je u ovoj državi nemoguće kazniti nekog zbog toga što, na primer, ima rasističke stavove i što ih iznosi u javnosti. U kriminalnu zonu se u ovom slučaju ulazi tek ako se na osnovu ovih stavova preduzme aktivnost koja predstavlja krivično delo. U većini drugih zemalja već sam Ustav ne dozvoljava osnivanje ovakvih organizacija.

[27] Internacionalizacija rada ovih organizacija dovela je do toga da, na primer, ogranci KKK postoje i u pojedinim skandinavskim zemljama, iako one nemaju nikakve veze sa korenima nastanka ove grupe koji su prožeti i kroz njihove današnje stavove.

[28] Tako, „Nacija islama“, organizacija osnovana tridesetih godina XX veka u SAD, koja svoje delovanje uglavnom zasniva na religijskim stavovima islama, propoveda pode-

moć crne rase uglavnom ne smatraju toliko opasnim kao one koje se zalažu za nadmoć bele rase, a njihovo izučavanje nije ni približno zastupljeno u literaturi. Jedno od objašnjenja je da su upravo belci krivi za nastanak „crnih" rasista koji su se pojavili kao reakcija na višev ekovni rasizam, ugnjetavanje i opresiju nad crncima.[29] Ipak, ovakve stavove je zaista teško opravdati, jer rasizam nije nešto što se može stepenovati i razlikovati. Ovakva stanovišta u svakom slučaju odstupaju od tendencija i proklamovanih ciljeva savremenog sveta u kome bi svi ljudi trebalo da budu ravnopravni. Oni to, međutim, za bele, crne i sve ostale rasiste, jednostavno nisu.

I „beli" rasisti, kao i „crni", svoju osnovnu ideju o supremaciji nad drugim rasama pravdaju tumačenjima o direktnom potomstvu od boga. Belci su božja kreacija, jer je i bog beo. „Obojeni" (crnci, azijati, Indijanci) su nastali mešanjem čoveka sa životinjama, dok su Jevreji, koji predstavljaju glavne neprijatelje „belih" rasista, prema njihovom mišljenju, najgora sorta, nastala iz spoja prve žene Eve i zmije, koja je Evi u raju ponudila jabuku i time je navela na greh. Oni su, stoga, direktni potomci Sotone. Opasnost drugih grupa je upravo rangirana u skladu sa njihovim poreklom – Jevreji su glavni neprijatelji jer ih je poreklo učinilo lukavim, gramzivim i zlim. Njihov osnovni cilj je da potčine svet i to čine podmićivanjem vlada i čitavih država. Crnci su manje opasni. Oni se ne smatraju dovoljno inteligentnim i sposobnim za bilo kakvu intelektualnu aktivnost i zapravo su sluge Jevreja. Zbog njihovog „životinjskog" porekla, neretko se porede sa majmunima i uopšteno gledano pripisuju im se karakteristike lombrozijanskog tipa, odnosno zaostali stadijum evolutivnog razvoja. Za ove tvrdnje se čak nude i naučni dokazi: navodno manji stepen inteligencije, manje razvijen mozak, itd.[30] Nakon Jevreja i crnaca, slede druge rase, kojima se takođe pripisuju negativne karakteristike, a zatim homoseksualci i druge društvene grupe. Interesantno je da zbog navedenih stavova „beli" rasisti zapravo sebe

lu SAD na dva dela, jedan koji bi trebao da pripadne crncima i drugi, koji bi trebao da bude ostavljen belcima. Ove ciljeve oni pravdaju nemogućnošću da pripadnici različitih rasa žive zajedno jer su nepovratno podeljeni još iz perioda ropstva. Takođe, oni smatraju da su zapravo crnci bili prvi ljudi na zemlji i da su od njih kreirane sve ostale rase. Iako u osnovi verska, ova organizacija se ipak smatra rasisističkom jer u pitanjima odnosa među rasama odstupa od tradicionalnih učenja muslimanske vere i zalaže se za potpuno odvajanje rasa i vera.

[29] Jacobs, James B; Potter, Kimberly A, *Hate Crimes: A Critical Perspective,* Crime and Justice, broj 22, 1997. godina, strana 25.

[30] Perry, Barbara, *In the Name of Hate: Understanding Hate Crimes*, Routledge, 2001. godina, strana 147.

smatraju manjinom, odnosno ugroženim slojem. Oni tvrde da su u velikom broju država Jevreji uspeli u svojoj nameri i da će beloj rasi ubrzo uslediti kraj, ukoliko se ništa ne preduzme.[31] Inače, delovanje većine ovih organizacija se zasniva na određenim religijskim stavovima, koji se vešto prilagođavaju ideološkim potrebama. Religijska učenja se prekrajaju i tumače na način koji može opravdati delovanje organizacije i učiniti ga racionalnim.

Jedna od danas najrasprostranjenijih belih „grupa mržnje" su neonacisti, sa kojima se često, zbog sličnog delovanja i ideologije, dovode u vezu skinhedsi. Pošto se radi o grupama koje nisu jedinstvene, odnosno koje su podeljene na veliki broj ogranaka, veoma je teško dati uopšten pogled na njihovo funkcionisanje. Ove organizacije su, inače, u različitim oblicima organizovanja prisutne u celom svetu i dobro povezane.[32] Skinhedsi su, osim toga, organizacija koja se odlikuje labavom strukturom, u kojoj je članstvo najčešće neformalno, ili se preklapa sa članstvom u nekoj drugoj, najčešće neonacističkoj organizaciji. Ipak, postoje elementi koji su zajednički za ove grupe, bez obzira na zemlju u kojoj deluju. Neonacisti, kao što je očigledno iz njihovog naziva, predstavljaju novi oblik nacizma u odnosu na onaj iz perioda II svetskog rata. Svoje ideje uglavnom crpe iz stavova Adolfa Hitlera, ali ne propagiraju iste metode za „čišćenje" društva od ostalih rasa. Štaviše, oni negiraju obim, pa čak i samo postojanje holokausta nad Jevrejima i drugim narodima u II svetskom ratu, smatrajući ga nedokazanom istorijskom činjenicom. Suština ovog pokreta je otvoreno propagiranje antisemitizma, nacionalizma, homofobije, ksenofobije i rasne segregacije. Metodi za savremeno odvajanje rasa koje ove grupe predlažu su mnogobrojni: iseljavanje nepoželjnih, zatvaranje granica, segregacija u školama, gradovima i radnim mestima, praktično stvaranje rezervata, itd.[33]

Ideje neonacista protkane su stavovima o nadmoći bele rase nad ostalim, o uspostavljanju rasne hijerarhije, o ispravnom i „uspravnom" načinu života. Suprotno uobičajenom mišljenju, ideologija ovih grupa je nedevijantno opredeljena kada se radi o svakodnevnom životu. Oni se zalažu za tradicionalno funkcionisanje društva, za rad, porodicu, re-

---

[31] Blazak, Randy, op. cit*,* strane 991-993.

[32] Ovih organizacija ima toliko, da ih je praktično nemoguće nabrojati. Voema iscrpan spisak „grupa mržnje", sačinjen na 150 strana, dostupan je na http://www.bcpl.net/~rfrankli/hatedir.pdf.

[33] O ideji ovakvih grupa kako se SAD uspešno mogu podeliti, videti: Perry, Barbara, op. cit, strana 163. Ovakva podela ne znači samo odvajanje belaca od ostalih, već i odvajanje svih rasa jednih od drugih.

ligioznost i svakako nisu anarhisti, već poštuju državno ustrojstvo i pravne norme. Praktično, moglo bi se reći da stavovi ovih grupa nisu ništa drugačiji od stavova prosečnog čoveka, istina pomalo konzervativnog. Ono po čemu je neonacistička ideologija specifična, su stavovi o ljudima koji nisu bele rase. Oni se smatraju manje vrednim i nedostojnim zajedničkog života sa belcima. Ipak, za „rešavanje njihovog pitanja" se ne predlažu drastične mere, već jednostavno zadržavanje na pozicijama koje im „pripadaju" – loše plaćeni, fizički poslovi, kao i loši uslovi života.

Ono što je takođe karakteristično za pripadnike neonacističkog pokreta i što objašnjava ko sve mogu biti objekti njihovog izražavanja netolerancije (osim pripadnika drugih rasa, koji su im „prirodni neprijatelji"), je tradicionalno shvatanje sveta i načina na koji on funkcioniše. Prema njima, svet ne treba da bude puno drugačiji od onog iz vremena prvobitne zajednice, gde su muškarci jaki, snažni, sposobni ljudi, koji se brinu za porodicu i pribavljaju osnovna sredstva za život. Odlikuju se osobinama hrabrosti, beskompromisnosti, heteroseksualnosti, muževnosti i dominacije. Žene su nežne i bespomoćne, staraju se o kući i deci i to je njihov jedini zadatak. One zavise od fizičke snage muškarca i u svemu se pouzdaju u njega i njegove sposobnosti. U svakom slučaju, osnovna uloga ovako određenog muškarca i žene je nastavljanje ljudske, odnosno, bele vrste. Svi članovi društva koji odstupaju od ovako utvrđenih uloga mogu predstavljati potencijalne neprijatelje grupa mržnje – homoseksualno opredeljeni muškarci jer odstupaju od svoje prirodne muške uloge, a homoseksualno opredeljene žene jer negiraju potrebu za muškarcem. Zapravo i jedni i drugi su za neonaciste potpuno beskorisni u smislu produženja vrste. Takođe, neonacisti, iz sličnih razloga, na svoju listu neprijatelja svrstavaju i beskućnike, alkoholičare, narkomane, prostitutke, komuniste, anarhiste, levičare, borce za ljudska prava, imigrante, feministkinje, odnosno kako oni sami kažu „ljudski otpad". Iz navedenih stavova proizlazi njihovo protivljenje abortusu i afirmativnoj akciji.[34]

Ku Kluks Klan (KKK),[35] organizacija čije je delovanje uglavnom ograničeno na teritoriju SAD, predstavlja verovatno najstariju aktivnu rasističku organizaciju na svetu. KKK, koji neprekidno funkcioniše gotovo

[34] Presek stavova neonacističkih organizacija sačinjen je na osnovu njihovih programa. Neki od programa su dostupni i na sledećim veb-sajtovima: www.aryan-nations.org, www.stormfront.org, www.natall.com, www.bloodandhonour.com.

[35] Klan je ime dobio kombinacijom grčke reči „kiklos" (κύκλος), koja označava krug i reči klan.

vek i po, veoma je interesantan za proučavanje, jer se prateći njegove uspone i padove tokom vremena, mogu uočiti i izdvojiti istorijski događaji koji predstavljaju direktan uzrok aktivnosti ove, a analogno i drugih sličnih grupa. Klan, koji je formiran 1866. godine na jugu SAD, neposredno nakon građanskog rata, je kao osnovni cilj imao okupljanje onih koji su bili nezadovoljni porazom snaga Konfederacije i posledicama koje je taj poraz imao, a ponajviše ukidanjem ropstva. Uplašeni za svoje dotadašnje pozicije i u strahu od buduće ravnopravnosti sa crncima (iako ona nije nastupila sve do 60-ih godina idućeg veka), pripadnici Klana počinju da se protive uvođenju ekonomskih, političkih i drugih prava oslobođenih robova i da preduzimaju aktivnosti po kojima su i danas poznati. Međutim, Klan je ubrzo, zbog nepostojanja dobre organizacije i koordinisanih aktivnosti, gotovo potpuno nestao oko 1871. godine.

„Drugi“ Klan je nastao oko 1915. godine, ali ovaj put se usredsredio na nove neprijatelje: Jevreje, imigrante i katolike. Iz tog perioda potiču i prepoznatljivi beli kostimi sa kapuljačama i običaj spaljivanja krstova. Tada je Klan postao i bitan politički faktor, jer se njegove ideje i aktivnosti šire van prvobitnih, a članovi Klana postaju guverneri, senatori i sudije. Nakon nekoliko pogubnih afera u koje su bile uključene vođe Klana, njegov značaj je ponovo opao sredinom tridesetih godina HH veka. Nakon ovog perioda, Ku Kluks Klan više nikada nije bio jedinstvena organizacija, već je bio sačinjen od velikog broja frakcija. Većina aktivnosti tih frakcija bila je usmerena protiv pokušaja da se crnci izjednače u svojim građanskim pravima sa belcima, za vreme tzv. „ere građanskih prava“, odnosno pedesetih i šezdesetih godina HH veka.

Opadanje moći i aktivnosti Klana je evidentno i danas. Organizacija je razjedinjena na veliki broj ogranaka koji uglavnom nose ime Klana, kao što su *Knights of the Ku Klux Klan, National Knights of the Ku Klux Klan, United Knights of the Ku Klux Klan, Imperial Klans of America.* Ku Kluks Klan danas sarađuje sa ostalim „grupama mržnje“, kao što su neonacisti i skinhedsi. Iako se često dovodi u pitanje koliki je značaj i popularnost organizacija tokom svoje duge istorije zaista imala, a koliko je utisak o tome kreiran na osnovu upečatljive slike pripadnika Klana u belom ogrtaču koja se često viđa u filmovima i knjigama, ipak se ne može negirati da je Klan u pojedinim periodima bio glavni nosilac netoleranciuje u Americi.[36]

U vezi sa organizovanim grupama koje inspirišu zločine mržnje, treba ukazati na nekoliko njihovih savremenih karakteristika. Najpre, sa obzirom na to da gotovo zanemarljivo učestvuju u izvršenju akata

[36] Više o istorijatu i ideologiji Ku Kluks Klana videti u Kelly, Robert J; Maghan, Jess (eds), op. cit, strane 51-82.

mržnje, sasvim se logično postavlja pitanje zašto se označavaju kao opasne i zbog čega im se pridaje tolika pažnja? Iako članstvo ovih organizacija nije veliko, smatra se da imaju dosta simpatizera. Simpatizeri nisu ljudi koji će preduzimati zakonom zabranjena dela, ali vrlo je verovatno da će čitati pamflete, literaturu ili makar tiho podržavati aktivnosti ovih grupa.[37] Osim toga, individualni učinioci akata mržnje mogu za svoje ideje naći podršku u stavovima i idejama organizovanih grupa, iako nisu njihovi članovi. To se naročito odnosi na mlade, koje je lako impresionirati ideologijom i simbolima moći.[38] Obaveštavanje „neobaveštenih" i širenje ideje o ugroženosti jedne rase ili nacije je zapravo glavni cilj „grupa mržnje". One su svesne da samostalno, na individualnoj bazi ne mogu puno toga da učine i zato koriste sredstva masovne komunikacije (filmove, muziku, internet) da bi svoju ideju što je moguće više raširili.

Kako bi privukli nove poklonike, članovi „grupa mržnje" koriste moderan izgled i način izražavanja. Oni su svoj govor učinili skoro potpuno politički korektnim i izbegavaju jezičke formulacije koje su suviše grube i koje bi mogle odbiti potencijalne simpatizere. Gotovo ni jedna grupa neće otvoreno reći da „mrzi crnce" (ili belce, ili bilo koju drugu rasu) ili da treba „uništiti Jevreje". Ove grupe ne koriste više takve izraze. Umesto mržnje prema drugoj rasi oni potenciraju ljubav prema svojoj, umesto eliminacije drugih, oni se zalažu za uzdizanje sopstvene.[39] Oni druge ne žele da likvidiraju ili fizički eliminišu, što su bile namere i ideje njihovih prethodnika, već samo da ih odstrane iz svakodnevnog života – ulica, škola, radnih mesta, odnosno da ih uklone iz sopstvenog vidokruga. Čak je i način oblačenja lidera i članova ovih grupa pretrpeo izmene – bele kapuljače i obrijane glave zamenjene su odelima i kravatama.[40] Članovi organizacija su neretko visoko obrazovani, a pojedini su se čak upustili i u političke vode.[41] Naizgled, unutar „grupa mržnje" netolerancija prema drugima ne postoji, međutim, ona je prisutna, ali dobro sakrivena iza fraza kojima se proklamuje poštovanje, uvažavanje i ljubav prema sopstvenoj grupi. Grubih fraza i pretnji više nema, jer savremeni svet ovakve reči ne prepoznaje i ne prihvata.

---

[37] Blazak, Randy, op. cit,strana 983.

[38] Levin, Jack; McDevitt, Jack, op. cit, strana 103.

[39] Jacobs, James B; Potter, Kimberly A, op.cit, strana 21.

[40] Levin, Jack; McDevitt, Jack, op. cit, strana 105.

[41] Dejvid Djuk (*David Duke)*, bivši „veliki čarobnjak" (*Grand Wizard* – jedna od hijerarhijski najviših titula u Ku Kluks Klanu), Klana u Luizijani (SAD) bio je kandidat Populističke partije za predsednika SAD.

Grupe mržnje se, pored umerene semantike, dobro koriste informatičkom tehnologijom i masovnim medijima. Ono što danas predstavlja jedno od najmoćnijih sredstava za regrutovanje istomišljenika je internet. Rasistička propaganda, koja je uspešno korišćena u II svetskom ratu, osnovni je način kojim supremacijske organizacije i danas utiču na ljude, samo u modernom obliku. Gotovo da ne postoji sredstvo koje organizovane grupe trenutno ne koriste kako bi doprle do potencijalnih članova: letci, radio, televizija, novine, časopisi, video igre, bilbordi, posteri, reklame, video spotovi, javni skupovi, konferencije. Ipak, po značaju, ništa od ovoga ne može da se uporedi sa korišćenjem interneta, jer su informacije koje se mogu naći na svetskoj mreži u istom obliku dostupne izuzetno velikom broju ljudi, uključujući čak i decu. Danas je moguće podržati i učlaniti se u većinu organizacija putem interneta. Usled pravne neregulisanosti i iz tehničkih razloga, cenzura na internetu je neostvariva, za razliku od mogućnosti kontrole televizije ili štampanih medija.

Prvim slučajem korišćenja kompjutera u svrhe širenja supremacijskih ideja, smatra se sistem za prijem informacija nacističkog sadržaja, koji je još 1983. godine osnovao Džordž Dic (*George Dietz*) u američkoj državi Virdžiniji.[42] Ovaj sistem je omogućavao zainteresovanim licima da primaju i šalju poruke u kojima su se uglavnom veličali postupci nacista u II svetskom ratu. Iako se sa tehničkog aspekta u današnje vreme ovaj sistem komunikacije može smatrati primitivnim, on je otvorio put daljoj zloupotrebi kompjutera kao sredstva za širenje rasističkih i drugih ideja. Više od deceniju kasnije, 1995. godine, pojavila se prva internet stranica jedne „grupe mržnje“, tzv. *Stormfront*-a.[43] Prema nekim procenama, trenutno postoji od 350 do 400 internet stranica koje su vezane za neku od „grupa mržnje“.[44] Takve internet stranice predstavljaju osnovni izvor saznanja o idejama i radu pojedinih organizacija, a danas bi se o njima znalo neuporedivo manje da ne postoji mogućnost korišćenja kompjutera u svrhu istraživanja. Pregledom sadržaja tih stranica, može se uočiti da se velika pažnja poklanja načinu obraćanja korisnicima. Izbegavaju se grube formulacije i pozivi na nasilje, pa je ponekad teško utvrditi da li se u konkretnom slučaju organizacija može smatrati rasističkom. Većina stranica čak ima i posebne delove za žene i decu. U svakom slučaju, organizacija

[42] Levin, Brian, *Cyberhate, a Legal and Historical Analysis of Extremists' Use of Computer Networks in America,* American Behavioral Scientist, tom 45, broj 6, 2002. godina, strana 960.

[43] *Ibidem,* strana 966.

[44] *Ibidem,* strana 968. Ranije pomenuta lista „grupa mržnje“ sadrži i njihove veb-adrese.

na ovaj način može u velikoj meri da kontroliše svoj imidž u javnosti.[45] Analize internet stranica međusobno različitih, pa čak i sukobljenih organizacija, pokazale su da one većinom koriste istu retoriku.[46] Sve se pozivaju na načela pravde, morala i iskrenosti, kao i apsolutnu naučnu verifikovanost i istorijsku potkrepljenost svojih stavova. Svaka organizacija naglašava da je rasa, vera ili nacija kojoj je ona naklonjena zapravo ugrožena, iako to nije božja želja jer je bog baš tu naciju odabrao da vodi ostale. Takođe, sve organizacije se zalažu za to da se sadašnji svet i način na koji on trenutno funkcioniše izmeni (na manje-više radikalan način), kako bi se uspostavio „pravilan" poredak stvari u kome bi svaka grupa imala svoje, više ili niže hijerarhijsko mesto.

Specifične karakteristike žrtava zločina mržnje

Kada se analiziraju razlozi velikog interesovanja za zločine kojima se manifestuje netolerancija, dolazi se do zaključka da je ono značajnim delom uslovljeno navodno visokom ugroženošću žrtava zločina mržnje i težim posledicama koje one trpe u odnosu na žrtve „običnih" krivičnih dela.[47] Čak su i distinktivna obeležja zločina mržnje uglavnom zasnovana na problemima vezanim za žrtve. Tako se visoka „tamna brojka" pravda neprijavljivanjem dela od strane žrtava, koje može biti uzrokovano strahom od odmazde, strahom od sekundarne viktimizacije ili neznanjem da je delo u pitanju zapravo krivično delo. Pored toga, žrtve su „bezlične", kao individue su nebitne, a izabrane su samo zato jer pripadaju određenoj društvenoj grupi koju personifikuju („zločini poruke"). Naposletku, smatra se da ovi delikti nemaju samo neposrednu, već i posredne žrtve, u vidu porodice ili društvene zajednice žrtve, pa čak mogu proizvesti posledice po društvo u celini.[48]

---

[45] Weatherby, Georgie Ann; Scoggins, Brian, *A Content Analysis of Persuasion Techniques Used on White Supremacist Websites,* Journal of Hate Studies, tom 4, broj 9, 2005-2006. godina, strana 13.

[46] Videti: Duffy, Margaret E, *Web of Hate: A Fantasy Theme Analysis of the Rhetorical Vision of Hate Groups Online,* Journal of Communication Inquiry, tom 27, broj 3, 2003. godina, strane 295-298.

[47] Gellman, Susan, *Sticks and Stones Can Put you in Jail, but Can Words Increase your Sentence? Constitutional and Policy Dilmmas of Ethnic Intimidation Laws,* UCLA Law Review, tom 39, 1991-1992. godina, strana 340. Za argumente koji govore u prilog ovog stava videti Robinson, Paul H, *Hate Crimes: Crimes of Motive, Character, or Group Terror,* Annual Survey of American Law, 1992-1993. godina, strana 614.

[48] Vrhovni sud SAD je u obrazloženju jedne od najbitnijih odluka u pogledu mogućnosti kažnjavanja određenih oblika mržnje (*Wisconsin v. Mitchell*), primetio da „postoji veća verovatnoća da (zločini mržnje) isprovociraju zločine iz odmazde, prouzrokuju

Argumenti koji govore u prilog toga da su zločini mržnje teži od običnih zločina koji nisu motivisani mržnjom, uglavnom su vezani za psihičke i socijalne posledice dela po žrtvu. Naime, bez obzira na to što žrtva svakog protivpravnog dela trpi određene posledice, žrtve ovih dela navodno trpe teže i dugotrajnije posledice, koje su vezane za prirodu i specifičnost delikta. Pored reperkusija koje delo redovno ima na žrtve, kao što su postdeliktna osećanja straha, besa, agresije, povlačenja, depresije, uznemirenosti, panike, samookrivljavanja, želje za osvetom, zločini mržnje izazivaju i jednu atipičnu reakciju, koja se u suštini svodi na preispitivanje i sledstveno tome negiranje vrednosti sopstvenog identiteta – odnosno karakteristike koja je i dovela do toga da postanu objekti krivičnog dela. Pošto tu karakteristiku, na primer, rasu, boju kože, pol, uglavnom ne mogu da promene, žrtve postaju svesne da samim tim ne mogu da spreče da se delo ponovi, te počinju da se samookrivljavaju („da nisam homoseksualac/žena/Indijac/katolik, ovo mi se nikada ne bi dogodilo"). Sledstveno tome, stepen njihovog samopoštovanja i sigurnosti u sebe počinje da slabi.

Ipak, smatra se da proces postepenog slabljenja samopoštovanja i negiranja sopstvenog identiteta, umnogome zavisi od stava žrtve prema sebi i svom identitetu koji je postojao pre izvršenja dela.[49] Ukoliko je žrtva dela već pre njegovog izvršenja bila nesigurna u sebe i preispitivala vrednost grupe kojoj pripada, odnosno sumnjala u to da pripadnost određenoj grupi ima potencijal da joj donese išta dobro, postoji veća verovatnoća da takva osoba, nakon izvršenja dela, postane nesigurna u sebe i društvenu grupu kojoj pripada. Štaviše, potrebno je da osoba bude veoma stabilna i samouverena kako se ovo ne bi dogodilo. Na primer, ako žrtva i inače nema izraženu religijsku svest, niti izgrađenu naviku da upražnjava verske obrede ili posećuje verske objekte, sasvim je očekivano da ona posle izvršenog delikta počne da sumnja u dobrobit koju joj donosi religija. Suprotno tome, aktivni i iskreni vernik može čak postati sigurniji u ispravnost učenja svoje religije i istrajniji u njenom poštovanju, pa možda osećati i određeni po-

---

specifične emocionalne teškoće za žrtve i dovedu do nemira u zajednici". Videti u Crocker, Lawrence, *Hate Crime Statutes: Just? Constitutional? Wise?,* Annual Survey of American Law, 1992-1993. godina, strana 486.

[49] Dunbar, Edward, *Counseling Practices to Ameliorate the Effects of Discrimination and Hate Events: Toward a Systematic Approach to Assessment and Intervention,* The Counseling Psychologist, tom 29, broj 2, 2001. godina, strana 291. Slično i Boeckmann, Robert J; Turpin-Petrosino, Carolyn, *Understanding the Harm of Hate Crime,* Journal of Social Issues, tom 58, broj 2, 2002. godina, strana 222.

nos i prkos zbog toga što je upravo on prošao kroz patnju koju mu je delo pričinilo.[50]

Prisustvo socijalnih i psihičkih posledica dela je nedvosmisleno utvrđeno u sprovedenim istraživanjima. Tako je jedno istraživanje pokazalo da su žrtve zločina mržnje u odnosu na žrtve „običnih" dela nervoznije, da češće gube prijatelje, imaju više problema sa spavanjem ili koncentracijom, doživljavaju veće interpersonalne probleme i gaje intenzivnija osećanja besa.[51] Iako su, prema drugom istraživanju, rezultati koji se odnose na *ponašanje* žrtava nakon dela slični i u slučaju žrtava zločina mržnje i žrtava drugih dela,[52] postoje velike razlike u psihičkim posledicama. Žrtve zločina mržnje trpe intenzivnija negativna psihička stanja, koja kod njih duže i traju.[53] Ukratko, ovo istraživanje je, slično kao i prethodno, došlo do rezultata koji pokazuju da su žrtve akata mržnje nervoznije, de-

---

[50] Gordon Olport je, baveći se problemom predrasuda, uočio najtipičnije načine na koje se pripadnici manjina suočavaju sa postupcima društvene marginalizacije. Radi se o mehanizmima odbrane sebe i svoje ličnosti, tzv. „odbrani ega", pri čemu od individualnih karakteristika zavisi koji će mehanizmi biti primenjeni u konkretnom slučaju. On je sve tipove reakcija na marginalizaciju podelio u dve grupe: ekstropunitivne (otvorene, aktivne, agresivne) i intropunitivne (zatvorene, pasivne, mirne). U prvu grupu reakcija spadaju opsesivna zabrinutost i strah za sopstvenu bezbednost, lukavost i prevarno ponašanje prema pripadnicima većinske grupe, ojačavanje intragrupnih veza i odnosa, odnosno stvaranje jakih, etnocentričnih grupa, ispoljavanje agresije prema dominantnoj grupi, pojačavanje sopstvenih napora za uspehom. U drugu grupu reakcija spadaju negiranje pripadnosti sopstvenoj grupi, povlačenje i pasivnost, ismevanje sebe i sopstvene grupe, identifikacija sa većinskom grupom i „samo-mržnja", agresija prema sopstvenoj grupi, razvijanje osećanja sažaljenja prema ostalim marginalizovanim grupama, težnja ka ostvarivanju simboličkog statusa (materijalnog, seksualnog), neurotično ponašanje kao rezultat unutrašnjih konflikata. Ova analiza je bitna jer doprinosi shvatanju da pripadnici manjina kao najčešće žrtve zločina mržnje trpe više od drugih žrtava krivičnih dela jer su i inače u teškom društvenom položaju. Allport, Gordon W, op. cit*,* strane 142-162.

[51] Ehrlich, H.J; Larcom, B.E.K; Purvis, R.D, *The Traumatic Effects of Ethnoviolence,* Prejudice Institute, Center for the Applied Study of Ethnoviolence, Towson, 1994, prema McDevitt, Jack; Balboni, Jennifer; Garcia, Luis; Gu, Joann, *Consequences for Victims: a Comparison of Bias and non-Bias Motivated Assaults,* American Behavioral Scientist, tom 45, broj 4, 2001. godina, strana 700.

[52] Istraživanje je sprovedeno u Bostonu, na uzorku od 136 lica. Žrtve obe vrste delikata su u velikom procentu (oko 77 %) počele da obraćaju pažnju na to gde se kreću. Manji procenat lica, ali takođe sličan za obe vrste žrtva, je posle delikta pokušavao da bude manje uočljiv (oko 37%). McDevitt, Jack; Balboni, Jennifer; Garcia, Luis; Gu, Joann, op. cit*,* strana 708.

[53] Do ovog zaključka se došlo u drugom istraživanju. Žrtvama zločina mržnje u proseku treba oko 5 godina da prestanu da osećaju posledice dela, dok žrtve ostalih dela posledice osećaju oko 2 godine. Herek, G. M; Cogan, J; Gillis, R.J, *The Impact of Hate Crime Victimization,* prema Levin, Brian, *Hate Crimes: Worse by Definition,* Journal of Contemporary Criminal Justice, tom 15, broj 1, februar 1999. godine, strana 17.

presivnije, imaju više problema sa koncentracijom, više razmišljaju o incidentu kada to ne žele i češće gube životni impuls od žrtava „običnih" dela. Takođe, ove žrtve se u puno većem procentu osećaju nesigurno nakon napada i mnogo veći broj njih je u strahu od ponovljene viktimizacije. Polovina žrtava akata mržnje je posle delikta izgubila posao (u odnosu na 37% „običnih" žrtava), a sličan je odnos i u pogledu nastupelih zdravstvenih problema (48% prema 32%).[54] Pored toga, ima osnova da se veruje da žrtve ovih dela u velikom broju pate od posledica posttraumatskog stresnog poremećaja.[55] Naposletku, bez poređenja sa žrtvama „običnih" zločina, utvrđeno je da među žrtvama zločina mržnje uglavnom preovlađuje osećanje besa, straha od ponovljene viktimizacije, a naročito straha da će biti povređeni članovi njihovih porodica.[56] U svakom slučaju, drugačiji efekti viktimizacije se pripisuju karakteristikama žrtava koje su obično pripadnici manjina i koje negativno iskustvo može dodatno uveriti u marginalizovani položaj njihove grupe u određenom socijalnom kontekstu i podsetiti na ranija negativna iskustva (ukoliko ona postoje) u istorijskoj perspektivi.[57]

Zaključak

Značajne razlike, posebno u pogledu karakteristika učinilaca, javljaju se između zločina mržnje kao individualnog akta i akta organizovane grupe. Individualni zločini mržnje se čine iz razonode, straha za sebe i sopstvenu grupu, fanatičnih, gotovo paranoičnih razloga, kao i zbog odmazde za učinjeni zločin. Za razliku od većine drugih delikata, učinioci uglavnom ne poznaju žrtve, odnosno sa njima pre izvršenja dela nisu

---

[54] McDevitt, Jack; Balboni, Jennifer; Garcia, Luis; Gu, Joann, op. cit, strana 709-710.

[55] Root, M.P.P, *Understanding Insidious Racism as a Relevant Context in Diagnosis and Treatment*, prema Dunbar, Edward, op. cit, strana 283.

[56] Istraživanje je izvršeno na teritoriji više gradova SAD, na uzorku od 59 lica. Barness, Arnold; Ephross, Paul H, *The Impact of Hate Violence on Victims: Emotional and Behavioral Responses to Attacks,* Social Work, tom 39, broj 3, 1994. godina, strana 250.

[57] Slično i Crocker, Lawrence, op. cit, strane 492-493, kao i Simons, Kenneth W, *On Equality, Bias Crimes and Just Deserts,* Journal of Criminal Law and Criminology, tom 91, broj 1, 2000-2001. godina, strane 241-242. Tako je, na primer, jedno istraživanje pokazalo da crnci i belci različito percipiraju i reaguju na zločine mržnje. Ispitanicima u tom istraživanju je bio prikazan kratak film koji je oslikavao nasilan zločin mržnje. Iako su i crnci i belci pokazali jednak stepen uznemirenosti i nelagodnosti, crnci su iskazali više želje za osvetom i u većem procentu od belaca saopštili da ne bi bilo neočekivano da se i sami nađu u istoj životnoj situaciji. Videti u Craig, Kellina M, *Retaliation, Fear or Rage: an Investigation of African American and White Reactions to Racist Hate Crimes,* Journal of Interpersonal Violence, tom 14, broj 2, februar 1999. godine, strane 138-151.

imali kontakta ili su oni bili veoma slabi. Radi se uglavnom o mlađim licima, u velikom broju slučajeva gotovo deci, koja imaju iskrivljene stavove o društvenoj stvarnosti i neretko psihopatske crte ličnosti. Ipak, oni inače nisu delinkventno opredeljeni, odnosno zločin mržnje predstavlja izolovan protivpravni akt u njihovom životu. Specifične karakteristike poseduju učinioci koji su članovi organizovanih „grupa mržnje". To su najčešće izuzetno mlada lica, socijalno deprivirana, sa prisutnim ličnim i porodičnim problemima. Članstvom u grupi žele da izgrade identitet i povrate narušeno samopouzdanje. Sa druge strane, vođe grupa su većinom obrazovani i inteligentni ljudi koji postupaju promišljeno i proračunato, a organizaciju koriste za ostvarivanje svojih ličnih, materijalnih ili političkih ciljeva. Zajedničke karakteristike organizacija u čijem delovanju ova lica učestvuju su insistiranje na naučnoj zasnovanosti stavova o nadmoći grupe kojoj pripadaju nad drugim grupama, ukazivanje na njenu trenutnu i istorijsku obespravljenost, zalaganje za očuvanje tradicionalnih vrednosti i pridobijanje istomišljenika sredstvima masovne komunikacije.

