

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



ZBORNIK RADOVA

COLLECTED PAPERS

XLIV 1 (2010)

NOVI SAD, 2010.

ZRPFNS, Godina XLIV Novi Sad, br. 1 (2010)

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 Pupiće (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 Brauner (Austrija), prof. dr Tamás Prugberger (Mađarska),
prof. dr Serge Regourd (Francuska), 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

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

Kompjuterska obrada teksta

Goran Hajzler

Štampa:

„KriMel“ Budisava

Tiraž: 300 primeraka

SADRŽAJ

<i>Dr Srđan Šarkiћ, redovni profesor</i> Pravni položaj vlastele u srednjovekovnoj Srbiji	7
<i>Dr Vojislav Đurđić, redovni profesor; Dr Marko Trajković, docent</i> Ljudsko dostojanstvo kao osnova čovekove prirode	29
<i>Dr Snežana Brkić, vanredni profesor</i> O nekim neprimenjivim, protivrečnim i nejasnim odredbama ZKP Srbije nakon procesne reforme iz 2009. godine	45
<i>Dr Zoran Lončar, docent</i> Položaj, uloga i organizacija pokrajinske uprave u Autonomnoj pokrajini Vojvodini	59
<i>Mr Sanja Radovanović, asistent</i> Open source ugovor o licenci softvera – pojam i pravna priroda	81
<i>Mr Jelena Vidić, asistent</i> Osnov zakonskog nasleđivanja u uporednom pravu (Francuska, Belgija, Italija, Španija)	95
<i>Mr Dragana Ćorić, asistent</i> Američka doktrina o zaštiti stečenih prava	125
<i>Mr Atila Dudaš, asistent</i> Kauza ugovorne obaveze prema Zakonu o obligacionim odnosima Republike Srbije	145
<i>Mr Boris Stojkovski, asistent</i> Pravni položaj muslimana u srednjovekovnoj Ugarskoj	171
<i>Cvjetana Cvjetković, asistent</i> Specifičnosti oporezivanja dohotka fizičkih lica u evropskom i domaćem pravu	181
<i>Uroš Stanković, saradnik u nastavi</i> Ivanjdanski atentat i Preki sud u pismima Kralja Aleksandra Obrenovića Dragi Mašin	199

ODELJAK ZA INOSTRANE AUTORE

Dr Čaba Fenjveši, vanredni profesor

Suočenje iz kriminalno-psihološkog aspekta 219

ODELJAK ZA STUDENTE

Mr Miroslav Popović, student doktorskih studija

Ličnost Hajima S. Daviča 237

Jelena Stojšić, student doktorskih studija

Pravna regulativa abortusa u Republici Srbiji 243

Siniša Novković, student doktorskih studija

Dva metoda harmonizacije i unifikacije privatnog prava
u Evropskoj uniji 269

TABLE OF CONTENTS

<i>Srđan Šarkić, Ph.D., Full Professor</i>	
Legal Position of Noblemen in Serbian Mediaeval Law	7
<i>Vojislav Đurđić, Ph.D. Full Professor; Marko Trajković, PhD. Assistant Professor</i>	
Human Dignity as the Core of Human Nature	29
<i>Snežana Brkić, Ph.D., Associate Professor</i>	
About Some Inapplicable, Contradictory and Unclear Provisions in Code of Criminal Procedure of Serbia After Procedural Reform in 2009.	45
<i>Zoran Lončar, Ph.D., Assistant Professor</i>	
Position, Role and Organization of Provincial Administration in the Autonomous Province of Vojvodina	59
<i>Sanja Radovanović, LL. M, Assistant</i>	
Open Source Software License Agreement – Definition and Legal Nature	81
<i>Jelena Vidić, LL.M., Assistant</i>	
Legal Ground of Intestacy in Comparative Law (France, Belgium, Italy and Spain)	95
<i>Dragana Ćorić, LL. M. Assistant</i>	
American Legal Theory about Acquired Rights	125
<i>Attila Dudaš, LL.M., Assistant</i>	
Cause (Consideration in Contracts) under the Serbian Law on Obligations	145
<i>Boris Stojkovski, LL.M., Assistant</i>	
Legal Position of Muslims in Medieval Hungary	171
<i>Cvjetana Cvjetković, Assistant</i>	
Specificities of Personal Income Tax In European and Serbian Law	181
<i>Uroš Stanković, Junior Assistant</i>	
Ivanjdan Attempt and Martial Court in King Alexander Obrenovich's Letters to Draga Masin	199

SECTION FOR FOREIGN AUTHORS

Csaba Fenyvesi, Ph.D. Associate Professor

The Confrontation from Criminal-Psychological Aspect	219
--	-----

SECTION FOR STUDENTS

Miroslav Popović, LL.M., student of doctoral studies

The Personality of Hajim S. Davičo	237
--	-----

Jelena Stojšić, student of doctoral studies

Abortion Legislation in Serbia	243
--------------------------------------	-----

Siniša Novković, student of doctoral studies

Two Methods of Harmonization and Unification of Private Law in the European Union	269
--	-----

*Dr Srđan Šarkiћ, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

PRAVNI POLOŽAJ VLASTELE U SREDNJOVEKOVNOJ SRBIJI¹

Sažetak: U radu se ispituje pravni položaj vlastele – povlašćenog staleža u srednjovekovnoj Srbiji. Najpre se raspravlja o poreklu naziva vlatelin i o tome koji su se još izrazi koristili za vladajući sloj srpskog stanovništva. Zatim se govori o statusu vlastele i njenom odnosu prema vladaru. Najveći deo rada razmatra o raznim kriterijumima po kojima se vlastela delila: crkvena i svetovna, velika vlastela, mala vlastela i vlasteličići, baštinici i pronijari.

Кljučne reči: Vlastelin, boljar, arhont, velika vlastela, mala vlastela, vlasteličići, pronijari, baštinici, povelje, hrisovulje, ugovori sa Dubrovnikom, Dušanov zakonik.

Proučavanje srednjovekovnih srpskih pravnih spomenika jasno nam pokazuje da su u srednjovekovnoj Srbiji, još od kraja XII veka, živele različite kategorije stanovništva, čiji pravni položaj nije bio jednak. Ta činjenica može se videti već u Hilendarskoj povelji monaha Simeona (Stefana Nemanje) iz 1198. godine u kojoj čitamo: **И акє кьто ѿдь манастирьскихъ лоуди бежи или Влахъ подь велига жоупана или код инога кога, да се вракаю ѿпеть; ако ли ѿдь жоупанихъ лоуди приходе оу манастирьскє лоуди, да се вракаю опеть.**² То

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

² V. Čorović, *Spisi svetog Save*, Beograd – Sremski Karlovci 1928, str. 3. U današnjoj jezičkoj verziji, ovaj odlomak glasi: *I ako ko od manastirskih ljudi ili Vlaha pobjegne pod velikoga župana ili kod koga drugog, da se opet vraćaju; ako li od županovih ljudi dođu u manastirske ljude, da se opet vraćaju.* Sveti Sava, *Sabrani spisi*, Stara srpska

znači da su seljaci u ovo vreme već bili izgubili slobodu kretanja i da su pripadali ili Crkvi, ili velikom županu (vladaru) ili nekom drugom, odnosno vlasteli. U zlatopečatnoj povelji (hrisovulji) kralja Stefana Prvovenčanog manastiru Žiča (1220), vladar pravi jasnu razliku između *vlastele* i *ubogih ljudi* (siromašnih) i propisuje različite kazne za ista krivična dela u zavisnosti od nečijeg porekla (*protivu rodu*) i dostojanstva (*protivu sanu*). Čak i u okviru povlašćenog sloja povelja pravi razliku između *vlastele* i *vojnika* (verovatno sitno, vojničko plemstvo).³ *Ubogi ljudi* podeljeni su na *popove*, *Vlahe* (zavisne stočare) i kmetove, koji se u Srbiji u početku nazivaju jednostavno *ljudi*.⁴

Gorenavedeni odlomci ne ostavljaju nas u sumnji da su u trinaestovekovnoj Srbiji živеле različite društvene grupe sa nejednakim pravnim položajem. U četrnaestom veku, posebno posle proglašenja Dušanovog Zakonika, socijalne razlike između staleža su se još više uvećale, tako da možemo govoriti o četiri nejednake kategorije stanovništva: 1) povlašćeni sloj, najčešće nazivan *vlastela*; 2) zavisno seosko stanovništvo, najčešće nazivano *sebri*; 3) *gradsko stanovništvo* sa ograničenom autonomijom, i 4) *stranci*. U ovom radu nastojaćemo da ispitamo pravni položaj vladajućeg sloja – *vlastele*.

1. Naziv

Izraz *vlastela* koristio se da označi povlašćen stalež u srednjovekovnoj Srbiji. Prema mišljenju većine istraživača srednjovekovnog srpskog prava izraz je izveden iz reči *vlast*; dakle *vlastela* bi bili oni koji imaju vlast nad ostalim kategorijama stanovništva.⁵ Reč se po prvi put sreće u *Zakonopravilu* (*Nomokanonu*) *Svetoga Save* (1220), gde se grčki izraz **ἄρχωντος** prevodi srpskim rečima *vlastel*, *boljar* i *knez*.⁶ U Žičkoj hrisovulji (1220) povlašćeni stalež se naziva *vlastela*, dok se svi ostali smatra-

književnost, knjiga druga, današnja jezička verzija Lazar Mirković i Dimitrije Bogdanović, Beograd 1986, str. 33.

³ A. Solovjev, *Odabrani spomenici srpskog prava*, (u daljem tekstu *Odabrani spomenici*), Beograd 1926, str. 23: **аще боудеть отъ влатель или отъ воиникъ...**

⁴ *Odabrani spomenici*, str. 20–23.

⁵ Videti V. Mažuranić, *Prinosi za hrvatski pravno-povjestni rječnik* (u daljem tekstu *Prinosi*), Zagreb 1908–1922 (reprint 1975), str. 1587–1588. Cf. K. Jireček – J. Radonjić, *Istorija Srba I*, Beograd 1952, str. 59. Videti i E. P. Naumov, *Gospodstvuoučiū klass i gosudarstvennaja vlast' v Serbii XIII–XV vv.*, Moskva 1975, kao i članak *Vlastela* (R. Mihaljčić) u *Leksikon srpskog srednjeg veka*, Beograd 1999, str. 87–89.

⁶ N. Radojčić, *Vlastel u Zakonu gradskom Nomokanona sv. Save*, *Glas Srpske Akademije Nauka, CXCI*, odeljenje društvenih nauka 96, Beograd 1949, str. 1–14. U trinaestom veku **ἄρχωντες** su u Vizantiji bili visoki činovnici, koji su se nazivali i **μεισιτανες** (velikaši) i **δυνατοί** (moćnici).

ju nižima (članovi 18, 19, 27 i 28 hrisovulje).⁷ Izraz je postao opšte prihvaćen u prvoj polovini trinaestog veka. Sveti Sava, na primer, u povelji manastiru Svetog Nikole Vranjinskog (1223) govori o *ostaloj vlasteli* (**от прочихъ властель**). Pet godina kasnije (1242), kralj Vladislav, u povelji dodeljenoj istom manastiru, pominje *mog vlastelina* (**мои властелинь**).⁸ U pravnim spomenicima nastalim posle pomenutih dokumenata, isti izraz se i dalje spominje, tako da slobodno možemo reći da je u trinaestom veku bio konačno prihvaćen.

U nekim srpskim pravnim spomenicima koristi se za vlastelu i naziv *boljar*, koji je u Srbiju stigao iz Bugarske, a koji je u Bugarskoj i posebno u Rusiji, označavao viši, privilegovani stalež. Izvorno, reč označava nekog ko je bolji (*miliores, optimatum unus*),⁹ i češće se sreće u književnim tekstovima nego u pravnim spomenicima. Ipak, u ugovoru kralja Radoslava sa Dubrovnikom od 4. februara 1234. godine pominju se *moji kraljevski boljari* (**боларь королевства ми**).¹⁰ Izraz se može naći i u povelji kralja Dušana manastiru Hilandar (februar 1340) i u popisu dobara manastira Svete Bogorodice u Tetovu (1346).¹¹ Ali, povelja kralja Milutina manastiru Svetog Stefana u Banjskoj (član 70) i povelja kralja Stefana Dečanskog manastiru Dečani (član 39), govore o boljarima kao o grupi manastirskih zavisnih seljaka (*meropaha*).¹² Bilo kako bilo, izraz *boljari*, retko se koristi u poređenju sa terminom *vlastela*.

Za razliku od srpskih izvora, u spisima vizantijskih istoričara može se naći čitav niz različitih izraza koji se koriste za označavanje srpske vlastele. Konstantin Jireček je upozorio da car i istoričar Jovan Kantakuzin najmoćniju vlastelu u savetu (**βουλή**) kralja Dušana¹³ naziva **τοὺς ἐν**

⁷ *Odabrani spomenici*, str. 21-23.

⁸ S. Novaković, *Zakonski spomenici srpskih država srednjega veka* (u daljem tekstu *Zakonski spomenici*), Beograd 1912, str. 577 i 578.

⁹ V. Mažuranić, *Prinosi*, p. 78. O boljarima videti S. Novaković, „Baština“ i „boljar“ u jugoslovenskoj terminologiji srednjeg veka, *Glasnik Srpske Kraljevske Akademije* 92 (1913), str. 248-255 i članak *Boljar* (R. Mihaljčić) u *Leksikon srpskog srednjeg veka*, Beograd 1999, str. 56.

¹⁰ *Odabrani spomenici*, str. 27. *Moji boljari* spominju se i u ugovoru bosanskog bana Mateja Ninoslava sa Dubrovnikom od 22. marta 1240 (**а придохъ си съ моими боларими**). Videti LJ. Stojanović, *Stare srpske povelje i pisma, knjiga I, Dubrovnik i susedi njegovi*, Beograd – Sr. Karlovci 1929, str. 7.

¹¹ *Odabrani spomenici*, str. 124 i 130.

¹² *Zakonski spomenici*, str. 627 i 651.

¹³ Za kraljev savet Jovan Kantakuzin upotrebljava termin **βουλή** (*bule* ili *vuli*, prema srednjovekovnom i savremenom izgovoru, što se u nas prevodi kao *veće*), preuzet iz antičke istorije. *Bule* je u staroj Atini bilo izvršni organ *eklezije* (narodne skupštine), nastao u vreme Solonove reforme (oko 570. pne), kada se sastojao od 400 članova. Nakon Klisenove reforme (509. pne) broj *buleuta* (većnika) povećan je na 500.

τέλει καὶ μεγάλη δυναμένους ili τῶν ἐν τέλει τοὺς δυνατωτάτους. Jireček dalje konstatuje da se u grčkim izvorima vlastela nazivaju moćni (**δυνατοί**), velikoplemeniti (**μεγαλόνυμοι**), velikoslavni i blagородni.¹⁴ Još veću pažnju na bogatstvo Kantakuzinovih naziva za pripadnike vladajućeg sloja u srednjovekovnoj Srbiji, obratio je Nikola Radojčić, ukazujući na sledeće izraze: **εὐπατρίδαι**,¹⁵ **ἀριστοί**,¹⁶ **τῶν πραγμάτων ἄρχοντες**,¹⁷ **δυνατοί**,¹⁸ **ἐπιφανείς**,¹⁹ **ἐν εὐγενείᾳ λαμπρυνόμενοι**,²⁰ **συγκλητικοί**.²¹ Ipak, najčešći naziv je **οἱ ἐν τέλει**.²² „Takvo obilje varijanti u nazivima za vlastelu u srpskoj državi potiče iz velikog izražajnog bogatstva grčkog jezika i želje klasično obrazovanog Jovana Kantakuzina da svoje izlaganje obogati stilskom raznovrsnošću.”²³

2. Položaj u društvu

Visoki položaj i ugled vlastele u srednjovekovnom srpskom društvu, može se sagledati iz čitavog niza pravnih spomenika u kojima vladar spominje vlastelu neposredno uz članove svoje porodice. Tako na primer, kralj Vladislav u povelji manastiru Svete Bogorodice Bistričke u Polimlju (1234-43), između ostalog kaže: ...**да никтоже не имать власти никоіеже надъ сими даними црькви сиіеи, ни моја братија, ни братоучедіе, ни ини мои родъ, ни мои властеле...**²⁴ U povelji kojom kralj Stefan Uroš Milutin potvrđuje poklon svoga oca, kralja Uroša, Hilandaru (oko 1300), čitamo: **И властелинь кто любо, и одь соуродьникъ моихъ ако оулєзє тамо и забавить что, да плати**

¹⁴ Jireček – Radonjić, *Istorija Srba II*, str. 60.

¹⁵ *Eupatridi*, doslovno *rođeni od plemenitih očeva, plemeniti, plemići*. Izraz koji se koristio u staroj Atini za povlašćeni sloj, do Solonovih reformi (594. pne).

¹⁶ Doslovno *boljari, najodličniji*. Grčki **ἀριστος** = najbolji, superlativ od **ἀγαθός** = dobar.

¹⁷ Doslovno *upravni činovnici (arhonti), dostojanstvenici koji upravljaju*. Izraz *arhont*, vodi takođe poreklo iz stare Atine. Kolegija od 9 arhonata obavljala je najviše upravne poslove od ukidanja kraljevstva (683. pne) do Klistenove reforme (509. pne). O značenju izraza *arhont* u Vizantiji videti napomenu 6.

¹⁸ Doslovno *moćnici, silnici*. Grčki **δύναμις** = sila, moć, snaga.

¹⁹ Doslovno *odlični, slavni, ugledni*.

²⁰ Doslovno u *plemenitosti najsajjniji (najodličniji)*.

²¹ Doslovno *senatori*. Grčki termin **σύγκλητος** (*sinklit*), najčešće se koristi kao prevod latinskog izraza *senatus* (senat).

²² Doslovno *savršeni*, ali u prenosnom značenju *vlastela*. Videti N. Radojčić, *Srpski državni sabori u srednjem veku*, Beograd 1940, str. 293-294.

²³ *Vizantijski izvori za istoriju naroda Jugoslavije, tom VI*, Beograd 1986, str. 387-388, napomena 102 (komentar B. Ferjančiča uz vesti Jovana Kantakuzina).

²⁴ *Zakonski spomenici*, str. 591.

кралєвьствоу ми .ви. воли.²⁵ U ugovoru kralja Dušana sa Dubrovnikom (oko 1334), između ostalog stoji: **...да имь не оузмє ништа кралєвьство ми безь коупа, ни кнєзь кралєвьства ми, ни ки властелинь оу земли кралєвьства ми да не оузмє ништа бєзь коупа.**²⁶ Kralj, dakle, propisuje da ni on sam, ni bilo koji njegov rođak ili vlastelin, ne sme Dubrovčanima bilo šta uzeti, ukoliko to nije pribavio kupoprodajnim ugovorom (*da ne uzme ništa bez kupa*).

Vlastela se u dokumentima pominje i uz dvorske dostojanstvenike. Tako na primer u povelji kralja Vladislava manastiru Svetog Nikole Vranjinskog (1242), kralj izričito naređuje da manastirsku zemlju ne sme da uzurpira ni *moj vlastelin*, ni *moji vladalci*.²⁷ Istu formulu ponavlja i kralj Dušan (*ni vlastelin*, *ni vladalc*, *kraljevstva mi*) u ugovoru sa Dubrovnikom od 1332. godine.²⁸ Slično čitamo i u povelji kraljice Jelene Anžijske (oko 1280) manastiru Svetog Nikole Vranjinskog: **А оть властель великихь или малихь и владоуштихь прочихь...**²⁹ Potvrđujući povlastice dubrovačkim trgovcima, car Uroš u ugovoru od 10. januara 1356, kaže da će Dubrovčani biti pošteđeni bilo kakvih uznemiravanja, bilo da ona dolaze **одь коєга властелина царьства ми**, ili pak **оть инога кога владоуштаго оу земли царьства ми.**³⁰

3. Odnosi vlastele i vladara

Iako je vladar bio najmoćnija ličnost u srednjovekovnoj Srbiji, on je u dobroj meri bio zavisen od svoje vlastele. Uticaj povlašćenog sloja na vladara povećavao se sa širenjem državne teritorije i uvećanjem vojne, ekonomske i političke moći srednjovekovne Srbije. Tome treba dodati i strane uticaje, pre svega iz Vizantije, ali i iz nekih Zapadnoevropskih država.

Izgleda da krajem dvanaestog veka uticaj vlastele na vladara i nije bio toliko značajan. O tome svedoči Teodosije Hilandarac u *Žitiju Svetog Save* kada kaže da su vlastela bila *blagopokoriva* i *dobroposlušljiva*.

²⁵ *Zakonski spomenici*, str. 392, IX. U savremenoj jezičkoj verziji taj odlomak glasi: *I ako bilo koji vlastelin, ili moj srodnik uđe tamo [na manastirsko imanje] i uzme nešto, da plati meni, kralju, dvanaest volova.*

²⁶ *Zakonski spomenici*, str. 167.

²⁷ *Zakonski spomenici*, str. 578: **да не има тоу области ни мон властелинь, ни мон владаць...** *Vladalci dvora kraljeva*, je u prvoj polovini trinaestog veka bio opšti naziv za dvorske dostojanstvenike.

²⁸ *Zakonski spomenici*, str. 166.

²⁹ *Zakonski spomenici*, str. 579.

³⁰ *Zakonski spomenici*, str. 176.

va.³¹ Kralj Stefan Prvovenčani u *Žitiju Svetog Simeona* (biografiji svoga oca, Stefana Nemanje), priča kako su *jedan od pravovernih vojnika njegovih* [Nemanjinih]³² i *kći jednoga od velmoža njegovih pravovernih* pali na kolena ispred velikog župana.³³ Ali, izgleda da su već početkom trinaestog veka vlastela postala znatno moćnija i samostalnija. Otpočinjući žitije svoga oca (Stefana Nemanje), Prvovenčani kralj pozdravlja svoju vlastelu rečima *prijatelji i braćo moja*.³⁴ Već je rečeno da kralj Vladislav u povelji manastiru Svete Bogorodice Bistričke navodi vlastelu uz članove svoje porodice (videti napred i napomenu 24). Opisujući život kralja Milutina, Arhiepiskop Danilo kaže da je Milutin poštovao i voleo svoju vlastelu kao braću.³⁵ Jovan Kantakuzin priča, da je prilikom posete Dušanovom dvoru video sledeće: *Kod Tribala*³⁶ *se još održava stari običaj da, kada neki njihov plemić (τις τῶν εὐγενεστέρων καὶ μεγάλων δυναμένων) posle dužeg vremena dolazi njihovom vladaru (ἀρχῶν) i kada treba da ga po prvi put pozdravi, tada obojica silaze sa konja te onaj koji je potčinjeni (δουλεύοντα) najpre poljubi vladara u grudi i zatim u usta, dok pri drugom susretu potčinjeni više ne silazi s konja, nego jašući pozdravlja gospodara (δεσπότην).*³⁷ Svakako da je ovakav načina pozdravljanja izazivao čuđenje i zgražanje kod Vizantinaca, naviklih na strogi dvorski ceremonijal.

Izgleda da su srpski vladari, prilikom donošenja važnih odluka, obavezno morali da se savetuju sa svojom vlastelom. O tome nam najviše podataka daju vizantijski poslanici koji su posećivali Srbiju, obavljajući važne državne misije. Primera radi, znameniti vizantijski državnik i poli-

³¹ Izdanje Đ. Daničića, *Život Svetoga Save. Napisao Domentijan* (Daničić je delo pogrešno pripisao Domentijanu, umesto Teodosiju), Beograd 1860 (reprint priredio Đ. Trifunović, Beograd 1973), str. 36.

³² Pod izrazom *vojnik* misli se na pripadnike sitnog plemstva, koji će se u kasnijim dokumentima nazivati vlasteličići.

³³ Stefan Prvovenčani, *Sabrani spisi, današnja jezička verzija LJ: Juhas-Georgijevska, L. Mirković i M. Bašić, Stara srpska književnost, knjiga treća*, Beograd 1988, str. 70 i 71. Originalni tekst izdao je V. Čorović, *Svetosavski zbornik 2*, Beograd 1938, str. 1-76. Najnovije izdanje, Stefan Prvovenčani, *Sabrani spisi, prevod LJ. Juhas-Georgijevska, izdanje na srpsko-slovenskom T. Jovanović, Srpska književna zadruga, kolo XCII, knjiga 608*, Beograd 1999, str. 15.

³⁴ *Sabrani spisi*, str. 64.

³⁵ Arhiepiskop Danilo, *Životi kraljeva i arhiepiskopa srpskih*, izdanje Đ. Daničić, Zagreb 1866, str. 96.

³⁶ Kantakuzin najčešće naziva Srbe Tribalima, da bi pokazao svoju učenost. Tribali su inače tračko pleme, koje je u antičkim vremenima (pre dolaska Rimljana) nastanjivalo prostor današnje Srbije. Manir da se savremeni narod naziva imenom plemena koje je u davnini nastanjivalo te prostore, vrlo je prisutan kod vizantijskih pisaca.

³⁷ *Vizantijski izvori VI*, prevod i komentar B. Ferjančića.

histor Teodor Metohit,³⁸ koji je u Srbiju putovao pet puta, pregovarajući oko braka princeze Simonide, ćerke cara Andronika II i srpskog kralja Milutina,³⁹ se žali na srpsku vlastelu, koja se suprotstavlja savezu sa Vizantijom, jer su uvek spremni na rat i pljačku.⁴⁰ Svestrano obrazovani Nićifor Grigora⁴¹ u svojoj obimnoj *Vizantijskoj istoriji* piše: ... *kada su tamošnji [srpski] velikaši, vojvode i vojni zapovednici (μεγιστᾶνες καὶ στρατηγοὶ καὶ ταξίαρχοι), i svi koji su bili siti očeve duge vladavine,*⁴² *videli da on [Dušan] takve stvari smeru [tj. pobunu protiv oca], svaki ga je tajno posetio i raspaljivao njegove misli o ustanku. Posle malo dana pridobili su ga na svoju stranu, pobudili da povede rat protiv oca i proglasili ga za samodržavnog kralja Srbije (Κράλην Σερβίας αὐτοκράτορα ἀνηγόρευσαν).* U toku više dana, malo po malo, svi su prešli na njegovu stranu, ceo izabrani deo vojske, i bez muke uhvativši oca izručije ga sinu u uzama. Zatim su ga stavili u tamnicu protiv volje i uz negodovanje sina, koji je ipak čutao ne mogući se suprotstaviti sili mnoštva, jer se bojao da i njega samog ne zadesi neko zlo. Nije prošlo mnogo dana, a staroga kralja [Stefana Dečanskog] su udavili u tamnici... Njegovom sinu su učvrstili i osigurali vlast...⁴³ Iako je kasnije car Dušan postao „verovatno najmoćniji vladar u Evropi“ (*probably the most powerful monarch in Europe*),⁴⁴ on je sve vreme ostao pod jakim uticajem svoje vlastele. Prema priči Jovana Kantakuzina, srpska vlastela se, za njegovog boravka u Srbiji, ovako obratila kralju Dušanu: „*Mi Kralju [Dušanu], našem gospodaru, stavljamo do znanja da ne pokreće rat pro-*

³⁸ O Teodoru Metohitu videti I. Đurić, *Teodor Metohit, Vizantijski izvori za istoriju naroda Jugoslavije, tom VI*, Beograd 1986, str. 63-77.

³⁹ O tim pregovorima Metohit je u Carigrad poslao poverljiv izveštaj, takozvano *Poslaničko slovo (Πρεσβευτικὸς)*. Spis je preveden na srpski prvi put još 1902. godine Teodora Metohita poslanica o diplomatskom putu u Srbiju, preveo M. Apostolović, *Letopis Matice Srpske* 216 (1902), str. 27-58. Novi prevod uz detaljan komentar dao je I. Đurić, *Vizantijski izvori VI*, str. 63-143.

⁴⁰ Pišući o srpskoj vlasteli, Metohit upotrebljava vrlo jake reči, kao što su *zlobnici, zločinci, pljačkaši grobova, zavidljivci, klevetala, bezstidnici, ljudi koji ne poštuju nikog* i slično. Videti *Vizantijski izvori VI*, str. 133-135 (prevod i komentar I. Đurića).

⁴¹ O Nićiforu Grigori videti S. Ćirković, *Nićifor Grigora, Vizantijski izvori VI*, str. 145-153.

⁴² Misli se na vladavinu Stefana Dečanskog (1321-1331), koja uopšte nije bila duga.

⁴³ *Vizantijski izvori VI*, str. 211-212. Videti i napomene 116 i 117 (prevod i komentar S. Ćirkovića). O velikom uticaju srpske vlastele na mladog Dušana, svedoči i Danilov nastavljajući u *Žitiju Stefana Dečanskog (Životi kraljeva i arhiepiskopa srpskih*, str. 207-212).

⁴⁴ S. Runciman, *Byzantine Civilization*, New York 1994 (originally published in 1933), p. 228.

tiv cara [Jovana Kantakuzina, odnosno Vizantije] *čak ni onda kad bi car bio spreman da mu nanese nepravdu, imajući na umu da kazna božja očekuje ljude koji čine nepravdu. A ako ovaj napadne, neka se suprotstavi svom silom. Ako hoće da posluša naše savete dobro je, a ako ne, neka sam krene u pohod, zajedno sa vama,*⁴⁵ *nijedan od nas neće se priključiti.*⁴⁶ *Tako su rekli Tribali i Kralj ih je poslušao i rekao romejskim prebezima: „Videli ste kakav je stav o ratu mojih velikaša. Kad bih ja iz nekih ličnih razmirica sa carem žarko želeo da povedem rat, odustao bih videći da oni misle kako sada misle, a sada ni ja nemam drukčije mišljenje o toj stvari.”*⁴⁷ Isti autor svedoči kako je kralj Dušan položio zakletvu svom velikašu Hrelji i primio ga u svoju službu.⁴⁸ Srpska vlastela savetuje kralja Dušana da uzme Manojla Kantakuzina (sina cara Jovana) kao taoca, jer samo će na taj način biti siguran da će njegov otac ostati saveznik Srba.⁴⁹ Jovan Kantakuzin je pisao 1343. godine svom političkom protivniku Aleksiju Apokavku (**Ἀπόκαυκος**), prebacujući mu što je pokušavao da srpskog kralja (Dušana) pridobije na svoju stranu. Da bi uspeo u tome, Apokavk je slao dragocene poklone ne samo kralju, već i njegovoj supruzi (**ἡγεμονίδα**), kao i vlasteli koja je okruživala vladara.⁵⁰

Teodor Metohit i Jovan Kantakuzin nas obaveštavaju da je na srpskom dvoru postojao običaj da mnogobrojni mladi plemići (**γεννικὴ νεότης**), svečano odeveni, sačekuju ugledne goste i služe im kao pratnja.⁵¹ Ovim podacima mogli bismo dodati član 51 Dušanovog zakoni-

⁴⁵ Srpska vlastela se obraća vizantijskim prebezima, koji nagovaraju Dušana na rat protiv Kantakuzina, svog političkog protivnika.

⁴⁶ Da li ovo znači da je srpska vlastela zapretila kralju Dušanu otkazivanjem vazalne zakletve (takozvani *diffidatio*), ako je ne posluša? To je teško reći jer se nameće pitanje u kojoj meri Kantakuzinovo kazivanje reflektuje srpsku stvarnost.

⁴⁷ *Vizantijski izvori VI*, str. 331-332, kao i napomena 106 (prevod i komentar S. Ćirkovića).

⁴⁸ *Vizantijski izvori VI*, str. 405, napomena 142 (prevod i komentar B. Ferjančića). Zakletva vladara velikašima je zapadnoevropski uticaj koji je prodro u srednjovekovnu Srbiju. Tako nešto bilo je nepoznato vizantijskom konceptu carske vlasti. Istoričari danas smatraju da ipak treba verovati ovom podatku Jovana Kantakuzina. Poznato je i da je car Dušan novembra 1348. godine izdao povelju na grčkom, manastiru Bogorodice u Likusadi (u Tesaliji), kojom carevom zakletvom osnažuje sve ono što je potvrđeno i darovano, pa se stoga i naziva *zakletvom potvrđeno zlatopečatno slovo carstva mi* (**ὁ παρὼν οὗτος ὀρκωμοτικός χρυσόβουλλος λόγος τῆς βασιλείας μου**). Izdanje A. Solovjev – V. Mošin, *Grčke povelje srpskih vladara*, Beograd 1936, str. 158.

⁴⁹ *Vizantijski izvori VI*, str. 407 i napomena 149 (prevod i komentar B. Ferjančića).

⁵⁰ *Vizantijski izvori VI*, str. 251 i napomena 85. Cf. i B. Ferjančić, *Stefan Dušan i srpska vlastela u delu Jovana Kantakuzina*, *Zbornik radova vizantološkog instituta*, 33 (1994), str. 177-194.

⁵¹ *Vizantijski izvori VI*, str. 110 i 390 i napomena 107 (komentar B. Ferjančića).

ka, koji počinje rečima: *I kto preda sina ili brata u dvor...*⁵² Polazeći od ovih podataka, da li možda možemo da zaključimo da je na srpskom dvoru postojala posebna služba pratnje, sačinjena od mladih plemića?⁵³

4. Podela

Vlastela u srednjovekovnoj Srbiji nije bila homogen stalež. Njihovo etničko poreklo, društveni, politički i ekonomski položaj bili su različiti, tako da ih možemo podeliti u nekoliko grupa.

Svi oni koje srpski vladari nazivaju *vlastela kraljevstva* ili *carstva mi* nisu uvek bili obavezno Srbi. Među vlastelom bilo je pripadnika različitih nacija, kao što su Grci (Vizantinci), Nemci, Albanci, Latini,⁵⁴ Vlasi⁵⁵ i drugi. U povelji kraljice Jelene, kojom daruje manastir Svetog Nikole Vranjinskog (1280), između ostalog stoji: **А отъ властель великихъ или малихъ... или є Сръбинъ, или Латининъ, или Арбанасъ, или Влахъ...**⁵⁶ Član 173 Dušanovog zakonika počinje rečima: *Vlastele i vlasteličići koji gredu u dvor carstva mi, ili Grk, ili Nemas, ili Srbin...*⁵⁷ Sabor sazvan 1355. godine u Krupištu zasedao je **и съ всеми властели сръбскими и гръчьскими и поморьскими...**⁵⁸ U povelji cara Dušana dubrovačkom plemiću Maroju Gočetiću od 5. decembra 1355, čitamo sledeće: **нитко одъ властель царства ми, ни Гръкъ, ни Латининъ...**⁵⁹

Mnogo važnija od podele prema etničkom poreklu bila je podela vlastele prema njihovom društvenom, političkom i ekonomskom položaju. Deo vlastele pripadao je crkvi, dok je velika većina bila svetovni stalež. Polazeći od političke i ekonomske moći, izvori nas obaveštavaju o velikoj vlasteli, maloj vlasteli i vlasteličićima. I najzad, pojedina vlastela

⁵² S. Novaković, *Zakonik Stefana Dušana cara srpskog*, Beograd 1898 (reprint 2004), str. 44 i 178; N. Radojčić, *Zakonik cara Stefana Dušana 1349 i 1354*, Beograd 1960, str. 52 i 103.

⁵³ T. Taranovski, *Istorija srpskog prava u nemanjičkoj državi, prvi deo Istorija državnog prava*, str. 32 = *Klasici jugoslovenskog prava, knjiga 12*, Beograd 1996, str. 61 smatra da je *dvorska služba bila u isto vreme i škola, gde je vlasteoska omladina učila i vojnu struku i državne poslove i dobre običaje viteške*.

⁵⁴ Izraz *Latini* koristilo je pravoslavno stanovništvo srednjovekovne Srbije za katolike, pre svega Dubrovčane, ali i za stanovnike primorskih gradova koji su se nalazili u sastavu srpske države (Bar, Kotor, Budva, Ulcinj).

⁵⁵ Vlasi su bili stanovništvo romanskog porekla, ali i zavisni stočari.

⁵⁶ *Zakonski spomenici*, str. 579.

⁵⁷ Novaković, *Zakonik*, str. 135 i 250; Radojčić, *Zakonik*, str. 77-78 i 135.

⁵⁸ *Zakonski spomenici*, str. 429.

⁵⁹ *Zakonski spomenici*, str. 175.

je raspolagala svojim posedom kao punom, privatnom svojinom (baštinom), dok ju je deo vlastele koristio kao proniju. Koristeći pomenute kriterijume, podelićemo vlastelu u srednjovekovnoj Srbiji u tri osnovne grupe: a) crkvena i svetovna vlastela; b) velika vlastela, mala vlastela i vlasteličići, i v) vlastela baštinici i vlastela pronijari.

a) Crkvena i svetovna vlastela – Podelu na crkvenu i svetovnu vlastelu upotrebio je pre svih Nikola Krstić, prvi profesor pravne istorije u Srbiji. U svojim *Razmatranjima o Dušanovom zakoniku* Krstić je napisao da izvori ne pominju takvu podelu, ali je on do nje došao rezonovanjem. Kao kriterijum za pripadnost vlasteoskom staležu on je naveo posebnu povlašćenost. Stoga je Krstić naziv *vlastela* proširio i na najviše crkvene dostojanstvenike, mada izvori pod tim izrazom podrazumevaju samo svetovno plemstvo.⁶⁰ Prema mišljenju Teodora Taranovskog, izraz *vlastela* označava isključivo povlašćeni stalež svetovnog stanovništva. Crkva i sveštenstvo predstavljaju, prema autoru, nešto sasvim drugo, jer su manastiri dobijali zemlju od vladara kao pravna, a ne fizička lica.⁶¹

Iako većina pravnih spomenika pod nazivom *vlastela* podrazumeva povlašćeni stalež svetovnog stanovništva, smatramo da bi se pomenuta podela mogla prihvatiti. Pre svega, celokupno sveštenstvo nije pripadalo vlasteli. Sitni, seoski popovi spadali su u niži stalež (sebre), dok su visoki crkveni dostojanstvenici uživali sve povlastice koje je inače imala vlastela. Pored toga, neki izvori, doduše retki ali ipak postoje, pod izrazom *vlastela* podrazumevaju i svetovno plemstvo i crkvene dostojanstvenike. Najupečatljiviji primer je povelja kralja Milutina katoličkoj crkvi Svete Bogorodice Rtačke od 15. marta 1319. Na kraju povelje se kaže: **И тоу милост сътвори кралєвство ми домоу светєе Богородице Ретѣчьскєе, кѣди приде оу Которь градъ. И тоу быше съ кралєвствомъ ми властеле: архиепискоупъ барьски Маринь, и казнѣць Мирославъ, и єпискоупъ хльмьскы Иоань, и єпискоупъ зетьскы Михайль, и чельникъ Бранко, дедь Мирославъ, жоупанъ Владиславъ, пискоупъ которьскы Доумоуниа и два сведока Драго и Павль.**⁶² Kao što se iz teksta povelje

⁶⁰ N. Krstić, *Razmatranja o Dušanovomъ Zakoniku*, *Glasnik Društva srpske slovesnosti* VI (1854), str. 112-121. U novijoj literaturi takvu podelu je prihvatio D. Janković, *Istorija države i prava feudalne Srbije (XII-XV vek)*, Beograd 1957, str. 42 sq. Cf. i S. Šarkić, *Srednjovekovno srpsko pravo*, Novi Sad 1996, str. 24-25.

⁶¹ T. Taranovski, *Istorija srpskog prava I*, str. 12.

⁶² *Zakonski spomenici*, str. 605. T. Taranovski, *nav. delo*, str. 12, je uzeo ovaj podatak u obzir ali je napisao:... *ipak to je samo izuzetak koji ne ukida opšte pravilo, da je vlastela označavala viši svetovni stalež.*

jasno vidi, pod istim nazivom *vlastela* navode se i svetovni i crkveni velikodostojnici, katolici i pravoslavni (*kaznac, čelnik, ded, župan – arhi-episkop, biskup*). Identičan primer može se naći i u popisu imovine manastira Svete Bogorodice u Tetovu (oko 1346), gde se među nabrojanom vlastelom spominje i episkop Kalinik.⁶³ Crkve i manastiri su najčešće dobijali zemlju kao pravna lica, ali u izvorima se mogu naći i izuzeci od tog pravila, odnosno slučajevi kada su sveštenici dobijali imanja od vladara kao fizička lica. Tako na primer kralj Dušan je 19. maja 1343. godine potvrdio starcu (svešteniku) Grigoriju crkvu Svetog Petra u Koriši.⁶⁴ U povelji despota Jovana Uglješe od februara 1369, kojom rešava sudski spor između manastira Zografa u Svetoj Gori i episkopa grada Jerisa (Ἱερισσός, grad u grčkoj Makedoniji), izričito stoji da episkop Jerisa kir David poseduje zemlju kao fizičko lice.⁶⁵ Ipak, najupečatljiviji primer je povelja cara Uroša od 1356 kojom daje crkvu Svetog Nikole Stoškog u baštinu Kirilu, mitropolitu grada Melnika (danas u Bugarskoj). U tekstu se izričito veli da Kiril može slobodno raspolagati crkvom za života, a posle smrti može je zaveštati Crkvi (**да си ієсть вол'нь митрополить Куриль оном'зи црквомъ до своего живота а по смръти своіи любви за доушоу подь цръквь подписати**) ili pokloniti bilo kome (**а или комоу харизати**).⁶⁶

Vlastela je u srednjovekovnoj Srbiji, kao i u drugim feudalnim državama, imala upravni, sudski i finansijski imunitet na svojim imanjima. Doduše, podaci iz izvora obaveštavaju nas uglavnom o vlastelinstvima koja su pripadala Crkvi, ali možemo pretpostaviti da su identičan pravni položaj uživala i imanja svetovne vlastele. U povelji kralja Milutina manastiru Svetog Đorđa, na primer, izričito se kaže da je crkva izuzeta od svih poreza koji su se inače davali kralju. Nijedno svetovno lice nije smelo da sudi bilo kome čoveku koji je pripadao manastiru i ni jedan kraljev činovnik nije smeo da uđe na manastirsko imanje i na njemu sakuplja porez.⁶⁷ Prema članu 42 Dušanovog Zakonika, svetovna vlastela je morala da plaća *soće* i da se odazove na vojni poziv vladara.⁶⁸ *Soće*⁶⁹ je sa-

⁶³ *Odabrani spomenici*, str. 129-130.

⁶⁴ *Odabrani spomenici*, str. 125-127.

⁶⁵ A. Solovjev – V. Mošin, *Grčke povelje srpskih vladara (Diplomata graeca regum et imperatorum Serviae)*, Beograd 1936 (*Variorum reprints*, London 1978), str. 268-279 (u daljem tekstu *Grčke povelje*).

⁶⁶ *Zakonski spomenici*, str. 309. Cf. R. Grujić, *Lična vlastelinstva crkvenih predstavnika u XIV i XV veku*, *Glasnik Skopskog Naučnog Društva XIII*, 1934, str. 47-68.

⁶⁷ *Odabrani spomenici*, str. 69-82.

⁶⁸ Novaković, *Zakonik*, str. 38 i 172: *I baštine vse da su svobodne ot vseh rabot i podanak carstva mi, razve da daju soće i vojsku da vojuju po zakonu*.

kupljano od vlastele i sebara, ali je vlastelin morao da doda jedan *per-per*⁷⁰ ili *kabao*⁷¹ žita i preda ga caru. To su bile dve osnovne obaveze svetovne vlastele prema vladaru. Pored toga, kada car putuje, vlastela je bila obavezna da organizuje prevoz, što se jasno vidi iz člana 60 Dušanovog Zakonika: *Cara vsak da diže kude kamo grede; grad vsaki do župe, i župa do župe, i paki župa do grada.*⁷² Član 127 Zakonika glasi: *Za grada zidanije. Gde se grad obori ili kula, da ga naprave graždane toga-zi grada i župa što jest predel toga grada.*⁷³ Zadatak vlastelina bio je da nadgleda zidanje. Vanredne pomoći caru (*auxilia, aide fēodale*), bili su dužni, prema članu 128, da daju i vlastela (*velik*) i seбри (*mal*): *Gospodin car kadi ime sina ženiti ili krštenije, i bude mu na potrebu dvor činiti i kuće, da vsak pomaže, mal i velik.*⁷⁴

Crkvena vlastelinstva bila su znatno povlašćenija. To se jasno vidi iz člana 26 Dušanovog Zakonika koji glasi: *Crkvi vse što se obretaju po zemli carstva mi osvobodi carstvo mi ot vseh rabot malih i velikih.*⁷⁵ To znači da crkve i manastiri nisu morali da plaćaju *soće* vladaru,⁷⁶ i da opremaju vojnike za ratovanje.⁷⁷ Sudska nadležnost crkvene vlastele bila je znatno šira od nadležnosti svetovnog plemstva. Crkva je mogla da sudi svim meropsima i otrocima na svom vlastelinstvu, ali je mogla da sudi i svim svetovnim licima u sporovima iz bračnog i naslednog prava.

⁶⁹ Videti M. Blagojević, *Soće, osnovni porez srednjovekovne Srbije, Glas Srpske Akademije Nauka i Umetnosti, odeljenje istorijskih nauka, knjiga 11, CCCXC* (2001) str. 1-44.

⁷⁰ Perper je vizantijski zlatni novac koji se koristio i u Srbiji. Naziv potiče od grčkog *ὑπερπυρος* = žežen, ponovo topljen. O srpskom novcu videti članak *Novac* (R. Čuk), u *Leksikon srpskog srednjeg veka*, Beograd 1999, str. 441-444, kao i detaljnu studiju V. Ivaniševića, *Novčarstvo u srednjovekovnoj Srbiji*, Beograd 2001.

⁷¹ Ranije se smatralo da jedan kabao iznosi 16 kilograma. Ali, M. Blagojević, *Soće*, dosta ubedljivo dokazuje da je *soće* iznosilo između 61,5 i 62 kilograma. Videti i S. Ćirković, *Merenje i mere u srednjovekovnoj Srbiji, Radotnici, Vojnici, Duhovnici*, Beograd 1997, str. 135-168.

⁷² Novaković, *Zakonik*, str. 50 i 183.

⁷³ Novaković, *Zakonik*, str. 97 i 223.

⁷⁴ Novaković, *Zakonik*, str. 98 i 223.

⁷⁵ Novaković, *Zakonik*, str. 27 i 162.

⁷⁶ Treba napomenuti da već Dečanska hrisovulja propisuje da se *soće* daje Crkvi (**...и соце да даю цръкви**). *Zakonski spomenici*, str. 655, LXI.

⁷⁷ Još pre proglašenja Zakonika neke povelje su izuzimale manastire od vojne službe. Na primer u povelji kralja Dragutina Hilandaru (1276-1281), stoji da manastirski ljudi ne moraju da ratuju. Istu povlasticu dao je i kralj Milutin manastiru Svetog Stefana u Banjskoj i car Dušan manastiru Svetih Arhandela Mihajla i Gavрила kod Prizrena (*Zakonski spomenici*, str. 388, VI; 628, LXXXIV; 698, CLXXIV).

Crkveno vlastelinstvo nikada nije moglo biti konfiskovano u slučaju izdaje, kao što je to bio slučaj sa svetovnim.

b) Velika vlastela, mala vlastela i vlasteličiči – U srednjovekovnoj Srbiji sva vlastela je dobijala svoje posede neposredno od vladara i bila od njega zavisna, bez obzira na velike razlike koje su postojale u njihovom društvenom, političkom i ekonomskom položaju. Iako su neki pripadnici sitne vlastele (*vlasteličiči*) živeli na crkvenim imanjima i zadatak im bio da štite crkvu i manastir od razbojnika, oni nisu bili vazali Crkve, već neposredno vladara. Tako je, na primer, car Dušan darovao manastiru Svetih Arhandela svoga vlasteličiča Novaka Peciju zajedno sa njegovim kućama, vinogradima, njivama i mlinovima (**И приложи царство ми властеличичка царства ми Новака Пещию, съ дворми и съ виноградми, и съ нивами, и съ млини**).⁷⁸ U povelji koju je car Dušan izdao vlasteličiču Ivanku Probištitoviću (1350) kaže se da je Ivanko *vlasteličič despota*, iako je Ivanko svoja baštinska prava dobio neposredno od cara, a ne od despota.⁷⁹ Polazeći od političke, ekonomske i društvene moći vlastele, u izvorima možemo razlikovati veliku vlastelu, malu vlastelu i vlasteličiče.

Podela na veliku i malu vlastelu pomenuta je po prvi put u povelji kralja Uroša izdatoj manastiru Svetog Petra i Pavla na reci Limu (između 1254-1264). Hrisovulja, koja potvrđuje darivanja kneza Miroslava,⁸⁰ bila je izdata u prisustvu crkvenih velikodostojnika **и съ властели великими и малими кралѣвства ми**.⁸¹ Velika i mala vlastela, jedna pored druge, pomenuta je tri puta u Dušanovom Zakoniku. Najpre se u uvodnom delu veli: *Si-že zakonik postavljajem ot pravoslavnago Sabora našego, preosveštenim patrijarhom kir-Joanikijem i vasemi arhijereji i crkoverniki, malimi i velikimi, i mnoju, blagovernim carem Stefanom, i vasemi vlasteli carstva mi, malimi že i velikimi*. Član 121 počinje rečima *da nest voljan vlastelin ni mal ni velik*, a na početku člana 136 čitamo: *Knjiga carstva mi da se ne presluša gde prihodi, ili ka gospoždi carici, ili ka kralju*,⁸² ili ka vlastelom,

⁷⁸ *Zakonski spomenici*, str. 685, XIV.

⁷⁹ *Odabrani spomenici*, str. 151. Verovatno da se radilo o despotu Jovanu Oliveru, jednom od najmoćnijih velmoža na Dušanovom dvoru. Detaljnije o njegovoj ličnosti videti B. Ferjančić, *Despota u Vizantiji i južnoslovenskim zemljama*, Beograd 1960, str. 159-166.

⁸⁰ Knez Mirosлав, vladar u Humu (Hercegovina), je bio brat Stefana Nemanje, kraljevog dede.

⁸¹ *Zakonski spomenici*, str. 594, I.

⁸² Izraz *kralj* u Dušanovom Zakoniku označava uvek Dušanovog sina, prestolonaslednika Uroša. Detaljno o tome raspravlja S. Ćirković, *Kralj u Dušanovom zakoniku*, *Zbornik radova Vizantološkog instituta* 33 (1994), str. 149 - 164

*velikim i malim...*⁸³ Valja napomenuti da izvori ne prave razliku u pravnom položaju između velike i male vlastele. Naravno, možemo pretpostaviti da je velika vlastela bila znatno moćnija i uticajnija, ali jedina povlastica koja se jasno ogleda u izvorima, odnosila se na pozivanje na sud. To je izričito rečeno u članu 62 Zakonika: *Vlastelin veliji da se ne poziva bez knjige sudijine, a proćim pečat*.⁸⁴ Dakle, velikom vlastelinu se moralo obrazložiti zašto je pozvan na sud (*knjiga sudijina*), dok svi ostali moraju da se odazovu čim vide carski pečat (poziv na sud). U tesnoj vezi sa prethodnom povlasticom je i pravo velike vlastele da joj sude njoj ravni, što je jasno rečeno u članu 152: *...da su velijim vlastelom veliji vlastele, a srednjim ljudem protivu ih družina, a sebrdijam ih družina da su porotnici*.⁸⁵ Suđenje sebi ravnim (jednakim) je dobro poznata srednjovekovna ustanova i može se sresti u svim pravnim sistemima.⁸⁶ Ostalo je, međutim, nejasno ko se među dvorskim dostojanstvenicima smatrao pripadnikom velike, a ko male vlastele. U izvorima se sreće samo pomen *velika vlastelina stegonoše*⁸⁷ koji nije bio običan zastavnik (stegonoša), već visoki vojni zapovednik.⁸⁸ Možemo pretpostaviti i da su najviši dvorski dostojanstvenici, kojima su bile dodeljene vizantijske titule (*despot, česar, sevast*) spadali takođe u veliku vlastelu, ali u nedostatku izvora to ostaje samo u sferi hipoteze.

⁸³ Novaković, *Zakonik*, str. 6 i 151; 93 i 218; 103 i 227.

⁸⁴ Novaković, *Zakonik*, str. 51 i 184. Čak ni u ovom slučaju Zakonik ne suprotstavlja veliku vlastelu maloj vlasteli, već *proćim* (ostalima), uključujući tu i malu vlastelu.

⁸⁵ Novaković, *Zakonik*, str. 119 i 238. Prema mišljenju Novakovića (str. 238), *srednji ljudi*, koji se suprotstavljaju velikoj vlasteli su mala vlastela, trgovci i građanstvo.

⁸⁶ Cf. član 39 *Velike povelje sloboda* iz 1215. godine (*Magna Carta Libertatum*, ed. J. Hold, London 1976, p. 326): *Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre* (Nije dan slobodan čovek neće biti zatvoren ili uhapšen ili lišen imovine ili proglašen da je van zakona ili izgnan ili na bilo koji drugi način unesrećen i mi nećemo poći protiv njega i nećemo poslati protiv njega, nego samo po zakonskoj *presudi njemu jednakih* i po *zemaljskom zakonu*). Izrazi zakon, zakonska presuda i zemaljski zakon označavaju običajno pravo, odnosno presudu donetu na osnovu običajnog prava.

⁸⁷ Član 155 Zakonika. Izdanje Novakovića, str. 122 i 239.

⁸⁸ S. Novaković, *Stara srpska vojska*, Beograd 1893, str. 39, 57, 65, piše da *veliki vlastelin stegonoša* nije bio običan zastavnik već visoki vojni zapovednik, kome je poveren steg (zastava) kao oznaka komande nad određenom borbenom formacijom. N. Krstić, *nav. delo*, str. 115–116, poredi *velikog vlastelina stegonošu* sa *barones banderiatu* u Ugarskoj, a to znači sa najmoćnijim plemićima koji su imali povlasticu da se bore pod sopstvenim stegom. T. Taranovski, *nav. delo*, I, str. 14, skreće pažnju na *Litvanski statut* iz 1529, koji pominje *pani horugovnije*, veliku vlastelu sa zastavom (*horugva*), koji su predvodili sopstvene trupe u kojima se borilo sitno plemstvo. Ali, u nedostatku izvora ne bismo mogli da zaključimo da je srpska velika vlastela zapovedala sopstvenim vojnim jedinicama.

Vlasteličići su bili sloj sitnog plemstva, koji su na društvenoj lestvici stajali ispod velike i male vlastele. Srpska reč *vlasteličić* je patronimik (grčki *πατήρ* = otac i *ὄνομα* = ime), ime izvedeno od očevog imena ili plemensko ime (na primer, Heraklidi po Heraklu, Nemanjići po Nemanji). Konstantin Jireček je preveo reč *vlasteličić* sa „Sohn des Kleinen Vlastelin“ (sin maloga vlastelina) i ukazao da se u dubrovačkim dokumentima reč prevodi kao *zentilotto*.⁸⁹ U poveljama koje su srpski vladari izdavali na grčkom jeziku vlastela se nazivaju *ἄρχοντες*, a vlasteličići *ἄρχοντόπουλοι*.

Izraz *vlasteličići* upotrebljen je po prvi put oko 1200 godine, u ugovoru kralja Stefana Prvovenčanog sa Dubrovnikom, ali on se odnosio tada na dubrovačke trgovce, a ne na srpsko sitno plemstvo.⁹⁰ U Zakoniku cara Dušana vlastela i vlasteličići se nabrajaju jedni uz druge, što nesumnjivo znači da spadaju u isti, povlašćeni stalež (članovi 39, 142, 173).⁹¹ Imaju jednaku odgovornost za pojedina krivična dela (članovi 55, 142 i 173), a uživaju i istu zaštitu u slučaju ako sebi opljačkaju njihova imanja (član 144).⁹² Ali, razlika u njihovom pravnom položaju može se videti iz člana 50 Zakonika: *Vlastelin koji opsuje i osramoti vlasteličića, da plati 100 perper. I vlasteličić ako opsuje vlastelina, da plati 100 perper i da se nije stapi*.⁹³ Kao što se vidi iz teksta, vlasteličići su mogli biti kažnjavani i batinanjem.

Vlasteličići su bili relativno brojan sloj sitnog plemstva i mogli su voditi poreklo od takozvanih *vojnika*, koji se pominju u izvorima s početka trinaestog veka. Stefan Prvovenčani u *Žitiju Svetog Simeona* (biografiji svoga oca, Stefana Nemanje) piše da je Nemanja sazvaio na saboru u Rasu *vojvode že i voini*, ali razlika u pravnom položaju ova dva sloja, ne može se videti iz teksta izvora.⁹⁴ Razlika u pravnom položaju između *vlastele*, *vojnika* i *ubogih ljudi*, može se jasno videti iz teksta Žičke hrisovulje: ko se razvede protivno propisima povelje, ako bude od vlastele daće kralju 6 konja. Ako bude **от нихъ воиникъ** daće 2 konja, a ako

⁸⁹ K. Jireček, *Staat und Gesellschaft im mittelalterlichen Serbien, I-III, Denkschriften der Kaiserlichen Akademie der Wissenschaften in Wien, Phil. Hist. Klasse LVI* (1912), I, p. 44; *Das Gesetzbuch des serbischen Caren Stephan Dušan, Archiv für slavische Philologie*, 22 (1900), p. 214. Videti i članak *Vlasteličići* (R. Mihaljčić) u *Leksikon srpskog srednjeg veka*, str. 91-92.

⁹⁰ *Zakonski spomenici*, str. 138, I: **Сиковоу милость створи кралєвство ми властеличикємь доубровьчкимь...**

⁹¹ Novaković, *Zakonik*, str. 39 i 170-171; 109 i 231; 135 i 250.

⁹² Novaković, *Zakonik*, str. 47 i 180; 109 i 231; 135 i 250; 111 i 232.

⁹³ Novaković, *Zakonik*, str. 43-44 i 177-178.

⁹⁴ Izdanje V. Ćorović, *Žitije Simeona Nemanje od Stefana Prvovenčanog*, Svetosavski zbornik, knjiga 2, Beograd 1938, str. 15-76.

bude od *ubogih ljudi* (siromašnih, verovatno zavisnih seljaka) daće 2 vola.⁹⁵ Vlasteličići su najčešće dobijali od vladara malo imanje, uglavnom jedno selo (član 75 Dušanovog Zakonika),⁹⁶ ali izvori spominju i slučajeve kada su vlasteličići dobijali i veći feud, pa čak i neke manje gradove. Ponekad je vladar dodeljivao vlasteličića, zajedno sa njegovim imanjem manastiru, kao što je bio već pomenuti slučaj Novaka Pecije. Vlasteličići su često živeli na manastirskom imanju i kao vojnici, štitili manastir i igumana od razbojnika. Primera radi, kralj Milutin je u povelji izdatoj manastiru Svetog Đorđa, naredio vlasteličićima Manoti i Kalođurđu *da rabotaju crkvi u vojnički zakon*. To znači da su pomenuti vlasteličići morali da služe crkvi prema pravilima koja su važila za vojnički stalež uz povlasticu *da im se kon ne tovari ni tovara da ne vode*. Ista povelja pominje izvesnoga Hranču, kome se naređuje *da jest crkovni vojnik*.⁹⁷ Oko 1362, car Uroš piše Dubrovčanima da je poslao svoga vlasteličića Vukšu da štiti dubrovačke trgovce od svakog uznemiravanja (**А тамо смь послалъ властеличикиа царьства ми Влькшоу оу Свети Срьгъ, да стои, и да ви чоува и блюде одъ всакє забаве...**).⁹⁸ Ali, izvori spominju i slučaj kada su neki vlasteličići pokušavali i da opljačkaju manastire. Car Uroš je 1361. godine posetio igumana Jovana i ostale monahe manastira Hilandara, koji su mu se žalili na neku vlastelu i vlasteličiće koji su ih uznemiravali (**...и говорише царьству ми како ихъ обиде властеле и властеличики...**)⁹⁹

v) *Vlastela baštinići i vlastela pronijari* – Podela na vlastelu baštinike i pronijare izvedena je prema sadržini prava svojine na zemlji.

Vlastela baštinići su imali puno i neograničeno pravo svojine na svome vlastelinstvu – *baštini*. Izraz *baština* je izveden od staroslovenske reči *bašta* = otac, i označava *očevinu*, odnosno onu imovinu, pre svega nepokretnu, koja prelazi od oca na njegove naslednike, prvenstveno muškog roda (analogno latinskom terminu *patrimonium*, izvedenom takođe od reči *pater* = otac).¹⁰⁰ Vlastelin baštinić je mogao sasvim slobodno

⁹⁵ *Odabrani spomenici*, str. 21.

⁹⁶ Novaković, *Zakonik*, str. 60 i 191.

⁹⁷ *Zakonski spomenici*, str. 614, 615 i 619; *Odabrani spomenici*, str. 75, 76 i 80. O *vojničkom zakonu*, videti R. Mihaljić, *Vojnički zakon*, *Zbornik Filozofskog fakulteta* XII-1, Beograd 1974, str. 305-309 = *Prošlost i narodno sećanje*, Beograd 1955, str. 95-99.

⁹⁸ *Zakonski spomenici*, str. 187.

⁹⁹ *Zakonski spomenici*, str. 437.

¹⁰⁰ Videti V. Mažuranić, *Prinosi za hrvatski pravno-povijesni rječnik*, Zagreb 1908-1922, reprint 1975, str. 45-48, i P. Skok, *Etimologijski rječnik hrvatskoga ili srpskoga jezika*, uredili M. Deanović i Lj. Jonke, surađivao u predradnjama i priredio za tisak V. Putanec, knjiga I, Zagreb 1971, str. 120.

raspolagati svojim posedom: prodati ga, pokloniti ili na bilo koji drugi način otuđiti, što nam nedvosmisleno svedoči član 40 Dušanovog Zakonika: *...da su volni nimi i pod crkov dati, ili za dušu odati, ili inomu prodati komu ljubo*.¹⁰¹ Član 41 Zakonika kaže da baštinu umrlog vlastelina nasleđuju njegova deca (verovatno i ženska), a ako nema dece njegovi rodaci do osmog stepena srodstva pobočne linije (*dogde se obrete ot jegova roda do tretijega bratučeda*).¹⁰² Baštinicima se garantuje sigurnost poseda, što Dušanov Zakonik stilizuje rečima *baštine da su tvrde*.¹⁰³ Vlada je mogao oduzeti baštinu, kako se kaže u povelji cara Dušana vlasteličiću Ivanku Probišćeviću (28 maj 1350), *разве едине неverse, а ни за единос ино съгрешение*, što znači samo u slučaju izdaje (*nevere*).¹⁰⁴

Ustanova *pronije*¹⁰⁵ nastala je u Vizantiji, a izvori je pominju prvi put sredinom XI veka, kada je car Konstantin IX Monomah (Μονομάχος) dao u proniju selo Mangane (Μαγγάνα) svome prvom ministru Konstantinu Lihudu (Λειχούδης), i pri tom izdao tri imunitetne povelje (*καὶ τὴν τῶν Μαγγάνων ἀνέθετο πρόνοιαν καὶ τὰ περὶ τῆς ἐλευθερείας αὐτῶν ἐνεπίστευσε ἐγγράφα*).¹⁰⁶ Sama reč znači brigu, staranje, nadzor, upravu, a u crkvenom jeziku i providenje. Pošto je carska vlada počela da dodeljuje zemlju na upravu (*εἰς πρόνοιαν* ili *κατὰ λόγον προνοίας*), reč je dobila novu sadržinu.

Iz Vizantije pronija je prodrila u slovenske zemlje, a u Srbiji se pominje prvi put na prelasku iz XIII u XIV vek u znamenitoj povelji kralja Milutina manastiru Svetog Đorđa kod Skoplja. Povelja spominje izves-

¹⁰¹ Novaković, *Zakonik*, str. 36 i 171.

¹⁰² Novaković, *Zakonik*, str. 37 i 171. Reči *do tretijega bratučeda* označavaju osmi stepen srodstva pobočne linije.

¹⁰³ Članovi 39 i 40; Novaković, *Zakonik*, str. 36 i 170-171.

¹⁰⁴ *Odabrani spomenici*, str. 151.

¹⁰⁵ Najvažniji radovi o proniji su: G. Ostrogorski, *Pronija, prilog istoriji feudalizma u Vizantiji i južnoslovenskim zemljama, Sabrana dela G. Ostrogorskog, knjiga I*, Beograd 1969, str. 119-342; P. Lemerle, *Recherches sur le régime agraire à Byzance: la terre militaire à l'époque des Comnènes, Cahiers de civilisation médiévale* 2 (1959), pp. 265-281; A. Holweg, *Zur Frage der Pronoia in Byzanz, Byzantinische Zeitschrift* 60 (1967), pp. 288-308; G. Ostrogorsky, *Die Pronoia unter den Komnenen, Zbornik radova Vizantološkog instituta* 12 (1970), str. 41-54; R. Radić, *Neki podaci o pronijarima iz prvih decenija XIV veka, Zbornik radova Vizantološkog instituta* 21 (1982), str. 85-93. O proniji u Srbiji videti S. Novaković, *Pronijari i baštinici (spahije i čitluk sahibije). Prilog k istoriji nepokretne imovine u Srbiji XIII – XX veka, Glas Srpske Kraljevske Akademije* 1 (1887), str. 1-102 = *Vaskrs države srpske i druge studije, Klasici jugoslovenskog prava, knjiga I*, Beograd 1986, str. 161-223.

¹⁰⁶ *Ioannis Zonarae Epitomae Historiarum*, ed. M. Pinder, III, Bonn 1841-1897, p. 670, 7-9.

nog Manotu, do koga je putem miraza (prćije) dospelo imanje njegovoga tasta Dragote u mestu zvanom Rečice. Ali, pošto je kralj Milutin bio odlučio da celu tu oblast pokloni manastiru Svetog Georgija Gorge (Svetog Đorđa Skoropostižnog), naknadno se utvrdilo da Dragotino imanje nije bilo baština već pronija – posed dodeljen pod uslovom vršenja vojne službe – te ga Manota nije mogao dobiti mirazom ukoliko i on sam ne prihvati vršenje vojne službe. Da ne bi izgubio tastovo imanje Manota se obavezao **да работа цркви оу воиничьски законь.**¹⁰⁷

Tekst Skopske povelje nam svedoči da pronijar nije imao puno, neograničeno pravo svojine na zemlji, već samo pravo korišćenja (*usus*) i plodouživanja (*fructus*). Pronija se uvek dobijala pod uslovom vršenja vojne službe, a mogla se ostaviti u nasledstvo samo ako pronijarov naslednik prihvati vojnu dužnost. Vrhovno pravo svojine nad pronijom bilo je u rukama vladara i on ju je mogao oduzeti vlastelinu u svako doba. Vlastelin pronijar nije smeo proniju prodati, niti na bilo koji drugi način otuđiti, što nedvosmisleno zabranjuje član 59 Dušanovog Zakonika: *Proniju da nest voljan nikto prodati ni kupiti kto ne ima baštinu. Ot pronijarske zemlje da nest voljan nikto podložiti pod crkov; ako li podloži da nest tvrdo.*¹⁰⁸

Iako izvori prave jasnu razliku između pravne prirode baštine i pronije, u praksi XIV veka ta razlika nije bila uvek baš jasno izražena. O tome svedoči član 68 Dušanovog Zakonika, koji određujući obaveze zavisnih seljaka (*meropaha*), govori samo o rabotama pronijaru, a ne svakom vlastelinu (*Merophom zakon po vsjoj zemlji. U nedelje da rabotaju dva dni pronijaru...*).¹⁰⁹ To, prema mišljenju Georgija Ostrogorskog, samo dokazuje da je reč *pronijar* zamenila u Dušanovom Zakoniku opšti pojam gospodara, da se sistem pronije u Dušanovo vreme u Srbiji jako raširio, te da su odnosi na feudalnome posedu, bilo pronijarskom, bilo baštinskom, u osnovi bili isti.¹¹⁰

Pošto je sva vlastela u srednjovekovnoj Srbiji bila u neposrednom vazalnom odnosu prema vladaru, monarh je bio taj koji je lično dodeljivao posed na korišćenje. Ali, u izvorima nalazimo i jedan izuzetak od tog pravila: to je grčka povelja Dušanovog polubrata Simeona-Siniše, vladara u Epiru i Tesaliji, koja potvrđuje januara 1361. godine posede velikoga kontostavlosa¹¹¹ Jovana Cafe Ursina Duke. Među vlastelinstvima veliko-

¹⁰⁷ *Zakonski spomenici*, str. 614; *Odabrani spomenici*, str. 75.

¹⁰⁸ Novaković, *Zakonik*, str. 50 i 182.

¹⁰⁹ Novaković, *Zakonik*, str. 55 i 187.

¹¹⁰ G. Ostrogorski, *Pronija*, str. 293.

¹¹¹ Μέγας κονοσταύλος ili κοντοσταύλος, vrhovni konjušar, zatim zapovednik konjice (od latinskog *comes stabuli*, odnosno francuskog *conestable*). Detaljnije o ovoj funkciji videti *Grčke povelje*, str. 463 – 464.

ga kontostavlosa, povelja pominje selo Fiaca (**Φιάτσα**), koje je Jovan Cafa dao u proniju (**δία προνοίας**) svome sinovcu i imenjaku Jovanu Cafi.¹¹² Ovaj podatak nameće pitanje da li je u Srbiji i vlastelin mogao dati zemlju u proniju svome vazalu, ili je to mogao učiniti samo vladar. Raspravljajući o ovome pitanju, Stojan Novaković je skrenuo pažnju na član 106 Dušanovog Zakonika, koji među vlasteoskim dvoranima spominje i *pronijareviće* (sinove pronijara).¹¹³ Prema njegovom mišljenju to bi bio dokaz da su velika vlastela u Srbiji imala sopstvene pronijare, koji su bili njihovi vojnici, mada u izvorima nema dokaza za takvu tvrdnju.¹¹⁴ Možemo prihvatiti tumačenje da izraz *pronijarević* označava pronijarevog sina, ali ništa ne dokazuje da je on raspolagao sopstvenom pronijom. Naprotiv, ako je bio siromašan, bez sopstvene pronije, mogao se staviti na raspolanje velikom vlastelinu kao njegov dvorani.¹¹⁵ Izgleda da je slučaj Jovana Cafa i njegovog sinovca jedini poznati primer koji svedoči da je proniju dodelio jedan vlastelin svome vazalu. Taj usamljeni slučaj se, kako je G. Ostrogorski istakao, ipak ne može uzeti kao dokaz za nekakve opšte zaključke. Jovan Cafa je bio vlastelin stranog porekla (možda italijanskog) koji je živio u Epiru, oblasti koja je bila pod jakim zapadnim uticajima i gde su društvene prilike bile bitno različite od onih u Srbiji. Čak i Dušanov polubrat Simeon-Siniša nije sebe smatrao Srbinom¹¹⁶ a Epir i Tesalija, kojima je vladao, bili su faktički odvojeni od Srbije.

Grčka hrisovulja cara Dušana od juna 1352. godine, manastiru Ksenofontu u Svetoj Gori, pominje *zemlju koju je ranije držao vitez Muzakije u okrugu Miriofitovu* (**τὴν γῆν ἣν προκατειχε καβαλάριος ὁ Μουζάκιος ἐν τῇ τοποθεσίᾳ τοῦ Μυριοφύτου**).¹¹⁷ Grčka reč **καβαλάριος** = vitez (od

¹¹² Grčke povelje, str. 234.

¹¹³ Dušanov Zakonik član 106: *Dvorane vlasteoski, ako učini koje zlo kto ot njih, kto bude pronijarević...* Izdanje, Novaković, str. 81 i 210.

¹¹⁴ S. Novaković, *Pronijari i baštinici*, str. 36.

¹¹⁵ T. Taranovski, *Istorija I*, str. 38 kaže da ako bi *pronijarević* imao svoju proniju, onda bi se zvao *pronijar*. A. Solovjev, *Zakonik cara Stefana Dušana 1349. i 1354. godine*, Beograd 1980, str. 263 kaže sledeće: „...pronija prelazi obično samo na jednog pronijareva sina. Ostali pronijarevići postali bi deklasirani, pošto nemaju feudalnog imanja, a po načinu života ne mogu da pređu u seljake. Oni traže nameštenje na dvoru velikog vlastelina, gde će se u ratu istaći, a verovatno dobiti i proniju. Smatramo da je takav bio Ivanko Probištitović, 'vlasteličić despotov'...u despotovoj službi on se obogatio, nabavio zemljišta i kuće, a zatim mu je car te kupljenice zapisao u baštinu.“

¹¹⁶ Majka mu je bila vizantijska princeza Marija Paleologina i pitanje je koliko je znao srpski. Svoje povelje pisao je na grčkom jeziku i potpisivao ih je ovako: ΣΥΜΕΩΝ ΕΝ ΧΡΙΣΤΩ ΤΩ ΘΕΩ ΠΙΣΤΟΣ ΒΑΣΙΛΕΥΣ ΚΑΙ ΑΥΤΟΚΡΑΤΩΡ ῬΩΜΑΙΩΝ ΚΑΙ ΣΕΡΒΩΝ, Ο ΠΑΛΑΙΟΛΟΓΟΣ (*Simeon, u Hrista Boga verni car i samodržac Romeja i Srba, Paleolog*).

¹¹⁷ Grčke povelje, str. 186.

srednjovekovnog latinskog *caballarius* i francuskog *chevalier*), označavala je u Vizantiji i Srbiji počasnu titulu dodeljivanu vitezovima koji su stizali iz Zapadnoevropskih država.¹¹⁸ Ali, ostaje nejasno da li je Muzakijevev posed bio pronija ili baština.

U petnaestom veku opasnost od turskih osvajanja izazvala je širenje pronijarskog sistema. Stoga su pronije dodeljivane ne samo vlasteličima, već i visokim dvorskim dostojanstvenicima.¹¹⁹

¹¹⁸ *Grčke povelje*, str. 448.

¹¹⁹ Primere navodi Ostrogorski, *Pronija*, str. 303–310.

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

Legal Position of Noblemen in Serbian Mediaeval Law

Abstract

Vlastela (noblemen) was the term that designated the privileged class in mediaeval Serbia. The etymology comes from the word *vlast* (power), so *vlastela* (singular = *vlastelin*) are those who have a power over another category of persons.

The high social position of the noblemen (*vlastela*) could be clearly seen out of the legal documents, wherein the sovereign always mentioned the noblemen beside his relatives. The noblemen are mentioned in the sources among the court dignitaries as well.

The nobles in mediaeval Serbia were not a homogeneous class. Their ethnic origin, social, political and economic position were different and therefore they could be divided into several groups.

All those persons that Serbian rulers called „my royal (or imperial) noblemen“ (*vlastela kraljevstva* or *carstva mi*) were not always Serbs. Among the noblemen there were different nations, such as Greeks (Byzantines), Germans, Albanians, Latins, etc. In Serbian Mediaeval State, the difference made between noblemen on the basis of their social, political and economic position was much more important than the one made on the basis of their origin. Some lords belonged to the Church while most of them were worldly noblemen. According their political and economic power the sources are speaking about the great, small and lesser lords. And finally, some lords have got their manors as a hereditary estate and some as a fief. Using all those criteria we can divide the noblemen class in three basic groups: a) ecclesiastical and worldly lords (*crkvena i svetovna vlastela*), b) great, small and lesser lords (*velika vlastela, mala vlastela i vlasteličići*), and c) hereditary estate holders and fief holders (*vlastela baštinici i vlastela pronijari*).

Key words: Noblemen, charters, Dušan's Law Code, treaties with Dubrovnik, ecclesiastical and worldly lords, great, small and lesser lords, hereditary estate holders and fief holders, Church, manor.

*Dr Vojislav Đurđić, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Nišu*

*Dr Marko Trajković, docent
Pravnog fakulteta u Nišu*

LJUDSKO DOSTOJANSTVO KAO OSNOVA ČOVEKOVE PRIRODE

Sažetak: *Ljudsko dostojanstvo kao osnova čovekove prirode, valja da nam ukaže na to, da je osnova čovekove prirode moralna, te da je nemoguće drugačije je posmatrati. Ljudskom dostojanstvu, se može prići sa teorijskopravne razine, ali i sa primenjene, jer ono gubi smisao ako kao vrednosni i logički sud nije ostvariv u našoj stvarnosti. Na taj način, ono prodire u svest ljudi, pa posredno i u pravnu svest. Istovremeno, svedoci smo i „sloma“ etike humanosti, odnosno ostvarenja „simpatije“ za đavola, koju je najpre u svom radikalnom pozitivizmu izrazio Kreont. To nam nameće potrebu „praktične“ provere ili „obavezne“ zaštite vrednosti ljudskog dostojanstva, u stvarnosti, gde se ono najčešće i nalazi na „udaru“.*

Ključne reči: *ljudsko dostojanstvo, vrednost, moralna osnova, ljudska priroda, povreda.*

UVOD

Idejom „simpatije“ prema đavolu, želimo da čitaoca upoznamo sa neophodnošću ostvarenja čovekove prirode, odnosno ljudskog dostojanstva živih i mrtvih. Tragična sudbina umne i pozitivno-pravne zaslepljenosti i odbacivanja vrednosti ljudskog dostojanstva, predmet je Sofoklove „Antigone“¹. Nakon smrti svojih nećaka, Etokla i Polinika, na presto stu-

¹ Detaljnije o Sofoklovoj *Antigoni* videti u: M. Žepić, *Sofoklova Antigona*, Pobratim IV, 1894, br. 17-20; Fr. Katić, *Sofoklova Antigona*, Izvj. Katorske real. i već. gimn, 1905/6 i

pa Kreont. Kao gospodar „života i smrti“, on veruje samo u svoju moć „koja drži gradove“, i naređuje da se Etokle kao branilac otadžbine dostojno sahrani, a Poliniku kao njenu napadaču, da se to ne učini, nego da se njegov leš ostavi za hranu psima i pticama. To naređenje sukobljava se sa zakonima o ljudskom dostojanstvu kao osnovi čovekove prirode. Zato, kao Odisej u „Ajantu“², Antigona, sestra poginule braće, ustaje protiv sile koja gazi ljudsko dostojanstvo, i bez ikakvog straha od smrti, ona ispunjava dužnost prema mrtvom bratu. Zapravo, ona ispunjava dužnost prema ljudskom dostojanstvu. Za svoju neposlušnost, odnosno za svoj „prirodni“ instinkt za ljudsko dostojanstvo, ona plaća smrću, a Kreont, sa čijim se naređenjem niko ne slaže, ostaje pobednik samo spolja, kako to obično biva sa „gospodarima ljudi“, ali se naposljetku pojavljuje kao slomljen autokrat koji u poznoj starosti mora da „uči mudrost“. Kao Ajant, i Kreont svoju veličinu i vrednost, vidi samo u svojoj moći, kao jedinom merilu svih stvari, a sve druge prihvata utoliko, ukoliko služe toj moći. Misleći, da vrši *summum in ius*, on u stvari vrši *summam iniuriam*, i zato se njegov princip ruši sam sobom, a on pada u „prah“ pred onim što je moćnije od svega – ljudsko dostojanstvo. Antigona, odbacuje prolaznu i proizvoljnu naredbu, i u vršenju svetog obreda nad mrtvim bratom, poziva se na Diva i Pravdu kao najstarije zakonodavce, pa se pokorava božanskom glasu koji govori iz večnih nepisanih zakona o ljudskom dostojanstvu. Te zakone ona potvrđuje i „zaliva“ krvlju, a Kreont koji je njih gazio, potpunim uništenjem svog duševnog postojanja, pred kojim njegovo telesno postojanje ne znači ništa. To pokazuje, da je ona prava građanaka, a ne Kreont. U sukobu s ovim ona strada, ali to stradanje nije posledica nekog prestupa, nego njena sestрованja, njena pokoravanja vrednosti ljudskog dostojanstva, poštovanja mrtvih i uzdizanja ljudskog dostojanstva živih i mrtvih. U odavanju takve pošte, ona ne postupa kao Antigona prema Poliniku, nego kao sestra po sebi, u Kantovom maniru, prema bratu po sebi. Ne sudaraju se, dakle, „dve najviše moralne moći“, kao što to „hoće“ He-

1906/7; S. Kantoci, *Uzgojni elementi u Antigoni i njihova primjena u nastavi*, Školski vjesnik, Sarajevo, VII, 1900, 33-41, 162-172; G. Kaibel, *De Sophoclis Antigona*, Gött, 1897; P. Corssen, *Die Antig. d. Soph., ihre theat. u. sittliche Wirkung*, Berlin, 1898; Miloš N. Đurić, *Vladarska naredba i nepisani zakoni u Sofoklovoj Antigoni*, Glas. Srp. Akad, 71, 1936, str. 121-157; Eug. Della Valle, *Saggio su la poesia dell' Antigone*, Bari, 1935

² O Ajantu videti u: Stjepan Bosanac, *O Sofoklovu Ajantu*, Zagreb, 1894; K. Kunst, *Beitr. Z. Verständnis des soph. Aias*, Wien, Stud. 42, 1922, 82 ss; W. Schdewaldt, *Aias und Antigone*, Leipzig – Berlin, 1929; G. Dalmeyda, *Sophocle Ajax*, Rev. Des. Et. Gr 46, 1933, 1-14; G. Perotta, *L'Aiace di Sofocle*, Atene e Roma 2, 1934, 63-98; Miloš N. Đurić, *Etika u Sofoklovu Ajantu*, Srp. Knj. Glasnika N.S. 46, 1936, str. 4-6; L. Massa Positano, *L'unità dell' Aiace di Sofocle*, Napoli, 1946; J. M. Linforth, *Three Scenes in Soph. „Ajax“*, Un. Of Cal. Press, 1954.

gel,³ nego autorkatska umna zaslepljenost krajnjeg pozitivizma, koju predstavlja Kreont, i sveobuhvatni božanski princip ostvarenja ljudskog dostojanstva, koji predstavlja Antigona.

Etička srž „Antigone“ odslikava prevlast ljudskog dostojanstva nad silom pozitivizma, i potvrđuje da ljudsko dostojanstvo ničemu ne služi, a da sve, pa uključujući i „krv života“ služi njemu. U takvim prilikama nije merodavno ono što nalaže zakon, nego ono što nalaže ljudska priroda. To je jasno izrekao Aristotel, a umetnički prikazao Eshil u „Eumenidama“ i Šekspir u „Mletačkom trgovcu“ i „Hamletu“. To ovom tragedijom pokazuje i Sofokle. U postavci „Antigone“, Bertola Brehta iz 1948. godine, Kreont je poistovećen sa Adolfom Hitlerom. Kreont, dakle, postaje arhetip rušilačkog pozitivizma, a prema Robertu Koveru, Antigona postaje arhetip građanke neposlušnosti.⁴

1. MORALNA OSNOVA LJUDSKE PRIRODE

1.1. Večna filozofija etike ljudskog dostojanstva Tome Akvinskog

Najvažnije sistematsko zasnivanje ukupne etike, te moralne osnove ljudske prirode, u srednjem veku preduzeo je Toma Akvinski. Kao i sav polet sholastičke filozofije, i on stoji pod uticajem ponovo otkrivenog Aristotela.⁵ Metafizički osnov moralnog, odnosno moralne osnove ljudske prirode, nije od vremena Augustina pretrpeo bitnu promenu.⁶ Delom uz neposredno pozivanje na Augustina, Akvinski razvija „Summa theologie“ kao izvor moralnog i pojmove večnog, prirodnog i ljudskog zakona, Mojsijevog i hrišćanskog otkrovenja – pojmove koji su svi već kod Au-

³ Hegels, *Werke*, Vollständige, Ausgabe, Berlin, 1840, XII Bd. 133.

⁴ Rad, takođe predstavlja nastavak interesovanja za pitanje ljudskog dostojanstva, koje je započeto još radom Marka Trajkovića, pod nazivom *Teorijskopравни aspekt ljudskog dostojanstva kao temeljne vrednosti evropske zajednice naroda* koji je izložen na naučnom skupu pod nazivom *Evropska zajednica naroda i univerzalne vrednosti*, održanom u Sremskim Karlovcima septembra 2008. godine. Naše interesovanje, sada je usmereno na ljudsko dostojanstvo kao vrednost i na otkrivanje osnove ljudskog dostojanstva u čovekovoј moralnoj prirodi. Takođe, o pitanju građanske neposlušnosti kao predpravnoj osnovi države videti detaljnije u: Marko Trajković, *Teorijskopравни aspekt područja „napetosti“ prava i morala Republike Srbije i Evropske Unije*, rad izložen na skupu *Pravo Republike Srbije i Evropske Unije – stanje i perspektive*, održanom na Pravnom fakultetu u Nišu maja 2009, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, 2009, Niš, str. 433-454.

⁵ Detaljnije o tome videti u: V. Premec, *Hrestomatija etičkih tekstova patristike-sholastike-renesanse*, Veselin Masleša, Sarajevo, 1978.

⁶ Detaljnije o tome videti u: J. Finnis, *Political Aspect of St. Augustine's City of God*, 1921, p. 23.

gustina pripremljeni i ovde samo u sistemskoj vezi i tačnom razgraničenju pokazani.⁷

Etičko učenje Tome Akvinskog, kao deo njegove sistematske teologije nastoji istovremeno da obnovi antičko etičko nasleđe i da ga uklopi u pojmove božanstva, greha i milosti.⁸ Po njemu, moralno delovanje predstavlja momenat čovekovog religioznog postavljanja, a ne autonomno ljudsko postavljanje.⁹ Istina, etika, po njegovom mišljenju, ima svoj osnovni predmet „svrhovito ljudsko delovanje“ ili „ljudsko delovanje u svom unutrašnjem poretku i u odnosu spram njegovu cilju“. ¹⁰ Ovo određenje čini etiku teološkim mišljenjem.¹¹

Budući da kao etičar Toma Akvinski polazi od Aristotela, njegova etika, iako sklona izvesnom intelektualizmu, ne izjednačava moral i znanje, niti ih odvaja potpuno.¹² Pored toga, želi da utemelji etiku na jedinstvu volje i razuma, ali ga intelektualizam navodi da u tome ipak da prednost razumu. Istina, on ljudsko delovanje shvata kao funkciju volje, ali to delovanje smešta u poredak razumnog.¹³ Zato ova etika, po svojoj najdubljoj suštini, nužno ostaje višestruko dualistička, iako u sklopu sistematske pretenzije nastoji da te dualizme prevlada.¹⁴ Ove težnje mire se u prirodnoj težnji ka Bogu.¹⁵ Tako je čovek, kao i sva bića, dobar po iskonskoj dobroti (*a primo bono*) i živi po iskonskom životu (*a prima vivo*).

Osnov etike Tome Akvinskog, uočava se najpre u tome što ona osnovnu čovekovu težnju, kao i Aristotelova etika, nalazi u osvajanju sreće. Ali, shvatanje sreće Akvinskog je intelektualistički i teološki zasićeno.¹⁶ On sreću najpre vidi u spoznaji Boga, kao prvog uzroka, stvaraoca i uzo-

⁷ Detaljnije o ovome videti u: A. Augustin, *O božijoj državi De civitate Dei*, svezak prvi., knjiga: I-X, Zagreb, 1982; S. Cotta, *Augustin i politika* u: Augustin Aurelije: *O državi božijoj De civitate Dei*, svezak prvi, knjiga: I-X, 1982, B. Bošnjak, *Filozofija od Aristotela do renesasne*, Nakladni zavod Matice hrvatske, Zagreb, 1982 i G. Papini, *Sveti Augustin*, Verbum, Split, 2001, str. 35-59.

⁸ Detaljnije o tome videti u: B. Bošnjak, *Filozofija od Aristotela do renesanse*.

⁹ T. Aquinas, *De Regimine Ludeorum. Ad ducissam Brabantie*, Marietti, Taurini-Romae, 1954, p. 249.

¹⁰ T. Akvinski, *Izabrano djelo*, Globus, Zagreb, 1989, str.112-113.

¹¹ On daje primat ciljevima nad sredstvima i motivima jer je uveren da sredstva mogu da se nazovu dobrim samo u okviru dobrog cilja.

¹² Detaljnije o tome videti u: F. Jodl, *Istorija etike*, knjiga I, str. 110-115.

¹³ T. Aquinas, *Opuscula philosophica*, Marietti, Roma, pp. 257-259.

¹⁴ I to je nužno, budući da čoveka shvata istovremeno kao božansko i samostalno biće. Čovek je podređen moralnom zakonu kao božijoj volji koja uvek traži dobro, on istovremeno, kao ljudsko biće traži sreću.

¹⁵ T. Aquinas, *Summa theologiae*, Marietti, Roma, p. 25.

¹⁶ M. Rhonheimer, *The Moral Significance of Pre-Rational Nature in Aquinas: A replay to Jean Porter (and Stanely Hauerwas)*, The American Journal of Jurisprudence, University of Notre Dame, Volume, 35, 1996, p. 15.

ra. To znači da je „konačna sreća čovekova“ u umu i to u času kad spoznaje uzrok svega, jer „uzrok po svojoj prirodi više privlači naš um nego učinak“.¹⁷ Sreća se zato pokazuje kao kontemplacija Boga, dok je moral samo sredstvo na tom putu. Zbog toga on mora da raspravlja i o odnosu dobra i istine. Toma Akvinski smatra, da čovek po prirodi voli istinu i u njenom otkrivanju vidi prijetnost. Ali, istina je i deo moralnosti i deo pravednosti.¹⁸ Psihološke uslove moralnog u pojedinom čoveku Akvinski je, saglasno svojoj sistemskoj tendenciji, obradio detaljnije nego i jedan od njegovih sholastičkih prethodnika. On ne samo da razvija obimno i do najsitnijeg detalja izvedeno učenje o vrlini i dužnosti, nego nastoji da širokim korišćenjem Aristotelovih i Augustinovih ideja dobije psihološku osnovu za ovo istraživanje.¹⁹ Naročito je učenje o duševnim sposobnostima kod njega veoma brižljivo izgrađeno. Ali, još mnogo više nego u metafizičkom zasnivanju etike ispoljava se ovde dualistički karakter celog sistema, koji se stalno koleba između prirodnog i natprirodnog. Nastoji da pojmove odvoji, ali ih uvek u primeni i meša. To se već pokazuje u definiciji samog moralnog, odnosno ljudske prirode, Akvinski ovo određuje, kao dobro stanje duha, usled koga mi živimo pravo, koje niko ne zloupotrebljava i koje Bog u nama bez nas stvara.²⁰ Ovoj definiciji pridružuje doduše, primedbu da se ona doslovno odnosi samo na najviši oblik moralnog, na vrlinu sa natprirodnim ciljem, a sa ispuštanjem dodatka „bez nas“, ona postaje primenljiva i na stečenu vrlinu koju Bog, koji deluje u prirodi i u svakom stvorenju svojstvenoj volji, postavlja u nas, ali ne bez naše aktivnosti.²¹ Ako u filozofiji etike Akvinskog uopšte treba da bude mesta za prirodnu moralnost, ona može da se nalazi samo u oblasti stečene vrline i ljudske prirode. Za ovu su izvesne pretpostavke date u samom čoveku. Dakle, osnova čovekove prirode je moralna. Prvobitna sveopštost prirodnog moralnog zakona održala se u opštoj čovekovoju dispoziciji. Ono što se metafizički posmatrano čini kao večni moralni zakon, to se psihološki shvaćeno nalazi u čoveku u obliku savesti i praktičnog uma. Ovaj ne označava ništa drugo nego prirodni sastav čoveka kao umnog bića, kom principi postupanja pripadaju i svojstveni su na sličan način kao intelegibilni principi intelektu. On je oličenje osnovne istine, koja se nalazi u osnovi svakog moralnog suda i koja je prirodno usađena u svest, koja neposredno pokazuje afirmativan stav prema dobru, a negativan prema

¹⁷ T. Aquinas, *Summa theologiae*, p. 39.

¹⁸ Definitivno, ova etika moralnost određuje kao dobro stanje duha, pa se istinsko zadovoljstvo ne nalazi u telesnom uživanju, slavi, vlasti i bogatstvu.

¹⁹ G. Papini, *Sveti Augustin*, str. 149.

²⁰ T. Aquinas, *Summa theologiae*, p. 69.

²¹ U ovim odredbama mi nalazimo dve vrste vrline koje se obe, na razne načine, svode na Boga kao svog pravog tvorca

zlu. Naravno, Akvinski bi se složio: kada bi čovekova priroda bila drugačija, drugačije bi bile i njegove dužnosti. Osnovni oblici dobra shvaćeni pomoću praktičnog razumevanja su ono što je dobro za ljudska bića s obzirom na prirodu koju poseduju. Smatra, da praktično rasuđivanje ne počinje sa razumevanjem ove prirode, na neki način spolja, putem antropoloških ili metafizičkih opservacija i sudova kojima se definiše ljudska priroda, već putem doživljavanja sopstvene prirode, iznutra, u obliku sopstvenih sklonosti. Način da se otkrije šta je moralno ispravno (vrlina) i zlo (porok) za njega se ne sastoji u pitanju šta je u skladu sa ljudskom prirodom, već šta je razumno. Ovo traganje će se na kraju vratiti na prve principe praktične razumnosti, principe koji se uopšte ne pozivaju na ljudsku prirodu, nego na ljudsko dobro. S kraja na kraj njegovog etičkog diskursa, primarne kategorije za njega su „dobra“ i „razumno“, „prirodno“ predstavlja, s gledišta njegove etike, spekulativni privezak dodat pomoću metafizičke refleksije, a ne tačku sa koje se napreduje ka ili dalje od praktičnih *prima principia per se nota*.²²

1.2. Kantovo zasnivanje ljudskog dostojanstva

Moralni i pravni zakoni u svojoj čistoti i autentičnosti, do čega je društvenoj i pravnoj praksi najviše stalo, mogu se sačiniti jedino na osnovu poštovanja ljudskog dostojanstva. Kant smatra, da vlast, bogatstvo, čast, čak i zdravlje i čovekovo zadovoljstvo svojim društvenim položajem, ulivaju smelost, a time češće i obest, ako ne postoji dobra volja koja ispravlja njihov uticaj na ljudsku dušu, pa time i na celokupan princip delanja, čineći ih „opšte-svrhovitim“.²³ Prema njemu, nijednom umnom i „nepriistrasnom posmatraču“ nikada se neće dopasti neprekidno blagostanje nekog čoveka, koje ne „ukrašava“ nijedna crta neke čistote i dobre volje. Tako, prema Kantu, izgleda da dobra volja čini neophodan uslov dostojanstva umnog bića i njegove prirode.²⁴

Praktična nužnost pravne čestitosti, shvaćena na Kantov način, zahteva da se prema drugim ljudima odnosimo kao prema svrsi, a ne kao prema sredstvu. Ona se zasniva na volji umnog bića, koja se istovremeno posmatra i zakonodavno. Dakle, um primenjuje svaku maksimu volje kao opšte zakonodavnu na svaku drugu volju, a i na svaku radnju prema samom sebi. To se ne čini zbog neke druge praktične pobude ili buduće koristi, već na osnovu ideje o dostojanstvu umnog bića, koje se ne po-

²² T. Aquinas, *Summa theologiae*, p.p.113-120.