Specifične karakteristike se ne javljaju samo kod učinilaca, već i kod žrtava zločina mržnje. One trpe teže i intenzivnije posledice od žrtava drugih krivičnih dela. Pored posledica koje delo inače proizvodi, ova lica počinju da preispituju svoj identitet koji je uslovio viktimizaciju. To dovodi do osećanja straha usled čega se dela retko prijavljuju, što doprinosi njihovoj „nevidljivosti" u društvu i nepostojanju svesti o potrebi reagovanja na njihove manifestacije.

Svojstva učinilaca i žrtava zločina mržnje bi se, iz navedenih razloga, mogla označiti kao karakteristična, pri čemu se učinioci mogu dalje deliti u podkategorije u skladu sa time da li su delo izvršili kao pojedinci ili pripadnici organizovane grupe. Mogućnosti za alternativne klasifikacije takođe postoje, pri čemu bi, u daljim razmatranjima ovog fenomena, posebno trebalo pokloniti pažnju doprinosu, odnosno ulozi pojedinih učinilaca kada deluju u okviru grupe. Ove činjenice bi morale imati odraza ne samo na kaznenu politiku, već i na osmišljavanje preventivnih mera za sprečavanje razvoja netolerantnih stavova u društvu. Osim toga, dokazani negativni efekti delikata na žrtve bi morali opredeliti reakciju države i društva u pravcu efikasnijeg suzbijanja ovakvih akata i smislenijeg, svrsishodnijeg sankcionisanja njihovih učinilaca.

Milena Pavlović, LL.M., Assistant
Novi Sad School of Law

Specific Characteristics of Perpetrators and Victims of Hate Crimes

Abstract

The existence of specificities which characterize hate crimes, a modern form of socially unacceptable behaviour which is perpetrated against members of certain social groups, necessarily causes the need to analyze all their constitutive elements. A particular attention is, therefore, paid to perpetrators and victims of hate crimes, and a special accent is put on examining those characteristics which can, in relation to offenders and victims of other crimes, be considered as special and atypical. Apart from describing and accenting specificities of perpetrators of hate crimes in relation to perpetrators of other crimes, the article examines and further categorizes offenders according to the criterion of the level of independence when committing the crime. Also, specificities of victims of these acts are underlined and the causes of their accentuated vulnerability are explained.

Keywords: Hate crimes, intolerance, racism

Originalni naučni rad 342.511(430+436)

Mr Boško Tripković, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

NASTANAK ODGOVORNOSTI ŠEFA DRŽAVE U NEMAČKOJ I AUSTRIJI: OPOZIV I SUDSKI IMPIČMENT U PERSPEKTIVI POLUPREDSEDNIČKOG SISTEMA

Sažetak: *U radu je obrađeno nekoliko pitanja vezanih za nastanak odgovornosti šefa države u Nemačkoj i Austriji u periodu između dva svetska rata. Na prvom mestu, analizirani su ustavno-teorijski razlozi za modifikaciju autentičnog parlamentarizma i jačanje položaja šefa države, a zatim i novi politički i pravni oblici odgovornosti koji su se javili kao posledica izmenjene uloge predsednika i uvođenja ustavno-sudske kontrole ustavnosti. Razmatranje ovih pitanja nije samo od značaja sa aspekta ustavne istorije, već i pogledu savremenih ustavnih rešenja. To naročito važi za ustave država u tranziciji, među koje spada i Srbija, koje su često oblikovale sopstvene modele odgovornosti šefa države po ugledu na nemačka i austrijska rešenja.*

Ključne reči: *predsednik, šef države, odgovornost, impičment, opoziv, ustavni sud, Vajmarski ustav, Ustav Austrije*

1. Uvod

Kada je u pitanju nastanak predsedničke odgovornosti u svetu, postoji nekoliko modela koji su izvršili uticaj na dalji razvoj tog instituta u ostalim državama. Pored nesumnjivo najuticanijeg, američkog modela, i francuskog iz doba Treće republike, koji je po prvi put kombinovao parlamentarni sistem i odgovornog šefa države, sa pojavom republikanske ustavnosti u državama germanskog pravnog kruga javlja se i novi oblik

predsedničke odgovornosti koji se izdvaja po originalnosti rešenja i uticaju koji će kasnije izvršiti na brojne ustavne sisteme. Dve karakteristike posebno odlikuju način regulisanja odgovornosti šefa države u Nemačkoj i Austriji nakon Prvog svetskog rata – prva je postojanje neposrednog opoziva predsednika, a druga učešće sudova, a u slučaju Austrije i ustavnog sudstva, u postupku utvrđivanja odgovornosti. Uvođenje ovog sistema odgovornosti je delimično posledica i institucionalizacije novog tipa organizacije vlasti koji se uobičajeno naziva polupredsedničkim, a koga karakterišu neposredno birani predsednik i vlada odgovorna parlamentu. Stoga postoji više razloga da se danas u Srbiji piše o ovom modelu odgovornosti. Ne samo da je nakon 1990. godine u Srbiji ustanovljen sličan sistem organizacije vlasti, već je Ustavom iz 1990. godine bio predviđen opoziv predsednika na referendumu, a od donošenja Ustava iz 2006. godine, ustavno sudstvo je dobilo nadležnost da odlučuje u postupku utvrđivanja odgovornosti predsednika. Uprkos tome, najveći deo naučnih diskusija se bazirao na poređenju polupredsedničkog sistema u Srbiji sa francuskim arhetipom, dok je u pogledu odgovornosti šefa države ustavotvorac u Srbiji verovatnije imao u vidu germanske uzore. Stoga nije na odmet podsetiti se kako je nastao nemački obrazac predsedničke odgovornosti, koja je bila njegova funkcija i koje su ga teorijske kontraverze pratile, ne bi li se dodatno osvetlilo ovo pitanje od značaja i za savremenu srpsku ustavnost.

Odgovornost šefa države u Nemačkoj se javlja značajno kasnije u odnosu na SAD, pa i u odnosu na Francusku. Tek nakon Prvog svetskog rata i abdikacije Vilhelma II u Nemačkoj je donet prvi republikanski ustav. Međutim, sa usvajanjem Vajmarskog ustava 11. avgusta 1919. godine, na svetsku ustavnopravnu pozornicu stupila su brojna nova rešenja koja i danas privlače interesovanje ustavnopravne nauke. Nesumnjivo da tome između ostalog doprinosi i činjenica da je položaj šefa države ovim Ustavom uređen na različit način u odnosu na dotadašnju praksu. Ako se izuzme neuspeo pokušaj kombinovanja neposrednog legitimiteta šefa države sa vladom odgovornom parlamentu iz doba francuske Druge republike, Vajmarski ustav je prvi primenio takvu formulu, zbog čega se sa pravom smatra pretečom današnjih polupredsedničkih sistema.

Taj model organizacije vlasti, barem u institucionalnom smislu, uveden je i izmenama Ustava Austrije iz 1929. godine, te postoje naučni razlozi da se ova dva ustava izučavaju objedinjeno. Jedinstveno promatranje ova dva ustava je još više opravdano ako se u obzir uzmu slična rešenja u pogledu odgovornosti šefa države, koja su u Austriji usvojena pod očiglednim uticajem rešenja iz susedne Nemačke. No, Ustavom Austrije je ipak napravljen i određeni iskorak u odnosu na Vajmarski ustav. Ustav

Austrije iz 1920. godine ne samo da je po prvi put u svetu predvideo postojanje ustavnog sudstva, već je odlučivanje o jednom od vidova predsedničke odgovornost i poverio tom organu, specijalizovanom za kontrolu ustavnosti. To rešenje je izvršilo veliki uticaj na savremenu svetsku ustavnost, pa je ustavno sudstvo sada često uključeno u postupke utvrđivanja odgovornosti šefa države. Između ostalog, danas i Nemačka prihvata model impičmenta u kojem učestvuje Savezni ustavni sud. Zbog toga se razmatranju Vajmarskog ustava mora barem delimično priključiti analiza Ustava Austrije nakon izmena iz 1929. godine. Budući da sličnosti između dva ustava dominiraju u odnosu na razlike, Vajmarski ustav, kao prvi koji ustanovljava nova rešenja, treba uzeti kao primer, a odstupanja iz Ustava Austrije posebno naglasiti tamo gde postoje.

2. Modifikovanje autentičnog parlamentarizma i specifičan položaj šefa države

Da bi se razumeo ustavni položaj predsednika Rajha prema Vajmarskom ustavu, neophodno je osvrnuti se na društveni i istorijski, ali i doktrinarno-pravni kontekst u kome je nastao. Izuzetno teške okolnosti u državi nakon propasti carstva, izgubljenog rata i brojnih unutrašnjih nemira, iziskivale su ustanovljavanje ustavnog sistema koji bi uspostavio stabilnost. Stoga je primarni motiv ustavopisca, znamenitog Huga Projsa (*Hugo Preuß*), bio da izbegne zamke parlamentarizma francuskog tipa koji je uzrokovao izuzetnu nestabilnost političkog sistema. Sa druge strane, plašeći se diktature, Projs je odbacivao mogućnost uspostavljanja sistema stroge podele vlasti američkog tipa, gde bi predsednik lako mogao da prevlada i ostvari apsolutni primat. Projsove ideje bazirale su se na učenju dva teoretičara koja su, prema njegovom sopstvenom priznanju, izvršila najveći uticaj na njega prilikom izrade ustava.[1]

Prvi od njih, Robert Redslob (*Robert Redslob*), bio je žestoki kritičar francuske varijante parlamentarizma. Njegovo učenje o parlamentarnoj vladi je zasnovano na razlikovanju „istinskog“ i „pogrešnog“ (*unecht*) parlamentarizma.[2] Prema Redslobu, istinski parlamentarizam može ostva-

[1] Videti: W.J.Mommsen, *Max Weber and German Politics: 1890-1920*, University of Chicago Press, Chicago, 1990; M.Needler, *The Theory of Weimar Presidency*, The Review of Politics, Vol. 1, No. 4, 1959, str. 692-698; P. M. R.Stirk, *Hugo Preuss, German political thought and the Weimar constitution*, History of Political Thought, No. 23 (3), 2002, str. 497-516.

[2] Videti: R.Redslob, *Die parlamentarische Regierung in ihrer wahren und in ihrer unechten Form: eine vergleichende Studie über die Verfassungen von England, Belgien, Ungarn, Schweden und Frankreich*, Mohr, Tübingen, 1918; D.Stronk, *Gleichgewicht und*

riti samo u slučaju da postoji balans vlasti, a naročito između egzekutive i legislative. Ako je sva vlast skoncentrisana u rukama parlamenta, onda ne postoji parlamentarni sistem već parlamentarni apsolutizam. Pretpostavka postojanja takvog balansa među vlastima je različit izvor legitimiteta zakonodavne i izvršne vlasti. Redslob stoga smatra da u parlamentarizmu legitimitet šefa države može biti monarhijskog tipa, tj. zasnovan na nasleđivanju, ali može biti i republikanski. U parlamentarnoj republici, šef države mora biti neposredno biran da bi imao izvor legitimiteta nezavisan od parlamenta. Jasno je da je autentični, „istinski" parlamentarizam za ovog autora bio britanski, dok su negativne karakteristike „pogrešnog" parlamentarnog sistema vezane za Francusku i tamošnji politički beznačajan položaj šefa države. Ključno je bilo, dakle, obezbediti nezavisan i samostalan položaj predsednika koji bi raspolagao pravom disolucije (raspuštanja parlamenta), kao kontratežom ministarskoj odgovornosti, čime bi se izbegla dominacija legislative nad egzekutivom. Takav položaj predsednika bi obezbedio da u slučaju sukoba izvršne i zakonodavne vlasti konačnu odluku donesu građani kao nosioci suverenosti, za razliku od „pogrešnog" parlamentarizma u kome parlament ostvaruje dominaciju i gde su građani lišeni takvog prava izbora.[3] Redslob jeste smatrao da se „istinski" parlamentarizam idealno može realizovati u monarhiji, ali u Nemačkoj nakon Prvog svetskog rata ta opcija nije bila ostvariva.[4]

Drugi veliki teoretičar koji je izvršio uticaj na Projsa, bio je Maks Veber (*Max Weber*). U Veberovim shvatanjima se takođe mogu prepoznati ideje koje su odredile specifičan položaj šefa države u Vajmarskoj republici.[5] Predsednik Rajha je, prema Veberu, trebalo da predstavlja protivtežu parlamentu. Zbog toga se on zalagao za plebiscitarnog predsednika, čiji bi neposredan izbor, pravo disolucije i mogućnost iznošenja zakona na referendum omogućili da postane kontrabalans zakonodavnom telu. Predsednik je trebalo da postane centralna figura ustavnog sistema, odnosno cezaristički lider koga je Veber smatrao neophodnim elementom moderne demokratije. Njegova harizma je, za razliku od nasledne monarhije, morala da proizlazi iz neposrednog izbora. Da bi se predsedniku obezbedila uloga harizmatskog lidera, njegov mandat je trebalo da bude najduži mogući, što je prema Veberovom

---

Volkssouveränität: eine Untersuchung an Hand der Parlamentarismustheorie Robert Redslobs, Eichholz, Bonn, 1976.

[3] R.Redslob, *op.cit,* str. 2-6. i 180.

[4] W.J.Mommsen, *op.cit*, str. 349-350.

[5] Svoje viđenje budućeg uređenja države Veber je izložio u seriji članaka pod nazivom *Die Staatsform Deutschlands*, objavljenih u dnevniku *Frankfurter Zeitung* od 22, 24, 28. i 30. novembra i 5. decembra 1918. godine.

shvatanju iznosilo sedam godina. Sa druge strane, takav mandat i moć morali su imati protivtežu u parlamentu, iskazanu kroz vezanost za vladu u obavljanju nadležnosti, dok je vlada morala uživati podršku parlamenta. Međutim, prema Veberu, legitimitet zasnovan na neposrednom izboru, moć i harizma predsednika, skupa sa dužinom trajanja mandata, neminovno bi doveli do njegovog preimućstva u odnosu na parlamentarnu većinu, bez obzira na vezanost vlade za parlament. Zato je Veber smatrao da je neophodno omogućiti stabilnoj većini u parlamentu da se putem raspisivanja referenduma za opoziv suprotstavi predsedniku. Ovaj instrument ne bi značajnije oslabio položaj predsednika, jer bi zbog konzervativne tendencije svih referenduma, tj. težnje ka ostavljanju utvrđenog poretka na snazi, predsednik bio opozvan samo u slučaju očiglednih i teških povreda dužnosti.[6]

Veberovi predlozi su nesumnjivo bili inovativni i kombinovali su više različitih uloga šefa države koje su često i nepomirljive. Položaj predsednika Rajha je trebalo da bude sličan monarhu u parlamentarizmu koji vlada putem ministara odgovornih parlamentu, dok je istovremeno imao ulogu lidera koji bi bio ne samo medijator među vlastima u ustavnom sistemu, već bi mogao i da se suprotstavi parlamentu. Nesumnjivo je da je Veber pokušao da izbegne parlamentarni sistem u autentičnom obliku, a da istovremeno zadrži elemente parlamentarizma koje je smatrao dobrim, kao što su selekcija lidera i kontrola administracije. Zbog toga je i u Vajmarskom ustavu došlo do kombinovanja ovih heterogenih ustavnih ideja, a konstelacija državnih organa je patila od mnogobrojnih potencijalno nerazrešivih konflikata.[7]

Ideje Redsloba i Vebera su u punoj meri našle izraz u Vajmarskom ustavu, a kombinacija pralamentarizma i stabilnosti predsedničkog položaja dovela je do rađanja novog sistema podele vlasti sa neposredno izabranim predsednikom i vladom odgovornom parlamentu. Predsednik Rajha je biran na sedam godina, sa neograničenom mogućnošću reizbora.[8] Pored klasičnih ovlašćenja parlamentarnog šefa države, vezanih za predstavljanje države u međunarodnim odnosima, komandovanje vojskom, pomilovanja i proglašavanje zakona,[9] predsednik Rajha je raspolagao i nadležnostima koje se ne mogu smatrati uobičajenim u parlamentarnom sistemu. Tako je predsednik imao pravo da raspusti parlament, doduše sa-

[6] W.J.Mommsen, *op.cit*, str. 343.

[7] M.Needler, *op.cit*, str. 694; W.J.Mommsen, *op.cit*, str. 332-346. U Veberovim shvatanjima se mogu prepoznati i brojni argumenti koji su doprineli da se u tranzicionim državama tokom devedesetih godina prošlog veka usvoji polupredsednički sistem.

[8] Član 43 Vajmarskog ustava.

[9] Članovi 45-47, 49. i 70. Vajmarskog ustava.

mo jednom iz istih razloga, imenovao je kancelara i ministre, mogao je da iznese zakon usvojen u parlamentu na referendum, a raspolagao je i značajnim vanrednim ovlašćenjima, koja su kasnije široko upotrebljavana, što je dovelo do potpune prevlasti predsednika nad parlamentom u pogledu zakonodavne delatnosti.[10]

Velika moć predsednika Rajha, nastala kao posledica kombinacije neposrednog izbora i važnih ovlašćenja, nužno je morala imati protivtežu u instrumentima kontrole i odgovornosti. Iako je ustavotvorac pokazao zavidan stepen kreativnosti stvarajući nova institucionalna rešenja u oblasti nadležnosti šefa države, ta kreativnost je najviše došla do izražaja u pogledu njegove odgovornosti i odnosa sa drugim ustavnim organima. Po prvi put u svetskoj ustavnoj istoriji je normirana trostruka odgovornost šefa države - politička, krivičnopravna i državnopravna.

3. Politički oblici odgovornosti šefa države

Za razliku od šefa države u autentičnom parlamentarnom sistemu, predsednik Rajha je morao biti učinjen politički odgovornim, budući da je vršio aktivnu vlast u okviru egzekutive. Međutim, kako je ceo sistem organizacije vlasti bio inventivan i, samim tim, nedovoljno razrađen, tako je i politička odgovornost predsednika Rajha patila od određenih kontradikcija i nelogičnosti. To je najvećim delom proizlazilo iz kombinovanja parlamentarizma sa neposrednim izborom šefa države, pri čemu ustavotvorac nije odstupao od nekih čisto parlamentarnih rešenja, koja nisu priličila novom institucionalnom okviru.

Pretpostavka postojanja političke odgovornosti šefa države je samostalnost njegovog delovanja. Ukoliko nije u prilici da samostalno donosi odluke i vrši vlast, predsednik ne može snositi odgovornost u političkom smislu. Ipak, uprkos ovlašćenjima kojima je raspolagao i koja su ga činila aktivnim delom egzekutive, predsednik Rajha je prema Vajmarskom ustavu zavisio u svom delovanju od vlade, koja je morala uživati podršku parlamenta. Svi akti predsednika morali su sadržati premapotpis kancelara ili ministra da bi bili validni. Prema eksplicitnom slovu Ustava, premapotpis je pretpostavljao i preuzimanje odgovornosti.[11]

Iako je neposredno biran, predsednik nije mogao samostalno delovati. To rešenje je posledica Projsove težnje da izbegne strogu podelu vlasti američkog tipa. Da bi se to postiglo u situaciji u kojoj se predsednik neposredno bira, bilo ga je potrebno vezati za Rajhstag preko kabineta. Akti

[10] Članovi 25, 53, 73. i 48. Vajmarskog ustava.

[11] Član 50 Vajmarskog ustava.

predsednika su zato premapotpisivani, a kancelar i ceo kabinet bili su odgovorni Rajhstagu. Takvo rešenje je bilo bliže čistom parlamentarnom sistemu u kome je predsednik samo protokolarni organ, ali ne i titular izvršne vlasti. Tim pre što pravilo o premapotpisu nije trpelo izuzetke, pa je tako čak i imenovanje novog kancelara zahtevalo premapotpis odlazećeg, a razrešenje postojećeg kancelara, premapotpis novoimenovanog.[12]

Nije mali broj autora koji su primetili da premapotpisivanje predsedničkih akata nije logično u sistemu gde on raspolaže važnim ovlašćenjima, kao što je raspuštanje parlamenta ili imenovanje vlade, koja se po svojoj prirodi obavljaju samostalno. Prema Nidleru (*Martin Needler*), vezivanje predsednika za parlament putem premapotpisa bio je pokušaj Projsa da razreši dilemu sadržanu u radovima Redsloba i Vebera, tj. da pomiri parlamentarni sistem sa neposredno izabranim predsednikom republike. Međutim, prema ovom autoru, dilema nije razrešena, već je samo dobila institucionalnu formu. Pokušavajući da izbegne koncentraciju i podelu vlasti, Projs je istu vlast dodelio različitim organima - predsedniku i vladi, bez čijeg premapotpisa predsednik ne može delovati.[13] U čistom parlamentarnom sistemu, premapotpis je značio preuzimanje odgovornosti pred parlamentom za akte šefa države, ali istovremeno i preuzimanje aktivne političke vlasti od strane vlade i razvlašćivanje šefa države. Nije onda logično da premapotpis ograniči pravo predsednika da imenuje kabinet, niti da raspusti skupštinu, jer su upravo te nadležnosti smatrane osnovnim elementima novouspostavljenog sistema. Zbog obaveze potpisivanja predsedničkih akata, predsednik se nikada ne bi mogao suprotstaviti Rajhstagu, jer ne bi mogao da nađe ministra, koji nužno pripada parlamentarnoj većini, da potpiše raspuštanje skupštine. Time bi se njegova uloga kao kontrateže parlamentu u potpunosti obesmislila. Zato je Kantorovic (*Hermann Kantorowicz*) smatrao da je premapotpis toliko nelogičan da se ne bi smeo primenjivati u određenim situacijama, uprkos eksplicitnoj ustavnoj odredbi koja je predviđala da svi akti predsednika moraju biti premapotpisani. Ovaj autor je mislio da režimu premapotpisa ne bi smeli da podležu akti kojima se raspušta Rajhstag, kojima se predsednik obraća građanima putem referenduma i kojima se imenuje

[12] Takvo rešenje je bilo ustanovljeno da odlazeći kancelar ne bi odbijanjem premapotpisa pokušao da spreči sopstveno razrešenje. Praksa je bila da kancelar u ostavci i novoimenovani kancelar otprilike u isto vreme dobiju dokumente na potpis, da bi se izbeglo postojanje perioda bez kancelara. Videti o tome u L.Rogers, F.Foerster, S.Schwarz, *Aspects of German Political Institutions*, Political Science Quarterly, Vol. 47, No. 3, September 1932, str. 324. i F.Lovo, *Velike savremene demokratije*, Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića, Sremski Karlovci, 1999, str. 365.

[13] M.Needler, *op.cit*, str. 694.

kancelar.[14] I zaista, ukoliko bi ti akti bili izuzeti od obaveze premapotpisivanja, predsednik bi mogao da ostvari ulogu koja mu je dodeljena u ustavnom sistemu i da deluje kao brana koncentraciji vlasti u rukama parlamenta.

Međutim, ustavni zahtev da svi akti budu premapotpisani nije se mogao prenebregnuti, a to je dovodilo do dodatnih problema vezanih za odgovornost. U autentičnom parlamentarizmu pravilo o premapotpisu nije samo uzrokovalo razvlašćivanje šefa države, već ga je i lišavalo odgovornosti. Ako za akte predsednika vlada i ministri politički odgovaraju u parlamentu, logično je da predsednik bude politički neodgovoran. Uprkos tome, Vajmarski ustav je predviđao političku odgovornost predsednika Rajha. Inventivnost ustavotvorca nije rezultirala samo u nelogičnim i kontradiktornim rešenjima, već i u brojnim novim institutima koji su potpuno ispravno uklopljeni u postojeći sistem organizacije vlasti. Takav je slučaj i sa političkom odgovornošću predsednika, gde je sloboda ustavopisaca došla do punog izražaja, pa je kreiran potpuno novi instrument - opoziv predsednika putem referenduma. Uloga koju je predsedniku u ustavnom sistemu dodelio Veber ne bi bila zaokružena bez kontrole njegovog delovanja od strane građana koji su ga izabrali. Putem odgovornosti se ostvarivala kontrola predsedničke moći, a njegov harizmatski i plebiscitarni položaj je dopunjen i demokratskim elementom smenjivosti.

Predsednik Rajha je mogao biti opozvan na referendumu, koji je raspisivan na predlog donjeg doma parlamenta, Rajhstaga. Predlog za raspisivanje referenduma za opoziv morao je biti podržan dvotrećinskom većinom glasova u Rajhstagu da bi bio validan. Ukoliko bi predsednik bio opozvan na referendumu, prestajao bi mu mandat, ali u slučaju da se većina glasača nije izjasnila za opoziv, počinjao bi mu novi sedmogodišnji mandat, a Rajhstag bi bio raspušten i bili bi raspisani parlamentarni izbori.[15] Vajmarski ustav je prvi dokument u istoriji koji je predvideo referendumski opoziv šefa države, dok je taj instrument kasnije u gotovo neizmenjenoj formi preuziman u brojnim ustavima. To ne treba da čudi, budući da je opozivom uređena suština političkih uzroka koji uobičajeno dovode do postavljanja pitanja predsedničke odgovornosti. Sukob neposredno biranog šefa države i parlamenta mogli su razrešiti samo građani kao legitimirajući faktor za oba organa. Organ koji izađe kao pobednik iz tog političkog sukoba nastavlja svoj mandat,

[14] H.Kantorowicz, *The New German Constitution in Theory and Practice*, Economica, No. 19, March 1927, str. 57.

[15] Član 43, stav 2 Vajmarskog ustava.

dok se za drugi organ raspisuju izbori i time politički usklađuje delovanje većine u parlamentu i predsednika. Dvotrećinska većina koja se zahtevala za opoziv trebalo je da obezbedi dodatnu stabilnost predsedničkog položaja, koja je bila primarni cilj ustavopisaca. Time bi se sprečilo da se opoziv olako koristi, naročito u izuzetno fragmentisanom partijskom sistemu gde su političke većine u parlamentu nestabilne i često se menjaju.

Pravna priroda ovog vida odgovornosti je apsolutno politička. Osnov odgovornosti nije eksplicitno naveden, što znači da je u pitanju ponašanje predsednika suprotno političkim stavovima parlamentarne većine, u ovom slučaju dvotrećinske. Odluku donose građani, a postupak pokreće parlament, što su nesumnjivo karakteristike političkog odnosa odgovornosti. Na kraju, predsednik odgovara kao političar, a ne kao lice koje je, recimo, učinilo krivično delo, i za to snosi političku sankciju koja se sastoji u prestanku mandata. Režim odgovornosti je, dakle, u svim elementima - u pogledu subjekta, objekta, osnova i sankcije - čisto politički.

Uprkos postojanju premapotpisa, što je očigledno bio propust ustavotvorca načinjen prilikom kreiranja jednog potpuno novog institucionalnog modela, predsednik je bio politički odgovoran. Opoziv kao instrument je, ako se izuzme premapotpis, bio valjano uklopljen u postojeći sistem organizacije vlasti, jer je predsednik odgovornost snosio pred građanima koji su ga i izabrali. No, ovo nije bio jedini oblik vertikalne političke odgovornosti šefa države koji je poznavao Vajmarski ustav.

Pre svega, predsednik je uživao neograničenu mogućnost reizbora, što je omogućavalo da ga građani eventualno ne izaberu, čime se posredno ostvarivala politička odgovornost. Zabranom reizbora bi se predsednikov položaj značajno oslabio, a plebiscitarni i harizmatski karakter njegove funkcije bio bi okrnjen. Sa druge strane, parlamentarni izbori su isto mogli poslužiti kao jedan vid političke odgovornosti predsednika, jer bi promenjena politička većina u parlamentu mogla zahtevati opoziv predsednika. To je omogućeno razlikom u trajanju mandata predsednika i poslanika, koji su birani na četiri godine.[16] Iako se, strogo uzevši, ovi instrumenti ne mogu podvesti pod pravni pojam odgovornosti, oni svakako predstavljaju suptilne političke mehanizme koji mogu dovesti do utvrđivanja odgovornosti.

Pored opoziva, neograničene mogućnosti reizbora i parlamentarnih izbora, predsednička vertikalna politička odgovornost u širem smislu se mogla posredno ostvarivati i preko raspisivanja referenduma od strane

[16] Član 23 Vajmarskog ustava.

predsednika. Naime, iako je predsednik bio lišen prava na veto, kakvim je raspolagao takođe neposredno birani predsednik SAD, Vajmarskim ustavom mu je ostavljena mogućnost da iznese zakon usvojen u parlamentu na referendum. Time je, slično kao i kod opoziva, građanima ostavljena mogućnost da donesu konačnu odluku u slučaju sukoba između predsednika i skupštine. Predsednik je imao pravo da u roku od mesec dana od donošenja zakona u Rajhstagu raspiše referendum o tom zakonu, naravno, ukoliko se nije slagao sa usvojenim rešenjima.[17] To, međutim, nije bila jedina mogućnost da predsednik poveri građanima odluku o nekom pravnom aktu. Rahjstrat, kao gornji dom parlamenta i predstavništvo pokrajinskih vlada, imao je mogućnost da uloži veto (tj. protest - nem. *Einspruch*) na zakon usvojen u Rajhstagu. U tom slučaju se zakon vraćao na ponovno razmatranje u Rajhstag, a ako dogovor među domovima nije mogao biti postignut, predsednik je imao pravo da ga u roku od tri meseca iznese na referendum. Ukoliko to ne učini, smatralo se da zakon nije usvojen. Međutim, ako bi takav zakon Rajhstag potvrdio dvotrećinskom većinom glasova, predsednik je u roku od tri meseca imao mogućnost da ukazom proglasi zakon ili da o zakonu raspiše referendum.[18] Predsednik je takođe polagao isključivo pravo da raspiše referendum povodom budžeta, poreskih zakona ili propisa o primanjima.[19] Brojne mogućnosti za raspisivanje referenduma od strane predsednika su se uklapale u sliku plebiscitarnog vođe koji služi kao brana potencijalnoj apsolutnoj vlasti parlamenta kakva je viđena u francuskom parlamentarizmu. Sa druge strane, raspisivanje referenduma je svakako imalo oblik sukoba predsednika i parlamenta, te je stoga iako ne neposredno, moglo posredno dovesti i do predsedničke ostavke. Ako bi se predsednik politički založio za neusvajanje određenog zakona i bio toliko siguran u svoj sud da je spreman da raspiše referendum o tome, onda je njegova ostavka logična posledica izostanka podrške građana za sprečavanje stupanja zakona na snagu.

Nekoliko razloga je uzrokovalo nekorišćenje predsednikovog prava da raspiše referendum, a samim tim i nedostatak praktične potvrde pretpostavke o političkoj nužnosti njegove ostavke. Na prvom mestu, za uspeh referenduma se zahtevala nadpolovična izlaznost birača, što je pogodovalo bojkotu referenduma i samim tim umanjivalo šanse da se zakon zaista i ospori.[20] Možda još značajniji uzrok leži u činjenici da se za odluku o raspisivanju referenduma zahtevao premapotpis kancelara ili ministra, što znači

[17] Član 73, stav 1 Vajmarskog ustava.
[18] Član 74 Vajmarskog ustava.
[19] Član 73, stav 4 Vajmarskog ustava.
[20] Član 75 Vajmarskog ustava.

da bi i parlamentarna većina koja je zakon usvojila trebalo da podrži iznošenje zakona pred građane. Jasno je da bi takva situacija bila politički neobjašnjiva, pa se premapotpis u ovom slučaju pokazuje kao potpuno besmislen, jer lišava predsednika mogućnosti da koristi jedno od važnih ovlašćenja koje je namenjeno da predstavlja kontrabalans parlamentarnoj većini, a ne da ga ta ista parlamentarna većina i koristi. Uprkos tome što je pravo na raspisivanje referenduma zbog obaveze premapotpisa obesmišljeno, ne može se poreći uticaj koji je imalo poveravanje ove nadležnosti predsedniku. Vertikalna predsednička odgovornost kroz raspisivanje referenduma, koja je, recimo, imala važnu ulogu u francuskoj Petoj republici, upravo vuče korene od Vajmarskog ustava.

Pored raspisivanja referenduma, predsednik Rajha je na raspolaganju imao još jednu mogućnost da se obrati građanima, koja je posledično mogla dovesti i do njegove ostavke, u slučaju da mu građani uskrate podršku. Pravo disolucije Rajhstaga je takođe moglo poslužiti kao jedan vid ostvarivanja predsedničke odgovornosti. Iako načelno limitirano, zato što je Ustav predviđao da predsednik može raspustiti Rajhstag samo jednom iz istih razloga, ovo pravo se moglo u praksi neograničeno koristiti budući da razlozi za disoluciju nisu bili pravno definisani, već su bili političke prirode. Tako je predsednik mogao da raspusti donji dom parlamenta praktično onoliko puta koliko je to želeo, navodeći svaki put nešto drugo kao razlog. Ukoliko bi politička opcija koju zastupa predsednik izgubila parlamentarne izbore, on bi bio primoran na povlačenje, bilo da to podrazumeva ostavku ili prepuštanje aktivne vlasti kabinetu. Ni ovo pravo predsednika nije lišeno ograničenja usled obaveze premapotpisa, ali je postojala proceduralna mogućnost da se ta prepreka zaobiđe. Predsednik je mogao raspustiti vladu koja uživa poverenje parlamenta i imenovati drugu po svojoj volji, tj. onu koja bi pristala da stavi premapotpis na akt o raspuštanju Rajhstaga. Naravno, tada bi njegova odgovornost, iskazana kroz gubljenje preimućstva u okviru egzekutive ili kroz ostavku, zavisila od ishoda izbora i eventualne podrške koju bi građani dali novoimenovanom kabinetu.[21]

Kompleksne političke prilike tokom trajanja Vajmarske republike nisu dozvolile da se instrumenti i mehanizmi za ostvarivanje političke odgovornosti isprobaju u praksi. Važan položaj koji je predsednik Rajha

[21] Predsednik je samostalno imenovao vladu, ali je ona morala uživati poverenje Rajhstaga. No, samo imenovanje nije zahtevalo potvrdu parlamenta, već je Rajhstag mogao samo da izglasa nepoverenje vladi. Videti članove 53 i 54 Vajmarskog ustava. Videti šire o pitanju referenduma i odgovornosti predsednika u R.Thoma, *The Referendum in Germany*, Journal of Comparative Legislation and International Law, Third Series, Vol. 10, No. 1, 1928, str. 55-73.

imao u ustavnom sistemu dodatno je ojačan nepostojanjem stabilnih parlamentarnih većina koje bi delovale kao kontrolni i ograničavajući faktor u odnosu na predsedničku moć. Parlament nije postao suviše dominantan, čega su se pribojavali ustavotvorci, već upravo suprotno - proporcionalni izborni sistem koji je doveo do fragmentacije partijskog sistema učinio je da parlament ne ostvari svoju ulogu kontrateže predsedniku. Stoga se i pitanje njegove odgovornosti nije u praksi ni postavilo. Čak ni u situacijama kada je predsednik delovao i protiv parlamentarne većine, kao kada je predsednik Hindenburg (*Paul von Hindenburg*) razrešio kancelara Brininga (*Heinrich Brüning*) dužnosti iako je ovaj i dalje uživao podršku parlamentarne većine, Rajhstag nije smogao snage da pokrene pitanje odgovornosti šefa države.[22] Tako su instrumenti vertikalne političke odgovornosti - opoziv, referendum, parlamentarni izbori - ostali samo neiskorišćena pravna i politička mogućnost.