²³ Imanuel Kant, *Zasnivanje metafizike morala*, Beogradski izdavačko-grafički zavod, Beograd, 1981, str. 23.

²⁴ *Isto*, str. 24.

korava nijednom drugom zakonu osim onom koji u isto vreme ono samo postavlja.²⁵ Formulacija „cilja po sebi“ upotrebljava se za razlikovanje dve vrste moralnih grešaka. Upotrebiti drugog, znači postupiti prema njemu ili njoj, kao prema stvari, a ne kao prema čoveku. Prema Kantovom objašnjenju, upotrebiti drugog nije samo učiniti nešto što drugi ne želi i na šta ne pristaje, već učiniti nešto na šta drugi ne može da pristane.²⁶ Za razliku od drugih pozivanja na pristanak, kao merilo pravednog postupanja, Kant se držeći se svog osnovnog filozofskog staništa ne poziva na hipotetički pristanak idealno racionalnih bića. On traži ono što je potrebno da se drugima omogući da pristanu ili ne pristanu. Ovo ne znači da aktuelno neslaganje može prinudno biti oboreno na temelju toga što je pristanak barem učinjen mogućim – jer će sama činjenica rušenja aktuelnog nepristajanja po sebi biti prinudna, pa će stoga onemogućiti pristanak. Kantovo tvrđenje znači, da princip koji moramo da prihvatimo, ako nećemo da upotrebljavamo druge, treba da bude princip poštovanja ljudskog dostojanstva koji je univerzalan. U Kantovom „carstvu svrhe“, sve ima ili neku cenu ili neko dostojanstvo.²⁷ Ono što ima cenu je takvo da se na njegovo mesto može postaviti nešto drugo kao njegov ekvivalent. Naprotiv, ono što je uzvišenije od svake cene, ono što nema nikakav ekvivalent, je ljudsko dostojanstvo. Opšte ljudske sklonosti i potrebe, prema Kantu, imaju „pijačnu cenu“.²⁸ „Afektivnu cenu“ imaju naša uživanja u „besciljnoj igri naših duševnih moći“. Uslov pod kojim je jedino „nešto kadro da sačinjava svrhu samu po sebi“, nema relativnu vrednost, nema cenu, već poseduje unutrašnju vrednost i to je dostojanstvo.²⁹ Za Kanta, moralnost predstavlja uslov pod kojim jedino neko umno biće može da bude svrha po sebi. A na osnovu te moralnosti, moguće je da se u „carstvu svrha“ bude jedan njegov „zakonodavni član“. Dostojanstvo se, prema Kantu, jedino nalazi u čoveku, pod uslovom da je čovek sposoban za moral. Veština, marljivost u radu i priroda ne sadrže ništa što bi u nedostatku unutrašnje vrednosti, odnosno dostojanstva mogli da postavimo na njegovo mesto. Zakonodavstvo mora da uvažava ljudsko dostojanstvo, odnosno „bezuslovnu, neuporedivu vrednost“, za koju Kant zahteva poštovanje kao „doličan izraz ocene koju umno biće može o njoj da ustanovi“.³⁰ Auto-

²⁵ Isto, str. 81-82.

²⁶ Na primer, varalice onemogućavaju svojim žrtvama da pristanu na njihovu zamisao.

²⁷ Imanuel Kant, *Zasnivanje metafizike morala*, str. 82.

²⁸ Isto, str. 82.

²⁹ Isto, str. 82.

³⁰ Isto, str. 84.

nomija je, prema Kantu, osnov ljudskog dostojanstva, i svake umne prirode. Poštovanje ljudskog dostojanstva, zahteva da se svako umno biće kao svrha sama po sebi mora u isto vreme da posmatra kao „opšte zakonodavno“ u pogledu svih zakona, kojima ono ikad može biti potčinjeno. Za Kanta, je ljudsko dostojanstvo „nepopustljiv propis volje“.³¹

1.3. Prudonovo shvatanje ljudskog dostojanstva kao etičkog principa

Za Prudona, je stvarni sadržaj pravde i princip sveukupne etike izražen u ljudskom dostojanstvu. Naspram bližnjeg, ovo se osećanje uopštava i uzdiže do osećanja ljudskog dostojanstva uopšte, koje se neizbežno budi u umnom biću pomoću svake druge ličnosti, bila ona prijatelj ili neprijatelj. Ono je nesebično i vrši prisilu koja vlada nad svim drugim osećanjima, čime se razlikuje od ljubavi i svih drugih sklonosti. Pravo je svakom data sposobnost da se od svakog drugog zahteva poštovanje ljudskog dostojanstva u njegovoj ličnosti, a dužnost – primoravanje svakog da u drugom prizna ovo dostojanstvo. Oni su identični ili uzajamni pojmovi, oboje – izraz poštovanja ličnosti je samo različit u odnosu na subjekat, koji je tamo vlastito Ja, a ovde drugo Ja. Dostojanstvo čoveka koje valja ostvarivati i potvrđivati, najpre u svemu što se tiče naše vlastite ličnosti, zatim u ličnosti drugog, i to bez egoističkog računa, kao i bez obzira na volju božanstva ili ljudske zajednice, to je ono što Prudon naziva pravo. Ovo dostojanstvo, pod svim okolnostima i ako je potrebno protiv naših vlastitih strasti, mora da bude ostvareno i zaštićeno.

Prudon nastoji, slično Kuzenu, da i naspram principa ljubavi očuva suprematiju prava. Mi ne možemo svakoga voleti, ali moramo poštovati svačije dostojanstvo. Međutim, nasuprot Kuzenu i njegovim pristalicama kod Prudona se pojavljuje pojam prava i ljudskog dostojanstva u čisto antropološkoj formulaciji. Dakle, i on traži osnovu ljudskog dostojanstva u moralnoj prirodi čoveka. Pravo je proizvod ljudske prirode i ništa više nego to. On želi da prizna organski temelj ljudske moralnosti. Teži ka jednoj osnovi prava u čovekovoj psihičkoj organizaciji, ka jednoj određenoj sposobnosti koja stupa u aktivnost čim se čovek nađe naspram čoveka, sposobnost čiji proizvod treba da bude pravda.³²

³¹Imanuel Kant, *Zasnivanje metafizike morala*, str. 88.

³² Detaljnije o Prudonovoj etici videti u: *De la Justice i Philosophie du progres*.

2. SLOM ETIKE LJUDSKOG DOSTOJANSTVA

U ovom delu rada želimo da istaknemo, i potkrepimo isključivo činjenicama, na žalost, otvorenu povredu ljudskog dostojanstva³³, koja se u svom najstrašnijem i najgrubljem obliku javila u nacističkom ostvarenju „konačnog rešenja“.³⁴ Gonjenje Jevreja od strane nacističke vlade³⁵, predstavlja poduhvat dosledne i sistematske nečovečnosti najvećih razmera i povrede ljudskog dostojanstva. Ovo naravno stoji nasuprot ideji da bi: „Savremena pravna država morala da bude paradigma ljudskog dostojanstva“.³⁶

Olendorf, šef Amta III³⁷ od 1939. do 1943. godine, koji je komandovao jednom od grupa u pohodu protiv Sovjetskog Saveza, svedočio je o metodama primenjenim za istrebljenje Jevreja.³⁸ U hapšenju Jevreja se, prema Hajdrihu pod čijim vođstvom se nalazila Policija

³³ U *Statutu* Međunarodnog vojnog suda, koji je ustanovljen na osnovu *Sprazuma* od 8. avgusta 1945. godine u čl. 6 stoji da su zločini protiv čovečnosti: „ubistva, istrebljivanje, porobljavanje, deportacija i ostala nečovečna dela, izvršena protiv bilo kog civilnog stanovništva pre ili za vreme trajanja rata, ili proganjanje na političkoj, rasnoj ili verskoj osnovi u izvršenju ili u vezi bilo kojeg zločina koji spada u nadležnost Suda, bez obzira da li se time vrše ili ne povrede zakona one zemlje gde su zločini izvršeni“. Navedeno prema: *Nirberška presuda*, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd, 1948, str. 34. Želimo da odmah naglasimo, da je u listu „Süddeutsche Juristen-Zeitung“ objavljena i protumačena jedna odluka prvostepenog suda u Vizbadenu, po kojoj su „zakoni koji su proglašavali da svojina Jevreja pripada državi, u protivrečnosti sa prirodnim pravom, i da su još u vreme njihovog donošenja bili ništavni“. Navedeno prema: Gustav Radbruch, *Filozofija prava*, NOLIT, Beograd, 1980, str. 281.

³⁴ Sredinom dvadesetog veka Rafael Lemkin, poljski Jevrejin, skovao je termin „genocid“ da bi razlikovao ubijanje u ratu, od promišljenog napora da se istrebi neka nacionalna ili verska grupa. Lemkin je počeo da istražuje etničke pokolje, kada je civilizovani svet propustio da Tursku pozove na odgovornost zbog masovnog istrebljivanja Jermena, za vreme Prvog svetskog rata. Naročito ističemo svirepost „hamdisjkih napada“ i godinu 1915. zbog nečovečnosti. Posle napada Nemačke na njegovu otadžbinu, Lemkin je prebegao u Sjedinjene Države, gde je nastavio svoju odlučnu borbu protiv promišljenih i sistematskih napora da se istrebe nacionalne, etničke, rasne ili verske grupe ljudi. Pošto ovaj zločin nije imao ime, Lemkin je stvorio termin „genocid“, koji potiče od grčke reči *genos*, koja znači „narod“ ili „pleme“, i sufiksa *cide* izvedenog iz latinskog *cidere* što znači „ubiti“.

³⁵ Propovedanje mržnje i odsustva ljudskog dostojanstva nacistička partija ostvarivala je i kroz publikacije kakva je „der Stümer“ i ostale.

³⁶ O tomo detaljnije videti u: Marko Trajković, *Bioetika kao jedna od paradigmi savremene pravne države*, Pravni život, broj 12/2006, Beograd, 2006, str. 935-943.

³⁷ Više o Gestapou videti u: *Nirberška presuda*, str. 132-136.

³⁸ On je rekao, da je primenjivao plotune da ubije žrtve, da bi kod svojih ljudi smanjio osećanje individualne odgovornosti i 90.000 ljudi, žena i dece, koji su samo od ove jedne grupe poubijani za godinu dana, bili su većinom Jevreji.

bezbednosti, valjalo voditi računa, o tome da uhapšeni Jevreji budu „dobrog zdravlja“ i ne „suviše stari. Kada je svedok Bah Zelevski na suđenju u Nirbergu bio upitan kako je Olendorf mogao dozvoliti da se poubija 90.000 ljudi, on je odgovorio: „Mislim da je ovakav završetak neizbežan, kad se godinama, decenijama propoveda učenje da je slovenska rasa niža rasa i da Jevreji nisu čak ni ljudi“. Dakle, ove rečenice i same govore o izmenjenoj svesti i negiranju ljudskog dostojanstva. Sam optuženi Hanc Frank, koji je takođe učestvovao u uništenju Jevreja³⁹, izgovorio je poslednje reči ove glave nacističke istorije, kad je pred Sudom u Nirbergu svedočio: „Mi smo se borili protiv jevrejstva. Mi smo se godinama borili protiv njega i mi smo sebi dozvolili da dajemo izjave, moj sopstveni dnevnik postao je svedokom protiv mene – izjave koje su strašne ... Hiljadu godina će proći a ova krivica Nemačke još ne će biti izbrisana“.⁴⁰

Politika suprotna ljudskom dostojanstvu, formulisana je u tački 4. partijskog programa – gde stoji: „Samo pripadnik rase može biti građanin. Pripadnik rase je samo onaj koji je germanske krvi, bez obzira na veru. Prema tome nijedan Jevrejin ne može biti pripadnik rase“⁴¹. Nova faza povreda ljudskog dostojanstva započeta je 25. januara 1939. godine, kada je objavljen naslov „Jevrejsko pitanje kao faktor nemačke spoljne politike u godini 1938.“ u Biltenu nemačkog ministarstva spoljne

³⁹ Frank je 16. decembra 1941. godine izjavo pred Kabinetom Generalnog guvermana: „Mi moramo uništiti Jevreje gde god ih nađemo i gde god je to moguće da bismo održali strukturu i čvrstinu Rajha“. Navdenu prema: *Nirberška presuda*, str. 176. Slične izjave davao je i Julius Štrajher: „Ako opasnost da se izvrši Božije prokletstvo koje leži u jevrejskoj krvi ima najzad da se dovrši, onda postoji samo jedan jedini put – istrebljenje iz korena ovog naroda čiji je otac davo.“ I dalje: „Kogod radi ono što radi Jevrejin, jeste hulja, jeste zločinac. I onaj koji ponavlja ono što Jevrejin kaže ili hoće da ga imitira, zaslužuje istu sudbinu: uništenje, smrt. Navedeno prema: *Nirberška presuda*, str. 183. Ili, dalje, ono što je Valter Funk izjavljivao: „Za mene to ništa ne znači, ako u vezi s ovim vi kažete da će vaši narodi crći od gladi“. Navedeno prema: *Nirberška presuda*, str. 186.

⁴⁰ Navedeno prema: *Nirberška presuda*, str. 116.

⁴¹ Adolf Hitler je na prvom javnom skupu Nemačke Stranke Rada, održanom 24. februara 1920. godine izložio program te stranke koji se sastojao od 25 tačaka, koji je ostao nepromenjen sve do 1945. godine. U drugim tačkama programa, sadržane su odredbe kako sa Jevrejima treba postupiti kao sa strancima, da im se ne sme dozvoliti pravo da vrše javnu službu, da imaju biti izgnani iz Rajha, ako bi bilo nemoguće da se ishrani celo stanovništvo države, da im treba zabraniti svako buduće useljenje u Nemačku i da im treba zabraniti da izdaju nemačke časopise. Po prigrabljivanju vlasti, gonjenje Jevreja postalo je još jače. Čitav niz zakona o diskriminaciji i povredi ljudskog dostojanstva, donet je i oni su ograničavali funkcije i pozive, koje su Jevreji smeli da obavljaju, njihov privatni život i njihova građanska prava i dalje su ograničavana. U jesen 1938. godine nacistička politika protiv Jevreja, dostigla je stepen kad se pošlo prema potpunom isključenju Jevreja iz nemačkog života.

politike.⁴² A u leto 1941. godine, stvoreno je posebno odeljenje u Gestapou pod upravom Adolfa Ajhmana, sa zadatkom sprovođenja „konačnog rešenja“ i time praktično prešlo na uništenje Jevreja.⁴³

Batinjanje, izgladnjivanje, svirepa ubijanja bili su opšta pojava.⁴⁴ Zapravo radilo se i o zvaničnom naređenju od 12. juna 1942. godine izdatom od strane šefa Policijske bezbednosti o „III stepenu“ u saslušanju, a III stepen“ može: „prema prilikama, da se sastoji između ostalih metoda, od vrlo oskudne hrane (hleb i voda), tvrdog ležišta, samica, lišenja sna, iscrpljujućih vežbi i bičevanja (posle dvadeset udaraca treba pitati lekare)“⁴⁵. Zatvorenici su podvrgnuti svirepim eksperimentima.⁴⁶ Navešćemo neke

⁴² Izneto je sledeće: „Sigurno nije slučajno da je sudbonosna godina 1938, dovela do kraja rešenje jevrejskog pitanja, zajedno sa ostvarenjem ideje Velike Nemačke, budući da je jevrejska politika bila u isto vreme baza i posledica događaja godine 1938. Uticaj koji su vršili Jevreji i destruktivni jevrejski duh u politici, ekonomiji i kulturi, paralizovali su snage i želju nemačkog naroda da se ponovo podigne, možda čak i više nego politička opozicija bivših neprijateljskih savezničkih snaga u prvom svetskom ratu. I stoga ne lečenje naroda od ove bolesti bilo bi svakako jedan od najvažnijih uslova, da se stavi u pokret snaga koja je, uprkos volji čitavog sveta, u godini 1938. dovela do ujedinjenja Velike Nemačke“.

⁴³ O ovome svedoči originalni izveštaj generala Stropa, koji je imao zadatak da razori geto u Varšavi, što se desilo 1943. godine. Sud u Nirbergu je u dokaznom materijalu primio taj izveštaj ilustrovan fotografijama sa naslovom na prednjoj strani: „Jevrejski geto u Varšavi više ne postoji“. Sud je takođe saslušao iskaz Rudolfa Hesa, komandanta logora Aušvic od 1. maja 1940. godine do 1. decembra 1943. godine. On je opisao način odvajanja ljudi za uništenje ovim iskazom: „Mi smo imali dva SS doktora u Aušvicu, koji su imali da pregledaju transporte zatvorenika koji su dolazili. Zatvorenici su morali da prolaze pored jednog od lekara koji je odmah donosio odluku kako su oni prolazili. Oni koji su bili sposobni za rad poslani su u logor; ostali su smesta poslani u instalaciju za istrebljenje. Mala deca bila su u svakom slučaju ubijana jer zbog svoje mladosti nisu bila sposobna za rad. U sistemu Treblinka učinili smo poboljšanje tako da su žrtve gotovo uvek znale da će biti uništene, a u Aušvicu smo želeli da ih zavaramo da treba da idu na depedekulaciju (čišćenje od vašiju). Oni su, naravno, često videli naše prave namere i mi smo zato često imali pobuna i teškoća. Vrlo često bi žene sakrile decu ispod odelja, ali kad smo ih našli, mi smo decu poslali na uništenje“. Samo ubijanje je opisao rečima: „potrebno je bilo 3-15 minuta da se ubiju ljudi u komorama smrti, što je zavisilo od atmosferskih prilika. Znali smo kada su ljudi mrtvi, jer je prestala njihova vrisaka. Čekali smo obično oko pola sata pre nego što bismo otvorili vrata i uklonili leševe. Pošto su leševi uklonjeni, naši specijalni komandanti skidali bi prstenje i izvlačili zlatne zube leševa“. Navedeno prema: *Nirberška presuda*, str. 120.

⁴⁴ Herman Grube opisao je masovno ubijanje u Dubnu 5. oktobra 1942. godine ovim rečima: „Bez vike ili plača, ovi goli ljudi stajali su, svaka porodica za sebe, ljubili se, opraštali se i čekali na komandu nekog drugog esesovca, koji je stajao pored iskopane rupe, takođe sa bičem u ruci“. Navedeno prema: *Nirberška presuda*, str. 104.

⁴⁵ Navedeno prema: *Nirberška presuda*, str. 101.

⁴⁶ U Dahau 1942. godine žrtve su ugurivane u hladnu vodu, dok njihova telesna temperatura nije spala na 28 stepeni, kada bi smesta umrli. Drugi eksperimenti sastojali su se u ispitivanju izdržljivosti na velikoj visini u komorama sa pritiskom, u ispitivanju koli-

primere koji predstavljaju simbole kršenja ljudskog dostojanstva. Pre toga, navešćemo ove Himlerove reči, koje odslikavaju sav užas odbijanja da se prihvati jednako ljudsko dostojanstvo svih ljudi: „Ni najmanje me ne interesuje sudbina jednog Rusa ili Čeha. Šta ti narodi mogu da nam pruže u čistoj krvi našeg tipa, mi ćemo uzeti. Ako je potrebno, otimanjem njihove dece i njihovim vaspitanjem ovde. Da li ti narodi žive u obilju ili umiru od gladi, interesuje me samo utoliko, ukoliko su nam potrebni kao robovi za našu kulturu. Inače oni za mene nemaju nikakvog interesa“.⁴⁷ I dalje: „U ono vreme mi ljudske mase nismo cenili kao što ih cenimo danas, kao sirovinu, kao radnu snagu i činjenica što su zarobljenici umirali u desetinama i stotinama hiljada od gladi za žaljenje je sada iz razloga gubitka radne snage, dok u rasnom pogledu to ne treba da se žali“.⁴⁸ U eksperimentima u logoru Buchenwald Ernst Gravic, lekar Trećeg rajha (Schutzstaffel ili tajne policije), zarazio je noge Jevrejima stafilocokom, bojnim otrovima i bacilima tetanusa. Nacisti su ubistva koja neposredno vrše lekari opravdavali pozivanjem na pojam „života koji nije vredan življenja“ *lebensunwertes Leben*. Kod nekih Jevreja u rane su utrjavani delići stakla i kamena da bi proučavala efikasnost sulfatnih lekova. Eksperimente u Ravensbriku koje je vršio Sigmund Rašer „kapetan“ kasnije je opisao logorski stražar Eugen Kogon. Jevreji su bili polivani ledenom vodom i ostavljani nagi na mrazu. Kogon, dalje piše: „Kada su njihovi krici počeli da stvaraju isuviše veliku pometnju, Rašer je napokon počeo da koristi anesteziju“. U sledećoj fazi eksperimenta nage Jevrejke su bile korišćene za oživljavanje „subjekata“, a Rašer je izvestio „podrobno kako su oživljeni subjekti upražnjavali seksualni odnos“.⁴⁹ Takođe, dajemo i opis zločina protiv ljudskog dostojanstva koje je preduzeo Jozef Mengele ili „anđeo smrti“. Mengele je hiruškim putem grbavca na ledima spojio sa drugim blizancem, stvarajući tako sijamske blizance, i pojačao taj učinak zašivši im isto tako i članke narukama. Vera Aleksander izvestila je kad su se deca vratila u barake: „Osećao se užasan zadah gangrene. Rezo- vi su bili zagađeni i deca su vrištala cele noći“.⁵⁰ Jednom je otkrio grbavca Jevreja i grbavčevog sina, dao je da se obojca ubiju, da se njihova tela

ko dugo ljudi mogu živeti u vodi koja se smrzava, u određivanju dejstva otrovnih metaka i zaraznih bolesti. Najzad vršeni su eksperimenti sterilizacije ljudi i žena pomoću zrakova i drugih metoda.

⁴⁷ Navedeno prema: *Nirberška presuda*, str. 105.

⁴⁸ Navedeno prema: *Nirberška presuda*, str. 115.

⁴⁹ Navedeno prema: Eugene Kogon, *The Theory and Practice of Hell*, Farrar, Straus and Cudahy, New York, 1950, Berkley reprint, 1980, p. 166.

⁵⁰ Vera Alexander, *The search for Mengele*, HomeBox Office, oktobar 1985, intervju na Central Television (London), navedeno u: Posner and Ware, p. 37.

skuvaju, meso skine sa kostiju, a njihove skelete je potopio u petrolej da bi ih sačuvao radi svojih antropoloških proučavanja njihove građe. Kasnije, u razgovorima sa svojim odraslim sinom Rudolfom u Brazilu, Mengele nikada nije izrazio žaljenje zbog svojih postupaka.⁵¹

Hana Arent je ovakve postupke nazvala „banalnošću zla“, mogućnošću da obični ljudi, u relativno normalnim okolnostima, mogu da počine užasne stvari.⁵² U svom delu „Zar je to čovek“, Primo Levi opisuje kako ga je ispitivao dr Panvic, šef odseka za hemiju u Aušvicu. Osigurati mesto na odseku bilo je pitanje života ili smrti. Ako bi Levi uspeo da ubedi Panvica u to da je kompetentan hemičar, mogao bi da izbegne gasnu komoru. Dok je Levi stajao s jedne strane doktorovog stola, u svojoj uniformi zatvorenika koncentracionog logora, dr Panvic ga je netremice posmatrao. Levi je kasnije pisao, da to nije bio pogled između dva čoveka, već da je taj pogled odlikavao svu suštinu „velikog ludila Trećeg Rajha“.⁵³

ZAKLJUČAK

U različitim oblicima humanističke misli postojala je i još uvek postoji saglasnost oko ljudskog dostojanstva, kao osnove čovekove prirode. Dakle, postoji opšta saglasnost o ostvarenju ljudskog dostojanstva. Istovremeno, dostojanstvo čoveka merilo je delovanja prema drugoj osobi.

Uprkos ovakvim nastojanjima, prečesta „simpatija“ za đavola koju ljudi pokazuju u najrazličitijim životnim okolnostima, ukazuje nam na čovekovo odbijanje da prihvati ljudsko dostojanstvo, kao osnovu svoje prirode. Ovakvu „simpatiju“ za đavola, ljudi pokazuju u svome odnosu prema živima, i prema mrtvima, koji istovremeno nisu u „mogućnosti“ da se odbrane od nasrtaja na svoje dostojanstvo, te su prepušteni savesti živih, ako je ovi imaju.

Istorija, kao da nas uverava da nam na kraju ostaje samo naše dostojanstvo, dakle, naša prva i prava priroda, koja se prečesto nalazi na „udaru“ drugih ljudi. Ono što se nameće kao zaključak, je da čovek nikada neodustane od odbrane svoje prirode, dakle od odbrane svog dostojanstva. Povrede ljudskog dostojanstva mogu biti izuzetno surove, i tada su najvidljivije. Ali, istovremeno je moguće da povrede ljudskog dostojan-

⁵¹ Jozef Mengele umro je u leto 1985. godine u Brazilu, identitet njegovog tela potvrđen je poređenjem njegovog DNK sa DNK njegovog sina. Navedeno prema: William Curran, *The Forensic Investigation of the Death of Joseph Mengele*, NEJM, sv. 315, br. 17, 23. oktobar 1985, pp. 1071-1073.

⁵² Hannah Arent, *Eichman at Jerusalem*, Penguin, New York, 1980.

⁵³ Primo Levi, *If This Is A Man*, Abascus, London, 1987, pp. 111-12.

tva budu ostvarene i „perfidnijim“ sredstvima. Ta dva načina povreda dostojanstva kao da se istorijski prepliću.

Međutim, naše duboko divljenje pred vrednošću ljudskog dostojanstva neće pokleknuti pred „simpatijom“ za đavola. Društvo i država našeg doba, mogu se graditi valjano, jedino ako za polazište uzmemo osnovu čovekove prirode, odnosno ljudsko dostojanstvo. Iz ovakve postavke proizlazi nova aksiološka perspektiva čoveka, koja naglašava da je čovek stvarnost kojom se ne može raspolagati.

*Vojislav Đurđić, Ph.D. Full Professor
Faculty of Law Niš*

*Marko Trajković, PhD. Assistant Professor
Faculty of Law Niš*

Human Dignity as the Core of Human Nature

Abstract

By means of presenting the idea of “sympathy” for the devil I want to introduce the readers to the necessity of realization of human dignity. If there should be place for natural morality in the Philosophy of Ethics, the place should be in the field of acquired value and human nature.

Moral and Legal Laws in all their authenticity, the issue social and legal practice are the most interested in, can be constituted only according to the respect of human dignity. Human dignity has neither equivalent nor price. Therefore the real contents of justice and the principle of overall ethics are realized in human dignity. However, we are the witness to “the break” of ethics of human dignity. Thus, the “sympathy” for the devil finds its realization in the man’s behavior towards the living and the dead. Although there are “attacks” on human nature, that is to say on human dignity, I assume that there are no alternatives to its realization.

Key words: human dignity, value, moral grounds, human nature, injury.

*Dr Snežana Brkić, vanredni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

O NEKIM NEPRIMENJIVIM, PROTIVREČNIM I NEJASNIM ODREDBAMA ZKP SRBIJE NAKON PROCESNE REFORME IZ 2009. GODINE¹

Sažetak: U radu se analiziraju neke konfuzne odredbe ZKP Srbije nakon procesne reforme iz 2009. godine. One svedoče o brzopletosti zakonodavca i o njegovoj nebrizi za sinhronizaciju celokupnog zakonskog teksta. Rad je podeljen u četiri dela. U prvom delu su obrađeni slučajevi pozivanja na nepostojeće odredbe zakona, u drugom delu su prikazane neke protivrečne odredbe, u trećem delu nejasne i nerazumljive odredbe ZKP, a u četvrtom delu pravne praznine. Kritikujući loša zakonska rešenja, autor ukazuje na potrebu zauzimanja odgovarajućeg stava po pitanju njihovih tumačenja, dajući i predloge novih zakonskih rešenja.

Ključne reči: Zakonik o krivičnom postupku, protivrečne odredbe, nejasne odredbe, neprimenjive odredbe, skraćeni postupak, postupak za kažnjavanje od strane istražnog sudije, neposredno optuženje, odlaganje glavnog pretrisa, osumnjičeni, oportunitet

Krivičnoprocesno zakonodavstvo Srbije karakteriše veoma dinamičan i brz razvoj. U principu, to bi za predmet takve regulacije trebalo da bude čudno. Sistemski zakoni u pravilu nemaju potrebu da se menjaju ni lako, ni brzo, ni često. Nekada se njihov vek važenja merio decenijama. To odavno više nije tako. Međutim, ako nam savremeni uslovi ži-

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.

vota nameću potrebu za češćim zakonskim reformama, to nije razlog da im se pristupa brzopleto i neosmišljeno. Parcijalni pristup zakonskim promenama, bez neophodnog uvida u sadejstvo celokupnih njegovih odredaba, može rezultirati ne samo nesvrishodnim, nego i protivrečnim, nejasnim, nerazumljivim, a nekad i neprimenljivim zakonskim odredbama. U fokusu ovog rada biće upravo takve zakonske odredbe koje su unete u Zakonik o krivičnom postupku Srbije prilikom procesne reforme iz 2009. godine.

1. Pozivanje na nepostojeće odredbe

1. 1. Pozivanje čl. 446. st. 3. poslednja rečenica na brisani st. 2. čl. 433. ZKP

Evolucija našeg krivičnog procesnog prava pokazuje težnju zakonodavca da omogući sve širu primenu skraćenog postupka. To se postizalo konstantnim širenjem uslova za njegovu primenu. Tako na primer, prema ZKP iz 1976. godine, skraćeni postupak je bio rezervisan za krivična dela za koja je bila propisana novčana kazna kao glavna ili kazna zatvora do tri godine, ali isključivo pred sudom koji sudi samo u prvom stepenu (čl. 430/1).² To znači da se skraćeni postupak mogao primenjivati samo u postupku pred opštinskim, ne i pred okružnim sudom. Članom 433. ZKP iz 2001. godine stvorene su pretpostavke za širenje primene skraćenog postupka, i to na dva načina. S jedne strane, ukinuto je ograničenje koje je do tada bilo vezano za sudove koji sude samo u prvom stepenu. S druge strane, omogućena je izuzetna primena nekih odredaba o skraćenom postupku i na krivična dela sa propisanom kaznom zatvora do pet godina. To su bile odredbe koje su se odnosile na glavni pretres, presudu i postupak po žalbi. Ta mogućnost je postojala samo uz saglasnost sva tri osnovna procesna subjekta: bili su potrebni predlog ovlašćenog tužioca, izričit pristanak okrivljenog i odobrenje predsednika suda.³

Najnovijim izmenama i dopunama ZKP iz 2009. godine,⁴ nastavljen je ovaj trend tako što je dotadašnja izuzetna i fakultativna mogućnost primene nekih odredaba o skraćenom postupku pretvorena u obavezno pravilo, i to u pogledu svih regula skraćenog postupka, pa i one o isključenju istrage. Naime, propisano je da se skraćeni postupak vodi za sva krivična

² To je suštinski odgovaralo postupku pred opštinskim odnosno sreskim sudom prema čl. 393. ZKP iz 1953.

³ Po našem mišljenju, celishodnije bi bilo da je saglasnost davao postupajući sudija odnosno veće, umesto predsednika suda.

⁴ Sl. gl. RS 72/09.

dela sa propisanom novčanom kaznom ili kaznom zatvora do pet godina.⁵ Time će se omogućiti primena skraćenog postupka na dodatnih 175 krivičnih dela kod kojih su propisani razni modaliteti kazne zatvora do pet godina u osnovnom, alternativnom ili kvalifikovanom obliku, prema važećem Krivičnom zakoniku.

Ova intervencija u skraćenom postupku, nužno je zahtevala odgovarajuće intervencije i u drugim zakonskim odredbama, koje sa tim imaju neposredne ili posredne veze. Međutim, zakonodavac je to na nekim mestima propustio da uradi. Tako na primer, širenje primene skraćenog postupka na sva dela sa propisanom kaznom zatvora do pet godina, imalo je za posledicu brisanje stavova 2 – 6 u čl. 433, koji su do tada predviđali samo izuzetnu mogućnost primene nekih odredaba skraćenog postupka na dela sa propisanom kaznom zatvora do pet godina. Dakle, sada čl. 433 ima samo jedan stav, a u čl. 446. st. 3, druga rečenica i dalje stoji: „Za krivična dela iz čl. 433. st. 2. ovog zakonika kazna zatvora ne može biti veća od tri godine“. Ta odredba je sada potpuno izlišna i bespredmetna i kao takvu, nju je trebalo takođe brisati, što nije učinjeno. Član 446. st. 2. i 3. ZKP inače reguliše poseban režim potpunog priznanja okrivljenog datog na glavnom pretresu u skraćenom postupku. Pošto ono može dovesti do prekida dokaznog postupka i prelaska na izricanje krivične sankcije, doprinosi ubrzanju i pojeftinjenju krivičnog postupka. Da bi se okrivljeni stimulisao da koristi takvu opciju, propisane su unekoliko blaže sankcije koje se u tom slučaju mogu izreći. Tako se do izmena ZKP iz 2009. godine, za dela koja su se uvek sudila u skraćenom postupku (dela sa propisanom novčanom kaznom ili kaznom zatvora do tri godine) mogle izreći sledeće sankcije: sudska opomena, uslovna osuda, novčana kazna i kazna zatvora do jedne godine, a uz njih jedna ili više sledećih mera: oduzimanje predmeta, zabrana upravljanja motornim vozilom i oduzimanje imovinske koristi. Za ona dela koja su po čl. 433. st. 2. ZKP mogla biti izuzetno suđena u skraćenom postupku (dela sa propisanom kaznom zatvora do pet godina), primena pomenute ustanove je garantovala da okrivljenom neće biti izrečena kazna zatvora veća od tri godine. Sada, kada je u zakoniku ostala poslednja rečenica čl. 446. st. 3., kada je brisan st. 2. čl. 433. i kada je podignut prag krivičnih dela za koja se obavezno vodi skraćeni postupak na dela sa propisanom kaznom zatvora do pet godina, proizilazi nekoliko zaključaka: a) poslednja rečenica stava 3. čl. 446. ZKP je bezpredmetna jer je izgubila vezu sa nekadašnjim članom 433. st. 2. ZKP, koga više nema; b) ta odredba se više ne može primenjivati; v) sada se u

⁵ Takvo rešenje zastupljeno je i u čl.446. novog ZKP Crne Gore (Službeni list Crne Gore 57/09).

svakom slučaju potpunog priznanja okrivljenog na glavnom pretresu u skraćenom postupku, pa i za dela sa propisanom kaznom zatvora do pet godina, može izreći kao maksimalna, kazna zatvora do jedne godine; g) takav režim kažnjavanja je povoljniji za okrivljenog, nego što je to do sada bio slučaj. Ipak, ne možemo a da ne postavimo pitanje da li je to bila intencija zakonodavca. Naime, ako je to zakonodavac namerno uradio, zašto onda nije brisao pomenutu poslednju rečenicu iz čl. 446. st. 3. ZKP, kada se već bavio izmenama toga stava Zakonika.⁶ Ne možemo se otići utisku da je sadašnja protivrečnost rezultat brzopletosti zakonodavca. Smatramo da ovde ipak treba ostati na nivou gramatičkog a ne ciljnog tumačenja zakonskog teksta, i to iz dva razloga. Prvo, navedeno ciljno tumačenje se ne može sa sigurnošću izvesti. Drugo, takvo tumačenje zakona išlo bi na štetu okrivljenog, što je nedopustivo.

1.2. Pozivanje čl. 337. st. 2. na čl. 309. st. 3. ZKP

U važećem tekstu ZKP ima i slučajeva pozivanja jedne odredbe zakona na drugu odredbu zakona koja formalno postoji, ali je u međuvremenu promenila sadržinu, tako da se nikako ne mogu dovesti u smisaonu vezu. Takav je npr. slučaj sa odredbom čl. 337. st. 2. ZKP koja predviđa izuzetnu mogućnost sudskog veća da, i bez saglasnosti stranaka, ali po uzimanju njihovih izjava, odluči da se pročita zapisnik o ispitivanju svedoka ili veštaka na ranijem glavnom pretresu, koji je održan pred istim predsednikom veća, iako je protekao rok iz čl. 309. st. 3. ZKP. Ovakvo upućivanje na odredbu čl. 309. st. 3. ZKP je imalo smisla do procesne reforme iz 2009. godine, kada je u čl. 309. st. 3. bila propisana obaveza suda da glavni pretres počne iznova i sve dokaze ponovo izvede ukoliko je odlaganje glavnog pretresa trajalo duže od tri meseca. Međutim, u novoj redakciji čl. 309. st. 3. ZKP više se uopšte ne pominje navedeni tromesečni niti bilo koji drugi rok, tako da je sada upućivanje na tu odredbu u kontekstu nekakvog roka postalo besmisleno. Da zakonodavac nije slučajno ispustio iz vida rok od tri meseca u čl. 309. st. 3. ZKP, svedoči i odredba sadašnjeg st. 6. istog člana, po kojoj je predsednik veća dužan da obavesti predsednika suda o svakom odlaganju koje traje duže od dva meseca. To znači da ZKP sada omogućava prosto nastavljanje odloženog glavnog pretresa, bez obzira na to koliki je vremenski interval između dva glavna pretresa. U tom svetlu sagledana, odredba čl. 337. st. 2. ZKP postaje potpuno bespredmetna u delu u kome se poziva na nepostojeći rok iz čl. 309.

⁶ Dopunama čl. 446. st. 3. ZKP iz 2009. godine omogućeno je izricanje u takvom slučaju još dve kazne: kazne oduzimanja vozačke dozvole i kazne rada u javnom interesu.

st. 3. Praktično, dosadašnji izuzetak se pretvorio u pravilo. I još više od toga: to znači da se više ne moraju uzimati izjave stranaka o čitanju zapisnika, niti se moraju formalno pročitati zapisnici sa ranijih glavnih pretresa. Glavni pretres se može prosto nastaviti. Takvo potkopavanje načela neposrednosti na glavnom pretresu je nedopustivo.

2. Protivrečne odredbe

2. 1. Kolizija čl. 433. i čl. 455. st. 2. ZKP

Današnje uprošćene procesne forme se u većem stepenu razilaze od opšte procedure, nego što je to ranije bio slučaj. Za razliku od izostanka prethodnog stadijuma na bazi male težine krivičnog dela, koji nije bio nepoznat ni ranijim pravima, bitno novi momenat u razvoju savremenog procesnog prava je pomeranje vlasti odlučivanja u uprošćenim formama sa glavnog na prethodni postupak. Kao legitimirajući osnovi u tom pogledu najčešće se kombinuju dovoljnost dokazne građe i jedan ili više osnova iz reda držanja procesnih subjekata. Jedna od takvih procesnih formi uvedena je u naše pravo ZKP iz 2001. godine pod nazivom „Postupak za kažnjavanje i izricanje uslovne osude od strane istražnog sudije“. Ova pojednostavljena procesna forma omogućava da se nakon završene istrage i podignute optužbe za lakša krivična dela pod određenim uslovima izreknu neke krivične sankcije od strane istražnog sudije i bez glavnog pretresa.

Postupak je moguć u slučaju potpunog priznanja okrivljenog datog u prisustvu branioca istražnom sudiji i potkrepljenog drugim dokazima prikupljenim u istrazi. Pod istim uslovima važiće i priznanje koje je osumnjičeni dao organu unutrašnjih poslova u smislu čl. 226. st. 9. ZKP.

Primenu ovog postupka može predložiti javni tužilac u podignutoj optužnici, odmah nakon završene istrage a najkasnije u roku od osam dana. Postupak može inicirati i sam okrivljeni u roku od osam dana od dana dostavljanja optužnice, ako se sa time saglase javni tužilac i istražni sudija. Umesto glavnog pretresa, drži se posebno javno ročište pred istražnim sudijom, na kome se nakon saslušanja stranaka i izričitog pristanka okrivljenog, može doneti presuda.

Opisani postupak je ograničen samo na krivična dela za koja je propisana novčana kazna kao glavna kazna ili kazna zatvora do pet godina. S obzirom na znatan broj takvih inkriminacija (ukupno 145 oblika osnovnog, alternativnog ili kvalifikovanog krivičnog dela prema stanju našeg krivičnog zakonodavstva pre izmena i dopuna iz 2009. godine), ova vrsta postupka je mogla odigrati važnu ulogu u pravcu rasterećenja pravosuđa. Odredbe o vrsti i meri krivičnih sankcija koje istražni sudija može

izreći mogle bi podsticajno delovati na okrivljenog u smislu prihvatanja ili čak iniciranja ove procesne forme. Naime, istražni sudija može izreći novčanu kaznu, uslovnu osudu i kaznu zatvora do jedne godine, a uz njih jednu ili više sledećih mera: oduzimanje predmeta, zabranu upravljanja motornim vozilom i oduzimanje imovinske koristi. Iz odredbe čl. 459. st. 3. ZKP sledi da se u ovoj vrsti postupka može izreći i sudska opomena. Nakon procesne reforme iz 2009. godine, u ovoj vrsti postupka se osim toga, mogu izreći i kazna rada u javnom interesu, kao i kazna oduzimanja vozačke dozvole, kojima je dopunjen kazneni registar prilikom donošenja novog KZ 2005. godine. Taj potez našeg zakonodavca svedoči o njegovoj težnji da omogućući širu primenu ove vrste postupka, dovodeći ga u vezu i sa nekim novim kaznama koje bi po svojoj prirodi mogle da se uklape u ovu vrstu uprošćenog postupka. Međutim, brzopletost zakonodavca i njegova nebriga za sinhronizaciju svih relevantnih zakonskih odredaba, imala je kontraproduktivni efekat. Naime, zakonodavac je kod ove vrste postupka zaboravio da je prethodno podigao prag primene skraćenog postupka na krivična dela sa propisanom kaznom zatvora do pet godina, pa nije našao za shodno da promeni i uslov u pogledu težine krivičnog dela u postupku za kažnjavanje od strane istražnog sudije. Tako sada u ZKP imamo dve odredbe koje su međusobno protivrečne i jedna drugu isključuju. Ista krivična dela (propisana novčana kazna kao glavna ili kazna zatvora do pet godina) su uslov za vođenje i skraćenog postupka i postupka za kažnjavanje i izricanje uslovne osude od strane istražnog sudije. Kako skraćeni postupak uvek isključuje fazu istrage, a ona je neophodna u postupku iz čl. 455. ZKP, ta dva postupka se međusobno isključuju. Pošto je primena skraćenog postupka obavezna, a primena postupka za kažnjavanje od strane istražnog sudije fakultativna, ova kontradikcija će uvek ići na štetu ove druge vrste postupka. Prosto je neverovatno da zakonodavac, koji se inače bavio i dopunom odredaba čl. 457., to nije primetio i nije intervenisao podizanjem težine krivičnih dela koja se mogu presuditi od strane istražnog sudije. Zbog svega navedenog, bila bi neophodna izmena odredbe čl. 455. st. 2. ZKP, koja bi primenu ovog postupka vezivala za krivična dela sa propisanom kaznom zatvora do osam godina. Time bi bila deblokirana primena ovog postupka, koji je sam po sebi i legitiman i racionalan.⁷ Trenutno u našem važećem krivičnom zakonodavstvu ima ravno sto krivičnih dela za koja je

⁷ Vid. više o opravdanju ove vrste postupka kod S. Brkić: „Istražni sudija pred novim zadatkom?“, *Pravni život* 9/2000, str. 371-380; S. Brkić: „Nove procesne forme u Zakoniku o krivičnom postupku“, *JRKK* 1/2002, str. 41-62.

propisana kazna zatvora od jedne do osam godina. Podizanje te granice bilo bi u skladu sa već postojećim trendom u našem krivičnom materijalnom i procesnom pravu. Naime, ako je faza istrage isključena kod svih krivičnih dela sa propisanom kaznom zatvora do pet godina, ako je dopušten „blaži režim“ neposredne optužnice za dela sa propisanom kaznom zatvora preko pet do osam godina i ako je dopušteno sporazumevanje o krivici za sva dela sa propisanom kaznom zatvora do dvanaest godina, zašto ne bi bilo dopušteno izricanje presude od strane istražnog sudije za dela sa propisanom kaznom zatvora do osam godina? S obzirom na česte prigovore da je ova forma nepotrebno iskomplikovana zahtevanjem mnoštva uslova, predlažemo da se čl. 455. ZKP izmeni i ova forma učini pristupačnijom, tako što će za donošenje presude od strane istražnog sudije biti dovoljno i samo priznanje okrivljenog. Pored toga, da bi se postigli veći rasterećujući efekti, primena ove forme bi trebala biti obavezna za istražnog sudiju, ukoliko postoji saglasnost javnog tužioca i okrivljenog, uz ispunjenost ostalih zakonskih uslova.

2.2. Kolizija čl. 244. st. 7. i čl. 268. st. 2. ZKP

Nedavna procesna reforma donela je jednu novinu i u postupku neposrednog optuženja. Naime, blaži režim neposredne optužnice, koji zavisi isključivo od volje tužioca, kome nije potrebna saglasnost istražnog sudije, sada je vezan za krivična dela sa propisanom kaznom zatvora do osam godina, a ne do pet godina, kao ranije. To je bila prirodna posledica podizanja praga krivičnih dela za koja se vodi skraćeni postupak na dela sa propisanom kaznom zatvora do pet godina. Međutim, i u ovoj oblasti zakonodavac je napravio jednu grešku, jer sa izmenjenom odredbom čl. 244. st. 6. nije uskladio i ostale zakonske odredbe. Tako na primer, odredba čl. 244. st. 7. predviđa da se odredbe st. 1. do 6. tog člana primenjuju i kad se gonjenje preduzima po zahtevu oštećenog kao tužioca. Međutim, ostao je neizmenjen čl. 268. st. 2. po kome „ako oštećeni kao tužilac, protivno odredbama člana 244. st. 1. i 2. ovog zakonika, podigne optužnicu bez sprovođenja istrage za krivično delo za koje je propisana kazna zatvora preko pet godina, smatraće se da je stavio zahtev za sprovođenje istrage.“ Ovdje ponovo imamo dve protivrečne odredbe: po jednoj, oštećeni kao tužilac može da koristi oba režima neposredne optužnice; po drugoj odredbi on može da koristi samo „blaži režim“, koji ne zahteva saglasnost istražnog sudije. Odredbu čl. 268. st. 2. zakonodavac je očigledno trebao da veže za dela sa propisanom kaznom zatvora preko osam godina. Jedino ciljnim i istorijskim tumačenjem možemo doći do zaključka da pred-

nost primene imaju odredbe čl. 244. ZKP u odnosu na odredbu čl. 268. st. 2. ZKP. To znači, da bi oštećenom kao tužiocu ipak pripadalo pravo na neposredno optuženje za dela sa propisanom kaznom zatvora preko osam godina uz saglasnosti istražnog sudije.

2.3. Kolizija čl. 236. st. 6. i čl. 221. tač. 1. i 2. ZKP

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.“ Mislimo da protivrečnost navedenih zakonskih odredaba u terminološkom pogledu ne bi smela imati za posledicu stvarnu degradaciju okrivljenog na glavnom pretresu u status osumnjičenog. Drugim rečima, ova terminološka zbrka ne bi smela da ima nikakve negativne praktične reperkusije po lice protiv kojeg se vodi krivični postupak u fazi glavnog pretresa.

2.4. Kolizija čl. 252. st. 4. i 254. st. 6 sa čl. 406. st. 1. ZKP

Na kraju, treba napomenuti da nisu sve nejasne, konfuzne i protivrečne odredbe ZKP nastale u procesnoj reformi 2009. godine, iako ih je tada najviše bilo. Naš zakonodavac je i ranije činio neke propuste. Izvesne protivrečnosti su se prokrale našem zakonodavcu i 2001. godine, i one do danas nisu otklonjene. Ilustrovaćemo to na primeru odredaba čl. 252. st. 4, čl. 254. st. 6 i čl. 406. st. 1. ZKP. Član 252. ZKP reguliše prekid istrage do koga može doći usled nastupanja privremenih i otklonjivih procesnih smetnji, kao što je npr. duševno oboljenje ili duševna poremećenost nastupela posle izvršenog krivičnog dela. Prema čl. 252. st. 4. i čl. 254. st. 6. ZKP, kad prestanu smetnje koje su prouzrokovale prekid, istražni sudija će nastaviti istragu. Iz tih odredaba proizilazi da istražni sudija *ex officio* nastavlja prekinutu istragu, ne čekajući inicijativu ovlašćenog tužioca. Međutim u čl. 406. st. 1. ZKP koji reguliše slučaj tzv. nepravog ponavljanja krivičnog postupka koji je bio pravnosnažno prekinut zbog okolnosti koje privremeno sprečavaju gonjenje, proizilazi drugačije reše-

nje. Tu se izričito kaže da će se prekinuti postupak **na zahtev ovlašćenog tužioca** nastaviti čim prestanu uzroci zbog kojih su donete navedene odluke. I za jedno i za drugo rešenje mogli bi se naći argumenti. Tako, prvo rešenje, po kome se ne čeka tužiočev predlog, više je u skladu sa karakteristikom same privremene situacije i odgovornošću suda za utvrđeno činjenično stanje. Drugo rešenje, po kome se čeka na tužiočev predlog, više je usklađeno sa optužnim načelom. Na razmeđu između ova dva protivrečna stava, ipak bi smo se priklonili drugom rešenju, jer je ono sadržano u odredbi koja se direktno odnosi na pitanje nastavljanja prekinutog postupka, a to je odredba čl. 406. st. 1. ZKP.

3. Nejasne odredbe

3.1. Nedoumice u vezi sa čl. 136. st. 3. ZKP

2009. godine je izmenjena i odredba čl. 136. ZKP, koja se odnosi na meru procesne prinude zabranu napuštanja stana ili mesta boravišta. Ona obuhvata ograničenje slobode kretanja okrivljenog bez lišavanja slobode a ogleda se u zabrani okrivljenom da bez odobrenja napusti svoj stan ili mesto boravišta. Uz tu meru okrivljenom se može izreći jedna ili više dopunskih mera, kao što su zabrana posećivanja određenih mesta, sastajanja sa određenim licima ili prilaženja određenim licima. Do sada se tim merama nikako nije smelo ograničiti pravo okrivljenog da živi u svom stanu, da se nesmetano viđa sa članovima porodice, bliskim srodnicima i svojim braniocem. Pomenuta odredba je nakon procesne reforme iz 2009. godine na svojevrsan način relativizovana. Do sada apsolutno zagarantovana sloboda nesmetanog viđanja sa članovima porodice i bliskim srodnicima se može uskratiti ako ta lica nisu obuhvaćena samom merom. Odredba čl. 136. st. 3. ZKP doslovno glasi: „Merama iz stava 1. i 2. ovog člana ne može se ograničiti pravo okrivljenog da živi u svom stanu, da se nesmetano viđa sa članovima porodice, bliskim srodnicima, osim ako ta lica nisu obuhvaćena merom iz stava 2. ovog člana i svojim braniocem.“ Ovako postavljena negacija negacije dovodi nas do toga da se vrtimo u krug i da nikako ne možemo sa sigurnošću odrediti u kojim to slučajevima zapravo okrivljenom može biti uskraćeno pravo da se viđa sa članovima porodice i bliskim srodnicima. Najpre da vidimo kakve zaključke možemo izvući iz ovih odredaba. Prvo imamo opštu normu koja kaže da se okrivljenom može zabraniti sastajanje ili prilaženje određenim licima. Zatim imamo posebnu normu koja isključuje primenu opšte norme na članove porodice i bliska lica. Najzad, imamo izuzetak od posebne norme koji nam govori kada ipak možemo zabraniti viđanje okrivljenog sa članovima porodice i

bliskim srođnicima. Do ovog mesta sve je razumljivo i sve je u redu. Međutim, način na koji je izražen ovaj izuzetak od posebne norme je veoma problematičan. Tumačenjem ovih odredaba mi dolazimo do jedne potpuno neodređene situacije u kojoj se uopšte ne zna kada je moguć ovaj izuzetak od izuzetka. Zakonodavac je ovim zapravo rekao: sud ne može ograničiti pravo okrivljenog da se viđa sa članovima porodice i bliskim licima, osim kada to može, a može uvek onda ako ta lica ne obuhvati samom merom. Veoma nespretna, problematična i zagonetna formulacija, koja otvara prostor za praktično ničim neograničeno odlučivanje o tome kada se nesmetano viđanje sa pomenutim licima može ograničiti, a kada ne. Mislimo da je intencija zakonodavca bila sledeća: okrivljenom izuzetno treba uskratiti mogućnost sastajanja ili prilaženja čak i članovima porodice i bliskim srođnicima, ako su upravo ta lica bila povređena ili ugrožena krivičnim delom okrivljenog. Uostalom, potreba za jednim takvim izuzetkom od pravila je priznata i u mnogim drugim zakonodavstvima, s tom razlikom što je ona tamo malo srećnije formulisana. Tako npr. u čl. 166. st. 4. ZKP Crne Gore iz 2009. godine, to je izraženo na veoma jasan i nedvosmislen način: „Mjerama nadzora ne može se ograničiti pravo okrivljenom da živi u svom stanu, da se nesmetano viđa sa članovima porodice i bliskim srođnicima, osim kad se postupak vodi zbog krivičnog djela učinjenog na štetu člana porodice ili bliskih srođnika“. To pitanje je na sličan način rešeno i u čl. 98. st. 3. ZKP Hrvatske iz 2008. godine, s tom razlikom što je krug srođnika odnosno bliskih lica taksativno naveden. Prema tom zakonu, takvim merama se „ne može ograničiti pravo okrivljenog na vlastiti stan, te pravo na nesmetane veze s ukućanima, bračnim ili izvanbračnim drugom, roditeljima, djetom, posvojenikom ili posvojiteljem, osim ako se postupak vodi zbog kaznenog djela počinjenog na štetu neke od tih osoba.“

3.2. Nedoumice u vezi sa čl. 237. ZKP

ZKP iz 2001. je uveo dva slučaja oportuniteta krivičnog gonjenja punoletnih osumnjičenih lica. S jedne strane, to je uslovljeni oportunitet iz čl. 236. ZKP.. S druge strane, to je безусловni oportunitet u slučaju stvarnog kajanja prema čl. 237. ZKP. Prvobitne formulacije ovih odredaba su bile jasne po pitanju kruga krivičnih dela na koja se oportunitet odnosi. Član 236. ograničavao se na krivična dela sa propisanom novčanom kaznom ili kaznom zatvora do tri godine, a čl. 237. je upućivao na krivična dela iz čl. 236. Krug krivičnih dela koja se gone po načelu oportuniteta u slučaju stvarnog kajanja i dalje je određen upućujućom odredbom na čl. 236. ZKP. Međutim, treba imati u vidu da je čl. 236. Zakonika pretrpeo

izmene prilikom procesne reforme 2009. godine. Pored krivičnih dela sa predviđenom novčanom kaznom i kaznom zatvora do tri godine, on se izuzetno primenjuje i na dela sa propisanom kaznom zatvora preko tri do pet godina, ali po odobrenju vanraspravnog veća. Gramatičkim tumačenjem čl. 237. ZKP dolazimo do zaključka da se ova vrsta oportuniteta primenjuje i na dela sa propisanom kaznom zatvora preko tri do pet godina, ali ostaje dvojbeno pitanje, da li je u tom slučaju potrebno odobrenje vanraspravnog veća ili ne. Nama se, međutim, čini da zakonodavac nije hteo širenje kruga krivičnih dela u čl. 237, već da je prosto ostavio nepromenjenu odredbu čl. 237, previđajući izmene koje je pretrpeo čl. 236. ZKP.

3.3. 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. čl. 236. 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 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.⁸ Ako se radi o krivičnim delima za koja je propisana kazna zatvora preko tri do pet godina, saglasnost daje vanpretresno veće.“

⁸ 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.

4. Pravne praznine

U postupku za određivanje posebnih mera zaštite svedoka u krivičnom postupku, zakonodavcu su se potkrale izvesne pravne praznine u vezi sa pitanjem funkcionalne nadležnosti suda za: a) prijem zahteva za određivanje mera zaštite; b) odlučivanje o merama zaštite i v) odlučivanje po žalbi. Tako je npr. rečeno da se zahtev za određivanje mera zaštite predaje: istražnom sudiji u toku istrage, a nakon stupanja optužnice na pravnu snagu, predsedniku veća. Rešenje o određivanju mera zaštite u toku istrage donosi istražni sudija, a nakon stupanja optužnice na pravnu snagu, pretresno veće odnosno veće iz čl. 24. st. 6 ZKP, zavisno od toga da li je pretresno veće u zasedanju ili ne. O žalbi protiv rešenja o merama posebne zaštite u istrazi odlučuje veće iz čl. 24. st. 6, a nakon stupanja optužnice na pravnu snagu, drugostepeni sud.

U vezi sa navedenim proceduralnim pitanjima ponavlja se jedna nelogičnost: pošto istražni sudija donosi rešenje o merama zaštite u toku istrage, a odgovarajuće veće nakon stupanja optužnice na pravnu snagu, to znači da je zakonodavac propustio da odredi ko donosi ovo rešenje u fazi stavljanja pod optužbu, koja traje od podizanja optužbe do njenog stupanja na pravnu snagu. Ovaj problem bi se mogao rešiti jednom malom ispravkom zakonskog teksta, tako što bi se u vezi sa istražnim sudijom brisale reči „u toku istrage.“ Time bi se funkcionalna nadležnost istražnog sudije protezala i posle završetka istrage, sve do stupanja na snagu optužnice.⁹ Drugi modus bi bilo razgraničenje nadležnosti između istražnog sudije i odgovarajućeg veća koje bi se vezivalo za momenat podizanja optužnice, a ne njenog stupanja na snagu. Sličan problem se javlja i kod određivanja funkcionalne nadležnosti suda za prijem zahteva za određivanje zaštite svedoka, kao i kod odlučivanja suda o žalbi protiv rešenja o merama zaštite.

5. Zaključak

Parcijalni pristup zakonskim promenama, bez neophodnog uvida u sadejstvo celokupnih njegovih odredaba, može rezultirati ne samo nesvrishodnim, nego i protivrečnim, nejasnim, nerazumljivim, a nekad i neprimenjivim zakonskim odredbama. U fokusu ovog rada su bile upravo takve zakonske odredbe koje su unete u Zakonik o krivičnom postupku Srbije prilikom procesne reforme iz 2009. godine.

⁹ Takvo rešenje je predlagala S. Brkić: „Zaštita svedoka u krivičnom postupku“, Novi Sad, 2005, str. 235.

Pažljiva analiza problematičnih odredaba ZKP Srbije je pokazala da su neke odredbe apsolutno neprimenjive jer upućuju na primenu nepostojećih odredaba. Neke odredbe su potpuno protivrečne, pri čemu se ne može ponuditi univerzalan izlaz iz tog konflikta. Nekad se kolizija odredaba koje se međusobno isključuju može rešiti u korist odredbe koja ima obaveznu primenu u odnosu na fakultativnu primenu njoj protivrečne odredbe (npr. kolizija između odredaba o vođenju skraćenog postupka i postupka za kažnjavanje i izricanje uslovne osude od strane istražnog sudije). U drugim slučajevima problem možemo rešiti ciljnim tumačenjem (npr. neposredna optužnica oštećenog kao tužioca). U trećim slučajevima, kolizija odredaba se svodi na terminološki spor, ima se rešiti u korist opšte interpretativne zakonske odredbe i ne sme imati nikakve negativne praktične reperkusije po lice protiv koga se vodi krivični postupak. Najzad, protivrečnost nekih odredaba rešava se u korist one koja se neposredno odnosi na regulisanje određenog pitanja (nastavljanje prekinutog postupka po čl. 406. st. 1. ZKP).

Neke nejasne odredbe otvaraju široko polje za arbitrarno odlučivanje suda (zabrana sastajanja okrivljenog sa bliskim licima) i s toga bi ih nužno trebalo preformulisati. Neke nejasne odredbe bi takođe zahtevale intervenciju zakonodavca, kao što je to slučaj sa čl. 236. st. 6. i 7, s jedne strane i čl. 237. s druge strane.

U budućim procesnim reformama moralo bi se više pažnje posvetiti jasnim, neprotivrečnim i odredbama koje će se moći primenjivati.

*Snežana Brkić, Ph.D., Associate Professor
Faculty of Law Novi Sad*

About Some Inapplicable, Contradictory and Unclear Provisions in Code of Criminal Procedure of Serbia After Procedural Reform in 2009.

Abstract

This article is dedicated to the new provisions in Code of Criminal Procedure in Serbia, which went into effect in 2009. The article presents critical comments of some inapplicable, contradictory and unclear provisions. The paper is separated in four parts: 1) reference to another nonexistence provisions; 2) contradictory provisions; 3) unclear provisions and 4) gaps in the law. Therefore, the author interprets those confused regulations and suggests the improvement of legal text.

Key words: Code of Criminal Procedure, contradictory provisions, unclear provisions, inapplicable provisions, summary trial, punishment by investigative judge, direct indictment, delay of trial, suspect, opportunity

*Dr Zoran Lončar, docent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

POLOŽAJ, ULOGA I ORGANIZACIJA POKRAJINSKE UPRAVE U AUTONOMNOJ POKRAJINI VOJVODINI

Sažetak: *Nakon usvajanja Ustava Republike Srbije, tek je donošenjem Zakona o utvrđivanju nadležnosti AP Vojvodine i Statuta AP Vojvodine, kao i na njemu zasnovanih pokrajinskih propisa, poput Odluke o Skupštini AP Vojvodine, Odluke o Vladi AP Vojvodine i Odluke o pokrajinskoj upravi koji su doneti 2010. godine, uspostavljen novi pravni okvir za delovanje pokrajinske uprave koji je zahtevao promenu samog položaja i uloga pokrajinske uprave. Bez obzira na mnogobrojne novine koje se javljaju u pogledu položaja i osnovnih zadataka i poslova koje danas vrše organi pokrajinske uprave u AP Vojvodini, neke od njih bi mogle da pretrpe, možda i ne toliko male promene, nakon donošenja odluke Ustavnog suda u postupku ocene ustavnosti i zakonitosti osporenih odredbi Zakona o utvrđivanju nadležnosti AP Vojvodine i Statuta AP Vojvodine.*

Ključne reči: *pokrajinska uprava, AP Vojvodina, državna uprava, Statut AP Vojvodine*

1. Uvodne napomene

Položaj i uloga pokrajinske uprave AP Vojvodine su suštinski opredeljeni statusom koji Pokrajina ima u ustavnom sistemu Srbije. Ustavni sistem Srbije je u pogledu pravnog položaja AP Vojvodine u proteklih nekoliko godina bio u procesu pravnog uobličavanja. Donošenje Ustava Republike Srbije od 2006. godine je bio samo početni korak u procesu pravnog uobličavanja autonomije Vojvodine. Nakon novog Ustava Repu-

blike Srbije trebalo je zakonima, a nakon toga i podzakonskih aktima u rokovima određenim Ustavnim zakonom za sprovođenje Ustava, definisati autonomiju Vojvodine čiji je pravni okvir određen odredbama Ustava. Međutim, ne samo da se nije ispoštovao ustavni rok za donošenje svih zakona kojima je trebalo odrediti nadležnosti AP Vojvodine u svim oblastima društvenog života koje su predviđene Ustavom,¹ već je i Statut kao najviši pravni akt AP Vojvodine, ali ipak samo podzakonskog karaktera, donet faktički pre bilo kog od neophodnih zakona.² Nakon više od 13 meseci koliko je proteklo od usvajanja Predloga statuta u Skupštini AP Vojvodine i velike stručne polemike koja je vođena u pogledu njegove neusklađenosti sa Ustavom Republike Srbije,³ Narodna skupština je konačno 30. novembra 2009. godine usvojila Zakon o utvrđivanju nadležnosti AP Vojvodine. Time su se stekli uslovi da se Narodna skupština na osnovu člana 185. Ustava izjasni i o prethodnoj saglasnosti kao neophodnom uslovu da bi Statut AP Vojvodine mogao da bude usvojen i proglašen u Pokrajinskoj skupštini,⁴ što se i desilo 14. decembra 2009. godine.

U skladu sa Odlukom o sprovođenju Statuta AP Vojvodine od 14. decembra 2009. godine Pokrajinska skupština je 23. marta 2010. godine donele pokrajinske skupštinske odluke kojima se uređuju pitanja u vezi pokrajinske skupštine, pokrajinske vlade i pokrajinske uprave. Donošenjem navedenih opštih pravnih akata od strane pokrajinske vlasti, konačno je formalno pravno zaokružen pravni okvir u okviru koga bi trebalo da deluje pokrajinska uprava u AP Vojvodini. Ostavljajući ovog puta po strani činjenicu da je neposredno po stupanju na snagu Zakona o utvrđivanju nadležnosti AP Vojvodine i Statuta AP Vojvodine protiv ovih akata pokrenut postupak za ocenu ustavnosti i zakonitosti pred Ustavnim su-

¹ Na osnovu Ustavnog zakona za sprovođenje Ustava Republike Srbije krajnji rok za donošenje svih zakona kojima bi se autonomija Vojvodine uskladila sa novim Ustavom je bio 31. decembar 2008. godine. U navedenom ustavnom roku, niti su doneti neophodni zakoni, niti je ovaj rok izmenama Ustavnog zakona produžen. Videti: član 15. Ustavnog zakona za sprovođenje Ustava Republike Srbije, „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 98 od 10. novembra 2006. godine.

² O hijerarhiji pravnih akta u Republici Srbiji jasno govore odredbe člana 194. i 195. Ustava. „Ustav je najviši pravni akt Republike Srbije. Svi zakoni i drugi opšti akti doneti u Republici Srbiji moraju biti saglasni sa Ustavom“ (član 194. stav 2. i 3). „Statut, odluke i svi drugi opšti akti autonomnih pokrajina i jedinica lokalne samouprave moraju biti saglasni sa zakonom“ (član 195. stav 2).

³ U tom pogledu svakako je posebne pažnje vredana naučna rasprava koja je vođena povodom Predloga statuta AP Vojvodine na Pravnom fakultetu u Beogradu 1. decembra 2008. godine. Videti: Zbornik radova sa naučnog skupa „Predlog Statuta AP Vojvodine“, Pravni fakultet, Beograd, 2009.

⁴ „Statut autonomne pokrajine donosi njena skupština, uz prethodnu saglasnost Narodne skupštine“. Ustav Republike Srbije, član 185. stav 2.

dom Republike Srbije, čiji bi ishod mogao bitno da itiče i na celokupni pravni okvir autonomije Vojvodine koji je trenutno formalno pravno uspostavljen, predmet naše analize u ovom radu će biti pre svega pitanja novog položaja, uloge i organizacije pokrajinske uprave koji su predviđeni nedavno usvojenim najvišim pokrajinskim propisima.

2. Ustavno-pravni položaj AP Vojvodine

Ustavno-pravni položaj Vojvodine, kojim je suštinski opredeljeno i pitanje položaja, uloga i organizacije pokrajinske uprave kao osnovnog predmeta našeg razmatranja, određen je Ustavom Republike Srbije iz 2006. godine, Zakonom o utvrđivanju nadležnosti AP Vojvodine⁵ i Statutom AP Vojvodine.⁶ Ustavom je među osnovnim načelima predviđeno pravo građana na pokrajinsku autonomiju.⁷ Na osnovu Ustava autonomne pokrajine su autonomne teritorijalne zajednice osnovane Ustavom, u kojima građani ostvaruju pravo na pokrajinsku autonomiju.⁸ Bez obzira na to što novi Ustav sadrži niz novina u pogledu AP Vojvodine, Vojvodina je u pogledu svog statusa i dalje jedinice teritorijalne autonomije u okviru unutarne uređene Republike Srbije, kakav je imali i prema Ustavu iz 1990. godine.

Najvažnije novine u Ustavu koje se tiču AP Vojvodine se odnose na proces decentralizacije vlasti i ogledaju se u obimu nadležnosti, pokrajinskoj imovini i izvornim prihodima, kao i u pravu na samostalno uređivanje svojih organa.

Bitna novina u Ustavu u pogledu nadležnosti AP Vojvodine se ogleda u znatno proširenom obimu *izvorne nadležnosti*. Za razliku od prethodnog Ustava iz 1990. godine koji je predviđao izvorne nadležnosti za autonomne pokrajine u svega osam oblasti društvenog života,⁹ novim Ustavom je mogućnost uspostavljanja izvorne nadležnosti AP Vojvodine proširena na preko dvadeset oblasti. Na osnovu Ustava, AP Vojvodina danas u okviru svoje izvorne nadležnosti, u skladu sa zakonom,

⁵ „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 99 od 30. novembra 2009. godine.

⁶ „Službeni list AP Vojvodine“, broj 17 od 14. decembra 2009. godine.

⁷ „Državna vlast je ograničena pravom građana na pokrajinsku autonomiju i lokalnu samoupravu. Pravo građana na pokrajinsku autonomiju i lokalnu samoupravu podleže samo nadzoru ustavnosti i zakonitosti“. Član 12. Ustava Republike Srbije.

⁸ Član 182. stav 1. Ustava Republike Srbije.

⁹ Autonomne pokrajine su preko svojih organa bile nadležne da uređuju pitanja od interesa za građane u autonomnoj pokrajini u oblastima: kulture, obrazovanja, službene upotrebe jezika i pisma, javnog obaveštavanja, zdravstvene i socijalne zaštite, društvene brige o deci, zaštite i unapređivanja životne sredine i urbanizma. Videti: Ustav Republike Srbije iz 1990, član 109. stav 1. tačka 3.

ima pravo da uređuje pitanja od pokrajinskog značaja u oblastima: prostornog planiranja i razvoja, poljoprivrede, vodoprivrede, šumarstva, lova, ribolova, turizma, ugostiteljstva, banja i lečilišta, zaštite životne sredine, industrije i zanatstva, drumskog, rečenog i železničkog saobraćaja i uređivanja puteva, priređivanja sajmovi i drugih privrednih manifestacija, prosvete, sporta, kulture, zdravstvene i socijalne zaštite i javnog informisanja na pokrajinskom nivou.¹⁰ Pored toga, autonomnim pokrajinama se može i dalje zakonima poveravati vršenje pojedinih pitanja iz nadležnosti Republike.¹¹ Razgraničenje nadležnosti između centralnog i pokrajinskog nivoa vlasti, odnosno određivanje pitanja koja su od pokrajinskog značaja u Ustavom predviđenim oblastima društvenog života koja se mogu nalaziti u izvornoj nadležnosti autonomnih pokrajina, vrši se zakonom. Iz tog razloga je i donet Zakon o utvrđivanju nadležnosti AP Vojvodine.

Zakonu o utvrđivanju nadležnosti AP Vojvodine se sa formalno pravnog aspekta može izreći niz primedbi. Najpre, umesto da su pitanja od pokrajinskog značaja u različitim oblastima društvenog života uređena izmenom odgovarajućih zakona kojima su uređene navedene oblasti (sektorski zakoni), njihovo uređivanje je izvršeno samo jednim propisom. Ovakav normativni postupak ima danas za posledicu postojanje dvostrukog pravnog režima u istoj oblasti društvenog života, koji se javlja kao posledica neusklađenosti sektorskih zakona sa odgovarajućim odredbama Zakona o utvrđivanju nadležnosti AP Vojvodine. Čak i ako se pođe od pretpostavke da Zakon o utvrđivanju nadležnosti AP Vojvodine prema svojoj pravnoj prirodi predstavlja *lex specialis* i da kao takav derogira odredbe zakona kojima se uređuju pojedine oblasti društvenog života, takvo pravilo se ipak ne bi moglo primeniti u ovom slučaju, pošto Zakon o utvrđivanju nadležnosti AP Vojvodine uređuje različite oblasti društvenog života, a odnos generalnog i specijalnog propisa se može uspostaviti samo kada su u pitanju propisi iz iste oblasti društvenog života. Očigledno da je pri izradi Zakona o utvrđivanju nadležnosti AP Vojvodine potreba pravnog pragmatizma dobila prevagu u odnosu na doktrinarna pravna pravila.¹² Pored toga, u Zakonu je primet-

¹⁰ Član 183. stav 2. Ustava Republike Srbije.

¹¹ „Republika Srbija može zakonom poveriti autonomnim pokrajinama i jedinicama lokalne samouprave pojedina pitanja iz svoje nadležnosti“. Član 178. stav 1. Ustava Republike Srbije.

¹² „Šta više, u Zakonu o utvrđivanju određenih nadležnosti autonomne pokrajine i ne piše da se menjaju odredbe bilo kog zakona, što znači da je ovaj propis zamišljen kao jedan *lex specialis* u odnosu na mnogo generalnih zakona iz pojedinih oblasti. To znači da se pošlo od pretpostavke o odnosu generalnog i specijalnog zakona, po kojoj

no često mešanje izvornih i poverenih poslova AP Vojvodine, bez obzira na to što su u pitanju poslovi koji podležu potpuno različitim pravnim režimima. Ova činjenica može da bude od posebne važnosti, ne samo u pogledu prava na vršenje nadzora nad različitim poslovima pokrajinske uprave, već i u pogledu pitanja načina njihovog finansiranja. Još važniji propust u Zakonu predstavlja proširivanje izvorne nadležnosti AP Vojvodine na regulisanje svih pitanja u pojedinim oblastima društvenog života koje se na osnovu Ustava mogu nalaziti u izvornoj nadležnosti autonomnih pokrajina, a ne samo na pitanja koja su od pokrajinskog značaja u navedenim oblastima, kako je to izričito određeno članom 183. stav 2. Ustava.¹³ Svakako da još veći propust u Zakonu predstavlja dopisivanje pojedinih oblasti društvenog života koje bi trebalo da se nalaze u izvornoj nadležnosti AP Vojvodine mimo članom 183. stav 2. Ustava izričito navedenih oblasti u kojima AP Vojvodina može imati svoje izvorne nadležnosti.¹⁴

Bitnu novinu u pogledu ustavno-pravnog položaja AP Vojvodine, koja predstavlja ujedno i važnu pretpostavku za brži ekonomski razvoj, predstavlja mogućnost da Pokrajina ima svoju imovinu i da sa njome slobodno raspolaže. Međutim, neophodni ustavni uslov za to je prethodno donošenje zakona kojim će se izvrši jasno razgraničenje između državne, pokrajinske i lokalne imovine i kojim će se propisati način njihovog upravljanja.¹⁵ Zakon o utvrđivanju nadležnosti AP Vojvodine međutim, samo konstatuje pravo AP Vojvodine na pokrajinsku imovinu, ali način njenog korišćenja i raspolaganja ipak ostavlja da bude regulisan posebnim zakonom kojim će se ure-

odredbe specijalnog zakona derogiraju odredbe generalnog zakona (Iec specialis derogat legi generali). Međutim, autori ovog propisa su zaboravili da to pravilo važi samo za propise iz iste oblasti, a ne da jedan propis „o utvrđivanju nadležnosti“ bude specijalni zakon za mnogo materijalno-pravnih propisa. Ovakav normativno-pravni postupak je nezabeležen u parlamentarnoj praksi savremenih zemalja“. D. Milkov, *Upravno pravo*, I, Novi Sad, 2009, str. 148.

¹³ Takav je slučaj naprimer sa izvornim nadležnostima AP Vojvodine u oblastima: vodoprivrede (član 16. tačka 1 Zakona), šumarstva (član 18. tačka 1. Zakona), lova (član 19. Zakona), ribolova (član 21. Zakona), zaštite životne sredine (član 25. stav 1. Zakona) itd, u kojima AP Vojvodina u okviru svoje izvorne nadležnosti uređuje čitavu oblast društvenog života za teritoriju AP Vojvodine, a ne samo pitanja koja su od pokrajinskog značaja u tim oblastima društvenog života kako je predviđeno Ustavom.

¹⁴ Takav je slučaj naprimer sa oblastima: nauke i tehnološkog razvoja (član 64. Zakona), energetike (član 68. tačka 1-4. Zakona), lokalne samouprave (član 73. stav 1. tačka 1 i 2. Zakona), Nacionalnog investicionog plana (član 75. Zakona), službene upotrebe jezika i pisma nacionalnih manjina (član 76. stav 1 Zakona), koje uopšte nisu navedene u članu 183. stav 2. Ustava da mogu biti u izvornoj nadležnosti AP Vojvodine.

¹⁵ „Autonomne pokrajine upravljaju pokrajinskom imovinom na način predviđen zakonom“. Ustav Republike Srbije, član 183. stav 5.

diti pitanje javne svojine.¹⁶ Uprkos činjenici da je ustavni rok za usklađivanje svih zakona sa Ustavom odavno protekao (31. decembar 2008. godine), Zakon o javnoj svojini se još uvek nalazi samo u prednacrtnoj fazi.

Važnu novinu u Ustavu koja predstavlja suštinski deo fiskalne decentralizacije vlasti u Srbiji, predstavljaju izvorni prihodi AP Vojvodine, čije je vrste i visinu neophodno utvrditi zakonom.¹⁷ Zakon o utvrđivanju nadležnosti AP Vojvodine samo doslovno prepisuje ustavnu odredbu o izvornim prihodima i ostavlja da i ovo pitanje, kao i pitanje pokrajinske imovine, bude regulisano posebnim zakonom.¹⁸ Međutim, posebnog zakona kojim bi se regulisalo ustavno pravo na izvorne prihode AP Vojvodine još uvek nema, pa čak ni u najavi.

Novinu u Ustavu predstavlja i ustavna garancija da budžet AP Vojvodine ne može iznositi manje od 7% u odnosu na budžet Republike Srbije, kao i da se tri sedmine budžeta AP Vojvodine obavezno moraju koristiti za finansiranje kapitalnih rashoda.¹⁹ Takođe, novine od posebnog značaja za ustavno-pravni položaj AP Vojvodine predstavljaju i odredbe o pravnim aktima i organizaciji AP Vojvodine. Ustavom je predviđeno da AP Vojvodina pored statuta kao najvišeg pravnog akta može da donosi još i odluke i druga opšta akta.²⁰ Statutom AP Vojvodine su kao njeni pravni i drugi opšti akti predviđeni: pokrajinske skupštinske odluke, pokrajinske uredbe, odluke, deklaracije, rezolucije, poslovnici, pravilnici, uputstva, naredbe, rešenja, preporuke, zaključci i drugi pravni akti.²¹ U pogledu organizacije Pokrajine bitnu novinu predstavlja ustavno pravo AP Vojvodine da samostalno, u skladu sa Ustavom i svojim Statutom, uredi sopstvenu organizaciju.²² Ustavom je u tom pogledu jedino propisa-

¹⁶ Član 7. Zakona o utvrđivanju nadležnosti AP Vojvodine.

¹⁷ „Autonomna pokrajina ima izvorne prihode kojima finansira svoje nadležnosti. Vrste i visina izvornih prihoda autonomnih pokrajina određuju se zakonom“. Ustav Republike Srbije, član 184. stav 1. i 2.

¹⁸ „AP Vojvodina ima izvorne prihode kojima finansira svoje nadležnosti. Vrste i visina izvornih prihoda AP Vojvodine određuju se zakonom“. Zakon o utvrđivanju nadležnosti AP Vojvodine, član 9. stav 1 i 2.

¹⁹ „Budžet AP Vojvodine iznosi najmanje 7% u odnosu na budžet Republike Srbije, s tim što se tri sedmine od budžeta AP Vojvodine koriste za finansiranje kapitalnih rashoda“. Ustav Republike Srbije, član 184. stav 4.

²⁰ „Najviši pravni akt autonomne pokrajine je statut. Statut autonomne pokrajine donosi njena skupština, uz prethodnu saglasnost Narodne skupštine. O pitanjima iz svoje nadležnosti autonomna pokrajina donosi odluke i druga opšta akta“. Ustav Republike Srbije, član 185. stav 1. i 3.

²¹ Videti: član 19. Statuta AP Vojvodine.

²² „Autonomne pokrajine, u skladu sa Ustavom i statutom autonomne pokrajine, (...) samostalno propisuju uređenje i nadležnost svojih organa i javnih službi“. Ustav Republike Srbije, član 179.

no da je skupština najviši organ autonomne pokrajine (član 180. Ustava), dok se svi ostali pokrajinski organi u skladu sa pravom na samostalno uređivanje organa, propisuju pokrajinskim aktima. Određujući pokrajinsku skupštinu kao najviši organ autonomne pokrajine, Ustav je međutim, time formalno odredio i sistem organizacije vlasti u autonomnoj pokrajini, i to skupštinski tip. Zbog toga, autonomne pokrajine pri uređivanju sopstvene organizacije, u okviru ustavnog prava na samostalno uređivanje svojih organa, imaju ustavnu obavezu samo da predvide skupštinu kao jedan od pokrajinskih organa i da njen odnos sa drugim pokrajinskim organima za koje se odluče da postoje, uspostave kao odnos sa najvišim organom, odnosno drugim rečema rečeno da organizaciju pokrajinske vlasti urede prema skupštinskom tipu organizacije vlasti.²³ Na osnovu novog Statuta organi AP Vojvodine su: Skupština AP Vojvodine, Vlada AP Vojvodine, pokrajinska uprava i pokrajinski ombudsman.

3. Položaj pokrajinske uprave

Pod položajem pokrajinske uprave se podrazumeva mesto koje ona ima u političkom sistemu AP Vojvodine, a ono se ispoljava kroz odnose koje pokrajinska uprava uspostavlja sa Pokrajinskom skupštinom i Pokrajinskom vladom.

3.1. Odnos pokrajinske uprave sa pokrajinskom skupštinom

Odnos Pokrajinske skupštine i pokrajinske uprave je na osnovu Ustava (član 180. stav 1) trebao da bude zasnovan na skupštinskom tipu organizacije vlasti, a zasnovan je na osnovu Statuta AP Vojvodine na parlamentarnom tipu podela vlasti, kakav danas postoji i na republičkom nivou. U odnosu na prethodni period promena u položaju pokrajinske uprave se ogleda u činjenici da je pokrajinska uprava danas više vezana za Pokrajinsku vladu nego za Pokrajinsku skupštinu, za razliku od ranije kada je pokrajinska uprava bila u potpunosti podređena Pokrajinskoj skupštini. Danas pokrajinska uprava odnose sa pokrajinskom skupštinom uglavnom uspostavlja indirektno, preko Vlade AP Vojvodine. Međutim, Pokrajinska skupština i dalje raspolaže sa brojnim ovlašćenjima u odnosu na pokrajinsku upravu.

²³ U tom smislu govori i stav M. Pajvančić. „Ustav utvrđuje da je skupština autonomne pokrajine (...) najviši organ u autonomnoj pokrajini. Skupštinu Ustav ne definiše kao najšire predstavništvo građana i organ kojeg neposredno biraju građani već kao „najviši organ“. Ovo upućuje na zaključak da na nivou autonomne pokrajine (...) postoji skupštinski model organizacije vlasti“. M. Pajvančić, Komentar Ustava Republike Srbije, Konrad Adenauer Stiftung, Beograd, 2010, str. 230.

Pokrajinska skupština je u odnosu na pokrajinsku upravu i dalje zadržala *organizaciona ovlašćenja*. Pokrajinska skupština svojom odlukom osniva sve organe pokrajinske uprave, osim onih za čije osnivanje ovlašćenje prenese na Vladu AP Vojvodine.²⁴ U ostvarivanju ovakvog ovlašćenja, Pokrajinska skupština je i donela Odluku o pokrajinskoj upravi, kojom je uspostavljena aktuelna organizacija pokrajinske uprave u AP Vojvodini.²⁵

Pored toga, veoma važno ovlašćenje Pokrajinske skupštine u odnosu na pokrajinsku upravu se ogleda i u pravu na *utvrđivanje prava i obaveza* pokrajinske uprave. Pokrajinska skupština svojim pokrajinskim skupštinskim odlukama i drugim pokrajinskim opštim aktima uređuje prava i obaveze organa pokrajinske uprave. U pogledu utvrđivanja prava i obaveza pokrajinskih organa uprave od strane Pokrajinske skupštine postoje određene specifičnosti, koje proizlaze iz položaja koji AP Vojvodina ima u ustavnom sistemu Republike Srbije. Naime, Pokrajinska skupština nema potpuna ovlašćenja da uređuje sva prava i obaveze pokrajinskih organa uprave, jer nema izvorna zakonodavna ovlašćenja. Pokrajinska skupština to može činiti samo u onoj meri u kojoj AP Vojvodina može uređivati pojedina pitanja iz određenih oblasti društvenog života koja se nalaze u njeznoj izvornoj nadležnosti, a koje su određene Zakonom o utvrđivanju nadležnosti AP Vojvodine.

Za odnos Pokrajinske skupštine sa pokrajinskom upravom su veoma važna i *personalna ovlašćenja* Pokrajinske skupštine. Pokrajinska skupština bira najviše funkcionere pokrajinske uprave, i to: pokrajinske sekretare, koji su po funkciji istovremeno i članovi Vlade AP Vojvodine, kao i zamenike pokrajinskih sekretara.²⁶ Isto tako, Pokrajinska skupština uređuje i sva prava i dužnosti svih izabranih, imenovanih i postavljenih lica u organima pokrajinske uprave.

Organi pokrajinske uprave nemaju više obavezu da podnose izveštaje o radu Pokrajinskoj skupštini, već samo Pokrajinskoj vladi. Pokrajinskoj skupštini izveštaj o radu podnosi samo Pokrajinska vlada.²⁷ Međutim, organi pokrajinske uprave imaju obavezu na *davanje obaveštenja, objašnjenja i podataka* koje od njih zatraži Pokrajinska skupština.²⁸

²⁴ Videti: član 34. Statuta AP Vojvodine i član 6. Pokrajinske skupštinske odluke o Skupštini AP Vojvodine, „Službeni list AP Vojvodine“, broj 5 od 1. aprila 2010. godine.

²⁵ Videti: Pokrajinska skupštinska odluka o pokrajinskoj upravi, „Službeni list AP Vojvodine“, broj 4 od 1. aprila 2010. godine.

²⁶ Videti: član 6. Pokrajinske skupštinske odluke o Skupštini AP Vojvodine.

²⁷ Član 55. Pokrajinske skupštinske odluke o Skupštini AP Vojvodine.

²⁸ Član 67. stav 1. Pokrajinske skupštinske odluke o pokrajinskoj upravi.

Pokrajinska skupština nema više ni neposredna kontrola ovlašćenja u odnosu na organe pokrajinske uprave. Takva ovlašćenja danas ima samo Pokrajinska vlada. Međutim, za ostvarivanje odnosa sa pokrajinskom upravom je veoma važno što Pokrajinska skupština vrši *političku kontrolu* nad radom Pokrajinske vlade i svakog njenog člana pojedinačno, koji su istovremeno po funkciji i pokrajinski sekretari. U okviru ostvarivanja te kontrole može se pokrenuti i postupak za utvrđivanje *političke odgovornosti* pokrajinskih sekretara ili njihovih zamenika koje je na čelo organa pokrajinske uprave izabrala sama Pokrajinska skupština. Kao sredstva za ostvarivanje ove vrste odgovornosti pokrajinskih funkcionera Pokrajinskoj skupštini mogu da posluže: razmatranje izveštaja o radu Pokrajinske vlade, poslaničko pitanje, interpelacija i izglasavanje nepoverenja Pokrajinskoj vladi ili njenom članu.²⁹

Za odnos koji uspostavlja sa pokrajinskom upravom za Pokrajinsku skupštinu su veoma važna i *finansijska ovlašćenja* sa kojima raspolaže. U tom smislu Pokrajinska skupština donosi pokrajinski budžet i usvaja završni račun AP Vojvodine i time odlučuje o sredstvima za rad pokrajinske uprave.³⁰

3.2. Odnos pokrajinske uprave sa pokrajinskom vladom

Pokrajinska uprava je danas u mnogo većoj meri podređena Vladi AP Vojvodine nego što je to bio slučaj u prethodnom periodu sa Izvršnim većem. Novina u odnosima Pokrajinske vlade i pokrajinske uprave se javlja kao posledica prihvaćenog organizacionog principa podele vlasti i to parlamentarnog tipa, koji je na pokrajinskom nivou uspostavljen Statutom AP Vojvodine po ugledu na republički nivo vlasti i Ustav Republike Srbije.

Osnovna uloga Pokrajinske vlade se danas sastoji u *usmeravanju* i *usklađivanju* rada organa pokrajinske uprave.³¹ Organi pokrajinske uprave vrše poslove u skladu sa smernicama za rad koje donosi Pokrajinska vlada. Odlukom o pokrajinskoj upravi je predviđen način na koji Pokrajinska vlada usmerava i usklađuje rad organa pokrajinske uprave. Pokrajinska Vlada usmerava i usklađuje rad organa pokrajinske uprave u odnosu na: način njihovog rada u primenjivanju pokrajinskih skupštinskih odluka i drugih opštih akata Pokrajinske skupštine; u odnosu na primenu

²⁹ Član 55. Pokrajinske skupštinske odluke o Skupštini AP Vojvodine.

³⁰ Član 34. tačka 7. Statuta AP Vojvodine i član 6. Pokrajinske skupštinske odluke o Skupštini AP Vojvodine.

³¹ Član 30. Pokrajinske skupštinske odluke o Vladi AP Vojvodine, „Službeni list AP Vojvodine“, broj 4 od 1. aprila 2010. godine.

propisa koje donosi ili predlaže Pokrajinska vlada; u odnosu na donošenje propisa za koje je ovlašćen organ pokrajinske uprave i u odnosu na sprovođenje mera koje se odrede u vršenju nadzora nad radom organa pokrajinske uprave.³²

Pokrajinska vlada u odnosu na pokrajinsku upravu raspolaže i sa *organizacionim ovlašćenjima*. Organe pokrajinske uprave obrazuje Pokrajinska skupština, međutim, Pokrajinska vlada svojim aktom utvrđuje načela o unutrašnjoj organizaciji i sistematizaciji radnih mesta u organima pokrajinske uprave.³³ Pored toga, Pokrajinska vlada može kada je za to izričito ovlašćena posebnom odlukom Pokrajinske skupštine, da obrazuje pojedine organe ili organizacije pokrajinske uprave.

Za odnos sa pokrajinskom upravom su veoma bitna i ne toliko mala *personalna ovlašćenja* kojima raspolaže Pokrajinska vlada. Najviše funkcionere u pokrajinskoj upravi bira Pokrajinska skupština (pokrajinski sekretarari i zamenici pokrajinskih sekretara), a Pokrajinska vlada postavlja sve ostale funkcionera u organima i organizacijama pokrajinske uprave. Novom Odlukom o pokrajinskoj upravi je predviđeno da Pokrajinska vlada postavlja: podsekretare, pomoćnike pokrajinskih sekretara i direktore pokrajinskih upravnih organizacija.

Funkcija podsekretara u pokrajinskim sekretarijatima predstavlja potpunu novinu u Odluci o pokrajinskoj upravi.³⁴ Podsekretar u pokrajinskom sekretarijatu pomaže pokrajinskom sekretaru u upravljanju kadrovskim, finansijskim, informatičkim i drugim poslovima i usklađuje rad unutrašnjih jedinica pokrajinskog sekretarija i sarađuje sa drugim organima. Podsekretar je za svoj rad odgovoran pokrajinskom sekretaru, na čiji predlog ga i postavlja Pokrajinska vlada na period od 4 godine. S obzirom na to da je očigledno da se radi o novoj političkoj funkciji, a ne stručnoj funkciji u pokrajinskoj upravi na koju bi se dolazilo postavljenjem nakon sprovedenog javnog konkursa, uvođenje funkcije podsekretara u pokrajinskim sekretarijatima predstavlja značajno odstupanje od principa depolitizacije i profesionalizacije pokrajinske uprave, ali istovremeno i njene racionalizacije, koji su proklamovani Strategijom reforme pokrajinske uprave usvojene još 2006. godine. Istovremeno, ostaje ne jasno zašto ovu vrstu funkcionera u pokrajinskoj upravi, ako su već svrstani u grupu političkih funkcionera, ne bira Pokrajinska skupština kao i pokrajinskog sekretara i njegovog zamenika, koji takođe pripadaju istoj grupi političkih funkcionera. Očigledno da ovakvo rešenje predstavlja pokušaj uvođenja

³² Član 67. stav 3. Pokrajinske skupštinske odluke o pokrajinskoj upravi.

³³ Član 43. Pokrajinske skupštinske odluke o Vladi AP Vojvodine.

³⁴ Član 38. Pokrajinske skupštinske odluke o pokrajinskoj upravi.

pojedinih političara u pokrajinsku upravu na „mala vrata“, odnosno bez saglasnosti Pokrajinske skupštine.

Pomoćnik pokrajinskog sekretara rukovodi zaokruženom oblašću rada pokrajinskog sekretarijata za koji se obrazuje sektor i za svoj rad odgovara pokrajinskom sekretaru. Pokrajinska vlada postavlja pomoćnika pokrajinskog sekretara na period od četiri godine na predlog pokrajinskog sekretara, ali prema propisima koji se odnose na pokrajinske službenike na rukovodećem radnom mestu, što znači nakon javno sprovedenog konkursa.³⁵

Pokrajinska vlada takođe postavlja i direktora pokrajinske upravne organizacije u koje spadaju zavodi, direkcije i sl. Direktori pokrajinskih upravnih organizacija se postavljaju na period od četiri godina i to prema propisima kojim se uređuje položaj pokrajinskih službenika na rukovodećem radnom mestu, što znači da bi trebalo da pripadaju kategoriji karijernih službenika. Bitnu novinu u Odluci o pokrajinskoj upravi u pogledu njihovog postavljanja predstavlja činjenica da ih kao buduće profesionalne službenike na funkciju Pokrajinskoj vladi, ne predlaže pokrajinski sekretar za čiju oblast rada je vezana delatnost pokrajinske upravne organizacije kojom oni treba da rukovode i koji bi po prirodi stvari bio najpozvaniji da proceni stručnost kandidata predloženih od strane Pokrajinske Službe za upravljanje kadrovima koja je sprovela javni konkurs, već lično predsednik Pokrajinske vlade.³⁶

Radi mogućnosti ostvarivanja kontrole nad radom pokrajinske uprave, organi pokrajinske uprave su dužni da podnose *izveštaj o svom radu* Pokrajinskoj Vladi.³⁷ Novinu pri tom predstavlja obaveza podnošenja posebnog godišnjeg izveštaja o ostvarivanju mera i aktivnosti u pogledu srazmerne zastupljenosti nacionalnih zajednica u organima pokrajinske uprave. Naime, na osnovu Statuta AP Vojvodine (član 24), Odlukom o pokrajinskoj upravi je predviđeno da pripadnici nacionalnih zajednica moraju da budu zastupljeni u pokrajinskoj upravi srazmerno njihovoj zastupljenosti u stanovništvu na području rada organa pokrajinske uprave, što s obzirom na važeću organizaciju pokrajinske uprave faktički znači na celoj teritoriji AP Vojvodine. Radi toga je Pokrajinska vlada ovlašćena Odlukom o pokrajinskoj upravi da utvrđuje mere i aktivnosti, naročito u oblasti zapošljavanja, koje imaju za cilj postizanje srazmerne zastupljenosti pripadnika nacionalnih zajednica u pokrajinskoj upravi, o čemu su organi pokrajinske uprave u tom slučaju dužni da podnose godišnji izveštaje Po-

³⁵ Član 39. Pokrajinske skupštinske odluke o pokrajinskoj upravi.