Ipak, važnost novouspostavljenih procedura za ostvarivanje odgovornosti ne može se posmatrati isključivo u kontekstu Vajmarskog ustava. Uticaj koji su izvršila rešenja ustanovljena ovim ustavom je nemerljiv. Susedna Austrija je već 1929. predvidela postojanje predsedničkog opoziva na referendumu,[23] a danas takvo rešenje postoji i u brojnim drugim sistemima. Raspisivanje referenduma od strane predsednika je takođe zastupljeno u mnogim državama, a sam polupredsednički institucionalni okvir vodi poreklo od Vajmarskog ustava. Iako je praksa krenula u drugom pravcu, pokazalo se da ustavni aranžman u kome predsednik raspolaže neposrednim legitimitetom mora biti praćen mogućnošću njegovog neposrednog kontakta sa građanima putem referenduma. Ako se izuzme pravilo o obaveznom premapotpisu, koje je nelogično i koje se u nekim situacijama moglo i zaobići, predsedniku je ostavljena mogućnost da aktivno vrši vlast i zbog toga je morao biti učinjen odgovornim. Sa druge strane, da je postojala stabilna politička većina u parlamentu koja je suprotstavljena predsedniku, njegov položaj je mogao biti sličan položaju predsednika u parlamentarnoj republici. Tada bi posredni instrumenti odgovornosti, kao što su referendum ili raspuštanje parlamenta, ostali nekorišćeni, a pitanje odgovornosti se ne bi postavljalo. Zbog toga su mehanizmi odgovornosti predviđeni Vajmarskim ustavom bili adekvatni, barem u na idejnom nivou ako ne i u konkretnoj normativnoj izvedbi - predsednik je bio politički odgovoran u meri u kojoj koristi svoja ovlašćenja i igra aktivnu ulogu u okviru izvršne vlasti.

---

[22] Videti šire o tome u L.Rogers, F.Foerster, S.Schwarz, *op.cit*, str. 325-326. i F.Lovo, *op.cit*, str. 367.

[23] Član 60, stav 6 Ustava Austrije.

4. Pravni oblici odgovornosti šefa države

Pravna odgovornost predsednika Rajha je, kao i politička, bila uređena na različit način u odnosu na Francusku, kao najočigledniji tadašnji primer parlamentarnog sistema republikanskog tipa. Iako je postojao opoziv, kao instrument političke odgovornosti, vajmarski ustavotvorci su predvideli i impičment, ali i posebna pravila o krivičnoj odgovornosti predsednika. Time je rešena barem jedna od teorijskih dilema o prirodi ove odgovornosti, koja, recimo, nije razjašnjena u Ustavu francuske Treće republike. Naime, iz odvojenog regulisanja krivične odgovornosti i impičmenta jasno proizlazi da impičment ne može imati krivični karakter. No, to i dalje ne znači da je karakter predsedničkog impičmenta jasno određen. Šta više, u nemačkoj varijanti je pravna priroda tog instrumenta još nejasnija. Čak ni Ustav Austrije, koji donekle unapređuje rešenja iz Vajmarskog ustava ovo pitanje ne rešava na jednoznačan način.

Predsednik Rajha je krivično odgovarao pred redovnim sudovima. Iako u Ustavu nisu postojala detaljna pravila o krivičnoj odgovornosti šefa države, o postojanju te odgovornosti može se posredno zaključiti iz postojanja odredaba o imunitetu. Vajmarski ustav je predviđao da predsedniku ne može biti suđeno u krivičnom postupku bez odobrenja Rajhstaga.[24] Budući da nije zahtevana kvalifikovana većina, za donošenje takve odluke bila je dovoljna uobičajena, prosta većina.[25] Predsednički imunitet se bitno razlikovao od poslaničkog. Poslanici su uživali apsolutni imunitet za dela učinjena u vršenju funkcije, a procesni za sva ostala dela, ali za vreme trajanja mandata, odnosno moglo im je biti suđeno za delo učinjeno za vreme trajanja mandata nakon što prestanu da obavljaju poslaničku funkciju.[26] Predsednik je, sa druge strane, bio zaštićen isključivo procesnim imunitetom. Ustav nije precizno odredio da li se predsedniku može suditi nakon prestanka mandata, za delo počinjeno u vremenu dok je obavljao funkciju. Budući da eksplicitne ustavne odredbe nema, može se zaključiti da je takvo suđenje bilo moguće.

Ipak, to što nije postojao apsolutni imunitet za dela učinjena u vršenju funkcije možda i nije bio propust ustavopisaca. U tim slučajevima, moguće je bilo pokrenuti postupak impičmenta protiv predsednika. Prema Ustavu, Rajhstag je bio ovlašćen da optuži predsednika, kancela-

[24] Član 43, stav 3 Vajmarskog ustava.

[25] Član 32 Vajmarskog ustava.

[26] Član 37 Vajmarskog ustava.

ra i ministre pred Vrhovnim sudom, u slučaju da namerno prekrše Ustav ili zakon Rajha. Predlog je moglo podneti najmanje sto poslanika, a postupak je pokretan odlukom većine potrebne za promenu Ustava - zahtevano je prisustvo dve trećine poslanika i dvotrećinska većina prisutnih.[27] Iz činjenice da su u sistemu paralelno postojali impičment i krivična odgovornost, može se zaključiti da se postupak impičmenta pokreće u svim slučajevima kada predsednik prekrši Ustav ili zakon, a da takva protivpravna radnja ili nečinjenje nemaju elemente krivičnog dela. Pitanje je, međutim, da li se istovremeno mogao voditi postupak impičmenta i krivični postupak, jer Ustav to pitanje nije uredio. Logičnije bi bilo da tako nešto nije moguće, ako se ima u vidu da u oba slučaja odlučuje sud, te bi to značilo povredu načela *ne bis in idem*. Stoga je verovatnije da se postupak impičmenta mogao pokrenuti samo u slučaju kršenja prava koje nije istovremeno i krivično delo. Budući da Ustavom nije bila regulisana sankcija koja se može izreći u postupku impičmenta, a razrešenje svakako nije bilo moguće dosuditi u krivičnom postupku, moguće je i da se nakon krivičnog postupka vodi postupak impičmenta u kome bi se eventualno predsednik razrešio funkcije. Sa druge strane, razrešenje je nastupalo kao posledica opoziva, pa je nejasno da li je rezultat impičmenta mogla biti takva kazna političke prirode.

Za brojna pitanja u vezi sa impičmentom se ne mogu lako naći odgovori, budući da se teorija njima nije bavila. Jedino što je nedvosmisleno utvrđeno i u nemačkoj i u austrijskoj literaturi je naziv ovog tipa odgovornosti. Naime, odgovornost predsednika za kršenje ustava ili zakona u postupku impičmenta nazivana je državnopravnom odgovornošću, a naziv se zadržao i do današnjih dana.[28] Pandan tom terminu van germanskog pravnog kruga bio bi ustavnopravna odgovornost, u skladu sa opšteprihvaćenim nazivom ove grane prava. Poseban naziv ove odgovornosti ukazuje na specifičnu pravnu prirodu impičmenta u Nemačkoj, gde taj instrument sadrži daleko više pravnih elemenata nego u drugim sistemima. Pored toga, državnopravna odgovornost je naziv koji se koristio za odgovornost ministara putem impičmenta, a predsednička odgovornost je uređena pod velikim uticajem odgovornosti ministara koja se razvijala u Nemačkoj tokom XIX veka. Uticaj je toliko snažan, da bi se moglo govoriti

[27] Članovi 59 i 76 Vajmarskog ustava.

[28] Videti, na primer: H.Kelsen, *Die Verfassungsgesetze der Republik Österreich, Fünfter Teil: Bundesverfassung*, Franz Deuticke, Wien, 1922, str. 163; H.Schambeck, *Regierung und Kontrolle in Österreich*, Duncker & Humbolt, Berlin, 1997, str. 74; F.Greve, *Die Ministerverantwortlickeit im konstitutionellen Staat*, Duncker und Humblot, Berlin, 1977, str.38-39. i 57.

i o potpunom preuzimanju legislativno-sudskog modela impičmenta,[29] bez previše razmišljanja o uklopljenosti te odgovornosti u postojeći sistem organizacije vlasti. Vajmarski ustav je u istom članu predvideo odgovornost ministara, kancelara i predsednika za povredu Ustava i zakona, s tim što su oni i politički odgovarali - vlada parlamentu a predsednik građanima. Odsustvo bilo kakvih suđenja u postupku impičmenta govori da se radi o reliktu prošlosti, odnosno zaostatku iz vremena kada ministri nisu politički odgovarali parlamentu. Uprkos tome, državnopravna legislativno-sudska odgovornost ostala je u raznim oblicima trajna karakteristika germanskih pravnih sistema.

Pravna priroda državnopravne odgovornosti se može utvrditi jedino poređenjem sa njoj sličnom krivičnom odgovornošću. Krivična odgovornost predsednika je podrazumevala ukidanje imuniteta od strane parlamenta i suđenje pred redovnim sudom, kao i eventualnu osudu na krivičnu sankciju. Državnopravna odgovornost je takođe značila nužno pokretanje postupka u parlamentu i proces suđenja pred redovnim sudom koji je istovremeno i najviša sudska instanca u državi. Ustavnih odredaba o sankciji nema, pa se može zaključiti kako je sud mogao dosuditi bilo koju sankciju koja se može izreći u postupku koji se vodi, što znači da je obim mogućnosti išao od naknade štete za eventaulnu protivpravnu radnju, do krivične sankcije ukoliko se ustanovi da prekršaj ipak ima obeležja krivičnog dela. Suštinski, razlika između krivične i državnopravne odgovornosti je u nadležnom forumu (redovan ili najviši sud), i u većini u parlamentu potrebnoj da se postupak pokrene. Kako je krivična odgovornost ozbiljnija, barem u smislu njome zaštićenih vrednosti, i kako zahtev za gonjenje stiže parlamentu od pravosudnih organa, tako je i većina potrebna za odobrenje suđenja manja. Ukoliko parlament sam smatra da je potrebno pokrenuti postupak, predsednik je zaštićen od politizacije ovog pitanja kroz strožiju većinu, kao i kroz ugled i stručnost suda koji odlučuje o optužbi. Stoga je državnopravna odgovornost prema Vajmarskom ustavu zaista jedna vrsta pravne odgovornosti. Sasvim je drugo pitanje koji je razlog postojanja državnopravne odgovornosti u ovom Ustavu. Uzrok tome se može tražiti samo u tradiciji. Državnopravna odgovornost je, kao i u slučaju ministara, rezultat nasleđa iz vremena kada nije postojala politička odgovornost. U siste-

[29] U radu su korišćeni izrazi izrazi uobičajeni u literaturi o odgovornosti šefa države: 1) „legislativno-sudski model impičmenta“ da bi se objasnio postupak utvrđivanja odgovornosti koji je višefazan i koji uključuje učešće zakonodavnog i sudskog tela; 2) „legislativno-ustavnosudski impičment“ kako bi se označio postupak u kojem učestvuju zakonodavni organ i specijalizovano telo zaduženo za kontrolu ustavnosti.

mima u kojima se politička odgovornost ministara razvila spontano iz impičmenta (Velika Britanija), prestali su i razlozi za postojanje tog instrumenta. U Nemačkoj, međutim, postupnog razvoja nije bilo, a tradicija pisanog prava nije dopuštala da se tako važan instrument odbaci kao nepotreban, naročito u situaciji kada se nije znalo na koji način će zaživeti sistem ustanovljen novim Ustavom. Zbog toga je zadržana državnopravna odgovornost ministara, a njoj je, po istoj formuli, pridodata i predsednička državnopravna odgovornost, iako je i on bio politički odgovoran. Ako predsednik odgovara i politički i krivično, jasno je da nema potrebe da odgovara i u postupku impičmenta. No, to uostalom nije jedino nekonzistentno rešenje Vajmarskog ustava u pogledu položaja predsednika. Kombinovanje državnopravne i političke odgovornosti je očigledno posledica preuzimanje rešenja iz parlamentarnog sistema koja se nisu mogla uklopiti u novouspostavljeni model organizacije vlasti, slično kao kod pravno besmislenog mešanja obaveznog premapotpisa i političke odgovornosti predsednika.

U Nemačkoj je odlučivanje o državnopravnoj odgovornosti šefa države i ministara bilo u rukama najvišeg redovnog suda. Iako je Ustav Austrije izmenama iz 1929. godine uveo odgovornost predsednika biračima putem opoziva, jer je predsednik od tada neposredno biran, u pogledu državnopravne odgovornosti situacija je bila drugačija. Naime, u Austriji je odlučivanje o pravnim vidovima odgovornosti predsednika povereno Ustavnom sudu. Austrijski Ustav je takođe, prema već viđenom nemačkom modelu, poznavao tri tipa odgovornosti - političku, državnopravnu i krivičnopravnu. U pogledu političke odgovornosti predsednika ne postoje značajnije razlike između Austrije i Nemačke, jer je opoziv uređen po veoma sličnom obrascu. Čak je iz Nemačke preuzet obavezan premapotpis, odnosno u austrijskoj varijanti premapotpis i preporuka ministara.[30] Razlika u odnosu na nemačka rešenja se sastoji u tome što su se svi postupci koji podrazumevaju osnov odgovornosti pravne prirode odvijali pred Ustavnim sudom.

Osnov državnopravne odgovornosti predsednika je, kao i u Nemačkoj, imao subjektivni i objektivni element. Objektivni element osnova odgovornosti se sastojao u kršenju saveznog Ustava koje proizlazi iz vršenja funkcije. Dakle, osnov odgovornosti nije moglo biti kršenje zakona ili ustava federalnih jedinica. Prema stavu ustavnopravne teorije, osnov odgovornosti se nije mogao odnositi ni na kršenje ustava u materijalnom smislu, već samo na povredu odredaba sadržanih u Saveznom ustavnom

[30] Videti član 67 Ustava Austrije.

zakonu Austrije. Takođe, predsednik je Ustav mogao prekršiti i radnjom nečinjenja, na primer propuštanjem obavljanja neke ustavne dužnosti.[31] Subjektivni element odgovornosti je postojanje umišljaja bilo kog stepena. Samo kršenje Ustava sa namerom moglo je biti osnov državnopravne odgovornosti.[32]

U skladu sa usvojenom legislativno-sudskom koncepcijom impičmenta, postupak je pokretala Savezna skupština. Prema slovu Ustava, predsednik je za vršenje svojih nadležnosti odgovoran Saveznoj skupštini, premda ona nije donosila konačnu odluku u postupku impičmenta, već je samo pokretala postupak. Savezna skupština je zapravo zajednička sednica oba doma parlamenta (Nacionalnog veća i Saveznog veća), koja se sastaje na predlog jednog od domova. Kada jedan od domova odluči da pokrene postupak, kancelar saziva Saveznu skupštinu,[33] a za donošenje odluke o pokretanju impičmenta protiv predsednika neophodno je prisustvo većine poslanika svakog od domova, kao i dvotrećinska većina glasalih na sednici.

Postupak utvrđivanja postojanja odgovornosti se odvija pred Ustavnim sudom. Za razliku od političke odgovornosti putem opoziva, ukoliko Ustavni sud nađe da predsednik nije odgovoran, ne slede nikakve negativne konsekvence po skupštinu. Ukoliko Ustavni sud odluči pozitivno o zahtevu skupštine, postoje dve vrste posledica. Sankcija koja se uvek izriče je gubitak funkcije predsednika. Kada postoje „naročito teške okolnosti“, može se dosuditi i privremeni gubitak političkih prava.[34] Austrijska pravna teorija pod političkim pravima u ovom smislu podrazumeva ona prava kojima se dozvoljava legalan uticaj na donošenje odluka i kreiranje državne volje (nem. - *die Staatswillensbildung*), što se posebno odnosi na izborna prava.[35]

Krivična odgovornost predsednika se može ostvarivati na dva načina, u zavisnosti od toga da li odlučuje redovan ili Ustavni sud. Predsednik uži-

---

[31] Videti u K.Berchtold, *Der Bundespräsident: eine Untersuchung zur Verfassungstheorie und zum österreichischen Verfassungsrecht*, Springer, Wien, 1969, str. 100 i H.Kelsen, *op.cit*, str. 275.

[32] Videti član 142, stavovi 1 i 2 Ustava Austrije.

[33] U ostalim slučajevima sazivanje Savezne skupštine je u nadležnosti predsednika, ali je iz razumljivih razloga ta dužnost poverena kancelaru kada je u pitanju pokretanje postupka impičmenta protiv predsednika. Videti članove 38 i 39 Ustava Austrije.

[34] Član 142, stav 4 Ustava Austrije.

[35] H.Schambeck, *op.cit*, str. 79. i K.Berchtold, *op.cit*, str. 102. O postupku pred Ustavnim sudom Austrije neće biti reči zbog nedostatka prostora. Nepotrebno bi bilo iscrpljivati se na ovom mestu detaljnom analizom postupka, budući da on i nije presudan za pravnu kvalifikaciju tipa odgovornosti niti za teorijska stanovišta o ovom problemu.

va procesni imunitet o kojem odlučuje Savezna skupština. Organ krivičnog gonjenja podnosi zahtev Nacionalnom veću koje odlučuje da li će se Savezna skupština uopšte baviti tim pitanjem. Ako se Nacionalno veće izjasni potvrdno, kacelar će sazvati Saveznu skupštinu koja donosi konačnu odluku o imunitetu.[36] Procesni imunitet se odnosi na krivična dela učinjena van obavljanja funkcije. Ukoliko predsednik učini krivično delo u vršenju funkcije, ne štiti ga imunitet ali uživa određenu sudsku privilegiju. Za dela u vezi sa funkcijom koja bi inače potpadala pod nadležnost redovnog, krivičnog sudstva, isključivo je nadležan Ustavni sud. Ako je pokrenuta istraga pred redovnim sudom Ustavni sud preuzima predmet. Kada odlučuje o krivičnoj odgovornosti Ustavni sud može primenjivati odredbe krivičnog zakonodavstva i izricati krivične sankcije.[37]

Krivičnopravna i državnopravna odgovornost predsednika Austrije nisu nikada ostvarene u praksi, kako za vreme prvog važenja Ustava (do 1934. godine), tako i nakon njegovog vraćanja na pravnu snagu posle Drugog svetskog rata. Iako čitav niz državnih funkcionera odgovara po istim ili sličnim pravilima kao predsednik, jedini postupci impičmenta vodili su se nekoliko puta protiv guvernera federalnih jedinica. Šambek (*Herbert Schambeck*) recimo taj institut naziva „Damoklovim mačem na papiru“ i smatra da on ima samo simboličan značaj.[38]

5. Pravna priroda državnopravne odgovornosti: ko treba da bude čuvar ustava?

Mala važnost koju je impičment imao u ustavnoj praksi u potpunoj je suprotnosti sa uticajem koje je austrijski model ostvarivanja odgovornosti šefa države imao na komparativnu ustavnost. Čitav niz država danas prihvata legislativno-ustavnosudski obrazac impičmenta, te je stoga od neizmerne važnosti utvrditi kakva je pravna priroda tog postupka, kao i koji su bili preovlađujući motivi ustavopisaca da se odluče za ovo rešenje, odnosno kakvi su bili pogledi teorije na ovo pitanje. Naročito je važno uočiti da li ima neke razlike između nemačkog i austrijskog modela impičmenta i da li učešće ustavnog sudstva u postupku utvrđivanja odgovornosti donosi neku kvalitativnu razliku u odnosu na običan legislativno-sudski postupak.

Pitanje položaja i odgovornosti šefa države, kao i eventualne uloge ustavnog i redovnog sudstva u postupku impičmenta, posredno je tema i

[36] Član 63 Ustava Austrije.

[37] Član 143 Ustava Austrije.

[38] Videti u H.Schambeck, *op.cit*, str. 79-80.

jednog od najplodonosnijih pravnoteorijskih „sukoba“ između dva svetska rata. Šmit i Kelzen (*Carl Schmitt*; *Hans Kelsen*), dva zasigurno najuticajnija teoretičara te epohe na nemačkom govornom području, različito su gledali na pitanje „čuvara ustava“ - za prvog je to bio predsednik države, a za drugog ustavni sud.[39]

Šmitovo viđenje šefa države kao čuvara ustava se može kritikovati iz više razloga i danas je zasigurno prevaziđeno. Ipak, njegovo učenje je važno iz nekoliko razloga. Na prvom mestu, teorija o tome ko treba da razrešava ustavne konflikte se naslanja na kritiku ustavnosudske koncepcije impičmenta i viđenje povrede ustava kao političkog pitanja. Pored toga, shvatanje o predsedniku kao čuvaru ustava barem delimično može da objasni njegov specifičan položaj u Nemačkoj iz vajmarskog perioda i pruži utemeljenje za njegovu otežanu i ograničenu odgovornost.[40]

Za Šmita su sudovi bili nepodobni da se bave ustavnim sukobima najviših državnih organa, kakvim je smatrao i impičment. U nemačkoj pravnoj misli je dugo bilo ukorenjeno shvatanje da je ideal pravne države „pravosudno-formalno rešavanje političkih pitanja“, čija posledica prema Šmitu neće biti „juridizacija politike, nego politizacija pravosuđa“.[41] Šmit ispravno shvata prevaziđenim stanovišta teoretičara 19. veka koji su idealizovali značaj sudske odgovornosti ministara kao najviše garantije pravne države. Državnopravna odgovornost ministara, prema Šmitu, „u odnosu na političku postaje beznačajna i nezanimljiva“.[42] Pošto je nastala kao posledica borbe između nemačke monarhije i građanstva tokom 19. veka, državnopravna odgovornost je za Šmita apsolutno nepotrebna u uslovima postojanja političke odgovornosti. No, tu ne leži jedini problem, jer je takva odgovornost nije nastala kao preteča političke odgovornosti. Upravo suprotno, legislativno-sudski oblik impičmenta je trebalo da spreči političku odgovornost ministara i da odgovornost uopšte učini politički bezo-

---

[39] O teorijskom sukobu Kelzena i Šmita povodom pitanja korišćenja vanrednih ovlašćenja predsednika Rajha, koji je imao epilog i u Kelzenovom gubitku profesorskog u Kelnu, videti u D.Dyzenhaus, *Legal Theory in the Collapse of Weimar: Contemporary Lessons?*, The American Political Science Review, Vol. 91, No. 1, March 1997, str. 121-134.

[40] Šmitova shvatanja o predsedniku Rajha kao čuvaru ustava mogu se pronaći u K.Šmit, *Čuvar ustava*, u *Norma i odluka: Karl Šmit i njegovi kritičari*, Filip Višnjić, Beograd, 2001, str. 211-253. Analiza Šmitovih shvatanje može se pronaći i u K.U.Meyn, *Kontrolle als Verfassungsprinzip: Problemstudiezu einer legitimationsorientierten Theorie der politischen Kontrolle in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes*, Nomos Verlaggesellschaft, Baden-Baden, 1982, str. 123-127.

[41] K.Šmit, *op.cit*, str. 217.

[42] *Ibidem*, str. 218.

pasnom. Prema Šmitovim rečima, pravosudna forma ima parališuće dejstvo i doprinosi da se odgovornost ne ostvari u praksi, te sprečava da se iz nje ne iznedri neki oblik političke odgovornosti.[43] Ovaj autor je apsolutno u pravu kada tvrdi da je sudski impičment posledica istorijskog nasleđa i institut koji je prevaziđen u slučaju kada postoji politička odgovornost. Odgovornost predsednika pred Državnim sudom je takođe posledica istorijskog nasleđa i automatskog usvajanja rešenja iz prethodnih ustava, bez dovoljno promišljanja.

Šmit je tvrdio da sudstvo nije organ podoban da se bavi političkim pitanjima, kakvim je smatrao svako odlučivanje koje ima za predmet zaštitu ustava. U slučaju da je zaštita ustava obezbeđena krivičnom formom, potrebna su određena odstupanja od te forme koja će je upodobiti političkom karakteru odluke o povredi ustava. Kao primere takvih osnova odgovornosti Šmit navodi veleizdaju i povredu ustava, gde je neophodno da neko političko telo (parlament, vlada) barem pokrene postupak da bi se kriterijumi celishodnosti uzeli u obzir prilikom odlučivanja. Zbog toga Šmit tvrdi da je predviđanje pravosudne forme odlučivanja u tim situacijama „prevarno prerušavanje drukčijih i u svakom slučaju vrlo političkih ovlašćenja".[44] Razlikovanje ustavnih sporova i drugih sporova čiji je predmet povreda ustava sastoji se u subjektima koji u njemu učestvuju. Politički karakter suđenja nosiocima javnih funkcija ogleda se upravo u njihovom političkom položaju i uzrocima spora koji leže u sukobu državnih organa, te zato pojam povrede ustava u tim slučajevima nema istu sadržinu kao kada je u pitanju neko krivično delo koje kao predmet zaštite ima ustav. Ustavni spor je posledica trvenja i konflikata među nosiocima javnih ovlašćenja za donošenje političkih odluka i delovanje, bez obzira na forum pred kojim se odvija sukob.[45]

Razlikovanje između pitanja o kojima može odlučivati sudski organ i onih koji ne podležu sudskoj formi Šmit temelji na diferenciranju justicijabilnih i nejusticijabilnih normi.[46] O justicijabilnim normama sud može da odlučuje jer podvodi (supsumira) konkretne okolnosti pod pravno pravilo, odnosno primenjuje normu na činjenično stanje, te norma u potpunosti vezuje sudiju. Norme o nadležnosti nisu justicijabilne jer ne vezuju, već ovlašćuju, pa supsumacija nije moguća. Ove norme karakteriše širina

[43] *Ibidem*, str. 220-221.

[44] *Ibidem*, str. 219. Videti takođe strane 222-223.

[45] *Ibidem*, str. 237-238.

[46] Upotreba termina „justicijabilan" rukovođena je nedostatkom prikladne zamene na srpskom jeziku, kao i prevodom Šmitovog dela u kojem je korišćen taj izraz i koji je, stoga, već uobičajen u domaćoj literaturi.

i bezsadržajnost koja ne omogućava jednostavnu supsumaciju činjeničnog stanja, karakterističnu za sudsko odlučivanje. Norma čija primena zahteva donošenje političke odluke ne može biti predmet sudskog postupka, jer nije na sudu da ocenjuje da li je neko ovlašćenje korišćeno na politički svrsishodan način ili ne. Budući da su ustavne norme većinom takvog karaktera, odlučivanje o povredi ustava u postupku impičmenta ne bi se smelo poveriti sudskom organu.[47]

Šmitova shvatanja o političkom karakteru postupka impičmenta su se većim delom bazirala na kritici Kelzena i njegove koncepcije ustavnog sudstva kao čuvara ustava. U svom odgovoru na kritiku, Kelzen se osvrnuo i na brojna pitanja koja su od važnosti za defnisanje pravne prirode ustavnog sudstva i uloge koju ima u utvrđivanju odgovornosti šefa države.[48] Kelzenov odgovor je najubedljiviji u delu koji osporava ulogu šefa države kao čuvara ustava - ovaj autor sa pravom tvrdi kako je obnova Konstanove monarhijske ideologije o *pouvoir neutre* neosnovana u ustavnom kontekstu koji podrazumeva neposredno izabranog šefa države sa značajnim ovlašćenjima. No, daleko je važnije Kelzenovo viđenje ustavnog sudstva kao organa koji odlučuje o povredi ustava. U skladu sa pozitivističkim gledanjem na pravo, Kelzen pod povredom ustava podrazumeva ustanovljenje nekog činjeničnog stanja protivnog ustavnim normama. Povreda ustava može biti i posredna, u slučaju da je prekršen neki zakon donet na osnovu ustava. Čuvar ustava, međutim, treba da se bavi isključivo neposrednim povredama, koje mogu učiniti samo državni organi jer oni ostvaruju ustav.[49]

Budući da povreda ustava ima pravni karakter, o njoj treba da odlučuje sud. Kelzen pobija Šmitovu kritiku tvrdeći, u osnovi, dve stvari: prvo, da ustavni sud ima sudski karakter koji mu je Šmit odricao, i drugo, da funkcija ustavnog suda (kao i drugih sudova) jeste politička. U pogledu prvog pitanja, valja naglasiti kako Kelzen nije smatrao važnim da li se ustavni sud može označiti kao sudski organ. Za njega je to samo pravnoteorijsko pitanje klasifikacije koje nije od značaja kada treba odlučiti da li da se ustavnosudska funkcija poveri jednom nezavisnom, kolegijalnom telu. Uprkos tome, za njega nema dileme da je razlika između redovnog sudstva i ustavnog sudstva samo kvalitativna, tj. svodi se na pitanje da li odluka deluje *inter partes* ili *erga omnes*. To, prema Kelzenu, ne čini raz-

[47] K.Šmit, *op.cit,*, str. 226-227.

[48] Kelzenov odgovor na Šmitovu kritiku može se pronaći u H.Kelzen, *Ko treba da bude čuvar ustava*, u *Norma i odluka: Karl Šmit i njegovi kritičari*, Filip Višnjić, Beograd, 2001, str. 257-297.

[49] *Ibidem*, str. 228.

liku u kvalitetu koja je neophodna za razlikovanje funkcija, čime on odriče mogućnost zasnivanja teorije o podeli vlasti na osnovu pravne prirode akata koji se donose.[50]

Druga Kelzenova teza je da ne postoji suštinska suprotnost između funkcije sudstva i političkih funkcija. Za njega je izraz „politički" vezan isključivo za vršenje vlasti, a pogrešna je pretpostavka da se proces vršenja vlasti završava sa postupanjem legislative i egzekutive. U svakoj sudskoj presudi se nalazi i element vršenja vlasti, jer i sud, kao i zakonodavac, odlučuje o sukobljenim interesima. Između sudske i zakonodavne funkcije razlika je kvantitativna a ne kvalitativna, slično kao kod razlikovanja sudske i ustavnosudske funkcije. Zakonodavstvo nije samo stvaranje prava, kao što sudstvo nije isključivo primena prava, a sudstvo upravo vrši političku vlast u onoj meri u kojoj ima slobodu da odlučuje. Sudstvo postaje subjekat vršenja vlasti, a ne samo oruđe za primenu zakona, u meri u kojoj postoji njegova sloboda odlučivanja. Ta sloboda zavisi od prostora koji zakonodavstvo donoseći propise nužno mora da ostavi - logična posledica toga je da ustav ostavlja najširi prostor za slobodnu ocenu jer su njegove odredbe najopštije.[51]

Ako se odbace argumenti da ustavno sudstvo nije sudstvo i da sudstvo jeste politička vlast, Kelzen smatra da bi onda takvoj vlasti trebalo poveriti rešavanje antagonizama između egzekutive i legislative.[52] Nezavisna vlast bi mogla da razreši sukob kao nezavisni arbitar, pri čemu je sukob moguće pravno izraziti kroz pojam povrede ustava. Kelzenovo pozitivističko shvatanje povrede ustava je kontraargument i u odnosu na razliku između justicijabilnost i nejusticijabilnost ustavnih odredaba, budući da je predmet odlučivanja ustavnog suda isključivo supsumacija činjeničnog stanja pod ustavnu odredbu, a ne i ocena političke celishodosti načina na koji je vršeno neko ovlašćenje. Kelzen polazi od toga da ustavni sud treba da rešava sukobe između zakonodavca i vlade (predsednika i ministara) jer se nalazi izvan sfere njihovog političkog sukoba. Ustavni sud ne treba da bude protivteža parlamentu, u tom smislu se Kelzen slaže sa Šmitom, već upravo zbog postojanja protivteže i tenzije između egzekutive i legislative treba da postoji nezavisni arbitar.[53]

Premda Kelzen prihvata da presude ustavnog suda imaju „imanetno politički značaj" i da „funkcija ustavnog suda ima u mnogo većoj meri

[50] *Ibidem*, str. 263-264.
[51] *Ibidem*, str. 267-268. i 272.
[52] *Ibidem*, str. 282.
[53] *Ibidem*, str. 293.

politički karakter nego funkcija drugih sudova“,[54] njegova priroda je nesumnjivo sudska i karakteriše ga nezavisnost potrebna za ulogu čuvara ustava. Međutim upravo ta nezavisnost je istovremeno i prednost, ali i mana Kelzenovih shvatanja, jer ovaj autor nije objasnio kako će se ustavni sud zaštiti od politizacije u slučaju predsedničkog impičmenta. Pogrešna je pretpostavka da sudstvo ima politički karakter jer vrši vlast. Politička priroda sudstva se može priznati samo u onoj meri u kojoj sudstvo deluje van prava, a sve dok se rukovodi isključivo pravnim kriterijumima prilikom odlučivanja dotle je njegov karakter pravni. Dodeliti sudstvu politički karakter bi stoga bilo isto kao priznati da pravo ne predstavlja zaokružen sistem, kakvim ga je Kelzen smatrao. Čak i slobodna ocena polazi od pravnih principa i metoda tumačenja, ma koliko su pravne norme opšte. Stoga se ne bi moglo tvrditi kako sudstvo ima politički karakter, te da je nemoguća politizacija sudstva koja može da rezultuje u gubitku nezavisnosti kao pretpostavke odlučivanja sudova i osnovnog argumenta u prilog ustavnog suda kao nezavisnog arbitra.

Osnovna manjkavost Kelzenovog gledišta je upravo u tome - on ne razjašnjava kako sačuvati ustavni sud od politizacije (ili gubitka nezavisnosti) kada odlučuje o predsedničkom impičmentu. Kada proglašava neki zakon neustavnim, ustavni sud se donekle politički „sukobljava“ sa parlamentom, ali sve ostaje u granicama prava jer parlament nije egzistencijalno politički ugrožen. Kada parlament povredi ustav donošenjem neustavnog zakona, posledica je isključivo poništenje takvog akta, ali ne i raspuštanje parlamenta kao jedan od instrumenata političke „protivteže“ koji pripada predsedniku kao političkoj vlasti. Međutim, kada predsednik povredi ustav, tada posledica nije ukidanje pravnog važenja tom aktu, već razrešenje predsednika i lišenje političkih prava. Tu ustavni sud igra ulogu protivteže predsednikovom političkom delovanju, te i ako se osnov odgovornosti shvati kao pravni, nastupaju isključivo političke posledice. Uz svo prihvatanje posebnosti prirode ustavnog sudstva, koja nesumnjivo ima i političke elemente, takvo ovlašćenje ga udaljava od nezavisnosti kojoj bi trebalo težiti.