³⁶ Član 41. Pokrajinske skupštinske odluke o pokrajinskoj upravi.

³⁷ Član 3. stav 5. Pokrajinske skupštinske odluke o pokrajinskoj upravi.

krajinskoj Vladi.³⁸ Ovakvim rešenjem je u pokrajinsku upravu uvedena obaveza obezbeđivanja srazmerne nacionalne zastupljenosti, što ne samo da nije u skladu sa Strategijom reforme pokrajinske uprave AP Vojvodine, koja u pogledu zapošljavanja promoviše principe depolitizacije i profesionalizacije, već ni i sa Ustavom Republike Srbije, koji samo pripadnicima nacionalnih manjina, dakle ne i svih nacionalnih zajednica, garantuje pravo na odgovarajuću, a ne srazmernu zastupljenost u organima pokrajinske uprave.³⁹

Pokrajinska vlada je ovlašćena da vrši i *nadzor nad radom* pokrajinske uprave.⁴⁰ Odlukom o pokrajinskoj upravi (član 4) je predviđeno da u ostvarivanju prava nadzora nad radom pokrajinske uprave Pokrajinska Vlada ima ovlašćenja: da razmatra izveštaje o radu pokrajinske uprave; da poništava ili ukida opšte akte koji su u suprotnosti sa pokrajinskom skupštinskom odlukom ili opštim aktom Pokrajinske skupštine i Pokrajinske vlade; kao i da predlaže Pokrajinskoj skupštini razrešenje zamenika rukovodioca organa pokrajinske uprave.⁴¹ Pored toga, Statutom AP Voj-

³⁸ Član 10. Pokrajinske skupštinske odluke o pokrajinskoj upravi.

³⁹ Ustav Republike Srbije pravi jasnu razliku između srazmerne i odgovarajuće zastupljenosti pripadnika nacionalnih manjina u različitim vidovima javnog života. Naime, Ustavom je u članu 180. stav 4. propisano da se u autonomnim pokrajinama u kojima živi stanovništvo mešovitog nacionalnog sastava, omogućuje *srazmerna zastupljenost* nacionalnih manjina u skupštinama, u skladu sa zakonom, a u članu 77. stav 2. Ustava je predviđeno da se pri zapošljavanju u državnim organima, javnim službama, organima autonomne pokrajine i jedinica lokalne samouprave vodi računa o nacionalnom sastavu stanovništva i *odgovarajućoj zastupljenosti* pripadnika nacionalnih manjina. Dakle, Ustav jasno predviđa da se u Skupštini AP Vojvodine, budući da je ona autonomna pokrajina u kojoj živi stanovništvo mešovitog nacionalnog sastava, mora omogućiti *srazmerna* zastupljenost nacionalnih manjina, i to u skladu sa zakonom, dok se pri zapošljavanju u organima pokrajinske uprave mora voditi računa o nacionalnom sastavu i *odgovarajućoj* zastupljenosti pripadnika nacionalnih manjina.

⁴⁰ Član 31. Pokrajinske skupštinske odluke o Vladi AP Vojvodine.

⁴¹ Interesantno je primetiti da u vršenju nadzora nad radom pokrajinske uprave Pokrajinska vlada može da predloži Pokrajinskoj skupštini samo razrešenje zamenika pokrajinskog sekretara, međutim, ne i razrešenje samog pokrajinskog sekretara, bez obzira na to što se on nalazi na čelu pokrajinskog sekretarijata kao inokosnog organa. Takvo rešenje predstavlja svakako propust u Odluci o pokrajinskoj upravi (član 4. stav 2. tačka 3). Činjenica da su pokrajinski sekretari po funkciji istovremeno i članovi Pokrajinske vlade, ne znači da u vršenju nadzora nad radom pokrajinskog sekretarijata, Pokrajinska vlada ne može da utvrdi možda i njihovu ličnu odgovornost za određene propuste u radi sekretarijata i da zbog toga ne bi trebala da ima pravo da predloži i njihovo razrešenje Pokrajinskoj skupštini, tim pre što je već samom Odlukom o pokrajinskoj vladi (član 10) izričito propisano da je pokrajinski sekretar kao član Pokrajinske vlade, odgovoran za svoj rad i za stanje u oblasti za koju je zadužen, pored Pokrajinske vlade, istovremeno i Pokrajinskoj skupštini. Očigledno da se predloženim rešenjem želelo ili da se pitanje političke odgovornosti za propuste u radu pokrajinskih sekretarijata prebaci na zamenika pokrajinskog

vodine (član 60) i Odlukom o pokrajinskoj vladi (član 31) je predviđeno da u okviru nadzora nad radom organa pokrajinske uprave Pokrajinska vlada može poništiti ili ukinuti pored opšteg akta i svaki pojedinačni akt organa i organizacije pokrajinske uprave koji nije u skladu sa zakonom, statutom ili pokrajinskom skupštinskom odlukom.

Pokrajinska vlada je ovlašćena i da *rešava sukob nadležnosti* do koga dođe između organa i organizacija pokrajinske uprave, drugih organizacija, kao i samih službi i uprava Pokrajinske vlade, kao i da odlučuje o *izuzeću rukovodioca* organa i organizacija pokrajinske uprave.⁴²

4. Uloga pokrajinske uprave

Pod ulogom pokrajinske uprave se podrazumevaju *zadaci i poslovi* koji pokrajinska uprava obavlja. Osnovni zadaci i poslovi pokrajinske uprave nisu više određeni Statutom AP Vojvodine, već samo Odlukom o pokrajinskoj upravi (član 12-17). U odnosu na prethodni period novom Odlukom o pokrajinskoj upravi su unete bitne promene. Pri tome je očigledno da je pri propisivanju zadataka i poslova pokrajinske uprave kao uzor služio Zakon o državnoj upravi (član 12-21), kojim su određeni zadaci i poslovi državne uprave Republike Srbije.⁴³ Istovremeno u pogledu određivanja zadataka i poslova pokrajinske uprave u Odluci o pokrajinskoj upravi postoje i određene „originalnosti“, do sada ne zabeležene u našem pravnom sistemu. Na osnovu nove Odluke o pokrajinskoj upravi (član 12) organi pokrajinske uprave u okviru nadležnosti AP Vojvodine utvrđenih Ustavom, zakonom i Statutom AP Vojvodine, obavljaju *izvršne poslove*, *vrše nadzor*, *pripremaju propise* koje donosi Pokrajinska skupština i Pokrajinska Vlada i *donose upravne propise* iz svoje nadležnosti, obavljaju *stručne* i *razvojne* poslove, *prate rad javnih službi*, *vrše poverene poslove* državne uprave i obavljaju *druge* poslove u skladu sa propisima.

U obavljanju *izvršnih poslova*, organi pokrajinske uprave: sprovode i primenjuju pokrajinske skupštinske odluke, pokrajinske uredbe i druge odluke Pokrajinske skupštine i Pokrajinske vlade donošenjem upravnih propisa⁴⁴ i pojedinačnih upravnih akata kojima se rešava u upravnim stva-

sektara ili da se samom predsedniku Pokrajinske vlade da ekskluzivno pravo da samo on može pred Pokrajinskom skupštinom da pokrene pitanje razrešenja nekog pokrajinskog sekretara na osnovu člana 18. stav 3. Odluka o pokrajinskoj vladi.

⁴² Član 30. tačke 17. i 18. Pokrajinske skupštinske odluke o Vladi AP Vojvodine.

⁴³ Zakon o državnoj upravi, „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj 79 od 16. septembra 2005. godine i broj 101 od 6. novembra 2007. godine.

⁴⁴ Donošenje „upravnih“ propisa predstavlja potpunu novinu u našem pravnom sistemu, koja je verovatno nastala više kao posledica stručne nesmotrenosti, nego želje. Naime, iz formulacije Odluke o pokrajinskoj upravi da organi pokrajinske uprave u okviru

rima,⁴⁵ vode javne evidencije, izdaju javne isprave i preduzimaju i vrše druge upravne radnje.⁴⁶

Poslove *nadzora nad primenom pokrajinskih propisa* vrši pokrajinski sekretarijati. U vršenju nadzora nad primenom pokrajinskih propisa pokrajinski sekretarijati mogu da ostvaruju uvid u poslovanje i postupanje organa, organizacija, fizičkim i pravnih lica i da izriču odgovarajuće mere. U vršenju poslova nadzora službeno lice u okviru pokrajinskog sekretarijata je ovlašćeno da utvrdi stanje u pogledu primene pokrajinskih propisa, da upozori na uočene nepravilnosti i da odredi rok i mere za njihovo otklanjanje, kao i da izda instrukcije, da naloži preduzimanje poslova koje smatra potrebnim, da pokrene odgovarajući postupak za utvrđivanje odgovornosti i da preduzima i druge mere u skladu sa pokrajinskim propisima.⁴⁷

U okviru nadzora nad primenom pokrajinskih propisa posebnu vrstu nadzora koji je predviđen Odlukom o pokrajinskoj upravi (član 18-20) predstavlja *unutrašnji upravni nadzor*. Unutrašnji upravni nadzor obuhvata nadzor nad primenom propisa kojima se uređuje organizacija, delokrug i način rada pokrajinske uprave i radni odnosi zaposlenih u organima pokrajinske uprave. Ovu vrstu nadzora vrši pokrajinski sekretarijat zadužen za upravu, a u okviru njega pokrajinski upravni inspektor.

Važna uloga pokrajinske uprave se ostvaruje i kroz poslove *pripremanja i donošenja propisa*. U okviru ove grupe zadataka i poslova organi pokrajinske uprave pripremaju nacрте i predloge propisa koje donose Pokrajinska skupština i Pokrajinska vlada i sami donose propise („upravne“) iz svoje nadležnosti. Odlukom o pokrajinskoj upravi (član 21) je

izvršnih poslova donose „upravne propise“, proizlazi da organi pokrajinske uprave mogu da donose i neke druge propise koji nisu „upravni“ i koji se tada ne donose u vršenju izvršnih poslova pokrajinske uprave. Organi pokrajinske uprave, kao uostalom i svi drugi organi uprave, donose podzakonske opšte pravne akte koji se nazivaju propisima i u koje spadaju: pravilnici, naredbe i uputstva. Tako je uostalom i predviđeno članom 22. same Odluke o pokrajinskoj upravi, pa nije postojala potreba za ovakvom terminološkom inovacijom.

⁴⁵ Bitno obeležje pojma upravnog akta, i to ne samo teorijskog, već i onog koji je određen Zakonom o upravnim sporovima (član 4đ), je da je to *pojedinačan akt* kojim nadležni organ, neposrednom primenom propisa, rešava o određenom pravu ili obavezi fizičkog ili pravnog lica, odnosno druge stranke u *upravnoj stvari*. Međutim, iz date formulacije Odluke o pokrajinskoj upravi (da organi pokrajinske uprave u obavljanju izvršnih poslova donose „pojedinačne upravne akte kojima se rešava u upravnim stvarima“), proizlazi da postoje i neki drugi upravni akti koje donose organi pokrajinske uprave, a koji pri tome nisu pojedinačni, već verovatno opšti i kojima se u tom slučaju onda ne može rešavati u upravnim stvarima.

⁴⁶ Član 13. stav 1. Pokrajinske skupštinske odluke o pokrajinskoj upravi.

⁴⁷ Član 17. stav 2. Pokrajinske skupštinske odluke o pokrajinskoj upravi.

propisano da organi pokrajinske uprave donose propise radi izvršavanja zakona, drugih propisa i opštih akata Republike Srbije, propisa Pokrajinske skupštine i Pokrajinske vlade, kad su za to ovlašćeni tim aktima, i da u njih spadaju: pravilnici, naredbe i uputstva. Kao što je to slučaj i sa svim drugim podzakonskim opštim pravnim aktima, ni „upravnim“ propisom koji se donosi od strane organa pokrajinske uprave se nikada ne mogu utvrđivati prava i obaveze koje prethodno već nisu utvrđene zakonom ili pokrajinskom skupštinskom odlukom donetom od strane Pokrajinske skupštine.

Uloga pokrajinske uprave se ogleda i u *vršenju stručnih i razvojnih poslova*. Organi pokrajinske uprave u okviru obavljanja stručnih i razvojnih poslova: prate i analiziraju stanje u oblastima iz svog delokruga, pripremaju izveštaje i informacije na osnovu utvrđenog stanja, preduzimaju mere ili predlažu Pokrajinskoj vladi donošenje propisa i preduzimanje mera na koje je ona ovlašćena, pripremaju Pokrajinskoj vladi strategije, programe i planove razvoja u oblastima iz svog delokruga.⁴⁸

Uloga pokrajinske uprave se ogleda i u *praćenju rada javnih službi*. Organi pokrajinske uprave su u oblastima iz svoga delokruga ovlašćeni da prate, nadziru i pomažu rad ustanova, javnih preduzeća, fondova i drugih organizacija čiji je osnivač AP Vojvodina u cilju nastojanja da se njihov rad odvija u skladu sa propisima.⁴⁹

Organi pokrajinske uprave mogu da *vrše i poslove državne uprave* kada im je vršenje tih poslova zakonom povereno. U tom slučaju se radi o poverenoj nadležnosti pokrajinske uprave i nadzor nad organima pokrajinske uprave u vršenju tih poslova vrše organi državne uprave (ministarstva) Republike Srbije, u skladu sa Zakonom o državnoj upravi.

Pored svih navedenih zadataka i poslova, uloga pokrajinske uprave može biti i vršenje *drugih upravnih poslova* kada je to izričito određeno nekim propisom. Već samom Odlukom o pokrajinskoj upravi (član 16) kao zadatak organa pokrajinske uprave je predviđeno da oni mogu da vrše i *nadzor nad poverenim poslovima pokrajinske uprave*. Naime, u slučaju kada su jedinicama lokalne samouprave sa teritorije AP Vojvodine, javnim preduzećima i ustanovama čiji je osnivač AP Vojvodina i nacionalnim savetima nacionalnih manjina, odlukom Pokrajinske skupštine povereni pojedini poslovi pokrajinske uprave, nadzor nad vršenjem tih poslova obavljaju organi pokrajinske uprave iz čijeg su delokruga poslovi

⁴⁸ Član 13. stav 3. Pokrajinske skupštinske odluke o pokrajinskoj upravi.

⁴⁹ Član 13. stav 4. Pokrajinske skupštinske odluke o pokrajinskoj upravi.

koji su povereni.⁵⁰ Ta vrsta nadzora se takođe vrši prema odredbama o nadzornim ovlašćenjima iz Zakona o državnoj upravi.

5. Organizacija pokrajinske uprave

5.1. Organi pokrajinske uprave

Odlukom o pokrajinskoj upravi (član 3) je predviđeno da se pokrajinska uprava sastoji od *pokrajinskih sekretarijata* kao osnovnog organizacionog oblika organa pokrajinske uprave i *pokrajinskih upravnih organizacija*.

5.1.1. Pokrajinski sekretarijati

Pokrajinski sekretarijati su osnovni i jedini organizacioni oblik organa pokrajinske uprave. Pokrajinski sekretarijati se obrazuju za vršenje poslova pokrajinske uprave u jednoj ili više međusobno povezanih oblasti.⁵¹ Pokrajinskim sekretarijatom rukovodi *pokrajinski sekretar*, koga bira Pokrajinska skupština na period od četiri godine. Na osnovu Odluke o pokrajinskoj upravi i dalje postoji ukupno 17 pokrajinskih sekretarijata. Pokrajinski sekretarijati u AP Vojvodini su: Pokrajinski sekretarijat za privredu, Pokrajinski sekretarijat za poljoprivredu, vodoprivredu i šumarstvo; Pokrajinski sekretarijat za obrazovanje; Pokrajinski sekretarijat za kulturu; Pokrajinski sekretarijat za informacije; Pokrajinski sekretarijat za zdravstvo, Pokrajinski sekretarijat za finansije; Pokrajinski sekretarijat za propise, upravu i nacionalne zajednice; Pokrajinski sekretarijat za međuregionalnu saradnju; Pokrajinski sekretarijat za arhitekturu, urbanizam i graditeljstvo; Pokrajinski sekretarijat za socijalnu politi-

⁵⁰ Poveravanje poslova pokrajinske uprave odlukom Pokrajinske skupštine je iz više razloga sporno. Najpre, mogućnost poveravanja poslova pokrajinske uprave nacionalnim savetima nacionalnih manjina sa ustavno-pravnog aspekta nije moguće. Naime, članom 178. stav 2. Ustava je propisano da autonomna pokrajina može odlukom da poveri pojedina pitanja iz svoje nadležnosti samo jedinicama lokalne samouprave, međutim, ne i *nacionalnim savetima* nacionalnih manjina. Takođe, poveravanje pojedinih poslova pokrajinske uprave i lokalnim samoupravama sa teritorije AP Vojvodine odlukom Pokrajinske skupštine može da bude sporno, pošto na osnovu navedene odredbe Ustava autonomna pokrajina jedinicama lokalne samouprave može da poveri samo pojedina pitanja iz svoje nadležnosti, ali ne i *pojedine poslove* iz svoje nadležnosti, čime se otvara mogućnost da AP Vojvodina pored poslova koje spadaju u njenu izvornu nadležnost, može da povera jedinicama lokalne samouprave i poslove koje joj je Republika poverila iz njene nadležnosti. Poveravanje te vrste poslova pokrajinske uprave odlukom Pokrajinske skupštine nije moguće pošto je odredbom člana 178. stav 1. Ustava izričito propisano da se pojedina pitanja iz nadležnosti Republike mogu poveravati samo zakonom.

⁵¹ Član 35. Pokrajinske skupštinske odluke o pokrajinskoj upravi.

ku i demografiju; Pokrajinski sekretarijat za nauku i tehnološki razvoj; Pokrajinski sekretarijat za energetiku i mineralne sirovine, Pokrajinski sekretarijat za sport i omladinu, Pokrajinski sekretarijat za rad, zapošljavanje i ravnopravnost polova; Pokrajinski sekretarijat za lokalnu samoupravu i međuopštinsku saradnju i Pokrajinski sekretarijat za zaštitu životne sredine i održivi razvoj.

5.1.2. Pokrajinske upravne organizacije

Pored pokrajinskih sekretarijata Odlukom o pokrajinskoj upravi je predviđeno da se u okviru pokrajinske uprave mogu obrazovati i pokrajinske upravne organizacije (član 3 i 41). Pokrajinske upravne organizacije predstavljaju organizacije koje se obrazuju za obavljanje stručnih i sa njima povezanih izvršnih poslova pokrajinske uprave. Pokrajinske upravne organizacije se mogu obrazovati u obliku *zavoda* i *direkcije*, a posebnim propisom se mogu odrediti i drugačiji nazivi. Radom pokrajinske upravne organizacije rukovodi *direktor*, koga postavlja Pokrajinska vlada na period od četiri godine, na predlog predsednika pokrajinske Vlade.

Za razliku od prethodne Odluke o pokrajinskoj upravi u kojoj je bila predviđena samo jedna pokrajinska upravna organizacija i to Direkcija za robne rezerve AP Vojvodine (član 19), u novoj Odluci o pokrajinskoj upravi nije predviđeno postojanje ni jedne pokrajinske upravne organizacije. Međutim, Odlukom o pokrajinskoj upravi je predviđeno da je Pokrajinska vlada dužna da u roku od tri meseca od njenog stupanja na snagu donese *Odluku o sprovođenju odluke o pokrajinskoj upravi*. Taj rok ističe 1. jula 2010. godine i treba očekivati da će tada biti mnogo jasnija organizacija celokupne pokrajinske uprave, pa u okviru nje i pokrajinskih upravnih organizacija.

5.2. Pokrajinski upravni okruzi

Na osnovu Statuta AP Vojvodine (član 32) novom Odlukom o pokrajinskoj upravi (član 42) je predviđeno da se u cilju vršenja pojedinih poslova pokrajinske uprave van mesta sedišta organa pokrajinske uprave, odnosno Novog Sada gde se trenutno nalazi sedište svih pokrajinskih organa uprave, obrazuju pokrajinski upravni okruzi. Prema prethodnoj Odluci o pokrajinskoj upravi (član 36), kao i posebnoj Odluci o obavljanju poslova van sedišta pokrajinskih organa uprave koje je donele Izvršno veće AP Vojvodine 23. marta 2009. godine,⁵² radi obavljanja poslova pokrajinske uprave van sedišta organa pokrajinske uprave obrazovale su se

⁵² „Službeni list AP Vojvodine“, broj 5 od 24. marta 2009. godine.

posebne organizacione jedinice kao područni organi pokrajinskih sekretarijata za ukupno sedam područja koje su bila određena odlukom Izvršnog veća.⁵³ Očigledno da je navedena odluka Izvršnog veća AP Vojvodine imala za cilj da pripremi organizaciju pokrajinske uprave za obrazovanje pokrajinskih upravnih okruga, za šta je pravni osnov konačno stvoren usvajanjem Statuta AP Vojvodine.

Novom Odlukom o pokrajinskoj upravi je umesto razrede, u potpunosti preuzeta odredba člana 32. Statuta AP Vojvodine kojom je predviđeno da na teritoriji AP Vojvodine postoji ukupno sedam pokrajinskih upravnih okruga. Odlukom o pokrajinskoj upravi je samo propisano (prepisano) da će sedišta pokrajinskih upravnih okruga biti: na teritoriji Bačke – u Subotici i Somboru; na teritoriji Banata – u Kikindi, Vršcu, Pančevu i Zrenjaninu i na teritoriji Srema – u Sremskoj Mitrovici. U cilju formiranja pokrajinskih upravnih okruga, Pokrajinska vlada bi trebala uredbom da odredi nazive, područje, vrstu poslova, način rada i rukovođenja pokrajinskih upravnih okruga. Stoga treba očekivati da će i sva pitanja bitna za funkcionisanje pokrajinskih upravnih okruga biti jasnija kada Pokrajinska vlada bude donela odluku o primeni Odluke o pokrajinskoj upravi.

6. Završne napomene

Položaj AP Vojvodine se usvajanjem Ustava Republike Srbije nije suštinski promenio. AP Vojvodina je i prema novom Ustavu ostala autonomna teritorijalna zajednica u sastavu unitarno uređene države Srbije. Međutim, nakon usvajanja Zakona o utvrđivanju nadležnosti AP Vojvodine, a posebno nakon usvajanja Statuta AP Vojvodine i na njemu zasnovanih pokrajinskih propisa, poput Odluke o skupštini AP Vojvodine, Odluke o Vladi AP Vojvodine i Odluke o pokrajinskoj upravi, položaj i uloga pokrajinske uprave su ipak bitno promenjene u odnosu na ranije stanje koje je bilo uspostavljeno na osnovu Ustava Republike Srbije od 1990. godine i Statuta AP Vojvodine od 1991. godine.

Pri propisivanju odredbi Statuta AP Vojvodine i ostalih pokrajinskih propisa, primetno je da je u pogledu položaja i uloge pokrajinske uprave kao uzor služio državni nivo vlasti, odnosno Ustav i pojedini zakoni na

⁵³ Područja za koja su obrazovane područne jedinice pokrajinske uprave obuhvatala su gradove i opštine: područje I - Sremska Mitrovica, Šid, Ruma, Irig, Pećinci, Stara Pazova i Indija; područje II – Sombor, Apatin, Kula i Odžaci; područje III – Subotica, Bačka Topola, Senta, Mali Idoš, Kanjiža i Ada; područje IV – Kikinda, Čoka i Novi Kneževac; područje V – Zrenjanin, Nova Crnja, Novi Bečej, Sečanj i Žabalj; područje VI – Pančevo, Kovin, Kovačica i Opovo i područje VII – Vršac, Bela Crkva, Plandište i Alibunar.

osnovu kojih je danas ustrojena državna uprava Republike Srbije, bez obzira na to što za tako nešto u njima nije postojao i odgovorajući pravni osnov. Šta više, pojedine odredbe Ustava, a posebno Zakona o državnoj upravi su gotovo u potpunosti preuzete u tekstu pokrajinskih propisa, uprkos činjenici da je njima uređeno vršenje upravne funkcije kao jedne od funkcija državne, a ne pokrajinske vlasti koja bi trebala da se uspostavi u AP Vojvodini kao jedinici teritorijalne autonomije. U pojedinim pokrajinskim propisima, uprkos doslovnom preuzimanju mnogih odredbi najviših pravnih akata Republike Srbije, postoje i određene odredbe koje su u suprotnosti sa najvišim republičkim propisima, sa kojima bi s obzirom na hijerarhiju pravnih propisa ustanovljenu Ustavom (član 194-195), svakako morali da budu u saglasnosti.

Položaj pokrajinske uprave je bitno promenjen time što je pokrajinska uprava danas više vezana za Pokrajinsku vladu, nego za Pokrajinsku skupštinu. Izmene u pogledu položaja pokrajinske uprave se javljaju kao posledica promene principa organizacije pokrajinske vlasti, u okviru kojih je umesto skupštinskog tipa jedinstva vlasti danas prihvaćen, po ugledu na republički nivo, parlamentarni tip podele vlasti. Bez obzira na Ustavom dato pravo autonomnim pokrajinama na samostalno uređivanje organa (član 179), pri uređivanju međusobnih odnosa između samih pokrajinskih organa ipak je morao biti prihvaćen skupštinski tip organizacije vlasti, s obzirom na Ustavnu odredbu o skupštini kao najvišem organu autonomne pokrajine (član 180. stav 1). U nizu odredbi pokrajinskih propisa Pokrajinska skupština nije ustanovljena kao najviši organ AP Vojvodine, što se najočiglednije vidi u odredbama po kojima Pokrajinska vlada može, između ostalog čak i da raspusti Skupštinu AP Vojvodine. Takve odredbe postoje i u pogledu samih odnosa koji se uspostavljaju između Pokrajinske skupštine i pokrajinske uprave, prema kojima naprimer Pokrajinska skupština više nema nikakva kontrolna ovlašćenja prema pokrajinskoj upravi, a pokrajinska uprava nikakvu obavezu na podnošenje izveštaja o radu Pokrajinskoj skupštini. Isto tako, brojna organizaciona i personalna ovlašćenja u pogledu organa pokrajinske uprave kojima je ranije raspolagala Pokrajinska skupština, danas su mnogo više vezana za Pokrajinsku vladu.

Pokrajinska uprava je bitne promene pretrpela i u pogledu svoje uloge, odnosno zadataka i poslova koje danas obavlja u AP Vojvodini. Uloga pokrajinske uprave je novim pokrajinskim propisima u velikoj meri ustrojena po ugledu na državnu upravu Republike Srbije. S obzirom na to da novim Ustavom i Zakonom o utvrđivanju nadležnosti AP Vojvodine nije promenjen položaj Vojvodine, već da je samo proširena njena nadležnost, i to posebno u delu izvornih poslova, nije postojao i osnov za bitnu

promenu osnovnih zadataka i poslova koja vrše organi pokrajinske uprave. Ipak, među novim zadacima i poslovima pokrajinske uprave su se u novoj Odluci o pokrajinskoj upravi, po ugledu na državnu upravu Republike Srbije, našli osnovni poslovi koji čine upravnu funkciju državne vlasti, poput vršenja upravnog nadzora, donošenja propisa, rešavanja u upravnim stvarima i sl. Pri tome je primetana i svojevrsna originalnost, koja je verovatno nastala više kao posledica nedovoljne stručne pažnje, nego stvarne želje, kao što je slučaj naprimer sa „pojedinačnim upravnim aktima“, „upravnim propisima“ i sl.

Odredbe o organizaciji pokrajinske uprave koje su sadržene u novoj Odluci o pokrajinskoj upravi nisu pretrpele gotovo nikakve promene. Bitna promena organizacije pokrajinske uprave se mogla očekivati, ne samo usled najavljenog preimenovanja pokrajinskih sekretarijata u ministarstva, koje je očigledno odloženo za neku od narednih izmena Odluke o pokrajinskoj upravi, već pre svega zbog znatno proširene nadležnosti i neuporedivog većeg kruga izvornih poslova koja je AP Vojvodina dobila na osnovu novog Ustava, a posebno na osnovu Zakona o utvrđivanju nadležnosti AP Vojvodine. Uprkos tome, izmena organizacije pokrajinske uprave je izostala, bar zasad.

Određenu novinu u pogledu organizacije pokrajinske uprave predstavlja samo uvođenje pokrajinskih upravnih okruga. Takva novina je bila i očekivana, pošto je priprema pokrajinske uprave za obrazovanje upravnih okruga otpočela formiranjem područnih organizacionih jedinica pokrajinskih sekretarijata na osnovu Odluke o obavljanju poslova van sedišta pokrajinskih organa uprave, koja je doneta strane Izvršnog veća AP Vojvodine još 23. marta 2009. godine. Dakle, znatno pre nego što je bio uspostavljen pravni osnov za formiranje upravnih okruga, koji je nastao tek usvajanjem novog Statuta AP Vojvodine. Međutim, obrazovanje sedam pokrajinskih upravnih okruga, pored isto toliko i republičkih upravnih okruga koji danas takođe postoje na teritoriji AP Vojvodine, trebalo bi tek u budućnosti da pokaže svoju opravdanost u pogledu ekonomičnosti i efikasnosti funkcionisanja organa pokrajinske uprave.

U svakom slučaju, bez obzira na mnogobrojne novine koje su unete u pogledu, pre svega položaja i uloga pokrajinske uprave, a mnogo manje u pogledu njene organizacije, neke od njih bi možda mogle da pretrpe i ne tako male promene, po osnovu odluke Ustavnog suda koja treba da bude doneta u postupku ocene ustavnosti i zakonitosti osporenih Zakona o utvrđivanju nadležnosti AP Vojvodine i Statuta AP Vojvodine. Tek nakon toga će se moći u pravom svetlu sagledati ukupan položaj, uloga i organizacija kakvu će u budućnosti imati pokrajinska uprava u AP Vojvodini.

*Zoran Lončar, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law Novi Sad*

Position, Role and Organization of Provincial Administration in the Autonomous Province of Vojvodina

Abstract

Although the AP of Vojvodina according to the new Constitution of Serbia remained autonomous territorial community within the unitary governed state of Serbia, after the Law on defining the jurisdiction of the Autonomous Province of Vojvodina, and especially after the new Statute of the Autonomous Province of Vojvodina and the related provincial regulations, position and role of the provincial government were significantly changed, while its organization remained almost completely unchanged. The most important changes regarding the position of the provincial administration are reflected in the fact that the provincial government is now much more related to the provincial Government, than to the provincial Assembly and occurs as a result of changes to the principles of organization of the provincial government. The main change in the role of provincial government is reflected in the take-over of certain tasks and duties of the administrative functions of state government, which until now were reserved exclusively for Government of the Republic of Serbia. Regardless of the important novelties that have been made regarding the position and role of provincial government, some of them could suffer, maybe not so small change, after Federal Constitutional Court makes the decision in the process of assessing the constitutionality and legality of the challenged provisions defining the jurisdiction of the Autonomous Province of Vojvodina and the Statute of the Autonomous Province of Vojvodina.

Key words: provincial administration, Autonomous Province of Vojvodina, state administration, Statute of the Autonomous Province of Vojvodina

*Mr Sanja Radovanović, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

OPEN SOURCE UGOVOR O LICENCI SOFTVERA – POJAM I PRAVNA PRIRODA¹

Sažetak: *U radu je analizirana posebna vrsta ugovora o licenci softvera - open source licenca, kao relativno nov instrument pravnog prometa autorskim pravom na softveru. Značaj ovog ugovora ogleda se u njegovoj, sve većoj, zastupljenosti na softverskom tržištu, koja najavljuje novu eru u eksploataciji autorskih dela uopšte. Naime, u savremenom informacijskom društvu, informacije predstavljaju stožer daljeg civilizacijskog napretka. S obzirom na to da su one, pod određenim uslovima, objekti pravne zaštite, restriktivne mogućnosti njihove upotrebe, naročito kada je u pitanju softver kao autorsko delo, mogu negativno uticati na dalji društveni razvoj. Stoga se u praksi softverski razvijenih zemalja pronalaze novi instrumenti raspolaganja, kojima se nastoji da se zadovolje interesi titulara autorskog prava i interesi korisnika autorskih dela. Ovaj rad ima za cilj da jedan takav ugovor - open source, približi i domaćoj pravnoj teoriji i praksi.*

Ključne reči: *softver; ugovor o licenci; licenca; open source softver; open source licenca; ugovor o licenci otvorenog kôda; copyleft; copyleft; opšta javna licenca; GNU licenca; BSD licenca; vlasnički softver; ne vlasnički softver; neisključivo ustupanje; pactum de non petendo; oproštaj duga; pravna priroda.*

¹ Rad je posvećen projektu *Harmonizacija prava Republike Srbije i prava Evropske Unije – teorijskopравни, sociološkopravni, istorijskopравни, pozitivnopravni i pravnoekonomski aspekti* koji se u celini finansira iz izvornih prihoda Pravnog fakulteta u Novom Sadu.

Uvod

Dok su se s jedne strane vodile burne rasprave oko adekvatnog oblika pravne zaštite softvera (patentom ili autorskim pravom), na drugoj strani je započet proces njegovog oslobađanja od zakonskih stega. Okrenuti istom cilju, razvoju društva i podsticaju stvaralaštva, pojedini autori su svoja zakonom priznata prava stavili u službu opšteg interesa uspostavljajući nova pravila igre na softverskom tržištu.

Koreni ove inicijative dosežu do davnih 80-tih godina prošlog veka kada je *Richard Stallman*, istraživač u Laboratoriji za veštačku inteligenciju Tehnološkog instituta u američkoj državi Masačusets (Massachusetts Institut of Technology) i osnivač Fondacije slobodnog softvera (*Free Software Foundation*) pozvao na solidarnost u rušenju destruktivnog monopola softverskih giganata, prevashodno *Microsoft Corporation*-a.² Vršenje autorskog prava u negativnom aspektu (zabrane), kako *Stallman* navodi, može da usporava ili sprečava dalje usavršavanje softvera. Tržište softvera treba da bude tržište ideja, a ne gotovih proizvoda. U tom smislu, hiljade programera uključenih u ispravljanje grešaka i unapređivanje softvera su svakako korisniji od zatvorenog kruga komercijalno orijentisanih subjekata.³

Stoga se *Stallman* zalagao za svojevrсно ustupanje prava društvu. Naglašavajući da softverska industrija treba da služi zajednici, a ne ekonomskim interesima pojedinca, on je uobličio filozofiju prema kojoj je svako slobodan da upotrebljava softver i da vrši izmene u njemu u cilju poboljšanja na dobrobit svih. Proizvođači softvera, prema njegovim rečima, nude proizvode radi sopstvene zarade, a da pri tom ne postavljaju pitanje šta korisnicima zaista treba. Sledeći profitnu politiku, plasman softvera na tržište odvija se strateški, te je ponekad potrebno da prođe dosta vremena dok proizvođač ne ponudi najadekvatniju verziju određenog softvera. Iz tih razloga je neophodno da se korisnicima omogući da samostalno vrše potrebne izmene u softveru.⁴

Takva sloboda bi, međutim, ugrozila sâme promotere zajedništva, budući da prerađeni slobodni softver može da bude objekt autorskopravne zaštite i izvor prihoda za njegovog tvorca, na račun društva. Imajući to u vidu, *Stallman* je, u saradnji sa profesorima prava, sačinio i objavio tzv. *General Public Licence – GPL* (Opštu javnu licencu), kojom je postavio

² V: <http://www.gnu.org/philosophy/reevaluating-copyright.html>, decembar 2009.

³ V: E. Raymond, *The Cathedral and the Bazaar*, Knowledge, Technology & Policy, Vol. 12, No. 3, 1999, str. 25.

⁴ V: R. Stallman, *Why Software Should Not Have Owners*, www.gnu.org/philosophy/why-free.html, decembar 2009.

okvire pravne zaštite slobodnog softvera, odnosno pravno uobličio GNU projekat.⁵

Jedan paradoks – *copyleft*

Iako na prvi pogled izgleda da je upravo ugovor sredstvo zaštite, njegova specifična sadržina upućuje na mnogo kompleksniji problem. Naime, tvorac softvera, koji želi da svoje delo učini slobodnim, ne odriče se zakonom priznatog autorskog prava, već ga koristi u cilju svojevrstne negacije tako što svoja isključiva ovlašćenja ustupa svim zainteresovanim licima, pod uslovom da ista takva sloboda iskorišćavanja prati svaki dalji prenos njegovog, prerađenog ili neprerađenog softvera. Dakle, lice koje je pribavilo ovakav softver može nesmetano da ga prerađuje ili vrši druge izmene na njemu, ali prilikom daljeg distribuisanja ne sme drugima da postavlja ograničenja koja ni sam nije imao.

Ovakav ugovorom uspostavljeni sistem zaštite predstavlja društveni i pravni fenomen označen terminom *copyleft*⁶, kojim se ne samo na zanimljiv način objašnjava novonastala pojava, već se i ukazuje na jasnu distinkciju između slobodnog softvera i softvera koji je javno dobro (*public domain software*), odnosno na kojem ne postoji ni jedan oblik pravne zaštite, te njegovo iskorišćavanje nema nikakvih ograničenja. Stoga se još softver koji je zaštićen autorskim pravom naziva vlasničkim (*proprietary*), a onaj zaštićen kopileftom ne vlasničkim (*non-proprietary*).

Da je ovakvo određenje više metaforičko nego egzaktno, upućuju bar dva paradoksa. Prvo, kopileft se upravo poziva na pravo koje negira (autorsko). Drugo, pravo na zaštitu softvera, koji se smatra ne vlasničkim,

⁵ GNU je skraćenica za izraz „*GNU's Not Unix*“ kojim je označen pokret stvaranja slobodnog Unix kompatibilnog operativnog sistema i drugih slobodnih programa i programskih paketa. V: www.gnu.org, decembar 2009.

⁶ Termin *copyleft* ne može da se prevede na srpski jezik, te je neophodno ukazati na njegov engleski koren: *copyright*. Naime, u engleskom jeziku *copyright* je kovanica koja označava autorsko pravo, a za razliku od francuskog, na čijoj doktrini se razvija i naše pravo, zasnovano je na pravu kopiranja odnosno umnožavanja. Reč *right*, međutim, ima i značenje desno, zbog čega oznaka *left* na njegovom mestu označava upravo ono što se nastoji postići: njegovu suprotnost. Štaviše, ako se orijentacija levo odnosi na levičarske društvene grupe u svakom segmentu, onda se jasno ukazuje na to da je reč o jednom levičarskom pokretu u pravu intelektualne svojine koji nije vezan samo za autorska dela softvera već nalazi mesto i u drugim vrstama autorskih dela (npr. Creative Commons postoji u oblasti književnog i umetničkog stvaralaštva). U tom smislu se o ovom pokretu govori i kao o intelektualnom komunizmu, što prema svojim karakteristikama donekle i jeste. Interesantna je i oznaka koju autori stavljaju radi označavanja kopileftovanog dela. Naime, dok je latinično slovo C u krugu oznaka za autorsko pravo, za *copyleft* se koristi isti znak, ali je slovo okrenuto u suprotnom smeru, na levo.

ima njegov autor (vlasnik intelektualne tvorevine) ili njegov pravni sledbenik.

Problem kopilefta produbljuje se činjenicom da je autorsko pravo kompleksna mreža ličnopravnih (neotuđivih) i imovinskopravnih ovlašćenja, te je kao takvo nedeljivo. Tako se sam fenomen kopilefta zapravo svodi na uobličavanje apsolutnog, pre svega imovinskog prava koje titular ima.

Ovo je potpuno jasno u pogledu kontinentalnih pravnih sistema u kojima se lična prava autora izričito štite. Slobodno iskorišćavanje softvera podrazumeva da korisnik mora da poštuje ličnu komponentu, čak i kada to ugovor ne sadrži izričito. Kopileft se zapravo odnosi na negativni (prohibitorni) aspekt autorskog prava.

Američko pravo, s druge strane, zanemaruje ličnopravna ovlašćenja autora, naročito kada je reč o softveru. Zbog toga je kopileft, koji inače odatle i potiče, istinsko „kvaziautorsko“ pravo. Ipak, tamošnja novija sudska praksa ne zanemaruje činjenicu da poštovanje moralnih prava prethodi vršenju imovinskih. Tako je sud u jednom sporu koji se vodio upravo zbog povrede *open source* ugovora o licenci, utvrdio da postoji povreda autorskog prava, jer tuženi nije naznačio ime autora softvera. U obrazloženju odluke, Sud ističe da pravni sistem ne predviđa sankcije za povredu moralnih prava, ali da takva povreda onemogućava autora u ostvarivanju imovinskih. Naime, u konkretnom slučaju, tuženi je propustio da prilikom prerade softvera naznači ime autora originalnog programskog kôda zbog čega je tužilac autor izgubio kontrolu nad mrežom korisnika. Iako je reč o besplatnom ustupanju ovlašćenja iskorišćavanja neograničenom broju lica, Sud je prepoznao ekonomske interese u raspolaganju softverom putem *open source* ugovora o licenci.⁷ Time se na posredan način priznalo zapravo i pravo na tužbu zbog povrede moralnih ovlašćenja autora.⁸

Nadalje, kada je reč o imovinskopravnim ovlašćenjima, titular daje opštu saglasnost za vršenje, svih ili samo pojedinih.

Ako se nadovežemo na odluku američkog suda, postavlja se pitanje koji je ekonomski interes kopilefta.

⁷ V: Robert Jacobsen v. Matthew Katzer and Kamind Associates, Inc. No. 06-CV-1905, United States District Court for the Northern District of California, August 13th, 2008, www.cafc.uscourts.gov/opinions/08-1001.pdf, decembar 2009.

⁸ Američki pravni sistem ne poznaje subjektivno pravo u kontinentalnom smislu reči, već se pitanje prava svodi na mogućnost utuživanja. U autorskom pravu, to je rezervisano za imovinskopravna ovlašćenja. Moralna ovlašćenja, sama za sebe, ne mogu – da budu predmet spora.

U pokušaju da se da odgovor, mora se poći od nekoliko premisa. Pre svega, otkrivanjem izvornog kôda i davanjem saglasnosti za izmene i dalju distribuciju, titular ne mora nužno da se odrekne prihoda. U filozofiji slobodnog softvera se u tom kontekstu govori o slobodi govora, a ne besplatnog piva (*free speech, not free beer*).⁹ Suprotno, ustupanje iskorišćavanja softvera bez naknade (*freeware*), ne znači otkrivanje izvornog kôda i ovlašćivanje korisnika da vrše izmene u njemu. Ono što se zapravo nastoji postići slobodnim softverom jeste da korisnik ima mogućnost da vrši potrebne izmene, ukoliko, naravno, za to ima i potrebna znanja. Sama činjenica da on ili neko drugi umesto njega može bez ikakvih restrikcija da unapredi pribavljeni softver može da bude od odlučujućeg značaja za odabir ne vlasničkog, a ne vlasničkog softvera, čak i ako za to mora da plati.

Uz to, pošto takvo tehničko znanje ima samo mali procenat svetske populacije, manje-više su korisnici upućeni da pomoć zatraže upravo od autora slobodnog softvera, koji takve usluge po pravilu naplaćuju.

Ništa manji značaj u današnje vreme nema ni sve prisutnija praksa da se na Internet stranicama na kojima se nudi slobodni softver, s obzirom na njegovu popularnost, sve više reklamno oglašavaju različiti privredni subjekti, od čega se takođe prikupljaju ne mala novčana sredstva.

Premda je prvobitno zamišljeno kao vid borbe protiv velikih softverskih proizvođača, pokret slobodnog softvera je danas izuzetno prisutan i opšteprihvaćen model. Informacije radi, *Linux*¹⁰, kao *open source* operativni sistem je u upotrebi na više od 40% računarskih uređaja od čega se najveći broj locira upravo u zemljama sa najjačom zaštitom intelektualnog stvaralaštva, Sjedinjenim Američkim Državama i Nemačkoj.¹¹ Štaviše, zahvaljujući njihovoj kompatibilnosti, velika većina kori-

⁹ V: R. Stallman, *Why Software Should Not Have Owners*, www.gnu.org/philosophy/why-free.html, decembar 2009.

¹⁰ *Linux* zapravo predstavlja jezgro (kernel) operativnog sistema, ali se u svakodnevnom govoru upotrebljava i da označi ceo operativni sistem GNU/Linux. Za nastanak Linux-a zaslužan je Linus Torvalds (Linus Torvalds), finski student informatike, koji je ovaj operativni sistem početkom devedesetih godina prošlog veka izgradio na bazi vlasničkog Unix-a (otuda i naziv). Danas postoji nekoliko verzija od kojih su najpopularniji Ubuntu (*Ubuntu*), DŽentu (*gentoo*), Slakver (*Slackware*), Red Het (*Red Hat*), a u toku je razvijanje Knopiksa (*Knoppix*), operativnog sistema za koji nije potrebno izvršiti instalaciju na računar, već on radi direktno sa kompakt diska, zajedno sa paketom programa za kancelarijsko korišćenje (poput *Microsoft Office*-a). V: http://en.wikipedia.org/wiki/Free_software, decembar 2009.

¹¹ Detaljni podaci su dostupni na: <http://i18n.counter.li.org/reports/machines.php>, decembar 2009.

snika vlasničkog operativnog sistema svakodnevno upotrebljava raznovrstan aplikativni slobodni softver, a da toga nije ni svesna. Primera radi, reč je *Apache* web serveru (http, html) i *Mozilla Firefox* Internet pretraživaču, koji sve više zamenjuje do sad najzastupljeniji *Internet Explorer*.¹²

Zahvaljujući sveopštoj podršci, plasiranje slobodnog softvera na tržište danas se obavlja u saradnji sa komercijalno orijentisanim proizvođačima računarske opreme (IBM, Hewlett Packard (HP)), a kao model poslovanja prihvaćen je, skoro neočekivano za njegove inicijatore, i od strane softverskog monopoliste, *Microsoft Corporation*-a. Štaviše, on je započeo sopstvenu, doduše selektivnu, kampanju slobodnog softvera (*codeplex*).¹³ Tako je izvorne kôdove pojedinih programa učinio dostupnim, ali samo za potrebe ispravljanja grešaka (tzv. *share source*)¹⁴, na drugima je pak dao saglasnost i za vršenje određenih izmena u skladu sa opštom javnom licencom (npr. za *Windows 7* u pogledu upotrebe USB i DVD uređaja)¹⁵, dok je na trećima potpuno zadržao vlasnička prava.

Terminološke napomene

Pojava svakog novog društvenog fenomena otvara pitanje njegovog terminološkog označavanja. Odabir jezičkog izraza predstavlja prvi korak u društvenoj promociji novonastale pojave, jer se njime želi nagovestiti i njena suštinska odlika. U informatičkom i poslovnom svetu su u upotrebi termini preuzeti iz engleskog jezika. Iz tih razloga, predstojeće terminološke napomene imaju za cilj da otklone nejasnoće koje mogu da se pojave prilikom doslovnog prevoda na srpski jezik.

U literaturi se o *open source* ugovoru o licenci softvera najčešće govori u kontekstu posebne vrste softvera, *open source* softvera (*free software*, *non-prorpietary*, *non-commercial*), a ne ugovora, što ne smatramo potupno korektnim, bar iz dva razloga.

S jedne strane, ako se pođe od osnovnih karakteristika, razlikovanje ugovora ne može da se izvrši prema kriterijumu podele softvera, koji je

¹² Svi vlasnički softveri imaju kopileft alternativu. Tako, za operativne sisteme to je OpenOffice, za softvere namenjene razmeni elektronske pošte (npr. Outlook Express) to je Mozilla Thunderbird, za obradu teksta (npr. Word) to je LyX, grafičke obrade (npr. CorelDraw) to je Inkscape, za upotrebu različitih multimedijalnih formata (npr. Windows Media Player) to je VideoLAN Client.

¹³ V: www.codeplex.com, decembar 2009.

¹⁴ Opširnije o tome vidi: J. Matusow, *Shared Source: The Microsoft Perspective*, y: Perspectives on Free and Open Source Software (ed. J. Feller, B. Fitzgerald, S. Hissam, K. Lakhani), The MIT Press, Cambridge, London, 2005, str. 329-346.

¹⁵ V: <http://port25.technet.com/>, decembar 2009.

mahom funkcionalan (operativni i aplikativni softver, softver opšte namene i softver posebne namene), već prema obimu autorskog dela (celina ili njegov deo) na kojem se ustupaju ovlašćenja.

S druge strane, iako u širem smislu može da se govori o različitom obimu ustupljenih ovlašćenja, ovde nije reč o pitanju predmetnog ograničenja ustupljenog ovlašćenja, već se akcenat zapravo stavlja na sâm softver kao objekt zaštite. U tom smislu, ukoliko se ugovorom o licenci ustupa iskorišćavanje softvera u celini, reč je o *open source* licenci, odnosno o licenci otvorenog kôda. Terminom *open source* softver zapravo se označava predmet prestacije iz ovih ugovora. Suprotno, kada se ustupljena ovlašćenja vrše samo u pogledu objektnog kôda u pitanju je klasična licenca, licenca zatvorenog kôda. Stoga je *open source* ugovor o licenci zapravo posebna vrsta ugovora o licenci, a kriterijum podele je objekt iskorišćavanja.

Ova podela je donekle obuhvaćena prethodnim izlaganjem o svojevrsnom kopileftu. Međutim, činjenje izvornog kôda dostupnim zainteresovanim licima nije uvek motivisano namerom autora da svoj softver drži van mehanizma autorskopravne zaštite.

Otkrivanje izvornog kôda može da ima različitu svrhu. U pojedinim slučajevima to je ispunjenje ugovorom preuzete obaveze prema određenom korisniku radi omogućavanja ispravljanja grešaka u programu ili prilagođavanja njegovim potrebama, odnosno radi postizanja neophodne interoperabilnosti sa hardverom ili drugim softverom.

Nasuprot tome, kod *open source* licenci, izvorni kôd je dostupan neograničenom broju korisnika, pod licencnim uslovima, te njegovim pribavljanjem korisnik stiče i niz drugih ovlašćenja. Drugim rečima, objavljivanjem izvornog kôda titular prava svesno ide za tim da svi zainteresovani subjekti mogu da upotrebljavaju, usavršavaju i/ili plasiraju na tržište njegov softver. Na izvestan način, govoreći u duhu kontinentalnog prava, on daje svojevrsnu opštu saglasnost za iskorišćavanje dela, odnosno obećanje da neće zahtevati zaštitu zbog povrede koja bi u redovnim okolnostima mogla da nastupi.

Nedovoljnoj jasnoći izvršene klasifikacije doprinosi donekle činjenica da je u najvećem broju slobodni softver zapravo rezultat preuzetih obaveza iz tzv. javnih licenci (eng. *public licences*), što primenjenom kriterijumu objekta iskorišćavanja daje sekundarni značaj. Ipak, ako se pođe od toga da se svi istovrsni ugovori međusobno razlikuju prema svojoj sadržini, odnosno prema specifičnostima glavne prestacije (što je kod ugovora o licenci ustupanje iskorišćavanja), smatramo da bi podela na javne i privatne licence produbila terminološku nepreciznost¹⁶ bacajući senku na njihova karakteristična obeležja.

¹⁶ Upotreba termina javni i privatni u savremenim pravnim sistemima označava interese koji se u konkretnom slučaju uzimaju u obzir, pa bi se ovakva podela mogla

S obzirom na praktični značaj i sve veću zastupljenost *open source* licenci,¹⁷ zadržaćemo se na njenim suštinskim obeležjima.

Pojmovno određenje *open source* ugovora o licenci softvera

U prethodnom delu ukazano je na to da se osnovna karakteristika *open source* licence ogleda u činjenici da je korisniku predat izvorni kôd ovog autorskog dela. Međutim, ta činjenica ove ugovore, u odnosu na ostale, ne čini dovoljno distinktivnim. Naime, kako je već rečeno, otvaranje, odnosno predaja izvornog kôda ne znači nužno davanje saglasnosti za njegovo iskorišćavanje. Moguće je da autor softvera ne drži u tajnosti izvorni kôd, ali da ne dozvoljava bilo kakve izmene u njemu ili dozvoljava samo neke od njih tačno određenim subjektima.

Suštinska razlika između ustupanja putem *open source* licenci i licenci zatvorenog kôda ogleda se u tome da je korisnik snabdeven *ovlašćenjem iskorišćavanja* kako izvornog tako i objektnog kôda.

Takvo ustupanje iskorišćavanja, međutim, nije bezuslovno, niti neograničeno. Naime, korisnik mora da se obaveže ugovorom kojim se uslovi iskorišćavanja detaljno regulišu. Da bi jedan softver mogao da se smatra *open source* softverom, ugovor kojim se ustupa njegovo iskorišćavanje mora da zadovolji jasno definisane uslove:¹⁸

1) ugovor o licenci ne sme da ograničava bilo kojeg korisnika u raspolaganju softverom, koji je deo skupne softverske distribucije sačinjene od različitih istovrsnih proizvoda;

odnositi na licence zaključene u javnom (primera radi, ugovor o licenci softvera za vojne - potrebe) odnosno privatnom interesu.

¹⁷ Opširnije o *open-source* softverima vidi: R. van Wendel de Joode, J. A. de Bruijin, M. J. G. van Eeten, *Protecting the Virtual Commons – Self-Organizing Open Source and Free Software Communities and Innovative Intellectual Property Regimes*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2003, str. 109-115; J. Matsuura, *Managing Intellectual Assets in the Digital Age*, Artech House, Boston, London, 2003, str. 31-47; T. Schiffner, *Open Source Software – Freie Software im deutschen Urheber- und Vertragsrecht*, VVF Verlag, München, 2002, str. 77-83; J. Siepmann, *Freie Software – Rechtsfreier Raum?*, LinuxLand International, München, 2000, str. 13-19 i 35-48; E. Louwers, C. Prins, *International Computer Law*, Vol. 2, LexisNexis, Matthew Bender, Newark, San Francisco, 2004, str. 9-13; A. Metzger, T. Jaeger, *Open Source Software and German Copyright Law*, IIC, 1/2001, str. 52-74; R. Dixon, *Open Source Software Law*, Artech - House, Boston, London, 2004; S. Nuss, L. Heller, *Intellectual Property Rights and Intellectual Property Left – The Case of the Operating System Linux*, y: *Intellectual Property Rights in Central and Eastern Europe* (ed. E. Alvater, K. Prunskiene), IOS Press, 1998, str. 64-71; B. Fitzgerald, *Has Open Source Software a Future?*, y: *Perspectives on Free and Open Source Software* (ed. J. Feller, B. Fitzgerald, S. Hissam, K. Lakhani), The MIT Press, Cambridge, London, 2005, str. 93-106; C. Shirky, *Epilogue: Open Source outside the Domain of Software*, y: *Perspectives on Free and Open Source Software*, str. 483-488.

¹⁸ V: www.opensource.org/docs/definition_plain.html, decembar 2009.

2) softver, koji je predmet ustupanja mora da bude distribuisan u izvornom kôdu, ili da se na jednostavan način on učini dostupnim na fizičkom nosaču podataka ili putem Interneta;

3) izmene izvornog kôda su dozvoljene, čak i distribuisanje tako nastalih dela, samo ukoliko se korisnik obaveže da će ista takva prava dalje ustupiti zajedno sa delom prerade;

4) izmene izvornog kôda se mogu zabraniti samo ako autor obezbedi tzv. *patch file* sa izvornim kôdom, koji se može menjati, sa različitim oznakom u odnosu na originalni softver;

5) ustupanje ovlašćenja ne sme da bude zasnovano na diskriminaciji, određenih lica ili grupe;

6) ustupanje ovlašćenja ne sme da bude zasnovano na diskriminaciji u pogledu polja primene;

7) ugovorom ustupljena ovlašćenja moraju da se odnose na sva lica kojima se softver dalje distribuiše, bez nametanja dodatnih uslova licence;

8) ustupljena ovlašćenja na softveru ne smeju se dovoditi u zavisnost od činjenice da je on deo određene softverske distribucije (npr. za *Linux* operativne sisteme distribuisanje putem *Red Hat-a*);

9) ugovor se ne može prostirati na druge softvere koji se distribuišu u istom paketu sa predmetnim (pri tom se misli na fizički medijum na kojem se zajedno sa drugim softverima predaje i predmetni).

Navedeni uslovi zapravo predstavljaju pojmovno određenje *open source* licenci.

Iako nije izričito pomenuto, iz analize sadržaja pojedinih ugovora ovog tipa proističe još jedna značajna odlika: isključenje odgovornosti za eventualne nedostatke softvera. Ipak, ona se ne može smatrati distinktivnom, budući da je takva klauzula uobičajena i u ugovorima o licenci softvera zatvorenog kôda.

Uvažavajući navedene karakteristike, softver se plasira na tržište pod različitim uslovima, zbog čega postoji i nekoliko vrsta *open source* ugovora o licenci. U ovom radu će biti istaknute samo tipične.

Vrste *open source* ugovora o licenci softvera

Na prvom mestu svakako je GNU -ova Opšta javna licenca (GNU/General Public License – GNU/GPL), koja je pravni osnov iskorišćavanja najpopularnijeg slobodnog operativnog softvera – *Linux-a*.

S obzirom na to da se ovaj *open source* ugovor jedini u celini zasniva na fenomenu kopilefta, u pogledu suštinskih odlika ustupanja ovlašćenja upućujemo na odnosno izlaganje.

Drugu grupu *open source* ugovora predstavljaju tzv. *BSD licence*,¹⁹ među kojima je najprisutnija licenca za *Apache* softver namenjen Internet serverima.²⁰

Za razliku od prethodno pomenutih, *BSD licence* ne obavezuju korisnika da predmetni softver, izmenjen ili neizmenjen, dalje plasira na tržište pod istim uslovima. Drugim rečima, ove licence ne sadrže kopyleft odredbe, te je moguće da ne vlasnički softver, koji je predmet ustupanja, kasnije preradom postane vlasnički. Jedina ograničenja u pogledu ovakvog raspolaganja tiču se obaveze korisnika da zadrži obaveštenja o autorskom pravu titulara na predmetnom softveru i da isključi odgovornost za eventualne nedostatke.

Zahvaljujući ovim prednostima, ustupanje iskorišćavanja softvera putem *BSD licence* predstavlja pogodnost i za tradicionalne komercijalne proizvođače. Štaviše, nisu usamljeni primeri softvera koji sadrži upravo izvorni kôd onog čije je iskorišćavanje ustupljeno ovim putem.²¹

Poslednju grupu čine *open source* ugovori o licenci za softver firme *Netscape*²², odnosno *Mozilla Public License*²³. Suštinska odlika ovih licenci jeste da se ovlašćenja u pogledu iskorišćavanja izvornog kôda tretiraju na različit način. Naime, izmene izvornog kôda u smislu prerade, prilagođavanja i ispravljanja grešaka je potpuno slobodno. Čak i distribuisanje tako nastalih dela. Međutim, ukoliko se time softver značajno unapređuje, odnosno ukoliko se originalni softver proširuje kôdom koji nije obuhvaćen ovom licencom, dalje raspolaganje podleže posebnim uslovima, odnosno predmet je samostalnih ugovora.

Pravna priroda *open source* ugovora o licenci

S obzirom na to da se o prirodi ugovora o licenci, kojem pripada i *open source*, u pravnoj teoriji već diskutovalo, u pogledu opštih napome-

¹⁹ Naziv je dobila po prvoj takvoj licenci plasiranoj od strane programera kalifornijskog Univerziteta u Berkliju (Berkley Source Distribution). Navedeno prema: D. Kennedy, *A Primer on Open Source Licensing Legal Issues: Copyright, Copyleft and Copyfuture*, www.denniskennedy.com/opensourcedmk.pdf, decembar 2009.

²⁰ V: www.apache.org/licenses/, decembar 2009.

²¹ Takav je slučaj sa Microsoft Windows operativnim sistemima. V: www.linfo.org/bsdlicense.html, decembar 2009.

²² Netscape je softvere sa otvorenim kodom počeo da plasira na tržište kao odgovor na oštru borbu koja se vodila sa konkurentom, Microsoft-om, povodom narušavanja konkurencije upravo kroz zaštitu izvornog koda. Ugovorima o licenci Netscape, zapravo, uspostavlja jedan novi poslovni model, crpeći komercijalne mogućnosti postojećih licenci otvorenog koda. V: D. Kennedy, *op.cit.*, str. 21.

²³ V: <http://www.mozilla.org/MPL/>, decembar 2009.

na upućujemo na odnosnu literaturu.²⁴ U ovom radu istaći ćemo samo one segmente koje ovaj ugovor čine specifičnim.

Iz pojmovnog određenja *open source* ugovora o licenci proizlazi da je raspolaganje autora ovim putem uvek neisključivo, zbog čega ćemo prirodu ovog ugovora analizirati upravo s ovog aspekta.

Naime, kod neisključive (proste) licence, sticalac ugovorom zapravo pribavlja *dozvolu* za preduzimanje određenih radnji, odnosno vršenje ovlašćenja, sa relativnim dejstvom (*inter partes*). On nema aktivnu legitimaciju da se suprotstavlja istovetnom iskorišćavanju od strane trećih lica, još manje davaoca, niti da dalje raspolaže ustupljenim ovlašćenjem.²⁵ Potonje je u pravnoj literaturi, naročito nemačkoj, poslužilo kao argument da se neisključivo ustupanje označi kao obećanje davaoca licence da će sticaocu tolerisati određena činjenja u skladu sa ugovorom (*pactum de non petendo*), a ne kao akt konstitutivnog prometa, koji sticaoca čini titularom subjektivnog prava.²⁶ To bi značilo da vršenje ugovorom definisanog ovlašćenja zadržava karakter protivpravnosti, a okolnost da se davalac sa takvim aktima saglasio predstavljala bi osnov isključenja utuživosti, kao procesne pretpostavke. Davanjem saglasnosti se ne gasi obaveza sticaoca da odgovara zbog povrede autorskog prava, već se ona pretvara u prirodnu obligaciju.

Smatramo da je ovakva konstrukcija u praksi ipak neodrživa, čak i za nemački pravni sistem u kojem se institutu *pactum de non petendo* pridaje značaj prevashodno procesnog ugovora.

Primeru radi, ukoliko je ugovorom o licenci ustupljeno ovlašćenje na proizvodnju i prodaju primeraka softvera, preduzimanje takvih akata bi bilo načelno protivpravno, ali davalac licence ne bi utuživao sticaoca shodno datom obećanju. Međutim, lica koja su pribavila primerak softvera od neisključivog sticaoca ne bi imala osnov za isključenje protivpravnosti zbog neovlašćenog iskorišćavanja, budući da nisu u ugovornom odnosu sa davaocem.²⁷

Pored toga, ako se uzme u obzir opšteusvojeni princip konzumacije prava na stavljanje u promet, davalac licence ne može isticati svoje pravo

²⁴ V: M. Janjić, *Ugovori o licenci (posebno međunarodni ugovori o licenci)*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1967, str. 10. i tamo navedenu literaturu

²⁵ V: Čl. 62(3) Zakona o autorskom i srodnim pravima.

²⁶ V: S. Perović, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Knjiga II, Savremena administracija, Beograd, 1995, str. 1220, u vezi sa čl. 689. Zakona o obligacionim odnosima i tamo navedenu literaturu.

²⁷ *Ibidem*

prema trećim licima koja su tako postali vlasnici primerka, što bi u doslednoj primeni ove konstrukcije morao da bude slučaj.²⁸

Konačno, zaključenjem ugovora o licenci, davalac preuzima i određene obaveze u pogledu vršenja ovlašćenja (primeru radi, odgovornost za materijalne nedostatke), koje ne bi postojale da je reč o prostom „dogovoru o nenapadanju“.²⁹

Naš pravni sistem ne poznaje institut *pactum de non petendo*, ali ovaj problem možemo da sagledamo kroz prizmu sporazuma sa sličnim dejstvima, sporazuma o otpuštanju duga.

Prema Zakonu o obligacionim odnosima, obaveza prestaje kad poverilac (u ovom slučaju titular prava na softveru) izjavi dužniku (korisniku softvera) da neće zahtevati njeno ispunjenje, a dužnik se sa tim saglasi.³⁰ Već iz definicije proizlazi da napred navedena konstrukcija nije primenljiva, jer da bi obaveza prestala, najpre mora da nastane. Dakle, o oproštaju duga govorimo samo u slučajevima kada je korisnik započeo iskorišćavanje bez saglasnosti titulara, a ovaj kasnije izjavi da ga neće pozivati na odgovornost zbog povrede. Ukoliko je saglasnost prethodila iskorišćavanju, sama ta činjenica upućuje na isključenje protivpravnosti, budući da naš zakonodavac ne poznaje otpuštanje budućih dugova. Korisnik zapravo i iskorišćava softver zato što takva saglasnost postoji, i suprotno, da nje nema, on bi se, radi izbegavanja odgovornosti, uzdržao od iskorišćavanja. Saglasnost, u smislu navedenog, predstavlja prepreku nastanku obaveze.³¹

Na kraju, otpuštanje duga predstavlja osnov gašenja obaveze, a ne njene transformacije u prirodnu obligaciju, što je slučaj sa *pactum de non petendo*.

Zaključak koji iz navedenog proizlazi jeste da je ugovor o licenci softvera, kojim se ovlašćenje ustupa na neisključiv način ipak pravni posao raspolaganja tim ovlašćenjem, te sticalac postaje titular subjektivnog prava u ograničenom (okrnjenom) obimu.³²

Ovo je naročito značajno s aspekta ustupanja iskorišćavanja putem *open source* licenci, o kojem je reč. Naime, činjenica da davalac licence i nadalje zadržava pravo da iskorišćava svoje delo dovodi do toga da on može softverom, koji je predmet ustupanja ovih licenci, kasnije da raspo-

²⁸ *Ibidem*

²⁹ *Ibidem*

³⁰ V: Čl. 344(1) Zakona o obligacionim odnosima.

³¹ Opširnije o tome vidi: S. Perović, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Knjiga I, Savremena administracija, Beograd, 1995, str. 753, u vezi sa čl. 344. Zakona o obligacionim odnosima.

³² Opširnije o tome vidi: S. Perović, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Knjiga II, str. 1220, u vezi sa čl. 689. Zakona o obligacionim odnosima; S. Marković, *Autorsko pravo i srodna prava*, Službeni glasnik, Beograd, 1999, str. 252.

laže na drugačiji način. To podrazumeva i mogućnost davaoca licence da svoj softver „vrati“ u granice autorskog prava i restriktivnog iskorišćavanja. Međutim, ovakvo raspolaganje ne može da obuhvati delove programa korisnika koji su rezultat vršenja subjektivnog prava stečenog ugovorom o *open source* licenci.³³ Suprotno dejstvo bi bilo u slučaju prihvatanja konstrukcije o *pactum de non petendo*, budući da se povlačenje saglasnosti proteže na preduzete akte.

Donekle je zbunjujuće retroaktivno dejstvo povrede ugovora, koje dovodi do odgovornosti korisnika za preduzete radnje iskorišćavanja, što *open source* licence približava „sporazumu o nenapadanju“, u prethodno objašnjenom smislu. Tako, primera radi, ukoliko korisnik preradi slobodni softver, pa ga potom stavi u promet pod restriktivnim uslovima iskorišćavanja (suprotno odredbama *open source* ugovora o licenci), autor slobodnog softvera će zahtevati sudsku zaštitu zbog povrede autorskog prava, a ne zbog povrede ugovora. Istina, činidbe korisnika protivne ugovornim odredbama dovode do automatskog prestanka ugovornog odnosa, jer je na takvu posledicu korisnik pristao prihvatanjem uslova ugovora, ali to nije jedina sankcija koju korisnik trpi. Za autora softvera, prestanak ugovora nije dovoljna satisfakcija za vršenje ovlašćenja protivno ugovornim odredbama, zbog čega ugovorom izričito određuje pravne posledice neovlašćenog iskorišćavanja od strane korisnika.

Stoga, imajući u vidu iznesene zaključke, a naročito u vezi sa našim pozitivnim pravom, smatramo da *open source* licenca nije ništa drugo do ugovor sa raskidnim uslovom i izričito ugovorenim retroaktivnim dejstvom raskida.

Zaključak

Open source ugovor o licenci, odnosno ugovor o licenci otvorenog koda, nastao je u poslovnoj praksi Sjedinjenih Američkih Država, ali je danas, kao model raspolaganja softverom, prisutan u svim zemljama. Međutim, činjenica da potiče iz precedentnog pravnog sistema, čini ovaj ugovor u zoni kontinentalnog prava nedovoljno jasnim instrumentom pravnog prometa, naročito u pogledu sadržine i pravnog dejstva preuzetih obaveza, odnosno povrede ugovora. Stoga je u ovom radu *open source* ugovor o licenci posmatran u duhu našeg pozitivnog prava. Zaključak koji proizlazi iz analize jeste da je ugovor o licecni otvorenog koda neisključiv ugovor, sa raskidnim uslovom i izričito ugovorenim retroaktivnim dejstvom raskida.

³³ V: D. Kennedy, *A Primer on Open Source Licensing Legal Issues: Copyright, Copyleft and Copylefture*, www.denniskennedy.com/opensourcedmk.pdf, decembar 2009.

*Sanja Radovanović, LL. M, Assistant
Faculty of Law Novi Sad*

Open Source Software License Agreement – Definition and Legal Nature

Abstract

This paper analyzes the special type of software license agreements - open-source license, as a relatively new instrument of the legal trade of copyrighted software. The importance of this agreement is reflected in its increasing existence on the software market, announces that a new era in the exploitation of copyright works in general. Namely, in the modern information society, information is presented to further pivot of civilization progress. Because they are, under certain conditions, objects of legal protection, restrictive capabilities of using them, especially when it comes to software as a copyright work, may affect, in negative sense, the further social development. Therefore, in a software developed countries business practice created new instruments of software usage, which seeks to satisfy the interests of the copyright holder's rights and interests of consumers. This paper aims to make closer this agreement to the local legal theory and practice.

Key words: software; license agreement; license; open source software; open source license; copyleft; GNU license; BSD license; proprietary software; non-proprietary software; non-exclusive license; pactum de non petendo; release of a debt; legal nature.

*Mr Jelena Vidić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

OSNOV ZAKONSKOG NASLEĐIVANJA U UPOREDNOM PRAVU (FRANCUSKA, BELGIJA, ITALIJA, ŠPANIJA)¹

Sažetak: *Određivanje naslednika predstavlja osnovni zadatak zakonodavstva prilikom regulisanja zakonskog nasleđivanja. Najznačajnije činjenice na kojima su u današnje vreme, odnosno u savremenim pravnim porecima zasnovani zakonski nasledni redovi predstavljaju činjenice srodstva, braka i vanbračne zajednice. Odgovarajući način normiranja odnosa spomenutih činjenica kao pravnorelevantnih činjenica u formulisanju pravila zakonskog nasleđivanja ima veliki značaj u svakom konkretnom pravnom poretku. Naime, u većini zemalja evropskog kontinentalnog tipa, zakon predstavlja jedan od dva dopuštena osnova pozivanja na nasleđivanje, koji, iako slabiji pravni osnov pozivanja na nasleđivanje, u njima češće nalazi svoju primenu od zaveštanja kao pravnog osnova pozivanja na nasleđivanje. Osim toga, značaj konkretnog načina normiranja odnosa srodstva, braka i vanbračne zajednice u formulisanju pravila zakonskog nasleđivanja proizlazi iz činjenice da norme ovog nasleđivanja odražavaju opšti stav jednog društva o tome na koji način treba da budu uređene naslednopravne posledice smrti ostavioca. Iz navedenih razloga značajno je uporediti pravnu regulativu u okviru pojedinih pravnih sistema, a koja se odnosi na pitanje odnosa navedenih činjenica u formulisanju pravila zakonskog nasleđivanja.*

Kao nastavak prethodnih radova u kojima smo ukazali na naslednopravne posledice odnosa srodstva, braka i vanbračne zajednice u pravu Engleske, kao i u pravima germanske pravne tradicije, ovaj rad za pred-

¹ Rad je posvećen projektu „Harmonizacija prava Republike Srbije i prava Evropske Unije – teorijskopравни, sociološkopravni, istorijskopравни, pozitivnopravni i ekonomski aspekti.“

met svog istraživanja ima pravnu regulativu navedenog pitanja u pojedinim zemljama romanske pravne tradicije, konkretno u pravima Francuske, Belgije, Italije i Španije.

Ključne reči: *srodstvo, brak, vanbračna zajednica, srodnici, bračni drug, vanbračni partner, zakonsko nasleđivanje, zakonski nasledni deo.*

1. Uopšte o srodstvu, braku i vanbračnoj zajednici kao pravno relevantnim činjenicama u zasnivanju pravila zakonskog nasleđivanja

U zemljama romanske pravne tradicije, koje predstavljaju predmet analize našeg rada, odnosno prema Građanskom zakoniku Francuske², Građanskom zakoniku Belgije,³ Građanskom zakoniku Italije⁴, kao i Građanskom zakoniku Španije⁵ pravnorelevantne činjenice u zasnivanju pravila zakonskog nasleđivanja predstavljaju činjenice srodstva i bračne veze. Međutim, za razliku od najvećeg broja evropskih prava, u pojedinim pravima ove grupe zemalja, kao što su prava Španije i Belgije, nasleđivanje po osnovu činjenice bračne veze moguće je ne samo kada se radi o braku između lica različitog pola, već i onda kada se radi o braku između lica istog pola. U poslednje spomenutom pravu i vanbračna zajednica između partnera različitog i istog pola predstavlja pravno relevantnu činjenicu u zasnivanju pravila zakonskog nasleđivanja.

Pravno relevantne vrste srodstva na kojima su zasnovana pravila zakonskog nasleđivanja u svim posmatranim pravima predstavljaju krvno i adoptivno srodstvo. Krvni srodnici imaju ista zakonska nasledna prava, bez obzira da li ih sa ostaviocem vezuje odnos bračnog ili vanbračnog srodstva, pod uslovom da je vanbračno srodstvo utvrđeno na zakonom predviđen način.⁶ Od ovog pravila postoje određeni izuzeci u pravima Ita-

² Građanski zakonik Francuske je donet 1804. godine. Tekst zakonika videti na internet adresi: <http://www.droit.org/codes/CCIVILL0.html#articleLEGIARTI000006431238>.

³ U pravu Belgije prvobitno je važio tekst Građanskog zakonika Francuske iz 1804. godine, s tim što je vremenom Građanski zakonik Belgije evouliro i u određenoj meri se udaljio od Građanskog zakonika Francuske. Tekst zakonika videti na internet adresi: <http://www.droitbelge.be/codes.asp#civil>.

⁴ Građanski zakonik Italije je donet 1942. godine. Tekst zakonika videti na internet adresi: http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Codciv.htm.

⁵ Građanski zakonik Španije je donet 1889. godine. Tekst zakonika videti na internet adresi: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/indexcc.htm>.

⁶ V. čl. 733. st. 1. Građanskog zakonika Francuske, čl. 334. Građanskog zakonika Belgije, čl. 565-566. i 573. Građanskog zakonika Italije, kao i čl. 108. st. 2. i 930-931. Građanskog zakonika Španije.

lije i Belgije. Tako, u pravu Italije bračna i vanbračna deca ostavioca nasleđuju na jednake delove, s tim što bračna deca mogu podneti zahtev za namirenje zakonskog naslednog dela vanbračne dece u novcu ili nepokretnostima iz zaostavštine, ukoliko se vanbračna deca tome ne protive, dok u slučaju protivljenja o ovome odlučuje sud, uzimajući u obzir lične i imovinske prilike u svakom konkretnom slučaju.⁷ S druge strane, vanbračnoj deci koja su rođena iz incestne veze, u pogledu koje je mogućnost utvrđivanja roditeljstva isključena, na ime zakonskog naslednog dela pripada doživotna renta, koja odgovara visini naslednog dela na koji bi ovakvo dete imalo pravo da je roditeljski odnos ustanovljen priznanjem ili sudskom odlukom. Vanbračna deca potekla iz incestne veze mogu tražiti kapitalizaciju svog zahteva za izdržavanje, a naslednici mogu zadovoljiti ovakav zahtev po svom izboru - putem novčanog namirenja ili u dobrima iz zaostavštine.⁸ U pravu Belgije, počev od 1987. godine vanbračna deca su po pravilu izjednačena u svim pravima i obavezama prema svojim roditeljima i srođnicima, s tim što je diskriminacija u pogledu njihovih naslednih prava postojala sve do 2006. godine, kada je ukinuta odredba prema kojoj su nadživeli bračni drug i potomci koji potiču iz onog braka tokom čijeg trajanja je učinjena preljuba, mogli zahtevati da dete iz preljubničke veze, koje nije odraslo u porodičnoj kući, dobije novčanu vrednost na ime svog naslednog dela. Međutim, određeni stepen diskriminacije u ovom pravu i dalje postoji. Naime, oni srođnici čiji je srođnički odnos sa ostaviocem ustanovljen tek nakon njegove smrti, a koji nisu u roku od 6 meseci od otvaranja nasleđa zahtevali svoja nasledna prava, ne mogu dovesti u pitanje punovažnost radnji koje su drugi naslednici preduzeli u dobroj veri, te mogu zahtevati samo novčanu vrednost na ime svog naslednog dela.⁹ U pravu Francuske počev od reforme naslednog prava iz 2001. godine došlo je do potpunog nasleđopravnog izjednačenja vanbračnih sa bračnim srođnicima. Donošenjem „Zakona o pravima nadživelog bračnog druga i vanbračne dece, odnosno o modernizaciji različitih odredbi naslednog prava“ iz 2001. godine¹⁰ došlo je do osavremenjivanja naslednog prava, a jedan od ciljeva i doprinosa ove reforme, kao što to proizlazi iz samog naslova ovog zakona, ogleda se i u okončanju diskriminacije u pogledu nasleđivanja vanbračne dece. Iako je još Zakon od 3. januara 1972. godine vanbračnoj deci davao ista nasledna prava kao i bračnoj deci, ovaj zakon je ipak predviđao izuzetke kada se radilo o van-

⁷ V. čl. 566. u vezi sa čl. 537. st. 3. Građanskog zakonika Italije.

⁸ V. čl. 580. u vezi sa čl. 251. i 278. Građanskog zakonika Italije.

⁹ V. čl. 828. Građanskog zakonika Belgije.

¹⁰ V. Zakon br. 2001-1135. Sl. list od 4. decembra 2001., *Defrenois* 2002.

bračnom detetu iz preljubničke veze, s obzirom na činjenicu da kada bi se ovakvo dete u pogledu svojih naslednih prava našlo u konkurenciji sa bračnim drugom ostavioca koji je bio „žrtva“ preljube, ili u konkurenciji sa bračnom decom koja su rođena u braku tokom čijeg trajanja je preljuba počinjena, onda je njegovo zakonsko pozivanje na nasleđe bilo ograničeno. Naime, ovakvo dete je imalo pravo na polovinu od onoga što bi na ime nasleđa pripadalo nadživlom bračnom drugu, odnosno bračnoj deci.¹¹ Zbog svoje rigidnosti ova diskriminacija je bila kritikovana, s osloncem na članove 8. i 14. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda iz 1950. godine. Ovo s obzirom na to da se čl. 8. navedene konvencije odnosi na poštovanje privatnog i porodičnog života, a da je čl. 14. konvencije predviđeno da uživanje prava i sloboda priznatih konvencijom mora biti osigurano „bez ikakve razlike, posebno ne one koja je između ostalog zasnovana na poreklu.“ U skladu sa napuštanjem osuđivanja čina preljube, te kao posledica osude Francuske od strane Evropskog suda za ljudska prava¹² došlo je do ukidanja svih tekstova kojima su nasledna prava vanbračne dece bila ograničena u onim situacijama kada bi njihova prava mogla umanjiti prava bračnog druga, odnosno bračne dece, a iz istog razloga iz teksta Građanskog zakonika Francuske izostavljen je i izraz koji je koristio Zakon od 3. januara 1972. godine za označavanje ove dece.

Tazbinsko srodstvo ni u jednom od posmatranih prava analizirane grupe zemalja ne predstavlja pravno relevantnu činjenicu u formulisanju pravila zakonskog nasleđivanja, za razliku od adoptivnog srodstva koje, kako je to navedeno, u svima njima predstavlja osnov pozivanja na nasleđe. Tako, u pravima Francuske i Belgije postoje dve vrste usvojenja – potpuno i nepotpuno. U oba spomenuta prava, zasnivanjem potpunog

¹¹ O evoluciji naslednopravnog položaja vanbračne dece u pravu Francuske videti opširnije: Jean Maury: *Successions et libéralités*, Paris, 2007., str. 42-44.; Philippe Malaurie, Larant Aynés: *Cours de droit civil, les successions et les libéralités*, Paris, 1995., str. 62-64.

¹² Kasacioni sud je 1996. godine odbacio jednu žalbu na presudu, koja je bila zasnovana sa pozivom na tekstove navedene konvencije, pozivajući se na stari član 760. Građanskog zakonika Francuske, sa obrazloženjem da pozivanje na nasleđe ne podleže poštovanju privatnog i porodičnog života, koje štiti pravo priznato članom 8. spomenute konvencije i koje je garantovano bez razlike članom 14. ove konvencije. Međutim, Evropski sud za ljudska prava, koji je postupao po istoj stvari je svojom odlukom od 1. februara 2000. godine osudio Francusku za kršenje čl. 14. Konvencije i člana 1. Protokola, aneks br. 1. Konvencije, koji se odnosi na ugrožavanje prava svojine, pošto je zaključio da nije postojao „razuman i srazmeran odnos“ između upotrebljenih sredstava – primena člana 760. Francuskog građanskog zakonika – i cilja koji se želeo postići - zaštita porodične ćelije (Mazurek protiv Francuske). V. Marie-Cécile Forgeard, Richard Crône, Bertrand Gelot: *La réforme des successions*, Paris, 2002., str. 67-68.

usvojenja uzajamna nasledna prava između deteta i njegovih krvnih srodnika se u potpunosti gase, dok s druge strane, usvojenik u porodici usvojioca dobija isti položaj kao da je usvojiočevo prirodno dete, sa svim naslednopravnim posledicama koje iz ovoga proizlaze, što znači da ovakav usvojenik nasleđuje usvojioca i njegove srodnike, kao što i usvojilac i njegovi srodnici mogu nasleđivati usvojenika. Naslednopravne posledice nepotpunog usvojenja su drugačije, s obzirom na to da u oba prava usvojenik iz ovakvog vida usvojenja zadržava nasledna prava prema svojim krvnim srodnicima, pri čemu stiće nasledna prava i u odnosu na zaostavštinu usvojioca. Međutim, dok u pravu Belgije usvojenik iz ovog vida usvojenja nema pravo da nasledi usvojiočeve srodnike, dotle u pravu Francuske ovakva mogućnost postoji, osim kada se radi o ostvarivanju prava na nužni deo usvojenika u pogledu zaostavštine predaka usvojioca. Oba zakonika na identičan način regulišu pitanje pravne sudbine imovine usvojenika iz nepotpunog usvojenja koji je preminuo bez potomaka, u kom slučaju će se dobra koja su besteretno stečena od strane usvojioca ili njegovih srodnika vratiti usvojiočevoj porodici, kao što će se dobra koja su na prethodno spomenuti način stečena od strane svojih prirodnih roditelja vratiti istima, a ostatak dobara će se deliti na način prema kojem će jedna polovina pripasti prirodnoj porodici, dok će druga polovina pripasti adoptivnoj porodici.¹³ Pravo Italije, poput prava Francuske i Belgije poznaje dva vida usvojenja: potpuno i nepotpuno. Kod prvog vida usvojenja, koje je u ovo pravo uvedeno Zakonom o usvojenju iz 1983. godine, usvojeno dete prema usvojiocu i njegovim srodnicima stiće ista prava i obaveze kao i prirodno dete, što znači i odgovarajuća nasledna prava, kao što i usvojilac i njegovi srodnici stiće ista takva prava u odnosu na usvojenika, pri čemu se uzajamna nasledna prava između deteta i njegovih krvnih srodnika u potpunosti gase.¹⁴ Kod nepotpunog usvojenja, koje je normirano Građanskim zakonikom Italije, usvojenik stiće nasledna prava prema usvojiocu, ali ne i prema njegovim srodnicima, zadržavajući pritom sva prava i obaveze, a time i odgovarajuća nasledna prava i prema svojim krvnim srodnicima, dok s druge strane usvojilac, kao ni njegovi srodnici nemaju nasledna prava u odnosu na zaostavštinu usvojenika.¹⁵

¹³ U pogledu pravnih dejstava potpunog usvojenja v. čl. 356. i 358. Građanskog zakonika Francuske, kao i čl. 356.1 Građanskog zakonika Belgije, a u pogledu pravnih dejstava nepotpunog usvojenja v. čl. 364. st. 1. i čl. 368. – 368-1. Građanskog zakonika Francuske, kao i čl. 353.15 - 353.16 Građanskog zakonika Belgije.

¹⁴ V. čl. 27. Zakona o usvojenju Italije (Legge 1983 n. 184 - Regolamento per le adozioni e l'affidamento dei minori). Tekst zakona videti na internet adresi: <http://www.unioneconsulenti.it/article.php?sid=235&mode=thread&order=0>.

¹⁵ V. čl. 300. čl. 304., kao i čl. 567. Građanskog zakonika Italije.

Naslednopravne posledice potpunog usvojenja kao mogućeg vida usvojenja u pravu Španije identične su onim posledicama koje su u pogledu ovog vida usvojenja predviđene i u pravima Francuske, Belgije i Italije.¹⁶

Kada je reč o naslednim pravima nadživelog bračnog druga, isti ima pravo na zakonsko nasleđivanje ukoliko se sa ostaviocem u trenutku njegove smrti nalazio u važećem braku, što znači da razvedeni bračni drug u pravu Francuske, odnosno u pravima Belgije i Španije razvedeni bračni drug, kao i onaj u odnosu na kojeg ne postoji sudska odluka o separaciji nema pravo na zakonsko nasleđivanje.¹⁷ U pravu Italije zakonsko pravo da nasledi, pored onog bračnog druga koji se sa ostaviocem nalazio u braku u momentu njegove smrti, odnosno čiji brak nije bio razveden, ima još i savesni bračni drug, u slučaju kada je do proglašenja braka ništavim došlo nakon smrti jednog od bračnih drugova, kao i onaj bračni drug kojem na osnovu sudske odluke separacija nije pripisana u krivicu.¹⁸

Kako je to navedeno, u pojedinim zemljama romanske pravne tradicije bračna veza predstavlja pravno relevantnu činjenicu u zasnivanju pravila zakonskog nasleđivanja nezavisno od pola bračnih drugova. Naime, u Španiji je Zakonom o izmenama građanskog zakonika iz 2005. godine, dozvoljeno zaključenje braka i licima istog pola, sa svim i jednakim pravima i obavezama, bilo kakav da je njihov sastav, u skladu sa čim su efekti braka jedinstveni u svim oblastima, pa i u oblasti zakonskih naslednih prava, nezavisno od pola bračnih drugova.¹⁹ I u Belgiji je Zakonom koji je stupio na snagu 30. januara 2003. godine,²⁰ a koji je inkorporiran u Građanski zakonik Belgije, legalizovan brak između dva lica istog pola, čime su bračni partneri istog pola stekli uzajamno pravo na nasleđivanje, na isti onaj način na koji se nasleđivanje u ovoj zemlji ostvaruje i između partnera različitog pola koji se nalaze u braku.

Vanbračna zajednica ni u jednom od posmatranih prava ne predstavlja osnov pozivanja na nasleđivanje, što nije slučaj jedino u pravu Belgije. Naime, u ovoj zemlji, 01. januara 2000. godine stupio je na snagu Za-

¹⁶ V. čl. 108. st. 2., čl. 178. st. 1., kao i čl. 179. st. 1. Građanskog zakonika Španije.

¹⁷ V. čl. 732. Građanskog zakonika Francuske, čl. 731. Građanskog zakonika Belgije, kao i čl. 834. Građanskog zakonika Španije. U pravu Belgije bračni drug može izgubiti zakonsko nasledno pravo i onda kada je u potpunosti ili delimično izgubio starateljstvo nad zajedničkom decom. V. čl. 745. *septies* § 1. Građanskog zakonika Belgije.

¹⁸ V. čl. 584. st. 1. i 585. st. 1. Građanskog zakonika Italije.

¹⁹ V. Zakon 13/2005 od 1. jula 2005. godine, kojim se menja Građanski zakonik Španije iz 1889. godine u oblasti prava na sklapanje braka, Državni službeni list br. 157, 11364, sa obrazloženjem.

²⁰ Tekst zakona videti na internet adresi: <http://www.psy-desir.com/leg/spip.php?article707>.

kon o zakonskoj kohabitaciji iz 1998. godine,²¹ kojim je parovima istog i različitog pola koji su sačinili pismenu izjavu o kohabitaciji kod odgovarajućih lokalnih vlasti, omogućena primena odredaba o porodičnom domu, kao što je predviđena i obaveza ovakvih partnera na podelu troškova i dugova u vezi sa domaćinstvom i zajedničkom decom, ali ne i mogućnost uzajamnog nasleđivanja. Međutim, izmenama koje su u ovom pravu stupile na snagu 18. maja 2007. godine, a koje su inkorporirane u Građanski zakonik Belgije, nadživlom kohabitantu je priznato pravo plodouživanja nad nepokretnošću koja je tokom zajedničkog života predstavljala zajedničko prebivalište kohabitanata, kao i nad pokućstvom kojim je ova nepokretnost opremljena. I Francuska je 1999. godine donela Zakon br. 99-994 kojim je regulisana vanbračna kohabitacija heteroseksualnih i istopolnih partnera, kojim zakonom je dopunjen prvi tom Građanskog zakonika Francuske poglavljem XII (čl. 515-1 do 515-8) čiji je naziv *Du pacte civil de solidarité et du concubinage – PACS* (Građanski sporazum o solidarnosti i konkubinatu). Konkubinat je definisan kao zajednica života dva lica istog ili različitog pola koji žive kao par i čiju zajednicu karakteriše stabilnost i trajnost.²² Iako su dejstva konkubinata u ovoj zemlji slična braku, vanbračnim heteroseksualnim i istopolnim partnerima ipak nije priznato pravo uzajamnog zakonskog nasleđivanja, osim prava na privremeno stanovanje, koje je uvedeno izmenama Građanskog zakonika Francuske iz 2006. godine.

2. Naslednopravne posledice odnosa srodstva, braka i vanbračne zajednice u vezi sa ostvarivanjem zakonskih naslednih prava

A. Odnos srodstva, braka i vanbračne zajednice u prvom zakonskom naslednom redu

Opšte prihvaćeno pravilo savremenih prava Evrope, prema kojem ostaviočev bračni drug može konkurisati potomstvu ostavioca u ostvarivanju zakonskih naslednih prava, prihvaćeno je i u svim zemljama romanske pravne tradicije.

U većini prava analizirane grupe zemalja, kao što su prava Francuske, Belgije i Španije, osnovna karakteristika odnosa činjenice srodstva u pravoj nishodnoj liniji i činjenice bračne veze, po pravilu se ogleda u povoljnijem naslednopravnom položaju potomstva u odnosu na ovakav po-

²¹Tekst zakona videti na internet adresi: [http://www.juridat.be/cgi_loi/loi_a.pl? language=fr&caller=list&cn=1998112335&la=f&fromtab=loi&sql=dt='loi'&tri=dd+as+rank&rech=1&numero=1](http://www.juridat.be/cgi_loi/loi_a.pl?language=fr&caller=list&cn=1998112335&la=f&fromtab=loi&sql=dt='loi'&tri=dd+as+rank&rech=1&numero=1).

²² V. čl. 515-8 Građanskog zakonika Francuske.

ložaj nadživelog bračnog druga, što u ovim pravima proizlazi iz veličine zakonskog naslednog dela bračnog druga, kao i iz prirode njegovih naslednopravnih ovlašćenja. Tako se u pravu Belgije naslednopravna ovlašćenja bračnog druga u konkurenciji sa potomstvom ogledaju u njegovom pravu plodouživanja na celoj zaostavštini koju nasleđuju potomci.²³ Počev od 2007. godine i vanbračnom partneru takođe pripada pravo plodouživanja, ali ne na celoj zaostavštini, već samo nad nepokretnošću, koja je tokom zajedničkog života predstavljala zajedničko prebivalište, kao i nad pokućstvom kojom je ova nepokretnost opremljena.²⁴ Sticanje punog prava svojine od strane potomaka ne mora nužno biti uslovljeno smrću bračnog druga, odnosno vanbračnog partnera, jer na njihov, kao i na zahtev bračnog druga, odnosno vanbračnog partnera, sud može doneti odluku na osnovu koje može doći do prestanka opterećivanja prava svojine potomaka pravom plodouživanja, do čega može doći putem novčanog namirenja, ili putem ustupanja imovine iz zaostavštine u meri koja je proporcionalna vrednosti plodouživanja, ili putem ustanovljavanja rente u korist bračnog druga, odnosno vanbračnog partnera.²⁵ I u pravu Španije, kao što je to slučaj i u pravu Belgije, bračnom drugu u slučaju postojanja potomaka pripada takođe pravo doživotnog uživanja, ali ne na celoj zaostavštini, već na 1/3 zaostavštine.²⁶ U kojoj meri pravo Španije nastoji zaštititi naslednopravni položaj potomaka ostavioca govori i činjenica da je bračni drug koji nakon smrti ostavioca ponovo stupi u brak, ili koji u toku udovištva dobije vanbračno dete ili usvoji dete, obavezan da sve ono što je primio od ostavioca putem nasleđivanja, poklona ili na ime dobiti bilo koje vrste, sačuva (rezerviše) za svoju decu, odnosno potomke iz prvog braka, koji će ovu imovinu stoga steći prema pravilima zakonskog nasleđivanja, kao da nije postojao drugi brak njihovog roditelja (odnosno nadživelog bračnog druga ostavioca).²⁷

²³ V. čl. 745. *bis* § 1. st. 1. Građanskog zakonika Belgije.

²⁴ V. čl. 745. *octies* § 1. Građanskog zakonika Belgije.

²⁵ V. čl. 745. *quater* § 1. st. 1., Građanskog zakonika Belgije. V. i čl. 745. *octies* § 3. Građanskog zakonika Belgije koji je primenu ove odredbe proširio i u pogledu prava plodouživanja vanbračnog partnera. Sud ne mora doneti ovakvu odluku ukoliko bi to nanelu znatnu štetu poslu ili profesionalnim interesima bilo koje strane. Osim toga, bračni drug (vanbračni partner) ima pravo da uskrati svoju saglasnost kada se otkup plodouživanja odnosi na nepokretnosti, posebno na kuću u kojoj on živi. V. čl. 745. *quater* § 2. st. 3. i § 4. Građanskog zakonika Belgije.

²⁶ V. čl. 834. Građanskog zakonika Španije.

²⁷ V. čl. 968., 972-973. i 980. Građanskog zakonika Španije. Ukoliko je nadživeli bračni drug pre sklapanja novog braka otuđio nepokretna dobra stečena na gore spomenuti način, ovakvo raspolaganje će biti punovažno samo pod uslovom ukoliko bračni drug obezbedi za svoje potomke iz prvog braka ekvivalentnu protivvrednost ovih dobara, dok

U pravu Francuske bračni drug može, ali ne mora nužno imati ovakav naslednopravni položaj. Kako je to spomenuto, u Francuskoj je reformom iz 2001. godine, donošenjem „Zakona o pravima nadživelog bračnog druga i vanbračne dece, odnosno o modernizaciji različitih odredbi naslednog prava“ došlo do osavremenjivanja naslednog prava, a jedan od ciljeva i doprinosa ove reforme ogleda se i u poboljšanju naslednopravnog položaja bračnog druga, putem uvećavanja njegovih zakonskih naslednih prava i uređivanja njegove zaštite.²⁸ Promene koje su usledile sa reformom položaja nadživelog bračnog druga govore o dve zakonodavčeve preokupacije, sasvim različite prirode: s jedne strane, ova reforma trebalo je da poboljša, na jedan apstraktan način nasledna prava bračnog druga u odnosu na nasledna prava celine ostalih ostaviočevih naslednika, odnosno njegovih srodnika, dok je s druge strane imala za cilj i da zaštiti nadživelog bračnog druga, garantujući mu izvesna pretpostavljena dobra koja bi mu obezbedila minimum sigurnosti. Spomenuti zakon pravi razliku u zavisnosti od toga da li se bračni drug ostavioca jedini poziva na nasleđivanje, ili se poziva u konkurenciji sa srodnicima ostavioca, u kom slučaju njegova ovlašćenja mogu da variraju u pogledu svoje prirode. Tako, u slučaju postojanja samo dece koja vode poreklo od oba bračna druga, pretpostavljajući prisnost koja u ovom slučaju postoji između nadživelog bračnog druga i ove dece, koja su i njegova i koja će i njega u krajnjem slučaju naslediti, zakon omogućava izvesnu slobodu bračnom drugu, koji ima pravo da izabere plodouživanje na celoj zaostavštini ili da nasledi u svojinu četvrtinu zaostavštine, što znači da će u prvom slučaju cela zaostavština pripasti u svojinu ostaviočevim potomcima, dok će se u drugom slučaju 3/4 zaostavštine deliti između ostaviočevih potomaka.²⁹ U slučaju postojanja jednog de-

će eventualno otuđenje dobara koja podležu rezervi od strane bračnog druga koja su učinjena nakon sklapanja drugog braka biti punovažno samo ukoliko nakon smrti bračnog druga ne ostanu njegovi potomci iz prvog braka. Otudjenja pokretnih dobara će biti punovažna bez obzira da li su učinjena pre ili nakon sklapanja braka, ali uz obavezu nadoknade. V. čl. 974-976. Građanskog zakonika Španije. O navedenoj zakonskoj instituciji videti: Karl Hanz Neumayer: *International encyclopedia of comparative law*, Volume V – Succession, Chapter 3, Intestate Succession, (ed. K. Zweigert, U. Drobnič), Published by Martinus Nijhoff Publishers, 1981., str. 51.

²⁸ U teoriji se navodi da je uprkos korisnim merama preduzetim tokom prethodna dva veka, položaj nadživelog bračnog druga usled evolucije porodice i društva postao neadekvatan. V. Marie-Cecile Forgeard, Richard Crone, Bertrand Gelot: op. cit., str. 1.

²⁹ V. čl. 757. Građanskog zakonika Francuske. Pravo izbora je strogo vezano za ličnost bračnog druga i kao takvo je neprenosivo, sve dok se ne izvrši, a ukoliko bračni drug umre pre nego što je dao izjavu o izboru smatraće se da je izabrao plodouživanje. U situaciji kada bračni drug nije izvršio izbor, svaki naslednik može pozvati u pisanoj formi

teta ili više dece koja ne vode poreklo od oba bračna druga, nadživelim bračnom drugu ne pripada pravo izbora, te isti isključivo može naslediti u svojinu četvrtinu zaostavštine, a preostale 3/4 zaostavštine će nasledivati ostaviočevi potomci.³⁰ Na osnovu sporazuma između naslednika i bračnog druga moguća je konverzija plodouživanja u kapital,³¹ kao što je moguća i konverzija plodouživanja u doživotnu rentu, pri čemu za razliku od ranijeg zakonskog teksta, prema kojem je poslednje spomenuto pravo predstavljalo zaštitnu meru nosilaca golog prava svojine, koji su shodno tome jedini bili i ovlašćeni da je traže, prema važećem francuskom naslednom pravu, pravo na postavljanje zahteva za konverziju plodouživanja u doživotnu rentu pripada ne samo titularima golog prava svojine, već i samom bračnom drugu. U slučaju nepostojanja sporazuma, zahtev se može podneti sudu, s tim što sud ne može protiv volje bračnog druga doneti odluku o konverziji plodouživanja, koje se odnosi na stan koji koristi bračni drug kao svoje prebivalište, kao i na pokretne stvari kojima je taj stan opremljen.³² Ovaj izuzetak predstavlja rezultat posebne pažnje koju je zakonodavac posvetio zaštiti naslednih prava bračnog druga.

Naslednopravni položaj nadživelog bračnog druga u pravu Italije je povoljniji od položaja koji on ima u svim prethodno spomenutim pravima. Naime, bračni drug u pravu Italije, nezavisno od toga ko mu konkuriše na nasleđe, uvek nasleđuje u svojinu odgovarajući deo zaostavštine. S obzirom na to da kvantitet njegovih naslednopravnih ovlašćenja zavisi od broja prvostepenih potomaka koji mu konkurišu u nasleđivanju, to će njegov naslednopravni položaj u prvom naslednom redu biti najpovoljniji u situaciji kada mu konkuriše samo jedno dete ostavioca, u kom slučaju će mu na ime naslednog dela pripasti pravo na 1/2 zaostavštine. Naslednopravni položaj bračnog druga će u određenoj meri biti nepovoljniji kada mu na nasleđe konkurišu dvoje ili više od dvoje dece ostavioca, kada će

bračnog druga da izvrši izbor, u kom slučaju će se ukoliko bračni drug ne izvrši pravo izbora u roku od tri meseca, smatrati da je izabrao plodouživanje. V. čl. 758 - 1., čl. 758 - 3., kao i čl. 758-4. Građanskog zakonika Francuske.

³⁰ V. čl. 757. Građanskog zakonika Francuske. U toku trajanja parlamentarne debate je navedeno da je u slučaju postojanja dece koja nisu istovremeno i deca ostaviočevog bračnog druga, plodouživanje bračnog druga predstavljalo posebnu nepovoljnost po ovakvu decu, kao što je uvećani rizik od neslaganja i nastanak „većite gole svojine“ pastorčadi u situaciji kada je razlika u godinama između njih i bračnog druga (maćehe ili očuha) mala. Izveštaj J. J. Hyuesta, Dokumentacija Senata, br. 40., str. 19. Navedeno prema: Marie-Cecile Forgeard, Richard Crone, Bertrand Gelot: op. cit., str. 14.

³¹ V. čl. 761. Građanskog zakonika Francuske.

³² V. čl. 759., 760. st. 1. i st. 3. Građanskog zakonika Francuske.

bračnom drugu pripasti pravo na 1/3 zaostavštine,³³ a prvestepenim potomcima pravo na ukupno 2/3 zaostavštine, koji deo zaostavštine će se između njih deliti na jednake delove.

Samo u slučaju nepostojanja konkurencije nadživelog bračnog druga, u svim pravima posmatrane grupe zemalja zaostavština će se deliti na jednake delove između ostaviočevih prvestepenih potomaka, uz neograničenu mogućnost primene principa reprezentacije.³⁴

B. Odnos srodstva, braka i vanbračne zajednice u ostalim zakonskim naslednim redovima

Za razliku od naslednopravnog položaja koji bračni drug ima u slučaju postojanja potomaka ostavioca, ovakav njegov položaj u slučaju postojanja ostalih srodnika ostavioca kao njegovih potencijalnih zakonskih naslednika, u svakom od posmatranih prava može biti povoljniji. Međutim, navedena karakteristika naslednopravnog položaja bračnog druga u ovim pravima ne dolazi do izražaja na isti način, odnosno u istoj meri. Posmatrano sa aspekta odnosa između bračne veze i srodstva u pravoj ushodnoj ili pobočnoj liniji, u smislu njegovog opredeljivanja kao koordinirajućeg, isključujućeg ili eventualno supsidirajućeg, između prava koja predstavljaju predmet analize mogu se uočiti značajnije razlike. Tako, u nekim od njih, kao što je pravo Francuske, bračni drug može isključiti iz nasleđivanja najveći broj srodnika kao potencijalne zakonske naslednike - kako veliki broj predaka, tako i sve pobočne srodnike kao njegove potencijalne zakonske naslednike, pri čemu je odnos između činjenice srodstva i bračne veze koordinirajući samo onda kada se radi o srodstvu u prvom stepenu prave ushodne linije. U drugim pravima, kao što je pravo Španije, bračni drug ne može isključiti iz nasleđivanja nijednog pretka ostavioca, s tim što s druge strane, može isključiti iz nasleđivanja bilo kog pobočnog srodnika ostavioca. U pravu Italije, odnos srodstva i bračne veze je koordinirajući, kada god se radi o srodstvu u pravoj ushodnoj liniji, dok kada se radi o srodstvu u pobočnoj liniji, ovaj odnos može biti kako koordinirajući, tako i isključujući, u zavisnosti od toga o kojim pobočnim srođnicima se radi. Na kraju, u pravu Belgije, odnos između činjenice srodstva u pravoj ushodnoj i pobočnoj liniji i bračne veze može biti kako

³³ V. čl. 581. Građanskog zakonika Italije. O zakonskim naslednim pravima potomaka i bračnog druga u pravu Italije v. Franco Salerno Cardillo: *International succession* (ed. Louis Garb), Published by Kluwer Law International, 2004., str. 159-160.

³⁴ V. čl. 734-735. i čl. 752. Građanskog zakonika Francuske, čl. 745. i 740. st. 1. Građanskog zakonika Belgije, čl. 566. st. 1. i čl. 468-469. Građanskog zakonika Italije, kao i čl. 930-934. i čl. 925. Građanskog zakonika Španije.

koordinirajući, tako i supsidirajući, u zavisnosti od imovinskog režima koji se primenjivao između bračnih drugova.

Posmatrano sa aspekta obima naslednopravnih ovlašćenja koji bračni drug u svakom od ovih prava ima u slučaju postojanja koordinirajućeg odnosa srodstva i bračne veze, naslednopravni položaj bračnog druga po pravilu je povoljniji od naslednopravnog položaja konkurišućih mu predaka i (ili) pobočnih srodnika. Međutim, pre nego što izložimo konkretne naslednopravne posledice odnosa srodstva i bračne veze posmatrano kroz dalje zakonske nasledne redove, najpre ćemo izložiti karakteristike uzajamnih odnosa srodnika prilikom ostvarivanja zakonskih naslednih prava.

a. Uzajamni odnos srodnika kao zakonskih naslednika

Zajednička karakteristika svih prava koja predstavljaju predmet istraživanja našeg rada ogleda se u prihvatanju sistema bliskosti srodstva,³⁵ čija se osnovica sastoji u podeli srodnika u grupe, u zavisnosti od toga da li su oni potomci, preci ili pobočni srodnici, gde svaka od ovih kategorija predstavlja poseban zakonski nasledni red.

Tako je u pravu Španije prihvaćen sistem tri linije, koji apsolutnu prednost u nasleđivanju daje srodnicima prave linije srodstva, te u kojem, za razliku od ostalih posmatranih prava, nikada ne postoji mogućnost istovremenog konkurisanja na nasleđe predaka i pobočnih srodnika ostavioca, nezavisno od toga o kojim pobočnim srodnicima se radi.³⁶ Dosledno prihvatajući ovaj sistem, ostavioca kojeg nije nadživio nijedan potomak, nasleđuju njegovi preci, a naposljetku, ukoliko ostavioca nije nadživio nijedan potomak, niti predak, na nasleđe se kao naslednici treće linije pozivaju ostaviočevi pobočni srodnici.

U ostalim posmatranim pravima (Francuska, Belgija i Italija) dolazi do izražaja mogućnost formiranja mešovitih naslednih redova. Naime, prihvatajući u osnovi podelu na potomke, pretke i pobočne srodnike, u spomenutim pravima je izdvojena i posebna grupa srodnika - privilegovani preci i privilegovani pobočni srodnici, u koju grupu ulaze, od predaka roditelji ostavioca, a od pobočnih srodnika braća i sestre ostavioca i njihovo potomstvo. Odnos između pojedinih grupa srodnika kao zakonskih naslednika u poslednje spomenutim pravima je takav da prednost u nasleđivanju imaju roditelji ostavioca kao njegovi privilegovani preci, a pored

³⁵ O sistemu bliskosti srodstva kao sistemu raspodele srodnika v. Oliver B. Antić: „Sistemi grupne raspodele srodnika kao zakonskih naslednika,,, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd, br. 3-4/1994., str. 300. i 302.

³⁶ O navedenom sistemu zakonskog nasleđivanja čiji se koren nalazi u starom romanskom pravu videti više kod: Karl Hanz Neumayer: op. cit., str. 15-19.

njih, još i braća i sestre, te njihovi potomci kao ostaviočevi privilegovani pobočni srodnici, uz mogućnost paralelnog pozivanja ovih srodničkih grupa, odnosno njihovog istovremenog konkurisanja na nasleđe, a u pojedinim od ovih prava, kao što je pravo Italije i uz mogućnost istovremenog konkurisanja na nasleđe braće i sestara ostavioca ili njihovih potomaka i ostalih predaka ostavioca. Odnos između ostalih kategorija srodnika, kao što su dalji preci i ostali pobočni srodnici (neprivilegovani preci i neprivilegovani pobočni srodnici) prilikom ostvarivanja zakonskih naslednih prava po pravilu je takav da je prednost u nasleđivanju data činjenici srodstva prave ushodne linije u odnosu na činjenicu pobočnog srodstva, te se shodno navedenom, ostali pobočni srodnici ne pozivaju na nasleđivanje, sve dok postoji makar jedan predak ostavioca kao njegov potencijalni zakonski naslednik.

Međutim, prethodno iznete uopštene zajedničke karakteristike reda zakonskog nasleđivanja srodnika, ne znače istovremeno da je nasledno-pravni položaj bilo kog pretka ili pobočnog srodnika u svim ovim pravima identičan, imajući u vidu da se konkretan način raspodele zaostavštine između spomenutih srodnika u njima može u velikoj meri razlikovati.

Tako su u pravima Francuske, Italije i Belgije u slučaju kada iza ostavioca nisu ostali privilegovani pobočni srodnici, odnosno njegova braća i sestre ili njihovi potomci, dakle, ukoliko na nasleđe konkurišu samo ostaviočevi roditelji kao privilegovani preci, pravila zakonskog nasleđivanja ista, imajući u vidu da će se zaostavština u svim ovim pravima deliti između roditelja na jednake delove.³⁷ Dalja pravila zakonskog nasleđivanja srodnika se već razlikuju. Tako, u pravu Italije roditelji kao zakonski naslednici isključuju iz nasleđivanja sve ostale srodnike u pravoj ushodnoj liniji srodstva, te u prethodno navedenom slučaju zaostavština može da pripadne u celosti jedinom nadživlom roditelju i onda kada su ostavioca nadživeli i njegovi dalji preci koji pripadaju lozi iz koje ne potiče nadživeli roditelj.³⁸ U pravu Francuske, međutim, u ovakvom slučaju, polovinu zaostavštine će naslediti nadživeli roditelj, dok će drugu polovinu naslediti srodnici prave ushodne linije srodstva iz druge loze, uz poštovanje pravila prema kojem će pravo da nasledi imati onaj srodnik u ushodnoj liniji koji se nalazi u najbližem stepenu srodstva, isključujući svakog drugog iz prava da nasledi.³⁹ Naposletku, i u pravu Belgije, u ovakvom slučaju, drugu polovinu zaostavštine će naslediti najbliži srodnici

³⁷ V. čl. 736. Građanskog zakonika Francuske, čl. 746. Građanskog zakonika Belgije, kao i čl. 568. Građanskog zakonika Italije.

³⁸ V. čl. 568. Građanskog zakonika Italije.

³⁹ V. čl. 738-1. u vezi sa čl. 747-748. Građanskog zakonika Francuske.

prave ushodne linije srodstva iz druge loze, s tim što će ukoliko ni njih nema, ovaj deo zaostavštine pripasti pobočnim srodnici iz druge loze, s tim što je naslednopravni položaj nadživelog roditelja u ovom slučaju poboljšan korektivnim pravilom, prema kojem će istom, pored 1/2 zaostavštine koju stiče u svojini, pripasti i pravo plodouživanja na 1/3 zaostavštine koju nasleđuju srodnici iz druge loze.⁴⁰

U slučaju kada iza ostavioca nisu ostali roditelji kao privilegovani preci, u pravima Francuske i Belgije cela zaostavština će se deliti između braće i sestara (odnosno njihovih potomaka po principu reprezentacije)⁴¹ kao privilegovanih pobočnih srodnika, što znači da u ovim pravima privilegovani pobočni srodnici isključuju iz nasleđivanja ostale naslednike koji se sa ostaviocem nalaze u pravoj ushodnoj ili pobočnoj liniji srodstva (neprivilegovane pretke i neprivilegovane pobočne srodnike).⁴² U pravu Italije, međutim, u slučaju nepostojanja roditelja ostavioca, braća i sestre ostavioca ne mogu isključiti naslednike ostavioca koji se sa njim nalaze u daljim stepenima prave ushodne linije srodstva, te će se u ovom pravu, samo onda kada iza ostavioca nije ostao nijedan njegov predak, cela zaostavština deliti između braće i sestara, odnosno između njihovih potomaka po principu reprezentacije.⁴³ Napomenućemo da u pravu Italije polubraći i polusestrama na ime naslednog dela pripada polovina od onog što na ime naslednog dela pripada rođenoj braći i sestrama, dok u pravu Belgije polubraća i polusestre po ocu ili majci nasleđuju samo očev, odnosno majčin deo.⁴⁴ U pravu Francuske podela zaostavštine između braće i sestara će se uvek vršiti na jednake delove. Naime, imajući u vidu da se u slučaju kada su na nasleđivanje pozvani spomenuti ostaviočevi privilegovani pobočni srodnici, prema važećim naslednopravnim propisima ove zemlje više ne primenjuje podela na očevu i majčinu lozu, te uzimajući u obzir pravilo prema kojem pobočni srodnici istog stepena srodstva nasleđuju po glavama,⁴⁵ to braća i sestre, odnosno polubraća i polusestre, budući da se svi nalaze u drugom stepenu pobočnog srodstva sa ostaviocem, nasleđuju na spomenuti način. U teoriji se navodi da ova izmena nije bila

⁴⁰ V. čl. 753-754. Građanskog zakonika Belgije.

⁴¹ V. čl. 752-2. Građanskog zakonika Francuske, kao i čl. 742. Građanskog zakonika Belgije.

⁴² V. čl. 737. Građanskog zakonika Francuske, kao i čl. 750. st. 1. Građanskog zakonika Belgije.

⁴³ V. čl. 468. st. 1., kao i čl. 571. st. 3. u vezi sa čl. 569-570. Građanskog zakonika Italije.

⁴⁴ V. čl. 570. st. 2. Građanskog zakonika Italije, kao i čl. 752. Građanskog zakonika Belgije.

⁴⁵ V. čl. 750. st. 2. Građanskog zakonika Francuske.

motivisana samo namerom da se pojednostave zakonska rešenja, već i željom da se u pravu Francuske ukloni svaka diskriminacija između braće i sestara.⁴⁶

U slučaju kada u pravima Francuske i Belgije na nasleđe istovremeno konkurišu roditelji ostavioca, odnosno u pravu Italije roditelji ili dalji preci, s jedne strane i braća i sestre, odnosno njihovi potomci, s druge strane, roditeljima će u pravima Francuske i Belgije na ime nasleđivanja pripasti ukupno 1/2 zaostavštine, koja će se deliti na jednake delove između njih, dok će braća i sestre, odnosno njihovi potomci po pravu reprezentacije deliti drugu polovinu zaostavštine.⁴⁷ Ukoliko je ostavioca nadživio samo jedan roditelj, istom će pripasti jedna četvrtina zaostavštine, dok će deo koji je trebao da pripadne drugom umrlom roditelju pripasti braći i sestrama, odnosno njihovim potomcima po pravu reprezentacije, kojima će stoga u ovom slučaju pripasti pravo na tri četvrtine zaostavštine.⁴⁸ U pravu Italije zaostavština će se između oba roditelja ili samo jednog od njih i braće i sestara ostavioca deliti na jednake delove, uz ograničenje, prema kojem deo koji nasleđuju oba roditelja ili jedan od njih ne sme iznositi manje od polovine zaostavštine, dok će u situaciji kada nijedan od roditelja ne može ili neće da nasledi, daljim precima ostavioca u konkurenciji sa braćom i sestrama pripasti udeo koji bi pripao jednom od roditelja u nedostatku drugog roditelja, čija podela će se vršiti na način koji je zakonskim propisima ove države inače predviđen u pogledu raspodele zaostavštine između predaka.⁴⁹

⁴⁶ V. Marie-Cecile Forgeard, Richard Crone, Bertrand Gelot: op. cit., str. 87. Ovo znači da će u situaciji kada su ostavioca čiji su otac i majka umrli pre njega, a kojeg su nadživeli polubrat po ocu, polusestra po majci i rođeni brat, navedena lica kao naslednici deliti zaostavštinu na tri jednaka dela, s obzirom na pravilo da pobočni srodnici istog stepena srodstva nasleđuju po glavama. Po pravilima koja su važila pre reforme rođeni brat bi nasledio polovinu zaostavštine, dok bi polubrat po ocu i polusestra po majci nasledili po četvrtinu zaostavštine.

⁴⁷ V. čl. 738. st. 1. Građanskog zakonika Francuske, kao i čl. 748. Građanskog zakonika Belgije.

⁴⁸ V. čl. 738. st. 2. Građanskog zakonika Francuske, kao i čl. 751. Građanskog zakonika Belgije.

⁴⁹ V. čl. 571. st. 1., kao i čl. 571. st. 3. u vezi sa čl. 569. Građanskog zakonika Italije. Navedeni član Građanskog zakonika Italije implicira neophodnost određenih razjašnjenja. Naime, kako je to navedeno, u slučaju kada roditelji ili jedan od njih konkurišu na nasleđe ostaviočevoj braći i sestrama, pravilo je da se zaostavština može deliti na jednake delove između svih njih, ali samo ukoliko primenom ovog pravila nasledni deo roditelja ili jednog od njih ne bi iznosio manje od polovine zaostavštine. Ovo po našem mišljenju najpre znači da će podela zaostavštine na jednake delove između spomenutih srodnika biti moguća u tri situacije – onda kada na nasleđe konkurišu oba roditelja i samo jedan ostaviočev brat ili sestra, u kom slučaju će zakonski nasledni deo svakog od spomenutih srodni-

Kada ostavioca nisu nadživeli roditelji, niti braća i sestre, niti njihovi potomci, zaostavština će u pravima Italije, Francuske i Belgije pripasti ostalim srodnicima u pravoj ushodnoj liniji, koji nisu otac ili majka, a deliće se na pola između srodnika iz očeve i srodnika iz majčine loze.⁵⁰ U pravu Italije, kada preci ostavioca nisu istog stepena srodstva, zaostavština će pripasti onom od njih koji se nalazi u najbližem stepenu srodstva sa ostaviocem, bez obzira na to kojoj lozi pripada,⁵¹ dok će u pravima Francuske i Belgije u svakoj lozi nasleđivati srodnik u ushodnoj liniji koji se nalazi u najbližem stepenu srodstva, isključujući svakog drugog, a jedino ukoliko ima predaka koji su istog stepena srodstva, oni će nasleđivati na jednake delove.⁵² Dalja pravila zakonskog nasleđivanja u poslednje spomenutim pravima se razlikuju. Tako će u pravu Francuske ukoliko nema srodnika u ushodnoj liniji iz jedne loze, srodni-

ka iznositi po 1/3 zaostavštine (roditelji ukupno nasleđuju 2/3 zaostavštine), onda kada na nasleđe konkurišu oba roditelja i dva ostaviočeva brata ili sestre, kada će nasledni deo svakog od spomenutih srodnika iznositi po 1/4 zaostavštine (roditelji ukupno nasleđuju 1/2 zaostavštine), kao i naposljetku u situaciji kada na nasleđe konkuriše samo jedan ostaviočev roditelj i jedan ostaviočev brat ili sestra, u kom slučaju će svakom od njih pripasti po 1/2 zaostavštine. U bilo kojoj drugoj situaciji, zbog postojanja zakonskog pravila prema kojem nasledni deo roditelja ili jednog od njih ne može iznositi manje od polovine zaostavštine, podela na jednake delove nije moguća. Tako, primera radi, u situaciji kada roditeljima na nasleđe konkurišu tri brata ili sestre, nasledni deo svakog roditelja mora iznositi po 1/4 zaostavštine (odnosno ukupno 1/2 zaostavštine, kako to zakon propisuje), dok će nasledni deo svakog brata iznositi po 1/6 zaostavštine, dok bi u situaciji kada bi ostavioca nadživeo samo jedan roditelj i dva brata ili sestre nasledni deo nadživelog roditelja morao iznositi 1/2 zaostavštine, dok bi preostalu polovinu delila braća, odnosno sestre. Dakle, na osnovu svega prethodno navedenog može se doći do zaključka da u situaciji kada oba roditelja konkurišu na nasleđe, njima može pripasti i više od 1/2 zaostavštine, odnosno ukupno 2/3 zaostavštine (v. prvi primer u ovoj napomeni), što nikada nije moguće u situaciji kada braći i sestrama na nasleđe konkuriše samo jedan roditelj, kada će nadživelim roditelju uvek pripadati pravo na 1/2 zaostavštine, ma koliko braće i sestara mu konkurisalo na nasleđe. Ovaj deo zaostavštine (1/2 zaostavštine) ujedno predstavlja i granicu onog dela zaostavštine koji može pripasti daljim precima ostavioca u konkurenciji sa braćom i sestrama, imajući u vidu čl. 571. st. 3. Građanskog zakonika Italije u kojem se normira da u ovom slučaju „...precima pripada ono što bi pripalo jednom od roditelja u odsustvu drugog...”. Ovaj deo zaostavštine između predaka se deli na način utvrđen čl. 569. Građanskog zakonika Italije, što znači da će jedna polovina od ovog dela zaostavštine pripasti precima u očevoj lozi, a druga polovina precima u majčinoj lozi, pri čemu će ukoliko se preci ne nalaze u istom stepenu srodstva sa ostaviocem, spomenuti deo zaostavštine pripasti onom od predaka koji se sa ostaviocem nalazi u najbližem stepenu srodstva, bez obzira na to kojoj lozi pripada, očevoj ili majčinoj.

⁵⁰ V. čl. 739. i 747. Građanskog zakonika Francuske, čl. 746. st. 1. Građanskog zakonika Belgije, kao i čl. 569. st. 1. Građanskog zakonika Italije.

⁵¹ V. čl. 569. st. 2. Građanskog zakonika Italije.

⁵² V. čl. 748. Građanskog zakonika Francuske, kao i čl. 746. st. 2-3. Građanskog zakonika Belgije.

ci u ushodnoj liniji iz druge loze moći da naslede celu zaostavštinu.⁵³ U pravu Belgije, međutim, ukoliko nema predaka iz jedne loze, zaostavština neće pripasti precima iz druge loze, već najbližim običnim pobočnim srođnicima iz konkretne loze u kojoj nije ostao nijedan predak ostavioca.⁵⁴ U poslednje spomenutom pravu, pored navedenog redovnog prava nasleđivanja, bilo kom pretku pripada pravo da iz zaostavštine svog potomka, koji je umro bez potomstva, izvrši zakonski povraćaj nad onim dobrima koje je on sam poklonio ovakvom potomku, ako se ona još nalaze uaturi u zaostavštini. Ukoliko su ova dobra bila otuđena, predak može tražiti neisplaćenu cenu ovog dobra, ili koristiti tužbu za povraćaj navedenog dobra od trećeg lica, koje ga drži, ako je i poklonoprimalac imao pravu na istu.⁵⁵

Naposletku, kada iza ostavioca ni u jednoj lozi nije ostao nijedan predak, zaostavštinu će nasleđivati nepriviligovani pobočni srođnici ostavioca, dakle oni koji nisu braća i sestre ili njihovi potomci, uz postojanje ograničenja u pogledu mogućnosti pozivanja na nasleđivanje ovih srođnika. Tako se u pravima Francuske i Italije pobočni srođnici ne mogu pozivati na nasleđe ukoliko su udaljeniji od šestog stepena pobočnog krvnog srodstva, a u pravu Belgije ukoliko su udaljeniji od četvrtog stepena pobočnog krvnog srodstva.⁵⁶ U pravima Francuske i Belgije zaostavština će se deliti na takav način prema kojem će pobočni srođnici iz očeve loze i pobočni srođnici iz majčine loze dobiti po polovinu zaostavštine. U svakoj lozi pravo da nasleđi imaće onaj pobočni srođnik koji se nalazi u najbližem stepenu srodstva, isključujući svakog drugog, a ukoliko se pobočni srođnici nalaze u istom stepenu srodstva, nasleđivaće na jednake delove. Tek ukoliko u jednoj lozi nema pobočnih srođnika, pobočni srođnici iz druge loze nasleđuju celu zaostavštinu.⁵⁷ U pravu Italije međutim, pra-

⁵³ V. čl. 749. Građanskog zakonika Francuske.

⁵⁴ V. čl. 753. st. 1. Građanskog zakonika Belgije.

⁵⁵ V. čl. 747. Građanskog zakonika Belgije.

⁵⁶ V. čl. 740. i 745. Građanskog zakonika Francuske, čl. 753. i 755. st. 1. Građanskog zakonika Belgije, kao i čl. 572. Građanskog zakonika Italije.

⁵⁷ V. čl. 749-750. Građanskog zakonika Francuske. U pravu Belgije u odnosu na pravo Francuske postoje određene razlike. Jedna od njih se ogleda u činjenici da se u pravu Belgije princip reprezentacije može primenjivati i u korist potomaka stričeva, ujaka i tetaka ostavioca. Kako je to gore navedeno, nasleđivati mogu samo srođnici do četvrtog stepena srodstva, s tim što ovo pravilo ne važi kada se radi o spomenutim licima koji nasleđuju po principu reprezentacije. V. čl. 733. st. 1., 742., 753. st. 2. i čl. 755. st. 2. Građanskog zakonika Belgije. O zakonskim naslednim pravima srođnika i bračnog druga u pravu Belgije v. Christian De Wulf: „Successions, donations inter vivos and wils,, Introduction to Belgian Law (Ed. Hubert Bocken, Walter de Bondt), Published by Kluwer Law International 2001., str. 187-190.

vo da nasledi će uvek imati pobočni srodnik najbližeg stepena srodstva, nezavisno od toga kojoj lozi pripada.⁵⁸

Osnovna odlika zakonskog nasleđivanja u pravu Španije, koja ga ujedno izdvaja od prethodno spomenutih prava, kako je to navedeno, predstavlja prihvatanje sistema tri linije. Shodno ovom sistemu, ostavioca kojeg nije nadživeo nijedan potomak, nasleđuju njegovi preci, uz poštovanje osnovnog pravila prema kojem u nasleđivanju bliži srodnik uvek isključuje daljeg.⁵⁹ Tako se na nasleđe kao naslednici druge linije najpre pozivaju roditelji ostavioca, između kojih se zaostavština deli na jednake delove, pri čemu u slučaju kada je ostavioca nadživeo samo jedan roditelj, istom na ime nasleđa pripada cela zaostavština.⁶⁰ Ako ostavioca nisu nadživeli ni roditelji, na nasleđe se pozivaju ostaviočevi dalji najbliži preci, pri čemu se zaostavština deli na dve polovine, ukoliko postoje preci istog stepena srodstva iz obe loze. U okviru jedne loze, zaostavština se između predaka istog stepena deli na jednake delove.⁶¹ Međutim, predak koji nasleđuje od svog potomka dobra, koja je ovaj bez naknade dobio od nekog svog drugog pretka ili brata, obavezan je da poštuje prava koja bi po zakonu bila stečena u korist srodnika do trećeg stepena, u smislu njegove dužnosti da ova dobra rezerviše u korist spomenutih srodnika, kada oni pripadaju lozi iz koje ta dobra potiču, jer preci nasleđuju, isključujući sva druga lica, dobra koja su poklonili deci i potomcima koji su umrli bez svog potomstva, ukoliko se ta dobra nalaze u zaostavštini, ili ona dobra koja zamenjuju poklonjena dobra (ako su ona dobijena u razmenu), odnosno nasleđuju tužbe ostavioca u pogledu tih dobara ako su ista otuđena, ili njihovu još neisplaćenu cenu.⁶²

Na kraju, ukoliko ostavioca nije nadživeo nijedan potomak, niti predak, na nasleđe će se kao naslednici treće linije pozivati ostaviočevi pobočni srodnici i to najpre ostaviočeva braća i sestre, između kojih se zaostavština deli na jednake delove, kao i njihovi prvostepeni potomci, koji se na nasleđe pozivaju po pravu reprezentacije, osim u slučaju kada se ovi potomci jedini pozivaju na nasleđe, u kom slučaju se zaostavština i između njih deli na jednake delove. Zaostavština se u slučaju postoja-

⁵⁸ V. čl. 572. st. 1. Građanskog zakonika Italije.

⁵⁹ V. čl. 921. st. 1. i 935. Građanskog zakonika Španije.

⁶⁰ V. čl. 936-937. Građanskog zakonika Španije.

⁶¹ V. čl. 938-941. Građanskog zakonika Španije.

⁶² V. čl. 811-812. Građanskog zakonika Španije. Opširnije o pravu na povraćaj imovine u pravu Španije i drugim zemljama romanske pravne tradicije v. Karl Hanz Neumayer: op. cit., str. 26-27.

nja konkurencije na nasleđe samo između braće i sestara, odnosno samo između polubraće i polusestara deli na jednake delove, dok u slučaju istovremenog konkurisanja na nasleđe braće i sestara i polubraće i polusestara, poslednje navedenim srodnici na ime naslednog dela pripada dva puta manje nego rođenoj braći i sestrama.⁶³ Ukoliko ni spomenuti pobočni srodnici nisu nadživeli ostavioca, na nasleđe se mogu pozivati i ostali pobočni srodnici ostavioca, zaključno sa četvrtim stepenom pobočnog srodstva.⁶⁴

b. Uzajamni odnos srodnika, bračnog druga i vanbračnog partnera kao zakonskih naslednika

Naslednopravni položaj koji bračni drug ima u pravu Francuske u slučaju postojanja ostaviočevih srodnika u pravoj ushodnoj i pobočnoj liniji povoljniji je od položaja koji bračni drug u odnosu na ove srodničke ima u svim ostalim pravima posmatrane grupe zemalja. Kako je to navedeno, odnos između činjenice srodstva i bračne veze u pravu Francuske je koordinirajući samo onda kada se radi o srodstvu u prvom stepenu prave ushodne linije, dok je ovaj odnos isključujući, kada se radi o srodstvu u bilo kom daljem stepenu prave ushodne linije ili u bilo kom stepenu pobočnog srodstva. U konkurenciji sa ostaviočevim roditeljima bračni drug nasleđuje polovinu zaostavštine, dok se druga polovina deli između ostaviočevih roditelja, tako da svaki od njih nasleđuje po četvrtinu zaostavštine, a ukoliko je jedan od roditelja umro pre ostavioca, deo koji bi pripao tom roditelju se dodeljuje bračnom drugu, na koji način on u konkurenciji sa roditeljima kao zakonskim naslednicima može naslediti tri četvrtine zaostavštine. Novinu u odnosu na stari tekst zakona predstavlja činjenica da bračni drug ostavioca ima pravo da nasledi celokupnu zaostavštinu u odsustvu ostaviočeve dece ili potomaka, kao i u odsustvu ostaviočevih roditelja,⁶⁵ na koji način su u korist bračnog druga iščezla nekad priznata prava privilegovanih pobočnih srodnika – braće i sestara ostavioca, odnosno potomaka braće i sestara, u prisustvu kojih je bračni drug prema ranijim zakonskim propisima imao pravo da nasledi 1/2 zaostavštine u svojini.⁶⁶

Protivtežu ovakvom uvećanju naslednih prava bračnog druga predstavlja pravo privilegovanih pobočnih srodnika i privilegovanih predaka

⁶³ V. čl. 925. st. 2, 927., 943., kao i čl. 946-951. Građanskog zakonika Španije.

⁶⁴ V. čl. 954-955. Građanskog zakonika Španije.

⁶⁵ V. čl. 757-1. i čl. 757-2. Građanskog zakonika Francuske.

⁶⁶ V. čl. 767. starog teksta Građanskog zakonika Francuske (Zakon od 03. 01. 1972. godine).

na povraćaj određenih dobara. Naime, u slučaju kada u zaostavštinu ostavioca ulaze i dobra starine, odnosno dobra koja je ostavilac stekao putem nasleđa i poklona od strane svojih srodnika u pravoj ushodnoj liniji srodstva, polovina ovakvih dobara koja se nalaze uaturi će pripasti ostaviočevoj braći ili sestrama, odnosno polubraći i polusestrama, ili njihovim potomcima.⁶⁷ Ovo pravo se podvrgava strogim uslovima, kako u pogledu dobara koja predstavljaju njegov objekat, tako i u pogledu lica koja se na njega mogu pozivati. Naime, pravo na povraćaj se ne odnosi na celinu spomenutih dobara u pitanju, već samo na njihovu polovinu, s obzirom na to da druga polovina pripada bračnom drugu, pri čemu se u teoriji navodi da u ova dobra ne ulazi samo nepokretna (iako je zakonodavac zasigurno preduzeo ovu meru imajući u vidu pre svega nepokretnosti), već i pokretna imovina.⁶⁸ Pored navedenog, samo u slučaju kada su i otac i majka preminuli, te u odsustvu ostaviočevih potomaka, spomenuta dobra se dele između ostaviočevih braće i sestara, odnosno njihovih potomaka, uz dodatno ograničenje – da oni predstavljaju potomke roditelja ostavioca koji su već bili umrli na početku prenosa zaostavštine, što znači da pravo na povraćaj neće pripadati onom polubratu i polusestri po majci, odnosno po ocu (niti njihovim potomcima), kada ova dobra ne potiču od lica koji je njima i ostaviocu zajednički predak.⁶⁹ Reformom iz 2006. godine pravo na povraćaj priznato je i roditeljima ostavioca kao njegovim privilegovanim precima, kako bi istima u najmanju ruku pripala ona dobra koja su oni sami poklonili ostaviocu. Naime, u slučaju kada oba roditelja ili samo

⁶⁷ V. čl. 757-3. Građanskog zakonika Francuske. Upravo s obzirom na raniji dominirajući značaj porodice, odnosno srodstva u naslednom pravu, bračni drug ostavioca, za koga se pretpostavljalo da bi ponovnim stupanjem u brak preneo nasledeni imetak u novu porodicu, prema ranijim naslednopravnim propisima Francuske je mogao steći puno pravo svojine samo uz prisustvo nepriviligovanih predaka iz samo jedne linije, odnosno samo uz prisustvo nepriviligovanih pobočnih srodnika. Promene u zaostavštini, kao i umanjnjen značaj krvnih veza u odnosu na pretpostavljenu ostaviočevu naklonost prema svom bračnom drugu umanjile su ovaj oprez, s tim što je pravo na povraćaj navedenih dobara ostalo kao njegovo poslednje ispoljavanje. V. u tom smislu: Marie-Cecile Forgeard, Richard Crone, Bertrand Gelot: op. cit., str. 9-10.

⁶⁸ V. u tom smislu: Marie-Cecile Forgeard, Richard Crone, Bertrand Gelot: op. cit., str. 10-11.

⁶⁹ U slučaju kada su ostavioca nadživeli bračni drug, rođena sestra, polubrat po majci, kao i dvoje dece od polubrata po ocu, pri čemu je ostavilac za života primio kao poklon jedno seosko imanje koje je bilo lična očeva svojina, tada će korisnike prava na polovinu ovog dobra koje potpada pod primenu prava na povraćaj predstavljati rođena sestra, kao i dvoje dece od polubrata po ocu. Ovo u krajnjim konsekvencama znači da se navedeno dobro deli na taj način da će polovinu ovog dobra steći bračni drug, četvrtinu rođena sestra, a po jednu osminu deca od ostaviočevog polubrata po ocu. Primer preuzet iz: Marie-Cecile Forgeard, Richard Crone, Bertrand Gelot: op. cit., str. 11.

jedan od njih nadžive ostavioca, iza kojeg nije ostalo potomstvo, isti mogu da izvrše pravo na povraćaj na dobrima koja su poklonili ostaviocu, a u granicama njihovog zakonskog naslednog dela, koji iznosi 1/4 zaostavštine. Vrednost dela dobara nad kojima se vrši pravo povraćaja odbija se prvenstveno od naslednih prava oca, odnosno majke. Za razliku od prava na povraćaj koje privilegovani pobočni srodnici mogu ostvariti samo onda kada se dobra nalaze u naturi u zaostavštini, pravo na povraćaj roditelja će se u slučaju kada se povraćaj ne može izvršiti u naturi, izvršiti u novčanoj protivvrednosti.⁷⁰

Protivtežu naslednim pravima bračnog druga predstavlja i pravo na izdržavanje nepriviligovanih predaka ostavioca, odnosno onih predaka koji ostaviocu nisu otac ni majka. Zahtev za izdržavanje se može podneti kada bračni drug u odsustvu dece ili potomaka ostavioca, kao i njegovog oca i majke nasleđuje celu zaostavštinu, odnosno kada u odsustvu dece i potomaka, kao i u odsustvu oca ili majke nasleđuje tri četvrtine zaostavštine.⁷¹ Ovo pravo pripada nepriviligovanim precima ostavioca (dedama i babama, pradedama i prabama itd.) na račun zaostavštine ostavioca, ukoliko se nalaze u stanju nužde, dakle onda kada im je to potrebno.⁷² U teoriji se navodi da ovo pravo pripada konkretno samo onom pretku (precima) koji su u pogledu svojih naslednih prava „istisnuti“ od strane bračnog druga.⁷³

⁷⁰ V. čl. 738-2. Građanskog zakonika Francuske. Pravo na povraćaj privilegovanih pobočnih srodnika može biti izgubljeno usled dobroćinih davanja učinjenih u korist bračnog druga ili nekog trećeg lica (pobočni srodnici se ovome ne mogu suprotstaviti, jer isti ne ulaze u krug nužnih naslednika). S druge strane, iako ni roditelji ostavioca, počev od 2006. godine više ne ulaze u krug nužnih naslednika, njihovo pravo na povraćaj je javno-pravnog karaktera, te isto ne može biti onemogućeno eventualnim činjenjem poklona bračnom drugu ili trećem licu. Na ovo upućuje prethodno spomenuta činjenica prema kojoj se pravo na povraćaj roditelja ima izvršiti u novčanoj protivvrednosti, ukoliko to nije moguće u naturi, što nije istovremeno slučaj i u pogledu prava na povraćaj privilegovanih pobočnih srodnika. V. u tom smislu: Jean Maury: op.cit., str. 60. i 47.

⁷¹ V. čl. 758. st. 1. Građanskog zakonika Francuske.

⁷² Rok u kojem se ovakav zahtev može podneti iznosi godinu dana od momenta smrti ostavioca, ili počevši od trenutka od kojeg su naslednici prestali da isplaćuju prestacije precima na koje su ranije bili obavezni, odnosno može se podneti do okončanja deobe zaostavštine. Izdržavanje je kao dug vezano za zaostavštinu, te kao takvo tereti naslednike u pogledu one imovine koju su oni stekli iz zaostavštine, a ukoliko to nije dovoljno, izdržavanje opterećuje i legatаре, srazmerno vrednosti primljenog legata. V. čl. 758. st. 2-3. Građanskog zakonika Francuske.

⁷³ Tako, ukoliko su ostavioca su nadživeli bračni drug, otac, baba po majci, kao i deda i baba po ocu - zaostavština će se deliti na takav način da će bračnom drugu pripasti pravo na tri četvrtine zaostavštine, ocu pravo na jednu četvrtinu zaostavštine, dok baba po majci, ukoliko se nalazi u stanju nužde može postati korisnik prava na potraživanje izdržavanja na račun zaostavštine. U konkretnom primeru ostaviočevi deda i baba po ocu ne-

U pravu Italije, odnos srodstva i bračne veze je koordinirajući, ne samo kada je reč o srodstvu u prvom stepenu prave ushodne linije, kao što je to slučaj u pravu Francuske, već kada god se radi o srodstvu u pravoj ushodnoj liniji, dakle, nezavisno od stepena, kao i kada se radi o privilegovanom pobočnom srodstvu. Odnos srodstva i bračne veze u ovom pravu je isključujući, samo onda kada bi se kao zakonski naslednici pojavljivali nepriviligovani pobočni srodnici, odnosno oni pobočni srodnici koji nisu braća i sestre i njihovi potomci. S druge strane posmatrano, odnosno uzimajući u obzir obim naslednopravnih ovlašćenja, kako bračnog druga, tako i bilo kog od prethodno navedenog kruga srodnika, nesporno je da bračni drug u konkurenciji sa bilo kim od njih ima povoljniju naslednopravnu poziciju. Tako će u situaciji kada iza ostavioca nisu ostali potomci ostavioca, kao ni njegova braća i sestre niti njihovi potomci, bračnom drugu na ime nasleđa pripasti 2/3 zaostavštine, dok će preostala 1/3 zaostavštine pripasti roditeljima na jednake delove (ili jedinom nadživlom roditelju), odnosno u slučaju nepostojanja roditelja ostaviočevim daljim precima, koji će se između ovih predaka deliti na način prema kojem će jedna polovina od ovog dela zaostavštine pripasti precima po očevoj liniji, a druga polovina precima po majčinoj liniji, s tim što će u situaciji kada preci nisu istog stepena, preostali deo zaostavštine pripasti najbližem od njih, bez obzira na liniju.⁷⁴ Ukoliko iza ostavioca nisu ostali niti njegovi potomci, niti njegovi roditelji, niti drugi preci preostala 1/3 zaostavštine će se deliti između ostaviočevih braće i sestara, polubraće i polusestara, odnosno njihovih potomaka primenom principa reprezentacije.⁷⁵ Na kraju, ukoliko su ostavio- ca iza kojeg nisu ostali potomci, nadživeli i roditelji (ili dalji preci) i braća i sestre, odnosno polubraća i polusestre, preostala 1/3 zaostavštine će se deliti bilo između roditelja i braće i sestara i polubraće i polusestara, bilo između daljih predaka i braće i sestara i polubraće i polusestara i to na način na koji se u ovom pravu cela zaostavština deli između spomenutih srodnika u slučaju nepostojanja konkurencije bračnog druga, a koji je iznet u gornjim razmatranjima, s tim što u svakom slučaju udeo koji nasleđuju preci ne sme iznositi manje od četvrtine zaostavštine.⁷⁶ Samo u slučaju nepostojanja nijednog pretka ostavioca, niti braće i se-

maju pravo na izdržavanje, jer ih je sin (ostaviočev otac) koji je živ, a ne bračni drug, istisnuo iz nasleđivanja. V. u tom smislu: Marie-Cecile Forgeard, Richard Crone, Bertrand Gelot: op. cit. str. 31.

⁷⁴ V. čl. 582. u vezi sa čl. 568-569. Građanskog zakonika Italije.

⁷⁵ V. čl. 582. u vezi sa čl. 570. i 468. st. 1. Građanskog zakonika Italije.

⁷⁶ V. čl. 582. u vezi sa čl. 571. Građanskog zakonika Italije.

stara, odnosno njihovih potomaka, bračni drug ostavioca može naslediti celu zaostavštinu i time isključiti ostale ostaviočeve pobočne srodnike iz nasleđivanja.⁷⁷

Na osnovu iznetog, mišljenja smo da iako u pravu Italije, bračnom drugu u konkurenciji sa nekim od srodnika ostavioca, kao što su njegovi roditelji, na ime naslednog dela može pripasti čak i veći deo zaostavštine od onog koji bračnom drugu u ovakvom slučaju pripada u pravu Francuske, značaj navedenog položaja bračnog druga umanjuje nepostojanje isključujućeg odnosa između bračne veze i srodstva u velikom broju naslednopravnih situacija. Naime, dok u pravu Francuske, kako smo to videli, bračni drug ostavioca može isključiti iz nasleđivanja sve naslednike u pravoj ushodnoj liniji srodstva, osim roditelje, kao i sve naslednike u pobočnoj liniji srodstva, dotle u pravu Italije bračni drug ne može isključiti iz nasleđivanja nijednog ostaviočevog srodnika u pravoj ushodnoj liniji, kao ni veći broj pobočnih srodnika ostavioca, već samo određene pobočne srodnike ostavioca koji nisu braća i sestre, odnosno njihovi potomci.

Ni u pravu Španije, kao što je to slučaj i u pravu Italije, bračni drug ostavioca ne može isključiti iz nasleđivanja nijednog ostaviočevog srodnika u pravoj ushodnoj liniji, s tim što mu u slučaju postojanja konkurencije bilo kog od navedenih srodnika, za razliku od položaja koji bračni drug u ovakvom slučaju ima u pravu Italije, na ime naslednopravnih ovlašćenja ne može pripasti nijedan deo zaostavštine u svojinu, već samo pravo doživotnog uživanja na 1/2 zaostavštine.⁷⁸ Jedino u slučaju nepostojanja predaka, nadživeli bračni drug ostavioca može naslediti celu zaostavštinu i time isključiti mogućnost pozivanja na nasleđe bilo kog pobočnog srodnika ostavioca kao njegovog potencijalnog zakonskog naslednika. Dakle, odnos srodstva i bračne veze je isključujući, ali samo onda kada bi se kao zakonski naslednici pojavljivali pobočni srodnici ostavioca.⁷⁹ Stoga, sveukupno posmatrano norme dispozitivnog zakonskog nasleđivanja u pravu Španije (mogućnost ostvarivanja isključivo prava doživotnog uživanja od strane bračnog druga u slučaju postojanja potomaka i predaka) govore u prilog tvrdnje da je naslednopravni položaj nadživelog bračnog druga u konkurenciji sa srodnicima ostavioca u ovoj zemlji nepovoljan.

Na kraju, u pravu Belgije naslednopravni položaj nadživelog bračnog druga u konkurenciji sa bilo kojim srodnicima ostavioca u pravoj

⁷⁷ V. čl. 583. Građanskog zakonika Italije.

⁷⁸ V. čl. 837. Građanskog zakonika Španije.

⁷⁹ V. čl. 944. Građanskog zakonika Španije.

ushodnoj i pobočnoj liniji kao potencijalnim zakonskim naslednicima direktno zavisi od imovinskog režima koji se primenjivao između bračnih drugova. Tako će naslednopravni položaj bračnog druga kao zakonskog naslednika biti povoljniji od onog koji on ima u konkurenciji sa potomstvom ostavioca, ali samo onda kada se između bračnih drugova primenjivao režim zajedničke imovine, kao zakonski imovinski režim, prema kojem u ovu imovinu ulazi sva ona imovina koju su bračni drugovi stekli tokom braka, ali ne i ona imovina koju su stekli pre braka ili u toku braka nasleđem ili poklonom, koja ulazi u njihovu posebnu imovinu. U ovom slučaju, odnos činjenice srodstva i bračne veze će biti koordinirajući, imajući u vidu činjenicu da će nadživeli bračni drug steći pravo svojine na celom udelu ostavioca u zajedničkoj imovini. Uz to, bračnom drugu će pripasti i pravo plodouživanja na posebnoj imovini ostavioca,⁸⁰ koju će nasleđivati ostaviočevi srodnici prema redosledu i na način koji je napred izložen. Dakle, nadživeli bračni drug stiče puno pravo svojine nad celom zajedničkom imovinom, od koje jednu polovinu stiče primenom bračnog imovinskog prava, a drugu polovinu primenom pravila zakonskog nasleđivanja. Ovo pravilo nasleđivanja stavlja nadživеле bračne drugove u povlašćen položaj u situaciji kada su oni živeli u režimu zajedničke imovine, jer usled specifičnih pravila o zajedničkoj imovini, srodnici nemaju nasledna prava na istoj, pri čemu je posebna imovina ostavioca kao deo zaostavštine koji oni mogu steći u svojini opterećena pravom plodouživanja u korist bračnog druga. U slučaju postojanja ovog režima, bračni drug ostavioca može naslediti celu zaostavštinu, onda kada iza ostavioca nije ostao nijedan njegov srodnik iz kruga potencijalnih zakonskih naslednika ili eventualno u slučaju kada je zaostavštinu činio samo udeo ostavioca u zajedničkoj imovini.⁸¹ Naslednopravni položaj bračnog druga u konkurenciji sa srodnicima će biti znatno nepovoljniji u situaciji kada su se bračni drugovi putem bračnog ugovora opredelili za režim odvojenosti imovina, gde je svaki bračni drug vlasnik svoje imovine, bez obzira da li je imovina stečena pre ili tokom braka, imajući u vidu činjenicu da će bračni drug i tada, poput situacije kada konkuriše sa potomstvom ostavioca, steći pravo plodouživanja nad celom zaostavštinom ostavioca, dok će se zaostavština deliti između onih srodnika ostavioca koji su u konkretnom slučaju pozvani na nasleđivanje.⁸² U ovom slučaju, odnos između činjenice

⁸⁰ V. čl. 745. bis § 1. st. 2. Građanskog zakonika Belgije.

⁸¹ V. čl. 745. bis § 1. st. 3. Građanskog zakonika Belgije.

⁸² Kao i kada je reč o plodouživanju bračnog druga na zaostavštini koju nasleđuju potomci, konverzija plodouživanja moguća je i kada je reč o plodouživanju na zaostavšti-

srodstva u pravoj ushodnoj i pobočnoj liniji i činjenice bračne veze je supsidirajući, s obzirom na to da se bračni drug ostavioca može pojaviti kao nasljednik u svojinu samo onda kada iza ostavioca nije ostao nijedan njegov srodnik iz kruga potencijalnih zakonskih nasljednika, u kom slučaju će bračnom drugu pripasti celokupna zaostavština.

Za razliku od bračnog druga, vanbračnom partneru u konkurenciji sa srodnicima ostavioca ne može pripasti nijedan deo zaostavštine u svojinu. Međutim, s obzirom na to da pravo plodouživanja nad nepokretnošću, koja je tokom zajedničkog života predstavljala zajedničko prebivalište, kao i nad pokućstvom kojim je ova nepokretnost opremljena, vanbračnom partneru pripada nezavisno od toga sa kojim nasljednicima se pojavljuje pri nasleđivanju, to njemu ova prava pripadaju i u slučaju konkurisanja na nasleđe bilo kog pretka, odnosno pobočnog srodnika ostavioca.⁸³ U ovakvom slučaju, cela zaostavština će se deliti između onih srodnika koji su u konkretnom slučaju pozvani na nasleđivanje, s tim što će njihovo pravo svojine biti opterećeno pravom plodouživanja vanbračnog partnera na napred spomenutim delovima zaostavštine.

Zbog prethodno iznetih pravila zakonskog nasleđivanja, poređenje karakteristika odnosa srodstva i bračne veze u poslednje spomenutom pravu, u odnosu na karakteristike ovog odnosa u ostalim posmatranim prava, nije moguće vršiti nezavisno od imovinskog režima koji je postojao između bračnih drugova, jer isti direktno utiče na naslednopravni položaj bračnog druga, a time i na ovakav položaj konkurišućih mu srodnika. Ukoliko se primenjivao režim zajedničke imovine, te ukoliko ostavilac nije imao posebnu imovinu, već samo udeo u zajedničkoj imovini, na koji u slučaju postojanja nadživelog bračnog druga nijedan od ostaviočevih srodnika nema zakonsko nasledno pravo, naslednopravni položaj bračnog druga će biti bolji od naslednopravnog položaja koji bračni drug u slučaju postojanja predaka i pobočnih srodnika kao potencijalnih zakonskih nasljednika ima u bilo kom drugom pravu posmatrane grupe zemalja. Ukoliko je ostavilac međutim posedovao posebnu imovinu, naročito kada je ona znatno veće vrednosti u odnosu na vrednost zajedničke imovine, ili ukoliko je između bračnih drugova postojao režim odvojenosti imovina, naslednopravni položaj bračnog druga će biti nepovoljniji, jer će u prvom slučaju steći pravo svojine na manjem delu zaostavštine, pri čemu će na većem delu zaostavštine pravo svojine steći bilo koji srodnik prave ushodne linije, odnosno bilo koji

ni koju nasleđuju ostali srodnici, s tim što je zakonom postavljeno ograničenje, prema kojem ona mora biti zahtevana u roku od pet godina od smrti ostavioca. V. čl. 745. *quater* § 2. st. 1. Građanskog zakonika Belgije.

⁸³ V. čl. 745. *octies* § 1. Građanskog zakonika Belgije.

pobočni srodnik ostavioca koji je u konkretnom slučaju pozvan na nasleđivanje, dok mu u drugom slučaju na ime nasleđa ne može pripasti nijedan deo zaostavštine u svojinu, koja će se shodno navedenom deliti između bilo kojih srodnika prave ushodne ili pobočne linije koji su u konkretnom slučaju pozvani na nasleđivanje. U oba slučaja na zaostavštini koju ne nasleđuje u svojinu, bračni drug stiče pravo plodouživanja. Pod pretpostavkom postojanja režima odvojenosti imovina, naslednopravni položaj bračnog druga u konkurenciji sa precima povoljniji je samo od naslednopravnog položaja koji bračni drug ima u slučaju postojanja ovih srodnika u pravu Španije, imajući u vidu činjenicu da u poslednje spomenutom pravu bračnom drugu u ovom slučaju pripada pravo plodouživanja na 1/2 zaostavštine. S druge strane, ovakav njegov položaj u konkurenciji sa bilo kojim pobočnim srodnikom ostavioca bio bi nepovoljniji od onog naslednopravnog položaja koji bračni drug u slučaju postojanja ovih srodnika ima u bilo kom drugom posmatranom pravu.

3. Ostali propisi koji uređuju položaj bračnog druga i vanbračnog partnera u pravu Francuske

U cilju zaštite nadživelog bračnog druga ostavioca, krugom njegovih prava u zakonodavstvu Francuske obuhvaćeno je i pravo na privremeno i doživotno stanovanje, kao i pravo na izdržavanje. Navedenim merama zakonodavac je u ovoj zemlji nastojao poboljšati egzistencijalne uslove nadživelog bračnog druga, obezbeđujući mu pre minimalne garancije nego apstraktno uvećanje njegovih zakonskih naslednih prava.⁸⁴

Tako se pravo na privremeno stanovanje bračnog druga, prema slovu zakona tretira kao posledica braka, a ne naslednih prava bračnog druga.⁸⁵ Ovo pravo podrazumeva pravo nadživelog bračnog druga koji je u momentu nastupanja smrti efektivno koristio stan da tokom jedne godine od smrti ostavioca boravi u stanu koji pripada bračnim drugovima, ili koji u potpunosti ulazi u zaostavštinu, kao što podrazumeva i njegovo pravo da koristi pokretne stvari kojima je stan namešten, a koje ulaze u zaostavštinu.⁸⁶ U ovom slučaju bračni drug ima pravo uživanja, koje pravo se zapravo mora shvatiti kao njegovo izdržavanje

⁸⁴ Prilikom propisivanja zaštitnih mera koje se odnose na pravo stanovanja, zakonodavac se najviše rukovodio činjenicom da je zakonsko nasleđivanje pre svega karakteristično za porodice skromnijeg imovinskog stanja, te da kod ovakvih porodica pravila zakonskog nasleđivanja, odnosno visina naslednih prava bračnog druga ne bi istom omogućila da pretenduje na porodični smeštaj. V. u tom smislu: Jean Maury: op. cit., str. 63.

⁸⁵ V. čl. 763. st. 3. Građanskog zakonika Francuske.

⁸⁶ V. čl. 763. st. 1. Građanskog zakonika Francuske.

u odnosu na zaostavštinu.⁸⁷ Pravo na privremeno stanovanje je javno-pravnog karaktera i ne može biti ukinuto voljom ostavioca.⁸⁸ Upravo zbog činjenice što pravo na privremeno stanovanje ne predstavlja naslednopravno ovlašćenje, već pravo koje je vezano za brak, izmenama Građanskog zakonika Francuske iz 2006. godine navedeno pravo priznato je i vanbračnom partneru ostavioca.⁸⁹ U teoriji je iznet stav da za razliku od bračnog druga, vanbračnom partneru ovo pravo može biti uskraćeno voljom ostavioca, imajući u vidu činjenicu da odredbe kojima se reguliše pravo vanbračnog partnera na privremeno stanovanje ne upućuju na analognu primenu odredbe prema kojoj je pravo na privremeno stanovanje bračnog druga javnopravnog karaktera, te koje stoga ne može biti ukinuto voljom ostavioca.⁹⁰

Za razliku od privremenog prava stanovanja, doživotno pravo stanovanja je priznato samo bračnom drugu, ne i vanbračnom partneru. Ono podrazumeva pravo bračnog druga koji je u trenutku smrti ostavioca kao svoje glavno mesto stanovanja efektivno koristio stan koji je u vlasništvu oba bračna druga ili koji u potpunosti ulazi u zaostavštinu da nastavi da stanuje u istom, kao i da koristi pokretne stvari kojima je stan namešten. Ovo pravo prvenstva bračnom drugu će pripadati samo onda kada ostavilac nije izrazio drugačiju volju, pod određenim uslovima, koji kroz svoj restriktivni karakter izražavaju zakonodavčevu naklonjenost ideji da se nadživlom bračnom drugu omogućiti da ostane u svom životnom okruženju.⁹¹ Vrednost prava stanovanja i korišćenja stvari se oduzima od vrednosti naslednih prava koja pripadaju bračnom drugu, što znači da se vrednosti ovih prava uračunavaju u vrednost stečenih naslednih prava bračnog druga. Međutim, dok bračni drug može da stekne dodatak na postojeća dobra, ako je vrednost ovih prava manja u odnosu na njegova nasledna prava, u obrnutoj pretpostavci, dakle, kada je vrednost ovih prava veća u odnosu na njegova nasledna prava, on se ne smatra obaveznim da nadoknadi zaostavštinu zbog postojanja viška.⁹² Dakle, prava bračnog druga su podignuta do visine vrednosti prava stanovanja i korišćenja na uštrb prava ostalih naslednika. Bračni drug ima pravo da u roku od godinu dana od

⁸⁷ V. u tom smislu: Marie-Cecile Forgeard, Richard Crone, Bertrand Gelot: op. cit. str. 41.

⁸⁸ V. čl. 763. st. 4. Građanskog zakonika Francuske.

⁸⁹ V. čl. 515-6. Građanskog zakonika Francuske.

⁹⁰ V. u tom smislu: Jean Maury: op.cit., str. 64.

⁹¹ V. čl. 764. st. 1-2 Građanskog zakonika Francuske. Navedeno pravo ostavilac može uskratiti bračnom drugu samo kada je njegovo zaveštanje u kojem je izražena ovakva njegova volja, primljeno od strane dva javna beležnika ili od strane jednog javnog beležnika u prisustvu dva svedoka. V. čl. 971. Građanskog zakonika Francuske.

⁹² V. čl. 765. Građanskog zakonika Francuske.

smrti ostavioca izrazi svoju volju u vezi uživanja navedenog prava stanovanja i korišćenja stvari.⁹³ Pravo na stanovanje i korišćenje stvari nadživeli bračni drug i naslednici mogu sporazumno konvertovati u doživotnu rentu ili kapital.⁹⁴

Na kraju, u prava nasledno sposobnog bračnog druga koji se nalazi u stanju nužde spada i pravo na izdržavanje iz zaostavštine, na isti način na koji ovo pravo mogu ostvarivati i neprivilegovani preci ostavioca, odnosno u istim rokovima u kojima ovo pravo ostvaruju i neprivilegovani preci ostavioca.⁹⁵

⁹³ V. čl. 765-1. Građanskog zakonika Francuske. Zakonom su propisani i uslovi ostvarivanja navedenih prava, iz kojih proizlazi da je bračni drug kao nosilac prava stanovanja i korišćenja obavezan da se pri uživanju ovih prava ponaša kao dobar domaćin, te da ne može ustupati niti iznajmljivati ovaj smeštaj (čl. 764. st. 3. u vezi sa čl. 627., 631. i 634. Građanskog zakonika Francuske). Od navedenog izuzetak predstavlja jedino situacija kada smeštaj više ne odgovara potrebama bračnog druga, u kom slučaju bračni drug ima pravo na izdavanje ovog smeštaja kako bi obezbedio prihode neophodne za drugi prilagođeniji smeštaj, osim za upotrebu koja je komercijalna ili poljoprivredna (čl. 764. st. 5. Građanskog zakonika Francuske).

⁹⁴ V. čl. 766. st. 1. Građanskog zakonika Francuske.

⁹⁵ V. čl. 767. Građanskog zakonika Francuske. Ostavioca su nadživeli bračni drug i sin iz prvog braka. Ostavilac je svog bračnog druga zaveštanjem lišio prava na doživotni smeštaj, a gospodu V odredio za naslednika. U trenutku nastupanja smrti zaostavština iznosi 100 000 evra. U vreme nastupanja smrti bračni drug ostavioca se nalazi u stanju nužde, te postavlja zahtev za izdržavanjem na račun zaostavštine u roku od jedne godine od smrti ostavioca. U konkretnom slučaju nužni deo sina iznosiće 50 000 evra, dok će raspoloživ deo zaostavštine iznositi takođe 50 000 evra, koji će pripasti gospođi V. I sin ostavioca i gospođa V će biti dužni da u srazmeri sa svojim naslednim delovima (dakle, svako po pola) plaćaju izdržavanje bračnom drugu ostavioca. Bračnom drugu će kao posledica braka pripasti i pravo na besplatno uživanje smeštaja, kao i pokretnih stvari u trajanju od godinu dana, shodno gore spomenutom čl. 763. Građanskog zakonika Francuske. Primer preuzet iz: Marie-Cecile Forgeard, Richard Crone, Bertrand Gelot: op. cit., str. 48-49.

*Jelena Vidić, LL.M., Assistant
Faculty of Law Novi Sad*

Legal Ground of Intestacy in Comparative Law (France, Belgium, Italy and Spain)

Abstract

The main task of legislature in regulation of intestacy is determining inheritants. The most important facts which classes in intestacy are based on today, that is, in contemporary legal orders, are kinship, marriage and cohabitation. An adequate relationship of these facts, as legally relevant, in formulating intestacy, is of great importance in every specific legal order. Namely, in most continental European countries, one of the two possible legal bases to claim inheritance is intestacy, which, even though being a weaker legal basis, is more frequently practised to testation as the other legal basis. Furthermore, the importance of the specific way of legal regulation of the relationship of kinship, marriage and cohabitation in formulating rules of intestacy lies in the fact that these norms reflect a general attitude of a society towards regulation of legal effects after the death of the deceased. For these reasons, it is important to compare legislations of certain legal orders, regarding the issue of the aforementioned facts in formulating rules of intestacy.

As a continuation of previous papers, where we discussed legal consequences of relationship of kinship, marriage and cohabitation in law of England, as well as the countries of the German law tradition, the subject of research in this paper is legal regulation of the issue in the countries of Roman (French) legal tradition, more specifically, France, Belgium, Italy and Spain.

Key words: kinship, marriage, cohabitation, relatives, spouse, cohabitation partner, intestacy, intestate share.

*Mr Dragana Ćorić, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

AMERIČKA DOKTRINA O ZAŠTITI STEČENIH PRAVA

Sažetak: *Američka, i uz nju, engleska pravna teorija, su razvile najveći broj mehanizama zaštite stečenih prava. Veoma retke povrede stečenih prava od strane retroaktivnosti su, sa druge strane, bile dovoljne da „uzdrmaju“ jedan od osnovnih temelja vladavine prava, a to je pravna sigurnost. Apsolutna pravna sigurnost, pod koju ovde možemo supsumirati i princip zaštite stečenih prava i(ne)retroaktivnosti, kako tvrde naučnici i praktičari anglosaksonske provenijencije, je moguća, ali teško izvodljiva. No, retko samostalno i decidno izjašnjavanje upravo o zaštiti stečenih prava i zabrani retroaktivnosti, i češće spominjanje istih u okviru vladavine prava čine anglosaksonsku pravnu teoriju i posebno kao najrazvijeniju-američku pravnu teoriju, interesantnom za dalja teorijska proučavanja.*

Ključne reči: *američka pravna teorija, stečena prava, pojam, doktrina*

1. Uvodne napomene

Angloamerička pravna tradicija je tradicija sudskih presedana, inspirisana neprekidnim i veoma budnim radom sudske nomenklature, u svim vremenskim razdobljima, u toku postojanj, a posebno u SAD. Zakonodavna funkcija se ovde doživljava skoro kao prolazna ili uzgredna funkcija jedne od vlasti u okviru podele vlasti, jer sudska vlast i same sudije, kao nosioci tumačenja istih tih normi, imaju daleko odgovorniju funkciju¹. Nji-

¹ Ističe se da sudije i jesu na izvestan način iznad zakonodavca, jer ocenjuju ustavnost zakona i svojim odlukama mogu zaustaviti važenja nekog zakona, ili zahtevati njegovu izmenu. No anglosaksonsko pravo upravo zbog sistema precedenata je tu ulogu ipove-

hov posao sa procesom tumačenja pravnih normi započinje, i neretko to tumačenje prerasta u novo pravilo, u zavisnosti od viđenja i unutrašnjih osećaja pravde i morala samih sudija. Iako se u javnosti često citira fikcija da su sudovi i ovde kao i u evropskokontinentalnom pravnom sistemu puki tumači pozitivnog prava, i sudije uporno tvrde da su njihove presude interpretativnog karaktera, praksa govori upravo suprotno.

Paund je smatrao da je druga faza razvoja prava – striktno pravo², gde pravo prevashodno ima funkciju regulisanja odnosa u društvu a država je organ društvene kontrole. Pravna pravila su ovde visoko formalizovana, neelastična i nefleksibilna. No upravo ovakav koncept prava nam donosi kao značajne ideje izvesnosti (sigurnosti) i uniformnosti. Dalje, faza liberalizacije prava kao faza prirodnog prava ili jednakosti ima kao ključnu reč umesto izvesnosti – moralnost ili neki drugi vid etičkog inputa, kao što su jednakost ili savest. Doprinos ove faze je u pravnoj evoluciji i definisanju koncepta dobre vere i moralnog ponašanja koja se može postići kroz razum, etičke solucije tj rešenja kontroverzi i sukoba dužnosti.

Sledeći nivo je, smatra dalje Paund, nivo zrelosti prava, u kome se na izvestan način „zgušnjava“ proces stvaranja prava, a ključne reči su bezbednost i jednakost, što se delimično derivira iz dva izvora, jedan je insistiranje striktnog prava da se isti pravni lek treba uvek primeniti u istoj situaciji (što jeste segment pravne sigurnosti), a delom i iz insistiranja na jednakosti ili prirodnom pravu u pogledu tretiranja svih ljudskih bića kao i pravnih lica, i pod uslovom priznavanja punog kapaciteta prava. „Zrelost“ prava, dakle, insistira i na sigurnosti i u ovom smislu je potrebno izvršiti poređenje ove faze sa fazom striktnog prava. Akcenat u obe faze je bio upravo na obezbeđenju sigurnosti, a što proizlazi iz insistiranja na svojini i ugovoru kao fundamentalnim idejama američkog prava. **Sigurnost je, dakle, dobijala svoju garanciju jedino kroz obezbeđivanje nesmetanog uživanja prava svojine i mogućnosti zaključenja ugovora.**

Skoro 100 godina kasnije, situacija na ovom planu se nije bitnije promenila. Savremena jurisprudencija angloameričke provenijencije se i dalje oslanja više na takve sudske presude, koje imaju kreatorski značaj, nego na same propise³. Propisi, kao što su ustavi, bilo federalni ili država

čalo. Više o tome: *R. C. van Caenegem: Judge and Lawgiver in Anglo-American history, European review, Vol 11. Nr. 3, str. 325-339.*

² Rosco Paund, *The Spirit of Law*, 1921.

³ Ideja o pravu ne može nastati posle izvesnog broja posebnih odluka, i pravi izvor prava je usmena tradicija: R-Floyd Clarck, *The Science of Law and Lawmaking* (Being an

članica, statuti i dr. predstavljaju polazište za sva dalja razmatranja i toliko potrebno preciziranje najopštijih postulata u jednoj državi. Stoga i sama angloamerička pravna teorija i praksa, budući da imaju različita polazišta u odnosu na evropsko kontinentalno pravno usmerenje, imaju i drugačije ishode. Ustavi kako federacije tako i federalnih jedinica u SAD imaju generalno ograničenja da ne smeju da ugrožavaju ili narušavaju ugovorna prava, tj prava koja proističu iz bilo kojih zaključenih ugovora. No sudovi ovo retko koriste da stvore apsolutnu zabranu protiv ugrožavanja ove vrste, već se pravdaju opravdanim interesom koji ustanovi država. Sudovi u ovom smislu koriste *dvostepenu analizu akata* da bi odlučili da li je retroaktivna primena propisa dozvoljena i ne ide li na štetu stečenih ugovornih prava. Ako je retroaktivnost u ovom slučaju moguća, dalje se vrši provera da li je ugrožavanje ugovornih prava suštinske prirode, da li je država iskazala značajan i legitiman društveni cilj dozvoljavanjem ovakve mogućnosti i da li je prilagođavanje prava i obaveza iz ugovora bazirano na razumnim uslovima da li odgovara ciljevima zbog kojih je usvojen novi zakon. Ovakvoj proverbi se pristupa sa posebnom pažnjom kad je jedna od ugovornih strana sama država⁴.

Ipak, ne treba prenebregnuti i činjenicu da nisu ovde samo sudije jednako kreatori pozitivnog prava kao i sam zakonodavac. Naime, to često čine i značajniji pravni pisci, doduše posredno, jer njihova pravna stanovišta citiraju sudije u svojim obrazloženjima, posebno ako izražavaju *dissent*, tj. svoj glas izdvajaju iz većine prilikom glasanja za donošenje jedinstvene presude. Pravnoteorijske debate, kao što je Hart-Devlin debata o moralnoj sadržini prava, traju i nekoliko godina ili decenija, sa krajnje neizvesnim i nepredvidivim ishodom. Oštrini takvih debata pogoduje i krajnje liberalna klima u samim sudovima, jer sudije, donoseći i obrazlažući svoje presude, provejavaju iste te pravnoteorijske stavove kao osnove za određene sudske ishode.

Neretko dodajući i sopstvene iste ili slične argumente u prilog jednom od postojećih pravnoteorijskih stanovišta o nekoj stvari, sudije posebno u SAD staju i na stranu ne samo zakonodavca, već i naučnika, jer od snage njihove teorijske argumentacije zavisi i dužina trajanja njihovog presedana. U suprotnom, isti može biti „oboren“, što je svakako teže, kompleksnije i te-

Introduction to law -a general view of law of its forms and substance, and a discussion of the question of codification), 1898 str. 20. U tome i jeste ključna razlika između shvatanja prava i primene prava između anglosaksonskog i evropsko-kontinentalnog sistema, u prvom se tumačenje, shvatanje i primena vrše od pojedinačnog ka opštem a u drugom - od opšteg ka pojedinačnom.

⁴ Više o tome: *Deborah K. McKnight; Legal Analysis, Minnesota House of Representatives, Research Department Revised, June 2005.*

že se podnosi od običnog vraćanja neke presude prvostepenom organu na ponovno suđenje, kao što je slučaj u evropskokontinentalnom sistemu. Ovde se ne obara samo jedna presuda, već se ruši ceo jedan sistem sigurnosti, zasnovan na takvoj presudi, ceo sistem očekivanih ponašanja suda, tužilaca, stranaka, zastupnika. U evropskokontinentalnom pravnom sistemu ovakvi slučajevi su veoma česti, jer drugostepeni sudovi prebacuju teret nazad na prvostepeni sud i vraćaju mu na suđenje ceo predmet iz početka. U SAD rušenje presedana i stvaranje novog je prilično teško, jer se ruši i institucija presedana, i institucija sudije kao lica koje ustanovljava pravila za ubuduće slično zakonodavcu i nestaje sigurnost građana.

Iako je postojao poseban akcenat na nekim doktrinama *common law-a* i njihovoj većoj primenljivosti, *common law* je i tada u osvitlu 18. veka i tokom celog 18. veka bilo daleko od sopstvene unifikacije u svakom smislu. Čak su i Edvard Kouk i Metju Hejl govorili o potrebnoj otvorenosti *common law*⁵ sistema prema promenama shodno društvenim kretanjima, a neki su išli dotle da kažu da razumevanje jednog originalnog teksta u ovom smislu podrazumeva posebno i očekivanja o budućem procesu ineterpretacije tog teksta same po sebi. Dvorkin je ovde govorio o dve vrste originalizma, jedan je semantički, gde bi posebno norme o stvaranju prava bile tumačene na onaj način i u onom smislu kako je tvorac tih normi hteo da one budu tumačene. Drugi tip je očekivani originalizam, pod kojim je podrazumevao da se tumače u svetlu onih posledica koje je normotvorac očekivao da će te norme usled svoje primene imati. Originalisti su težili da pomalo i ograniče sudsku interpretativnu diskreciju,⁶ te bi ih možda ograničili tako što bi tražili od njih da pogledaju sve i jedan slučaj počev do kongresnih statuta i da prihvate ono što je većinski stav, a ne da imaju svoje mišljenje. Neki autori su istakli stav, da cilj upravo ovakve prevencije sudija, da se preterano angažuju u voljnom ali i arbitrarnom presuđivanju, je nedovoljan, da opravda rekurs originalizma, budući da prihvatanje bilo kakvog interpretativnog metoda sprečava sudije da se upravo tako i angažuju.⁷

⁵ *Common law* prihvata ona pravila građanskog ponašanja koja proističu iz common wisdom i iskustva društva, koja su ustoličena u vremenom ustanovljenim običajima, a koja su finalno dobila sudsku sankciju i afirmaciju. Verbalni izraz *Common law-a* je u pravnim maksimama, defincijama, sudskim odlukama, koje su sačuvane i dostupne svima u govorima velikih pravnika i izveštajima sudskih odluka, preuzeto iz *W. C. Robinson: Elementary law, and Elementss of American Jurisprudence*, navedeno u: *Frederic W. Mahtland and Francis C. Montague, A Sketch of English Legal History, 1915, str 213.*

⁶ *Bernadette Meyler: TOWARDS A COMMON LAW ORIGINALISM, Stanford Law Review, December 2006, vol 59, str. 551-571.*

⁷ *Keith E. Whittington, Constitutional Interpretation, Textual meaning Original intent, and Judicial review, 39(1999).*

2. Mesto doktrine u pravnom sistemu i odnos prema pravnoj sigurnosti

Značajna faza u konstituisanju ograničenja, baziranim na ideji višeg zakona primenjuje se u okviru zakonodavnih ovlašćenja u američkom ustavnom pravu, i čini je doktrina stečenih prava. Iako postoje izvesna ograničenja, koja se sugerišu prilikom ispoljavanja političkog autoriteta, a da se poštuje privatna svojina, što je princip poznat još od srednjeg veka, razvoj teorije o onipotenciji tj. svemogućnosti zakonodavca je išao u pravcu da se i privatna svojina može oduzeti ako je u pitanju javni interes. Individualistička teorija 18. veka i prirodnopravna filozofija podržali su misao da takva državna akcija, koja bi narušila svetost privatne svojine, treba dobro da se opravda. Nakon što je federalni ustav počeo sa primenom, ovo stanovište je ponovio i sudija Paterson, insistirajući upravo na tome da je pravo na sticanje i posedovanje imovine i njenen zaštite jedno od prirodnih i neotuđivih prava čoveka. Njihovo očuvanje je stoga primarni cilj društvene zajednice.

Tako je potvrdio i Vrhovni sud federalne države Karoline u jednoj svojoj sudskoj presudi – *doktrinu da novi zakon ne može povrediti stečena prava i zaključeni ugovor*. Ali kad je prevagnula suprotna doktrina, *nekoliko sudova je povodom stava da se u slučaju sumnje nijednom zakonu ne sme pridati povratno dejstvo, postavilo kao osnovnu doktrinu tj. obavezu da ni u jednom slučaju zakon koji se tumači u procesu primene ne dođe u konflikt sa stečenim pravima*. Iako teorijski dobro osmišljeno, u praksi nije bilo često poštovano.

Sama američka doktrina ustavnog prava, kako je definisao Džon Maršal, ustav i obaveze koje on nameće, stavlja na najviši nivo poštovanja. Svako ponašanje, iole kontra ustavnim načelima, treba smatrati nevažećim. Sudije su posebno dužne poštovati ustavna načela u svom radu, a imaju sva ovlašćenja da koristeći sopstveno mišljenje i pravno shvatanje donose presude koje će biti potpuno pravno zaštićene. No, to mišljenje sudija varira, kao ni u jednoj drugoj sferi društvenog života, jer oni „luta-ju“ između liberalizma i konzervativizma, između Scile i Haribde pravnog sveta.

Ono što je izvesno jeste postojanje različitih pojmovnih i vrednosnih koncepata pre Maršala⁸, koji su se izgrađivali tokom 17. i 18. veka. Kako danas neki savremeni autori tvrde, tadašnji pravni teoretičari ali i praktičari su veoma vešto transformisali politička pitanja u pitanja isključivo

⁸ Shannon C. Simson: *The American Revolution in the Law: Anglo-American Jurisprudence before John Marshall*, Princeton University Press, 1990, str. 44.

pravne prirode. U nekim slučajevima je bilo izuzetno teško napraviti nedvosmislenu vezu između sudskih presuda donetih još u kolonijalno doba sa postrevolucionarnom sudskom retorikom.

Postoje tri problema od istorijskog značaja, koja je definisala sama američka revolucija u pravu: pitanje pravne sigurnosti, sudske nezavisnosti i prostora za slobodno sudsko odlučivanje. Ovde se suočavamo sa veoma ozbiljnom problematikom, u smislu da kada pravo nije poznato, odnosno izvesno sudijama i/ili im nedostaje potpuna nezavisnost u radu, obični građani onda počinju samostalno da deluju te zauzimaju samovoljno prostor ostavljen sudijama da rade, za prostor u kome će oni sami odlučivati u pojedinim slučajevima i sami sprovesti kazne. Kad se pravna sigurnost i sudska nezavisnost osiguraju, prostor za odlučivanje se maksimalno sužava i nije moguć ulazak u njega običnim građanima, već samo kvalifikovanim – sudijama.

U tom smislu, neki autori govore o nivou predvidljivosti od 0, 5⁹, što znači da u celom sistemu postoji bar jedan slučaj u kojem se ne može odlučiti na već poznat i uobičajen način, već se mora pristupiti uspostavljanju novog presedana. Tako, ako postoji više od jednog optimalnog rešenja za neki pravni problem, sudija može da odabere ono pravno rešenje koje najviše odgovara njegovom unutrašnjem osećaju pravde. To automatski implicira strankama u postupku neizvesnost, jer ne mogu očekivati tačno određeno rešenje svog problema, a sudija u okviru svojih širokih diskrecionih ovlašćenja kao jedino merilo ima – sopstveno mišljenje koje ne mora nužno biti – i ispravno, pravilno ili zadovoljavajuće za stranke u sporu.

Neodređenost samo po sebi može imati izvor u otvorenom sadržaju jezika akata i samih presuda.¹⁰ Bilo koje ekstenzivno stvaranje prava od strane sudstva bi predstavljalo uzurpaciju ovlašćenja narodnih predstavnika, ali bi sa druge strane bila blokirana institucija pravosuđa.

Vremenom su razvijeni mehanizmi za smanjenje pravne neodređenosti, kao što su :

1. *delegalizacija*-stavljanje nekih propisa van snage i da se zato ne uzimaju u obzir prilikom planiranja budućih aktivnosti

⁹ Pravna neodređenost raste, što se primena nekog pravila približava nivou 0, 5. Još kompleksniji odnos postoji u slučaju kad se predviđanje smanjuje od 0, 5 do 0. Ispod 0, 5 pravna sigurnost raste, budući da su sva pravila su povezana sa nekim drugim srodnim pravilima. Ako se pak približava 0, 5, to maksimizira pravnu neizvesnost, jer ne može se predvideti koja strana ima veće izglede da uspe u sporu. *Anthony D'Amato: Legal Uncertainty, California Law Review, Vol 71, No1, January 1983.*

¹⁰ *Ken Kress, Legal Indeterminacy, California Law Review, vol 77, 1989, str. 283*

2. *Non rule donošenje odluka* – npr. kompjuterizovana procedura koja koristi regresivnu analizu svih prethodnih slučajeva

3. *usklađivanje pravila sa prirodnim pravom*. Sam Džon Finis je opisao mnoga pravila iz prirodnog prava kao pravila koja odgovaraju savremenom smislu za praktičku razumnost. Tu će svakako postojati jaz koji se može prevazići na sledeće načine:

a) stvaranjem novog zakonodavnog tela – Komisija za reviziju slučajeva, koja bi svojom aktivnošću popunjavala prazninu između sudova i legislative, jer zakonodavac reguliše *pro futuro* a sudstvo gleda unazad i konsultuje se sa već donetim propisima i predsedanima.

b) revidirati učenje o pravu u smislu promene popularnih stavova o sadržaju prava. Najveća očekivanja su upravo od strane pravnih teoretičara, kao slobodnih stvaralaca pravnih stavova, koje često konsultuju same sudije.

Novija pravna teorija razmatra još dva, na izvestan način slična problema, koja se odnose na preciziranje korpusa pozitivnog prava. Naime, *šta se dešava sa aktima niže pravne snage, koji su vremenom promenjeni, a doneti su na osnovu akata više pravne snage, koji se nisu menjali, i šta sa onim aktima, opet niže pravne snage, koji su ostali nepromenjeni ali je viši pravni akt, koji je poslužio kao pravni osnov za donošenje istih, – promenjen?*¹¹ Kanadska pravna teorija ali i sami pravници praktičari, suočeni sa brojnim problemima koje im nameću navedene situacije, nisu mogle zauzeti jedinstveno stanovište.

Angloamerička teorija govori i o *access to law* – pristup pravu, u smislu da se donose zakoni shodno društvenim promenama, da oni budu razumljivi i njihovi zahtevi realno ostvarljivi većini adresata. No potrebno je da i sami građani mogu jasno da utvrde koje pravo se odnosi na njih, tj koje pravo ulazi u korpus-pozitivnog.

Stoga, i samo razmatranje angloameričke pravne teorije ima u ovom radu drugačiji pristup i svakako drugačije ishode, neočekivanije i doslednije nego u ijednoj drugoj oblasti prava.

3. Pojam stečenih prava u američkoj pravnoj teoriji i praksi

Doktrina stečenih prava predstavlja, po mišljenju nekih američkih teoretičara, prvo veliko postignuće sudova nakon ustanovljavanja sudske revizije. U ovoj doktrini je sadržana matrica ali i suština svih ustavnih

¹¹ Robert A Dupperon, *Interpretation Acts-Impediments to Legal certainty and Access to Law*, *Statute Law review*, 26/2005, str. 64-68

ograničenja¹². Zapravo predstavlja mogućnost, ili pre, obavezu sudske zaštite svim pojedincima, čija prava stečena za vreme važenja jednog propisa, drugim propisom budu povređena ili ukinuta. U pitanju je zahtev, kog se moraju pridržavati zakonodavci, ako svojim propisom dotiču prava na život, slobodu i imovinu. U praktičnoj primeni ova doktrina je dobila na efikasnosti, povezivanjem sa principom podele vlasti i prebacivanjem tereta dokazivanja na pravosuđe.

Sam termin „stečenih prava“, kao i brojni drugi termini, tokom celog svog postojanja, bio predmet različitih rasprava i teoretičara i praktičara. Ono što je primetno je da je svaki pokušaj definisanja počinjao i završavao se – u imovinskoj sferi, tačnije sferi posedovanja prava i zemljišta. U tom smislu je značajno stanovište sudije Patersona iz 1795¹³. godi-
**ne da je „evidentno, da je pravo ljudi da stiču imovinu i da je štite-
prirodno i neotuđivo pravo čoveka.“** Zakonodavac nema stoga pravo da ikome ono što je jednom stečeno, posebno zemljište, oduzima i da ga prenosi drugom bez volje i znanja njenog sopstvenika, a bez pravične kompenzacije. To nije u skladu sa mirom i blagostanjem čovečanstva, protivno je principima društvenog zajedništva i svakoj slobodnoj vladavi-
ni i na kraju protivno je duhu i pismu samog ustava¹⁴.

Stečena prava se definišu i kao prava koja je stekla individua po zakonu koji je garantovao da se učine neki akti da bi se stekla određena prava. Prava se smatraju stečenima kada pravo na njihovo uživanje, sadašnje ili buduće, pripada pojedincu kao njegovo vlasništvo. Ispravno je primećeno da ideja, da sudovi ove stavove definišu, je više sociološke i političke, nego pravne i čak i praktične prirode¹⁵.

Možemo govoriti o tendenciji nastaloj posle 1850. godine za zaštitu stečenih prava, a protiv tada narastajuće tendencije zakonskih akata da se ta ista prava, posebno imovinska, povređuju. U slučaju *Regents of the University of Maryland v. Williams*, 9 Gill&J. 365, 408, 409 (1838), navedeno je, da postoji osnovni princip prava i pravde koji je u skladu sa prirodom i duhom društvenog uticaja. Zaštita najvećih ljudskih vrednosti-života, slobode i imovine, je princip koji se izdiže i iznad zakonodavne delatnosti kao takve i uspostavlja bitna ograničenja u tom smislu. Svi pojavni oblici realizacije ovih vrednosti jednako potpadaju

¹² Edward s. Corwin: *A Basic Doctrine of American constitutional Law*, Michigan Law Review, February 1914. Videti i u članku istog autora: *The Extension of Judicial review in New York 1783-1905*, Michigan Law Review, February 1914.

¹³ Potpun tekst presude dostupan na: http://nesara.org/court_summaries/van_hornes_lessee_v_dorrance.htm

¹⁴ Ista presuda, kao u fusnoti 380.

¹⁵ Ibid.

pod režim zaštite, bilo da su to prava sama po sebi, sposobnosti, privilegije ili imuniteti¹⁶.

Vrhovni sudija Maršal je pokazao privrženost ovoj doktrini još 1803. godine, kad je primetio da je vladavina Amerike definisana kao vladavina zakona a ne vladavina ljudi. To će sigurno dovesti do toga da ova situacija dobije ovako visoku zaštitu, posebno ako pravo ne obezbeđuje pravni lek za zaštitu stečenih prava. Kasnije je isti ovaj sudija istakao da zakonodavni akt Džordžije, gde se garantuje pravo svojine na zemlji, treba tumačiti kao da je u pitanju stečeno pravo i da je to zapravo ugovor koji ne može da ugrozi nijedan drugi sličan akt. U istom slučaju je sudija Džonson izjavio da država ne poseduje pravo da opozove sve što je dotada garantovala, no donosi presudu na osnovu opštih principa, razuma i prirode same stvari u pitanju.

Čak i pre ove odluke, vodeći eksponenti federalističke politike kao što su Džeјms Vilson, Aleksandar Hamilton i Džon Maršal su sve ovo definisali kao deo teorije o zaštiti stečenih prava u pogledu imovine i ugovora, ali koja su moguća da se ograniče putem ustava. Oni su bili zastupnici nezavisnog sudstva, čija dužnost je da sačuva osnove prava i da proverava sve oblasti¹⁷. Iz navedenog se može zaključiti da je sama doktrina zaštite stečenih prava svoje korene imala u najranijim počecima američke pravne teorije, ali više posredno, kao mehanizam zaštite privatne svojine, posebno prava na posedovanje zemljišta.

4. Oprečni teorijski stavovi i sudske presude koje su ih formirale

Jednu od najpoznatijih definicija i samih stečenih prava i principa zaštite stečenih prava izneo je sudija Čeјs u slučaju *Calder v. Bull*, 3 Dall. 386 (1798)¹⁸. , kasnije proglašenim za vodeći slučaj u pogledu ustavne instrukcije protiv primene retroaktivnih zakona. Država Konektikat je naime usvojila propis kojim je stavljen van snage sudski dekret, kojim je odbijen zahtev za preispitivanje podobnosti testatora da sačini testament. U obraćanju Vrhovnom sudu, tužilac je isticao da je taj propis ustanovio *ex post facto* zakon. U finalnoj sudskoj odluci, sudija Semјuel Čeјs je tvrdio da iako su svi *ex post facto* zakoni nužno i retroaktivni, nisu istovremeno i svi retroaktivni zakoni koji utiču na građanska prava, istovremeno i *ex post facto* zakoni.

¹⁶ Bryant Smith, *Retroactive Laws and Vested Rights*, *Texas Law Review*, April 192-7, No 3

¹⁷ Ovo je jedan od značajnih principa federalističke ideologije u Americi koja je nastavila život i nakon propasti federalističke stranke.

¹⁸ Potpun tekst presude dostupan na <http://www.constitution.org/ussc/003-386.htm>

Zabrana za kasnije ustanovljavanje dela, važi za krivične zakone ali ne po njemu i za građanske sporove. *Ex post facto* zakon podrazumeva buduće kazne koje nisu ni postojale, odnosno nisu bile kazne za slučajeve koji nisu ni bili oglašeni krivičnim delima jer u vreme činjenja to nisu bili, ili delo čine težim nego što jeste ili predviđaju teži oblik ili kaznu kasnije, ili se menjaju proceduralna pravila dokazivanja u cilju povećanja šansi za osudu. Sam slučaj je bitan u ustavnoj teoriji jer je zatvorio *ex post facto* zakonima vrata i u građanskim stvarima, a otvorio još mnoga pitanja i formirao novu doktrinu stečenih prava.

Sudija Čejs je dalje tvrdio, da **čovjek ne može biti nateran da radi ono što zakoni ne zahtevaju od njega ili da se uzdržava od nečeg što nije zabranjeno**. On je ovu doktrinu zaštite stečenih prava „izvukao“ iz višeg prava i osnova, kao što je to uradio i sudija Paterson 1795. godine pri definisanju pojma stečenih prava.

Uzimajući kao osnovu samu prirodu američke slobodne republikanske vladavine i prve velike principe društvenog zajedništva, Čejs je utvrdio da zakonodavna vlast čak i ako nije izričito utvrđeno pisanim ustavom, ne sme da povredi prava prethodnika, privatni ugovor ili pravo privatne svojine. Suprotna tvrdnja bila bi politička jeres, toliko „neprihvatljiva geniju i duhu i pozitivnog i prirodnopravnog sistema, da bi bila automatski smatrana ništavom“¹⁹. U tom smislu, ni država ne sme da oduzme bilo kom pojedincu ličnu slobodu, sigurnost, imovinu, i da to opravda zaštitom načina vladavine koji je ustanovljen.