U vezi sa tim je i pitanje legitimiteta ustavnog suda da donese takvu odluku. Ne sporeći da ustavni sud *ima* legitimitet, koji zavisi od načina njegovog izbora, mora se istaći da takav legitimitet ima i granice. Organ koji nije neposredno izabran od strane građana ne bi mogao razrešavati direktno legitimisanog predsednika. Legitimitet ustavnog sudstva se može protegnuti na *pravnu kontrolu* političke vlasti, pa čak i na *pravnu odgovornost*, ali ne i na njihovu *političku odgovornost*. Autoritativnost odlu-

[54] *Ibidem*, str. 266.

ka ustavnog sudstva se ne temelji isključivo na legitimitetu, već i na pravnoj stručnosti i nezavisnosti, ali to znači da bi posledice odluka trebalo da budu pravne prirode. Osnov odgovornosti shvaćen kao kršenje pravne (ustavne) norme može biti prihvaćen, ali ne i politička sankcija kao razrešenje političkog sukoba ustavnih organa, iz kojeg bi trebalo isključiti nezavisna tela, imala ona sudski karakter ili ne.

U svakom slučaju, današnja austrijska teorija stoji na stanovištu da je predsednički impičment proces dvojakog karaktera, pravni i politički istovremeno. Berhtold (*Klaus Berchtold*) smatra da se postupak pred Ustavnim sudom ne može po pravnoj prirodi izjednačiti ni sa krivičnim ni građanskim postupkom. To jeste sudski oblikovan postupak, ali „politički", tj. postupak zaštite poretka ustavnosti. U ovom postupku se ne odlučuje ni o postojanju krivičnog dela (kao po članu 143 Ustava), ni o eventualnom zahtevu za naknadu štete. Stoga krivični i građanski postupak nisu u vezi sa odlučivanjem Ustavnog suda o impičmentu. Iz toga se može zaključiti kako Berthold zaštitu ustava smatra političkim pitanjem, a ne samo kršenjem prava.[55] Šambek državnopravnu odgovornost označava kao „mešovitu, političko-pravnu odgovornost", jer je pokretanje postupka politički akt, postupak po optužbi je pravno uređen postupak, a osnov je samo kršenje prava, a ne političke razlike.[56] Šambekovom shvatanju se može dodati da osnov odgovornosti zaista jeste kršenje prava i nije sporno da bi ustavni sud trebalo da odlučuje o „justicijabilnim" pitanjima, a ne o političkoj svrsishodnosti načina na koji se neko ovlašćenje koristi, ali se ne može poreći i politički značaj koji ima povreda ustava.

Da bi se razumela pravna priroda državnopravne odgovornosti neophodno je razumeti kontekst u kome je ona ustanovljena. Čak je Kelzen u svom komentaru Ustava Austrije priznao da je državnopravna odgovornost nastala isključivo kao posledica istorijskog nasleđa ranijih ustava, iz vremena kada nije postojala politička odgovornost ministara.[57] Njena uloga je gotovo beznačajna u slučaju da postoji „prava" politička odgovornost, međutim, ostaje nejasno kakav je odnos prirode krivičnopravne i državnopravne odgovornosti. Kako je zaista gotovo nemoguće na ograničenom prostoru odgovoriti na pitanje kakva je priroda ustavnog sudstva kao *sui generis* organa, valja odrediti njegovu ulogu u postupku utvrđivanja odgovornosti šefa države, da bi se barem utvrdio karakter te odgovornosti. Ako se ustavni sud shvati kao politički sud, onda je pogrešno stavljati mu u nadležnost odlučivanje u krivičnim pitanjima. Ako se, pak, smatra

[55] K.Berchtold, *op.cit*, str. 101.
[56] H.Schambeck, *op.cit*, str. 76.
[57] H.Kelsen, *op.cit*, str. 276.

sudskim organom, onda ne može odlučivati o političkim stvarima, odnosno o državnopravnoj odgovornosti. Čini se da u tom smislu ne postoji razlika između austrijskog i nemačkog obrasca impičmenta - time što i jedan i drugi stavljaju istom organu (sudstvu, odnosno ustavnom sudstvu) u nadležnost odlučivanje o impičmentu i krivičnoj odgovornosti, iskazuju stav o jedinstvenoj pravnoj prirodi dva tipa odgovornosti. Krivična i državnopravna odgovornost bi trebalo da imaju istu prirodu, jer o njima odlučuje isti organ. Kako krivična odgovornost može biti samo pravna, to znači da i državnopravna odgovornost mora imati preovlađujuće takav karakter, uprkos njenoj u najmanju ruku mešovitoj pravnoj prirodi. Sa druge strane, postojanje političke odgovornosti paralelno sa državnopravnom, potpuno obesmišljava ovu drugu. Teško je pretpostaviti da bi se parlament odlučio na impičment protiv predsednika a da ne uživa nadpolovičnu podršku građana za tako nešto. U slučaju da uživa podršku građana, malo je verovatno da bi se odlučio za neizvesnost ustavnosudskog postupka i teren prava, već je puno verovatnije da bi onda pokrenuo postupak opoziva na referendumu.

5. Zaključna razmatranja

Postojanje mešanja pravnog i političkog režima odgovornosti u Nemačkoj i Austriji je sasvim razumljivo ako se ima u vidu pionirski karakter njihovih ustava. U Nemačkoj je po prvi put ustanovljen polupredsednički sistem i neposredna odgovornost šefa države građanima, a u Austriji ustavni sud kao poseban organ za zaštitu ustavnosti. Diskusije o celishodnosti dodeljivanja ustavnom sudu nadležnosti koje se mogu smatrati političkim ne jenjavaju do današnjih dana. I za vreme usvajanja nemačkog posleratnog ustava je rasprava o prirodi ustavnog suda bila živa, a pri tome je primećeno kako je njegova nadležnost u postupku kontrole ustavnosti pravna, a u postupcima sukoba među organima više politička, pa je čak predlagano da se formiraju dva različita organa kojima bi bile poverene ove različite funkcije.[58]

Kao i u većini drugih država, predsednička odgovornost se u ustavnim sistemima germanskog pravnog kruga razvija iz ministarske odgovornosti. Međutim, neposredan izbor i značajna ovlašćenja doveli su do rađanja novog tipa odgovornosti, čisto političkog karaktera, koji se ostvarivao pred građanima, a zapravo je predstavljao način da se razreši sukob

[58] Videti šire o tome u D.P.Kommers, *An Introduction to the Federal Constitutional Court*, German Law Journal, No. 9/2001, dostupno na http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=19, poslednji put posećeno 28. jula 2009. godine.

političke većine u parlamentu i neposredno izabranog predsednika, te je tako trebalo da doprinese ujednačavanju njihove politike i funkcionisanju ustavnog sistema. Kao što je zadržan ministarski impičment, koji se izobičajio i izgubio značaj koji je imao usled uvođenja političke odgovornosti skupštini, tako je i predsednička „državnopravna" odgovornost bila samo mrtvo pravo. Međutim, mali politički značaj koji u praksi ima predsednik Republike - a to, naravno, može važiti samo za Austriju jer je vajmarsko iskustvo prekratko i uslovljeno teškim društvenim okolnostima – doveo je do toga da se ni referendumska odgovornost ne ostvari u praksi, te da opoziv ostane samo ustavna mogućnost i predmet isključivo naučnog interesovanja.

Uprkos svemu tome, predsednički opoziv i ustavnosudski impičment su danas veoma rasprostranjeni. Inventivnost ustavotvoraca u Nemačkoj i Austriji pokazuje svoju vrednost i u današnje vreme, a nemačka i austrijska rešenja u pogledu odgovornosti šefa države iz međuratnog perioda dobijaju sve više na popularnosti, naročito u državama u tranziciji. Čini se, ipak, da preuzimanje ovih pravnih instituta ne prati adekvatan oprez. Kada se ustanovljava plebiscitarni opoziv predsednika trebalo bi voditi računa o greškama koje su se potkrale vajmarskom ustavotvorcu prilikom kreiranja novih rešenja. Takođe bi valjalo imati na umu namere teoretičara koji su zaslužni za snaženje položaja šefa države u Vajmarskoj republici, jer je pitanje koliko su harizmatski, plebiscitarni lideri primereni post-autoritarnim političkim sistemima. Sa druge strane, poimanje vladavine prava u državama u tranziciji često je praćeno verom u neograničenu mogućnost rešavanja političkih konflikata pravnim sredstvima. To se naročito ogleda u dodeljivanju nadležnosti ustavnim sudovima koje prevazilaze okvire odlučivanja rukovođenog pravnim razlogom. Učešće ustavnog sudstva u razrešavanju političkog konlikta dve neposredno izabrane vlasti moglo bi da naruši njegovu nezavisnost i autoritet. Stoga bi se prilikom kreiranja instrumenata predsedničke odgovornosti trebalo prisetiti i Šmitovih, a ne samo Kelzenovih ideja. U pokušaju objektivizacije odgovornosti predsednika putem pravne forme, ne bi se smeli zaboraviti politički uzroci koji na prvom mestu i dovode do utvrđivanja odgovornosti.

Boško Tripković, LL.M., Assistant
Novi Sad School of Law

The Emergence of Head of Sstate's Accountability in Germany and Austria: Recall and Judicial Impeachment in Semi-Presidential System Perspective

Abstract

The article deals with several questions that relate to the emergence of accountability of head of state in Germany and Austria, in the period between two world wars. In the first place, theoretical reasons for the modification of authentic parliamentary system and strengthening of the head of state's position are analyzed, and after that the new forms of political and legal accountability, which came as a consequence of the changed presidential role and the introduction of constitutional court's control of constitutionality, are examined. Exploration of these issues is not only relevant from the stance of constitutional history, but also from the perspective of contemporary constitutional developments. That is especially true for constitutions of transitional countries, including Serbia, because forms of presidential accountability in these countries were often modeled after German and Austrian solutions.

Key words: president, head of state, accountability, impeachment, recall, constitutional court, Weimar Constitution, Austrian Constitution

Originalni naučni rad 343.852:616.89

Mr Emir Ćorović, asistent
Pravno-ekonomskog fakulteta
Državnog univerziteta u Novom Pazaru

MERE BEZBEDNOSTI OBAVEZNOG LEČENJA NARKOMANA I OBAVEZNOG LEČENJA ALKOHOLIČARA U SUDSKOJ PRAKSI

Sažetak: *U ovom radu kritički je analizirana sudska praksa povodom izricanja mera bezbednosti obaveznog lečenja narkomana iz čl. 83 i obaveznog lečenja alkoholičara iz čl. 84 Krivičnog zakonika. Za te potrebe rad je podeljen u tri dela.*

U prvom delu rada je ukazano na koncepciju mera bezbednosti koje se odnose na lečenje zavisnika prema našoj prijašnjoj zakonskoj regulativi, zatim na koncepciju predmetnih mera bezbednosti prema važećem Krivičnom zakoniku, kao i na njihovu svrhu u smislu odredbe čl. 78 Krivičnog zakonika.

Drugi deo rada zauzima centralno mesto. U njemu su razmotrena praktična iskustva u vezi sa svim bitnim pitanjima koja se odnose na izricanje ovih mera bezbednosti, kao što su uslovi za njihovu primenu (zavisnost, veza između krivičnog dela i zavisnosti, ozbiljna opasnost daljeg vršenja krivičnih dela), zatim njihovo trajanje, suplementarni karakter i određivanje modaliteta izvršenja (na slobodi odnosno u zavodu za izvršenje kazne ili odgovarajućoj zdravstvenoj odnosno drugoj specijalizovanoj ustanovi).

U trećem delu rada autor iznosi svoj zaključak o postupanju sudova povodom izricanja mera bezbednosti obaveznog lečenja narkomana i obaveznog lečenja alkoholičara.

Ključne reči: *mera bezbednosti obaveznog lečenja narkomana, mera bezbednosti obaveznog lečenja alkoholičara, sudska praksa.*

I

1. Krivični zakonik Republike Srbije[1] (u daljem tekstu: KZ) u svom sistemu mera bezbednosti poznaje i dve mere koje se odnose na lečenje zavisnika od psihoaktivnih supstanci – obavezno lečenje narkomana (čl. 83 KZ) i obavezno lečenje alkoholičara (čl. 84 KZ).

I u našem prijašnjem krivičnom zakonodavstvu su postojale mere bezbednosti koje su se odnosile na lečenje zavisnika. Tako, Osnovni krivični zakon (u daljem tekstu: OKZ),[2] odnosno Krivični zakon Jugoslavije iz 1976. godine (u daljem tekstu: KZJ),[3] kao i Krivični zakonik iz 1951., po Noveli iz 1959. godine (u daljem tekstu: KZ/51),[4] su poznavali *meru bezbednosti obaveznog lečenja alkoholičara i narkomana*. Shodno tome, u našem ranijem krivičnom zakonodavstvu tretman prema alkoholičarima i narkomanima je bio regulisan jedinstveno, tj. putem jedne mere bezbednosti. Kao razlog za razdvajanje ranije jedinstvene mere bezbednosti na dve – jednu koja se odnosi na narkomane i jednu koja se odnosi na alkoholičare - je navedeno to da su alkoholičari i narkomani različite kategorije učinilaca.[5]

Imajući u vidu da su mere bezbednosti obaveznog lečenja narkomana i alkoholičara medicinskog karaktera, njihova svrha se, shodno odredbi čl. 78 KZ, sastoji u otklanjanju stanja zavisnosti od opojnih droga odnosno alkohola, jer ona (tj. zavisnost) „predstavlja izvorište delinkventnog ponašanja“.[6]

2. U narednim izlaganjima bavićemo se praktičnim iskustvima sudova u vezi sa izricanjem mera bezbednosti obaveznog lečenja narkomana i obaveznog lečenja alkoholičara. Za potrebe ovog rada koristićemo i sudsku praksu koja se odnosi na meru bezbednosti obaveznog lečenja alkoholičara i narkomana iz čl. 65 OKZ (KZJ), s obzirom da se prijašnje i sa-

---

[1] „*Službeni glasnik Republike Srbije*“, br. 85/05, 88/05, 107/05 i 72/09.

[2] Videti: Stojanović, Z., *Krivično pravo, Opšti deo*, Sedmo izdanje, Beograd, 2003, str. 352-353.

[3] Videti: Srzentić, N., Stajić, A., Lazarević, Lj., *Krivično pravo, Opšti deo*, Deveto izdanje, Savremena administracija, Beograd, 1979, str. 446-449.

[4] Videti: Radovanović, M., *Krivično pravo SFRJ, Opšti deo*, Drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd (bez godine izdanja), str. 374.

[5] *Krivični zakonik, sa obrazloženjem za donošenje Krivičnog zakonika – Sporedno krivično zakonodavstvo*, Pravno istraživački centar, Beograd, 2006, str. 171.

[6] Drakić, D., *Svrha mera bezbednosti kao krivičnih sankcija*, U: Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 3/2005, str. 127. Napomena: iako se predmetna konstatacija ovog autora odnosi na meru bezbednosti obaveznog lečenja alkoholičara i narkomana iz čl. 65 OKZ, isto važi i za mere bezbednosti iz čl. 83 i 84 KZ, pošto se ove mere bezbednosti suštinski ne razlikuju, niti, s druge strane, postoji razlika u propisivanju svrha mera bezbednosti u KZ-u i OKZ-u.

dašnje zakonsko rešenje ne razlikuju po suštinskim, već po formalnopravnim obeležjima, tako da nam i starija praksa može pomoći kod sagledavanja svih onih pitanja koja su od značaja za mere bezbednosti koje se tiču lečenja zavisnika iz našeg pozitivnog krivičnog prava.[7]

II

1. Mere bezbednosti iz čl. 83 i 84 KZ mogu se izreći ukoliko su ispunjena sledeća tri uslova: 1) učinilac mora biti zavisnik od opojnih droga odnosno alkohola; 2) mora postojati veza između učinjenog krivičnog dela i učiniočeve zavisnosti; 3) mora postojati „ozbiljna opasnost" da će učinilac usled svoje zavisnosti i dalje činiti krivična dela.

1.1. Zavisnost od opojnih droga/alkohola bi se mogla odrediti kao pojava „grupe simptoma koji se razvijaju nakon ponavljane i redovne upotrebe psihoaktivnih supstanci. Simptomi zavisnosti obuhvataju poremećaje ponašanja, kognitivne fe-nomene i fiziološke promene. Uz to je jako izražena želja da se te supstance ponovo konzumiraju i nastaju poteškoće u kontroli njihovog uzimanja".[8] Zavisnost se može javiti u vidu psihičke (psihološke) i/ili fizičke (fiziološke) zavisnosti. Psihičku zavisnost karakteriše to da je neka osoba psihički, psihološki, emotivno zavisna od neke psihoaktivne supstance. Ona se razvija kod osoba kod kojih su prisutne neurotične ili druge psihičke tegobe (pre svega strah i depresija), tako da se uzimanjem psihoaktivnih supstanci prisutne tegobe potiskuju ili otklanjaju (pri-

[7] Napomena: u radu su većim delom prikazane odluke opštinskih i okružnih sudova sa područja Novog Pazara i Novog Sada, kao i presude Vrhovnog suda Srbije donete u žalbenim postupcima u vezi sa presudama navedenih okružnih sudova. Na osnovu istraživanja koja smo obavili kod predmetnih sudova utvrdili smo (prema podacima iz sudskih upisanika): da pred Okružnim sudom u Novom Pazaru u periodu od 1990-2005. godine nije izrečena ni jedna mera bezbednosti koja se odnosi na lečenje zavisnika, kao i da je u periodu od 2006-2008. doneto svega 10 presuda kojima su izrečene mere bezbednosti iz čl. 83 KZ; da je pred Okružnim sudom u Novom Sadu u periodu od 1990-2007. godine (sa izuzetkom 1992. i 1995. god.) doneto ukupno 254 odluke kojima su izrečene mere bezbednosti iz čl. 83 i 84 KZ odnosno čl. 65 KZJ (OKZ); da pred Opštinskim sudom u Novom Pazaru u periodu od 1992-2004. godine (podaci za 1990. i 1991. godinu nam nisu bili dostupni) nije izrečena ni jedna mera bezbednosti koja se odnosi na lečenje zavisnika, dok je u periodu od 2005-2007. doneto ukupno 11 odluka kojima su izrečene predmetne mere; da je pred Opštinskim sudom u Novom Sadu u periodu od 1998. do novembra 2008. godine doneto ukupno 56 odluka kojima su izrečene mere bezbednosti iz čl. 83 i 84 KZ odnosno čl. 65 KZJ (OKZ), s tim da nam nisu bili dostupni podaci za period od 1990-1997. godine. Naglašavamo da se radi o neobjavljenim odlukama. Pored toga, manjim delom su korišćeni i izvodi iz sudskih odluka drugih sudova koju su objavljeni u odgovarajućim pisanim i elektronskim medijima.

[8] Loga, S., *Sudska psihopatologija*, Fakultet kriminalističkih nauka, Sarajevo, 1999, str. 71.

vremeno ili sasvim).[9] Pod fizičkom zavisnošću se podrazumevaju „slučajevi kada se droga na neki načim „uvukla“, uključila u metabolizam (promet materija) onoga koji je uzima, pa čini njegov sastavni, i nezaobilazni, deo“.[10] Osoba kod koje se razvila fizička zavisnost jednostavno ne može bez droge, tako da prekid uzimanja psihoaktivne supstance dovodi do pojave tzv. apstinencijalnog sindroma (ili „narkomanske krize“) „koji u suštini predstavlja znak gladi organizma za drogom“.[11]

S tim u vezi postavlja se pitanje: da li je za izricanje predmetnih mera bezbednosti dovoljna psihička zavisnost, ili je, pak, potrebna i fizička zavisnost? U našoj sudskoj praksi je zastupljeno mišljenje da je za izricanje mera bezbednosti koje se odnose na lečenje zavisnika dovoljno postojanje psihičke zavisnosti. Tako, u presudi Okružnog suda u Novom Sadu K-744/07 od 17.01.2008. godine, kojom je okrivljenom izrečena mera bezbednosti iz čl. 83 KZ, je navedeno: „To što je u međuvremenu, tokom boravka u pritvoru, prestala fizička zavisnost i potreba za medikamentoznim lečenjem, nikako ne znači i da je lečenje završeno, već da je završena samo jedna faza, i da tek predstoji druga faza lečenja, *lečenje od psihičke zavisnosti*, koja faza traje znatno duže“. Ili, u presudi istog suda K-261/03 od 25.12.2003. godine je navedeno: „Sud je uverenja da je jedino ovakva mere primerena kako ličnosti okrivljenog tako i vrsti izrečene kazne pa je irelevantna činjenica što je kod okrivljenog privremeno prestala fizička zavisnost rezultirana njegovim boravkom u pritvoru jer *psihička zavisnost još uvek postoji*, što ne pruža garanciju da okrivljeni ne bi boravkom na slobodi ponovo postao zavistan od iste“. Odbrana okrivljenog je u ovom poslednjem slučaju smatrala da nije imalo mesta izricanju mere bezbednosti iz razloga što je kod okrivljenog, usled boravka u pritvoru, prestala fizička zavisnost, pa je, između ostalog, žalba izjavljena i u tom pravcu. Međutim, Vrhovni sud Srbije je presudom Kž-I 327/04 od 06.06.2005. godine odbio žalbu i povodom izrečene mere bezbednosti naveo sledeće: „Okolnosti koje se ponavljaju u žalbi, a što je već cenjeno u prvostepenoj presudi, da je, tokom boravka u pritvoru, prestala fizička zavisnost, ne utiču na zakonitost i pravilnost izrečene mere bezbednosti“. I u presudi Kž. I 1758/02 od 17.12.2002. godine Vrhovni sud Srbije[12] iznosi sličan stav, dajući sledeće razloge: „Os-

---

[9] Kapamadžija, B., *Forenzička psihijatrija: Priručnik za sudskopsihijatrijska veštačenja*., Dnevnik, Novi Sad, str. 107-108.

[10] Ibid.

[11] Petrović, S., *Droga i ljudsko ponašanje*, Peto dopunjeno izdanje, Partenon, Beograd, str. 59

[12] Radi se o odluci donetoj povodom žalbe na presudu Okružnog suda u Novom Sadu K-126/02 od 09.09.2002. god.

novanost odluke suda da optuženom izrekne meru bezbednosti obaveznog lečenja narkomana u zatvorenoj ustanovi, ne dovodi se u pitanje navodima žalbe branioca optuženog da iz pismenog nalaza i mišljenja lekara veštaka od 21.05.2002. godine ne proizilazi da je optuženi *toksikomanski zavisnik*[13] i da nije bilo mesta izricanju ove mere. Nasuprot tome, i u navedenom mišljenju lekara veštaka prof. dr S.S.B. konstatovano je da je optuženi dugogodišnji korisnik opojnih droga i da je kod njega postojala zavisnost od psihoaktivnih supstanci, s tim da je u vreme davanja nalaza i mišljenja kod optuženog postojao period apstinencije s obzirom da je bio u pritvoru, dok iz usmenog nalaza i mišljenja veštaka dr S.P. na glavnom pretresu od 09.09.2002. godine, nesumnjivo proizilazi da je optuženi heroinski zavisnik i da kod njega ambulantnim lečenjem nije moguće uspostaviti dugotrajnu apstinenciju".

Po našem mišljenju izneto postupanje sudova može biti prihvatljivo jedino u slučajevima *kada uračunljivost učinioca kod kojeg je formirana psihička zavisnost od neke psihoaktivne supstance nije bitno smanjena*. Ukoliko bi njegova uračunljivost bila bitno smanjena trebalo bi primeniti neku od psihijatrijskih mera bezbednosti iz čl. 81 i 82 KZ, iz razloga što se psihička zavisnost javlja kod lica kod kojih postoji neka primarna psihička devijacija (neuroze, depresije, poremećaji ličnosti i sl.), što znači da je formirana zavisnost samo simptom neke (primarne) psihičke bolesti odnosno poremećaja. Jednostavnije rečeno, prema zavisniku kod kojeg postoji neka primarna psihička devijacija, uz uslov da je njegova uračunljivost u vreme izvršenja krivičnog dela bila bitno smanjena, trebalo bi primeniti meru bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi, odnosno meru bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja na slobodi. Međutim, u našoj sudskoj praksi se u ovakvim situacijama izriču mere bezbednosti koje se odnose na lečenje narkomana i alkoholičara. Tako, presudom Okružnog suda u Novom Sadu K-463/06 od 14.11.2006. godine okrivljenima (njima dvojici) su izrečene mere bezbednosti obavenog lečenja narkomana iz čl. 83 KZ, iako je za jednog od njih utvrđeno (osim toga što je narkoman) da je „lake mentalne retardacije" i da je njegova uračunljivost u vreme izvršenja krivičnog dela bila bitno smanjena. Ili, presudom istog suda K-85/02 od 03.06.2002. godine okrivljenom je izrečena mera bezbednosti obaveznog lečenja alkoholičara i narkomana iz čl. 65 KZJ iako je utvrđeno da se radi o alkoholičaru kod kojeg postoji *hronični posttraumatski poremećaj* i kod koga su nastupile *trajne promene ličnosti*, tako da je al-

[13] Toksikomanski zavisnik je lice kod koga je formirana fizička zavisnost od psihoaktivnih supstanci.

kohol kod njega snižavao prag frustracija i podsticao oslobađanje agresivnih impulsa, usled čega je njegova uračunljivost *tempore criminis* bila bitno smanjena.

S obzirom da je zakonodavac predvideo posebnu meru bezbednosti za narkomane, a posebnu za alkoholičare, postavlja se pitanje kako će sud postupiti ako pred sobom ima lice koje je zavisno i od alkohola i od opojnih droga? U jednom primeru iz dostupne sudske prakse (presuda Okružnog suda u Novom Sadu K-70/05 od 22.03.2006. godine) smo našli da je sud jednom od okrivljenih izrekao obe mere bezbednosti, tj. i obavezno lečenje narkomana i obavezno lečenje alkoholičara. Ovakvo postupanje je po našem mišljenju legalno, jer ne postoji izričita zakonska zabrana ove mogućnosti. Međutim, ova mogućnost vuče za sobom drugi problem, a on se odnosi na postupak izvršenja ovih mera u situaciji njihovog kumulativnog izricanja, pošto isti nije regulisan ni odredbama našeg materijalnog, a ni izvršnog krivičnog prava.

Činjenicu zavisnosti sud utvrđuje na osnovu nalaza i mišljenja veštaka psihijatra. Veštačenje po veštaku odnosne struke je obligatorni elemenat postupka izricanja ovih mera bezbednosti (čl. 511 ZKP). Iako je ovo izričito propisano ZKP-om, naši instancioni sudovi su se, usled pogrešne prakse nižestepenih sudova, još davno izjasnili da nepostupanje po ovoj odredbi predstavlja povredu zakona (Vrhovni sud Srbije Kž. 1767/71 od 23.07.1971. godine),[14] odnosno bitnu povredu odredaba krivičnog postupka (Stav Krivičnog odeljenja Vrhovnog suda Vojvodine od 02.07.1979. godine).[15] Nažalost, pogrešna praksa nižestepenih sudova je nastavljena i dalje. Tim povodom navešćemo presudu Okružnog suda u Novom Sadu K-549/07 od 24.10.2007. godine, kojom je sud bez prethodno obavljenog veštačenja izrekao meru bezbednosti iz čl. 83 KZ. U obrazloženju odluke stoji: „Prilikom izricanja ove mere sud je imao u vidu činjenicu da *okrivljeni sebe još ne smatra zavisnikom*, te da se do sada nije samoinicijativno javljao na lečenje, iako se u kratkom roku pojavljuje kao dvostruki izvršilac istovrsnog krivičnog dela, a pri tome priznaje da je konzument opojnih droga već 3-4 godine“. Kao što vidimo, sud je u ovom predmetu izrekao meru bezbednosti konzumentu opojnih droga (konkretno marihuane), zbog toga što isti sebe ne smatra zavisnikom. Naravno, bez veštačenja sud nije ni mogao utvrditi da li je učinilac zavisnik ili ne.

---

[14] Vuković, Š. i Nedić, D., *Pripučnik za praktičnu primenu Zakonika o krivičnom postupku, sa sudskom praksom, objašnjenjima, obrascima i registrom pojmova*, Savremena administracija, Beograd, 2002, str. 286.

[15] Izvor: Jekić, Z. i Danić, R., *Krivično procesno pravo*, Deseto izdanje, Beograd, 2005, str. 377.

1.2. Drugi uslov za izricanje mera bezbednosti iz čl. 83 i 84 KZ jeste veza (kauzalitet) između učinjenog krivičnog dela i zavisnosti. Naime, učinilac treba da je krivično delo „učinio usled zavisnosti" od opojnih droga/alkohola. Za ispunjenost ovog uslova nije nužno da je učinilac *tempore criminis* bio pod uticajem opojne droge odnosno alkohola. Uslov veze između krivičnog dela i zavisnosti biće ispunjen i ukoliko je krivično delo učinjeno usled odgovarajućih prilika u kojima se zavisnik može naći kada nije pod dejstvom supstance, kao na primer za vreme apstinencijalne krize, straha od nje, odnosno za vreme intenzivne psihičke potrebe za supstancom. S tim u vezi Okružni sud u Beogradu je u presudi K-171/02 od 25.04.2002. godine[16] naveo da nije od značaja činjenica da li je optuženi drogu konzumirao pre vršenja krivičnih dela ili posle toga, odnosno da u tom momentu, tj. momentu vršenja krivičnih dela uopšte nije bio pod uticajem droge. Ili, presudom Okružnog suda u Novom Sadu K-22/99 od 03.06.1999. godine okrivljenom je izrečena mera bezbednosti iz čl. 65 KZJ, a isti je u vreme izvršenja krivičnih dela (razbojništvo i prevare) bio u apstinencijalnoj krizi zbog čega je konzumirao tablete „Bensedin". U ovom predmetu veštak psihijatar se izjasnio da je kod okrivljenog postojao stalni strah da će ostati bez sredstava za kupovinu droge. Pored toga, sam okrivljeni je u svojoj odbrani naveo da je prevare vršio svesno i ciljno pošto nije imao drugih načina da dođe do novca.

Naravno, ovaj uslov će biti ispunjen i ukoliko je neki zavisnik učinio krivično delo dok je bio pod dejstvom supstance. Tim povodom ukazaćemo na presudu Okružnog suda u Novom Sadu K-62/90 od 12.09.1990. godine, kojom je okrivljenoj uz kaznu zatvora izrečena mera bezbednosti iz čl. 65 KZJ. Sud je u ovom predmetu utvrdio da je okrivljena alkoholičarka, kao i da se ista u trenutku izvršenja krivičnog dela „nalazila u alkoholisanom stanju sa visokom koncentracijom alkohola u krvi, ali s obzirom da se radi o osobi koja je navikla na alkohol, može se objasniti njeno ponašanje koje u izvesnoj meri ima mere pragmatičnosti, to znači da alkoholisanost nije značajno remetila njenu sposobnost shvatanja dela, ali je značajno uticala na kontrolu ponašanja".

Prilikom utvrđivanja odnosnog uslova sudovi moraju obazrivo postupati, iz razloga što zavisnika karakteriše specifičan način života, s obzirom da su oni nemarni i prema sebi, ali i prema svojoj okolini i društvu uopšte. Zbog toga bi se gotovo svaka devijacija u ponašanju zavisnika mogla dovesti u vezu sa njegovom bolešću. Međutim, kada je reč o uslo-

[16] Odluka je navedena i analizirana u: Božilović, G., *Mera bezbednosti – obavezno lečenje alkoholičara i narkomana*, U: Materijali sa stručnog seminara iz krivičnog i građanskog prava, Projuris, Kragujevac, 26-27. maj 2006. god., str. 60.

vu kauzaliteta između dela i zavisnosti ova veza mora biti jačeg intenziteta, što znači da krivično delo treba da „ima svoje korene u alkoholizmu ili narkomaniji“,[17] odnosno da je simptom te zavisnosti.[18] Nažalost, u mnogim primerima iz sudske prakse na koje smo naišli sudovi se nisu bavili utvrđivanjem postojanja ovog uslova, već su isti obrazlagali pukim citiranjem odnosno parafraziranjem zakonskih odredaba koje se odnose na mere bezbednosti iz čl. 83 i 84 KZ (odnosno čl. 65 OKZ/KZJ).[19]

1.3. Treći uslov za izricanje mera bezbednosti iz čl. 83 i 84 KZ se odnosi na postojanje „ozbiljne opasnosti“ da će učinilac usled svoje zavisnosti i dalje činiti krivična dela. Po svojoj prirodi ovaj uslov je prognostičkog karaktera, jer se tiče mogućnosti (verovatnoće) budućeg kriminogenog ponašanja učinioca.

No, naš zakonodavac ne misli na bilo koju opasnost budućeg vršenja krivičnih dela. Izrazom „ozbiljna“ zakonodavac je nastojao da precizira ovaj inače neprecizan (prognostički) uslov, koji je prisutan ne samo kod mera bezbednosti iz čl. 83 i 84 KZ, već i kod psihijatrijskih mera bezbednosti iz čl. 81 i 82 KZ. U tom smislu ozbiljna opasnost treba da ukaže na postojanje visokog stepena verovatnoće da će učinilac ponoviti krivično delo.[20] I u inostranoj teoriji se povodom ovog uslova kod sličnih mera bezbednosti insistira na većem stepenu verovatnoće budućeg vršenja krivičnih dela, što znači da za njegovo postojanje nije dovoljna obična mogućnost.[21]

Napori zakonodavca i teoretičara da se uslov budućeg vršenja krivičnih dela preciznije definiše zaslužuju svaku pohvalu. Međutim, pitanje je koliko se navedena gradacija opasnosti (obična opasnost, visok stepen opasnosti i sl.) može izvršiti u krivičnom postupku? Na ovo pitanje neki

---

[17] Lackner, K. und Kühl, K., *Strafgesetzbuch - mit Erläuterungen*, Verlag C.H.Beck, München, 2001., s. 371

[18] Kako kaže *Streng* krivično delo treba da je „simptom sklonosti učinioca ka zloupotrebi alkohola ili opojnih sredstava“. Videti: Streng, F., *Strafrechtliche Sanktionen - Die Strafzumessung und ihre Grundlagen*, 2. Auflage (bez godine izdanja), s. 179.