Zakon koji kažnjava građanina za dozvoljenu radnju ili bolje rečeno za radnju koja nije učinjena ili koja kad bude učinjena nije u suprotnosti sa bilo kojim važećim propisom, zakon koji poništava ili povređuje zakonito zaključene privatne ugovore i koji čoveka čini sudijom u njegovoj ličnoj stvari, to je sve protiv razloga pravde²⁰ i nema osnova da građani daju ni zakonodavstvu ni pravosuđu ovlašćenja da mogu postupati i drugačije. Zabrana takvih akata zakonodavstva svakako postoje u ustavu ali to zabranjuju i razlozi razuma.

Posebno je u američkoj pravnoj teoriji i praksi razmatrano pitanje *ex post facto* zakona, tj. zakona koji regulišu neku situaciju nakon njenog nastupanja. U ovom smislu, mogu se razlikovati dve situacije: da zakon reguliše neki društveni odnos i situaciju koja se dešavala u prošlosti, ali da se dejstvo tog zakona prostire samo *pro futuro*, ili da se dejstvo zakona ide i unazad, tj retroaktivno. Akti pomilovanja ili oprosta, kako tvrdi su-

¹⁹ Presuda u slučaju *Calder v. Bull*, 3 Dall. 386(1798)

²⁰ Iz presude povodom slučaja *Calder v. Bull*, 3 Dall. 386(1798)

dija Čejs²¹, imaju osnova za svoje postojanje, jer je njihovo donošenje inspirisano postizanjem posebne koristi i pravde za pojednca ili društvo. Ali *ex post facto* zakonom mogu se smatrati samo oni zakoni kojima se postojeća kazna pooštava, uvodi se nova kazna ili se uvodi novo krivično delo. Jedino takvi zakoni mogu se smatrati retroaktivnima, jer se ne poštuje ustanovljeno pravilo *nulla poena, nullum crimen sine lege*.²² Ovakvi i njima slični zakoni su nepravedni. ***Svaki zakon koji šteti stečenim pravima, a ovde se posebno potenciraju (stečeno) pravo na život i slobodu i sva druga prava i slobode koje proističu iz njih, je opšte nepravedan i automatski ništavan.***

Dalje je navedeno da se svaki zakon koji opravdava postojeće nepravne akte treba smatrati-retroaktivnim (iako je njihovo postojanje ponekad krajnje potrebno). Treba imati u vidu veliku razliku između pozakonjenja nelegalnog i činjenja nevinog krivim kao i kažnjavanja neke radnje kao da je krivično delo, a da to nije bila u vreme kada je činjena. Jer da jeste, verovatno ne bi ni bila počinjena.

Već unutar samog sudskog veća u slučaju *Calder*, oprečno mišljenje u ovom smislu je izrazio sudija Iredel²³. Sudija Džems Iredel je tvrdio da ideja prirodne pravde nije regulisana fiksnim standardima, već se dešava da najsposobniji i najčestitiji ljudi upravo misle različito o istim stvarima, i jedino što sud može reći u sličnom slučaju jeste da je zakonodavac usvojio akt koji je suprotan apstraktnom principu prirodne pravde. Iredel je bio veoma skeptičan po pitanju postojanja prirodnih prava i mogućnosti pravosuđa da pravilno pristupi sadržaju prirodnog prava, te je samim tim podvrgnuo sumnji i sama stečena prava.

U jednoglasno donetoj presudi²⁴, Vrhovni sud SAD, pred većem kojim je predsedavao sudija Čejs, je utvrdio da zakonodavac u datom slučaju nije doneo *ex post facto* zakon i ***da stoga nije povređen čl. 1. ustava koji kaže da nijedna država neće ući u bilo kakav ugovor, savez ili konfederaciju putem retroaktivnih zakona ili zakona koji povređuju obaveze preuzete po osnovu ranije zaključenih ugovora ili garanciju bilo kog prava.***

²¹ Ibid.

²² U svojoj bogatoj praksi, engleski sudovi su svojim presudama uticali na definisanje novih krivičnih dela, koja nisu ranije postojala, npr. huljenje na boga je retroaktivno ustanovljeno 1676. godine, falsifikovanje javnih isprava 1727. godine, itd. Izvor: *James Popple: The Right to Protection from Retroactive criminal Law, Criminal Law Journal, Vol 13, No4, 1989, str. 251-262.*

²³ Videti presudu na: <http://www.constitution.org/ussc/003-386.htm>

²⁴ Ibid.

5. Povezanost sa retroaktivnošću propisa i principom pravne sigurnosti

U pravnoj teoriji SAD oduvek je bilo prisutno poricanje i postojanja i značaja prirodnopravne teorije i prava. Doktrina prirodnog prava se prihvatila kao nešto što ima veći naučni nego praktični značaj. Neki autori, ipak pridaju joj veliki značaj u periodu formiranja američkog ustavnog prava, ali da se vremenom ova oblast toliko razvila da je prirodnom pravu mesto jedino u „muzeju pravnih relikvija“²⁵, a neki ide i do toga, da ga oglašavaju jednim od većih poglavlja u istoriji ljudskih grešaka²⁶. Sledeći uobičajenu praksu engleskih pravnih autoriteta, da omalovažavaju značaj prirodnog prava, američki pravni pisci još u najranijem periodu u SAD insistiraju na istom tom stavu, tj. da ove teorije nemaju značaj u razvoju američkog prava.

Izuzev nezaobilazne primene principa razumnosti u *common law* sistemu, prirodnopravne teorije posle početnog entuzijazma koji ih prati od revolucionarnih događanja u 18. veku, često su zaobilažene u sudskim presudama, posebno u onim slučajevima gde se raspravljalo o važnosti zakona. Ortodoksno pravilo koje je važno i još uvek važi, jeste da sudije ni u jednom slučaju ne treba da oglašavaju neki akt nevažećim isključivo s pozivom na prirodno pravo, već zato što nisu u skladu sa pozitivnim pravom²⁷. Stečena prava su prema tome izvan domena prirodnog prava, te je odlučivanje sa pozivom na njihovo poštovanje-dozvoljeno.

No, sudija Vrhovnog suda Kent je svoje mišljenje o sudskoj zaštiti stečenih prava izveo upravo iz radova evropskih pravnika prirodnopravne orijentacije, kao što su Grocijus i Pufendorf. Kent, naime, smatra da se zakonom nekom licu može oduzeti ranije stečena imovina, ako to zahteva javni interes i ako će pojedinac biti pravično rekuperiran. Ovakvo stano-
vište potiče iz „najdubljeg osećaja univerzalne pravde“, koju nijedno po-
zitivno pravo ne može pravilno da uobliči i primeni.

Kakva je povezanost stečenih prava sa retroaktivnim propisima?
Prvo treba razjasniti samu prirodu retroaktivnog zakona i posledice nje-
govog delovanja²⁸. **Zakon je retroaktivan ako se pretpostavi da daje sna-
gu prošlom događaju u nameri da kreira novo pravo ili obavezu.** U pita-
nju je događaj koji se desio pre stupanja na snagu propisa, a moguće je,

²⁵ Manley O. Hudson, „*Advisory Opinions of National and International Courts*, “ *Harvard Law Review*, XXXVII (June, 1924), 970, 971

²⁶ John W. Salmond: „*The Law of Nature*, “ *Law Quarterly Review*, XI (April, 1895), 121.

²⁷ Robert P. Reeder „*Constitutional and Extra-Constitutional Restraints*, “ *Univ. of Penna. Law Rev.*, LXI (May, 1913), 441, 446

²⁸ Robert P. Reeder, navedeno delo, 441.

da ta obaveza, koju kreira taj novi propis, se nalazi samo u tom propisu, ili da ta obaveza ide unazad u odnosu na događaj od čijeg postojanja i njegovo postojanje zavisi. ***Tim novim zakonom daje se pravni značaj nekoj stvari, radnji, aktivnosti ili sposobnosti koja ranije nije postojala ili nije bila potrebna za sticanje nekog prava ili realizovanje neke obaveze, niti se moglo opravdano očekivati da će imati odgovarajući značaj u nekom budućem periodu.***

U američkoj pravnoj teoriji, najčešće je citirana sledeća definicija sudije Storija²⁹: ***svaki propis koji oduzima ili povređuje prava stečena pod režimom postojećih propisa ili stvara novu obavezu, ili dodaje novu sposobnost za ispunjenje nekih obaveza ili transakcija koje su već učinjene, ima se smatrati retroaktivnim.*** Sličnu definiciju nalazimo i u presudi *Pittsley v. State fund*, da je ***retroaktivni zakon onaj koji ukida prava stečena pod postojećim zakonima ili stvara novu obavezu, ili ustanovljava nesposobnost za sticanje već stečenih prava ili obavljenih transakcija.***

No i ovde nailazimo na oprečna mišljenja, kao što je ono istaknuto 1822. godine, da je veoma moguće da neki retroaktivni zakon svojim postojanjem i dejstvom uopšte ne utiče na stečena prava, tj ne povređuje ih niti ukida. U tom slučaju ni ta retroaktivnost nije-loša pravna ni društvena pojava.

Sa druge strane, retroaktivnost i njenu suštinu možemo posmatrati i kao izazov ne samo upućen zakonodavcu i državi, već i –samoj logici. Ako bi ipak ustanovili pravilo koje traži da osoba oblikuje na novi način svoje prošlo ponašanje to bi značilo regulisanje paradoksa i apsurdnosti, da se garantuje nešto što je nemoguće i da je jedino izvesno u celom pravnom sistemu-neizvesnost istog. U tom smislu, neprihvatljivo je mišljenje da je bolje imati retroaktivan zakon, nego nemati nikakav zakon, jer iako je veoma moguće da se takvim zakonom nikome neće načiniti šteta, ulazimo u domen oborivih pretpostavki i sa istom verovatnoćom se može utvrditi i suprotno, tj činjenje veće štete nego koristi postojanjem takvog propisa.

Sledeće pitanje koje su američke sudije opravdano postavile je, šta je to što jedan retroaktivan zakon može da legalizuje a šta ne?Možda oni koji su generalno u saglasnosti sa principom večne pravde su validni ili mogu biti validni a ostali ne?Mnogi pokušaji u preciziranju granica dozvoljenog retroaktivnog zakonodavstva nisu imali puno uspeha. Čak, čini se, da su još više povećali konfuziju u teoriji i praksi. Neki dalje tvrde, da

²⁹*Wilkinson v Leland, 2 Pet 627, 658 1829*);presuda dostupna na <http://supreme.justia.com/us/27/627/case.html>

ako je „defekt“ sudske prirode, ne može se izlečiti, a ako nije, onda je još moguće izvršiti ispravku³⁰.

Šta činiti dalje sa zakonom koji konvalidira ono što je pravno manljivo? Postoje prilično oprečna mišljenja, ali svakako da postoji pravo osobe koja je ranije stekla neko pravo ili interes da isti ostaju sigurni u pogledu svakog akta od strane zakonodavca.

6. Stavovi savremenih pravnika

Do sredine 20 veka, *common law* sistem u SAD je funkcionisao na principu da je pravo- prirodno, a da sudije samo „pronalaze“ pravo. Ali razvoj pravnog realizma i jačanje zakonodavnim putem donetog prava je dovelo do toga da su sudovi prešli na ulogu tumača prava a ne da više „pronalaze“ prirodno pravo³¹. Sudija je do tada davao snagu, ne samo svojoj skali vrednosti, već onoj skali koja mu se otkrila u njegovom čitanju društvenog uma i svesti.³²

Stavovi savremenih pravnika povodom ranije iznetih pitanja su veoma različiti. Od toga da „ne postoji opšta moralna obaveza da se pravo poštuje samo zato što je pravo“³³, već da postoje neki „kontekstualno osnovani razlozi koji obavezuju neke pojedince“, do otvorene kritike i suprotstavljanja³⁴ najčešće i najšire citiranim slučajevima kao što su *Calder v. Bull*, 3 Dall. 386 (1798), *Van Horne's Lessee v. Dorance*, 2 U. S. (Dallas) 304 (1795), i drugi.

Još u Levijatanu je **Hobs tvrdio da je vizija pravične zajednice ona u kojoj se zločinom ne može proglasiti nešto tek nakon što je počinjeno**. No Nirnberški proces protiv nacista nakon Drugog svetskog rata je, nažalost jedan od najboljih primera da ima potpuno opravdanih situacija u kojima se svetost i ovog načela mora narušiti³⁵.

³⁰ Pod *defektom sudske prirode* ovde se podrazumeva oblik i suština ispoljavanja - sudijske volje i mišljenja. Dakle, moguće bi bilo ispraviti problem procesne prirode, ako - neki korak tokom donošenja presude nije poštovan, ali je nemoguće ispraviti mišljenje sudije, budući da je upravo to njegovo mišljenje jedinstveni pečat toj presudi i kao takvo je neizmenljivo.

³¹ A. L. Goodhart, *What is the Common Law; The Law Quarterly Review*. Vol 76, 1-960, pp 45-56

³² Benjamin Cardozo, *The Paradoxes of Legal Science*, Columbia University Press, 1960, str. 55.

³³ Ken Kress, *Legal Indeterminacy*, *California Law Review*, vol 77, 1989, str. 283,

³⁴ Paul Craig Roberts, *How the Law was Lost*, *Cardozo Law Review*, Vol 20, 1999, str. 853

³⁵ Tokom samog Nirnberškog procesa, kao jedan od argumenata za primenu retroaktivnog zakonodavstva, pomenuto je da su ta dela, za koja se nacistima sudi, u to vreme kada su počinjena predstavljala povredu etičkih i univerzalnih načela, iako nisu i

Pravna sigurnost je princip koji treba da nadmaši vreme. No nasuprot tome, stoji sve veća težnja zakonodavca, da pravila i principi koji se ustanovljavaju, postaju sve neodređeniji, jer tako se ostavlja širi prostor za primenu.

Radbruch³⁶ u svom četvrtom minutu posvećenom filozofiji prava kaže da javni interes zajedno sa pravdom, jeste osnovni cilj prava. I da samo pravo poseduje svoju vrednost, a to je da samo sebe obezbedi od nesigurnosti. Ipak, zbog ljudske nesavršenosti, ali i nemogućnosti da se u potpunosti predvide društvene promene, tri glavne vrednosti prava-javni interes, pravna sigurnost i pravda nisu uvek u harmoničnom odnosu i razmišljamo da li je bolje imati važeće loše, štetne i nepravedne zakone, zbog razloga pravne sigurnosti, da ti zakoni kakvi god da su, da postoje. Treba svakako imati u vidu da neki zakoni ponekad mogu biti toliko štetni i toliko nepravedni da i njihovo važenje i njihov pravni karakter im se moraju osporiti.

Savremenu američku pravnu praksu a samim tim i teoriju, karakteriše princip zabrane retroaktivnosti. Ustav SAD izričito zabranjuje donošenje zakona i drugih pravnih akata sa povratnim dejstvom na oba nivoa – federalnom i država članica. Navedeno su prihvatile, i većina država članica u svojim ustavima, posebno u oblasti krivičnog prava. Naime, i pravno i etički je potpuno pogrešno narušiti načelo *nulla poena, nullum crimen sine lege*, iz bilo kojeg razloga(čak i „zadovoljenja pravde“). Međutim, zakonodavac nije u potpunosti isključio mogućnost ustanovljavanja povratnog dejstva, već predviđa da pojedini amandmani, mogu dobiti takvo dejstvo, u izuzetnim situacijama. Retroaktivnost predstavlja opasnost po ljudske, opšte-društvene, političke i druge odnose, pogotovo kada se ne pojavljuje u izuzetnim prilikama. Kao takva utiče na pravne posledice koje su strane u nekom pravnom odnosu već ranije dogovorile i koje nisu uzimane u obzir prilikom zaključivanja nekog ugovora, jer jendostavno nisu ni postojale.

Neke američke države npr. Mičigen, primenjuju u svakom pojedinačnom slučaju tzv. *test retroaktivnosti*³⁷:

zvanično bila zabranjena pozitivnim pravom. Sa druge strane, retroaktivni zakoni se vide kao moćan mehanizam u obračunu sa prošlošću, gde se saradnici prethodnog policijskog ili drugog okupatorskog režima mogu kazniti kako zaslužuju dela koja su počinili. Videti: Martin P. Golding: *Retroactive legislation and restoration of the Rule of Law, Annual - Review of Law and Ethics, Vol 1, 1993.*

³⁶ Gustav Radbruch: *Five Minutes of Legal Philosophy*(1945), reprinted in *Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 26, No1, 2006, pp. 13-15.*

³⁷ Više o tome: Timothy A. Baughman: „Justice Moody’s Lament Unanswered: Michigan’s Unprincipled Retroactivity Jurisprudence“, preuzeto sa sajta: <http://www.michbar.org/journal/article>

a) Razmatra se svrha novog zakona, kao i koliki je stepen izmene u odnosu na stari propis.

b) Moguće je korišćenje starog zakona, ako je stepen pormena toliki da je stari zakon povoljniji za stranku u postupku. Navedeno se smatra veoma bitnim pri rešavanju dileme koji zakon-novi ili stari-treba primeniti na slučajeve koji su već otvoreni, tj. koji su u toku. Na ovaj način se štite, kao u nemačkoj pravnoj teoriji, pravna očekivanja, ali se i sud oslobađa odgovornosti za praktične posledice koje mogu proizvesti novi precedenti, tj. odluke koje iz korena menjaju poznati sadržaj prava.

v) Razmatraju se efekti retroaktivne primene novog zakona, prvenstveno merenje stepena korisnosti i pravednosti primene jednog ili drugog rešenja.

Ovakav „test“ nema neku posebnu vrednost, već predstavlja opravdanje u konkretnom slučaju zašto je donet ili primenjen retroaktivni zakon, kao i u suprotnoj situaciji. *Test retroaktivnosti* je generalno zabranjen opštom federalnom normom, ali ga pored Mičigena primenjuju i neke druge države. Kuriozitet vezan za ovu državu je i postojanje tzv. *principijelna retroaktivna jurisprudencija*, koja je nastala iz prakse sudova različitih instanci, prilikom interpretiranja federalnih i statuta svoje države.

Američka pravna teorija se izdvaja razlikovanjem dva stepena retroaktivnosti:

1. *strongly retroactive laws* – važeći i pre nego što su formalno stupili na snagu. Zahvataju kako posledice dela koje su se desile u prošlosti, tako i neposredne fakte iz kojih je navedena posledica proistekla.

2. *weakly retroactive laws*/ menjaju pravne posledice dela koji su se desili u prošlosti. Iako ih teoretičari smatraju retroaktivnošću manjeg intenziteta, ovo je zapravo klasičan primer povrede stečenih prava, koja su ranije ostvarena prema tada važećim zakonima.

7. Retroaktivna primena sudskih presuda-istorijat i primena

Zabrana retroaktivnosti je počela donošenjem američke Deklaracije o nezavisnosti 1776. godine, gde je u čl. 3 naveden princip *nulla poena sine lege*. I Džeferson je bio protiv takvih zakona uopšteno, ali ostale federalne države, kao i sam ustav su imali izričitu zabranu samo protiv krivične retroaktivnosti. Iako je Medison postavio ovo pitanje tokom brojnih konstitucionalnih debata, tek je naknadna konsultacija Blekstouna naglasila da njegova lična definicija retroaktivnosti, na koju su se „Očevi osnivači“³⁸ i pozivali pri sastavljanju ustavnih tekstova, podrazumeva samo

³⁸ *Founding Fathers*-politički lideri koji su učestvovali u stvaranju američke države i nacije, počev od potpisivanja Deklaracije nezavisnosti 1776. godine do donošenja Us-

krivične zakone. To su decidirano potvrdili i sudije Čejs i Paterson u slučaju *Calder v. Bull*³⁹

Retroaktivna primena sudskih presuda i pored brojnih prepreka je ostala kao norma. Problem često nastaje kada sud razmatra primenu nekog pravila koje izgleda kao novo u nekom smislu⁴⁰. Problem je zapravo u poverenju, jer jedna ili obe stranke su se oslanjale na staro pravo i ispa-da nekorektno primeniti novo pravo prema njima. Prepoznajući sve ovo kao problem, ***sudovi su počeli da razmišljaju da li i koliko ekstenzivno ta nova pravila treba da se primenjuju i da li treba da se primene na buduće slučajeve, tj. na sve događaje koji su se desili posle dana ustanovljavanja precedenta ili samo na takve buduće slučajeve i stranke koji su precedent u tom slučaju.***

Ovaj eksperiment sa prospektivnošću je dostigao svoj vrhunac 60-ih i 70-ih godina 20. veka, kad je Vrhovni sud SAD primenio različite forme prospektivnosti u izvesnim krivičnim i građanskim slučajevima, i to sa velikim uspehom. Sud se naime prihvatio čvrstog pravila retroaktivne primene u krivičnim stvarima na direktnoj osnovi, isto tako je postupio i u civilnoj sferi. Ipak, kontroverzna jurisprudencija novog prava je daleko od toga da je potpuno uređena. Vrhovni sud još uvek nije definitivno rešio cilj primene retroaktivnosti u građanskim slučajevima na direktnoj bazi.

U slučaju *US v. Schooner Peggy*, zabeležen je sledeći stav predsednika suda Maršala: „ako pre donošenja presude apelacionog suda pravo⁴¹ interveniše u nekoj oblasti i pozitivno promeni pravilo koje nešto reguliše, pravo se onda svakako mora poštovati, ili se njegova obaveznost poriče. Sud mora da odluči shodno postojećem pravu i da ako je nužno ostavi po strani presudu, no u slučaju povrede bilo kog prava takva se presuda mora poništiti“. Tako je u slučaju *Vandenbark v. Owens-Illinois Glass Co*, koji se rešavao 140 god posle ovog, sud ponovo afirmisao stanovište, ***da sudovi svoje odluke treba da prilagode pravu koje je i kad je stupilo na snagu.*** Takođe u isto često citiranom slučaju *Cooper v. Watson*, Vrhovni sud Minesote je ***retroaktivnost definisao kao pridavanje takve snage nekom zakonu koji onda oduzima ili povređuje prava stečena pod prethodnim zakonom, stvara novu obavezu ili dužnost ili stvara nemo-***

tava SAD: B. Frenklin, DŽ. Vašington, DŽ. Adams, T. Džeferson, DŽ. Džej, DŽ. Medison i Aleksandar Hamilton.

³⁹ Greg Bailey, *From Revolution to Reconstruction - a Biography of William Blackstone (1723-1780)*, London, 1960., pg 27.

⁴⁰ Bradley Scott Shannon, *The retroactive and Prospective Application of Judicial Decisions*, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol 26, 2003, pg 213.

⁴¹ U ovom smislu-zakonodavni organ.

gućim situaciju da se ranije preuzete obaveze izvrše, U ovom slučaju se dalje spominje i da je *retroaktivan onaj zakon „koji je uperen da utiče na postojeće transakcije ili postojeća prava, i to pre nego što je zakon stupio na snagu i da im pridaje efekte koji inače nisu svojstveni njihovoj prirodi, gledano sa aspekta zakona za vreme čijeg važenja su se desili*. U ovoj presudi su čak navedeni i tipični retroaktivni zakoni, tj. „oni koji utiču na proceduralna prava u smislu da produžavaju ili skraćuju period za preduzimanje nekih radnji u postupku, kao i onaj zakon koji se primenjuje na posledice radnji koje su nastale pre nego što je novi zakon stupio na snagu“. No nisu ni svi zakoni koji utiču na situacije nastale pre njihovog stupanja na snagu nužno retroaktivni, već je potrebno da je ispunjen uslov da takav zakon mora da utiče na pravo ili obavezu koji su stečeni pre stupanja na snagu novog zakona.⁴²

Interesantno je napomenuti da je Vrhovni Sud SAD u jednom slučaju bio spreman da primeni retroaktivni precedent ako budu ispunjeni sledeći uslovi:

1. da se odlukom, koja će se retroaktivno primeniti, ustanovljava novo pravilo, da li tako što će nadvladati tj. poništiti prethodni precedent na koji su se stranke u sporu mogle osloniti ili odlučivanjem na osnovu *prvog utiska* čije rešenje nije još jasno predviđeno nekim drugim pravilom.

2. razlozi „za“ i „protiv“ uvođenja retroaktivnosti trebaju se odmeriti u svakom slučaju, kao i nejednakost koju stvara retroaktivna primena.

Navedena teorijska i praktička utemeljenja ukazuju na veoma razvijenu svest o potrebi brižljivog i opreznog korišćenja retroaktivnosti, upravo zbog povećane bojazni povređivanja ili ugrožavanja stečenih prava. Neki autori smatraju da sva stečena prava, budući da i formalno i sadržinski potiču od strane države, nisu jedno i zauvek stečena, tj. da čovek nema prethodno pravo na ta i takva prava, jer država je ta koja slobodno određuje uslove pod kojima se prava stižu ili gube.⁴³ Premda, shodno načelu pravne sigurnosti, nije dozvoljeno, moralno prihvatljivo i legitimno poništavati već ranije stečena prava. Američka pravna teorija je, kako je već navedeno, čvrsto stala na stanovište očuvanja ovakvih stečenih prava, bez obzira na mogućnost legalnog i legitimnog ukidanja ovih prava.

⁴² Tako je u slučaju *Halper v. Halper* sud odlučio da nije retroaktivno primeniti novi pravilnik o izdržavanju deteta u slučaju kad je brak roditelja okončan pre stupanja na snagu tog pravilnika, jer pravo da se dobije sudska odluka o izdržavanju deteta nije bilo moguće pre donošenja odluke o razvodu braka. *Deborah K. McKnight; Legal Analysis, Minnesota House of Representatives, Research Department Revised, June 2005. str. 2.*

⁴³ Vojin Dimitrijević, Milan Paunović, Vladimir Đerić: „O ljudskim pravima“, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 1997, str. 12-15.

8. Zaključne napomene

Anglosaksonski pravni sistem i u pogledu primene principa zaštite stečenih prava, načela moguće retroaktivnosti zakona, kao i u pogledu međusobnog odnosa oba, ima specifičan stav. Blizu potpuno jasnog i nedvosmislenog stava, koji bi trebao da bude prisutan u svim vremenima razvoja prava, prava država u okviru anglosaksonskog pravnog sistema su deduktivnim putem izvodila i sve ostale principe iz pojedinačnih slučajeva. Sudijska kreacija prava i često „lutanje“ između prirodnopravnog i pozitivnopravnog pristupa i zakonodavca i samih sudija je sporadično ovu materiju dovodilo ili na margine razmatranja ili u epicentar dešavanja. No, vezivanje principa zaštite stečenih prava za imovinu, tj. svojinu je ipak češće izvodilo princip stečenih prava na „svetlo dana“.

Američka, i uz nju, engleska pravna teorija su razvile najveći broj mehanizama zaštite stečenih prava. Veoma retke povrede stečenih prava od strane retroaktivnosti su, sa druge strane, bile dovoljne da „uzdrmaju“ jedan od osnovnih temelja vladavine prava, a to je pravna sigurnost. Apolutna pravna sigurnost, pod koju ovde možemo supsumirati i princip zaštite stečenih prava i(ne)retroaktivnosti, kako tvrde naučnici i praktičari anglosaksonske provenijencije, je moguća, ali teško izvodljiva. No, retko samostalno i decidno izjašnjavanje upravo o zaštiti stečenih prava i zabrani retroaktivnosti, i češće spominjanje istih u okviru vladavine prava čine anglosaksonsku pravnu teorijui, naravno, samu američku pravnu teoriju i praksu, interesantnom za dalja teorijska proučavanja.

*Dragana Ćorić, LL. M. Assistant
Faculty of Law Novi Sad*

American Legal Theory about Acquired Rights

Abstract

American legal theory has its strength, inspiration and foundation from-the legal practice. System of legal precedents and judges which function more as creators, legislators, are two very reasons why the position of principle of protection of earlier acquired rights is rather different than in european-continetal group of laws.

In this article one can find genesis of pricniple of protection of acquired rights, from the beginning of 19th century up to now.

Key words: american legal theory, acquired rights, doctrine

*Mr Atila Dudaš, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

KAUZA UGOVORNE OBAVEZE PREMA ZAKONU O OBLIGACIONIM ODNOSIMA REPUBLIKE SRBIJE*

Sažetak: U ovom radu autor analizira različite pravne institute u Zakonu o obligacionim odnosima kod kojih cilj radi kojeg se strane obavezuju u ugovoru (kauza ugovorne obaveze) ima određenu pravnu relevantnost. U radu se razmatraju samo pravni instituti tzv. opšteg dela obligacionog prava. Autor smatra da bi bilo naučno opravdano izvršiti sličnu analizu i u domenu regulative o pojedinim, imenovanim ugovorima, ali bi takav poduhvat prevazilazio predviđene okvire predmetnog rada.

Osnovne i najvažnije odredbe o kauzi ugovora se nalaze u članovima Zakona koji se odnose na osnov ugovorne obaveze i pobude za zaključenje ugovora. Zakon usvaja tzv. objektivno-subjektivno shvatanje o kauzi, što znači da zahteva postojanje stvarnog i dopuštenog osnova ugovornih obaveza u smislu pretpostavke punovažnog nastanka i dejstva ugovora, pri čemu ne definiše šta se pod osnovom obaveze podrazumeva. Svakako, to nisu subjektivni razlozi, unutrašnje pobude iz kojih strane zaključuju ugovor, jer su one regulisane u posebnom članu Zakona koji predviđa da pobude ne utiču na nastanak i punovažnost ugovora (pod određenim uslovima izvesno dejstvo na punovažnost ugovora mogu imati samo nedopuštene pobude).

Osnov ugovorne obaveze i pobude za zaključenje ugovora su instituti Zakona u kojima se pitanje cilja radi kojeg strane zaključuju ugovor dobija neposrednu pravnu relevantnost. Međutim, cilj radi kojeg strane

* Članak je nastao kao rezultat rada na projektu Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu „Harmonizacija prava Republike Srbije i prava Evropske unije“, u okviru individualne istraživačke teme autora „Osnov (kauza) ugovorne obaveze“.

zaključuju ugovor ima određeni pravni značaj i kod drugih instituta. Zakon, naime, u različitim jezičkim formulacijama, uzima u obzir cilj obavezivanja u ugovoru kod ništavosti ugovora i posledica ništavosti, konverzije, delimične ništavosti, pojedinih posebnih slučajeva raskida ugovora (raskida ugovora sa uzastopnim obavezama zbog neispunjenja i raskida ugovora zbog delimične nemogućnosti), raskida ili izmene ugovora usled promenjenih okolnosti, ništavosti pojedinih odredaba opštih uslova poslovanja, sticanja bez osnova i novacije.

Najzad, autor konstatuje da postoje pravni instituti Zakona kod kojih se u jezičkoj formulaciji ne koriste reči osnov, cilj, pobude ili druge slične, ali da njihovu suštinu objašnjava upravo teorija kauze. Tako, autor smatra da se obrazloženje nevažnosti prividnog ugovora, raskida ugovora zbog neispunjenja ili nemogućnosti, prigovora neispunjenja ugovora, pravila da se nejasne odredbe ugovora tumače u skladu sa zajedničkom namerom strana, kao i sankcionisanja nedopuštene pobude dužnika da ošteti poverioce kod paulijanske tužbe nalazi upravo u teoriji kauze, uprkos tome što takav zaključak ne proizilazi neposredno iz jezičkih formulacija upotrebljenih u odgovarajućim članovima Zakona.

Ključne reči: kauza, causa, osnov ugovorne obaveze, pobude, cilj ugovora, svrha ugovora

Uvodne napomene

Zakon o obligacionim odnosima Republike Srbije¹ spada u red kauzalističkih zakona jer nastanak i važenje ugovora uslovljava postojanjem stvarnog i dozvoljenog osnova (kauze). *Causa*, cilj obavezivanja strana u ugovoru, svoju najznačajniju funkciju u Zakonu ostvaruje u kontekstu zaključenja ugovora. Međutim, Zakon vodi računa o postojanju ili ostvarenju cilja koji su strane želele da ostvare zaključenjem ugovora i kod nekih drugih instituta. Cilj predmetnog rada je da se dâ pregled onih pravnih instituta u Zakonu o obligacionim odnosima kod kojih razlog obavezivanja, tj. kauza ugovorne obaveze ostvaruje određenu pravnu funkciju. U radu se razmatraju samo pravni instituti tzv. opšteg dela obligacionog prava. Svakako bi bilo naučno opravdano izvršiti i sličnu analizu regulative pojedinih, imenovanih ugovora, ali bi takav poduhvat prevazišao predviđene okvire ovog rada.

¹ Zakon o obligacionim odnosima, Službeni list SFRJ, br. 29/78, 39/85, 45/89 - odluka USJ i 57/89 i Službeni list SRJ br. 31/93. U daljem tekstu: ZOO.

Pri utvrđivanju pravnih instituta kod kojih cilj obavezivanja strana ima pravnu relevantnost poteškoću predstavlja činjenica da Zakon za u suštini isti pojam, kauzu, koristi različite termine. Tako u kontekstu pretpostavke zaključenja punovažnog ugovora Zakon koristi termin „*osnov*“ ugovorne obaveze.² Osnov se spominje i kod instituta nespornazuma³ i sticanja bez osnova⁴. Zakon pored objektivnog poimanja kauze pod ovom odrednicom reguliše i pod kojim uslovima subjektivno-psihološki shvaćen cilj ugovora („*pobude*“ za zaključenje ugovora) utiče na punovažnost ugovora.⁵ Kauza shvaćena u subjektivnom smislu dobija pravnu relevantnost i u okviru instituta zablude o pobudi kod ugovora bez naknade.⁶

Pored osnova i pobuda Zakon za označavanje kauze koristi i cintagma „*cilj ugovora*“. U ovom jezičkom pojavnom obliku razlog obavezivanja dobija pravni značaj kod instituta zabrane restitucije i oduzimanja prestacije u korist opštine kao moguće posledice zaključenja ništavog ugovora⁷, konverzije⁸, raskida ili izmene ugovora zbog promenjenih okolnosti⁹ i ništavosti nekih odredaba opštih uslova poslovanja¹⁰.

U Zakonu se kauza javlja i u obliku sintagme „*odlučujuća pobuda*“. U ovoj formi se ona manifestuje kod delimične ništavosti¹¹, raskida ugovora sa uzastopnim obavezama¹² i delimične nemogućnosti ispunjenja za koju ne odgovara nijedna strana¹³. U sintagmi „*pravni osnov*“ kauza se pojavljuje u kontekstu instituta prenova, novacije.¹⁴ Postoje i slučajevi u kojima Zakon za označavanje cilja ugovorne obaveze koristi opšte i opisne formulacije. Tako, pri raskidu ugovora sa uzastopnim obavezama, ugovoru verna strana može da raskine ugovor i u pogledu već ispunjenih obaveza „*ako njihovo ispunjenje bez izostalih ispunjenja nema interesa za nju*“.¹⁵ Ili, pak, strana može da raskine ugovor zbog delimične nemogućnosti prestacije „*ako delimično ispunjenje ne odgovara njenim potrebama*“.¹⁶

² V. čl. 51. i 52. ZOO.

³ V. čl. 63. ZOO.

⁴ V. čl. 210. st. 2. ZOO.

⁵ V. čl. 53. ZOO.

⁶ V. čl. 62. ZOO.

⁷ V. čl. 104. st. 2. ZOO.

⁸ V. čl. 106. ZOO.

⁹ V. čl. 135. st. 1. ZOO.

¹⁰ V. čl. 143. st. 1. ZOO.

¹¹ V. čl. 105. st. 1. ZOO.

¹² V. čl. 129. st. 2. ZOO.

¹³ V. čl. 137. st. 2. ZOO.

¹⁴ V. čl. 348. ZOO.

¹⁵ V. čl. 129. st. 2. ZOO (kurziv – A.D.).

¹⁶ V. čl. 137. st. 2. ZOO (kurziv – A.D.).

Kod određenih pravnih instituta, međutim, iz jezičke formulacije neposredno ne proizilazi da dotičan institut ima dodirnih tačaka sa osnovom ugovorne obaveze ili pobudama za zaključenje ugovora, ali je suština samog instituta svakako motivisana kauzom. Teorijom kauze se objašnjavaju nevažnost prividnog ugovora¹⁷, opšta pravila raskida ugovora zbog neispunjenja¹⁸, prigovor neispunjenja ugovora¹⁹, raskid ugovora po sili zakona usled nemogućnosti²⁰, pravilo o tumačenju nejasnih odredaba ugovora u skladu sa zajedničkom namerom strana²¹, paulijanska tužba²² itd.

Osnov (kauza u objektivnom smislu) u funkciji pretpostavke punovažnog nastanka i dejstva ugovora

Osnovne i najvažnije odredbe o kauzi ugovora se nalaze u čl. 51. i 52. Zakona o obligacionim odnosima. One predstavljaju skoro doslovni prevod čl. 1131, 1132. i 1133 Francuskog građanskog zakonika, te u ovom pogledu Zakon o obligacionom odnosima odstupa od svog dominantnog uzora, Švajcarskog zakonika o obligacijama, koji eksplicitno ne zahteva postojanje punovažne kauze za nastanak i važenje ugovora.

Zakon o obligacionim odnosima predviđa da svaka ugovorna obaveza mora imati dopušten osnov.²³ Ne daje smernice, međutim, u pogledu toga šta osnov ugovorne obaveze znači, ali zato definiše kada je osnov nedopušten. Osnov je nedopušten ako je protivan prinudnim propisima, javnom poretku ili dobrim običajima.²⁴ Postojanje punovažne kauze se pretpostavlja. Ugovorna obaveza ima osnov i onda kada on nije izražen.²⁵ Prema tome, u našem pravu svaki ugovor, odnosno svaki pravni posao, jer se odredbe Zakona o obligacionim odnosima o ugovorima shodno primenjuju i na druge pravne poslove²⁶, mora imati dopušten osnov, tj. mora biti kauzalan. I tzv. apstraktni pravni poslovi imaju kauzu, samo što kod njih kauza nije jasno izražena, nije vidljiva, što znači da je suština apstraktnih pravnih poslova u našem pravu svedena na pitanje vidljivosti, odnosno nevidljivosti kauze. Za slučaj da ugovor nema osnov ili je on ne-

¹⁷ V. čl. 66. ZOO.

¹⁸ V. čl. 124. ZOO.

¹⁹ V. čl. 122. st. 2. ZOO.

²⁰ V. čl. 137. st. 1. ZOO.

²¹ V. čl. 99. st. 2. ZOO.

²² V. čl. 280. ZOO.

²³ V. čl. 51. st. 1. ZOO.

²⁴ V. čl. 51. st. 2. ZOO.

²⁵ V. čl. 51. st. 3. ZOO.

²⁶ V. čl. 25. st. 3. ZOO.

dopušten Zakon predviđa sankciju ništavosti.²⁷ U teoriji se ova dva slučaja jasno razlikuju po svojim pravnim posledicama (nepostojeća kauza čini ugovor nepostojećim, a zabranjena kauza ništavim).²⁸ Međutim, Zakon o obligacionim odnosima ne poznaje kategoriju nepostojećih ugovora, te nepostojeća kauza i nedopuštena kauza u našem pozitivnom pravu imaju identičnu sankciju, ništavost.

Zahtev za postojanjem punovažnog osnova je u Zakonu dalje konkretizovan u odredbama o prividnim (fiktivnim) i simulovanim ugovorima.²⁹ Zakon, naime, propisuje da prividni ugovor nema dejstva među ugovornim stranama.³⁰ On se ne poziva izričito na nepostojanje osnova ugovora kao razlog nevažnosti ugovora, ali smatramo da između teorije kauze i teorije o simulovanim ugovorima postoji veza. Prividnost ugovora se tradicionalno razmatra u kontekstu ugovorne volje. Prividan ugovor nema dejstvo jer ga strane ne žele, njihova ugovorna volja nije usmerena prema njemu.³¹ To je svakako tačno – prividni ugovor predstavlja slučaj svesne i namerne nesaglasnosti izjavljene i unutrašnje volje ugovarača.³² Nevažnost prividnog ugovora se može, međutim, objasniti i teorijom kauze.³³ Prividni ugovor nema stvarnu kauzu, strane ga zaključuju samo u cilju stvaranja privida kao da ugovor postoji. Teorijska sankcija prividnog ugovora je nepostojanje ugovora, dok je pozitivnopravna ništavost. Ako se fiktivnim ugovorom prikriva drugi ugovor čije dejstvo strane stvarno žele, radi se o simulovanom ugovoru. Simulovani ugovor ne važi, jer strane ne žele njegovo dejstvo, on nema stvarnu kauzu. Za razliku od fiktivnog ugovora koji je bez pravnog dejstva, Zakon predviđa da disimulovani (prikriveni) ugovor važi ako su ispunjeni uslovi za njegovu punovažnost.³⁴ Fiktivni ugovor nema stvarnu kauzu, a simulovani ugovor je ima, te je on punovažan, pod uslovom da je

²⁷ V. čl. 52. ZOO.

²⁸ V. PEROVIĆ, Slobodan, komentar uz čl. 52. ZOO u *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, glavni urednik PEROVIĆ, Slobodan, Savremena administracija, Beograd, 1995, knjiga I, str. 123.

²⁹ Detaljnije o fiktivnim i simulovanim ugovorima v. SALMA, Jožef, *Simulovani ugovori, prilog teoriji o izigravanju prava*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1987.

³⁰ V. čl. 66. st. 1. ZOO.

³¹ V. STOJANOVIĆ, Dragoljub, komentar uz čl. 66. ZOO u *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, op.cit., str. 143.

³² V. SALMA, Jožef, *Obligaciono pravo*, šesto (osmo ponovljeno) izdanje, Novi Sad, Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2009, str. 260.

³³ V. PEROVIĆ, Slobodan, *Obligaciono pravo*, šesto izdanje, Novinsko izdavačka ustanova Službeni list SFRJ, Beograd, 1986, str. 336; SALMA, *Obligaciono pravo*, op. cit., str. 301; V. ANTIĆ, Oliver, *Obligaciono pravo*, drugo izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Javno preduzeće Službeni glasnik, Beograd, 2008, str. 358; PEROVIĆ, *Obligaciono pravo*, op. cit., str. 280.

³⁴ V. čl. 66. st. 2. ZOO.

njegova stvarna kauza ujedno i dopuštena i da su ispunjeni i ostali uslovi od kojih zavisi njegova punovažnost.

Radi zaštite interesa trećih savesnih lica, Zakon predviđa pravilo da se prividnost ugovora ne može isticati prema trećem savesnom licu.³⁵ Prema tome, ako je treće savesno lice steklo neko pravo na osnovu ugovora za čiju prividnost (fiktivni ugovor) ili simulovanost (simulovani ugovor) nije znao, niti je mogao znati, sticanje prava od strane trećeg lica je punovažno, ne može se od njega tražiti povraćaj datog na osnovu nevažnosti prividnog ili simulovanog ugovora koji je predstavljao osnov sticanja.

Pobude za zaključenje ugovora (kauza u subjektivnom smislu) i punovažnost ugovora

Pobude (motivi) iz kojih se ugovor zaključuje, u načelu, ne utiču na punovažnost ugovora.³⁶ Prema tome, subjektivni razlozi koji navode strane da se ugovorom obavežu su pravno irelevantni. Ovo se odnosi na dopuštene pobude. Za razliku od dopuštenih, nedopuštene pobude mogu pod određenim uslovima da utiču na punovažnost ugovora. Naime, prema rečima Zakona, ako je nedopuštena pobuda bitno uticala na nastanak ugovorne volje jednog ugovarača, a drugi ugovarač je za to znao ili morao znati, ugovor će biti bez dejstva.³⁷ Zakon koristi cintagmu „bez dejstva“ čija je praktična posledica u ništavosti ugovora. Zakon bi u ovom pogledu sasvim slobodno mogao da koristi termin „ništav“, imajući u vidu da se u teoriji smatra da pravna posledica nedopuštenosti pobuda nije nepostojanje (što formulacija „bez dejstva“ može da implicira), već ništavost ugovora.³⁸ Navedeno pravilo o uticaju savesnosti saugovarača na punovažnost ugovora se primenjuje samo u teretnim ugovorima. U dobročnim ugovorima nedopuštena pobuda čini ugovor ništavim, bez obzira na savesnost saugovarača, tj. na činjenicu da li je on znao ili morao znati da je nedopuštena pobuda bitno uticala na formiranje ugovorne volje prve ugovorne strane.³⁹ Dopusštenost pobuda treba procenjivati po istim merilima kao i dopuštenost kauze⁴⁰, tj. pobude su dopuštene ako nisu protivne prinudnim propisima, javnom poretku ili dobrim običajima.⁴¹

³⁵ V. čl. 66. st. 3. ZOO.

³⁶ V. čl. 53. st. 1. ZOO.

³⁷ V. čl. 53. st. 2. ZOO.

³⁸ V. PEROVIĆ, komentar uz čl. 53. ZOO u *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, op. cit., str. 124.

³⁹ V. čl. 53. st. 3. ZOO.

⁴⁰ V. čl. 51. st. 2. ZOO.

⁴¹ V. PEROVIĆ, komentar uz čl. 53. ZOO u *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, op. cit., str. 125.

Zabluda o osnovu i zabluda o pobudama za zaključenje ugovora i punovažnost ugovora

Konstatovali smo da Zakon obligacionim odnosima zahteva da svaka ugovorna obaveza ima stvarni i dopušteni osnov (kauzu u objektivnom smislu), u suprotnom ugovor je ništav. Pobude za zaključenje ugovora (kauza u subjektivnom smislu) utiču na punovažnost ugovora samo ako su nedopuštene. Postojeći i dopušteni motiv ne utiče na punovažnost ugovorne obaveze. On je u načelu pravno irelevantan.

U svetlu iznetog može se postaviti pitanje da li zabluda o osnovu ugovorne obaveze i zabluda o pobudama za zaključenje ugovora utiču na punovažnost ugovora. Zakon o obligacionim odnosima daje odgovor na oba pitanja.

Zabluda o osnovu u Zakonu o obligacionim odnosima ima naročito veliki značaj – smatra se slučajem nespোরазума između ugovornih strana. Naime, između strana postoji nespоразум (*dissens*) ako veruju da su saglasne, a zapravo imaju različitu predstavu o prirodi ugovora, predmetu ili osnovu obaveze.⁴² Pravna posledica nespоразума je znatno oštija od pravne posledice bitne zablude. Dok slučajevi bitne zablude dovode do rušljivosti ugovora, prema rečima Zakona u slučaju nespоразума ugovor ne nastaje.⁴³ Formulacija zakonske odredbe podseća na sankciju nepostojanja ugovora, što je teorijski ispravno⁴⁴ jer nedostaje jedna od pretpostavki zaključenja ugovora (saglasnost volja), ali se praktična posledica sastoji u ništavosti ugovora.

Za razliku od zablude o osnovu, zabluda o pobudama za zaključenje ugovora u teretnim ugovorima je pravno irelevantna, ne utiče na punovažnost ugovora ni u kom smislu⁴⁵, jer su u teretnim ugovorima pobude apsorbovane u osnovu ugovora, te nemaju pravni značaj. Međutim, u ugo-

⁴² V. čl. 63. ZOO.

⁴³ V. čl. 63. ZOO in fine.

⁴⁴ Ugovorne strane mogu imati pogrešnu predstavu o raznim okolnostima u vezi sa ugovorom koji zaključuju. Neke činjenice su nebitne za prava i obaveze ugovornih strana, te je zabluda o njima pravno irelevantna. Druge su značajnije, te pogrešna predstava o njima omogućava strani u zabludi da u predviđenom roku ugovor poništi, tj. povlače posledice rušljivosti. Međutim, postoje i okolnosti koje su od fundamentalnog značaja za ugovorne strane, te pogrešna predstava o njima sprečava nastanak ugovora. To su tzv. „zablude-prepreke“ (zabluda o prirodi ugovora, predmetu ili cilju ugovorne obaveze). V. PEROVIĆ, *Obligaciono pravo*, op. cit., str. 291, beleška br. 523.

⁴⁵ Naravno, ako je postojanje ili nepostojanje određene okolnosti (koja predstavlja pobudu jedne strane za zaključenje ugovora) postavljena voljom strana kao uslov punovažnosti ugovora, zabluda o toj okolnosti povlači iste pravne posledice kao ostvarenje ili neostvarenje uslova u pravnotehničkom smislu. V. PEROVIĆ, *Obligaciono pravo*, op. cit., str. 297.

vorima bez naknade zabludu o pobudama za zaključenje ugovora Zakon smatra bitnom zabludom⁴⁶, s tim da nije svaka zabluda o pobudama u dobroćinim ugovorima od pravnog značaja, već samo zabluda o glavnoj pobudi, pobudi koja je odlučujuće uticala na preduzimanje obaveze.⁴⁷

Ipak, čak i slučaju kada je zabluda o pobudi pravno relevantna, kada se ona smatra bitnom, ona čini ugovor samo rušljivim, budući da se radi o pravno relevantnoj mani volje⁴⁸, za razliku od zablude o osnovu ugovorne obaveze, koja povlači znatno oštriju pravnu posledicu, nepostojanje odnosno ništavost ugovora.

Kauza i tumačenje ugovora

Tumačenje ugovora je postupak utvrđivanja pravog značenja sadržine ugovora, „istraživanje stvarne, odnosno saglasne volje ugovornih strana“⁴⁹.

Osnovno pravilo tumačenja ugovora u Zakonu o obligacionim odnosima predviđa da se ugovorne odredbe primenjuju onako kako glase⁵⁰, pri čemu se ne treba držati doslovnog značenja upotrebljenih izraza, već treba istraživati *zajedničku nameru* ugovarača i odredbu razumeti tako kako odgovara načelima obligacionog prava.⁵¹ Najbitniji element ovog opšteg pravila tumačenja ugovora je sintagma „zajednička namera“. Imajući u vidu da je kauza pojam koji objašnjava zašto su se strane obavezale u ugovoru, njeno utvrđivanje je nezaobilazni element postupka tumačenja.⁵² Tumač prilikom tumačenja nejasnih ugovornih odredbi treba da utvrdi šta je bila zajednička namera strana, njihov zajednički cilj, kauza njihovih obaveza. Istraživanje pobuda iz kojih su strane zaključile ugovor bi bilo praktično nemoguće, a i nepotrebno jer su (dozvoljene) pobude za zaključenje ugovora bez pravne relevantnosti. Dakle, pod zajedničkom namerom strana u kontekstu pravila o tumačenju ugovora treba podrazumevati cilj ugovornih obaveza, kauzu u objektivnom smislu.

Kauza i ništavost ugovora

Ugovor je ništav ako je protivan javnom poretku, prinudnim propisima ili dobrim običajima, ukoliko cilj povređenog pravila ne upućuje na

⁴⁶ V. čl. 62. ZOO.

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ V. čl. 111. st. 1. ZOO.

⁴⁹ SALMA, *Obligaciono pravo*, op. cit., str. 362.

⁵⁰ V. čl. 99. st. 1 ZOO.

⁵¹ V. čl. 99. st. 2 ZOO.

⁵² V. ANTIĆ, *Obligaciono pravo*, op. cit., str. 371.

neku drugu sankciju ili ako nešto drugo nije propisano.⁵³ Odredbe Zakona o ništavosti ugovora su zapravo vid operacionalizacije opšteg ograničenja slobode uređivanja obligacionih odnosa iz čl. 10.

Osnovna pravna posledica ništavosti ugovora je povraćaj u pređašnje stanje.⁵⁴ Međutim, ako je posredi poseban slučaj ništavog ugovora, ugovora kojim se vredaju ne samo imperativni propisi, već i „načela poretka“⁵⁵ (fundamentalna načela na kojima počiva javni poredak) sud može odbiti zahtev nesavesne strane za restitucijom (zabrana restitucije) a može i odlučiti da predmet prestacije oduzme nesavesnoj strani i preda opštini mesta njenog prebivališta (oduzimanje prestacije u korist društvene zajednice). Sud može da odredi ovu sankciju ako je ugovor po svojoj sadržini ili cilju protivan javnom poretku, prinudnim propisima ili dobrim običajima⁵⁶, pri čemu će se sud rukovoditi savesnošću strana, značajem ugroženog dobra ili interesa i moralnim shvatanjima.⁵⁷

Zabrana restitucije i oduzimanje prestacije u korist opštine je sankcija koju sud primenjuje izuzetno, kada strane svojim ugovorom ugrožavaju ili povređuju javni poredak. Ne ugrožavaju javni poredak svi ništavi ugovori u podjednakoj meri. Tako, na primer, sud neće zabraniti restituciju i oduzeti predmet prestacije u korist opštine ako strane nisu poštovalе propisanu, bitnu formu ugovora. I takav ugovor je ništav, ali oduzimanju prestacije ne bi bilo mesta. Ovu naročitu sankciju sud može da odredi samo ako je ugovor protivan javnom poretku po svom sadržaju ili *cilju*. Smatramo da se pod nedozvoljenim ciljem ugovora u kontekstu zabrane restitucije i oduzimanja prestacije podrazumeva nedozvoljena kauza (u objektivnom smislu), nedopušten osnov ugovorne obaveze.

Kauza i konverzija ništavog ugovora

Ništavi ugovori ne proizvode pravno dejstvo. Za razliku od rušljivih ugovora, oni ne mogu biti osnaženi, konvalidirani, bilo aktivnim ponašanjem strana⁵⁸, bilo protekom vremena.

⁵³ V. čl. 103. st. 1. ZOO.

⁵⁴ V. čl. 104. st. 1. ZOO.

⁵⁵ V. SALMA, *Obligaciono pravo*, op. cit., str. 400–401.

⁵⁶ V. čl. 104 st. 2 ZOO.

⁵⁷ V. čl. 104 st. 3 ZOO.

⁵⁸ Izuzetak čine samo ugovori koji su ništavi zbog povrede propisane bitne forme (v. čl. 73. ZOO) ili kod kojih je zabrana bila manjeg značaja koja je naknadno prestala (V. čl. 107. st. 2. ZOO). U oba slučaja do konvalidacije dolazi aktivnim ponašanjem strana, tj. ispunjenjem obaveza iz ugovora.

Međutim, ništavi ugovori mogu biti konvertovani, pretvoreni u drugi, punovažan ugovor. Konverzija je izuzetna tehnika „spasavanja“ ugovora od sankcije ništavosti, koju sud može da primeni samo na stranačku inicijativu, pod uslovom da bi strane zaključile ugovor u koji je ništav ugovor pretvoren, ako bi to bilo u skladu sa ciljem koji su strane htele postići zaključenjem ništavog ugovora, i ako se može pretpostaviti da bi strane zaključile takav ugovor da su za ništavost svog ugovora znale.⁵⁹ Smisao konverzije je da se odredbe ugovora, čak i ništavog, tumače „u smislu u kome mogu imati izvesno dejstvo, a ne u smislu da nemaju nikakvo dejstvo“. ⁶⁰ Klasičan primer za konverziju koji se često navodi u literaturi je konverzija ništavog ugovora o raspodeli i ustupanju imovine za života u ugovor o poklonu.⁶¹

Kod konverzije Zakon, dakle, vodi računa o namerama strana i cilju koji su zaključenjem ništavog ugovora htele da postignu. Zakon ne daje smernice da li se pod ovim ciljem podrazumeva kauza u objektivnom smislu ili pobude za zaključenje ugovora. Smatramo da bi pravo značenje zakonske formulacije „*cilj koji su ugovarači imali u vidu*“ bilo kauza u svom objektivnom smislu, a ne pobude, subjektivni razlozi zbog kojih su ugovorne strane zaključile ništav ugovor. Tako, na primer, u slučaju konverzije ništavog ugovora o raspodeli i ustupanju imovine za života u ugovor o poklonu treba imati u vidu da je namera ostavioca (poklonodavca) bila da besteretno za života ustupi svoju imovinu budućim naslednicima. Isti rezultat se postiže i ugovorom o raspodeli imovine za života i ugovorom o poklonu, pri čemu su pravno irelevantne pobude iz kojih ostavilac, odnosno poklonodavac zaključuje ugovor.

Kauza i delimična ništavost ugovora

Ugovor je ništav ako je protivan javnom poretku, prinudnim propisima ili dobrim običajima.⁶² U nastojanju da se ugovor održi na snazi, međutim, predviđena je mogućnost da sud ne proglasi ceo ugovor ništavim, već samo pojedine njegove odredbe. U tom slučaju iz ugovora bi se odstranio sastojak koji vređa javni poredak, dok bi u ostalom delu ostao u dejstvu.

Primena instituta delimične ništavosti je moguća ako ugovor može da opstane i bez ništave odredbe i da ništava odredba nije bila uslov

⁵⁹ V. čl. 106. ZOO.

⁶⁰ PEROVIĆ, komentar uz čl. 106. ZOO u *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, op. cit., str. 219.

⁶¹ Ibidem.

⁶² V. čl. 103. st. 1. ZOO.

ugovora ili *odlučujuća pobuda* zbog koje je ugovor zaključen.⁶³ Prvi uslov znači da ništava odredba ne sme sa ostalim odredbama ugovora biti u neraskidivoj logičkoj i sistemskoj vezi. Ako proglašenjem neke odredbe ništavom ostale odredbe ugovora postanu besmislene, delimičnoj ništavosti nema mesta, te će ugovor u celini biti ništav. Ako i bez ništave odredbe ugovor predstavlja logičku celinu, ugovor će ostati punovažan pod uslovom da ništava odredba nije bila uslov niti odlučujuća pobuda zbog koje je ugovor zaključen. Ova druga dva uslova su postavljena alternativno. Ako je ništava odredba bila uslov ugovora, ugovor će u celini biti ništav. Uslov je buduća neizvesna činjenica od čijeg nastupanja ili nenastupanja zavisi nastanak ili prestanak ugovora.⁶⁴ Drugi alternativni uslov delimične ništavosti je da ništava odredba nije bila odlučujuća pobuda zaključenja ugovora.⁶⁵ Međutim, Zakon predviđa da će ugovor ostati na snazi uprkos tome što je ništava odredba uslov ugovora ili odlučujuća pobuda, ako je ništavost ustanovljena upravo da se ugovor oslobodi ništave odredbe.⁶⁶

Može se postaviti pitanje šta Zakon podrazumeva pod „*odlučujućom pobudom*“ čija ništavost povlači ništavost ugovora u celini. Da li pod njom podrazumeva kauzu u objektivnom smislu (osnov ugovora) ili kauzu u subjektivnom smislu (pobude za zaključenje ugovora)? Slažemo se sa stavom u našoj teoriji⁶⁷ da se u ovom slučaju radi o pobudama za zaključenje ugovora. Na ovakav zaključak ukazuje i sama formulacija odredbe Zakona koja govori o odlučujućoj pobudi. Međutim, od jezičkog smatramo važnijim i jedan drugi, suštinski razlog. Naime, ništavost osnova (kauze u objektivnom smislu) bi u svakom slučaju povlačila ništavost ugovora o celini. Osnov ugovora se formuliše u prestacijama ugovornih strana. Ako su odredbe ugovora koje sadrže prestacije ugovornih strana ništave zbog toga što su protivne javnom poretku, prinudnim propisima ili dobrim običajima, ugovor će u celini biti ništav, jer ne može da opstane bez osnovnih odredbi u kojima su sadržane prestacije strana. Odredbe ugovora o prestacijama strana su sama suština ugovora. Ako se one pokažu ništavim, ugovor je u celini ništav jer ostale odredbe ugovore čine neraskidivu logičku i sistemsku vezu sa odredbama o prestacijama strana.

⁶³ V. čl. 105. st. 1. ZOO.

⁶⁴ V. čl. 74. st. 1. ZOO.

⁶⁵ V. čl. 105. st. 1. ZOO.

⁶⁶ V. čl. 105. st. 2. ZOO.

⁶⁷ V. PEROVIĆ, komentar uz čl. 105 ZOO u *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, op. cit., str. 218.

Prema tome, Zakon u materiji delimične ništavosti uzima u obzir subjektivne razloge zbog kojih strane zaključuju ugovor (kauzu u subjektivnom smislu). Naravno, uticaj pobuda za zaključenje ugovora na institut delimične ništavosti treba procenjivati u svetlu čl. 53. Zakona. Stoga, smatramo da u teretnim ugovorima ništavost odredbe koja je bila odlučujuća pobuda za zaključenje ugovora utiče na punovažnost ugovora u celini pod uslovom da je druga ugovorna strana bila nesavesna, dok bi u dobroćinim ugovorima ništavost pobude za zaključenje ugovora imala za posledicu ništavost ugovora u celini, bez obzira na savesnost druge ugovorne strane.

Kauza i raskid ugovora zbog neispunjenja

Raskid ugovora zbog neispunjenja je poseban, zakonom regulisan slučaj jednostranog i motivisanog raskida ugovora.⁶⁸

Načelo *pacta sunt servanda* je vrlo dugo smatrano neprikosnovenim, što je imalo za posledicu da je ugovor obavezivao i ugovoru vernu stranu čak i u slučaju kada je druga strana bila nesavesna, nije ispunila svoje obaveze iz ugovora. U slučaju neispunjenja obaveze druge ugovorne strane, ugovoru verna strana nije mogla da traži raskid ugovora, već samo prinudno izvršenje obaveze druge strane.⁶⁹ U literaturi postoje različita objašnjenja teorijskog osnova raskida ugovora zbog neispunjenja. Prema jednom od njih, pravo na raskid ugovora se objašnjava nedostatkom kauze. Kauza, cilj obavezivanja, naime, prema njenom savremenom, neoklasičnom shvatanju mora da postoji ne samo u momentu zaključenja ugovora, već i tokom njegovog dejstva, kao i u momentu ispunjenja. Ako druga strana ne ispunji svoju obavezu, nestaje razlog obavezivanja, kauza ugovoru verne strane i ona može da raskine ugovor.⁷⁰

Zakon o obligacionim odnosima predviđa slobodu izbora strane koja je verna ugovoru da li će od druge strane, koja ne ispunjava svoje obaveze, zahtevati ispunjenje ili raskinuti ugovor.⁷¹ Isto pravo ima ugovoru verna strana i u slučaju kad je ispunjenje obaveze druge strane vezano za rok, a pre njegovog isteka postane očigledno da druga strana neće ispuniti svoju obavezu.⁷² Izbor između raskida ugovora i zahteva za ispunjenjem obaveze je u načelu slobodan, što znači da Zakon prepušta strani koja je

⁶⁸ V. SALMA, *Obligaciono pravo*, op. cit., str. 417.

⁶⁹ V. PEROVIĆ, *Obligaciono pravo*, op. cit., str. 494.

⁷⁰ V. PEROVIĆ, *Obligaciono pravo*, op. cit., str. 498-499; ANTIĆ, *Obligaciono pravo*, op. cit., str. 423.

⁷¹ V. čl. 124. st. 1. ZOO.

⁷² V. čl. 128. ZOO.

verna ugovoru da odluči da li je usled neispunjenja obaveze druge ugovorne strane nestao razlog, kauza njenog obavezivanja, kada će tražiti raskid, ili taj razlog još uvek postoji, te neće raskinuti ugovor već će zahtevati ispunjenje obaveze. Stvari su jasne ako druga strana uopšte ne ispunjava svoju obavezu. Tada ugovoru verna strana ima mogućnost izbora između raskida ugovora i zahteva da druga strana ispunji obaveze. Pitanje je znatno delikatnije kada je druga strana svoju obavezu ispunila samo delimično. U teoriji postoji stav da u takvom slučaju pravo na raskid ugovora treba podvrgnuti „objektivnom testu kauze“, te omogućiti raskid ako delimičnim ispunjenjem nije ostvarena kauza ugovoru verne strane.⁷³ Slažemo se sa stavom da je kauza činilac koji će odrediti da li će u slučaju delimičnog ispunjenja doći do raskida ugovora ili ne, ali odluku o tome da li je delimičnim ispunjenjem ostvaren razlog njenog obavezivanja donosi ugovoru verna strana, u skladu sa načelnom slobodom koju joj Zakon daje da odluči da li će ugovor raskinuti ili zahtevati da druga strana ispunji obavezu.

Ipak, u nekim slučajevima taj izbor ugovoru verne strane nije slobodan. Naime, ako je druga strana svoju obavezu u većem delu ispunila, a neispunjenje se odnosi samo na neznatni deo obaveze, ugovor se ne može raskinuti.⁷⁴ Tada se jedino može zahtevati ispunjenje preostalog dela obaveze. Aluzija Zakona na teoriju kauze je jasna. Time što je druga ugovorna strana ispunila svoje obaveze u pretežnom delu (odnosno nije ispunila svoje obaveze samo u neznatnom delu), ugovoru verna strana je uglavnom dobila od druge strane ono što je bilo razlog, kauza njenog obavezivanja. Razume se, ona može da zahteva ispunjenje preostalog dela obaveze druge strane, ali nema pravo na raskid ugovora.

U okviru izlaganja o odnosu kauze i raskida ugovora zbog neispunjenja neophodno je osvrnuti se i na institut prigovora neispunjenja ugovora (*exceptio non adimpleti contractus*).⁷⁵ Prema Zakonu o obligacionim odnosima u dvostrano obaveznom ugovoru, ako ništa drugo nije ugovoreno ili zakonom određeno, odnosno drugo proizilazi iz prirode posla, nijedna strana nije dužna da ispunji svoju obavezu ako druga strana nije is-

⁷³ V. ANTIĆ, *Obligaciono pravo*, op. cit., str. 427.

⁷⁴ V. čl. 131. ZOO.

⁷⁵ Prigovor neispunjenja ugovora (ili prigovor neizvršenog ugovora, v. STAROVIĆ, Borivoj, *Prigovor neizvršenog ugovora*, doktorska disertacija, Beograd, 1966) spada u grupu materijalnopравnih prigovora. Tačnije, u pitanju je tzv. pravi materijalnopравni prigovor jer se odluka o njemu unosi u dispozitiv presude, a ne u obrazloženje, kao što je to slučaj sa ostalim (nepravim) materijalnopравnim prigovorima. V. KEČA, Ranko, *Građansko procesno pravo*, edicija Priručnici za polaganje pravosudnog ispita, br. 7, Službeni glasnik, 2009, str. 183.

punila ili nije spremna da ispuni svoju.⁷⁶ To je pravilo o istovremenom ispunjenju obaveza. Suština prigovora neispunjenog ugovora je u tome, što tuženi može da istakne prigovor da neće da ispuni svoju obavezu dok i tužilac ne ispuni svoju. Sud će na osnovu prigovora prvo utvrditi da li je tužbeni zahtev osnovan. Ako je on osnovan, utvrđuje da li je i prigovor osnovan. Ako je prigovor osnovan, sud donosi presudu kojom se usvaja tužbeni zahtev i nalaže tuženom da ispuni svoju obavezu, ali samo pod uslovom da je tužilac prethodno ispunio svoju.⁷⁷ Obrazloženje prigovora neispunjenja ugovora vidimo u teoriji kauze. Razlog obaveze jedne strane je ispunjenje obaveze druge. Ako druga strana ne ispuni svoju obavezu, ili nije spremna da je ispuni, nestaje kauza prve strane, te nema razloga da ona ispuni svoju obavezu. Isto takvo je obrazloženje i situacije u kojoj jedna strana može da odbije ispunjenje svoje obaveze ako ispunjenje obaveze druge strane postane neizvesno.⁷⁸ Neizvesnošću ispunjenja obaveze druge strane postaje neizvesno ostvarenje kauze prve strane, te ona može da odbije ispunjenje svoje obaveze ako druga strana ne pruži odgovarajuće obezbeđenje.⁷⁹

Uprkos tome što se Zakon o obligacionim odnosima u odredbama o raskidu ugovora zbog neispunjenja ili delimičnog ispunjenja, odnosno kod prigovora neispunjenja izričito ne poziva na institut kauze, ne uslovljava primenu ovih instituta postojanjem ili nepostojanjem osnova ugovorne obaveze, u literaturi se smatra da teorija kauze svoju neposredni pravi izražaj dobija upravo kod ovih instituta.⁸⁰

Zakon o obligacionim odnosima se u domenu raskida ugovora zbog neispunjenja ipak na jednom mestu neposredno poziva na kauzu ugovora, i to u pogledu raskida ugovora sa uzastopnim obavezama. On predviđa da ugovoru verna strana može da raskine ugovor sa uzastopnim obavezama u pogledu svih budućih obaveza ako druga strana ne ispuni jednu od obaveza, a iz okolnosti slučaja proizilazi da buduće obaveze neće biti ispunjene.⁸¹ Ovakav raskid deluje *ex nunc*, samo u pogledu budućih obaveza. Raskid, međutim, može imati i *ex tunc* dejstvo, što znači da ugovoru verna strana može da raskine ugovor ne samo u pogledu budućih davanja, nego i u pogledu već ispunjenih obaveza, ako njihovo ispunjenje bez izo-

⁷⁶ V. čl. 122. st. 1. ZOO.

⁷⁷ V. čl. 122. st. 2. ZOO; KEČA, *Građansko procesno pravo*, op. cit., str. 183.

⁷⁸ V. čl. 123. st. 1. ZOO.

⁷⁹ Ibidem.

⁸⁰ V. PEROVIĆ, *Obligaciono pravo*, op. cit., str. 337; PEROVIĆ, komentar uz čl. 51. ZOO u *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, op. cit., str. 121.

⁸¹ V. čl. 129. st. 1. ZOO.

stalih, budućih ispunjenja *nema interesa za nju*.⁸² Formulacija je nespret-
na i nejasna, ali se iz nje može izvući zaključak da se obrazloženje ovog
pravila nalazi u doktrini kauze. Ugovoru verna strana će moći da raskine
ugovor i u odnosu na ispunjene obaveze ako se njima, bez budućih, preo-
stalih obaveza, ne ostvaruje cilj, kauza radi koje se ona obavezala.

U svim ovim slučajevima (raskid ugovora zbog neispunjenja ili deli-
mičnog ispunjenja, prigovor neispunjenog ugovora, raskid ugovora i u
pogledu već ispunjenih obaveza kod ugovora sa uzajamnim obavezama)
kauza se tumači u svom objektivnom smislu kao osnov ugovorne obave-
ze, ispunjenje protivčinidbe druge strane.

Kauza i prestanak ugovora zbog nemogućnosti ispunjenja, odnosno raskid ugovora zbog delimične nemogućnosti

Ugovor prestaje ako nastupi nemogućnost ispunjenja obaveze, pod
uslovom da je ta nemogućnost naknadna, da je predmet obaveze individu-
alno određena prestacija i da dužnik nije kriv za nastupanje nemogućno-
sti.⁸³ Ako je predmet obaveze generična stvar, ugovor ne prestaje. Isto ta-
ko, ako je dužnik skrivio nemogućnost ispunjenja obaveze, prestaje nje-
gova obaveza, ali ne i ugovor.⁸⁴

U ovom smislu Zakon o obligacionim odnosima predviđa da se, ako
je ispunjenje obaveze jedne strane postalo nemoguće usled događaja za
koji nije odgovorna nijedna strana, gase obaveze obe strane.⁸⁵ Slažemo se
sa stavom u teoriji da se prestanak ugovora usled neskrivljene nemoguć-
nosti prestacije može objasniti jedino teorijom kauze.⁸⁶ Ugovorna obave-
za je u momentu zaključenja ugovora imala stvarni osnov koji je kasnije,
nakon zaključenja ali pre ispunjenja ugovora nestao. Budući da je kauza
prestala da postoji, ugovor se raskida po samom zakonu. Isti zaključak se
može po analogiji primeniti i na slučaj prestanka ugovora zbog smrti ugo-
vorne strane ako je ugovor zaključen s obzirom na njena lična svojstva
(ugovori sa *intuitu personae* dejstvom). Razlog obavezivanja jedne strane
je bio ispunjenje obaveze od strane tačno određenog lica ili lica koje ime
određena svojstva, znanja ili sposobnosti. Kada ono umre, obaveza sau-
govarača gubi kauzu, jer je osnov saugovaračeve obaveze bila prestacija
lične prirode, koju je moglo da ispuni samo lice koje je umrlo.

⁸² V. čl. 129. st. 2. ZOO.

⁸³ V. SALMA, *Obligaciono pravo*, op. cit., str. 420.

⁸⁴ V. PEROVIĆ, *Obligaciono pravo*, op. cit., str. 521.

⁸⁵ V. čl. 137. st. 1. ZOO.

⁸⁶ V. ANTIĆ, *Obligaciono pravo*, op. cit., str. 434.

Slično raskidu zbog neispunjenja, Zakon o obligacionim odnosima se ni u slučaju prestanka ugovora zbog neskrivljene nemogućnosti neposredno ne poziva na nepostojanje osnova ugovorne obaveze, ali se u teoriji smatra da je u pitanju slučaj naknadnog prestanka postojanja kauze. Međutim, drugačije je sa raskidom ugovora zbog neskrivljene delimične nemogućnosti. Kod ovog instituta Zakon, u odgovarajućem jezičkom obliku, pominje cilj ugovorne obaveze. Dok se, naime, ugovor čiji je predmet postao nemoguć u potpunosti usled događaja za koji ne odgovara nijedna strana smatra raskinutim po sili zakona, nastupanje neskrivljene delimične nemogućnosti nema za posledicu prestanak ugovora po sili zakona, već se ovlašćuje druga strana da raskine ugovor ako delimično ispunjenje *ne odgovara njenim potrebama*.⁸⁷ Očigledna je analogija sa raskidom ugovora sa uzastopnim obavezama sa *ex tunc* dejstvom. I u jednom i u drugom slučaju opstanak ugovora zavisi od toga da li se ispunjenim obavezama, odnosno ispunjenjem onog dela predmeta obaveze koji nije postao nemoguć ostvaruje kauza ugovorne obaveze druge ugovorne strane. Uprkos neadekvatnim formulacijama⁸⁸, kao logičan nameće se zaključak da se u oba slučaja Zakon poziva na kauzu u objektivnom smislu, na osnov ugovorne obaveze.

Kauza i institut raskida ili izmene ugovora zbog promenjenih okolnosti

Raskid ili izmena ugovora zbog promenjenih okolnosti (*clausula rebus sic stantibus*) je noviji institut ugovornog prava, nastao u praksi francuskog Vrhovnog upravnog suda tokom Prvog svetskog rata.⁸⁹ U pitanju je najkrupnije odstupanje od načela *pacta sunt servanda*, pravila po kojem zaključen ugovor obavezuje strane i njegova obaveznost u principu ne može da prestane jednostranom izjavom volje bilo koje ugovorne strane, već samo saglasnom izjavom volje (sporazumni raskid), ispunjenjem ili u zakonom predviđenim slučajevima.

Smisao instituta promenjenih okolnosti je u tome da se omogućiti dužniku u trajnom obligacionom odnosu da traži raskid ili izmenu ugovora, ako nakon zaključenja ugovora a pre ispunjenja nastupe nepredvidive

⁸⁷ V. čl. 137. st. 2. ZOO.

⁸⁸ Kod raskida ugovora sa uzastopnim obavezama to je formulacija „...ako njihovo ispunjenje bez izostalih ispunjenja *nema interesa za nju*“, dok kod raskida ugovora zbog delimične nemogućnosti Zakon upotrebljava formulaciju „...ako delimično ispunjenje *ne odgovara njenim potrebama*“ (kurziv – A.D.).

⁸⁹ V. slučaj Gaz de Bordeaux, Council d'Etat, od 30. novembra 1916. godine, 5,16,3,17. Navedeno prema SALMA, *Obligaciono pravo*, op. cit., str. 379.

okolnosti koje otežavaju ispunjenje obaveze. Važno je istaći da nepredvidljive okolnosti u ovom slučaju ne dovode do potpune nemogućnosti ispunjenja.⁹⁰ Ispunjenje obaveze je moguće, ali je ono znatno otežano ili je ekonomski necelishodno.

Institut raskida ili izmene ugovora zbog promenjenih okolnosti je inspirisan teorijom kauze⁹¹ što se ogleda i u pozitivnopravnoj regulativi ovog instituta u Zakonu o obligacionim odnosima.⁹²

Zakon, naime, predviđa da dužnik ima pravo da traži izmenu ili raskid ugovora ako je, zbog nastupanja nepredvidivih okolnosti, ispunjenje njegove obaveze otežano ili se više ne može ostvariti *svrha ugovora* u toj meri da je očigledno da ugovor više *ne odgovara očekivanjima ugovornih strana*.⁹³ Prihvatamo stav u našoj civilistici⁹⁴ da pod svrhom ugovora u ovom kontekstu treba podrazumevati pobude za zaključenje ugovora, kauzu u subjektivnom smislu. Ostvarenje kauze u objektivnom smislu je i dalje moguće, nije došlo do nemogućnosti ispunjenja obaveze iz ugovora, ali se tim ispunjenjem ne ostvaruju pobude koje su stranu navele na zaključenje ugovora. U prilog ovom zaključku govori i to što Zakon primenu instituta promenjenih okolnosti uslovljava time da otežano ispunjenje ugovora više ne odgovara očekivanjima ugovornih strana. Aluzija u Zakonu na pobude za zaključenje ugovora je na ovom mestu još izraženija.

Dalje, Zakon nalaže sudu da prilikom odlučivanja o tome da li će usvojiti tužbu dužnika radi raskida ili pravične izmene ugovora uzme u obzir određene okolnosti od značaja za donošenje odluke kao što su načela poštenog prometa, *cilj ugovora*, normalni rizik koji strane treba da snose u toj vrsti ugovora, opšti interes i *interes obeju strana*.⁹⁵ Zakon ovim pravilom nalaže sudu da prilikom odlučivanja da li će ugovor raskinuti ili ga samo pravično izmeniti uzme u obzir više merila. Između ostalog, sud treba da ceni šta je bio cilj ugovora. Smatramo da u ovom kontekstu Zakon sadrži nalog sudu da istraži šta je bio osnov ugovornih obaveza strana, cilj ugovora (kauza u objektivnom smislu) i da li je taj cilj još uvek ostvariv u sve-

⁹⁰ V. PEROVIĆ, *Obligaciono pravo*, op. cit., str. 432.

⁹¹ V. PEROVIĆ, *Obligaciono pravo*, op. cit., str. 428.

⁹² V. čl. 133-136. ZOO.

⁹³ V. čl. 133. st. 1. ZOO.

⁹⁴ Kao primer nemogućnosti ostvarenja svrhe ugovora profesor Đurđević navodi hipotetički slučaj u kojem kupac kupuje određenu robu od domaćeg prodavca radi izvoza na inostrano tržište što je prodavcu bilo poznato. Međutim, usled međunarodnog embarga bude zabranjen uvoz robe u zemlju u koju je kupac hteo da izveze kupljenu robu. V. ĐURĐEVIĆ, Marko, komentar uz čl. 133. ZOO u *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, op. cit., str. 264.

⁹⁵ V. čl. 135. ZOO.

tlu novih okolnosti koje strane nisu mogle imati u vidu prilikom zaključenja ugovora. Međutim, čak i ako je cilj ugovora ostvariv, sud treba da vrši odmeravanje interesa. Treba da odluči da li opštem interesu i interesu obeju strana više služi raskid ugovora ili njegova pravična izmena. Prema tome, u odmeravanju interesa sud treba da vaga i legitimna očekivanja strana, njihove privatne interese, pri čemu ne može da zaobiđe pitanje pobuda iz kojih su strane zaključile ugovor. Stoga, prilikom odlučivanja da li će raskinuti ugovor ili ga održati na snazi uz pravične izmene, sud treba da se rukovodi kako ciljem ugovora (kauza u objektivnom smislu), tako i ličnim interesima strana (kauza u subjektivnom smislu).

Kauza i ništavost pojedinih odredaba opštih uslova poslovanja

Opšti uslovi poslovanja su ugovorne klauzule koje priprema jedna ugovorna strana, a nalaze se van samog teksta ugovora i dopunjuju njegove odredbe. Oni obavezuju drugu ugovornu stranu pod uslovom da su joj bili poznati ili morali biti poznati u momentu zaključenja ugovora.⁹⁶

Veza između opštih uslova poslovanja i kauze u Zakonu o obligacionim odnosima se može uočiti u pogledu pitanja ništavosti pojedinih odredaba opštih uslova poslovanja. Tako, Zakon predviđa da su ništave odredbe opštih uslova poslovanja koje su protivne *samom cilju zaključenog ugovora* ili dobrim običajima.⁹⁷ U pitanju su odredbe opštih uslova poslovanja usled kojih se ne može ostvariti kauza osnovnog ugovora, čijoj dopuni opšti uslovi poslovanja služe. Smatramo da se pod ciljem zaključenog ugovora u ovom kontekstu podrazumeva kauza u svom objektivnom značenju, osnov ugovornih obaveza, a ne pobude za zaključenje ugovora.⁹⁸

Kauza i sticanje bez osnova

Sticanje bez osnova (pravno neosnovano obogaćenje, *condictio sine causa*) je institut pomoću kojeg se ostvaruje povraćaj imovine stečene bez pravnog osnova.⁹⁹

Prema Zakonu o obligacionim odnosima kad neki deo imovine jednog lica pređe na bilo koji način u imovinu drugog lica, a taj prelaz nema svoj osnov u nekom pravnom poslu ili zakonu, sticalac je dužan da steče-

⁹⁶ V. čl. 142. st. 3. ZOO.

⁹⁷ V. čl. 143. st. 1. ZOO.

⁹⁸ V. u istom smislu PEROVIĆ, komentar uz čl. 143. ZOO u *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, op. cit., str. 288.

⁹⁹ V. SALMA, *Obligaciono pravo*, op. cit., str. 110.

no vrati, a kad to nije moguće, da nadoknadi njegovu vrednost.¹⁰⁰ Ovo je osnovno pojmovno određenje ovog instituta u Zakonu. U formulaciji se navodi izraz „osnov“, ali iz konteksta rečenice nedvosmisleno proizilazi da se on ne odnosi na kauzu već na pravni osnov sticanja nekog prava (*titulus*).

Međutim, zakonska odredba dalje predviđa da postoji obaveza vraćanja stečenog i u slučaju kada se nešto primi s obzirom *na osnov koji se nije ostvario* ili *koji je kasnije otpao*.¹⁰¹ Slučaj sticanja po osnovu koji se nije ostvario se tradicionalno označava sintagmom *condictio causa data causa non secuta*, a slučaj sticanja po osnovu koji je postojao, ali je kasnije otpao *condictio ab causam finitam*.¹⁰²

Iz aspekta instituta kauze posebnu pažnju zaslužuje slučaj sticanja po osnovu koji se nije ostvario. To bi bio slučaj, na primer, kada budućem zetu otac devojke pokloni određenu stvar u očekivanju da zaključi brak sa njegovom kćerkom.¹⁰³ Ako izostane zaključenje braka, primljeni poklon treba da se vrati jer se nije ostvario osnov (zaključenje braka) radi kojeg je poklon učinjen. Postoji stav u teoriji da je i ovde reč o pravnom osnovu, *titulus*-u, s tim da se radi o odnosu dva *titulus*-a, odnosu između „zasnovanog pravnog osnova“ i „očekivanog pravnog osnova“. ¹⁰⁴ U navedenom primeru zasnovani pravni osnov bi bio poklon, koji se čini radi zaključenja braka, dok je zaključenje braka očekivani pravni osnov. Tako prema ovom shvatanju razlog povraćaja stečenog bez osnova je neostvarenje očekivanog pravnog osnova, *titulus*-a.¹⁰⁵

Smatramo da se ovaj slučaj kondikcije, sticanje po osnovu koji se očekivao, a nije se ostvario, može objasniti teorijom kauze. Naime, razlog zbog kojeg sticalac u ovom slučaju mora da vrati stečeno je upravo u odnosu zasnovanog i očekivanog pravnog osnova. Taj odnos je subjektivne prirode, leži u pobudama iz kojih je osiromašeni zasnovao prvi, tzv. zasnovani pravni osnov. Izostanak nastanka očekivanog pravnog osnova nije ništa drugo do neostvarenje motiva, pobuda osiromašenog iz kojih je zasnovao prvi pravni osnov. Stoga, povraćaj datog zbog toga što se očekivani pravni osnov nije ostvario je primena teorije kauze u domenu kondikcija, pri čemu se kauza u ovom kontekstu poima subjektivno, u smislu pobuda koje su osiromašenog navele na zasnivanje pravnog posla, *titulus*-a.

¹⁰⁰ V. čl. 210. st. 1. ZOO.

¹⁰¹ V. čl. 210. st. 2. ZOO.

¹⁰² V. ANTIĆ, *Obligaciono pravo*, op. cit., str. 523.

¹⁰³ Primer naveden prema ĐORĐEVIĆ, Živomir, komentar uz čl. 210. ZOO u *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, op. cit., str. 503.

¹⁰⁴ Ibidem.

¹⁰⁵ Ibidem.

Kauza i paulijanska tužba

Paulijanska tužba (*actio Pauliana*) služi sprečavanju dužnika da pravnim radnjama umanju vrednost svoje imovine ne bi li onemogućio ili umanjio mogućnost poverilaca da naplate svoja potraživanja.¹⁰⁶ Po pravilu će to biti pravni poslovi (češće dobročini, rede teretni), ali mogućnost naplate potraživanja poverilaca može biti umanjena i nekom pravnom radnjom dužnika koja se ne smatra pravnim poslom (na primer, propuštanje naplate potraživanja, odbijanje poklona itd.). Paulijansku tužbu podnosi poverilac protiv trećeg lica kome je dužnik iz pravnog odnosa sa poveriocem dobročnim ili teretnim pravnim poslom preneo u svojinu neku stvar ili pravo, ili na drugi način umanjio svoju imovinu. Tužilac od suda traži da pravnu radnju dužnika proglasi bez dejstva prema njemu.

Institut pobijanja dužnikovih pravnih radnji je inspirisan teorijom nedozvoljene kauze. Pravni posao ili pravna radnja koje dužnik preduzima su sami po sebi punovažni. Oni se pobijaju iz razloga što su preduzeti radi postizanja nedozvoljenog cilja koji se sastoji u tome što dužnik sebe namerno dovodi u stanje insolventnosti.¹⁰⁷

Prema Zakonu o obligacionim odnosima svaki poverilac čije je potraživanje dospelo može da pobija pravnu radnju svog dužnika koja je preduzeta na štetu poverilaca.¹⁰⁸ Zakon prezumira da je svaka pravna radnja preduzeta sa namerom izigravanja poverilaca, na njihovu štetu, ako usled njenog izvršenja dužnik nema dovoljno sredstava za ispunjenje poveriočevog potraživanja.¹⁰⁹

U paulijanskoj tužbi postaje pravno relevantan nedozvoljen motiv pravnog posla ili činjenja pravne radnje dužnika prema trećem licu. Pravni posao ili pravna radnja ima punovažan osnov, kauzu u objektivnom smislu, ali se preduzima iz nedozvoljenih pobuda. Te nedozvoljene pobude su u Zakonu objektivizirane u smislu da se smatra da je dužnik preduzeo pravnu radnju sa namerom izigravanja poverilaca ako usled njenog izvršenja nema dovoljno sredstava za namirenje potraživanja poverilaca. Ipak, jasna je intencija zakonodavca da sankcioniše pravne radnje dužnika koje preduzima iz nedozvoljenih pobuda, s ciljem izigravanja poverilaca.

¹⁰⁶ V. SALMA, *Obligaciono pravo*, op. cit., str. 68.

¹⁰⁷ Ibidem.

¹⁰⁸ V. čl. 280. st. 1. ZOO.

¹⁰⁹ V. čl. 280. st. 2. ZOO.

Kauza i prenov (novacija) obligacije

Prenov duga (novacija) je pravni institut kojim strane gase postojeću obligaciju i stvaraju novu¹¹⁰, tj. menjaju „identitet sadržine obligacije“¹¹¹. Identitet obligacije podrazumeva identitet subjekata i identitet sadržine.¹¹² Pod identitetom subjekata se podrazumeva „konkretna određenost poverilačke, odnosno dužničke strane“ dok se pod identitetom sadržine obligacije podrazumeva „konkretna određenost kauze i predmeta“¹¹³.

Međutim, ne dovodi svaka promena u obligaciji do novacije, već samo ona koja menja identitet njene sadržine. Tako, ne smatra se novacijom sporazum kojim strane menjaju ili ustanovljavaju rokove, određuju mesto ili način ispunjenja, ili kojim se ustanovljava naknadni sporazum o kamati, ugovornoj kazni, obezbeđenju ispunjenja ili o kojoj drugoj sporednoj odredbi, kao i sporazum o izdavanju nove isprave o dugu¹¹⁴ ili izdavanje menice ili čeka, izuzev ako je tako ugovoreno.¹¹⁵ Isto tako, ne smatra se novacijom promena u identitetu subjekata obligacije, promena dužnika ili poverioca.¹¹⁶

Do promene identiteta sadržine obligacije, tj. do novacije, prema rečima Zakona o obligacionim odnosima, dolazi kada strane svojim sporazumom gase staru obligaciju i stvaraju novu, pri čemu nova obaveza ima različit predmet ili različit *pravni osnov*.¹¹⁷

Postavlja se pitanje šta Zakon podrazumeva pod pravnim osnovom u odredbi o novaciji. Prema jednom shvatanju, pravni osnov u kontekstu novacije nema značenje kauze, već značenje *titulus*-a (pravnog osnova) potraživanja.¹¹⁸ Prema drugom shvatanju, pravni osnov znači upravo kauzu, osnov obaveze.¹¹⁹

Ne sporimo mogućnost da se novacijom može izmeniti i pravni osnov, *titulus* postojanja potraživanja. To će biti slučaj kada strane, na primer, ukidaju obligaciju po osnovu prouzrokovanja štete i zamenjuju je

¹¹⁰ V. SALMA, *Obligaciono pravo*, op. cit., str. 422.

¹¹¹ V. ANTIĆ, *Obligaciono pravo*, op. cit., str. 145.

¹¹² Ibidem.

¹¹³ V. ANTIĆ, *Obligaciono pravo*, op. cit., str. 146.

¹¹⁴ V. čl. 348. st. 2. ZOO.

¹¹⁵ V. čl. 348. st. 3. ZOO.

¹¹⁶ V. ANTIĆ, *Obligaciono pravo*, op. cit., str. 146.

¹¹⁷ V. čl. 348. st. 1. ZOO.

¹¹⁸ V. STANKOVIĆ, Vladan, komentar uz čl. 348. ZOO u *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, op. cit., str. 757.

¹¹⁹ V. ANTIĆ, *Obligaciono pravo*, op. cit., str. 146.

novom po osnovu zajma ili posluge.¹²⁰ U ovom slučaju strane stvarno menjaju *titulus* obligacije. Postojalo je potraživanje na osnovu zakonske zabrane prouzrokovanja štete, nastalo deliktnom radnjom štetnika, koja je pretvorena u ugovornu obligaciju. *Titulus* više nije zakon već ugovor. Međutim, ako strane jednu ugovornu obligaciju noviraju u drugu ugovornu obligaciju, *titulus* se nije promenio, on je i dalje ugovor. Strane u ovakvom slučaju zapravo menjaju kauzu ugovora, dužnik više ne duguje po osnovu, na primer, posluge već zakupa.

Prema tome, smatramo da formulacija pravni osnov u okviru instituta novacije može da podrazumeva promenu kako *titulus*-a, tako i kauze, pri čemu se kauza u ovom kontekstu shvata u objektivnom, a ne subjektivnom smislu. Ovakav stav bi bio u skladu i sa prirodom novacije, koja nije institut isključivo ugovornog prava, već obligacionog prava u celini. Novacijom se može promeniti identitet sadržaja bilo koje obligacije, ne samo obligacije nastale iz ugovora.

Zaključna razmatranja

Zakon o obligacionim odnosima spada u red kauzalističkih zakona, jer punovažni nastanak i dejstvo ugovora uslovljava postojanjem stvarne i dopuštene kauze, osnova ugovorne obaveze. U ovom smislu se kauza, cilj obavezivanja strana, poima objektivno i jasno se razlikuje od subjektivnih pobuda koje su navele strane na zaključenje ugovora. Dopusštene pobude u načelu nisu od pravnog značaja, već samo nedopuštene. Nedopuštene pobude utiču na punovažnost teretnih ugovora, pod uslovom nesavesnosti druge ugovorne strane, dok u slučaju dobroćinih ugovora bez obzira na njenu savesnost. Nedopušten ili fiktivni osnov, kao i nedopuštenu pobudu Zakon sankcioniše energično, ništavošću ugovora, jer se ovi slučajevi smatraju povredom javnog poretka.

Odredbe Zakona o osnovu ugovorne obaveze i pobudama za zaključenje ugovora predstavljaju centralne institute preko kojih se ispoljava kauzalistički stav Zakona. Međutim, istraživanje je pokazalo da se uticaj doktrine o kauzi može uočiti i kod brojnih drugih pravnih instituta. U većini tih slučajeva Zakon, u odgovarajućem jezičkom obliku, upotrebljava izraze cilj ugovora, svrha ugovora, interes strana ili druge reči sličnog značenja. Negde, međutim, jezičko tumačenje norme neposredno ne upućuje na prisustvo kauze, ali smisao norme, njeno logičko i teleološko tu-

¹²⁰ V. STANKOVIĆ, komentar uz čl. 348. ZOO u *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, op. cit., str. 757.

mačenje jasno ukazuje da se radi o institutu putem kojeg teorija kauze dobija svoju pozitivnopravnu dimenziju.

Istraživanje je takođe pokazalo da se ne može dati odgovor na pitanje kakav je opšti stav Zakona o obligacionim odnosima prema kauzi, da li je poima isključivo u objektivnom (osnov ugovorne obaveze) ili isključivo u subjektivnom smislu (pobude za zaključenje ugovora). Linija razgraničenja između ova dva moguća poimanja kauze je u Zakonu jasno postavljena u okviru osnova ugovorne obaveze i pobuda za zaključenje ugovora. Odredbe Zakona o osnovu ugovorne obaveze i pobudama za zaključenje ugovora bi se mogle označiti kao primarni domen ispoljavanja teorije kauze u Zakonu.

Ostali pravni instituti koji su bili predmet analize, po našoj oceni, predstavljaju sekundarni domen ispoljavanja teorije kauze u Zakonu. Istraživanje je pokazalo da je u pitanju dosta širok spektar pravnih instituta, različitih po sadržini i pravnim funkcijama koje ostvaruju. Kod jednih instituta kauza se shvata u svom objektivnom smislu (kao, na primer, kod posledica ništavosti ili raskida ugovora zbog neispunjenja), kod drugih u svom subjektivnom smislu, u značenju pobuda za zaključenje ugovora (na primer, kod delimične ništavosti), dok se mogu zapaziti i instituti kod kojih Zakon uzima obzir kako objektivno postavljen cilj ugovora, tako i pobude, očekivanja strana (takav slučaj predstavlja, po našoj oceni, institut raskida ili izmena ugovora zbog promenjenih okolnosti).

Kauzalistički stav Zakona o obligacionim odnosima se, prema tome, ne ispoljava samo u domenu osnova ugovorne obaveze i pobuda za zaključenje ugovora, već prožima i čitav niz drugih pravnih instituta. Zakon usvaja tzv. objektivno-subjektivno shvatanje o kauzi, s tim da kod jednih instituta veći značaj dobija objektivna komponenta kauze (osnov ugovorne obaveze), dok kod drugih subjektivna (pobude za zaključenje ugovora).