[19] Tim povodom upućujemo na presude Opštinskog suda u Novom Pazaru K-735/05 od 13.02.2006. godine, K-283/07 od 09.05.2007. godine, K-331/07 od 22.05.2008. godine, K-554/07 od 22.08.2007. godine, presude Opštinskog suda u Novom Sadu K-1740/06 od 07.11.2007. godine, K-1992/06 od 23.04.2007. godine, K-1660/07 od 13.10.2008. godine, presude Okružnog suda u Novom Sadu K- 71/07 od 26.03 2008. godine, K-151/07 od 06.06.2007. godine, K- 700/07 od 27.12.2007. godine.

[20] Stojanović, Z., *Komentar Krivičnog zakonika*, Službeni glasnik, Beograd, 2006, str. 265-266.

[21] Videti: Streng, F., *Strafrechtliche Sanktionen*, op.cit., s. 182. Videti i shvatanja *Tröndle*-a i *Fischer*-a navedena u: Drakić, D., *„Društvena opasnost“ učinioca i krivično pravo*, U: Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 3/2007, str. 316.

autori daju negativan odgovor iz razloga što smatraju da ne postoje pouzdane metode „koje bi mogle „predskazati" buduće ponašanje individue".[22] Nepostojanje adekvatnih kriterijuma (metoda) za utvrđivanje ovog uslova ima za posledicu intuitivno i proizvoljno postupanju sudova prilikom njegovog utvrđivanja.[23] Izneti stav ćemo najbolje pojasniti kroz odgovarajuće praktične primere.

Tako, presudom Okružnog suda u Novom Sadu K-690/06 od 22.02.2007. godine okrivljenoj je izrečena mera bezbednosti iz čl. 83 KZ iz sledećih razloga: „Imajući u vidu nalaz veštaka medicinske struke, te činjenicu da je okrivljena P.B. do sada u više navrata prekidala sa konzumiranjem opojnih droga, pa ponovo recidivirala i da nije u stanju da postigne trajnu apstinenciju sud je okrivljenoj B. izrekao meru bezbednosti obaveznog lečenja narkomana". Ili, presudom istog suda, K-482/06 od 28.12.2007. godine, sud je obrazlažući meru iz čl. 83 KZ naveo: „Naime, sud nalazi da dalje lečenje od bolesti zavisnosti okrivljenog više nije samo stvar samog okrivljenog i njegove dobre volje, već je interes društva da se otklone uzroci od kojih je okrivljeni i počinio krivično delo".

Iz navedenih presuda vidimo proizvoljnost sudova prilikom izricanja predmetnih mera bezbednosti. Sudovi se koriste odgovarajućim floskulama („..lečenje od bolesti zavisnosti okrivljenog više nije samo stvar samog okrivljenog..."), odnosno govore o odgovarajućim prilikama u kojima se zavisnik nalazio („...da je okrivljena P.B. do sada u više navrata prekidala sa konzumiranjem opojnih droga, pa ponovo recidivirala i da nije u stanju da postigne trajnu apstinenciju..."). No, nisu retki ni slučajevi (štaviše vrlo su česti) da sudovi obrazlažu predmetne mere bezbednosti pukim citiranjem ili, pak, parafraziranjem odredaba KZ kojima su one regulisane.[24]

Kada je reč o uslovu ozbiljne opasnosti budućeg vršenja krivičnih dela, primetno je da sudovi u praksi često „prebacuju loptu" na veštake, tražeći da se oni *explicite* izjasne o njegovom postojanju. Tako, u presudi Opštinskog suda u Novom Sadu K-2275/07 od 12.09.2008. godine stoji: „Kako je optuženi krivično delo izvršio u stanju bitno smanjene uračunljivosti, a usled kontinuiranog konzumiranja alkohola i stečene zavisnosti od upotrebe alkohola, *te da prema prihvaćnom nalazu vešta-*

[22] Drakić, D., Mere *bezbednosti obaveznog lečenja narkomana i alkoholičara prema novom Krivičnom zakoniku Srbije*, U: Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 1-2/2008, str. 618.

[23] Drakić, D., *„Društvena opasnost" učinioca i krivično pravo*, op.cit., str. 316.

[24] U dostupnoj sudskoj praksi nismo naišli na odluku u kojoj je ovaj uslov adekvatno obrazložen. Tim povodom upućujemo na presude navedene u fusnoti br. 19.

ka postoji ozbiljna opasnost da optuženi usled ove zavisnosti nastavi sa vršenjem krivinih dela...". Isto tako, u presudi Vrhovnog suda Srbije Kž. I 922/07 od 30.05.2007. godine je navedeno da je prvostepeni sud pravilno postupio kada je izrekao predmetnu meru bezbednosti, te je u prilog tome naveo: „Ovo sa razloga, što je *od strane veštaka dr S.P. utvrđeno* da je krivično delo izvršio usled stalne upotrebe opojnih droga i sebe doveo u stanje zavisnosti kao i *da postoji osobita opasnost* da usled ovakve zavisnosti može ponoviti neko krivično delo...".[25] Ovakvo postupanje je nepravilno zato što postojanje ozbiljne opasnosti daljeg vršenja krivičnih dela *treba da utvrdi sud*, a ne veštak. Veštak može za te potrebe pružiti sudu vrlo korisne informacije, kao na primer informacije o stepenu zavisnosti, mogućnosti samostalnog uspostavljanja apstinencije, recidivu u konzumiranju, o izgledima lečenja i sl., koje zajedno sa drugim činjenicama koje se odnose na učinioca (zaposlenost, imovno stanje, ranije vršenje krivičnih dela i sl.) čine „građu" na osnovu koje sud izvodi zaključak o postojanju ozbiljne opasnosti daljeg vršenja krivičnih dela.

2. Mere bezbednosti obaveznog lečenja narkomana i alkoholičara su suplementarnog karaktera, što znači da se nikada ne izriču samostalno. One se prema odredbi čl. 80 st. 4 KZ izriču ukoliko je učiniocu izrečena kazna, uslovna osuda, sudska opomena ili ukoliko je učinilac oslobođen od kazne. Ni prema prijašnjoj regulativi (OKZ/KZJ) ove mere bezbednosti nisu mogle biti izrečene samostalno. Međutim, u dostupnoj praksi smo naišli na jedan primer gde je mera bezbednosti obaveznog lečenja alkoholičara i narkomana iz čl. 65 OKZ izrečena samostalno. Radi se o rešenju Opštinskog suda u Novom Pazaru K-534/02 od 17.06.2003. godine. U ovom slučaju tužilac je na pretresu odustao od gonjenja, ali je predložio da se okrivljenom izrekne mera bezbednosti obaveznog lečenja alkoholičara i narkomana iz čl. 65 OKZ, pa je sud navedenim rešenjem i udovoljio tom predlogu. Bez nekih detaljnijih rasprava može se zaključiti da je navedeno postupanje očigledno pogrešno i nezakonito.

Ukoliko su mere bezbednosti obaveznog lečenja narkomana i obaveznog lečenja alkoholičara izrečene uz kaznu zatvora onda se izvršavaju u

[25] Inače, i iz prvostepene presude (radi se o presudi Okružnog suda u Novom Sadu K-479/06 od 07.02.2007. godine) proizilazi da se veštak izjasnio o ozbiljnoj opasnosti budućeg vršenja krivičnih dela. to proizilazi iz sledećih reči: „Naime, veštak dr S.P. u svojim nalazima i mišljenjima koji su dati u svemu u skladu sa pravilima nauke i struke a pri kojima je ostala i na glavnom pretresu održanom dana 07.02.2006. godine, indicira izricanje ove mere bezbednosti na osnovu zaključka da su okrivljeni usled stalne upotrebe opojnih droga došli u stanje zavisnosti od istih, kao i da *postoji osobita opasnost da usled ovakve zavisnosti ponovo izvrše neko krivično delo*".

zavodu za izvršenje kazne, odnosno u odgovarajućoj zdravstvenoj ili drugoj specijalizovanoj ustanovi (čl. 83 st. 2 i čl. 84 st. 2 KZ), a ako su izrečene uz novčanu kaznu, uslovnu osudu, sudsku opomenu ili oslobođenje od kazne iste se izvršavaju na slobodi (čl. 83 st. 5 i čl. 84 st. 4 KZ). Iako su navedene odredbe KZ jasne i ne iziskuju neko kompleksije tumačenje, u sudskoj praksi smo nailazili i na odluke kojima su, u smislu navedenog, predmene mere bezbednosti pogrešno izricane. Tako, u presudama Okružnog suda u Novom Pazaru K-1/08 i K-25/08 okrivljenima su izrečene zatvorske kazne a uz njih mere bezbednosti obaveznog lečenja narkomana na slobodi.[26]

Prema Zakonu o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivično-pravnoj zaštiti maloletnih lica (u daljem tekstu: ZM) mere bezbednosti obaveznog lečenja narkomana odnosno alkoholičara mogu se izreći i maloletnom učiniocu (kao i mlađem punoletniku) uz kaznu maloletničkog zatvora ili uz vaspitne mere, izuzev vaspitnih mera upozorenja i usmeravanja (čl. 39 st. 1 i 2 i čl. 40 ZM). Međutim, ni KZ ni ZM ne predviđaju na koji način će se sprovesti lečenje – u zavodu za izvršenje kazne maloletničkog zatvora odnosno zavodskih vaspitnih mera ili na slobodi.

S tim u vezi ukazaćemo na rešenje Opštinskog suda u Novom Sadu K-1286/06 od 24.11.2006. godine, kojim je mlađem punoletniku izrečena vaspitna mera upućivanja u vaspitno-popravni dom i uz nju mera bezbednosti obaveznog lečenja narkomana na slobodi. Po našem mišljenju ne postoji mogućnost da se uz navedenu vaspitnu meru izrekne obavezno lečenja na slobodi zato što vaspitna mera upućivanja u vaspitno-popravni dom predstavlja „najrigorozniju vaspitnu meru“, koja se graniči sa kaznom maloletničkog zatvora,[27] odnosno vaspitnu meru koja je veoma slična toj kazni. Vaspitno-popravni dom predstavlja jedan od zakonom predviđenih zavoda koji je namenjen za izvršenje ove vaspitne mere (čl. 13 st. 1 tač. 5 Zakona o izvršenju krivičnih sankcija – u daljem tekstu: ZIKS) i radi se o zavodu poluotvorenog tipa (čl. 15 st. 1 ZIKS). U tom smislu, smatramo da se uz vaspitnu meru upućivanja u vaspitno-popravni

[26] I u presudama Okružnog suda u Novom Pazaru K-67/07 i K-81/07 imamo sličnu situaciju. Naime, okrivljenima su izrečene zatvorske kazne i uz njih mere bezbednosti iz čl. 83 KZ, uz konstataciju da se iste imaju izvršiti u Zdravstvenom centru u Novom Pazaru, u neuropsihijatrijskoj službi. Ako se ima u vidu da u novopazarskom Zdravstvenom centru ne postoji mogućnost za stacionarno lečenje zavisnika niti drugih mentalnih bolesnika, onda je jasno da ova situacija odgovara prethodno opisanoj, tj. kada je lečenje na slobodi izrečeno uz kaznu zatvora.

[27] Perić, O., *Komentar Zakona o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivično-pravnoj zaštiti meloletnih lica*, Službeni glasnik, Beograd, 2005, str. 64. Isto: Stojanović, Z., *Krivično pravo, Opšti deo*, op.cit., str. 389.

dom ne mogu izreći mere bezbednosti obaveznog lečenja narkomana odnosno alkoholičara sa tretmanom na slobodi. *U ovoj situaciji predmetne mere bi se mogle izreći jedino na način kako je to predviđeno za slučaj njihovog izricanja uz kaznu zatvora*.

Drugačija situacija postoji ukoliko je u pitanju vaspitna mera upućivanja u vaspitnu ustanovu. Vaspitna ustanova ne predstavlja zavod u smislu čl. 13 ZIKS-a i ona se izvršava u nekoj od ustanova koje obezbeđuju smeštaj i zadovoljavanje vaspitnih, zdravstvenih, obrazovnih, sportskih i drugih razvojnih potreba maloletnika (čl. 120 st. 1 ZM). U ovoj ustanovi maloletnik prema kome se vaspitna mera izvršava se ne izdvaja od ostalih maloletnika koji u njoj borave, tako da maloletni učinilac ima ista prava i obaveze kao i drugi maloletnici. U smislu rečenog smatramo da se predmetne mere bezbednosti, ukoliko se izriču uz ovu vaspitnu meru, izvršavaju na slobodi, tako da bi za ovu priliku važile odredbe KZ koje regulišu situaciju njihovog izricanja i izvršenja sa tretmanom na slobodi. Isto bi važilo i za izricanje mera bezbednosti obaveznog lečenja narkomana odnosno obaveznog lečenja alkoholičara uz vaspitne mere pojačanog nadzora. U tom pravcu govore i rešenja Okružnog suda u Novom Sadu K-185/06 od 27.11.2006. godine i K-101/07 od 25.06.2007. godine, kojima su mlađim punoletnicima izrečene vaspitne mere pojačanog nadzora od strane organa starateljstva i uz njih mere bezbednosti obaveznog lečenja narkomana iz čl. 83 KZ.

3. Kada je reč o trajanju mera bezbednosti iz čl. 83 i 84 KZ zakonodavac je prihvatio sistem relativno neodređenog trajanja, tako da one u osnovi traju onoliko dugo koliko postoji potreba za lečenjem zavisnog učinioca. Međutim, zakonodavac je istovremeno limitirao maksimum njihovog trajanja, s tim da je predvideo različita rešenja u zavisnosti od toga da li je reč o meri bezbednosti obaveznog lečenja narkomana, odnosno meri bezbednosti obaveznog lečenja alkoholičara, kao i s obzirom na to da li je neka od ovih mera izrečena uz kaznu zatvora ili ne. Tako, mera bezbednosti obaveznog lečenja narkomana ukoliko je izrečena uz kaznu zatvora traje dok postoji potreba za lečenjem, ali ne duže od tri godine. U ovoj situaciji mera može trajati duže od izrečene kazne zatvora, ali njeno ukupno trajanje ne može biti duže od tri godine (čl. 83 st. 2 i 3). Mera bezbednosti obaveznog lečenja alkoholičara ukoliko je izrečena uz kaznu zatvora takođe traje dok postoji potreba za lečenjem, ali ne duže od izrečene kazne zatvora (čl. 84 st. 2). Ukoliko je obavezno lečenje narkomana izrečeno uz novčanu kaznu, uslovnu osudu, sudsku opomenu ili oslobođenje od kazne ne može trajati duže od tri godine (čl. 83 st. 5), dok obavezno lečenje alkoholičara u ovoj situaciji ne može trajati duže od dve godine (čl. 84 st. 4).

Prihvatanje sistema relativno neodređenog trajanja ima za posledicu to da se u sudskoj odluci unapred ne određeuje trajanje ovih mera bezbednosti. U ranijoj sudskoj praksi smo imali stav da ograničavanje trajanja mere bezbednosti obaveznog lečenja alkoholičara i narkomana iz čl. 65 KZJ predstavlja povredu zakona na štetu optuženog, zbog toga što je u njegovom interesu da u okviru izrečene kazne mera bezbednosti „traje vremenski onoliko dugo koliko je to neophodno za njegovo izlečenje".[28]

U vezi sa problematikom o kojoj ovde govorimo navešćemo presudu Okružnog suda u Novom Sadu K-795/06 od 22.05.2007. godine. Ovom presudom okrivljenom je izrečena kazna zatvora u trajanju od devet meseci i uz nju mera bezbednosti iz čl. 83 KZ „u trajanju od jedne godine". Vrhovni sud Srbije je povodom uložene žalbe, presudom Kž. I 1573/07 od 04.09.2007. godine, preinačio navedenu presudu, tako što je izrečenu meru bezbednosti, između ostalog, uskladio u pogledu njenog trajanja sa odredbom čl. 83 KZ, odredivši da će ista trajati dok postoji potreba za lečenjem ali ne duže od tri godine. Inače, iz dostupnih presuda smo utvrdili da je u sudskoj praksi izražen stav da u sudskoj odluci treba konstatovati da izrečena mera bezbednosti traje „dok postoji potreba za lečenjem" uz naznačavanje zakonskog maksimuma trajanja iste (tri/dve godine) odnosno činjenice da li mera može trajati duže od izrečene kazne zatvora (mera iz čl. 83) ili ne (mera iz čl. 84).[29]

4. Ukoliko su mere bezbednosti iz čl. 83 i 84 KZ izrečene uz kaznu zatvora iste se izvršavaju u zavodu za izvršenje kazne, odnosno u odgovarajućoj zdravstvenoj ili drugoj specijalizovanoj ustanovi, s tim da se vreme provedeno u ustanovi za lečenje ima uračunati u kaznu zatvora. Ako su, pak, predmetne mere bezbednosti izrečene uz novčanu kaznu, uslovnu osudu, sudsku opomenu, odnosno kada je učinilac oslobođen od kazne, onda se iste izvršavaju na slobodi, s tim da će sud, u situaciji ako se osuđeni ne podvrgne lečenju ili lečenje samovoljno napusti, odrediti da se izrečena mera bezbednosti prinudno izvrši u odgovarajućoj zdravstvenoj ili drugoj specijalizovanoj ustanovi.

U izreci sudske odluke kojom se izriču predmetne mere bezbednosti, u zavisnosti od toga uz koju su krivičnu sankciju iste izrečene, konstatuje se i način njihovog izvršenja. To je sasvim opravdano ako se ima u vidu da

---

[28] Presuda VSS Kž. I 213/89. Izvor: Elektronski paket propisa i sudske prakse „I*ntermex*".

[29] Ovaj stav nismo „izvukli" samo iz navedene presude Vrhovnog suda Srbije. Iz mnogih presuda koje smo razmotrili utvrdili smo da sudovi u izreci presude navode iznetu konstataciju. Tim povodom upućujemo na presude Okružnog suda u Novom sadu: K- 53/07 od 29.06.2007., K- 71/07 od 26.03.2008., K-151/07 od 06.06.2007., itd.

način izvršenja ovih mera bezbednosti zavisi od sankcije uz koju su one izrečene. Analizirajući dostupnu sudsku praksu naišli smo na slučajeve gde su prvostepeni sudovi uz kaznu zatvora izricali mere bezbednosti obaveznog lečenja narkomana/alkoholičara na slobodi, što je suprotno odredbi čl. 83 i čl. 84 KZ.[30] Upravo da bi se izbegle takve situacije u odluci mora biti naveden način izvršenja neke od odnosnih mera bezbednosti.

Iz rečenog ne treba zaključiti da u odluci kojom se izriču predmetne mere bezbednosti treba navesti i konkretnu ustanovu u kojoj će se lečenje sprovesti.[31] To nije nužno, odnosno, bolje rečeno, to pitanje je predmet postupka izvršenja ovih krivičnih sankcija. Doduše u praksi smo sretali slučajeve da je u sudskim odlukama izričito određena (konkretizovana) ustanova u kojoj se odnosne mere bezbednosti imaju izvršiti. Tako na primer, u presudama Okružnog suda u Novom Pazaru K-67/07 od 19.12.2007. godine i K-81/07 od istog datuma okrivljenom (radi se o istom licu)[32] su uz kaznu zatvora izrečene mere bezbednosti obaveznog lečenja narkomana iz čl. 83 KZ i ujedno je određeno da se iste imaju izvršiti u Zdravstvenom centru u Novom Pazaru.[33]

III

Razmatrajući dostupnu sudsku praksu stekli smo utisak da sudovi u potpunosti ne razumeju problematiku koja se veže za mere bezbednosti obaveznog lečenja narkomana i obaveznog lečenja alkoholičara. Takav utisak proizilazi iz sledećeg: neki sudovi ne nalaze za shodno ni da „utvrde“ da li je učinilac zavisnik od neke opojne droge odnosno alkohola, tako da se, s tim u vezi, postavlja pitanje da li oni zaista razumeju odnose na relaciji čovek – psihoaktivna supstanca; dalje, sudovi često pribegavaju tome da utvrđivanje uslova za izricanje predmetnih mera bezbednosti,

[30] S tim u vezi u odluci VSS Kž I 1511/06 od 05.10.2006. godine stoji: „Naime, prvostepeni sud nije mogao prema optuženima izreći navedenu meru bezbednosti obaveznog lečenja narkomana na slobodi budući da su osuđeni na kazne zatvora, pa bi takva mera bila nesprovodiva u vreme izvršenja kazne zatvora“. Izvor: Elektronski paket program propisa i sudske prakse „*Intermex*“.

[31] Tako je bilo predviđeno i u načelnom pravnom stavu sa zajedničke sednice Saveznog suda, vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda od 20.04.1982. godine. Stav glasi: „U odluci kojom se izriče mera bezbednosti obaveznog lečenja alkoholičara i narkomana iz čl. 65 KZ ne određuje se u kojoj će se vrsti ustanove i u kojoj ustanovi izrečena mera bezbednosti izvršiti, ukoliko Zakonom o izvršenju krivičnih sankcija nije drugačije određeno“. Izvor: Elektronski paket program propisa i sudske prakse „*Intermex*“.

[32] Zanimljivo da sud nije sproveo jedinstven, već dva odvojena krivična postupka.

[33] Napominjemo da u Zdravstvenom centru u Novom Pazaru ne postoji odeljenje za hospitalno lečenje psihijatrijskih bolesnika uključujući i zavisnike.

pre svega ozbiljne opasnosti budućeg vršenja krivičnih dela, prevaljuju na veštake, čime se od veštaka stvaraju stvarni presuditelji, dok se uloga suda svela na nekritičko prihvatanje njihovih nalaza i mišljenja; upitno je i koliko se od strane pojedinih sudija razume priroda mera bezbednosti, jer, kao što smo videli, u praksi su prisutni slučajevi da se mere bezbednosti obaveznog lečenja narkomana/alkoholičara izriču u određenom trajanju, ili da se lečenje na slobodi izriče uz kaznu zatvora. Nažalost primeri iz kojih proizilaze pobrojane nepravilnosti nisu retki, a mi smo neke od njih naveli u ovom radu.

Iznetom bi mogli dodati i to da u nekim slučajevima nije jasno šta se sa izrečenim merama bezbednosti iz čl. 83 i 84 KZ želi postići, kao na primer kada su u pitanju lica kod kojih se razvila psihička zavisnost, s obzirom da je kod njih prisutan neki primarni duševni poremećaj, tako da se otklanjanjem zavisnosti ujedno ne otklanja i pravi uzrok devijantnog ponašanja – primarni poremećaj.[34] Ova problematika naročito dolazi do izražaja onda kada je uračunljivost učinioca kod koga se razvila psihička zavisnost *tempore criminis* bila bitno smanjena. Kao što smo već naveli, u potonjoj situaciji bi, po našem mišljenju, pre trebalo izreći neku od psihijatrijskih mera bezbednosti iz čl. 81 i 82 KZ, naravno pod uslovima koji važe za njihovo izricanje.

Međutim, kada već kritički razmatramo postupanje sudova prilikom izricanja mera bezbednosti obaveznog lečenja narkomana i obaveznog lečenja alkoholičara onda ne treba zaboraviti da su mere bezbednosti po svojoj konstrukciji veoma „zahtevne“ krivične sankcije, s obzirom da se temelje na prognozi budućeg ponašanja. Takav koncept ovih, ali i nekih drugih mera bezbednosti *utire put intuitivnom, proizvoljnom, pa donekle i arbitrernom postupanju sudova*, što ukazuju i razmatrani primeri iz sudske prakse.

[34] Tim povodom videti: Stanojlović, D., *Forenzički značaj procene ličnosti alkoholičara u određivanju mera obaveznog lečenja*, U: Glasnik Advokatske komore Vojvodine, br. 9-10/93, str. 40-41.

Emir Ćorović, LL.M., Assistant
Law-Economic Faculty
State University in Novi Pazar

Security Measures of Compulsory Drug Addiction Treatment and Compulsory Alcohol Addiction Treatment in Judicial Practice

Abstract

This paper is a critical analysis of judicial practice of announcing security measures of compulsory drug addiction treatment from art. 83. and compulsory alcohol addiction treatment from art. 84. of Criminal code. For those needs, the paper is separated in three parts.

In the first part of the paper, one refers to the conception of security measures which are related to the treatment of addiction according to our former legislations, then on to the conception of those security measures according to the running Criminal code, and finally to their purpose in lights of art. 78. of Criminal code.

The second part of the paper occupies central position. In that part, one analyzed practical experiences related to all major issues which are related to the announcement of those security measures, such as conditions for their implementation (addiction, relationship between crime and addiction, serious threat of committing new crimes), then their durability, supplementary character and appropriation modality of executing (at large or in a penitentiary institution or appropriate medical or other specialized institution).

In the third part of the paper, the author gives his conclusion about judicial handling apropos pronouncing of security measures of compulsory drug addiction treatment and compulsory alcohol addiction treatment.

Key words: security measure of compulsory drug addiction treatment, security measure of compulsory alcohol addiction treatment, judicial practice.

ODELJAK ZA INOSTRANE AUTORE

Originalni naučni rad 347.74:338.48(439)

Tekla Papp, Ph.D., Assistant Professor
Law Faculty Szeged

DER TIMESHARING-VERTRAG IN UNGARN – EINE RECHTSVERGLEICHENDE ANALYSE –

1. Die Regulierung des Timesharing-Vertrages
2. Die begriffliche Analyse des Timesharing-Vertrages
3. Das Timesharing-System
4. Die Einstufung des Timesharing-Vertrages

1. Die Regulierung des Timesharing-Vertrages

Das Europäische Parlament und der Rat nahm am 26. Oktober 1994 die EU-Richtlinie 94/47/EG an (Zum Schutz der Erwerber im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Verträgen über den Erwerb von Teilzeitnutzungsrechten an Immobilien) an, da

– im Hinblick auf Timesharing-Verträge die Unterschiede zwischen den nationalen Rechtsordnungen die Funktionstüchtigkeit des Binnenmarktes behindern und den Wettbewerb verzerren können,

– die Erwerber einen hochgradigen Schutz erhalten müssen (Recht zur Informiertheit, mit entsprechender Sicherstellung des Rücktrittsrechts, Forderung zur schriftlichen Information, Verbot der Annahme von Vorauszahlungen),

– den Verkäufern Mindestverpflichtungen vorgeschrieben sein müssen, deren Erfüllung zu gewährleisten ist,

– die Mindestbestandteile der Timesharing-Verträge festzulegen sind (siehe Anhang zur Richtlinie),

– eine gemeinsame Regelung hinsichtlich der Sprache der Timesharing-Verträge notwendig ist.

Die Richtlinie hat nicht die Absicht, eine umfassende Regelung hinsichtlich der Timesharing-Verträge zu entwickeln, ihre Geltung erstreckt sich nur auf folgende Gesichtspunkte der Rechtsharmonisierung:

– Informationen, welche die grundlegenden Bestandteile des Vertrages bilden,

– Lieferung der Informationen (Zeit, Art und Weise),

– und dem Käufer zustehende Leistungen.[1]

In den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union traten bei der Kodifizierung der Timesharing-Verträge entweder der Schutz der Verbraucher (siehe Skandinavische Länder, Benelux-Staaten, Vereinigtes Königreich, Deutschland, Österreich) oder Marktumsatz- und steuerrechtliche Gesichtspunkte in den Vordergrund (siehe: Griechenland, Portugal, Spanien, Frankreich).[2] Ein gemeinsamer Zug der Regelungen der Mitgliedsstaaten bestand darin, dass die Realisierung der Zielsetzungen der Richtlinie 94/47/EG eine erstrangige Aufgabe darstellte. Die Formulierungen der Richtlinie wurden von den Mitgliedsstaaten fast übereinstimmend übernommen (siehe Punkt 2). Die inhaltlichen Mindestbestandteile des Timesharing-Vertrages (Daten des Verbrauchers, Kennzeichen des Nutzungsrechts, zu Lasten des Verbrauchers gehende Zahlungsverpflichtungen), die formellen Voraussetzungen (einfache Urkunde) und die Festlegung der dem Verbraucher zu übergebenden schriftlichen Informationen [im Zusammenhang mit dem Verkäufer (Unternehmen), dem Nutzungsrecht, der Immobilie, der vom Verbraucher zu zahlenden Gegenleistung, der Information über das dem Verbraucher zustehende Rücktrittsrecht und die Schlussklausel (die schriftliche Information ist Teil des Vertrages)] zeigen in dieser Hinsicht bei der Aufnahme in die Landesgesetzgebungen volle Übereinstimmung. Markantere Abweichungen zeigen sich bei der Einstufung des Timesharing-Vertrages (siehe Punkt 4) und des Zeitraums der so genannten „cooling-off period" („Beruhigungsfrist" des Verbrauchers: Objektives Rücktrittsrecht, das ihm nach Vertragsschluss zusteht). Diesbezüglich

– legen das holländische, finnische, irische, italienische, portugiesische, schwedische und spanische Recht eine 10tägige Rücktrittsfrist fest (gerechnet vom Tage des Vertragsabschlusses und der Übergabe eines Exemplars an den Verbraucher);

– gewährt die englische[3],österreichische, deutsche und liechtensteinische Regelung dem Verbraucher 14 Tage um von seinem Rücktrittsrecht gebrauch zu machen;

– und die belgische und ungarische Kodifizierung 15 Tage.[4]

---

[1] *T. Papp*: Atypische Verträge (Atipikus szerződések) (Tyras, Szeged, 2007., S. 76–77.

[2] http://www.timesharingsproblems.org/Timesharing_GB/index.html

[3] Timeshare Act 1992 (c. 35) 2. (2) a)

Im Bezug auf die Definition der Subjekte des Timesharing-Vertrages, die Formvorschriften, die inhaltlichen Bestandteile (auch hinsichtlich der Information, die einen festen Bestandteil des Vertrages bildet), das Rücktrittsrecht des Verbrauchers, das Verbot der Vorauszahlung/Anzahlung, das anzuwendende Recht besteht in Übereinstimmung zwischen der ungarischen Regierungsverordnung und der Richtlinie. Hinsichtlich des Begriffes des Timesharing-Vertrages ist die ungarische implementierende Rechtsvorschrift ausführlicher: sie erstreckt sich auch auf die Nutzung zu Urlaubszwecken und legt für den wiederholten, bestimmten Zeitraum keine Mindestdauer fest (die Richtlinie erlaubt die Feststellung eines Nutzungsrechtes von weniger als einer Woche nicht).[5]

Nach umfassenden Vorbereitungen hat die EU-Kommission am 7. Juni 2007 den Vorschlag[6] für eine Reform der Timeshare-Richtlinie vorgelegt. Die wesentlichen Inhaltsgrundlagen des Kommissionsvorschlages sind die folgenden

– der Entwurf gibt Möglichkeit für mobiles Timesharing: Teilzeitnutzungsrecht an Unterkünfte in Wohnmobilien, Hausbooten und Kreuzfahrtschiffen;

– die Mindestvertragslaufzeit wird auf ein Jahr geändert;

– die Nutzungszeit wird nicht auf einwöchige Mindestnutzung beschränkt;

– die Dauer der regulären Widerruffrist wird auf vierzehn (Kalender)Tage verlängert;

– der Richtlinienentwurf erfasst das Anzahlungsverbot während der Widerruffrist auch Zahlungen gegenüber Dritten;

– alle akzessorischen Verträge (z. B.: Tauschverträge, Kreditverträge) verlieren ihre Gültigkeit automatisch und entschädigungsfrei im Falle eines Widerrufs des Timeshare-Vertrages;

– der Verwendungsbereich der Richtlinie wird auf Verträge mit timeshare broker (der dem Verbraucher Vermittlung und Beratung beim Verkauf oder Erwerb von Timeshare-Produkten anbietet) ausgedehnt.[7]

---

[4] http://europa.eu.int/youreurope/nav/hu/citizens/factsheets/at/consumerprotection/ Timesharings /de.html

[5] *Papp* z. W. S. 77.

[6] KOM (2007) 303 endg.

[7] *C. Busch*: Der Vorschlag der EU-Kommission für eine Reform der Timeshare-Richtlinie – ein richtiger Schritt auf dem Weg zur Überarbeitung des Verbraucheracquis? Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht, 1/2008., S. 13-14.; *K. Schubert*: Neues bei den Teilzeit-Wohnrechten (Timesharing) – Der Vorschlag der EU-Kommission für eine Reform der Richtlinie 94/47/EG, Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht, 2007., Heft 18, S. 666-669.

2. Die begriffliche Analyse des Timesharing-Vertrages

Unter Timesharing-Verträgen verstehen wir Verträge, die auf die Erlangung eines Teilzeitwohnrechts an Immobilien gerichtet sind. Die Vereinbarung zur Erlangung des Teilzeitnutzungsrechtes von Immobilien ist ein Vertrag auf dessen Grundlage der Verbraucher vom Verkäufer (Unternehmen) für eine Gegenleistung direkt oder indirekt für einen Zeitraum von wenigstens drei Jahren das Recht zur wiederholten Nutzung einer oder mehrerer Immobilien für einen bestimmten Zeitraum zu Urlaubs- oder Wohnzwecken erlangt. Im Rahmen des Vertrags erlangt der Verbraucher:

– ein festgelegtes (Urlaubs- oder Wohn-) Nutzungsrecht für 3 oder mehr Jahre, jedoch für einen in jedem Fall begrenzten Zeitraum,

– an einem oder mehreren Gebäuden (z.B. Hotel) und dessen Räumlichkeiten einschließlich der zusätzlichen Einrichtungen (z.B. Schwimmbad, Sauna, Tennis-, Golfplatz),

– für einen im Voraus festgelegten Zeitraum des Jahres (z.B. 1 Woche oder 10 Tage) mit sich jährlich wiederholendem Charakter (für jeweils die gleichen Tage des gleichen Monates jeden Jahres),

– vom Eigentümer der Immobilie (das kann auch der Verkäufer sein) direkt bzw. indirekt vom Verkäufer (wenn er nicht identisch ist mit dem Eigentümer der Immobilie) oder von Wiederverkäufern oder Wiederverkaufsagenturen (Wiederverkaufsgesellschaft mit OTE-Mitgliedschaft – Organisation for Timesharing in Europe –).[8]

Charakteristikum der Teilzeitkonstruktion aus *subjektiver Sicht* ist, dass die Vertragsparteien zur effektiveren Geltendmachung ihrer Interessen regelmäßig eine Organisation gründen, oder sich einer solchen anschließen (siehe Punkt 4):

– die Verbraucher gründen im Allgemeinen einen Verein, Klub oder eine Genossenschaft,

– während die Verkäufer sich in Tauschorganisationen (RCI – Resort Condominiums International, II – Interval International) organisieren.[9]

Der ungarischen Regelung nach ist der *direkte Gegenstand* des Timesharing-Vertrages die Übertragung des Nutzungsrechtes vom Verkäufer (Unterneh-

---

[8] *Papp* z. W. S. 63.

[9] *L. Drábik – A. Fábián* : Fremdenverkehrs- und Timesharingtätigkeit in der EU und in Ungarn (Utazásszervezés és time sharing tevékenység az EU-ban és Magyarországon.) Ungarische Handels- und Industriekammer (Magyar Kereskedelmi és Iparkamara), Budapest, 2004., S. 81.

http://www.tug2.net/advice/Timesharing-101.htm#mKeyTimesharingConcepts

http://www.ote.hu/index.nof?o=O&k2=18&nyelvid=1&k1=3

men) auf den Verbraucher.[10] Nach dem deutschen BGB ist das Wesen des Kontrakts: *das Recht verschafft…zu nutzen*.[11] Im holländischen, liechtensteinischen und österreichischen Recht verpflichtet sich der Verkäufer (Unternehmen) zum Überlassen des Nutzungsrechtes. Die spanischen, italienischen, portugiesischen, finnischen und schwedischen Vorschriften nutzen die allgemeine Klausel der „Erlangung des Nutzungsrechtes". Im irischen Recht ist der direkte Vertragsgegenstand des Timesharing-Vertrages die Übertragung des Eigentumsrechtes an der Immobilie oder eines anderen Rechtes. Im belgischen Recht dagegen kann der Verbraucher einen gemeinsamen Eigentumsanteil *(right of joint ownership)* erlangen.[12]

Indirekter Gegenstand der Vereinbarung ist nach der ungarischen Regierungsverordnung das Nutzungsrecht, durch welches der Verbraucher die betreffende Immobilie (oder Teilimmobilie) jährlich für eine bestimmte Zeit besitzen, benutzen, möglicherweise nutzen (tauschen) und veräußern kann.[13] Die ungarische Rechtsvorlage bezeichnet einen Zeitraum von wenigstens 3 Jahren und eine wiederholte Nutzungsrechtserlangung. Auch die Mitgliedsstaaten der Europäischen Union regeln – der Richtlinie entsprechend – einen Zeitraum von mindestens 3 Jahren und eine zeitweise (im allgemeinen jährlich) wiederkehrende Nutzung.[14] Die weitläufige Formulierung der Rechtsvorschriften hinsichtlich der Periodizität der Teilzeit wurde von der Praxis mit einem „ausgeprägteren" Inhalt erfüllt: es wurde nicht nur die Möglichkeit der jährlichen Rotation geschaffen, sondern zum Beispiel

– kann das Nutzungsrecht einer im Voraus bestimmten Woche alle zwei Jahre *(biennial)*, und zwar in ungeraden Jahren *(odd year usage)*, oder in geraden Jahren *(even year usage)* in Anspruch genommen werden;

– oder der sogenannte beschleunigte Verbrauch *(accelerated use)*, wenn das Nutzungsrecht in einem kürzeren Zeitraum als erworben, ausgeübt wird (wenn der Verbraucher für 10 Jahre jährlich 1 Woche Urlaubsnutzungsrecht erlangt, dann kann er bei dieser Nutzungsart – abhängig von der freien Kapazität der Ferienanlage - über 5 Jahre 2 Wochen, oder über 2 Jahre 5 Wochen jährlich Urlaub machen);

---

[10] *Papp* z. W. S. 66. Regierungsverordnung 20/1999. (II.5.) § 3.

[11] § 481 Begriff des Teilzeit-Wohnrechtevertrags

[12] http://europa.eu.int/youreurope/nav/hu/citizens/factsheets/at/consumerprotection/ Timesharings/de.html

[13] Regierungsverordnung 20/1999. (II.5.) § 7. Abs. (1) Punkt c, und k, *Papp* z. W. S. 66.

[14] http://europa.eu.int/youreurope/nav/hu/citizens/factsheets/at/consumerprotection/ Timesharings/de.html

– oder das jährlich zur gleichen Zeit am gleichen Ort ausgeübte Nutzungsrecht *(fixed unit)*.[15]

Hinsichtlich der Zeitspanne der jährlichen Ausübung des wiederholten Nutzungsrechts haben die Mitgliedsstaaten der Union im Allgemeinen das in der Richtlinie festgelegte Intervall von mindestens einer Woche übernommen. Eine Ausnahme bildet hier zum Beispiel die ungarische, liechtensteinische, englische[16], österreichische, deutsche und spanische Regelung.[17] Die Timesharingpraxis kennt:

a) ein einwöchiges, jährlich wahrnehmbares Nutzungsrecht, das

- sich nach der Kalenderwoche richtet *(interval)*,
- ein fester Zeitpunkt ist *(fixed week)*,
- eine variable Wocheneinteilung hat *(floating)*, wobei nur die Feriensaison (Haupt-, Vor-, Nachsaison und außerhalb der Saison) innerhalb dieser die Kalenderwoche jedoch nicht im Vorhinein festgelegt ist,
- eine flexible Einteilung hat: entweder kann der Verbraucher den jährlich wahrnehmbaren Zeitpunkt entsprechend der vorher festgelegten Regeln bestimmen *(flex time)*, oder der Wert des vom Verbraucher erlangten Nutzungsrechts wird in Punkten ausgedrückt und so können Zeitpunkt und Zeitdauer (im allgemeinen auch der Ort) der Wahrnehmung des Rechts nach Bedarf verändert werden *(points)*,
- angesammelt ist *(accrued weeks)*, weil der Verbraucher sein Nutzungsrecht über Jahre nicht wahrgenommen hat (und die Wochen in der Tauschorganisation „deponierte“) und die angesammelten Wochen auf einmal in Anspruch nehmen möchte;
- *week53*: diese ist eine solche Woche, die sich durchschnittlich 5-7 jährlich sammelt (das Jahr besteht nicht aus 52x7=364 Tagen, sondern 365/366 Tagen), der Entwickler der Immobilie verfügt darüber, seine freie Platz- und Zeitkapazität gebraucht;

b) eine Bonuszeit *(bonus time)*, wenn der Verbraucher sein Nutzungsrecht über die bereits in Anspruch genommene einwöchige Nutzungsperiode hinaus – in Abhängigkeit von der freien Kapazität der Ferieneinrichtung – als Mehrberechtigung wahrnehmen kann;

c) ein vierteljähriges, für 3 Monate geltendes Nutzungsrecht *(quarter-share)*, das auf Rotationsbasis in Anspruch genommen werden kann: immer in einem anderen Quartal des Jahres.[18]

---

[15] http://ote.hu/index.nof?o=O&k2=18&nyelvid=1&k1=3

[16] Timeshare Act 1992 (c. 35) 1. (2) b)

[17] http://europa.eu.int/youreurope/nav/hu/citizens/factsheets/at/consumerprotection/ Timesharings/de.html

[18] http://ote.hu/index.nof?o=O&k2=18&nyelvid=1&k1=3

Gemeinsames Charakteristikum der europäischen Timesharing-Regelung ist die Vermarktbarkeit und der entgeltliche Erwerb des den indirekten Vertragsgegenstand bildenden Nutzungsrechts, welches sowohl Wohn-, als auch touristischen Zwecken dienen kann (letzteres ist allgemein verbreitet, weshalb Timesharing auch häufig mit dem Ferien- oder Urlaubsrecht gleichgesetzt und nur so apostrophiert wird).[19]

Hinsichtlich des durch den Timesharing-Vertrag erworbenen speziellen Nutzungsrechtes lassen sich neue Tendenzen aufzeigen:

a) einerseits wird Timesharing auch als Teilelement der Gesamtheit mehrerer Fremdenverkehrsdienstleistungen qualifiziert (siehe das Urteil des Europäischen Gerichtshofes zur Travel Vac Sache);[20]

b) andererseits kann sich die Rechtspraxis nicht mehr nur auf Immobilien, sondern auch auf bewegliche Dinge richten: dem amerikanischen Beispiel folgend gibt es im Vereinigten Königreich bereits die Möglichkeit zum geteilten, zeitlich periodifizierten Eigentum an einem Luxusauto *(„I own a Ferrari/Bentley/Hummer/Rolls-Royce")*, einer Luxusyacht oder einem Flugzeug im Rahmen eines Timesharing-Vertrages *(fractional ownership)*, oder zu deren mit dem in Luxushotels wahrnehmbaren Teilnutzungsrecht verbundenen Nutzung.[21]

3. Das Timesharing-System

In Ungarn sind die verbreitetsten Erscheinungsformen der Timesharing-Konstruktion die Genossenschaft (a), die Aktiengesellschaft (b) und die indirekte Formation (c).

a) Die Genossenschaftsform verbreitete sich ab dem Ende der 70-er Jahre (z.B. Hegyvidéki SCH Szövetkezeti Üdülőszálloda-lánc/Genossenschaftliche Ferienhotelkette Bergland). Bei der Genossenschaft steht dem Mitglied ein jährliches Nutzungsrecht an dem im Eigentum der Genossenschaft befindlichen Ferienheim, für einen in den Statuten festgelegten Zeitraum zu. Dieses Nutzungsrecht ist vererbbar, verschenkbar und verkaufbar.[22] Die als Beispiel angeführte Genossenschaft (Hegyvidék Üdülőépítő és Fenntartó Szövetkezet, illetve Szövetkezeti Üdülőszálloda-lánc) verkauft zweierlei Ferienheim-

[19] http://ote.hu/index.nof?o=O&k2=18&nyelvid=1&k1=3

[20] C-423/97, Travel Vac S.L. v M.J.A. Sanchis

[21] Luxusautos im Teileigentum. Ein gemeinsamer Traum (Luxusautók résztulajdonban. Közös álom.) HVG, 2004. dec. 25., S. 52–53.

G. Nagy: Ferienklubs für Reiche. Teilzeitluxus. (Nyaralóklubok gazdagoknak. Részidős luxus.) HVG 2005. jun. 11., S. 34–37. Gemeinsames Privatflugzeug auf Eroberungsfeldzug (Hódít a közös magánrepülő) (http://www.deluxe.hu/cikk.php?article=591&pat=14, 2005.jun.15.)

[22] *Papp* z. W. S. 74. Gesetz CXV/2004, § 13

nutzungen mit zeitlicher Einteilung: ein inländisches, ewiges Nutzungsrecht sowie ein erweitertes ewiges Nutzungsrecht für mindestens 7 Nächte (zusammen mit einer RCI Klubmitgliedschaft).[23]

b) Die Verwendung der Gesellschaftsform der Aktiengesellschaft (durch „Timesharing-Aktien" z.B.: Abbázia Rt., Petneházy Rt.) verbirgt kompliziertere rechtliche Systeme:

ba) Die AG (rt.) ist der Eigentümer der Immobilie (des Feriendorfes) und dessen Mieter ist eine GmbH, die als Mieter berechtigt ist im Rahmen des Mietrechts das Nutzungsrecht mit zeitlicher Einteilung zu verkaufen. Der Verbraucher hat die Möglichkeit zum Erwerb des Nutzungsrechtes im Rahmen des Teilnutzungsvertrages durch den Kauf von Aktien: Der Gegenwert des Nutzungsrechtes wird durch den Erwerb von Dividendenvorzugsaktien entrichtet. Der Aktionär, der Verbraucher kann jedoch die Festlegung und Änderung der Nutzungsgebühr nicht beeinflussen: dies ist eine nicht in den Geltungsbereich der Hauptversammlung verwiesene Frage, sondern wird vom Vorstand der AG entschieden.[24] Die Konstruktion steht aus rechtlicher Sicht auf „schwachen Beinen", wenn die dem Verbraucher – als Aktionär– durch die Aktie zustehende Dividende das Timesharing selbst ist, weil die Aktie kein Wertpapier ist, welches eine dingliche Berechtigung (im gegebenen Fall die Nutzung einer Ferieneinheit), sondern Mitgliedsrechte verkörpert.[25] Eine rechtmäßigere Variante liegt vor, wenn der Betreiber (oder Eigentümer) der Immobilie sein Kapital über den Aktienkauf aufbringt (oder ergänzt) und daneben mit dem Verbraucher auch gleichzeitig einen Nutzungsvertrag (dessen Vorbedingung der Kauf der Aktie ist), abschließt. Die Inanspruchnahme des Timesharings selbst erfolgt im allgemeinen entsprechend der Regierungsverordnung im Rahmen des Nutzungsvertrages. Es ist rechtlich jedoch beunruhigend, dass die Aktionäre der Aktiengesellschaft (die Timesharing-Berechtigten) keinen Einfluss auf die Arbeit der AG und die Festlegung und Änderung der Timesharing-Bedingungen haben, weil sie über ihre erworbenen Aktien nur begrenzte Mitgliedschaftsrechte in einer „Zwangslage mit Warenkopplung" (auf eine andere Weise hätten sie keine Berechtigung zur Teilzeitnutzung erwerben können) wahrnehmen können.

bb) Eine einfachere Erscheinungsform der oben beschriebenen rechtlichen Lösung liegt vor, wenn das gleiche Rechtssubjekt (Aktiengesellschaft) der Eigentümer, Besitzer und Betreiber (der Ferienanlage) ist und mit den Verbrauchern, die eine bestimmte Zahl von Aktien zu einem bestimmten Wert zeichnen, oder – nach Abschluss der Zeichnungsfrist – kaufen, direkt (ohne

[23] 154/1999. VJ (Beschluss der Wettbewerbsaufsicht)

[24] 59/2001. VJ

[25] Gesetz CXLIV/1997 § 179 Gesetz IV/2006. § 177

Zwischenschaltung eines „Mieters“) einen ermäßigten Mietvertrag – auf 99 Jahre – abschließt.[26]

bc) Aus der Sicht des Verbrauchers ist die vielleicht geeignetste Art des Erwerbs von Timesharing, wenn eine Wirtschaftsgesellschaft den ½ ideellen Eigentumsanteil an der Immobilie (am Feriendorf) erwirbt und den anderen ½ ideellen Eigentumsanteil die von ihr zu gründende Aktiengesellschaft von dem aus der Aktienzeichnung stammenden Grundkapital zu einem, dem geplanten gezeichneten Kapital entsprechenden Kaufpreis kauft. Rechtstechnisch ist dies auch ein Vorvertrag zum Aktienkauf und wird in Verbindung mit einem Immobiliennutzungsvertrag abgewickelt. Nach der Abwicklung des Geschäfts wird die Aktiengesellschaft aufgelöst, ihr Kapital wird unter den Aktionären im Verhältnis zum Nennwert ihrer Aktien aufgeteilt. Gleichzeitig mit der Aufteilung wird mit einer untereinander zu diesem Zweck geschlossenen Vereinbarung gemeinsames Eigentum gebildet und die Appartementanteile werden ins Grundbuch eingetragen. Die Wirtschaftsgesellschaft übernimmt dabei die profitorientierte, hotelgemäße Betreibung und Wartung der Ferienanlage. Um dies zu gewährleisten wird für den Eigentumsanteil der Wirtschaftsgesellschaft zugunsten der Timesharing-Berechtigten eine Hypothek festgelegt.[27]

c) Im Rahmen der indirekten Formation treten die Timesharing-Verkäufer – die kein Eigentum an der betreffenden Immobilie besitzen– die Agenturen und Agenten in Verbindung mit dem Verbraucher.[28] Für die Abwicklung des Timesharing-Verkaufs halten wir den selbständigen Handelsagentenvertrag zwischen Immobilien-eigentümer und Agenten für geeigneter als ein Auftrags- oder Kommissionsrechtsverhältnis.

Die dominanten ungarischen Timesharing-Firmen gründeten 1994 (mit 11 Mitgliedern) den Ungarischen Timesharing Bund, der 2001 in eine Vereinigung mit Informations- und Orientierungszielen umgestaltet wurde.[29] Im Rahmen der Europäischen Timesharing Organisation (Organisation for Timesharing in Europe, OTE) nahm die ungarische Fraktion im Herbst 2003 ihre Arbeit auf.[30]

Das Timesharing-System ist hauptsächlich geeignet Urlaubsansprüche zu befriedigen: im allgemeinen kann ein Urlaubsrecht für ein Intervall von einer Woche erworben werden, das im Tauschsystem mit maximaler räumlicher und zeitlicher Flexibilität verwendet werden kann. Vor dem Beitritt zum Tauschsystem ist es – im Interesse der besseren „Umtauschbarkeit“ des Tauschwertes –

[26] 45/1998. VJ
[27] 247/1995. VJ
[28] *Papp* z. W. S. 75.
[29] *Drábik. – Fábián* z. W. S. 79–80.
[30] http://www.ote.hu/index.nof?o=O&k1=5&nyelvid=1

zweckmäßig abzuwägen, wo ein Ferienwohnrecht für eine wie große und welche Dienstleistungen bietende Immobilie für welche Saison, wie oft und für wie viel Zeit jährlich, erworben werden kann. Zur Jahrtausendwende beteiligen sich bereits 5400 Ferienanlagen aus 90 Ländern an dem Tauschnetz. Die beiden größten Tauschorganisationen sind Resort Condominiums International (RCI) und Interval International (II); bei diesen wird der Verbraucher durch den Timesharing-Kauf automatisch zum „Klubmitglied" der Tauschorganisation.[31] Sitz von RCI ist London, in Europa werden vier regionale Zentren betrieben. Ungarn gehört – zusammen mit Deutschland, Österreich, der Schweiz, den skandinavischen Staaten, Finnland, Russland, Tschechien, Polen, Slowenien und Kroatien – zur Münchner RCI Consulting Vertretung.[32]

Der Wunsch der Verbraucher nach größerer Abwechslung hatte zuerst die Entwicklung der Tauschsysteme, später der auf Punkten basierenden Feriensysteme zur Folge.[33] So kann im Timesharing-System das erworbene Urlaubsrecht auf zwei Arten genutzt werden:

– durch den Urlaubstausch (Klubmitglieder tauschen durch Wahl aus dem Tauschfond ihre Wohnrechte gegen solche an einem anderen Ort und/oder zu einer anderen Zeit),

– oder mit Punkten (den Wert des Ferienwohnrechts ausdrückendes „Zahlungsmittel"), wobei der Verbraucher im Rahmen der ihm zur Verfügung stehenden Punktemenge eine Ferienanlage (Teilanlage) am ihm passenden Ort und zur passenden Zeit reservieren kann. Die Nutzung des Ferienwohnrechts geht auch mit Kosten einher: außer dem einmaligen Eintrittspreis in das System müssen ein jährlicher Mitgliedsbeitrag und Bearbeitungskosten gezahlt werden.[34]

Die Timesharing-Branche – in der weltweit bereits 4000 Firmen tätig sind – hat einen Profilwechsel durchgemacht:

– einerseits finden sich unter den 40 bedeutendsten Timesharing-Firmen auch 6 führende Hotelbetriebe (z.B.: Four Seasons, Hilton, Ramada, Hyatt);[35]

– andererseits bieten die Tauschorganisationen ihren Klubmitgliedern oft auch vergünstigte Reisedienstleistungen (Reiseversicherungen, Flugtickets, Mietwagen usw.).[36]

– drittens traten die an Ferienparks und Bäderkomplexen angeschlossenen Timesharings in den Vordergrund.

---

[31] *Papp* z. W. S. 76.

[32] *Drábik – Fábián* z. W. S. 81.

[33] http://www.ote.hu/index.nof?o=O&k1=5&nyelvid=1

[34] Papp z. W. S. 76.

[35] *Drábik – Fábián* z. W. S. 14.

[36] http://www.ote.hu/index.nof?o=O&k1=5&nyelvid=1

Das sich immer stärker ausweitende Timesharing-Netz wurde zu einer dominanten Art des Tourismus. Durch seine Flexibilität und die Einhaltung der Rechtsvorschriften wurde es zu einer von den Verbrauchern immer öfter in Anspruch genommenen Möglichkeit.

4. Die Einstufung des Timesharing-Vertrages

Die Richtlinie 94/47/EG stellt sich nicht die Regelung der rechtlichen Grundlagen der Timesharing-Verträge zum Ziel und stellt fest, dass die Rechtsnatur der den Gegenstand des Vertrages bildenden Rechte in den einzelnen Mitgliedsstaaten wesentlich voneinander abweicht. Die Richtlinie ordnet die Timesharing-Vereinbarung – hauptsächlich wegen der Übertragung des Nutzungsrechtes und der Zahlungsarten – nicht den Mietverträgen zu.[37]

Die mit Timesharing zusammenhängende internationale Fachterminologie erwähnt drei rechtliche Varianten: das Eigentumsrecht (a), das Mietrecht (b) und das spezielle Nutzungsrecht (c). (*The timeshare is somewhere between ownership and renting* ≈ Timeshare bewegt sich irgendwo zwischen Eigentum und Miete).[38]

a) Im Wesen des Timesharings werden durch die Gleichsetzung mit dem Eigentumsrecht folgende Unterscheidungen vorgenommen:

aa. *deeded property*, was ein im Land seiner Lage in eine öffentliche, beglaubigte Registratur eingetragenes und marktfähiges (vererbbares, verkaufbares, verschenkbares, vermietbares) Immobilieneigentum darstellt;

ab. *fee simple*-, was für den Berechtigten ein Teilzeitrecht bedeutet, bei dem er für einen bestimmten Zeitraum bezüglich eines bestimmten Appartements über ein marktfähiges Eigentumsrecht verfügt (das ist ein ideeller Eigentumsanteil, der nicht nur hinsichtlich der Fläche – ein Appartement –, sondern auch im zeitlichen Sinne – zeitweise wiederkehrendes Intervall – auf einem gemeinsamen Eigentum basiert);

b) wo der Eintritt und die Eintragung des Timesharing als Eigentumsrecht nicht möglich ist, wird die Nutzung der Immobilie entweder durch Mietrecht *(lease, leasehold)*,

c) oder durch ein spezielles Nutzungsrecht *(right-to-use, RTU)* gewährleistet; diese beiden letzteren Rechte sind ebenfalls marktfähig und können für einen längeren Zeitraum, aber immer für eine bestimmte Zeit (im Allgemeinen für 20–99 Jahre) begründet werden.[39]

---

[37] *Papp* z. W. S. 64. Punkte 3., 4., und 5. der Präambel der Richtlinie 94/47/EG

[38] http://www.timesharingsproblems.org./TimesharingGB/index.html

[39] http://www.ote.hu/index.nof?o=O&k2=18&nyelvid=1&k1=3

Im Vereinigten Königreich kann Timesharing nicht auf dem Eigentumsrecht beruhen, trotzdem werden die Verbraucher (die Timesharing-Berechtigten) in der Gesamtheit und als Gruppe hinsichtlich der rechtlichen Beurteilung mit irreführenden Bezeichnungen versehen: *Vacation Ownership* (Ferieneigentum), *Fractional Ownership* (Teileigentum), *Homeowners Association* (Vereinigung/Gruppierung von Haus/Immobilieneigentümern). Die Timesharing-Halter vereinen sich in *Vacation* (Ferien-), oder *Members'* (Mitglieder-), oder *Proprietary* (Eigentümer-) Klubs und übertragen die Verwaltung und Betreibung der Immobilie einem *Trust*.[40] *(Timeshare rights acquired as the result of share ownership and timeshare rights under collective investment schemes.)*[41] In Spanien hat sich das sogenannte *escritura*-System (*Owners Community/ Club* ≈ Gemeinschaft/Klub der Eigentümer) entwickelt, welches auf dem Eigentum am Ferienrecht (*propriedad)* basiert.[42] In Belgien gelten die Timesharing-Berechtigten als gemeinschaftliche Eigentümer.[43] Nach dem deutschen BGB kann das Recht ein dingliches oder anderes Recht sein, insbesondere auch durch eine Mietgliedschaft in einem Verein oder einen Anteil an einer Gesellschaft eingeräumt werden.[44] Das österreichische und liechtensteinische Recht kategorisiert Timesharing als *Teilzeitwohnrecht/Teilzeitnutzungsrecht*. In allen zwei Ländern kann dieses spezielle Nutzungsrecht als dingliches Recht, sonstiges (Schuld-) Recht, Mitgliedschaft in einer Vereinigung und auch als Beteiligung an einer Gesellschaft erscheinen. In Holland kann Timesharing dingliches Recht (Eigentumsrecht oder Nutzungsrecht) und auch Personenrecht sein: Mitgliedschaft in einer Vereinigung oder Beteiligung an einer Gesellschaft. Die irische rechtliche Bestimmung erwähnt das Eigentumsrecht bzw. sonstiges Recht (ohne letztere Kategorie genau zu bestimmen). In Portugal wird zwischen dem zeitweiligen Nutzungsrecht mit Sachenrechtcharakter *(DRHP, direito real de habitação periódica)* und dem Teilzeitnutzungsrecht *(DRT, direito de habitação turística)* unterschieden. In Frankreich ist die Konstruktion der Aktiengesellschaft verbreitet:[45] die Timesharing-Berechtigten sind Vorzugsaktionäre der Gesellschaft. In Schweden, Finnland und Italien wird Timesharing als eine spezielle Berechtigung im dinglichen Recht angesehen.[46]

---

[40] http://www.ote.hu/index.nof?o=O&k2=18&nyelvid=1&k1=3
http://www.tug2.net/advice/Timesharing-101.htm#KeyTimesharingConcepts

[41] 1997 No. 1081 Consumer Protection The Timeshare Regulation 1997 Explanatory Note

[42] http://www.ote.hu/index.nof?o=O&k2=18&nyelvid=1&k1=3

[43] http://www.timesharingsproblems.org./TimesharingGB/index.html

[44] § 481 Abs. (1)

[45] *R. Neises*: Zur Umsetzung der Time-Sharing-Richtlinie in Frankreich, Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht, 1999., Heft 8, S. 338.

[46] http://europe.eu.int/youreurope/nav/hu/citizens/factsheets/at/consumerprotection/ Timesharings/de.html

Die ungarische Regierungsverordnung über Verträge zum Erwerb des zeitlich geteilten Nutzungsrechtes an Immobilien lässt die Frage über den Charakter des durch den Vertrag erworbenen Rechts unentschieden: es kann sowohl ein spezielles Nutzungsrecht[47] als auch ein Eigentumsrecht sein.[48]

Die Konzeption des neuen ungarischen ZGB apostrophiert den Timesharing-Vertrag als spezielle Schuld, die neben dem Schuldcharakter auch sachenrechtliche und zivilrechtliche Gesellschaftselemente enthält. Auf dieser Grundlage betrachtet der Gesetzgeber diesen als sowohl unter die Schuldrechtsregelungen als auch unter die speziellen Verordnungen des Sachenrechts einordenbar.[49]

Von anderen Rechtsgebieten treffen nur das Finanzrecht und das Wettbewerbsrecht auf die Timesharing-Konstruktion zu:

– das Finanzrecht qualifiziert das durch den Timesharing-Vertrag erworbene Nutzungsrecht als Recht mit Vermögenswert, ohne dessen Wesen, den Charakter zu klären;[50]

– im Wettbewerbsrecht wird der Versuch gemacht, Timesharing in Zivilrechtskategorien einzupassen: eine Nutzung von Eigentum an Immobilien bei der die Miteigentümer dieses zeitlich untereinander aufteilen, was deshalb als beschränkte Nutzung von Teileigentum gilt.[51]

In der ungarischen Praxis kann der Timesharing-Vertrag zu gemeinsamem Eigentum, Nießbrauch, Miete, Gesellschaftsbeteiligung und auch zu Genossenschafts- oder Vereinsmitgliedschaft führen. In Fremdenverkehrsanzeigen wird Timesharing meistens als „Teilzeitmiete“, „Dauermietvertrag“ bzw. „langfristiges Mietrecht“ bezeichnet.[52]

In der ökonomischen Fachliteratur ist eine Einstufung zu finden, die Timesharing als dingliches Nutzungsrecht behandelt, mit der Begründung, dass es die Befriedigung von Bedürfnissen unterstützt, also an das Ding (als qualitative Eigenschaften des Gebrauchsgegenstandes) gebunden und kein Wertrecht ist, wie das Eigentumsrecht und das Pfandrecht.[53]

Unsere Meinung stimmt mit dem Standpunkt von Lajos Vékás überein, der die Vertragsseite in den Mittelpunkt stellt (entsprechend der Richtlinie und der Regelung der Regierungsverordnung): das durch den Timesharing-Vertrag abgedeckte Rechtsverhältnis ist eine spezielle Nutzungsschuld, die sowohl sachen-

[47] Regierungsverordnung 20/1995. (II.5.) § 2. Punkt a)

[48] Regierungsverordnung 20/1995. (II.5.) § 7. Punkt c)

[49] *Papp* z. W. S. 64.

[50] 87/2001. Fragen der Rechnungsführung

[51] 247/1995. VJ, 142/2001. VJ

[52] *Papp* z. W. S. 64.

[53] *Drábik – Fábián* z. W. S. 66.

rechtliche als auch GbR (Gesellschaft des bürgerlichen Rechts) Elemente beinhaltet.[54]

Unserer Ansicht nach:

– ist der sachenrechtliche Charakter des Timesharing stärker, wenn das spezielle Nutzungsrecht auf gemeinsamem Eigentum oder gemeinsamer Nutzung basiert,

– ist der GbR-Charakter dominanter, wenn die Mitgliedschaft in einer Organisation die Grundlage bildet, so dass die stärkste Betonung immer auf der Vertragsbeziehung der Parteien liegt.[55]

[54] *Papp* z. W. S. 64.

http://www.ajk.elte.hu/TudomanyosProfil/hallgatoktevekenysege/tdk/pjerkönyv2001/VekasLajos.html

[55] *Papp* z. W. S. 64.

Dr Tekla Pap, docent
Pravnog fakulteta u Segedinu

Timesharing ugovor u Mađarskoj – Uporednopravna analiza

Sažetak: *Autor anaizira četiri aspekta ugovora u timesharing-u: 1. Pravna regulativa (u evropskom komunitarnom pravu i nacionalnim pravima) 2. Pojmovna analiza timesharing ugovora 3. timesharing-sistem i 4. Afirmacija ugovora.*

Evropski parlament i Savet su 24. oktobra 1994. godine usvojili Smernicu br. 94/47/EZ o zaštiti sticalaca u pogledu određenih aspekata kod ugovora o korišćenju prava na nepokretnostima na određeno vreme. Konstatuje se razlika između nacionalnih pravnih sistema i zajedničkog evropskog tržišta, koji sprečavaju funkcionisanje zajedničkog tržišta i ugrožavaju slobodnu konkurenciju. Sticalac prava privremenog korišćenja nepokretnosti, zasnovan ugovorom o timesharing-u bi trebalo da ima najvišu pravnu zaštitu (pravo na informaciju, obezbeđenje prava povraćaja u pređašnje stanje) a isto tako i prenosilac prava privremenog korišćenja ima pravo na obezbeđenje naknade za ustupanje. Zbog razlika u nacionalnim zakonodavstvima neophodno je propisivanje minimuma ovog ugovora na evropskoj razini. Sama Smernica je imala nameru da sveobuhvatno uredi ugovor o timesharing-u, posebno u pogledu bitnih elemenata ugovora, prava na informisanje i zaštite sticaoca prava korišćenja. Postoje različite koncepcije nacionalnih zakona u pogledu pitanja kodifikacije ovog ugovora. Neki ga smeštaju u kontekst prava zaštite potrošača (npr. skandinavske zemlje, Engleska, SR Nemačka ili Austrija), drugi u domen poreskog prava (kao što su Grčka, Portugal, Španija ili Francuska).U nacionalnim pravima postoje razlike u pogledu forme, bitnih elemenata, stranaka ovog ugovora, ali i u pogledu prava potrošača na povraćaj u pređašnje stanje.

Ugovor o timesharing-u ima značaj pre svega u domenu ustupanja prava na privremeno korišćenje turističkih objekata.

Ključne reči: *timesharing, pravo na korišćenje nepokretnosti na određeno vreme na osnovu ugovora, nacionalna prava i komunitarno pravo*

Tekla Papp, Ph.D., Assistant Professor
Szeged School of Law

Timesharing Contract in Hungary – a Comparative Survey

Abstract

In present paper the author analyses four aspects of timesharing contract: Applicable law (in European Union law and national legislation) 2. The Notion of Timesharing 3. System of Timesharing 4. Recognition of contract.

The European Parliament and Council have on 24th October, 1994 adopted the Directive 94/47/EC on the protection of purchasers in respect of certain aspects of contracts relating to the purchase of the right to use immovable properties on a timeshare basis. The aim of the Directive was to bridge the existing differences between national legislations in respect of this contract that are likely to create barriers to the proper operation of the internal market and distort the competition. The purchasers of an immovable property ought to enjoy the highest standards of legal protection (right to information on the constituent parts of contract, right to restitution), just as the vendors are entitled to collect payment for the transferred rights. Since the legal nature of the rights subject of timesharing contracts varies considerably from one Member State to another, it proved necessary to establish a minimum basis of common rules. The Directive itself has the aim to bring under overall regulation the timesharing contract, especially in respect of its essential elements, purchaser's right to information and protection of his interest in property.

The Member States took different paths in respect of implementation of this contract in the national legislation. Some included it in the branch of consumer protection law (for instance, Scandinavian countries, United Kingdom, Germany or Austria), while others in the domain of tax law (such as Greece, Portugal, Spain or France). There are, however, differences at national level for example in respect of form and essential elements, parties to the contract or consumers' right to restitution.

The timesharing contract has its most important role in transfer of rights to temporary use of touristic facilities.

Key words: timesharing, purchase of the right to use immovable properties on a timeshare basis, national legislation and EU law.

ODELJAK ZA STUDENTE

Prilog 347.441.13(01)

Mr Atila Dudaš, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu

PREGLED RELEVANTNE LITERATURE O OSNOVU (CILJU) UGOVORNE OBAVEZE U EVROPSKO-KONTINENTALNOM (*CAUSA*) I ANGLOSAKSONSKOM PRAVU (*CONSIDERATION*)*

Sažetak: *Pojam cilja ugovorne obaveze, razloga zbog kojeg se strane obavezuju u ugovoru je jedno od centralnih pitanja obligacionog prava. Nijedan pravni sistem nije, niti bi smeo biti ravnodušan prema razlozima koji navode strane da zaključe ugovor, da se ugovorom pravno obavezuju na ispunjenje određene prestacije drugoj ugovornoj strani. Međutim, pravni značaj ovog pitanja nije identičan u svim pravnim sistemima. U evropsko-kontinentalnom pravu ovo pitanje se raspravlja u okviru pojma kauze (osnova, cilja) ugovora, dok u anglosaksonskom pravu razlog obavezivanja dobija pravni značaj u institutu koji se zove consideration.*

Autora je na pisanje ovog rada podstakla ideja da se sačini i objavi pregled relevantne domaće i svetske literature o pojmu kauze, odnosno consideration-a, u cilju olakšavanja daljih naučnih istraživanja o ovim pojmovima.