*Atila Dudaš, LL.M., Assistant
Faculty of Law Novi Sad*

Cause (Consideration in Contracts) under the Serbian Law on Obligations

Abstract

In this paper the author analyzes the various legal institutions under the Serbian Law on Obligations where the purpose for which parties conclude a contract gains legal relevance. The subject of the analysis is only the institutions that pertain to the so-called general theory of the law of contract. The author admits, however, that even though it was scientifically justified to perform a similar research in the domain of the rules on typical contracts in the Law, such an attempt would exceed the envisaged limits of this paper.

The essential rules in the Law on the cause of contracts are the ones that refer to the basis of contractual obligation and motives for concluding a contract. The Law adopts the so-called objective-subjective theory on cause, which means that it requires the existence of a genuine and permitted basis of contractual obligations as one of the preconditions of formation of a contract and its validity, while it does not define what the basis of contractual obligations actually means. Surely, it cannot be subjective reasons, inner motives that drive parties to conclude a contract, since they are regulated in another article of the Law, which prescribes that permitted inner motives do not effect the formation and validity of a contract in any way (such effect may only have illicit motives under specific conditions).

The basis of contractual obligations and motives for concluding a contract are the two legal institutions in the Law where the question of the purpose for which parties intent to contract gains direct legal relevance. However, it has some legal relevance within the framework of other legal institutions as well. The Law in various wordings, namely, takes into account the purpose of concluding a contract in relation with the notions of void contract and consequences of its nullity, conversion,

partial nullity, specific cases of rescission of contract (rescission of contract with successive obligations due to nonperformance and rescission of contract due to partial impossibility of the object of the contract), rescission or modification of contract due to supervening events (*clausula rebus sic stantibus*), nullity of certain provisions of general terms of trade, unjustified enrichment and novation.

Finally, the author remarks that there are legal institutions in the Law where the wording does not use the expression basis, purpose, motives or any other with a similar meaning, but their essence can only be explained by no other theory but the theory of cause. Thus, the author's opinion is that the justification of nullity of sham contracts, rescission of contract due to nonperformance or impossibility, the objection of failure to perform (*exceptio non adimpleti contractus*), the rule according to which unclear clauses in a contract are to be construed in the light of the common intent of the parties, just as the fraudulent conveyance (*actio Pauliana*) where the law sanctions the illicit, fraudulent motive of the debtor to swindle, evade his creditors, lies in the very theory of cause, even though such an inference cannot directly be drawn from the phrasing of the given article in the Law.

Key words: cause, *causa*, basis of contractual obligation, motives, purpose of contract, aim of contract

*Mr Boris Stojkovski, asistent
Filozofskog fakulteta u Novom Sadu*

PRAVNI POLOŽAJ MUSLIMANA U SREDNJOVEKOVNOJ UGARSKOJ

Sažetak: *U srednjovekovnoj Ugarskoj gotovo od samog vremena doseljavanja Mađara u Panonsku niziju bilo je i muslimanskog stanovništva. Poreklo ovog stanovništva nije sasvim razjašnjeno, ali njihovo prisustvo u ugarskoj srednjovekovnoj državi svedoče i zakoni. U vreme kraljeva Ladislava I i Kolomana, na prelazu između XI i XII stoleća doneti su zakони. Među članovima zakonika obojice kraljeva nalazi se i nekoliko članova koji regulišu položaj muslimana. Ovi zakoni su i tema rada koji sledi. Zakoni se odnose na život muslimana u Ugarskoj, regulišući podizanje hramova, brak, kao i određena pravila u ishrani karakteristična za islam. Drugi aspekt njihovog pravnog položaja vezan je za postojanje sudske autonomije u okvirima države, kao i učešće muslimana u parnicama pred hrišćanskim sudijama.*

Ključne reči: *muslimani, Ugarska, zakoni, srednji vek*

Učvršćivanje hrišćanstva u srednjovekovnoj Ugarskoj bio je težak i dug proces koji je okončan u XII veku. Period između smrti prvog ugarskog kralja Svetog Stefana (I. Szent István, umro 1038) pa sve do dolaska na tron Ladislava I Svetog (I. Szent László 1077-1095) bio je doba unutrašnjih borbi. Posledice ovih sukoba reflektovale su se i na crkvu. Crkve su uništavane, sveštenstvo ubijano, a najpoznatiji propovednik Gerard (Gelert) je ubijen od pobunjenika.¹ Pored toga, ne treba zanemariti ni

¹ Nora Berend, *At the Gate of Christendom: Jews, Muslims and 'Pagans' in Medieval Hungary, c. 1000-c. 1300*, Cambridge, 2001, 55; Petar Rokai, Zoltan Đere, Tibor Pal, Aleksandar Kasaš, *Istorija Mađara*, Beograd, 2002, 34-37, dalje *Istorija Mađara*.

uticaj Vizantije, pa samim tim ni njene crkve, posebno u rubnim delovima države, ali i uopšte diljem Ugarske. Sve je ovo svakako slabilo uticaj Rima i zapadne crkve. Stoga je kralj Ladislav donosio zakone koji su učvršćivali hrišćanstvo u zemlji, kažnjavajući batinama i oduzimanjem imovine onima koji ne posećuju bogoslužjenja. Pored toga i na druge načine je radio na jačanju crkve.² Njegov naslednik na tronu kralj Koloman, zbog svoje učenosti prozvan *Knjižničar* (Könyvés Kálmán. 1095-1116) je u prologu za svoje zakone naveo da je Ugarska do kraja hristijanizovana zemlja u kojoj je *najhrišćanskiji kralj Koloman* uvideo da je hrišćanstvo u zemlji postalo *savršena religija*.³

Realnost je, pak, bila unekoliko drugačija. Ugarska je bila dosta etnički i verski šarolika pogotovo u vreme kraljeva Ladislava i Kolomana. Uz pravoslavno, pagansko, jevrejsko i naravno rimokatoličko stanovništvo, u Ugarskoj su bili prisutni i muslimani. Njihovo prisustvo pored arapskih i vizantijskih izvora, svedoče i zakonski spomenici doneti upravo u vreme kraljeva Ladislava i Kolomana.

Brojnost ove manjine nije lako utvrditi. Populacija muslimana u srednjovekovnoj ugarskoj državi varirala je, prema nekim proračunima, izmeđuve i nešto više od petnaest hiljada duša.⁴ Njihovo poreklo je takođe puno nejasnoća. U nauci postoji niz mišljenja o poreklu ugarskih muslimana. Jedna je teza da potiču iz Hazarskog kaganata.⁵ Druga jeste ona da je njihova pradomovina povolška Bugarska.⁶ u oba slučaja muslimani bi u Ugarsku došli zajedno sa Mađarima u vreme njihovog naseljavanja. Postoji i teza da su muslimani u Ugarsku došli iz Vizantijskog carstva, gde su se pak doselili iz Turkestana. Radi se o trgovcima koji su pod vlast ugarskog kralja potpali kada je kralj Ladislav osvojio Srem.⁷ Ha posletku postoji i teza

² Györfy György, *Szent László egyházpolitikája*, Emlékkönyv a Túrkevei Múzeum fennállásának 20. Évfordulójára, Túrkeve, 1971, 63-71; *Istoriya Mađara*, 40-41.

³ *The laws of the medieval kingdom of Hungary 1000-1301*. The laws of Hungary Series I: Volume 1, translated and edited by János M. Bak, György Bónis and James Ross Sweeney, Bakersfield, 1989, 24-25.

⁴ N. Berend, nav. delo, 67.

⁵ Pauler Gyula, *A magyar nemzet története az Árpád királyok alatt*, I. kötet, Budapest, 1893; 166; Charles D'Eszlary, *Les Musulmans Hongrois du Moyen Age (VIIe-XIV s)*, Revue de l'Institut des Belles Lettres Arabes, 19, Tunisie, 1956, 376-378; Czeglédi Károly, *Az Árpád-kori mohamedánokról és neveikről*, Nyelvtudományi értesítő 70, Budapest, 1970, 254-259.

⁶ Prvi koji je izneo ovu tezu kao jednu od mogućnosti jeste i prvi koji se bavio problemom muslimana u srednjovekovnoj Ugarskoj Réthy László, *Magyar pénzverő izmaeliták és Bessarábia*, Arad, 1880, 13, 16; György Székely, *Les contacts entre Hongrois et Musulmans aux IXe-XIIe siècles*, The Muslim East. Studies in Honour of Julius Germanus, ed. Káldy-Nagy Gyula, Budapest, 1974, 53-74.

⁷ Karácsonyi János, *Kik voltak s mikor jöttek hazánkba a böszörmények vagy izmaeliták*, Értekezések a történeti tudományok köréből, 23, Budapest, 1913, 484-498.

da su došli u vreme Takšonja, mađarskog kneza koji je vladao oko 970. i u čije vreme je došlo dosta muslimana koji su se naselili oko peštanske tvrđave. Ovaj podatak daje Anonimus, hroničar iz doba Bele III i ovaj podatak izaziva dosta sumnji.⁸ Među najznačajnijim terminima kojim su muslimanske etničke skupine u Ugarskoj nazivane treba nesumnjivo istaći Pečenege, kao svakako najpoznatiji termin. Što se pravnih spisa, sudskih i zakonskih, tiče korišćen je termin *Ismaelita* u najviše slučajeva, kao i varijacije ovog etnonima, dok će kasnije preovladati i termin *Saracenus*.⁹

Pomenimo da ni za jednu od navedenih teorija nije moguće reći da je potpuno tačna. Postoji ih još, mi smo ovde izneli samo one ključne kako bi se stekao uvid u poreklo i moguće načine kako su muslimani došli na područje Ugarske. Za nas je posebno zanimljiva ova populacija i zbog toga jer je bila veoma brojna na području Srema. To su, naime, u nauci poznati Halisiji, koje vizantijski istoričar Jovan Kinam pominje u vezi sa borbama između Vizantije i Ugarske u Sremu tokom prvih decada XII stoleća.¹⁰

Zakoni koje su donosili kraljevi Ladislav I i Koloman, a i su se odnosili na muslimane regulisali su različite aspekte muslimanskog života i moguće im je odrediti zajednički imenitelj i crtu imali su za cilj pokrštavanje muslimana i integraciju ove populacije u mađarsko srednjovekovno, prevashodno rimokatoličko, društvo. Praksa će međutim biti znatno drugačija, podaci o muslimanskom življu na tlu srednjovekovne ugarske kraljevine nadživjeće zakone za skoro puna dva veka, sve do 1290. godine postoje. U narednim redovima biće izneto tih nekoliko zakona iz kojih će se najbolje videti kakav je bio položaj muslimana u zakonima ugarskih kraljeva na prelazu između XI i XII stoleća.

Članova zakonika koji se odnose na islamske vernike u Ugarskoj nije bilo mnogo. Kralj Ladislav je doneo samo jedan član zakonika koji se ticao muslimana. Ovaj član je bio 9. Po redu u tzv. *Prvoj knjizi zakonika* koju je doneo ovaj ugarski vladar na saboru i Sabolču 20. maja 1092. godine. Prva knjiga zakonika se bavi crkvenim i svetovnim pitanjima, pa je stoga i član koji se odnosi na islamske vernike našao svoje mesto ovde, jer je vezan i za hrišćansku veru.¹¹ U pasusima koji slede donosimo tekst na latinskom i prevod na savremeni srpski jezik.

⁸ *Anonymi Belae Regis notarii de Gestis Hungarorum*, Scriptores rerum Hungaricum I, ed. Emericus Szentpétery, Budapest, 1937, 115-116; Jerney János, *A magyarországi izmaelitákról*, közreadja Czeglédy Károly, Budapest, 1971, 106-107.

⁹ Jerney J, nav. delo, 104-105; Czeglédi K, nav. delo, 254-256.

¹⁰ Czeglédi K, nav. delo, 257-258; Vizantijski izvori za istoriju naroda Jugoslavije, tom IV, Beograd, 1971 (reprint 2007), 30-32, 86, up. i napomene za detaljnu bibliografiju o ovom pitanju.

¹¹ Závodsky Levente, *A Szent István, Szent László és Kálmán korabeli törvények és zsinati határozatok forrásai*, Budapest, 1904, 57.

Cap. 9: De negotiatoribus, quos Ismahelitas appellant.

*De negotiatoribus, quos Ismahelitas appellant, si post Baptismum ad legem suam antiquam, per circumsionem, rediisse inventi fuerit; a sedibus suis separatis, ad alias villas removeantur. Illi vero qui inculpabiles per iudicium apparverunt, in propriis aedibus, ad aedibus remaneat.*¹²

O trgovcima, koje nazivaju Ismailćanima

Trgovci, koje nazivamo Ismailćanima ukoliko nakon krštenja, obre-zanjem se na svoj stari zakon (veru) vraćaju, da budu udaljeni iz njihovog mesta, a ako se pokažu nevini, da ostanu u mestu u kome žive.

To je jedini član zakonika koji je kralj Ladislav doneo a da se odnosi na muhamedance u njegovom kraljevstvu. Kralj Koloman je muslimane pomenuo u članovima od 46-49. svoje prve knjige zakona koja ukupno sadrži 84 člana. Crkva se nalazila na prvom mestu u njegovim zakonima, posebno u prvoj knjizi tih zakona gde se nalaze i ovi za nas zanimljivi članovi, njih četiri ukupno.¹³ Kao i u prethodnom slučaju, članovi će biti navedeni na latinskom i u prevodu na naš jezik.

Cap. 46: De accuastione Ismaelitarum, secundum sectar suas viventium.

Si quis Ismaelitas, in jejunio, seu commestione, porcinaeque carnis abstinentia, vel in ablutione, vel in quodlibet suae sectae facinore deprehendit; Ismaelitae regi deputentur: qui vero eus accusabat, de substantia eorum partem accipiat.

O kažnjavanju Ismailćana zbog privrženosti staroj veri

Ako neko vidi Ismailćanina da posti, ili se sudržava od jedenja svinjetine, ili ima naviku da se opere ili na drugi način greši, takav Ismailćanin da se pošalje kralju. Oni koji su ih (Ismailćane) ispravno optužili, dobijaju deo njihove imovine.

Cap. 47 : De Ecclesiis Ismaelitarum, et de dotibus earumdum

Uni cuique villae Ismaelitarum Ecclesiam aedificare, de eademque villa dotem dare precipimus. Quae postquam aedificata fuerit, media pars villae Ismaelitarum emigret, sicque aut extrui secus sedeant, aut quasi unius moris in domo Mater autem nobiscum una eademque Christi Ecclesia individua unanimiter consistat.

O crkvama Ismailćana i darovima za nju.

¹² *Corpus Iuris Hungarici-Magyar Törvénytar: 1000-1526. Évi törvénygyűjtemek*, Dr Csiky Kálmán et al. közreműködésével szerkeszti Dr. Márkus Dezső, Budapest, 1899, 52-53; Jerney J, nav. delo, 107-108; Karácsonyi J, nav. delo, 484; prepis i prevod na engleski jezik *The laws of the medieval kingdom of Hungary 1000-1301*, 29.

¹³ Závodsky L, nav. delo, 83-84; članovi zakona su preuzeti iz: *Corpus Iuris Hungarici*, 108-111; Jerney J, nav. delo, 108-109; Karácsonyi J, nav. delo, 484; *The laws of the medieval kingdom of Hungary 1000-1301*, 57.

U svakom selu Ismailćana da se izgrade crkve, i da selo da donacije. I posle kad crkva bude sagrađena, pola sela Ismailćana da se iseli i naseli na drugim mestima, jer će svakako biti zajedno sa nama u zajedničkom domu, tj. Majci našoj Crkvi Hristovo koju čine jednaki ljudi.

Cap. 48: De matrimonio Ismaelitarum

Ismaelitarum vero nullus filiam unam jungere matrimonio alicujus de gente sua, sed nosta.

O sklapanju braka Ismailćana

Ismailćanin da se nije usudio da svoju kćer uda za nekog iz svog naroda, već samo iz našeg.

Cap. 49: De esu carniū porcinarum per Ismaelitas

Si quis Ismaelitarum Hospiter habuerit, vel aliquem in Convivium vocaverit; tam ipse, quam convivae ejus, de porcia tantum carne vescantur.

O jedenju svinjskog mesa Ismailćana

Ako je nekome u gostima Ismailćanin, ili nekog poziva u goste na neki praznik, tada i on i gosti da jedu samo svinjetinu.

Ovim zakonima Ugarska se svrstava u red država koje su tokom srednjeg veka radile na tome da se islamski vernici na njenoj teritoriji konvertuju u hrišćanstvo. Poznato je i nekoliko pojedinačnih slučajeva pokršćavanja, kao i svedočenja o širem procesu pokršćavanja.¹⁴ Kako je spao pritisak na muslimane, tako se pojačao na tzv. *lažne hrišćane*. To su bili konvertiti koji su tajno upražnjavali rituale svoje stare muhamedanske vere. Stoga i vidimo u zakonima kraljeva Ladislava i Kolomana pozivanje da se osoba koja tajno upražnjava islamsku religiju optuži i kazni.¹⁵

Izuzetna strogost ovih zakona dovela je do toga da mađarski muslimani u srednjem veku veoma slabo poznaju religiju i jezik predaka, da budu, iako muslimani, pre svega, stanovnici kraljevine Ugarske. Najbolje svedočanstvo o tome ostavio je Abu Hamid. Ovaj putopisac je od 1150-1153. godine boravio u Ugarskoj gde je bio i u kontaktu sa muslimanima sa područja Srema. Tokom kontakta sa svojim istovernicima Abu Hamid piše kako je morao da ih poduči arapskom, jeziku, čak i molitvi. Primera radi, molitvu petkom, odnosno džuma-namaz, pre Abu Hamidovog dolaska, sremski muhamedanci nisu ni poznavali, kao ni propoved (hutbu) koja se u ovaj dan na ovom namazu takođe kod muslimana vrši. Dozvoljavao je i ohrabrivao konkubinat i poligamiju, ali je zabranjivao muslimanima da piju vino. Radosno je konstatovao da su neki od njih dobro govorili arapski i od njega tražili knjige kako bi praktikovali svoju veru i običaje.¹⁶

¹⁴ N. Berend, nav. delo, 237.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ *Abū Hāmid el Granadino y su relación de viaje por tierras eurasiaticas*. Texto árabe, traducción e interpretación por César E. Dubler, Madrid, 1953, 66-67; postoji i ruska verzija *Putešestvie Abu Hamid al-Garnatija, Putešestvie Abu Hamida al-Garnati* v

Ovakvo nepoznavanje sopstvene vere, vrlo verovatno je imalo svoje korene upravo u ovim zakonima. U daljim decenijama XII nema podataka o nekom nasilnom preseljavanju ili pokrštavanju muslimana.¹⁷ Upravo Abu Hamid daje podatke o onim muslimanima koji su javno ili tajno ispovedali islam. Oni koji su ga ispovedali tajno, pretvarajući se u javnosti da su hrišćani su služili kralju, dok su oni koji su to činili javno služili kao obični vojnici.¹⁸ Ukoliko je ovaj podatak Abu Hamida rečevantan, a verovatno je da jeste, ovi vojnici nisu bili silom pokršteni, i ispovedali su svoju veru. Ali, oni koji su napredovali u hijerarhiji i bili čak i u kraljevoj službi, prema ovom putopiscu, svoju veru su tajno praktikovali. Pored mogućnosti da se napreduje, rigidnog zakonodavstva na koje smo obratili pažnju, razlog za ovakvo slabo poznavanje svoje vere i kulture leži svakako i u izolovanosti od ostatka islamskoga sveta.¹⁹ Međutim, opstanak muslimanske populacije na ovom prostoru je možda upravo bio vezan za njihovu vojnu službu i posebno učešće muslimana u ugarsko-vizantijskim ratovima.

Ne postoje neposredni izvori i sigurni dokazi da su muslimani u srednjovekovnoj ugarskoj imali sudsku autonomiju, kao što su je recimo imali jevreji. Oni su, posebno u doba kralja Bele IV (1235–1270), imali sudske privilegije, a dokumenta pominju i sopstvenog sudiju koji je najčešće nazivan *iudex iudeorum* i bio je sudija u parnicama gde su obe strane činili jevreji. Hebrejski izvori svedoče i o tome da su i rabini bili sudije.²⁰

Kada su u pitanju muslimani u Ugarskoj u srednjem veku, sa posebnim osvrtom na doba kraljeva Ladislava i Kolomana, podaci su znatno oskudniji. Abu Hamid navodi da je sremske muhamedance podučio, iz-

Vostočnou i Centralnuu Evropu (1131-1153 gg.). Publikacija O.G.Bolšakova i A.L.Mongaíta. Moskva, 1971, 38-39; postoji i mađarski prevod kao kompilacija ova dva dela, iako u osnovi prevod sa ruskog: *Abu-Hamid al-Garnati utazása kelet-és közép-Európában 1131-1153, közzétette O. G. Bolsakov és A. L. Mongajt*, Budapest, 1985, 56-57; delimično je Abu Hamidovo putovanje kroz Ugarsku preveo Ivan Hrbek, *Ein arabischer Bericht über Ungarn*, Acta Orientalia. A Magyar tudományos akadémia orientálistikai közleményei, V/3, Budapest, 206-230; u našoj istoriografiji njegove podatke koristila je Jovanka Kalić, *Podaci Abu Hamida o prilikama u Južnoj Ugarskoj sredinom XII veka*, Zbornik za istoriju Matice srpske, 4, Novi Sad, 1971, 25-36, o njemu kao važnom izvoru v. Boris Stojkovski, *Područje današnje Vojvodine u ogledalu jednog srednjovekovnog arapskog izvora*, Izvori o istoriji i kulturi Vojvodine. Zbornik radova, Novi Sad, 2009, 27-28. U daljim napomenama o Abu Hamidu koristićemo Dublerov prevod, kao i mađarsku verziju, jer su najpotpunije.

¹⁷ N. Berend, nav. delo, 237-238.

¹⁸ *Abū Hāmid el Granadino y su relación de viaje por tierras eurasiaticas*, 66; *Abu-Hamid al-Garnati utazása kelet-és közép-Európában 1131-1153*, 56.

¹⁹ N. Berend, nav. delo, 238-240.

²⁰ N. Berend, nav. delo, 94-95.

među ostalom, i pravima u vezi sa nasleđivanjem.²¹ Muslimani su prihvatili ovo što ih je on naučio. Ne postoje jasni dokazi da je on učestvovao u parnicama između muslimana, niti da se bavio pravnim pitanjima, izuzev ove kratke beleške o naslednom pravu, iako je sam bio pravno dobro obrazovan.²² Docija saznanja kažu da su oko 1220. islamski vernici imali svoje studente prava u Alepu, koje je tamo susreo arapski geograf Jakut. Moguće je da je svoje informacije o muslimanima u Ugarskoj i jedan arapski drugi pisac Al-Kazvini dobio od jednog mađarskog muslimana. Iako preciznim podacima ne raspolažemo, verovatno je da su i muslimani imali svoju sudsku autonomiju. Međutim, oslanjali su se i na postojeće pravne okvire države čiji su stanovnici bili. Zabeležena su slučajevi parnica između hrišćana i muslimana u kojima je korišćen *Božiji sud* odnosno užareno gvožđe kao metod dokazivanja krivice, odnosno nevinosti. U periodu od 1208-1235. *Varadski registar* beleži tri slučaja u kome muhamedanci tuže hrišćane. U jednom slučaju se radi o jednom tužiocu, dok su u dva slučaja iz 1217. tužioci grupa muslimana. U dva slučaja je sproveden u delo i Božiji sud sa nošenjem užarenog gvožđa u rukama, dok je u trećem slučaju postignut je dogovor pred sudijom kojeg je delegirao kralj. Jedan tuženi je izgoreo, samim tim oglašen krivim, dok je drugi tuženi oslobođen optužbe. Kod dogovora, tuženi hrišćanin je platio pet maraka, umesto 12 traženih. Inače, dve tužbe su podnete zbog navodne krađe, dok razlog treće nije poznat. Sam Božiji sud se obavljao pred moštima Svetog Ladislava, u prisustvu sveštenika. Muslimani su možda imali pomoćnike hrišćane koji su se zaklinjali. U slučajevima gde je zahtevan Božiji sud, muslimanski tužioci su bili podržani i od strane drugih, *coadiuvantibus aliis*, što može upravo da ukaže na to da su imali saradnike i pomoćnike, verovatno hrišćanske veroispovesti.²³

Iz ovih podataka se vidi da su muslimani u Ugarskoj postojali i u XIII veku. različita kraljevska, papska i druga dokumenta ih pominju do duboko pred sam kraj stoleća.²⁴ Štaviše, prema Karačonjiju, oni su u doba Andrije II i njegove *Zlatne bule* bili jači nego bilo kad. Imali su visoke administrativne funkcije, bili su i carinici, pa je pomenuti Andrija II dva puta 1222, kao i devet godina docije, morao zlatnim pečatom da potvrdi da jevreji i muslimani neće vršiti nikakve zvanične državne funkcije, niti biti rizničari, ubirači prihoda i drugo.²⁵

²¹ *Abū Hāmid el Granadino y su relación de viaje por tierras eurasiaticas*, 67; *Abu-Hāmīd al-Garnānī utazása kelet-és közep-Európában 1131-1153*, 56.

²² I. Hrbek, nav. delo, 116.

²³ Jerney J, nav. delo, 110-111; Karácsonyi J, nav. delo, 485; N. Berend, nav. delo, 96-97.

²⁴ Sakupio ih je, uglavnom tačno, Jerney J, nav. delo, 109-125.

²⁵ Jerney J, nav. delo, 112-113; Karácsonyi J, nav. delo, 484-485.

Do kraja srednjeg veka muslimani u srednjovekovnoj Ugarskoj su potpuno iščezli, tačnije već u XIV veku nesusreće se njihov pomen. Ostalo je 15 toponima u nekoliko županija današnje Mađarske i nekim delovima Slovačke.²⁶ Što na osnovu ranijih zakona, što na osnovu stalnog i latentnog pokrštavanja i izolacije, ovi toponimi i fragmentarni istorijski izvori jedini su podaci iz kojih možemo detaljnije rekonstruisati život ove posve zanimljive populacije, pa samim tim i njihov pravni položaj.

²⁶ Gy. Székely, nav. delo, 59.

*Boris Stojkovski, LL.M., Assistant
Faculty of Philosophy Novi Sad*

Legal Position of Muslims in Medieval Hungary

Abstract

Muslim population was present in medieval Hungary since the conquest of Pannonia by the Hungarians. There are various theories about their origin. Hungarian Muslims were most often referred to as *Petchenegs*, *Kalizes*, *Kwarezmies*, etc. they also found their place in the legal system of the country.

Very severe laws on Muslims in Hungary were adopted by king Laszlo I and his successor Coloman in 1092. and at the beginning of XI-Ith century. These laws prohibited newly converted Muslims of practising their old faith, marriage between Muslims was prohibited, and they were forced to eat only pork. In every village where the Islamic population had lived a church was to be built.

A prominent Muslim traveller Abu Hamid, who lived in Hungary between 1150-1153. taught his fellow Muslims about their, faith, language and law of inheritance. We do not know much about it, but it can be presumed that followers of Islam in medieval Hungary had sufficient internal judicial autonomy. In 1217, as well as later, there were three ordeal cases in Varad registre which consider Muslims as a part in the litigation. In all three cases Christians were accused by the Muslims.

Even though the laws were harsh and severe and conversion was always present the Muslim population has succeeded to persist in Hungary until late XIIIth century. Their legal position was interesting and specific.

Key words: muslims, Hungary, laws, Middle Age

*Cyjetana Cyjetković, asistent
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

SPECIFIČNOSTI OPOREZIVANJA DOHOTKA FIZIČKIH LICA U EVROPSKOM I DOMAĆEM PRAVU*

Sažetak: *Predmet analize ovog rada su su osnovni i tzv.alternativni sistemi oporezivanja dohotka fizičkih lica koji egzistiraju na tlu Evrope, posebno Evropske unije. Sagledavanje rešenja u drugim poreskim sistemima je veoma značajno, jer ta rešenja mogu poslužiti kao uzor prilikom reforme oporezivanja dohotka u Srbiji.*

U radu je posebno analiziran i sistem oporezivanja dohotka u Srbiji, ukazivanjem na njegove dobre i loše strane, te su predloženi mogući pravci reforme u Srbiji.

Ključne reči: *dohodak; cedularno oporezivanje; globalno oporezivanje; dualni porez na dohodak; negativni porez na dohodak; proporcionalni porez na dohodak.*

I Uvodna razmatranja

U poreskoj strukturi savremenih država, porez na dohodak fizičkih lica ima izuzetno važno mesto. Od vanrednog prihoda, koji je uveden krajem XVIII veka u Velikoj Britaniji, radi finansiranja rata sa Francuskom, prerastao je u redovni prihod. Međutim, tek sa razvojem kapitalizma i jačanjem državne administracije stvaraju se pretpostavke za učinkovito ubiranje poreza na dohodak.¹

* Rad je posvećen projektu *Harmonizacija prava Republike Srbije i prava Evropske unije-teorijskopравни, sociološkopravni, istorijskopравни, pozitivnopravni i pravnoekonomski aspekti* koji se u celini finansira iz izvornih prihoda Pravnog fakulteta u Novom Sadu.

Ovaj poreski oblik za svoj predmet ima dohodak, koji se definiše različito, u zavisnosti od toga da li je prihvaćena teorija izvora (eng.: *source theory*) ili teorija čistog prinosa (eng.: *accretion theory*). Teorija izvora definiše dohodak kao zbir prihoda koji redovno pritiču iz stalnih izvora, a teorija čistog prinosa kao novčanu vrednost povećanja ekonomske snage lica u određenom poreskom periodu, nezavisno od „stalnosti“ prihoda.

Njime se, pored fiskalnog cilja, postižu i drugi, vanfiskalni, ciljevi. Izdašnost je jedno od bitnih obeležja ovog poreskog oblika. Međutim, kada se posmatra njegovo učešće u ukupnim prihodima, prisutna je razlika između razvijenih zemalja, u kojima prihodi od ovog poreskog oblika participiraju u znatno većem procentu, u odnosu na zemlje u razvoju.² Jedan od ciljeva prilikom sprovođenja poreskih reformi u tranzicionim zemljama je i povećanje udela direktnih (neposrednih) poreza u ukupnim poreskim prihodima.

Porez na dohodak fizičkih lica koristi se i radi postizanja horizontalne i vertikalne pravičnosti. Horizontalna pravičnost podrazumeva jednak poreski tretman jednakih, odnosno da pojedinci sa istim ili sličnim prihodima trebaju plaćati isti porez, bez obzira na osnov nastanka prihoda. Vertikalna pravičnost podrazumeva nejednak poreski tretman nejednakih, odnosno veće poreske stope za subjekte koji poseduju veću poresku snagu, posredstvom progresivnog oporezivanja.

I horizontalna i vertikalna pravičnost konzistentna su sa principom sposobnosti plaćanja (eng.: *ability to pay principle*). Teškoće se javljaju prilikom njihove operacionalizacije u praksi.³

II Sistemi oporezivanja dohotka

1. Osnovni sistemi oporezivanja dohotka

U teoriji i praksi, javljaju se tri osnovna sistema oporezivanja dohotka fizičkih lica: cedularni, globalni i mešoviti sistem.⁴

¹ N. Mijatović, *Razmatranje teorijskih pristupa osnovnim institutima uređenja oporezivanja dohotka*, Revija za socijalnu politiku, Vol.14, br.3-4, Zagreb, 2007, str.292.

² O tome opširnije: M. Vranješ, *Struktura i trendovi kretanja javnih prihoda u zemljama članicama Evropske unije i u Srbiji*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 1-2/2008, str. 99-113.

³ Z.H. Howell, *Personal Income Tax Reform: Concepts, Issues and Comparative Country Developments*, IMF Working Paper 05/87, Washington, 2005, str.4.

⁴ U literaturi se često, umesto navedene podele, govori i o engleskom, germanskom i romanskom tipu poreza na dohodak.

Cedularni sistem počiva na stavu da svaku cedulu (deo dohotka, odnosno pojedinačni prihod) treba oporezovati zasebno, i to primenom proporcionalnih stopa koje mogu biti različite visine za različite cedule. Cedularni porezi su analitički i objektni, što znači da se njima oporezuju samo pojedine komponente poreske snage i da ne uzimaju u obzir lična svojstva i porodične prilike poreskog obveznika.

Globalni sistem oporezivanja dohotka počiva na stavu da sve prihode koje ostvari obveznik treba oporezovati globalnim, sveobuhvatnim porezom čije su stope progresivne. U okviru ovog sistema, poreski teret je isti za sve prihode, dakle, ne uzimaju se u obzir eventualne specifičnosti ostvarivanja pojedinih prihoda. Globalni porez na dohodak je sintetički, jer obuhvatu celokupnu poresku snagu poreskog obveznika, i subjektni, jer vodi računa o ekonomskoj snazi poreskog obveznika, njegovim ličnim svojstvima, porodičnim prilikama. U ovom sistemu postoji veliki broj oslobođenja i olakšica, što ima za posledicu velike troškove poreske administracije, ali i poreskih obveznika. Globalni sistem oporezivanja dohotka karakteriše većinu „starih“ članica Evropske unije, mada se, u poslednje vreme, uočava svojevrsna cedularizacija ovih sistema.

Mešoviti sistem oporezivanja dohotka karakteriše kombinovanje cedularnog i globalnog sistema. Naime, u osnovi se primenjuje cedularno oporezivanje, a kao korektiv, odnosno kao nadogradnja, cedularnom sistemu primenjuje se globalno oporezivanje ako poreski obveznik ostvari dohodak iznad određenog (zakonom propisanog) limita.

Postavlja se pitanje koji se faktori moraju uzeti u obzir prilikom kreiranja, odnosno odabira određenog sistema poreza na dohodak.

Prvo, treba imati u vidu stavove, danas vladajuće, doktrine javnih finansija-doktrine ekonomske ponude koja se zalaže za vođenje što neutralnije poreske politike, što bi se na planu oporezivanja dohotka fizičkih lica prevelo kao zahtev da različite kategorije prihoda, koje čine dohodak, ne budu podvrgnute diferenciranom poreskom tretmanu. Cedularno oporezivanje dohotka ne udovoljava ovom zahtevu.

Drugo, prilikom odabira sistema oporezivanja dohotka treba voditi računa o mogućnostima ostvarivanja horizontalne i vertikalne pravičnosti, a prihvatanje cedularnog sistema, u kome se različiti prihodi mogu oporezovati različitim stopama, i to proporcionalnim, ne doprinosi realizaciji ovog principa.

Treće, izdašnost treba da utiče, takođe, na izbor sistema oporezivanja dohotka. Sveobuhvatni, globalni porez na dohodak građana u većoj meri zadovoljava ovaj uslov, jer omogućuje da se poreska obaveza rasprostire na celokupan „svetski dohodak“ rezidentnih obveznika.⁵

⁵ D. Popović, *Poresko pravo*, Beograd, 2009, str.269.

Četvrto, troškove, kako poreske administracije, tako i poreskih obveznika, treba imati u vidu prilikom odabira sistema oporezivanja dohotka. Ti troškovi su daleko niži kod cedularnih poreza, koji su najvećim delom porezi po odbitku, mada je u ovom pogledu, i kod globalnog poreza na dohodak fizičkih lica načinjen određeni pomak.⁶

Napred navedeno nam pokazuje da globalni sistem oporezivanja ima izvesne prednosti u odnosu na cedularni sistem, mada nijedna zemlja, do sada, nije u potpunosti implementirala ovaj pristup.

2. Alternativni sistemi oporezivanja dohotka

Stepen mobilnosti kapitala u uslovima savremenog sveta doveo je do preispitivanja korisnosti usvajanja globalnog pristupa. Naime, teškoće u oporezivanju „mobilne“ poreske osnovice dovele su do toga da se mnoge zemlje opredele za cedularno oporezivanje prihoda od rada i kapitala. Čini se da privlačnost globalnog sistema oporezivanja dohotka polako blede u globalizovanom svetu.⁷ Kao rezultat toga, javili su se alternativni pristupi oporezivanja dohotka fizičkih lica:

- Dualni porez na dohodak (eng.: *Dual Income Tax*)
- Proporcionalni porez na dohodak (eng.: *Flat Tax*)
- Negativni porez na dohodak (eng.: *Negative Income Tax*)

A) Dualni porez na dohodak

Prilikom sprovođenja reformi poreza na dohodak građana, često se kao model koristi, u potpunosti ili u pojedinim komponentama, dualni porez na dohodak građana koji je prvi put uveden u Nordijskim zemljama 90-tih godina 20.veka. U suštini, reč je o svojevrsnoj kombinaciji analitičkog i sintetičkog oporezivanja koja počiva na različitom poreskom tretmanu prihoda od rada i prihoda od kapitala, odnosno nefundiranih i fundiranih prihoda. Njime se vrši svojevrsna cedularizacija globalnog sistema oporezivanja dohotka. Reč je o posebnom vidu cedularnog oporezivanja dohotka koji predstavlja kombinaciju progresivnog oporezivanja prihoda od rada i jedinstvenog oporezivanja prihoda od kapitala.

Motivi uvođenja ovog sistema oporezivanja dohotka su brojni.⁸ Među njima, svakako, dominira nastojanje savremenih država da, u uslovima

⁶ V.: D. Popović, *Nauka o porezima i poresko pravo*, Beograd, 1997, str.505-510.

⁷ Z.H. Howell, *Personal Income Tax Reform: Concepts, Issues and Comparative Country Developments*, IMF Working Paper 05/87, Washington, 2005, str.6.

⁸ V.: P.B.Sørensen, *The Nordic Dual Income Tax: Principles, Practices and Relevance for Canada*, Canadian Tax Journal/Revue Fiscale Canadienne, Vol.55, No 3, str.562-564.

velike mobilnosti kapitala, privuku strani i istovremeno zadrže domaći kapital u nacionalnim granicama i da tako pospeše uslove za štednju i investicije, što bi se trebalo pozitivno odraziti na povećanje zaposlenosti i ubrzanje privrednog rasta.

Njegova osnovna obeležja su:

- U dualnom sistemu poreza na dohodak celokupni dohodak poreskog obveznika se deli na dve komponente: prihode od rada i prihode od kapitala. Svaka od ovih komponenti čini zasebnu poresku osnovicu koja je podvrgnuta posebnim stopama. Prihodima od kapitala smatraju se kamate, dividende, rente, kapitalni dobiti, a prihodima od rada smatraju se zarade i druga primanja iz radnog odnosa, penzije, i sl. Prihod koji ostvari vlasnik privrednog društva, obavljanjem poslovne delatnosti (eng.: *business income*), radeći neposredno u proizvodnji ili u menadžmentu, takođe, se deli na dve komponente: na prihode od rada i prihode od kapitala.

- Prihod od rada oporezuje se po progresivnim stopama, a prihod od kapitala po jedinstvenoj proporcionalnoj stopi koja je jednaka za sve vrste prihoda od kapitala, s tim da je u tzv. „čistom“ modelu dualnog poreza na dohodak građana ona izjednačena sa stopom poreza na dobit korporacija i najnižom stopom poreza na prihode od rada.

- Za dualni sistem poreza na dohodak građana svojstveno je da se lični odbitak priznaje u odnosu na prihode od rada. Ne postoji generalna preporuka da li lični odbitak treba priznati i u odnosu na prihode od kapitala, ako poreski obveznik ne ostvaruje prihode od rada.

- U pogledu mogućnosti prebijanja gubitaka nastalih na temelju prihoda od kapitala predviđene su dve mogućnosti. Prva mogućnost je da se ti gubici prebiju sa prihodom od rada koji je ostvaren u istom poreskom periodu, što je veoma jednostavno realizovati ako je stopa poreza na prihode od kapitala jednaka najnižoj stopi poreza na prihode od rada ili da se taj gubitak prizna kao poreski kredit u odnosu na poresku obavezu na prihode od rada. Druga mogućnost je da se taj gubitak prenese u buduće poreske periode, te da se prebije sa prihodom od kapitala koji se bude ostvario u tom poreskom periodu.⁹

- „Čist“ teorijski model dualnog sistema poreza na dohodak postavlja zahtev za potpunom eliminacijom ekonomskog dvostrukog oporezivanja dividendi.

Nesumnjivo, dualni porez na dohodak građana ima izvesne prednosti, ali i nedostatke. Svakako, najznačajnija prednost ogleda se u tome da

⁹ V.: P.B. Sørensen, *The Nordic Dual Income Tax -in or out?*, Copenhagen, 2001., B. Genser, *The Dual Income Tax: Implementation and Experience in European Countries*, Ekonomski pregled, 57 (3-4), Zagreb 2006, str.271-278.

ovaj sistem ne rezultira odlivom domaćeg kapitala, s jedne strane, i stvara preduslove za privlačenje inostranog kapitala, s druge strane.¹⁰ Takođe, dualni sistem poreza na dohodak građana smanjuje troškove, kako poreske administracije, tako i poreskih obveznika, jer se porez na prihode od kapitala naplaćuje po odbitku, u momentu njihovog ostvarivanja, čime se, ujedno, sprečava erozija poreske osnovice usled inflacije. U prednosti ovog sistema ubraja se i smanjivanje distorzija izazvanih različitim oporezivanjem različitih vidova dohotka.¹¹

U nedostatke dualnog sistema oporezivanja dohotka ubrajaju se teškoće prilikom razgraničenja prihoda od rada i prihoda od kapitala, posebno kada je reč o „aktivnim“ vlasnicima koji rade istovremeno u privrednim društvima, zatim narušavanje horizontalne i vertikalne pravičnosti, neutralnosti poreskog sistema, smanjivanje poreskih prihoda jer ovaj sistem daje mogućnost transformisanja prihoda od rada u prihode od kapitala, destimulacija radnih napora itd.

Izmenama poreskog sistema koje su izvršene u Nordijskim zemljama u periodu od 2006-2008. godine, čini se, da je malo toga ostalo od „čistog“ teorijskog modela dualnog poreza na dohodak građana. Danska, zemlja koja je 1987.godine prva uvela dualni porez, napustila je ovaj sistem. U njoj se, sada, prihodi od kapitala oporezuju po progresivnim stopama, mada je njihov raspon znatno manji od raspona stopa kojima se oporezuju prihodi od rada. I Finska i Švedska su, donekle, odstupule od „čistog“ teorijskog modela dualnog poreza na dohodak građana, jer iako se prihodi od kapitala oporezuju po jedinstvenoj proporcionalnoj stopi (28%,odnosno 30%), ta stopa je viša od najniže stope poreza na prihode od rada. Norveška je najmanje odstupila od „čistog“ modela.

Opsežnom poreskom reformom u periodu od 2005-2009.godine, Slovenija se priključila krugu zemalja koje su uvele dualni sistem oporezivanja dohotka. Ta reforma je rezultirala diferenciranim poreskim tretmanom prihoda, u zavisnosti od njihovog karaktera. Naime, prihodi od rada se oporezuju progresivnim stopama čiji je raspon 16-41%, a prihodi od kapitala se oporezuju jedinstvenom stopom od 20%.¹² Približavanje „čistom“ teorijskom modelu dualnog poreza ogleda se i u postepenom

¹⁰ Postoje tvrdnje da se problem „seobe“ kapitala javlja, pre svega, kada je reč o kapitalu korporacija, a mnogo manje kada je reč o kapitalu pojedinaca. V.: P.B. Sørensen, *Dual Income Taxes-A Nordic Tax System*, Copenhagen 2008, str.9.

¹¹ V: R.Broadway, *Income Tax Reform for a Globalized World: The case for dual income tax*, Journal of Asian Economics 16 (2005), pp.923-924.

¹² Stopa poreza na kapitalne dobitke zavisi od perioda držanja stvari, prava ili imovine na osnovu kojih je ostvaren kapitalni dobitak. Stopa se smanjuje na svakih 5 godina, tako da posle isteka perioda od 20 godina, porez na kapitalne se ne plaća.

snžavanju stope poreza na dobit korporacija na nivo od 20%, a odstupanje se ogleda u činjenici da je najniža stopa poreza na prihode od rada niža od jedinstvene stope poreza na prihode od rada i posebnom režimu oporezivanja kapitalnih dobitaka.

Neophodno je naglasiti da elementi dualnog poreza na dohodak građana egzistiraju, u manjoj ili većoj meri, u skoro svim evropskim zemljama. Ti elementi se, pre svega, ogledaju u proporcionalnom oporezivanju nekih vidova prihoda od kapitala. Tako, na primer, u Holandiji celokupni dohodak koji obveznik ostvari deli se u tri grupe. U prvu grupu spadaju prihodi od rada koji se oporezuju progresivnim stopama. U drugu grupu svrstavaju se prihodi od kapitala koji su ostvareni na osnovu „suštinskog“ udela u kapitalu, a koji se oporezuju po proporcionalnoj stopi čija visina iznosi 25%, dok u treću grupu spadaju „ostali“ prihodi od kapitala koji su oporezovani po jedinstvenoj stopi od 30%.

U Austriji dividende i kamate se oporezuju konačnim porezom po odbitku čija stopa iznosi 25%, a u Belgiji dividende i kamate se oporezuju, takođe, proporcionalnim stopama ali je njihova visina različita. U obe zemlje postoji mogućnost uključivanja prihoda od kapitala u ukupan dohodak kako bi se pružila mogućnost obvezniku da ostvari pravo na lični odbitak i u odnosu na ove prihode, ako nije ostvario prihode po drugom osnovu.

Sa elementima dualnog sistema oporezivanja dohotka susrećemo se i u Italiji, Nemačkoj i Mađarskoj.¹³

B) Proporcionalni porez na dohodak (Flat tax)

Ideja o uvođenju proporcionalnog poreza na dohodak nije nova, ma da je tek poslednjih godina primećeno nesumnjivo interesovanje za ovaj model oporezivanja dohotka. Teoretski koreni ove ideje mogu se naći u doktrinama klasičnih pisaca poput J.R.McCulloch-a i J.S.Mill-a.¹⁴

Tokom 90-tih godina 20.veka, evropske zemlje koje su prolazile kroz proces tranzicije, tražile su, između ostalog, i novi koncept na kojem bi se zasnivao njihov poreski sistem. Radikalan potez u tom pogledu načinila je Estonija koja je 1994.godine uvela flat tax u svoj poreski sistem. Litvanija i Letonija su, ubrzo, sledile njen primer, a kasnije su to učinile i neke druge evropske zemlje.

¹³ V.: *Taxation trends in European union, Data for the EU Member States and Norway*, Luxembourg, 2008 Edition, str. 162-166, 170-174, 178-182.

¹⁴ J. A. Fellows, *The Rebirth of the Flat-Rate Income Tax*, TaxExecutive, Vol.35, Issue 3, 1983, str. 230.

Treba naglasiti da ne postoji adekvatan prevod koji bi najdoslednije izražavao suštinu termina flat tax, te se ovaj termin prevodi ili kao porez sa jedinstvenom stopom ili kao proporcionalni porez.¹⁵

Postoji nekoliko varijanti flat tax-a, a najpoznatija je zasovana na Hal-Rabuška(Hall-Rabushka) modelu.¹⁶ Oni su formulisali predlog imajući u vidu složenost federalnog poreza na dohodak i troškove kako poreske administracije tako i poreskih obveznika.¹⁷

Osnovna obeležja modela oporezivanja dohotka koji su zastupali Hal i Rabuška su:

- Za razliku od dualnog sistema, ovde se prihodi od kapitala uopšte ne oporezuju, odnosno oporezuje se samo dohodak koji se troši, dok se štednja i investicija izuzimaju od oporezivanja. Dakle, osnovicu čine samo prihodi od rada, uključujući i doprinose koje plaća zaposleni, dok doprinosi koji idu na teret poslodavca ne ulaze u osnovicu.

- Stopa po kojoj se oporezuje dohodak koji se troši je jedinstvena i proporcionalna. Teži se snižavanju stopa što je moguće više, preporučuju stopu nižu od 20%.

- Flat tax eliminiše odredbe poreskih zakona kojima se predviđaju određeni podsticaji (dedukcije, krediti, izuzimanja i sl.) za određene kategorije subjekata ili određene aktivnosti. Teži se ka tome da se stvore takvi uslovi u kojima poreski obveznici neće imati podsticaj ka razmeštaju sredstava u cilju smanjenja poreske obaveze. Dakle, država iako je smanjila visinu poreske stope čuva poreske prihode širenjem poreske osnovice, u što većoj meri, pa i putem eliminacije subjektivnih i objektivnih oslobođenja i olakšica.

- Hal-Rabuškin model eliminiše dvostruko oporezivanje dohotka koji se štedi ili investira (prihodi od kapitala). Eliminacija dvostrukog oporezivanja prihoda od kapitala se postiže njihovim oporezivanjem na nivou preduzeća, a izuzimanjem na nivou fizičkih lica.

- Socijalni ciljevi se takođe mogu obezbediti flat oporezivanjem. Naime, poreski obveznik ima pravo da od poreske osnovice odbije tzv. lični odbitak, čime se, u stvari, štiti egzistencijalni minimum. Posredstvom ličnog odbitka obezbeđuje se progresivnost u oporezivanju iako je stopa formalno proporcionalna.

¹⁵ U literaturi se ponegde srećemo i sa terminom Forbsov porez, po predsedničkom kandidatu koji se zalagao za uvođenje ovog poreza u SAD. V.:A.Veramallay, *The Forbes Flat Tax*, Atlantic Economic Journal, Vol.24, Number 3, 1996. pp.183-267.

¹⁶ Hal i Rabuška su prvi put izneli koncept ideje o flat tax oporezivanju 1981.godine u članku koji su objavili u Wall Street Journal-u.

¹⁷ V.: R.Hall, A.Rabushka, *The Flat Tax*, 2nd ed., Stanford 1995, str.1-23.

– Prihodi od obavljanja poslovne aktivnosti se oporezuju po istoj stopi kao i prihodi fizičkih lica, odnosno ovaj sistem karakteriše izjednačavanje stope poreza na dobit korporacija i poreza na dohodak građana.

Proporcionalni porez na dohodak postao je veoma popularan. Do 1994. godine samo jedna porska jurisdikcija je prihvatila flat tax. Danas, postoji ukupno 24 flat tax sistema.¹⁸ Međutim, ono što i dalje ostaje sporno je pitanje da li je tendencija povećanja broja zemalja koje uvode ovaj sistem privremena moda ili je rezultat stvarne vrednosti ovog sistema.

Estonija je 1994. godine prva uvela flat tax (26%). Pre toga, dohodak fizičkih lica se oporezivao stopama čiji se raspon kretao od 16-33%. Stopa u Estoniji, trenutno, iznosi 21% (i za dobit korporacija i za dohodak fizičkih lica), s tim da je predviđeno da do 2011. godine padne na 18%. Od 1994. godine i lični odbitak je neznatno porastao, mada se to može pripisati stopi inflacije.

Litvanija je, takođe, 1994. godine uvela flat tax po stopi od 33%, koliko je iznosila najviša marginalna stopa poreza na dohodak pre reforme, dok je stopa poreza na dobit korporacija zadržana na 29%. U Litvaniji je zabeležen suštinski porast visine ličnog odbitka od 1994. godine.

Flat tax u Letoniji uveden je 1997. godine, i to po stopi od 25%. Pre reforme primenjivalo se degresivno oporezivanje dohotka fizičkih lica, dok je stopa poreza na dobit korporacija zadržana na nivou od 25%.

Slovačka je 2004. godine sprovela opsežnu poresku reformu čiji je cilj bio stvaranje konkurentnog poreskog sistema. Tom reformom se nastojalo prebaciti težište poreskog opterećenja se neposrednih na posredne poreze, sniziti nivo poreskih stopa, minimizovati distorzije izazvane vanfiskalnim ciljevima oporezivanja i dvostruko oporezivanje dohotka. Tom reformom Slovačka je postala prva, i za sada jedina, zemlja članica OECD-a koja je uvela flat tax u svoj poreski sistem.

Uvođenje flat tax-a, odnosno oporezivanja dohotka po jedinstvenoj stopi je imalo istaknutu ulogu u toj reformi. Jedinstvena stopa od 19% bila je predviđena ne samo za porez na dohodak fizičkih lica i porez na dobit korporacija, već i za porez na dodatu vrednost. Jedinstvena stopa od 19% zamenila je oporezivanje dohotka, koji je bio podeljen na pet kategorija, stopama od 10-38%. Sprovedenom poreskom reformom znatno je povećan iznos neoporezivog iznosa,¹⁹ u većini slučajeva izbegnuto je dvostruko oporezivanje dohotka, ukinuti su porez na nasleđe i poklon.²⁰

¹⁸ D. Mitchell, *The Global Flat Tax Revolution: Lessons for Policy Makers*, Prosperitas, Vol. VIII, Issue I, 2008, str. 3.

¹⁹ Odbitak iznosi oko 60% prosečne zarade.

²⁰ V.: D. Moore, *Slovakia's Tax and Welfare Reforms*, IMF Working Paper 05/133.

2005. godine Rumunija je uvela jedinstvenu stopu poreza na dohodak, u visini od 16%. Pre reforme dohodak se oporezivao stopama čiji se raspon kretao od 18-40%. Stopa poreza na dobit korporacija je smanjena sa 25% na 16%, čime je postignuto njeno izjednačavanje sa stopom poreza na dohodak.

Kada se posmatraju navedene evropske zemlje koje su uvele flat tax, mogu se zapaziti određene sličnosti, ali i razlike. Za tzv.prvi talas uvođenja flat tax-a svojstvene su nešto više stope (Estonija:26%, Litvanija 33%, Letonija 25%), dok su drugi talas uvođenja flat tax-a svojstvene stope niže od 20%. Osim u Litvaniji, svuda je prisutno izjednačenje stopa poreza na dohodak i stopa poreza na dobit korporacija. Slovačka je jedina zemlja koja jedinstvenu stopu od 19% primenjuje i na porez na dodatu vrednost.

Flat tax u navedenim evropskim zemljama ne podudara se u svim komponentama sa Hal-Rabuškinim modelom. Naime, nijedna zemlja nije u potpunosti izuzela od oporezivanja prihode od kapitala, što predstavlja jedno od ključnih obeležja Hal-Rabuškinovog modela.²¹

Jednostavnost, pravičnost i efikasnost se obično ističu kao osnovne prednosti flat tax sistema. Kombinovanje jedne stope sa ukidanjem subjektivnih i objektivnih oslobođenja i olakšica čini poreski sistem znatno jednostavnijim. Jednostavnosti doprinosi i izjednačavanje stopa poreza na dohodak fizičkih lica i poreza na dobit korporacija. Ovo, ujedno, doprinosi i smanjivanju podsticaja ka transferu kapitala iz privatnog u korporacijski sektor. Flat tax doprinosi i boljoj preglednosti poreskog sistema i njegovom lakšem razumevanju od strane poreskih obveznika. Pravičnost se obezbeđuje posredstvom ličnog odbitka, kojim se na mala vrata uvodi progresivnost u oporezivanju. Međutim, neophodno je naglasiti da progresivnost dolazi do izražaja samo kod onih obveznika koji ostvaruju niži dohodak, dok progresivnost kod visokog nivoa dohotka prelazi u proporcionalnost, čime se posredno utiče na smanjenje poreske evazije, jer progresivne stope posebno podstiču poresku evaziju kod subjekata koji ostvaruju viši nivo dohotka. Za flat tax sistem se kaže da je efikasan jer podstiče investicije, štednju, zapošljavanje, smanjuje troškove poreske administracije ali i obveznika itd.

Zemlje koje su uvele flat tax u svoj sistem poboljšale su svoje ekonomske i fiskalne preformanse, mada je to, donekle, očekivano jer je reč o zemljama koje su načinile radikalnan preokret ka tržišno orijentisanosti

²¹ Jedina dosledna primena ovog modela zabeležena je u Hrvatskoj, u periodu od 1994-2001.god.. V.: H. Blažić, *Usporedni porezni sustavi-oporezivanje dohotka i dobiti*, Rijeka, 2006, str. 43-46.

ekonomiji, i u tom kontekstu sprovele su reforme i u drugim oblastima. Samo uvođenjem flat tax-a u okruženje u kome vlada princip vladavine prava i u kome postoji zadovoljavajući nivo regulative mogu se stvoriti dobre pretpostavke za privredni rast.

Osnovna zamerka ovom flat tax sistemu sastoji se u činjenici da njime sužava polje za pravičnu raspodelu poreskog tereta.²² Progresivnost, posebno, dolazi do izražaja prilikom oporezivanja dohotka srednje klase, te zbog toga srednja klasa snosi veće poresko opterećenje. To, naročito, dolazi do izražaja u tzv. čistom modelu kada se prihod od kapitala, nasleđe i poklon uopšte ne oporezuju. Osim toga, ne postoji saglasnost koja jedinstvena stopa i koji neoporezivi iznos je optimalan. Kritičari flat tax oporezivanja ističu da se ovaj model pokazuje kao dobro rešenje jedino u malim poreskim jurisdikcijama, tranzicionim zemljama u kojima poreska administracija nije dovoljno efikasna, u kojima vlada nizak poreski moral. No primeri Rusije, a naročito, Islanda demantovali su njihove tvrdnje.²³

V) Negativni porez na dohodak građana

Negativni porez na dohodak građana predstavlja ideju koju je razvio Milton Fridman u svom delu Kapitalizam i sloboda. Osim njega, 60-tih godina 20. veka, veliki pobornik ove ideje bio je i Robert Lampman.²⁴

Ključna odrednica za razumevanje ovog alternativnog sistema oporezivanja dohotka je tzv. egzistencijalni minimum. Naime, postoje određene kategorije subjekata čiji nivo dohotka ne doseže egzistencijalni minimum. Tada država treba da interveniše preko socijalnih transfera, kako bi obezbedila egzistencijalni minimum za svoje građane. Činjenica da država daje subvencije, kako bi se dostigao egzistencijalni minimum, može delovati destimulativno na ulaganje napora za traženjem zaposlenja. Izlaz je u negativnom oporezivanju dohotka, tvrdi Fridman.

U najčišćem obliku, negativni porez na dohodak građana podrazumeva da svi subjekti podnose poresku prijavu, ali oni subjekti čiji nivo dohotka ne doseže egzistencijalni minimum, umesto plaćanja poreza, primaju od poreske administracije određeni iznos (negativni porez) čija visi-

²² Ovaj argument posebno ističu razvijene zemlje koje flat tax doživljavaju kao sredstvo postizanja poreske konkurentnosti, nasuprot poreskoj harmonizaciji kojoj teže. Samim tim što primena flat tax-a znači negaciju progresivnog oporezivanja, dovodi se u pitanje i ostvarivanje redistributivnih ciljeva oporezivanja, ističu protivnici njegovog uvođenja.

²³ V.: D. Mitchell, *The Global Flat Tax Revolution*, Prosperitas, Vol VIII, Issue I, 2008.

²⁴ V.: R. A. Moffitt, *The Idea of a Negative Income Tax: Past, Present and Future*, Focus, Vol.23, Number 2, 2004.

na zavisi od ostvarenog dohotka.²⁵ Naime, iznos negativnog poreza se određuje tako što se predviđena poreska stopa primeni na razliku između dohotka koji predstavlja egzistencijalni minimum i ostvarenog dohotka. Neophodno je naglasiti da u ovom sistemu i subjekti koji ostvaruju dohodak iznad egzistencijalnog minimuma imaju pravo na poreski kredit u visini egzistencijalnog minimuma.

Osnovni cilj negativnog oporezivanja je integracija sistema oporezivanja dohotka i sistema socijalne pomoći, kako bi se u što većoj mjeri ostvarilo načelo ekonomičnosti.

Ideja negativnog poreza na dohodak nigde nije, u potpunosti, implementirana.²⁶ Čini se, da su teškoće menjanja sistema socijalne zaštite i oporezivanja dohotka preveliki izazov za državnu administraciju.

III Oporezivanje dohotka u Srbiji

Počevši od 2001. godine, Srbija je započela opsežnu poresku reformu kako bi svoj poreski sistem prilagodila savremenim trendovima u ovoj oblasti i stvorila povoljnu klimu za investicije i privredni rast. Pitanje reforme poreza na dohodak građana u žiži je interesovanja stručne javnosti, privrednika i brojnih građana. Srpski zakonodavac, svestan potrebe za reformom u ovoj oblasti, vršio je izmene Zakona o porezu na dohodak građana (u daljem tekstu: ZPDG) u više navrata.²⁷ Međutim, tim promenama nije načinjen suštinski preokret u oporezivanju dohotka fizičkih lica, tako da iznalaženje mogućih pravaca reforme ostaje, i dalje, otvoreno pitanje.

Srbija je usvojila mešoviti sistem oporezivanja dohotka fizičkih lica. U osnovi se primenjuje cedularno oporezivanje, a kao korektiv (nado-gradnja) cedularnom oporezivanju primenjuje se godišnji porez na dohodak građana koji ima obeležja globalnog, sintetičkog poreza.

U srpskom poreskom pravu celokupni dohodak se deli na osam kategorija (cedula), i za svaku cedulu ZPDG predviđa posebnu stopu. Zarade se oporezuju po stopi od 12%, prihodi od poljoprivrede i šumarstva po stopi od 10%, prihodi od samostalne delatnosti po stopi od 10%, prihodi

²⁵ J. T. Allen, *Negative Income Tax*, The Concise Encyclopedia of Economics, Indianapolis, 2002.

²⁶ U SAD postoji tzv. The Earned Income Tax Credit (EITC) koji, u suštini, predstavlja delimičnu implementaciju Fridmanovog modela negativnog oporezivanja dohotka. Na ovaj poreski kredit pravo imaju radno angažovani subjekti čija primanja ne dosežu egzistencijalni minimum kako bi se podstaklo radno angažovanje.

²⁷ Službeni glasnik RS, br. 24/01, 80/02, 80/02-dr. zakon, 135/04, 62/06, 65/06-ispravka, 31/09 i 44/09, 18/10.

od autorskih prava, prava srodnih autorskom pravu i prava industrijske svojine po stopi od 20%, prihodi od kapitala po stopi od 10%, prihodi od nepokretnosti po stopi od 20%, kapitalni dobici po stopi od 10% , ostali prihodi (u ostale prihode ubrajaju se prihodi od davanja u zakup pokretnih stvari, dobici od igara na sreću, prihodi od osiguranja lica, prihodi sportista i sportskih stručnjaka i drugi prihodi koji po svojoj prirodi čine dohodak fizičkih lica, osim onih koji su, posebno, izuzeti odredbama ZPDG.²⁸) se oporezuju po stopi koja iznosi 20%, s tim da stopa poreza na prihode od osiguranja lica iznosi 10%. Dakle, zakonske stope za cedule (prihode) koje čine dohodak se razlikuju, s tim da su razlike u efektivnim stopama još izraženije, jer se iznosi troškova koji se priznaju za pojedine cedule još više razlikuju.

Najnovijim izmenama ZPDG predviđeno je da godišnji porez na dohodak građana plaćaju fizička lica-rezidenti, uključujući i stranca-rezidenta, koja su u kalendarskoj godini ostvarili dohodak veći od trostrukog iznosa prosečne godišnje zarade po zaposlenom isplaćene u Republici u godini za koju se utvrđuje porez. Prema ranijem rešenju, neoporezivi iznos za stranca-rezidenta bio je petostruki iznos prosečne godišnje zarade. Dakle, u cilju povećanja izdašnosti ovog poreskog oblika i jednakog poreskog tretmana rezidenata domaćih državljana i rezidenata stranaca , srpski zakonodavac je predvideo ovo rešenje. Vođen istim razlozima zakonodavac je izvršio i izmene stopa kod godišnjeg poreza na dohodak građana. Naime, ZPDG predviđa da se na iznos do šestostruke prosečne godišnje zarade plaća godišnji porez na dohodak građana po stopi od 10%, a na iznos preko šestostruke prosečne godišnje zarade plaća porez po stopi od 10% na iznos do šestostruke prosečne godišnje zarade, a 15% na iznos preko šestostruke prosečne godišnje zarade.²⁹

Kao što je istaknuto, prilikom izbora, ali i ocene određenog sistema oporezivanja dohotka, moraju se imati u vidu određeni kriterijumi (alokativna neutralnost, izdašnost, horizontalna i vertikalna pravičnost, troškovi poreske administracije i poreskih obveznika).

Postojeći sistem oporezivanja dohotka ne udovoljava zahtevu savremene teorije o alokativnoj neutralnosti poreza. Oporezivanje delova dohotka po različitim zakonskim, odnosno efektivnim stopama utiče na odluku obveznika u pogledu izvora ostvarivanja svog dohotka, odnosno na odluku o alokaciji resursa.

²⁸ V.: čl.85 ZPDG.

²⁹ V.: čl.87. i čl.89. ZPDG.

Izdašnost poreza na dohodak građana u Srbiji je relativno niska. Učešće u BDP, u poslednjih nekoliko godina, iznosi oko 5 %, a učešće u ukupnim poreskim prihodima, u periodu od 2005-2009.godine, varira između 12-14%. U periodu od 2010-2012.godine, porez na dohodak građana projektovan je na oko 4,5% BDP u sve tri godine.³⁰ Učešće poreza na dohodak građana u ukupnim poreskim prihodima i BDP u Evropskoj uniji je znatno veće.³¹

Zbog različitih poreskih stopa (i zakonskih i efektivnih) kojima su izložene različite kategorije dohotka, dolazi do narušavanja principa horizontalne pravičnosti. Naime, lica koja imaju isti nivo dohotka, ali ga ostvaruju iz različitih izvora, neće snositi jednako poresko opterećenje. Do narušavanja principa horizontalne pravičnosti dolazi i kod godišnjeg poreza na dohodak građana. Naime, neki prihodi (npr.prihodi od kapitala i kapitalni dobitci) ne ulaze u osnovicu ovog poreskog oblika.

Princip vertikalne pravičnosti, u načelu, se poštuje i to posredstvom indirektna i direktna progresije. Indirektna progresija je obezbeđena kod oporezivanja zarada, jer se iznos od 6 554 din. priznaje kao neoporezivi iznos. Direktna progresija je obezbeđena, jedino, kod godišnjeg poreza na dohodak građana, ali zbog malog broja obveznika i umanjenja osnovice zbog visokog neoporezivog iznosa i ličnih odbitaka, njen domašaj je ograničen.³²

Troškovi poreske administracije i poreskih obveznika prilikom primene postojećeg sistema oporezivanja dohotka su relativno niski, posebno u poređenju sa troškovima koji nastaju u zemljama koje primenjuju globalno oporezivanje. Relativno niski troškovi se mogu pripisati činjenici da se većina cedularnih poreza naplaćuje po odbitku.

Mogućnosti za reormu poreza na dohodak građana u Srbiji

Imajući u vidu napred navedene kriterijume, lako je uočiti slabosti postojećeg sistema oporezivanja dohotka. Pitanje reforme poreskog sistema se, stoga, nameće kao nužnost.

³⁰ V.: Memorandum o budžetu i ekonomskoj i fiskalnoj politici za 2010.godinu, sa projekcijama za 2011.i 2012.godinu.

³¹ V.: *Taxation trends in European union, Data for the EU Member States and Norway*, Luxembourg, 2008 Edition.

³² Na osnovu podataka Republičkog zavoda za statistiku, prosečna godišnja zarada u Srbiji u 2009.god.iznosila je 529.476din (SG RS br.4/2010). Dakle, godišnji porez na dohodak građana u 2009.god. plaćaju fizička lica rezidenti, uključujući i strance-rezidente, koja ostvare dohodak veći od 1 589 292 din. Osnovicu čini oporezivi dohodak, koji čini razlika između dohotka za oporezivanje(razlika između ukupnog dohotka obveznika i neoporezivog iznosa) i ličnih odbitaka, koji ne mogu biti veći od 50% dohotka za oporezivanje.

Međutim, biranje adekvatnog modela oporezivanja dohotka nije lak zadatak, pre svega, jer ne postoji idealan model oporezivanja dohotka koji bi zadovoljio sve tražene kriterijume. Čak i kada bi takav model postojao, bilo bi ga teško implementirati, jer poreski sistem svake zemlje poseduje određene specifičnosti koje se moraju uvažavati prilikom kreiranja svakog poreskog oblika.

Prilikom sprovođenja reformi, svakako, treba uzeti u obzir rešenja koja su prihvaćena u drugim zemljama i njihova iskustva u sprovođenju datog sistema oporezivanja dohotka. Međutim, već i letimičan uvid u regulativu posvećenu oporezivanju dohotka pokazuje da u ovoj oblasti ne postoji uniformnost rešenja. Evropska unija, ne uslovljava članstvo određenim oblikom poreza na dohodak građana, što rezultira velikim brojem rešenja u njenim okvirima i, samim tim, velikim brojem mogućnosti za srpskog zakonodavca.

Jedna od opcija koja je dugo vremena imala dosta pristalica je uvođenje globalnog sistema oporezivanja dohotka. Iako je s teorijske tačke gledišta ovaj sistem najprihvatljiviji, u praksi sve veći broj zemalja odstupa od „čistog“ teorijskog modela i uvodi elemente cedularizacije u svoj sistem. Primena ovog sistema je komplikovana i skupa, čak i onim zemljama čija je poreska administracija znatno modernija i efikasnija u poređenju sa poreskom administracijom u Srbiji. S obzirom da ovaj sistem podstiče evaziju, dovodi se u pitanje i stav da se njegovim usvajanjem doprinosi stvaranju pravednog poreskog sistema.

Druga opcija je uvođenje dualnog sistema oporezivanja dohotka.³³ Njegovim uvođenjem neutralisalo bi se negativno obeležje globalnog pristupa koje se sastoji u odlivu domaćeg i odsustvu stranog kapitala, međutim i dalje bi ostao problem nejednakog poreskog tretmana jednakih, jer bi imućniji slojevi, koji ostvaruju prihode od kapitala, bili oporezovani po nižim stopama.

Treća opcija je uvođenje proporcionalnog poreza na dohodak. U većini evropskih zemalja u tranziciji, uvedene su različite varijante ovog sistema, te bi se, stoga, flat tax mogao pokazati kao dobro rešenje i u Srbiji. Propisivanje jedinstvene stope i ukidanje brojnih poreskih oslobođenja i olakšica učinilo bi postojeći sistem znatno jednostavnijim, preglednijim i transparentnijim.

³³ Analiza pozitivnog zakonodavstva Srbije pokazuje da određeni elementi ovog sistema već postoje. Naime, prihodi od kapitala se oporezuju po jedinstvenoj stopi od 10%, a kod zarada, kao najvažnijeg i najizdašnijeg prihoda od rada, posredstvom ličnog odbitka obezbeđuje se indirektna progresija.

IV Zaključna razmatranja

Kao što je u radu prikazano, pitanju oporezivanja dohotka može se pristupiti na različite načine. Za razliku od brojnih drugih pitanja, srpski zakonodavac se, prilikom sprovođenja reformi oporezivanja dohotka, ne može osloniti na propise Evropske unije.

Iako je potreba za reformom nesporna, odabrati najoptimalnije rešenje nije jednostavno. Stoga je srpski zakonodavac pristupio, na prvi pogled, bezbolnijoj varijanti-čestim izmenama postojećeg sistema oporezivanja dohotka, ali bez napuštanja, u osnovi, istog sistema.

Imajući u vidu prednosti i nedostatke svakog modela oporezivanja, s jedne strane, i bojazan srpskog zakonodavca od korenite reforme, s druge strane, najoptimalnije rešenje bi bilo uvođenje kombinacije dualnog i proporcionalnog poreza na dohodak.

Naime, razdvajanjem i posebnim poreskim tretmanom prihoda od rada i prihoda od kapitala, sistem bi zadržao komponentu dualnog oporezivanja. Stopa poreza na prihode od kapitala bi trebala biti niža od stope poreza na prihode od rada, kao što je to slučaj prema postojećem rešenju. Razlika u odnosu na dualni sistem bi se ogledala u oporezivanju prihoda od rada po proporcionalnoj, jedinstvenoj stopi, s tim da bi neoporezivi iznos trebao biti znatno viši nego što je to slučaj kod poreza na zarade prema aktuelnom rešenju, kako bi progresivnost bila obezbeđena u većoj meri.

*Cyjetana Cyjetković, Assistant
Faculty of Law Novi Sad*

Specificities of Personal Income Tax In European and Serbian Law

Abstract

In contemporary tax systems there are three basic models of taxation of personal income: schedular, global and mixed. Until recently, the global income approach has been favoured as the best solution, but contemporary economic circumstances have led to alternative models of taxation of personal income: dual income tax, negative income tax and flat tax. In this paper author deals with advantages and disadvantages of each of these systems and suggests possible options for reform in Serbia.

The European Union does not require a specific model of income taxation and therefore there is a lot of different solutions, although there is difference between the old and new members.

Key words: income; schedular taxation; global taxation; dual income tax; negative income tax; flat tax.

*Uroš Stanković, saradnik u nastavi
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

IVANJDANSKI ATENTAT I PREKI SUD U PISMIMA KRALJA ALEKSANDRA OBRENOVIĆA DRAGI MAŠIN

Sažetak: *Od početka emotivne veze do veridbe (8. jula 1900. godine) kralj Aleksandar Obrenović i njegova ljubavnica Draga Mašin vodili su vrlo intenzivnu prepisku. U njoj, pored obostranih izliva nežnosti, pronalazimo i politička zbivanja. Među tim zbivanjima svoje mesto zauzeli su i Ivanjdanski atentat i Preki sud koji je povodom njega ustanovljen¹. Autor u radu prikazuje sadržinu sačuvanih kraljevih pisama izabranici svoga srca koja dotiču Ivanjdanski atentat i Preki sud i na osnovu podataka koje ona daju nastojati da odgovori na pitanja koliko napisano može da pomogne u rasvetljavanju pozadine ova dva događaja (pre svega,*

¹ Pod terminom *Ivanjdanski atentat* u istoriografiji se označava pokušaj ubistva kralja Milana Obrenovića 24. juna 1899 (prema julijanskom kalendaru na verski praznik Ivanjdan, otuda i naziv). Na kralja Milana pucao je izvesni Đura Knežević, rodom iz Risovca kod Bihaća, bivši kasapski i ribarski momak, vojnik i vatrogasac. Mada nisu postojale nikakve indicije o umešanosti najistaknutijih članova Radikalne stranke u atentat, oni su pohapšeni i pozatvarani već u noći između 24. i 25. juna. *Zakon o prekom sudu* (u daljem tekstu: ZOPS) je 28. juna ustanovio *Preki sud za varoš Beograd i okrug podunavski* (u daljem tekstu: *Preki sud*), koji je delovao do 19. septembra 1899, kada je ukinut ukazom kralja Aleksandra Obrenovića. O Ivanjdanskom atentatu i Prekom sudu vidi: Arhiv Srbije, *Preki sud za učesnike u Ivanjdanskom atentatu*; Arhiv Srpske akademije nauka i umetnosti (u daljem tekstu: Arhiv SANU) 7247/5 i 6, V. Petrović, *Dodaci memoara – Atentat na kralja Milana*, str. 413-430; Isti, *Dodaci memoara – Spasavanje glava radikal-skih od 19. avg. do 5. sept. 1899. god.*, str. 431-453; V. Đorđević, *Kraj jedne dinastije II*, Beograd 1905, str. 305 i dalje; S. Jovanović, *Vlada Aleksandra Obrenovića II*, Beograd 1931, str. 98-135, 402-420 = reprint Beograd 1990, str. 94-122, 139-154; Ž. Živanović, *Politička istorija Srbije u drugoj polovini devetnaestog veka IV*, Beograd 1925, str. 107-123, 135-139; U. Stanković, *Preki sud za učesnike u Ivanjdanskom atentatu* (neobjavljeni master rad), str. 4 i dalje.

obaveštenosti kralja o njima i kraljevom uticaju na njihov tok), jesu li informacije koje se nalaze u prepisci istinite i da li je Draga Mašin uticala na odluke svog ljubavnika vezane za atentat i krivične postupke pred Prekim sudom.

Ključne reči: Aleksandar Obrenović, Draga Mašin, prepiska, Ivanjdanski atentat, Preki sud.

I

Teško je sasvim precizno vremenski odrediti početak ljubavne veze između kralja Aleksandra Obrenovića i Drage Mašin. Nežna osećanja prema tadašnjoj dvorskoj dami svoje majke, kraljice Natalije, kralj je gotovo izvesno počeo da gaji već tokom jednog od boravaka u francuskom mondenskom letovalištu Bijaric (Biarritz), početkom 1895. Ljubav je, prema kraljevim sećanjima, uzvraćena već u jesen te godine, a kulminaciju dostigla u proleće 1897². Tada Draga Mašin napušta službu kraljičine dvorske dame, da bi se u jesen iste godine preselila u Beograd, iz očiglednog razloga – prostornog približavanja dvanaest godina mlađem ljubavniku. Mada njihova veza javnosti nije bila nepoznata, oni su se ipak trudili da je prikuju i kontakte uglavnom održavali putem pisma. Prepiska sadrži brojne izlive ljubavi sa obe strane, ali u njoj srećemo i osvrte dvoje ljubavnika na pojedina politička zbivanja, među kojima su se između ostalih našli i Ivanjdanski atentat i Preki sud. Činjenica da su u fondu Arhiva Srbije *Vojislav Jovanović-Marambo*³ sačuvana

² U pismima Dragi Mašin od 24. juna i 19. novembra 1898. godine kralj se priseća da „ima tri godine kako se (on i Draga Mašin, primedba U. S) vole“, odnosno da je pre 3 godine i 3 dana „osetio njene mile usnice na svojim“. Arhiv Srbije, *Zbirka Vojilava Jovanovića Maramboa 77/7, Pismo kralja Aleksandra Obrenovića Dragi Mašin od 24. juna 1898. godine*; *Zbirka Vojilava Jovanovića Maramboa 75/8a, Pismo kralja Aleksandra Obrenovića Dragi Mašin od 19. novembra 1898. godine*. Po jedno pismo iz 1898. i 1900. godine pokazuju da je Draga Mašin kralju postala „ženče“ (čime kralj najverovatnije aludira na intenziviranje veze) 1897. godine. Arhiv Srbije, *Zbirka Vojilava Jovanovića Maramboa 77/3, Pismo kralja Aleksandra Obrenovića Dragi Mašin No 3 od 30. septembra 1898. godine*; *Zbirka Vojilava Jovanovića Maramboa 77/6, Pismo kralja Aleksandra Obrenovića Dragi Mašin od 24. januara 1900. godine*.

³ Vojislav Jovanović-Marambo (1884, Beograd – 1968, Beograd), arhivar, diplomata i književnik. Glavni arhivar Ministarstva inostranih dela Kraljevine Jugoslavije (1924), savetnik poslanstava u Beču (1930), Bernu (1932-1933) i Londonu (gde je istovremeno obavljao i funkciju otpravnik poslova, 1933-1935). Revnosni sakupljač arhivske građe odnete iz Srbije za vreme Prvog i Drugog svetskog rata. Vidi: M. Mitić, *Poete u fraku*, Beograd 2002, str. 305-309.

samo kraljeva pisma o ovim dvema temama (iako se, kao što ćemo videti, iz jednog od pisama vidi da je o njima pisala i Draga Mašin), omogućava nam da se bavimo isključivo delom prepiske koji je potekao od Aleksandra Obrenovića.

II

Ivanjdanski atentat i Preki sud spominju se u tri pisma kralja Aleksandra Obrenovića Dragi Mašin – prvo je datirano na 25. jun, drugo 21. avgust, a treće 10. septembar 1899. godine. Mada se sva tri pisma odnose na Ivanjdanski atentat i Preki sud, ono što je u njima napisano pokriva različite segmente ova dva događaja. Takođe, prostor koji je u pismima posvećen dvama događajima nije jednak, već je na neke njihove aspekte obraćena veća, a na neke manja pažnja. Naposljetku, analizom pisama dolazimo do veoma sličnih, ali ipak ne i identičnih zaključaka.

* *
*

„Politički deo“ prvog pisma⁴ kralj počinje izlaganjem o rezultatima istrage nad osumnjičenima za podstrekavanje atentata. Kaže kako je „do sada najveća krivica do onog pukovnika Vladimira Nikolića⁵, a i Taušanovića, koji je „priznao da je ono pisao on sam“⁶. Sumnjivi su i prvaci Radikalne stranke Stojan Protić i Aca Stanojević, a za Ljubomira-Ljubu Živkovića, advokata i takođe istaknutog radikala, kralj navodi da „je bio na mestu atentata u tom trenutku i nađen zdravo usplahiren u razgovoru s jednim advokatom“. Imena „manjih uhapšenih ljudi“ kralj, međutim, „još ne zna“. Kod profesora Međunarodnog javnog prava na Velikoj školi Milenka Vesnića pronađeno je jedno pismo Save Grujića, srpskog poslanika u Petrogradu, u kome Grujić „užasno grdi sve stanje u Srbiji“ tvrdnjama da „narod nema energije da mi (kralju, primedba U. S) se odupre“ i da je izašao iz Radikalne stranke samo zbog toga što su „oni pre dve godine

⁴ Arhiv Srbije, Zbirka Vojislava Jovanovića-Maramboa 77/8, Pismo kralja Aleksandra Obrenovića Dragi Mašin od 25. juna 1899. godine.

⁵ Pukovnik Vladimir-Vlajko Nikolić bio je brat od ujaka poznatog srpskog pesnika Vojislava Ilića (1860-1894). G. Kovijanić, *Ranko Tajsić i pesnik Dragutin J. Ilić u izgnanstvu*, Zbornik referata s naučnog skupa Ranko Tajsić (oktobar 1993), Čačak 1994, str. 67-74.

⁶ Prilikom pretresa stana radikala Koste Taušanovića nađene su neke zabeleške čija je sadržina, prema proceni istražnih organa, vredala kraljeve Aleksandra i Milana. Arhiv Srbije, *Preki sud za učesnike u Ivanjdanskom atentatu 147/266, Optužnica protiv okrivljenih za izvršenje i podstrekavanje atentata No 17108 od 20. avgusta 1899. godine*.

meni (kralju, primedba U. S) popustili bili“. Takvo Grujićevo izražavanje nije prošlo bez posledica. Vladalac je „zbog takve grdne neiskrenosti to ruskoj vladi saopštio“, a poslanika „zbacio sa poslanstva i oduzeo mu čin đenerala“. Rezimirajući dosadašnja saznanja istrage, kralj zaključuje da se „još ne zna, ali ima tu najviše mesa Taušanovićevo i Pašićevih prijatelja“. Jedan od dvojice spomenutih, Pašić, „uhapšen je i u 4 sata dolazi u Beograd iz Požarevca gde je bio na putu“. No, tragovi ne vode samo ka vođstvu Radikalne stranke, već „ima jake sumnje da je u to umešan i onaj šef tajne policije ruske“⁷, koga je kralj spominjao Dragi Mašin „onomad kad je bio kod nje“. Sumnja je pala na još jednog Rusa – vojnog atašea Taubea, „koji je bio pristojan prvih dana a na kraju se samo s Pašićem viđao“. Kralj dodaje da atentat „možda ima veze sa onom palanačkom stvari“, o kojoj je svojoj ljubavnici „već pričao“. Pismo se završava konstatacijom da se „to danas isleđuje, još neće da priznađu (okrivljeni, primedba U. S), ali kad vide da je ozbiljno uzeće se na um i početi da govore ta gospoda“.

Pismo bi u izvesnom smislu moglo da pomogne u otkrivanju pozadine atentata. Naime, neki od savremenika su njegovo organizovanje pripisivali kralju Aleksandru, tvrdeći da je on već tada imao plan da se oženi Dragom Mašin i reši se oca, za koga je znao da bi se protivio ženidbi⁸. Rečenice iz pisma ne bi govorile u prilog tome, jer je za očekivati da bi kralj i najintimnije tajne podelio sa ženom svog života, što je, uostalom, i činio. No, s obzirom na to da bi dolazak pisma takve sadržine u pogrešne ruke mogao da proizvede nesagledive posledice po ljubavnike, kasniju prepisku iz koje se vidi da je kralj izbegavao da predstavi sebe kao donosioca nepopularnih odluka i kreatora nemilih događaja i poslovičnu obazrivost Aleksandra Obrenovića, u iznošenju ovakvih teza treba biti krajnje oprezan. Najzad, kralj kaže kako priznanja okrivljenih još uvek nema, što ukazuje na njegovu ubeđenost da oni zaista i stoje iza atentata, jer u suprotnom ne bi ni imali šta da priznaju. Teško da bi neupućeni posmatrač stekao ovako konsekvantan stav o nečijoj krivici na samom početku

⁷ Kralj cilja na šefa ruske tajne policije za Balkan, pukovnika Aleksandra Grabova, čijim su delovanjem objašnjavani mnogi nedovoljno razjašnjeni događaji u Srbiji. O Grabovljevim akcijama vidi: S. Jovanović, *nav. delo*, str. 166, 209, 261, 277 = reprint str. 182-183, 218, 261-262, 275

⁸ Tu teoriju izneo je predsednik Vlade u vreme atentata dr Vladan Đorđević (1844-1930), a priklonila su joj se i dvojica njegovih ministara – unutrašnjih dela Đorđe Genčić (1861-1938) i narodne privrede Živan Živanović (1854-1931); pesnik Dragutin Ilić (1858-1926, inače brat mnogo poznatijeg Vojislava), smatrao je da su iza atentatora Kneževića stajali i kralj Milan i kralj Aleksandar. Vidi: Đorđević, *nav. delo*, str. 577; V. Đorđević, *Kraj jedne dinastije III*, Beograd 1906, str. 684-698; Živanović, *nav. delo*, str. 229. D. Ilić, *Jedan podatak o Ivanj-danskom atentatu*, *Ustavna Srbija*, 22. jul 1903.

isledenja⁹ i svega dan nakon atentata, osim ukoliko priželjkuje tu krivicu. Ovome treba dodati da su i pristalice teorije o kraljevoj umešanosti u atentat kao jedan od najjačih argumenata navodili upravo gorljive želje Aleksandra Obrenovića da se najpre zavedu vanredno stanje i preki sud, a potom radikalski prvaci osude po svaku cenu¹⁰.

Kako su osumnjičeni za izvršenje atentata pohapšeni i pritvoreni već u noći između 24. i 25. juna a pismo nosi datum 25. jun, vidimo da je kralj dobijao ažurna obaveštenja o toku krivičnog postupka. Smatramo da pismo ne pruža neposredne dokaze o kraljevom uticaju na postupak. Ali posrednim putem ipak možemo doći do takvog zaključka, i to pomoću tri poludokaza. Odlična obaveštenost kralja o isledjenju eo ipso otvara vrata hipotezi o njegovom uplitanju u tok postupka, jer je drugi razlog stalne komunikacije sa islednicima teško zamisliv. **Kralj** (podvukao U. S) je generala Savu Grujića smenio s mesta srpskog poslanika u Petrogradu, što nesumnjivo predstavlja mešanje u politička zbivanja povodom atentata. Po analogiji zaključujemo da ako je upravljao jednim političkim procesom – smenom poslanika, kralj je to mogao da učini i kada je u pitanju drugi – istraga i isledjenje vođeni protiv izvršioca i navodnih podstrekača atentata. Treća indicija, još ubedljivija od prve dve, je deo pisma u kome kralj izražava uverenje da će okrivljeni uskoro početi da govore (tj. priznaju krivicu). Ona je stilizovana tako da u najmanju ruku ostavlja dilemu da li se radi o pukom kraljevom mišljenju da će postupak imati određen tok ili pak pretnji okrivljenima.

Informacije koje je kralj predočio ljubavnici uglavnom su tačne. Atentator je, sudeći prema novinskim napisima koji su pratili tok istrage i isledenja, zaista i teretio pukovnika Vlajka Nikolića, Ljuba Živković viđen na mestu atentata, Grujićevo pismo „uvredljive sadržine“ pronađeno je prilikom pretresa Vesnićevog stana, Pašić je sproveden u Beograd 25. juna, iz izvora vidimo da su vođa Radikalne stranke i Kosta Taušanović figurirali za podstrekače ubistva kralja Milana, a ruska tajna policija imala udela u njegovom pripremanju. Ali neke činjenice kralj je prilično proizvoljno interpretirao. To u prvom redu važi za pismo Save Grujića, u kome nigde nije pisalo da narod nema energije da se odupre kralju, već samo da „apatično posmatra izvođenje prevrata“¹¹. Sumnja-

⁹ Pojam isledenja i njegova razlika u odnosu na istragu objašnjeni su u: U. Stanković, *Milenko Vesnić pred Prekim sudom za učesnike u Ivanjdanskom atentatu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu 1 (2009), Novi Sad 2009, str. 387-409.

¹⁰ O istinitosti navoda iz kraljevih pisama cf. S. Jovanović, *nav. delo*, str. 415 = reprint str. 149.

¹¹ Arhiv Srbije, *Preki sud za učesnike u Ivanjdanskom atentatu 86/28, Naknadni ispit optuženog Dr Milenka Vesnića*, biv. prof. Vel. Škole, za delo atentata na N.J. V. Kralja

mo i da je razlog Grujićevog opoziva „grdna neiskrenost“; skloniji smo da poverujemo kako je ovaj potez proizašao iz kraljeve preterane osetljivosti na bilo kakvu, pa makar i posrednu kritiku. Nije teško odgonetnuti zašto nailazimo na ovakva kraljeva objašnjenja sopstvenih postupaka – želeći da se ljubavnici prikaže u najboljem svetlu, kralj Aleksandar je svoju prekomernu strogost predstavljao kao pitanje načelnog, a ne ličnog karaktera.

U pismu uočavamo i jednu protivrečnost – kralj prvo najveću krivicu za atentat svaljuje na Vlajka Nikolića, a zatim okrivljuje Taušanovića i Pašićeve prijatelje. Kontradiktorne izjave bi se mogle protumačiti tako da je Nikolić organizator, a Taušanović i Pašićevi prijatelji intelektualni podstrekači atentata, pogotovo ako imamo u vidu sadržinu optužnice protiv okrivljenih¹².

Pored neistinitih i protivrečnih, sreće se i jedna nedorečena rečenica. Veoma je teško dokučiti šta se krije pod sintagmom „palanačka stvar“. Kako se ona nadovezuje na kazivanje o mogućoj umešanosti ruskog vojnog atašea u atentat a posle nje čitamo da se „to danas isleđuje“, moguće je da odgovor leži u glasinama o tobožnjim tajnim sastancima nekih od okrivljenih (Nikole Pašića, Koste Taušanovića i prote Alekse Ilića) sa službenicima ruskog poslanstva u Beogradu. Ali formulacija je i suviše neodređena i izuzetno zbunjujuća, pa se ova pretpostavka u nedostatku činjeničnog materijala koji bi je potkrepio ni izbliza ne može smatrati pouzdanom.

Bez obzira na to što u pismu nema delova koji bi ukazivali na uticaj Drage Mašin na kraljeve odluke povodom atentata, vrlo je verovatno da su ljubavnici o njemu razgovarali i ranije. Na takav zaključak navodi nas okolnost da kralj u političkom delu pisma uopšte ne daje nikakav uvod o atentatu već odmah prelazi in medias res, govoreći o pozadini nemilog događaja i toku krivičnog postupka¹³.

Milana i veleizdaju No 17003 od 30. jula 1899. godine; Arhiv Srbije, Preki sud za učesnike u Ivanjdanskom atentatu 86/38, Optužnica protiv Milenka Vesnića No 17102 od 19. avgusta 1899. godine.

¹² U uvodu optužnice protiv okrivljenih za učešće u atentatu na dva mesta su razdvojeni delovi u kojima se govori o neposrednim i posrednim podstrekačima atentata, odnosno zaverenicima i saučesnicima. Vlajko Nikolić svrstan je u prvu, a Nikola Pašić i Kosta Taušanović u drugu kategoriju. Arhiv Srbije, *Preki sud za učesnike u Ivanjdanskom atentatu 147/266, Optužnica protiv okrivljenih za izvršenje i podstrekavanje atentata No 17108 od 20. avgusta 1899. godine.*

¹³ Pretpostavljamo da je atentat prvi put spomenut u nesačuvanom pismu Drage Mašin, na koje se kralj poziva kada u svojoj prvoj pošiljci kaže: „Hvala ti mnogo ženče moje srce moje na malome slatkom pisamcetu kako me je obradovalo one slatke rečice što mi je moje ženče napisalo **ako me Bog čuva i ako čuva sve moje** (podvukao U. S.)...“ Osoba povezana s kraljem koju je Bog sačuvao, čini nam se, je njegov otac.

* *
*

U drugom pismu¹⁴, od 21. avgusta 1899, nalaze se kraljevo izlaganje o stavljanju okrivljenih pod optužbu i zamisli o trajanju glavnog pretresa. Prema kraljevim rečima, „juče je predata tužba“, a „danas će se još čitati“. Glavni pretres, pak, trajaće „10 dana, do 2. septembra, jer ima onih koji se moraju preko novina pozvati jer su van zemlje, a to je Ranko Tajsić i Antonije Urošević, onaj restorater iz Bukurešta kod koga je atentator dolazio“. Po okončanju procesa (član 16 ZOPS zabranio je ulaganje pravnih lekova na presude Prekog suda), „4. ili 5“ (septembra, primedba U. S), biće otvoreno skupštinsko zasedanje, koje kao ni suđenje „neće trajati više od 10 dana“.

Osvrtom na ostale izvore dolazimo do saznanja da je kralj i ovoga puta brzo i iscrpno izveštavan o toku postupka. S druge strane, ni u ovom slučaju ne možemo da izvedemo direktan zaključak o tome je li on uticao na proces, ali ima nekoliko indicija o tome. Najpre se postavlja pitanje na koji način kralj može sa sigurnošću da predvidi koliko će trajati glavni pretres sem ako to sam nije odredio ili, u najmanju ruku, odobrio. Da paradoks bude veći, iz pročitanoog se stiče utisak da je postojala i ideja da se glavni pretres dodatno skрати, ali to nije učinjeno kako bi bio održan privid usklađenosti postupka sa zakonom. Desetodnevni rok, koji je tobože trebalo da protekne radi donošenja presude in absentiam, nije propisivao nijedan tadašnji pravni akt. Naprotiv, *Zakonik o postupku sudskom u krivičnim delima* (1865, u daljem tekstu: ZPSKD) predviđao je da optuženi za zločine, krivična dela čijim su izvršiocima prema članu 1 stav 2 *Krivičnog zakonika* iz 1860. godine (u daljem tekstu: KZ) pretili smrtna kazna, robija ili zatočenje, mogu biti osuđeni u odsustvu tek po proteku tri meseca od objavljivanja poziva na sud (čl. 314). Zbog jedne kasnije žalbe na dužinu postupka smatramo da je za drastično skraćivanje roka odgovoran upravo kralj. Upada u oči i da je vladalac, pišući kako će okrivljeni Tajsić i Urošević biti pozvani preko novina, zapravo prejudicirao pozitivnu odluku Prekog suda o njihovom stavljanju pod optužbu (!!!). Konačno, kralja odaje i namera da sazove skupštinu. Njeno sazivanje je prema članu 76 tada važećeg, *Namesničkog ustava* (1869), spadalo u isključivu prerogativu kralja, pa bi smo na ovom mestu ponovili da upravljanje političkim zbivanjima nakon okončanja procesa svakako signalizira da je kralj to činio i dok je krivični postupak trajao. Osim toga, u uslovima diktatorskog režima skupština

¹⁴ Arhiv Srbije, Zbirka Vojislava Jovanovića-Maramboa 77/7, Pismo kralja Aleksandra Obrenovića Dragi Mašin No 11 od 21. avgusta 1899. godine.

neretko služi za odobravanje nepopularnih vladaočevih mera, što je u ovom slučaju trebalo da bude surova presuda.