Ključne reči: *causa, consideration*

UVODNE NAPOMENE

O kauzi (osnovu, cilju) ugovora se bez sumnje pisalo mnogo u literaturi građanskog prava i za očekivanje je da će se još više pisati u budućnosti. U pitanju je pravni institut koji odgovara na pitanje zašto se strane obavezuju u ugovoru (odnosno u pravnim poslovima), šta je društveno

* Prilog je objavljen u okviru doktorskih studija „Privatno pravo“ na Pravnom fakultetu Univerziteta u Novom Sadu, u skladu sa akreditovanim studijskim programom.

prihvatljiv razlog koji navodi strane da preuzmu utuživu obavezu. O pojmu kauze postoji veliki broj različitih shvatanja. Prema savremenom i najšire prihvaćenom shvatanju, kauza ugovorne obaveze se u teretnim ugovorima identifikuje sa mogućnošću ispunjenja prestacije druge ugovorne strane, dok se u dobročinim ugovorima kauzom smatra namera za dobročinstvom (*animus donandi*), odnosno namera da se druga strana oslobodi obaveze (*intentio liberalis*).

Nijedan pravni poredak ne zauzima indiferentan stav prema razlogu zbog kojeg se strane obavezuju u ugovoru, ali je različit stepen pravne relevantnosti koju ovo pitanje u određenom pravnom poretku ima.

Klasično rimsko pravo je poznavalo pojam kauze, ali ju je upotrebljavalo u različitim kontekstima. Tako se u izvorima klasičnog rimskog prava, na primer, kauza pominje u smislu valjanog pravnog osnova sticanja nekog stvarnog prava ili državine (*iusta causa*), u smislu motiva zbog kojih se određeni pravni posao preduzima, kauze pravnog posla (*causa negotii*), svrhe koja se postiže ugovorom (*causa contracti*), kao i smislu razloga zbog kojeg se strane obavezuju u ugovoru, kauze prestacije (*causa prestationis*).

U savremenom evropsko-kontinentalnom pravu institut kauze dobija najveći značaj u francuskom pravu, u kojem kauza figurira kao jedna od pretpostavki zaključenja punovažnog ugovora. Nepostojeća, fiktivna i nedozvoljena kauza čini ugovor nevažećim. Francuski koncept kauze preuzimaju zemlje koje su svoje ugovorno pravo razvijale po uzoru na francuski *Code civil*, na primer Italija i Španija, ali i naš Zakon o obligacionim odnosima koji u ovom pogledu odstupa od svog uzora, Švajcarskog građanskog zakonika.

U pravnim sistemima koji pripadaju germanskom pravnom krugu (Nemačka, Austrija, Švajcarska i dr.) kauza nema funkciju uslova zaključenja punovažnog ugovora. Međutim, ni ovi pravni sistemi nisu indiferentni prema pitanju iz kog razloga se strane obavezuju u ugovoru. Prema tome, uprkos tome što ova prava ne poznaju institut kauze u svom afirmativnom vidu (kao pretpostavke zaključenja ugovora), pitanje razloga obavezivanja u ugovoru dolazi do izražaja kod brojnih drugih instituta, kao što su kondikcije, apstraktni pravni poslovi, raskid ugovora zbog neispunjenja, delimična ništavost itd.

U *common law* pravnim sistemima funkciju kauze ostvaruje institut koji se naziva *consideration*. *Consideration* nije ništa drugo do uzajamna uslovljenost prestacija. *Consideration* postoji ako je obećanje davaoca obećanja uzvraćeno protivobećanjem ili izvršenjem neke radnje od strane primaoca obećanja. Prema tome, pojmovno određenje *consideration*-a se, u načelu, ne razlikuje od pojmovnog određenja kauze. Međutim, različite su pravne posledice nepostojanja *consideration*-a i

nepostojanja kauze. Dok nepostojanje kauze čini ugovor nepostojećim, odnosno ništavim ako je kauza nedozvoljena, neispunjenost *consideration*-a ne čini ugovor nepostojećim ili ništavim, već ugovorna obećanja neutuživim (prirodne obligacije).

Svetska i domaća literatura o kauzi i *consideration*-u je bogata. U predmetnom radu je učinjen pokušaj da se prikupe, sistematizuju i objave bibliografski podaci o relevantnim naučnim i stručnim radovima koji su posvećeni ovim pojmovima. Lista se ni u kom slučaju ne može smatrati potpunom, ali se autor trudio da navede najznačajnije radove.

O rimskopravnom shvatanju kauze, uprkos bogatoj stranoj literaturi, u domaćoj romanistici nije se mogao naći gotovo nijedan članak sve do 2008. godine kada je profesor Antun Malenica u Zborniku radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu objavio svoj rad posvećen različitim mogućim kontekstima u kojima se termin *causa* javlja u izvorima klasičnog rimskog prava. I u našoj civilistici je ovo pitanje relativno zapostavljeno. Najviše pažnje pojmu kauze u rimskom pravu je posvetio profesor Andrija Gams u radovima *Apstraktni pravni poslovi* i *Kauza i pravni osnov*. Ostali savremeni domaći autori koji su se bavili pitanjem kauze (profesori Stojan Cigoj, Slobodan Perović, Jožef Salma i Oliver Antić) pojmu kauze u rimskom pravu posvećuju manje pažnje i razmatraju ga skoro isključivo u kontekstu valjanog osnova sticanja nekog stvarnog prava ili državine (*iusta causa*).

Francuska doktrina o kauzi ugovorne obaveze je izuzetno bogata, što uopšte nije začuđujuće imajući u vidu da je savremeni koncept kauze nastao i razvijao se u francuskom doktrinarnom ambijentu. Prvu zaokruženu teoriju kauze je u XVII veku dao Doma (*Domat*), pripadnik škole prirodnog prava. Njegove ideje dalje razvija Potije (*Pothier*). Svoj vrhunac francuska kauzalistička teorija dostiže sa Kapitanom (*Capitant*), koji se smatra utemeljivačem tzv. neoklasične teorije o kauzi, čiji rad *De la cause des obligations* iz 1923. godine predstavlja nezaobilazan izvor u svakom naučnoistraživačkom radu o kauzi. Od monografskih publikacija u francuskoj literaturi je svakako pomena vredno delo Riga (*Rieg*) *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand* i Ripera (*Ripert*) *La règle morale dans les obligations civiles*. Od sistematskih dela svakako treba pomenuti dela Karbonijera (*Carbonnier*), braće Mazo (*Henri*, *Leon* i *Jean Mazeaud*), Martija i Rajnoa (*Marty-Raynaud*), Ripera (*Ripert*) i Bulanžera (*Boulanger*) itd. Od novijih monografskih izdanja u francuskoj literaturi, objavljenih u proteklih deset godina najznačajnija su delo Žestena (*Ghestin*), *Cause de l'engagement et validité du contrat*, Rošfelda (*Rochfeld*), *Cause et type de contrat* i Bonea (*Bonnet*), *Cause et condition dans les actes juridiques.*

Interesovanje za izučavanje kauze postoji i u zemljama koje pripadaju germanskom pravnom krugu, uprkos tome što njihova prava eksplicitno ne zahtevaju postojanje punovažne kauze u smislu pretpostavke zaključenja i važenja ugovora. I ova prava vode računa o tome da tokom trajanja ugovora ne nestane osnov koji je naveo strane da zaključe ugovor (*Geschäftsgrundlage*, *Rechtsgrundlage*, *Geschäftszweck*). U ovom pogledu svakako treba spomenuti ime Šlosmana (*Schlossmann*), koji se smatra jednim od najznačajnijih kauzalista u nemačkoj pandektistici XIX veka. U svojim najznačajnijim radovima, *Zur Lehre von der Causa obligatorischer Verträge* i *Der Vertrag* utemeljio je tzv. ekonomsko shvatanje kauze. Od nemačkih autora treba spomenuti i Ertmana (*Oertmann*) koji je u radu *Die Geschäftsgrundlage – Ein neuer Rechtsbegriff* iz 1921. godine dao prvi zaokruženi prikaz osnova ugovora u nemačkom pravu (*Geschäftsgrundlage*). Problematikom kauze su se bavili i istaknuti nemački teoretičari iz druge polovine XX veka, kao što su, na primer, Larenc (*Larenz*), *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung: die Bedeutung „Veränderter Umstände" im Zivilrecht*, Klinke (*Klinke*), *Causa und genetisches Synallagma: zur Struktur der Zuwendungsgeschäfte*, Fikentšer (*Fikentscher*), *Die Geschäftsgrundlage als Frage der Vertragsrisikos* i drugi.

Literatura o doktrini *consideration*-a nije ništa manje bogata. Pored nepreglednog broja članaka i monografskih dela, od savremenih sistematskih dela iz oblasti ugovornog prava u kojima je dat pregledan prikaz instituta *consideration*-a, pomena je vredan rad Trejtela (*Treitel*) u Velikoj Britaniji i Farnsvorta (*Farnsworth*) u SAD. Svakako je potrebno da se osvrnemo i na Mejtlendovo (*Maitland*) delo *Forms of Actions at Common Law* sa početka XX veka koje je nezaobilazan izvor u proučavanju istorijskog razvoja ideje o utuživosti obećanja u *common law*.

U domaćoj literaturi posle Drugog svetskog rada pitanjem kauze su se fundamentalno bavili profesori Andrija Gams, Slobodan Perović, Stojan Cigoj, Jožef Salma a u novije vreme i profesor Oliver Antić. Rezultate svojih istraživanja objavljivali su u brojnim člancima u domaćim i inostranim časopisima, monografijama, udžbenicima i sistematskim delima iz oblasti obligacionog prava.

Polazna ideja autorova je bila da se radovi sistematizuju po pravnim porecima i teorijskim shvatanjima koji su u njima u pretežnom delu obrađeni. Tako, zamisao je bila da se prvo dâ pregled relevantne literature o kauzi u rimskom pravu, zatim o kauzi u evropsko-kontinentalnom pravu (sa posebnom sistematizacijom radova koji se odnose na francusko, nemačko, austrijsko, švajcarsko i holandsko pravo), i najzad pregled radova posvećenih *consideration*-u. Ovakav put se pokazao nemogućim, a i nepraktičnim, jer veliki broj autora, i to najznačajnijih, ne razmatraju kauzu samo u odre-

đenom pravnom sistemu, već daju sintetički prikaz ovog instituta u rimskom, savremenom evropsko-kontinentalnom i anglosaksonskom pravu. Stoga se autor opredelio za sistematizaciju radova u dve osnove kategorije, u domaće i inostrane radove, u okviru čega je izvršeno podrobnije razvrstavanje na enciklopedije, udžbenike, sistematska i monografska dela, disertacije, s jedne, i radove u naučnim časopisima, zbornicima sa naučnih skupova i tematskim zbornicima, s druge strane. Prema tome, primarni kriterijum razvrstavanja radova je njihovo poreklo, a sekundarni vrsta radova.

Autor se prilikom prikupljanja podataka trudio da dâ potpune bibliografske oznake svakog rada u skladu sa manirima i metodama naučnoistraživačkog rada u oblasti pravnih nauka usvojenih u nas. U slučaju dela koja su razvrstana u prvu grupu (enciklopedije, udžbenici, sistematska i monografska dela, disertacije) to su prezime i ime autora, naslov rada, mesto izdavanja, izdavač i godina izdanja. Članci i rasprave u naučnim časopisima su navedeni po prezimenu i imenu autora, naslovu radu, nazivu broju i godini časopisa, sa naznačenjem prve i poslednje stranice rada u časopisu. Radovi objavljeni u zbornicima sa naučnih skupova i tematskim zbornicima navedeni su po prezimenu i imenu autora, naslovu rada sa naznačenjem prve i poslednje stranice rada u zborniku, naslovu zbornika, mestu izdavanja zbornika, izdavaču i godini izdanja. U nekim slučajevima, međutim, ovaj metod je bilo nemoguće dosledno sprovesti do kraja budući da autoru nisu svi navedeni podaci bili dostupni. Tako, na primer u nekim delima, posebno iz XIX veka nedostaje ime autora, izdavač ili neki drugi relevantan podatak. Ili, pak, u nekim zemljama ne postoji običaj da se u bibliografskim podacima radova objavljenih u časopisima i zbornicima naznači i poslednja stranica rada, već samo prva. U svim ovim slučajevima je autor nastojao da dopuni nedostajuće podatke, ali to nije uvek bilo moguće dosledno sprovesti.

I
DOMAĆA LITERATURA

Enciklopedije i komentari

VIZNER, Boris, *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, I knjiga, Riječka tiskara, Zagreb, 1978, II-IV knjiga BUKLJAŠ, Ivan, VIZNER, Boris, 1979

VELJKOVIĆ, Dragoslav, *Obligaciono pravo kroz komentar zakona o obligacionim odnosima,* Poslovni biro, Beograd, 2005

Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, tom I-III, Službeni list SFRJ, Beograd, 1978

Komentar Zakona o obligacionim odnosima, glavni urednici BLAGOJEVIĆ, T. Borislav, KRULJ, Vrleta, tom I i II, Savremena administracija, Beograd, 1980

Komentar Zakona o obligacionim odnosima, glavni urednici PEROVIĆ, Slobodan, STOJANOVIĆ, Dragoljub, tom I i II, Kulturni centar – Gornji Milanovac, Pravni fakultet - Kragujevac, 1980

Komentar Zakona o obligacionim odnosima, glavni urednik PEROVIĆ, Slobodan, knjiga I i II, Savremena administracija, Beograd, 1995

Leksikon građanskog prava, Nomos, Beograd, 1996

Pravna enciklopedija, Savremena administracija, Beograd, 1979

Pravna enciklopedija, tom I i II, Savremena administracija, Beograd, 1985

Pravni leksikon, drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Savremena administracija, Beograd, 1970 (1. izdanje 1964)

Udžbenici, sistematska i monografska dela, disertacije

ANTIĆ, Oliver, *Obligaciono pravo*, 3. izmenjeno i dopunjeno izdanje, Službeni glasnik, Beograd, 2009 (1. izdanje 2007)

ANTIĆ, Oliver, BABIĆ, Ilija, NIKOLIĆ, Đorđe, PANOV, Slobodan, SUBIĆ, Milan, *Građansko pravo*, Priručnik za polaganje pravosudnog ispita, Privredni savetnik, Organizacija za pravnu edukaciju i kulturu prava „Proiuris“, Multidisciplinarni centar za podsticanje internacionalnih procesa i harmonizaciju prava Beograd, 2003

ARANĐELOVIĆ, Dragoljub, *Osnovi oblgacionog prava, za potrebe slušalaca Pravnog fakulteta*, Zadružna štamparija, Beograd, 1936

ARANĐELOVIĆ, Dragoljub, *Rasprave iz privatnog prava*, Geca Kon, Beograd, 1913

GAMS, Andrija, *Svojina*, Univerzitet u Beogradu, Institut društvenih nauka, Centar za filozofiju i društvenu teoriju, Beograd, 1987

GAMS, Andrija, ĐUROVIĆ, M. Ljiljana, *Uvod u građansko pravo*, 17, izmenjeno izdanje, Savremena administracija, Beograd, 1994 (1. izdanje 1952, GAMS, Andrija)

ĐORĐEVIĆ, Andra, *Sistem privatnog (građanskog) prava*, Klasici jugoslovenskog prava, Službeni list SRJ, Beograd, 1996, prvi put objavljena 1896. godine, Štamparija Kraljevine Srbije

ĐORĐEVIĆ, Živomir, *Problem ekvivalentnosti u obligacionom pravu*, Savez udruženja pravnika Jugoslavije, Beograd, 1958

ĐORĐEVIĆ, Živomir, STANKOVIĆ, Vladan, *Obligaciono pravo, opšti deo*, 4. izdanje, Beograd, Savremena administracija,1986 (1. izdanje 1974)

JAKŠIĆ, Stevan, *Obligaciono pravo, opšti dio*, 4. dopunjeno i prerađeno izdanje, Veselin Masleša, Sarajevo, 1962 (1. izdanje 1953)

KONSTANTINOVIĆ, Mihailo, *Obligacije i ugovori: Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*, Klasici jugoslovenskog prava, Službeni List SRJ, Beograd, 1996, prvi put objavljena 1969. godine u izdanju Pravnog fakulteta u Beogradu

KONSTANTINOVIĆ, Mihailo, *Obligaciono pravo, prema beleškama sa predavanja*, Savez studenata Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd, 1965 (priredio prof. dr Vladimir Kapor)

KRULJ, Vrleta, *Pravilo o isključenju povraćaja u slučaju ispunjenja nedopuštenog ugovora*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1965

LOZA, Bogdan, MISITA, Nevenka, *Obligaciono pravo: opšti dio*, 3. dopunjeno i izmenjeno izdanje, Dom štampe, Zenica, 1985 (1. izdanje 1978)

MALENICA, Antun, *Rimsko pravo*, 8. izdanje, Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2008 (1. izdanje 1995)

NIKOLIĆ, Dušan, *Uvod u sistem građanskog prava*, 9. izdanje, Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2008 (1. izdanje 1999)

ORLIĆ, Miodrag, *Zaključenje ugovor*a, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1993

PAVLOVIĆ, Đorđe*, O obveznostima u ugovorima uopšte*, Kraljevsko-srpska državna štamparija, Beograd, 1892

PEROVIĆ, Slobodan, *Zabranjeni ugovori u imovinskopravnim odnosima*, Novinska ustanova Službeni list SFRJ, Beograd, 1975

PEROVIĆ, Slobodan, *Obligaciono pravo*, knjiga prva, 7. izdanje, Službeni list SFRJ, Beograd, 1990 (1. izdanje 1968)

PEROVIĆ, Slobodan, *Formalni ugovori u građanskom pravu*, 2. izdanje, Naučna knjiga, Beograd, 1964 (1. izdanje 1964)

POPOV, Danica, *Građansko pravo (opšti deo)*, 6. izdanje, Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2009 (1. izdanje 1997)

RADIŠIĆ, Jakov, *Obligaciono pravo - opšti deo*, 8. izdanje, Nomos, Beograd, 2008 (1. izdanje 1973)

SALMA, Jožef, *Obligaciono pravo,* reprint 6. izmenjenog i dopunjenog izdanja, Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2007 (1. izdanje 1985)

SALMA, Jožef, *Simulovani ugovori, prilog teoriji o izigravanju prava*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1987

STANKOVIĆ, Obren, VODINELIĆ, V. Vladimir, *Uvod u građansko pravo*, 5. neizmenjeno izdanje, Nomos, Beograd, 2005 (1. izdanje 1992)

STANKOVIĆ, Obren, ORLIĆ, Miodrag, *Stvarno pravo*, 9. neizmenjeno izdanje, Nomos, Beograd, 2003 (1. izdanje 1981)

STOJANOVIĆ, Dragoljub, ANTIĆ, Oliver, *Uvod u građansko pravo*, 2. izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet u Beogradu, Beograd, 2004 (1. izdanje 2001)

STOJČEVIĆ, Dragomir, *Rimsko pravo, kljiga II sveska 2, Obligaciono pravo*, 3. izdanje, Naučna knjiga, Beograd, 1957 (1. izdanje 1954)

Članci i rasprave u časopisima i zbornicima radova

ANTIĆ, Oliver, *Kauza*, Pravni život, br. 10/2005, str. 821-856

VEDRIŠ, Martin, *„Osnova" po Zakonu o obaveznim odnosima*, Privreda i pravo, br. 7–8/1978, str. 2-17

VIZNER, Boris, *Da li je u pitanju pravni osnov (titulus iuris) ili glavni cilj (causa finalis) obveznog ugovora*, Naša zakonitost, br. 8/1977, str. 28-41

VUČKOVIĆ-RADOVANOVIĆ, Marija, *Granice slobode ugovaranja: analiza argumenata iz dveju odluka Kasacionog suda Francuske*, Arhiv za pravne i društvene nauke, br. 3/1997, str. 397-401

GAMS, Andrija, *Apstraktni pravni poslovi*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 1/1964, str. 52-67

GAMS, Andrija, *Kauza i pravni osnov*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 2/1959, str. 155-175

GAMS, Andrija, *Nešto o fiducijarnim poslovima*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 1-2/1960, str. 22-37

GAMS, Andrija, *Povraćaj u pređašnje stanje kod nemoralnih pravnih poslova*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 2/1958, str. 206-209

GAMS, Andrija, *Svojina i imovina*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 1/1953, str. 17-29

GEORGIJEVIĆ, Goran, *Pobude za zaključenje ugovora – razmišljanje o članu 53. Zakona obligacionim odnosima*, Pravni život, br. 10/2006, str. 1055-1073

GEORGIJEVIĆ, Goran, *Raskid ugovora zbog neizvršenja ugovora*, Pravni život, br. 10/2003, str. 649-664

DUDAŠ, Atila, *Pitanje osnova (kauze) ugovora pred Evropskim sudom pravde*, Pravni život, br. 14/2008, tom VI, Beograd, 2008, str. 113-125

DUDAŠ, Atila, *Pojam consideration-a u anglosaksonskom pravu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 3/2006, str. 449-472

DUDAŠ, Atila, *Promissory estoppel, alternativni osnov prinudne izvršivosti ugovornih obaveza u anglosaksonskom pravu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 3/2007, str. 483-499

DUDAŠ, Atila, *Pružanje pravne zaštite ugovornim obećanjima u anglosaksonskom pravu – nastanak instituta consideration-a*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 3/2008, str. 349-362

JOVANOVIĆ, Nebojša, *Pojam ugovora u anglosaksonskom pravu*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 1/2008, str. 63-88

LOZA, Bogdan, *Ugovori protivni moralu – posledice njihovog zaključenja i izvršenja*, Narodna uprava, br. 7-8/1960, str. 338-342

MALENICA, Antun, *O rimskom pogledu na kauzu posla, kauzu obligacije i kauzu prestacije u kontraktima*, Zbornik radova pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 1-2/2008, str. 167-198

MALENICA, Antun, *Pravni posao i negotium, dva pojma koja pripadaju različitim epohama*, Zbornik radova pravnog fakulteta u Novom Sadu br. 3/2007, str. 75-99

MARKOVIĆ, Čedomir, *Poštenje i moral u pravu*, Arhiv za pravne i društvene nauke, knjiga V, br. 4/1922, str. 241-256

PEROVIĆ, Slobodan, *Granice slobode ugovaranja*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 5–6/1971, str. 489-514

PEROVIĆ, Slobodan, *Kauza ugovorne obaveze*, Pravni život, br. 3-4/2005, str 7-29

PEROVIĆ, Slobodan, *Kauza ugovorne obaveze, aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva*, Zbornik radova, Budva, 2005, str. 9-29

PEROVIĆ, Slobodan, *Moralizovanje ugovora*, Pravni život, br. 10/1971, str. 3-18

PEROVIĆ, Slobodan, *Naturalne obligacije i moralne dužnosti*, Pravni život, br. 6/1968, str. 14-24

PEROVIĆ, Slobodan, *Pravne posledice nemoralnih ugovora*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu br. 2/1966, str. 197-221

PEROVIĆ, Slobodan, *Teorija nedozvoljene kauze*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 1-3/1972, str. 435-449

PEROVIĆ, Slobodan, *Teorija ugovorne kauze u naučnim delima akademika Stojana Cigoja*, str. 197-220 u: Stojan Cigoj 1920-1989 Zbornik razprav s simpozija SAZU ob 20-letnici smrti, Rasprave 24, Slovenska akademija znanonsti i umetnosti, Ljubljana, 2009

RADIŠIĆ, Jakov, *Revokacija poklona*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 4/1954, str. 486–489

RADOJČIĆ, Vesna, *Granični i sporni slučajevi darovanja*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, br. V/1981, str. 145–153

SALMA, Jožef, *Kauza obligacionih ugovora,* Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 2/2006, str. 177-200

SALMA, Jožef, *Kauza obligacionih ugovora*, Pravo, teorija i praksa, br. 7/1986, str. 29–34

SALMA, Jožef, *O kauzi obligacionih ugovora*, Pravni život, br. 4/1985, str. 421-436

SALMA, Jožef, *O konceptu poklona*, Pravo, teorija i praksa, br.11-12/1995, str. 80-83

SIČ, Magdolna, *Pravična cena (pretium iustum) i njena primena tokom istorije*, Zbornik Matice srpske za društvene nauke br. 120, 2006, str. 199-227

CIGOJ, Stojan, *Sporovi u pogledu naknade ugovorne štete i uloga kauze ugovora*, Privreda i pravo, vol. 24, br. 1-2/1985, str. 24-33

CIGOJ, Stojan, *Uloga i značaj kauze (osnova) u ugovornom pravu*, Pravni život, br 10/1988, str. 1451-1477

ŠMALCELJ, Želimir, *Dopuštena osnova ugovornih obaveza*, Naša zakonitost, br. 1/1980, str. 15-32

II
INOSTRANA LITERATURA

Enciklopedije, komentari, stručni rečnici, razvojni projekti

VON BAR, Christian, CLIVE, Eric, SCHULTE-NÖLKE, Hans, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference (DCFR), Interim Outline Edition*, Sellier European Law Publishers, München, 2008

Black's Law Dictionary, edited by GARNER A. Bryan, 8th edition, West Group, St. Paul, Minnesota, USA, 2004

CENDON, Paolo, BALDASSARI, Augusto, *Codice civile annotato con la giurisprudenza*, Wolters Kluwer Italia, 2007

CIGOJ, Stojan, *Komentar obligacijskih razmerij, Veliki komentar Zakona o obligacijskih razmerjih Stojana Cigoja*, Uradni list SR Slovenije, Ljubljana, 1984

CIGOJ, Stojan, *Obligacijska razmerja, s komentarjem*, 2. reprint izdanje, Uradni list SR Slovenije, Ljubljana, 1983 (1. izdanje 1978)

DAVID, René, TUNC, André, et al. *International Encyclopedia of Comparative Law,* J.C.B. Mohr (Paul Siebeck)-Oceana, Tübingen-New York, 1973

HENRY, Xavier, VENADET, Guy, WIEDERKEHR, Georges, JACOB, François, TISSERAND-MARTIN, Alice, *Code civil*, 106e édition, Dalloz, Paris, 2007

HONSELL, Heinrich, VOGT, Nedim Peter, WIEGAND, Wolfgang (Hrsg.) *Basler Komentar Obligationenrecht I (Art. 1-529. OR)*, 4. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2007 i HONSELL, Heinrich,

VOGT, Nedim Peter, WATTER, Rolf (Hrsg.) *Basler Komentar Obligationenrecht II (Art. 530-1186. OR)*, 3. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2008

JAUERNIG, Otthmar, *Bürgerliches Gesetzbuch - Kommentar*, bearbeitet von BERGER, JAUERNIG, MANSEL, SCHLECHTRIEM, STADLER, STÜRNER, TEICHMANN, VOLLKOMMER, 10. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2007

KOZIOL, Helmut, BYDLINSKI, Peter, BOLLENBERGER, Raimund, *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch - Kommentar*, Springer Verlag, Wien-New York, 2005

Principles of European Contract Law, edited by Ole Lando and Hugh Beale, Kluwer Law International, the Hague, Part I and II, 2000, Part III, 2003

Udžbenici, sistematska i monografska dela, disertacije

ALBANESE, Bernardo, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Università di Palermo, Palermo, 1982

AMES, James Barr, *Lectures on Legal History and Miscellanoeous Essays*, reprinted edition, W.S. Hein Co., Bufallo - New York, 1986 (1st edition 1913)

ARBUS, Louis, *La cause illicite*, thése, Faculté de droit de Montpellier, Montpellier, 1903

ARTUR, Emile, *De la cause en droit romain et en droit français*, F. Pichon, Paris, 1878

ATIYAH, Patrick S., *Consideration in Contracts: a Fundamental Restatement*, Australian National University Press, Canberra, 1971

ATIYAH, Patrick S., *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Clarendon Press, Oxford, 1979

AUBRY, Charles, RAU, Charles, *Cours de droit français*, 6e édition, vol. 1-12, redaction par BARTIN, Etienne-Adolphe (vol. 1-4) et ESMEIN, Paul (vol. 5-12), Librairie Marchal & Billard, Paris, 1936-62 (1e édition 5 vol., Paris 1838-47)

BAUDRY-LACATINEIRE, Gabriel, *Traité théorique at practique de droit civil*, 3. édition, 29 vols. L. Larose, Paris, 1905-1909

BÄHR, Otto, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund. Civil Abhandlung*, 3., durch einem Nachtrag verm. Auflage, G.H. Wigand, Leipzig, 1894 (1. Auflage 1855)

BECKER, Walter Gustav, *Gegenopfer und Opferverwehrung; Strukturen des Schuldrechts auf der Grundlage des anglo-amerikanischen „check-and-balance"-Systems*, F. Vahlen, Berlin, 1958

BEALE, Hugh G., BISHOP, W.D., FURMSTON, M.P., *Contract, Cases and Materials*, 5th edition, Oxford University Press, Oxford, 2008 (1st edition 1985)

BEUDANT, Charles, *Cours de droit français*, 2e édition, redaction par BEUDANT, Robert, LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, Paul, Rousseau & Cie, Paris, 1934 (1e edition 1932, Paris)

BETTI, Emilio, *Teoria generale del negozio giuridico*, 3. ristampa corretta della 2. edizione, Unione tipografico-editrice torinese, Torino, 1960 (1. edizione 1943)

BIONDI, Biondo, *Contratto e stipulatio: corso di lezioni*, A. Giuffrè, Milano, 1953

DE BOIS-JUZAN, Guy, *De la cause en droit français (spécialement en droit civil) vues d'ensemble sur ses origines et ses destinées, notions historiques et de droit comparé, doctrine, jurisprudence*, Imprimeries Delmas, Bordeaux, 1939

BONNECASE, Julien, *Suplément au traité théorique et pratique de droit civil de Baudry-Lacantinerie*, vols. I-VI, Recueil Sirey, Paris, 1924-35

BONNET, David, *Cause et condition dans les actes juridiques*, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2005

BOYER, Louis, *La notion de transaction: contribution à létude des concepts de cause et d'acte declarative*, Recueil Sirey, Paris, 1947

BRISSAUD, Jean B., *De la notion de cause dans les obligations conventionnelles en droit romain et en droit français*, thése, Bordeaux, 1879

BROWN, Richard, *The English Doctrine of Consideration in Contract*, W. Hodge, Glasgow, 1891

BROX Hans, WALKER, Wolf-Dietrich, *Allgemeiner Teil des BGB*, 32. neu bearbeitetet Auflage, Academia Iuris, Lehrbücher der Rechtswissenschaft, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2008 (1. Auflage 1976)

VON BÜREN, Bruno, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Schulthess, Zürich, 1964

CAPITANT, Henri, *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)*, 3e édition, Librairie Dalloz, Paris, 1927 (1e édition 1923)

CARBONNIER, Jean, *Theorie des obligations*, Presses universitaires de France, Paris, 1963

CASALONGA, Alain, *Traité de la brevetabilité; le concept de cause et le brevet d'invention*, Dalloz, Paris, 1939

CERMOLACCE, Arnaud, *Cause et exécution du contrat*, thése, Universite Aix-Mairseilles, 2001, Marseilles

CHESHIRE, Geoffrey Chevalier, FIFOOT, Cecil Herbert Stuart, *The Law of Contract*, 15th edition (*Chechire and Fifoot's Law of Contrac*t), edi-

ted by FURMSTON M.P., Oxford University Press, Oxford-New York, 2007 (1st edition 1946)

CHEVRIER, Georges, *Essai sur l'histoire de la cause dans les obligations (droit) savant du moyen-âge--ancien droit français)*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1929

CHITTY, Joseph, *Chitty on contracts*, 30th edition, general editor BEALE, Hugh G., Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, London, 2008 (1st edition 1826)

CIGOJ, Stojan, *Kontrakti in reparacije*, Ljubljana, Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta, 1973

CIGOJ, Stojan, *Obligacijsko pravo, splošni del*, Univerza v Ljubljani, Pravna fakulteta Ljubljana, 1972

COING, Helmut, *Europäisches Privatrecht*, Beck Juristischer Verlag, 1985

COLIN, Paul, *Théorie de la cause des obligations conventionnelles*, thése, Paris, 1896, éd. Larose, 1897 (Bib. Univ. Assas Paris 2.)