I ovog puta veći deo informacija koje je kralj predočio ljubavnici je tačan. Optužnica je predata Prekom sudu 20. avgusta, iz novinskih napisa koji su pratili tok postupka saznajemo da je prvobitno bilo planirano da glavni pretres počne 24. avgusta (iako taj datum kralj tvrdnjom da će suđenje trajati 10 dana i završiti se 2. septembra navodi samo eksplicitno) a posle ukidanja Prekog suda sazvana je skupština. Premda je glavni pretres zapravo započeo 27. avgusta¹⁵ i umesto deset trajao 13 dana, ne mislimo da je kralj svesno obmanuo ljubavnicu; netačne informacije bi pre bile proizvod naknadnih promena okolnosti (nama samo delimično poznatih) koje su dovele do napuštanja početnih koncepcija o toku postupka. O tim promenama je kralj kasnije vrlo verovatno i upoznao izabranicu svoga srca.

Ipak, mišljenja smo da se jedan netačan podatak ne može opravdati na navedeni način. Izjavom o obavezi pozivanja na sud Ranka Tajsića i Antonija Uroševića kralj svakako želi da prikaže Preki sud kao objektivnu ustanovu čije delovanje ostaje u granicama prava, a samim tim stvori i sliku o sebi kao vladaru koji se ne meša u rad pravosuđa. Laik u sferi prava, Draga Mašin bi trebalo da pomisli da je poziv odustnim okrivljenima privilegija, a ne zakonsko pravo.

Uticao Drage Mašin na kraljeve političke odluke nije vidljiv ni u ovom pismu. No, pošto kralj pripovedanje o postupku počinje rečima „što se suđenja tiče...“, ne precizirajući o kakvom se suđenju radi, osnovano se može zaključiti da je njegova ljubavnica znala o čemu je reč. Tako je i ovo pismo, baš kao i prethodno, svedok učestalih razgovora dvoje ljubavnika o Ivanjdanskom atentatu i Prekom sudu.

* *
*

Treće pismo¹⁶ počinje kraljevim pravdanjem za neke rečenice iz ranije prepiske. Tvrdi da nije mogao da zamisli „da će ti (Dragi Mašin, primedba U. S) ono što sam ti kazao da ne uradiš kao baba (podrugljiv nadimak koji je kralj nadenuo svojoj majci, primedba U. S) 83 biti tako žao“¹⁷. Odvraća ljubavnicu od pomisli da bi „mi (kralju, primedba U. S)

¹⁵ Početak je odložen zbog smrti vođe Liberalne stranke Jovana Ristića (1831–1899). S. Jovanović, *nav. delo*, str. 107 = reprint str. 102.

¹⁶ Arhiv Srbije, *Zbirka Vojislava Jovanovića-Maramboa 77/6, Pismo kralja Aleksandra Obrenovića Dragi Mašin No 23 od 10. septembra 1899. godine.*

¹⁷ Kraljica Natalija se svim silama trudila da supruga, kralja Milana, odvrati od strogo tretmana prema okrivljenima pred Prekim sudom za učesnike u Timočkoj buni

bilo neprijatno da mi kažeš tvoje mišljenje o ovom našem procesu koji se otegao preko svake mere“. Molbu da ne ponovi „grešku“ njegove majke kralj je uputio Dragi Mašin jer se „bojao kako si mi dobra i nežna da se sažališ srce i ne izmoliš od mene milost i za najgore krivce“. Odgovarajući na ljubavničine primedbe da ga njeno mišljenje ne interesuje, kralj kaže kako joj ne bi „tako podrobno ni pisao o toj stvari koja ničeg prijatnog u sebi nema i koja samo može biti na dosadi u pismu dvoje zaljubljenih kako nas dvoje“. Konačno, uverava svoju dragu da to što joj piše „o takvim stvarima kao o osudama o kaznama“ neborivo dokazuje njegovu želju da ona „zna sve što biva“.

Završivši pravdanje, kralj predočava ljubavnici još neizrečenu presudu Prekog suda. Piše „srcu“ da će smrtna kazna biti izrečena atentatoru i Ranku Tajsiću, „koji se nalazi u Crnoj Gori pa prema tome neće se presuda ni izvršiti“. Razlozi zbog kojih će Tajsić biti osuđen na smrt su činjenice „da je već osuđen na 20 g. robije zbog koje je i pobjegao zbog jatovanja“¹⁸, a „ima dokaza da je i ovde umešan te nema druge kazne na koju ga mogu osuditi“. Vljeko Nikolić, Pera Kovačević, Antonije Urošević i likerđžija Miloš Dimić biće osuđeni na 20 godina robije zato što su „onog atentatora i pronašli i s njime radili i njega pridobili za atentat“. Istu kaznu Preki sud će izreći i Stojanu Protiću i Ljubomiru Živkoviću, jer su „sami priznali da su radili na tome da narod ne plaća porezu, i da su vredali po novinama i za koje je dokazano da što god se pisalo protiv nas (vlasti, primedba U. S) kod nas (u Srbiji, primedba U. S) da je od njih dvojice“, Milenkoviću¹⁹, „Anđelićevom agentu“, popu Milanu Đuriću,

(1883). To joj je pošlo za rukom, jer kralj nije ublažio kaznu samo radikalnu Arandelu-Rašu Miloševiću (1851-1936), za koga se kraljica zauzela, već i celom Glavnom odboru Radikalne stranke. N. Obrenović, *Moje uspomene* (sa francuskog prevela Ivanka Pavlović), Beograd 2006, str. 132-133.

¹⁸ Milan Brkić, hajduk uhvaćen u oktobru 1896, označio je Ranka Tajsića za naručioca likvidacije učitelja Marka Backovića. Tajsić je u postupku pred prvostepenim sudom oslobođen optužbe usled nedostatka dokaza, ali je u strahu da zbog smene vlasti (radikalnu vladu Đorđa Simića u oktobru 1897. zamenio je kabinet kraljevog privrženika dr Vladana Đorđevića) ne bude ponovo podvrgnut suđenju pobjegao u Crnu Goru. Ispostavilo se da njegova bojazan nije bila bezrazložna, jer ga je čačanski prvostepeni sud u ponovljenom procesu 4. avgusta 1898. godine u odsustvu osudio na 20 godina robije za ubistvo. Arhiv Srbije, *Preki sud za učesnike u Ivanjdanskom atentatu 147/266, Optužnica protiv okrivljenih za izvršenje i podstrekavanje atentata No 17108 od 20. avgusta 1899. godine*; S. Jovanović, *Vlada Aleksandra Obrenovića I*, Beograd 1929, str. 389-390 = reprint Beograd 1990, str. 356-357.

¹⁹ Kralj misli na Radomira Milinkovića-Alavantića, istovremeno srpskog obaveštajca i pristalicu dinastije Karadorđević, koji je 1902. godine preduzeo neuspešan pokušaj obaranja Aleksandra Obrenovića s prestola (u istoriografiji nazvan *Alavantićeva afera*). Više o Alavantićevoj aferi vidi: S. Jovanović, *delo iz napomene 1*, str. 276-278 = reprint str. 274-276; Živanović, *nav. delo*, str. 261-262.

„koji je od Radoja Radojlovića onako opterećen²⁰ i za koga se zna da odavno agituje otvoreno“, advokatu Ivanu Pavićeviću, „koji je s atentatorom bio na lađi i imao one šifre sa Stojanom Protićem“ i Krezoviću, onom „koji je sam priznao“²¹. Svi ovi optuženi bi „bili u početku osuđeni na smrt, ali pošto su se desile one neprilike s poricanjem atentatora i sa dokazom da Krezovićeve tvrđenja nisu pouzdana“, njima je „glava ostala, ali pošto je inače potpuno dokazano da su krivi to idu na ovako veliku kaznu“. Devetogodišnjim zatvorom biće kažnjen Kosta Taušanović, za koga „nema dokaza da je u izdajničku radnju umešan, već samo uvredu i draženje naroda²², jer je i sam priznao da je one beleške u kojima je pozivao na izdaju sam pisao“. Grupu osuđenih na 5 godina zatvora činiće Andelija Jovanović, „koja je sa onim pogancem (atentatorom, primedba U. S) živela“ i Nikola Pašić, koji će odmah biti pomilovan zato što se „svojim držanjem na sudu i u pismu koje je meni (kralju, primedba U. S) uputio²³

²⁰ Novinar naprednjačke provenijencije Radoje Radojlović u iskazima iz isleđenja i s glavnog pretresa tvrdio je da ga je prota Milan Đurić 1891. godine vrbovao da ubedi svog rođaka Milutina Garašanina (sina znamenitog srpskog državnika Ilije Garašanina i jednog od osnivača Napredne stranke) da okrene leđa dinastiji Obrenović i priključi se Karađorđevićima. Arhiv Srbije, *Preki sud za učesnike u Ivanjdanskom atentatu 147/266, Optužnica protiv okrivljenih za izvršenje i podstrekavanje atentata No 17108 od 20. avgusta 1899. godine*

²¹ Dimitrije Krezović je bio optuženik čiji je iskaz teretio Stojana Protića, Ljubomira Živkovića, Acu Stanojevića, Milana Đurića i Vlajka Nikolića za navodne dogovore o dovođenju na vlast dinastije Karađorđević u štampariji radikalskog glasila *Odjek* na zimu 1898. godine, kojima je i on sam prisustvovao kao kurir i poverenik crnogorskog kneza Nikole, Petra Karađorđevića i Ranka Tajsica. Više nego neuverljiv u suočenjima s petoricom saoptuženih, odavao je utisak čoveka potplaćenog za lažno svedočenje. Nakon pomilovanja, 1903. godine, priznao je novosadskoj *Zastavi* da mu je vlast tu ulogu zaista i bila namenila. Vidi: Stanković, *delo iz napomene 1*, str. 22, 33-35; *Zastava* 18-21. jun 1903.

²² Radi se o krivičnim delima uvreda kralja i člana kraljevskog doma (čl. 91 b, st. 1 i 2 KZ) i podsticanje otpora vlastima (čl. 92 KZ).

²³ Voda radikala Nikola Pašić je 8. septembra iz zatvora uputio pokajničko pismo vladaocu, u kome je nekoliko partijskih kolega (Ranka Tajsica, Ljubomira Živkovića, Stojana Protića, Kostu Taušanovića, Jovana Đaju i Milana Đurića) optužio za antidinastičnost. Vidi: S. Jovanović, *delo iz napomene 1*, str. 125-126 = reprint str. 117. U završnoj reči na glavnom pretresu Pašić je izjavio kako se s gledišta krivičnog prava ne može smatrati odgovornim za atentat na kralja Milana, ali da snosi političku odgovornost jer nije dovoljno suzbijao rad antidinastičara iz svoje stranke (pri tom kao protivnike dinastije imenovavši Dragišu Stanojevića, Milorada Karamarkovića i Ranka Tajsica). Zapisnik izjave nalazi se u arhivi Ministarstva inostranih dela, a objavili su ga i dnevna štampa, sam Pašić u posthumno izdatoj autobiografiji pod nazivom *Moja politička ispovest* i Vasa Kazimirović u monografiji o vodi radikala. Vidi: Arhiv Srbije, *Ministarstvo inostranih dela – političko odeljenje*, f. II, A/23, 608-614, *Završna reč Nikole Pašića pred Prekim sudom za učesnike u Ivanjdanskom atentatu*; N. Pašić, *Moja politička ispovest*, Beograd, Toronto 1989, str. 158-163; V. Kazimirović, *Nikola Pašić i njegovo doba I*, Beograd 1990, str. 578-580.

tako pokorio da se odrekao svoje zavereničke prošlosti“. Kralj smatra da će vođa Radikalne stranke zbog ovih postupaka „izgubiti svaki ugled kod radikala a i kod Rusa koji će sad početi užasno da ga grde da će se on još većma s njima zavaditi“ i iz tih razloga „od njega ne može više biti opasnosti za nas“. Radi potkrepljenja svojih stavova poziva šeri (franc. *cherie* = trešnja, izraz kojim su kralj Aleksandar i Draga Mašin tepali jedno drugom) da pročita „ono što ima u današnjim *Malim novinama*“²⁴. Zbog nedostatka dokaza Preki sud će „pustiti kao nevine“ Acu Stanojevića, „vrlo velikog i opasnog radikala“, profesora Đoku Stojkovića i Mladena Jovanovića, „negdašnjeg našeg (kraljevog, primedba U. S) admirala“. Kako je 10. septembar „rešavajući dan“ kralj se „pomolio Bogu onako iskreno kao što mu je ‘ženče’ (Draga Mašin, primedba U. S) pisala“. Na kraju iscrpnog obaveštenja o presudi nalaze se kraljeve reči da se svojoj dragoj „može zakleti da ako se koji krivac i izvukao niko od ovih ostalih prav nije“.

Pored izlaganja o procesu, kralj daje i nekoliko napomena o proterivanjima, koja su nakon atentata široko primenjivana. Kaže da se jedino po tom pitanju ne slaže sa ljubavnicom, uz opaske „da nije pametno da se još koji protera, jer ovde kakvu policiju imamo... i ipak pouzdati se u nju možemo više nego u stranu“ i kako proterivanjem potencijalno opasna lica „izmaknu nam ispod ruke“. Već proterani radikali Sava Grujić, Mihailo Vujić²⁵, Andra Nikolić²⁶ i drugi su, prema kralju, „manje opasni jer oni mogu samo da grde i da pišu“, ali za razliku od njih trojice „oni opas-

²⁴ List pokrenut 1888. godine, koga je radikalski renegat i poznati novinar Pera Todorović (1852-1907) 1891. godine otkupio i pretvorio u poluslužbeno dvorsko glasilo. Izlazio je do 1903. godine. Odrednica *Male novine* (U. Džomić), *Narodna enciklopedija srpsko-hrvatsko-slovenačka III*, Zagreb 1928, str. 655. Kralj upućuje na uvodni članak jutarnjeg izdanja od 10. septembra, naslovljen *Reč u napred*, gde je glavni urednik Todorović pohvalio Nikolu Pašića kao „čoveka“, „Srbina“ i „rodoljuba“ zbog priznanja krivice pred Prekim sudom. *Male novine*, 10. septembar 1899. godine (jutarnje izdanje).

²⁵ Mihailo-Miša Vujić (1853, Beograd – 1913, Sušak), ekonomista i političar. Istaknuti radikal. Ministar finansija (1889, 1891, 1893, 1896-1897), poslanik Srbije u Parizu (1900-1901), ministar inostranih poslova (1901-1902), predsednik Vlade (1901-1902), poslanik u Beču (1903), Berlinu (1906) i Rimu (1909). Ubajan u tzv. „dvorske radikale“, koji su zagovarali blisku saradnju Radikalne stranke i Dvora. Odrednica *Mihailo Vujić* (S. Jovanović), *Narodna enciklopedija srpsko-hrvatsko-slovenačka I*, Zagreb 1925, str. 432.

²⁶ Andra Nikolić (1853, Čačak – 1918, Pariz), profesor i političar. Član Radikalne stranke; u njenom Glavnom odboru je bio od osnivanja partije (1881) do smrti. Narodni poslanik (1887, 1888, 1889, 1903-1918), državni savetnik (1890-1894, 1900-1901), ministar prosvete i crkvenih poslova (1890-1892, 1896-1897, 1904-1905, 1906-1909), poslanik Srbije u Parizu (1901), senator (1901), predsednik Narodne skupštine (1909-1918). Poput Vujića, spadao u „dvorske radikale“. Vidi: Odrednica *Andra Nikolić* (J. Prodanović), *Narodna enciklopedija srpsko-hrvatsko-slovenačka III*, Zagreb 1928, str. 78.

ni zlikovci kad se proteraju oni snuju zavere i neprilike gore sa strane nego u zemlji, jer u zemlji ima načina da se kontrolišu“.

Pre nego što pređemo na analizu pisma izneli bismo jedno zapažanje u pogledu njegove sadržine. Ne možemo da se otmemo utisku da ona predstavlja neku vrstu kraljevog iskupljenja za ljubavničine prigovore da joj se nedovoljno obraća za savete. Kralj je izlaz iz neugodne situacije našao u davanju najznačajnije informacije u celom postupku, i to u trenutku kada je ona bila poznata samo sudijama Prekog suda i njemu. Upoznavanje voljene s tako vrednim saznanjem trebalo je da odagna njene sumnje da je kralj mimoilazi u odlučivanju.

Pročitavši prva dva pisma uverili smo se da je kralj o toku krivičnog postupka bio pravovremeno i detaljno izveštavan. Ali tek nakon čitanja trećeg spoznajemo u kom trenutku su izveštaji dolazili u Dvor – pre nego što bi neka politička promena u spoljašnjem svetu uopšte i nastupila.

Kraljevo uplitanje u proces ovde je, mislimo, najuočljivije i vidimo ga kako u kraljevom pravdanju ljubavnici, tako i delu pisma posvećenom presudi. Već na početku se postavlja pitanje: da kralj nije donosio odluke o toku postupka, da li bi ga ljubavnica prekorevala za nesavetovanje s njom? Cilj kraljeve molbe izabranici svog srca da ne postupa kao kraljica Natalija je očigledno bio da olakša sprovođenje u delo njegove ideje o strogom kažnjavanju krivaca. Kralj to i sam priznaje, jer objašnjavajući svoj strah da ljubavnica ne izmoli pomilovanje, kaže: „...jer cherie kad bi me ti ljubavljuzaklela **ja bih učinio što god zaželiš** (podvukao U. S)...“ Dakle, iz podvučenog se jasno vidi da kraljeva moć da nešto učini u postupku nije bila upitna; mesta za diskusiju ima samo oko toga da li se takvom mogućnošću i koristio.

Rečenice o presudi u izvesnom smislu pružaju još konkretniju građu za formiranje zaključka o kraljevom upravljanju procesom. Samo izveštavanje kralja pre donošenja presude upućuje nas na to da je tražena vladaočeva saglasnost za njenu sadržinu. Sve dokaze kojima kralj obrazlaže krivicu budućih osuđenih sadrži i presuda Prekog suda, a kako monarh u pismu spominje da su sudije još okupirane izradom obrazloženja ne treba isključiti mogućnost da im je neke delove on sam sugerisao²⁷. Kraljeve intervencije u procesu se bez sumnje najpotpunije mogu

²⁷ Arhiv SANU 13428, *Presuda Prekog suda za varoš Beograd i okrug podunavski protiv Stevana-Đure-Kneževića, atentatora iz Risovca u Bosni, zaverenika: Vljaka Nikolića pukovnika u penziji, rodnom iz Beograda, Petra Kovačevića biv. činovnika opštine Beogradske rodnom iz Studenice, Mijaila Dimića likerđžije ovd. rodnom iz Jagodine, Antonija Uroševića restoratora iz Nord Gari u Rumuniji, Živka Anđelića načelnika okružnog u penziji rodnom iz D. Milanovca, saučesnika: Nikole Pašića biv. predsednika opštine beogradske rodnom iz Zaječara, Koste Taušanovića biv. upravnika beogradske zadruge rodnom*

dokazati informacijom da će Nikola Pašić biti relativno blago kažnjen i pomilovan **jer je njemu poslao pokajničko pismo i prokazao svoju stranku** (podvukao U. S). Može se postaviti i pitanje koja je svrha kraljeve zajedničke molitve sa sudijama koje odlučuju o sudbini njegovih političkih protivnika. Kralj kome je stalo do pravde reagovao bi na skandalozan postupak Prekog suda koji prvo donosi presudu, a tek onda traži obrazloženje (iako sud presuđuje upravo na osnovu razloga koje sadrži ovaj deo presude, primedba U. S) Tezu o kraljevom uticaju na postupak možemo da učvrstimo i jednim udaljenim, ali ne sasvim beznačajnim osnovom podozrenja – izjavama o proterivanjima. Suvereni gospodar proterivanja, kralj je ništa manje suvereno mogao da gospodari i krivičnim postupkom protiv okrivljenih za izvršenje i podstrekavanje atentata.

Naspram obilja dokaza koji upućuju na kraljevo mešanje u proces ističe se i jedan koji govori da on po tom pitanju ipak nije bio svemoguć. To je negodovanje zbog prevelikog prolongiranja krivičnog postupka. Pošto izvori o tome ćute, možemo samo da nagađamo kakva se smetnja isprečila realizaciji kraljeve namere da postupak bude kratak.

Najvažnija informacija iz kraljevog pisma, presuda optuženima u potpunosti je tačna, u šta možemo da se uverimo uvidom u ovaj akt Prekog suda. Napomene o nemogućnosti izvršenja smrtno kazne nad Rankom Tajsićem i potpunoj dokazanosti krivice osuđenih na robiju deluju nam kao sredstvo za neutralizaciju negativnog utiska koji bi strogost presude mogla da izazove.

Nije na odmet napomenuti da se iz pisma ishod postupka ne može saznati u celosti. Kralj, naime, govori o presudama koje će Preki sud izreći osamnaestorici optuženih, ali ne pominje šta će se desiti sa preostalom devetoricom (optuženi Živko Anđelić se 26. avgusta, dan pred početak

*iz Aleksinca, Stojana Protića, odgovornog urednika „Novog Odjeka“ rodod iz Kruševca, Ljubomira Živkovića adv. ovd. Ace Stanojevića štampara ovd. rodod iz Knjaževca, Milana Đurića prote iz Užica, Dimitrija Krezovića iz Plevlja, Ranka Tajsića iz Puhova, Radomira Milinkovića-Alavantića dijurniste iz Šapca, Ivana Pavićevića, adv. iz Negotine, rodod iz Rsojevića u Crnoj Gori, Uroša Pantelića vatrogasca iz Vražogrnca, Mladena Jovanovića inženjerskog kapetana rodod iz Brezove, Anđelije žene Mladena Jovanovića iz Beograda, Đorđa Stojkovića biv. direktora gimnazije iz Negotina, Đoke Novakovića poručnika u penziji, rodod iz Loznice, Gaje Miloradovića, zemljodelca iz Despotovca, Jovana Stevanovića zemlj. iz Oštrelja, Nastasa Marinkovića, zem. iz Belog Potoka, Jovana Todorovića iz Baničine, Jovana Stevanovića iz Grlišta, Avrama Savića zem. iz Rataja i Tome Rajkovića ćurčije iz Izvora No 650 od 13. septembra 1899. godine (kucani prepis, u daljim napomenama: Presuda optuženima za izvršenje i podstrekavanje atentata); A. Rade- nić, *Progoni političkih protivnika u režimu Aleksandra Obrenovića 1893-1903*, Beograd 1973, str. 358-410.*

glavnog pretresa, obesio u pritvorskoj ćeliji). Ključ za rešenje ove zagonetke nalazi se u ličnostima izostavljenih i procenjenom stepenu njihovog „učesća“ u atentatu; budući politički potpuno beznačajne ličnosti čija je odgovornost za ivanjdanski zločin bila minimalna, oni su ostali van kraljevog fokusa²⁸.

Znatno teži „propust“ od izostavljanja političkih anonimaca su neistinite informacije. Poći ćemo od načina na koji kralj obrazlaže krivicu budućih osuđenih - ona praktično predstavljaju znatno pojednostavljene i prilično slobodne interpretacije obrazloženja na koja kasnije nailazimo u presudi²⁹. Imena dvojice optuženih su netačna – „Anđelićev agent“ nije se prezivao Milenković nego Milinković, a ime likerdžije Dimića bilo je Mihailo a ne Miloš. Mladen Jovanović bio je komandant kraljevog kupatila (plaže), dok čin admirala u srpskoj vojsci uopšte nije ni postojao. Iako podučavan pravu³⁰, kralj na 2 mesta nije pokazao zavidno poznavanje pozitivnog krivičnogprocesnog zakonodavstva. Optužnica nam skreće pažnju da Ranko Tajić nije bio osuđen za jatakovanje (čl. 250 a i 250 g KZ) nego ubistvo. Uz to, presuda kojom je optuženi oslobađan usled nedostatka dokaza nije bila istovetna oslobađajućoj³¹. Ako je pod „rešavajućim danom“ kralj podrazumevao dan donošenja presude, onda se i ova njegova izjava može smatrati neistinitim obaveštenjem, jer je Preki sud o krivici optuženih odlučio tek 13. septembra.

Pored ovih, smatramo nenamernih grešaka, zapažamo i neke podatke za koje postoji osnovana sumnja da su svesno neistiniti. Izvori govore da je pogubljenje pretilo „svega“ dvojici do petorice „veleizdajnika“ (imena se donekle razlikuju u zavisnosti od izvora, ali svi pominju Nikolu Pašića i Kostu Taušanovića)³². Imajući u vidu celokupan rad Prekog suda, gotovo je nezamislivo da bi njegove sudije odustale od izricanja smrtnih

²⁸ O identitetu devetorice nespomenutih optuženika i delu presude koji se odnosi na njih vidi Arhiv SANU 13428, *Presuda optuženima za izvršenje i podstrekavanje atentata No 650 od 13. septembra 1899. godine*.

²⁹ Ibidem.

³⁰ Kralja je podučavao pravu jedan od najboljih srpskih civilista u drugoj polovini XIX i početku XX veka Andrija-Andra Đorđević (1854-1914). Plan predavanja čuva se u Arhivu Srpske akademije nauka i umetnosti. Arhiv SANU 10318, *Plan predavanja Andre Đorđevića Aleksandru Obrenoviću iz Enciklopedije prava*.

³¹ Presuda kojom je optuženi oslobađan usled nedostatka dokaza je prema članu 242 ZPSKD izricana ako nema dovoljno dokaza da je optuženi izvršio krivično delo, a oslobađajuća (čl. 241 ZPSKD) kada su svi dokazi koji ga terete obesnaženi ili ne postoje zakonski uslovi za osudu (npr. uračunljivost).

³² Radenić, *nav. delo*, str. 650-651, 663, 675; Arhiv SANU 7247/6, V. Petrović, *Dodaci memoarima – Spasavanje glava radikalskih od 19. avg. do 5. sept.*, str. 433, 437, 439-442.

kazni zbog nepouzdanih svedočkih iskaza, a još manje da Dvor povodom toga ne bi ništa preduzeo. Nasuprot tome, kao razlog odustanka od smrtne kazne najčešće se navodi intervencija velikih sila – Rusije i Austro-Ugarske³³. Drugi netačan podatak u stvari je izražen u vidu prividno naivne ocene kralja Aleksandra o krivici osuđenih; mišljenja smo da ni on ni njegov otac ne bi dopustili da neki od „krivaca“ izmaknu „pravdi“. Jasno je da su oba iskaza, kako onaj u kome se zataškava uplitanje velikih sila u proces i izricanje kazne prebacuje na teren prava, tako i onaj koji ostavlja mogućnost da neki učinilac krivičnog dela ne bude osuđen a ubeđenje u ispravnost osuđujućih presuda osnažuje zakletvom, motivisani kraljevim nastojanjem da ustanovljeni Preki sud predstavi kao objektivnu ustanovu, a sebe kao pravičnog vladara koji progoni samo dokazane zločince.

I treće pismo potvrđuje da se Preki sud redovno nalazio u korespondenciji kralja Aleksandra Obrenovića i Drage Mašin i u isto vreme otkriva i velik uticaj buduće kraljice na svog ljubavnika. On je najnedvosmislenije izražen u kraljevoj rečenici da bi ispunio sve što njegova draga poželi i priznanju da njenoj eventualnoj molbi za milost prema krivcima ne bi mogao da se suprotstavi. Ovaj stav kralj konkretizuje na nekoliko mesta u pismu. Rekavši da se sa ljubavnicom ne slaže **jedino** (podvukao U. S) u pogledu proterivanja, kralj na posredan način obelodanjuje da joj se poveravao i tražio savete u vezi sa više pitanja. Posledica jednog od saveta je zajednička molitva kralja i sudija. S druge strane, kralj nije uvažio ljubavničin predlog metoda za obračun sa protivnicima režima, pošto čak ni srpska prekosavska štampa naklonjena opoziciji (novosadski *Zastava* i *Branik*, zagrebački *Srbobran* i dr) ne donosi članke o novim proterivanjima.

III

Pažljivo pročitavši pisma kralja Aleksandra Obrenovića Dragi Mašin opazili smo se da je njihova prepiska bila izuzetno intenzivna³⁴. Uče-

³³ O naporima Rusije i Austro-Ugarske da izdejstvuju „umereno postupanje“ prema optuženima vidi: Petrović, *delo iz napomene* 32, str. 433, 439-445; Radenić, *nav. delo*, Beograd 1973, str. 548, 554, 556, 557, 558, 633-635, 637-650, 653-655, 657-677; Đorđević, *delo iz napomene* 1, str. 492, 586-593; D. Popović, *Ivanjdanski atentat i Rusija, Srpski književni glasnik* 23 (1928), Beograd 1928, str. 602-613; S. Jovanović, *delo iz napomene* 1, Beograd 1931, str. 118-122 = reprint str. 110-114; Kazimirović, *nav. delo*, str. 568-569, 572-576; Stanković, *delo iz napomene* 1, str. 44-45.

³⁴ Na samom vrhu prve strane trećeg pisma nalazi se rečenica: „Da ne zaboravim srce juče sam ti pisao (pismo, podvukao U. S) No 22, ako je nisi dobila ti ići od ... (rukopis nečitak) da ti je pošlje“. Dalji tekst donosi kraljevo obaveštenje da je „sinoć primio slatko pisamce No 13“ iz koga se vidi da se ljubavnica „začudila što nije primila pismo

stalost pojavljivanja Ivanjdanskog atentata i Prekog suda u korespondenciji vrlo je velika. Najjači argument za ovakvu tvrdnju daju nam kraljev iskaz da je ljubavnicu detaljno izveštavao o toku postupka i jezičke formulacije iz pisama, koje pokazuju da je adresatu već poznata materija iz pošiljaka.

Od tri faze rada Prekog suda³⁵, kralj daje informacije i komentare jedino o drugoj. To je i razumljivo, pošto su većina okrivljenih bili ličnosti iz političkog života Srbije. No čak i u okviru razmatranja ovog stadijuma delovanja Prekog suda kralj ne zalazi u detalje nego se ograničava na najvažnija zbivanja.

Interesantno je da se tri pisma vremenski podudaraju s vrlo važnim trenucima krivičnog postupka – početkom istrage, stavljanjem pod optužbu i donošenjem presude. Značaj prelomnih momenata koje prepiska pokriva pruža kakvu-takvu utehu za velik broj izgubljenih pisama.

Prostor koji su Ivanjdanski atentat i Preki sud dobili u prepisci veoma je velik. Od 4 stranice prvog pisma kazivanje o atentatu proteže se na dve. Sa drugim stvari stoje nešto „gore“ – osvrt na postupak nalazimo na kraju pete i otprilike polovini šeste strane (od osam koliko ih pismo ukupno ima). U trećem je deo posvećen Prekom sudu najduži i zauzima više od polovine pisma (strane 3-8 od 11). Ovakvi udeli najbolje govore o zaokupljenosti kralja Ivanjdanskim atentatom i Prekim sudom.

Izračunavanje razmera zastupljenosti Ivanjdanskog atentata i Prekog suda ostaje bespredmetno bez odgovora na pitanje zbog čega oni variraju od pošiljke do pošiljke. Smatramo da je razlog oscilacija nejednak značaj faza krivičnog postupka o kojima govore. O presudi, najvažnijem momentu postupka napisano je najviše, istrazi koja treba da odvede do počilaca i podstrekača atentata nešto manje, a stavljanju pod optužbu, u uslovima gde su krivici praktično unapred poznati samo formalnosti, najmanje. Korelacija između dužine pisama i značaja događaja koji obrađuju stoga nam se čini evidentnom.

No 16⁴. Braneci se od optužbi za neredovnost u slanju pošiljki, kralj objašnjava da „nikad nije propustio da tri dana piše, no je pisao svaki dan ili svaki drugi“. Razmak je bio veći samo između osamnestog i devetnaestog pisma (2 do 5 dana), i to „usled prekinutog saobraćaja dok nije organizirana pošta kod nas“. Saznajemo i datume nekih od pisama – petnaesto je postato „28“, šesnaesto „30“, a sedamnaesto „31“ (avgusta, podvukao U. S). Kada se sve ovo dovede u vezu sa pismom od 21. avgusta, gde se kralj zahvaljuje ljubavnici na „kartici“ broj 6, zaključujemo da je numerisanje počelo oko 5. avgusta i da je Aleksandar Obrenović poslao skoro dvostruko više pisama Dragi Mašin nego ona njemu.

³⁵ Podelu na tri faze sačinili smo na osnovu tri kriterijuma – opštih karakteristika postupka, svojstava okrivljenih i krivičnih dela koja su im stavljena na teret. Više o tome vidi: Stanković, *delo iz napomene 1*, str. 8 i dalje.

Pisma vrlo ubedljivo dokazuju uvreženu pretpostavku da su kralju izveštaji o dešavanjima vezanim za atentat i postupak pred Prekim sudom bili vrlo brzo dostavljani.

Svojoj ljubavnici kralj je mahom prenosio istinita obaveštenja. Poveremene neistinite informacije mogu se objasniti trojako – kraljevom željom da sakrije istinu koja bi ga mogla kompromitovati u očima voljene, njegovim neznanjem i naknadnim promenama okolnosti koje su omele početne projekcije.

Međutim, kao što podaci iz drugih izvora služe za proveru tvrdnji iznetih u kraljevim pismima, tako i ono što je kralj napisao može da potkrepi verodostojnost varljivih sećanja savremenika i nepouzdatih novinskih članaka. Ovi, po prirodi stvari ne tako pouzdani izvori, znatno dobijaju na težini ukoliko njihova obaveštenja budu potvrđena iz prve ruke.

Zamerke na koje se kralj osvrće u trećem pismu su indikator težnji buduće kraljice da već tada zagospodari političkim životom Srbije. Sadržina pisma pokazuje da je već 1899. godine bila blizu ostvarenja tog cilja. Kraljeva izvinjenja i uvažavanje ljubavničkih preporuka daju za pravo autorima koji Dragu Mašin već u ovoj fazi emotivne veze vide kao dominantan faktor u odlučivanju o važnim državnim pitanjima.

Kao istorijski izvor tri pisma imaju široko polje primene, jer smo se analizom njihovih tekstova uverili da barem donekle mogu da razjasne mnoge nedoumice najrazličitijeg karaktera. Stoga mali obim sačuvane prepiske između Aleksandra Obrenovića i Drage Mašin mora da ražalosti svakog istraživača entuzijastu.

*Uroš Stanković, Junior Assistant
Faculty of Law Novi Sad*

Ivanjdan Attempt and Martial Court in King Alexander Obrenovich's Letters to Draga Masin

Abstract

From the very beginning of their love relationship to the engagement (on July, 8th 1900) king Alexander Obrenovich and Draga Masin were in very intensive correspondence. Besides mutual love gushes, the correspondence contains some significant political events. Among these can be found Ivanjdan attempt and Martial Court introduced after the attempt had been carried out. The author showed the contents of preserved king's letters to his beloved whose subjects are Ivanjdan attempt and Martial Court and, relying on presented data, strive to answer to what extent the correspondence can be helpful in explaining the background of Ivanjdan attempt and Martial Court (above all, the king's acquaintance with them and his influence on their courses), explore the consistence of given information with the truth, and examine whether Draga Masin influenced the king's decisions connected to the attempt and trial before the Martial Court.

Key words: Alexander Obrenovich, Draga Masin, correspondence, Ivanjdan attempt, Martial Court.

ODELJAK ZA INOSTRANE AUTORE

*Csaba Fenyvesi, Ph.D. Associate Professor
Faculty of Law Pécs*

THE CONFRONTATION FROM CRIMINAL-PSYCHOLOGICAL ASPECT

Abstract: *This Article represent an analysis of the Confrontation as a proofing method in criminal procedural law from apart from criminalistical and also a psychological aspect. Article observes the psychological foundation of confrontation and The process of the formation of fact-based knowledge. Article pretends to review The forms and shapes of how the truth and lies appear on those who testify and finally The psychological foundation of the confrontational conflict.*

Key words: *Confrontation, criminal procedure, evidence*

1. The psychological foundation of confrontation

Confrontation as a truth seeking (testimony-checking) institution in the proofing method, apart from having a legal and criminalistical aspect also has a psychological one, which merits particular attention. The psychological aspect is the first to be examined, even if not in full detail, because this aspect provides the foundation of the institution that renders its introduction, maintenance, and development worthwhile.

It already appeared in my empiric research /in 2005-2007/ as a question: whether or not the law enforcement agencies and the suspect/accused believe the institution is theoretically established. The answers ranged from the self-ironical 38% of the suspects to the 70% of the prosecutors'. In average, 54% of those questioned feel that the institution is academically/theoretically established.

What is confrontation based upon? What is the source of the effect that confrontation has?

To answer the questions, one should depend on the psychology of confrontation because the confrontation is a special form of interrogation that takes place in the presence of not one person, but two.

Criminal-psychology, applicable in interrogations, is a highly elaborated subject; it is widely renowned, both in Hungary and abroad, (e.g in Serbia as well¹) and has a rich literature. However, research on the behavioural reactions in the confrontational situations is more seldom.²

In this study, I will display and analyse the related ideas, scientific results and finally, to conclude, I will express my mostly juristic point of view which of course, in terms of depth, may not be on the standard of a criminal-psychologist's one.

2. The process of the formation of fact-based knowledge

In a basic confrontational situation, we generally presume that one of the participants is telling the truth, while the other is not; this participant is intentionally trying to deceive (the authorities) by providing false statements. The truth-value, the reliability of the facts, evolves as a result of a complex process within the participant (the witness, the victim, and the accused). The parts of the process are the following: observation, recollection, and reproduction.

2.1. Observation

According to a French proverb, „a crime makes a witness the witness“. I must be precise: witnessing, recognising and observing make a witness, witness. The perceptual ability has, for long been separated into two categories by the relevant professional literature: an objective one and a subjective one.³

The objective one may be evaluated based on the external circumstances, conditions that were decisive when the observer observed/or could have observed the events that took place. These conditions are case and situation sensitive, and are independent from the observer's person and personality. Most common examples: the observed event's velocity, time (even duration, sequence), the light-colour-sound and weather conditions, the observed objects' characteristics, quality and traits, the observers distance from the event and the place of the observation.

When judging the subjective perceptual ability, however, the personal, inner, and physical-physiological-conscious-psychological elements are dominant. Perception is most importantly determined by one's senses, mainly sight

¹ See e.g.: Aleksić-Škulić: *Kriminalistika*. Beograd, 2004; Fejős, Istvan.: *Savremeni kriminalitet id dokazno pravo*. Novi Sad, 2002; Krivokapic, Vladimir: *Kriminalistika taktika*. Policijska akademija, Beograd, 2005.

² This partly may be due to the fact that anglo-saxon countries do not have the institution or even if they do have it, then it functions in a different form. In the relevant Hungarian professional literature one may scarcely find a few sentences regarding the psychology of confrontation.

³ Gross, H.-Geerds, F.: *Handbuch der Kriminalistik*. Band II. 10. Aufl. Berlin, 1978. p. 148.

and hearing, however, not alone, since one's mental condition, the rate at which the event affects one personally (spectator or participant of the event), one's concentration, occupation, qualifications, intelligence, age, sex, possible psychological and/or physical disorder, motivation, the event's interest and focus level in one's mind, one's recognition of illegality, one's emotional/moral judgement of the events also play a part.

It is a fact, based on research, that the more serious the crime, the worse the perceptual ability. It may be a feasible explanation that a mind of a victim, in face of a violent crime, will not or only limitedly comprehend any information that has not do to with the victim's personal safety/well-being.

However, besides the above stated, it must also be highlighted that, to all observed, a judgement is attached. The judgement, the recollection and the explanation of the events may be mislead by certain expectations, the reason of this is that all that took place is interpreted by the observer according to a previously set and often unconscious expectation (of the observer).⁴ To guarantee the justness of the observation and the accuracy of the judgement, this expectation has to be unveiled by the interrogator upon the first preliminary hearing, that is on the hearing before the confrontation.

2.2. Recollection

Between observation (the first phase) and the reproduction of the events (the third phase) time always elapses. Due to this, it is always necessary for the observer to recall the events and to peer into the past. This, however, is most often not free of influence. There are certain distorting factors that may taint or influence one's memory of the observed objects, events, and people. Making the events public, media reports, and the consultation about the events with others, mainly with those who have influence on the observer, may prove to be distorting factors.

The most damaging factor, one must bear in mind, is time. Although there is no definite evidence of how time affects the accuracy of one's memory, it is obvious that by time the pictures of memory get fainter (see the well-known Ebbinghaus diagram).

It is also a fact that the loss of accuracy of one's memory does not happen proportionately with time. The biggest loss of information is suffered right after the event took place, and in the next few following days; while all information stored in the long-term memory will be relatively safe even after a long time.

⁴ Hans Jörg Odenthal: *Die Gegenüberstellung im Strafverfahren*. Richard Boorberg Verlag, Stuttgart-München-Hannover-Berlin-Weimar, 1992. p. 22; In the Hungarian relevant literature Nagy Lajos, Kertész Imre, and Vargha László studied and methodized the objective and subjective influencing factors.

One's subjective judgement of the events definitely affects the memory, that is, an important, intriguing event is stored longer in the memory, than a less interesting, only superficially observed event.

The memory is continuously processing information it stores. The observation, even if not consciously, is altered by new personal experience, the processing of different opinions/point of views and the personal creation of possible versions.⁵

Especially, those actions influence and falsify the memories that are taken by the observer (who is most often the victim), in order to identify the person, who committed the crime. All those who become a witness or a victim of a crime and later on testify in the related court case, have it in their best own interests to gain any relevant information regarding their own case. All these subsequently sought and gained information very much affect the pictures of memory one has. The memory of the original experience and the subsequent information blend together and thus form a whole which means that, later upon in a testimony, it is difficult or even impossible to make a difference between what the witness originally observed and what information the witness has subsequently acquired from a third person. Thus, it is highly dangerous to allow the witnesses to discuss the events because during the discussion certain details of the events may get mixed up and also because they may influence one-another. It may happen that the witness attains the misleading accounts of other witnesses and blends it with his/her original accounts of memory.⁶ Later on, it is impossible to make a distinction between the remembrance itself and its description. In a possible confrontation with the accused, the witness will not be able to remember those observed by him/her; he/she will only remember his/her previous testimony. This means that the witness will not recall his/her true memories, which also reduces the chances of a successful confrontation.

2.3. Reproduction

The last phase in the process includes the reanimation of the accounts of memory, its uncovering and reproduction, converting it into reality, making it public in the criminal procedure, registering it in the records, and facing the other participant(s) face to face.

Reproducing what happened, based on the observation and memory, takes place partly in course of the main (first) hearings, and later on in the confrontational procedure itself.

The quality, the authenticity, the value of reality and the success of the reproduction (whether at the first hearing or during the confrontation) depends on

⁵ Friedrich Arntzen: *Vernemungspsychologie, Psychologie der Zeugenvernehmung*. 2. Aufl. München, 1989. p. 73.

⁶ Hans Jörg Odenthal: *Die Gegenüberstellung im Strafverfahren*. Richard Boorberg Verlag, Stuttgart-München-Hannover-Berlin-Weimar, 1992. p. 24.

both the interrogator's and the interrogated person's physical and psychological abilities and knowledge, however those details belong to criminal tactics.⁷

3. The forms and shapes of how the truth and lies appear on those who testify

After gaining a testimony of the victim/witness/accused in the trichotomous process (observation, recollection, reproduction), the next in line is to determine if the testimony is truthful or false. It seems that delivering the truth comes natural, while lying (where by definition we mean a deliberate false statement) does not come natural: lies have to be created, constructed, and pondered, which means that it is more complex and difficult to lie. When one is telling the truth, his/her gestures are spontaneous, while the person lying makes deliberate efforts in withholding the truth and has a body language that is trying to serve as a cover up for the distortion of the facts.

The next questions to be answered are whether or not these signs are identifiable? Are they applicable in assessing the testimonies and the confrontational testimonies? Can they serve as a guideline in determining the truth?

Criminal psychology has been long searching for these answers. Its presumption is, that if a person tries to conceal information, his/her subconscious body language may reveal the truth. The contradiction between what is spoken and the actual body language may be considered as a signal of an attempt to deceive.⁸

The non-verbal communication (body language, physiognomy) and self-control, however, varies from person to person. We may only generally state

⁷ Psychologists have worked hard to understand the limits the witness' testimonies have, however, they have only made a minimal effort to deliver help to much-in-need witnesses. Recently, Geiselman and Fisher have developed a new interrogational-questioning method they call „cognitive interview“. This method has been founded on the time-tested principles of cognitive psychology which proved that it is possible to improve a witness' recollection. Based on numerous experiments and research, studies have found that the cognitive interview is 20-35 percent more effective than that of the original police interrogations, even if the latter are conducted by experienced specialised police officers. If we presume that the purpose of the police examination is to acquire comprehensive and precise information, then the cognitive interview has a potentially decisive advantage over traditional methods. If we compare the cognitive method with the other memory recall enhancing techniques applied by the police force, hypnosis above all, the revised cognitive interview's advantage is that it is much more effective, and the revised system is even more effective than the original cognitive interview, which itself has proved to be as effective as hypnosis. Apart from this fact, the revised cognitive interview is more reliable, easier to master and easier to apply. Fisher, R.P.- Geiselman, E. - Raymond, D. S. – Lynn, M.- Jurkevich, L.M.- Warhaftig, M.L.: Enhancing Enhanced Eyewitness Memory: Refining the Cognitive Interview. *Journal of Police Science and Administration*, 1987/4. p. 291.

⁸ For details see: Robert Edelman: Non Verbal Behavior and Deception. In: Canter, D.V.- Alison L.J. (eds.): *Interviewing and Deception*. Dartmonte Aldershot, Brookfield, Singapore, Sidney, 1997. pp. 159-178.

that certain forms of body language are more likely to be a veil for deception as they are related to lying (for example twisting one's feet, crossing one's feet, hiding one's eyes, flicking non-existent floss off one's cloths, hawking, sweating, crying, etc.).⁹

According to criminal-psychological research, the following special signs of body language may signal a potential lie or false statement.¹⁰ In my opinion, these may be observed during confrontational interrogations and in the course of the participants' confrontations:

A) Those who lie tend to smile somewhat less. (Ekman-Friesen-O'Sullivan 1988)¹¹ A smile that occurs during a lie differs from a smile that occurs when one is in an emotionally disturbed status. This latter is to be classed in the categories of sad/happy smiling. (Ekman 1985, 1988)¹²

B) Regarding visual contact, its frequency tends to increase. (DePaulo-Stone-Lassiter 1985)¹³

⁹ In the relevant literature there are certain professional groupings for physiognomical signs. For instance a trichotomical one:

- a) Expressions
- b) Gestures
- c) Body language.

Expressions include: smiling, disapproval, complacence, smirking, laughing, mockery, breaking off eye contact, glancing sideways, staring, gazing, raising one's eyebrows, dilating pupils, closing one's eyes, quick blinking, uproar, anxiety, turning pale, leaving one's mouth wide open, tightening one's lips, biting one's lips, biting the inner part of one's mouth.

Gestures include: nodding one's head, shaking one's head, touching, waving, wringing one's hands, motionless hands, hiding one's eyes or mouth, showing one's palms up, clenching one's fists, pointing, scratching one's head, rubbing one's face, snapping one's fingers, flicking floss off one's cloths, flapping flies, towering hand position, tapping one's fingers, playing with one's fingers.

Body language: bowing with one's head, turning one's head, taking big gulps, speedy breathing, dry coughing, nervous facial twitching, shrugging one's shoulders, crossing of one's arms, stretching one's arms, crossing one's wrists, constant opening and closing of the palm, shrinking, restlessness, recoiling posture, leaning back and leaning forward, crossing one's legs and then setting them down again on the floor, the direction one's legs are pointing to, tapping of one's legs. Majeski, W.J.-Butler, R.: *Hazugságvizsgáló könyvecske*. Bagolyvár Könyvkiadó, Budapest, 1996. pp. 21-23.

¹⁰ Based on Edelman's comprehensive study. For details see: Robert Edelman: *Non Verbal Behavior and Deception*. In: Canter, D.V.-Alison L.J. (eds.): *Interviewing and Deception*. Dartmonte Aldershot, Brookfield, Singapore, Sidney, 1997. pp. 159-178.

¹¹ Ekman, P.-Friesen, W.V.-O'Sullivan, M.: Smiling when lying. *Journal of Personality and Social Psychology*. 1988/54. pp. 414-420.

¹² Ekman, P.: *Telling lies: Clues to deceit in the marketplace, politics and marriage*. W.W. Norton, New York, 1985.; Ekman, P.: Why lies fail and what behaviors betray a lie. In: Yuille, J. (ed): *Credibility Assessment*. Kluwer Academic Publishing, Dordrecht, The Netherlands, 1988.

¹³ DePaulo, B.M.-Stone, J.I.-Lassatier, G.D.: Deceiving and detecting deceit. In: Schlenker, B.R. (ed.): *The Self and Social Life*. McGraw-Hill, New York, 1985.

If the deception is related to a crime, then the culprits often tend to set a distance or withdraw, for instance by avoiding visual eye-to-eye contact in order to conceal their crime. There are certain circumstances that give the semblance to lay believe that anyone who is lying will try to avoid eye-to-eye contact. On the contrary, after reviewing 18 empiric studies, DePaulo-Stone-Lassiter found that regarding visual contact, it is a tendency that its frequency increases. It is highly likely that those who intend to deceive presume that if they look the other way they will be caught, so to avoid and counter this they rather peer. Presumably, those who lie tend to blink more and their pupils dilate more.¹⁴

C) On the contrary to everyday believes, liars do not make restless, nervous (hand, leg and head) movements or have a sly posture; because they intentionally try to control themselves and try to keep their body under control. They do know that they desperately need to do so. (Ekman-Friesen 1969, 1974)¹⁵

It is also proven, that when in deception, less demonstrative hand movements are made. (Mostly the motions and gestures accompanying speech, the accentuation, and the sentence propitiation become less frequent). (DePaulo-Stone-Lassiter 1985, Ekman 1988)¹⁶ This may be related to the fact that a lie is, in a cognitive sense, complex, thus the liar's attention is focused on the verbal and not on the non-verbal communication. However, it may also be related to the fact that those who lie have excessive control over their actions.

D) Those who give false statements and lie send para-lingual signals: they appear to speak in ragged sentences, hesitate, their parlance is over-elaborate and lacks spontaneity. (DePaulo-Stone-Lassiter 1985; Zuckerman-Driver 1985; Köhnken-Thürer-Zoberbier 1990)¹⁷

¹⁴ De Paulo, B.M.-Stone, J.I.-Lassiter, G.D.: Telling ingratiating lies: Effects of target sex and target attractiveness on verbal and non verbal deceptive success. *Journal of Personality and Social Psychology* 1985/48. pp. 1191-1203.

¹⁵ Ekman, P.-Friesen, W.V.: Non verbal leakage and clues to deception. *Psychiatry*, 1969/32. pp. 88-106.

Ekman, P.-Friesen, W.V.: Detecting deception from the body of face. *Journal of Personality and Social Psychology*, 1974/29. pp. 288-298.

¹⁶ De Paulo, B.M.-Stone, J.I.-Lassiter, G.D.: Telling ingratiating lies: Effects of target sex and target attractiveness on verbal and non verbal deceptive success. *Journal of Personality and Social Psychology*, 1985/48. pp. 1191-1203.; Ekman, P.: Why lies fail and what behaviors betray a lie. In: Yuille, J. (ed): *Credibility Assessment*. Kluwer Academic Publishing, Dordrecht. The Netherlands, 1988.

¹⁷ De Paulo, B.M.-Stone, J.I.-Lassiter, G.D.: Telling ingratiating lies: Effects of target sex and target attractiveness on verbal and non verbal deceptive success. *Journal of Personality and Social Psychology* 1985/48. 1191-1203. o.; Zuckerman, M-Driver, R.E.: Telling lies: Verbal and non verbal correlates of deception. In: Siegman, A.W.-Feldstein, S. (eds.): *Multichannel Integration of Non verbal Behavior*. Hillsdale, NJ, Erlbaum, 1985.; Köhnken, G.-Thürer, C.-Zoberbier, D.: The cognitive interview: Are the interviewer's memories enhanced, too? *Applied Cognitive Psychology*, 1990/8. (1) pp. 13-24.

Some experiments indicate that these para-lingual signals (the quality and nature of the sounds of speech, and of the other sounds related to speech) reveal information that otherwise would not be strikingly apparent from verbal communication or facial expressions. (Bugental-Henker-Whalen 1976; Zuckerman-Amidon- Bishop-Pomerantz 1982)¹⁸ Those who lie tend to speak with a rather shrilling voice, hesitate, give delayed answers that most often have flaws, constantly repeated elements, and tongue slips. (DePaulo-Stone-Lassiter 1985; Zuckerman-Driver 1985)¹⁹ Some experiments indicate that a person's voice gets a more shrilling tone when lying (Ekman-Friese-Scherer 1979)²⁰, although this is person and case sensitive, since some voices change tone in a different direction. Those observations, that the flaws of speech and hesitations become more frequent, blend in well with the concept that lying sparks emotional reactions.

Thus, some people may seem to be sincere even when they are lying (Bond-Kahler-Paolicelli 1985; Zuckerman-DeFrank-Hall- Larrance-Rosenthal 1979)²¹, whilst others may seem dishonest even when they are telling the truth. (Riggio-Tucker-Throckmorton 1987)²² This is called the distortion of the behaviour.

People have misbeliefs regarding the behaviour of liars: they credit deception to those who do this stereotypically, even if and when they are telling the truth. (Bond-Kahler-Paolicelli 1985)²³

E) Those who are more strongly motivated in lying give answers more slowly, more shortly and with a sharper voice opposed to those who are less strongly motivated. They establish less eye contact, blink less, move their heads

¹⁸ Bugental, D.B.-Henker, B.-Whalen, C.K.: Attributional antecedents of verbal and vocal assertiveness. *Journal of Personality and Social Psychology*, 1976/34. pp. 405-411.

Zuckerman, M.-Amidon, M.D.-Bishop, S.E.-Pomerant, S.D.: Face and tone of voice in the communication of deception. *Journal of Personality and Social Psychology*. 1982/43. pp. 347-357.

¹⁹ DePaulo, B.M.-Stone, J.I.-Lassiter, G.D.: Deceiving and detecting deceit. In: Schlenker, B.R. (ed.): *The Self and Social Life*. New York, McGraw-Hill, 1985.

Zuckerman, M.-Driver, R.E.: Telling lies: Verbal and non verbal correlates of deception. In: Siegman, A.W.-Feldstein, S. (eds.): *Multichannel Integration of Non verbal Behavior*. Hillsdale, NJ, Erlbaum, 1985.

²⁰ Ekman, P.-Friesen, W.V.-Scherer, K.: Body movement and voice pitch deceptive interaction. *Semiotica*, 1979/16. pp. 23-27.

²¹ Bond, C.F.-Kahler, K.N.-Paolicelli, L.M.: The miscommunication of deception: An adaptive perspective. *Journal of Experimental Social Psychology*, 1985/21. 331-345. o.; Zuckerman, M.-DeFrank, R.S.-Hall, J.A.-Larrance, D.T.-Rosenthal, R.: Facial and vocal clues of deception and honesty. *Journal of Experimental Social Psychology*, 1979/15. pp. 378-396.

²² Riggio, R.E.-Tucker, J.-Throckmorton, B.: Social skills and deception ability. *Personality and Social Psychology Bulletin*, 1987/13. pp. 568-577.

²³ Bond, C.F.-Kahler, K.N.-Paolicelli, L.M.: The miscommunication of deception: An adaptive perspective. *Journal of Experimental Social Psychology*, 1985/21. pp. 331-345.

less, do not change their posture as often and gesticulate less. (DePaulo-Stone-Lassiter 1985; Zuckerman-Driver 1985; Walters 1996)²⁴

Although strongly motivated liars may pre-plan their possible answers, they have more experience and trust more in their ability to deceive. According to DePaulo-Kirkendol, some are less responsive to the motivational impairment effect in „the communication of deception“²⁵ than others. Probably, the experienced and self-confident liars form the group of the less responsive.

F) So it seems that non-verbal behaviour may be improved by practice. (DePaulo 1992)²⁶

In fact, the differences between personal communicational skills are strongly related to one's ability to deceive, and one's confidence in his/her personal ability to deceive also plays an important role.

G) There is some evidence that those, who are able to express their emotional reactions more by their posture, are better at deceiving. (Riggio-Friedman 1983)²⁷ This is why those, who in situations of social intercourse express themselves better and are more discreet, are more successful in deceiving, while those who are restrained are less successful. (Riggio-Tucker-Throckmorton 1987)²⁸

All non-verbal behaviour that may be traced back to the lack of self-confidence, reflect the behaviour that is aimed at deceiving. Namely, it causes restless movements, gestures, stammering, long pauses in speech, and delayed answers. False statements, on the contrary to true ones, may especially be exposed when it is vital for the liar to succeed in making others believe the false statement is true, however, at the same time, the liar does not believe in his/her personal success. (DePaulo-LeMay-Epstein 1991)²⁹ It seems, that certain people

²⁴ DePaulo, B.M.-Stone, J.I.-Lassatier, G.D.: Deceiving and detecting deceit. In: Schlenker, B.R. (ed.): *The Self and Social Life*. McGraw-Hill, New York, 1985.; Zuckerman, M-Driver, R.E.: Telling lies: Verbal and non verbal correlates of deception. In: Siegman, A.W.-Feldstein, S. (eds.): *Multichannel Integration of Non verbal Behavior*. Hillsdale, NJ, Erlbaum, 1985.

Walters, S.B.: *Principles of Kinesthetic Interview and Interrogation*. CRC Press, New York, 1996.

²⁵ DePaulo, B.M.-Kirkendol, S.E.: The motivational impairment effect in the communication of deception. In: Yullie, J. (ed.): *Credibility Assesment*. Kluwer Academic, Norwell, MA, 1988.

²⁶ DePaulo, B.M.: Non verbal behaviour and self-presentation. *Psychological Bulletin*, 1992/11. pp. 203-243.

²⁷ Riggio, R.E.-Friedman, H.S.: Individual differences and clues to deception. *Journal of Personality and Social Psychology*. 1983/45. pp. 899-915.

²⁸ Riggio, R.E.-Tucker, J.-Throckmorton, B.: Social skills and deception ability. *Personality and Social Psychology Bulletin*, 1987/13. pp. 568-577.

²⁹ DePaulo, B.M.-LeMay, C.S.-Epstein, J.A.: Effects of importance of success and expectations for success on effectiveness at deceiving. *Personality and Social Psychology Bulletin*, 1991/17. pp. 14-24.

under certain circumstances instil that they are lying to others, when it is obvious that they, in fact, are not, while others give no or minimal signs of lying even when they, in fact, are lying.

H) In case an opportunity occurs to plan and rehearse false statements, it makes it more difficult to expose them. (Cody-Marston-Foster 1984; Miller-deTurck- Kalbfleisch 1983; Littlepage-Pineault 1985)³⁰

I) Experienced liars are probably much better at deceiving. (DePaulo, P.J.-DePaulo, B.M. 1989)³¹

J) For the observer to make a difference between an innocent being afraid of others not believing him and culprit being afraid of being caught is a difficulty. One may draw a conclusion from this that those who are experienced in exposing deceptions are more able to make correct, precise distinctions in cases like the above mentioned. (Ekman 1985)³²

K) Some professional 'lie-exposers' are capable of detecting and exposing deceptions at a higher rate. (Ekman-O'Sullivan 1991)³³

In an experiment 500 people, some of whom were members of the US secret service, others included federal lie examiners, judges, police officers, psychiatrists, working grown ups and students, had to determine whether or not the 10 presented people were lying or were telling the truth. Only the members of the secret service achieved better than random results; they were the group that showed, compared to the other groups, significantly higher accuracy. Those who had better results reported different, varied and diverse forms of behaviour and put more emphasis on non-verbal signs rather than on verbal ones.³⁴

Is it possible at all, after knowing the results of this experience, to determine whether or not the person in question is lying or is telling the truth, based on their non-verbal signs?

³⁰ Cody, M.J.-Marston, P.J.-Foster, M.: Deception: Paralinguistic and verbal leakage. In: Bostrom, R. N. (ed.): Communication Yearbook 8., Newbury Park, CA, 1984.; Miller, G.R.-deTruck, M.A.-Kalbfleisch, P.J.: Self-monitoring, rehearsal, and deceptive communication. Human Communication Research, 1988/10. pp. 97-117. Littlepage, G.E.-Pineault, M.A.: Detection of deception of planned and spontaneous communications. Journal of Social Psychology, 1985/125. pp. 195-201.

³¹ DePaulo, P.J.-DePaulo, B.M.: Can attempted deception by salespersons and customers be detected through non verbal behavioral cues? Journal of Applied Social Psychology, 1989/19. pp. 1552-1557.

³² Ekman, P.: Telling lies: Clues to deceit in the marketplace, politics and marriage. W.W. Norton, New York, 1985.

³³ Ekman, P.-O'Sullivan, M.: Who can catch a liar? American Psychologist, 1991/46. pp. 913-920.

³⁴ Ekman, P.-O'Sullivan, M.: Who can catch the liar? American Psychologist, 1991/46. pp. 913-920.

To give a reasonable answer to the question raised, it would be necessary to have knowledge of how the behaviour of the person in question differs when accused of lying or when stressful conditions and circumstances occur, from their usual behaviour, which, of course, the examiners/experts do not have reliable knowledge of. Unfortunately this means that in general, one can not accurately determine whether or not someone is lying or is telling the truth.³⁵ The experiments indicate, that an experienced, self-confident and a proficient socialiser, who has the opportunity to pre-plan his/her false statements, may falsely make others believe that he/she is telling the truth.

According to Ekman-O'Sullivan (1989)³⁶, none of the signs or signals, indicating deception, are to be considered as perfect evidence. After all, there are major differences in personal non-verbal behaviour. For instance, someone who, by his/her nature, often pauses while speaking and sometimes hesitates or has so called manipulative gestures of the hands when gesticulating, cannot be judged on these grounds as a liar.

We may state that the correspondence between certain forms of non-verbal behaviour and the exposure of the deception that follows, lacks sufficient evidence. (Miller-Stiff 1992)³⁷

To summarise, I may also say, regarding confrontation, that based only on meta- communicational³⁸ signs and signals observed by any officer of law taking part in the confrontational process, investigatory phase or judicial phase, it is impossible to gain any relevant, reliable, and accurate information or have a notion regarding the truth value of the testimony.

The real information and thus the very result is if the person lying, due to the confrontation, alters his/her statements, and this time the testimony verifiably includes the truth.

³⁵ A practical example is detailed by Dominic Streatfeild. In the 1960's many CIA agents were encharged -by the means of all available (and even beyond!) criminaltactical methods, which up to today have not grown in number- to determine wether or not the alleged Soviet spy, Jurij Nosenko was telling the truth; but even after three and a half years of investigation, they still could not. Dominic Streatfeild: *Agymosás. HVG-ORAC*, Budapest, 2007. p. 308.

³⁶ Ekman, P.-O'Sullivan, M.: *Hazards in detecting deceit*. In: Raskin, D.C. (ed): *Psychological Methods in Criminal Investigation*. Springer Publishing Co., New York, 1989.

³⁷ Miller, G.R.-Stiff, J.B.: *Applied issues in studying deceptive communication*. In: Feldman, R.S. (ed): *Applications of Non verbal Behavioral Theories and Research*. Hillsdale, NJ. Erlbaum, 1992.

³⁸ „The misinterpretation of the external signs was humorously pilloried by a French psychologist. If the accused seams restless, and disturbed, then it is -according to the examiner- the sign of guilt; if the accused behaves indifferently, then the accused is vicious; if the accused does not remember some detail, then the accused is obstinately in denial, and if the accused gives all details, then the accused is cleverly acting in accordance with a carefully designed plan. Ridegh Rajmond-Olchváry-Milvius Attila: *Bűnügyi nyomozástan*. I. kötet. Hornyánszky Viktor R.-T., M. Kir. Udv. Könyvnyomda, Budapest, 1936. p. 308.

4. The psychological foundation of the confrontational conflict

Thus the next question is: what makes someone, who previously gave a false statement, to alter his/her statement in the course of a confrontation? How does psychology relate to this?

Numerous experiments prove that it is easier to expose a potential attempt of deception if the person, suspected of having a potentially false statement, is further examined.³⁹ Further examinations may include confrontation, which deliberately involves a forced tension. The authorities taking part in the confrontation seat someone face-to-face with the alleged liar, who was present when the events took place, saw, heard or otherwise perceived them. After this, it has become more difficult and tense to state a false statement, knowing that the person opposite knows the truth, and also knows that the confronted has a knowledge of his/her knowledge.

Thus, the liar will face a weight growing on his/her conscience, has to witness the person sitting opposite having full self-confidence, based on assured knowledge and also has to manage his/her growing inner sense of shame. I personally think that the damaging, harmful effects of stress and tension (based on the research of János Selye) should be emphasised as they have a vital role in breaking off one's control over the conscious. The process, the atmosphere of the confrontation and the situation of saying the facts into the face of the accused (eye-to-eye)⁴⁰ have to cause such pressure, tension and stress that is capable of (at least at an experimental level) bending or even breaking one's will and deterring one's intentions.

Only the impact of the stress, affecting the soul, could bring change in the conscious, which can be supported by the application of the act in a surprising and raiding manner. That is when the mendacious participant does not know, what will happen next, what evidence and knowledge the authorities and the other participants of the confrontation have. The more one has to bear such surprising and strong impulses, the bigger impact it will have, thus meaning a greater chance to bend one's will.

Vinczéné Karpeta Verka's experiment also indicates the positive effects of stress. According to her findings based on psychological examination:

³⁹ For details see: O'Sullivan, M.-Ekman, P.-Freisen, W.V.: The effect of behavioral comparison in detecting deception. *Journal of Non verbal Behavior*. 1988/12. pp. 203-215.

⁴⁰ It is said that the eye is the mirror to one's soul; not only is it a mirror, it also is the gate of one's soul. The soul appears and expresses itself through the eyes and thus makes, pushes its way. The power coming from one's eyes actually originates from one's soul, so it may be said, that confrontation is a battle of the souls. The deviation of the souls collide, struggle for a clear, clean conscience.

„The participants of confrontation only answered the so-called two profile based test differently, when they had to incur tension and suspense“ – which also means that they had given false statements.

„Deviation from the first psychological draw up (before the confrontation) was registered with half of the 11 people examined, compared to the second psychological draw up (after the confrontation), however, in one case clearly it was merely due to the extensive tension caused by the confrontation. In the other cases, the pre-assumed, i.e. the false statement, was also possible, but, to my knowledge, there is only evidence in two cases,

The problem with the two-staged system (assessing the situation before and after the confrontation) is that we do not have information regarding the source of the tension. Even if we detect a lie, we do not know its reason, furthermore, we do not know why we did not achieve the desired goal, the true turn in the testimony.

From the psychological point of view, in case of the interrogation of the accused, and only the accused, not the witness or the victim, the investigator solely emphasises the manipulation of the accused one's sense of fear. The investigator tries to inspire extensive fear in the accused in case he/she would mislead him/her, while at the same time, parallel the investigator tries to negate the accused one's fear of the possible consequences a confession may have, by moderating the guilt burdening the accused' ones conscience, by „sympathising, understanding, and belittling“. Investigators try to achieve the same effect in confrontation by the usage of a third person, however, in this case, the tactic is to increase the consciousness of guilt and the tension. (After the first attempt, that is the one that aims at decreasing the guilt felt by the accused one's conscience, failed. This is why confrontation is necessary.⁴¹) Based on the above mentioned, confrontation may be regarded as an „assisted interrogation“.

The tension and overwhelming effect caused by confrontation may appear on the grounds of empathy as well, as in the general model the suffers, the sad-

⁴¹ In the interrogation of the accused, even the words used to question, the tone, and the expressions and terms have a psychologic significance. For instance, when interrogating, communicating and talking to a person who is presumably lying or who does not cooperate (in most cases the accused) it is recommended to use more gentle, refined words when relating or referring to the crime committed. Instead of asking „Why did you kill the victim?“ we should ask „Why did you shoot at the victim?“. „Shooting“ is a somewhat more gentle word, than „killing“, and the words serve the same purpose. It is most likely, that by avoiding coarse, crude words, our chances of not getting angry answers, or dull rejection increases. In case we are dealing with someone who is accused of some kind of theft: „taking away“ is more gentle, compared to the harsh word: „stealing“.

The „gentler“ words lead to conversations. While, the harsh words block them. A psychological process of „tenderising“ takes place, when one uses more gentle words. This is because of the presence of sympathy, anxiety, and pity for those testifying. By this way, the interrogator will be able to come close to the accused and achieve cooperation. The gentler words are more successfully applied in confession and in testimonies. Their aim then, is to temporarily avoid criminal expressions' social branding and callousness.

ness, the occasional cry for justice and the apprehension in the eyes of the victim telling the truth also increases tension and, in the same time, touches the human soul of the liar/witness under other legal procedure. Two major group of emotions struggle within the mendacious confronted person, on one side:

- hiding,
- concealing,
- secrecy,
- denial,
- escaping from responsibility,
- casting down one' eyes,
- turning away,
- repression,
- belying,
- another humiliation,
- another deception,
- another injury, suffering,
- secondary victimisation,
- detachment,
- indifference,
- defiance,
- occasional verbal attacks, foulness,
- fear,
- shame,

while on the other side:

- open mindedness,
- taking responsibility,
- revelation,
- looking eye to eye,
- having a long talk,
- testifying,
- absolution,
- confession,
- change for the better, the route to recovery,
- the chance of repent,
- the beginning of reparation,
- pain,
- offendedness,
- sadness,
- depression,
- passion,
- vehemence,

outcry,
disappointment,
shock,
weariness,
surprise, etc.

It is not by chance, that -after the enumeration and the witnessing of the elements, of tension creating mechanisms -it appears that confrontation is still a confession-oriented „anguish of the soul“. It is not by chance, because the confrontation in fact developed from torture.

Psychologically, confrontation is based upon overloading one's senses. In the course of such, the liar may get isolated, may get left alone, and his/her sense of shame, loneliness, reprobation, numbness, inner pain, fear and humiliation, the shock caused by getting caught, occasional pity, empathy, weariness, exhaustion, „brain washing“ may lead to the „reprogramming“ of the accused's brain, thought and will (aim). All of these force a change, and may result in the mending of one's ways, may lead to living a righteous and upright life and even to facing the truth. It even may lead to taking responsibility for the crime, admittance, „confession“, and repent; which, in turn, provide the basic ground for the victim's forgiveness.

In my research I found, that confrontation is based on a presumption, on a hypothesis. Namely, that a person due to tension and psychological pressure will confess the truth to a person, of whom he/she knows that has full knowledge of the truth, knows that his/her statements were false because, the latter personally witnessed (saw and/or heard) the events. We may presume this and regard this as a fact, which by practice, has been proven to be rebuttable, since there are much more fruitless confrontations than successful ones, that is the proof of the thesis. People have false statements even when they know, that others know the reason and content of their lies. Thus, confrontation remains an experiment, a chance -on every occasion- to prove the theoretical thesis, which may and should be attempted.

Experimental criminal psychology could not -so far- to strengthen the „enforcing“ theses, because -unlike, for instance examinations searching for the truth- it is impossible to set up an accurate model for experimental criminal confrontation. For example university students often participate in experiments; however they are inept (others as well) to model crime related confrontational situations, because, in order to do so, most often they would have to commit crimes (and serious ones). Their level of tension and the scale of truth could only be examined afterwards. In the case of real criminals and crimes however, the procedure itself prevents any modelling and experimenting.

This fact however does not defy our hypothesis, knowledge and belief regarding the psychological foundation of confrontation, and its appliance.

*Dr Čaba Fenjveši, vanredni profesor
Pravnog fakulteta u Pečuju*

Suočenje iz kriminalno-psihološkog aspekta

Sažetak

Izučavajući institut suočenja kao dokaznog sredstva u krivičnom procesnom pravu, u ovom radu analizirao sam njegov kriminalno-psihološki aspekt. Prikazan je psihološki osnov suočenja kao i proces formiranja saznanja zasnovanog na činjenicama. U radu se analiziraju takođe i forme i oblici u kojima se istina i neistina iskazuju kod svedoka i naposletku psihološki osnovi konflikta u suočenju.

Ključne reči: Suočenje, krivični postupak, dokazno sredstvo

ODELJAK ZA STUDENTE

*Mr Miroslav Popović, student doktorskih studija
Filozofskog fakulteta u Beogradu*

LIČNOST HAJIMA S. DAVIČA

Sažetak: Rad predstavlja pokušaj kratke biografije Hajima S. Daviča, s ciljem da se u konciznoj formi obuhvati njegov život, karijera i doprinos na raznovrsnim poljima delatnosti na kojima se okušao i iskazao kao istaknuta ličnost kulturnog i javnog života Srbije druge polovine 19. i početkom 20. veka.

Cljučne reči: Hajim Davičo, Sefardi, srpsko pozorište, srpska književnost

Hajim S. Davičo (Beograd, 5. 12. 1854 – Ženeva, 7. 03.1918), književnik, prevodilac, kritičar, diplomata i jevrejski javni radnik, ličnost koja je činila čast beogradskim Jevrejima, poreklom je iz trgovačke porodice španskih Jevreja, sin Samuila i Ermoze Davičo. Njegov brat Benko (1871–1913) bio je advokat i aktivan u kulturno-umetničkom životu Beograda, predsednik Srpsko-jevrejskog pevačkog društva, prevodio pozorišne komade za beogradska pozorišta, prikupljao sefardske romanse i poslovice.¹

Osnovnu školu i niže razrede gimnazije Hajim Davičo završio je u Šapcu, u kome je njegov otac boravio sa porodicom radi poslova. U to vreme Jevrejima nije bilo dopušteno da pohađaju srpske osnovne škole, pa ju je započeo kod šabačkog popa Selakovića. Kasnije je njegov otac, kao prijatelj šabačkoga vladike Gavrila i poznatih pripovedača Laze Lazarevića i Milorada Šapčanina, uspeo da izdejstvuje da Hajim bude primljen u srpsku školu.²

¹ *Srpski biografski rečnik III*, Novi Sad 2006, 59 (M. Nenin), M. Mihailović, *Dva veka porodice Hajim-Davičo u Beogradu*, Zbornik 6, Jevrejski istorijski muzej, Beograd 1992, 266.

² D. A. Alkalaj, *Hajim Davičo, književnik sa Jalije*, Gideon 4-5 (1925), 78.

Pohađao je i jevrejsku školu pre gimnazije, zavoleo je i bio odličan đak, u sedmoj godini čitao i prevodio hebrejski, a jevrejsko-španski pisao jednako dobro kao i njegov otac. Više razrede gimnazije okončao je 1872. i upisao pravni odsek Velike škole u Beogradu. U višoj gimnaziji bio je bolji đak nego u nižoj. Kao veliki ljubitelj knjige, bežao je sa časova u Narodnu biblioteku ili kuću svog rođaka Ozerovića, koji je u to vreme jedini među Jevrejima imao svoju biblioteku. Mada je upisao prava na Velikoj školi, nije imao smisla za praktične pravne nauke, ali je dobro poznavao njihovu teoriju. Nije mogao da polaže advokatski ispit, jer je u to vreme Jevrejima to bilo zabranjeno. Pošto je znao nekoliko stranih jezika i po savetu tadašnjeg ministra Jovana Ristića, ušao je u diplomatsku službu. Posle kratkog vremena nakon stupanja u Ministarstvo spoljnjih poslova, postavljen je za pisara³ i vicekonzula⁴ Konzulata u Budimpešti, gde je u svakom pogledu dostojno predstavljao svoju državu kao spreman, otmen i inteligentan, te dospevao u visoke krugove peštanskoga društva.⁵ Tamo se oženio Jelenom Davičo, koja se takođe bavila pisanjem i objavljivala po beogradskim časopisima.⁶

Iz Budimpešte vratio se u Ministarstvo spoljnjih poslova, gde je postao načelnik, zatim službovao u Ministarstvu privrede, a pod Čedomiljom Mijatovićem bio načelnik Ministarstva finansija. Zatim je postavljen za generalnog konzula treće klase u Trstu 1897. Unapređen je u generalnog konzula druge klase i sa te dužnosti otišao u penziju.⁷ Davičo je pisao Ministarstvu spoljnjih poslova sa molbom za novu državnu službu i novac za troškove selidbe.⁸ Ministarstvo spoljnjih poslova je na ime troškova selidbe iz Trsta za Beograd Daviču poslalo 1000 dinara.⁹ Od 1901. živio je i radio u Minhenu kao šef srpske trgovinske misije.¹⁰ Za vreme rata živio je u Švajcarskoj i umro u Ženevi 1918. godine.

³ *Državni kalendar sa šematizmom za godine 1883, 1884, 1885, 1886.*

⁴ *Isto za godine 1887. i 1888.*

⁵ D. A. Alkalaj, *Hajim Davičo, književnik sa Jaliye*, 78, *Srpski biografski rečnik III*, 59, M. Mihailović, *Dva veka porodice Hajim-Davičo u Beogradu*, 268.

⁶ Prema K. Vidaković Petrov, *Kultura španskih Jevreja na jugoslovenskom tlu*, Beograd 2001, 115. Davičova supruga zvala se Jelena. Drugi autori navode da se zvala Leia (M. Mihailović, *Dva veka porodice Hajim-Davičo u Beogradu*, 268, D. A. Alkalaj, *Hajim Davičo, književnik sa Jaliye*, 78

⁷ Arhiv Srbije(=AS), Ministarstvo inostranih dela (=MID), Konzulat u Trstu (=K-T), fl r55/1897, f2 r246/1898, f2 r5/1900.

⁸ AS, MID, K-T, f2 r40/1900.

⁹ AS, MID, K-T, f2 r110/1900.

¹⁰ D. A. Alkalaj, *Hajim Davičo, književnik sa Jaliye*, 78.

Hajim Davičo bio je privržen srpskoj sredini, u svoje vreme jedini Jevrejin član srpskih masonskih loža (spominje se da je pripadao masonskoj loži „Svetlost Balkana“ (1883–1890)¹¹) i jedini Jevrejin u diplomatskoj službi. Milica Mihailović navodi dokument iz fonda Vladana Đorđevića, koji ukazuje na činjenicu da je Hajim S. Davičo bio u sukobu sa nekim članovima jevrejske zajednice, koji su mu uputili teške reči prebacivanja.¹² Verovatno je pokušavao da bude neka vrsta spone između zatvorene jevrejske zajednice i nove srpske inteligencije koja je prihvatila uticaje iz Evrope. Njegova dela imaju kulturološko-etnografsku vrednost, a svojim prevodima pozorišnih komada i oštrim kritikama pokušavao je da utiče na ukus publike i podigne kulturni nivo svoje sredine. Prevodio je pozorišne komade sa italijanskog, nemačkog i španskog, bio član Kulturno-umetničkog odbora narodnog pozorišta od 1881. do 1893. godine.¹³ Na to mesto ministru prosvete predložio ga je upravnik Narodnog pozorišta Milorad Šapčanin 31. 10. 1881. godine.¹⁴ Učestvovao je u osnivanju Književno-umetničke zajednice (1892-1897), prvog književnog društva u Srbiji i bio prvi njegov blagajnik.¹⁵

Davičo je težio uključivanju Sefarda u privredni, politički i kulturni život spoljne (srpske) sredine. Daleko ispred svojih sunarodnika, zauzimao je istaknuti položaj u privrednom i javnom životu u vreme kada su Sefardi još mahom živeli izdvojeni izvan njega, poznavao srpski jezik i književnost (mnogi njegovi sunarodnici znali su samo jevrejsko-španski), bio prvi Sefard koji je ušao u srpsku književnost.¹⁶

Književni rad počeo je u višoj gimnaziji. Objavljivao je u časopisima i novinama tog doba: u *Trgovinskom glasniku*, *Istoku*, *Videlu*, *Kolu*, *Pobratimstvu*, *Otađzbini*, *Bosanskoj vili*, *Brankovom kolu*, *Novoj iskri* i *Delu*. Koristio je pseudonim Hm, Mi-jah ili samo H. Njegove kritike imale su jačeg uticaja na glumce, pa je s njima često vodio polemike. Davičo je prvi uveo španski repertoar u naše pozorište, bolje poznavao špansku i francusku literaturu, naročito romantičarsku (Dimu-oca, V. Igoa i druge) i klasike (Korneja, Rasina, Molijera), za koje je imao i veće naklonosti.¹⁷

¹¹ *Srpski biografski rečnik III*, 59.

¹² M. Mihailović, *Dva veka porodice Hajim-Davičo u Beogradu*, 268, Arhiv Srbije, Vladan Đorđević, 121.

¹³ M. Mihailović, *Dva veka porodice Hajim-Davičo u Beogradu*, 268.

¹⁴ G. Kovijanić, *Građa Arhiva Srbije o Narodnom pozorištu u Beogradu 1835-1914*, Beograd 1971, 324, Arhiv Srbije, Ministarstvo prosvete, f 9 r 893/1882.

¹⁵ *Srpski biografski rečnik III*, 60.

¹⁶ K. Vidaković Petrov, *Kultura španskih Jevreja na jugoslovenskom tlu*, 115.

¹⁷ *Isto*, 115, B. S. Stojković, *Istorijski pregled srpske pozorišne kritike*, Sarajevo 1933, 43.

Objedinjavao je tri kulturne tradicije – sefardsku, srpsku i zapadnoevropsku. Smatrao je da se balkanski Sefardi moraju uključiti u kulturu spoljne sredine i u zapadnoevropsku kulturu, da je prelazak s jevrejsko-španskog na srpskohrvatski neminovan, pa iz toga sledi njegovo bavljenje sefardskim folklorom. Peštanski rabin M. Kajzerling je 1889. objavio zbirku sefardskih poslovice, koju mu je Davičo ustupio, a zatim prešampao u svojoj *Špansko-portugalsko-jevrejskoj bibliografiji*. Iste poslovice Davičo je objavio u srpskohrvatskom prevodu u *Otadžbini*. Od folklornog materijala zna se da je još objavio jednu priču (u *Videlu*) i jednu verziju poznate balade *Andarleto* (u pripoveci *Naumi*).¹⁸

Hajima S. Daviča sve češće spominju naši istoričari književnosti, književni kritičari i antologičari. Jovan Skerlić ga je zanemario u svojoj „*Istoriji novije srpske književnosti*“ i to je uticalo da padne u zaborav kao pripovedač. Na njegov povratak u srpsku književnost i književno-istorijsku misao uticao je rad Krinke Vidaković Petrov „*Kultura španskih Jevreja na jugoslovenskom tlu*“ u kome mu je pripalo zapaženo mesto. Priča „*Perla*“ uvrštena je u „*Antologiju beogradske priče*“ Aleksandra Jerkova, njegova priča-uspomena na Vojislava Ilića „*Jedne večeri na Jaliji*“ (premijerno objavljena u „*Vojislavljevoj spomenici*“ 1895.) preštampana u časopisu „*Skadarlija*“ (broj 11, proleće 1997.). O Daviču je pisao i Predrag Palavestra u radu „*Jevrejski pisci u srpskoj književnosti*“ (1998).¹⁹

Tematika sefardske zajednice na Jaliji zastupljena je u svim Davičovim pričama objavljenim u *Otadžbini* (kasnije preštampane u zbirci pripovedaka „*Sa Jalije*“, koju je 1893. izdala u Beogradu „Knjižara D. M. Đorića“, a ilustrovao je S. J. Jelić²⁰) i *Delu*. Ime junakinje predstavlja naslov sve četiri priče (*Naumi*, *Luna*, *Perla* i *Buena*) sa ljubavnim zapletom koji najčešće ima tragičan ishod. Prisutni su motivi sefardske stvarnosti na Jaliji, narodna verovanja, običaji, životna svakodnevica i folior.²¹

Ovo je prvo pominjanje sefardske problematike u našoj književnosti. Davičo je bio pre svega poznat po svojim pozorišnim kritikama i prevodima španskih drama. U kritikama često je isticao tezu o potrebi razvijanja nacionalne drame, koja bi se zasnivala na nacionalnoj tradiciji, pod kojom je Davičo imao u vidu narodnu poeziju. Često je precenjivao neke pisce, delujući u većini slučajeva kao čovek „krajnosti“, a ne „sredine“, pa su njegove ocene ponekad bile nerealne. Vodio je polemike sa M. Ba-

¹⁸ K. Vidaković Petrov, *Kultura španskih Jevreja na jugoslovenskom tlu*, 116.

¹⁹ V. Pavković, *Pripovedač Hajim S. Davičo*, pregovor u knjizi Hajim S. Davičo, *Priče sa Jalije*, priredio V. Pavković, Beograd 2000, 6.

²⁰ *Isto*, 10.

²¹ K. Vidaković Petrov, *Kultura španskih Jevreja na jugoslovenskom tlu*, 118.

nom i M. Cvetićem i odigrao vrlo pozitivnu ulogu kao pozorišni kritičar svoga vremena.²² Prema B. Stojkoviću, glavna osobina Daviča je „ubedljiva kritička evokacija glume i piščevih analiza, inteligencija i dovoljna gipkost duha“, a druga njegova odlika je „uzorna čistota jezika, „iščešljanog“, s dosta unutarnje svežine i dinamizma, mada katkad pomalo arhaiističnog, i, naročito, postupno, pregledno i sintetično izlaganje materijala“. Smatra da je Davičo kao pozorišni kritičar „lošiji od S. Vulovića, ali ne manji erudita u pozorišnim stvarima, a u poznavanju, osećanju scene stvarniji je i gipkiji od njega“.²³

Davičo je uveo špansku dramu u naše pozorište. U periodu između 1881. i 1898. izvedeno je u Beogradu 11 dramskih dela španskih pisaca. Davičo je, koliko je poznato, prevodio dela H. E. Harcenbuša, T. Rodriguesa Rubija, H. Beneventea i H. Ečegaraja (dobitnika Nobelove nagrade za književnost 1910. godine).²⁴ Za Narodno pozorište u Beogradu preveo je H. E. Harcenbuš, *Teruelski ljubavnici* (1882), H. Ečegaraj, *Zar to ludilo?* (1891), H. Ečegaraj, *U krilu smrti* (1891), H. Ečegaraj, *More bez primorja* (1893), H. Ečegaraj, *Marijana* (1893), Don T. R. Rubi, *Bogat majdan* (1895), Don M. Tamajo i Baus, *Nov komad* (1896), H. Ečegaraj, *U balčaku mača* (1897), Don A. de Savedra de Rivas, *Don Alvaro* (1898), A. Gimera, *U dolini* (1902), O. Vajld, *Saloma* (1909).²⁵ Prevodilačkom delatnošću Davičo se bavio i za vreme svog boravka u Minhenu, o čemu piše Risti Odaviću 14. maja 1907.²⁶

Važno svedočanstvo o ličnosti Hajima Daviča je nekrolog, koji je posle njegove smrti u Ženevi objavilo Ženevsko udruženje izdavača i štampara, čiji je saradnik bio. U njemu se ističe da je bio pošten građanin, dobar patriota, koji se izdvajao svojom jednostavnošću i skromnošću karaktera, te kao takav ostavio dirljivu uspomenu u sećanju svojih prijatelja.²⁷

²² Isto, 120-121.

²³ B. S. Stojković, *Istorijski pregled srpske pozorišne kritike*, 43.

²⁴ K. Vidaković Petrov, *Kultura španskih Jevreja na jugoslovenskom tlu*, 121.

²⁵ Ž. Perović, *Repertoar Narodnog pozorišta u Beogradu 1868-1914*, Beograd 1993, 109, 123, 124, 127, 128, 134, 135, 136, 138, 149, 166.

²⁶ *Građa o Narodnom pozorištu u Beogradu iz Fonda Riste Odavića*, Teatron 89 (1994), 47-48, Arhiv Srbije, Rista Odavić I, 380.

²⁷ *La Serbie*, Ženeva, 30. III 1918.

*Miroslav Popović, LL.M., student of doctoral studies
Faculty of Philosophy Belgrade*

The Personality of Hajim S. Davičo

Abstract

Hajim S. Davičo (1854–1918) represents a significant member of Belgrade merchant Sephard family. He was distinguished as a writer, translator, literary critic, diplomat and a figure in Serbian public life. As a Serbian diplomat, he served at Consulates in Budapest and Trieste. He lived and worked in Munich as the chief of Serbian merchant mission. During the World War he lived in Switzerland and died in Geneva in 1918. His stories are interesting cultural and ethnographic testimony of Sephard life and folklore in Belgrade. With his translations of theatre plays from Italian, German and Spanish and sharp theatre criticism, he tried to shape the taste of the audience and raise cultural level of his surroundings.

Key words: Hajim Davičo, Sephards, Serbian theatre, Serbian literature

*Jelena Stojšić, student doktorskih studija
Pravnog fakulteta u Beogradu*

PRAVNA REGULATIVA ABORTUSA U REPUBLICI SRBIJI

(Usklađenost sa evropskim standardima i praksom)

Sažetak: *Abortus danas predstavlja veoma delikatno pravno i društveno pitanje, kojim se ne bave samo zakonodavna i stručna tela država, već i međunarodne institucije. Sve više se govori o pravu na abortus odn. o pravu na bezbedan abortus. Iako nema države koja zakonom apsolutno zabranjuje abortus, propisi, čak i država označenih kao „veoma liberalne“, u praksi pokazuju veće ili manje prepreke ostvarivanja prava žene na bezbedan abortus. Rad analizira aktuelne evropske standarde (Savet Evrope, Evropski sud za ljudska prava), zakonodavstva zemalja članica EU i njihovu primenu u praksi, i upoređuje sa zakonodavstvom i praksom Republike Srbije, koja, kako se pokazalo, ne odstupa od prakse evropskih zemalja, ali zahteva reformu, kao i većina zakonodavstava i prakse članica EU.*

Ključne reči: *abortus, reproduktivna prava, Savet Evrope, ljudska prava, bezbedan abortus.*

UVOD

Abortus (u smislu namernog, medicinski izazvanog prekida trudnoće) danas predstavlja ne samo medicinsko pitanje, već veoma značajno pravno, moralno, političko, versko, i, uopšte, društveno pitanje oko koga nema konsenzusa na unutrašnjem planu, ali ni na regionalnom niti međunarodnom. Ovaj rad će se, pretežno, baviti pravnim i, sa njima vezanim, medicinskim aspektima abortusa, u okvirima zakonodavstva i prakse Re-

publike Srbije i odgovarajuće evropske prakse, kao i pitanjima njihove usklađenosti.

Medicinska nauka pod pojmom „abortus“ podrazumeva prekid trudnoće pre 28. nedelje, kada plod još nije sposoban za vanmaterični život¹. U pravnoj nauci se mogu naći različite definicije abortusa- abortus se određuje kao poseban medicinski zahvat kojim se sprečava rođenje neželjenog deteta kada je do neželjenog začeća već došlo², ili kao nasilan prekid trudnoće uz žrtvovanje ploda³. Pravne definicije se ne vezuju za vremenski okvir, za razliku od medicinskih, koje su u tom smislu preciznije. Takođe, pravne definicije mogu biti, i vrlo često jesu, izraz društvenog stava prema pitanju abortusa, i tako se razlikovati od države do države.

Stavovi prema abortusu su podeljeni u dve „struje“ - „za život“ i „za izbor“. Pristalice struje „za život“ su protivnici abortusa i smatraju da život počinje začećem i da embrion ima pravo na život kao i svako drugo ljudsko biće, i, prema tome, abortus predstavlja ubistvo. Ovakav stav nalazi uporište u delu medicinske nauke- embriologije, koja uči da život čoveka počinje momentom spajanja muške i ženske polne ćelije i obrazovanjem jedinstvenog jedra koje sadrži jedinstven i neponovljiv genetski materijal. Stavovi pobornika „za život“ i učenje embriologije poklapaju se u postavci da su embrion, fetus, novorođenče, dete i odrastao čovek samo različite faze ljudskog života. Pobornici struje „za izbor“ govore o abortusu tj. pravu na medicinski bezbedan abortus, kao jednom od osnovnih ljudskih prava. Činjenica da većina zemalja, ne samo Evrope, već i čitavog sveta, dozvoljava abortus, uz manja ili veća ograničenja, i da pravo na abortus sve više postaje deo i razmatra se u kontekstu tzv. „prava ljudskih prava“, govori u prilog prihvatljivosti stavova „za izbor“, i ovaj rad će se dalje razvijati u tim okvirima.

O abortusu odn. o pravu na abortus se danas govori kao o delu reproduktivnih prava i sloboda. Reproductivna prava i slobode spadaju u tzv. drugu generaciju ljudskih prava (onih za čije ostvarivanje je država dužna da obezbedi odgovarajuće uslove, u ovom slučaju kroz mere i aktivnosti populacione politike), a obuhvataju prava i slobode pojedinaca u sferi ljudske reprodukcije koja obezbeđuju mogućnost ljudskog bića da ostvari sopstvene želje i namere u pogledu potomstva⁴. Označavaju

¹ Medicinski leksikon, Medicinska knjiga, Beograd, Zagreb, 1987

² Navedeno po Olga Cvejić-Jančić, *Porodično pravo-bračno pravo*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 1998, str. 323

³ Tanja Petrović, *Aktuelna pitanja vezana za pravo na život*, Pravni život br. 10/07, Beograd, str.208

⁴ Reproductivna prava i slobode obuhvataju pravo na rađanje i pravo na neradañje, u okviru kojeg se nalazi pravo na prekid trudnoće; detaljnije o reproductivnim pravima i

se i kao pravo na slobodno roditeljstvo, u smislu da je planiranje porodice lišeno prisile i normirano kao pravo pojedinca da slobodno odlučuje o rađanju dece⁵. Ova grupa prava i sloboda, iako je adresovana i muškarcima i ženama, ima poseban značaj i vrednost za žene, ali u punom smislu postoji samo ako ga zajednički i sporazumno uživaju muškarac i žena.

Razvoj koji ide u pravcu dominacije struje „za život“, legalizacije abortusa i priznavanja abortusu statusa ljudskog prava, pokazao je veliki problem- da legalizacija abortusa nije omogućila i pristup medicinski bezbednom abortusu. Prema podacima Međunarodne fondacije za planiranje porodice 68.000 žena svake godine umre od posledica nebezbednog abortusa, a 5 miliona se svake godine hospitalizuje zbog komplikacija izazvanih nebezbednim abortusima⁶. Isto alarmantni podaci postoje i u državama, bez obzira da li dozvoljavaju abortus ili ne. Na putu do bezbednog abortusa, u svakoj državi, stoje pravne i vanpravne prepreke, pa tako i u Republici Srbiji, koje će u okviru rada biti analizirane i upoređene sa stanjem u zemljama Evropske Unije (u daljem tekstu: EU) i evropskom praksom.