CORBIN, Arthur Linton, *Contracts*, West Publishing Co., St. Paul, 1952

CORNIL, Jean Modeste, *A propos de la revision du Code Civil; De la cause dans les conventions Arts. 1108, 1131-1133*, Bruylant, Brussels, 1890

DABIN, Jean, *La teoría de la causa: artículos 1131 a 1133 del Código civil francés y art. 1275 del Código español: estudio histórico y jurisprudencial*, L. Cancio y Rodríguez Capote, Madrid, 1929

DABIN, Jean, *La théorie de la cause (art. 1131-33 du Code civil) Étude d'histoire et de jurisprudence*, P. van Fleteren, Bruxelles, 1919

DAGOT, Michel, *La simulation en droit privé,* Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1965

DALLA MASSARA, Tommaso, *Alle origini della causa del contratto: elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, CEDAM, Padova, 2004

DAWSON, John Philip, *Gifts and Promises: Continental and American Law Compared*, Yale University Press, New Haven, 1980

DEMOGUE, René, *Traité des obligations en général*, 6 vols., A. Rousseau, Paris, 1923-33

DOMAT, Jean, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 2e édition, Chez Robert Pepie, Paris, 1695 (1e édition 1689)

DORAT DES MONTS, Roger, *La cause immorale* (Etude de jurisprudence), Libraire Rousseau, Paris, 1956

DORVILLE, Armand, *De l'intérêt moral dans les obligations: étude de droit comparé sur le principe de réparation pécuniaire des dommages non-economiques*, A. Rousseau, Paris, 1901

DREXELIUS, Matthias, *Irrtum und Risiko; Rechtsvergleichende Untersuchungen und Reformvorschläge zum Recht der Irrtumsanfechtung*, M., A. Metzner, Frankfurt, 1964

DUBREUIL, Louis, *Des mobiles dans les contrats*, thése, Université de Lyon, 1909

EHRENZWEIG, Armin, *System des österreichischen allgemeinen Privatrecht*, Manz'sche Verlags- und Universitäts-Buchhandlung, Wien, 1923-28

ENNECCERUS, Ludwig, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, 15. bearbeitete Auflage von KIPP, Theodor, WOLFF, Martin, Mohr, Tübingen, 1958-1960 (1. Auflage 1926)

EÖRSI, Gyula, *Kötelmi jog (Általános rész), Egységes jegyzet*, Tankönyvkadó, Budapest, 1974

ERNST, Max, *La cause est-elle une condition essentielle pour la validité des convention*?, Bibliothèque du jurisconsulte et du publiciste, Liège, 1826

FARNSWORTH, Edward Allan, *Contracts*, 4th edition, Aspen publishers, New York, 2004 (1st edition 1982)

FERRI, Giovanni Battista, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1966

FIFOOT, Cecil Herbert Stuart, *History and Sources of the Common Law: Tort and Contract*, Greenwood Press, London, 1949

FIKENTSCHER, Wolfgang, *Die Geschäftsgrundlage als Frage der Vertragsrisikos*, Beck, München, 1971

FIKENTSCHER, Wolfgang, HEINEMANN, Andreas, *Schuldrecht*, 10. völlig neu bearbeitete Auflage, de Gruyter Rechtswissenschaftsverlag, Berlin, 2006 (1. Auflage 1964)

FÖLDI, András, HAMZA, Gábor, *A római jog története és institúciói*, 13. átdolgozott, bővített kiadás, Nemzeti Tankkönyvkiadó, Budapest, 2008 (1. kiadás 1996)

FROMHOLZER, Ferdinand, *Consideration:US-amerikanisches Recht im Vergleich zum deutschen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997

FULLER, Lon L., EISENBERG, Melvin Aron, *Basic Contract Law*, 8th concise edition, West Group, St. Paul, Minnesota, 2006 (1st edition 1947)

GALLO, Filippo, *Synallagma e conventio nel contratto: ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne: corso di diritto romano,* G. Giappichelli, Torino, 1992-1995

GAUDEMET, Eugène, *Théorie général des obligations*, publiée par DESBOIS, Henri, GAUDEMET, Jean, Sirey, Paris, 1965

GEORGESCO, Valentin, *Le mot 'causa' dans le latin juridique. Introduction à la théorie générale de la cause en droit romain*, Etude de philology juridique: Rivista Clasica, Bucuresti, 1940, p. 127-239

GHESTIN, Jacques, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, Librairie generale de droit et de jurisprudence, Paris, 2006

GHESTIN, Jacques, *La formation du contrat: principes et caractères essentiels, ordre public, consentement, objet, cause*, 3e édition, Librairie generale de droit et de jurisprudence, Paris, 1993 (1e édition 1988)

GHESTIN, Jacques, *Traité de droit civil*, 4e édition, Librairie generale de droit et de jurisprudence, Paris, 1994 (1e édition 1972)

GILMORE, Grant, *The Death of Contract*, edited and with foreword by Ronald K.L. Collins, Columbus, Ohio State University Press, 1995 (1st published in 1974)

DE GLANVILL, Ranulf, *The Treatise on the Laws and Customs of the Realm of England*, Oxford University Press, Oxford, 1993

GOLTZ, Hanno, *Motivirrtum und Geschäftsgrundlage im Schuldvertrag: rechtsvergleichende Untersuchung unter Berücksichtigung d. franz., schweizer., italien. u. dt. Rechts*, Heymanns, Köln, Berlin, Bonn, München, 1973

GORDLEY, James, *The Enforceability of Promises in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001

GOUNOT, Emmanuel, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé; contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, A. Rousseau, Paris, 1912

GROSSO, Giuseppe, *Il sistema romano dei contratti*, 3. ed, Giappichelli, Torino, 1963 (1. edizione 1945)

GROSSO, Giuseppe, *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano/ Dall'epoca arcaica alla giurisprudenza classica: diritti reali e obbligazioni*, G. Giappichelli, Torino, 1970

GRÓH, István, *Az ügyleti indíték, az angol jogban és a kontinentális jogelmélet tükrében*, Dunántúl Pécsi Egyetemi Könyvkiadó és Nyomda, Pécs, 1932

GUHL, Theo, *Das Schweizerische Obligationenrecht: mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts*, 9. Auflage bearbeitet von KOLLER, Alfred, SCHNYDER, Anton K., DRUEY, Jean Nicolas, Schulthess, Zürich, 2000 (1. Auflage 1933)

HALFMANN, Gerhard, *Die Lehre vom Grund der rechtsgeschäftlichen Verpflichtung (cause de l'obligation) im französischen Privatrecht*, Dissertation, München, 1965

HAMEL, Joseph, *La notion de cause dans les libéralités. Étude de la jurisprudence française et recherche d'une définition,* L. Tenin, Paris, 1920

VON HIPPEL, Eike, *Die Kontrolle der Vertragsfreiheit nach angloamerikanischem Recht; zugleich ein Beitrage zur Considerationlehre*, V. Klostermann, Frankfurt am Main, 1963

HOLDSWORTH, William Searle, *History of English Law*, 7th edition, Sweet & Maxwell, London, 1938 (1st edition 1903)

HOLMES, Oliver, Wendell, *The Common Law*, introduction by WHITE, G. Edward, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2009, (1st published 1881)

HORWITZ, Morton J., *The Transformation of American Law, 1780-1860*, Harvard University Press, Cambridge, 1977

HUYSINGA, Joannes Willem, *Schuld und Schuldursache (causa)*, Gebrs. Schröder (H. Gerlings), Amsterdam, 1901

IONASCO, Trajan, *L'évolution de la notion de cause dans les conventions à titre onéreux*, thése, Paris, 1923

JENKS, Edward, *The History of the Doctrine of Consideration in English Law (being the Yorke Prize Essay for the Year 1891),* London, C. J. Clay, 1892, Holmes Beach, Fla., W. W. Gaunt, 1969

VON JHERING, Rudolf, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, 8. Auflage, Breitkopf & Härtel, Leipzig, 1923 (1. Auflage 1852-1865)

VON JHERING, Rudolf, *Der Zweck im Recht*, 8. Auflage, Breitkopf & Hartel, Leipzig, 1923 (1. Auflage 1877-1883), prevod na srpski jezik ŽIVOJINOVIĆ, Branimir, *Cilj u pravu*, CID. Podgorica, 1998, prevedeno prema 2. ungearbeitete Auflage, Erster Band, 1884, zweiter Band, 1886, Druck und Verlag von Breitkopf & Härtel, Leipzig

JOSSERAND, Louis, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Dalloz, Paris, 1928

JUNG, Karin, *Der Ehemaklerlohn: eine historische Untersuchung*, P. Lang, Frankfurt am Main-New York, 1991

KASER, Max, *Das Römische Privatrecht*, 2. neubearbeitete Auflage, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1971-1975 (1. Auflage 1955-1959)

KLEINE, Hans, *Die historische Bedingtheit der Abstraktion von der Causa*, Deutscher Zentralverlag, Berlin, 1953

KLINKE, Ulrich, *Causa und genetisches Synallagma: zur Struktur der Zuwendungsgeschäfte*, Duncker & Humblot, Berlin, 1983

KOTZÉ, John Gilbert, *Causa in the Roman and Roman-Dutch Law of Contract*, Juta & co., limited, Cape Town, 1922

KÖHLER, Helmut, *Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis*, Beck, München, 1971

KÖTZ, Hein, FLESSNER, Axel, *European Contract Law*, Clarendon Press, Oxford, 1997

KOZIOL, Helmut, WELSER, Rudolf, *Grundriss des bürgerlichen Rechts*, 13. neubearbeitete Auflage, Manz, Wien, 2006 (1. Auflage 1970-1971)

LABORDE, Adrien, *Applications de la théorie de la cause, aux matières du droit et principalement aux obligations*, E. Thorin, Paris, 1881

LARENZ, Karl, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung: die Bedeutung „Veränderter Umstände" im Zivilrecht*, 3. um einen Nachtrag ergänzende Auflage, Beck, München, 1963 (1. Auflage 1951)

LARENZ, Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 14. neubearbeitete Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1987 (1. Auflage 1953)

LEPELTIER, Eugène, *La résolution judiciaire des contrats pour inexécution des obligations*, thése, Paris, 1934

LOTMAR, Philip, *Über Causa im römischen Recht*, Elibron Classics series, Adamant Media Corporation, 2006, (1. Auflage 1875)

LOUIS-LUCAS, Pierre, *Volonté et cause: étude sur le rôle respectif des éléments générateurs du lien obligatoire en droit privé*, Recueil Sirey, Paris, 1918

MACQUERON, Jean, *L'histoire de la cause immorale ou illicite dans les obligations en droit romain*, Tenin, Paris, 1924

MAGDELAIN, André, *Le consensualisme dans l'édit du préteur*, Recueil Sirey, Paris, 1958

MAITLAND, Frederic William, *Forms of Actions at Common Law*, edited by CHAYTOR, Alfred Henry and WHITTAKER, William Joseph, Cambridge University Press, Cambridge, 1963 (1st published in 1909)

MARBACH, Omar, *Der Begriff der Consideration im englischen Vertragsrecht*, Stämpfli, Bern, 1953

MARTIN DE LA MOUTTE, Jacques, *L'act juridique unilateral, essai sur la notion et la technique en droit civil*, Recueil Sirey, Paris, 1951

MARTY, Gabriel, RAYNAUD, Pierre, *Droit Civil*, 3e édition, Sirey, Paris, 1976 (1e édition 1956)

MARTY, Gabriel, *Les obligations*, Sirey, 2 vol, 2e édition, Paris, 1988-1989 (1e édition 1962)

MAZEAUD, Henri, *Cours de droit civil*, Cours de droit, Paris, 1960

MAZEAUD, Henri, Leon & Jean, *Leçons de droit civil*, 10e édition par CHABAS, François, Montchrestien, Paris, 1991 (1e édition 1955)

MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, Léon, TUNC, André, *Traité théorique et pratique de la responsibilité civile délictuelle et contractuelle*, 3 vol, 6e édition, Montchrestien, Paris, 1965-1983 (1e édition 1931)

MEDICUS, Dieter, *Allgemeiner Teil des BGB*, 9. neubearbeitete Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, 2006 (1. Auflage 1982)

MINICONI, Pierre-Jean, *Causa et ses dérivés: contribution à l'étude historique du vocabulaire latin*, Les Belles-lettres, Paris, 1951

NESTL, Franz Markus, *Wegfall der Geschäftsgrundlage in modernen Kodifikationen und Regelwerken*, Dissertation, Universität Wien, Wien, 2001

OERTMANN, Paul Ernst Wilhelm, *Die Geschäftsgrundlage – Ein neuer Rechtsbegriff*, A. Deihert, Leipzig, 1921

VON OFTINGER, Karl, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 5. Auflage vollständig überarbeitet und ergänzt von STARK, Emil W., Schulthess, Zürich, 1995, (1. Auflage 1940)

DE PAGE, Henri, *L'obligation abstraite en droit interne et en droit comparé*, É. Bruylant, Bruxelles, 1957

PAOLINI, Elena, *La causa del contratto*, CEDAM, Padova, 1999

PERROT, Roger, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, Recueil Sirey, Paris, 1953

PLANIOL, Marcel, RIPERT, Georges, *Traité pratique de droit civil français*, 14 vol, 2e édition par ESMEIN, Paul, Libraire générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1952-60, (1e édition 1925-34)

PLANIOL, Marcel, RIPERT, Georges, BOULANGER, Jean, *Traité élémentaire de droit civil*, 5e édition, Libraire générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1952 (1e édition 1925)

POLLOCK, Frederick, Sir, *Principles of Contract*, 13th ed., Stevens, London, 1950, edited by Sir Percy H. Winfield (1st edition 1876)

POTHIER, Robert Joseph, *Traité des obligations,* Chez Debure L'Aîné, Paris, 1768 (1e édition 1761), English translation EVANS, William David, Robert H. Small, *Treatise on the Law of Obligations by M. Pothier*, Philadelphia, 1826

RANIERI, Filippo, *Europäisches Obligationenrecht*, 3. vollst. überarb. Auflage, Springer, Wien- New York, 2009 (1. Auflage 1999)

REIGNÉ, Phillippe, *La notion de cause efficiente du contrat en droit privé français*, Librairie generale de droit et de jurisprudence, thése Paris II, Paris, 1993

REITER, Christian, *Vertrag und Geschäftsgrundlage im deutschen und italienischen Recht*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 2002

RIEG, Alfred, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, Libraire générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1961

RIPERT, Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, Libraire générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1927

RIPERT, Georges, BOULANGER, Jean, *Traité de droit civil de Planiol*, Libraire générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1957

REDENTI, Enrico, *Breve storia semantica di „causa in giudizio*", Giuffrè, Milano, 1961

RHEINSTEIN, Max, *Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im anglo-amerikanischen Recht*, W. de Gruyter & co., Berlin und Leipzig, 1932

RICHARD, M., *De l'absen, ce partielle de cause de l'obligation et de son role dans les contrats à titre onéreux*, 1995

ROCHFELD, Judith, *Cause et type de contrat*, Libraire générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1999

RODIER, René, *Objet, cause et lesion du contrat*, collection *Harmonisation du droit des affaires dans les pays du Marché commun*, Pedone, Paris, 1980

ROLLI, Rita, *Causa in astratto e causa in concreto*, Le monografie di Contratto e impresa, Serie diretta da Francesco Galgano, Wolters Kluwer Italia, Verona, 2008

SAIGET, Jacques, *Le contrat immoral*, Jouve & Cie., Paris, 1939

SAVATIER, René, *Cours de droit civil*, 2e édition, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1947-1951 (1e édition 1942)

VON SAVIGNY, Friedrich Karl, *System des heutigen römischen Rechts*, Veit und comp., Berlin, 1840-49

SCHLESINGER, B. Rudolf *Formation of Contracts - A Study of the Common Core of Legal Systems*, edited by SCHLESINGER, B. Rudolf, Oceana Publications, Inc. - Stevens & Sons, New York - London, 1968

SCHLOSSMANN, Siegmund, *Der Vertrag*, Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1876

SCHLOSSMANN, Siegmund, *Zur Lehre von der Causa obligatorischer Verträge*, F. W. Jungfer, Breslau, 1868

SCHMIDT, Joanna, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, Paris, 1982

SCHMIDT-RIMPLER, Walter, *Die Gegenseitigkeit bei einseitig bedingten Verträgen, insbesondere beim Versicherungsvertrag. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Synallagma*, Enke, Stuttgart, 1968

SEFERIADES, Style, *Etude critique sur la théorie de la cause*, thése, Paris, 1897

SIMPSON, Alfred William Brian, *History of the Common Law of Contract - The Rise of the Action of Assumpsit*, Clarendon Press, Oxford, 1975

SÖLLNER, Alfred, *Die Causa im Kondiktionen- und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten*, Dissertation, Frankfurt am Main, 1958

STAMPE, Ernst, *Das Causa-problem des Civilrechts, eine rechtspolitische Studie am [Paragraphen] 365 B.G.B.*, Julius Abel, Greifswald, 1904

STÖTTER, Viktor, *Der einseitige, beiderseitige und gemeinsame Irrtum unter besonderer Berücksichtigung der Abgränzung gegen die Lehre von der mangelhaften Geschäftsgrundlage*, Dissertation, Freiburg im Breisgau, 1956

TARBOURIECH, Ernest, *Contribution à la théorie de la cause: dans la cause dans les libéralités*, V. Giard et E. Brière, Paris, 1894

TERRÉ, François, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Libraire générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1957

THOMAS, Yan, *Causa: sens et fonction d'un concept dans le langage du droit romain,* thèse, Paris, 1976

TIMBAL, Joseph, *De la cause dans les contrats et les obligations en droit romain et en droit français: étude critique,* Impr. Douladoure-Privat, Toulouse, 1882

TREITEL, Guenter H., *The Law of Contract*, 12th edition, revised edition by PEEL, Edwin, Sweet & Maxwell, London, 2007 (1st edition 1962)

VENEZIAN, Giacorno, *La causa nei contratti*, Tipografia dell'Unione cooperative editrice, Roma, 1892

VOCI, Pasquale, *La dottrina romana del contratto*, A. Giuffrè, Torino, 1946

VOIGT, Moritz, *Über die condictiones ob causam und über causa und titulus im Allgemeinen*, Voigt & Günther, Lepizig, 1862

WEILL, Alex, TERRÉ, François, *Droit civil, les obligations*, 4e édition, Dalloz, Paris, 1986, 5e édition TERRÉ, François, 1993

WESTERMANN, Harm Peter, *Die causa im französischen und deutschen Zivilrecht*, de Gruyter, Berlin, 1967

WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit. Unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2. neubearbeitete Auflage, Göttingen, Vandenhoeck u. Ruprecht, 1967 (1. Auflage 1952)

WINDSCHEID, Bernhard, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, J. Buddeus, Düsseldorf, 1850

WINDSCHEID, Bernhard, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9. Auflage unter vergleichender Darstellung des deutschen bürgerlichen Rechts bearbeitet von KIPP, Theodor. Der Neubearbeitung zweite verbesserte und vermehrte Auflage, Literarische Anstalt Rütten & Loening, Frankfurt am Main, 1906 (1. Auflage 1862-70)

WOLF, Joseph Georg, *Causa stipulationis*, Böhlau, Köln-Wien, 1970

ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, University Press, Oxford, 1996

ZIMMERMANN, Reinhard, *The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2005

ZIMMERMANN, Reinhard, WHITTAKER, Simon, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000

ZITELMANN, Ernst, *Irrtum und Rechtsgeschäft, eine psychologisch-juristische Untersuchung*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1879

ZWEIGERT, Konrad, KÖTZ, Hein, *Introduction to Comparative Law*, 3rd revised edition, Clarendon Press, Oxford, 1998 (1st edition 1977)

Članci i rasprave u časopisima i zbornicima radova

AMES, James Barr, *Parol contracts Prior to Assumpsit*, Harvard Law Review, vol. 8/1894, issue 5, p. 252-264

AMES, James Barr, *The History of Assumpsit*, Harvard Law Review, vol. 2/1888, issue 2, p. 53-69

AMES, James Barr, *Two Theories of Consideration*, Harvard Law Review, vol. 12/1899, issue 8, p. 515-531

APPLETON, C., *Le fragment 16, D. , XII, 4, l'obligation de transferér la proprieté dans la vente romaine et cause déterminante dans les contrats*, Revue generale du droit de la legislature et de la jurisprudence, vol. 36/1912, p. 481

ARGIROFFI, Carlo, *Causa ed effetti reali del contratto*, p. 427 in: Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica, II Congresso Internazionale ARISTEC, Palermo, 7-8 giugno 1995 (a cura di L. Vacca), Torino, 1997

ATIYAH, Patrick S., *Judicial techniques and the English Law of Contract*, Ottava Law Review, vol. 2/1968, issue 2, p. 337-362

BALLANTINE, Henry Winthrop, *Mutuality and Consideration*, Harvard Law Review, vol. 28/1914, issue 2, p. 121-134

BARTON, John L., *Causa Promissionis Again*, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis - The Legal History Review, vol. 34/1966, p. 41-73

BASSANI, Vittoria, MINCKE, Wolfgang, *Europa sine causa*?, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, No. 3/1997, s. 599-614

BECK-MANNAGETTA, Margarethe*, Die clausula rebus sic stantibus und die Geschäftsgrundlage in der Dogmengeschichte*, s. 1263-1276 in: La formazione Storica del Diritto Moderno in Europa, vol III, Olschki, Firenze, 1977

BECK-MANNAGETTA, Margarethe*, Geschaftsgrundlage, Voraussetzung und „Causa"*, Index, No. 3/1972, s. 514-524

BETTI, Emilio, *Causa del negozio giuridico*, in NND1. 3, Torino, 1959, p. 32

BONFANTE, Pietro, *Il contratto e la causa del contratto*, Rivista di diritto commerciale, VI, 1908, p. 115-125 (=ID., Scritti giuridici varii, III, Obbligazioni, comunione e possesso, Torino 1926)

BOYER, Benjamin F., *Promissory Estoppel: Principle from Precedents*, Michigan Law Review, vol. 50/1952, issue 5, p. 639-674

BOYER, Benjamin F., *Promissory Estoppel: Requirements and Limitations of the Doctrine*, University of Pensilvania Law Review, vol. 98/1950, issue 4, p. 459-498

BINET, Jean-René, *De la fausse cause*, Revue trimestrielle de droit civil, No. 4/2004, p. 655-672

CANNATA, Carlo Augusto, *Contratto e causa*, p. 59 in: Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica, II Congresso Internazionale ARISTEC, Palermo, 7-8 giugno 1995 (a cura di L. Vacca), Torino, 1997

CHAPPUIS, Christine, *Le renoncement à la cause et à la consideration dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats*, Revue de droit uniforme – Uniform Law Review, No. 1-2/2008, p. 253-291

CHAZAL, Jean-Pascal, *Théorie de la cause et justice contractuelle, à propos de l'arrêt Chronopost*, Juris-Classeur périodique (Semaine Juridique) 1998. I. 152.

CHLOROS, Aleck G., *The Doctrine of Consideration and the Reform of the Law of Contract*, International and Comparative Law Quaterly, vol. 17/1968, p. 137-166

COHEN, Morris R., *The Basis of Contract*, Harvard Law Review, vol. 46/1933, issue 4, p. 553-592

COING, Helmut, *English Equity and the Denunciatio Evangelica of the Canon Law,* Law Quarterly Review, vol. 71/1955, p.223-241

DAVID, René, *Cause et considération*, p. 111-137 in: Mélanges offerts à Jacques Maury, vol. II, Dalloz, Paris, 1960

DESGUE, Danielle, *Essai sur la cause en matière de rupture du contrat en période d'essai*, La Gazette du Palais, n° 149-51/2000, p. 6-13

DENNING, Alfred Thompson, *Recent Developments in the Doctrine of Consideration*, Modern Law Review, vol. 15/1952, issue 1, p. 1-10

DIAZ BIALET, Augustin, *La 'causa' en el derecho romano como principio de la ciencia del derecho* , in Studi in onore di Edoardo Volterra, vol. 1, A. Giuffrè, Milano 1971

DIENER, Peter, *A propos d'une prétendue absence de cause*, P., D 1994, Chr. p. 347

DRAKE, Joseph H., *Consideration v. Causa in Roman-American Law*, Michigan Law Review, vol. 4/1905, Issue 1, p. 19-40

EHMANN, Horst, *Zur Causa-Lehre*, Juristen Zeitung, No. 14/2003., s. 702-714

EISENBERG, Melvin Aron, *Bargain Principle and Its Limits*, Harvard Law Review, vol. 95/1982, issue 4, 741-801

EISENBERG, Melvin Aron, *Donative Promises*, University of Chigao Law Review, vol. 47/1979, issue 1, p. 1-33

EISENBERG, Melvin Aron, *The Principles of Consideration,* Cornell Law Review, vol. 67/1982, issue 7, p. 640-665

FARNSWORTH, Allan E., *Parables about Promises: Religious Ethics and Contract Enforceability*, Fordham Law Review, vol. 71/2002, issue 3, p. 695-708

FARNSWORTH, Allan E., *The Past of Promise: An Historical Introduction to Contract*, Columbia Law Review, vol. 69/1969, issue 4, p. 576-607

FERRI, Giovanni Battista, *La causa nella teoria del contratto* p. 249 in: Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica, II Congresso Internazionale ARISTEC, Palermo, 7-8 giugno 1995 (a cura di L. Vacca), Torino, 1997

FLUME, Werner, *Rechtsgeschäft und Privatautonomie*, in: 100 Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift für Deutscher Juristentag, Band I, C. F. Müller, Karlsruhe, 1960

FULLER, Lon L., *Consideration and Form*, Columbia Law Review, vol. 41/1941, issue 5, p. 799-824

GANNAGE, L, D, *La licéité de la cause doit elle s'apprécier lors de la formation du contrat*, 2000, J, p. 442

GAULY, *Essai d'une définition de la cause dans les obligations*, Revue critique de legislation et du jurisprudence, 1886, p. 44

GHESTIN, Jacques, *Dans un contrat synallagmatique, la fausseté partielle de la cause ne peut entraîner la réduction de l'obligation*, Recueil Dalloz 2007, p. 2574. Tekst članka je dostupan na*:*

GILLI, Jean Paul, *La cause juridique de la demande en justice*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1962

GIORGIANNI, Michele, *Causa del negozio giuridico*, p. 547-576 in: Enciclopedia del diritto, Giuffrè, 1960

GLASER, Abram, *The Doctrine of Consideration and the Civil Law - Principle of Cause*, Dickinson Law Review, vol. 46/1941, issue 1, p. 12-25

GORDON, James D. III, *A Dialogue About the Doctrine of Consideration*, Cornell Law Review, vol. 75/1989-1990, issue 5, p. 986-1005

GOUBEAUX, Gilles, *Leçon de cause. A propos de l'ouvrage de Jacques Ghestin: cause de l'engagement et validité du contrat*, Revue trimestrielle de droit civil, n° 1/2007, p. 47-56

GUEGUEN, Jean-Marie, *Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle*, Recueil Dalloz, vol. 33/1999, p. 352-358

GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Causa del contrato y causa de la obligación en la dogmática de los juristas romanos, medievales y modernos y en la Codificación europea y americana*, Revista Roma e America, vol. 12/2001, p. 167-320 = Revista de Estudios Histórico-Jurídicos 23/2001, p. 209-367

HAMSON, Charles John, *The Reform of Consideration*, Law Quaterly Review, vol. 54/1938, p. 233-234

HANARD, G., *La cause dans les contrats: données romaines et codes civils français et allemand*, in Droit romain et identité européenne. Actes du colloque organisé les 12, 13 et 14 mai 1992, Revue internationale des droits de l'Antiquité, Supplément au Tome XLI, 1994, p. 103-119

HAYS, Paul R., *Formal Contracts and Consideration: A Legislative Program*, Columbia Law Review, vol. 41/1941, issue 5, p. 849-862

HENDERSON, Stanley D., *Promissory Estoppel and Traditional Contract Doctrine*, Yale Law Journal, vol. 78/1969, issue 3, p. 343-387

HORWITZ, Morton J., *The Historical Foundations of Modern Contract Law*, Harvard Law Review, vol. 87/1974, issue 5, p. 917-956

IRETON, Robert E., *Consideration: What Is It*?, Brooklin Law Review, vol. 8/1939, issue 3, p. 303-319

KEGEL, Gerhard, *Empfielt es sich, den Einfluss Grundlegender Veränderungen des Wirtschaftslebens auf Verträge gesetzlich zu regeln und*

in welchem Sinn? (Geschäftsgrundlage, Vertragshilfe, Leistungsweigerungsrecht) s. 139-235 in: Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages, Band I, Mohr (Siebeck), Tübingen, 1953

KESSLER, Friedrich, *Der Schutz des Vertrauens bei Vertragsverhandlungen in der neueren amerikanischen Rechstsprechung*, s. 873-890, in Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag, Mohr, Tübingen, 1978

KESSLER, Friedrich, *Einige Betrachtungen zur Lehre von der Consideration*, s. 251-277, in Festschrift für Ernst Rabel: Rechtsvergleichung und Internationales Privatrecht, Band I, Mohr, Tübingen, 1954

LANGE, Heinrich Carl, *Ausgangspunkte, Wege und Mittel zur Berücksichtigung der Geschäftsgrundlage*. s. 21-58 in: Festschrift für Paul Gieseke zum 70. Geburtstag, C. F. Müller Verlag, Karlsruhe, 1958

LENEL, Otto, *Die Lehre von der Voraussetzung*, Archiv für die civilistische Praxis, No. 74/1889, s. 213-239

LENEL, Otto, *Nochmals die Lehre von der Voraussetzung*, Archiv für die civilistische Praxis, No. 79/1892, s. 49-107

LLEWELYN, Karl N., *Common-Law Reform of Consideration: Are There Measures*?, Columbia Law Review, vol. 41/1941, issue 5, p. 863-876

LLEWELYN, Karl N., *On the Complexity of Consideration: a Foreword,* Columbia Law Review, vol. 41/1941, issue 5, p. 777-782

LOCHER, Eugen, *Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck*, Archiv für die civilistische Praxis, No. 121/1923, s. 1-111

LORENTZ, Werner, *Entgeltliche und unentgeltliche Geschäfte, eine vergleichende Betrachtung des deutschen und anglo-amerikanischer Rechts*, s. 547-568 in: Ius privatum gentium: Festschrift für Max Rheinstein zum 70. Geburtstag, Mohr [Siebeck], Tübingen, 1969

LORENTZEN, Ernest Gustav, *Causa and Consideration in the Law of Contracts*, Yale Law Journal vol 28/1919, issue 7, p. 621-646

MARKESINIS, Basil, *Cause and Consideration: A Study in Parallel*, Cambridge Law Journal, vol. 37/1978, issue 1, p. 53-75

MARKESINIS, Basil, *La notion de consideration dans la common law*, Revue international de droit comparé, vol. 35/1983, p. 737-766

MASON, Malcolm S., *Utility of Consideration-A Comparative View*, Columbia Law Review, vol. 41/1941, issue 5, p. 825-848

MAURY, Jacques, *De l'erreur sur la substance dans les contrats à titre onéreux*, p. 491-499 in: Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant, Dalloz, Paris, 1939

MAURY, Jacques, *Le concept et le rôle de la cause des obligations dans la jurisprudence*, Revue internationale de droit comparé, 1951, p. 485-502

VON MEHREN, Arthur T., *Civil-Law Analogues to Consideration: An Exercise in Comparative Analysis*, Harvard Law Review, vol. 72/1959, issue 6, p. 1009-1078

NEWMAN, Harold, *The Doctrine of Cause or Consideration in the Civil Law*, Canadian Bar Review, vol. 30/1952, issue 7, p. 662

NIKŠIĆ, Saša, *Kauza obveze i srodni instituti u poredbenom pravu*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 56, br. 4/2006, str. 1057-1102

NIKŠIĆ, Saša, *Utjecaj razloga za preuzimanje obveze na valjanost pravnih poslova*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 56, br. - 6/2006, str. 1809-1846

ONIDA, Pietro Paolo, *La causa della societas fra diritto romano e diritto europeo*, Rivista Diritto e storia, No. 5/2006. Tekst članka je dostupan na http://www.dirittoestoria.it/5/Memorie/Onida-Causa-societas-diritto-romano-diritto-europeo.htm

PALMA, Anatonio, *Note critiche sul concetto di causa*, Revista Roma e America, vol. 12/2001, p. 322

PALMA, Antonio, *Vicende della res e permanenza della causa in Sodalitas*-Scritti in onore di Antonio Guarino, III, Napoli, 1984, p. 1489-1504

PATTERSON, Edwin W., *An Apology for Consideration*, Columbia Law Review, vol. 58/1958, issue 7, p. 929-963

PENTA, Margherita, *La causa come elemento negoziale nel diritto romano*, Rivista della Scuola Superiore dell'economia e delle finanze, anno III, 2006, Numero 3, p. 9-24

PETERSON, Samuel, *The Evolution of „Causa" in the Contractual Relations of the Civil Law*, Bulletin of the University of Texas, No. 46, p. X7

POUND, Roscoe, *Promise or Bargain*, Tulane Law Review, vol. 33/1958, issue 3, p. 455-472

REIGNÉ, Philippe, *De l'absence de cause à la cause impossible*, Recueil Dalloz, 1997 p. 500

ROCHFELD, Judith , *Notion et sanction de la fausse cause*. Note sous Cass. civ. 1re, 11 mars 2003 , JCP ed. entr. 2003

ROUAST, André, *A propos d'une livre sur la cause des obligations*, Revue trimestrielle de droit civil, 1923

SANTORO, R., *La causa nelle convenzioni atipiche*, p. 85 in: Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica, II Congresso Internazionale ARISTEC, Palermo, 7-8 giugno 1995 (a cura di L. Vacca), Torino, 1997

SCHMIDT-RIMPLER, Walter, *Zum Problem der Geschäftsgrundlage*, s. 1-30 in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey, Beck, München, 1955

SEAVEY, Warren A., *Reliance upon Gratuitous Promises or Other Conduct*, Harvard Law Review, vol. 64/1951, issue 6, p. 913-928

SHARP, Malcolm P., *Pacta Sunt Servanda*, Columbia Law Review, vol. 41/1941, issue 5, p. 783-798

SHILLER, *The Counterpart of Consideration in Foreign Legal Systems*, New York Law Review Commission, 2nd Annual Report, 1936, p. 107-158

SIMPSON, Alfred William Brian, *The Horwitz Thesis and the History of Contracts*, University of Chicago Law Review, vol. 46/1979, issue 3, p. 533-601

STÖTTER, Viktor, *Die Voraussetzungen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage*, Juristenzeitung, No. 5-6/1967, s. 147-150

STÖTTER, Viktor, *Zur rechtssystematischen Einordnung des § 779 BGB und des gemeinsamen Motivirrtums*, Juristenzeitung, No. 4/1963, s. 123-127

SZALMA, József, *Ajándékozási szerződés - különös tekintettel az európai polgári jogi kodifikációkra, valamint a magyar Ptk Új Koncepciójára*, Jogtudományi Közlöny, Budapest, 2004/. sz., 169-180. old.

SZALMA, József, *A jogcím*, Jogtudományi Közlöny, Budapest, 1984/3 sz., 161–165. old.

SZALMA, József, *Causa (Rechtsgrundlage) bei den Obligationsverträgen*, Annales Universitatis Scientiarum Budapestiensis de Rolando Eötvös Nominatae, Sectio Juridica, Tomus XLVIII, Budapest, 2007, p. 257-282

ULMER, Peter, *Wirtschaftslenkung und Vertragserfüllung. Zur Bedeutung staatlicher Lenkungsmaßnahmen für die vertragliche Geschäftsgrundlage*, Archiv für civilistische Praxis, No. 174/1974, s. 167-201

DE VILLIERS, Mellius, *Consideration in the Roman Law of Contract*, Journal of Comparative Legislation and International Law, vol. 6/1924, part 1, p. 120-124

VIVANT, M., *Le fondement juridique des obligations abstraites*, D. 1978, Chr. 39.

WALTON, Frederic Parker, *Cause and Consideration in Contracts*, Law Quarterly Review, vol. 41/1925, p. 306

WILLIAMS, Glanville L., *Partial Performance of Entire Contracts*, Law Quarterly Review, vol. 57/1941, p. 373-382

WRIGHT, Lord, *Ought the Doctrine of Consideration to be abolished from the Common Law*?, Harvard Law Review, vol. 49/1936, issue 8, p. 1225-1253

Attila Dudás, LL.M., Assistant
Novi Sad School of Law

A Survey of the Relevant Literature on the Purpose of Obligations Arising from a Contract in Civil (*causa*) and Common Law (*consideration*)

Abstract

The purpose of contractual obligations, the reason why one obliges him/herself in a contract is one of the central issues of law of contract. There is no legal system that is or should be indifferent towards the reasons why parties conclude a contract, why they oblige themselves to the other party to tender performance of an obligation. However, the legal relevancy that this question may have in a given legal system differs from one system to another. In Civil Law this question is elaborated within the notion of cause (causa) of contract, while in Common Law it becomes relevant within the framework of a legal institution called the consideration.

The author has been led to write the present paper by the idea to publish a survey of relevant Serbian and foreign literature on the notion of causa and consideration, respectively, in order to enhance further researches related to this topic.

Key words: causa, consideration