Na konferenciji u Kairu 1994⁷, u organizaciji Svetske zdravstvene organizacije (u daljem tekstu: SZO), 52 zemlje članice SZO, izuzev Malte, složile su se da abortus nije metod planiranja porodice, da sve vlade i (ne)vladine organizacije treba da se posvete unapređenju zdravlja žene, pre svega izbegavajući nebezbedne abortuse i kroz unapređenje strategija planiranja porodice, da bi najveći prioritet trebalo da bude sprečavanje neželjenih trudnoća. Žene treba da imaju slobodan pristup zdravstveno bezbednom abortusu, kao i zdravstvenoj zaštiti u slučaju komplikacija vezanih za abortus, u cilju sprečavanja ponavljanja abortusa. Osnovna poruka ove konferencije jeste da kada abortus nije zabranjen zakonom, on mora biti bezbedan, jer za efektivnu zaštitu reproduktivnih prava žena nije dovoljno samo dekriminalizovati abortus, potrebno je učiniti ga zdravstveno odn. medicinski bezbednim.

slobodama u Nevena Petrušić, *Jurisprudencija Evropskog suda za ljudska prava u zaštiti reproduktivnih prava*, Pravni život 10/07, Beograd, str. 319-337 i Slobodanka Konstantinović-Vilić, Nevena Petrušić, *Reproduktivna prava i slobode, pravo na nerađanje*, edicija „Žene i pravo“, br. 3, Ženski istraživački centar za edukaciju i komunikaciju, Niš, 1999.

⁵ Prekid trudnoće, pravni aspekti, Zoran Ponjavić, Izdavačko preduzeće „Nomos“ Beograd, Pravni fakultet-Institut za pravne nauke Kragujevac, Kragujevac, 1997, str. 31-40.

⁶ Abortion is a human rights issue, by Patty Skuster, in *The abortion magazine*, Chapell Hill, USA, 2007, pages 2-3, www.ipas.org

⁷ Programme of action of the International Conference on Population and Development, Cairo, 1994; videti više u *Abortion in Europe*, Entre Nous- The European Magazine for Sexual and Reproductive Health, no.59, 2005

Bezbedan abortus danas predstavlja pitanje prava na najviši mogući standard zdravlja, onako kako ga garantuje Univerzalna deklaracija o pravima čoveka i Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima- kao pravo na najveći mogući nivo fizičkog i mentalnog zdravlja uz poštovanje jednakosti i nediskriminacije.

SAVET EVROPE I PITANJE (BEZBEDNOG) ABORTUSA

Parlamentarna skupština Saveta Evrope (SE) prihvata stav Svetske zdravstvene organizacije da abortus nije sredstvo planiranja porodice, i da, u najvećoj mogućoj meri, mora biti izbegnut, a sva moguća (i dostupna) sredstva, koja su u skladu sa pravima žena, moraju biti upotrebljena u cilju smanjenja broja, prvo neželjenih trudnoća, a potom i abortusa. Konačnu odluku o abortusu treba da donese žena (to je u skladu sa pravom svakog ljudskog bića na fizički integritet i slobodu da kontroliše svoje telo), i mora imati na raspolaganju odgovarajuća sredstva da to pravo stvarno i uživa.

Na plenarnom zasjedanju održanom 16. aprila 2008. Parlamentarna skupština je, sa 102 glasa za, 69 protiv i 14 uzdržanih, usvojila rezoluciju⁸ kojom se od članica SE traži da⁹:

- dekriminalizuju abortus;
- obezbede ženama stvarno uživanje prava na abortus;
- omoguće ženama pravo izbora;
- ukinu ograničenja koja (in)direktno onemogućavaju pristup bezbednom abortusu i stvore neophodne uslove za zdravstvenu, medicinsku i psihološku negu i finansijsku pomoć u slučaju abortusa;
- usvoje strategije o seksualnom i reproduktivnom zdravlju koje uključuju poboljšanje kontracepcije;
- omoguće pristup ženama i muškarcima kontraceptivnim sredstvima;
- uvedu obavezno seksualno obrazovanje za mlade.

Cilj Saveta Evrope je izbegavanje abortusa putem izbegavanja neželjenih trudnoća pristupačnom kontracepcijom i seksualnim obrazovanjem, a u slučajevima kada postoji potreba za abortusom država je dužna da stvori sanitarne i medicinske uslove za izvršenje bezbednog abortusa i

⁸ Rezolucija nije obavezujuća, ali ima uticaj na Evropski sud za ljudska prava, u smislu poželjnog pravca razvoja zakonodavstva članica o abortusu

⁹ Access to safe and legal abortion in Europe, Report by Committee on Equal Opportunities for Women and Men, Doc11537rev

pokrije sve troškove povezane sa njim. Jasno je da idealna situacija u kojoj postoje pouzdana i dostupna kontraceptivna sredstva koja efektivno sprečavaju neželjenu trudnoću bez ikakvih opasnosti po zdravlje teško da može da postoji, i to čini abortus neizbežnim, ali ne znači, i ne sme da znači, da mora biti opterećen pravnim i vanpravnim preprekama, i tako predstavljati opasnost po život žene. Mora se imati u vidu i stav medicinske nauke koja tvrdi da ne postoji potpuno bezbedan abortus: „Abortus, kao i svaka hirurška intervencija, ima prateće komplikacije, od kojih su najčešće infekcije koje za krajnju posledicu mogu imati nastanak sterilitea, ali su neretke i povrede materice oštrim instrumentima. Upravo zbog tih komplikacija SZO trasira put da se trudnoće prekidaju medikamentima ili da se šire koristi kontracepcija“¹⁰, i u tim okvirima treba postići najveći mogući stepen bezbednosti, ali, primarno, postaviti za cilj sprečavanje neželjenih trudnoći.

EVROPSKI SUD ZA LJUDSKA PRAVA I ABORTUS

Evropski sud za ljudska prava (u daljem tekstu: ESLJP) je u više presuda potvrdio da Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: EK) ne garantuje pravo na abortus, ni kao pojedinačno pravo niti u okviru ili kao izuzetak od drugih prava (npr. prava na život, prava na privatnost, prava na slobodu izražavanja, zabranu mučenja). Svojim presudama je podržao nacionalne zakone koji dopuštaju abortus, ostavljajući odgovor na pitanje „kada život počinje?“ polju slobodne procene članica. U tom pravcu, Sud je potvrdio diskreciono pravo članica da svojim zakonima odrede uslove za izvršenje abortusa (samo na zahtev ili uz ispunjenje određenih uslova, najčešće dozvolu nadležnog zdravstvenog organa)¹¹.

U slučaju *Open Door and Dublin Well Woman v Ireland*¹² istaknuta je povreda člana 10 Konvencije u smislu povrede prava na davanje i primanje informacija o mogućnostima izvršenja abortusa van Irske. Aplikant nije tražio od Suda da utvrdi da li se odredbe EK odnose i na fetus, niti je to tvrdio. Presuda koju je Sud doneo u ovom slučaju potvrdila je postoja-

¹⁰ Izjava prim.dr Paje Momčilova, ginekologa Instituta za ginekologiju i akušerstvo KCS, u tekstu „500 abortusa dnevno“, *Politika*, objavljeno 18.04.2008, autor Olivera Popović, preuzeto sa www.politika.rs (posećeno 17.01.2010)

¹¹ *Brüggemann and Scheuten v Germany* (application no 6959/75, Commission, 12 July 1977), *Boso v Italy* (2002, Commission, application no. 50490/99)

¹² *Open Door and Dublin Well Woman v Ireland* (application no. 14234/88, judgment of 29 October 1992), par. 64-77

nje povrede člana 10, imajući u vidu neophodnost obezbeđenja bezbednog abortusa, bilo u Irskoj ili van nje. Sud je uzeo u obzir zaštitu koju u svom ustavu Irska daje nerođenom detetu, i našao da je ograničenje slobodnog pristupa informacijama o uslugama koje su zakonite u drugim članicama EK i koje mogu biti od najvećeg značaja za zdravlje žene, bilo u skladu sa zakonom i imalo legitiman cilj (zaštitu života fetusa), ali nije bilo proporcionalno jer nije dovelo do stvarne zaštite fetusa budući da su informacije na koje se zabrana odnosila, i pored zabrane, ipak bile dostupne (iz drugih izvora u Irskoj—časopisi, telefonski imenici, i putem kontakata sa osobama iz Velike Britanije), ali bez nadzora stručnih osoba i time bile rizičnije po zdravlje žena. Takođe, zabrana nije sprečila veliki broj žena da i dalje odlazi u Veliku Britaniju da izvrši abortus, dovela je do toga da ugrozi zdravlje žena koje na abortus odlaze u kasnijoj fazi trudnoće jer nemaju odgovarajuće savetovanje, a imala je i negativan efekat po žene nižeg obrazovanja i manjih mogućnosti da dođu do informacija alternativnim putevima.

Slučaj *Vo v France*¹³ postavio je pitanje da li član 2 EK (pravo na život) obuhvata i zaštitu života fetusa. Sud se u obrazloženju presude, u kojoj je našao da nema povrede člana 2, pozivao na relevantne slučajeve iz svoje prethodne prakse i ranije slučajeve pred Komisijom¹⁴, sumirajući da se termin „svako“ upotrebljen u članu 2 ne može primenjivati pre rođenja, pa time član 2 ne obuhvata nerođeno dete. Nadalje, Sud je našao da, ako bi član 2 obuhvatao fetus i njegova zaštita, u nedostatku ograničenja, bila apsolutna, abortus bi se morao smatrati zabranjenim, čak i kada bi nastavak trudnoće uključivao ozbiljan rizik po život trudnice. Istaknuto je da su od 1950. praktično sve članice EK svojim zakonima dozvolile abortus kada je neophodan za zaštitu života žene, i time su nacionalni zakoni o prekidu trudnoće pokazali tendenciju ka daljoj liberalizaciji.

Što se tiče aplikantovog zahteva—da li povreda fetusa, van postojanja zahteva žene za abortusom, ulazi u polje člana 2 u smislu krivičnog dela, Sud je ukazao na nerešenost pitanja „kada život počinje?“ u većini članica, kao i na nepostojanje konsenzusa na nivou Evrope oko naučne i pravne definicije početka života, i našao da, u takvoj situaciji, nema uslova za davanje odgovora na pitanje da li je nerođeno dete osoba pod zaštitom člana 2, i da određivanje početka života ulazi u polje slobodne procene koju Sud ostavlja članicama. Ovom presudom Sud je odbio da proširi ga-

¹³ Application no. 5392/00, judgment of 8 July 2004, par. 75-95

¹⁴ *X v the United Kingdom* (Commission, application no 5877/72, 1974), *H v Norway* (Commission, 17004/90), *Paton v the United Kingdom* (application no. 8416/78, Commission)

ranciju prava na život na fetus i time izbegao da dovede u pitanje zakone u 39 članica kojima se dopušta abortus.

Još jedan slučaj u kojem se Sud izjasnio o procedurama koje predstavljaju prepreku bebednom abortusu je bio slučaj *Tysiāc v Poland*¹⁵, u kojem je pravo na abortus razmatrano kao povreda člana 8 (prava na privatnost), i našao da procedure treba da su takve da ograniče ili spreče štetu po zdravlje žene koja može biti izazvana kasnim abortusom.

EVROPSKE DRŽAVE I ABORTUS

Medicinski izazvani abortusi su do prve polovine XX veka bili skoro univerzalno zabranjeni, a posle 1950. većina evropskih zemalja liberalizuje svoje zakone o abortusu. Legalizaciji abortusa je doprinelo saznanje da zabrana abortusa ne umanjuje njegovu učestalost, već gotovo isključivo doprinosi porastu smrtnosti i zdravstvenih problema žena, jer će žene koje žele abortus uvek naći način da to i sprovedu, bez obzira na zabrane¹⁶. Istorijsko iskustvo je pokazalo da zabrana abortusa ne znači manje abortusa, već vodi tajnim abortusima koji su mnogo opasniji, a da dozvoljenost abortusa ne utiče na potrebu žene za prekidom trudnoće, već samo na mogućnost i dostupnost izvršenja bezbednog abortusa.

Portugalija je do 2007. godine bila jedna od zemalja sa najrestriktivnijim zakonima o abortusu, a 8. marta 2007. parlament Portugalije je izglasao nov zakon kojim je dozvoljen abortus do 10. nedelje trudnoće. Nova regulativa se približila preovlađujućoj u većini evropskih zemalja – da život embriona starog do 10 nedelja nije pravno zaštićen, ali se i dalje smatra strogom. Ipak, napravljen je velik napredak jer je do tada Portugalija svoje zakone o prekidu trudnoće održavala u skladu sa učenjima Katoličke crkve¹⁷. Ostale zemlje u kojima su još uvek na snazi veoma kruti zakoni o abortusu su Malta, Irska i Poljska. U Poljskoj je abortus dozvoljen samo u slučaju silovanja, incesta i opasnosti po život i zdravlje majke, i takvo stanje rezultira sa 180.000 tajnih abortusa godišnje, izvršenih u nesigurnim uslovima¹⁸. Irska je u svom ustavu „nerođenima“ priznala pravni subjektivitet, a takođe i Malta.

¹⁵ *Tysiāc v Poland* (application no. 5410/03, judgment of 20 March 2007), par. 117-118

¹⁶ Nevena Petrušić, *Jurisprudencija Evropskog suda za ljudska prava*, Pravni život broj 10/07, Beograd, str. 319-337

¹⁷ Da je ljudski život Božji dar i da ljudska bića nemaju prevlast nad telom, a abortus je kršenje pete zapovesti „ne ubij“; preuzeto sa www.realtruth.org – world news desk, March 14, 2008, posećeno 17.01.2010.

¹⁸ Access to safe and legal abortion in Europe, Report by Committee on Equal Opportunities for Women and Men, Doc11537rev

Evropska Unija se zalaže za legalizaciju abortusa, i to kako unutar svojih članica, tako i van njih- Nikaragvi (centralnoameričkoj zemlji sa 90% katoličkog stanovništva) je naložila da izmeni zabranu abortusa pod pretnjom suspenzije ekonomske pomoći¹⁹. Stavovi EU i Vatkana po pitanju dozvoljenosti abortusa su potpuno suprotni, o čemu govori i činjenica da je 2006. Vatikan odbio da potpiše dokument UN-a kojim se podržava abortus u slučajevima kada je dokazano da će se beba roditi sa ozbiljnim deformitetima.

I pored značajne liberalizacije abortusa u Evropi, ostaje činjenica da je jedan od glavnih uzroka smrtnosti žena u EU upravo abortus, a da 77% svih abortusa izvršenih u EU otpada na 6 zemalja- Francusku, Veliku Britaniju, Italiju, Nemačku i Španiju²⁰. Kontracepcija i namerni abortusi su poslednjih decenija osnovna sredstva regulisanja plodnosti u Evropi²¹.

Najliberalnijim zakonima se smatraju oni koji dozvoljavaju izvršenje abortusa na zahtev žene, i takvi postoje u većini zemalja EU, ali mogućnost postavljanja zahteva je vezana za određeni period starosti trudnoće, nakon koga odluka žene da prekine trudnoću podleže mehanizmu državne kontrole jer zakon propisuje uslove za prekid trudnoće. Jedan broj zemalja u svojim zakonima određuje i gornju granicu starosti trudnoće do koje je moguće izvršiti abortus, ali često takva odredba izostaje.

U većini zemalja gde je abortus dozvoljen postoje uslovi koji ograničavaju delotvoran pristup bezbednom abortusu i obično imaju diskriminatoran efekat, kao što su obavezni period čekanja (za razmišljanje), konsultacija ili odobrenje dva lekara, nepostojanje adekvatnih uslova i medicinske nege u unutrašnjosti, mogućnost lekara da odbiju intervenciju, itd.

Zakoni koji zabranjuju abortus rezultiraju nemogućnošću pristupa proceduri koja je od najvećeg značaja za ostvarenje ženinog prava na zdravlje, i odbijanjem ženama pristup medicinskim uslugama koje im omogućavaju da regulišu plodnost, potpomognu reprodukciju ili okončaju trudnoću, uskraćuje se zdravstvena nega koja je neophodna samo ženama i to dovodi, konačno, do diskriminatornog efekta²². Zabrana abortusa, takođe, predstavlja diskriminaciju žena iz siromašnijih slojeva, jer imuć-

¹⁹ Preuzeto sa www.realtruth.org –world news desk, March 14, 2008, posećeno 17.01.2010.

²⁰ Podaci iz Izveštaja Zavoda za porodičnu politiku „Razvoj porodice u Evropi u 2008“, preuzeto sa www.politika.rs, Abortus- najveći uzrok smrtnosti u EU, autor K. Đorđević, objavljeno 01.06.2008 (posećeno 17.01.2010)

²¹ Tomas Frejka, Birth regulation in Europe: Completing the contraceptive revolution, Demographic research, vol.19, art. 5, pages 73-84, published 01. July 2008

²² Access to safe abortion-a tool for assessing legal and other obstacles, IPPF, June 2008, www.ippf.org

nije žene mogu otići u inostranstvo da prekinu neželjenu trudnoću²³. Iste efekte imaju i zakoni koji predviđaju, na prvi pogled, liberalne uslove za prekid trudnoće, a koji u praksi pokazuju niz nedostataka u vidu, ponekad nepremostivih, prepreka za žene da ostvare svoje pravo na bezbedan abortus.

ZAKONODAVSTVA ZEMALJA EVROPSKE UNIJE O ABORTUSU

Pravna regulativa delikatnog pitanja abortusa u zemljama EU obuhvata zakone, uredbe, sudske odluke, krivične zakone/zakonike, kodekse javnog zdravlja, medicinske etičke kodekse, itd. Nacionalna prava, kao ni regionalni instrumenti i tela za zaštitu ljudskih prava, ne posmatraju fetus kao osobu i ne priznaju mu pravo na život odn. ne u obimu u kojem se priznaje majci. Čak i najrestriktivniji zakoni, kao što su u Irskoj i na Malti, omogućavaju izvršenje abortusa kada je život žene u opasnosti.

Pravne norme koje regulišu uslove za prekid trudnoće se u najvećem broju zemalja EU nalaze u zakonima, i to u posebnim zakonima posvećenim tom pitanju (npr. u Belgiji je to Zakon o prekidu trudnoće²⁴, u Latviji Zakon o seksualnom i reproduktivnom zdravlju²⁵, u Poljskoj Zakon o planiranju porodice, zaštiti ljudskog embriona i uslovima za abortus²⁶). Irska, kao jedna od, malobrojnih, članica EU sa, praktično, zabranom abortusa, u Zakonu o krivičnim delima protiv ličnosti iz 1861. godine čini abortus krivičnim delom, a u Ustav je 1983. unet član 40.3.3 koji propisuje da će „država, u najvećoj mogućoj meri, svojim zakonima, braniti pravo na život nerođenih“²⁷. Odredbe o abortusu, dosta liberalnije, se, takođe, nalaze u krivičnom zakonu na Kipru²⁸. U Litvaniji i Bugarskoj abortus je regulisan uredbama ministarstva zdravlja, što znači manju pravnu sigurnost jer postoji mogućnost menjanja propisa, kako u smislu liberalizacije tako i restriktivnosti, zavisno od stava vladajućih struktura.

²³ Abortion in Europe, *Entre Nous*- The European Magazine for Sexual and Reproductive Health, no.59, 2005

²⁴ Law on termination of pregnancy, 3 April 1990 (www.planningfamilial.net)

²⁵ Law of Sexual and Reproductive Health, 31 January 2002 (www.papardeszieds.lv)

²⁶ Law on Family Planning, Human Embryo Protection and Conditions of Abortion, 7 January 1993 (www.trr.org.pol)

²⁷ Irish Family Planning Association (IFPA) www.ifpa.ie

²⁸ Criminal code of Cyprus (sections 167-169 and 169A), www.famplan.org

Zakoni o abortusu članica EU pokazuju dosta visok stepen ujednačenosti u pogledu predviđenih zakonskih razloga za prekid trudnoće. Uobičajeni razlozi, koji se pojavljuju u gotovo svakom zakonu su:

- rizik po život žene- obuhvata ozbiljan, neposredan rizik po život trudne žene koji se ne može na drugi način otkloniti, samo prekidom trudnoće. Kao izričit razlog nije naveden u zakonima Belgije i Holandije, već se podvodi pod opštu formulaciju “stanja ozbiljne nevolje za trudnu ženu”, u zakonu Latvije je obuhvaćen “medicinskim razlozima”. Zakoni Estonije, Francuske i Španije rizik po život žene svrstavaju u razloge koji predstavljaju rizik po zdravlje žene. Ovo je jedini dozvoljen zakonski razlog za prekid trudnoće u Irskoj.

- rizik po zdravlje žene- obuhvata ozbiljan, neposredan rizik koji bi nastavak trudnoće i/ili rođenje deteta imao po fizičko i mentalno zdravlje žene (odn. ozbiljno bi ga narušio), i koji se ne može na drugi način otkloniti. Zakoni Latvije i Holandije ne sadrže izričitu formulaciju “rizik po zdravlje”, već opštu odredbu “medicinski razlozi” odn. “stanje nevolje za ženu”. Zakon Nemačke određuje da rizici po mentalno zdravlje žene uključuju i slučajeve medicinski potvrđenog deformiteta fetusa i zdravstvene rizike koji su posledica socijalno-ekonomskih uslova.

- trudnoća je posledica krivičnog dela- ovo je razlog koji u jednom broju zakona ne postoji (Austrija, Estonija, Litvanija, Rumunija), u jednom broju zakona bi se mogao podvesti pod “stanje nevolje” koju bi trudnoća i/ili rođenje deteta stvorili za ženu. U zakonu Švedske spada u “ozbiljne razloge” za prekid trudnoće. Zakoni koji ga izričito pominju obično i nabrajaju krivična dela- silovanje, povreda seksualnih sloboda (Danska), seksualni odnos sa maloletnicom (Grčka), incest (Grčka), seksualni odnos sa ženom koja nije sposobna da pruži otpor (Grčka).

- rizik po oštećenje fetusa- razlog obuhvata situacije kad je medicinski nesporno da će nastavak trudnoće dovesti do ozbiljnog oštećenja fetusa odn. da fetus ima ozbiljne fizičke i/ili mentalne nedostatke. Postoji u većini zakona, pojedinačno ili u sklopu opšteg razloga (npr. stanja nevolje za ženu, medicinskih razloga ili ozbiljnih razloga). Jedini zakon u kome se ne spominje je zakon Rumunije. Zakon Češke kao razlog, pored oštećenja fetusa, navodi i nesposobnost fetusa za život, kao jedan od razloga za dopušten prekid trudnoće.

- socijalno-ekonomski razlozi- obuhvataju obično situacije koje podrazumevaju da trudnoća i/ili rođenje deteta predstavlja veliki teret za ženu (i njenu porodicu) odn. da stvara za ženu stanje nepodnošljive teško-

će. Zakon Italije predviđa „ekonomske, socijalne ili porodične okolnosti“ kao dopušten osnov za prekid trudnoće. U odnosu na prethodno navedene razloge, mnogo manji broj zakona ih predviđa, ali postoji velika mogućnost podvođenja konkretnih (u suštini socijalnih ili ekonomskih) razloga pod ostale, obično opšte postavljene kao što je “stanje nevolje”, pa čak i medicinske (npr. rizik po život žene jer je izvesno samoubistvo).

- na zahtev- izričita formulacija „na zahtev“ ako postoji u zakonu, obično je vezana za određeni rok, obično iznosi 12 nedelja od začeća (11 nedelja je rok predviđen zakonom Estonije, 13 nedelja zakonom Holandije, a čak 18 nedelja zakonom Švedske) i tada nije potrebno navoditi bilo kakve razloge. U kasnijim stadijumima trudnoće, ako je zahtev dozvoljen, uz njegovo postavljanje mora biti naveden i konkretan razlog u smislu uslova koji mora biti ispunjen.

- ostali razlozi:

- starost žene- zakon Austrije kao razlog navodi trudnoću maloletnice do 14 godina, zakon Estonije dozvoljava abortus ako je žena mlađa od 15 ili starija od 45 godina, a zakon Finske ako je mlađa od 17 ili starija od 40 godina.

- mentalna ili fizička nesposobnost da se brine o detetu kao razlog postoji u zakonima Danske i Finske.

- ranije rođena deca- zakon Finske dozvoljava abortus ženi koja je već rodila četvoro dece.

Zakonima dopušteni osnovi za prekid trudnoće vezani su za različite gestacione periode, određene u danima, mesecima ili nedeljama. Može se reći da svaki zakon usvaja sopstveno rešenje, tako da nema neke veće ujednačenosti. Neki zakoni određuju gornju granicu do koje je moguće izvršiti abortus, npr. zakon Belgije, Francuske, Luksemburga do 12. nedelje, Češke, Danske, Finske, Mađarske, Grčke, Ujedinjenog Kraljevstva do 24. nedelje, Estonije do 21. nedelje, Francuske, Litvanije, Španije, Švedske do 22. nedelje; neki je ne određuju (Italija, Poljska, Rumunija, Slovačka). Zakon Kipra ne određuje gestaciono ograničenje, kao ni zakon Irske. Zakon Holandije određuje gornju granicu „do viabiliteta fetusa²⁹“. Takođe, jedan broj zakona određene uslove (najčešće opasnost po život i zdravlje žene i rizik po oštećenje fetusa) ne vezuje za vremenski, gestacioni, period i kada nastupe ti razlozi trudnoća se može prekinuti bez obzira koliko je stara.

²⁹ Termin „vijabilitet“ (viability) je vezan za common law zemlje i predstavlja brojčani kriterijum (broj nedelja gestacije i zrelost fetusa da preživi van utrobe majke) koji sugerise stepen vitalnosti fetusa odn. njegovu sposobnost da se rodi živ; od momenta kad fetus dostigne viabilitet prioritet ima interes da fetus preživi u odnosu na prava majke na telesni integritet i pravo na privatnost.

Zakonima se veoma detaljno preciziraju proceduralni uslovi za prekid trudnoće, koji, i pored očigledno dobre namere zakonodavaca da se omogući nadzor države nad ovakvim intervencijama, često dovode do stvaranja teško otklonjivih prepreka za žene. Uslovi koji se nalaze u zakonima su sledeći:

- propisivanje neophodne kvalifikacije medicinskog osoblja, zdravstvenih ustanova u kojima se zahvat može obaviti, kao i neophodne opreme u njima; jedan broj zakona izričito pominje i privatne klinike kao moguće ustanove (Bugarska, Francuska, Latvija); uredba Bugarske propisuje i da se prekid trudnoće obavlja u stanju lokalne ili opšte anestezije, i da se moraju pribaviti određeni laboratorijski nalazi (krvna slika, krvna grupa, urin). Uredba Litvanije takođe propisuje neophodne prethodne medicinske testove. Ovakve odredbe svakako da doprinose bezbednosti abortusa, ali ono što je glavna zamerka nacionalnih centara za planiranje porodice u članicama EU jeste da mreža adekvatno opremljenih zdravstvenih ustanova nije ujednačena na celoj teritoriji države, i to dovodi do diskriminacije žena iz unutrašnjosti;

- obavezno prethodno savetovanje- sa doktorom, o alternativama prekidu trudnoće, o rizicima abortusa, o budućem korišćenju kontraceptivnih sredstava u cilju sprečavanja budućih abortusa i neželjenih trudnoća. Po zakonu Nemačke prethodno savetovanje nije obavezno u slučajevima medicinskih indikacija za abortus i u slučajevima krivičnih dela. Zakon Holandije postavlja obavezu za lekara kojem se žena obrati sa zahtevom za prekid trudnoće da utvrdi da li je žena odluku donela slobodno;

- mogućnost lekara da se pozove na prigovor savesti- obično je ublaženo nemogućnošću pozivanja na prigovor u slučaju potrebe da se život žene spasi od neposredne ozbiljne opasnosti koja se ne može na drugi način otkloniti. Zakon Francuske obavezuje doktore koji se pozivaju na prigovor savesti da o tome obaveste pacijenta pri prvom susretu i upute ga drugom doktoru;

- obavezni period čekanja- kreće se od 3 do 8 dana. Ovaj uslov je veoma negativno ocenjen od strane nacionalnih centara za planiranje porodice, jer je zanemarljiv broj slučajeva u kojima su se žene predomislile tokom ovog perioda, a svako produženje neželjene trudnoće povećava rizike prekida;

- neophodno mišljenje dva doktora o neophodnosti abortusa odn. postojanju razloga (najčešće vezano za postojanje ozbiljnog rizika po život i zdravlje žene i rizika po zdravlje fetusa) ili određenog stručnog tela u zdravstvenim ustanovama; dvostepenost odlučivanja postoji u zakonodavstvu Bugarske, Danske, Slovačke, zakon Češke predviđa čak tri stepena do konačne odluke o dopuštenosti prekida trudnoće;

– saglasnost roditelja za maloletnice odn. staratelja za poslovno nesposobne žene; zakoni Češke i Slovačke prave razliku između maloletnica do 16 godina za koje je neophodna saglasnost roditelja odn. staratelja, i od 16 do 18 godina čije roditelje odn. staratelje zdravstvena ustanova je dužna da obavesti o zahvatu. Zakon Danske predviđa da odluku o dopuštenosti prekida trudnoće maloletnice (ispod 18 godina) donosi posebno kolegijalno telo, koje mora pribaviti saglasnost roditelja ako je maloletnica neudata, ali u slučaju specijalnih okolnosti (kao takve zakon navodi verske manjine) saglasnost se ne mora pribaviti, a odbor, takođe, može odobriti abortus i ako roditelj odn. staratelj uskrati saglasnost. Zakon Francuske omogućava da maloletnice ne moraju imati saglasnost roditelja odn. staratelja ako žele da trudnoću i prekid zadrže u tajnosti, ali u tom slučaju moraju biti u pratnji odrasle osobe po svom izboru. Po zakonu Latvije u slučaju neslaganja roditelja/staratelja i maloletnice mlađe od 16 godina po pitanju prekida trudnoće odluku donosi sud;

– u slučajevima da je trudnoća posledica krivičnog dela potrebno je pribaviti potvrdu policije, medicinsku dokumentaciju ili, ređe, pravnosnažnu presudu; zakon Kipra ublažava ovakav zahtev formulacijom „kad je moguće“, zakon Španije traži samo postojanje prethodne prijave policiji o krivičnom delu;

– kada se trudnoća prekida na zahtev, obično je potrebno pismeno obraćanje žene nadležnom doktoru;

– saglasnost supruga se pominje samo u dva zakona, i to kao obavezan uslov, ako je žena u braku, u zakonu Farskih ostrva, i kao neobavezan, ali poželjan uslov u uredbi Litvanije.

Zakon Češke predviđa veoma detaljne uslove procedure prekida trudnoće, uključujući i uslov rezidentstva. Za žene koje imaju češko državljanstvo, ili stalno prebivalište odn. dozvolu boravka u Češkoj moguće je da prekinu trudnoću iz bilo kog razloga predviđenog zakonom, dok žene nerezidenti trudnoću u Češkoj mogu prekinuti samo kad im je život u opasnosti. Uslov rezidentstva pominje i zakon Luksemburga kojim je propisano da žena mora imati najmanje tri meseca prebivalište u Luksemburgu, osim ako trudnoća predstavlja rizik po život. Zakon Švedske omogućava abortus samo državljanicama i ženama sa prebivalištem u Švedskoj.

Zakonima Češke i Slovačke propisano je da između dva prekida trudnoće mora proći najmanje 6 meseci, osim ako je žena već imala dva porođaja, ima najmanje 35 godina života ili ako je nova trudnoća posledica silovanja.

Zakon Estonije postavlja obavezu zdravstvenim ustanovama u kojima se obavljaju prekidi trudnoće da svaki zahvat mora biti evidentiran u tzv. Bazu podataka o prekidima trudnoće i to odvojeno od slučajeva spontanih pobačaja.

Naredbom poljskog Ministarstva zdravlja predviđene su kazne zatvora od 2 godine za lekare koji izvrše abortus van granica predviđenih zakonom.

Troškovi prekida trudnoće, kao i njihova pokrivenost zdravstvenim osiguranjem veoma se razlikuje u zakonima zemalja EU. U Austriji izazvani abortusi nisu pokriveni standardnim zdravstvenim osiguranjem, a cene u državnim bolnicama se kreću od 300 do 840 eura, u privatnim klinikama od 350 do 450 eura, i u privatnoj praksi oko 450 eura. U Belgiji, u posebnim bolnicama koje imaju sporazume sa nacionalnim institutom za socijalnu sigurnost abortusi su pokriveni zdravstvenim osiguranjem, u ostalim bolnicama osiguranje ih delimično pokriva. U Bugarskoj abortusi su besplatni za maloletne žene, žene starije od 35 godina, za sve žene ako su u pitanju medicinski razlozi i ako je trudnoća posledica krivičnog dela, dok žene sa minimalnom platom plaćaju deo cene, a redovna cena je od 40 do 238 denara (27-158 dolara). U Češkoj, Slovačkoj, Litvaniji i Mađarskoj abortus je besplatan (odn. pokriven zdravstvenim osiguranjem) za sve žene ako su u pitanju medicinski razlozi. U Danskoj, Holandiji, Poljskoj i Španiji abortus je pokriven zdravstvenim osiguranjem. U Finskoj je sam zahvat pokriven zdravstvenim osiguranjem, a žena je dužna da plati bolničke troškove. U državnim bolnicama u Grčkoj abortus je besplatan, a u privatnim se kreće od 175 do 235 eura. U Italiji abortus je besplatan za sve žene, uključujući i imigrante, strance i žene bez dozvole boravka³⁰.

USKLAĐENOST ZAKONA I PRAKSE ZEMALJA EU SA EVROPSKIM STANDARDIMA

U Austriji, zbog mogućnosti lekara, ali i uprave zdravstvene ustanove, da se pozovu na prigovor savesti, ustanove u kojima se abortus može izvršiti nisu ravnomerno dostupne u celoj zemlji. Posebno je oskudna privatna praksa u ruralnim oblastima, tako da je veoma teško da žena prekine trudnoću izvan Beča i drugih velikih gradova. Takvi uslovi dovode do tzv. „aborcionog turizma (abortion tourism)“ iz za-

³⁰ Podaci o troškovima abortusa preuzeti iz ABORTION LEGISLATION IN EUROPE (UPDATED January 2007), **IPPF EUROPEAN NETWORK**

padne u istočnu Austriju, ali, takođe, između 100 i 200 žena svake godine odlazi u Holandiju radi prekida trudnoće u kasnom drugom trimestru, jer je nakon 18-te nedelje trudnoće nemoguće izvršiti abortus u Austriji. Javne informacije o dostupnosti abortusa su veoma oskudne, niti postoji statistika.

Abortusi se u Češkoj vrše u ginekološkim odeljenjima bolnica, postoji dobra mreža odgovarajućih zdravstvenih ustanova i, uopšte, usluge vezane za prekid trudnoće su lako dostupne. Samo jedna katolička bolnica ne vrši prekid trudnoće, što izaziva velike medijske debate.

Irski propisi o abortusu su najrestriktivniji u Evropi. Prema irskim zakonima, abortus je legalan samo u slučaju postojanja stvarnog i ozbiljnog rizika po život trudne žene, uključujući i rizik od samoubistva. Abortus nije dozvoljen ako je zdravlje žene ugroženo, ako je trudnoća rezultat silovanja i/ili incesta, ako postoje deformiteti ili ozbiljne bolesti fetusa, i na zahtev žene. Zakonom nije zabranjeno putovanje izvan Irske radi izvršenja abortusa, niti da organizacije u Irskoj daju informacije o mogućnostima izvršenja bezbednog i legalnog abortusa izvan Irske. U takozvanom „X slučaju“ 1992. Vrhovni sud je preinačio odluku Višeg suda, i dozvolio četrnaestogodišnjoj devojčici (čiji život je bio u opasnosti od samoubistva koje je pretila da će počiniti ako joj ne bude omogućen prekid trudnoće koja je posledica silovanja) da otputuje radi izvršenja abortusa. Kao posledica ove odluke Ustavu je dodat amandman koji je izmenio amandman iz 1983, u smislu da se više nije mogao tumačiti da ograničava pravo na putovanje ili na informaciju radi odn. o prekidu trudnoće van Irske. Uredbom o informacijama iz 1995. propisano je da profesionalni savetnici mogu pružiti informacije o abortusu samo nakon savetovanja o trudnoći, ali ovim aktom nisu ograničeni akti pojedinaca vezani za pribavljanje i širenje informacija o abortusu. Posledica takvog stanja je da preko 6000 Irkinja svake godine putuje u Englesku da prekine trudnoću, a troškovi takvog puta iznose od 800 do 1200 eura. Statistika vezana za odlaske u druge evropske zemlje nije dostupna, ali postoji podatak da je od 1980. godine najmanje 138.000 žena putovalo van Irske radi izvršenja abortusa³¹.

Najnoviji slučaj pred Evropskim sudom za ljudska prava koji se tiče restriktivnih zakona Irske po pitanju dozvoljenosti abortusa zvanično je prihvaćen decembra 2009. godine. Slučaj pod nazivom A, B, C v Ireland pokrenut je na osnovu predstavke tri žene da im zabrana abortusa u Irskoj ugrožava zdravlje odn. krši njihova prava zagarantovana Evropskom kon-

³¹ podatak preuzet sa sajta Irskog udruženja za planiranje porodice, www.ifpa.ie, (posećen 18.2.2010)

vencijom, i to pravo na život, zabranu mučenja, pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života i zabranu diskriminacije.

U Poljskoj se zakon pokazuje kao restriktivniji u praksi, jer postoje brojni dokazi da je velikom broju žena bio uskraćen abortus na koji su po zakonu imale pravo, pogotovo u slučajevima opasnosti po zdravlje, što se pripisuje nedostatku adekvatnih propisa o medicinskim osnovima za prekid trudnoće, jer zavisi samo od stava lekara koji može biti pod jakim uticajem pristalica „za život“. Zakon je, takođe, obavezao vladu da preduzme aktivnosti na polju planiranja porodice i uvođenja seksualnog obrazovanja u škole, ali ove odredbe još nisu sprovedene, i nivo obaveštenosti i korišćenja kontraceptivnih sredstava je veoma nizak. Novim amandmanima na Zakon o lekarskoj profesiji i odgovarajućim izmenama Krivičnog zakona 1999. godine uvedene su strožije kazne za čedomorstvo i ponašanje kojim se ugrožava život nerođenog deteta, a ublažene kazne za silovanje, što dovodi lekare u situaciju da se pribojavaju prepisivanja prenatalnih ispitivanja, čak i u slučajevima kada postoji minimalan rizik od pobačaja.

U Rumuniji je od stupanja na snagu važećeg zakona, 1989, povećana stopa smrtnosti majki za 317%, a glavni problem i dalje predstavlja nedostatak usluga vezanih za reproduktivno i seksualno zdravlje i savremenih kontraceptivnih sredstava izvan velikih gradova.

U Španiji ne postoje jasne norme o prigovoru savesti što je dovelo do toga da se samo 3% abortusa vrši u državnim ustanovama, a čak 97% u privatnim bolnicama. Od dekriminalizacije abortusa, 1985, više od 1000 postupaka je pokrenuto, i nekoliko se završilo osudom doktorima koji su izvršili abortus u privatnim klinkama.

U Švedskoj postoji veoma dobar zakon koji se isto tako dobro sprovodi u praksi, i pored aktivnosti pokreta koji se protive abortusu. Zakon ustanovljava postojanje besplatnih usluga vezanih za kontracepciju, obavezu vlade da stvara fondove za obrazovanje o zdravlju u cilju sprečavanja trudnoća među tinejdžerima i što većoj obaveštenosti o kontracepciji.

PRAVNO REGULISANJE ABORTUSA U REPUBLICI SRBIJI

Pravo na abortus, uslovi i postupak njegovog ostvarivanja regulisani su Zakonom o postupku prekida trudnoće u zdravstvenoj ustanovi³², koji sadrži materijalne i procesne odredbe. Stupanjem na snagu ovog zakona

³² SG RS 16/95

prestao je da važi Zakon o uslovima i postupku za prekid trudnoće³³ iz 1977. godine.

Prethodni zakon je bio prvi od kada se u Srbiji zakonom reguliše prekid trudnoće³⁴ koji je govorio o pravu žene na slobodno odlučivanje o rađanju dece, prateći odredbe Ustava SFRJ iz 1974. kojim je prvi put garantovano pravo na slobodno odlučivanje o rađanju dece i pravo na prekid trudnoće kao jedan od načina ostvarivanja ovog prava. Važeći zakon u članu 1 određuje prekid trudnoće kao hiruršku intervenciju, bez daljeg pozivanja na slobodno odlučivanje o planiranju porodice, niti određujući trudnoće kao pravo žene, što je predviđao raniji zakon. Treba imati u vidu član 63 Ustava RS³⁵ - "slobodno odlučivanje o rađanju", kojim se garantuje pravo svakome da slobodno odluči o rađanju dece, u čijem okviru treba tumačiti odredbe važećeg zakona. Porodičnim zakonom³⁶ ovo načelo se konkretizuje, ali ne obuhvata sve aspekte prava na slobodno roditeljstvo, jer kao titulara navodi samo ženu, ne pominje ovlašćenja muškarca niti ovlašćenja koja bi zajednički ostvarili muškarac i žena. Takođe, ova odredba podrazumeva da se odlučivanje odnosi samo na začeto dete³⁷.

Zakon o postupku prekida trudnoće u zdravstvenoj ustanovi razlikuje slobodan i dozvoljen prekid trudnoće³⁸. Slobodan prekid trudnoće se može izvršiti do 10. nedelje starosti trudnoće³⁹, na usmeni zahtev žene bez navođenja motiva upućen lekaru specijalisti ginekologije i akušerstva. U ovom slučaju, lekar kome se žena obratila treba da izvrši potrebne laboratorijske nalaze, kao i da ukaže na posledice prekida trudnoće i posavetuje ženu o načinima kontracepcije kako bi se sprečile buduće neže-

³³ SG SRS 26/77

³⁴ A to je od 1952. kada je doneta Uredba o postupku za vršenje dopuštenig pobačaja (SL FNRJ 4/52), zatim je 1960. sledila Uredba o uslovima i postupku za prekid trudnoće (SL FNRJ 9/60) koju je zamenio Zakon o uslovima i postupku za prekid trudnoće iz 1977.

³⁵ SG RS 98/06

³⁶ Porodični zakon (SG RS 18/05); član 5, stav 1 glasi: „Žena slobodno odlučuje o rađanju“.

³⁷ Detaljnije u Porodično pravo: partnersko, dečje i starateljsko pravo, Gordana Kovaček- Stanić, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Novi Sad, 2009, str. 18.

³⁸ Detaljnije u Abortus, pravni, medicinski i etički pristup, Slobodanka Konstantinović-Vilić, Mileva Milosavljević, Nevena Petrušić, Ženski istraživački centar za edukaciju i komunikaciju, Niš, 1999; Olga Cvejić-Jančić, Porodično pravo- bračno pravo, knjiga I, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, 1998; Slobodanka Konstantinović –Vilić, Nevena Petrušić, Reproduktivna prava i slobode, pravo na neradaanje, edicija „Žene i pravo“, broj 3, Ženski istraživački centar za edukaciju i komunikaciju, Niš, 1999

³⁹ Rok se računa od dana začeća

ljene trudnoće i abortusi⁴⁰. Pre samog zahvata, potrebna je pismena saglasnost žene.

Dozvoljen prekid trudnoće se može izvršiti nakon 10. nedelje starosti trudnoće i podrazumeva postojanje zahteva žene u kome mora biti naveden jedan od razloga predviđenih zakonom i po kome odluku o ispunjenosti zakonom predviđenih uslova donosi nadležni organ. Zakonom predviđeni razlozi su:

- nastavak trudnoće predstavlja rizik po zdravlje i/ili život žene (postojanje rizika je potrebno utvrditi na osnovu medicinskih indikacija, kao i činjenicu da se na drugi način takav rizik ne može otkloniti);
- rizik po fetus odn. kada se na osnovu naučno-medicinskih saznanja može očekivati da se dete rodi sa ozbiljnim telesnim i/ili psihičkim nedostacima;
- začće je posledica izvršenja krivičnog dela.

Nadležni organ koji ceni ispunjenost zakonom predviđenih uslova je konzilijum lekara zdravstvene ustanove (za trudnoću starosti od 10 do 20 nedelja) odn. Etički odbor zdravstvene ustanove (za trudnoću starosti preko 20 nedelja). Postupak koji nadležni organ sprovodi je po svojoj prirodi vrsta upravnog postupka⁴¹, ali nije previđena mogućnost da žena da svoju izjavu, niti rok u kome konzilijum treba da donese odluku koja ne mora sadržati obrazloženje. Etički odbor je dužan da obrazloženu odluku donese u roku od 7 dana, i odluka se donosi jednoglasno. Odluka Etičkog odbora je konačna.

Zakon ne određuje gornju granicu starosti trudnoće do koje se može izvršiti abortus (praktično, abortus se može izvršiti sve dok trudnoća traje), ali članom 3 je isključena mogućnost izvršenja abortusa, bez obzira na razloge i starost trudnoće, ako bi se abortusom ozbiljno ugrozio život ili narušilo zdravlje žene, što može biti osnov uskraćivanja abortusa u posodmaklim trudnoćama kada je i rizik po ženu veći.

U zakonu se pravi razlika između maloletnica do 16 godina i maloletnica od 16 do 18 godina. Za prekid trudnoće maloletnice mlađe od 16 godina, kojima su upodobljene žene potpuno lišene poslovne sposobnosti,

⁴⁰ Prethodni zakon je predviđao strožiju odredbu kojom je ustanovljavao dužnost lekara da trudnoj ženi ukaže na opasnost i moguće štetne posledice prekida trudnoće po njeno zdravlje, naročito kod prekida prve trudnoće i ponovljenih prekida trudnoće; detaljnije u Prekid trudnoćekao metod planiranja porodice, Olga Cvejić-Jančić, Zbornik radova pravnog fakulteta u Novom Sadu, broj 1-3, 1995, str.95-107.

⁴¹ Pored Zakona o uravnom postupku i Zakona o postupku prekida trudnoće u zdravstvenoj ustanovi, u ovom postupku primenjuje se i Pravilnik o broju, sastavu i načinu rada Etičkog odbora u zdravstvenoj ustanovi (SG RS 30/95) i Zakon o zdravstvenoj zaštiti (SG RS 107/2005)

neophodna je pismena saglasnost roditelja odn. staratelja, a u slučaju njihove odsutnosti ili sprečenosti saglasnost daje nadležni organ starateljstva. Zakon ne pominje rok u kome se roditelj odn. staratelj mora izjasniti. Maloletnica starija od 16 godina je izjadnačena sa punoletnom poslovno sposobnom ženom i samostalno odlučuje o prekidu trudnoće.

Zakonom se određuje i mesto izvršenja abortusa u smislu vrste zdravstvenih ustanova i neophodnih službi koje moraju imati⁴², što je detaljnije uređeno Pravilnikom o bližim uslovima za rad lekarske ordinacije u kojoj se obavlja prekid trudnoće⁴³. Ustanovljena je obaveza zdravstvene ustanove da obezbedi kontrolu zdravstvenog stanja žene nakon abortusa i da vodi evidenciju i medicinsku dokumentaciju o izvršenim prekidima trudnoće, koja ima status lekarske tajne. Zakon se shodno primenjuje i na privatne ordinacije specijaliste ginekologije i akušerstva.

Pojedinim rešenjima važećeg zakona mogu se uputiti određene zamerke. Pre svega, za razliku od prethodnog zakona, važeći ne sadrži načela na kojima se zasniva pravno regulisanje abortusa. Prethodni zakon je bio zasnovan na načelima hitnosti, diskrecije, poštovanja ličnosti i dostojanstva trudnice, koja bi značajno doprinela tumačenju odredbi važećeg zakona u interesu zaštite trudnica. Ipak, postoji mogućnost, svakako i potreba u nedostatku boljeg rešenja (koje bi, nesporno bilo posebna načela u zakonu o prekidu trudnoće), primene načela opšteg upravnog postupka, pre svega, načela efikasnosti i načela saslušanja stranaka u cilju pravilnog i potpunog utvrđivanja činjenica i okolnosti, kao i načela dvostepenosti u odlučivanju⁴⁴.

Budući da je postupak odlučivanja o ispunjenosti uslova za dozvoljen prekid trudnoće posebna vrsta upravnog postupka, korisno bi bilo, i u skladu sa članom 9 ZUP-a, omogućiti ženi da da svoju izjavu, bilo pismeno ili usmeno. Slovom važećeg zakona, konzilijum lekara odn. Etički odbor odlučuju samo na osnovu spisa. Iako se u spisima obično sadrži pismeni zahtev žene, koji može sadržati njenu izjavu, ipak bi bilo korisno omogućiti ženi neposredan kontakt sa stručnjacima koji odlučuju o pitanju koje utiče i čije rešenje će značajno uticati na njen dalji život, ali i život njene porodice.

Još jedan od veoma velikih propusta važećeg zakona, vezan za postupak, jeste i nepostojanje obaveze konzilijuma lekara da svoju odluku obrazloži. Raniji zakon je predviđao prisustvo žene odlučivanju prvoste-

⁴² Članovi 10-12

⁴³ SG RS 40/95

⁴⁴ Zakon o opštem upravnom postupku (Službeni list SRJ, 33/97 i 31/2001) sadrži načela u članovima 5-15

pene komisije (pa čak i prisustvo ženinog partnera), kao i obavezu komisije da usmeno saopšti svoju odluku i uruči zapisnik ženi. Imajući u vidu delikatnost pitanja o kome se odlučuje, rešenja prethodnog zakona su bila prikladnija imajući u vidu nespornu potrebu za obezbeđenjem poštovanja dostojanstva trudnice.

Zakonom nije određen rok u kome konzilijum lekara mora doneti svoju odluku, što je posledica nepostojanja načela u čijim okvirima bi se kretala primena i tumačenje odredbi zakona. Raniji zakon je bio zasnovan na načelu hitnosti koje je vreme odlučivanja provostepene komisije svodilo u razumne granice. Zakon jedino propisuje rok u kome Etički odbor mora doneti odluku, i taj rok iznosi 7 dana, ali teškoću predstavlja rešenje da Etički odbor odluke donosi jednoglasno, čime se stvara mogućnost jednom jedinom licu da utiče na nimalo bezazlenu stvar, kao što je telo, i život, žene.

Nije predviđen dvostepen postupak, odnosno odluke i konzilijuma lekara i Etičkog odbora su konačne, i u odnosu na njih se može pokrenuti upravni spor, koji ne predstavlja adekvatno pravno sredstvo imajući u vidu vreme koje zahteva, a koje ne postoji na raspolaganju ako se želi obezbediti bezbednost prekida trudnoće. Može se govoriti o prikrivenoj dvostepenosti u zakonu, jer se žena može, nakon negativne odluke konzilijuma i nakon što trudnoća pređe 20 nedelja, obratiti novim zahtevom Etičkom odboru, što svakako nije odgovarajuće rešenje jer se sa većom starošću trudnoće povećavaju rizici njenog prekida po zdravlje žene.

Ovakve proceduralne odredbe važećeg zakona odstupaju od prakse SE i ESLJP, u skladu sa kojima je Srbija dužna da garantuje ljudska prava i slobode na svojoj teritoriji. U slučaju *Tysiac v Poland*⁴⁵ ESLJP se izjasnio o procedurama koje predstavljaju prepreku bezbednom izvršenju abortusa. Sud je istakao da princip zakonitosti i vladavine prava u demokratskom društvu nameće da mere kojima se utiče na osnovna ljudska prava, u određenim slučajevima, moraju biti predmet postupka pred nezavisnim stručnim telom nadležnim da oceni razloge tih mera i odgovarajuće dokaze. U slučajevima kao što je odlučivanje o dozvoljenosti abortusa, najmanje što takav postupak mora obezbediti trudnoj ženi jeste mogućnost da lično da izjavu, a telo koje donosi odluku mora je pismeno obrazložiti. Nadalje, Sud ističe da je u slučajevima odlučivanja o prekidu trudnoće vremenski faktor od najvećeg značaja, a postupak mora biti koncipiran (u smislu vremena za donošenje odluke) tako da što je moguće više ograniči ili spreči rizik po zdravlje žene koju nosi kasni abortus. Postupci koji omogućavaju preispitiva-

⁴⁵ Application no. 5410/03, judgment 24/09/2007

nje odluke o dozvoljenosti abortusa post factum ne ispunjavaju taj cilj i nedostatak takvih tzv. preventivnih sredstava u domaćem pravu predstavlja kršenje pozitivne obaveze države koju ima po članu 8 EK⁴⁶. Očigledno je da procedura predviđena važećim zakonom ne odgovara ovim zahtevima.

Granični gestacioni period predviđen za dopuštenost prekida trudnoće samo na osnovu zahteva žene (10 nedelja od dana začeća) je najkraći u poređenju sa zemljama EU, u kojima je najčešće postavljen na 12 nedelja od dana začeća.

Zakon je nejasan u pogledu razloga za prekid trudnoće kada je ona posledica krivičnog dela, u smislu da se, bez jasnih i preciznih odredbi, može tumačiti da je potrebna krivična presuda kako bi se dokazalo postojanje krivičnog dela, što je nemoguće imajući u vidu faze i trajanje krivičnog postupka. Praktična rešenja ovakvog problema mogu se naći u zakonima zemalja članica EU, koji predviđaju prilaganje medicinske dokumentacije ili potvrdu prijave krivičnog dela policiji.

Raniji Zakon je predviđao i socijalne indikacije kao jedan od dopuštenih razloga za prekid trudnoće starije od 10 nedelja, a one su izostavljene u važećem zakonu. To ne odstupa značajno od evropske prakse budući da ih sadrži samo mali broj propisa država EU. Ipak, posebno u današnje vreme, ne može se osporiti da je sasvim izvesno nastupanje socijalnih situacija koje bi značajno ugrozile ili čak onemogućile podizanje deteta⁴⁷.

U zakonu nije propisan rok u kome roditelj odn. staratelj maloletice mlađe od 16 godina, odn. staratelj žene potpuno lišene poslovne sposobnosti, treba da se izjasni. Takođe, slučajevi u kojima saglasnost roditelja odn. staratelja može zameniti izjava organa starateljstva ograničeni su na odsutnost i sprečenost, dok nema rešenja ako dođe do suprotstavljenih stavova roditelja i maloletnice ili između roditelja.

Zakonom je isključena mogućnost da zahtev za prekid trudnoće istakne bilo ko dugi osim trudnice. Ovakvo rešenje je dobro sa gledišta zaštite interesa maloletnih osoba, ali izaziva izvesne nedoumice kada su u pitanju prava muškaraca, pogotovo danas kada se veoma pazi na rodnu ravnopravnost. Ustavom Srbije je pravo odlučivanja o rađanju garantovano svakome- muškarcu i ženi (naravno, imajući u vidu različitosti pola), dok zakon ni u jednom članu ne pominje obaveze ni prava muškaraca (a time i nikakvu odgovornost), čime ih isključuje iz postupka odlu-

⁴⁶ Pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života

⁴⁷ Kriterijumi za liberalnost u regulisanju prekida trudnoće, Gordana Kovaček-Stanić, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, broj 1-3, 1995, str.163-173.

čivanja o prekidu ili nastavku trudnoće. Ovakvo stanje nije neuobičajeno imajući u vidu zakonodavstva zemalja članica EU, gde jedino zakon Farskih ostrva zahteva saglasnost muža ako je žena koja podnosi zahtev u braku, a uredba ministarstva zdravlja Litvanije propisuje da je saglasnost muža poželjna, ne i obavezna. Imajući u vidu ovakva zakonska rešenja, kao i odgovarajuće odredbe ustava, može se postaviti pitanje da li je muškarcima onemogućeno da ravnopravno uživaju u pravu na slobodno roditeljstvo koje im je zagarantovano ustavom.

ESLJP je imao više prilika da se izjasni o tom pitanju jer je odlučivao o predstavkama muškaraca (supruga) koji su pokušali da spreče svoje trudne žene da prekinu trudnoću tvrdeći da je to povreda prava na život fetusa⁴⁸. Sud nije našao da postoje povrede na koje su se aplikanti pozivali, ističući da je fetus neodvojivi deo tela trudne žene i da poštovanje privatnog života trudne žene, kao osobe na koju trudnoća, njeno nastavljanje ili prekid primarno utiče, potire svako pravo potencijalnog oca. Iako se ovakvom stavu možda i mogu uputiti određene kritike, on, bar za sada, predstavlja evropski standard.

Da abortus zahteva hitnu pažnju stručne javnosti Srbije pokazuje neprihvatljiva statistika⁴⁹:

- više od 500 žena dnevno u Srbiji prekine neželjenu trudnoću
- svake godine se za namerni prekid trudnoće odluči između 150.000 i 200.000 žena i Srbija je po broju abortusa na prvom mestu u Evropi
- jedna od 20 devojaka abortira pre navršene 18. godine života
- oko 6.000 abortusa godišnje u Srbiji izvrše devojke između 16 i 18 godina života.

Pored ovakve statistike, dodatni problem jesu i privatne ordinacije u kojima se masovno vrše abortusi, a nad kojima država nije uspostavila adekvatan nadzor i kontrolu, pa se može zaključiti da su brojke gore navedene još neprihvatljivije u stvarnosti. Stvaranje pravnog okvira bezbednog abortusa u skladu sa evropskim standardima i sprovođenje u delo smernica i preporuka Saveta Evrope i Evropskog suda za ljudska prava može, i mora biti prvi korak ka stvaranju uslova za stvarno uživanje jednog ljudskog prava.

⁴⁸ Paton v UK (1980, apl. 8416/78), R.H. v Norway (1992, apl. 17004/90), Boso v Italy (2002, apl. 50490/99)

⁴⁹ Podaci Republičkog centra za planiranje porodice, preuzeti sa sajta Politika online (www.politika.rs, Petsto abortusa dnevno, Olivera Popović, objavljeno 18.04.2008) i Blic (www.blic.rs, Prošle godine čak 150.000 abortusa, Sanja Todorović, objavljeno 5.2.2009); posećeni 15.05.2009

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Evropska Unija se snažno zalaže za liberalizaciju abortusa, podržava stavove Saveta Evrope o tom pitanju, međutim, i pored toga, u članicama EU i dalje su na snazi više ili manje restriktivni zakoni o abortusu. Mnogi zakoni, na prvi pogled veoma liberalni, u praksi pokazuju postojanje brojnih pravnih i vanpravnih prepreka koje otežavaju, čak i onemogućavaju, pristup bezbednom abortusu. Legalizovati abortus ne znači učiniti ga automatski bezbednim i dostupnim jer čak i zemlje čiji zakoni predviđaju brojne osnove za prekid trudnoće, sadrže proceduralne prepreke- kao što su obavezni period čekanja, neophodna saglasnost, ograničen broj zdravstvenih ustanova u kojima se može prekinuti trudnoća, obavezno prethodno pribavljanje saglasnosti lekara, koje mogu značajno otežati pristup bezbednom abortusu. Najnoviji primer, da je ostavljena samostalnost Irskoj u pitanjima koja se tiču abortusa kao uslov njene podrške Lisabonskom ugovoru, govori, ipak, u prilog stavu da čak i EU nema kristalno jasnu strategiju, bar kad je reč o sporovođenju standarda koje je sama prihvatila, po pitanju abortusa i njegovog značaja kao ljudskog prava. Ipak, činjenica da se i dalje pred Evropski sud za ljudska prava, čija praksa ima veliki uticaj na komunitarno pravo, postavljaju zadaci ocene irskih restriktivnih zakona ukazuje da je pitanje bezbednog abortusa važna evropska tema od koje se neće odustati.

Zakonodavstvo Republike Srbije po pitanju abortusa ne odstupa značajno od propisa članica EU, i donekle je u skladu sa evropskim standardima. Svakako da je reforma ovog dela zakonodavstva, i prakse, još jedan korak ka prihvatanju i ostvarenju evropskih vrednosti kojima država teži.

Kairo konferencija (1994) je postavila ženu u centar odlučivanja o reprodukciji, a takva pozicija zahteva informisanost i dostupnost seksualne i reproduktivne edukacije kako bi se žene pripremile za reproduktivne izbore koji ih čekaju u životu i ostvarile ih bez rizika po sopstveno zdravlje. Svetska zdravstvena organizacija ističe da je nebezbedan abortus veliki problem javnog zdravlja i veliko pitanje ljudskih prava, i kao potpuno neprihvatljivu statistiku ističe da se svake godine izvrši 42 miliona abortusa, a da se od njih 20 miliona smatra nebezbednim jer su izvršeni od strane nestručnih lica i/ili neadekvatnim uslovima. Ono što poručuje evropska praksa jeste da je abortus, pre svega, hirurška operacija o kojoj odlučujuću reč ima žena budući da se radi o njenom telu i zdravlju, i koja, ukoliko nije na adekvatan način regulisana i primenjiva u praksi, ima diskriminatoran efekat, što je danas nedopustivo.

Abortus mora biti dozvoljen, bezbedan i dostupan, ali mora predstavljati poslednju opciju kada do neželjene trudnoće već dođe. Društvo treba da stvori mehanizme da spreči neželjene trudnoće, pre svega kroz dostupnost i informisanost o kontraceptivnim sredstvima i kroz seksualno obrazovanje mladih, koji su svakako pogodniji metodi. Abortus, kada do njega dođe, mora biti u najmanjoj mogućoj meri traumatičan u smislu procedura i medicinskih uslova.

*Jelena Stojšić, student of doctoral studies
Faculty of Law Belgrade*

Abortion Legislation in Serbia *(compliance with European standards and practices)*

Abstract

Nowadays, abortion represents very delicate legal and social problem, with which both states and international bodies deal with. The issue is becoming the right to abortion, i.e. right to a SAFE abortion. Although there is no state which absolutely prohibits abortion, laws on abortion, even in „very liberal“ states, show in practice obstacles to women's right to safe abortion. Paper analyses contemporary standards in Europe (Council of Europe, European Court of Human Rights), EU members' laws and compares them with law and practice in Serbia. The conclusion is that there is no much difference, but the change is inevitable, as is also in EU members.

Key words: abortion, reproductive rights, Council of Europe, human rights, safe abortion.

*Siniša Novković, student doktorskih studija
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

DVA METODA HARMONIZACIJE I UNIFIKACIJE PRIVATNOG PRAVA U EVROPSKOJ UNIJI

Sažetak: *Harmonizacija i unifikacija privatnog prava u Evropskoj uniji se, do sada, ograničila samo na pojedine sektore kao što su zaštita potrošača, pravo konkurencije, elektronsko poslovanje i slično. Iako u određenim oblastima, kao što je, na primer, ugovorno pravo, postoji značajan broj direktiva, privatno pravo u Evropskoj uniji je u suštini ostalo fragmentisano. Nesaglasnost država članica Unije oko obima nadležnosti za regulisanje privatnopravnih odnosa koji bi bili preneti na Uniju, kao i bojazan da bi odricanje od određenih privatnopravnih kompetencija značilo istovremeno i odricanje od nacionalnog suvereniteta, pokazali su da proces približavanja nacionalnih zakonodavstava država članica nije moguće jednostavno i brzo sprovesti. Uz to, osnivački ugovori u svom sadašnjem obliku ne dozvoljavaju Uniji donošenje propisa kojim bi bila regulisana sva pitanja privatnog prava. Zbog toga je potrebno usmeriti pažnju na alternativni način harmonizacije i unifikacije privatnopravnih pravila država članica, i to putem međusobne saradnje samih država članica van institucija Unije, kao i privatnom inicijativom koja potiče od pravnih stručnjaka udruženih u odgovarajuće asocijacije ili grupe.*

Ključne reči: *Harmonizacija privatnog prava, osnivački ugovori, legislativna delatnost Evropske unije, harmonizacija „odozdo na gore“.*

I UVOD

Reforme na polju proširivanja nadležnosti Evropske unije u sferi privatnopravnih odnosa započete Amsterdamskim ugovorom 1997. godine, nastavljene su stupanjem na snagu Lisabonskog ugovora 01.12.2009.

godine koji je izmenio i dopunio do tada važeće verzije Ugovora o Evropskoj uniji i Ugovora o osnivanju Evropske zajednice. Tim izmenama, Ugovor o osnivanju Evropske zajednice preimenovan je u Ugovor o funkcionisanju Evropske unije, a Evropska zajednica je prestala da postoji, čime je njen pravni subjektivitet preuzela Evropska unija. To je dovelo i do utapanja do tada postojeća „tri stuba“ Unije u jedinstvenu celinu. Izmene osnivačkih ugovora odrazile su se i na oblast privatnog prava, tako da su određene oblasti privatnog prava (pravo konkurencije) po prvi put potpale pod isključivu nadležnost Evropske unije¹, dok su druge oblasti privatnog prava (zaštita potrošača i unutrašnje tržište) pomenute u osnivačkim ugovorima kao oblasti u kojima postoji podeljena nadležnost između Unije i njenih država članica². Međutim, i pored ovih izmena, nadležnost za regulisanje privatnopravnih odnosa ostala je i dalje u velikoj meri u rukama nacionalnog zakonodavca, dok kompetencije navedene u osnivačkim ugovorima ne pružaju Uniji dovoljno mogućnosti za značajniji uticaj na regulisanje privatnopravnih odnosa.

Harmonizovana, a u pojedinim segmentima i unifikovana pravna regulativa predstavlja važan preduslov za stvaranje snažne panevropske integracije.³ Međutim, imajući u vidu želju država članica Unije da sačuvaju svoj nacionalni suverenitet i kulturni identitet, stvaranje harmonizovanih i unifikovanih pravnih pravila privatnog prava predstavlja vrlo složen i težak zadatak. Takođe, veliku prepreku predstavlja i pronalaženje odgovarajućih normativnih rešenja kojim bi se pomirili različiti osnovi na kojima počivaju evropski kontinentalni i anglosaksonski sistem privatnog prava.

Poseban problem u procesu sprovođenja harmonizacije i unifikacije predstavlja i odabir metoda usklađivanja nacionalnih privatnopravnih pravila. U teoriji i praksi su se iskristalisala dva takva metoda: metod harmonizacije i unifikacije privatnog prava „odozgo na dole“ (eng. top-down), tj. donošenjem propisa od strane organa Evropske unije kroz nadležnosti koje oni imaju na osnovu osnivačkih ugovora, i metod „odozdo na gore“ (eng. bottom-up), koji se zasniva na dobrovoljnim intervencijama država članica u okviru sopstvenih pravnih sistema, usmerenim na harmonizaciju i unifikaciju privatnog prava.

Cilj ovog rada je da istraži zbog čega se proces harmonizacije i unifikacije privatnog prava „odozgo na dole“, tj. stvaranjem privatnopravnih

¹ Ugovor o funkcionisanju Evropske unije, *Treaty on the Functioning of the European Union, Official Journal of the European Union* C 83, Vol. 53, 30.03.2010, član 3.

² Ugovor o funkcionisanju Evropske unije, *op. cit.* član 4.

³ D. Nikolić, *Uvod u sistem građanskog prava*, Pravni fakultet u Novom Sadu, 2007, str. 70.

pravila od strane organa Unije u dosadašnjoj praksi pokazao kao neefikasan, te da analizira alternativne mogućnosti za realizaciju navedenih procesa kroz pristup problemu „odozdo na gore“, tj. kroz procese harmonizacije i unifikacije koji bi poticali od samih država članica Unije kroz aktivnosti međunarodnih organizacija i stručnih tela.

II METODI HARMONIZACIJE I UNIFIKACIJE PRIVATNOG PRAVA U EVROPSKOJ UNIJI

Pravni teoretičari nisu saglasni u pogledu metodologije koja bi se primenila u procesima harmonizacije i unifikacije privatnog prava. Dok jedni smatraju da harmonizaciju i unifikaciju treba vršiti metodom „odozgo na dole“, utvrđivanjem osnovnih principa, načela i jedinstvenih propisa od strane Evropske unije, drugi su mišljenja da je usklađivanje potrebno vršiti „odozdo na gore“, tj. dobrovoljnim i usaglašenim intervencijama država članica u okviru sopstvenih pravnih sistema, što bi kasnije vodilo spontanom uzajamnom približavanju nacionalnih zakonodavstava, a time i harmonizovanom sistemu privatnog prava u Uniji.⁴

Što se tiče pravnih instrumenata harmonizacije i unifikacije, usklađivanje nacionalnih privatnopravnih pravila moguće je vršiti na više načina: međunarodnim bilateralnim i multilateralim ugovorima, usvajanjem unapred pripremljenih modela zakona, putem ristejntmenta⁵, načela ili principa donetih od strane stručnih tela, pravnih vodiča i opštih uslova.⁶ Uz ove „tradicionalne“ pravne instrumente, unifikacija i harmonizacija privatnog prava u Uniji se može sprovesti i posebnim pravnim instrumentima Unije, tj. donošenjem regulativa i direktiva.⁷

1) Pravni osnov za harmonizaciju i unifikaciju privatnog prava u Evropskoj uniji

Još 1989. godine, Evropski parlament je usvojio Rezoluciju o radu na ujednačavanju privatnog prava država članica⁸ kojom je bilo predvide-

⁴ Vidi: M. Matić, *Harmonizacija i unifikacija ugovornog prava u Evropskoj uniji*, magistarski rad, Pravni fakultet u Novom Sadu, 2007.

⁵ Vidi: M. Stanivuković, M. Živković, *Međunarodno privatno pravo, opšti deo*, „Službeni glasnik“, Beograd, 2010, str. 413.

⁶ R. Vukadinović, *Načela evropskog ugovornog prava u procesu evropeizacije privatnog prava*, Načela evropskog ugovornog prava i jugoslovensko pravo, Kragujevac 2001, str. 40.

⁷ Ibid.

⁸ Resolution A2-157/89, *Official Journal of the European Communities* C 158, 26.06.1989, str. 400.

no da se najpre obave pripremne radnje za izradu nacрта Evropskog građanskog zakonika. Kako radna grupa određena da se bavi ovom delatnošću nije svoj posao započela ni nakon više godina od donošenja ove rezolucije, Evropski parlament je 1994. godine doneo novu Rezoluciju o harmonizaciji određenih sektora privatnog prava država članica⁹ sa zadatkom radnoj grupi da izradi nacrt evropskog građanskog zakonika koji bi obuhvatio samo pojedine segmente privatnog prava.

Potreba za harmonizacijom i unifikacijom nacionalnih zakonodavstava država članica predviđena je i samim osnivačkim ugovorima Evropske unije. Glava 3 naslova 7 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije koja nosi naziv „Usklađivanje pravnih propisa“ i koja obuhvata članove 114-118, sadrži odredbe koje regulišu način i domet usklađivanja nacionalnih zakonodavstava država članica kroz legislativnu delatnost organa Unije. Članom 114 predviđeno je da Evropski parlament i Savet, delujući u skladu sa redovnom zakonodavnom procedurom i nakon pribavljenog mišljenja Ekonomskog i socijalnog odbora, donose mere radi usklađivanja odredbi koje propisuje zakon, podzakonski akt ili upravna radnja u Državama članicama, a koje imaju za svoj predmet uspostavljanje i funkcionisanje unutrašnjeg tržišta.¹⁰ Dakle, nadležnost Unije na polju harmonizacije i unifikacije nacionalnih prava država članica iz pomenute glave 3 naslova 7 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije prostire se samo na uređivanje onih odnosa koji za svoj predmet imaju uspostavljanje i funkcionisanje unutrašnjeg tržišta. Ovome u prilog govori i činjenica da je od oko 2400 prvih direktiva koje su usvojene u Uniji, više od 1400 direktno povezano sa uspostavljanjem unutrašnjeg tržišta.¹¹

Dalje, članom 115 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije, predviđeno je da Savet može, izuzimajući od primene član 114, jednoglasno u skladu sa specijalnom zakonodavnom procedurom, donositi uredbe o usklađivanju odredbi onih zakona, podzakonskih i upravnih akata Država članica koje direktno utiču na uspostavljanje i funkcionisanje unutrašnjeg tržišta, uz pribavljeno mišljenje Evropskog parlamenta i Ekonomskog i socijalnog komiteta.¹²

Posebnim članovima (116 i 118) glave 3 naslova 7 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije regulisani su slučajevi kada pravna pra-

⁹ Resolution A3-0329/94 on the harmonization of certain sectors of the private law of the Member States, *Official Journal of the European Communities* C 205/5 18, 25.07.1994.

¹⁰ Ugovor o funkcionisanju Evropske unije, *op. cit.* član 114, prevod autora.

¹¹ J. M. Smits, *European Private Law: A Plea for a Spontaneous Legal Order*, Maastricht Faculty of Law Working Paper 2006/3, str. 5.

¹² Ugovor o funkcionisanju Evropske unije, *op. cit.* član 115, prevod autora.

vila iz nacionalnih zakonodavstava Država članica narušavaju konkurenciju na unutrašnjem tržištu ili kada ugrožavaju prava intelektualne svojine. U tim slučajevima Savet ima ovlašćenja da u redovnoj zakonodavnoj proceduri donese uredbe, odnosno da sprovede mere kojima će otkloniti takve pojave.¹³ Ovlašćenja Saveta su u ova dva slučaja šira, imajući u vidu činjenicu da su zaštita konkurencije i intelektualna svojina oblasti iz sfere privatnog prava koje su izričito pomenute u uvodnim odredbama Ugovora o funkcionisanju Evropske unije koje govore o nadležnostima Unije.

Pored pomenutog poglavlja „Usklađivanje pravnih propisa“, članom 352 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije predviđeno je da ukoliko se ukaže potreba za preduzimanjem od strane Unije određene aktivnosti za postizanje nekog od ciljeva predviđenih osnivačkim ugovorima, a za koju aktivnost osnivački ugovori ne pružaju dovoljno ovlašćenja, Savet će doneti odgovarajuće mere jednoglasnom odlukom, i nakon što pribavi saglasnost Evropskog parlamenta.¹⁴ Ovaj član predstavlja dopunu članovima 114-118 i pruža mogućnost Savetu da uređuje i privatnopravne odnose koje nisu u izričitoj nadležnosti Unije, ali čije je uređivanje od značaja za ostvarenje nekog od ciljeva predviđenih osnivačkim ugovorima Unije. Stavom 3 tog člana je, međutim, takvo ovlašćenje Saveta za harmonizaciju nacionalnih zakonodavstava ograničeno, i odnosi se samo na oblasti u kojima osnivačkim ugovorima nije izričito zabranjeno da organi Unije vrše harmonizaciju pravnih pravila.¹⁵

Što se tiče izbora najadekvatnijeg pravnog instrumenta za harmonizaciju i unifikaciju privatnog prava u Uniji, regulativa predstavlja najefikasnije sredstvo kojim bi se ostvarila potpuna usklađenost unutrašnjih propisa država članica, imajući u vidu njeno direktno dejstvo bez potrebe za bilo kakvom implementacijom u nacionalni pravni sistem. Međutim, zbog nedostatka odgovarajućeg pravnog osnova u osnivačkim ugovorima, samo je mali broj pitanja iz sfere privatnog prava regulisan na ovaj način.¹⁶ Prema tome, usko postavljena nadležnost koju Unija ima u sferi privatnopravnih odnosa na osnovu osnivačkih ugovora, unapred je odredila direktivu kao najpogodniji pravni instrument za harmonizaciju i unifikaciju normi građanskog i trgovinskog prava u Uniji. Kao pravni akt koji obavezuje države članice samo

¹³ Ugovor o funkcionisanju Evropske unije, *op. cit.* članovi 116 i 118.

¹⁴ Ugovor o funkcionisanju Evropske unije, *op. cit.* član 352, prevod autora.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ R. Vukadinović, *Načela evropskog ugovornog prava u procesu evropeizacije privatnog prava*, *op.cit.* str. 41.

u pogledu cilja koji treba ostvariti¹⁷, a ne i u pogledu istovrsnosti oblika i sadržaja, direktiva se pokazala kao prihvatljivije sredstvo za države članice, s obzirom na to da ne zahteva direktnu implementaciju, čime država članica, bar formalno, čuva svoju „nacionalnu legislativnu nadležnost“¹⁸. Usklađivanje privatnopravnih pravila država članica Unije putem direktive, prema tome, predstavlja metod koji „kombinuje potrebe za jedinstvenim komunitarnim standardima, na jednoj strani, i mogućnost tolerisanja nacionalnih osobenosti na drugoj“¹⁹. Upotreba direktive, dakle, neće voditi stvaranju „evropskog uniformnog prava“ već „evropskog prava uniformnih rezultata“²⁰, što znači da direktive ne mogu biti i instrumenti unifikacije, već samo harmonizacije privatnog prava u Uniji.

Uprkos tome, mehanizmi i pravni instrumenti međusobnog usklađivanja privatnopravnih normi država članica Unije, predviđeni osnivačkim ugovorima, u praksi su se za sada pokazali kao nedovoljno efikasni, imajući u vidu da su države članice pokušavale da odlože ili izbegnu implementaciju pravnih pravila sadržanih u direktivama Unije. Mada su državljani država članica bili u mogućnosti da protiv svoje matične države pokrenu postupke pred nacionalnim sudovima, pozivajući se na tzv. „vertikalno“ direktno dejstvo direktiva²¹, oni su to u praksi veoma retko činili. Uz to, kada se u obzir uzme i složena organizaciona struktura i komplikovan postupak odlučivanja u Uniji, dolazi se do zaključka da se harmonizacija i unifikacija privatnog prava metodom „odozgo na dole“, tj. nametanjem pravnih pravila državama članicama od strane Unije putem regulativa odnosno direktiva, još uvek ne može primenjivati u svom punom obimu. Neki autori smatraju i da se „uniformnost prava uopšte i ne može ostvariti centralističkim nametanjem pravnih pravila“²². Zbog toga je potrebno naći efikasnije pravne mehanizme daljeg sprovođenja procesa harmonizacije i unifikacije privatnog prava država članica Unije.

¹⁷ R. Vukadinović, *Pravo Evropske unije*, četvrto izdanje, Centar za pravo Evropske unije, Kragujevac, 2006, str. 117.

¹⁸ F. Madl, *The Law of the European Economic Community*, Budapest, 1978, str. 43, navedeno u R. Vukadinović, *op. cit.* str. 118.

¹⁹ R. Vukadinović, *Načela evropskog ugovornog prava u procesu evropeizacije privatnog prava*, *op.cit.* str. 41.

²⁰ Ibid.

²¹ R. Vukadinović, *op. cit.* str. 118.

²² J. M. Smits, *The Harmonisation of Private Law in Europe: Some Insights from Evolutionary Theory*, Special Volume in Honor of Alan Watson, Georgia Journal of International and Comparative Law 31 (2002), str. 80.

2) Dosadašnji rad Unije na polju harmonizacije i unifikacije privatnog prava – sektorski pristup problemu

Premda su direktive Unije regulisale veoma značajne aspekte privatnog prava kao što su npr. intelektualna svojina, zaštita potrošača, pravo konkurencije, elektronsko poslovanje i druga pitanja, komunitarno pravo je u ovom domenu u suštini ostalo fragmentisano. Iako u određenim oblastima, kao što je, na primer, ugovorno pravo, postoji značajan broj direktiva, „harmonizacija se suštinski ograničila na izolovane rezultate u pojedinim sektorima“²³. Naime, Unija je putem direktiva regulisala samo pojedina pitanja ugovornog prava i to u slučajevima kada je to bilo neophodno za funkcionisanje unutrašnjeg tržišta. Takav vid „sektorske harmonizacije“²⁴ koji neki autori nazivaju i „pointilizmom“²⁵ imao je za rezultat donošenje direktiva koje regulišu pitanja vremenskog korišćenja turističkih objekata, kredita, paket aranžmana, prodaje na daljinu, prodaje izvan poslovnih prostorija i slično.²⁶ Unija je najviše uradila na polju zaštite potrošača gde je doneto niz direktiva kojima su na detaljan način regulisana mnogobrojna pitanja.²⁷ Ova oblast je poslužila Uniji kao „teren koji izgleda najpogodniji za delovanje na ekonomskom i političkom planu“²⁸. Takođe, usvojeni akti iz sfere zaštite potrošača često su u teoriji dovodeni u vezu sa uspostavljanjem i funkcionisanjem unutrašnjeg tržišta, a zbog izričitog pozivanja na tada važeći član 95 Ugovora o osnivanju Evropske zajednice, a sada član 114 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije kao pravnog osnova za nji-

²³ P.A. de Miguel Asensio, *The Future of Uniform Private Law in European Union: New Trends and Challenge*, Spanish Yearbook of International Law, Vol. XII, 2005, str. 2-3.

²⁴ M. Stanivuković, *Pokušaj eliminisanja sukoba zakona: evropsko ugovorno pravo*, Zbornik prispevkov "Evropski sodni prostor", z međnarodne znanstvene konference na Pravni fakulteti Univerze v Mariboru, Maribor, avgust 2005, str. 117.

²⁵ W.H. Roth, *Transposing „Pointilist“ EC Guidelines into Systematic National Codes – Problems and Consequences*, op. cit. str. 762.

²⁶ Direktiva o zaštiti kupaca od određenih odredaba ugovora koji se odnose na kupovinu vremenski ograničenog prava korišćenja nekretnina - tajmšering 94/47/EC, Direktiva o ujednačavanju normi koje se odnose na potrošački kredit, 87/102/EEC, Direktiva o paket aranžmanima za putovanja, odmor i turistički obilazak 93/314/EEC, Direktiva o zaštiti potrošača u pogledu distancionih ugovora 97/7/EC, Direktiva o distancionoj prodaji finansijskih usluga potrošačima 02/65, Direktiva o zaštiti potrošača u ugovorima zaključenim van poslovnih prostorija, 85/577/EEC.

²⁷ Direktiva o obmanjujućem reklamiranju 84/450/EEC, Direktiva o odgovornosti proizvođača za proizvode sa nedostatkom 85/374/EEC, Direktiva o nepravednim klauzulama u potrošačkim ugovorima 93/13/EEC, Direktiva o trgovini potrošačkim finansijskim uslugama na daljinu 2002/65/EC i druge.

²⁸ J. Basedow, *Codification of Private Law in the European Union: the making of a Hybrid*, European Review of Private Law 1, Kluwer Law International, 2001, str. 37.

hovo donošenje.²⁹ Unija je uredila i druga pitanja od značaja za komunitarno ugovorno pravo kao što su sprečavanje docnje u plaćanjima u poslovnom prometu, elektronsko poslovanje, elektronski potpis, investicione usluge u oblasti hartija od vrednosti, životno osiguranje i drugo.³⁰

Harmonizacija je takođe obuhvatila i međunarodno privatno pravo, konkretno donošenjem Regulative Rim I o merodavnom pravu za ugovorne obaveze, Regulative Rim II o merodavnom pravu za vanugovorne obaveze, Regulative Brisel I o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima i Regulative Brisel II o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u bračnim stvarima i stvarima roditeljske odgovornosti za zajedničku decu.³¹ U poslednje vreme, Unija pokušava da uredi i neke sfere privatnog prava koje do sada nisu bile predmet harmonizacije, kao što je sfera naslednog prava. S tim u vezi, Komisija je dana 14.09.2009. godine donela predlog Regulative o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju i izvršenju sudskih odluka i verodostojnih isprava u naslednim odnosima i stvaranju Evropske Potvrde o nasleđivanju.³² Pa ipak, po mišljenju nekih autora, stepen harmonizacije na polju međunarodnog privatnog prava nije zadovoljavajući.³³

Polje primene navedenih direktiva ograničeno je klauzulama koje „po pravilu zahtevaju samo minimalnu harmonizaciju prava“³⁴. Ovo za posledicu ima to da države članice mogu na različit način regulisati pitanja koja nisu regulisana direktivama. Krajnji rezultat ovakvog načina harmonizacije ogleda se u donošenju „harmonizovanih“ nacionalnih zakona jedne države članice Unije koji i dalje imaju značajne razlike u odnosu nacionalne zakone drugih država članica. Takođe, direktiva kao pravni

²⁹ F. Capaggi, *Which Governance for European Private Law?*, European University Institute, Working Paper Law no. 2007/26, str. 3-4.

³⁰ Direktiva o sprečavanju docnje u plaćanjima u poslovnom prometu 2000/35/EC, Direktiva o elektronskom poslovanju 2000/31/EC, Direktiva o elektronskom potpisu 1999/93/EC, Direktiva o investicionim ulaganjima u oblasti hartija od vrednosti 93/22/EC, Direktiva o životnom osiguranju 79/267 EEC.

³¹ Vidi: Regulativa br. 593/2008 o merodavnom pravu za ugovorne obaveze (Rim I), Regulativa br. 864/2007 o merodavnom pravu za vanugovorne obaveze (Rim II), Regulativa br. 44/2001 o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima (Brisel I) i Regulativa br. 2201/2003 o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u bračnim stvarima i stvarima roditeljske odgovornosti za zajedničku decu (Brisel II).

³² Vidi: Predlog Regulative o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju i izvršenju sudskih odluka i verodostojnih isprava u naslednim odnosima i stvaranju Evropske Potvrde o nasleđivanju, 2009/0157 (COD), 14.10.2009.

³³ F. Capaggi, *Which Governance for European Private Law?*, *op.cit.* str. 9.

³⁴ M. Stanivuković, *Pokušaj eliminisanja sukoba zakona: evropsko ugovorno pravo*, *op. cit.* str. 117.

instrument harmonizacije i unifikacije komunitarnog privatnog prava ima moć da uskladi nacionalna pravna pravila „samo u uskoj ali važnoj oblasti ugovornog prava“³⁵, dok u ostalim granama privatnog prava nema toliki domet. Isto tako, pravni instituti iz direktiva mogu biti različito tumačeni nakon njihove implementacije u nacionalno zakonodavstvo. Paradoksalno, implementacija direktive može dovesti i do povećane pravne fragmentacije i na nacionalnom nivou i za izvesno vreme stvoriti situaciju pravne nesigurnosti.³⁶ Upravo iz navedenih razloga, postalo je jasno da Unija mora naći druge načine ili upotrebiti druge instrumente kojima bi na lakši način uspjela da ostvari svoj cilj koji se ogleda u približavanju nacionalnih zakonodavstava u sferi privatnog prava.

Jedan od pokušaja drugačijeg pristupa problemu usklađivanja privatnopravnih pravila država članica, tj. metodom harmonizacije „odozdo ka gore“, usledio je februara 2003. godine, kada je Komisija objavila Akcioni plan koji je predviđao sačinjavanje tzv. „Zajedničkih okvirnih odrednica“ (*Common Frame of Reference*)³⁷ koje bi predstavljale prvi korak u poboljšanju postojećeg komunitarnog ugovornog prava. Komisija je posao oko sačinjavanja Zajedničkih okvirnih odrednica poverila uglednim evropskim pravnicima okupljenim u strukovne organizacije - Komisiju za evropsko ugovorno pravo (tzv. „Landova grupa“, nazvana po njenom osnivaču, eminentnom profesoru Oleu Landou), Studijsku grupu profesora Kristijana fon Bara sa Univerziteta u Osnabriku, i *Acquis* grupu. Konačan nacrt Zajedničkih okvirnih odrednica objavljen je decembra 2008. godine. Odrednice sadrže u deset knjiga i dva priloga, principe, definicije i modele pravnih pravila evropskog privatnog prava, potkrepljene komentarima i komparativnom analizom, kao što su, između ostalog pravila o zaključenju, tumačenju, izvršenju i posledicama neizvršenja ugovora, pravila o sticanju bez osnova i drugo.³⁸ Obim Odrednica je dosta širok, tj. one pored opštih načela privatnog prava obuhvataju i pojedinačna pravila iz raznih oblasti privatnog prava kao što su pojedine vrste ugovora, nezvano vršenje tuđih poslova,

³⁵ H. Koch, *Private International Law: A 'Soft' Alternative to the Harmonisation of Private Law*, European Review of Private Law 3, Kluwer Law International, 1995, str. 331.

³⁶ R. Vukadinović, *Načela evropskog ugovornog prava u procesu evropeizacije privatnog prava*, *op.cit.* str. 42.

³⁷ Vidi: Communication from the Commission to the European Parliament and the Council - a More Coherent European Contract Law - an Action Plan, March, 15th, 2003, COM 2003 (68 final).

³⁸ K. Osajda, *The Experiences, Methods, Objectives and Perspectives of Unification of Private Law in the European Union*, Warsaw University, 2006, str. 2.

prouzrokovanje štete, sticanje bez osnova, sticanje i prestanak prava svojine, zalogu na pokretnim stvarima, trastovi itd. Svrha tih pravila je da popune pravne praznine koje postoje u komunitarnom privatnom pravu, da omoguće unifikovano tumačenje istog pravnog instituta u svim državama članicama, kao i da harmonizuju određene oblasti privatnog prava. Uz to, one mogu poslužiti kao merodavno pravo ugovornim stranama iz pravnog odnosa sa međunarodnim elementom pri rešavanju eventualnih sporova. Dakle, smisao ovih Odrednica nije da se one nametnu državama članicama kao obavezujući akt, već da im stvore mogućnost primene harmonizovanih pravnih pravila privatnog prava, čime bi bila postignuta sigurnost pravnog prometa na teritoriji Unije. Da li će Unija iskoristiti Odrednice kao osnovu prilikom regulisanja određenih privatnopravnih odnosa u njenoj nadležnosti još uvek je nejasno. Stvaranje unifikovanog evropskog građanskog zakonika još uvek nije na vidiku. Mišljenja smo da nije Unija ta koja bi trebalo da nametne unifikovana privatnopravna pravila svojim državama članicama, već da bi Odrednice trebalo da posluže nacionalnom zakonodavcima za međusobno razumevanje različitih pravnih sistema u Uniji, iz čega bi sledilo dalje unapređivanje domaćeg zakonodavstva i njegovo približavanje i usaglašavanje sa drugim nacionalnim zakonodavstvima u Uniji. Uz to, Odrednice bi trebalo da pomognu i privrednim subjektima koji imaju nameru da posluju van granica svoje matične države, kao i da pojačaju poverenje potrošača u efikasno funkcionisanje unutrašnjeg tržišta

III ZAKLJUČAK

Dosadašnja praksa harmonizacije i unifikacije privatnog prava u Uniji suočila se sa brojnim preprekama. Nesaglasnost država članica oko obima nadležnosti za regulisanje privatnopravnih odnosa koji bi bili preneti na Uniju, kao i bojazan da bi odricanje od određenih privatnopravnih kompetencija značilo istovremeno i odricanje od nacionalnog suvereniteta, pokazali su da proces približavanja nacionalnih zakonodavstava država članica nije moguće jednostavno i brzo sprovesti. Takođe, osnivački ugovori u svom sadašnjem obliku ne dozvoljavaju Uniji donošenje propisa kojim bi bila regulisana sva pitanja privatnog prava, već samo određena pitanja iz sfere obligacionog prava, prava konkurencije, zaštite potrošača i intelektualne svojine. Ostale grane privatnog prava, naročito stvarno, porodično i nasledno pravo, i dalje će suštinski biti uređivane od strane nacionalnog zakonodavca.

Zbog toga je potrebno usmeriti pažnju na alternativni način harmonizacije i unifikacije privatnopravnih pravila država članica, i to putem međusobne saradnje samih država članica van institucija Unije, kao i privatnom inicijativom koja potiče od pravnih stručnjaka udruženih u odgovarajuće asocijacije ili neformalne grupe. Na taj način bi realizacija procesa harmonizacije i unifikacije bila izvučena iz okvira birokratskog odlučivanja organa Unije i uvedena u tokove kojima bi upravljali upravo oni koji su i najviše zainteresovani za usklađenost privatnopravnih propisa u Uniji, a to su sami građani Unije. Svojim delovanjem, međunarodne organizacije i stručna tela postepeno bi izgrađivale sistem privatnog prava u Uniji putem osnovnih pravnih principa, ristejtmenta, preporuka, ili jednoobraznih zakona. Neformalnim pristupom problemu unifikacije i harmonizacije privatnog prava, predlozi i preporuke navedenih organizacija i stručnih tela bi na jednostavniji način doprli do nacionalnog zakonodavca, koji u tom slučaju ne bi osetio pritisak nametanja određenih pravnih rešenja od strane drugog subjekta kao što je to slučaj kod harmonizacije i unifikacije metodom „odozgo na dole“.

Koliki će biti domet harmonizacije i unifikacije „odozdo na gore“ i kada će i da li će uopšte Unija dobiti mehanizme i nadležnost da sama uređuje privatnopravnu oblast, za sada je teško reći. Jednom kada osnivački ugovori Unije budu izmenjeni na način da organi Unije dobiju široko postavljenu nadležnost za regulisanje privatnopravnih odnosa, tek tada se može očekivati određeni napredak u pogledu harmonizacije i unifikacije metodom „odozgo ka dole“.

Do tada, inicijativa za navedene procese ostaje na evro-entuzijastima i pravnim stručnjacima, čiji će rad na polju harmonizacije i unifikacije privatnog prava u Evropi jednoga dana, u bližoj ili daljoj budućnosti, poslužiti kao osnov i merilo od koga će zakonodavac u Uniji morati da krene kada bude odlučio da harmonizuje ili unifikuje pravila privatnog prava.

Takođe, jedan od metoda harmonizacije i unifikacije privatnopravnih pravila u Uniji mogao bi biti i metod harmonizacije i unifikacije kolizionih normi, tj. ujednačavanje pravnih pravila međunarodnog privatnog prava. Pravni osnov za ovakav način harmonizacije i unifikacije već postoji u osnivačkim ugovorima Unije, samo ga je potrebno realizovati i u praksi. Iako je član 81 Ugovora o funkcionisanju Evropske unije već korišćen prilikom procesa harmonizacije u pojedinim sektorima međunarodnog privatnog prava u Uniji, smatramo da ovaj pravni osnov nije korišćen u meri u kojoj mu to zaista i omogućava osnivački ugovor.

Imajući u vidu sve do sada izneto, možemo zaključiti da u Uniji postoje dve različite i naizgled nepomirljive težnje. Prva je težnja država članica da sačuvaju svoje nacionalno privatno pravo i svoj nacionalni suverenitet, a druga je težnja da se stvori jedno jedinstveno evropsko privatno pravo. Kompromis koji je moguće napraviti podrazumeva harmonizaciju nacionalnih pravnih pravila privatnog prava sa nadnacionalnim evropskim načelima, i to sektor po sektor. Takav proces bi na kraju rezultirao stvaranjem unifikovanih pravila za mnoge oblasti privatnog prava, što bi u krajnjem ishodu značilo i praktično ostvarenje glavnog slogana Evropske unije – „Ujedinjeni u raznolikosti“.

*Siniša Novković, student of doctoral studies
Faculty of Law Novi Sad*

Two Methods of Harmonization and Unification of Private Law in the European Union

Abstract

Up to date, the harmonization and unification of private law in the European Union has been limited only to certain aspects, such as consumer protection, competition law, electronic commerce etc. Although there is significant number of directives in certain fields, for example in the area of law on contracts, the private law in the European Union has essentially remained fragmented. Limited competencies of the Union prescribed by the founding treaties of the EU, as well as the reluctance of Member States in transferring some of its national powers to the Union, has shown that the process of convergence of national legislations is not an easy task. Therefore, alternative methods of harmonization and unification have to be introduced, through the cooperation between Member States out of the Union's institutions, as well as through the private initiative of associations of legal experts and other informal groups.

Key words: harmonization of private law, founding Treaties, legislative activity of European Union, harmonization „bottom to top”.

